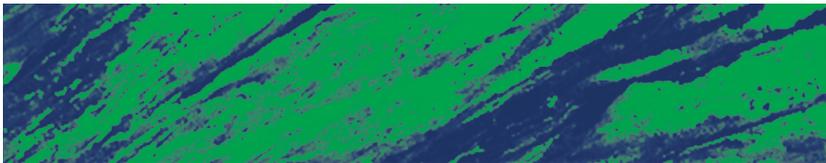


Revue historique de droit français et étranger



Revue soutenue par l'Institut
des Sciences Humaines et Sociales
du CNRS

DA|LOZ

Dimensione economica e azione della giurisprudenza : il caso delle garanzie reali*

Résumé. – Le poids économique atteint par les sûretés réelles dans le monde romain influença-t-il de façon directe leur régime juridique ? La réponse s’articule autour de trois réflexions de fond. La première est dédiée au point de vue économique des contemporains, à travers une analyse des contextes dans lesquels ils privilégièrent l’emploi de la *fiducia cum creditore* et du *pignus (datum e conventum)*. Dans la deuxième, on explique pourquoi, dans des marchés déterminés, comme ceux du crédit et des locations, les sûretés réelles se révèlent aussi attrayantes. Enfin on montre que les règles juridiques dont dépendirent le succès de ces instruments, ne furent pas élaborées par les institutions avec l’intention d’atteindre des objectifs spécifiques de nature économique (comme la circulation de la monnaie, le choix des investissements ou la rentabilité du patrimoine). Elles furent plutôt une conséquence de la liberté que le droit romain laissait aux particuliers d’autoréguler leurs propres intérêts, comme de la recherche d’un point d’équilibre que surent définir les juristes pour concilier les intérêts en jeu.

Abstract. – The present essay tries to answer the following question: could the considerable economic importance of real securities in the Roman world affect their legal regulation? The answer comes in three steps. The first takes into account economic factors and knowledge, and analyse in which circumstances contemporaries preferred the use of *fiducia cum creditore* and *pignus (datum and conventum)*. The second step explains why in certain markets, such as those of loans and leases, real securities were mostly favoured. Finally, the essay demonstrates that the legal rules that determined the success of these instruments were not created to achieve specific economic goals (such as the expansion of money circulation, the selection of investments or the profitability of assets). They were rather a consequence of both the freedom that Roman law let individuals to self-regulate their interests and of the mediation by which the jurists reconciled the various interests at stake.

(*) Il saggio riunisce e sviluppa i testi degli interventi tenuti in occasione dell’*XI Collegio di Diritto romano* (Pavia, 22.1.2013) e del primo ciclo delle *Conférences de Droit romain* dell’Université Paris Descartes (21.11.2014). Ringrazio i professori Elio Lo Cascio, Dario Mantovani e David Kremer, per aver permesso la doppia pubblicazione del testo, che in forma pressoché inalterata apparirà anche in *Diritto ed economia : due modi di pensare e organizzare il mondo*, éd. E. LO CASCIO, D. MANTOVANI, Pavia, c.d.s.

I. — PREMESSA

Le garanzie reali derivanti dal diritto romano – intese in prima approssimazione come l'insieme di quei modelli giuridici capaci di riservare uno o più beni specifici del debitore a singoli creditori¹ – vivono ormai da decenni una crisi all'apparenza irreversibile. In primo luogo, sta sul banco degli imputati la capacità di questi strumenti di assicurare fino in fondo l'interesse degli attori più strettamente coinvolti (vale a dire il debitore da una parte e il creditore garantito dall'altra). Parallelamente, è però l'opportunità stessa di soddisfare questi interessi particolari a essere messa in discussione; il che è come dire che a suscitare ormai delle riserve è addirittura il valore sociale delle garanzie reali.

In effetti, nel sistema economico attuale, qualsiasi meccanismo volto a soddisfare in via preferenziale i creditori garantiti finisce per redistribuire ricchezza in loro favore. Ed è fatale che questa redistribuzione operi in misura asimmetrica, avvantaggiando sì i creditori garantiti, ma contemporaneamente svantaggiando i creditori « non-adjusting », vale a dire tutti quei soggetti ai quali viene di fatto impedito di cautelarsi preventivamente dal rischio di un'insolvenza del debitore². Sicché è facile vedere che quanto più ampia risulti questa seconda platea – date le condizioni dei mercati dell'impresa, del lavoro o dei consumi³ – tanto più iniqua apparirebbe la scelta di lasciare alla sola garanzia reale il compito di organizzare la gerarchia dei creditori.

D'altro canto, la scelta di circoscrivere il range dei creditori scalzati dalla garanzia reale – secondo la strada battuta in molti ordinamenti continentali⁴ – ingenera una sorta di circolo vizioso con il primo fattore di crisi, di cui si diceva. Una soluzione di questo genere mina infatti in partenza l'efficacia della garanzia, e concorre a indebolire l'appeal dello strumento. Se a ciò si aggiunge – sempre sul versante degli ordinamenti continentali – il peso che viene dalla rigidità formale dei modelli tradizionali (talché per es. in Italia continua in linea

(1) Per questa prima definizione di massima della garanzia reale vd. J.- Ph. LÉVY, « Coup d'œil historique d'ensemble sur le sûretés réelles », *TR*, 55, 1987, p. 232.

(2) Sull'etichetta, coniata nell'ambito della letteratura di *Law&Economics*, vd. in part. L. ARYE BECHUK, J. M. FRIED, « The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy », *Yale Law Journal*, 105, 1996, p. 857, 864.

(3) Cf. P. O. MÜLBERT, « A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or : A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection », *EBOR*, 7, 2006, p. 366 sq. Tra i *non-adjusting creditors* vanno annoverati in primo luogo coloro che debbano rivalersi sul debitore per un danno extracontrattuale; nei confronti delle imprese di medie o grandi dimensioni sono poi tali quei creditori dal ridottissimo potere negoziale, come lavoratori subordinati, fornitori e acquirenti.

(4) Cf. J. ARMOUR, « The Law and Economics Debate About Secured Lending : Lessons for European Lawmaking ? », *ECFR*, 3, 2008, p. 13 sq.

di principio a non potersi avere pegno senza spossessamento⁵, né ipoteca senza il rispetto scrupoloso di una serie di passaggi procedurali⁶), si capisce perché il mercato da tempo si sia avviato alla ricerca di nuove forme di garanzia, più semplici ed efficaci⁷.

Per lunghissimo tempo anche gli archetipi romani delle garanzie reali hanno goduto di una stampa poco benevola. L'immagine che aleggia ripetutamente – specie nei manuali – è quella di una concorrenza schiacciante delle garanzie personali⁸. L'idea, in particolare, è che l'*adpromissio* e le forme di garanzia similari fossero preferite tanto a livello istituzionale⁹ quanto nelle contrattazioni

(5) È infatti vero che la recente legge n. 119/2016 estende i confini italiani – prima molto più angusti – del pegno mobiliare non possessorio; essa però ne riserva pur sempre l'impiego ai soli imprenditori, e in relazione a beni e a crediti esclusivamente destinati all'esercizio dell'impresa. Sui limiti fissati dalla riforma – e sui precedenti italiani di questa forma non possessoria della garanzia pignorantizia – vd. brevemente A. VENEZIANO, « Italian Secured Transactions law: The Need for Reform », *Secured Transactions Law Reform: Principles, Policies and Practice*, éd. L. GULLIFER, O. AKSELI, Oxford, 2016, p. 355 sq.

(6) Sul punto – e per una visione d'insieme dei limiti che incontra la legislazione italiana in materia ipotecaria – vd. F. FIORENTINI, « Le garanzie reali atipiche », *Riv. Dir. Civ.*, 66, 2, 2000, p. 257 sq.; A. CHIANALE, *L'ipoteca*, Torino, 2010 (Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco), p. 44 sq.

(7) Per i modelli contrattuali di cui è in atto il trapianto nel sistema italiano è oramai un classico il rinvio ad A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2001 (Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano), *passim*. Per una panoramica dei vari ordinamenti vd. invece F. FIORENTINI, « Le garanzie personali e reali nel diritto comparato degli Stati europei », *Atti notarili nel diritto comunitario e internazionale*, IV/I, *Diritto comunitario*, Torino, 2011 (Trattato di diritto notarile diretto da F. Preite), p. 810 sq. e 825 sq.; *Idem*, « Proprietary Security Rights in the Western European Countries », in F. WERRO, M. BUSSANI (éd.), *European Private Law. A Handbook*, Bern, 2009, p. 415 sq.

(8) Senza pretese di completezza, cf. R. J. GOEBEL, « Reconstructing the Roman Law of Real Security », *Tulane Law Review*, 36, 1961, p. 32; B. NICHOLAS, *An Introduction to Roman Law*, London, 1962, p. 150 sq.; M. KASER, *Das römische Privatrecht* I², München, 1971 (Handbuch der Altertumswissenschaft. Rechtsgeschichte des Altertums), p. 457 e 660 sq.; LÉVY, « Coup d'œil historique », *cit.*, p. 236; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 115 sq., 117; A. WACKE, « Max Kasers Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts », *ZRG RA*, 115, 1998, p. 175; D. JOHNSTON, *Roman Law in Context*, Cambridge, 1999 (Key Themes in Ancient History), p. 89 sq. e 95; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, III^e ed., Palermo, 2006, p. 546; R. VAN DEN BERGH, « The development of the landlord's hypothec », *Fundamina*, 15, 2009, p. 155; L. V. REDEN, *Money in Classical Antiquity*, Cambridge, 2010 (Key Themes in Ancient History), p. 99; G. MOUSOURAKIS, *Fundamentals of Roman Private Law*, Berlin/Heidelberg, 2012, p. 248; B. ARRUNADA, *The Institutions of Roman Market*, Barcelona, 2015 (Universitat Pompeu Fabra, Economics and Business Working Paper Series 1471), p. 27-29; A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, p. 465.

(9) Inteso per tale il versante rappresentato dalla legislazione e dall'editto, dove al modello delle garanzie personali si sarebbe fatto riferimento quando si trattava di esigere garanzie in favore dello stato e di rafforzare le cdd. stipulazioni pretorie. Va peraltro notato che se la preferenza dell'editto per la *satisfatio* è fuori discussione (ancorché spiegabile con la particolare natura degli impegni formalizzati attraverso le stipulazioni pretorie: vd. *infra* nt. 141), l'idea che anche i contratti pubblici privilegiassero la garanzia personale è sempre meno condivisa: cf. C. VAN GESSEL, « *Praedes, praedia, cognitores*. Les sûretés réelles et personnelles de l'adjudicataire du contrat public en droit romain », *Tâches publiques et entreprise privée dans le monde romain*, éd. J.-J. AUBERT, Genève, 2003 (Actes du Diplôme d'Études Avancées, Universités de Neuchâtel et de

private, e che ciò dipendesse sia da una maggiore immediatezza di questi strumenti (immediatezza a lungo assicurata dall'esecuzione personale) sia dalla mancanza di un sistema adeguato di pubblicità (mancanza che avrebbe costantemente impedito l'uso economicamente più efficace dell'ipoteca)¹⁰. Soltanto negli ultimi decenni – grazie al contributo decisivo offerto dai documenti della prassi, divenuti via via disponibili – si è iniziato a rimodulare (e a riequilibrare) questa rappresentazione, richiamando l'attenzione sull'importanza che le garanzie reali rivestivano proprio da un punto di vista economico¹¹.

