

**Monica De Simone**

***Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem.***  
**A proposito di D. 20.1.21.3**

1. Nella seconda metà del secolo scorso Max Kaser e Felix Wubbe diedero vita ad un contrasto a distanza, separato dal trascorrere di un decennio ed emerso dai lavori che i due insigni romanisti dedicarono ad un tema che vorremmo oggi tentare di ristudiare: l'individuazione del criterio in base al quale doveva essere determinata la *litis aestimatio* nell'*actio in rem* a tutela del diritto di pegno.

A ripercorre le fila di quella controversia essa appare oggi quasi sospesa nel tempo, come un dialogo cominciato da un primo interlocutore, accolto a distanza di tempo dall'altro e ripreso, ancora una volta, dopo molti anni dal primo, il quale ricompose, infine, il dissenso.

Traceremo adesso le linee fondamentali di tale controversia e anticiperemo subito dopo le linee generali della prima parte della nostra indagine. Della ricomposizione del dissenso tratteremo nella seconda parte.<sup>1</sup>

Nel 1967 Max Kaser scrisse un articolo, dal titolo "Die Interesseberechnung bei der *Vindicatio pignoris*",<sup>2</sup> proponendo una soluzione al problema se la *litis aestimatio* dovesse essere commisurata all'entità del credito garantito o al valore della cosa oggetto del diritto di pegno. Nel 1976, Felix Wubbe ristudiò il tema, in risposta al lavoro di Kaser.<sup>3</sup>

La questione non era nuova alla romanistica,<sup>4</sup> e sia Kaser sia Wubbe adottarono la medesima impostazione del problema che avevano utilizzato gli studiosi che si erano in precedenza occupati del tema, anche se solo incidentalmente. I contributi di entrambi gli Autori ruotano, infatti, intorno all'interpretazione di due fonti, considerate da sempre le testimonianze fondamentali in materia, un frammento del settantatreesimo libro *ad edic-*

---

<sup>1</sup> Kaser modificò la sua opinione per uniformarla ad un quadro interpretativo relativo a problemi inerenti due temi ritenuti da una parte della dottrina tra loro connessi: la pretesa responsabilità per *custodia* del creditore pignoratizio derivante dal contratto reale di pegno e la legittimazione attiva all'*actio furti*, con i connessi problemi relativi alla determinazione, anche in questa azione, della *litis aestimatio*. Discuteremo di questi temi e della presa di posizione di Kaser *infra*, pp. ?? e nt. 217.

<sup>2</sup> In IURA, XVIII 1967, 1 ss.

<sup>3</sup> F. WUBBE, *Der Streitwert bei der Actio Serviana*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 179 ss., dal quale citiamo, e ora in *Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften / Œuvres choisies*, Freiburg Schweiz 2003, 179 ss.

<sup>4</sup> Si veda la bibliografia citata da M. KASER, *Die interesseberechnung*, cit, 2 ss.

tum di Ulpiano, D. 20.1.21.3 e un frammento del *liber singularis ad formulam hypothecariam* di Marciano,<sup>5</sup> D. 20.1.16.3. I due Autori ebbero il merito, peraltro, di superare la critica interpolazionistica che aveva fino ad allora tormentato questi testi, giungendo a ritenerli quasi del tutto di fattura compilatoria.

Conviene subito, dunque, riferire il testo delle due fonti e tentarne una prima lettura, cominciando da:

D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*) *Si res pignerata non restituitur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest, adversus ceteros possessores etiam pluris et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneraticia actione.*

Il frammento appartiene al commento alla clausola “*quanti ea res erit*” della *condemnatio* della formula dell’*actio Serviana*.

Sottintesa una *pronuntiatio* favorevole all’attore<sup>6</sup> e constatata la mancata *restitutio* da parte del convenuto (“*si res pignerata non restituitur*”), Ulpiano individua le concrete modalità di determinazione della *litis aestimatio*, avvertendo, con tono deciso, che in ogni caso la lite deve essere stimata in un modo contro il debitore, in un altro contro qualsiasi altro possessore. Se l’azione è intentata contro il debitore l’*aestimatio* non sarà mai superiore a “*quanti*” il debitore “*debet*”, poiché all’attore “*non pluris interest*”. Se l’azione è intentata contro qualsiasi altro possessore, “*etiam pluris*”, l’*aestimatio* potrà anche superare “*quantum*” il debitore “*debet*”; e quel che di più rispetto a quanto dovutogli il creditore avrà conseguito, egli dovrà restituire al debitore in sede di *actio pigneraticia in personam*.<sup>7</sup>

Fermiamoci per il momento qui e riportiamo l’altra fonte:

---

<sup>5</sup> Sul problema, discusso in dottrina, relativo all’origine classica di quest’opera si veda: F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption*, Leipzig (1917) e la letteratura citata in M. KASER, *Die Interesseberechnung*, cit., 5 nt. 13.

<sup>6</sup> Sul valore della *pronuntiatio* nelle *actiones in rem* si veda, per tutti, con i riferimenti alla dottrina precedente, M. MARRONE, *Sulla c.d. pronuntiatio del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, Varsavia 2000, e ora in *Scritti giuridici II*, Palermo 2003, 737 ss. Faremo cenno alle tesi sostenute dall’Autore palermitano in questo scritto, *infra*, nt. ?

<sup>7</sup> Sul testo si vedano i seguenti studi che discuteremo in seguito: A. FABER, *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Lugduni 1661, Liber XVI, caput XV, n. 6, 592; F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, in ZSS, XXXII (1911), 58; E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano I. “Il litis aestimationem sufferre e il Ius iurandum in litem”*, Pavia 1915, 59 nt. 90; A. EHRHARDT, *Litis aestimatio im römischen Formularprozess. Eine Untersuchung der materiellrechtlichen Folgen der Geldverurteilung*, München-Berlin 1934, 159 s.; P. VOCI, *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano 1935, 28 ss.; A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella Fiducia e nel Pignus*, Torino 1949, 200 s.; G. PROVERA, *Contributi allo studio del ius iurandum in litem*, Torino 1953, 28 nt. 36; T. MAYER-MALY, *Ein Leitfall der Digesten zur Vindication eines Pfandes in der Hand eines Dritten*, in ZSS, LXXII 1955, 351 nt. 20; L. CHIAZZESE, *Ius iurandum in litem*, Milano (1958), 271 s.; D. MEDICUS, “*Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*”, in *Forschungen zum römischen Recht herausgegeben von M. Kaser, W. Kunkel, F. Wieacker*, 14 Abhandlung, Köln-Graz (1962), 250, nt. 17; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni II. Le garanzie reali*, Padova 1963, 222 s.; C. RASCON, *Pignus y custodia en el derecho romano clasico*, Oviedo 1976, 180 ss.

D. 20.1.16.3 (Marcian. *l. sing. ad form. hypoth.*) *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere nec possit (forte quod res abest et longe est vel in provinciis), solet cautionibus res explicari: nam si caveret se restitutum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?*

Quest'altro frammento è tratto dal commento alla clausola arbitraria della formula dell'*actio Serviana*.<sup>8</sup> Si tratta, dunque, dell'analisi di una *pars formulae* diversa da quella esaminata da Ulpiano in D. 20.1.21.3.

Sottintesa, anche questa volta, una *pronuntiatio* favorevole all'attore, Marciano comincia ad analizzare la clausola arbitraria affrontando la prima questione che il giudice è chiamato a risolvere, proprio in virtù della presenza nella formula di questa clausola: la verifica della legittimazione passiva del convenuto, riconosciuta al solo possessore della cosa *de qua actum est*. E infatti, se il convenuto non possiede né "*dolo fecerit quo minus possideat*", la procedura si blocca e il giudice deve astenersi dall'aprire la fase dell'*arbitrium de restituendo* e giungere immediatamente all'assoluzione. Ad un *iussus de restituendo* si arriva, invece, se il giudice accerta la legittimazione passiva del convenuto. In questo caso, se il possessore ubbidisce, *aut pecuniam solvat aut rem restituat*, parimenti (*aeque*) deve essere assolto. Se non fa nessuna delle due cose il giudice dovrà condannare. All'assoluzione si perviene anche se il possessore, che non possa per il momento restituire, prometta con apposita *cautio* che lo farà. Se, infine, il convenuto abbia cessato di possedere dolosamente, tuttavia costretto da forza maggiore non possa restituire, verrà condannato a quanto l'attore avrà giurato in lite con *iusiurandum* estimatorio. Il testo è concluso con la seguente considerazione: "infatti, se il convenuto fosse condannato a quanto era dovuto, a cosa servirebbe l'*actio in rem* dato che anche agendo *in personam* verrebbe conseguita la stessa somma?"<sup>9</sup>

Queste le due testimonianze intorno alle quali ruotarono i citati contributi di Kaser e Wubbe.

---

<sup>8</sup> LENEL, *Pal.* I, 648 n. 28 colloca l'intero frammento D. 20.1.16.3-6 in una rubrica che intitola: "*Ad clausulam arbitrariam et condemnationem*".

<sup>9</sup> Su questo secondo testo si vedano i seguenti altri studi che discuteremo anch'essi in seguito: A. FABER, *Coniecturarum*, cit., Liber XVI, caput XV, n. 11, 592 s.; G. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Roma 1886 (disponibile anche nell'edizione L'Erma di Bretschneider 1967), 240 ss.; G. VON BESELER, *Beiträge ... ?* I, 22 e 66; H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio*, Leipzig 1907, 19; ? PARTSCH, *De l'édit sur l'alienatio iudicii mutandi causa*, Genève (1909), 33 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La struttura dei diritti reali sulla cosa altrui in diritto romano*, in *AG.*, LXXXII 1909, 447 e ora in *Scritti di diritto romano I*, Camerino 1974 (dal quale citeremo), 276 nt. 1; E. BETTI, *Studi*, I, cit., 25 nt. 44bis e 59; G. PROVERA, *Contributi*, cit., 26 nt. 35; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 263; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino (1971), 134 s.; A. WACKE, *Paulus Dig. 10,2,29: zur Pfand-Adjudikation im Erbteilungsprozess und zur Entwicklung der sogenannten hypothekarischen Sukzession*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München (1976), 499 ss.; M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln-Weimar-Wien 1995, 46 s.

Riassumeremo adesso le tesi dei due Studiosi per entrare subito dopo nel vivo del nostro tema, riservandoci in quest'altra sede di instaurare un dialogo più incisivo con i due Autori.

1.1. Superando una sua diversa, precedente, interpretazione,<sup>10</sup> Kaser considerò del tutto genuino D. 20.1.21.3 ed elaborò, proprio sulla base del dettato di questo frammento, una teoria destinata ad essere accettata in futuro anche dallo stesso Wubbe.

Secondo l'Autore austriaco, il creditore pignoratizio, nel caso in cui avesse esperito l'*actio Serviana* contro il debitore pignorante, avrebbe avuto di mira unicamente la realizzazione di quello che Egli chiamò "*Sicherungsinteresse*", interesse alla garanzia. E a questo principio avrebbe pensato Ulpiano nella prima parte di D. 20.1.21.3, nella quale era indicato come criterio di determinazione della lite intentata contro il debitore non più del valore del credito garantito.

Nel caso in cui, di contro, lo stesso creditore avesse agito contro un qualsiasi terzo possessore, al "*Sicherungsinteresse*" si sarebbe sostituito quello che Egli chiamò "*Haftungsinteresse*", l'interesse, cioè, del creditore pignoratizio, una volta estinto il debito, a restituire la cosa pignorata al debitore al fine di non incorrere in responsabilità.<sup>11</sup> Per la tutela di tale interesse, nella seconda parte di D. 20.1.21.3, Ulpiano avrebbe pensato ad un criterio differente di determinazione della *litis aestimatio*. Quando l'azione fosse stata intentata contro il terzo possessore, esso sarebbe consistito non più nel valore del credito garantito, bensì nel valore della cosa pignorata.

Quell'"*etiam pluris quam quanti debitor debet*" fu letto, dunque, da Kaser come riferentesi senz'altro al valore del bene pignorato.

Alla luce della teoria dei due interessi, "*Sicherungsinteresse*" e "*Haftungsinteresse*", Kaser interpretò anche D. 20.1.16.3.

Considerò sostanzialmente genuino anche il passo di Marciano, desumendone, tuttavia, una differenza di opinione con Ulpiano. Mentre, infatti, secondo Kaser, in D. 20.1.21.3 Ulpiano aveva esplicitamente distinto il caso in cui l'azione fosse stata esperita contro il debitore e quello in cui fosse stata esperita contro il terzo possessore, limitando soltanto a quest'ultima ipotesi la possibilità dell'emersione del c.d. *Haftungsinteresse* e, di conseguenza, la possibilità che la lite fosse stimata secondo il valore della cosa pignorata, in D. 20.1.16.3, nel quale mancava tale distinzione, Marciano avrebbe ammesso la possibilità che la lite fosse stimata secondo il valore della cosa pignorata soltanto ogni qual volta il convenuto, indipendentemente dal fatto che fosse stato il debitore od un terzo possessore, avesse con dolo non adempiuto al *iussus de restituendo*.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> In un precedente studio, "Quanti ea res est. *Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*", in *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte* (1935), 16 ss., M. KASER aveva ritenuto interpolato il frammento in tutta la sua parte centrale: "*sed utique ... etiam pluris*": "dann war den Zweck des Arbiträrverfahrens, die Naturalrestitution herbeizuführen, gefährdet, wenn der Beklagte bei ihrer Unterlassung nur mit einer Verurteilung in den Schuldbetrag zu rechnen hatte". Ma, come lo stesso Autore più tardi riconobbe, nelle *actiones arbitrariae* era il meccanismo del *iusiurandum in litem* che garantiva all'attore la possibilità di esercitare una certa pressione per indurre il convenuto alla *restitutio*, naturalmente ove ve ne fossero stati i presupposti. Negli altri casi lo scopo del pegno si realizzava con il soddisfacimento del credito.

<sup>11</sup> M. KASER, *Die Interesseberechnung*, cit, 8.

<sup>12</sup> A quest'ipotesi era equiparata quella del convenuto che con dolo avesse cessato di possedere *post litem contestatam*. Si veda *infra*, nel testo, ?

Questa volta fu il “*quanti actor in litem iuraverit*” che Kaser interpretò come senz’altro riferentesi al valore del bene pignorato. Il creditore, chiamato a prestare giuramento estimatorio, avrebbe indicato il valore del bene oggetto del suo diritto.<sup>13</sup>

1.2. Nel 1976, dieci anni dopo la pubblicazione del contributo di Kaser, Felix Wubbe, in occasione proprio della *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, volle dedicare al Maestro austriaco un lavoro che intitolò “Der Streitwert bei der *Actio Serviana*”.

Anch’Egli, così come aveva fatto Kaser, incentrò il suo contributo sull’analisi delle testimonianze di Ulpiano e Marciano, alla quale, tuttavia, premise un’introduzione teorica che lo guidò poi nell’interpretazione che ne propose.

Accettata la contrapposizione tra *Sicherungsinteresse* e *Haftungsinteresse* di cui qualche anno prima aveva parlato Kaser, lo studioso olandese avvertì che il criterio generale di determinazione della stima della lite nell’*actio Serviana* era sempre costituito dal valore del credito garantito (il c.d. *Sicherungsinteresse*), sia nel caso in cui convenuto fosse stato il debitore, sia nel caso in cui si fosse trattato di un terzo possessore.

“Nur besondere Umstände Ausnahmen zu rechtfertigen vermögen”:<sup>14</sup> si potevano, tuttavia, determinare ipotesi nelle quali, eccezionalmente, questo criterio generale subiva delle eccezioni. Nel caso in cui, avvenuta una *datio pignoris*, il creditore pignoratizio avesse perso il possesso della cosa prima della scadenza del debito, se ad essere convenuto fosse stato non il debitore, nei confronti del quale il criterio generale di determinazione della *litis aestimatio* sarebbe rimasto sempre quello del valore del credito garantito, ma un qualsiasi terzo possessore, il criterio sarebbe mutato. A venire in rilievo sarebbe stato, questa volta, non più il c.d. *Sicherungsinteresse*, bensì il c.d. *Haftungsinteresse*: la *litis aestimatio* sarebbe stata commisurata al valore della *res pignorerata*.<sup>15</sup>

Dunque, in caso di *conventio pignoris*, indipendentemente dall’avvenuta scadenza del debito o dal tipo di convenuto – debitore pignorante o terzo possessore – e in caso di *datio pignoris* - indipendentemente dall’avvenuta scadenza del debito se l’azione fosse stata intentata contro il debitore pignorante, soltanto avvenuta la scadenza del debito contro il terzo possessore - il criterio sarebbe stato il valore del credito garantito. Solo in caso di *datio pignoris* se l’azione fosse stata esperita contro il terzo possessore e il debito non fosse ancora scaduto, il valore della lite sarebbe eccezionalmente mutato: non il valore del credito garantito bensì il valore della cosa pignorata.

A rafforzare la tesi della determinazione della *litis aestimatio* in misura corrispondente al valore del credito garantito l’Autore sostenne l’impossibilità di ammettere operante nell’*actio Serviana* il *iusiurandum in litem* in caso di contumacia del convenuto.<sup>16</sup> La prestazione del *iusiurandum in litem* in conseguenza della contumacia del convenuto

---

<sup>13</sup> Discuteremo di questo problema *infra* nel testo, ?

<sup>14</sup> F. WUBBE, *Der Streitwert*, cit., 183

<sup>15</sup> L’*Haftungsinteresse* trovava ragione, secondo l’Autore, nella responsabilità per *custodia* del creditore pignoratizio. Su questo tema si vedano, da ultimi, con bibliografia precedente, C. RASCON, *Pignus y custodia*, cit.; H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi Biscardi IV*, Milano 1983, 587 ss.; L. ROTA, *Contrasti dottrinali e ipotesi di studio in tema di responsabilità del creditore pignoratizio*, in *Studi Biscardi V*, Milano 1984, 329 ss.; P. VOGLI, *Diligentia, custodia, culpa*, in SDHI, LVI (1990), 70 ss.

<sup>16</sup> È *contumax*, come è noto, nelle *actiones arbitrariae* il convenuto che rifiuta di operare la *restitutio* non adeguandosi in tal modo al *iussus de restituendo* del *iudex*. Sul tema si veda, per tutti, l’illuminante studio di L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., *passim*.

sarebbe stata ammissibile solo nel caso in cui l'*actio Serviana* fosse stata esperita a seguito di una *datio pignoris* e non fosse ancora scaduto il debito, contro il solo terzo possessore.<sup>17</sup>

Fin qui la premessa teorica.

Per quel che riguarda le due fonti, Wubbe considerò genuino l'intero testo di D. 20.1.16.3 e ritenne che in esso Marciano, se pur solo implicitamente, doveva essersi riferito al solo caso di *conventio pignoris*. Dal dettato del testo e, in modo particolare, dall'alternativa che in esso emerge riguardo all'oggetto della *restitutio arbitrio iudicis*, "*aut pecuniam solvere aut rem restituere*", egli credette di potere desumere che Marciano indicasse proprio nel valore del credito garantito il criterio di determinazione della *litis aestimatio*, con l'eccezione costituita, sempre in ipotesi di *conventio pignoris*, dal caso in cui il convenuto, sia esso debitore o terzo possessore, avesse perso dolosamente il possesso della cosa *post litem contestatam* (*sin vero dolo quidem desiit possidere tanti condemnabitur, ... quanti actor in litem iuraverit: sicut in ceteris in rem actionibus*).

Dunque, l'unica ipotesi di prestazione del *iusiurandum in litem*, in caso di *conventio pignoris*, sarebbe stata costituita dal comportamento del convenuto che, *post litem contestatam*, avesse dolosamente perso il possesso della cosa. Come Kaser, anche Wubbe ritenne che il *iusiurandum in litem* portasse sempre alla determinazione di una somma di denaro commisurata al valore del bene pignorato.<sup>18</sup>

Ad un'ipotesi di *datio pignoris* si sarebbe, invece, riferito Ulpiano in D. 20.1.21.3.

In questo caso, se il debito non fosse ancora scaduto e il bene fosse stato trovato in possesso di un terzo, a venire in rilievo sarebbe stato il c.d. *Haftungsinteresse*:<sup>19</sup> la *litis aestimatio* sarebbe stata commisurata al valore del bene pignorato.

In particolare, questi principi emergerebbero, secondo Wubbe, dall'analisi ulpiana di una circostanza ancora più specifica, vero oggetto di D. 20.1.21.3. Se la cosa data in pegno avesse perso così tanto valore da non poter coprire il credito garantito, il creditore pignoratizio avrebbe ottenuto non più del valore del credito garantito se ad essere convenuto fosse stato il debitore. Se ad essere convenuto fosse stato il terzo possessore, anche, vale a dire, eventualmente di più, se maggiore fosse stato il valore del bene, nonostante l'avvenuto deprezzamento (*auch, d.h. eventuell, wenn es sich so ergibt, wenn die Sache mehr wert ist, auf mehr*).<sup>20</sup>

Dunque, nessun contrasto di opinione sarebbe esistito tra Ulpiano e Marciano. I due giuristi avrebbero soltanto considerato ipotesi differenti: in D. 20.1.16.3 Marciano avrebbe avuto riguardo ad un caso di *conventio pignoris*; in D. 20.1.21.3 Ulpiano ad un caso di *datio pignoris*.

---

<sup>17</sup> La tesi della non operatività del *iusiurandum in litem* nell'*actio Serviana* risale a A. FABER, *Coniecturarum*, cit., Liber XVI, caput XV, *passim*. Il riconoscimento dell'operatività nella sola ipotesi di *actio Serviana* esercitata contro il terzo possessore risale a G. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., 240 nt. 102. La ragione che spinse Wubbe, in particolare, a negare il *iusiurandum in litem* (con l'eccezione di cui avvertivamo nel testo) fu, come subito vedremo, la convinzione che esso fosse uno strumento con il quale l'attore avrebbe dovuto necessariamente stimare il valore oggettivo del bene. Sulla natura del *iusiurandum in litem* e sulle conseguenze della sua prestazione nell'*actio Serviana* ci occuperemo *infra* nel testo, ?.

<sup>18</sup> F. WUBBE, *Der Streitwert*, cit., 190 e nt. 42a. A differenza di Kaser, tuttavia, come avvertivamo, Wubbe considerò applicabile il *iusiurandum in litem* solo al caso di perdita dolosa del possesso *post litem contestatam*. Come dicevamo, tratteremo di tale questione *infra* nel testo, ? ss.

<sup>19</sup> F. WUBBE, *Der Streitwert*, cit., 190: "Die Schuld ist nicht fällig, das *Haftungsinteresse* steht im Vordergrund".

<sup>20</sup> F. WUBBE, *Der Streitwert*, cit., 190 s.

**1.3.** Gli studi dei due Autori, dunque, se pure portarono ad un'interpretazione differente di D. 20.1.21.3 e di D. 20.1.16.3, si caratterizzano, tuttavia, per la condivisione di due fondamentali risultati.

Per quel che riguarda D. 20.1.21.3, l'espressione "*etiam pluris*" fu interpretata come senz'altro riferentesi al valore oggettivo della cosa e il principio dell'*Haftungsinteresse* fu invocato, a sostegno di questa interpretazione, per giustificare l'adozione del "*verum pretium*" come criterio di stima della lite.

Per quel che riguarda D. 20.1.16.3, il *iusiurandum in litem* fu considerato strumento estimatorio che portava sempre alla determinazione di una somma di denaro commisurata al valore del bene pignorato.

La nostra indagine si propone lo scopo di ristudiare questi temi verificando proprio la plausibilità di tali risultati comuni.<sup>21</sup>

**1.4.** Allo scopo di rendere più comprensibile il percorso della nostra indagine, diremo subito della ragione fondamentale che ci ha convinto ad intraprenderla. Anticiperemo subito dopo le linee generali lungo le quali essa si svolgerà.

Contrariamente a quanto sostenuto dai due autori, noi riteniamo che il cd. *Haftungsinteresse* e il cd. *Sicherungsinteresse* non costituirono mai nell'*actio Serviana*, ai fini della determinazione della *litis aestimatio*, due criteri tra loro alternativi, utilizzabili a seconda delle diverse circostanze nelle quali l'azione sarebbe stata intentata. In quest'azione, che era un'*actio in rem*, il c.d. *Haftungsinteresse* non poté mai essere considerato criterio di determinazione della *litis aestimatio* e il cd. *Sicherungsinteresse* emerse solo in pieno diritto classico, in modo particolare con Ulpiano, quale criterio che, adottando la misura del credito garantito ai fini della determinazione della *litis aestimatio*, ebbe la funzione di sostituire e non di affiancare il criterio fino ad allora utilizzato, quello del valore oggettivo del bene. Ma tale criterio aveva trovato fondamento non nell'interesse del creditore pignoratizio a restituire la cosa, il preteso *Haftungsinteresse*, bensì nel vincolo formale costituito dal significato oggettivo e materiale del termine "*res*", indicante nell'*intentio* della formula l'oggetto materiale della lite.

L'impostazione generale della nostra ricerca sarà, dunque, finalizzata a ristudiare il tema del criterio di determinazione della *litis aestimatio* nell'*actio Serviana* ed il percorso sarà tracciato dalle linee guida suggerite dall'analisi esegetica di D. 20.1.21.3.

Si determinerà, in tal modo, la necessità di considerare il nostro tema quasi la tessera di un mosaico, la cui composizione potrà sembrare a volte di difficile realizzazione, per la difficoltà di immaginare concordanti tessere tra loro apparentemente lontane, ma che speriamo dimostrare alla fine determinare, invece, coerentemente, un quadro unitario.

Cercheremo di dimostrare che D. 20.1.21.3 rivela una tendenza della piena età classica – e, in modo particolare, di Ulpiano – a riconsiderare i problemi di *litis aestimatio* in un'ottica tesa ad individuare nuovi criteri di determinazione del valore economico della *lis*. In tale prospettiva saremo indotti a valorizzare il cenno che in questa testimonianza Ulpiano fa del criterio dell'*id quod actoris interest (quia non pluris interest)* e ad individuare in esso lo strumento utile a superare il vincolo formale costituito dal signifi-

---

<sup>21</sup> Per la confutazione dei risultati comuni raggiunti nell'analisi di D. 20.1.21.3 si vedano le ? ss.; per quelli relativi a D. 20.1.16.3, di vedano le ? ss.



cato oggettivo e materiale del termine “*res*” nella clausola estimatoria *quanti ea res erit*, e a rendere possibile una diversa modulazione della *litis aestimatio*.

Alla tessera del criterio di determinazione del contenuto della *litis aestimatio* non potrà non coordinarsi quella relativa al tema degli effetti che il pagamento della *litis aestimatio* doveva determinare. Non si può, infatti, non pensare che a criteri diversi di determinazione del contenuto della *litis aestimatio* non avrebbero dovuto corrispondere effetti diversi che il suo pagamento avrebbe determinato. Consapevoli dell'impossibilità di affrontare l'intero tema, quest'ovvia considerazione ci condurrà, tuttavia, a ritenere necessario studiare tutta una serie di altre testimonianze che addurremo a conforto dell'interpretazione che daremo di D. 20.1.21.3 e nelle quali risulterà molto più evidente la correlazione tra la questione del criterio di determinazione della stima della lite e l'effetto del suo pagamento. Risulterà, ci auguriamo, evidente che, almeno per il pieno diritto classico, la disciplina degli effetti del pagamento della *litis aestimatio* in tutte le *actiones in rem* non dovette essere unitaria e che, invece, per l'azione a tutela del diritto di pegno, si fosse giunti a riconoscere effetti differenti da quelli che si determinavano in caso di pagamento della *litis aestimatio* in ipotesi di *rei vindicatio*.

Quest'indagine ci condurrà ad analizzare, in particolare, una testimonianza che rivestirà un ruolo fondamentale nel disegno che si andrà via via componendo. Si tratta di D. 10.3.7.12, un testo di Ulpiano in materia di *iudicium communi dividundo*, il quale aprirà la strada di un percorso utile a tracciare le linee di un'illuminante equiparazione tra la disciplina della contitolarità e quella della titolarità solitaria del diritto di pegno per gli aspetti che, ovviamente, a noi qui interessano. Risulterà interessante verificare che, per Ulpiano, in materia di contitolarità *pro parte*, in sede di *iudicium communi dividundo*, il criterio di determinazione del valore della singola *pars quota* era identico a quello utilizzato per la determinazione della *litis aestimatio* in sede di *actio pignoratitia in rem* e, ancora, che identici erano degli effetti che sarebbero scaturiti dal provvedimento di *adiudicatio* nell'un caso e dal pagamento della *litis aestimatio* nell'altro.

Questi aspetti della contitolarità *pro parte* del diritto di pegno ci permetteranno di guardare anche all'ipotesi di contitolarità *in solidum* dello stesso diritto di pegno, e di considerare come plausibile l'idea che, almeno in Ulpiano, in entrambi i casi i singoli contitolari potessero esperire un'*actio Serviana, pro parte* nell'un caso, *in solidum* nell'altro, nella quale identici fossero i criteri di determinazione della *litis aestimatio*.

Giunti a questo punto della nostra indagine, e avvalorata, come speriamo, l'idea che in pieno diritto classico, l'unico criterio di determinazione della *litis aestimatio* fosse il valore del credito garantito, tratteremo del tema relativo al secondo risultato sul quale sia Kaser sia Wubbe concordarono, analizzando, questa volta, D. 20.1.16.3. Si tratta della questione del valore, nella nostra *actio Serviana*, del *iusiurandum in litem*.

Entrambi gli Autori, come si ricorderà, lo considerarono strumento estimatorio che avrebbe portato sempre alla determinazione di una somma di denaro commisurata al valore del bene pignorato. Dimostreremo come questa tesi non sia da condividere per la ragione che risultano essere infondati i presupposti sui quali essa si fonda, impliciti nelle indagini condotte da entrambi gli Autori. Nell'affermare recisamente che il *iusiurandum in litem* portasse nell'*actio Serviana* alla determinazione di una somma di denaro equivalente al valore oggettivo del bene pignorato, essi mostravano di presupporre come provata una tesi sulla natura e sulla funzione del *iusiurandum in litem* che, elaborata, come vedremo, con precipuo riferimento alla *rei vindicatio*, essi considerarono applicabile anche all'azione a difesa del diritto di pegno. La tesi, notissima, è quella dell'equiparazione, nella *rei vindicatio*, del pagamento della *litis aestimatio* ad un'ipotesi

di *emptio venditio* e, in particolare, della considerazione, in tale prospettiva, del *iusiurandum in litem* quale indice della volontà dell'attore, indispensabile a presupporre esistente l'accordo costitutivo della *emptio venditio*, e strumento di determinazione del *pretium rei*.

Tenteremo di delineare i limiti e le finalità che tale equiparazione ebbe nel pensiero dei giuristi e di evidenziare che essa non intaccò affatto il ruolo che, in particolare, svolgeva il *iusiurandum in litem* sia nella *rei vindicatio* sia nelle altre *actiones arbitrarie*. Con riferimento alla nostra *actio Serviana*, poi, addurremo a prova della impossibilità di concepire un *iusiurandum in litem* funzionalmente strutturato per la determinazione del *pretium rei* l'impossibilità di condividere la tendenza, spesso emersa negli studi in materia ed evidentemente accolta dai nostri due autori, ad accostare l'*actio Serviana* alla *rei vindicatio*, in ragione del fatto che entrambe fossero azioni per il recupero della cosa.

Conclusa la prima parte della nostra indagine, dedicheremo la seconda a prospettare la nostra interpretazione di D. 20.1.21.3 e ad addurre, naturalmente, prova delle nostre ragioni. In tale contesto, come dicevamo, avremo modo anche di discutere della ricomposizione del dissenso da parte di Kaser. Per le linee generali di questa seconda parte rimandiamo il lettore alla premessa che ne tratteremo al § 5.<sup>22</sup>

2. Cominciamo adesso un'analisi D. 20.1.21.3 più approfondita rispetto alla lettura appena accennata all'inizio della nostra trattazione. Conviene riportare, ancora una volta, la testimonianza

D. 20.1.21.3 (Ulp. 73 *ad ed.*) *Si res pignerata non restitatur, lis adversus possessorem erit aestimanda, sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem: nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest, adversus ceteros possessores etiam pluris et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneraticia actione.*<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> *Infra*, pp. ??

<sup>23</sup> Il frammento è stato in passato oggetto di numerosissime critiche. Espunsero, come insitico, l'intero periodo "*sed utique . . . etiam pluris*": E. BETTI, *Studi*, I, cit., 59 nt. 90; A. EHRHARDT, *Litis aestimatio*, cit., 159; P. VOGLI, *Risarcimento del danno*, cit., 28 ss.; A. BURDESE, *Lex commissoria*, cit., 200 s.; G. PROVERA, *Contributi*, cit., 28 nt. 36; T. MAYER-MALY, *Ein Leitfall*, cit., 351 nt. 20; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 271 s.; P. FREZZA, *Le garanzie II*, cit., 222 s.; C. RASCON, *Pignus y custodia*, cit., 180.

FREZZA offrì a sostegno della tesi due considerazioni. La prima, fondata su una pretesa "incongruenza" tra la frase "*restituere debet debitori pigneraticia actione*" e "l'ipotesi, prospettata nella parte alterata, della *litis aestimatio* contro lo stesso debitore"; la seconda, su un preteso contrasto con le parole "*Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus . . .*" di D. 20.1.16.6, contrasto sostenuto qualche anno prima da Chiazzese. Per quel che riguarda la prima osservazione, è evidente, crediamo, che le parole in questione si riferiscano unicamente all'ipotesi in cui il creditore pignoratizio abbia agito contro il terzo possessore e che, dunque, nessuna incongruenza è possibile ravvisare nelle due parti del testo. Per quel che riguarda l'apparente contrasto con D. 20.1.16.6, di veda *infra* nel testo, ? nt. ?

CHIAZZESE fondò il giudizio di non genuinità dell'intero tratto "*sed utique . . . etiam pluris*" sulla considerazione che una "tale diversità di regime tra debitore e terzo è incompatibile col chiaro dettato della formula" (p. 271). Non sappiamo a quale parte della formula volesse riferirsi, formula che credeva si di origine pretoria ma modellata sulla *rei vindicatio* (p. 266), almeno per quella parte concernente la clausola arbitraria (p. 267) e la *condemnatio*, commisurata al *quanti ea res erit* e per la cui determinazione "si applicavano esattamente i principi della *rei vindicatio*" (p. 272). Anche se non sappiamo, in particolare, se condivise la ricostruzione leneliana (E.P.<sup>3</sup>, 494) dell'*intentio*, è certo, tuttavia, che condivise la presenza in essa della clausola "*eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Augerium stare quo minus solvatur*" (p. 267). Ora, se è probabile che Chiazzese con le parole "chiaro

L'iniziale tono deciso del giurista, che sembra trasparire sia dall'uso degli avverbi *aliter ... aliter* che introducono le due diverse ipotesi di applicazione dell'azione, sia dall'uso di "*utique*", che appare adoperato quasi per rafforzare tale distinzione, sembra invero dar ragione all'interpretazione dei due Studiosi. Esso predispone, infatti, il lettore a ravvisare una netta contrapposizione tra i criteri che sarebbero stati utilizzati per la determinazione della *litis aestimatio* nelle due ipotesi ricordate. Nel caso in cui l'azione fosse stata intentata contro il debitore, il criterio di determinazione della condanna pecuniaria sarebbe stato il valore del credito garantito dal diritto di pegno. Nel caso in cui, di contro, l'azione fosse stata intentata contro il terzo possessore, il criterio sarebbe radicalmente mutato: "*etiam pluris*".

A dar poi forza alla tesi per cui quest'espressione "*etiam pluris*" indicherebbe senz'altro il valore della cosa sembrerebbe concorrere l'ultima frase del frammento, nella quale vi è il riferimento alla necessità che il creditore pignoratorio restituisca al debitore pignorante quella quantità di denaro che ha ottenuto a titolo di pagamento della *litis aestimatio* e che superi il valore del credito garantito.

---

dettato della formula" doveva essersi riferito alla *condemnatio* così come credeva che essa venisse determinata, tuttavia, crediamo anche che non fosse assolutamente in torto quando ritenne non conforme alla formula "una tale diversità di regime", come Egli la chiamò, vale a dire un contrasto così forte di disciplina tra l'ipotesi in cui ad essere convenuto fosse stato il debitore pignorante e il caso in cui fosse stato il creditore pignoratorio. Il vero è che tale forte contrasto, come abbiamo accennato nel testo e come speriamo di dimostrare, non vera e che la *condemnatio* dell'*actio Serviana* non seguiva i principi della *rei vindicatio*. Ancora, l'insigne Studioso palermitano avvalorava le sue tesi sostenendo un preteso contrasto di D. 20.1.21.3 con un'altra testimonianza, D. 20.1.16.6, della quale noi ci occuperemo *infra* ? nt. ?. Rimandiamo dunque il lettore a quanto diremo in quella sede.

Ad una semplice adesione alle critiche altrui si limitarono PROVERA e BURDESE, il quale aggiunse, a sostegno dell'impossibilità che la *aestimatio* fosse commisurata al valore del debito, il rilievo che "almeno nel caso in cui tra le parti fosse stata pattuita una *lex commissoria*, l'interesse del creditore al possesso del pegno, anche nei confronti del debitore inadempiente, non può certo essere valutato nell'ammontare del credito garantito" (p. 201). L'osservazione è a prima vista suggestiva, ma contrasta nettamente con il tenore della formula dell'*actio Serviana* nella quale compare, come vedremo meglio *infra* ?, la clausola "*eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse...*" che condiziona l'esperimento dell'azione al mancato adempimento del debito. In questo caso il creditore pignoratorio, grazie all'avvenuta pattuizione della *lex* in questione, sarebbe divenuto proprietario e avrebbe esperito non certo l'*actio Serviana* bensì la *rei vindicatio*.

P. VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., 29 offrì un "argomento sostanziale" per provare che la determinazione della *condemnatio* nella misura del valore del debito contro il debitore pignorante fosse di origine compilatoria. Poiché esso risulta non del tutto perspicuo, riteniamo preferibile riportare il breve tratto in questione, per poi tentare una riflessione: "Se è vero che dal terzo possessore il creditore pignoratorio può sempre esigere l'intera *aestimatio* della cosa, non è men vero che attribuirgli meno, se convenuto sia il debitore, significa violare il contenuto del contratto di pegno. Per tutto il periodo, ch'egli ha fissato di comune accordo con il debitore, il creditore ha diritto di tenersi il pegno e di godere degli altri vantaggi, che eventualmente gli procura l'investimento del capitale. Attribuirgli, invece, la *litis aestimatio* a titolo di pagamento del debito vale come risolvere, d'autorità, il contratto, statuendo un termine a favore del debitore, cui le parti originariamente non pensavano". A tacer d'altro, la possibilità di esperire l'*actio Serviana* prima della scadenza del debito è preclusa, come vedremo a breve nel testo (*infra*, ?), dal tenore stesso della formula. A confutare, poi, l'interpretazione dell'*etiam pluris* come espressione che indicherebbe il valore oggettivo della cosa, stiamo per dedicare le pagine successive del testo.

A. EHRHARDT, *Litis aestimatio*, cit., 159 s.

Considera, invece, genuino il frammento: D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 250 nt. 17.

Ritienne insiticia l'ultima parte del frammento (*et quod . . . actione*) F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation*, cit., 58.

Per quanto mai rilevata dai due Autori a sostegno della loro interpretazione, in questa frase l'espressione "*amplius debito*" sembrerebbe poter corrispondere al significato tecnico di "*superfluum*", termine che indica la differenza tra il credito garantito e il *pretium* ottenuto dalla vendita del bene pignorato, la cui restituzione è oggetto di un'obbligazione sanzionata dall'*actio pigneraticia in personam*.<sup>24</sup>

Se così fosse, se cioè *amplius debito* indicasse il *superfluum*, l'ultima frase del frammento dovrebbe implicitamente far riferimento al pagamento di una *litis aestimatio* che, commisurata al valore della cosa, sarebbe stata equiparata ad una *emptio venditio*.<sup>25</sup> L'attore, creditore pignoratizio, in qualità di *venditor*, avendo ottenuto il *pretium rei* dal convenuto possessore, *emptor*, avrebbe dovuto restituire al debitore pignoratizio, trattata la quantità di denaro corrispondente al suo credito garantito, la differenza: il *superfluum* o, appunto, *amplius debito*.

Questa interpretazione dell'espressione "*amplius debito*", come quella che diedero Kaser e Wubbe della precedente "*etiam pluris*", condurrebbe, dunque, al criterio di determinazione della stima della lite corrispondente al valore della cosa.

Ora, se le considerazioni appena fatte fossero davvero ai nostri occhi del tutto convincenti, saremmo indotti a considerare come definitivamente acquisiti i risultati sui quali concordavano i due Studiosi. Ma un dubbio sulla loro fondatezza, che subito esporremo, ci convince ad indagare ancora, non solo su questa testimonianza ma più in là, oltre il campo nel quale tanto Kaser quanto Wubbe, invece, si fermarono.

Il dubbio di cui parliamo è suscitato da due espressioni di questa testimonianza, l'uso delle quali, ove se ne pesi bene la portata, non solo guida verso una interpretazione differente da quella sulla quale concordavano i due Autori ma è idonea a svelare uno squarcio del pensiero ulpiano, relativo a temi più ampi ma nel quale, coerentemente, si inserisce l'opinione espressa in materia di stima nell'*actio Serviana*.

Si tratta, in particolare, delle espressioni: "*quia non pluris interest*" ed "*etiam pluris*".

### 2.1. Cominciamo dalla seconda: *etiam pluris*.

Se si guarda alla struttura del discorso di D. 20.1.21.3, la contrapposizione che traspare dalle parole del giurista non è affatto instaurata tra la misura del debito e il valore della cosa. Se questa fosse stata l'intenzione di Ulpiano non vediamo quale ragione avrebbe dovuto opporsi all'uso di espressioni più esplicite, nelle quali i termini del con-

---

<sup>24</sup> Il termine *superfluum* sembra avere in materia di *pignus* un significato tecnico corrispondente proprio alla differenza tra il *pretium* ottenuto in sede di vendita del bene e l'ammontare del debito, differenza che è oggetto di una obbligazione di *restituere*. Si leggano, ad esempio:

D. 13.7.24.2 (Ulp. 30 *ad ed.*) *Si vendiderit quidem creditor pignus pluris quam debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit, an pigneraticio iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel expectare debeat, quoad emptor solvat, vel suscipere actiones adversus emptorem? et arbitrator non esse urgendum ad solutionem creditorum, sed aut expectare debere debitorem aut, si non expectat, mandandas ei actiones adversus emptorem periculo tamen venditoris. quod si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.*

D. 13.7.42 (Pap. 3 *resp.*) *Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat.*

C. 8.27.20 *Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter, pignoribus a creditore maiore quam ei debebatur pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, id est pigneraticia, de superfluo competit actio.*

<sup>25</sup> Ci occuperemo di tale questione *infra*, nel testo, ? ss.

fronto sarebbero potuti essere, ad esempio, *summa debiti – summa pignoris* o, ancora, *quantum debetur – verum pretium*.<sup>26</sup>

La contrapposizione è, invece, rappresentata dalle espressioni *non pluris – etiam pluris*, le quali hanno come *c o m u n e* termine di riferimento “*quanti debitor debet*”.

Ed è proprio questo “*quanti debitor debet*”, a nostro giudizio, a costituire il fulcro intorno al quale ruota la struttura del discorso ulpiano: la misura del debito costituisce un valore comune ad entrambe le ipotesi, sia nel caso in cui l’azione è esperita contro il debitore, sia nel caso in cui è esperita contro il terzo possessore. In quest’ultima ipotesi, tuttavia, esso può subire una variazione.

**2.1.1.** Invero, Wubbe ebbe il merito di comprendere che nel discorso ulpiano i due termini del confronto “*non pluris ... etiam pluris*” non potessero coincidere con “*debitum – verum pretium*”, facendo entrambi *c o m u n e* allusione al “*quanti debitor debet*”. Diede, tuttavia, del loro uso una spiegazione che può prestar il fianco a fondate critiche.

Come dicevamo, Wubbe presunse, avvicinandosi più al vero rispetto all’ipotesi di Kaser, che il criterio generale di determinazione della stima della lite nell’*actio Serviana* fosse sempre costituito dal valore del credito garantito (grazie alla rilevanza del c.d. *Sicherungsinteresse*), ma individuò un’eccezione nell’ipotesi in cui, avvenuta una *datio pignoris*, il creditore pignoratizio avesse perso il possesso della cosa prima della scadenza del debito e avesse intentato l’azione contro il terzo possessore. In questo caso il valore della lite sarebbe stato eccezionalmente commisurato al valore della cosa pignorata (a venir in rilievo sarebbe stato, questa volta, il c.d. *Haftungsinteresse*).

Nell’ambito di tale premessa teorica egli spiegò l’uso del binomio “*non pluris ... etiam pluris*” presumendo che Ulpiano facesse riferimento ad un’ipotesi di diminuzione del valore del bene successiva alla *datio pignoris*. In questo caso il creditore pignoratizio avrebbe ottenuto il valore del credito garantito contro il debitore. Contro il terzo possessore eventualmente più del credito garantito, se maggiore fosse stato il valore del bene nonostante l’avvenuto deprezzamento.

Ora, la congettura proposta come presupposto di D. 20.1.21.3 è del tutto indimostrabile poiché non vi sono indizi a sostegno di essa, mentre il riferimento ad un caso così specifico sarebbe dovuto emergere esplicitamente dalle parole del giurista. Ma v’è di più. La premessa teorica che ne costituisce il fondamento risulta insostenibile.

Si guardi alla formula dell’*actio Serviana*, come ricostruita da Lenel:

*C. Aquilius iudex esto. Si paret inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et L<sup>m</sup> T<sup>m</sup> convenisse ut ea res qua de agitur A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio C. Aquilii iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemnato, si non paret absolvito.*<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Cfr. D. 30.108.13 (Afric. 5 quaest.) ... *quod pretium pignoris summam debiti excedat ...*; D. 47.2.88 (Paul. 1 decr.) *Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit...*; D. 10.3.7.12 (Ulp. 20 ad ed.) ... *ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum dumtaxat, quantum pro ea parte debetur...*

<sup>27</sup> O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, 494 ss.

La presenza della formula della clausola “*eamque pecuniam ... minus solvatur*” impone di ritenere che l’*actio Serviana* non poteva essere esperita prima della scadenza del debito. Se così è, come appare indubitabile a chi legga le testimonianze invocate da Lenel a supporto della proposta di ricostruzione formulare,<sup>28</sup> la premessa teorica di Wubbe non può essere condivisa.

L’*actio Serviana* poteva essere esperita contro i terzi solo dopo l’inadempimento. La perdita del possesso in un momento precedente poteva legittimare il creditore pignoratizio ad esperire soltanto gli interdetti a difesa del suo possesso.<sup>29</sup>

**2.1.2.** Sgombrato, dunque, il campo dall’interpretazione che diede Wubbe di D. 20.1.21.3, riprendiamo subito il discorso relativo alla portata dell’espressione “*etiam pluris*”.