Con minore interesse si è invece provato a definire in quale misura la dimensione economica raggiunta dalle garanzie reali nel mondo romano vada legata al dato giuridico, ossia al regime che il diritto romano seppe gradualmente attribuire a questi strumenti. E' a tale questione che sono dedicate le pagine che seguono, idealmente divise in tre parti.

In prima battuta cercheremo di verificare quale fosse la percezione economica dei contemporanei, al netto della ben nota ritrosia dei romani a impegnarsi in una teorizzazione della materia¹². Nella parte iniziale del saggio (§ 2-3) si tratterà perciò di verificare che cosa possa emergere dalle fonti antiche circa il punto di vista degli agenti economici ; in particolare : se i contemporanei ritenessero indispensabile la presenza delle garanzie reali, e in relazione a quali tipologie d'operazioni finanziarie e commerciali.

Lausanne), p. 116 ; nonché J. M. RAINER, « Public Building Contracts in the Roman Republic », in T. A. J. Mc GINN (éd.), *Obligations in Roman Law. Past, present, and future*, Ann Arbor, 2012, p. 182 sq.

(10) Gli argomenti riassunti si trovano esposti in F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 402 sq., al quale si deve il loro successo, specie nella letteratura di area anglosassone e tedesca. Nella sua forma più circostanziata la tesi si può tuttavia leggere nell'ampio saggio di L. LOUIS-LUCAS, « De la préférence des romains pour les garanties personnelles (*satisdationes*) comparées aux sûretés réelles (observation sur la L. 25, *de div. reg. jur. ant. D.*, L. 17) », pubblicato in tre parti sulla *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, 9, 1885, p. 533 sq. e 10, 1886, p. 232 sq. e 301 sq. ; gli argomenti di Louis-Lucas vennero poi ripresi in parte da N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris, 1899, p. 91 sq.

(11) J. ANDREAU, *Banking and Business in the Roman World*, Cambridge, 1999 (Key Themes in Ancient History), p. 38, 62, 74 e 152 ; D. JONES, *The Bankers of Puteoli*, Stroud, 2006, p. 74 sq. ; G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht, Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln/Weimar/Wien, 2007 (Forschungen zum Römischen Recht), p. 1-6 ; T. TERPSTRA, « Roman Law, Transaction Costs and the Roman Economy : Evidence from the Sulpicii Archive », in K. VERBOVEN *et al.* (éd.), *Pistoi dia tèn technèn : Bankers, Loans, and Archives in the Ancient World : Studies in Honour of R. Bogaert*, Leuven (Studia Hellenistica), 2008, p. 356-360 ; P. GRÖSCHLER, « Die Mittel der Kreditsicherung in den *tabulae ceratae* », nella stessa Collettanea, p. 301 sq. ; H.L.E. VERHAGEN, « Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht. Dingliche Sicherheit im Archiv der Sulpizier », *TR*, 79, 2011, p. 10 ; F. LEROUXEL, « Le marché du crédit privé, la bibliothèque des acquêts et les tâches publiques en Égypte Romaine », *Annales*, 67, 2012, p. 962 sq. ; H.L.E. VERHAGEN, « The Evolution of Pignus in Classical Roman Law. *Ius honorarium* and “*ius novum*” », *TR*, 81, 2013, p. 79 ; P. TEMIN, *The Roman Market Economy*, Princeton, 2013, p. 23 e 182 ; F. LEROUXEL, *Le marché du crédit dans le monde romain*, Rome, 2016 (Bibliothèque des Écoles françaises d'Athènes et de Rome), p. 112 sq., 145 sq., 245 sq.

(12) Vd. in gen. G. VIVENZA, « Roman Economic Thought », *The Cambridge Companion to the Roman Economic*, ed. W. SCHEIDEL, Cambridge, 2012, p. 26 sq.

Una volta messo in evidenza che le garanzie reali s'imposero come un importante complemento delle principali forme di rendita finanziaria praticate nel mondo romano (§ 4), valuteremo nella parte centrale del saggio (§ 5) quali aspetti tecnici permisero soprattutto alle due forme romane del pegno (manuale e convenzionale) di presentarsi come strumenti estremamente versatili, e da svariati punti di vista anche molto efficaci.

Infine, porremo l'interrogativo più suggestivo al quale gli studi di *Law&Economics* hanno finito per sollecitare anche agli storici del diritto. Un regime giuridico – quale fu quello romano delle garanzie reali – che finì per caratterizzarsi sia per la duttilità delle forme di costituzione della garanzia sia per la duttilità e l'immediatezza delle modalità di soddisfacimento del creditore (e dunque un regime, per riallacciarsi all'esordio del discorso, che finì per caratterizzarsi proprio per quei meccanismi di cui oggi si lamenta la scomparsa negli ordinamenti continentali) come arrivò a conquistarsi questa sua dote? Più precisamente, si trattò di un regime costruito dalle istituzioni allo scopo di orientare in una certa direzione le scelte economiche dei privati? Oppure è piuttosto vero il contrario, e cioè che la dimensione economica della garanzia reale rimase, in linea di massima, una dimensione estranea alla definizione della relativa disciplina giuridica? A questi interrogativi si proverà a dare una risposta induttiva nella terza parte del saggio (§ 6-8), seguendo dall'interno il percorso con cui la giurisprudenza arrivò a costruire tre momenti significativi del regime del pegno.

II. – NUOVE FORMULE E PROBLEMI ANTICHI

Secondo la lezione tradizionale dell'analisi economica del diritto, le garanzie del credito consentono di controllare le carenze e le asimmetrie informative che scoraggiano la conclusione di contratti, e conseguentemente la circolazione della ricchezza. Tali strumenti avrebbero perciò un effetto propulsivo sul mercato, da almeno tre punti di vista. L'effetto basilare è di permettere un accesso al credito su larga scala. In secondo luogo, l'accesso al credito avverrebbe a condizioni meno onerose per il debitore (nel senso che l'abbattimento del rischio stimolerebbe la propensione del creditore ad accontentarsi di tassi d'interesse meno elevati). Infine, la precedenza acquisita dal creditore garantito sui futuri creditori avrebbe il beneficio indiretto di trattenere questi ultimi dall'erogare mutui indiscriminati, obbligandoli a concentrarsi sui soli finanziamenti produttivi (ossia su quei soli finanziamenti il cui rientro è garantito dalla bontà del progetto economico sostenuto)¹³. Sulla validità degli ultimi due postulati – tacciati tra l'altro di essere il frutto di speculazioni economiche esclusivamente teoriche – regna uno scetticismo crescente¹⁴. Viceversa, sul primo postulato – data anche la sua evidenza empirica – il consenso è diffuso: « The strongest argument in favour of a system of secured credit is that it increases

(13) Vd. in generale C. A. HILL, « Is Secured Debt Efficient ? », *University of Texas Law Review*, t. 80, 2002, p. 1121 ; R. CALNAN, *Taking Security*, 3^d ed., Bristol, 2013, p. 11 sq.

(14) Vd. ARMOUR, « The Law and Economics Debate », *cit.*, p. 10 sq.

access to credit [...] There is a great deal of empirical evidence from around the world indicating that where an effective system of secured transactions is introduced, the availability of credit increases and economic growth results »¹⁵.

Una prima questione da porsi è dunque se lo stesso schema di pensiero possa applicarsi alla realtà romana. Naturalmente, in via preliminare occorrerà mettere in conto il fatto che nell'economia antica – e in quella romana in particolare – l'autofinanziamento, la partecipazione all'impresa di un socio di capitali e il sovvenzionamento delle attività economiche dei propri schiavi concorrevano (e forse sopravanzavano) la pratica del prestito concesso da un soggetto terzo finanziatore¹⁶. Al netto del minore impatto del prestito produttivo – ma al tempo stesso al netto anche della larga diffusione del prestito di consumo¹⁷ – non vi sono tuttavia dubbi che il primo dei postulati della *Law&Economics* sopra ricordati risulta perfettamente calzante anche alla realtà prima dell'Urbe e poi dell'ecumene imperiale. Non vi è dubbio, in altri termini, che le garanzie del credito arrivarono a costituire per i romani un presupposto indispensabile per accedere al capitale privato (oltre che talvolta pubblico¹⁸), e che la loro ragione d'essere stava nel gap informativo che gli attori del mercato finanziario avevano l'esigenza di neutralizzare.

Partendo da quest'ultimo aspetto in particolare – e puntando dunque a fare emergere il punto di vista dei soggetti economici – conviene prendere le mosse da un episodio occorso nel 45 a.C., e che ebbe per protagonisti Cicerone ed Attico¹⁹. È vero che in questa vicenda le garanzie del credito non giocarono, a quel che sembra, alcun ruolo. Essa consente tuttavia d'iniziare a mettere a fuoco quanta consapevolezza avessero gli antichi di quella che oggi definiamo l'asimmetria informativa dei contraenti e del monitoraggio conseguente del debitore, nonché dell'incidenza che entrambi questi elementi a loro volta presentavano sul costo delle transazioni.

La vicenda, che andremo a ripercorrere per sommi capi, prende le mosse dalla decisione di Cicerone di erigere il monumento funebre della figlia (scomparsa intorno alla metà di febbraio) all'interno di *horti* suburbani idonei; *horti* che si trattava però innanzitutto di acquistare. Per fronteggiare l'esborso, l'oratore contava di capitalizzare un consistente credito dovutogli dal segretario di Cesare, Faberio. Il problema ulteriore era che il credito, in quel momento, era di fatto inesigibile; e ciò non tanto perché il debitore fosse trattenuto dalle sue mansioni lontano da Roma, quanto perché non ci si poteva arrischiare di muovere causa a un protetto del dittatore²⁰. Per superare l'impasse, Cicerone stu-

(15) L. GULLIFER, J. PAYNE, *Corporate Finance Law. Principles and Policy*, 2^d ed., Oxford/Portland, 2015, p. 339; vd. anche FIORENTINI, « Le garanzie », *cit.*, p. 784 sq. e nt. 6, con la bibl. ivi indicata.