Cominciamo dalla congiunzione *etiam*. Inserita prima dell’avverbio *pluris*, suo termine di riferimento, essa corregge il valore assoluto che la frase avrebbe assunto se l’avverbio fosse stato utilizzato da solo.

Proviamo ad immaginare il testo così modificato:

*adversus debitorem non pluris quam quanti debet, (...) adversus ceteros possessores pluris*

Dunque, essa ha la funzione di indicare come solo eventuale l’ipotesi in cui la *litis aestimatio* possa essere commisurata “*pluris*”.

Consideriamo ora l’avverbio “*pluris*”.

Esso ha, come dicevamo, come suo esplicito termine di riferimento quel precedente “*quanti debitor debet*” rispetto al quale, dunque, non può che assumere una funzione, diremmo, integrativa. La variazione della *litis aestimatio* nel caso in cui l’azione è intentata *adversus ceteros possessores* può determinarsi a causa dell’ampliamento di quel valore base, costituito dalla misura del credito garantito.

Se l’analisi è corretta, come a noi pare, la testimonianza va, dunque, interpretata nel senso che, secondo Ulpiano, il criterio generale di determinazione della *litis aestimatio* nell’*actio Serviana* doveva essere costituito dal riferimento all’entità del credito garantito e che soltanto nell’ipotesi in cui l’azione fosse stata intentata contro il terzo possessore si sarebbe potuto eventualmente determinare un aumento di tale somma. Questa somma non sarebbe stata commisurata al valore del bene pignorato, bensì al valore del credito garantito, aumentato (*pluris*) a causa, evidentemente, dell’emersione di un interesse dell’attore ritenuto, eventualmente (*etiam*), meritevole di tutela.

Per quel che riguarda, per altro, la chiusa di D. 20.1.21.3, “*et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pigneraticia actione*”, di cui parlavamo, essa non costituisce ostacolo all’analisi proposta.

La circostanza, infatti, che l’*amplius debito* sia considerato oggetto di una obbligazione di *restituere* sanzionata da *actio pigneraticiam in personam* non necessariamente implica che essa debba corrispondere a quel che, con terminologia tecnica più appropriata, è indicato nelle fonti con il termine *superfluum*, la differenza, vale a dire, tra *pretium rei* e valore del debito, differenza che è oggetto di un’obbligazione di restituzio-

---

<sup>28</sup> O. LENEL, EP.<sup>3</sup>, 494 nt. 2; D. 20.6.6; D. 20.1.13.4-6; D. 20.6.5.2-3; D. 46.3.49; D. 20.4.11; D. 16.1.13.1; D. 44.2.30.1; D. 36.1.61pr.; D. 20.3.14; C. 8.32.1.

<sup>29</sup> Si veda M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 483 s.

ne.<sup>30</sup> Essa non impone, vale a dire, di considerare il valore della cosa come criterio di determinazione della *litis aestimatio* e di equipararne il pagamento ad una *emptio venditio*.<sup>31</sup>

A ben riflettere, potrebbe non essere casuale la scelta di Ulpiano di non aver utilizzato il termine tecnico *superfluum* e di aver scelto l'espressione *amplius debito*. Essa provverebbe, allora, che la vicenda alla quale il giurista si riferisce è diversa sia dall'ipotesi negoziale della *emptio - venditio* sia da altra ipotesi ad essa equiparata.<sup>32</sup>

Il riferimento all'*actio pigneraticia in personam*, invece, impone di ritenere che quell'interesse del creditore pignoratorio che può emergere nell'*actio Serviana* come giuridicamente rilevante ai fini anche di una variazione della stima della lite deve essere collegato al rapporto contrattuale di pegno. L'obbligazione di *restituere* riconosciuta in capo al creditore pignoratorio e sanzionata da *actio pigneraticia in personam* può, l'altra parte, avere ad oggetto prestazioni diverse sia dalla *restitutio* della *res pignerata* sia dalla *restitutio* dell'eventuale *superfluum* di cui parlavamo.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Si veda *supra* alla nt. 24 ?

<sup>31</sup> Sul tema, come ricordavamo, si veda *infra* nel testo, pp. ?? ss.

<sup>32</sup> Non è senza rilievo la circostanza che l'espressione *amplius debito* o *quod debitum excedit* o espressioni analoghe, si trovano, in materia di pegno, in testimonianze relative a fattispecie nelle quali è da escludere che possano essere equiparate al concetto tecnico di *superfluum*.

Si leggano, ad esempio

D. 9.2.30.1 (Paul. 22 *ad ed.*) *Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.*

D. 47.2.15pr. (Paul 5 *ad Sab.*) *Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneraticia actione in id quod debitum excedit debitori praestabit.*

Di entrambe le testimonianze ci occuperemo *infra*, nel testo (D. 9.2.30.1 pp. ?? ss; D. 47.2.15 pr. Ntt. ?? e ??). Per il momento basta qui rilevare che entrambe fanno riferimento alla *condemnatio* in azioni penali, l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio furti, condemnatio* che non poteva avere alcuna funzione risarcitoria analoga alla funzione del *pretium* nella *emptio venditio* o alla *aestimatio* valutata tenendo conto del valore della cosa in un'azione reipersecutoria.

Diversa è l'ipotesi di

D. 20.1.15.2 (Gai. l. *sing. Ad form. hypoth.*) *Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit. de quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenierit de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus.*

D. 30.108.13 (Afric. 5 *quaest.*) *Qui margarita Titio pignori dederat, filium heredem instituit et filiam exheredavit, deinde ita cavuit: 'te, Titi, rogo fideique tuae committo, uti margarita, quae tibi pignori dedi, vendas et deducto omni debito tuo quod amplius erit id omne filiae meae restituas'. ex ea scriptura filiam a fratre fidei commissum petere posse, ut is actiones suas adversus debitorem ei praestaret: hoc enim casu eum, qui creditor fuisset, debitorem intellegendum eius scilicet, quod pretium pignoris summam debiti excedat. secundum ea quae proponerentur videri minutum legatum, quod primo dederat.*

<sup>33</sup> Si leggano, come esempio, le seguenti testimonianze:

D. 13.7.13pr. (Ulp. 38 *ad ed.*) *Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et empto-*

L'ultima frase di D. 20.1.21.3, allora, mostra soltanto che quella quantità di denaro che è il risultato della variazione, eventuale, alla quale Ulpiano fa riferimento con l'espressione "*etiam pluris*" doveva trovare fondamento nella tutela di un interesse del creditore pignoratizio connesso al rapporto contrattuale di pegno.

Indagheremo più avanti su tale interesse.<sup>34</sup>

2.2. Analizzata "*etiam pluris*", per il momento importa tornare all'altra espressione ulpiana utilizzata in D. 20.1.21.3, "*quia non pluris interest*", che ci ha indotto a dubitare dell'interpretazione sulla quale concordavano Kaser e Wubbe.

Rileggiamo il contesto nel quale è inserita:

(...) *nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest, adversus ceteros possessores etiam pluris* (...)

Essa completa l'equilibrio interno del discorso ulpiano svelando il fondamento sul quale poggia sia la scelta di considerare il "*quanti debitor debet*" il criterio base di determinazione della stima della lite, sia la possibilità che "*adversus ceteros possessores*" la stima in tal modo determinata subisca una variazione, attraverso un aumento della sua misura (*etiam pluris*).

Tale fondamento è, con tutta evidenza, costituito dall'adozione del principio dell'*id quod actoris interest*.<sup>35</sup>

---

*rem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere.*

D.13.7.15 (Ulp. 28 ad ed.) *Creditor cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: et si praedium fuit pignoratitum, et de iure eius repromittendum est, ne forte servitutes cessante uti creditore amissae sint.*

D.13.7.22.2 (Ulp. 30 ad ed.) *Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoratiticia actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici): proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.*

D.13.7.24.2 (Ulp. 30 ad ed.) *Si vendiderit quidem creditor pignus pluris quam debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit, an pignoratiticio iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel exspectare debeat, quoad emptor solvat, vel suscipere actiones adversus emptorem? et arbitror non esse arguendum ad solutionem creditorem, sed aut exspectare debere debitorem aut, si non exspectat, mandandas ei actiones adversus emptorem periculo tamen venditoris. quod si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.*

D.13.7.33 (Marcian. l. sing. ad form. hyp.) *Si pecuniam debitor solverit, potest pignoratiticia actione uti ad recipendam ἀντίχρησις: nam cum pignus sit hoc verbo poterit uti.*

D.13.7.43pr. (Scaev. 5 dig.) *Locum purum pignori creditori obligavit eique instrumentum emptio-nis tradidit: et cum eum locum inaedificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine, quod alias probare non poterat, petit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet: quo non exhibente minorem locum aedificavit atque ita damnum passus est. quaesitum est, an, si creditor pecuniam petat vel pignus vindicet, doli exceptione posita iudex huius damni rationem habere debeat. respondit, si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur, posse debitorem pecunia soluta pignoratiticia agere: opera autem in eo data tunc et ante pecuniam solutam in id quod interest cum creditore agi.*

<sup>34</sup> *Infra*, ?

<sup>35</sup> Sul tema basti qui ricordare i più recenti studi di M. KASER, *Quanti ea res est*, cit.; P. VOGLI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano (1939); ID., *Risarcimento del danno*, cit.; D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit.; F. M. DE ROBERTIS, "Quanti res est-id quod interest" nel sistema della grande Compilazione. Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano, in



Ad esso dobbiamo dedicare qualche cenno.

E' nota la tendenza giurisprudenziale, emersa già agli inizi dell'età classica, ma sviluppatasi con maggior vigore nella piena età classica, ad interpretare la clausola estimatoria "*quanti ea res est (erit, fuit)*" attraverso l'adozione di criteri che legittimassero il giudice a discostarsi dalla c.d. "*vera aestimatio*". Si trattò di un'attività interpretativa volta a superare il vincolo formale costituito dal significato oggettivo e materiale del termine "*res*", indicante l'oggetto materiale della lite, e a rendere possibile una modulazione della *litis aestimatio* che tenesse conto della natura dell'azione, della struttura della relativa formula e, ancora, dei possibili diversi legittimati attivi o passivi.

Per quel che riguarda la nostra *actio Serviana*, in particolare, il problema della individuazione del criterio di determinazione della *litis aestimatio* doveva essersi prospettato all'attenzione dei giuristi per il fatto che essi cominciarono ad interpretare il termine *res* della clausola estimatoria *quanti ea res erit* non con riferimento alla *res*, il *pignus* in senso materiale, che pure era menzionata nell'*intentio* della formula (*Si paret inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et L<sup>m</sup> T<sup>m</sup> convenisse ut ea res qua de agitur A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> pignori esset propter pecuniam debitam*) bensì, diversamente, come relativo all'intera espressione "*res A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> p i g n o r i esse*" idonea, crediamo, ad indicare qualcosa di diverso.

L'"*esse pignori*" cominciò, vale a dire, ad essere interpretato come riferentesi ad una situazione giuridica soggettiva, il *ius pignoris*, che per quanto non fosse formalmente presente nell'*intentio in factum* della formula, doveva esser stato considerato l'oggetto della tutela realizzata dall'*actio Serviana*.<sup>36</sup>

Diversamente, dunque, dall'assoluto *esse* della *rei vindicatio*, l'*esse pignori* dovette essere stato concepito con un suo differente, specifico contenuto e per questo dovette essere stato considerato diversamente valutabile da un punto di vista economico.<sup>37</sup>

In questo quadro non dovrebbe allora stupire la lettura che abbiamo proposto di D. 20.1.21.3.

A riflettere su quel tono categorico che notavamo nelle parole di Ulpiano, viene da pensare che, probabilmente, esso non fosse stato utilizzato allo scopo di sottolineare una contrapposizione netta tra le due ipotesi prospettate (*adversus ipsum debitorem ... adversus quemvis possessorem*) quanto, piuttosto, per affermare, in modo perentorio,

---

SDHI, XXXII (1966), 114 s.; H. HONSELL, *Quod interest in bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, in *Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, München (1969); B. KUPISCH, *Id quod interest bei Nichterfüllung und Verzug der Verkäufers (Pomp. D. 19.1.33 und Paul. D. 19.1.21.3)*, in TR, XLIII (1975); S. TAFARO, *La interpretatio ai verba "Quanti ea res est" nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli 1980; J.L. MURGA, *La 'aestimatio liti-s' y el 'pretium rei'*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VI (1984), 2607 ss.; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992.

<sup>36</sup> L'espressione *ius pignoris* è presente in numerose testimonianze. Si vedano, ad esempio, D. 10.3.6.8; D. 10.3.6.9; D. 20.1.29.2; D. 20.1.31.1; D. 20.3.3; D. 20.4.9pr.; D. 20.6.9pr.; D. 20.6.12pr.; D. 20.6.12.1; D. 27.9.2; D. 27.9.3pr.; D. 27.9.3.1; D. 41.5.2pr.; D. 42.1.15.5; D. 44.2.30.1; D. 49.14.22.1; D. 49.14.46.3; D. 49.15.19.9.

<sup>37</sup> Per quanto in materia di *actio Serviana*, come abbiamo visto *supra* alla nt. ?, P. VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., 28 ss., fosse giunto a conclusioni del tutto differenti da quelle che noi proponiamo, risultano illuminanti le seguenti osservazioni appena prima offerte dall'Autore (p. 7) con riferimento, tuttavia, soltanto ad alcune specifiche azioni (*actio ad exhibendum*, *formula secutoria* dell'*interdictum uti possidetis*): "Ecco, dunque, *condemnationes* in *q.e.r.e.* che non attribuiscono la *vera aestimatio rei* (...). E' la natura del diritto dell'attore a determinare il mutamento: la sostanza trionfa nella forma. (...) v'è un'aperta rottura con il formalismo. Si può naturalmente pensare che la parola *res* della *condemnatio* sia stata idealizzata (conforme, del resto ai vari significati che essa può avere) e sia stata concepita, piuttosto che come la cosa di cui parla l'*intentio*, come, in generale, la pretesa dell'attore".

una tesi in un ambito, quello appunto dell'individuazione del criterio di determinazione della *litis aestimatio* nell'*actio Serviana*, nel quale dovevano evidentemente mancare opinioni unanimi da parte dei giuristi.<sup>38</sup>

In tema di azione a tutela del diritto di pegno Ulpiano dovette utilizzare il riferimento al criterio dell'*id quod interest* per giustificare il distacco dal criterio del *verum pretium* e adottare la misura del credito garantito quale criterio base di determinazione della *litis aestimatio*.

Noi non crediamo, dunque, che nell'*actio Serviana* i due principi del c.d. *Haftungsinteresse* e del c.d. *Sicherungsinteresse* furono mai considerati alternativamente idonei a fungere da criteri di determinazione della *litis aestimatio*, a seconda delle diverse circostanze nelle quali l'azione fosse stata intentata, *datio* o *conventio pignoris*, azione esperita contro il debitore od azione esperita contro il terzo. Nell'*actio in rem* il criterio del *verum pretium*, certamente adottato prima di Ulpiano nell'interpretazione della clausola estimatoria "*quanti ea res erit*", non era dipeso dall'utilizzazione del criterio del c.d. *Haftungsinteresse* bensì dal rispetto del vincolo formale costituito dal significato oggettivo e materiale del termine "*res*", indicante nell'*intentio* della formula l'oggetto materiale della lite.

Il c.d. *Haftungsinteresse* era, infatti, relativo ad una vicenda che riguardava sì l'attore dell'*actio Serviana*, ma non in quanto titolare di una situazione giuridica soggettiva attiva di natura reale, il *ius pignoris* appunto, bensì in quanto titolare di una situazione giuridica del tutto differente, una situazione giuridica soggettiva passiva, un'obbligazione di *reddere rem*, per il cui inadempimento, la mancata restituzione della cosa costituitagli in pegno, egli sarebbe stato responsabile.<sup>39</sup>

E' proprio la diversa natura di tali situazioni giuridiche, una situazione giuridica soggettiva attiva di natura reale il *ius pignoris*, una situazione giuridica soggettiva passiva di natura relativa, l'obbligazione di *reddere rem*, che deve indurre ad escludere che l'una, un'*obligatio*, potesse costituire criterio di valutazione economica dell'altra, un *ius in re aliena*.

La misura del credito garantito, che indichiamo utilizzando il termine *Sicherungsinteresse*, invece, non trovava fondamento nel rapporto contrattuale di pegno ma costituiva il contenuto del diritto di pegno, valutabile da un punto di vista economico.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Un'analogia mancanza di opinioni unanimi è testimoniata: a) in tema di *iudicium communi dividundo*, ai fini dell'*aestimatio* della *pars quota*, in ipotesi di contitolarità *pro parte* di un diritto di pegno (si veda *infra*, pp. ?? ss., a proposito di D. 10.2.7.12, dello stesso Ulpiano e di D. 20.2.29, di Paolo); b) in tema di *aestimatio litis* nell'azione concessa allo stesso creditore pignoratizio per l'ipotesi di danneggiamento della *res pignerata* (si veda *infra*, pp. ?? ss., quanto sosterremo a proposito di D. 9.2.30.1); c) in materia di *aestimatio litis* nell'*actio furti* concessa al creditore pignoratizio (si veda *infra*, pp. ?? ss.).

<sup>39</sup> La natura e il grado di responsabilità del creditore pignoratizio per l'inadempimento dell'obbligazione di *reddere rem* è questione che doveva attenere alla disciplina del rapporto obbligatorio fondato sul contratto di pegno. Rapporto obbligatorio che lega il creditore pignoratizio, in qualità di debitore, al debitore pignorante, in qualità di creditore, la cui disciplina, ovviamente, non poteva che essere stata influenzata dalla natura e dalla struttura dell'*actio in personam*, *directa* e *contraria*, che lo tutelava. (Su queste azioni e, in particolare, sul problema dell'esistenza o meno di un'*actio in ius ex fide bona* che affiancò in diritto classico l'*actio pigneraticia in factum* si veda, per tutti, M. KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht, II: Actio pigneraticia und actio fiduciae*, in TR, XLVII 1979 ed in *Studien zum römischen Pfandrecht*, cit., dal quale citiamo, 59 ss.)

<sup>40</sup> Nella seconda parte della nostra indagine (*infra*, pp. ?? ss.) studieremo alcune testimonianze in materia di legittimazione attiva del creditore pignoratizio all'*actio legis Aquiliae* e all'*actio furti*, nelle quali si riproporranno i problemi interpretativi relativi all'individuazione del criterio di determinazione della *litis aestimatio* in entrambe le azioni. Si vedrà come l'opinione di Ulpiano in ordine a queste azioni

Concludiamo qui il nostro cenno al criterio dell'*id quod interest*. Vedremo nella seconda parte del nostro lavoro il ruolo che esso assunse nel pensiero di Ulpiano ai fini della determinazione di una *litis aestimatio* che, individuata in ragione del valore del credito garantito, fosse frutto di una variazione che, ove se ne fosse presentata la necessità, ne aumentasse il valore. Si tratterà di spiegare, finalmente, il significato di quell'*etiam pluris* che, ancora, siamo costretti a lasciare in sospeso.

### 2.3. Riassumiamo, a questo punto, i risultati raggiunti.

In D. 20.1.21.3 Ulpiano considerava il riferimento all'entità del credito garantito il criterio generale di determinazione della *litis aestimatio*. Soltanto nell'ipotesi in cui l'azione fosse stata intentata contro il terzo possessore egli riteneva possibile non che mutasse il criterio di determinazione della *litis aestimatio* ma che il valore del credito garantito, eventualmente (*etiam*), aumentasse (*pluris*), in virtù dell'emersione di un interesse dell'attore ritenuto meritevole di tutela.

E' nostro compito adesso offrire al lettore testimonianze a sostegno dell'interpretazione che abbiamo proposto.

Riteniamo, tuttavia, a tal fine, utile rendere esplicita una considerazione di fondo, rimasta implicita nei lavori di Kaser e Wubbe, ma che risulta ai nostri occhi di fondamentale importanza.

Il tema del criterio di determinazione della *litis aestimatio* è strettamente legato a quello degli effetti del suo pagamento. Non si può pensare, dunque, di trattare l'uno senza considerare anche l'altro.

Per quel che riguarda, in particolare, la nostra *actio Serviana* non può essere taciuta, nonostante il silenzio dei nostri due autori, la correlazione della questione dell'emersione dell'*Haftungsinteresse* e del *Sicherungsinteresse* con quella degli effetti del pagamento della *litis aestimatio* in questa azione.

Il tema è connesso, come apparirà evidente, con quello più generale che coinvolge, almeno, l'intera categoria delle *actiones in rem*.

E' noto che gli studi in materia, condizionati da un numero esiguo di testimonianze utilizzabili e condotti con precipuo riferimento alla *rei vindicatio*, hanno portato a formulare, fondamentalmente, tre differenti tesi.

Secondo una dottrina più risalente, il pagamento della *litis aestimatio* avrebbe determinato l'acquisto del *dominium ex iure quiritium*.

Esponente più convinto di questa tesi, elaborata invero già in passato,<sup>41</sup> fu nel secolo scorso Heinrich Siber, il quale, nel suo "Die Passivlegittimation zur *rei vindicatio* als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz",<sup>42</sup> sostenne il principio in base al quale il convenuto che non avesse voluto restituire, preferendo il pagamento della *litis aestimatio*, sarebbe succeduto nel diritto dell'attore. Se l'attore fosse stato il proprietario, il convenuto sarebbe divenuto tale, altrimenti avrebbe acquistato la *possessio ad usucapionem*.<sup>43</sup>

---

penali sia del tutto coerente con quella noi prospettiamo in materia di *actio in rem*.

<sup>41</sup> Si veda la letteratura citata in E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per "litis aestimatio" nel processo civile romano*, Milano 1915, 3 nt. 1.

<sup>42</sup> Leipzig 1907, 139 ss. Aderirono a questa tesi, tra gli altri, V. ARANGIO RUIZ, Corso, I, 59; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, 135; ? DÜLL, *Der Gütegedanke im röm. Zivilprozessrecht. Ein Beitrag zur Lehre der Bedeutung von arbiter, actiones arbitariae, Verfahren in iure und exceptio*, München 1931.

<sup>43</sup> In tema di *actio Serviana*, tuttavia, pare, se bene abbiamo inteso, che Siber riconoscesse in capo

A questa tesi si oppose, agli inizi del secolo scorso, Ernst Levy, il quale sostenne, nel suo ormai classico “Die Enteignung des Klägers im Formularprozess”,<sup>44</sup> che nel caso in cui l’attore fosse stato il proprietario civile o pretorio della cosa e l’azione avesse mirato alla restituzione della cosa, unico effetto del pagamento della *litis aestimatio* sarebbe stato il riconoscimento di una semplice *possessio* tutelata, tuttavia, con *actio Publiciana utilis* e con *exceptio rei quasi venditae ac traditae*.<sup>45</sup>

La dottrina più moderna, infine, sostiene, sulla base di numerosi spunti testuali che equiparano il fenomeno della *litis aestimatio* ad un’ipotesi di *emptio-venditio*,<sup>46</sup> il riconoscimento del *dominium ex iure quiritium* in caso di *res nec Mancipi*, dell’*in bonis habere* in caso di *res Mancipi*.<sup>47</sup>

Senza voler affrontare l’intero tema, crediamo che lo studio che stiamo conducendo possa esser utile ad apportare qualche elemento di novità, se non altro nella prospettiva di dover ritenere impossibile presumere una disciplina unitaria di tutte le *actiones in rem* e di dover considerare che per l’azione a tutela del diritto di pegno si fosse giunti, già in diritto classico, a riconoscere effetti differenti da quelli che si determinavano in caso di pagamento della *litis aestimatio* in ipotesi di *rei vindicatio*. E ciò proprio come

---

al possessore che avesse pagato la *litis aestimatio* soltanto un diritto di ritenzione. Non si desume, tuttavia, dalle riflessioni dell’Autore, quale fosse la misura alla quale tale *aestimatio* fosse secondo lui commisurata. Cfr. *Die Passivlegitimation*, cit., 115. Le riflessioni sono condotte con riferimento all’analisi di D. 10.2.29, sul quale si veda *infra* nel testo, ? ss.

<sup>44</sup> In ZSS, XLII (1921), 476 ss.

<sup>45</sup> E. LEVY, *Die Enteignung*, cit., 500, si occupò anche della nostra *actio Serviana*, se pur con fugacissimi cenni alle fonti che vengono in considerazione e che saranno presto oggetto della nostra analisi, e attribuì ai bizantini la paternità del criterio di stima commisurato al valore del credito. In diritto classico, secondo l’Autore, la *litis aestimatio* sarebbe stata commisurata al valore della *res pignoratitia* e il pagamento della *litis aestimatio* avrebbe determinato, appunto, un’ipotesi di *Enteignung*.

<sup>46</sup> La *litis aestimatio* e il relativo pagamento determinerebbe un’ipotesi di *traditio brevi manu pro emptore*. Un ruolo nel riconoscimento di tale equiparazione sarebbe attribuito al *iusiurandum in litem*, strumento dalla cui prestazione si farebbe derivare un assenso dell’attore, necessario per considerare esistente quell’accordo fondativo della *emptio-venditio*. Sul tema del *iusiurandum in litem* si veda *infra*, nel testo, ?

<sup>47</sup> Alcuni studiosi hanno sostenuto la necessità di una usucapione anche in ipotesi di *res nec Mancipi*. Si veda, per tutti, E. CARRELLI, *L’acquisto della proprietà*, cit., 3 ss., con bibliografia citata alla p. 5 nt. 3.

Si vedano, tra gli studi più recenti, M. PENNITZ, *Der “Enteignungsfall” im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Wien-Köln-Weimar 1991, 249 ss. e C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano I*, Torino 2001, 425 ss. Quest’ultimo autore, sebbene nell’ambito di un corso istituzionale, ha affrontato il tema degli effetti del pagamento della *litis aestimatio* attraverso un’analisi esegetica accurata delle testimonianze relative non solo alla *rei vindicatio* ma anche a tutte quelle azioni nelle quali “la *litis aestimatio* esprime il valore di una cosa corporale da restituire” (p. 428), pervenendo alla convinzione che probabilmente, almeno fino a Pomponio, i giuristi professarono una “certa pluralità di opinioni” ammettendo a volte il trasferimento del *dominium ex iure quiritium*, a volte la sola proprietà pretoria (cfr. 446). Il tema dell’*actio Serviana* risulta trattato proprio in questa categoria di azioni, anche se fuggacemente e senza che l’A. dia conto delle incertezze in materia.

Noi non siamo affatto convinti dell’idea che, in pieno diritto classico, l’*actio Serviana* possa essere stata accomunata alle azioni che tutelavano situazioni giuridiche soggettive assolute e che, per tale ragione, miravano alla restituzione di una cosa corporale. A parte quel che crediamo di star dimostrando in ordine alle testimonianze concernenti direttamente il problema della stima della lite nella nostra azione, tenteremo di darne prova *infra*, nel testo, ? ss., attraverso l’analisi di D. 21.2.66pr. (Pap. 28 *quaest.*), testimonianza apparentemente lontana dal nostro tema ma dalla quale, dato l’intento sistematico che dal dettato trastare, crediamo possano essere tratti indizi in favore della nostra tesi. Per l’analisi delle due uniche fonti prese in considerazione da Cannata in materia di *actio Serviana* si veda *infra* alle ntt. ? e ?.

conseguenza del riconoscimento della misura del credito garantito come unico criterio di determinazione della *litis aestimatio*.

Nelle testimonianze che ci accingiamo a prospettare come prova della buona plausibilità dell'interpretazione che abbiamo proposto di D. 20.1.21.3, si rivela evidente la correlazione tra la questione del criterio di determinazione della stima e l'effetto del suo pagamento. In esse risulta chiaramente la tendenza di alcuni giuristi, tra i quali certamente Ulpiano, a considerare il *Sicherungsinteresse* unico criterio di determinazione della *litis aestimatio* ed a riconoscere in capo al terzo convenuto, il quale adempie alla *condemnatio* pecuniaria determinata in tale misura, un possesso in base al quale sarebbe stato possibile esercitare un diritto di ritenzione, tutelato con apposita *exceptio doli* e funzionale ad indurre il debitore pignorante che avesse rivendicato il *pignus* a rimborsargli quanto pagato.

Tutte hanno avuto il comune destino di essere state in passato considerate inattendibili per una presunta non genuinità fondata sulla pregiudiziale convinzione, basata su un'acritica ricezione dell'interpretazione in passato corrente proprio di D. 20.1.21.3, che la *litis aestimatio* dell'*actio Serviana* dovesse essere commisurata al valore della *res* oggetto della lite.

A voler ancora credere a questi giudizi, saremmo in presenza di una sistematica opera di interpolazione dei testi classici, finalizzata ad occultare un regime classico, caratterizzato da una *litis aestimatio* commisurata al valore del bene pignorato e dal conseguente riconoscimento, in capo al convenuto possessore che avesse pagato la *litis aestimatio* in tal misura, dell'*in bonis habere*. E ciò allo scopo di introdurre un regime tutto diverso, emerso solo in età postclassica: quello caratterizzato da una *litis aestimatio* commisurata al valore del credito e da un conseguente riconoscimento, in capo al convenuto possessore che avesse pagato la *litis aestimatio* in tale diversa misura, di un possesso utile ad esercitare diritto di ritenzione sulla cosa.

Proveremo a dimostrare l'infondatezza di tale assunto attraverso l'analisi esegetica di queste testimonianze, motivati, oltre tutto, dalla convinzione che nessun interesse avrebbero avuto i postclassici a modificare, nel modo preteso, testi riguardanti argomenti non più attuali, in un tempo nel quale, ormai, le liti si concludevano con l'esecuzione specifica dell'obbligo a restituire il bene controverso.

3. Cominciamo dall'analisi della fonte in materia di *iudicium communi dividundo*, di particolare importanza, ai nostri fini, poiché si tratta di una testimonianza dello stesso Ulpiano.

D. 10.3.7.12 (Ulp. 20 *ad ed.*) *Inter eos qui <rem> pignori acceperunt talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum dumtaxat, quantum pro ea parte debetur, et adsignetur quidem pignus uni ex creditoribus, licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere. Idemque dicitur et si possessor pignoris litis aestimationem pigneraticiam in rem agentis offerat.*

Tra coloro che hanno ricevuto in pegno una medesima cosa la divisione deve essere operata in maniera che ciascuna parte sia stimata considerando non il valore reale, ma soltanto quanto per quella stessa parte è dovuto al creditore, e quindi la cosa pignorata sia assegnata ad uno dei concreditori, tuttavia in modo che non sia negata al debitore la facoltà di offrire il valore complessivo del debito e, in tal modo, di riscattare il suo

pegno. La stessa cosa deve esser detta anche se il possessore del pegno offra la *litis aestimatio* a chi agisce con l'*actio pigneraticia in rem*.<sup>48</sup>

Il passo, inserito dai compilatori nella trattazione dell'*actio communi dividundo*, fa parte di un lungo frammento, D. 10.3.7pr.-13,<sup>49</sup> nel quale l'analisi del giurista si spiega lungo una disamina dei vari rapporti, diversi dallo stato di comproprietà, ai quali il *iudicium communi dividundo* è considerato applicabile, ora in via diretta, ora in via utile, oppure è del tutto negato.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> Su questo frammento, si vedano: F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro X, tradotto e annotato da A. Longo e S. Perozzi, 169 s.; E. BETTI, *Studi*, I, cit., 26; T. MAYER-MALY, *Ein Leitfall*, cit., 347 ss.; M. VANZETTI, *Il pegno su parte indivisa e le azioni divisorie*, in BIDR, LXXIII (1970), 304 ss.; A. RODGER, *Actio confessoria und actio negatoria*, in ZSS, LXXXVIII (1971), 196 ss.

<sup>49</sup> D. 10.3.7pr.-13 (Ulp. 20 ad ed.) *Communi dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum: magis autem debet iudex abstinere huiusmodi divisionis: alioquin praestatio vectigalis confundetur*. 1. *Neratius scribit arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem divisum duobus adiudicaverit, posse quasi in duobus fundis servitutem imponere*. 2. *Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere*. 3. *Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit, ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur*. 4. *Inter praedones autem hoc iudicium locum non habet, nec si precario possideant locum habebit nec si clam, quia iniusta est possessio ista precaria vero iusta quidem, sed quae non pergat ad iudicii vigorem*. 5. *Iulianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc iudicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum qui vi deiecit interdictum reddi. et si precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudicium, quia et de precario interdictum datur. sed et si clam dicatur possidere qui provocat, dicendum esse ait cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit*. 6. *Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utile communi dividundo iudicium dari*. 7. *Sed et si de usu fructu sit inter duos controversia, dari debet*. 8. *Item si duo a praetore missi sint in possessionem legatorum: est enim iusta causa possidendi custodiae gratia. ergo et si duo ventres, idem erit dicendum: quod habet rationem*. 9. *Plane si iam damni infecti missus iussus sit possidere, non erit huic utili iudicio locus, cum vindicationem habere possit*. 10. *Cum de usu fructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat: vel locet usum fructum uni ex illis: vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant: vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat caveantque per tempora se usuros et fruituros, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit usus fructus*. 11. *Neque colonis neque eis qui depositum susceperunt hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant*. 12. *Inter eos, qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum dumtaxat, quantum pro ea parte debetur, et adsignetur quidem pignus uni ex creditoribus, licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere. idemque dicitur et si possessor pignoris litis aestimationem pigneraticiam in rem agenti offerat*. 13. *Si debitor communis praedii partem pignori dedit et a domino alterius partis provocatus creditor eius aut ab alio creditore alterius debitoris licendo superavit et debitor eius cui res fuit adiudicata velit partem suam praedii recipere soluto eo quod ipse debuit: eleganter dicitur non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit recipere, quam creditor per adiudicationem emit. nam et si partem vendideris rei et prius, quam traderes emptori, communi dividundo iudicio provocatus fueris aliaque pars tibi adiudicata sit, consequenter dicitur ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia haec pars beneficio alterius venditori accessit: quin immo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum: solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, aequae pretium ut restituat, ex empto tenebitur. haec eadem et in mandato ceterisque huius generis iudiciis servantur*.

<sup>50</sup> Su questi temi si vedano, in particolare: A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar (1912), 26 ss.; B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, Perugia (1913), e ora in *Scritti Giuridici II*, Milano 1965, 702 ss.; E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale*, in *Studi Istituto Giuridico Università di Pavia* (1913) e ora in *Studi di diritto romano IV*, Milano (1946), 167 ss.; P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in RISG, n. s. fasc. I (1932), e ora in *Scritti di Paolo Frezza I*, Roma 2000, 53 ss.; A. FERNANDEZ BARREIRO, *La "actio communi dividundo utilis"*, in *Estudios Santa Cruz Teijeiro I*, Valencia 1974, 267 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*

L'ordine logico che governa il commento ulpiano si rileva dalla considerazione che le diverse situazioni giuridiche menzionate lungo tutto il frammento si sostanziano tutte in ipotesi di contitolarità tra più soggetti di una situazione possessoria in ordine ad uno stesso bene<sup>51</sup> e in riferimento ad ognuna di esse è appunto indicato se il *iudicium communi dividundo* sia o meno applicabile e in quale forma.

Dell'ipotesi in cui più creditori pignorati fossero compossessori di un medesimo bene a seguito di una *datio pignoris*, Ulpiano si era già occupato in un altro luogo del frammento, concedendo loro il *iudicium* divisorio in via utile:

D. 10.3.7.6 (Ulp. 20 *ad ed.*) *Si duo sint qui rem pignori acceperunt, aequissimum esse utile communi dividundo iudicium dari.*<sup>52</sup>

Nel successivo D. 10.3.7.12 il giurista individua le concrete modalità attraverso le quali doveva essere operata la “*divisio*” tra più creditori pignorati “*pro parte*” di un medesimo debitore.<sup>53</sup>

Affrontare in questa sede i numerosi problemi che questo interessante testo pone in tema di giudizio divisorio sarebbe fuori luogo. Ai nostri fini è invece necessario analizzare con attenzione due importantissimi tratti del discorso ulpiano:

A) la considerazione dell'ammontare del credito garantito dalla *pars quota* come criterio di determinazione della *aestimatio* al pagamento della quale il giudice deve condannare il creditore pignorato aggiudicatario dell'intera cosa pignorata;

B) il rapporto che viene instaurato tra *iudicium communi dividundo* e *actio Serviana* al fine di render palese la perfetta identità sia dei criteri di determinazione del valore economico della *pars quota* nel *iudicium* divisorio e della *litis aestimatio* dell'azione a tutela del diritto solitario, sia degli effetti che scaturiscono dal provvedimento di *adiudicatio* nell'un caso e dal pagamento della *litis aestimatio* nell'altro.

---

I. *Divisio e vindicatio*, in AUPA, XLII (1992), 259 ss.

<sup>51</sup>Possessio di un *ager vectigalis* (*pr*-§ 1), *possessio ad usucapionem* (§ 2), *possessio precario*, *clam*, *vi* (§§ 4-5), *possessio* del creditore pignorato (§§ 6 e 12), *possessio* dell'usufruttuario (§§ 7 e 10), *esse in possessione iussu magistratus* (*legatorum, ventris, damni infecti nomine*) (§§ 8-9), *possessio* del colono e del depositario (§ 11). Nel § 3 sono indicati i criteri discretivi utilizzati da Ulpiano ai fini sia della concessione del *iudicium* divisorio sia della sua applicazione nella forma diretta o utile. Nel § 13, infine, viene trattata un'ipotesi complessa di applicazione del giudizio divisorio tra soggetti che possiedono sulla base di titoli differenti. Su quest'ultimo paragrafo, si veda *infra* alla nota ?.

<sup>52</sup>Che si tratti di un'ipotesi di *datio pignoris* si comprende dal verbo “*accipere*” utilizzato sia in questo che nel successivo § 12.

La situazione di compossesso tra più creditori pignorati, tale da esser presupposto per l'esperimento del giudizio divisorio, può scaturire, almeno, da due differenti cause: a dare la cosa in pegno può infatti essere stato un unico debitore o più debitori. Nel primo caso si tratterà di un'ipotesi di diritto di pegno costituito in favore di più soggetti *pro parte*. Nel secondo si tratterà del caso di più comproprietari i quali costituiscono ciascuno un diritto di pegno sulla propria *pars quota* e in favore ciascuno di soggetto diverso. Alla prima ipotesi si riferisce D. 10.3.7.12, alla seconda il successivo D. 10.3.7.13.

Altra ipotesi è quella descritta in D. 10.2.29, sul quale si veda *infra*, nel testo, ? ss.

Il congiuntivo *sint*, l'infinito *esse* e il riferimento all'*aequitas* svelano un riferimento al pensiero di Giuliano, rimasto nel precedente § 5 (*Julianus scribit ...*).

<sup>53</sup>Che si tratti di un'ipotesi di costituzione di pegno, in favore di più soggetti, “*pro parte*” è testimoniato dalla utilizzazione del termine “*pars*”: “*Inter eos qui <rem> pignori acceperunt talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur p a r s , sed in tantum dumtaxat, quantum pro ea p a r t e debetur (...)*”.

Il riferimento al debitore che ha costituito il pegno si trova nella frase “*licentia tamen ... suum luerre*”, sulla cui genuinità, tuttavia, come diremo, si dubita fortemente in dottrina. Si veda *infra* ?

Prima di cominciare la nostra analisi è necessario avvertire subito il lettore che il compito sarà reso arduo dal fatto di dover difendere la classicità della seconda parte del testo dai numerosi giudizi di non genuinità in passato formulati.

### 3.1. A) Occupiamoci del primo aspetto segnalato.

*Inter eos qui <rem> pignori acceperunt talis divisio fieri debet ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum dumtaxat, quantum pro ea parte debetur.*<sup>54</sup>

Anche qui, come in D. 20.1.21.3, è evidente un tono categorico di Ulpiano.

Il giurista respinge con fermezza (*talis divisio fieri debet*) la tesi per cui la “*pars*” deve essere stimata in ragione del valore oggettivo della cosa (*non vero pretio*) ed afferma che essa deve, invece, essere stimata nei limiti dell’ammontare del credito garantito (*quantum pro ea parte debetur*).<sup>55</sup>

Per comprendere appieno il principio ulpiano della considerazione dell’ammontare del credito garantito dalla *pars quota* come criterio di determinazione della *aestimatio* al pagamento della quale il giudice deve condannare il creditore pignoratizio aggiudicatario dell’intera cosa pignorata, è necessaria una preliminare precisazione in merito alla regolamentazione del pegno costituito, a favore di più soggetti, *pro parte*.

La circostanza per cui più soggetti possano essere contitolari di un diritto di pegno “*pro parte*” e, in tale veste, essere parti di un *iudicium* divisorio sembra, almeno apparentemente, contrastare fortemente con un principio fondamentale che regola il rapporto pignoratizio e che nelle fonti è espresso con la nota formula *indivisa causa pignoris*.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup>Ritenero di totale fattura compilatoria sia il tratto *ut ... debetur*, sia l’intera seconda parte del testo molti studiosi dell’Ottocento, tra i quali, WINDSCHEID e O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887, 98, i quali riferivano l’originario testo ad un’ipotesi di *fiducia* e non di *pignus*. Segui questa tesi nel secolo scorso, T. MAYER MALY, *Ein Leitfall*, cit., 349.

<sup>55</sup> Il rapporto che, come vedremo, viene in questa testimonianza instaurato da Ulpiano tra *iudicium communi dividundo* ed *actio Serviana* prova che quanto avevamo intuito, interpretando il tono categorico che traspare anche in D. 20.1.21.3, corrisponde al pensiero del giurista. Come in materia di *iudicium divisorium*, anche in tema di *actio Serviana*, Ulpiano doveva negare che la *litis aestimatio* dovesse essere commisurata in ragione del valore oggettivo della cosa, per affermare come unico criterio quello del valore del credito garantito.

Evidentemente, in materia di *iudicium divisorium* non doveva esserci un’opinione unanime dei giuristi. Cfr. *supra* nt. 38? e *infra* pp. ? , a proposito di D. 10.2.29.

<sup>56</sup> Il principio “*indivisa causa pignoris*” è espressamente menzionato in un noto passo di Papiniano:

D. 21.2.65 (Pap. 8 *quaest.*) *Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis sponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit: quaerebatur an uterque heredum conveniri possit? idque placebat propter i n d i v i s a m p i g n o r i s c a u s a m . nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditoribus dedit praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur. sed familiae herciscundae iudicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus an vero pro sua dumtaxat portione? cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri.*

Esso si basa sulla unitarietà della funzione di garanzia cui assolve: l’integrità del contenuto del vincolo pignoratizio non viene intaccata da vicende che incidono sulla cosa pignorata o sul credito garantito. La divisione del bene pignorato o la divisione (o soluzione parziale) del credito garantito non incidono sul contenuto del vincolo pignoratizio: il diritto di garanzia continuerà ad insistere indiviso su ciascuna parte in cui verrà divisa la *res* pignorata e a garantire per intero ciascuna parte del credito diviso (o la parte di credito non ancora soddisfatta).

Per un esame del valore storico del principio “*indivisa causa pignoris*” nel diritto romano e in tut-



Se si guarda, tuttavia, all'assetto concreto di normazione che regola il diritto di pegno costituito *pro parte*, quale traspare dalle testimonianze che ci sono pervenute, ci si accorge come non solo non esista alcun contrasto con tale principio, ma che la complessiva regolamentazione ne rappresenta una logica e consequenziale applicazione, costituendo, altresì, conferma di ciò che è detto in D. 10.3.7.12.

### 3.1.1. Si legga il seguente passo di Marciano:

D. 20.1.16.8 (Marcian. *l. sing. ad form. hyp.*) *Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? Utrum de parte quisque an de toto, quasi utriusque in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utriusque datum est separatim: sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte.*

Se due soggetti hanno convenuto la costituzione di un'ipoteca *pariter*, un'ipoteca, vale a dire, senza rango che attribuisca ad entrambi un'eguale posizione, ci si chiede in qual misura si può concorrere nell'esercizio del diritto,<sup>57</sup> se in relazione ciascuno alla misura del credito garantito o ciascuno per la metà. Ed è da preferire la soluzione secondo cui entrambi concorrano in relazione al valore dei rispettivi crediti garantiti. Ma se entrambi agiscono contro un terzo, possessore del pegno, in che modo devono farlo? In ragione ciascuno di una parte od in ragione dell'intero, quasi che entrambi abbiano costituito il pegno *in solidum*? Cosa che deve esser detta se il pegno è stato dato nello stesso giorno separatamente: ma se il pegno è stato dato simultaneamente ad entrambi, e così è stato stabilito, giustamente agiscono entrambi *in solidum*, altrimenti ciascuno *pro parte*.<sup>58</sup>

Supposta l'ipotesi di due creditori che con il comune debitore hanno convenuto *pariter* la costituzione di un pegno, l'analisi del giurista si volge verso due differenti versanti: l'individuazione dei principi che devono presiedere alla regolamentazione dei rapporti interni tra i due creditori pignorati e la determinazione dei criteri da adottare nella scelta tra le diverse possibili modalità con le quali ciascun creditore può agire nei confronti del terzo possessore per il recupero del bene pignorato.<sup>59</sup>

---

ta l'esperienza giuridica successiva, dal Medio Evo fino ai nostri giorni, rimandiamo a H. ANKUM: "Pap. D. 21.2.65: the legal position of two heirs who sold a thing mortgaged by the deceased", in *Trabajos en homenaje a Ferran Valles y Taberner X*, Barcelona (1989), 2785 ss. Sulle applicazioni concrete di tale principio nelle fonti romane, si vedano, in particolare, P. FREZZA, *Le garanzie II*, cit., 98 ss., con la letteratura precedente; A. WACKE, "Ungeteilte Pfandhaftung", in INDEX, III (1972), 454 ss.; ID., *Paulus Dig. 10,2,29*, cit., 502 ss.

<sup>57</sup>Trattandosi di un diritto reale di garanzia i profili di rilevanza da considerare nella regolamentazione della misura della concorrenza nell'esercizio del diritto sono l'esperimento dell'azione reale per il recupero del bene pignorato, il *ius possidendi*, l'esercizio del diritto a rivalersi sui frutti e il *ius vendendi*.

<sup>58</sup>Si vedano su questo testo: P. FREZZA, *Le garanzie*, cit., 250 ss.; A. WACKE, *Prozessformel und Beweislast im Pfandrechts-prätendententstreit*, in TR, XXXVII (1969), 404 ss.; B. SIRKS, *La pluralité de créanciers hypothécaires sans rang*, in BIDR, LXXXIX (1986), 310 ss.; D. SCHANBACHER, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht*, Berlin 1987, ?

<sup>59</sup>Uno o più beni possono servire da garanzia a più creditori pignorati, possono costituire cioè oggetto di uno o più diritti di pegno del quale, o dei quali, possono essere titolari più soggetti. Ad una pluralità di creditori pignorati appaiono nelle fonti sotesi assetti concreti di regolamentazione della garan-

Per quel che riguarda la prima questione, Marciano risponde che è preferibile ammettere (*magis est*) che questa tipologia di pegno, quella cioè costituita *pariter*, dia diritto a concorrere in misura che tenga conto del valore del credito garantito a ciascuno e non in misura che corrisponda a parti materiali, individuabili in proporzioni commisurate al numero dei creditori contitolari (*duo – pro partibus dimidiis*).

Per quel che attiene alla seconda questione, il giurista si occupa di stabilire quali debbano essere i criteri da adottare nella scelta tra due diverse modalità con le quali ciascun creditore può agire nei confronti del terzo possessore per il recupero del bene pignorato: *utrum de parte quisque an de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit?*

E' evidente che Marciano considera realizzabile una regolamentazione del pegno costituito a favore di una pluralità di creditori pignoratizi *pariter* che sia differente per i rapporti interni ai creditori e per i rapporti esterni. Più precisamente, egli considera possibile che la regolamentazione dei rapporti esterni, dei rapporti, vale a dire, con il debitore pignoratizio o con qualsiasi altro possessore del bene, possa essere modellata sia sugli stessi principi che regolano quelli interni, *de parte*, sia, su principi diversi, *de toto, quasi utrique in solidum res obligata sit*.

La scelta tra queste due diverse possibilità prospettate dipende, in concreto, dal modo in cui il pegno sia stato costituito *pariter*. Se *eodem die datum est separatim*, il singolo dovrà agire *in solidum*. Se *simul illi et illi datum est*, è necessario distinguere: a) se v'è stato uno specifico accordo in tal senso, ciascuno potrà legittimamente agire *in solidum*; b) se questo specifico accordo non v'è stato, ciascuno dovrà agire *pro parte*.

**3.1.2.** Si legga, a conferma dell'interpretazione che abbiamo dato di D. 20.1.16.8 e per comprendere il significato dell'*agere cum possessore pro parte*, il seguente altro testo, questa volta di Ulpiano:

D. 20.1.10 (Ulp. 73 *ad ed.*) *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 conditionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: "si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset". Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur utilem*

---

zia reale differenti, a seconda delle diverse modalità con le quali tale garanzia può essere costituita.

Possono essere così individuate due fondamentali ipotesi di costituzione di pegno in ordine ad un medesimo bene:

1) una costituzione di più diritti di pegno ai quali è riconosciuto un rango successivo;

2) una costituzione di più diritti di pegno *simul* ai quali è riconosciuta, invece, una posizione, detta nelle fonti, *pariter*.

Quest'ultima ipotesi, inoltre, può assumere, come meglio vedremo in seguito nel testo, due diverse configurazioni:

a) una costituzione di più diritti di pegno *in solidum*;

b) una costituzione di uno o più diritti di pegno *pro parte*.

Per ciascuno di questi differenti modi nei quali la garanzia pignorizia può atteggiarsi allorché si prospetta l'ipotesi che essa giovi a più soggetti, sono individuabili differenti modi con i quali possono essere regolamentati i rapporti tra i singoli comereditori e tra questi e il comune, od i comuni, debitori e, sono ancora individuabili, differenti norme che regolano l'esercizio, la difesa e la realizzazione del diritto di pegno spettante a ciascun concreditore. Si vedano, in tema, i recenti studi di J. MIQUEL, *El rango hipotecario en el derecho romano clásico*, in AHDE, XXIX (1959), 229 ss.; A. WACKE, *Prozessformel*, cit.; M. KASER, *Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht*, in *Studi in onore di Grosso I*, Torino (1968), 29 ss.; B. SIRKS, *La pluralité*, cit., e letteratura indicata a p. 305 nt. 1 e 2.

*actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.*

Se un debitore avrà costituito pegno sui suoi beni contemporaneamente in favore di due creditori, in maniera che i beni siano soggetti al diritto di pegno per l'intero in favore di entrambi, ciascun creditore esperisce l'*actio Serviana* contro i terzi per l'intero: tuttavia, se nasce controversia tra gli stessi creditori, è preferita la posizione del possessore: viene data infatti al possessore questa *exceptio*: "se non è stato convenuto che questa stessa cosa sia stata costituita in pegno anche in mio favore". Se diversamente è stato convenuto che i beni siano soggetti al diritto di pegno *pro partibus*, compete sia tra gli stessi creditori sia contro i terzi possessori l'azione attraverso la quale ciascuno acquisisce la metà del possesso.<sup>60</sup>

Guardiamo alla seconda parte del testo, nella quale Ulpiano discute dell'*agere pro parte*. Al tema dell'*agere in solidum* dedicheremo qualche riflessione tra qualche pagina.

L'esame di Ulpiano ha portata più ristretta di quella di Marciano: esso riguarda solo uno degli aspetti affrontati in D. 20.1.16.8. Mentre lì, infatti, Marciano tratta dei principi che devono presiedere alla regolamentazione dei rapporti interni tra i due creditori pignorati, *in quantum quisque obligatam hypothecam habeat*, regolamentazione funzionale all'esercizio di tutte le facoltà contenute nel diritto reale condiviso, in questa testimonianza Ulpiano tratta della più limitata questione delle modalità attraverso le quali ciascuno potrà agire con l'*actio Serviana*: *in quantum possessionem adprehendant singuli*.

Nel caso di costituzione del diritto di pegno *pro parte*, a differenza di Marciano, Ulpiano nega la possibilità di un agire *in solidum adversus extraneos*. Al contitolare *pro parte* compete sia tra gli stessi creditori sia contro i terzi possessori l'azione *pro parte*, attraverso la quale acquisire la metà del possesso.

Ritorna in D. 20.1.10 la stessa espressione, *pars dimidia*, usata in D. 20.1.16.8, ma in Marciano essa appare utilizzata per escludere che essa caratterizzi il pegno *pro parte* (*Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum*), da Ulpiano per ammetterlo (*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*).

La contraddizione è, tuttavia, soltanto apparente.

Mentre, infatti, come dicevamo, Marciano discute della questione del *quantum quisque obligatam hypothecam habeat*, Ulpiano tratta della diversa questione del *quantum possessionem adprehendant singuli* con l'esperimento dell'*actio Serviana*.

---

<sup>60</sup> Ulpiano ha riprodotto quasi alla lettera un testo di Giuliano. Si spiega così l'irregolarità grammaticale del testo in cui appare la proposizione infinitiva "*utilem actionem competere*". E' probabile che essa fosse retta da un originario "*Iulianus ait*". Il passo in questione è

D. 43.33.1.1 (Iul. 49 dig.) *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utriusque in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur: inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent.*

E così, mentre la costituzione *pro parte* dà diritto a ciascun contitolare a concorrere in misura che tenga conto del valore del credito garantito a ciascuno e non in misura che corrisponda a parti materiali della cosa, individuabili in proporzioni commisurate al numero dei creditori contitolari (*duo-pro partibus dimidiis*), l'esperimento dell'*actio Serviana pro parte et inter ipsos et adversus extraneos* deve, invece, poter portare all'acquisizione di una misura del possesso che corrisponda a questo criterio (*duobus-dimidiis partis possessionem*).<sup>61</sup>

Le soluzioni dei due giuristi si rivelano, nonostante l'apparente contraddizione, perfettamente compatibili e del tutto coerenti con quanto fin ora detto a proposito dell'idea di *pars quota* di un diritto di pegno e del principio *indivisa causa pignoris*.

In D. 20.1.10 l'utilizzazione del termine "*pars dimidia*", evidenzia che la quota di possesso è misura fittizia, non corrispondente, come ci si potrebbe aspettare, all'entità del credito garantito a ciascuno dei due debitori. Ad una tale soluzione osterebbe, come abbiamo detto, il principio *indivisa causa pignoris*.

Di contro, proprio nel rispetto di questo principio, l'*actio Serviana* esperita *pro parte* avrebbe determinato la possibilità di una *restitutio* avente ad oggetto una quota di possesso che sarebbe servita soltanto per permettere la realizzazione di uno stato di compossesso tra tutti i concreditori pignorati. La misura di tale quota sarebbe stata per il resto del tutto irrilevante.

Realizzato lo stato di compossesso, infatti, i concreditori avrebbero concorso all'esercizio delle facoltà che il diritto condiviso importava *in quantum quisque obligatam hypothecam habeat*<sup>62</sup> e, ove avessero voluto, avrebbero potuto esperire il *iudicium communi dividundo utilis*, con gli esiti descritti da Ulpiano in D. 10.3.7.12.

Coerentemente con quanto abbiamo visto, il giudizio divisorio non avrebbe realizzato alcuna divisione in senso materiale della cosa pignorata. Attraverso

---

<sup>61</sup>Cfr. D. 43.33.1.2 (Iul. 49 dig.) *Idem servari conveniet et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.*

<sup>62</sup>Trattandosi di un diritto reale di garanzia, come dicevamo (*supra* nt. ?) i profili di rilevanza da considerare sono: la difesa del diritto, l'esperimento, cioè dell'azione volta al recupero del bene pignorato; l'esercizio del *ius possidendi*, la possibilità di rivalersi sui frutti; e, profilo più importante, l'esercizio del *ius vendendi*. Ciò significa che, se misura dell'esercizio del diritto è soltanto il valore del credito garantito, per ciò che riguarda l'esercizio del *ius possidendi*, che non è finalizzato al godimento della cosa, la misura del possesso di ciascuno sarà irrilevante anche ai fini della possibilità di rivalersi sui frutti, possibilità che ciascuno eserciterà solo in proporzione alla misura del credito garantito. Per ciò che attiene al *ius vendendi*, la misura del possesso di ciascuno sarà altrettanto irrilevante sotto due profili: ciascuno, infatti, parteciperà al ricavato della vendita soltanto in proporzione al valore del credito garantitogli. Ciò significa, inoltre, che la vendita potrà essere operata soltanto congiuntamente dai concreditori [D. 13.7.20.1 (Paul. 29 ad ed.) *Si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est*] e soltanto relativamente all'intera *res*. Nessuno, crediamo, infatti, potrà vendere singolarmente né l'intera *res*, né una quota di essa, non costituendo la misura del possesso misura, pur astrattamente individuata, che possa corrispondere ad una quota del bene da poter far oggetto di vendita. Per ciò che attiene, infine, alla regolamentazione delle modalità attraverso le quali ciascuno potrà esercitare il diritto ad esperire l'azione per il recupero del bene pignorato, si veda *infra* nel testo, pp. ?

La quota di possesso concessa a ciascun contitolare ha, tuttavia, uno scopo importantissimo che costituisce l'essenza della regolamentazione del pegno costituito *pro parte*, perché lo distingue dalle altre ipotesi di pegno costituito in favore di più soggetti. Ma per la realizzazione dell'obiettivo per il quale la quota è concepita la sua misura è assolutamente irrilevante. Essa permette, infatti, che si possa instaurare tra i concreditori pignorati uno stato di compossesso, in costanza del quale tutti i creditori possono esercitare le facoltà che il diritto di pegno comporta in considerazione della misura del credito garantito e secondo le modalità che abbiamo già visto.

l'assegnazione del pegno ad uno solo dei contitolari e l'estinzione del diritto di pegno degli altri, che si realizzava grazie al pagamento dei rispettivi crediti garantiti da parte dell'assegnatario, la *divisio* avrebbe costituito un valido meccanismo per eliminare lo stato di contitolarità del diritto, facendo venir meno la stessa pluralità di creditori.<sup>63</sup>

E' evidente, in conclusione, che si era dovuta far strada l'idea che la *pars quota* di un diritto di pegno non potesse essere paragonabile al concetto di *pars quota* di una situazione giuridica di tipo dominicale, che è definibile, come è noto, quale frazione ideale del diritto che al momento dello scioglimento dello stato di contitolarità o, comunque, al momento della sua valutazione economica, si riflette inevitabilmente sulla cosa, divenendo così *pars rei*. In uno stato di contitolarità per *partes quotae* di un diritto reale, infatti, la valutazione economica della singola *pars quota* dovette cominciare a dipendere dal contenuto dello specifico diritto reale di cui si fosse contitolari. Così, se nelle situazioni giuridiche di tipo dominicale essa dipendeva dal valore della cosa, non altrettanto poté dirsi in ipotesi di contitolarità di un *ius pignoris*. In quest'ultimo caso, la *pars quota* non permise più di determinare alcuna *pars* del bene pignorato, se pur solo astrattamente definita, che al momento dello scioglimento dello stato di contitolarità fosse atta a divenire *pars rei* e, in quanto tale, valutabile in base al *verum pretium* del bene.

La valutazione economica della *pars quota* di ciascun concreditore pignoratizio dovette cominciare ad essere determinata solo considerando il credito da questa garantito.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup>A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 61, scriveva: "Hier wird die Teilungsklage wiederum nicht zu Teilungszwecken erhoben, sondern lediglich darum, um eine Regelung mehrerer kollidierenden Rechte herbeizuführen, welche diese Kollision zu beheben hat".

<sup>64</sup>In considerazione della ricostruzione che abbiamo proposto della complessiva regolamentazione del diritto di pegno *pro parte* e, specialmente, dei principi nel rispetto dei quali è stato concepito questo particolare modo di atteggiarsi della garanzia reale costituita in favore di più soggetti, non ci sentiamo di condividere l'opinione di quegli studiosi i quali ritengono che costituire un diritto di pegno *pro parte* in favore di più soggetti significa concedere loro in pegno quote *pro indiviso* di un bene. Così, ad esempio, M. VANZETTI, *Il pegno*, cit., 304 ss.

Dunque, la situazione sarebbe analoga al caso in cui un comproprietario costituisca pegno sulla propria *pars quota*, o, meglio, al caso in cui più comproprietari di un unico bene costituiscano, ciascuno sulla propria *pars quota*, un diritto di pegno in favore del proprio debitore. Ma concepire il diritto di pegno *pro parte* come un diritto che insiste su una *pars quota* di un bene, significa riconoscere che ciascun creditore è titolare di un diritto solitario su un oggetto ben definito, la *pars quota*, in ordine alla quale e nei limiti della quale egli eserciterà le facoltà che il proprio diritto di pegno gli consente. Potrà agire per il recupero della propria quota di possesso, potrà eventualmente soddisfarsi sui frutti del bene in proporzione alla quota oggetto del suo pegno e, cosa più importante, potrà autonomamente vendere la propria quota per soddisfarsi sul ricavato e nei limiti ovviamente di esso. Non ci sembra che questo regime corrisponda a quello che ci è parso di poter desumere dalle poche fonti a disposizione. Il pegno costituito *pro parte* determina, a nostro parere, un'ipotesi di contitolarità del diritto che, a differenza degli altri modi in cui può atteggiarsi il pegno qualora sia costituito in favore di più soggetti, permette a tutti i creditori di poter esercitare congiuntamente le facoltà che esso importa e ciascuno in proporzione al proprio credito garantito. Il diritto di pegno di ciascuno non insisterà allora su una quota del bene ma sull'intero bene.

Tutto ciò non esclude, per altro, che le due ipotesi considerate determinino, in concreto, delle situazioni per certi versi analoghe. In entrambi i casi, per esempio, si instaura tra i diversi creditori uno stato di compossesso che legittima l'esperimento di un giudizio divisorio che determinerà in ogni caso gli stessi effetti. In tale sede, inoltre, così come in sede di azione a tutela della *pars quota*, l'eventuale stima della singola *pars* sarà commisurata al valore del credito garantito. Si veda, per il caso del pegno costituito su *partes quotae*, D.10.3.6.9 e D. 10.3.7.13.

**3.1.3. B)** Passiamo ora ad esaminare l'altro aspetto del discorso di Ulpiano in D. 10.3.7.12 che ci eravamo proposti di analizzare, quello relativo al rapporto che viene instaurato tra *iudicium communi dividundo* e *actio Serviana*.

Dicevamo più sopra che tale riferimento è operato con l'intento di render palese la perfetta identità sia dei criteri di determinazione del valore economico della *pars quota* nel *iudicium* divisorio e della *litis aestimatio* nell'azione a tutela del diritto solitario, sia degli effetti che scaturiscono dal provvedimento di *adiudicatio* nell'un caso e dal pagamento della *litis aestimatio* nell'altro.

(. . .) *licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere. Idemque dicitur et si possessor pignoris litis aestimationem pigneraticiam in rem agentis offerat.*

Esauritosi il giudizio divisorio, il creditore aggiudicatario possiederà la cosa sulla base di un titolo nuovo, costituito dal provvedimento di *adiudicatio* del giudice. Al debitore non è preclusa la possibilità di tornare in possesso della cosa che ha dato in pegno purché, tuttavia, offra all'aggiudicatario il pagamento del suo *debitum*, il pagamento, cioè, di una quantità di denaro pari alla somma del credito di cui il possessore aggiudicatario era titolare e dei crediti degli ex contitolari che egli è stato condannato a pagare in sede di scioglimento giudiziale dello stato di contitolarità. Il debitore pignorante, dunque, non può pretendere la restituzione della cosa pignorata semplicemente pagando il debito che egli ha nei confronti dell'unico creditore pignoratizio rimasto. Questi, infatti, a seguito del provvedimento giudiziale di scioglimento dello stato di contitolarità, è titolare di un possesso che gli consente di esercitare sulla *res pignerata* un diritto di ritenzione, riconosciutogli a tutela dell'interesse ad avere rimborsato quanto è stato condannato a pagare in sede di *actio communi dividundo utilis*: l'intero valore dei crediti dei suoi ex contitolari.

La medesima situazione si verifica, dice Ulpiano, nell'ipotesi in cui un possessore della cosa pignorata, convenuto in giudizio da un creditore pignoratizio con l'*actio pigneraticia in rem*, decida di non *restituere* ma di pagare la *litis aestimatio*. Il debitore pignorante, in questo caso, sperando la *rei vindicatio*, può pretendere la restituzione del pegno solo se offre di rimborsare al possessore quanto questi ha pagato a titolo di *litis aestimatio*.

La similitudine operata nel testo rende evidente che Ulpiano intende come oggetto della *litis aestimatio* il *debitum*, appena sopra menzionato (*debitum offerre*).

Ecco, dunque, quel che osservavamo all'inizio. Il riferimento alla *litis aestimatio* dell'azione reale è operato con l'intento di render palese, anzi tutto, la perfetta identità dei criteri da utilizzare nel *iudicium* divisorio e nell'azione a tutela del diritto di cui si è contitolari.

Come in caso di contitolarità di un diritto di pegno *pro parte* il criterio da utilizzare per la determinazione del valore della singola *pars quota*, in sede di *iudicium communi dividundo utilis*, è costituito dalla considerazione del credito da questa garantito, così anche in caso di titolarità di un diritto di pegno solitario, in sede di *actio pigneraticia in rem*, la *litis aestimatio* non può che essere determinata considerando il valore del credito garantito dall'intera *res*.

Ancora, tale riferimento consente anche di dimostrare la perfetta identità degli effetti che scaturiscono dal provvedimento di *adiudicatio* nell'un caso e dal pagamento della *litis aestimatio* nell'altro. In entrambi i casi, infatti, l'aggiudicatario che ha pagato

la somma oggetto di *condemnatio* nel *iudicium communi dividundo utilis* e il convenuto che ha pagato la *litis aestimatio* nell'*actio pigneraticia in rem*, mantengono sulla *res* un possesso che li legittima ad esercitare un diritto di ritenzione nei confronti del debitore pignorante, il quale sarà legittimato a pretendere la restituzione della cosa solo offrendo di rimborsare loro quanto pagato nei precedenti giudizi.

**3.1.4.** Questa l'interpretazione che crediamo debba essere data di D. 10.3.7.12, un'interpretazione che ci appare rispondere perfettamente sia alla logica interna del discorso del giurista sia alla sua struttura formale.

Abbiamo già avvertito, tuttavia, il lettore, che questo testo è stato in passato considerato fortemente alterato, proprio in virtù di quel pregiudizio di fondo, costituito dall'impossibilità di considerare classico il criterio di stima della lite nell'*actio Serviana* commisurato al valore del credito garantito.<sup>65</sup>

Ora, siamo consapevoli che il nostro tentativo di eliminare questo pregiudizio non può che essere realizzato soltanto alla fine della nostra indagine, quando avremo offerto al lettore un quadro ci auguriamo organico e coerente, costituito dal risultato dell'analisi sia di D. 20.1.21.3 sia di tutta una serie di altre testimonianze connesse. Per il momento ci limitiamo, tuttavia, ad osservare che se soltanto si dà credito alla possibilità che già in pieno diritto classico e, in modo particolare, già con Ulpiano, si fosse pervenuti a tale soluzione, la coerenza logica del discorso del giurista in D. 10.3.7.12 non dovrebbe poter essere negata.

Da un punto di vista formale l'unico dubbio che potrebbe sorgere, anche perché spesso in passato sostenuto come certo, è costituito dalla genuinità dell'inciso "*licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere*".

Il rilievo risale a Gradenwitz, il quale sosteneva che le espressioni *licentiam esse, habere* sono senz'alcun dubbio opera di Triboniano.<sup>66</sup>

Ora, se si prova a tener conto di questo rilievo formale e ad eliminare, di conseguenza, l'inciso in questione, la testimonianza acquisterebbe un significato del tutto differente.

D. 10.3.7.12 (Ulp. 20 *ad ed*) *Inter eos qui <rem> pignori acceperunt talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum dumtaxat, quantum pro ea parte debetur, et adsignetur quidem pignus uni ex creditoribus [...]. Idemque dicitur et si possessor pignoris litis aestimationem pigneraticiam in rem agenti offerat.*

---

<sup>65</sup> Tra coloro che hanno ritenuto il testo insitico, si vedano, con i riferimenti alla letteratura precedente: E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano I. Fonti e casi*, Milano 1947, 370 e 377, per il tratto "*et adsignetur-fin.*" e E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., 16 nt. 24 per il tratto "*licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere*".

A. RODGER, *Actio confessoria*, cit., 196, nel quadro di uno studio estraneo ai temi dell'azione divisoria e del diritto di pegno, difende la genuinità del tratto "*Idemque ... offerat*", con particolare interesse all'espressione "*pigneraticiam in rem agenti*" e lo interpreta nel senso che "Ulpian indicates that the pledge-creditor is entitled to the amount of the debt owed to him, non the value of the pledged article. This makes perfectly good sense ...".

<sup>66</sup> Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., 98: "ohne jeden Zweifel Werke Tribonians sind".

Di recente, una conferma di tale rilievo formale si trova, con riferimento alle *Institutiones* di Giustiniano, nell'indagine di M. VARVARO, *Lo stile di Triboniano e la compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in SDHI, LXVIII 2002, 378.

In questo caso l'avverbio *idemque* non avrebbe più il ruolo di instaurare una similitudine tra l'ipotesi di azione tra debitore e aggiudicatario e quella tra debitore e terzo possessore che ha pagato la *litis aestimatio* nell'*actio Serviana*, similitudine operata allo scopo di rendere evidente l'identità dei criteri di determinazione della *condemnatio* pecuniaria e degli effetti del suo pagamento in entrambe le sedi processuali.

La similitudine opererebbe, invece, tra l'ipotesi di divisione giudiziale realizzata attraverso l'aggiudicazione della cosa ad uno dei contitolari e la soddisfazione degli altri in misura del credito spettante a ciascuno e il caso di un contitolare che, avendo esperito l'azione Serviana, avesse ottenuto in quella sede una *litis aestimatio* sulla quale, poi, ciascun concreditore pignoratorio si sarebbe soddisfatto, anche questa volta, in ragione del proprio credito.<sup>67</sup>

Così interpretata, tuttavia, la testimonianza sarebbe priva di fondamento.

L'ipotesi di soddisfazione, *in quantum pro ea parte debetur*, dei concreditori pignorati sulla *litis aestimatio* ottenuta dall'esperimento dell'*actio Serviana* da parte di uno di loro, richiederebbe una stima della lite corrispondente al valore della cosa.

Deve essere presunto, dunque, che l'*actio Serviana* doveva essere stata esperita dal contitolare *in solidum*.

Se, infatti, il concreditore pignoratorio avesse agito *pro parte*, qualunque fosse stato il criterio di determinazione della lite, valutazione della misura del credito garantito all'attore o valore della *pars rei*, non si può pensare che gli altri concreditori potessero aver titolo per pretendere alcunchè.

Ma abbiamo già visto che se l'ipotesi di esperimento dell'*actio Serviana in solidum* da parte di contitolari del diritto di pegno *pro parte* era considerata da Marciano possibile, anche se eccezionale e necessario oggetto di specifico accordo, accordo indispensabile per derogare alla normale regola dell'esperibilità *pro parte* della stessa azione anche *adversus extraneos*,<sup>68</sup> per Ulpiano, come si ricorderà, essa era del tutto esclusa.<sup>69</sup>

E ciò, come appare evidente, rende almeno dubbia la genuinità della lettura che stiamo discutendo di D. 13.3.7.12.

Ma v'è un'altra considerazione, ancora più incisiva, che deve essere fatta.

Ammessa la possibilità che Ulpiano avesse concesso l'esperimento dell'*actio Serviana in solidum* ad un concreditore pignoratorio *pro parte*, il risultato al quale essa avrebbe portato non avrebbe, allo stesso modo, permesso agli altri contitolari la possibilità di soddisfarsi sul ricavato.

La distinzione tra l'esperimento dell'*actio Serviana pro parte* piuttosto che *in solidum* non doveva, infatti, avere riguardo alla misura della *litis aestimatio* ma alla misura dell'oggetto della *restitutio*.

Come abbiamo visto, l'azione esperita *pro parte adversus extraneum* era funzionale a far instaurare uno stato di compossesso tra i concreditori, avendo la *restitutio* ad oggetto una *pars*, la c.d. *pars dimidia*, che non rifletteva la misura del credito garantito ma che aveva soltanto la funzione di permettere a tutti i concreditori di entrare in possesso del bene pignorato. La misura della *condemnatio* sarebbe stata sempre costituita dal valore del credito garantito.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> In questo caso sarebbe possibile presumere che il *possessor* di cui parla Ulpiano sia lo stesso debitore che, dunque, paga l'intero debito.

<sup>68</sup> Cfr. D. 20.1.16.8 su cui, *supra*, ?

<sup>69</sup> Cfr. D. 20.1.10 su cui, *supra*, ?

<sup>70</sup> *Supra*, ?



Allo stesso modo, può essere dimostrato, come subito vedremo, che l'esperimento dell'*actio Serviana in solidum* avrebbe portato ad una *restitutio* diversa, l'intera *res pignorata*, ma non ad una *litis aestimatio* diversa. Secondo Ulpiano, essa sarebbe stata sempre commisurata al valore del credito garantito all'attore.

**3.1.5.** E' possibile ricostruire l'opinione di Ulpiano in ordine a questo tema grazie ad una testimonianza, dello stesso giurista, relativa ad un'altra ipotesi di *actio in rem* esperita *in solidum*: la *vindicatio servitutis*.

Si tratta di un caso di contitolarità del diritto di proprietà su un fondo, una contitolarità ovviamente *pro quota*, al quale corrisponde un diverso regime di contitolarità del diritto di servitù spettante in favore dello stesso fondo. In ragione del noto principio di indivisibilità del diritto di servitù, ciascun condomino sarebbe stato titolare del *ius servitutis* non *pro quota* bensì *in solidum*.

L'analogia tra l'ipotesi di costituzione *pariter* di un diritto di pegno, considerato *pro parte* nei rapporti interni ed, eventualmente, *in solidum* nei rapporti esterni, e l'ipotesi di contitolarità di un *ius servitutis* è evidente: in entrambi i casi a ciascun contitolare l'azione a tutela del proprio diritto è concessa *in solidum*.<sup>71</sup>

Ora, questa innegabile analogia permette di poter presumere una coerenza di pensiero in Ulpiano nell'analisi e nella soluzione dei problemi relativi al regime di entrambe le azioni concesse *in solidum* che consente di utilizzare i risultati dell'analisi della testimonianza che stiamo per proporre in tema di *ius servitutis* a sostegno dell'interpretazione che abbiamo dato, in tema di *ius pignoris*, di D. 10.3.7.12.

Si legga

D. 8.5.4.3 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Si fundus, cui iter debetur, plurimum sit, unicuique in solidum competit actio, et ita et Pomponius libro quadragensimo primo scribit: sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod eius interest, qui experietur. itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit.*<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> E' l'esperibilità di entrambe le azioni nella forma *in solidum* che consente di scorgere tra le due ipotesi considerate caratteri comuni. Il *ius pignoris*, infatti, sebbene caratterizzato, come più volte ricordato, dal principio *indivisa causa pignoris* (si veda *supra* alla nt. ?), non fu considerato indivisibile alla stregua del diritto di servitù.

<sup>72</sup> Su questo testo si vedano gli studi di M. MARRONE, più volte tornato sull'argomento degli effetti della *litis contestatio* e della sentenza: *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in AUPA, XXIV (1955), 232 ss.; ID., *L'effetto normativo della sentenza*, Palermo 1960, 179 ss.; ID., *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo*, Napoli 1997, e ora in *Scritti di diritto romano. II.* (dal quale citiamo), Palermo 2003, 643 nt. 28. Inoltre: E. REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile (Diritto romano)*, in Arch. Giur., Terza serie, VIII (1907), 46 ss., con bibliografia precedente a p. 47 nt. 2; V. ARANGIO RUIZ, *Rec. a Redenti, Pluralità di parti nel processo civile*, in BIDR, XXI (1909), 242 nt. 1; A. GUARNERI CATTI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili in diritto romano. I.*, Palermo 1921, 56 ss.; E. BETTI, *D. 42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, 253 ss.; G. VON BESELER, *Romanistische Studien. Unteilbare Obligationen*, in ZSS, XLVI (1926), 92; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* 2,1, Berlin 1922, 240 nt. 6; G. SEGRÉ, *La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino 1931, 134 ss.; E. EIN, *Le azioni dei condomini*, in BIDR, XXXIX (1931), 138 ss.; A. EHRHARDT, *Litis aestimatio*, cit., 75 ss.; J. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'Indivision en droit romain*, Paris 1934, 280 nt. 1 e 471 ss.; M. KASER, *Quanti ea res est*, cit., 23 ss.; P. VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., 25 s.; S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli 1949, 12 ss.; B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Milano

Se un fondo, cui è dovuta una servitù di passaggio, appartiene a più soggetti, a ciascuno compete l'azione *in solidum*, e così scrisse anche Pomponio nel quarantunesimo libro: ma per la stima della lite viene in considerazione l'*id quod interest*, vale a dire l'interesse del soggetto che ha esperito l'azione. Pertanto i singoli comproprietari esperiranno l'azione a tutela certamente del medesimo diritto, e la vittoria gioverà anche agli altri, tuttavia la stima sarà commisurata all'interesse di chi agisce, sebbene la servitù non possa essere acquistata da uno soltanto.

Si tratta di una fonte molto discussa in dottrina per i diversi istituti coinvolti dal dettato del testo.

Analizziamo la parte iniziale.

Nell'ipotesi di comproprietà di un fondo cui fosse dovuta una servitù, Ulpiano, chiamando a conforto l'opinione di Pomponio, concede a ciascun condomino la possibilità di esperire la *vindicatio servitutis* "*in solidum*",<sup>73</sup> avvertendo immediatamente, tuttavia, di una particolarità che caratterizza il regime di tale azione: il criterio di determinazione della *litis aestimatio* sarebbe stato l'*id quod actoris interest*.<sup>74</sup> L'oggetto della stima del giudice in fase condannatoria non sarebbe stato, dunque, il valore oggettivo della servitù, bensì l'interesse del singolo contitolare ad esercitarla.

La maggior parte degli studiosi che si sono occupati del testo hanno espunto il tratto "*sed in aestimationem ... experietur*" a causa della pretesa incompatibilità della misura della condanna in *id quod actoris interest*, considerata coincidente con una condanna *pro parte*, con il carattere dell'indivisibilità del diritto di servitù. L'impossibilità di ritenere classico il dettato del testo deriverebbe, dunque, sia dalla singolare mancanza di corrispondenza tra oggetto del *petitum*, il *solidum*, e oggetto della *litis aestimatio*, la *pars*, sia dalla iniquità che tale misura di *condemnatio* avrebbe determinato per gli altri comproprietari. Questi soggetti non avrebbero potuto godere di alcun risarcimento perché – come si sostiene – la *litis contestatio* posta in essere dal singolo comproprietario agente avrebbe determinato la consumazione dell'azione.

Questa convinzione dipende dal fatto che al rapporto di contitolarità di un diritto reale indivisibile si ritiene applicabile lo stesso regime della contitolarità dei rapporti obbligatori con prestazione indivisibile: quello della c.d. solidarietà elettiva, in base al quale, come è noto, la *litis contestatio* relativa all'azione esperita da un contitolare avrebbe precluso agli altri la possibilità di agire.<sup>75</sup>

---

1954, 344 ss.; D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 250 nt. 17; K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft im klassischen römischen Recht*, Berlin 1974, 33 ss.; P. J. KOUWENBERGER, *Servitude et comproprieté*, in RIDA, XXIV (1977), 284 ss.; S. TAFARO, *La interpretatio*, cit., 63 ss.

<sup>73</sup> Cfr. D. 8.5.6.4 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Si aedes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, Papi- nianus libro tertio quaestionum tractat; et ait singulos dominos in solidum agere, sicut de ceteris servitu- tibus excepto usu fructu. sed non idem respondendum inquit, si communes aedes essent, quae onera vicini sustinerent.*

Si veda anche

D. 43.27.1.5 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Praeterea probandum est, si arbor communibus aedibus impendeat, singulos dominos habere hoc interdictum et quidem in solidum. Quia et servitutium vindicationem singuli habeant.*

<sup>74</sup> E' probabile che il riferimento a Pomponio serva ad Ulpiano per sottolineare l'apporto innovativo del suo pensiero rispetto all'opinione del suo predecessore con il quale condivideva la tesi della concessione dell'azione *in solidum*, ma rispetto al quale riteneva necessario compiere un passo avanti nella determinazione di un regime differente di tale azione: una *litis aestimatio* stabilita in funzione dell'applicazione del criterio dell'*id quod actoris interest*.

<sup>75</sup> L'idea di una *pars* del *ius servitutis* sarebbe stata, questa sì, incompatibile con il carattere indivi-

Noi siamo convinti che il testo debba essere inteso in modo del tutto differente.

Non esistono indizi per affermare che la *condemnatio in id quod actoris interest* corrispondesse ad una *condemnatio pro parte*, quand'anche per *pars* si intenda un valore che in qualche modo tenesse conto della quota del diritto di proprietà spettante all'attore. L'idea, probabilmente tutta ulpiana, che in caso di contitolarità del *ius servitutis*, l'esperimento della relativa *actio in solidum* avrebbe comportato una *litis aestimatio* che guardava al singolo contitolare deve essere intesa diversamente.

Ai nostri occhi appare molto plausibile e coerente con i testi ulpiani che stiamo studiando in materia di *ius pignoris*, ritenere che tale idea fu elaborata allo scopo di determinare una *aestimatio* che fosse misura del valore della partecipazione del singolo all'esercizio delle facoltà che il diritto di cui il soggetto era contitolare importava, senza che tutto questo determinasse alcun contrasto con la natura indivisibile del diritto di servitù.<sup>76</sup> L'esperimento dell'*actio in solidum* avrebbe portato o alla *restitutio*, intesa come

---

sibile del diritto. Per quanto, infatti, come abbiamo visto, i giuristi ammisero la possibilità di una costituzione *pro parte* del *ius pignoris*, senza che questo inficasse il principio *indivisa causa pignoris*, è certo che a tanto non arrivarono in tema di *ius servitutis*. La titolarità *pro quota* del *dominium* sul fondo dominante non importò mai la possibilità di una titolarità *pro quota* del *ius servitutis* ad esso spettante. Ciascun condomino *pro parte* fu considerato titolare della servitù spettante al fondo *in solidum*. La relativa azione sarebbe stata, dunque, esperita *in solidum*.

Invero, gli studiosi che giudicano interpolato il testo, considerano la *condemnatio in id quod interest* coincidente con una somma di denaro che, secondo i compilatori, doveva tener conto della misura della quota del diritto di proprietà spettante al singolo comproprietario, agente in giudizio. Stimata la servitù, la somma sarebbe stata ripartita in proporzione al valore delle singole quote di proprietà. Così: A. GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 56 ss.; P. VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., 25 s.; G. SEGRÉ, *La comproprietà*, cit., 134 ss.; A. EHRHARDT, *Litis aestimatio*, cit., 75 ss.; S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., 12 ss.; J. GAUDEMET, *Étude*, cit., 280 nt. 1; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 232 ss.;

E. BETTI, *D. 42.1.63.*, cit., 257 ss. considerò interpolato il tratto in questione ma salvò come genuine le parole *itaque victoria et aliis proderit*, in supporto alla tesi, che ricorderemo ancora più avanti, dell'inapplicabilità della preclusione processuale e dell'estensione del giudicato.

BIONDI, *Le servitù*, cit., 346, interpretò diversamente il riferimento all'*id quod actoris interest*, che ritenne genuino. Supposto l'effetto preclusivo della sentenza emanata in sede di una prima *vindicatio servitutis* esperita da un condomino *in solidum*, l'Autore pensò non ad una "condanna parziale" ma ad una "condanna per l'intero, considerando l'interesse dell'attore non come singolo ma come titolare per intero della servitù", condanna che verrebbe poi ripartita tra i condomini, in sede di divisione giudiziale, in proporzione alle rispettive quote.

E' rimasta isolata l'opinione di M. KASER, *Quanti ea res est*, cit., 26, il quale pansava ad un'originaria *actio* e *condemnatio pro parte*.

Hanno considerato genuino questa prima parte del frammento: G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 92; E. REDENTI, *Pluralità di parti*, cit., 46 ss.; E. EIN, *Le azioni dei condomini*, cit., 138 ss.; K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft*, cit., 33 ss.; P. J. KOUWENBERGER, *Servitute*, cit., 284 ss.; S. TAFARO, *La interpretatio*, cit., 63 ss.

<sup>76</sup> L'idea che manchi una corrispondenza tra oggetto della *restitutio* e *aestimatio* della *lis* è presente nelle fonti non solo in materia di *actiones in rem*, *vindicatio servitutis* e *vindicatio pignoris* esperite *in solidum* e finalizzate ad ottenere una *restitutio in solidum*, ma anche in ipotesi di *actiones in personam*, anch'esse esperibili *in solidum* e che presuppongono o mirano a un *facere* indivisibile. Si pensi ad ipotesi di contitolarità di un fondo a difesa del quale debba essere esperita un'*actio aquae pluviae arcendae* o sia stata prestata una *cautio damni infecti* od una *cautio ex operis novi nuntiatione*. Ancora, si pensi all'esperibilità, in caso di contitolarità di fondi, di *interdicta* quali l'*interdictum quod vi aut clam* o l'*interdictum de arboribus caedendis*. La ricostruzione del regime di tali azioni non è semplice a causa dell'esistenza, in materia, di testimonianze spesso tra loro discordanti e che crediamo attendono ancora di essere a pieno comprese dalla dottrina. Per quel che qui importa, si legga, ad esempio:

D. 39.3.11.4 (Paul. 49 ad ed.) *Quod si is fundus, cui aqua pluvia nocet, plurium sit, agere quidem vel singulos posse: sed damni, quod post litem contestatam datum sit, non amplius parte sua consecutum: item si opus restitutum non fuerit, non amplius, quam quod pro parte eorum interfuerit opus restitui,*

ripristino della possibilità di esercitare il diritto, o ad una *litis aestimatio* che avrebbe guardato all'interesse dell'attore a quell'esercizio: il *quod eius interest, qui experietur*.<sup>77</sup>

Non solo, dunque, in D. 8.5.4.3 noi crediamo che il criterio dell'*id quod actoris interest* sia da considerare a pieno titolo di paternità ulpiana, ma riteniamo anche che esso non determinasse alcuna iniquità per i restanti contitolari.

A ben riflettere, invero, non esiste alcun indizio per sostenere che alla contitolarità di un diritto reale indivisibile dovesse essere applicato il regime della solidarietà elettiva.

Non costituisce indizio, a nostro parere, la pretesa analogia con l'ipotesi di contitolarità del diritto di credito con prestazione indivisibile. Nel caso di contitolarità del diritto reale, infatti, ad essere considerato indivisibile non era tanto l'obbligo del soggetto passivo del rapporto (in questo caso gli eventuali comproprietari del fondo servente), obbligo che, in qualche modo, sarebbe assimilabile alla prestazione indivisibile alla quale è tenuto il debitore. Come risulta chiaramente dalle fonti, nel caso del *ius servitutis* ad essere ritenuto indivisibile era piuttosto l'uso che a ciascun contitolare spettava del diritto

---

*condemnationem fieri oportere.*

<sup>77</sup> Le *restitutio* deve avere ad oggetto il *solidum*, anche quando ad essere in comproprietà è il fondo servente. Si legga il frammento successivo a quello che stiamo studiando:

D. 8.5.4.4 (Ulp. 17 *ad ed.*) *Sed et si duorum fundus sit qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi et, ut Pomponius libro eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recepit.*

Si è voluto scorgere in questo frammento la prova del carattere insitico del riferimento in D. 8.5.4.3 ad una *aestimatio* commisurata all'*id quod interest*. Secondo molti autori, l'espressione "*sed et*" dovrebbe provare un'identità di originaria disciplina: come chiunque, tra i comproprietari del fondo servente, convenuto con l'*actio Serviana*, sarebbe stato responsabile per l'intero, *quisquis defendit, solidum debet restituere*, così al comproprietario del fondo dominante sarebbe stato dovuto l'intero.

Ora, è fuor di dubbio che in D. 8.5.4.3 Ulpiano guarda ai due possibili esiti della vicenda processuale conseguente ad una *pronuntiatio* positiva emanata a seguito dell'esperimento, da parte di *unusquisque*, dell'azione in *solidum*: una *restitutio* dell'intero o una *condemnatio* con *litis aestimatio* nella misura dell'*id quod interest*. Al contrario, in D. 8.5.4.4, e anche questo a noi pare incontestabile, il giurista si ferma alla sola ipotesi di *restitutio*. L'esperimento "*adversus unumquemque*" dell'azione, un'azione che è anch'essa in *solidum*, mira ad una *restitutio* dell'intero: *quisquis defendit, solidum debet restituere*. Nessuna traccia i compilatori hanno lasciato di ciò che Ulpiano doveva aver detto in ordine al problema della eventuale *litis aestimatio*. L'espressione "*sed et*", sulla quale tanto si è insistito, doveva trovare giustificazione in un processo analogico che legava le due ipotesi simili: la *restitutio arbitrio iudicis*, in entrambi i casi, come dicevamo, avente necessariamente ad oggetto il *solidum*. Nulla rimane testimoniato, in D. 8.5.4.4, dell'altra ipotesi in alternativa: la *condemnatio*. Quel che a noi pare certo è, insomma, che l'espressione "*solidum debet restituere*" non può esser in alcun modo considerata indicativa della misura della *condemnatio*. E ciò nonostante la diffusissima opinione contraria, alla quale, stranamente aderiscono anche molti degli autori che hanno considerato classica la condanna all'*id quod interest* di D. 8.5.4.3: E. REDENTI, *Pluralità di parti*, cit., 51; K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft*, cit., 40 e S. TAFARO, *La interpretatio*, cit., 65 ss., costretti tutti ad ammettere una diversità di soluzioni per i casi di comproprietario-attore - per il quale riconoscono classica la condanna *pro parte* (si veda supra alla nt. ?) - e comproprietario-convenuto, da condannare per intero. Il testo, a nostro giudizio, non offre alcun indizio né per ipotizzare uno sviluppo nell'analisi del contenuto della *condemnatio* analogo all'ipotesi di contitolarità del fondo dominante né per affermare che il contitolare del fondo servente fosse condannato ad una somma corrispondente al valore della servitù.

Si legga, in materia di *operis novi nuntiatio*, il seguente testo, rilevante ai nostri fini anche alla luce delle considerazioni svolte nella nota precedente:

D. 46.5.2.1 (Paul. 73 *ad ed.*) *Sicuti stipulatio ex operis novi nuntiatione, qua cavetur, ut opus restitatur: ideoque sive actor sive reus decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente vel victo totum opus restitui debebit: quamdiu enim aliquid superest, tamen non potest videri opus restitutum.*

to. L'indivisibilità dell'obbligo del soggetto passivo costituiva la conseguenza ma non la ragione della indivisibilità del rapporto.<sup>78</sup>

Si legga

D. 8.1.17 (Pomp. *l. sing. reg.*) *Viae itineris actus aquae ductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est: et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.*<sup>79</sup>

Sono, dunque, diverse le prospettive dalle quali le due diverse situazioni giuridiche, il diritto di credito con prestazione indivisibile e il diritto reale, sono considerate. Nell'un caso la prospettiva è quella del soggetto passivo: il debitore che deve porre in essere la prestazione per intero perché indivisibile; nell'altro è quella del soggetto attivo del rapporto giuridico, il titolare della servitù, al quale l'uso, l'esercizio del diritto spetta per intero. L'indivisibilità dell'obbligo del soggetto passivo del rapporto giuridico di natura reale è, come dicevamo, conseguenza e non ragione dell'indivisibilità del rapporto.

Se ciò è vero, come noi crediamo, appare ingiustificato non solo il riferimento all'obbligazione con prestazione indivisibile ma anche, più in generale, quello al regime dell'obbligazione solidale elettiva.

Non è certo, vale a dire, che – come di sostiene - il fenomeno della contitolarità di un diritto di servitù sia stato in origine disciplinato attraverso l'applicazione analogica delle regole in tema di solidarietà elettiva, nate con riferimento alla *sponsio* correa.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Si veda, in tema, per tutti, G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 151 ss.

<sup>79</sup> Cfr. Pomp. Reg. (FIRA, II<sup>2</sup>, 449): *Et servitutes dividi non possunt: nam eorum usus ita connexus est, ut qui eum patiat, naturam eius corrumpat.*

<sup>80</sup> Risulta dalle fonti che in origine e per almeno tutta l'età preclassica la *stipulatio servitutis* fosse considerata nulla se più *stipulatores* o più *promissores* fossero subentrati in qualità di creditori o debitori per successione ereditaria:

D. 45.1.72pr. (Ulp. 20 *ad ed.*) *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tiberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem.*

Non c'è traccia nel pensiero di Tiberone prima e di Celso poi di una *actio ex stipulatu in solidum*.

L'azione concessa sarebbe stata, *iusta aestimatione facti*, una *actio ex stipulatu pro parte*.

Fu solo in pieno diritto classico, a quanto risulta dalle fonti grazie ad un apporto innovativo del pensiero di Pomponio, che la stipulazione di servitù fu considerata valida anche in presenza di più *stipulatores* o più *promissores* e a ciascuno l'azione fu concessa *in solidum*. Si legga D. 8.1.17, riprodotto appena sopra nel testo, e

D. 45.1.2.2 (Paul. 12 *ad Sab.*) *Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quamdiu non eandem rem omnes dederint: non enim ex persona heredum condicio obligationis immutatur. et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti via, heredes promissoris singuli in solidum tenentur: sed quo casu unus ex heredibus solidum praestiterit, repetitionem habebit a coherede familiae erciscundae iudicio. ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem: sed quidam hoc casu extinguere stipulationem putant, quia per singulos adquiri servitus non potest: sed non facit inutile stipulationem difficultas praestationis.*

L'evidente travaglio giurisprudenziale che portò all'individuazione del regime delle *stipulationes* di servitù compiute, in qualità di *stipulator* o di *promissor*, da un soggetto al quale sarebbero succeduti più coeredi, sembra allora suggerire che proprio il regime della *sponsio* correa non avesse costituito il

Sembra, invece, più conforme alla realtà giuridica dell'epoca più risalente immaginare che la questione giuridica della contitolarità di un *ius servitutis* dovesse rappresentarsi con riferimento alle ipotesi di contitolarità ereditarie su fondi ai quali tale *ius* spettasse.