(16) Vd. in generale ANDREAU, *Banking, cit.*, p. 147 sq.

(17) Sulla distinzione (anche antica) tra i due tipi di prestito vd. ancora J. ANDREAU, *loc. cit.*

(18) Vd. *infra* in corrispondenza della nt. 72.

(19) Per la ricostruzione analitica dell'affaire si può fare riferimento a H.-P. BENÖHR, « Das Faberianum negotium. Schuldenbereinigung zur Zeit Ciceros », *ZRG RA*, 103, 1986, p. 275 sq.; per alcuni distinguo vd. anche M. IOANNATOU, *Affaires d'argent dans la correspondance de Ciceron*, Paris, 2006 (Romanité et modernité du droit), p. 388 sq.

(20) BENÖHR, « Das Faberianum negotium », *cit.*, p. 282 sq.

diò la possibilità di farsi assegnare, in luogo del pagamento, una serie di crediti che Faberio vantava a sua volta verso altre persone²¹. Quando la trattativa sembrava sul punto di chiudersi, verso la fine di maggio²², una lettera inviata da Attico sollevò tuttavia il problema dell'affidabilità dei debitori indicati da Faberio, e di uno in particolare, un tale Celio. Cicerone rispose, acconsentendo a che l'amico conducesse dalla capitale un'indagine accurata sulle capacità patrimoniali del debitore (« *de Caelio tu quaeres, ut scribis; ego nihil novi* »); e aggiunse che la verifica non doveva limitarsi alla consistenza del patrimonio di Celio, ma estendersi anche all'affidabilità e all'integrità della persona (« *nosceda autem est natura, non facultas modo* »)²³.

Scorrendo l'epistolario ciceroniano, è forte la sensazione che questa risposta non fosse del tutto sincera. Già l'indomani, l'oratore tornerà infatti a scrivere all'amico, e pur riconoscendo con mille blandizie le sue preoccupazioni, ribadirà di essere pronto a procedere²⁴. Sennonché, gli eventi daranno ragione ad Attico. Alla fine di giugno s'intuisce che i debitori ceduti da Faberio, nonostante le ripetute sollecitazioni, non avevano ancora pagato il dovuto²⁵; sicché Cicerone non solo dovette rinunciare, almeno per il momento, a comprare gli *horti* su cui aveva sfumato gli occhi per il suo progetto funerario, ma forse vide anche del tutto sgradito la possibilità di ottenere la liquidazione integrale del credito concesso a suo tempo al potente segretario di Cesare²⁶.

Questo, dunque, l'infelice esito del *negotium Faberianum*²⁷. Se si è fatto riferimento alla vicenda, non è però, ovviamente, per contrapporre la cautela di Attico alla precipitosità di Cicerone; tra l'altro è probabile che alle decisioni dell'Arpinate avessero concorso sia l'ansia di vedere sfumare il progetto del sepolcreto di Tullia, sia forse la profonda prostrazione in cui l'oratore era caduto per la morte della figlia²⁸. Ai nostri fini la testimonianza non serve insomma a ricostruire i caratteri delle persone coinvolte. Il suo valore va colto su un piano

(21) Vd. specialmente *Att. 12.5a.1*: « *Faberius si venerit, videbis ut tantum attribuat; si modo attribuet; quantum debetur* ». È peraltro discusso come si configurasse poi giuridicamente questa *attributio*; e in particolare, se l'espressione debba prendersi come indicazione atecnica di una *delegatio solvendi causa*, o se con essa non si facesse piuttosto riferimento a un meccanismo di cessione del credito che non necessitava della necessaria partecipazione del debitore ceduto, realizzandosi semplicemente attraverso l'iscrizione del credito nel *codex accepti et expensi* del cessionario: nel primo senso cf. IOANNATOU, *Affaires d'argent, cit.*, p. 388; nel secondo BENÖHR, « *Das Faberianum negotium* », *cit.*, p. 298.

(22) Per la cronologia delle varie tappe dell'*affaire*, vd. N. MARINONE, *Cronologia ciceroniana*, II^e ed., Roma/Bologna, 2004 (Collana di studi ciceroniani), p. 224-226.

(23) *Att. 12.5a.1*

(24) *Att. 13.3.1*: « *Ego vero ista nomina sic probo ut nihil aliud me moveat nisi quod tu videaris dubitare, illud enim non accipio in bonam partem: ad me refers; qui si ipse negotium meum gererem, nihil gererem nisi consilio tuo. Sed tamen intellego magis te id facere diligentia quam semper uteris quam quod dubites de nominibus istis. etenim Caelium non probas, plura non vis: utrumque laudo. His igitur utendum es. Praes aliquando factus es<es>, et in his quidem tabulis! A me igitur omnia. quod dies longior est – teneamus modo quod volumus –, puto fore istam etiam a praecone diem, certe ab heredibus* ».

(25) *Att. 13.22.4*: « *Attributos quod appellas valde probe* ».

(26) Per questo esito vd. BENÖHR, « *Das Faberianum negotium* », *cit.*, p. 309 sq.

(27) Per la denominazione, cf. *Att. 13.30.1, 13.31.1*.

(28) Cf. in gen. E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica*, Roma/Bari, 2009, p. 386 sq.

più astratto, che consiste in questo. Se Attico si proponeva di verificare la consistenza del patrimonio di Celio (*de Caelio quaerere*) e se Cicerone (non importa se convintamente o meno) rispondeva che la verifica doveva estendersi anche alla personalità del debitore (*natura, non facultas modo*), significa che entrambi gli interlocutori facevano riferimento a un modo di vedere condiviso. È dunque questa affermazione di principio – questa mutua consapevolezza che la scelta del debitore non poteva andare disgiunta da una verifica della sua solvibilità – a costituire l'aspetto per noi interessante. Si trattava infatti di una consapevolezza tanto ovvia, quanto diffusa.

Nell'esordio del *De beneficiis*, Seneca parla delle indagini condotte sulle sostanze e sulla reputazione del debitore (« *patrimonium et vita* » : significativamente, lo stesso binomio della lettera di Cicerone) come di un'abitudine dell'investitore oculato, paragonabile a un altro dato di comune esperienza, quali erano le cautele elementari che un agricoltore doveva rispettare prima di procedere alla semina²⁹. E persino negli scritti dei giuristi – che pure non appaiono interessati al fenomeno in quanto tale – viene riproposta di tanto in tanto questa figura del creditore accorto, bene attento a scegliersi le “giuste” controparti negoziali. Un tale – si racconta per es. in un responso di Paolo – coltivava l'idea di accordare un credito agli eredi di Lucio Tizio, ma era poi ritornato sulla sua decisione, « *quia facultatem eorum suspectam habuit* ». Dati i dubbi sulla solvibilità degli interessati, il finanziatore aveva preferito concludere il contratto con la madre di costoro³⁰. Dal momento che la donna non aveva poi fatto altro che girare ai figli il denaro ricevuto in mutuo, si spiega che al giurista fosse stato domandato se l'operazione violava i dettami del senatoconsulto Velleiano. E se questo era il punto che interessava al postulante, si spiega altresì che il quesito non indugiasse ulteriormente sulle circostanze che avevano portato il creditore a rivedere la sua decisione. Ciò però non toglie che dietro la scelta, rappresentata per sommi capi a Scevola, si debba immaginare proprio il tipo d'indagini evocato da Seneca.

Una verifica preliminare della solvibilità del debitore costituiva dunque il complemento indispensabile di ogni seria operazione di credito, sulla quale la verifica andava quindi a pesare. Esaminare la consistenza di un patrimonio poteva infatti tradursi in un affare complesso, che il creditore *ιστορικώτατος* – se-

(29) Sen. ben. 1.1.2 : « *Nec mirum est inter plurima maximaque vitia nullum esse frequentius quam ingrati animi. Id evenire ex causis pluribus video. Prima illa est, quod non eligimus dignos, quibus tribuamus. Sed nomina facturi diligenter in patrimonium et vitam debitoris inquirimus, semina in solum effetum et sterile non spargimus : beneficia sine ullo dilectu magis proicimus quam damus* ».

(30) Paul. 16 resp. D. 16.1.29 pr. : « *Quidam voluit heredibus Lucii Titii mutuum pecuniam dare et cum eis contrahere : sed quoniam facultates eorum suspectas habuit, magis voluit uxori testatoris dare pecuniam et ab ea pignus accipere : mulier eandem pecuniam dedit heredibus et ab his pignus accepit : quaero an intercessisse videatur et an pignora, quae ipsa accepit, teneantur creditori. Paulus respondit, si creditor, cum contrahere vellet cum heredibus Lucii Titii, evitatis his magis mulierem ream elegit, et in ipsius persona senatus consulto, quod de intercessionibus factum est, locum esse et pignora ab ea data non teneri. eas autem res, quas mulier ab his, pro quibus intercedebat, pignori accepit, creditori mulieris obligatas non esse. sed non sine ratione praetorem facturum, si non tantum in persona subducta muliere in principales debitores dederit actionem, sed etiam in res, quae mulieri obligatae sunt* ».

condo una suggestiva metafora ciceroniana³¹ – non è detto fosse sempre in grado di affrontare da solo³². Quando a non risultare immediatamente riscontrabile fosse stata per es. la solvibilità dei garanti presentati da chi fosse stato obbligato dal pretore a *satisdare*, era necessario servirsi degli uffici di un *arbiter ad sponsores probandos constitutus*³³. In casi del genere, il ricorso a un soggetto terzo si spiega naturalmente in ragione del contesto contenzioso (che è poi anche la ragione dell'attenzione dedicata dai giuristi a questa peculiare forma di arbitraggio). Ciò però non toglie che anche sul piano delle normali contrattazioni si sarebbero potute incontrare difficoltà analoghe. Per risolverle, un *fenerator* di professione avrebbe certamente potuto servirsi delle informazioni che i suoi « colleghi » andavano condividendo a questo scopo³⁴. Ma se si trattava d'investire il proprio denaro in modo più occasionale, o ci si giovava delle competenze e della rete di conoscenze delle persone con le quali si era in rapporti d'*amicitia* (come sarebbe stato il caso di Attico, rispetto alla valutazione del patrimonio di Celio³⁵), oppure non restava altra scelta che affidarsi per contratto a un terzo, il quale accettasse di studiare la documentazione fiscale e contabile dell'aspirante debitore³⁶. In un caso, come nell'altro, la cosa avrebbe tuttavia richiesto del tempo e avrebbe implicato un costo (fosse anche soltanto sul piano della *gratia*).