Non appare, allora, eccessivamente imprudente ipotizzare che alla contitolarità del diritto di servitù fosse applicato un regime che, piuttosto che derivare da un'applicazione analogica delle regole che disciplinavano la contitolarità dei rapporti obbligatori, avrebbe assunto i caratteri dell'antico *consortium erco non cito*, primo modello di contitolarità dei rapporti assoluti. L'ipotesi è che ciascun comunista sarebbe stato considerato titolare dell'intero, secondo il regime della c.d. proprietà o contitolarità plurima integrale.<sup>81</sup>

Si provi a riflettere sul tema della costituzione del diritto di servitù in caso di comproprietà dei fondi. Si immagini l'ipotesi di più comproprietari che volessero costituire una servitù a favore del fondo comune.

La *mancipatio* e la *in iure cessio* non potevano essere poste in essere *pro parte*. Sappiamo che a sviluppo avvenuto la costituzione del diritto di servitù non poteva che essere realizzata attraverso *mancipationes* o *in iure cessiones* compiute *in solidum* da tutti i contitolari. E' molto probabile che in un primo momento *mancipatio* e *in iure cessio* compiuta da uno solo dei contitolari potesse essere ritenuta idonea sia a costituire il diritto di servitù a vantaggio del fondo in comproprietà sia ad imporla. Soltanto in un secondo momento, ad imitazione del regime della *communio pro indiviso* e nonostante l'impossibilità di applicare il modello della *pars quota*, si ritenne necessario che tutti i contitolari compissero l'atto costitutivo.<sup>82</sup>

Medesimo sviluppo dovette subire il regime dell'azione a tutela della servitù condivisa.

E' possibile che l'azione *in solidum* esperita da un contitolare precludesse in origine agli altri contitolari la possibilità di agire e che solo a seguito dell'introduzione del differente regime della *communio pro indiviso* dovette cominciare a farsi avanti l'idea che anche in questo campo, nonostante l'impossibilità di applicare il modello della *actio pro parte* e rimanendo, dunque, l'azione una *actio in solidum*, tutti dovessero o potessero agire a tutela dell'intero diritto. Il necessario correttivo sarebbe stato costituito, appunto, dalla condanna *in id quod interest*.<sup>83</sup>

---

modello di un'originaria disciplina.

<sup>81</sup> Accennava a questa possibile derivazione della contitolarità *in solidum* del *ius servitutis* E. BETTI, *D. 42.1.63.*, cit., 20 nt. 1. Essa era, invece, negata da G. G. ARCHI, *La funzione del rapporto solidale*, in SDHI, VIII 1942, ? ss., nell'ambito, tuttavia, di un discorso teorico che non si addentrava nel tema specifico che stiamo analizzando e che si limitava ad affermare genericamente che le ipotesi di contitolarità di situazioni giuridiche soggettive considerate indivisibile furono disciplinate grazie all'applicazione analogica delle regole nate in materia di *sponsio* correa.

<sup>82</sup> Si veda, in tema, P. J. KOUWENBERGER, *Servitude*, cit., *passim*.

<sup>83</sup> Non lontana da queste congetture dovrebbe essere l'ipotesi, invero anch'essa appena accennata, di G. SEGRÉ, *La comproprietà*, cit., 28 s., il quale avvertiva che in materia di divisibilità e indivisibilità dei diritti reali, "dobbiamo ... far astrazione dal senso che ha la frase *in solidum* nelle obbligazioni e nei crediti solidali o indivisibili. (...) Nel nostro caso invece *in solidum* ha piuttosto il senso di *per intero cumulativamente*".

In linea con il pensiero del suo Maestro, E. BETTI, *D. 42.1.63.*, cit., 19 ss. e 256 ss., il quale trovava in esso conferma del riconoscimento dell'inapplicabilità della preclusione processuale e dell'estensione del giudicato nelle azioni esperite *in solidum* a tutela di diritti reali condivisi.

Il modello di solidarietà sarebbe stato, dunque, quello cumulativo e non elettivo. L'esperienza da parte di un contitolare dell'*actio in solidum* non doveva poter precludere agli altri la possibilità di agire.<sup>84</sup>

Rileggiamo la seconda parte di D. 8.5.4.3, rimasta nella sostanza integra:<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> In tal senso sembrerebbe, invero, deporre

D. 8.5.19 (Marcian. 5 reg.) *Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum hoc ceteris damno esse: sed si per collusionem cessit lite adversario, ceteris dandam esse actionem de dolo Celsus scripsit, idque ait Sabino placuisse.*

Su questo testo si vedano: V. ARANGIO RUIZ, *Rec. a Redenti*, cit., 243 nt. 1; GUARNERI CITATI, *Studi*, cit., 63 s.; E. BETTI, *D. 42.1.63.*, cit., 260; S. SOLAZZI, *La tutela*, cit., 13; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 233; K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft im klassischen römischen Recht*, Berlin 1974, ?; J. KOUWENBERGER, *Servitude*, cit., 286 ss.

Il caso è quello di una *vindicatio servitutis* esperita da un contitolare.

L'espressione *servitatem deberi intendere* è molto frequente nel linguaggio dei giuristi [Cfr. D.8.3.27 (Iul. 7 dig.); D.8.2.17.3 (Ulp. 29 ad Sab.); D.8.1.14.2 (Paul. 15 ad Sab.); D.8.5.2.1 (Ulp. 17 ad ed.); D.8.5.2.2 (Ulp. 17 ad ed.), D.8.5.4.8 (Ulp. 17 ad ed.); D.8.5.8.3 (Ulp. 17 ad ed.), D.19.1.1.1 (Ulp. 28 ad Sab.); D.21.2.69.5 (Scaev. 2 quaest.); D.21.2.75 (Venul. 16 stip.)] ed esprime senza dubbio l'idea dell'*actio in rem*. È strano, perciò che essa abbia sollevato dubbi in dottrina. Si veda, per tutti, M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 233 nt. 312.

Il contitolare ha perso la lite, nonostante l'esistenza della servitù (*bene*), per una ragione imputabile a sua colpa. Marciano sostiene che *non est aequum hoc ceteris damno esse*. L'espressione indica solamente che la vicenda provoca un danno agli altri contitolari e che il giurista considera tale effetto iniquo. Il successivo *sed si* introduce un'ipotesi, evidentemente, differente. La fattispecie descritta riguarda l'ipotesi del contitolare che per *collusio* determina la *mors litis* in favore dell'avversario. In questo caso Marciano condivide l'opinione di Sabino e Celso che concedevano l'*actio de dolo*.

Il testo, nel tenore attuale, è di difficile interpretazione. L'avversativo *sed* fa pensare ad un cambio di prospettiva. La *collusio*, infatti, è certamente imputabile a *dolus* e non a *culpa* dell'avversario e la conseguenza del comportamento imputabile è inoltre diversa. Nell'un caso si tratta di perdita della lite, nell'altro di *mors litis*. Ancora, il carattere sussidiario dell'*actio de dolo*, concessa nella seconda parte del testo, deve indurre a ritenere che nella prima il rimedio contro l'iniquità del danno doveva non essere utile nell'ipotesi di *collusio* con conseguente *mors litis*.

Questi i dati che ci sembrano certi. Quanto questi possano legittimare le interpretazioni correnti è difficile dire. La dottrina interpreta D. 8.5.19 nel senso di considerare insiticio *non est aequum* e di ravvisare in esso una prova o dell'effetto preclusivo della sentenza (M. MARRONE, *L'effetto normativo*, cit., 233 s.) o dell'effetto normativo (E. BETTI, *D. 42.1.63.*, cit., 260). In ogni caso, il danno di cui parla Marciano sarebbe costituito, in entrambi i casi prospettati, dall'impossibilità per gli altri contitolari di esperire a loro volta l'azione. Il rimedio sarebbe costituito, nel caso di *culpa*, dall'*actio communi dividundo*, nel diverso caso di dolo (*collusio*), dall'*actio doli* esperita contro l'avversario.

Suggestiva, da ultimo, la tesi di J. KOUWENBERGER, *Servitude*, cit., 287 s., il quale interpreta il testo nel senso di non leggere in esso alcuna prova dell'effetto preclusivo della sentenza.

Secondo l'Autore il danno dei contitolari, di cui parla Marciano, sarebbe costituito dal fatto di non poter godere del principio *victoria et aliis proderit* (cfr. D. 8.5.4.3), di non poter godere, vale a dire, della dispensa dalla prova del diritto nelle successive azioni. Il rimedio pensato dal giurista sarebbe stato quello di sollevare il giudice dell'azione successiva dall'obbligo di tener conto della sentenza precedente.

Per quel che riguarda la seconda fattispecie, Kouwenberger sostiene che l'*actio de dolo* sia concessa ai contitolari contro l'*adversarius* per il risarcimento del danno causato dal fatto di non aver potuto esercitare la servitù nel periodo intercorso tra la perdita della lite da parte del primo contitolare e la costituzione del nuovo rapporto processuale, realizzato con la nuova *vindicatio servitutis*.

<sup>85</sup> È probabile che mani estranee abbiano operato alcune intrusioni. Da un punto di vista grammaticale, infatti, il pronome *eius* del tratto "*aestimatio- revocabitur*" ha nel testo attuale come termine di riferimento quel *qui experietur*, posto forse troppo lontano per non pensare che il testo sia stato quanto meno accorciato.

*Itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit.*

I singoli contitolari, sperando l'*actio in solidum*, avrebbero ciascuno dedotto in giudizio un *ipsum ius*. In caso di *restitutio* sarebbe stato nei fatti che la *sententia*, che senz'altro costituiva per l'attore una *victoria*, potesse giovare anche agli altri contitolari.<sup>86</sup>

Ma se il giudice avesse dovuto emanare una sentenza di condanna,<sup>87</sup> la *litis aestimatio* avrebbe dovuto guardare all'interesse del singolo attore e non al valore oggettivo della servitù. E ciò in ragione del fatto che sarebbe stata riconosciuta la possibilità agli altri contitolari *in solidum* di agire in giudizio.

Nel caso di contitolarità *in solidum* di un *ius servitutis* non avrebbe, dunque, operato alcuna preclusione processuale.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Cfr., in materia di *operis novi nuntiatio* D. 46.5.2.1, già citato, *supra*, nt. ?

<sup>87</sup> E' difficile credere che Ulpiano potesse aver parlato di *victoria* in caso di *condematio* in un'*actio in rem*. Vè, tuttavia, una testimonianza, questa volta di Venuleio, nel quale si parla espressamente di *victoria* con riferimento ad una sentenza di condanna, che non è escluso possa riferirsi anche ad un'*actio in rem*. Si tratta di D. 10.2.7, il quale, come il nostro D. 8.5.4.3, costituisce una di quelle testimonianze che divide da sempre gli studiosi circa una possibile efficacia pregiudiziale della sentenza.

D. 10.2.7 (Venul.7 *stip.*) *Si heres unus, cum sub condicione adiectum coheredem aut apud hostes haberet, dixerit se heredem esse et actione expertus vicerit, deinde condicio heredis exstiterit vel postliminio redierit, an victoriae commodum debeat cum eo communicare? nam indubitate iudicati actio ei in solidum competit. et electionem coheredi dandam, id est aut communicandam eam aut experiundi faciendam potestatem huic, qui post victoriam coheredis effectus sit heres aut reversus sit in civitatem. idemque observandum, si postea natus sit postumus. non enim his personis silentium imputari potest, cum ad hereditatem post victoriam coheredis pervenerint.*

Come in D. 8.5.4.3 l'espressione *victoria et aliis proderit* ha indotto parte della dottrina a riconoscere efficacia pregiudiziale alla sentenza, ad essere in tal senso additata a sostegno di tale tesi è qui l'espressione *an victoriae commodum debeat cum eo communicare*.

Si veda, per tutti, M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 153 ss.

<sup>88</sup> Dunque, assolutamente condivisibile appare ai nostri occhi l'opinione di V. ARANGIO RUIZ, *Rec. a Redenti*, cit., 243 nt. 1, il quale riferiva la frase *victoria et aliis proderit* alla sola ipotesi di *restitutio*, considerava genuino il criterio dell'*id quod interest* e ammissibile la "iterazione della confessoria".

Non considerano operante la preclusione processuale: E. REDENTI, *Pluralità di parti*, cit., 46 ss., il quale dichiarava di pensare proprio ad una *replicatio secundum socium* (p. 48 in nota); G. VON BESELER, *Romanistische Studien. Unteilbare Obligationen*, cit., 92; E. EIN, *Le azioni dei condomini*, cit., 138 ss.; E. BETTI, *D. 42.1.63.*, cit., 253 ss.; K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft*, cit., 36; P. J. KOUWENBERGER, *Servitude*, cit., 284 ss.

Dubbioso G. SEGRÉ, *La comproprietà*, cit., 139, il quale, sebbene considerò non genuino D. 8.5.4.3, ammise "che non è assolutamente da escludersi ... che anche per diritto classico non ci fosse consumazione processuale dell'azione esperita da uno o contro uno dei condomini riguardo agli altri, ma comunicazione ad essi della cosa giudicata intervenuta con uno".

Non accenna, stranamente, al problema della ripetibilità dell'azione S. TAFARO, *La interpretatio*, cit.

A complicare ancora il quadro che stiamo delineando v'è, invero, un altro aspetto della vicenda processuale che non abbiamo affrontato. Un'altra delle difficoltà nel riconoscere possibile la classicità di una *condemnatio* di misura differente da quella oggettiva del valore totale della servitù e la conseguente non operatività della preclusione processuale è costituita dalla tesi – spesso sostenuta in dottrina – che in diritto classico la *litis aestimatio* comportasse l'estinzione del diritto reale oggetto della *vindicatio* esperita. Il tema, che come si ricorderà stiamo studiando con riguardo all'*actio Serviana*, è quello degli affetti del pagamento della *litis aestimatio* nelle *actiones in rem* diverse dalla *rei vindicatio* e dalle altre azioni a tutela di situazioni giuridiche di tipo dominicale.

Per la tesi dell'effetto estintivo immediato si vedano: A. EHRHARDT, *Litis aestimatio*, cit., 78; V.



**3.1.6.** Conclusa l'analisi di D. 8.5.4.3, è possibile adesso individuare l'evidente analogia tra la *vindicatio servitutis* e la *vindicatio pignoris*, qualora tutti e due fossero state esperite *in solidum*. In entrambi i casi, almeno secondo Ulpiano, l'eventuale *litis aestimatio* sarebbe stata determinata tenendo conto della misura del valore della partecipazione del singolo contitolare *in solidum* all'esercizio delle facoltà che il diritto im-

---

ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*<sup>14</sup>,?, 250 s. ; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 297 nt. 7; E. BETTI, *D. 42.1.63.*, cit., 257; M. MARRONE, *L'effetto normativo*, cit, 182.

Da ultimo, C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni I*, cit., 453 s. pensa non ad un effetto estintivo immediato, operante *ipso iure*, ma ad un intervento pretorio che con la *denegatio* della *vindicatio servitutis* consentisse l'estinzione del diritto per *non usus* con il compiersi di un biennio. Ad accogliere questa tesi, nessun ostacolo potrebbe opporsi all'idea, per l'ipotesi che stiamo studiando di contitolarità del diritto di servitù, che gli altri contitolari potessero esperire a loro volta la *vindicatio servitutis*.

Il riconoscere come plausibile la mancanza di preclusione processuale non impegna a considerare in questa stessa ipotesi operante – come spesso è avvenuto in dottrina – un effetto positivo o c.d. normativo della sentenza. Si vedano, in tal senso, tra gli altri, E. REDENTI, *Pluralità di parti*, cit., 46 ss.; E. BETTI, *D. 42.1.63.*, cit., 253 ss.; E. EIN, *Le azioni dei condomini*, cit., 138 ss.;

La soluzione di questo problema, anche solo relativamente all'ipotesi che stiamo studiando, non può infatti neanche essere ipotizzata senza tener conto del quadro complessivo, che, com'è noto, è molto complesso e ha da sempre diviso la dottrina.

L'impressione, tuttavia, che non possiamo tacere è che in questa prospettiva non poteva non incidere il fatto che il *ius servitutis* conservò sempre quella particolare valenza obbiettiva, che svelava il suo essere concepito anche come una condizione del *praedium*, un *ius praedii* appunto, del quale chi fosse titolare del fondo non poteva non trarre vantaggio. Si legga

D. 3.5.30.7 (Pap. 2 resp.) *Uno defendente causam communis aquae sententia praedio datur: sed qui sumptus necessarios ac probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.*

[Su questo testo si vedano: G. SEGRÉ, *La comproprietà*, cit., 137 s.; S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in AUPA, III-IV (1917), 232; E. BETTI, *D. 42.1.63.*, cit., 426 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 237; ID., *L'effetto normativo*, cit, 182 s.; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., ?; K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft*, cit., 44 s.]

Il testo fa riferimento ad un'ipotesi di contitolarità del fondo servente. La *vindicatio servitutis* viene esperita contro uno dei contitolari, il quale accetta il *iudicium*. Il relativo processo è definito *causa communis aquae* e la *sententia praedio datur*.

Dal testo emerge chiaramente che la sentenza è conseguenza di una *pronuntiatio* che ha la funzione di accertare l'esistenza o l'inesistenza di una *qualitas fundi*. Ci sembra, allora, fuor di dubbio che la testimonianza legittimi a credere che almeno nei fatti non solo i soggetti processuali ma anche gli eventuali altri soggetti titolari del *fundus* al quale tale *qualitas* era stata riconosciuta ne sarebbero stati coinvolti, nel senso che essi avrebbero potuto o dovuto godere del *fundus* con quella *qualitas* che era stata ad esso riconosciuta. Problema più complesso è riconoscere in tale testimonianza prova del riconoscimento di un effetto c.d. normativo di tale sentenza sulle eventuali altre, relative alle azioni esperite dai rimanenti contitolari.

Si legga, da ultimo, M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta*, cit., 643 nt. 28, da sempre sostenitore dell'inesistenza di un effetto normativo della sentenza nel processo formulare: "... il giurista si riferiva non all'effetto normativo della sentenza, ma (per il caso di assoluzione del contitolare) all'effetto preclusivo e (per il caso di sconfitta dello stesso) agli effetti indiretti del giudicato: in virtù di tali effetti l'esito del giudizio condotto da un condomino finiva per ripercuotersi sui contitolari: ond'è che, obbiettivizzando il rapporto, si poteva correttamente dire *sententia praedio datur*". La lettura corrisponde all'idea generale, confermata, ancora, in un ulteriore studio relativo alla c.d. *pronuntiatio*, "*Sulla c.d. pronuntiatio del giudice*", cit., secondo cui nelle *actiones arbitrarie* e, segnatamente, nelle *actiones in rem* né la c.d. *pronuntiatio* né la sentenza avrebbe avuto un effetto pregiudiziale o *ipso iure* costitutivo. Tuttavia, anche in quest'ulteriore contributo l'Autore ha sentito la necessità di tener conto dei due frammenti che stiamo studiando, [con un riferimento diretto al precedente "*Dal divieto di agere acta*", cit., (p. 741 nt. 13)], affermando che "pure a ritenere che all'uopo sia stato ammesso talvolta che una precedente sentenza giovasse all'una o all'altra parte, il criterio di attribuire alla sentenza effetti pregiudiziali non fu mai elevato, nel processo formulare, a criterio generale."

portava: il *quod eius interest, qui experietur* nell'un caso, il *quantum quisque obligatam hypothecam habeat*, nell'altro. Così, come nella *vindicatio servitutis* esperita *in solidum* Ulpiano utilizza l'*id quod interest* quale criterio di stima utile a superare quello del valore oggettivo della *servitus* e idoneo a valutare l'interesse soggettivo dell'attore ad esercitare quel *ius* di cui è contitolare, così nell'*actio Serviana* esperita *in solidum* lo stesso *id quod interest* doveva indurre lo stesso Ulpiano a giustificare il distacco dal criterio del *verum pretium* della *res pignorat* e ad adottare il valore del credito garantito al singolo contitolare agente quale criterio base di determinazione della *litis aestimatio*.

In entrambe le azioni che, come è ben noto, appartengono alla categoria delle c.d. *actiones arbitrariae*, si sarebbe giunti alla determinazione della *litis aestimatio* attraverso un analogo procedimento. L'*ea res qua de agitur* dell'*intentio* della formula – nell'un caso l'*esse* il *ius eundi agendi* al comproprietario, nell'altro l'*esse pignori* della *res* al concreditore – sarebbe stato valutato dal giudice in fase di *condemnatio* a seguito di un *arbitrium de restituendo* non risolto con una *restitutio*. L'intermediazione di questa fase processuale, che segue il momento della *pronuntiatio* e precede quello dell'emanazione della sentenza e che incide non solo sulla natura della sentenza stessa, assolutoria o condannatoria, ma anche sul suo oggetto, avrebbe permesso che il rapporto giuridico dedotto nell'*intentio*, pur essendo rapporto di natura reale, potremmo in certo senso dire, si sarebbe personalizzato, divenendo rapporto tra due soggetti, attore e convenuto. I loro interessi sarebbero divenuti oggetto di considerazione da parte del giudice ai fini della determinazione della *restitutio* che è atto compiuto dal convenuto all'attore e nell'interesse dell'attore, indipendentemente da eventuali effetti positivi o negativi che essa avrebbe potuto, solo indirettamente, produrre nei confronti dei terzi.

Nella eventuale fase condannatoria sarebbe stato così possibile stimare ciò che si era determinato in sede di *arbitrium de restituendo*: nell'un caso, l'interesse del singolo condomino ad esercitare la servitù, nell'altro l'interesse del contitolare ad avere assicurato l'adempimento del credito.<sup>89</sup>

**3.1.7.** Le conclusioni alle quali siamo giunti circa il valore in Ulpiano dell'*agere in solidum* in materia di *pignus*, rende altamente improbabile concepire D. 10.3.7.12 senza l'inciso *licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luerre* e molto più plausibile l'interpretazione che ne abbiamo dato, in ragione, almeno, di una maggiore coerenza con il pensiero di Ulpiano.

Senza questo inciso, come dicevamo, si sarebbe costretti ad interpretare D. 10.3.7.12 nel senso che in esso verrebbe operata una similitudine tra l'ipotesi di divisione giudiziale realizzata attraverso l'aggiudicazione della cosa ad uno dei contitolari e la soddisfazione degli altri in misura del credito spettante a ciascuno e il caso di un contitolare che, avendo esperito l'azione Serviana, avesse ottenuto in quella sede una *litis aestimatio* sulla quale, poi, ciascun concreditore pignoratizio si sarebbe soddisfatto, anche questa volta, in ragione del proprio credito. Si sarebbe, dunque, dovuto necessariamente trattare di un'*actio Serviana* esperita *in solidum*, nella quale la *litis aestimatio* sarebbe stata commisurata al valore oggettivo della *res pignorat*.

Questa possibilità, come dicevamo, è esclusa da una duplice considerazione.

Come si ricorderà, risulta, anzi tutto, espressamente testimoniato in D. 20.1.10 che Ulpiano negava ai contitolari *pro parte* l'esperimento *adversus extraneos* dell'*actio*

---

<sup>89</sup> Sul valore dell'*arbitrium de restituendo* nelle *actiones in rem* si veda, ancora, *infra* nel testo, pp. ?? ss.

*Serviana in solidum*. Ed a volere concedere la possibilità che lo stesso Ulpiano ne avesse ammesso l'esperibilità, tale azione *in solidum* non avrebbe condotto, secondo il giurista, ad altro che ad una stima della lite commisurata, anche questa volta, al valore del credito garantito.<sup>90</sup>

In conclusione, è preferibile adottare un giudizio di sostanziale genuinità dell'intero dettato di D. 10.3.7.12, compreso l'inciso in questione e ciò nonostante l'uso dell'espressione "*licentia non denegetur*" costringa a considerare probabile l'intervento di mano estranea. Le considerazioni che precedono, infatti, ci convincono della necessità di considerare che tale intervento, se avvenuto, dovette aver inciso soltanto sulla forma del testo, senza tuttavia alterarne la sostanza.

Non sembra, per altro, in tal senso inopportuno rilevare che il tenore della frase "*licentia ... luere*" è significativamente analoga ad un modo di esprimersi che si riscontra anche in un passo di Papiniano, nel quale si tratta della medesima questione: la possibilità concessa al debitore pignoratorio, di *offerre debitum* in sede di *actio pigneraticia in personam* o di *rei vindicatio*. Si legga

D. 13.7.40pr. (Pap. 3 resp.): *Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suae nulla emptio sit: nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur.*

Dunque, in D. 10.3.7.12 con l'inciso "*licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere*" Ulpiano mirava, nella sostanza, a render evidente la perfetta identità del criterio da utilizzare per la determinazione del valore della singola *pars quota*, in sede di *iudicium communi dividundo utilis*, e della *litis aestimatio*, in sede di *actio pigneraticia in rem* e, ancora, di dimostrare la perfetta identità degli effetti che sarebbero scaturiti dal provvedimento di *adiudicatio* nell'un caso e dal pagamento della *litis aestimatio* nell'altro. In entrambe le azioni il criterio sarebbe stato costituito dal valore del credito garantito dalla *pars quota* nell'un caso, dall'intera *res* nell'altro. L'effetto sarebbe stato quello di riconoscere all'aggiudicatario che ha pagato la somma oggetto di *condemnatio* nel *iudicium communi dividundo utilis* e al convenuto che ha pagato la *litis aestimatio* nell'*actio pigneraticia in rem* un possesso utile ad esercitare un diritto di ritenzione nei confronti del debitore pignorante, il quale sarebbe stato legittimato a pretendere la restituzione della cosa solo offrendo di rimborsare ai possessori quanto pagato nei precedenti giudizi.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> *Supra*, ?

<sup>91</sup> In materia di contitolarietà di situazioni giuridiche di tipo dominicale, G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, cit., 309 ss. e 409 ss. ha dimostrato l'identità dei criteri di determinazione della *litis aestimatio* nella *vindicatio pro parte* e del valore della singola *pars quota* nel *iudicium* divisorio esperito, in via diretta, tra i contitolari e, ancora, l'identità di effetti che sarebbero scaturiti dal pagamento della *litis aestimatio* nell'un caso e dal provvedimento di *adiudicatio* nell'altro. Il criterio di determinazione era costituito in entrambe le azioni dal *verum pretium rei* e in entrambe le azioni il relativo pagamento era equiparato ad una *emptio venditio* in base alla quale il possessore e l'aggiudicatario figuravano come *emptores* e l'*aestimatio* come il *pretium rei*. A rinsaldare il parallelismo tra le due azioni, la studiosa palermitana prospetta, inoltre, un'analogia "per effetti e per funzione" tra il *iusiurandum in litem* nella *vindicatio* e la *licitatio* nell'azione divisoria. Della natura del *iusiurandum in litem* ci occuperemo più avanti, nel testo, ? ss., in sede di analisi di D. 20.1.16.3.

3.2. Dopo aver trattato del *iudicium communi dividundo* esperito tra contitolari *pro parte* di un diritto di pegno non possiamo non considerare un'altra testimonianza, D. 10.2.29, nella quale si tratta di un *iudicium familiae erciscundae* avente ad oggetto una *res pignerata*. Il testo questa volta è di Paolo, il quale instaura il medesimo rapporto tra giudizio divisorio e *actio Serviana* che è emerso in sede di analisi di D.10.3.7.12. Il tenore complessivo della testimonianza, nella parte che qui interessa, risulta, tuttavia, di difficile ricostruzione.

Si legga la testimonianza.

D. 10.2.29 (Paul. 23 *ad ed.*) *Si pignori res data defuncto sit, dicendum est in familiae erciscundae iudicium venire: sed is cui adiudicabitur in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus nec cavere debet cohere[di]<s> indemnem eum fore adversus eum qui pignori dederit, quia pro eo rit, ac si hypothecaria vel Serviana actione [re]<sup>92</sup> petita litis aestimatio oblata sit, ut et is qui optulerit adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. (...)*<sup>93</sup>

Se la cosa sia stata data in pegno ad un creditore poi morto,<sup>94</sup> deve sostenersi che essa sia oggetto del *iudicium familiae erciscundae*: ma l'erede al quale la cosa sarà aggiudicata dovrà essere condannato nei confronti del coerede *pro parte* e questo coerede non deve garantire all'aggiudicatario che sarà indenne contro colui che avrà dato la cosa in pegno, poiché la situazione sarà analoga a quella in cui, chiesta la cosa pignorata con l'*actio Serviana*, sia stata pagata la *litis aestimatio*, in modo che anche chi avrà pagato deve essere difeso contro il *dominus* rivendicante con un'*exceptio*.<sup>95</sup>

Le *res pignori datae* fanno parte della categoria della *res quae veniunt in familiae erciscundae iudicio*, sebbene non siano *res hereditariae*.<sup>96</sup> Le modalità attraverso le quali il giudice dovrà operare la "*divisio*" in ordine ad esse appaiono del tutto analoghe a quelle descritte da Ulpiano in D.10.3.7.12. Non si tratta di realizzare una divisione economico-materiale della cosa, bensì di sciogliere lo stato di contitolarità tra coeredi del diritto di pegno attraverso, anche questa volta, l'aggiudicazione dell'intera *res pignerata* ad uno di essi e la sua condanna, dice Paolo, *pro parte* in favore degli altri.

Torneremo sul significato da attribuire a questa espressione.

Descritte, così, le modalità di scioglimento dello stato di contitolarità, Paolo aggiunge che il coerede non deve prestare all'aggiudicatario, il quale è stato condannato in

<sup>92</sup> L'inserimento risale a T. MOMMSEN, ?.

<sup>93</sup> D. 10.2.29 è da sempre considerato uno dei frammenti più complessi del Digesto. La letteratura è sterminata. Si vedano, per tutti, con i riferimenti alla dottrina più antica: H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., 113 ss.; J. G. NABER, *Observantiunculae de iure romano: quibus modis in ius pignoris succedatur*, in *Mnemosyne*, 38 (1910), 259 s.; E. BETTI, *Studi*, I, cit., 25 s.; A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte*, cit., 57 ss.; E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., 14 ss.; G. VON BESELER, *Subsivica* (1930), 7 ss.; F. EBRARD, *Die Digestenfragmente*, cit., 67; A. EHRHARDT, *Litis aestimatio*, cit., 157 s.; E. NARDI, *Studi sulla ritenzione I*, cit., 365 ss.; T. MEYER-MALY, *Ein Leitfall*, cit., 353; A. WATSON, "Actio serviana" and "actio hypothecaria" a conjecture, in *SDHI*, XXVII (1961), ?; A. WACKE, *Paulus Dig. 10,2,29*, cit.; M. VANZETTI, *Il pegno*, cit., 312 ss.; A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, Zürich (1979), 140 ss. e 174 s.; H. ANKUM, *La vente d'une part d'un fonds de terre commun dans le droit romain classique*, in *BIDR*, LXXXIII (1980), 91 ss.; B. SIRKS, *La pluralité*, cit., 312 nt. 18.

<sup>94</sup> C. 8.31.1 Si veda A. WACKE, *Ungeteilte Pfandhaftung*, cit., 454 ss.

<sup>95</sup> Cfr. *Sch. ad B.* 42.3.29 (Hb. IV, 269s.) ?

<sup>96</sup> Si veda, in tema, per tutti: G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 301 ss.

suo favore, alcuna *cautio* al fine di renderlo indenne da un'eventuale azione che il debitore pignorante potrebbe esperire nei suoi confronti.<sup>97</sup> Per spiegare perché la prestazione di una tale *cautio* non sia necessaria, il giurista instaura un'analogia<sup>98</sup> tra la situazione descritta (quella di un coerede che, avuta aggiudicata in sede di *iudicium familiae eriscundae* la *res pignerata*, viene condannato a pagare una somma di denaro in favore del contitolare non aggiudicatario) e il caso di un possessore della *res pignerata* che, in sede di *actio Serviana*, avendo scelto di non *restituere*, viene condannato a pagare la *litis aestimatio* in favore del creditore pignorante agente.<sup>99</sup> Evidentemente, in entrambe le ipotesi, i soggetti che mantengono il possesso della *res pignerata* saranno condannati a pagare una somma di denaro, per la determinazione della quale si seguirà il medesimo criterio. Da ciò discende un'affinità di regime. Colui che è risultato aggiudicatario si trova nella stessa situazione di colui che ha pagato la *litis aestimatio* nell'*actio Serviana*: Entrambi devono utilizzare una *exceptio* per essere tutelati dall'eventuale azione di rivendica esperita legittimamente dal debitore pignorante.

Fin qui l'interpretazione letterale della testo di Paolo. Appare evidente quanto sia diverso il tenore di questa testimonianza da quella di Ulpiano.

Sebbene qui si ritrovino le medesime linee guida della modalità di realizzazione della *divisio* che troviamo in D. 10.3.7.12 - aggiudicazione della *res pignerata* ad uno dei contitolari e condanna *pro parte* dell'aggiudicatario in favore dei contitolari - non v'è traccia, o non v'è rimasta traccia, del pensiero di Paolo in ordine al problema dell'*aestimatio* di tale *pars quota*.

Ancora, sebbene in D. 10.2.29 si instauri il medesimo rapporto tra *iudicium divisorium* ed azione a tutela del diritto solitario che si trova instaurato da Ulpiano in D. 10.3.7.12 - nella medesima prospettiva di considerare analoga la posizione del possessore aggiudicatario e del possessore che ha pagato la *litis aestimatio*, quali convenuti nell'azione di rivendica esperita dal debitore pignorante - non v'è traccia, o non v'è rimasta traccia, del pensiero di Paolo in ordine alle conseguenze di tale azione.

In relazione al rapporto tra *iudicium communi dividundo* e *actio Serviana*, Ulpiano aveva considerato il punto di vista del debitore (*licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere*), concedendogli la possibilità di *debitum offerre et pignus suum luere*. Ne discende che il possessore avrebbe potuto opporre un'*exceptio doli* al fine di avere rimborsato il *debitum* pagato.

---

<sup>97</sup> Condividiamo la tesi degli studiosi che correggono - sulla scorta di una diversa lettura di B. 42.4.29 rispetto alla *Littera Florentina*, lettura smentita, tuttavia, dai relativi scolii - la parola *coheredi* in *coheres*, o *cavere* con *caveri*. Così, da ultimo, H. ANKUM, *La vente*, cit., 91 nt. 67 e 93 ss. Si veda anche M. VANZETTI, *Il pegno*, cit., 315 nt. 43.

A considerare corretta la lezione *coheredi* si dovrebbe pensare ad una *cautio indemnitas*, superflua sia per l'ipotesi di *rei vindicatio* sia per quella di *actio pigneraticia in personam*. Nel primo caso perché il coerede non aggiudicatario non era possessore. Nel secondo caso, perché, anzitutto, com'è di intuitiva evidenza, non è ravvisabile alcuna responsabilità del coerede non aggiudicatario per la mancata restituzione della cosa dopo l'avvenuto soddisfacimento del credito garantito; in secondo luogo, perché il principio *indivisa causa pignoris* impone che il debitore non possa chiedere la restituzione della cosa se non viene pagato l'intero debito.

<sup>98</sup> Cfr. *quia pro eo erit*. L'inciso è significativamente considerato da E. LEVY, *Die Enteignung*, cit., 500, *die echte Kern* del frammento.

<sup>99</sup>A. WACKE, *Paulus Dig. 10,2,29*, cit., 514 instaura l'analogia non tra le *condemnationes* dei due giudizi, bensì tra il pagamento della somma condannatoria in sede di giudizio divisorio e l'offerta del pagamento del credito garantito (Oblation) che il possessore convenuto con l'*actio Serviana* può compiere in alternativa alla *restitutio*.

In relazione al rapporto tra *iudicium familiae erciscundae* e *actio Serviana*, Paolo considera il diverso punto di vista del possessore del bene (l'aggiudicatario o colui che ha pagato la *litis aestimatio*), concedendogli la possibilità di opporre un'*exceptio*. Non vi sono indizi, tuttavia, per capire quale fosse quest'*exceptio* e per quale fine essa fosse opponibile.<sup>100</sup>

E' possibile che tutto ciò non sia casuale. Non è improbabile, vale a dire, che questa mancanza di indizi sia opera di un preciso intervento compilatorio volto a celare l'originaria regolamentazione paolina, probabilmente da tempo superata e sicuramente in contrasto con quella, poi prevalsa, testimoniata dal frammento di Ulpiano.

A leggere con attenzione questa parte di D. 10.2.29 che stiamo analizzando, essa potrebbe bene essere letta alla luce di D. 10.3.7.12. Proprio perché non v'è traccia del criterio di determinazione del valore della *pars quota*, con la frase *pro parte coheredi erit damnandus* potrebbe ben intendersi che il coerede aggiudicatario avrebbe dovuto essere condannato a pagare a ciascuno dei contitolari la parte di credito da loro ereditata. Ancora, proprio perché i due giuristi facevano riferimento alla medesima vicenda processuale, sebbene vista da prospettive diverse, la frase *adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit* potrebbe ben intendersi come riferentesi alla possibilità concessa al possessore di opporre l'*exceptio doli* per avere rimborsato il *debitum*.

Doveva, dunque, essere questo l'intento dei compilatori: rendere il testo originario privo di indizi relativi al pensiero di Paolo, per renderlo compatibile con i principi accettati da Ulpiano e prevalsi nel tempo.

Il pensiero di Paolo, con molta probabilità, doveva, invece, essere stato del tutto differente. Forse Paolo rimase ancorato a criteri interpretativi più risalenti e non giunse mai a considerare il valore del credito garantito criterio idoneo a determinare il valore della *pars quota* nel giudizio divisorio. D'altra parte, come vedremo in seguito, è espressamente testimoniato dalle fonti che lo stesso Paolo fu giurista che, in materia di *aestimatio litis* nell'*actio furti* concessa al creditore pignoratizio, considerò criterio di determinazione il valore del bene<sup>101</sup> e non, come fece Ulpiano, il valore del credito garantito. La stessa cosa è possibile sostenere, come vedremo, in materia di *aestimatio litis* nell'azione concessa a tutela del danneggiamento della *res pignerata*.

Non è, infine, improbabile che lo stesso Paolo fosse uno di quei giuristi alla cui tesi Ulpiano si opponeva, in D. 20.1.21.3 in materia di *aestimatio litis* nell'*actio Serviana*. Anche qui Paolo, sebbene non vi siano testimonianze, doveva essere rimasto ancorato al criterio del *verum pretium*.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Naturalmente, gli studiosi che ritengono che l'aggiudicatario fosse condannato in proporzione alle quote del valore della cosa, pensano ad una *exceptio rei quasi venditae ac traditae* (la tesi risale ad E. LEVY, *Die Enteignung*, cit., 500 e fu accolta da E. NARDI, *Studi sulla ritenzione I*, cit., 365) o ad una semplice *exceptio rei venditae ac traditae* (così E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., 15).

<sup>101</sup> Se l'*actio furti* fosse stata esperita contro il debitore la *litis aestimatio* sarebbe stata commisurata in ragione del valore del credito garantito. Si veda *infra*, p. ? nt. ?

<sup>102</sup>Riportiamo in nota l'ultima parte di D. 10.2.29:

*Contra quoque si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: [adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria]: nisi si obiciatur creditori, quod animose licitus sit. [Sed huius rei ratio habebitur, quia quod creditor egit, pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.]*

Al contrario, ancora, se quell'erede, al quale è stato aggiudicato il pegno, vuole restituire il tutto sebbene il debitore non lo voglia, deve essere ascoltato. Non può esser detta la stessa cosa se il creditore avrà comprato l'altra parte: a meno che non venga offerta al creditore ciò che è stato pagato nella *animosa licitatio*.

---

L'avverbio *contra* è utilizzato allo scopo di opporre all'ipotesi di *vindicatio* avente ad oggetto il *totum*, supposta nella prima parte del testo, il caso di una *vindicatio*, o di un'*actio pignoratitia in personam*, esercitate *pro parte* al fine non di riottenere il possesso dell'intera *res* ma di entrare in possesso della cosa per la quota corrispondente a quella per la quale il creditore pignoratizio risultava essere titolare, in virtù della titolarità di una parte del credito garantito, da lui ereditato ed evidentemente estinto dal debitore. In questo caso, se l'aggiudicatario non vuole entrare in compossesso con il debitore, ma preferisce restituire l'intero, può pretenderlo, probabilmente inserendo anche questa volta una *exceptio doli* nella formula dell'azione esperita dal debitore pignoratizio, con la quale indurlo a rimborsare quanto pagato nella *animosa licitatio* del precedente giudizio divisorio.

Un caso analogo è incidentalmente riferito da Ulpiano in D. 10.3.7.13, altro frammento difficile che attesta un caso particolare di applicazione dell'*actio communi dividundo* concessa in via utile:

D. 10.3.7.13 (Ulp. 20 *ad ed.*) *Si debitor communis praedii partem pignoris dedit et a domino alterius partis provocatus creditor eius aut ab alio creditore alterius debitoris licendo superavit et debitor eius cui res fuit adiudicata velit partem suam praedii recipere, soluto eo quod ipse debuit, eleganter dicitur non esse audiendum; nisi et eam partem paratus sit recipere, quam creditor per adiudicationem emit. Nam et si partem vendideris rei et prius, quam traderes emptori, communi dividundo iudicio provocatus fueris aliaque pars tibi adiudicata sit, consequenter dicitur ex empto agi non posse, nisi totam rem suscipere fuerit paratus, quia haec pars beneficio alterius venditori accessit. Quin immo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum: solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. Sed et si distracta parte cesserit victus licitatione venditor, aequae, pretium ut restituat, ex empto tenebitur. Haec eadem et in mandato ceterisque huius generis iudiciis servantur.*

Se il debitore ha dato in pegno una parte del fondo comune e il suo creditore, convenuto in giudizio dal *dominus* dell'altra parte o dall'altro creditore dell'altro debitore, vinse nella *licitatio* e il debitore di colui cui fu aggiudicata la cosa vuole recuperare la sua parte, avendo pagato il suo debito: giustamente si sostiene che ciò non deve essere ammesso a meno che non sia pronto a recuperare quella parte che il creditore ha comprato per *adiudicatio*.

Si tratta, dunque, di due ipotesi, una soltanto delle quali, quella a cui fa riferimento l'inciso "*aut ab alio creditore alterius debitoris*", è analoga a quelle descritte in D. 10.2.29. Qui si tratta del caso di più comproprietari i quali costituiscono ciascuno un diritto di pegno sulla propria *pars quota* e in favore di soggetti diversi; lì, di un unico pegno costituito in favore di un unico soggetto che, tuttavia, morendo, lascia più eredi che acquistano *pro parte* il diritto di pegno. L'altra ipotesi, certo singolare, riguarda il caso di compossesso a titolo diverso che viene meno grazie all'esperimento del *iudicium* divisorio concesso in via utile. Il fatto che vengano accomunate le due diverse ipotesi e che per entrambe sia usata da Ulpiano l'espressione *emere per adiudicationem* non deve far pensare ad un medesimo effetto della *adiudicatio* né ad un medesimo criterio di determinazione del *pretium* della *pars quota*. In D. 10.2.29 vi era la contitolarità di un possesso con medesimo titolo: il *ius pignoris*; in D. 10.3.7.13 è testimoniata l'ipotesi di compossesso a titolo diverso, stato che viene meno con l'esperimento del giudizio divisorio concesso in via utile.

Concludano la lettura della seconda parte di D. 10.3.7.13.

Infatti, anche se avrai venduto la tua parte e prima di averla trasferita al compratore, sarai stato chiamato in giudizio per l'esperimento del *iudicium communi dividundo* e ti sarà stata aggiudicata l'altra parte, si dice che come conseguenza non si possa agire *ex empto* a meno che non sarà stato pronto a acquistare l'intera *res*, poiché questa parte accedette al venditore in beneficio dell'altro: che anzi si dice che il compratore possa essere convenuto *ex vendito* affinché recepisca l'intero: verrà in considerazione solo una qualche frode del venditore: ma anche se, venduta la sua parte, il venditore, avendo perso la *licitatio* la cedette, per equità è tenuto *ex empto* a restituire il prezzo. Questi principi si seguono anche nei rapporti di mandato e negli altri giudizi di questo genere.

L'ipotesi è descritta anche in:

D.19.1.13.17 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Idem Celsus libro eodem scribit: fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes, coactus es communi dividundo iudicium accipere. si socio fundus sit adiudicatus, quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori praestabis. quod si tibi fundus totus adiudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem Titio condemnatus es. sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere: aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. sed si certis regionibus fundum inter te et Titium iudex divisit, sine dubio partem, quae adiudicata est, emptori tradere debes.*

Per un'analisi congiunta di D. 10.3.7.13 e D.19.1.13.17 si veda: K. MISERA, *Akzession und Surro-*

3.3. Un'altra serie di fonti mostrano chiaramente, nella redazione pervenuta, la tendenza a considerare la misura del credito garantito come criterio generale e univoco di determinazione della stima della lite e a riconoscere in capo al terzo possessore convenuto che avesse adempiuto alla *condemnatio* pecuniaria così determinata un possesso in base al quale sarebbe stato possibile esercitare un diritto di ritenzione, tutelato con apposita *exceptio doli* e funzionale ad indurre il debitore pignorante che avesse rivendicato il *pignus* a rimborsare quanto pagato.

Si legga

D. 6.1.65pr. (Pap. 2 *resp.*) *Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptioe doli posita non aliter restituere domino cogetur, quam si pecunia creditoris soluta, qui pignori datum praedium habuit usurarumque medii temporis superfluum recipaverit, scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari sumptuum in praedium factorum exemplo aequum est.*

Il caso descritto da Papiniano è quello di un soggetto che, acquistato un fondo da un *non dominus* e presone possesso, viene convenuto in giudizio con l'*actio Serviana* da un creditore del *dominus*, che aveva avuto costituito in pegno il fondo. L'*emptor* sceglie di non restituire e di pagare la *litis aestimatio*. Successivamente, convenuto in giudizio con *rei vindicatio* dal *dominus* del fondo, oppone un'*exceptio doli* con la quale fa valere il diritto ad avere rimborsato quanto pagato (*pecunia soluta*) in sede di *actio Serviana*, unitamente agli interessi maturati nel periodo intercorso che non fossero stati compensati con i frutti del fondo eventualmente percepiti *ante litem contestatam*: infatti è equo che tali frutti siano compensati con le *usurae novae*, quelle che hanno cominciato a decorrere dal pagamento della *pecunia debita* in sede di *actio Serviana*. E ciò in base all'esempio costituito dalle spese fatte per il fondo.<sup>103</sup>

---

*gation zufolge einer "adiudicatio", in ZSS, CIII (1986), 383 ss.; di D. 10.3.7.13 e D. 10.2.29: A. BÜRGE, Retentio, cit., 172 ss. Per un'analisi di tutti e tre i testi si veda, infine: H. ANKUM, La vente, cit., 67 ss.*

<sup>103</sup>Si tratta, anche in questo caso, di un'ipotesi di *ius retentionis* che il possessore esercita sulla res. Così E. NARDI, *Studi sulla ritenzione I*, cit., 363. Si veda anche A. BÜRGE, *Retentio*, cit., 140.?

F. WUBBE, *Der Streitwert*, cit., 193 ss., considerò il testo genuino perché riferito ad un'ipotesi di *conventio pignoris* a seguito della quale, come si ricorderà, l'Autore considerava la *litis aestimatio* dell'*actio Serviana* commisura sempre al valore del credito garantito.

Da ultimo, C. A. CANNATA, *Exceptio doli generalis e diritti reali*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 253 s., ricostruisce la fattispecie come riferita ad un'ipotesi di spontaneo pagamento del debito da parte del compratore, senza neanche considerare l'ipotesi di un'*actio Serviana*. Esaminiamone l'interpretazione. L'Autore sostiene che il compratore sarebbe stato indotto a pagare il debito dalla "minaccia del creditore pignorante di valersi dell'ipoteca". Non sappiamo a cosa alluda Cannata, ma a noi pare che a poter essere minacciato doveva teoricamente essere o l'esperimento dell'*actio Serviana* o l'esercizio dello *ius vendendi*. Guardiamo alla prima ipotesi. E' difficile pensare che la minaccia di esperire l'*actio Serviana* avrebbe potuto convincere il compratore della convenienza di uno spontaneo pagamento del debito. La consapevolezza dell'altruità del bene, probabilmente acquisita, come sostiene lo stesso Cannata, in tale occasione, avrebbe dovuto, infatti, rendere evidente al compratore che il pagamento del debito non lo avrebbe in ogni caso liberato dall'incombente *rei vindicatio* del vero *dominus*. A voler, per altro, credere nell'intenzione del compratore di trattenere a tutti i costi il fondo, quale ragione lo avrebbe dovuto spingere a *solvere pecuniam* se l'incombente *rei vindicatio* lo avrebbe comunque costretto, in più, a pagarne il valore pecuniario? Né la scelta di subire una condanna nell'*actio Serviana*, qualunque sia l'opinione che si voglia seguire circa la misura della *litis aestimatio*, gli avrebbe consentito di evitare la soccombenza nella probabile *rei vindicatio* del *dominus* (Si veda, in tal senso, lo stesso C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni I*, cit., 440 s., su cui *infra* nt. ?). Dunque,



Ora, *pecuniam creditori solutam* è espressione che chiaramente è da interpretare come riferita alla *pecunia debita* dal *dominus fundi*, *soluta* dal possessore al creditore garantito, al debito, vale a dire, estinto con il pagamento.

Si legga quest'altra fonte, nella quale la stessa espressione "*pecunia soluta*" è utilizzata con il medesimo significato:

D. 20.4.12.1 (Marcian. *l. sing. ad form. hypoth.*) *Si quoniam non restituebat rem pigneratam possessor condemnatus ex praefatis modis litis aestimationem exsolverit, an perinde secundo creditori teneatur, ac si soluta sit pecunia priori creditori, quaeritur. Et recte puto hoc admittendum esse.*

L'ipotesi è quella di un debitore che ha costituito su un medesimo bene e a favore di una pluralità di creditori più diritti di pegno, successivamente nel tempo.<sup>104</sup> Il creditore pignoratizio di primo grado conviene con l'*actio Serviana* il possessore del pegno il quale, non adempiendo al *iussus de restituendo*, viene condannato a pagare la *litis aestimatio*.<sup>105</sup> Marciano ammette che lo stesso possessore possa essere convenuto dal creditore pignoratizio di grado successivo, in considerazione del fatto che la *litis aestimatio* è stata commisurata al valore del credito garantito al creditore di primo rango (*ac si soluta sit pecunia priori creditori*). Ed è proprio questa circostanza che permette al creditore di rango successivo di poter pretendere la restituzione del possesso della cosa pi-

---

la minaccia di esperire l'*actio Serviana* posta in essere da un creditore pignoratizio che sostenesse di aver avuto costituito il pegno da soggetto diverso dal venditore e vero proprietario del fondo non poteva che indurre il compratore ad una spontanea *translatio possessionis*.

Guardiamo alla seconda ipotesi, la minaccia di vendere il fondo. Anche in questo caso la posizione del nostro compratore non sarebbe affatto cambiata. E' vero che l'acquirente del creditore pignoratizio sarebbe senz'altro prevalso, ma il pagamento del debito avrebbe scongiurato la vendita ma non avrebbe eliminato il pericolo della *rei vindicatio* del debitore, proprietario civile del fondo.

In conclusione, le considerazioni appena proposte ci convincono a preferire la tradizionale interpretazione di D. 6.1.65pr. Sebbene formalmente non esiste nel testo alcun esplicito riferimento all'*actio Serviana* non si può non ritenere che le parole *pecuniam solutam* rivelino il riferimento ad una *condemnatio*, con conseguente pagamento della *litis aestimatio*, proprio in un'*actio Serviana*.

<sup>104</sup>Questo modo di costituzione comporta una regolamentazione della garanzia incentrata, com'è notissimo, sul principio *prior potior est*. La priorità cronologica del pegno condiziona i rapporti tra i creditori pignoratizi, determinando la prevalenza del creditore che per primo ha convenuto con il debitore la costituzione del suo pegno. La posizione privilegiata permette così al creditore di primo grado di esercitare in via esclusiva il *ius vendendi*, spettando ai creditori di grado successivo soltanto il diritto di rivalersi sull'eventuale *superfluum*. Perché il creditore di secondo grado possa esercitare il diritto di vendere il bene pignorato, è necessario che il diritto di pegno del creditore di primo grado si estingua (l'estinzione avviene in seguito a vicende che incidono o sull'obbligazione garantita o soltanto e direttamente sul diritto di pegno), cedendo questi così la posizione prima occupata. In tema di *ius possidendi* la posizione privilegiata del creditore pignoratizio di primo grado non esclude in assoluto la possibilità che il creditore di secondo grado possa godere di tale facoltà. Le norme che ne regolano l'esercizio, infatti, ne riconoscono a quest'ultimo la titolarità, ma tutelano la priorità del creditore di primo grado, limitandone la possibilità di esercizio: viene cioè tutelato l'interesse del creditore di secondo grado a preservare integra la cosa pignorata con il limite, tuttavia, dato dall'impossibilità di acquisire il possesso dal creditore di primo grado e da colui che da questi ha acquistato la cosa. Da ciò consegue che tutti i creditori, indipendentemente dal rango occupato, possono esperire l'*actio Serviana* a tutela del loro diritto, con il limite, tuttavia, dato dalla prevalenza del creditore di primo grado, prevalenza che in sede processuale si realizza grazie al gioco dell'*exceptio rei sibi ante pigneratae* (in altre fonti: *si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata*). Su questi temi si rimanda agli studi citati a ? nt. ?.

<sup>105</sup> L'espressione *ex praefatis modis* è in genere considerata insitica. Si vedano, per tutti: E. BETTI, *Studi*, I, cit., 24 e E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., 19.

ignorata dal possessore in questione. Se infatti la *litis aestimatio* fosse stata commisurata al valore della cosa pignorata, il pagamento di tale somma sarebbe stato considerato come il pagamento del *pretium* della vendita della cosa e il creditore di rango successivo non avrebbe certo potuto chiedere al compratore la restituzione del possesso, non rimandogli altra scelta che quella di soddisfarsi sull'eventuale *superfluum*.<sup>106</sup>

Si legga, ancora

D. 20.6.2 (Gai. 9 ad ed. prov.) *Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit et possessor litis aestimationem obtulerit et ab eo debitor rem vindicet non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerat.*

Nonostante l'assenza di imperfezioni stilistiche e la chiarezza del suo dettato, che mostra il *debitum* come oggetto della *condemnatio*, la maggior parte di coloro che hanno studiato questa fonte, convinti della tesi contraria, hanno espunto, come insiticia, proprio la frase "*non aliter ... offerat*", non adducendo altra motivazione che l'impossibilità di riferirla al diritto classico, sulla base del convincimento che la *condemnatio* dell'*actio Serviana* fosse commisurata soltanto al *pretium* della cosa pignorata.

Piuttosto, proprio l'inesistenza di imperfezioni stilistiche nel testo induce a ritenere che probabilmente anche Gaio ritenesse il valore del credito garantito il criterio di determinazione della *litis aestimatio*.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup>Il convenuto avrebbe, infatti, acquistato la proprietà pretoria, se la *res* pignorata fosse stata *mancipi*, la proprietà quiritaria, se *nec mancipi*.

E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., 19 ss., allo scopo di rendere la testimonianza conforme alla tesi per cui anche nell'*actio Serviana* il pagamento della *litis aestimatio* determinasse sempre il passaggio della proprietà pretoria, interpretò il testo presumendo che l'azione fosse stata intentata prima della scadenza del debito e, per tale ragione, il creditore pignoratizio, in sede di determinazione della *litis aestimatio* con *iusiurandum in litem*, avrebbe agito come mandatario o *negotiorum gestor* del debitore (Lo schema della *negotiorum gestio*, invero, era già stato richiamato da E. LEVY, *Die Enteignung*, cit., 500). In tal modo la cosa sarebbe passata al *contumax* gravata dei pesi esistenti e, dunque, anche degli eventuali altri diritti di pegno. In generale, tuttavia, in veste di gestore, il debitore pignoratizio avrebbe potuto fare in modo che il possessore della cosa acquistasse l'*in bonis*, in base ad un acquisto *a non domino*, ma per mandato del *dominus*, (l'A. richiama D. 21.3.1.2), come se, vale a dire, fosse stato lo stesso debitore a concedere al creditore uno *ius vendendi* ancora non maturato a causa della mancata scadenza del debito.

L'interpretazione, alquanto suggestiva, è impossibile da condividere per il fatto che l'*actio Serviana* non poteva essere esperita prima della scadenza del debito (si veda *supra*, nel testo, p.?).

<sup>107</sup>Alcuni studiosi hanno voluto vedere nell'espressione *non aliter hoc facere conceditur* un riferimento implicito allo strumento della *denegatio actionis*, piuttosto che alla *exceptio*, come abbiamo visto testimoniata in altre fonti. Per questo motivo hanno espunto la frase "*non aliter ... offerat*", inserendo, come probabili parole genuine, "*exceptione summovetur*", in analogia con D. 13.7.28pr., e ritenendo l'*exceptio* utilizzata non l'*exceptio doli*, bensì l'*exceptio rei quasi venditae ac traditae*. Si veda, per tutti, E. NARDI, *Studi sulla ritenzione I*, cit., 379 ss. (con letteratura precedente).

E' probabile, invece, che la frase non solo sia genuina ma che sia stata utilizzata da Gaio nell'intento di adoperare un'espressione volutamente generica per sottolineare la possibilità di una utilizzazione alternativa dei due strumenti processuali che spesso si trova testimoniata nelle fonti.

C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni I*, cit., 440 s., considera anche questo testo genuino senza, tuttavia, desumerne alcun indizio per mettere in dubbio che la *litis aestimatio* potesse non corrispondere al valore oggettivo del bene. Egli è solo costretto a considerare la soluzione di Gaio "meno coerente" (cfr. 440 nt. 86) di quella di Giuliano testimoniata in D. 13.7.28pr. e a dare del testo un'interpretazione senza dubbio originale. L'offerta del debito è considerata dall'A. non come possibile indizio della commisurazione della *litis aestimatio* sulla base del valore del credito garantito, come a noi pare e come è sempre

Si legga, infine

D. 13.7.28pr. (Iul. 11 dig.) *Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione Serviana actione petierit et litis aestimationem consecutus sit, postea debitor eandem rem petens exceptione summovetur, nisi offerat [ei] debitor, quod pro eo solutum est.*

La fattispecie è analoga a quella descritta nel passo di Gaio e l'espunzione del pronome *ei*, privo di alcun riferimento, renderebbe accettabile l'impostazione stilistica del passo.<sup>108</sup> Non sappiamo quanto credibile, tuttavia, possa essere la risalenza a Giuliano del criterio testimoniato dalla fonte.

---

parso anche a chi l'ha considerata insiticia, bensì come offerta a trasferire al possessore il credito garantito, ad operare, vale a dire, una cessione del credito. L'A. stesso vede come sia quasi impossibile poter considerare applicabile una tale ipotesi, ma sembra attribuire ciò, come dicevamo, ad una "incoerenza" di Gaio.

M. VANZETTI, *Il pegno*, cit., 308 ss. individuò la mano compilatoria solo nella parola *debitum*, sostituita, a detta dell'Autrice, all'originale accenno alla *litis aestimatio* (intesa dalla Studiosa commisurata al valore della cosa pignorata).

F. WUBBE, *Der Streitfall*, cit., 192 s., la cui interpretazione è seguita da A. BÜRGE, *Retentio*, cit., 138 s., considerò genuino il frammento e, a differenza di D. 13.7.28pr., prima analizzato, lo riferì ad un'ipotesi di *conventio pignoris*, a seguito della quale, come si ricorderà, la *litis aestimatio* era per l'Autore commisurata al valore del credito garantito.

E. BETTI, *Studi I*, cit., 25, la cui interpretazione è seguita da T. MAYER MALY, *Ein Leitfall*, cit., 349 s., espunse il tratto *hoc facere concedetur nisi prius ei debitum offertat* e aggiunse *possessor restituere cogetur, quam si litis aestimationem ei debitor offerat*, considerando l'*offerre* anteriore alla *litis contestatio*.

<sup>108</sup> Considerarono interpolata la frase *nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est*: E. LEVY, *Die Enteignung*, cit., 500, il quale, come anticipavamo, riteneva che il testo facesse riferimento non ad un'*exceptio doli* bensì ad una *exceptio rei quasi venditae ac traditae*; E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., 15; E. NARDI, *Studi sulla ritenzione I*, cit., 378 e M. VANZETTI, *Il pegno*, cit., 308, tutti sia per la scorrettezza formale costituita da quell' "*ei*", sia per l'impossibilità di riferire il dettato al diritto classico, impossibilità, anche questa volta, suggerita dal convincimento che la *condemnatio* fosse commisurata al valore della cosa pignorata e non al debito.

F. WUBBE, *Der Streitwert*, cit., 191s. pensò che il passo si riferisse ad un'ipotesi di esperimento dell'*actio Serviana* a seguito di una *datio pignoris* e nel periodo nel quale ancora il debito non fosse scaduto. Il convenuto avrebbe pagato una somma di denaro commisurata al valore del bene, ma ciò non avrebbe determinato alcuna perdita di proprietà da parte del debitore pignorante, il quale avrebbe potuto sperire con successo la *rei vindicatio* se avesse offerto di pagare al possessore, che avesse opposto una *exceptio doli*, "die dafür gezahlt worden ist" (cfr. 192). Ma l'espressione *pro eo* non può essere interpretata come *dafür*, poiché significa "al posto di lui", cioè del debitore, e l'espressione "*solutum est*" non può non riecheggiare tecnicamente l'adempimento del debito.

C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni I*, cit., 440, considera sostanzialmente genuina l'ultima frase del testo, del seguente originario tenore "*nisi offerat ei [debitor] <qui dedit>, quod pro e[o] <a> solutum est*", e l'*exceptio* del testo probabilmente una *exceptio doli*. Come dicevamo (*supra* nt. ?), senza esprimere alcun dubbio in materia, l'A. intende la *litis aestimatio* dell'*actio Serviana* commisurata al valore della cosa e indica D. 13.7.28pr. come esempio di testimonianza dalla quale si può arguire che alcuni giuristi riconobbero al convenuto che avesse pagato la *litis aestimatio* una tutela simile a quella apprestata dal pretore ai possessori in buona fede con giusta causa di un bene usucapibile, completandoli "con previsioni particolari" (cfr. 440). Dunque, se ben abbiamo compreso, il debitore pignorato sarebbe rimasto proprietario ed, esperita la rivendica contro il possessore ad *usucapionem*, sarebbe prevalso, se avesse pagato l'importo della *litis aestimatio*.

Da ultima, S. PIETRINI, *A proposito della protezione del creditore pignoratizio*, in IURA, XLVIII 1997, 153 ss. esamina il testo in una nota nella quale prospetta la necessità che venga riconsiderata la tesi, a suo tempo sostenuta da Giorgio La Pira e Arnaldo Biscardi, per cui la *datio pignoris* non avrebbe at-

4. Abbiamo dedicato le pagine appena concluse a contestare il primo dei due risultati sui quali, come dicevamo, concordavano gli studi di Kaser e di Wubbe.

Non appare convincente la tesi per cui l'espressione *etiam pluris* D. 20.1.21.3 è senz'altro da riferire al valore oggettivo della cosa e il principio del c.d. *Haftungsinteresse* da invocare, a sostegno di questa interpretazione, per giustificare l'adozione del *verum pretium* come criterio di stima della lite.

Prima, tuttavia, di prospettare la nostra ipotesi interpretativa, sembra conveniente occuparci del secondo risultato sul quale concordarono Kaser e Wubbe, analizzando, questa volta, D. 20.1.16.3.

Come si ricorderà,<sup>109</sup> entrambi gli Autori considerarono il *iusiurandum in litem* strumento estimatorio che avrebbe portato sempre alla determinazione di una somma di denaro commisurata al valore del bene pignorato.

Ora, sebbene essi, come abbiamo già rilevato, non si occuparono di verificare gli effetti che le soluzioni interpretative proposte avrebbero prodotto in settori connessi a quelli studiati, apparirà invece ormai evidente che anche il tema della natura e della funzione del *iusiurandum in litem* non può non toccare la questione, della quale ci siamo occupati, degli affetti del pagamento della *litis aestimatio* in tal modo determinata.

In tale prospettiva e in considerazione dei risultati ai quali siamo pervenuti, ormai noti, si impone la necessità di una riconsiderazione del tema del valore del *iusiurandum in litem*, con specifico riferimento, naturalmente, alla nostra *actio Serviana*, per verificare se la tesi proposta – e, peraltro, non adeguatamente argomentata – dai due Studiosi sia in effetti fondata. A considerarla come tale, si dovrebbe ammettere che nell'*actio Serviana* non solo la *litis aestimatio* dovesse seguire due criteri del tutto differenti a seconda del soggetto chiamato ad operarlo, l'attore od il giudice, ma che gli effetti del pagamento della lite fossero anch'essi del tutto differenti a seconda delle due circostanze.

Conviene, tuttavia, prima di affrontare questo tema, riportare ancora una volta, il testo di

D. 20.1.16.3 (Marcian. *l. sing. ad form. hypoth.*) *In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit quo minus possideat, absolvi debet: si vero possideat et aut pecuniam solvat aut rem restituat, aequè absolvendus est: si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere nec possit (forte quod res abest et longe est vel in provinciis), solet cautionibus res explicari: nam si caveret se restitutum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iuraverit, sicut in ceteris in rem actionibus: nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?*

---

tribuito al creditore pignoratizio alcun *ius in re aliena*, alcuna protezione, vale a dire, con l'*actio Serviana*, protezione che per tutto il diritto classico sarebbe stata circoscritta alla sola ipotesi di *conventio pignoris* per Biscardi, del tutto negata secondo La Pira. L'Autrice considera frutto di intrusione compilatoria l'inciso *amissa eius possessione*, che estenderebbe la legittimazione all'azione Serviana anche in ipotesi di *datio pignoris*, e genuino il pronome *ei*, in origine riferito ad un *possessor* scomparso nella redazione attuale del testo. La tesi di La Pira è ancora ricordata dall'Autrice in *La Pira ed il pegno: storia di un'idea*, in INDEX, XXXIV 2006, 201 ss..

<sup>109</sup> Cfr. *supra*, ?

Dicevamo più sopra che il frammento appartiene al commento alla clausola arbitraria della formula e che si tratta, dunque, dell'analisi di una *pars formulae* diversa da quella esaminata da Ulpiano in D. 20.1.21.3. Qui Marciano si occupa dell'interpretazione dell'espressione "*neque ea res N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> arbitrio iudicis restituetur*", lì Ulpiano delle parole "*quanti ea res erit*". Le trattazioni in questione sono, dunque, incentrate sull'analisi di problematiche processuali del tutto differenti e le ipotesi considerate dai due giuristi sono relative a momenti dell'*iter* processuale anch'essi differenti: in D. 20.1.16.3 il riferimento è al tempo del *iussus de restituendo*, in D. 20.1.21.3 al momento della determinazione della stima della lite.

Si tratta di un testo che con molta probabilità è stato formalmente rimaneggiato dai compilatori attraverso accorciamenti e piccole intrusioni di incisi che, tuttavia, riescono a far trapelare la sostanza della originaria tessitura del discorso del giurista classico.

La premessa dell'analisi è costituita dalla verifica della legittimazione passiva, riconosciuta al possessore del bene pignorato.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Si veda, in tema di *rei vindicatio*, analoga espressione di Ulpiano in:

D. 6.1.9 (Ulp. 16 ad ed.) *Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat*:(...).

Su questo notissimo testo si vedano, per tutti, gli studi di M. MARRONE, più volte tornato sul tema: *La legittimazione passiva alla rei vindicatio. Corso di diritto romano*, Palermo 1970, 43 ss.; *La "facultas restituendi" di D. 6.1.9 (Ulp. 16 ad ed.)*. *Brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto, III*, Padova 1970, e ora in *Scritti Giuridici I*, cit., dai quali citiamo, 157 ss.; *Contributi in tema di legittimazione passiva alla "rei vindicatio"*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo, I*, Milano 1972, e ora in *Scritti Giuridici I*, cit., 196 ss.; *La rivendica contro i "filiifamilias"*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso VI*, Torino 1974, e ora in *Scritti Giuridici I*, cit., 221 ss.; *Per una funzione "strumentale" del diritto romano: in materia di possesso*, in *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, Milano 1999, e ora in *Scritti Giuridici I*, cit., 714 ss.; e, da ultimo, C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni I*, cit., 414 ss.

Sembrano quasi sorprendenti, se ben le abbiamo comprese, le motivazioni in base alle quali F. WUBBE, *Der Streitwert*, cit., 186, sostenne che tale premessa costituisse un indizio del fatto che Marciano si riferisse ad un caso di *conventio pignoris*: "So versteht sich die eingangs erörterte Frage (*quaeritur*) nur, wenn man an einer Kläger denkt, der sich fragt, an wen er sich mit der Pfandklage zu wenden habe. Für einen Gläubiger, der die ihm abhanden gekommene Pfandsache wiederfindet, ist das keine Frage". Egli interpretò la frase "*In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is cum quo actum est*" come riferentesi ad un attore che, poiché si chiedeva chi dovesse convenire in giudizio, non poteva che essere stato un creditore al quale il pegno fosse stato concesso con *conventio* e non con *datio pignoris*. Infatti, per un creditore pignoratizio, sostenne ancora Wubbe, che avesse ritrovato (l'Autore utilizza il verbo *wiederfinden*), la cosa smarrita, evidentemente dopo averla ricevuta il problema non si sarebbe posto. L'impostazione del discorso sembra, almeno a noi, poco chiara. E' evidente che la legittimazione passiva del possessore all'azione reale non può che riguardare entrambe le ipotesi di costituzione del pegno. In ogni caso è infatti il possesso attuale del bene pignorato, verificato al momento della costituzione del rapporto processuale, che decide della legittimazione passiva e non le vicende precedenti che possano avere riguardato il bene. Nessuna incidenza sulla questione poteva aver mai avuto né il caso che il bene non fosse stato mai posseduto dal creditore pignoratizio né, tanto meno, che lo fosse stato e che fosse stato in seguito smarrito e poi ritrovato.

Ancor più privo di fondamento a noi pare l'ulteriore indizio che Wubbe aggiunse a sostegno della sua lettura, sostegno costituito dal fatto che il passo tacesse ogni riferimento al c.d. *Haftungsinteresse*. "Ein weiteres, allerdings negatives, Indiz liegt in der Tatsache, daß in der ganzen Stelle vom *Haftungsinteresse* des Gläubigers mit keinem Wort die Rede ist". (p. 186) Le premesse teoriche che l'Autore aveva anticipato all'analisi delle due testimonianze, per le quali questa specie di "interesse" sarebbe emerso solo in caso di *datio pignoris*, lo convinsero della necessità di attribuire D. 20.1.16.3 ad un caso di *conventio pignoris*.

Appare del tutto evidente come non si tratti di una prova, ma di una lettura pregiudiziale.

L'accertamento del mancato possesso costringe il giudice ad interrompere la procedura, a non aprire, vale a dire, la fase dell'*arbitrium de restituendo* e a giungere immediatamente all'assoluzione del convenuto. L'inciso "*nec dolo fecerit quo minus possideat*" rimanda alla possibilità di ritenere passivamente legittimato all'azione reale anche chi avesse dolosamente perduto il possesso prima dell'instaurazione del rapporto processuale, allo scopo di evitare il giudizio. La questione, nota in dottrina con riferimento, specialmente, al tema della *rei vindicatio*, è risolta pressoché unanimemente nel senso di ritenere molto tardo, probabilmente postclassico, tale riconoscimento. Se così fosse, l'inciso andrebbe espunto.<sup>111</sup>

Verificata, invece, la legittimazione passiva (*si vero possideat*), il giudice può aprire la fase dell'*arbitrium de restituendo*. Questa fase, com'è noto, è preordinata alla determinazione da parte del giudice dell'oggetto della *restitutio*, di ciò che il convenuto deve fare per soddisfare la pretesa dell'attore allo scopo di ottenere l'assoluzione. In questa prospettiva è probabilmente genuino il riferimento al *pecuniam solvere*, accanto al *rem restituere*, come concreta modalità con la quale il convenuto, in sede di *arbitrium de restituendo*, poteva soddisfare la pretesa dell'attore e ottenere, in tal modo, l'assoluzione.<sup>112</sup> Ad avvalorare questa impressione v'è quel riferimento all'*aeque*, utilizzato per fondare l'assoluzione del convenuto (*aeque absolvendus est*). Mentre, infatti, il trasferimento del possesso della cosa è, come oggetto di *restitutio*, insito nella natura stessa dell'azione reale,<sup>113</sup> il *solvere pecuniam*, il pagamento vale a dire del debito, dovette essere stato frutto di un'interpretazione estensiva che la giurisprudenza operò in

<sup>111</sup> Sull'origine postclassica del riconoscimento della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* di colui che "*dolo desiit possidere ante litem contestatam*" si veda, per tutti, M. MARRONE, v. *Rivendicazione (diritto romano)*, in ED, XLI, 20 ss. e ora in *Scritti Giuridici I*, cit., 404 ss. Per un'opinione opposta, si veda, per tutti, S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 99 ss.

<sup>112</sup> Considerò classico il *solvere pecuniam* come alternativa alla *restituto rei*: M. KASER, *Die Interesseberechnung*, cit, 11. L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 268, per quanto convinto che già i classici pervennero a considerare *restituto* la *solutio pecuniae*, ritenne che formalmente nel testo il *solvere pecuniam* fosse stato posto dai compilatori in alternativa alla *restituto* (cfr.: *aut*) e per tale motivo lo giudicò insitico. E. BETTI, *Studi*, I, cit., 25 nt. 44bis e 59 nt. 90, sostituì a *pecuniam, litis aestimationem*, volendo intravedere in questa fonte una prova della sua tesi sull'originario significato del *litis aestimationem sufferre* e sulle origini del *iusiurandum in litem*.

Nella ricostruzione che ipotizzò A. F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae 1869, 234, l'inciso sarebbe stato presente nella formula.

<sup>113</sup> Cfr. D. 21.2.66pr. (Pap. 28 quaest.) *Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus nec committitur stipulatio. non idem in Serviana quoque actione probari potest: haec enim etsi in rem actio est, n u d a m t a m e n p o s s e s s i o n e m a v o c a t e t s o l u t a pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competat.*

Su questo testo si veda *infra* nel testo, ?

Si leggano anche:

D. 9.4.36 (Ulp. 37 ad ed.) *Si quis servum pigneratum, deinde a debitore subreptum emerit a debitore, nomine eius furti tenebitur dominio servi adquisito, nec oberit, quod Serviana potest ei homo avocari. idemque et si a minore quis viginti quinque annis emerit vel in fraudem creditorum sciens: hi enim, quamvis auferri eis dominium possit, interim tamen conveniendi sunt.*

D. 20.1.13.5 (Marcian. l. sing. ad form. hypoth.) *Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit. sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt 'si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit'.*

sede di analisi del contenuto della *restitutio* da operarsi, in sede di *actio Serviana*, *arbitrio iudicis*.<sup>114</sup>

Il mancato adempimento al *iussus* avrebbe determinato l'emanazione di una sentenza di condanna.<sup>115</sup>

Altra concreta modalità con la quale il convenuto poteva ottenere l'assoluzione era la prestazione, sempre in sede di *arbitrium de restituendo*, di una *cautio iudicialis*, la *cautio de re restituenda*,<sup>116</sup> che veniva prestata nei casi in cui il possessore, pur volendo restituire, non poteva immediatamente farlo per ragioni che prescindevano da suo dolo o colpa.<sup>117</sup>

Ipotesi opposta a quella che fonda l'apertura dell'*arbitrium de restituendo* (*si vero possideat*), è, infine, quella della cessazione dolosa del possesso, questa volta *post litem contestatam* (*Sin vero dolo quidem desiit possidere*). Conseguenza di tale comportamento sarà la emanazione di una sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro stabilita dall'attore con *iusiurandum in litem*.

Fin qui la tessitura sostanzialmente genuina dell'originario discorso di Marciano:<sup>118</sup> accertamento del possesso del convenuto per la verifica della legittimazione passiva; possibilità di ritenere l'adempimento del debito o la prestazione di una *cautio de re restituenda* valida alternativa alla restituzione della cosa; prestazione del *iusiurandum in litem* conseguente all'ipotesi di *dolo desinere possidere*.<sup>119</sup> Manca, a causa di un evidente intento compilatorio a sostituire un regime ormai obsoleto, il riferimento alla contumacia del convenuto quale naturale presupposto del *iusiurandum in litem*. Nel sistema postclassico, infatti, il rifiuto di porre in essere la *restituito* determinava l'intervento *manu militari* dell'autorità. Manca, ancora un riferimento alla *culpa* quale possibile criterio di imputazione della mancata *restitutio*, con le differenti conseguenze che ne discendono.

Dunque, lo stato non gravemente corrotto della testimonianza consente di individuare un nucleo originario che ci permette di poter affermare che non solo non si può desumere alcun contrasto, come era sembrato a Kaser, tra questa testimonianza e quella

---

<sup>114</sup> Analogo uso dell'avverbio "*aeque*" per indicare l'ampliamento dell'oggetto della *restitutio* da operarsi *arbitrio iudicis*, in D. 4.2.14.5 (Ulp. 11 *ad ed.*) e D. 6.1.15.1 (Ulp. 16 *ad ed.*).

<sup>115</sup> E' verosimile che l'espressione *si vero neutrum horum faciat* sia d'origine compilatoria, probabilmente inserita dopo un accorciamento del testo nel quale doveva essere contenuto un esplicito riferimento all'ipotesi di contumacia del convenuto.

M. KASER, *Die Interesseberechnung*, cit., 11 nt. 34 considerò l'intera frase "*si vero ... sequetur*" "offenbar stark zusammengestrichen und ausserdem mit schlechten Glossemen durchsetzt worden".

<sup>116</sup> Sulla *cautio iudicialis de re restituenda* si veda, per tutti, A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano (1982), 45 ss.

<sup>117</sup> L'inciso (*forte quod ... in provinciis*) potrebbe essere un glossema. L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 268, la considerò, invece, frutto di un intervento compilatorio.

<sup>118</sup> Sicuramente insitico è, invece, l'inciso "*summa autem ope nius non possit rem ipsam restituere*" e, data la ingenuità dell'affermazione, senza dubbio attribuibile a mano di un inesperto glossatore, è la parte conclusiva del frammento: "*nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur, quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?*".

Così, ancora, L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 265 e, con qualche dubbio, M. KASER, *Die Interesseberechnung*, cit., 13: "vermutlich unechten Schlussatz".

<sup>119</sup> Identico schema espositivo si riscontra in D. 6.1.68 e D. 42.1.41.1, in materia di *rei vindicatio*. Mancano riferimenti anche ad altri possibili contenuti della *restitutio* che potevano aggiungersi al trasferimento della cosa o al pagamento del debito. Nel successivo paragrafo 4 viene fatto riferimento ai frutti maturati (*interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex*) ma nessun cenno si trova della possibilità di far valere la responsabilità del convenuto per il danneggiamento arrecato alla cosa *post litem contestatam*. Su questo tema si veda quanto ipotizzeremo nel testo, *infra*, ? ss.

di Ulpiano - e ciò per il semplice fatto che, come dicevamo, Marciano si occupa dell'analisi di alcune delle problematiche processuali connesse al funzionamento della clausola arbitraria, problematiche che nulla provano in tema di *litis aestimatio* – ma che risulta anche del tutto infondato il tentativo di desumerne indizi che possano rivelare alcunché sull'opinione del giurista in ordine a questo tema.

Rimane, tuttavia, aperta la questione del valore e della funzione del *iusiurandum in litem* nell'*actio Serviana*.

**4.1.** Il tema della natura del *iusiurandum in litem* è assai complesso e involge problemi che non potrebbero essere affrontati prescindendo da uno studio che, partendo da un periodo storico assai risalente, nel quale certamente affondano le radici del nostro istituto, ne segua l'evoluzione fino almeno al pieno diritto classico.<sup>120</sup> Al solo scopo di considerare la tesi di Kaser e Wubbe, adotteremo qui una prospettiva più ristretta, confidando, tuttavia, nel fatto che ogni prospettiva, per quanto limitata, può contribuire a dar una luce utile ad una visione complessiva dell'oggetto che si analizza.

I nostri due autori, nell'affermare recisamente che il *iusiurandum in litem* portasse nell'*actio Serviana* alla determinazione di una somma di denaro equivalente al valore oggettivo del bene pignorato, mostravano di presupporre come provata una tesi sulla na-

---

<sup>120</sup> Sul *iusiurandum in litem* la dottrina è sterminata. Si vedano: A. F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte* II, (1857) 81-82; ? BETHMANN-HOLLEG, *Der römische Civilprozess*. I, ????? (1864) 61-65; ? KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, ????? 1872, 47-58 e 144-150; G. BRINI, *Della condanna nelle legis actiones*, in AG, XXI (1878), 213-278; ? SCHMIDT, *Über der legis actio per iudicis postulationem*, in ZSS, II (1881), 145-164; ? VOIGT, *Die XII Tafeln*, ??? (1883), I, 601-616; ? MONTAGON, *De la nature des condemnations civiles à Rome* (Thèse), (1883); ? BARON, *Zur legis actio per iudicis arbitrive postulationem und per conditionem*, in *Festgabe für Heffter*, ????? 1883, ???; ? KELLER, *Il processo romano e le azioni*, ? 1883, ?; S. PEROZZI, *Dell'arbitrium litis aestimandae nella procedura romana* (1884), ora in *Scritti III*, 419 ss.; C. BERTOLINI, *Il giuramento*, cit., 207 ss.; ? CUOQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I<sup>1</sup>, (1891), 415-422 e I<sup>2</sup>, (1904) 147-148.; ? CÜENOT, *De la sentence du juge et de sa réalisation*, in RHD XVII (1893), 321-362; S. SOLAZZI, *Del iusiurandum in litem*, in AG, LXV (1900), 3 ss. e ora in *Scritti di Diritto Romano I* (1899-1913), Napoli 1955, 75; ? BEKKER, *Zur Lehre von den legis actiones*, in ZSS, XXV (1904), 54-80; ID., *Über Anfang und Ende des in iure Verfaßrens im römischen Formularprozess*, in ZSS, XXVII (1906), 1-45; A. MARCHI, *Il giuramento in lite e la stima della cosa perita*, in *Studi in onore di V. Scialoja I*, Milano 1905, 165 ss.; P. HUVELIN, *L'arbitrium litis aestimandae et l'origine de la formula*, in *Mélanges Gerardin* (1907); E. BETTI, *Diritto romano I* (1935), 544 ss.; ID., *La struttura dell'obbligazione romana*<sup>2</sup>, (1955); ID., *Studi*, I, cit., 54 ss.; *La litis aestimatio in rapporto al tempo?*; E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., *passim*; E. LEVY, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae*, in ZSS XXXVI (1915), e ora anche in *Gesammelte Schriften I*, ?????; A. EHRHARDT, *Litis aestimatio*, cit., 174 ss.; U. v. LÜBTOW, *Der Ediktstitel* "Quod metus causa gestum erit.", (1932), 183; G. PROVERA, *Contributi*, cit., *passim*; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., *passim*; G. HUBRECHT, *Iusiurandum in litem*, in *Latomus*, XIX (1960), 167 ss.; G. BROGGINI, *Sulle origini del iusiurandum in litem*, in *Jus*, XII (1961), 317 ss., in *Studi Betti II*, Milano 1962, 119 ss. e in *Coniectanea*, ? 1966, ?; ID., *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatfrchts*, Köln-Graz 1957, ???; L. AMIRANTE, v. *Giuramento [diritto romano]*, in NNDI, VII (1961), 937 ss.; A. WATSON, *Ius iurandum in litem in the bonae fidei iudicia*, in TR, XXXIV (1966), 175 ss.; G. CRIFÒ, «Ius iurandum in litem» e tutela materna (Ulp. D. 12. 3. 4pr.), in *Annali Fac. giur. univ. Macerata*, n.s. I, 1966, 89 ss. e in *Studi Giuffrè I*, Milano 1967, 171 ss.; M. MOLÉ, v. "Sentenza" diritto romano, in NNDI, XVI (1969), 1081 ss.; S. SCHIPANI, *Zum iusiurandum in litem bei den dinglichen Klagen*, in *Studien im römischen Recht Max Kaser zum 65 Geburtstag*, Berlin 1973, 169 ss.; G. P. SCAFFARDI, *Ricerche in tema di giuramento giudiziale nel sistema processuale giustiniano*, in *Studi Parmensi*, XXXII (1983), 199 ss.; C. VENTURINI, v. *Ius iurandum*, in *Enciclopedia Virgiliana*, Vol. III (IO-PA), Roma, Ist. Enciclopedia Italiana 1987, 72s.; M. PENNITZ, *Der "Enteignungsfall"*, cit., 301 ss.; J.G. CAMIÑAS, *La problemática del dolo en el derecho romano clásico. El iusiurandum in litem como recurso contra el incumplimiento doloso del demandado*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, 945 ss.



tura e sulla funzione del *iusiurandum in litem* che, elaborata, come vedremo, con preciso riferimento alla *rei vindicatio*, essi considerarono applicabile anche all'azione a difesa del diritto di pegno.

La tesi in questione è, ancora una volta, legata al tema degli effetti del pagamento della *litis aestimatio* nelle *actiones in rem*, tema di cui, come avvertivamo,<sup>121</sup> i due Autori non si occuparono, ma dal quale, come abbiamo cercato di dimostrare, non si può prescindere se si vogliono inquadrare correttamente le testimonianze che stiamo studiando.

Come si ricorderà,<sup>122</sup> esistono numerose testimonianze che, con particolare riferimento alla *rei vindicatio*,<sup>123</sup> equiparano il fenomeno della *litis aestimatio* ad un'ipotesi di *emptio venditio*. In questa prospettiva, da tempo, la dottrina moderna ha considerato che nell'analisi dei giuristi il *iusiurandum in litem* fosse visto quale indice della volontà dell'attore, indispensabile a presupporre esistente l'accordo costitutivo della *emptio venditio*, e quale strumento con il quale venisse determinato il *pretium rei*. Supposta avvenuta una *traditio brevi manu*, il convenuto avrebbe acquistato la proprietà del bene, civile o pretoria a seconda dei casi, pagando la somma di denaro in tal modo determinata.

Ora, senza entrare nella questione degli effetti del pagamento della *litis aestimatio* nella *rei vindicatio*, a noi importa sottolineare un dato del processo analogico che i giuristi adottarono nell'accostare la vicenda processuale che abbiamo descritto (mancata *restitutio* – giuramento estimatorio – *condemnatio*) con la fattispecie negoziale dell'*emptio venditio*: il ruolo che essi attribuirono al *iusiurandum in litem* non snaturò la funzione che strutturalmente esso ebbe nella *rei vindicatio* come nelle altre *actiones arbitrarie*.

A noi pare certo, vale a dire, che l'adozione dello schema analogico di cui stiamo discutendo costituì il risultato di una riflessione esterna alla funzione strutturale che ciascuno degli elementi della vicenda processuale (mancata *restitutio* – giuramento estimatorio – *condemnatio*) svolgeva nelle *actiones arbitrarie*. Tale schema analogico fu adottato soltanto al limitato scopo di giustificare, come effetto del pagamento della somma oggetto della *condemnatio* pecuniaria, l'acquisto di una situazione giuridica dominicale in capo al convenuto, con contemporaneo vantaggio economico della controparte. V'erano tutti gli elementi per procedere, dal punto di vista economico, all'assimilazione della vicenda processuale con l'assetto che si sarebbe prodotto in esecuzione di una *emptio venditio*.<sup>124</sup>

Tutto ciò fu, tuttavia, elaborato – è bene ricordarlo – con riferimento alla sola ipotesi di *rei vindicatio* o di analoga azione a tutela di situazioni giuridiche soggettive simili e non intaccò affatto, ribadiamo, il ruolo che, in particolare, svolgeva in essa il *iusiu-*

---

<sup>121</sup> *Supra*, ?

<sup>122</sup> *Supra*, ?.

<sup>123</sup> Si leggano, ad esempio

D. 41.4.3 (Ulp. 75 *ad ed.*) *Litis aestimatio similis est emptioni*.

D. 42.4.15 (Ulp. 6 *fid.*) *Is, qui rem permutatam accepit, emptori similis est: item is, qui rem in solutum accepit vel qui lite aestimata retinuit vel ex causa stipulationis non ob liberalitatem est consecutus*.

<sup>124</sup> Pienamente condivisibili, a tale proposito, le riflessioni di C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni I*, cit., 429: “Il riferimento alla vendita rappresenta unicamente l'impiego di un paradigma scelto per spiegare certi effetti di una situazione, che si considera analoga ad una vendita sotto il profilo economico e che si presta ad essere spiegata con le stesse categorie giuridiche. Ma non solo non si tratta di una vendita: gli effetti stessi sono visti sotto altro profilo, perché quelli che interessano sono gli effetti sul piano dei diritti reali, e non gli effetti obbligatori”.

*randum in litem*. Esso fu sempre uno strumento estimatorio che, concesso all'attore in presenza di specifiche e limitati presupposti, non stravolgeva certo i criteri base che sarebbero stati usati dal giudice se alla determinazione della *aestimatio* avesse provveduto lui stesso. Si trattava di uno strumento che conteneva in sé, sin dalle origini, tutti gli elementi di autocontrollo necessari per giungere a determinare un valore che fosse congruo a rispettare il “*quanti ea res erit*” imposto dalla formula.<sup>125</sup> Dunque, una funzione che fu sempre estimatoria, anche se forse nella prassi prima e nella riflessione dei giuristi poi, divenne in pieno diritto classico uno strumento di pressione psicologica per indurre alla *restitutio*. Ma mai esso rappresentò un mezzo di inflizione di una pena né un elemento strutturale di un atto di disposizione giuridica di natura negoziale.

Con riferimento alla nostra *actio Serviana*, poi, l'impossibilità di concepire un *iusiurandum* funzionalmente strutturato per la determinazione del *pretium rei* appare infondato anche perché risulta infondata la tendenza, spesso emersa negli studi in materia ed evidentemente accolta dai nostri due autori, ad accostare l'*actio Serviana* alla *rei vindicatio*, in ragione del fatto che entrambe fossero azioni per il recupero della cosa e in entrambe “la *litis aestimatio* esprimesse il valore di una cosa corporale da restituire”.<sup>126</sup>

4.2. Si legga, la seguente testimonianza, molto interessante per le numerose suggestioni che il suo dettato evoca:

D. 21.2.66pr. (Pap. 28 *quaest.*) *Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus nec committitur stipulatio. non idem in Serviana quoque actione probari potest: haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competat.*<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Si legga l'illuminante sintesi che G. BROGGINI, *Sulle origini*, cit., 19 s. offre dell'evoluzione della funzione del *iusiurandum in litem* dall'età arcaica, con riferimento alle *legis actiones*, fino al pieno diritto classico, con riferimento all'*agere per formulas*. Per una migliore comprensione del testo che riportamo è opportuno avvertire il lettore che l'A. sostiene che il *iusiurandum in litem* fu introdotto fin dalle origini con funzione “strettamente estimatoria”. Nell'ipotesi di assenza della *res* controversa esso si sarebbe sostituito alla valutazione degli arbitri. Si trattava di un *arbitrium merum* che non aveva alcuna funzione di pena. “Non si ricorre a questo procedimento per «punire» il possessore interinale renitente, per punire la sua attività contumaciale o dolosa, ma, semplicemente, perché non è possibile affidarsi ad altri procedimenti valutativi. Il giudice sa che la stima del rivendicante vittorioso offre identiche garanzie di verità di quelle offerte dalla stima operata dagli arbitri. E' in giuoco qui tutta la concezione del *bonus vir* romano, della sua integrità morale, del suo profondo rispetto della parola data e, soprattutto, della serietà del suo impegno religioso. Evidentemente la prospettiva si andò spostando con l'affermarsi del processo involutivo di tale mentalità e fini col permettere ai classici di considerare come fatto del tutto normale che la parte interessata stimi la *res litigiosa* «*ultra rei pretium*». Ma, d'altra parte nessun giurista classico ha mai messo in dubbio che la delazione del *iusiurandum in litem* rientri nelle facoltà del *iudex* e che il risultato della stima giurata possa, anzi debba, esser susunto nel «*quanti ea res erit*» formulare”. Aderisce alla tesi di Brogini, da ultimo, M. PENNITZ, *Der “Enteignungsfall”*, cit., 302 ss.

<sup>126</sup> L'espressione è di C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni I*, cit., 428. Il problema si pone anche con riferimento ad alcune *actiones in personam* quali l'*actio depositi, commodati*.

E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà*, cit., 18 ss. riteneva che nell'*actio Serviana* esperita contro il terzo possessore il creditore pignoratorio avrebbe stabilito una somma di denaro equivalente almeno al valore oggettivo del bene a causa della pretesa responsabilità per *custodia*, della quale avrebbe risposto in sede di *actio pignoratitiam in personam*.