L'alternativa era rappresentata dal rischio di pagare a un prezzo ancora più alto l'asimmetria informativa iniziale. Che i contemporanei avessero ben presente che la questione si riduceva a un problema d'informazioni, si deduce dall'etichetta forgiata da Cicerone per altri crediti di cui aveva accettato il trasferimento nel 44 a.C., a saldo della seconda rata convenuta per la restituzione della dote della figlia Tullia. Dal momento che l'oratore nulla sapeva dello stato dei debitori cedutigli dal genero, i relativi titoli si presentavano come « *nomina ignota* », ossia come debiti il cui effettivo saldo era tutt'altro che scontato e che agitavano comprensibilmente Cicerone, se è vero che in caso di scoperto

(31) L'immagine è usata in *Att.* 6.2.3, per riferirsi all'abitudine di Dicearco da Messina di informarsi scrupolosamente sulle condizioni economiche dei debitori, prima di concedere loro dei *nomina* : cf. J. ANDREAU, « À propos de la vie financière à Pouzzoles : Cluvius et Vestorius » (1983) ora in *Patrimoines, échanges et prêts d'argent : l'économie romaine*, Roma, 1997 (Saggi di storia antica), p. 105.

(32) Cf. A. MARCONE, « Forme di "scrittura quotidiana" a Roma e nel mondo romano tra la fine dell'età repubblicana e la prima età imperiale », in M. CHIABÀ (éd.), *Hoc quoque laboris praemium. Scritti in onore di G. Bandelli*, Trieste, 2014 (Polymnia : Collana di Scienze dell'Antichità. Studi di Storia romana), p. 294.

(33) Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 2.8.9 ; Paul. 75 *ad ed.* D. e.t. 10 ; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7.3. La *nomina* e la posizione dell'*arbiter* era forse disciplinata dall'editto : cf. LENEL, *EP*³ 135 e 140.

(34) In età repubblicana, magari servendosi di quella sorta di registro dei protesti che i *feneratores* allestivano alla colonna *Maenia* : cf. J. ANDREAU, « L'espace de la vie financière à Rome » (1987) ora in *Patrimoines, cit.*, p. 164 sq.

(35) Cf. M. IOANNATOU, *Affaires d'argent, cit.*, p. 390.

(36) Cf. la seconda parte di Ulp. 11 *ad ed.* D. 17.1.42 : « *Si mandavero tibi, ut excuterer vires hereditatis, et tu, quasi minor sit, eam a me emeris, mandati <et> (ins. Momms.) mihi teneberis. tantundem et si tibi mandavi, ut vires excuterer eius cui eram crediturus et renuntiaveris eum idoneum esse* ». Sull'impiego delle *professiones* fiscali e delle *rationes* private ai fini della verifica dei patrimoni altrui, vd. in gen. G. MINAUD, *La comptabilité à Rome. Essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le monde antique*, Lausanne, 2005, p. 109 sq.

l'oratore stesso avrebbe dovuto negoziare a sua volta un prestito per far fronte ai propri pagamenti in scadenza³⁷.

Che quello di verificare preventivamente la solvibilità del debitore fosse concettualizzato come un onere del creditore emerge del resto anche dalle risposte (in genere negative) date dai giuristi e dalla cancelleria imperiale a coloro che pretendevano un rinnovo della *satisfatio*, prestata loro grazie all'intermediazione del pretore. In un rescritto di Antonino Pio si legge per es. questa icastica motivazione: « *ipsa enim facilitati sua expensum ferre debet quae minus [fideiussores] <sponsores> idoneos accepit* »; come a dire che se una persona aveva sottovalutato la solvibilità della persona scelta come debitore, doveva prendersela soltanto con se stessa³⁸.

È appena il caso di aggiungere che il fatto di aver scelto il “giusto” debitore (per patrimonio e per reputazione) era solo il primo passo richiesto a un creditore accorto. Non bastava infatti che la controparte apparisse solvibile il giorno in cui assumeva l'obbligazione; essenziale era piuttosto che il debitore si mantenesse tale, onde evitare di ritrovarsi alla resa dei conti con un patrimonio incapiente, dilapidato dallo stesso debitore oppure esaurito dall'azione di altri creditori. Allora come oggi, alla base di questo secondo versante della relazione col debitore continuava a stare una questione di squilibrio informativo, poiché il creditore doveva raccogliere da sé le informazioni necessarie per tenere sotto controllo lo stato patrimoniale della controparte. Ed è significativo, da questo punto di vista, che i giuristi ricorressero a un verbo come *vigilare*, per alludere a questa attività di monitoraggio³⁹.

Il creditore davvero sicuro era perciò quello che pretendeva il prima possibile il pagamento del debito, anche a costo di servirsi di tutti i mezzi legali. Nelle fonti letterarie a essere calati di preferenza in questo abito risultano gli usurai, a partire dal *foenarator Alphius*, di cui Columella ricordava come pro-

(37) Att. 16.3.5: « *Maxime autem me angit ratio reliquorum meorum. Quae quamquam explicata sunt, tamen, quod et Dolabellae nomen in iis est et <ex> attributione mihi nomina ignota, conturbor, nec me ulla res magis angit ex omnibus. Itaque non mihi videor errasse quod ad Balbum scripsi apertius ut, si quid tale accidisset ut non concurrerent nomina, subveniret meque tibi etiam mandasse ut, si quid eius modi accidisset, cum eo communicares. Quod facies, si tibi videbitur, eoque magis, si proficisceris in Epirum* ». Sulle complesse negoziazioni e sugli intralci cui Cicerone dovette fare fronte nella vicenda della restituzione della dote di Tullia, vd. M. IOANNA-TOU, *Affaires d'argent, cit.*, p. 426 sq.

(38) Ulp. 52 *ad ed. D.* 36.4.3.3: « *Si semel fuerit satisfatum, quaesitum est, an etiam rursus cavendum sit, si forte dicatur egenos [fideiussores] <sponsores> esse datos. et magis est, ut caveri non debeat: hoc enim divus Pius rescripsit Pacuviae Liciniana: ipsam enim facilitati suae expensum ferre debere, quae minus [fideiussores] <sponsores> idoneos accepit: neque enim oportet per singula momenta onerari eum, a quo satis petitur* ». Nello stesso senso cf. anche Ulp. 74 *ad ed. D.* 42.6.1.11.

(39) Cf. Ulp. 29 *ad ed. D.* 15.1.21 pr.; Ulp. 66 *ad ed. D.* 42.8.6.7; Scaev. *l.s. quaest. publ. tract. D. e.t.* 24. Tutti e tre i testi attengono al problema della concorrenza tra più creditori e alla posizione privilegiata di colui che si attivi prima dell'insolvenza del debitore, per ricevere il saldo del credito: cf. G. GREVESMÜHL, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht*, Göttingen, 2003 (Quellen und Forschungen zum Recht und seiner Geschichte), p. 92 sq.; per il passo di Scevola, vd. anche sotto alla nt. 44.

verbale il motto « *optima nomina non appellando fieri mala* »⁴⁰. Tuttavia, la gestione oculata del proprio patrimonio rientrava tra i doveri sociali dell'uomo dabbene, il quale era perciò tenuto a esigere i propri crediti, al tempo stesso evitando di ricorrere con leggerezza ai tribunali⁴¹. Lasciare "invecchiare" un credito – secondo la metafora con cui si lodava (*a contrario*) la sollecitudine nel riscuotere i propri prestiti⁴² – costituiva insomma una grave negligenza sociale. E la negligenza sociale poteva convertirsi in negligenza giuridica (e dunque in una fonte di responsabilità) ogniqualvolta il debito fosse diventato *inane* per l'inerzia non del creditore, ma della persona che ne amministrava il patrimonio⁴³. Dei crediti propri, viceversa, ciascuno poteva fare quel che voleva sul piano giuridico. Quando però ci si ritrovava tra le mani un *nomen inane* e che tale era diventato per il fatto di non aver monitorato a sufficienza la *bonitas* del debitore, allora valeva per il creditore lo stesso principio visto per coloro che avessero omesso ogni controllo già prima del contratto : come si legge in un testo attribuito a Scevola, i creditori che si muovono in ritardo « *suae negligentiae expensum ferre debeant* »⁴⁴.

III. – LE GARANZIE REALI COME COMPLEMENTO DEL CREDITO : IMMAGINI LETTERARIE E GIURIDICHE

In una realtà che costringeva a monitorare di continuo lo stato patrimoniale e la solvibilità del debitore, le garanzie personali e reali del credito si presentavano come uno strumento essenziale per evitare che l'asimmetria informativa, che fatalmente si dava tra le posizioni del creditore e del debitore, determinasse una contrazione delle operazioni finanziarie e finisse per provocare, in ultima

(40) Colum. 1.7.2. Per altre immagini sulla prontezza dei *feneratores* ad avvalersi dei tribunali e a reclamare i propri diritti, vd. per es. Sall. *Cat.* 33.1, Hor. *sat.* 1.2.15, Val. Max. 4.8.3, Sen. *ben.* 2.17.7, Tac. *ann.* 11.13.

(41) Cf. Cic. *off.* 2.64 e più in generale M. IOANNATOU, « Le code de l'honneur des paiements : créanciers et débiteurs à la fin de la République romaine », *Annales*, 56, 2001, p. 1209 sq.

(42) Nep. *Att.* 2.5 : *neque indulgendo inveterascere eorum aes alienum patiebatur neque multiplicandis usuris crescere*.

(43) Com'era per es. il caso dei tutori rispetto ai crediti del pupillo, degli amministratori pubblici rispetto ai crediti delle *civitates* o del marito rispetto ai crediti della moglie costituiti in dote : cf. rispettivamente (ed esemplificativamente) Ant. CI. 5.51.2, Mod. 1 *resp.* D. 50.1.36.1, Paul. 35 *ad ed.* D. 23.3.41.3.

(44) Scaev. *l.s. quaest. publ. tract.* D. 42.8.24 : anche ammesso che nell'inciso si debba vedere una glossa postclassica, aggiunta al nucleo originario del testo di Scevola, come vorrebbe D. JOHNSTON, *On a Singular Book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987 (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen), p. 56 (ma vd. *contra* I. FARGNOLI, « Cervidio Scevola e il problema di una *repetitio* "quasi indebiti soluti" », *Atti del Convegno « Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico* », Milano, 2011 [Collana della Rivista di Diritto romano], p. 105 e nt. 18, con bibl., cui *adde* F. J. WUBBE, « *Ius vigilantibus scriptum* », nella raccolta di scritti dal medesimo titolo, Freiburg, 2003 [Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz], p. 475 sq.), resta comunque che la rappresentazione dell'inerzia del creditore come una colpa rifletteva un punto di vista condiviso, desumibile anche solo dai testi (citati alla nt. precedente, cui *adde* Mod. 3 *resp.* D. 12.1.35) sulla responsabilità dell'amministratore negligente.

analisi, una contrazione della circolazione della moneta. Le garanzie personali del credito attenuavano il rischio dell'insolvenza del debitore in modo tanto più efficace quanto più risultava ampliata la platea dei soggetti dai quali si poteva pretendere il rientro del capitale. Le garanzie reali – lo abbiamo già accennato⁴⁵ – assicuravano invece al creditore di potersi rivalere su uno o più beni specifici, senza doverli condividere con altri soggetti che pure vantassero pari pretese nei confronti del debitore.