<sup>127</sup> Su questo testo si vedano, da ultimi: H. ANKUM, *Papiniano, ¿un giurista oscuro?*, in *Semina-*

La questione affrontata da Papiniano riguarda la vendita di un *fundus italicus* realizzata con *mancipatio a non domino*.<sup>128</sup>

Se il venditore, consapevole di non aver trasferito il *dominium*, in sede di *denuntiatio* finalizzata a farlo intervenire nel giudizio di rivendica che il compratore,<sup>129</sup> perso il possesso del bene, fosse in procinto di intentare, avesse suggerito di esperire piuttosto che la *rei vindicatio* l'*actio Publiciana* e il compratore, disatteso il suggerimento, avesse perso la lite,<sup>130</sup> sarebbe stato imputato al compratore stesso la conseguenza del suo comportamento doloso.<sup>131</sup> Il *mancipio dans* non sarebbe stato responsabile per l'evizione subita dal *mancipio accipiens*.<sup>132</sup>

---

*rios Complutenses de Derecho Romano*, I (1990), 57 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale*, cit., 286 ss.; F.B.J. WUBBE, *Ergo et Publicianam habebit. Fragen zur Aktivegitimation*, in *Collatio iuris romani*, II 1995, ? ed ora in *Ius vigilantibus scriptum*, cit., 137; A. WACKE, *Die sorgfältige Klagen-Auswahl durch den Käufer bei umgekehrter Eviktion* (Papinian Dig. 21.2.66pr.): *Da mihi facta, dabo tibi ius?*, in *A bonis bona discere. Festgabe für Janós Zlinszky zum 70*, Miskolc 1998, 66 ss.

<sup>128</sup> Per quanto non sia reso esplicito nel testo, il riferimento alla *mancipatio* è imposto dalle seguenti considerazioni. L'allusione all'*actio quae de fundo vectigali proposita est* obbliga, anzi tutto, a ritenere che oggetto della *emptio venditio* fosse un fondo. Se si fosse, inoltre, trattato di semplice *traditio* il compratore non avrebbe avuto alcuna ragione di tentare di esperire l'azione di rivendica poiché sarebbe stato inequivocabile che egli non fosse divenuto proprietario civile, a causa dell'inidoneità dell'atto traslativo. Egli, invece, compiuta la *mancipatio* all'oscuro del fatto che il suo *mancipio dans* non fosse *dominus* del bene, aveva avuto ragione di ritenersi tale e, per questo, di voler esperire la rivendica e di chiedere al dante causa di intervenirevi.

Se pur non immediatamente visibile, dunque, il riferimento alla *mancipatio* è indubbio ed esso, ancora, rende incontrovertibile che oggetto della *emptio venditio* della quale si occupava Papiniano fosse non un generico *fundus*, bensì, più specificamente, un *fundus italicus*. Soltanto questo fondo, infatti, poteva essere oggetto sia di *mancipatio* che di concessione vectigalista.

<sup>129</sup> Non si può immaginare altro momento nel quale il suggerimento del venditore potesse essere stato dato se non quello, come dicevamo, costituito dalla *denuntiatio* posta in essere dal compratore allo scopo di far intervenire il venditore nel giudizio di rivendica che intendeva esperire contro l'attuale possessore. Se, infatti, il suggerimento fosse stato dato dal venditore prima, al momento della conclusione del contratto o dell'atto traslativo che ne sarebbe conseguito, sarebbe venuto a mancare ogni ragione perché il compratore potesse ritenersi proprietario civile, questa volta a causa della mancanza del requisito della buona fede.

<sup>130</sup> D. 21.2.16.1 (Pomp. 9 *ad Sab.*) *Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.*

<sup>131</sup> Il compratore non rinuncia ad esperire la *rei vindicatio* pur essendo sicuro di perdere la lite. Non si tratta, tuttavia, di una scelta imprudente che il compratore compie consapevole di rischiare a suo danno. L'esercizio infruttoso della rivendica, infatti, non gli avrebbe precluso la possibilità di esperire successivamente l'*actio Publiciana*. Si legga:

D. 21.2.39.1 (Iul. 57 *dig.*) *Si servus tuus emerit hominem et eundem vendiderit Titio eiusque nomine duplam promiserit et tu a venditore servi stipulatus fueris: si Titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio ei non committetur: quare venditor quoque tuus agentem te ex stipulatu poterit doli mali exceptione summovere. alias autem si servus hominem emerit et duplam stipuletur, deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit: domino quidem adversus venditorem in solidum competit actio, emptori vero adversus dominum dumtaxat de peculio. denuntiare vero de evictione emptor servo, non domino debet: ita enim evicto homine utiliter de peculio agere poterit: sin autem servus decesserit, tunc domino denuntiandum est.*

Si tratta, invece, della dolosa volontà di porre in essere un atto allo scopo precipuo di recare danno al venditore: realizzare il presupposto formalmente valido per rendere il venditore responsabile per l'evizione. Già il mancato intervento *ad adiuvandum* del venditore nell'azione di rivendica che il compratore decideva di intentare avrebbe, infatti, legittimato il *mancipio accipiens* ad esperire contro il *mancipio dans* l'*actio auctoritatis*. Ma la buona fede, che era criterio che qualificava il rapporto tra i contraenti del-

La stessa cosa poteva essere sostenuta se il venditore fosse stato titolare di una concessione vectigalista sullo stesso fondo e avesse perciò suggerito, inascoltato anche questa volta, l'esperienza dell'*actio quae de fundo vectigali proposita est*.<sup>133</sup>

Non altrettanto, invece, poteva esser detto se il venditore fosse stato titolare sul fondo di un *ius pignoris*. In questo caso, l'eventuale suggerimento volto ad indurre il compratore ad esperire l'*actio Serviana* non avrebbe esonerato il venditore dalla responsabilità per l'avvenuta evizione.<sup>134</sup>

Mentre l'*actio Publiciana* e l'*actio quae de fundo vectigali proposita est* potevano essere considerate strumenti di tutela analoghi alla *rei vindicatio* e per questo esperibili in sostituzione di essa per realizzare uno scopo identico:<sup>135</sup> acquisire una *possessio* che avrebbe legittimato ad esercitare tutte quelle facoltà che costituivano il tipico oggetto delle situazioni dominicali; l'*actio Serviana*, di contro, non avrebbe costituito una valida alternativa alla *rei vindicatio*.

Il suggerimento volto ad indurre ad esperire le prime due azioni avrebbe esonerato il venditore dalla responsabilità per l'evizione subita dal compratore, l'indicazione dell'*actio Serviana* non sarebbe stata sufficiente a realizzare lo stesso fine. E ciò per due ragioni.

Anzi tutto, l'*actio Serviana* tutelava una posizione giuridica che, se pur di natura reale, non era di tipo dominicale, come lo erano quelle tutelate dalle altre tre azioni (*rei vindicatio*, *actio Publiciana*, *actio vectigalis*) e, perciò, essa avrebbe potuto permettere

---

la *emptio venditio*, indusse Papiniano a superare il rigore formale che avrebbe dovuto imporre di considerare l'*auctoritas* formalmente estranea al contratto di compravendita e a negare, invece, al compratore la possibilità di esperire l'*actio auctoritatis*. L'*auctoritas* doveva ormai, anche per analogia con il regime della *stipulatio duplae*, essere considerata sostanzialmente legata alla vicenda contrattuale e per questo passibile di essere influenzata dai criteri che la regolavano. E' possibile perciò che Papiniano pensasse perfino ad una radicale negazione dell'azione nella forma di una *denegatio*.

H. ANKUM, *Papiniano*, cit., 60, ritiene, alla luce di D. 21.2.39.1, che Papiniano si riferisse alla *exceptio doli*, considerando il caso un'ipotesi di *dolus in agendo*, poiché il compratore, una volta subita l'evizione, piuttosto che agire con l'*actio auctoritatis*, avrebbe potuto agire vittoriosamente con l'*actio Publiciana*. Noi crediamo, piuttosto, come dicevamo *supra*, nt. ?, che il comportamento doloso del compratore è dato non tanto dal fatto di non aver agito, dopo la subita evizione, con l'*actio Publiciana*, bensì dal fatto di aver insistito ad agire con la rivendica allo scopo precipuo di porre in essere il formale presupposto per poter agire con l'*actio ex auctoritate* contro il venditore.

<sup>132</sup> L'inciso "*nec committitur stipulatio*" è da ritenere insitico. Il testo originario doveva senz'altro far riferimento all'impossibilità di esperire l'*actio auctoritatis*. LENEL, *Pal. II*, 874, inserisce l'intero frammento D. 21.2.66 nella rubrica *De auctoritate* (E. 290).

<sup>133</sup> Non crediamo che l'andamento del testo offra ragioni sufficienti per ritenere insitico il riferimento a questa azione. Il caso è quello di un *mancipio dans* che cela la sua qualità di concessionario vectigalista. Se a vendere l'*ager vectigalis* fosse stato un non concessionario, il compratore avrebbe potuto esperire l'*actio Publiciana*. Si legga

D. 6.2.12.2 (Paul. 19 *ad ed.*) *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita est.*

<sup>134</sup> Anche in questo caso il venditore aveva celato la sua qualità, questa volta, di creditore pignoratorio. Ma, probabilmente, ad aggravare la situazione era stato il fatto che il creditore pignoratorio avesse venduto prima della scadenza del debito o consapevole del fatto che il debitore pignorante non ne avesse avuto *in bonis* il fondo al momento della costituzione della garanzia reale. Potrebbe essere questa la ragione che lo aveva indotto a suggerire l'esperienza dell'*actio Serviana*. A causa di tali circostanze il compratore non avrebbe potuto esperire vittoriosamente, ovviamente contro il vero *dominus*, l'*actio Publiciana*.

<sup>135</sup> Un'accurata analisi di questo aspetto della testimonianza, condotta in rapporto alla testimonianza Ulpiana contenuta in D. 10.3.7pr-3, si deve a G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 265 ss.

di acquisire soltanto una *possessio nuda*.<sup>136</sup> Inoltre, l'azione avrebbe potuto estinguersi, rendendo in tal modo inattuabile il suggerimento del venditore, se, intanto, il debito fosse stato estinto.

La ragione che spiega il diverso trattamento delle tre ipotesi prospettate è fondata, dunque, sulla differenza di contenuto delle posizioni giuridiche tutelate dalle tre azioni da un lato (*rei vindicatio*, *actio Publiciana*, *actio vectigalis*) e l'*actio Serviana* dall'altro. Questa non tutelava, come le altre, una situazione giuridica di tipo dominicale, bensì un diritto che era legato al credito garantito: l'azione e, di conseguenza, la posizione giuridica che essa tutelava *soluta pecunia venditori dissolvitur*.<sup>137</sup>

La consapevolezza circa la diversità delle situazioni giuridiche tutelate, non poté che spronare i giuristi a staccarsi dal criterio del *verum pretium*, lì adottato, e ad individuare un altro, più idoneo a determinare il valore pecuniario di quella *res* presente nella clausola estimatoria. Il *quanti ea res erit*, come dicevamo all'inizio della nostra indagine, non dovette essere più riferito al *pignus* in senso materiale bensì, diversamente, all'intera espressione "*res A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> pignori esse*", presente nell'*intentio* della formula.

Diversamente, dunque, dall'assoluto *esse* della *rei vindicatio*, l'*esse pignori* dovette essere stato concepito con un suo differente, specifico contenuto e per questo dovette essere stato considerato diversamente valutabile da un punto di vista economico.

Erano venute meno, dunque, le basi per considerare analoga l'azione a tutela del *dominium ex iure quiritium* e l'azione a tutela del *ius pignoris*. Le situazioni giuridiche soggettive tutelate erano differenti e pertanto differenti sarebbero stati i criteri di determinazione delle relative *litia aestimationes*. Ed era a tali nuovi criteri che il *iusiurandum in litem* doveva conformarsi per la determinazione quantitativa della somma di denaro oggetto della *condemnatio*, legato strutturalmente com'era al limite del *quanti ea res erit* della formula, il *quanti l'esse pignori erit*.

#### 4.3. Si legga, ancora

---

<sup>136</sup> Non sono infrequenti nelle fonti espressioni analoghe a *nudam possessionem advocat* di D. 21.2.66pr., con riferimento allo scopo dell'*actio Serviana*, quasi a volere sottolineare una caratteristica di quest'azione che la distingue dalle altre azioni reali nelle quali la possibilità offerta dal meccanismo della clausola arbitraria, quella di avere la disponibilità del bene, è funzionale all'esercizio di facoltà connesse al diritto tutelato dall'azione. In questo caso, invece, l'azione può essere funzionale all'acquisizione di una *possessio* che è *nuda* poiché è soltanto funzionale ad assicurare che possa funzionare la garanzia, per il solo fatto di avere la disponibilità materiale del bene e, se ne esistono le condizioni, di poterla vendere.

Si leggano

D. 9.4.36 (Ulp. 37 *ad ed.*) *Si quis servum pigneratum, deinde a debitore subreptum emerit a debitore, nomine eius furti tenebitur dominio servi adquisito, nec oberit, quod Serviana potest e i homo advocari. idemque et si a minore quis viginti quinque annis emerit vel in fraudem creditorum sciens: hi enim, quamvis auferri eis dominium possit, interim tamen conveniendi sunt.*

D. 20.1.13.5 (Marcian. *l. sing. ad form. hypoth.*) *Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit. sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed a u f e r r i h y p o t h e c a m iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt 'si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit'.*

D. 46.3.20 (pomp. 22 *ad Sab.*) *Si rem meam, quae pignoris nomine alii esset obligata, debitam tibi solvero, non liberabor, quia advocari tibi res possit ab eo, qui pignori accepisset.*

<sup>137</sup> H. ANKUM, *Papiniano*, cit., 59, reputa l'ultima frase un glossema. Per un'efficace confutazione di questa opinione si veda G. ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., 287 nt. 88.

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

Si tratta di uno dei paragrafi del lungo frammento marcianeo, D. 20.1.16, del quale fa parte anche il § 3 che stiamo studiando.

Sebbene la seconda parte del testo sia palesemente guasta, la prima non presenta indizi di intrusioni compilatorie: se il debitore, convenuto in giudizio dal creditore pignoratorio, non avendo adempiuto al *iussus de restituendo*, sia stato condannato “*pluris quam computatio sortis et usurarum*”, ma adempie al debito nella misura originaria, il pegno si può considerare estinto?

A noi non importa né discutere del quesito posto dal giurista, lontano dai nostri temi, né tentare di ricostruire l’originale risposta, probabilmente celata dall’intervento compilatorio posto in essere nella seconda parte del testo. Ai nostri fini è utile riflettere sul presupposto della questione trattata: la possibilità che il debitore pignorante sia condannato a pagare una somma di denaro “*pluris*”, superiore, vale a dire, al valore del credito garantito con gli interessi dovuti.

Non v’è dubbio che si tratta di una testimonianza nella quale il debitore pignorante è *c o n t u m a c e*. Si tratta, dunque, di un convenuto condannato a pagare una somma di denaro determinata attraverso il *iusiurandum in litem*, strumento estimatorio con il quale l’attore avrebbe potuto determinare una misura della condanna certamente maggiore rispetto ad un criterio base, ma tale criterio base doveva essere sempre il medesimo, sia che a determinare la misura effettiva della *condemnatio* fosse stato l’attore od il giudice: la *computatio sortis et usurarum*, anche in caso di *iusiurandum in litem*.

Prima di concludere, è bene sgomberare il campo da un possibile dubbio che potrebbe sorgere nel lettore circa un possibile contrasto, sostenuto invero da molti,<sup>138</sup> tra questa testimonianza e D. 20.1.21.3. La possibilità, riconosciuta nel passo di Marciano, di una condanna del debitore a *pluris quam computatio sortis et usurarum* sembrerebbe, infatti, almeno a prima vista, essere incompatibile con la decisa affermazione di Ulpiano, contenuta come si ricorderà in D. 20.1.21.3, che la *condemnatio adversus debitorem* avrebbe dovuto limitarsi ad una misura di *non pluris quam quanti debet*.

L’apparente contrasto svanisce, tuttavia, se si considera che le riflessioni dei due giuristi sono dovute a prospettive di analisi della questione della *litis aestimatio* del tutto differenti.

E’ infatti evidente che mentre Marciano, in D. 20.1.16.1 guardava all’aumento quantitativo della somma di denaro dovuto all’operare di un meccanismo di natura meramente processuale, il *iusiurandum in litem*, Ulpiano, in D. 20.1.21.3, si occupava della questione sostanziale della individuazione del criterio di determinazione della *litis aestimatio*. Per entrambi i giuristi, a ben vedere, questo criterio appare essere il medesimo: la *computatio sortis et usurarum* di Marciano equivale al *quanti debitor debet* di Ulpiano.

---

<sup>138</sup> Così: M. KASER, *Die Interesseberechnung*, cit., 15 s.; P. FREZZA, *Le Garanzie, II*, cit., 223; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 271 s.; P. VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., 28 ss.

5. E' ora di ritornare al nostro D. 20.1.21.3 e di aprire la seconda parte della nostra indagine.

Manca, infatti, ancora, un altro passo: l'analisi del significato dell'espressione *etiam pluris*, quell'*amplius debito* che Ulpiano ammetteva potersi determinare qualora l'*actio Serviana* fosse stata intentata *adversus ceteros possessores*. Eravamo giunti a verificare che in questo caso il valore del credito garantito sarebbe stato aumentato (*pluris*) a causa dell'emersione, eventualmente (*etiam*), di un interesse dell'attore, interesse che doveva trovare fondamento in un aspetto del rapporto contrattuale di pegno, in base al quale il creditore pignoratizio sarebbe stato responsabile nei confronti del debitore pignorante.<sup>139</sup>

Quest'ultima parte della nostra trattazione ha lo scopo di rintracciare quale potesse essere l'interesse dell'attore meritevole di venir in considerazione e utile a determinare una diversa modulazione della *litis aestimatio*. Servirà a tal fine far leva sul cenno che pagine addietro abbiamo fatto del fondamento sul quale, in D. 20.1.21.3, sembra poggiare sia la scelta di considerare il *quanti debitor debet* il criterio base di determinazione della stima della lite, sia la possibilità che *adversus ceteros possessores* la stima in tal modo determinata subisse una variazione, attraverso un aumento della sua misura (*etiam pluris*).

Si tratta del principio dell'*id quod actoris interest*.

Del riferimento al criterio dell'*id quod interest* per giustificare il distacco dal criterio del *verum pretium* e adottare il solo valore del credito garantito quale criterio base di determinazione della *litis aestimatio*, abbiamo detto.<sup>140</sup> Resta da valorizzare l'accento all'*id quod interest* a giustificazione della previsione di una variazione della misura della *condemnatio* che, ove se ne fosse presentata la necessità, aumentasse, il valore del credito garantito.

Si renderà necessario, a tale scopo, ampliare il nostro orizzonte, fin ora ristretto al solo campo dell'*actio Serviana* e verificare se esistano tracce dell'uso del criterio dell'*id quod interest* anche in altre azioni che con la nostra condividono elementi strutturali comuni. Si tratterà di indagare nel campo delle c.d. *actiones arbitrariae*, limitatamente, per quel che qui importa, alle *actiones in rem*. In materia di *rei vindicatio*, prototipo, com'è notissimo, delle *actiones arbitrariae* e sede di analisi privilegiata da parte dei giuristi per l'elaborazione dei principi che avrebbero presieduto alla determinazione della disciplina dell'intera categoria delle *actiones arbitrariae* troveremo, in particolare, lo spunto che ci permetterà di avanzare la nostra ipotesi, che qui anticipiano.

E' possibile immaginare che nell'*actio Serviana* esperita *adversus ceteros possessores* la stima della lite potesse subire una variazione, data da un eventuale aumento rispetto al valore del credito garantito, a causa dell'emersione, in sede di *arbitrium de restituendo*, come giuridicamente rilevante, dell'interesse del creditore pignoratizio a fare valere la responsabilità del possessore convenuto per aver causato il danneggiamento della *res pignori data*.

Quest'ipotesi ci condurrà, in primo luogo, ad accertare se possa ritenersi fondata l'idea, sostenuta da parte della dottrina, che in pieno diritto classico, il creditore pignoratizio fosse legittimato ad agire in ipotesi di danneggiamento della *res* oggetto di pe-

---

<sup>139</sup> Cfr. l'ultima parte del testo: "*quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pignoratitia actione*", su cui *supra*, ?.

<sup>140</sup> Si veda, *supra*, ?

gno. Analizzeremo, a tal fine, le uniche tre fonti in materia,<sup>141</sup> per la cui interpretazione ci avvarremo anche dell'analisi di alcune testimonianze relative al difficile tema del *furtum pignoris*.<sup>142</sup>

Considerata plausibile questa tesi, l'indagine dovrà compiere un ulteriore passo. Sarà necessario, ancora, verificare se, in conseguenza della avvenuta emersione, in sede di *arbitrium de restituendo*, dell'interesse del creditore pignoratizio ad avere stimato il danno causato dal deterioramento della cosa causato, *post litem contestatam*, dal possessore convenuto, possano essere rintracciate delle ipotesi nelle quali Ulpiano abbia potuto ritenere ammissibile che lo stesso creditore pignoratizio potesse, in caso di mancata *restituito*, conseguire una somma comunque superiore al valore del suo credito garantito.

Rintraceremo quest'ipotesi in una testimonianza dello stesso Ulpiano in materia di furto, che ci consentirà di prospettare come plausibile che un'ipotesi poteva essere stata quella di concorso colposo del creditore pignoratizio nella commissione del danneggiamento.

Le tessere del mosaico saranno allora tutte al loro posto, utili per delineare un quadro nel quale tutto apparirà uniformarsi all'interpretazione che proponiamo di D. 20.1.21.3.

**5.1.** Cominciamo, dunque, questa seconda parte dell'indagine tornando all'accenno che Ulpiano fa dell'*id quod interest* a giustificazione della previsione di una variazione della misura della *condemnatio* che, ove se ne fosse presentata la necessità, aumentasse, il valore del credito garantito.

È noto che a caratterizzare la formula delle *actiones arbitrariae* è la presenza di una clausola, anch'essa comunemente detta arbitraria, nella quale è fatto riferimento ad una *restituito* da operarsi *arbitrio iudicis* come condizione negativa della *condemnatio*. La *conceptio* della clausola è comunemente ricostruita nei seguenti termini: *neque ea res arbitrio iudicis A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> restituetur*.

Il tenore della clausola induce a credere che *apud iudicem* tale *restitutio* dovesse essere il risultato di una specifica fase dell'*iter* processuale, che chiameremo *arbitrium de restituendo*, funzionalmente autonoma per i particolari poteri riconosciuti al giudice (il c.d. *arbitrium iudicis*) e per lo scopo cui è volta (l'emanazione del *iussus restituendi*), ma strutturalmente legata alla fase precedente, quella della c.d. "*pronuntiatio*" e a quella successiva, eventuale, della *litis aestimatio* e della conseguente *condemnatio*.

Emanata una *pronuntiatio* favorevole all'attore, verificata, cioè, la titolarità del diritto assoluto oggetto della pretesa dell'attore, quale era espressa nell'*intentio* della formula, il giudice apriva la fase dell'*arbitrium de restituendo*. Accertata la violazione del diritto da parte del convenuto, egli era chiamato a determinare il contenuto della *restitutio*, alla quale il convenuto era tenuto per il fatto di aver violato il diritto assoluto dell'attore. Da tale violazione nasceva, infatti, potremmo dire, un rapporto di tipo personale che legava il titolare del diritto assoluto e il "violatore", rapporto per cui quest'ultimo era tenuto a *restituere rem*.

Questo "rapporto personale" legittimava il giudice, grazie ai poteri che gli erano concessi quale *arbiter*, a considerare meritevoli di tutela "interessi" dell'attore che, pur non avendo natura reale, erano connessi alla pretesa, che diremo "principale", quale in-

<sup>141</sup> Analizzeremo D. 20.1.27 (*infra*, pp. ?? ss.); D. 9.2.17 (*infra*, pp. ?? ss.) e D. 9.2.30.1 (*infra*, pp. ?? ss.).

<sup>142</sup> *Infra*, pp. ?? ss.



dicata nella *intentio* formulare dell'*actio in rem*. Essi gravitavano, vale a dire, intorno alla pretesa reale e per tale ragione potevano costituire oggetto di valutazione da parte dell'*arbiter de restituendo*, pur non trovando nella *intentio* espressa menzione.

Alcune fonti testimoniano che in riferimento ad alcuni di quegli "interessi" che costituirono oggetto di valutazione e di tutela da parte del giudice dell'*arbitrium de restituendo* appare richiamato proprio il principio dell'*id quod actoris interest*. Così in tema di *rei vindicatio*, per la tutela dell'interesse dell'attore ad avere stimato il danno causato dal deterioramento della cosa verificatosi *post litem contestatam*,<sup>143</sup> in tema di *vindicatio ususfructus*, per la tutela dell'interesse ad avere risarcito il danno causato dal proprietario del fondo vicino che avesse posto in essere la costruzione di un *opus novum* sul proprio fondo;<sup>144</sup> in tema di *vindicatio servitutis*, ancora, per la tutela dell'interesse

---

<sup>143</sup> Cfr. D. 6.1.13, del quale ci occuperemo a breve nel testo.

<sup>144</sup> Si legga

D. 39.1.1.20 (Ulp. 52 *ad ed.*) *Ususfructuarius autem opus novum nuntiare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nuntiare poterit, aut vindicare usum fructum ab eo eo qui opus novum faciat: quae vindicatio praestabit ei, quod eius interfuit opus novum factum non esse.*

La testimonianza di D. 39.1.1.20 permette di considerare plausibile un'estensione del medesimo criterio dell'*id quod actoris interest* anche ad altre ipotesi nelle quali, sebbene manchi un esplicito riferimento ad esso, si permise all'usufruttuario di utilizzare la stessa *vindicatio ususfructus* in luogo degli strumenti tipici di tutela la cui legittimazione era riconosciuta al solo nudo proprietario. Come in D. 39.1.1.20, anche in D. 7.1.19.1, D. 39.1.2 e D. 43.25.1.4 per l'ipotesi di *operis novi nuntiatio*; in D. 7.6.1pr. D. 7.6.5.1 e D. 43.25.1.4 per l'ipotesi di *vindicatio servitutis*; in D. 39.3.22pr. per l'*actio aquae pluviae arcendae*.

Ci riferiamo alla possibilità di utilizzare la *vindicatio ususfructus* contro il nudo proprietario che non avesse tolto dal fondo in usufrutto gli alberi abbattuti dal vento:

D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *ad Sab.*) *Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is sit usus fructus vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiendum.*

O avesse su di esso iniziato un *opus novum*:

D. 39.1.2 (Iul. 49 *dig.*): *Si autem domino praedii nuntiaverit, inutilis erit nuntiatio: neque enim sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest ius ei non esse invito se altius aedificare: sed si hoc facto usus fructus deterior fiet, petere usum fructum debet*

D. 43.25.1.4 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Item Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutum ius esse: secundum quod opus novum nuntiare poterit vicino et remissio utilis erit. Ipsi autem domino praedii si nuntiaverit, remissio inutilis erit: neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest ius ei non esse invito se altius aedificare. Sed si hoc facto usus fructus deterior fiat, petere usum fructum debet. Idem Iulianus dicit de ceteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur.*

Contro il *dominus* del fondo vicino, nel caso in cui questi avesse impedito all'usufruttuario di esercitare la servitù dovuta al fondo in usufrutto:

D. 7.6.1pr. (Ulp. 18 *ad Sab.*) *Si fundo fructuario servitus debeatur, Marcellus libro octavo apud Iulianum Labeonis et Nervae sententiam probat existimantium servitutum quidem eum vindicare non posse, verum usum fructum vindicaturum ac per hoc vicinum, si non patiat eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiat uti frui.*

D. 7.6.5.1 (Ulp. 17 *ad ed.*) (. . .) *nam et si fundo fructuario servitus debeatur, fructuarius non servitutum, sed usum fructum vindicare debet adversus vicini fundi dominum*

D. 43.25.1.4 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Item Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutum ius esse: (...).*

Almeno per alcuni giuristi, contro il *dominus* del fondo vicino, nel caso in cui questi avesse modificato il regime delle acque:

D. 39.3.22pr. (Pomp. 10 *ex var. lec.*): *Si usus fructus fundi legatus fuerit, aequae pluviae arcendae actio heredi et cum herede est, cuius praedium fuerit. Quod si ex opere incommodum aliquod patitur fructuarius, poterit quidem interdum vel interdicto experiri quod vi aut clam. Quod si ei non competet, quaerendum est, an utilis ei quasi domino actio aquae pluviae arcendae dari debeat an vero etiam contendat ius sibi esse uti frui: sed magis est utilem aquae pluviae arcendae ei actionem accommodare.*

ad avere risarcito il danno causato dal mancato esercizio del diritto<sup>145</sup> e, in una *vindictio servitutis* esperita da uno dei condomini di un fondo cui è dovuta una servitù, per avere determinata la stima della lite nella misura dell'interesse del singolo contitolare attore ad esercitarla.<sup>146-147</sup>

Nell'ipotesi di mancata *restitutio*, i due diversi "momenti" del processo, la *pronuntiatio* e l'*arbitrium de restituendo*, si sarebbero incontrati per confluire, entrambi, nell'ultimo momento, quello della *litis aestimatio* e della conseguente *condemnatio*. Qui, come in una sintesi delle vicende processuali trascorse, il giudice era chiamato, nel determinare la stima della *lis*, a valutare in termini pecuniari, anzitutto, il diritto oggetto della pretesa espressa nell'*intentio* e accertato in sede di *pronuntiatio*, in secondo luogo, ad integrazione della prima stima, a computare anche tutti quegli interessi connessi, che erano emersi come meritevoli di tutela in sede di *arbitrium de restituendo*.<sup>148</sup>

**5.2.** Sarà sufficiente, in tema di *rei vindictio*, riportare due testimonianze, particolarmente utili per avvalorare l'ipotesi che vorremmo prospettare per la nostra *vindictio pignoris*. La prima è costituita da

D. 6.1.13 (*Ulp. 16 ad ed.*) *Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. Quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. Et Labeo putat cavere petitem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.*<sup>149</sup>

L'espressione *non solum autem rem restitui*<sup>150</sup> dimostra che Ulpiano sta ancora analizzando la clausola arbitraria<sup>151</sup> nell'intento, una volta accertato che una *restitutio*

---

<sup>145</sup> Si legga

D. 8.5.4.2 (*Ulp. 17 ad ed.*) *In confessoria actione, quae de servitute movetur, fructus etiam veniunt. Sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt: et est verius id demum fructuum nomine computandum, si quid sit quod intersit agentis servitute non prohiberi. Sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur, quanti interest petitoris non uti fundi sui itinere adversarium: et hanc sententiam et Pomponius probat.*

<sup>146</sup> E' il caso, da noi studiato nel testo, *supra* ? ss., di D. 8.5.4.3.

<sup>147</sup> Mancano, in tema di *hereditatis petitio*, testimonianze sull'uso del criterio dell'*id quod actoris interest*. L'unica fonte nella quale tale criterio compare non si riferisce alla *hereditatis petitio*, bensì alla *actio ex stipulatu* nascente dalla *cautio iudicatum solvi* prestata dal convenuto *in iure*:

D. 5.3.45 (Cels., 4 dig.) *Qui se liti optulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus et qui se hereditatis petitioni optulit ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.*

Si veda, per tutti, in tal senso, l'interpretazione di B. ALBANESE, *Rei vindicatione se offerre e actio de dolo*, in AUPA, XXXIII (1972), e ora in *Scritti Giuridici II*, Palermo 1991, 1096 ss.

<sup>148</sup> Cfr. *supra*, pp. ??

<sup>149</sup> Sul testo si vedano: P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in SDHI, LXIV (1998), ?; ID., *Risarcimento e pena*, cit., 127; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 234 ss; S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., ?99 ss.; M. KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den actiones in rem*, in ZSS, XCVIII 1981, 120 ss.; M. WIMMER, *Besitz und Haftung*, cit., 87 ss.

<sup>150</sup> Si vedano analoghe espressioni in D. 5.3.19pr.; D. 6.1.17.1; D. 6.1.20; D. 50.16.246.1.

<sup>151</sup> Così M. KASER, *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den actiones in rem*, in ZSS, XCVIII 1981, 120 s: "Da Ulpian hier, ebenso wie in eod 15 und 17, das restituere der vindikationsformel

può avvenire,<sup>152</sup> di individuarne tutti i possibili contenuti. In questa prospettiva, riconoscere la possibilità di tener conto (*rationem habere*) del deterioramento della cosa significa concedere al giudice il conseguente potere di stimare, già in sede di *arbitrium de restituendo*, il danno causato (*iudex aestimare damnum debeat*).<sup>153</sup> Lo stesso Ulpiano indica come criterio che il giudice doveva seguire nella individuazione della stima in denaro del danno causato dal deterioramento il *quanto deterior homo factus sit*<sup>154</sup> e pone subito il problema del concorso con l'*actio legis Aquiliae*,<sup>155</sup> azione con la quale *conveniri possessor possit* per rispondere dello stesso deterioramento.

Per evitare che il danno causato sia stimato due volte,<sup>156</sup> egli propone allora (*unde quaeritur*) di condizionarne la stima, in sede di *arbitrium de restituendo* dell'azione reale, alla rinuncia compiuta dall'attore, sempre in questa sede, ad esperire l'*actio legis Aquiliae* e adduce a sostegno di questa soluzione l'opinione di Labeone, il quale indica nella prestazione di una *cautio lege Aquilia se non acturum* il mezzo attraverso cui realizzare in concreto tale remissione.<sup>157</sup>

Il fatto che si discute di remissione di azione e di prestazione di una *cautio* da parte dell'attore è prova che l'attenzione è volta proprio all'*arbitrium de restituendo*, cioè alla fase nella quale, nelle azioni arbitrarie, il giudice è legittimato ad imporre *cautiones* ad entrambe le parti.<sup>158</sup>

---

kommentiert (. . .)".

<sup>152</sup> "Non solum autem rem restitui": l'esistenza della cosa oggetto dell'azione reale è presupposto indispensabile perché una *restitutio* possa avvenire e, di conseguenza, perché possano aver luogo tutti i fenomeni connessi all'*arbitrium de restituendo*. Tra questi, anche la possibilità di conoscere dell'eventuale danneggiamento causato alla *res* e di stimarne la diminuzione di valore. E' di CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 37 s., il merito di aver sottolineato in tal senso il significato di questa espressione.

<sup>153</sup>Ritengono il pagamento della somma di denaro stabilita come stima del danno, necessario oggetto di *restitutio*: P. VOCI, *Risarcimento e pena*, cit., 132; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 3 e 236; A. M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., 178; G. NEGRI, v. *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino 1988, vol. III, 254. *Contra*: S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 29 nt. 2, il quale ritiene "probabile" che il deterioramento della *res* venisse in considerazione al momento della *condemnatio*.

<sup>154</sup>L'espressione si trova collocata subito dopo un inciso di sicura origine compilatoria (*finge enim ... restitui*), sicché tutti gli studiosi hanno voluto estendere lo stesso giudizio al criterio di cui si discute. Così G. VON BESELER, *Miscellanea*, in *ZSS*, XLIV (1924), 367; P. VOCI, *Risarcimento e pena*, cit., 127; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 234. *Quanto deterior homo factus est* è tuttavia criterio testimoniato anche in D. 6.1.27.2 (del quale ci occuperemo nel testo) ed è compatibile con il tipo di azione intentata.

<sup>155</sup>Sul problema del concorso di azioni, fondamentale, E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen Recht I*, Berlin 1918, ID., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen Recht II.1*, cit.; ID., *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar (1962). Da ultimo G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 251 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>156</sup>Ammette un concorso cumulativo U. v. LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin (1971), 68. Si veda, tuttavia, D. 6.1.14 (dove sembra essere interpolata l'ultima parte). Su questo testo: S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 39 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>157</sup>Considerano non genuino il riferimento alla *cautio*: G. VON BESELER, *Miscellanea*, cit., 367; H. SIBER, *Römisches Recht II*, ? 101; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 65, 111 e 234. Incerto sulla classicità della remissione M. KASER, *Quanti ea res est*, cit., 37. *Contra*: LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen*, II, 1, cit., 3 s.; P. VOCI, *Risarcimento e Pena*, cit., 133; S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 26 ss.; GIOMARO, *Cautiones*, cit., 177; G. NEGRI, v. *Concorso*, cit., 261.

<sup>158</sup>Le stesse ragioni per le quali non è possibile ammettere una cessione d'azione in caso di inesistenza della *res* da restituire ci inducono a non considerare genuine le fonti che ammettono l'imposizione di *cautiones* in ipotesi nelle quali non avviene un *arbitrium de restituendo*, proprio per mancanza della *res* oggetto dell'azione reale. Così:

D. 21.2.21.3 (Ulp. 29 *ad Sab.*) *Idem Iulianus eodem libro scribit, si lite contestata fugerit homo*

La valutazione del deterioramento della cosa, la stima del danno causato, la necessità di condizionare quest'ultima alla prestazione di una *cautio* da imporre all'attore, l'invito rivolto al convenuto di pagare la somma determinata non possono, dunque, che essere tutti immaginati come un'unica vicenda processuale che si svolge, appunto, nella fase dell'*arbitrium de restituendo*.

Si legga adesso

D. 6.1.27.2 (Paul. 21 *ad ed.*) *Si homo petitus dolo possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa eius ex alia causa mortuus sit, aestimatio non fiet eius, quod deterior eum fecerat, quia nihil interest petitoris: sed haec quantum ad in rem actionem: legis autem Aquiliae actio durat.*<sup>159</sup>

La fattispecie descritta da Paolo è diversa da quella cui si riferiva Ulpiano in D. 6.1.13.

Sebbene in entrambi i casi vi sia stato un deterioramento, imputabile al convenuto, della cosa oggetto dell'azione reale, qui la stessa cosa è perita, ovviamente *post litem contestatam*, per causa non imputabile al convenuto.<sup>160</sup>

L'ipotesi prospettata è legata alla questione, nota in dottrina,<sup>161</sup> della valutazione del momento dell'*iter* processuale nel quale doveva essere verificato il presupposto del possesso del convenuto, questione della quale Paolo si era appena prima occupato:

D. 6.1.27.1 (Paul. 21 *ad ed.*) *Possidere autem aliquis debet utique et litem contestatae tempore et quo res iudicatur. Quod si litem contestationis tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Item*

---

*culpa possessoris, damnatus quidem erit possessor, sed non statim eum ad venditorem regressurum et ex duplae stipulatione acturum, quia interim non propter evictionem, sed propter fugam ei hominem habere non licet: plane, inquit, cum adprehenderit possessionem fugitivi, tunc committi stipulationem Iulianus ait. Nam et si sine culpa possessoris fugisset, deinde cautionibus interpositis absolutus esset, non alias committeretur stipulatio, quam si adprehensum hominem restituisset. Ubi igitur litem aestimationem optulit, sufficit adprehendere: ubi cavet non prius, nisi restituerit.*

La fattispecie che con maggiore verosimiglianza può essere considerata il presupposto della discussione relativa all'esperimento dell'*actio ex stipulatione dupli* è quella di una fuga del servo oggetto di *rei vindicatio* avvenuta, per colpa del convenuto, dopo la *litem contestatio* ma prima dell'emanazione della sentenza di condanna. La decisione di Giuliano e la sottostante motivazione appaiono plausibili. Il *damnatus* deve dunque essere emendato in *damnandus* e non può essere ritenuta originaria l'attribuzione della possibilità di agire *ex stipulatu*, una volta riacquistato il possesso dopo la condanna (*inquit . . . ait*). Il prosieguo della trattazione è anch'esso gravemente alterato. La ricostruzione operata da CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 59 appare in tale prospettiva accettabile: "... *plane cum < litem aestimationem possessor sustulerit > , tunc committi stipulationem Iulianus ait. < quod > si sine culpa possessoris < homo > fug<erit et possessor> absolutus < sit > , non committ<i> stipulatio<nem certum est>.*"

L'ipotesi, questa volta, è quella di una fuga non imputabile a colpa del convenuto. In questo caso Giuliano esclude la condanna e, di conseguenza, la possibilità di agire *ex stipulatione dupli*. Non può essere considerato genuino l'inciso "*cautionibus interpositis*".

<sup>159</sup> Sul testo si veda, per tutti, con bibliografia precedente, M. WIMMER, *Besitz und Haftung*, 83 ss.

<sup>160</sup> Dello stesso Paolo si legga in tema di *hereditatis petitio*

D. 5.3.36.2 (Paul. 21 *ad ed.*) *Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae omissa eius rei aestimatione a iudice. quae electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit servus: nam si postea, ipsius actio propria effecta est nec veniet in hereditatis petitionem.*

<sup>161</sup> Si veda, per tutti, M. MARRONE, v. *Rivendicazione*, cit., 20 ss.

*si litis contestatae temporis non possedit, quo autem iudicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur: ergo et fructuum nomine ex quo coepit possidere damnabitur.*<sup>162</sup>

Deve, dunque, presumersi che, nella circostanza descritta in D. 6.1.13, Paolo considerasse impossibile una *condemnatio*, per quanto limitata al solo *quanto deterior homo factus sit*.

Ora, nelle *actiones arbitrariae* la mancanza della *res* oggetto della lite determinava l'impossibilità che si aprisse la fase dell'*arbitrium de restituendo*, proprio quella fase nella quale, grazie agli speciali poteri che in essa erano riconosciuti al giudice, poteva essere riconosciuta la possibilità che fosse stimato il deterioramento della cosa.<sup>163</sup>

Il riferimento di Paolo all'*id quod actoris interest* si rivela perciò illuminante: esso doveva costituire il principio in applicazione del quale i giuristi giustificavano la concessione al giudice della possibilità, in sede di *arbitrium de restituendo*, di tutelare l'interesse dell'attore ad aver risarcito il danno.

Costituisce prova di quanto affermato la circostanza che in alcune fonti, molte delle quali dello stesso Paolo, è testimoniata la tendenza, a quanto è dato desumere, consolidata dei giuristi di ammettere, in caso di perimento *post litem contestatam* della cosa oggetto dell'azione reale, che i frutti fossero computati ai fini della determinazione della stima della lite.

In caso di perimento fortuito si ammetteva la prosecuzione del processo al fine di permettere l'emanazione della sentenza che condannasse esclusivamente a pagare la somma risultante dalla stima dei frutti. In caso di perimento imputabile a dolo o a colpa del possessore, tale somma veniva aggiunta a quella risultante dalla stima della *res perita*.

D. 6.1.16pr. (Paul. 21 *ad ed.*) *Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus <et stipulationem de evictione>: non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet.*

D.6.1.33 (Paul. 21 *ad ed.*): *Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt aestimandi sunt: et ideo si dolo aut culpa possessoris res petita perierit, virentem putat Pomponius Trebatii opinionem putantis eo usque fructuum rationem habendam, quo usque haberetur si non perisset, id est ad rei iudicandae tempus: quod et Iuliano placet (. . .).*

D. 6.1.79 (Labeo 6 *pithanón a Paulo epitomatorum*) *Si hominem a me petieris et is post litem contestatam mortuus sit, fructus quoque is vixerit aestimari oportet (. . .).*

---

<sup>162</sup> Sul testo, si vedano, tra gli altri, M. TALAMANCA, *Osservazioni alla legittimazione alle actiones in rem*, St. Fac. Giur. Univ. Cagliari 43, 1962-63, ??; G. SACCONI, *La pluris petitio nel processo formulare. Contributo alla studio dell'oggetto del processo*, Milano 1977, ???; S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., ??; M. WIMMER, *Besitz und Haftung*, 101 ss.

<sup>163</sup> Si vedano: M. KASER, *Quanti ea res est*, cit., 35, “[...] als eine natural Restitution praktisch nicht möglich war, das *iussum de restituendo* nicht notwendig erteilt wurde”] e L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 37, “[...] quelle particolari prestazioni sono prospettate non solo come accessorie rispetto alla consegna della cosa che costituisce l'oggetto della lite, ma come immediata conseguenza della restituzione della cosa stessa: la quale rimane sempre al centro della *restitutio*, e di questa costituisce l'elemento originario e sempre essenziale”.

D. 6.1.17.1 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Idem Iulianus eodem libro scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor et homo mortuus sit, et fructuum rationem usque ad rei iudicatae tempus spectandam esse* (. . .).<sup>164</sup>

Il riconoscimento della possibilità che, in caso di perimento della cosa oggetto dell'azione, venisse emanata una sentenza che condannasse alla stima dei frutti e, di contro, la esplicita negazione che, nella stessa circostanza, la stessa sentenza potesse contenere la stima del danno causato dal deterioramento della cosa (D. 6.1.27.2), induce a credere che nella vicenda processuale della rivendica formulare fosse differente la rilevanza giuridica che assumevano i due interessi dell'attore: quello ad avere rimborsato il valore dei frutti e quello ad avere risarcito il danno.

L'interesse ad avere rimborsati i frutti del periodo della lite, od almeno la loro stima in denaro, era principio consolidato e ormai acquisito sin dall'esperienza processuale delle *legis actiones*.<sup>165</sup> La possibilità che il giudice conosca dei frutti sembra allora essere sganciata dalla necessità di far ricorso ai particolari poteri connessi all'*arbitrium*

---

<sup>164</sup> Significativo, a tal proposito, nella ricostruzione palinogenetica del susseguirsi dei frammenti paoli che Lenel propone (Pal., I., 1006), l'inserimento di D. 6.1.14, da noi non citato nel testo. Conviene riportare per esteso la sequenza che interessa:

D. 6.1.27.1 (Paul. 21 *ad ed.*) *Possidere autem aliquis debet utique et litis contestatae tempore et quo res iudicatur. Quod si litis contestationis tempore possedit, cum autem res iudicatur sine dolo malo amisit possessionem, absolvendus est possessor. Item si litis contestatae temporis non possedit, quo autem iudicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur: ergo et fructuum nomine ex quo coepit possidere damnabitur.*

D. 6.1.14 (Paul. 21 *ad ed.*) [*Si homo petitus deterior factus sit, aestimatio eius fiet officio iudicis: quod si malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor. <itaque electio actori danda est, non ut triplum, sed duplum consequatur>.* (Nella *Florentina* manca *primo* nella rubrica, ma l'attribuzione al ventunesimo libro è unanime in dottrina. La prima frase è un'ipotesi ricostruttiva di Lenel. I segni uncinati sono nostri).

D. 19.2.43 (...)

D. 6.1.27.2 (Paul. 21 *ad ed.*) *Si homo petitus dolo possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa eius ex alia causa mortuus sit, aestimatio non fiet eius, quod deteriorem eum fecerat, quia nihil interest petitoris:*

D. 6.1.16pr. (Paul. 21 *ad ed.*) *Utiq; autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus <et stipulationem de evictione>: non enim post litem contestatam utiq; et fatum possessor praestare debet.*

D. 6.1.27.2 (Paul. 21 *ad ed.*) *Sed haec quantum ad in rem actionem: legis autem Aquiliae actio durat.*

L'inserimento di D. 6.1.14 subito dopo D. 6.1.27.1 e prima di D. 6.1.27.2 mostra che anche Lenel considerava distinte nel pensiero del giurista classico le due diverse ipotesi di rilevanza del danneggiamento operato sulla *res* dal convenuto *post litem contestatam*. La possibilità che potesse esser computata a tal fine la *litis aestimatio* era legata al fatto che la cosa non fosse perita. L'inserimento, inoltre, in tale contesto, addirittura prima della frase conclusiva dello stesso D. 6.1.27.2, della testimonianza in tema di risarcibilità dei frutti anche in caso di perimento della cosa madre, indica che anche Lenel intuì la diversa rilevanza giuridica nella *rei vindication* di questi due interessi dell'attore, risarcimento per danni e risarcimento per i frutti.

<sup>165</sup> L'interpretazione giurisprudenziale della clausola arbitraria della *rei vindicatio* volta alla determinazione del contenuto della *restitutio* fu segnata sin dall'inizio dall'acquisizione pacifica dell'antico principio secondo il quale il possessore soccombente doveva restituire i frutti del periodo della lite. Il *corpus* e i *fructus* costituirono, dunque, il punto di inizio di una vicenda interpretativa che portò in età classica alla elaborazione del principio della *restitutio cum causa rei*. Si vedano, per tutti, M. KASER, *Vindicia falsa und fructus duplio*, in IURA, XIII (1962), 22 ss.; R. SANTORO, XII *Tab. 12.3*, in AUPA, XXX (1967), 5 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano I. Le origini*, Torino 1986; B. ALBANESE, *Il processo privato delle legis actiones*, Palermo (1987)

*de restituendo*, quasi che i frutti fossero considerati “oggetto tipico” della rivendica, insieme alla cosa principale. Si spiegherebbe così la facoltà concessa al giudice di tenerne conto anche quando un *arbitrium de restituendo* non aveva luogo, proprio a causa della inesistenza della cosa principale.<sup>166</sup>

Il risarcimento del danno causato dal deterioramento della cosa era, invece, interesse che emergeva come meritevole di tutela solo in sede di *arbitrium de restituendo*, grazie al richiamo al principio dell’*id quod actoris interest*. Quando un *arbitrium de restituendo* non poteva aver luogo allora non era data la possibilità al giudice di conoscere di tale risarcimento e, dunque, di condannare il convenuto alla relativa stima.<sup>167</sup>

**5.3.** I risultati cui è giunta la nostra analisi possono risultare utili nella interpretazione di un frammento, notissimo alla dottrina, che, proprio perché fortemente rimaneggiato dall’intervento della mano compilatoria, rappresenta una testimonianza preziosa dell’evoluzione che ha subito il regime della stima della lite nelle azioni arbitrarie. Si tratta di

D. 6.1.68 (*Ulp. 51 ad ed.*)<sup>168</sup> *Qui restituere iussus iudici non paret contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversari interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet.*<sup>169</sup>

E’ certo che la trattazione originaria aveva come oggetto l’analisi delle conseguenze che una mancata *restitutio* causava nella determinazione della stima della lite.

Si può desumere dal modo in cui il discorso appare procedere nel testo interpolato che Ulpiano distinguesse tre diverse ipotesi.<sup>170</sup>

a) Anzitutto, in una parte della trattazione non riportata dai compilatori, probabilmente riassunta in quel *Qui restituere iussus iudici non paret*, doveva esser stata presa in considerazione l’ipotesi del deliberato rifiuto del convenuto possessore all’invito a restituire rivoltagli dal giudice. Le parole *iussus iudicis* inducono a pensare che un ordine di restituzione fosse stato emanato e che, prima di esso, fosse avvenuto un *arbitrium de restituendo*. Ciò fa supporre, in definitiva, che il convenuto possedesse la cosa.

Di conseguenza è senza dubbio insiticio il successivo *contendens non posse restituere*.<sup>171</sup> La questione relativa alla mancanza di possesso (implicita nel testo compilato-

<sup>166</sup>*Contra*, CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 37.

<sup>167</sup>Non può essere condivisa l’opinione di S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., il quale giustifica la possibilità di far valere il risarcimento soltanto per una ragione di economia processuale. Così ragionando non si spiegherebbe perché non ammettere la stima del danno anche in caso di perimento della cosa.

<sup>168</sup>Secondo LENEL, *Pal.*, II, 1197, il frammento è tratto dal commentario *ad Sabinum* e non *ad edictum*.

<sup>169</sup>Il passo è stato oggetto di numerosi tentativi di ricostruzione. Per la letteratura meno recente si veda la bibliografia citata da L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 214 nt. 1. Si vedano, inoltre, almeno, P. VOCI, *Risarcimento del danno*, cit., 23 s.; G. PROVERA, *Contributi*, cit., 21; S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 8; S. TAFARO, *La interpretatio*, cit., 210 ss.; C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni I*, cit., 426 ss.

<sup>170</sup>Questa distinzione è stata colta da CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 217.

rio: *si quidem habeat rem*), era stata oggetto di verifica da parte del giudice prima e non dopo l'emanazione dello *iussus restituendi*.

E' evidente, inoltre, che i compilatori sostituirono le conseguenze della mancata restituzione, quali dovevano essere state riportate nel testo genuino, con quelle tipiche delle nuove *cognitiones extra ordinem*: il trasferimento del possesso della cosa *manu militari* e la condanna del convenuto al pagamento della stima dei frutti e di tutto ciò che fosse stato ricompreso nel concetto classico di *omnis causa*, ma tuttavia non passibile di condanna in *ipsam rem* e di conseguente esecuzione specifica. Il sistema formulare, come è noto, avrebbe invece attribuito all'attore la possibilità di stimare la lite attraverso lo strumento del *iusiurandum in litem*.

A questa prima ipotesi dovevano essere state poi contrapposte le altre due, accomunate dal fatto che, se pur per motivi diversi, una *restitutio* non poteva aver luogo:

b) in una l'impossibilità era causata da un comportamento volontario del convenuto, il quale *dolo fecit quo minus possit restituere*;

c) nell'altra l'impossibilità di restituire era determinata da eventi allo stesso convenuto non imputabili;

e in entrambe, è bene ricordarlo, un *arbitrium de restituendo* non poteva tecnicamente aver luogo, proprio per la mancanza della *res* oggetto dell'azione.

Il caso b), quello in cui il convenuto con dolo faceva in modo di non potere restituire era, nel sistema del processo formulare, considerato analogo, per gli effetti che determinava, all'ipotesi a) di deliberato rifiuto all'invito di restituire: sarebbe stata concessa all'attore la possibilità di determinare il contenuto della condanna pecuniaria attraverso l'utilizzazione dello strumento del *iusiurandum in litem*.<sup>172</sup>

L'analogia tra le due ipotesi attiene solo al fatto che, in entrambi i casi, è riconosciuto all'attore il potere di determinare la misura della condanna pecuniaria. Ciò che, invece, crediamo le differenze è l'eventualità che possa risultare diverso l'oggetto da stimare.

Nell'ipotesi b), quella in cui il convenuto *dolo fecit quo minus possideatur*, mancando un *arbitrium de restituendo*, l'oggetto da stimare sarà semplicemente quello risultante dall'*intentio* formulare. Di contro, nell'ipotesi a), quella in cui il possessore decideva di non restituire, da stimare, sarà ciò che verrà stabilito dal giudice come oggetto del suo *iussus restituendi*.

Ultima ipotesi considerata dal giurista classico, e indicata *supra sub c)*, era quella in cui l'impossibilità della *restitutio* fosse stata determinata da causa non imputabile al convenuto. In questo caso Ulpiano ammoniva che la stima della lite dovesse essere commisurata a "*non pluris quam quanti res est*"<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup>Così CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 222 che considera la frase "giuridicamente irrilevante e formalmente bizantina".

<sup>172</sup>D. 50.17.131 (Paul. 22 ad ed.) *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est*. D. 50.17.150 (Ulp. 68 ad ed.) *Parem esse condicionem oportet eius, qui quid possideat vel habeat, atque eius, cuius dolo malo factum sit, quo minus possideret vel haberet*. D. 42.1.41.1 (Paul. 14 quaest.): (. . .) *si dolo desiit possidere, in litem iurabitur et tanti sequetur condemnatio*. D. 6.1.22 (Ulp. 16 ad ed.): *Quod si dolo possessoris fugerit, damnandum eum, quasi possideret*.

<sup>173</sup>E' evidente che Ulpiano scriveva *erit* e non *est*. Si può pensare ad una errata trascrizione, magari di una sigla, forse non necessariamente imputabile agli stessi compilatori. L'espressione è ritenuta con assoluta certezza non genuina da L. CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., 224 il quale considera "indiscutibile" l'interpolazione. Tale convinta asserzione non può essere condivisa. L'Autore trae la sua assoluta certezza dal confronto di D. 6.1.68 con due frammenti: D. 4.3.18pr e D. 43.24.15.9. Il confronto è tuttavia da ritenersi poco probante in considerazione del fatto che i frammenti appartengono a trattazioni relative ad a-



Essa ci pare suscettibile di due diverse interpretazioni.

Si può porre il “*non pluris*” in relazione con il precedente riferimento al *iusiurandum in litem* e, di conseguenza, interpretarlo come una testimonianza palese del fatto che l'utilizzazione dello strumento del *iusiurandum in litem* avrebbe potuto portare anche alla determinazione di una somma di denaro superiore rispetto a quella indicata dal giudice tramite l'utilizzazione del criterio del “*quanti ea res erit*” presente nella clausola estimatoria della *condemnatio* formulare.

Ammettere una tale interpretazione significherebbe, però, presumere un intento preciso in Ulpiano, quello cioè di differenziare nettamente la stima giudiziale da quella di parte, intento che, invece, è tipico solo dei compilatori, i quali, proprio a questo fine, hanno inserito accanto al riferimento al *iusiurandum in litem* la precisazione *sine ulla taxatione in infinitum*.

Lo stesso “*non pluris*” può però, con maggiore verosimiglianza, giustificarsi proprio sulla base della considerazione, pur implicita nel testo, che, nell'ipotesi che si sta analizzando, l'oggetto della stima è quello risultante dall'*intentio* formulare e non quello risultante da un *iussus restituendi*, inesistente perché inesistente la *res* oggetto dell'azione. Se si accetta questa seconda interpretazione il *non pluris* dimostrerebbe la possibilità che, quando una *restitutio* può avvenire, la condanna può calcolarsi in una somma superiore rispetto a quella individuabile tramite la utilizzazione del solo criterio del *quanti ea res erit*. Il *pluris*, in definitiva, si determinerebbe grazie all'emersione in sede di *arbitrium de restituendo* di interessi dell'attore non altrimenti valutabili.

Quando un *arbitrium de restituendo* si realizzava culminando in un *iussus restituendi* non eseguito, allora si poteva tener conto dell'interesse qui emerso anche in sede di *litis aestimatio*. Se, di contro, un *arbitrium de restituendo* non poteva realizzarsi, la stima doveva essere limitata semplicemente alla *res* oggetto dell'azione e ai relativi frutti.

6. Torniamo alla nostra *vindicatio pignoris* e, in particolare, a quel tratto di D. 20.1.21.3 che ci resta da analizzare:

(. . .) *nam adversus debitorem non pluris quam quanti debet, quia non pluris interest, adversus ceteros possessores etiam pluris* (. . .).

Gli elementi fin qui raccolti consentono, finalmente, di prospettare al lettore la nostra ipotesi. E' possibile che nell'ambito dell'*arbitrium de restituendo* dell'*actio Serviana* potesse emergere come giuridicamente rilevante l'interesse del creditore pignoratizio a fare valere la responsabilità del possessore convenuto per aver causato il danneggiamento della *res pignorerata* e, di conseguenza, l'interesse ad avere stimato il danno causato dal deterioramento della cosa verificatosi *post litem contestatam*.

6.1. Prima di approfondire l'ipotesi interpretativa appena accennata è necessario analizzare le sole tre fonti a noi pervenute dalle quali è possibile desumere, a nostro giudizio, che in pieno diritto classico fu riconosciuta al creditore pignoratizio la legitti-

---

zioni differenti (*actio quod metus causa*: D. 4.3.18pr; *agere ex interdicto quod vi aut clam*: D. 43.24.15.9), nelle quali diversamente si pone il problema della determinazione della stima della lite e dell'utilizzazione del criterio dell'*id quod interest*. Non genuino è, ancora, considerato da P. VOGLI, *Risarcimento del danno*, cit., 24.

L'inciso “*id est quanti adversari interfuit*” è, probabilmente, di origine compilatoria.

mazione ad agire in ipotesi di danneggiamento della *res* oggetto di pegno: D. 20.1.27 (Marc. 5 dig.), D. 9.2.17 (Ulp. 18 ad ed.) e D. 9.2.30.1 (Paul. 22 ad ed.).

Cominciamo dal testo di più risalente datazione:

D. 20.1.27 (Marc. 5 dig.): *Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum? Quid si eum interfecisset aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni iniuria dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione ex auxilio praetoris. Ulpianus notat: Si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur.*<sup>174</sup>

Dopo aver convenuto in pegno lo schiavo,<sup>175</sup> il debitore, mantenutone il possesso, lo incatena a scopo di punizione per un comportamento illecito che il giurista indica come *levissima offensa*. Il creditore pignoratorio, stante l'insolvenza del debitore e preso possesso dello schiavo, è costretto a venderlo per un prezzo non sufficiente a colmare il valore del credito garantito, un prezzo che risulta inferiore al valore che lo schiavo aveva al momento della costituzione del pegno, a causa del deprezzamento subito per l'avvenuto incatenamento. Si chiede il giurista se debba essere creata un'azione con la quale il creditore pignoratorio possa far valere la responsabilità del debitore per aver causato tale deprezzamento, *quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum*.

Nella parte centrale del frammento (*Quid si eum ... exinanierit*) compare la proposizione di un'ipotesi che, differente da quella descritta nella prima parte e non legata ai presupposti in essa indicati, interrompe bruscamente lo svolgimento della trattazione che, invece, riprende subito dopo, secondo una linea argomentativa omogenea. L'intero tratto è, dunque, da ritenere insitico.<sup>176</sup>

Posta la *quaestio*, se, cioè, al creditore pignoratorio debba esser concessa una tutela, Marcello indica un'ipotesi specifica della ragione generale che aveva appena prospettato come causa del suo dubbio: *quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum*.

---

<sup>174</sup> Su questo testo si vedano: A. DE MEDIO, *La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae*, in *Studi in onore di V. Scialoja I*, Milano 1905, 39 ss.; P. DE FRANCISCI, *Synallagma II*, Pavia 1916, 87; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in AUPA, VII (1920), 98 s.; U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno e sul ius vendendi del creditore pignoratorio. Studio di diritto romano*, Macerata 1927, rist. *Antiqua* 34, Napoli 1985, 64 s.; E. CARRELLI, *La legittimazione attiva dell'actio legis Aquiliae*, in RISG XI (1934), 380 ss.; ? ARNÒ, *Legis Aquiliae ero competit*, in BIDR XLII (1934), p. 204; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, ?; B. ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia*, in AUPA, XXI (1950), 312 ss.; R. REGGI, *Note anonime ai Digesta di Marcello*, in *Studi Parmensi*, IV 1954, p. 45; M. MARRONE, *Actio ad Exhibendum*, in AUPA, XXVI (1957), 207 e 400; J. G. WOLF, *D. 20.1.27 Marc. 5 Dig. Zur Aktivlegitimation des Pfandgläubigers für die actio legis Aquiliae*, in ZSS, LXXVI 1959, 520 ss.; E. VALIÑO, *Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia*, Pampalona (1973), 77 ss.; G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 138 ss.

<sup>175</sup> Com'è noto, l'espressione *dare pignus* è utilizzata nelle fonti anche con riferimento alla *conventio pignoris*.

<sup>176</sup> G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 150 ss., considera questa parte "il risultato di una glossa post-classica". B. ALBANESE, *Studi*, cit., 317 e nt. 3, considerava l'inciso "almeno in parte, di probabile provenienza giustiniana".

*Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat.*<sup>177</sup>

Consideriamo l'ipotesi che il creditore non possa esperire l'azione a tutela del rapporto garantito perché prescritta.

E' evidente che lo scopo del giurista è quello di avvicinare prudentemente ad una soluzione positiva che propone, tuttavia, cautamente: *non existimo indignam rem animadversione ex auxilio praetoris.*<sup>178</sup>

Se questa è la plausibile ricostruzione del tenore genuino del testo classico, e se è vero che è da ritenere d'origine insitica quell'*actio quasi damni iniura* concessa *ad quantum interest*, sembra invece lecito pensare che Marcello proponesse al pretore la concessione, per il caso prospettato, di un'azione che fosse il risultato di un'estensione dell'*actio legis Aquiliae*.<sup>179</sup>

Si sarebbe trattato, infatti, di coniare una nuova azione che, a differenza dell'*actio legis Aquiliae*, non solo fosse esperibile da un soggetto diverso dal proprietario dell'oggetto danneggiato, ma che avesse dei presupposti di applicazione differenti. L'azione, infatti, sarebbe stata concessa per un'ipotesi che rispetto alla fattispecie prevista dalla legge presentava altre due anomalie: il danno era stato arrecato dallo stesso proprietario dello schiavo<sup>180</sup> ed attraverso un'attività, il *vincere*, non assimilabile a quelle indicate dalla stessa legge (*urere, frangere, rumpere*) e non qualificabile come *damnum datum* "corpore corpori".<sup>181</sup>

E' molto probabile che Marcello proponesse la concessione di un'*actio in factum*.<sup>182</sup>

Leggiamo, infine, la nota di Ulpiano:

---

<sup>177</sup> Si veda la medesima linea argomentativa in D. 9.2.30.1 (Paul. 22 *ad ed.*), sul quale *infra* nel testo, ?

<sup>178</sup> Questa lettura del testo si deve a B. ALBANESE, *Studi*, cit., 319 s. e nt. 5, il quale sosteneva la genuinità della *quaestio*, dell'espressione *fingamus*, quale "forma prediletta da Marcello" (indicando a sostegno D. 38.15.5pr. e D.46.3.72.4, ai quali è possibile aggiungere D. 24.3.57, D. 43.3.68 e D. 46.3.72.3, nei quali compare "finge") e del richiamo alla *animadversio et auxilium praetoris*.

Diversamente A. DE MEDIO, *La legittimazione*, cit., 42 s., il quale considerava l'intero tratto interpolato.

<sup>179</sup> B. ALBANESE, *Studi*, cit., 321 ss., riteneva corrotta l'espressione "an aliqua actio creditorum in debitorem constituenda sit" e supposeva che Marcello ponesse il problema dell'applicabilità non dell'*actio legis Aquiliae* bensì dell'*actio doli*. Egli corresse così la frase: "an [aliqua] <de dolo> actio creditorum in debitorem [constituenda] <danda> sit. La tesi fu criticata da J. G. WOLF, *D. 20.1.27*, cit., 523 s., il quale considerò genuina l'espressione *actio constituere* e la frase *non existimo ... praetoris*. Accetta la ricostruzione di Wolf, da ultimo, G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 141 s.

<sup>180</sup> Cfr. D. 9.2.17 (Ulp. 18 *ad ed.*), su cui *infra* nel testo, p. ?

<sup>181</sup> Cfr. D. 9.2.27.5; D. 9.2.29.8 e G. 3.218

<sup>182</sup> Sul tema della concessione di *actiones in factum* per danni arrecati *neque corpore neque corpori* si vedano, tra gli altri, R. SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in "Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea". *Atti del Convegno di Diritto Romano - Siena 14-15 Aprile 1989*, Napoli 1991, 83 ss.; P. CERAMI, *La concezione celsiana del "ius". Presupposti culturali e implicazioni metodologiche I. L'interpretazione degli atti Autoritativi*, in AUPA, XXXVIII 1985, 120 ss.. E. VALIÑO, *Acciones*, cit., 79, pur considerando l'azione *in factum*, spiega tale qualificazione con la considerazione che, poiché a commettere il danno è stato il proprietario dello schiavo, "no es un hecho materialmente suficiente como para apreciar la existencia de un daño aquiliano".

Pensava ad un'*actio utilis ad exemplum legis Aquiliae* J. G. WOLF, *D. 20.1.27*, cit., 533.

*Ulpianus notat: Si, ut creditor noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur.*

Marcello aveva prospettato il presupposto di concessione dell'azione soltanto implicitamente, adoperando l'espressione *ex levissima offensa*, utile a sottolineare un comportamento imputabile al debitore-proprietario, il quale palesemente oltrepassava i limiti dell'ordinario potere di punizione che la sua *dominica potestas* gli attribuiva sullo schiavo. La sproporzione tra offesa e punizione era indice di una responsabilità imputabile.<sup>183</sup>

In Ulpiano la concessione dell'azione è condizionata dal comportamento doloso del debitore pignoratizio il quale avesse incatenato lo schiavo allo scopo precipuo di nuocere al creditore. Se lo schiavo avesse meritato la punizione il creditore pignoratizio non avrebbe potuto esperire l'azione.<sup>184</sup>

**6.2.** Allo stesso Ulpiano appartiene D. 9.2.17, un'altra delle testimonianze in materia, nel quale la fattispecie presa in considerazione presenta un elemento in comune con quella analizzata da Marcello. Si legga il frammento.

D. 9.2.17 (Ulp. 18 *ad ed.*) *Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessor vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.*<sup>185</sup>

Si tratta, anche in questo caso, di un'ipotesi di uccisione di uno schiavo da parte dello stesso *dominus*. Ulpiano concede al possessore di buona fede ed al creditore pignoratizio un'*actio in factum*.

Occupiamoci dell'estensione della legittimazione al creditore pignoratizio.<sup>186</sup>

Il tono deciso di Ulpiano, differente da quello di Marcello, non deve sorprendere. E' del tutto verosimile, anzi tutto, che Ulpiano abbia superato le iniziali incertezze di chi, come Marcello, probabilmente tra i primi, aveva cominciato ad estendere la tutela al creditore pignoratizio. Non è senza rilievo, infatti, che in D. 9.2.17 la fattispecie sia presentata in modo netto (*si dominus servum suum occiderit*), senza alcun esplicito riferimento a problemi riguardanti l'eventuale indagine sull'elemento soggettivo, problemi che, invece, emergono nella fattispecie descritta da Marcello in D. 20.1.27 e sottolineati dallo stesso Ulpiano nella nota che compare in calce ad essa. Ancora, sotto questo stes-

<sup>183</sup> Non sembra dare rilievo all'inciso *ex levissima offensa* G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 143 s., il quale ritiene che "la gravità della punizione presupponeva una condotta particolarmente turpe da parte dello schiavo", condotta atta a determinare di per sé una diminuzione del valore dello schiavo.

<sup>184</sup> Ritenne insiticia la nota di Ulpiano B. ALBANESE, *Studi*, cit., 321; Essa fu, invece, difesa da J. G. WOLF, *D. 20.1.27*, cit., 524 ss., la cui tesi è accolta da G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 139 s.

A. DE MEDIO, *La legittimazione*, cit., 43 nt. 3 aveva insistito sul fatto che Ulpiano non poteva pensare all'*actio legis Aquiliae*, in considerazione del fatto che veniva richiesto il dolo del debitore, mentre la semplice *culpa* sarebbe bastata per la convenibilità con questa azione. Egli pensava perciò che Ulpiano concedesse l'azione contrattuale. In realtà l'azione alla quale pensava Ulpiano non era certo l'*actio legis Aquiliae* bensì un'*actio in factum* (cfr. D. 9.2.17, che analizziamo nel testo), i cui presupposti erano differenti anche sotto questo profilo.

<sup>185</sup>Su questo testo: A. DE MEDIO, *La legittimazione*, cit., 44; G. VON BESELER, *Beiträge*, IV, 2 s. e 234; E. CARRELLI, *La legittimazione*, cit., 386; B. ALBANESE, *Studi*, cit., 327 ss.; U. V. LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 172; R. SANTORO, *Aspetti formulari*, cit., 109 ss.; J. G. WOLF, *D. 20.1.27*, cit., 521; E. VALIÑO, *Acciones*, cit., 71; G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 497.

<sup>186</sup> Per l'ipotesi di estensione della tutela al *bonae fidei possessor* si veda, per tutti, G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 490 ss.

so profilo, è significativo che Ulpiano non sembri considerare rilevante giustificare la concessione della tutela al creditore pignoratizio con ragioni inerenti a vicende connesse con il diritto di credito garantito, contrariamente a quanto riteneva di dover fare, invece, Marcello il quale, come si ricorderà, prospettava l'ipotesi di mancanza d'azione (*Fin-gamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat*).<sup>187</sup>

La tutela è concessa in considerazione della funzione di garanzia del diritto di pegno.<sup>188</sup>

**6.3.** Ultima fonte a nostra disposizione, nella quale è testimoniata la legittimazione ad agire del creditore pignoratizio in ipotesi di danneggiamento della *res pignoratia* è D. 9.2.30.1, questa volta di Paolo. Rispetto alle testimonianze di Marcello e di Ulpiano, in questo caso il danno è arrecato da soggetto diverso dal *dominus*.

D. 9.2.30.1 (Paul. 22 ad ed.) *Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an creditor danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est et domino et creditor eum teneri. Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus in quibus creditor danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.*<sup>189</sup>

Il testo è gravemente corrotto e di difficile ricostruzione.

Se è stato ucciso uno schiavo dato in pegno, al debitore pignorante spetta l'*actio legis Aquiliae*. Ma ci si chiede se la stessa azione debba esser data in via utile al creditore pignoratizio, poiché ciò può corrispondere ad un suo interesse, per il fatto che il debitore sia insolvente o per il fatto che non possa più esperire l'azione a tutela del diritto di credito garantito, perché prescritta.<sup>190</sup>

Paolo comincia la trattazione della questione che intende affrontare con la prospettiva di un dato certo: nel caso in cui uno schiavo dato in pegno venga ucciso

---

<sup>187</sup> Il testo è ritenuto di totale fattura compilatoria da coloro che considerano postclassica l'estensione della tutela in caso di danneggiamento al creditore pignoratizio. Si veda, per tutti, B. ALBANESE, *Studi*, cit., 327 ss.

<sup>188</sup> Medesima giustificazione fondava per Ulpiano la legittimazione del creditore pignoratizio all'*actio furti*. Si veda *infra*, a proposito di D. 47.2.12.2, pp. ?? ss.

<sup>189</sup> Su questo testo si vedano, almeno: A. DE MEDIO, *La legittimazione*, cit., 35 ss.; G. V. BESELER, *Beiträge*, IV, 2 s. e 234; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen*, I, cit., 411; U. RATTI, *Sull'accessorietà*, cit., 65; M. KASER, *Quanti ea res est*, cit., 179; ID., *Besitzpfand und Besitzloses Pfand. Studien zum römischen Pfandrecht III*, in SDHI, XLV (1979) ed in *Studien zum römischen Pfandrecht. Neudrucke mit Nachträgen des Verfassers* [Antiqua, 16], Napoli 1982, dal quale d'ora in poi citeremo, 185, 199 nt. 249; E. CARRELLI, *La legittimazione*, cit., 386 ss.; H. SIBER, *Naturalis obligatio*, in *Gedenkschrift für Mitteis*, Leipzig (1926), 75; P. VOCI, *Risarcimento e pena*, cit., 75; B. ALBANESE, *Studi*, cit., 323 ss.; F. BONIFACIO, *L'estinzione del giudizio per mors litis*, in AG., CXLII 1952, 60 ss.; U. V. LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 171; J. G. WOLF, *D. 20.1.27*, cit., 521; E. VALIÑO, *Acciones*, cit., 59 ss.; H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wien (1980), 33 s.; G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 226 ss.; C. A. CANNATA, *In tema di aestimatio rei nell'azione aquiliana (a proposito del volume di G. Valditara, Superamento ...)*, in SDHI, LVIII (1992), 397 s.

<sup>190</sup> B. ALBANESE, *Studi*, cit., 323 ss., considera genuina soltanto la prima frase e frutto di una glossa postclassica il tratto *sed – quaeritur*.

spetta al debitore l'*actio legis Aquiliae*. Evidentemente egli suppone che il debitore pignorante sia anche proprietario dello schiavo ucciso. Subito dopo propone la questione da risolvere: se la stessa azione, estesa in via utile, debba essere concessa anche al creditore pignoratizio.<sup>191</sup> Così come aveva fatto Marcello in D. 20.1.27, anche qui Paolo sente la necessità di sostenere la sua risposta positiva proponendo, probabilmente a titolo soltanto esemplificativo, due ragioni che possono fondare un interesse del creditore ad agire: l'insolvenza del debitore e la prescrizione dell'azione a tutela del credito garantito.<sup>192</sup>

*Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri.*

La proposizione del problema della iniquità del concorso dei due soggetti nell'esperimento della medesima azione nei confronti dello stesso soggetto presuppone che sia stata data risposta positiva al quesito precedente, risposta che non ci è pervenuta.<sup>193</sup> Allora è da supporre che qui la trattazione abbia subito un taglio. Il che è avvalorato anche dalla considerazione che l'*eum* non ha, nella stesura pervenutaci, alcun soggetto al quale essere riferito. Piuttosto, infatti, che pensare ad una stesura compilatoria della frase - soluzione, questa, che non darebbe conto del difetto grammaticale - sembra preferibile ritenere che qui sia saltata la parte di trattazione nella quale non solo si concedeva l'azione al creditore, ma, verosimilmente, si faceva cenno anche al soggetto nei confronti del quale tale azione era concessa: proprio quell'*occisor*, termine di riferimento del successivo *eum*.<sup>194</sup>

Analizziamo adesso la seconda parte del testo.

Il modo in cui, dal punto di vista formale, essa ci è pervenuta - così piena di scorrettezze grammaticali, tagli, espressioni sospette, ripetizioni ingiustificate<sup>195</sup> - indurrebbe a considerarla di totale fattura compilatoria.<sup>196</sup> A noi pare, tuttavia, più verosimile, data proprio l'eccessiva scorrettezza formale del testo, che essa costituisca, invece, il risultato di un maldestro intervento compilatorio, operato sulle linee di un discorso originario.<sup>197</sup>

Proviamo ad intuire l'originario pensiero del giurista classico.

---

<sup>191</sup> Sospetta, invero, appare l'uso della semplice qualificazione di *utilis* dell'*actio legis Aquiliae* estesa a soggetto diverso dal *dominus* dell'oggetto danneggiato. Si veda, per tutti, G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 230 s. La ritiene genuina U. v. LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 171, il quale ricostruisce il testo originario eliminando come insiticio ogni riferimento al dubbio sulla concedibilità di tale azione utile al creditore pignoratizio: *Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed [an] creditori danda [sit] <est> utilis [quia - quaeritur]*.

<sup>192</sup> Condivisibile l'opinione di G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 230 che non considera indizio di non genuinità la sconcordanza dei tempi tra *non sit* e *amisit* - com'è stato sostenuto (??) - ma ne giustifica l'uso "con il fatto che i presupposti delle due situazioni si riferiscono a momenti distinti".

<sup>193</sup> Diversa l'interpretazione di A. DE MEDIO, *La legittimazione*, cit., 37 ss., il quale riteneva che Paolo non concedesse l'azione al creditore pignoratizio proprio per evitare l'iniquità del cumulo.

<sup>194</sup> Così G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 231, il quale condivide l'opinione di E. CARRELLI, *La legittimazione*, cit., 388 s., che aggiunse, dopo *quaeritur*, *<Et ei utilem actionem in occisorem dabimus>*. A. DE MEDIO, *La legittimazione*, cit., 33 s. considerava come termine di riferimento l'*occisor* citato nel precedente *principium*.

<sup>195</sup> Si veda, per tutti, G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 228 ss.

<sup>196</sup> Così B. ALBANESE, *Studi*, cit., 326 ss.

<sup>197</sup> E' questa l'opinione anche di G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 231 ss., la cui proposta di ricostruzione del testo, tuttavia, diverge, come vedremo, dalla nostra.

Dicevamo che in una parte di trattazione non pervenuta Paolo doveva aver espressamente dato soluzione positiva al quesito se al creditore pignoratizio dovesse essere concessa l'*actio legis Aquiliae*, estesa in via utile. A tale soluzione seguiva la considerazione dell'iniquità del cumulo, questa salvata dai compilatori, iniquità verosimilmente fondata su ragioni di tutela dell'offensore, eventualmente costretto a pagare la *summa poenalis* a due differenti soggetti.

Leggiamo la prima frase di questa seconda parte.

*Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem,*

L'espressione "*nisi si quis*" si trova in moltissimi frammenti, nell'espressione *nisi si quis dicat* o *dixerit*,<sup>198</sup> *nisi si quis putet*,<sup>199</sup> *nisi forte quis dicat* o *dixerit*,<sup>200</sup> nei quali essa appare sempre utilizzata o per riferire un'opinione altrui o per prospettare un'ipotesi diversa da quella esaminata dal giurista.<sup>201</sup>

E' da credere, allora, che in D. 9.2.30.1 Paolo doveva aver prospettato la tesi per cui, in riferimento a qualcosa che era stata discussa in precedenza (*in ea re*), il debitore non avrebbe subito danno, poiché l'azione (soggetto di *prosit*) giovava al creditore pignoratizio (*ei*) nei limiti del valore del debito.

Fermiamoci per il momento qui.

Dunque, in un'altra parte di trattazione, anche questa volta recisa dai compilatori, Paolo doveva non solo aver proposto la soluzione al problema dell'iniquità del concorso, soluzione omessa dai compilatori - ma alla quale viene fatto riferimento nel testo con l'espressione *in ea re* - ma doveva aver anche indicato un'ulteriore problema, quello di un eventuale pregiudizio che la soluzione proposta poteva determinare per il debitore. In ordine a questo problema, infine, doveva aver prospettato la tesi per cui il debitore non avrebbe avuto alcun pregiudizio, "*cum prosit ei ad debiti quantitatem*".

Abbiamo tradotto quest'ultimo inciso "poiché l'azione (soggetto di *prosit*) giovava al creditore pignoratizio (*ei*) nei limiti del valore del debito". Ma per poter comprenderne esattamente il significato è necessario considerare anche la parte finale della frase:

*et quod sit amplius consecutus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem*

A parte la difficoltà posta dalla ripetizione del verbo *sit*, mancano, in questa parte, sia il soggetto di *consecutus*, sia il termine di riferimento di *eo*. Ora, se è agevole ipotizzare che il soggetto di *consecutus* sia il debitore, non sicura è la soluzione al problema dell'individuazione del soggetto al quale si riferisce l'espressione *ab eo*. Ciò costringe a valutare due diverse ipotesi interpretative.

Una prima lettura potrebbe indurre a pensare all'uccisore dello schiavo.

---

<sup>198</sup> Cfr. D. 40.5.4.19 (Ulp. 60 *ad ed.*)

<sup>199</sup> D. 38.17.2.44 (Ulp. 13 *ad Sab.*); D. 39.3.5 (Paul. 49 *ad ed.*).

<sup>200</sup> D. 4.3.7.2 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 5.3.13.12 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 6.1.37 (Ulp. 17 *ad ed.*); D. 13.6.7.1 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*); D. 20.4.5pr. (Marcian. *l. sing. ad form. hypoth.*); D. 20.6.8.13 (Marcian. *l. sing. ad form. hypoth.*); D. 42.1.15.9 (Ulp. 3 *de off. cons.*); D. 49.15.15 (Ulp. 12 *ad Sab.*).

<sup>201</sup> Ritene questa frase d'origine compilatoria A. DE MEDIO, *La legittimazione*, cit., 36 ss.

In questo caso l'intera frase *cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo* dovrebbe indicare la soluzione di concedere al creditore pignoratizio l'azione aquiliana, estesa in via utile, con un'*aestimatio* commisurata in ragione del valore del debito; al debitore l'azione aquiliana, diretta, contro l'uccisore, con un'*aestimatio* commisurata in ragione dell'*amplius*,<sup>202</sup> anche indipendentemente da una preliminare iniziativa del creditore pignoratizio, *ab initio*, sempre, tuttavia, *in id, quod amplius sit quam in debito*.<sup>203</sup>

Si intuisce, da questa lettura, quale doveva essere stata la soluzione prospettata da Paolo al problema dell'iniquità del cumulo. Il problema doveva essere stato risolto eliminando il cumulo stesso. Paolo doveva aver concesso l'azione aquiliana, estesa in via utile, soltanto al creditore pignoratizio e per l'intero valore del bene.<sup>204</sup> Ma questa soluzione avrebbe potuto recar pregiudizio al debitore, a meno di non ritenere (*nisi si quis putaverit*) di concedere l'azione ad entrambi i soggetti, ma con caratteri formulari differenti (*utilis* al creditore pignoratizio, *directa* al debitore) ed *aestimationes* determinate secondo criteri differenti (*ad debiti quantitatem* per il creditore pignoratizio, *in id quod amplius sit quam in debito* per il debitore pignorante).

Sebbene apparentemente coerente con il testo pervenuto, questa prima lettura non convince.

Sorprende, in primo luogo, il fatto che manchi nel testo pervenuto, un'esplicita presa di posizione di Paolo in ordine alla tesi prospettata (*nisi si quis putaverit*) per superare il problema dell'eventuale pregiudizio del debitore pignoratizio (*nullam in ea re debitorem iniuriam passurum*). E', infatti, frequente nelle testimonianze nelle quali sono impiegate espressioni analoghe a quella, *nisi si quis putaverit*, utilizzata da Paolo<sup>205</sup> che il giurista dichiara di aderire o meno alla tesi prospettata, con espressioni quali *quod non sine ratione dicitur*,<sup>206</sup> *quod admittendum est*,<sup>207</sup> *quod videtur habere rationem*.<sup>208</sup> E' probabile, allora, che questa presa di posizione di Paolo sia stata recisa dai compilatori.

Si guardi, adesso, alla restante parte del testo.

*et ideo in his casibus in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.*

Essa risulta contenere una perfetta duplicazione della soluzione prospettata da *quis*: la concessione al creditore pignoratizio dell'azione aquiliana, senza alcuna qualifi-

---

<sup>202</sup> Come rilevavamo *supra* p. ?? e nt. 32, a proposito di D. 20.1.21.3, potrebbe non essere casuale la mancata adozione anche in tale contesto del termine tecnico "*superfluum*". La *condemnatio* nell'azione penale non poteva, infatti, avere alcuna funzione risarcitoria analoga alla funzione del *pretium* nella *emptio venditio* o alla *aestimatio* valutata tenendo conto del valore della cosa in un'azione reipersecutoria. Sul significato tecnico di *superfluum* si veda *supra* p. ?? e nt. ?.

<sup>203</sup> E' questa la lettura del testo proposta da G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 232 ss. il quale, come dicevamo alla nota precedente, ritiene che Paolo concedesse ad entrambi i soggetti dell'azione aquiliana, con strutture formulari ed *aestimationes* differenti.

<sup>204</sup> Anche in tema di furto Paolo concedeva l'azione *in solidum*. Si veda *infra*, nt. ???

<sup>205</sup> Si veda *supra*, nt. ?

<sup>206</sup> Cfr. D. 49.15.15 (Ulp. 12 *ad Sab.*)

<sup>207</sup> Cfr. D. 22.1.19.1 (Gai. 6 *ad legem duod. tab.*)

<sup>208</sup> D. 13.6.7.1 (Ulp. 28 *ad ed.*)



cazione relativa alla struttura formulare, *ad modum debiti, ut prosit hoc debitori*; al debitore, la concessione della stessa *Aquiliae actio, in id quod debitum excedit*.

Non si può non pensare, allora, che essa sia di totale fattura compilatoria.<sup>209</sup>

Dunque, i compilatori avrebbero eliminato la presa di posizione di Paolo in ordine alla soluzione prospettata ed inserito al posto di essa una frase nella quale veniva confermato quel che era stato appena detto.

Gli elementi di perplessità sono tali da suscitare la sensazione che, come dicevamo, la lettura che stiamo discutendo non sia condivisibile.

Tale sensazione, inoltre, si rafforza se ci soffermiamo sul dato della mancanza nel testo pervenuto, della presa di posizione esplicita di Paolo. Al di là degli elementi formali di perplessità che abbiamo rilevato, noi crediamo che Paolo non doveva aver né prospettato né aderito alla tesi della concessione ad entrambi i soggetti dell'azione, con strutture formulari ed *aestimationes* differenti.

Diremo subito delle ragioni che ci inducono a ritenerlo. Proporranno dopo una diversa lettura della seconda parte di D. 9.2.30.1.

**6.3.1.** Si legga questa testimonianza, dello stesso Paolo ma in materia di *furtum pignoris*.

D. 47.2.15pr. (Paul. 5 *ad Sab.*) *Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneraticia actione id quod debitum excedit debitori praestabit.*

Il creditore al quale è stato sottratto il pegno può agire con l'*actio furti* non sino al valore del credito, ma *omnimodo in solidum*: ma restituirà al debitore *id quod debitum excedit*<sup>210</sup> anche in sede di *actio pigneraticia in personam*.

Questa, dunque, l'opinione di Paolo in caso di *furtum pignoris*. Egli concedeva l'*actio furti* al creditore pignoratorio *non credito tenus sed omnimodo in solidum*. La *litis aestimatio* doveva essere determinata in ragione del valore della cosa oggetto del diritto di pegno e non nei limiti dell'entità del credito garantito, *omnimodo*. E' evidente la ferma presa di posizione del giurista rispetto alla tesi, non condivisa, che considerava il criterio di determinazione della *litis aestimatio* nell'*actio furti* l'ammontare del credito garantito.

Sebbene non si evinca dal testo, è da credere che Paolo non concedesse la stessa *actio furti* al debitore pignorante.

Si legga adesso quest'altra testimonianza, sempre in materia di *furtum pignoris*, ma, questa volta, di Ulpiano.

D. 47.2.12.2 (Ulp. 29 *ad Sab.*) *Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut [non] teneatur furti et agat. Ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat*

<sup>209</sup> Così A. DE MEDIO, *La legittimazione*, cit., 36; B. ALBANESE, *Studi*, cit., ?; G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 236.

<sup>210</sup> Sul valore di questa espressione si veda *supra* p. ?? e nt. ??

*Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.*<sup>211</sup>

Questo frammento appartiene ad un tratto del ventinovesimo libro dell'*ad Sabinum* in cui Ulpiano si occupa della *emptio venditio*. In tale ambito, il giurista apre una digressione sulla materia della legittimazione all'*actio furti* di soggetti diversi dal *dominus rei*, traendono spunto dal tema "*de custodia a venditore praestanda*"<sup>212</sup> e a commento di un principio, risalente a Sabino,<sup>213</sup> "*cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet*".<sup>214</sup> L'intero inciso è caratterizzato dal fatto che le soluzioni alle questioni prospettate risultano costituire il risultato degli apporti innovativi delle opinioni di Giuliano, Pomponio e Papiniano.<sup>215</sup>

Per quel che riguarda D. 47.2.12.2, Ulpiano si occupa dell'applicazione del principio "*cuius interfuit non subripi, is actionem furti habet*" in caso di furto di *res pignori data* e l'analisi è condotta attraverso passaggi a volte segnati dal conforto dell'opinione di uno dei giuristi sopra menzionati.

La concessione dell'*actio furti* al creditore pignoratizio offre subito lo spunto ad Ulpiano per ricordare che l'azione è esperibile sia contro l'*extraneus* sia contro lo stesso proprietario, evidentemente debitore pignorante.<sup>216</sup>

---

<sup>211</sup> Sul testo si vedano, almeno: E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1958, 158; B. ALBANESE, *La nozione di del furtum da Nerazio a Marciano*, in AUPA, XXV (1956), 116 nt. 72; V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958, 141 ss.; J.A.C. THOMAS, *Furtum Pignoris*, in TR, XXXVIII (1970), 136 ss.; ID., *Furtum pignoris: a commentary on the commentaries*, in *Studi Sanfilippo I*, Milano 1982, 591 ss.; C. RASCON, *Pignus y custodia*, cit., ??; M. KASER, *Besitzpfand und Besitzloses Pfand*, cit., 191 s.; ID., *Furtum pignoris und furtum fiduciae*, in ZSS, XCIX (1982) ed anch'esso in *Studien zum römischen Pfandrecht*, cit., dal quale d'ora in poi citeremo, 243 s.; H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht I*, in RIDA, XXVI (1979), 143 ss.; ID., *Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht II*, in RIDA, XXVII (1980), 103 ss.??; ID., *La responsabilità del creditore pignoratizio*, cit., 601 ss.; ID., "*Furtum pignoris*" dans le texte d'Ulpian, 47.2.12.2, in BIDR, XC (1987), 169 ss.; P. VOICI, *Diligentia, custodia, culpa*, cit., 71 s.

<sup>212</sup> Cfr., LENEL, Pal. II, 1123 s.

<sup>213</sup> F. SCHULZ, *Sabinus fragmente*, ????????

<sup>214</sup> Cfr. D. 47.2.10.

<sup>215</sup> A tale inciso appartengono, secondo Lenel, Pal. II, 1125 s., tre frammenti, D. 47.2.12, D. 47.2.14 e D. 47.2.17 nei quali altri paragrafi, come D. 47.2.12.2, sono incentrati sul tema della legittimazione attiva del creditore pignoratizio all'*actio furti*. Analizzeremo, tra questi, a breve nel testo (*infra*, p. ?), D. 47.2.14.6 (Ulp. 29 *ad Sab.*), importante ai fini della nostra analisi di D. 20.1.21.3.

<sup>216</sup> Cfr. D. 47.2.19.5-6 (Ulp. 40 *ad Sab.*) *Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione teneatur. 6. Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditoribus aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pigneratam vendidit: nam et hic furtum eum facere constat. et ita et Iulianus scripsit.*

Anche Paolo concedeva l'*actio furti* contro il proprietario ed, in questo caso, nei limiti del valore del credito garantito. Si leggano

D. 47.2.88 (Paul. 1 *decr.*) *Creditori actio furti in summam pignoris, non debiti competit. sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur, ut in summam pecuniae debita et usurarum eius furti conveniretur.*

D.47.2.67pr. (Paul. 7 *ad Palutium*) *Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat.*

Così anche G. 3.204: *unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subriperit, nihilo minus creditori competat actio*

Questa primo principio è da Ulpiano sostenuto con il riferimento all'insegnamento di Giuliano (*et ita Iulianus scripsit*).

L'allusione al debitore – pignorante permette di introdurre un ulteriore principio: nel caso in cui a commettere furto sia stato l'*extraneus*, la stessa *actio furti* spetta non solo al creditore pignoratizio ma anche allo stesso debitore - pignorante.

Questa volta, tuttavia, manca il riferimento all'opinione di un altro giurista. Il fine di avvalorare quest'altro principio è, invece, affidato al riferimento al fondamento di tale concessione: il riconoscimento ad entrambi dell'interesse a che la cosa non sia loro sottratta, in applicazione del principio sabiniano che abbiamo sopra ricordato, "*cuius in-terfuit non subripi, is actionem furti habet*".

*Ideo autem datur utrique, quia utriusque interest.*<sup>217</sup>

---

*furti.*

<sup>217</sup> P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*, cit., 72, ritiene interpolato il tratto *nec non ... interest*, poiché "interrompe l'esposizione relativa al creditore". L'Autore ritiene che in caso di furto commesso da un terzo il creditore agisse con un'*actio furti* la cui *aestimatio* fosse sempre commisurata al valore della *res* sottratta, in ragione della responsabilità per *custodia*. Il caso del furto dello schiavo costituiva, tuttavia, un'eccezione: poiché il creditore non rispondeva per *custodia*, la *litis aestimatio* sarebbe stata commisurata in ragione del valore del credito garantito.