I contemporanei avevano piena consapevolezza che credito e garanzie fossero tra loro complementari. Non che si trovi – almeno a mia conoscenza – alcuna speculazione teorica sul lato economico del fenomeno. Ma che l'accesso al credito venisse a dipendere in misura consistente dalla possibilità di offrire idonee garanzie, era un dato di comune esperienza, che emerge in più occasioni dalle fonti. I testi patristici del IV secolo, in particolare, offrono una miriade di attestazioni, da Oriente a Occidente⁴⁶. È tra essi è emblematico un passaggio dei sermoni di Giovanni Crisostomo, dove le garanzie del credito – sia personali sia reali – sono presentate addirittura come componenti essenziali dell'armamentario del *fenerator*. Proprio con le parole del patriarca di Costantinopoli inizieremo perciò la nostra rassegna.

Chrysostom., *In Matthaeum Homil.* LVI (ed. J.P. Migne, *Patrologiae Cursus Completus. Series Graeca*, vol. LVIII, Parisiis 1862, 556) :

ί γάρ δυσκολώτερον τοῦ δανείζειν, καὶ ὑπὲρ τόκων καὶ συναλλαγμάτων φροντίζειν, καὶ ἐγγύας ἀπαιτεῖν, καὶ δεδοικέναι καὶ τρέμειν ὑπὲρ ἐνεχύρων, ὑπὲρ τοῦ κεφαλαίου, ὑπὲρ τῶν γραμματειῶν, ὑπὲρ τῶν τόκων, ὑπὲρ τῶν ἐγγυωμένων ; Τοιαῦτα γάρ τὰ βιωτικά. Αὕτη γάρ ἡ δοκοῦσα καὶ ἐπιουσιμένη ἀσφάλεια πάντων ἐστὶ σαθροτέρα καὶ ὑποπτος.

In una prospettiva fortemente condizionata dalla condanna del prestito a usura (e che nel contesto specifico mira a presentare quella del *fenerator* come un'esistenza scandita da affanni e da preoccupazioni), Giovanni Crisostomo offre uno spaccato piuttosto completo delle modalità con cui all'epoca si conduceva un prestito a interesse. Come prima cosa, l'attività del *fenerator* si sostanzia nel predisporre le singole clausole contrattuali (*ὑπὲρ συναλλαγμάτων φροντίζειν*) e nel richiedere garanzie personali (*ἐγγύας ἀπαιτεῖν*). A ciò si aggiunge una cura maniacale per tutto ciò da cui dipende il successo dell'investimento. Una cura che nella rappresentazione patristica si tramuta in una sorta di angoscia continua che attanaglia e logora lo speculatore, costantemente preoccupato sia per la sorte di capitale e interessi (*ὑπὲρ τοῦ κεφαλαίου, ὑπὲρ τῶν τόκων*) sia per la reale efficacia delle cautele escogitate per assicurarsi il pagamento, vale a dire pegni, documenti probatori e – di nuovo – fideiussori (*ὑπὲρ ἐνεχύρων, ὑπὲρ τῶν γραμματειῶν, ὑπὲρ τῶν ἐγγυωμένων*). Anche l'iperbole finale del discorso va riportata alla sua giusta dimensione, perché se è vero quello che il Santo predica – e cioè che persino la cautela più studiata (*αὕτη γάρ ἡ δοκοῦσα ἀσφάλεια*) poteva rivelarsi fallace⁴⁷ – è anche vero che si trattava

(45) Vd. *supra* in corrispondenza della nt. 1.

(46) M. GIACCHERO, « "Fenus", "usura", "pignus" e "fideiussio" negli scrittori patristici del quarto secolo : Basilio, Gregorio, Ambrogio, Gerolamo », *AARC*, 3, 1979, p. 443 sq.

(47) L'accettare una garanzia personale esponeva il creditore allo stesso genere di rischio che segnava il credito concesso al debitore principale, e cioè che anche il garante fosse colpito da un'in-

in questi casi di situazioni patologiche, non dell'esito che assicuravano d'ordinario le garanzie del credito⁴⁸. Al netto della prospettiva teologica, il punto di vista secolare emerge dunque in modo limpido: nella percezione del pubblico, cui si rivolgevano le omelie del patriarca di Costantinopoli, pegni e fideiussioni (oltre ovviamente ai *γραμματεία*) costituivano gli strumenti cui d'ordinario ricorreva chi voleva impegnare il proprio denaro a credito.

Questa rappresentazione della complementarità tra credito e garanzie non va però considerata come un frutto maturo del solo IV secolo. Le fonti letterarie e giuridiche mostrano che si trattava di una percezione radicata da secoli. Al tempo stesso esse permettono di prendere una prima misura anche della concorrenza che le due forme di garanzia (quella reale e quella personale) potevano fare l'una all'altra. Come abbiamo accennato, nei manuali moderni è infatti radicata l'idea che la garanzia reale abbia sempre svolto nel mondo romano un ruolo ancillare rispetto alla garanzia personale, quasi si trattasse di uno strumento residuale, sfruttato soprattutto per prestiti di piccola entità da quelle persone che per censo o per origine non potevano disporre di salde relazioni sociali nel milieu cittadino in cui operavano⁴⁹. Questa rappresentazione pecca tuttavia di superficialità e, soprattutto, non la si può pretendere valida per ogni stagione della storia di Roma. La sensazione – pur con tutti i caveat richiesti da una ricostruzione che fino al I secolo è costretta a basarsi su fonti prevalentemente letterarie – è che un quadro del genere possa applicarsi tutt'al più a una società dove il peso dei rapporti solidaristici rimaneva determinante.

Plauto, per es., nella *Rudens* mette in bocca a uno dei personaggi minori la battuta seguente: « *Tibi ego numquam quicquam credam nisi si accepto pignore* »⁵⁰. Che il pubblico dovesse trovare proverbiale una battuta del genere, è più che probabile. Tuttavia, prima di trarne la conclusione che il ricorso alla garanzia pigneratizia fosse già diffuso e generalizzato tra la fine del III e gli inizi del II secolo⁵¹, occorre considerare che la battuta è fatta indirizzare a un naufrago forestiero che ha appena guadagnato la riva e deve mendicare l'aiuto del suo interlocutore⁵². Tant'è che quando nel *Persa* si tratta di portare in scena la faciloneria del lenone Dordalo, colto al ritorno dal foro, dopo aver largheggiato in crediti concessi senza adottare le ordinarie cautele, è alla garanzia per-

sovenza sopravvenuta (vd. *infra* in corrispondenza della nt. 125). Accettando una garanzia reale, il creditore legava invece la propria posizione di vantaggio a quel bene nel quale la garanzia si sostanzialmente; il che dunque significava accollarsi il rischio di una eventuale scomparsa dell'oggetto o di una sua diminuzione di valore: cf. e.g. Diocl.-Maxim. CI. 8.13.25, Pap. 11 *resp.* D. 46.1.52 pr.

(48) Sulla questione vd. più oltre, § 5. È appena il caso di notare che nella frase finale di Giovanni Crisostomo *ἀσφάλεια* vale come *genus*, equivalente al latino *cautio*, che racchiude in sé le due *species* dell' *ἐνεχύριον* e della *ἐγγύη*: cf. lo scolio (e il rinvio a D. 17.1.59.6) dell'Anonimo ad Bas. 25.1.6.4 (Scheltema B V, 1770): 'Ἀξιώχρεως ἀσφάλεια ἔστιν ἡ δι' ἐνεχύριον ἢ δι' ἐγγυητῶν, ὡς βιβ. ιζ'. tit. α'. διγ. νθ'.

(49) Cf. gli autori citati *supra* alla nt. 8.

(50) Plaut. *Rud.* 581.

(51) Come mi sembra tenda a fare KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., p. 4 sq.

(52) Per il contesto in cui si colloca lo scambio di battute mi permetto di rinviare a L. PELLECCHI, « Per una lettura giuridica della *Rudens* di Plauto », *Athenaeum*, 101, 2013, p. 114 e 151, nt. 144; sul peso che il dialogo assegna all'estraneità del debitore alla *civitas*, vd. poi anche in part. E. NDIAYE, « L'étranger "barbare" à Rome : essai d'analyse sémique », *AC*, 74, 2005, p. 132 sq.

sonale che Plauto fa dire al personaggio d'aver rinunciato⁵³. Per la Roma dell'epoca, l'impressione è perciò quella di uno spaccato sociale effettivamente bipartito : quando il prestito era richiesto nel foro a un cittadino romano che di mestiere non facesse il *fenenerator*, la garanzia personale dava la misura del capitale sociale su cui il debitore poteva contare⁵⁴ ; quando questo capitale mancava, la sola strada che restava era quella del prestito su pegno⁵⁵.

Beninteso, il ricorso al credito su pegno – praticato in banchi dove a tassi d'interesse elevati si foraggiavano con piccoli prestiti i consumi di chiunque si fosse presentato con beni di un certo valore da impegnare – rappresentò una costante per tutto il resto della repubblica, come dell'impero. È di una *mensa* di questo tipo che Marziale dipinge come cliente un prodigo cavaliere, disposto a impegnare l'*anulum aureum* per avere di che cenare⁵⁶. Apuleio, a sua volta, colloca a Hypata un facoltoso *fenenerator*, noto in città per il fatto di concedere prestiti solo su pegni d'oro o d'argento⁵⁷. Ed anche Giovenale mostra che i piccoli prestiti di consumo erano alla portata di chiunque fosse disposto a impegnare financo il vasselame di famiglia o i preziosi che adornavano le statue dei genitori⁵⁸.

Sarebbe tuttavia un errore pensare che la garanzia reale fosse rimasta ancorata per tutto il corso dell'impero a questa sola dimensione economica. Innanzitutto, è probabile che ad essa ricorressero abitualmente anche gli *argentarii*, quando si trovavano a *collocare* il denaro che i clienti avevano affidato loro in depositi "aperti", con l'autorizzazione di farlo fruttare⁵⁹. È vero che i giuristi

(53) *Pers.* 476-478 : *Sed ut ego hodie fui benignus, ut ego multis credidi / nec satis a quiquam homine accepi : ita prosum credebam omnibus ; / nec metuo, quibus credidi hodie, ne quis mi in iure abiurassit.* Per il contesto in cui cade il motteggio, rinvio ancora a L. PELLECCHI, « Per una lettura giuridica », *cit.*, p. 157, nt. 163.