M. KASER, *Besitzpfand und Besitzloses Pfand*, cit., 192 s. e *Furtum pignoris und furtum fiduciae*, cit., 243 s., interpretò diversamente il frammento. Allo scopo di poterlo riferire ad un'ipotesi di *conventio pignoris* l'Autore condivise con H. Ankum – la cui opinione fin'allora espressa fu però, come vedremo, in seguito modificata - l'idea che in questo tratto di D. 47.2.12.2 Ulpiano presupponesse la circostanza di un doppio furto, successivo nel tempo, ein Sonderfall, come Egli lo definì. Una prima volta la cosa è stata rubata dal debitore pignorante, ed in riferimento a quest'ipotesi è concessa l'azione al creditore pignoratizio. In un secondo momento, quando la cosa è in mano del debitore pignorante, la stessa cosa viene rubata dal terzo. In riferimento a quest'ultima ipotesi Ulpiano concede l'azione sia al debitore pignorante sia al creditore pignoratizio.

H. ANKUM, dopo una serie di lavori dedicati al tema del *furtum pignoris*, nel 1987, scrisse un ulteriore articolo, incentrato sull'analisi proprio di D. 47.2.12.2, "*Furtum pignoris*" dans le texte d'Ulpian, 47.2.12.2, cit., nel quale l'interpretazione data in precedenza viene modificata a seguito della pubblicazione, postuma, di uno studio di J.A.C. THOMAS, *Furtum pignoris: a commentary*, cit. L'idea di base, già espressa in precedenza, non è stata modificata e continua a costituire la linea guida dell'interpretazione di D. 47.2.12.2. Secondo Ankum, in materia di *furtum pignoris* non vi sarebbe stata alcuna differenza di opinioni tra i giuristi classici. La regolamentazione, unanimemente condivisa, doveva aver distinto due presupposti di fondo, *datio pignoris* e *conventio pignoris* e, relativamente a ciascuno di essi, la diversa ipotesi che a commettere furto fosse stato un terzo o lo stesso debitore. In ordine a ciascuna di queste quattro ipotesi, il criterio di determinazione della *litis aestimatio* dell'*actio furti* concessa al creditore pignoratizio sarebbe, poi, dipeso dal riconoscimento o di un suo *Haftungsinteresse*, derivante da una responsabilità per *custodia*, o di un suo *Sicherungsinteresse*. In caso di *datio pignoris*, se il furto fosse stato commesso da un terzo, l'*actio furti* sarebbe spettata al solo creditore pignoratizio con un'*aestimatio* commisurata al valore oggettivo della *res pignori data* (*Haftungsinteresse*); se il furto fosse stato commesso dallo stesso debitore, il creditore pignoratizio avrebbe esperito contro di lui l'*actio furti* con un'*aestimatio* commisurata al valore del credito garantito (*Sicherungsinteresse*). Nel diverso caso di *conventio pignoris*, se il furto fosse stato commesso da un terzo, l'*actio furti* sarebbe spettata sia al creditore pignoratizio, nei limiti del valore del credito garantito (*Sicherungsinteresse*), sia al debitore pignorante, nei limiti della differenza tra il valore della cosa e il debito; se il furto fosse stato commesso dallo stesso debitore, il creditore pignoratizio avrebbe esperito contro di lui l'*actio furti* con un'*aestimatio* commisurata, anche questa volta, al valore del credito garantito (*Sicherungsinteresse*).

Tale quadro, costruito, ci pare, più su base teorica che su riscontri testuali chiari, ha da sempre indotto Ankum a sospettare della genuinità di D. 47.2.12.2, in ragione della concessione ad entrambi i soggetti dell'*actio furti* in un'ipotesi di *datio pignoris*. Per superare l'incongruenza con detto quadro l'Autore aveva pensato, come dicevamo, seguito da Kaser, che Ulpiano, nella parte centrale del testo, avesse trattato di un'ipotesi di doppio furto, successivo nel tempo.

Il mancato riferimento all'opinione di altro giurista, l'insistere sul principio della concessione ad entrambi i soggetti (*Ideo autem datur utrique*) e l'accento al fondamento sul quale esso si basa (*quia utriusque interest*), non doveva essere casuale in Ulpiano. La ragione di tutto ciò era data dall'intento di far leva proprio sul principio dell'interesse. A quale scopo, si intuisce dalla parte finale del frammento.

Noi pensiamo che i compilatori inserirono qui soltanto una parte della trattazione originaria, quella nella quale Ulpiano si occupava del creditore pignoratorio, riconoscendogli l'interesse ad agire indipendentemente dalla condizione del mancato adempimento del debito.<sup>218</sup> E ciò con il conforto dell'opinione di Giuliano, Pomponio e Papiniano. Ma il giurista, se ben intuivamo, proprio per la presenza dell'inciso *ideo autem datur utrique, quia utriusque interest*, nel quale l'azione è concessa ad entrambi, doveva essersi occupato anche dell'altro soggetto, il debitore pignorante, e dell'interesse che veniva a lui riconosciuto, ai fini della concessione dell'azione.

L'allusione, allora, al principio dell'interesse doveva servire per giustificare la concessione dell'*actio furti* ad entrambi i soggetti, attraverso il correttivo di una *aestimatio* che fosse commisurata all'*id quod interest*: al valore del credito garantito, per il creditore pignoratorio, alla differenza tra il valore della cosa data in pegno ed il debito, per il debitore pignorante.

Si legga

D. 47.2.46.4 (Ulp. 42 *ad Sab.*) *Et si quis proposuerit hunc servum etiam pignertum esse, eveniet, ut etiam is qui pignori accepit habeat furti actionem: hoc amplius etiam debitor, si modo plus valeat, quam pro pignore debetur, habet furti actionem.*<sup>219</sup>

Era questo, dunque, l'apporto innovativo di Ulpiano. Rispetto ad una tesi, condivisa ancora da Paolo, per cui l'*actio furti* non solo spettava al creditore in misura del valore della *res pignori data* ma, evidentemente, anche esclusivamente, non in concorso con il debitore – pignorante,<sup>220</sup> Ulpiano concedeva l'azione ad entrambi, in ragione del

---

In quest'ultimo lavoro, accolta la critica di Thomas, secondo cui non esiste traccia nel testo ulpiano di tale doppio furto (Op. cit., 592 s.), Ankum propone una nuova interpretazione del testo. Sempre allo scopo di renderlo omogeneo con il quadro ricostruttivo sempre condiviso, l'Autore sostiene che il testo originario di Ulpiano doveva avere ad oggetto non un'ipotesi di *datio pignoris* bensì di *conventio pignoris*. In tal modo la coerenza con il presupposto teorico è resa perfetta. I compilatori avrebbero, dunque, modificato la parte iniziale del testo allo scopo di applicare, per il nuovo diritto, alla *datio pignoris* la regolamentazione classica della *conventio pignoris*.

Le ragioni formali che l'autore adduce a sostegno di tale interpolazione sono troppo labili per fondare a pieno una prova. La realtà è, crediamo, che l'Autore è guidato dalla necessità di rendere il testo coerente con il suo quadro ricostruttivo. Ed è proprio questo quadro che noi non riusciamo a condividere, anche in ragione del fatto che l'Autore cita a sostegno di ciascuna dei due presupposti che ricordavamo (*datio* e *conventio*) testimonianze troppo generiche, impossibili da riferire all'una o all'altra di tali ipotesi (Si veda, *infra*, nt. ???).

<sup>218</sup> Dicevamo supra, p. ??, che è probabile che anche per l'ipotesi di danneggiamento della *res pignori data* Ulpiano concedesse al creditore pignoratorio una tutela non condizionata da circostanze inerenti al rapporto di credito.

<sup>219</sup> Il fatto che Hankum citi questa testimonianza come prova della regolamentazione del *furtum* in caso di *conventio pignoris*, costituisce la prova di un uso delle fonti che forza il dato testuale, al fine di rendere sostenibile l'intero quadro elaborato dall'Autore e del quale parlavamo alla nt. ??. Non esiste, infatti, traccia, nel testo, di una sua riferibilità all'ipotesi di *conventio pignoris*.

Si legga anche D. 47.2.14.6 che analizzeremo *infra*, pp. ?? ss.

<sup>220</sup> Ad una differenza di opinioni tra i giuristi classici aveva pensato anche M. KASER, il quale, tut-

fatto che l'uno era titolare di un *ius pignoris* che lo legittimava a considerare criterio di determinazione della *litis aestimatio* la misura del credito garantito,<sup>221</sup> l'altro era un

---

tavia, cambiò opinione nel suo ultimo lavoro in materia, *Furtum pignoris und furtum fiduciae*, cit., sostenendo che nella tarda età classica, da Papiniano in poi, per l'ipotesi in cui fosse stato concluso un contratto reale di pegno (*datio pignoris*), in conseguenza della creazione dell'*actio pigneraticia in personam* di buona fede, i giuristi fossero giunti a riconoscere in capo al creditore pignoratizio una responsabilità per *custodia*. Egli condivise, così, ma solo per la tarda età classica, il quadro ricostruttivo di Ankum.

In una nota al suo discorso (236 nt. 21), inoltre, Egli volle richiamare il nostro D. 20.1.21.3 citandolo come esempio di questo nuovo orientamento giurisprudenziale: "Nur indirekt erschliessbar ist die *cuts*.- Haftung des Besitzpfandgläubigers aus dem *Haftungsinteresse* anch aus Ulp. D. 20.1.21.3".

Nel precedente *Besitzpfand und Besitzloses Pfand*, cit., 188 Kaser aveva dedicato un fugace riferimento al lavoro di F. WUBBE, *Der Streitwert*, cit., mostrando di aver superato l'opinione espressa in *Die interesseberechnung*, cit., secondo cui vi sarebbe stato un contrasto di opinione tra Ulpiano (D. 20.1.21.3) e Marciano (D. 20.1.16.3), e di aver accolto l'interpretazione dell'autore olandese, che riferiva il passo ulpiano ad un'ipotesi di *datio pignoris*.

"Ihr hat zuletzt Wubbe eine mustergültige Untersuchung gewidmet, deren Ergebnisse mich gegenüber meiner vorangegangenen Untersuchung überzeugt haben. Hierzu mag eine kurze Skizze genügen. Nach Ulp. D. 20, 1, 21, 3 ist zu unterscheiden: Wird die Klage gegen den Schuldner erhoben, so ergeht die Verurteilung in den blossen Schuldbetrag; richtet sie sich jedoch gegen dritte Besitzer, so können diese auch höher, etwa in den vollen Sachwert, verurteilt werden. Demgegenüber lässt Marci. eod. 16, 3 (mit §§ 4 und 6) nach Wubbes tiefdringender Ausdeutung die Verurteilung, abgesehen vom Fall des *iusiurandum in litem* wegen verweigerter Naturalrestitution der Sache, immer nur in den Schuldbetrag eintreten. Während ich an eine Kontroverse gedacht habe, findet Wubbe gute Gründe dafür, dass Ulpian vom Besitzpfand handelt, Marcian vom besitzlosen Pfand. Bei diesem ist das Interesse des Gläubigers nicht höher als seine gesicherte Forderung ('*Sicherungsinteresse*'). Beim Besitzpfand gilt Gleiches, wenn er den Verpfänder verklagt. Hat er dagegen den Besitz an einen Dritten verloren, so kann er dem Verpfänder aus der *actio pigneraticia* haftbar werden, so dass es angemessen erscheint, die gegen Dritte erhobene *actio Serviana* auf den Wert gehen zu lassen, für den der Gläubiger dem Verpfänder haftet ('*Haftungsinteresse*'). Aber auch diese Unterscheidung beruht nicht auf einem prinzipiellen Gegensatz der beiden Pfandtypen, sondern darauf, dass regelmässig nur das Besitzpfand einer Haftung des Gläubigers aus der *actio pigneraticia* Raum gibt".

<sup>221</sup> Condivisibili sono i risultati delle analisi che condusse J.A.C. THOMAS *Furtum Pignoris*, cit., e *Furtum pignoris: a commentary*, cit., secondo cui, per Ulpiano, l'estensione al creditore pignoratizio della legittimazione attiva all'*actio furti* "is not based upon liability to the pledgor but on his own right in relation to the *res*".

L'unica testimonianza di Ulpiano che, nella redazione pervenuta, sembra fondare la legittimazione attiva all'*actio furti* su una responsabilità derivante da *custodia* è

D. 47.2.14.16 (Ulp. 29 *ad Sab.*) *Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere: conductio autem ei demum competit, qui dominium habet.*

Il testo è stato più volte indicato da Ankum come prova inconfutabile della tesi per cui in caso di *datio pignoris* Ulpiano doveva aver concesso l'*actio furti* al solo creditore pignoratizio ed in misura del valore della cosa, tanto da farne guida per fondare il giudizio di non genuinità di D. 47.2.12.2 e il riferimento di D. 47.2.46.4 ad un'ipotesi di *conventio pignoris*.

J.A.C. THOMAS *Furtum Pignoris*, cit., 143 e *Furtum pignoris: a commentary*, cit., 588 s. ha, invece, efficacemente dimostrato il carattere insitico dell'inciso "*item locati pignorisve accepti*" in ragione dell'inaccettabile genericità del termine *locati*. Con essa, infatti, si fa riferimento ad ogni rapporto di *locatio*, sia *rei* che *operis*, mentre è noto che soltanto in alcune figure di *locatio operis* operava la *custodia* come criterio di determinazione delle responsabilità contrattuali. Se, dunque, essa è certamente stata introdotta da mano estranea, non si può non pensare altrettanto dell'espressione *pignorisve accepti*, indissolubilmente legata a *locati* dalla particella *ve*.

In più, aggiungiamo, proprio l'espressione *pignorisve accepti* appare dal punto di vista formale sospetta. Se, infatti, nell'inciso *veluti commodati, item locati pignorisve accepti* deve ritenersi implicito il termine *actio* o *contractus*, deve essere rilevato che non esiste nelle fonti alcuna testimonianza di

proprietario che, per ragioni di equità, in questo caso, poteva contare solo su un criterio costituito dalla differenza tra il valore della cosa e il suo debito.<sup>222</sup>

**6.3.2.** Torniamo adesso a D. 9.2.30.1. A noi pare plausibile che, come in tema di *actio furti*, anche in tema di *damnum iniuria datum* Paolo non sia giunto ad ammettere un'*aestimatio* commisurata al valore del credito e che sia, invece, rimasto ancorato al criterio del *verum pretium*.<sup>223</sup>

Se così è, e se si guarda bene alla testimonianza di D. 47.2.15pr. sopra esaminata, quel tratto di D. 9.2.30.1 che stiamo analizzando va letto diversamente. Riportiamo per comodità, ancora una volta, il testo.

*Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecutus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem*

Dicevamo che l'interpretazione dell'intera frase dipende dal termine di riferimento di quell'*eo* dal quale il debitore pignorante *consecutus sit quod sit amplius* e avevamo ipotizzato, in un primo momento, che esso fosse l'uccisore dello schiavo.<sup>224</sup>

L'alternativa a questa lettura si ha se si considera quell'*eo* riferito non all'uccisore ma al creditore pignoratizio.

In questo modo la frase *cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecutus sit ab eo* acquista un significato diverso. Il creditore pignoratizio avrebbe esperito l'azione aquiliana con un'*aestimatio* commisurata in ragione del valore del bene, ne avrebbe tratto vantaggio nei limiti del valore del debito (*cum prosit ei ad debiti quantitatem*) e il debitore avrebbe conseguito l'*amplius* dallo stesso creditore pignoratizio (*ab eo*), in sede di *actio pigneraticia in personam*.<sup>225</sup>

Si vede bene la perfetta analogia con la soluzione che, in D. 47.2.15pr. dà lo stesso Paolo in tema di *actio furti*.

Il rimedio proposto, e riferito da Paolo (*nisi si quis putaverit*), sarebbe stato la concessione al debitore pignorante della possibilità di agire con l'*actio pigneraticia in personam* per il recupero dell'*amplius*.

Oltre ad una maggiore plausibilità sotto il profilo della coerenza di pensiero del giurista, questa interpretazione ha il vantaggio, ancora, di salvare l'omogeneità dell'intero frammento, rendendo spiegabile l'intervento compilatorio. Noi crediamo che nella sostanza la prima frase di questa seconda parte del frammento sia genuina, ma che

---

un'espressione quale *actio pignoris accepti* per indicare l'*actio pigneraticia in personam*, né *contractus pignoris accepti*.

<sup>222</sup> Significativo, ai nostri fini, il seguente testo.

D.47.2.46.1 (Ulp. 42 *ad Sab.*) *Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse eius, dupli: proprietarius vero aget, quod interfuit eius proprietatem non esse subtractam.*

<sup>223</sup> G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 233 ss., ha, dunque, prospettato un'analogia di regime dell'*actio legis Aquiliae* con l'ipotesi di *furtum pignoris*, non ritendo che vi fosse tra Paolo e Ulpiano alcuna differenza di opinioni.

<sup>224</sup> Cfr. *supra* ?

<sup>225</sup> Propone questa stessa interpretazione del tratto "*cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecutus sit ab eo*" C. A. CANNATA, *In tema di aestimatio rei*, cit., 398, nell'ambito, tuttavia, di una lettura della seconda parte di D. 9.2.30.1 diversa da quella che noi proponiamo.

formalmente su di essa abbiano operato i compilatori. Allo scopo di omettere il riferimento all'*actio pigneraticia in personam* e di rendere formalmente il testo privo di ulteriori riferimenti espliciti ad essa, essi eliminarono ogni allusione ai soggetti di *prosit* e *consecuturus* ed ai termini di riferimento di *ei* e di *ab eo*. Tutto ciò al fine di modificare il testo in modo da renderlo compatibile con la soluzione della concessione ad entrambi i soggetti dell'azione aquiliana con *aestimationes* differenti, che essi vollero introdurre inserendo l'ultima frase. Eliminarono, così, la probabile adesione esplicita di Paolo alla soluzione che il giurista prospettava e che i compilatori modificarono,<sup>226</sup> utilizzarono l'inciso *vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem* come necessaria cerniera, utile a legare la prima frase, modificata come abbiamo supposto, con la seconda e collegarono il tutto alla prima parte del frammento, facendo riferimento all'ipotesi di insolvenza del debitore<sup>227</sup> e di *mors litis*.<sup>228</sup>

Si conferma, in conclusione, l'impressione di cui dicevamo all'inizio della nostra analisi di D. 9.2.30.1. Si tratta di un testo sostanzialmente affidabile nella prima parte, nella quale sembra classica la soluzione della concessione dell'*actio legis Aquiliae*, estesa in via utile, al creditore pignoratizio. Nella seconda parte è possibile soltanto intuire l'andamento di un discorso originario nel quale a quesiti facilmente individuabili e probabilmente genuini, sono tramandate soluzioni che con molta probabilità non sono attribuibili al pensiero di Paolo.

7. Riprendiamo le fila della nostra indagine. Dimostrata la classicità della legittimazione del creditore pignoratizio ad agire in caso di danneggiamento della cosa pignorata, torniamo all'ipotesi di interpretazione dell'espressione *etiam pluris* di D. 20.1.21.3.

E' probabile, dicevamo, che Ulpiano abbia riconosciuto al creditore pignoratizio la possibilità di far valere la responsabilità del possessore per aver danneggiato la *res pignerata* anche in sede di *actio Serviana*.<sup>229</sup> Ciò, ovviamente, se il danno arrecato avesse determinato una diminuzione di valore della cosa tale da comprometterne la capacità di soddisfare, con l'eventuale vendita, il credito garantito. Solo in questo caso, infatti, si sarebbe potuto ravvisare un interesse del creditore ad agire, interesse che, in sede di *actio Serviana*, sarebbe stato tutelato concedendo all'attore la possibilità di far valere la responsabilità del convenuto nella fase dell'*arbitrium de restituendo*, durante la quale il giudice avrebbe potuto conoscere dell'avvenuto danneggiamento, grazie all'emersione del principio dell'*id quod actoris interest*.<sup>230</sup> Il convenuto, di conseguenza, nell'obbedire all'invito rivoltagli dal giudice a *restituere*, non solo avrebbe dovuto trasferire il possesso della cosa pignorata all'attore, ma, ancora, avrebbe dovuto pagare una somma di denaro indicata dallo stesso giudice nella misura, per usare un'espressione che abbiamo già incontrato, dell'*id quod deest*, tale cioè da coprire il valore del credito garantito rispetto al valore della *res*, così come deteriorata,

<sup>226</sup> Si veda *supra* ?

<sup>227</sup> L'espressione *inopia debitoris* è da sempre ritenuta sospetta in dottrina.

<sup>228</sup> Completamente differente l'interpretazione di U. v. LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 171, il quale ricostruisce il testo originario attribuendo, senza esitazioni, a Paolo la soluzione della concessione ad entrambi i soggetti dell'azione ma con *aestimationes* differenti: [*Nisi si quis putaverit – amisit*] *creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae <utilem> actionem, [ ut prosit hoc debitori] ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.*

<sup>229</sup> Ritene verosimile una tale possibilità M. KASER, *Besitzpfand und Besitzloses Pfand*, cit., 186; S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 135 nt. 5.

<sup>230</sup> Si veda *supra*, ?.

nell'eventualità che venisse restituita.<sup>231</sup> Se, invece, il convenuto non avesse accolto l'invito del giudice, la stima della lite, crediamo, sarebbe stata sempre commisurata al valore del credito garantito, perché questo era l'interesse riconosciuto all'attore.

E' possibile, tuttavia, immaginare che Ulpiano abbia ammesso che, in conseguenza della avvenuta emersione, in sede di *arbitrium de restituendo*, della responsabilità del convenuto per aver causato il danneggiamento della cosa pignorata, si determinasse come meritevole di tutela l'interesse del creditore pignoratizio a conseguire una somma superiore al valore del suo credito garantito.

Ed è questa l'ipotesi alla quale colleghiamo l'*etiam pluris* di D. 20.1.21.3.

**7.1.** L'evenienza che, in conseguenza della avvenuta emersione, in sede di *arbitrium de restituendo*, della responsabilità del convenuto per aver causato il danneggiamento della cosa pignorata, si considerasse meritevole di tutela l'interesse del creditore pignoratizio a conseguire una somma superiore al valore del suo credito garantito dovrebbe collegarsi ad un'ipotesi particolare di cui abbiamo esplicita testimonianza in un frammento dello stesso Ulpiano, in tema però non di *actio legis Aquiliae* ma di *actio furti*.

Ecco la testimonianza:

D. 47.2.14.6 (Ulp. 29 *ad Sab.*) *Idem (scil. Papinianus) scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desit mea interesse, cum semel sim consecutus. Hoc ita, si sine culpa mea subripiatur: nam, si culpa mea, quia interest eo quod teneor pigneraticia actione, agero potero. Quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit. Quam sententiam Pomponius quoque libro decimo ad Sabinus probat.*<sup>232</sup>

Il frammento D. 47.2.14 appartiene a quell'inciso del ventinovesimo libro dell'*ad Sabinum* cui fa parte anche D. 47.2.12, del quale, come si ricorderà, abbiamo analizzato il §. 2.

In tale ambito, D. 47.2.14.6 appartiene ad un tratto in cui Ulpiano analizza alcune fattispecie di furto di schiavi dati in pegno, tutte incentrate sul tema della *litis aestimatio* e per le quali le soluzioni prospettate risultano costituire il risultato degli apporti innova-

---

<sup>231</sup> L'espressione si trova in D. 20.1.27, che abbiamo studiato *supra*, p. ?. G. VALDITARA, *Superamento*, cit., 146, crede alla possibilità che l'*actio in factum* concessa in questa testimonianza al creditore pignoratizio per il danneggiamento della *res pignerata* potesse determinare una *litis aestimatio* commusurata all'*id quod interest*.

<sup>232</sup> Anche su questo testo la letteratura è amplissima. Si vedano: F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation*, cit., 54 s.; W. W. BUCKLAND, *L'intérêt dans l'"actio furti" en droit classique*, in NRH, XL (1917), 41 ss; ? HAYMANN, *Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS, XL 1919, 216; G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I. La responsabilità per custodia*, Milano (1938), 242 in nota; H.H.PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht*, in ZSS, LXV (1947), 145; V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958, 95 nt. 3; J.A.C. THOMAS, *Furtum Pignoris*, cit., 142 ss.; ID., *Furtum pignoris: a commentary*, cit., 595 s.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen (1972), 46 nt. 48, 104 nt. 95, 131 nt. 259; S. TAFARO, *La interpretatio*, cit., 180 ss.; F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione*, Bari 1982, 676 e 694; M. KASER, *Besitzpfand und Besitzloses Pfand*, cit., 195 s.; ID., *Furtum pignoris und furtum fiduciae*, cit., 246 ss.; H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum fiduciae I*, cit., 155?; ID., *Furtum pignoris und furtum fiduciae II*, cit., ?; ID., *"Furtum pignoris" dans le texte d'Ulpian*, cit., 185 s.; P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa*, cit., 71 nt. 43.



tivi delle opinioni di Pomponio e Papiniano, così come abbiamo visto avvenire in D. 47.2.12.2.<sup>233</sup>

Uno schiavo, costituito in pegno a garanzia di un credito di cento è stato rubato; il creditore pignoratorio, esperita l'*actio furti* contro il ladro, consegue una somma pari al suo credito. Riacquistato il possesso dello schiavo, il creditore pignoratorio non potrà esperire una seconda volta la stessa azione penale, se, di nuovo, lo stesso schiavo sarà rubato. Ciò perché viene meno l'interesse a tutela del quale gli viene riconosciuta la legittimazione attiva all'*actio furti*: l'interesse, cioè ad avere assicurato il conseguimento del credito garantito.

Dunque, è ribadito anche in questa testimonianza il principio generale, scopriamo qui condiviso da Papiniano, per cui la concessione al creditore pignoratorio dell'*actio furti* è riconosciuta, come per l'ipotesi di *actio legis Aquiliae*, nei limiti del valore del credito garantito.

Ulpiano, tuttavia, confortato dalle opinioni questa volta sia di Papiniano sia di Pomponio, riconosce la possibilità di agire una seconda volta, qualora il furto sia stato commesso con il concorso colposo dello stesso creditore pignoratorio. In questo caso ad essere riconosciuto meritevole di tutela è l'interesse del creditore pignoratorio a conseguire una somma tale da indennizzarlo di quanto sarà costretto a pagare, in sede di *actio pigneraticia in personam*, al debitore pignorante di fronte al quale egli è appunto responsabile per il suo comportamento colposo.

E' evidente il diverso fondamento che giustifica le due azioni. Per il primo furto il fondamento dell'azione è costituito dal diritto reale di pegno, per il secondo furto, estinto il diritto reale, ad emergere come rilevante ai fini della concessione dell'*actio furti* è il rapporto contrattuale di pegno.

L'inciso "*quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditoribus non competit*" va interpretato alla luce di D. 40.2.12.2 e D. 47.2.46.4, che abbiamo analizzato (*supra*, p. ?) e dai quali risulta chiaramente che, in caso di *furtum pignoris*, Ulpiano concedeva l'*actio furti* al creditore pignoratorio ed al debitore pignorante in concorso tra loro. L'*actio quae*, nella circostanza esaminata (*si iterum servus subripiatur e si culpa abest*) *creditoribus non competit* non può, dunque, essere un'*actio furti* (del creditore pignoratorio) che esclude un'altra *actio furti* (del debitore pignorante). *Sine dubio domino competere videtur* quell'*actio* che al creditore pignoratorio spetta, in caso di sua *culpa*, con un'*aestimatio* commisurata al valore del bene. Il debitore pignorante, vale a dire, nel caso in cui non si ravvisi un'interesse del creditore pignoratorio ad agire, esperirà l'*actio furti* in via esclusiva, un'*actio* nella quale al valore della cosa non verrà sottratto il valore del debito, come accade, invece, nei casi nei quali vige il concorso cumulativo nell'azione

---

<sup>233</sup> Si legga l'intera sequenza:

D.47.2.14.5-7 (Ulp. 29 ad Sab.) *Papinianus tractat, si duos servos ob decem aureos pignori acceperim et alter subripiatur, cum alter quoque, qui sit retentus, non minoris decem valeret: utrum usque ad quinque tantum habeam furti actionem, quia in alio habeo salvos quinque? an vero, quia mori potest, dici debeat in decem fore actionem, etiamsi magni pretii sit is qui retinetur? et ita putat: non enim respicere debemus pignus, quod subreptum non est, sed id quod subtractum est. 6. (...) 7. Idem dicunt, et si duo servi subrepti sint simul, competere utriusque nomine furti actionem creditoribus, sed non in totum, sed pro qua parte, in singulos diviso eo quod ei debetur, eius interest: separatim autem duobus subreptis, si unius nomine solidum consecutus sit, alterius nihil consequetur.*

L'intero tratto è riferito da Ankum e da Kaser alla fiducia. La riferibilità al *pignus* è invece difesa da J.A.C. THOMAS, *Furtum Pignoris*, cit., 142 ss.; ID., *Furtum pignoris: a commentary*, cit., 595 s..

Su l'ultimo paragrafo si veda, in particolare, S. TAFARO, *La interpretatio*, cit., 178 ss.

E' verosimile, allora, credere che in queste azioni penali, sia nell'*actio furti* sia nell'*actio legis Aquiliae*, qualora si fosse ravvisato il concorso colposo del creditore pignoratorio nella commissione dell'illecito, la stima della lite potesse essere determinata in una somma maggiore rispetto al valore del credito garantito.

8. Torniamo, per l'ultima volta, a D. 20.1.21.3. Ne concludiamo l'analisi riassumendo i risultati ai quali la nostra indagine è pervenuta.

Contrariamente a quanto sostenuto da Wubbe e da Kaser, nell'*actio Serviana* i due principi del c.d. *Haftungsinteresse* e del c.d. *Sicherungsinteresse* non furono mai considerati alternativamente idonei a fungere da criteri di determinazione della *litis aestimatio* a seconda delle diverse circostanze nelle quali l'azione fosse stata intentata, *datio* o *conventio pignoris*, azione esperita contro il debitore od azione esperita contro il terzo.

Prima della piena età classica il criterio adottato nell'interpretazione della clausola estimatoria "*quanti ea res erit*" fu certamente quello del *verum pretium*, ma non a seguito dell'utilizzazione del criterio del c.d. *Haftungsinteresse* ma in ragione del rispetto del vincolo formale costituito dal significato oggettivo e materiale del termine "*res*", indicante nell'*intentio* della formula l'oggetto materiale della lite.

L'impossibilità di considerare il c.d. *Haftungsinteresse* un criterio di determinazione della *litis aestimatio* nell'*actio Serviana* deriva dalla semplice ragione che non può ammettersi che una situazione giuridica soggettiva passiva di natura relativa, l'obbligazione di *reddere rem*, nella quale ha radici l'*Haftungsinteresse*, potesse costituire criterio di valutazione economica di una situazione giuridica soggettiva attiva di natura reale, il *ius pignoris*.

La diversa natura di tali situazioni giuridiche esclude che l'una, un'*obligatio*, potesse costituire criterio di valutazione economica dell'altra, un *ius in re aliena*.

E' invece plausibile che, ad un certo momento, in pieno diritto classico, dovevano essere stati maturi i tempi per giungere all'idea, che ci è parsa di intravedere più chiaramente nel pensiero di Ulpiano, che la *litis aestimatio* nell'*actio pignoratitia in rem* dovesse superare il principio del "*verum pretium rei*".

La strada dovette essere stata quella di superare il vincolo formale costituito dal significato oggettivo e materiale della clausola estimatoria *quanti ea res erit*, riferendo il termine "*res*" in essa contenuto non al *pignus* in senso materiale, che pure era menzionato nell'*intentio* della formula (*Si paret inter A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> et L<sup>m</sup> T<sup>m</sup> convenisse ut ea r e s qua de agitur A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> pignori esset propter pecuniam debitam*) bensì, diversamente, all'intera espressione "*res A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> p i g n o r i esse*". L'"*esse pignori*" cominciò, vale a dire, ad essere interpretato come riferentesi ad una situazione giuridica soggettiva, il *ius pignoris*, che per quanto non fosse formalmente presente nell'*intentio in factum* della formula, doveva esser stato considerato l'oggetto della tutela realizzata dall'*actio Serviana*.

Diversamente, dunque, dall'assoluto *esse* della *rei vindicatio*, l'*esse pignori* dovette essere stato concepito con un suo differente, specifico contenuto e per questo dovette essere stato considerato diversamente valutabile da un punto di vista economico.

In questo quadro, ancora, appare plausibile che Ulpiano pensasse anche ad un'ulteriore modulazione della *litis aestimatio*, grazie al ricorso al principio dell'*id quod interest* e alla presenza nella formula dell'*actio in rem* del c.d. *arbitrium de restituendo*. Tale *arbitrium* costituì, infatti, lo strumento procedurale che rese possibile l'uso del principio dell'*id quod interest* al fine di poter considerare tutelabili interessi dell'attore,

connessi alla pretesa principale, che, eventualmente, in sede estimatoria avrebbero concorso a modulare l'entità della *condemnatio*.

Nel caso in cui, durante appunto la fase dell'*arbitrium de restituendo*, nella valutazione del danneggiamento della cosa causato dal terzo possessore convenuto, si fosse ravvisato il concorso di un'attività imputabile a colpa del creditore pignoratizio, colpa di cui egli avrebbe dovuto rendere conto al debitore pignoratizio in sede di *actio pigneraticia in personam*, allora sarebbe stato considerato meritevole di tutela l'interesse del creditore pignoratizio ad essere indennizzato anche in una misura che coprisse tale sua responsabilità.

Si sarebbe potuto così anche determinare una *litis aestimatio* eventualmente coincidente con il valore della cosa, ma tale valore non avrebbe mai costituito un criterio generale di determinazione della *litis aestimatio* da utilizzarsi ogni qual volta l'*actio Serviana* fosse stata intentata *adversus ceteros possessor*.

Esso sarebbe stato il risultato di una vicenda processuale connessa all'operare dell'*arbitrium de restituendo*. Soltanto in questa fase, finalizzata alla determinazione del contenuto della *restitutio*, sarebbe stato possibile che una situazione giuridica soggettiva di natura relativa, l'obbligazione di *reddere rem* derivante dal contratto reale di pegno, potesse emergere, in un'*actio in rem*, come meritevole di tutela.

Così, in caso di mancato adempimento del *iussus de restituendo* si sarebbe pervenuti ad una *litis aestimatio*, sempre commisurata al valore del credito garantito (*quanti debitor debet*), tuttavia, eventualmente (*etiam*) maggiorata (*pluris*) per una misura che potesse coprire la responsabilità del creditore pignoratizio nei confronti del debitore pignorante, responsabilità emersa ed accertata in sede di *arbitrium de restituendo*.

## INDICE SOMMARIO

### PREMESSA

1. L'indagine trae spunto da due lavori di M. Kaser e F. Wubbe aventi ad oggetto il tema dell'individuazione del criterio in base al quale doveva essere determinata la *litis aestimatio* nell'*actio in rem* a tutela del diritto di pegno. Prima lettura delle due testimonianze sulle quali verterà il presente studio: D. 20.1.21.3 e D. 20.1.16.3.
- 1.1. Sintesi dell'interpretazione che M. Kaser diede dei due testi: il c.d. *Sicherungsinteresse* ed il c.d. *Haftungsinteresse*.
- 1.2. Sintesi dell'interpretazione di F. Wubbe.
- 1.3. Risultati sui quali concordarono i due autori. **I.** In D. 20.1.21.3 l'espressione "*etiam pluris*" fu interpretata come riferentesi al valore oggettivo della cosa e l'*Haftungsinteresse* fu invocato per giustificare l'adozione del criterio del *verum pretium*. **II.** In D. 20.1.16.3 il *iusiurandum in litem* fu considerato strumento estimatorio che portava sempre alla determinazione di una somma di denaro commisurata al valore del bene pignorato.

### PARTE I

- 1.4. Sintesi del percorso della prima parte dell'indagine.
2. **I.** Analisi di D. 20.1.21.3.
  - 2.1. Valore dell'espressione "*etiam pluris*".
    - 2.1.1. Critica all'interpretazione che ne diede Wubbe.
    - 2.1.2. Significato della congiunzione *etiam* e dell'avverbio *pluris*.
    - 2.2. Valore dell'espressione "*quia non pluris interest*". Rilevanza del principio dell'*id quod interest*. Ulpiano utilizza il riferimento a tale principio per giustificare il distacco dal criterio del *verum pretium* ed adottare il solo *Sicherungsinteresse* quale criterio base di determinazione della *litis aestimatio*.
    - 2.3. Il tema del criterio di determinazione della *litis aestimatio* è strettamente legato a quello degli effetti del suo pagamento. Nelle testimonianze che si analizzano come prova della buona plausibilità dell'interpretazione proposta di D. 20.1.21.3 risulta chiaramente la tendenza di alcuni giuristi, tra i quali certamente Ulpiano, a considerare il *Sicherungsinteresse* unico criterio di determinazione della *litis aestimatio*. Viene inoltre riconosciuto in capo al terzo convenuto, il quale adempie alla *condemnatio* pecuniaria determinata in tale misura, un possesso in base al quale sarebbe stato possibile esercitare un diritto di ritenzione, tutelato con apposita *exceptio doli* e funzionale ad indurre il debitore pignorante, che avesse rivendicato il *pignus*, a rimborsare quanto pagato.
3. D. 10.3.7.12: *iudicium communi dividundo utilis* tra creditori pignoratizi "*pro parte*". Si analizzano due aspetti del discorso ulpiano: A) la considerazione dell'ammontare del credito garantito dalla "*pars quota*" come criterio di determinazione della *aestimatio* al pagamento della quale

il giudice condanna il creditore pignoratizio aggiudicatario dell'intera cosa pignorata; B) il rapporto che viene instaurato tra *iudicium communi dividundo* e *actio Serviana* al fine di render palese la perfetta identità sia dei criteri di determinazione del valore economico della *pars quota* nel *iudicium* divisorio e della *litis aestimatio* dell'azione a tutela del diritto solitario, sia degli effetti che scaturiscono dal provvedimento di *adiudicatio* nell'un caso e dal pagamento della *litis aestimatio* nell'altro.

- 3.1. A) Significato di “*pars quota*” di un diritto di pegno, in ragione anche del principio “*indivisa causa pignoris*”.
- 3.1.1. Analisi di D. 20.1.16.8.
- 3.1.2. Analisi di D. 20.1.10. Conclusioni: la “*pars quota*” di un *ius pignoris* era economicamente valutabile solo in rapporto al valore del credito garantito del suo titolare.
- 3.1.3. B) Esame del rapporto che viene instaurato tra *iudicium communi dividundo* ed *actio Serviana*. Il valore del credito garantito costituisce il criterio di determinazione sia del valore economico della *pars quota* nel *iudicium* divisorio e sia della *litis aestimatio* dell'*actio Serviana*. L'effetto che scaturisce sia dal provvedimento di *adiudicatio* nell'un caso sia dal pagamento della *litis aestimatio* nell'altro è il riconoscimento di un possesso utile ad esercitare sulla cosa un diritto di ritenzione, diritto riconosciuto a tutela dell'interesse ad avere rimborsato dal debitore quanto pagato.
- 3.1.4. Problema della genuinità dell'inciso “*licentia tamen non denegetur debitori debitum offerre et pignus suum luere*”. Senza questa frase il testo instaurerebbe una similitudine tra l'ipotesi di divisione giudiziale realizzata attraverso l'aggiudicazione della cosa ad uno dei contitolari e la soddisfazione degli altri in misura del credito spettante a ciascuno e il caso di un contitolare che, avendo esperito l'azione Serviana, avesse ottenuto in quella sede una *litis aestimatio* sulla quale, poi, ciascun concreditore pignoratizio si sarebbe soddisfatto, anche questa volta, in ragione del proprio credito.  
Si deve presumere che il contitolare avesse agito con un'*actio in solidum* nella quale la *condemnatio* sarebbe stata commisurata al valore della cosa. Impossibilità di riferire al pensiero di Ulpiano un testo di tale tenore.
- 3.1.5. Dimostrazione: analisi di D. 8.5.4.3. L'esperimento della *vindicatio servitutis in solidum* da parte di un comproprietario di un fondo dominante determina una condanna pecuniaria commisurata non al valore oggettivo della servitù ma all'interesse del singolo contitolare agente ad esercitare il suo diritto.
- 3.1.6. L'analogia tra l'ipotesi di contitolarità di un fondo cui è dovuta una servitù e l'ipotesi di costituzione di un diritto di pegno, considerato *pro parte* interni e *in solidum* nei rapporti esterni, permette di poter presumere una coerenza di pensiero in Ulpiano. Come nella *vindicatio servitutis* esperita *in solidum* Ulpiano utilizza l'*id quod interest* quale criterio di stima utile a superare quello del valore oggettivo della *servitus* e idoneo a valutare l'interesse soggettivo dell'attore ad esercitare quel *ius* di cui è contitolare, così nell'*actio Serviana* esperita *in solidum* lo stesso *id quod interest* doveva indurre lo stesso Ulpiano a giustificare il distacco dal criterio del *verum pretium* della *res pignoratitia* e l'adozione del valore del credito garantito al singolo contitolare agente quale criterio base di determinazione della *litis aestimatio*.
- 3.1.7. Si conclude l'analisi di D. 10.3.7.12. È preferibile adottare un giudizio di sostanziale genuinità dell'intero dettato, compreso l'inciso “*licentia ... luere*”.  
Analisi di D. 13.7.40pr., in cui Papiniano utilizza espressioni analoghe a quelle utilizzate nell'inciso in questione, nell'ambito della considerazione della medesima questione: la possibilità concessa al debitore pignoratizio, di *offerre debitum* in sede di *rei vindicatio*.
- 3.2. D. 20.2.29. *Iudicium familiae esciscundae* ed *actio Serviana*. La probabile, diversa, tesi di Paolo in ordine al problema della *litis aestimatio* nell'*actio Serviana*.
- 3.3. Altre testimonianze che attestano il valore del credito garantito come criterio di determinazione della *litis aestimatio* e il riconoscimento, come effetto del suo pagamento, di un possesso utile ad esercitare un diritto di ritenzione sulla cosa: D. 6.1.65pr.; D. 20.4.12.1; D. 13.7.28pr. e, con qualche dubbio, D. 20.6.2;
4. II. Analisi di D. 20.1.16.3.
- 4.1. Il *iusiurandum in litem* non era strumento strutturalmente volto a determinare una *aestimatio* commisurata al valore oggettivo del bene.
- 4.2. Analisi di D.21.2.66pr.: “*etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem advocat et soluta pecunia venditori dissolvitur*”. Un interessante testo che pone a confronto *actio Serviana* con *rei vindicatio*, *actio Publiciana* e *actio quae de fundo vectigali proposita est*.

- 4.3. Analisi di D. 20.1.16.6. Un'ipotesi di *condemnatio* “*pluris, quam computatio sortis et usurarum*”.

## PARTE II

5. Si riprende l'analisi di D. 20.1.21.3. Sintesi del percorso della seconda parte dell'indagine.
- 5.1. *Id quod interest* come principio utilizzato da Ulpiano a giustificazione della previsione di una variazione della misura della *condemnatio* che, ove se ne fosse presentata la necessità, aumentasse il valore del credito garantito. L'*id quod interest* nelle *actiones arbitrarie*.
- 5.2. L'*id quod interest* nel prototipo delle *actiones arbitrarie*: la *rei vindicatio*. Analisi di D. 6.1.13 e D.6.1.27.2. Esso doveva costituire il principio in applicazione del quale i giuristi giustificavano la concessione al giudice della possibilità, in sede di “*arbitrium de restituendo*”, di tutelare l'interesse dell'attore ad aver risarcito il danno causato dal convenuto, *post litem contestatam*, alla *res* oggetto della lite.
- 5.3. Analisi di D. 6.1.68. Significato dell'espressione “*non pluris ... condemnandus est*”
6. Ipotesi interpretativa di D. 20.1.21.3: è possibile che nell'ambito dell'*arbitrium de restituendo* dell'*actio Serviana* potesse emergere come giuridicamente rilevante l'interesse del creditore pignoratorio a far valere la responsabilità del possessore convenuto per aver causato il danneggiamento della *res pignerata*.
- 6.1. Testimonianze in materia di legittimazione del creditore pignoratorio ad agire in ipotesi di danneggiamento della *res* oggetto di pegno. Analisi di D. 20.1.27. Marcello concedeva al creditore pignoratorio un'azione, probabilmente un'*actio in factum*, nel caso di deterioramento di uno schiavo causato dallo stesso debitore pignorante.
- 6.2. Analisi di D. 9.2.17. Anche Ulpiano concedeva al creditore pignoratorio, *si dominus servum suum occiderit*, un'*actio in factum*.
- 6.3. Analisi di D. 9.2.30.1. La fattispecie riguarda, questa volta, un'ipotesi di danno arrecato alla *res pignerata* da un terzo. Dalla testimonianza è senz'altro possibile desumere che al creditore pignoratorio fosse concessa un'azione, risultato di un'estensione dell'*actio Legis Aquiliae*. Lo stato della fonte rende difficile individuare l'originario pensiero di Paolo.
- 6.3.1. Si analizzano alcune testimonianze in materia di *actio furti*. D. 47.2.15pr.: in caso di furto commesso da un terzo, Paolo concedeva al creditore pignoratorio l'*actio furti* “*omnimodo in solidum*”. D. 47.2.12.2: Ulpiano concedeva l'*actio furti* sia al creditore pignoratorio sia al debitore pignorante. Al primo in ragione del valore del credito garantito, al secondo in ragione della differenza tra il valore della cosa e il suo debito.
- 6.3.2. Ipotesi interpretativa di D. 9.2.30.1. Diversamente da quanto dovevano pensare altri giuristi, in caso di danneggiamento causato da un terzo Paolo concedeva soltanto al creditore pignoratorio un'azione utile, con una *litis aestimatio* commisurata al valore del bene. Il debitore pignorante avrebbe potuto agire con l'*actio pigneraticia in personam* per ottenere la differenza.
7. Si riprendono le file dell'indagine su D. 20.1.21.3. E' possibile supporre che Ulpiano abbia ammesso che, in conseguenza della avvenuta emersione, in sede di *arbitrium de restituendo*, della responsabilità del convenuto per aver causato il danneggiamento della cosa pignorata, si determinasse come meritevole di tutela l'interesse del creditore pignoratorio a conseguire una somma superiore al valore del suo credito garantito.
- 7.1. Il caso è testimoniato per l'ipotesi di *actio furti*. Analisi di D. 47.2.14.6: concorso colposo del creditore pignoratorio al delitto di furto. Plausibilità di un medesimo regime in caso di danneggiamento.
8. Conclusioni e sintesi dei risultati ai quali l'indagine è pervenuta. In caso di mancato adempimento del *iussus de restituendo* si sarebbe pervenuti ad una *litis aestimatio*, sempre commisurata al valore del credito garantito (*quanti debitor debet*), tuttavia, eventualmente (*etiam*) maggiorata (*pluris*) per una misura che potesse coprire la responsabilità del creditore pignoratorio nei confronti del debitore pignorante, responsabilità emersa ed accertata in sede di *arbitrium de restituendo*.