(54) Sul foro cittadino, come punto d'incontro tra la domanda e l'offerta di chi volesse (anche) occasionalmente investire il proprio denaro a credito, vd. J. ANDREAU, « *L'espace de la vie financière* », *cit.*, 161 sq. Che la *satis acceptio* – ossia la *stipulatio* accompagnata dalla presentazione di *adpromissores* (cf. Pomp. 26 *ad Sab. D.* 45.1.5.2) – dipendesse dal credito sociale che il debitore poteva vantare, si ricava a *contrario* anche da *Truc.* 241-243 : *nam quando sterilis est amator ab datis, / si negat se habere quod det, soli credimus, / nec satis accipimus, satis cum quod det non habet*; sperperare il proprio patrimonio significava insomma annullare anche il proprio capitale sociale.

(55) Il che spiega, a maggior ragione, perché dovessero contare sul pegno, piuttosto che su una *adpromissio*, coloro ai quali il capitale sociale poteva mancare del tutto in ragione dell'asservimento : cf. Plaut. *Pseud.* 85-88.

(56) *Mart.* 2.57.7-8 : *oppigneravit modo modo ad Cladi mensam / vix octo nummis anulum, unde cenaret* ; sul tipo di *mensa* cui è probabile si riferisca il passaggio, vd. J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IV^e siècle av. J.-C. - III^e siècle ap. J.-C.)*, Rome, 1987 (Bibliothèque de l'École française de Rome), p. 703.

(57) *Apul. Met.* 1.22 : « *Tandem adulescentula quaedam procedens : "Heus tu" inquit "qui tam fortiter fores verberasti, sub qua specie mutari cupis ? An tu solus ignoras praeter aurum argentumque nullum nos pignus admittere ?" ».*

(58) *Iuv.* 11.17-18 : « *Ergo haut difficile est perituram arcessere summam / lancibus oppositis vel matris imagine fracta* » : sul senso dei versi vd. E. COURTNEY, *A Commentary on the Satires of Juvenal*, London, 1980 (California Classical Studies), p. 494.

(59) Su questo lato dell'attività dei banchieri, vd. J. ANDREAU, *Banking*, *cit.*, p. 39 sq. ; sulla differenza tra depositi "chiusi" e depositi "aperti", vd. A. PETRUCCI (– P. CERAMI), *Diritto commerciale romano*³, Torino, 2010, p. 111 sq.

precisavano che i contratti di pegno (insieme a quelli di mandato) restavano *extra rationem*⁶⁰, vale a dire che non risultavano computabili tra le operazioni di cassa in cui propriamente consisteva l'*ars argentaria*⁶¹. Tuttavia, la giurisprudenza si serviva di questa considerazione per concludere che a questi contratti non si estendeva l'obbligo edittale dell'*editio rationum*; dal che è facile arguire che un problema del genere non si sarebbe nemmeno posto se pegni (e mandati) non fossero stati contratti nei quali gli *argentarii* si trovavano frequentemente coinvolti⁶².

Dai banchieri ai privati che decidessero di investire anche solo una parte del loro patrimonio in prestiti fruttiferi, il passo è però breve. È vero che i testi dei giuristi, quando occasionalmente rilanciano l'immagine di un'attività finanziaria condotta con il costante complemento della garanzia reale, lo fanno con una parsimonia di dettagli tale, che riesce impossibile ricostruire lo sfondo sociale in cui s'inserivano queste attività. A proposito di uno schiavo, Paolo dice soltanto – come premessa al caso affrontato – che il padrone lo aveva preposto « *mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis* »⁶³. E lo stesso faceva sostanzialmente Africano, quando descriveva l'attività di un servo preposto al *kalendarium* come un'attività dipanantesi tra l'*exigere* e il *credere*, « *ut interdum stipularetur et pignora acciperet* »⁶⁴. Sono però di nuovo le fonti letterarie quelle che lasciano maggiormente intravedere come la garanzia reale non fosse appannaggio esclusivo di *argentarii* e avidi *feneratores*.

Il parassita Nevolo, protagonista della nona satira di Giovenale, per mettere fine alla vita clientelare che la sua condizione economica gli impone, vorrebbe poter disporre di « *viginti milia fenus / pigneribus positus* »⁶⁵. Come è stato correttamente rilevato, la prima parte del verso vuole alludere alla rendita percepita prestando al 5 % annuo una somma pari al minimo del censo equestre (che è dunque il patrimonio che Nevolo vorrebbe possedere⁶⁶). L'immagine riflessa

(60) Cf. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.13.6.3 : « *Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, credendi, <debendi,> (ins. Momms.) obligandi solvendi sui causa negotiationem : nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere. nec si pignus acceperit aut mandatum, compellendum edere : hoc enim extra rationem esse. sed et quod solvi constituit, argentarius edere debet : nam et hoc ex argentaria venit* ».

(61) Così J. ANDREAU, *La vie financière*, cit., p. 551.

(62) Così già A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, 1991 (Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo dell'Università La Sapienza di Roma), p. 191 sq.

(63) Paul. 1 *decr.* D. 14.5.8. Con una formula forse troppo modernizzante si è dedotto dalla espressione paolina che si trattasse di « un'impresa finanziaria avente ad oggetto il prestito su pegno » : A. PETRUCCI, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori I*, Torino, 2007 (Il diritto nella storia), p. 33 ; adde N. TRAN, « Les statuts de travail des esclaves et des affranchis dans les grands ports du monde romain », *Annales*, 68, 2013/14, p. 1015.

(64) Afr. 8 *quaest.* D. 12.1.41.

(65) Iuv. *Sat.* 9.139-140.

(66) Così F. BELLANDI, « *Naevolus cliens* », *Persius and Juvenal*, ed. M. PLAZA, Oxford, 2009 (Oxford readings in classical studies), p. 482 sq., nt. 21 e p. 501 sq. ; ivi anche per la critica alla tesi che l'espressione *viginti milia fenus* stia a indicare il capitale che Nevolo si accontenterebbe di poter investire.

da Giovenale non è dunque quella di un *avidus fenerator*⁶⁷; ciononostante il protagonista ha ben presente che il suo capitale potrà dirsi ben collocato solo in presenza di idonee garanzie reali.

In età imperiale, del resto, il ricorso al pegno come condizione del credito è attestato anche in relazione a contratti tra sodali e amici, ossia in quel milieu in cui, tralattivamente, si vuole vedere il campo d'elezione della garanzia personale. Per esempio, il Telesino che compare come creditore in due epigrammi di Marziale, in una prima occasione è messo alla berlina per il fatto di essersi vantato della propria *magnitudo* per aver concesso un credito proprio in forza del rapporto di *amicitia* che lo lega al debitore⁶⁸. Tuttavia, quando l'*affaire* torna una seconda volta sotto lo sguardo del Poeta, la critica tocca un altro punto, e cioè che l'amicizia non ha impedito al creditore di subordinare il prestito alla condizione che il suo sodale impegnasse come garanzia una proprietà immobiliare⁶⁹.

D'altronde, se si considera che persino un personaggio del livello di Vespasiano, dopo il proconsolato d'Africa, dovette vincolare tutte le sue proprietà immobiliari, per ottenere un finanziamento dal fratello⁷⁰, si vede bene che la rappresentazione che vuole la garanzia reale confinata agli strati medio-bassi della popolazione, non trova un fondamento credibile per l'età imperiale.

Che questa forma di garanzia fosse ritenuta entro certi limiti addirittura più affidabile del ricorso ai garanti personali, si può anzi dedurre da alcune riflessioni dei giuristi del Principato, svolte a proposito di chi doveva amministrare un patrimonio altrui, con l'obbligo di assicurarne un certo rendimento. Da questo punto di vista, due esempi appaiono particolarmente significativi. L'uno riguarda i prestiti concessi dalle *civitates*, l'altro i prestiti concessi dai tutori per investire il denaro liquido dei loro pupilli.

Si sa che le *civitates* – al di là dell'impiego dei capitali che fossero stati loro assegnati da privati evergeti – potevano investire fondi propri attraverso prestiti feneratorizi⁷¹. Gli scritti dei giuristi lasciano però intendere che gli amministra-

(67) Così ancora F. BELLANDI, *op. cit.* p. 501, richiamando *Pers.* 5.149-150 per la giustapposizione tra il tasso "modesto" del 5% e quello "avido" dell'11% annuo.

(68) Mart. 3.41 : « *Mutua quod nobis ter quinquagena dedisti / ex opibus tantis, quas gravis arca premit, / esse tibi magnus, Telesine, videris amicus. / Tu magnus, quod das ? Immo ego, quod recipis* » : sul senso del motteggio di Marziale vd. A. FUSI, M. Valerii Martialis, *Epigrammaton liber tertius*. Introduzione, edizione critica, traduzione e commento a c. di A. F. Hildesheim, Zürich, New York, 2006 (Spudasmata. Studien zur klassischen Philologie und ihren Grenzgebieten), p. 311.

(69) Mart. 12.25 : « *Cum rogo te nummos sine pignore, « non habeo » inquis ; / idem, si pro me spondet agellus, habes : / quod mihi non credis veteri, Telesine, sodali, / credis coliculis arboribusque meis* ».

(70) Cf., oltre a Tac. *hist.* 3.65, Suet. *Vesp.* 4.6 : « *Rediit certe nihilo opulentior, ut qui, prope labefactata iam fide, omnia praedia fratri obligaret necessariosque ad mangonicos quaestus sustinendae dignitatis causa descenderit ; propte quod vulgo mulio vocabatur* » ; il prestito venne dunque investito in quel commercio di animali da cui il futuro imperatore trasse il suo nomignolo : cf. J. ANDREAU, « L'argent à Rome: les rentes de l'aristocratie », 1992, ora in *Patrimoines, échanges et prêts d'argent, cit.*, p. 268.

(71) Vd. da ult. J. ANDREAU, « Les cités de l'Empire prêtaient-elles de l'argent à intérêt ? », in Cl. BERRENDONNER et al. (éd.), *Gérer les territoires, les patrimoines et les crises. Le Quotidien municipal II*, Clermont Ferrand, 2012 (coll. « Histoires croisées »), p. 196 sq. e la bibl. *ivi citata*.

tori dei *kalendaria rerum publicarum* dovevano subordinare le aperture di credito alla presentazione di idonee garanzie reali, in ciò seguendo forse un costume inaugurato dagli stessi principi⁷². Il documento più significativo, da questo punto di vista, è costituito da un testo di Ulpiano. Dopo aver ricordato che nell'esazione dei crediti cittadini ci si doveva condurre con moderazione, evitando di pretendere il rientro del capitale, fintanto che il debitore avesse versato puntualmente gli interessi, il giurista aggiungeva che occorreva anche vigilare a che il denaro pubblico non fosse dato a credito « *sine pignoribus idoneis vel hypothecis* »⁷³. Si può discutere se la consegna fosse rivolta al *praeses provinciae* (come risulta dal testo tradito attraverso il Digesto) piuttosto che al *curator rei publicae* (cui era destinato il prontuario da cui i Compilatori di Giustiniano estrassero il passo)⁷⁴. L'essenziale, dal nostro punto di vista, è però la percezione che l'autore mostra della sicurezza del denaro pubblico investito: per Ulpiano, le *pecuniae publicae bene collocatae* sono quelle protette da una garanzia reale, non personale. Il fatto che in un testo di Modestino si faccia questione di un credito cittadino risultato a posteriori *non idoneum* proprio per il fatto che il *curator kalendarii* aveva sovrastimato nella sua estensione (e dunque nel suo valore) il fondo ipotecato⁷⁵, conferma l'effettività del precetto ricordato dal maestro severiano. Ed è forse da ricondurre al medesimo sfondo pure la peculiare regola – ricordata questa volta da Paolo – per cui le *civitates* avevano diritto agli interessi sulle somme mutuate anche quando le *usurae* fossero state semplicemente convenute *ex nudo pacto*⁷⁶.

(72) Quando Tiberio intervenne nella crisi finanziaria del 33, rendendo disponibili cento milioni di sesterzi da collocare sul mercato (privato) del credito « *sine usuris per triennium* », il prestito era comunque subordinato alla condizione che il singolo debitore « *populo in duplum praediis cavisset* » (Tac. *ann.* 6.17.3; sulle modalità complessive dell'intervento vd. PH. KAY, *Rome's Economic Revolution*, Oxford, 2014 [Oxford Studies on the Roman Economy], p. 262 sq.). Stando a Svetonio (*Aug.* 41.1) a una garanzia della stessa misura si sarebbe peraltro attenuto già Augusto in occasione di un intervento analogo.

(73) Ulp. *l.s. off. cur. r.p.* D. 22.1.33: « *Si bene collocatae sunt pecuniae publicae, in sortem inquietari debitores non debent et maxime, si parient usuras: si non parient, prospicere rei publicae securitati debet praeses provinciae, dummodo non acerbum se exactorem nec contumeliosum se praebat, sed moderatum et cum efficaciam benignum et cum instantiam humanum: nam inter insolentiam incuriosam et diligentiam non ambitiosam multum interest. [1] Praeterea prospicere debet, ne pecuniae publicae credantur sine pignoribus idoneis vel hypothecis* ».

(74) Sulla questione vd. F. JACQUES, *Le privilège de liberté. Politique impériale et autonomie municipale dans les cités de l'Occident romain*, Rome, 1984 (Bibliothèque de l'École française de Rome), p. 302 sq.

(75) Mod. 1 *resp.* D. 50.1.36.1: « *Titius pro pecunia publica, quam ipse credit, pignus accepit pacto facto cum debitore, ut non soluto debito sine ulla repromissione distrahatur pignus. succedentes gradus in locum Titii nomen et pignus probaverunt usque ad Maevium: ex venditione pignoris propter repromissionem a magistratu vendentibus factam de modo fundi demonstrato satis debito factum non est. Quaerebatur, quis rei publicae teneretur. Herennius Modestinus: Titium, cum successores eius periculum nominis agnoverint, eo nomine obstrictum non esse respondi: sed nec post magistratus qui vendidisse proponuntur, cum videlicet pluris vendiderunt propter mensurae agri demonstrationem et hoc, qua pluris vendiderunt, restituere minore modo deprehensio iussi sunt. eum igitur, qui novissimus nomen probavit, indemnitati rei publicae satisfacere debere, si nomen ad successorem idoneum transmisisset non doceatur* ».

(76) Paul. *l.s. reg.* D. 22.1.30: « *Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab eis pecuniarum* ». La regola viene normalmente spiegata come espressione di uno *ius singulare*, riconosciuto in favore delle *civitates* da una qualche costituzione imperiale: cf. V. GIUFFRÈ,

Per i mutui in cui doveva essere investito il denaro liquido dei pupilli, il discorso non può essere altrettanto conclusivo. Alcuni dati offerti dalle fonti sono tuttavia significativi. Si sa, innanzitutto, che il tutore non incorreva in responsabilità, se aveva lasciato il capitale infruttifero perché non trovava debitori affidabili⁷⁷. Come per le *pecuniae publicae*, l'obbligo era dunque quello di *collocare* il denaro in *nomina idonea*. E come per le *pecuniae publicae*, così anche per le *pecuniae pupillares* i giuristi discutevano in che misura il tutore dovesse considerarsi responsabile se il pegno accettato al momento di concedere il credito si fosse poi rivelato insufficiente, se non addirittura inconsistente⁷⁸. Problematiche analoghe non risultano affrontate con riguardo alla sopravvenuta insolvenza dei fideiussori; né risultano testi che facciano parola, più in generale, di prestiti concessi dai tutori a fronte di una garanzia personale⁷⁹. La sensazione, perciò, è che anche in questo ambito avesse finito per affermarsi l'idea che la garanzia reale costituisse la forma preferibile per *bene collocare* i denari altrui.

IV. – DIMENSIONI ECONOMICHE DELLA GARANZIA REALE

Nelle immagini rilanciate dalle fonti letterarie e giuridiche la garanzia reale si presenta dunque come uno strumento divenuto nel corso dell'impero via via più vitale. A livelli diversi – dalle piccole somme accordate sui banchi di prestito su pegno con brevi scadenze e interessi spesso *ultra modum*, alle *pecuniae publicae* investite in prestiti di lunga durata dai *curatores kalendarii* – essa veniva dipinta come la garanzia per antonomasia, senza la quale veniva meno la possibilità stessa di accedere al mercato del credito. Ed è significativo che per lo stesso torno di tempo in cui è dato assistere a questo affermarsi della garanzia reale sul mercato del mutuo, le fonti letterarie non dedichino analoghe ipotizzazioni all'*adpromissio*⁸⁰.

« s.v. Mutuo (storia) », *ED*, 27, 1977, p. 437. Tuttavia, anche in relazione ai mutui dei privati era possibile trattenere la garanzia reale o esercitare il *ius vendendi* se le *usurae ex pacto* non venivano saldate (vd. *infra* nt. 115). Dal momento che il testo di Paolo parla di un generico *deberi*, senza specificare se le *civitates* potessero pretendere anche con un'*actio in personam* le usure pattuite (cf. Alex CI. 10.8.2: « *Si sub pignore creditum fuit, etiam fiscum, qui successit in locum debitoris, usuras praestare oportet, si eas dependi saltem pacto placuit* »), è lecito pensare che la regola si sia imposta proprio perché il *curator kalendarii rei publicae* aveva l'obbligo di dare a credito solo su pegno.

(77) Lo si ricava dalla riserva apposta a questa causa di giustificazione in Gai. 12 *ed. prov.* D. 26.7.13.1: « *Non est audiendus tutor, cum dicat ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse* ».

(78) Cf. Scaev. 2 *resp.* D. 26.7.47.5: « *Lucius Titius mutuum pecuniam a tutore accepit et rem hereditariam pignori ei dedit: post triennium iam puberibus his, quorum tutela administrata est, fisco bona defuncti adjudicata sunt, quia mortem eius heres non est ultus: quaeritur, an id nomen pupillus recusare possit. respondi secundum ea quae proponuntur id nomen ad onus tutorum non pertinere* ».

(79) Cf. le fonti raccolte da B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 488, nt. 284.

(80) Cf. le fonti presentate da K. VERBOVEN, *The Economy of Friends. Economic Aspects of Amicitia and Patronage in the Late Republic*, Bruxelles, 2002 (Collection Latomus), p. 143-145,

Naturalmente, nel misurare l'effettività di queste rappresentazioni non andrà dimenticato che l'affermarsi delle garanzie reali (e della *conventio pignoris*, in particolare) non determinò affatto l'eclissi delle garanzie personali, né come garanzie generali dell'obbligazione né sul piano più circoscritto – e che qui interessa – della garanzia del credito. Quali che fossero state di volta in volta le ragioni in gioco, è ben documentato che la sicurezza del capitale mutuato (e degli interessi) poteva essere affidata a dei debitori aggiuntivi, piuttosto che vincolando singoli beni del debitore; né mancavano i casi in cui il potere contrattuale del creditore doveva essere talmente forte da imporre entrambe le forme di garanzia, secondo una varietà di combinazioni testimoniata soprattutto dagli scritti dei giuristi⁸¹. È tuttavia significativo che quando i documenti della prassi si lasciano raccogliere in un *corpus* sufficientemente ampio da poter formulare delle proiezioni sulle abitudini economiche dei soggetti coinvolti in un determinato spazio geografico e cronologico, si conferma il quadro emerso dalle fonti letterarie passate in rassegna nel § precedente. In questi *corpora*, in altre parole, la garanzia personale o risulta sostanzialmente assente oppure assicura – mediamente – i finanziamenti dagli importi più ridotti.

Il primo dato – quello cioè della sostanziale assenza della garanzia personale – è registrabile sul mercato del credito egiziano, per un arco che si estende dalla conquista romana al 170 d.C. Dai 280 testi collazionati per questo periodo da F. Lerouxel – per le tre metropoli di Ossirinco, Ermopoli e Tolemaide Evergete, oltre che per due centri minori – emerge che i prestiti avrebbero conosciuto un deciso incremento (sia come numero di operazioni condotte anche tra distretti diversi, sia come ammontare dei singoli importi erogati) in coincidenza con l'aumento del ricorso alle garanzie reali⁸². In particolare, a partire dal 68-70 d.C., l'ipoteca (in genere immobiliare) assiste oltre la metà dei mutui documentati, quando la mediana della somma prestata si sposta verso l'alto. È possibile, come vuole l'Autore, che questo successo della garanzia ipotecaria sia legato alla coeva riforma della *βιβλιοθήκη ἐκτίσεων*, attraverso la quale il

come significative del peso socioeconomico delle garanzie personali tra la fine della repubblica e l'età giulio-claudia. Mi pare notevole che la maggior parte dei testi raccolti da Verboven non presenti un collegamento evidente con operazioni di credito. Al netto infatti dei casi in cui non si incontrano altro che attestazioni generiche sul valore della *satisfatio* come espressione dell'*officium amicitiae* (Hor. sat. 2.6.2-26; Cic. Planc. 47, Rab. Post. 4, fam. 12.69.1, Mur. 70; Sen. ben. 1.2.4) e al netto anche dei casi in cui lo sfondo economico dei singoli interventi non risulta ulteriormente precisato (Cic. Att. 13.10.3, fam. 7.27.1), si direbbe che le operazioni censite si esauriscano per un verso nell'intervento come *praedes* a margine di contratti pubblici (Plut. Cat. min. 6.4; Cic. 2 in Verr. 1.130-152; Att. 12.52.1) e per l'altro verso in complesse ristrutturazioni del debito pregresso (Cic. Phil. 2.44-46; fam. 12.52.1, Att. 12.52.1; a questo stesso scenario di fondo sembrerebbe peraltro da ricondurre anche il cd. *affaire* Cornificio [Att. 12.14.2, 12.17 e 12.19.2]: cf. M. IOANNATOU, *Affaires d'argent, cit.*, 275 sq., insieme alla bibl. ivi richiamata).

(81) In termini generali vd. Scaev. 7 dig. D. 18.1.81 pr., Paul. 3 quaest. D. 46.1.54 e Marcell. 31 dig. D. 46.3.73 (*adpromissio*), nonché Paul. 4 resp. D. 17.1.59.5 (*mandatum credendi*). È notevole tuttavia che le parti potessero convenire di limitare la copertura del garante a quanto il mutuatante non fosse riuscito a recuperare mettendo in vendita la garanzia reale: cf. Scaev. 6 resp. D. 46.1.63, Pap. 11 resp. D. 46.1.52 pr.

(82) F. LEROUXEL, « Le marché du crédit privé », *cit.*, p. 962 sq., nonché più ampiamente *idem*, *Le marché du crédit, cit.*, p. 104 sq, 112 sq.

governo romano imponeva ai privati di registrare ogni transazione immobiliare, permettendo così ai creditori di fare pieno affidamento sullo stato giuridico del bene vincolato⁸³. Tuttavia, anche nel primo periodo del mercato egiziano del credito – che a giudizio di Lerouxel si sarebbe caratterizzato per prestiti di piccole entità, conclusi entro ristretti contesti sociali – la sola forma di garanzia documentata resta comunque sempre di tipo reale⁸⁴; dal che si conferma che nei primi due secoli dell'impero la garanzia personale non arrivò a rappresentare sul mercato egiziano una significativa condizione di accesso al credito.

Le cose vanno in modo parzialmente diverso nell'unico archivio di *fenetratores* ad oggi disponibile per l'occidente romano, ossia quello puteolano dei *Sulpicii*⁸⁵. Qui l'intervento di garanti personali risulta largamente rappresentato (nelle forme prevalentemente della *fideiussio*). Ciò avviene tuttavia in relazione a prestiti che oscillano in cinque documenti tra i 400 e i 4 000 sesterzi e che solo in relazione a due transazioni raggiungono i 20 000 e i 30 000 sesterzi (dunque per una media complessiva arrotondata di 7 600 HS)⁸⁶. *Pignora* e alie-

(83) LEROUXEL, « Le marché du crédit privé », *cit.*, p. 965 sq., nonché *idem*, *Le marché du crédit*, *cit.*, p. 176 sq.; su alcuni limiti del processo burocratico di registrazione vd. peraltro J. L. ALONSO, « The *Bibliothèque Enkteseon* and the Alienation of Real Securities in Roman Egypt », *JJP*, t. 40, 2010, p. 18 sq.

(84) LEROUXEL, « Le marché du crédit privé », *cit.*, p. 961 e 963 (nonché più ampiamente *idem*, *Le marché du crédit*, *cit.*, 59 sq.), con riferimento soprattutto alla *ὄνη ἐν πίστει*; su questa figura di alienazione a scopo di garanzia, vd. le indicazioni di fonti e bibl. offerte da LEVY, « Coup d'œil historique », *cit.*, p. 234, nt. 19 e 252, nt. 149.

(85) La qualificazione vale sul presupposto che i *Sulpicii* prestassero abitualmente denaro, indipendentemente dal fatto che contestualmente essi fossero dediti, o meno, anche alle normali attività degli *argentarii*: sulla questione, oltre a K. VERBOVEN, « The *Sulpicii* from Puteoli, *Argentarii* or *Faeneratores*? », *Hommages à C. Deroux III*, éd. P. DEFOSSE, Bruxelles, 2003 (coll. Latomus), p. 429 sq., vd. da ult. E. JAKAB, « Financial Transactions by Women in Puteoli », in P.J. DU PLESSIS (ed.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman World*, Edinburgh, 2013, p. 129 e 149 sq. La conclusione che il volume d'affare dei *Sulpicii* non possa giustificarsi se non nell'ambito di una stabile attività d'intermediazione finanziaria, deve naturalmente fare i conti col fatto che nei formulari contrattuali restituiti dall'archivio della famiglia non si dia mai atto di una convenzione relativa alle *usurae*: sulle varie ipotesi avanzate per spiegare la singolarità del dato vd. K. VERBOVEN, « The *Sulpicii* from Puteoli and Usury in the Early Roman Empire », *TR*, 71, 2003, p. 10 sq. cui *adde* F. LEROUXEL, « Des prêts sans intérêt? : le taux d'intérêt dans le nome oxyrhynchite avant 79 après J.-C. », *ZPE*, 181, 2012, p. 165 sq. e 171, nonché *idem*, *Le marché du crédit*, *cit.*, p. 238 (il quale propone un parallelo con la prassi egiziana d'indicare in modo estremamente sommario gli interessi convenuti [se non di omettere l'indicazione del tutto] in ragione della fissità del tasso usurario, in Egitto praticato stabilmente al 12 % annuo; con conclusioni per certi versi opposte vd. però ora anche G. BRANSBOURG, « Les taux d'intérêt flottants des *Sulpicii* », in C. APICELA et al. (éd.), *Les affaires de Monsieur Andreau: économie et société du monde romain*, Bordeaux, 2014 [Scripta Antiqua], p. 123 sq.).

(86) Per i *mutua cum stipulatione* vd. *TPSulp.* 54 e 57 (rispettivamente per HS 20 000 e 2 000). Per i crediti erogati a *mulieres* nelle forme dei *nomina arcaria*, vd. *TPSulp.* 63 (HS 30 000, i soli garantiti da *sponsio*), *TPSulp.* 60 (HS 1 600), *TPSulp.* 62 (HS 1 000), *TPSulp.* 61 (HS 500) e, forse, *TPSulp.* 99 (HS 800?). È dubbio se possa ricondursi alla garanzia del credito la *fideiussio* che accede in *TPSulp.* 78 a una *ναυλωτική συγγραφή*, per 1 000 denari, corrispondenti a HS 4 000: cf. G. CAMODECA, « Per un primo aggiornamento all'edizione dell'archivio dei *Sulpicii* », *CCG*, 11, 2000, p. 188 sq.

nazioni fiduciarie assicurano invece crediti dal range molto più elevato (cinque operazioni dai 5 000 ai 125 000 sesterzi, per una media complessiva di 37 800 HS⁸⁷). A ragione, se ne è dedotto che i *Sulpicii* dovessero avere l'abitudine di affidarsi alla garanzia reale quando si trattava di prestare somme consistenti⁸⁸.

I dati offerti dai documenti della prassi vanno dunque nella stessa direzione indicata dalle fonti letterarie e giuridiche e confermano lo spaccato offerto da queste ultime in ordine a certe dinamiche dei soggetti economici. Insieme alla garanzia personale – ma in una misura che nel corso dell'impero sembra abbia finito per diventare preponderante – le garanzie reali arrivarono a costituire un complemento essenziale delle operazioni da cui dipendeva l'approvvigionamento finanziario privato. Sul piano economico, la loro funzione era perciò identica a quella assoluta nel sistema economico moderno (sia pure attraverso regimi giudicati non sempre – e non ovunque – efficienti⁸⁹). Diminuendo il gap informativo che inevitabilmente si dava tra creditori e debitori (e perciò attenuando la sfiducia dei primi ad affidare ai secondi parte delle proprie ricchezze), *fiducia*, pegno e ipoteca assicuravano la circolazione della moneta e ne scongiuravano la tesaurizzazione. Da questo punto di vista, il loro impatto economico potrà essere giudicato tanto maggiore o minore quanto maggiore o minore risulterà il peso attribuito da ciascuno studioso al mercato del credito nel complesso dell'economia romana. Si sa che sul punto le opinioni degli storici sono molto distanti tra loro⁹⁰ e poiché la base documentale non permette alcuna reale indagine di tipo quantitativo⁹¹, è probabile che il ventaglio di opinioni resterà tale.

Non si può tuttavia negare che il *collocare* denaro a interesse costituiva una delle forme fondamentali cui i romani si affidavano per trarre frutto dalla propria ricchezza, ben al di là di quei *feneratores* che ne facessero, come forse i *Sulpicii*, il centro della propria attività economica. Da un Plinio, che investiva in crediti solo una piccola parte del suo patrimonio, essenzialmente come complemento della rendita fondiaria⁹², all'oscuro tutore che in Egitto, al principio

(87) Per la garanzia pigneratizia cf. *TPSulp.* 79 (HS 20 000), *TPSulp.* 51 + 52 (HS 13 000), *TPSulp.* 55 (HS 5 000); per la *fiducia* *TPSulp.* 49 (HS 125 000) e *TPSulp.* 85 (HS 26 000). Anche a Ercolano – che pure era una piazza dove non risulta l'attività di finanzieri professionisti (cf. LEROUXEL, *Le marché du crédit*, cit., p. 232 e 243) – i prestiti assistiti da una garanzia reale presentano importi comunque più significativi di quelli assistiti da una garanzia personale (cf. rispettivamente *TH.* 72 e 74 [HS 600, 1 300 e 1 400] e *TH.* 67 e 70-71 [HS 800 e 1 000]).

(88) Sul punto, oltre in gen. ad ANDREAU, *Banking*, cit., 75, vd. GRÖSCHLER, « Die Mittel der Kreditsicherung », cit., p. 304, nonché ora, più diffusamente, LEROUXEL, *Le marché du crédit*, cit., p. 245 sq.

(89) Vd. *supra*, § 1.

(90) Vd. in vario senso P. TEMIN, « Financial Intermediation in the Early Roman Empire », *Journal of Economic History*, t. 64, 2004, p. 705 sq.; W.V. HARRIS, « A Revisionis View of Roman Money », *JRS*, t. 96, 2006, p. 8 sq.; KAY, *Rome's Economic Revolution*, cit., p. 108 sq.; S. VON REDEN, « Money and Finance », *The Cambridge Companion to the Roman Economic*, cit., p. 279 sq.

(91) Su questo problema di metodo vd. in gen. CL. NICOLET, *Censeurs et publicains. Économie et fiscalité dans la Rome antique*, Paris, 2000, p. 9 sq., e la bibl. ivi indicata.

(92) *Ep.* 3.19.8 (*sum quidem prope totus in praediis, aliquid tamen fenero*), 9.37 e 10.8.5; sull'articolazione del patrimonio di Plinio, vd. R. DUNCAN-JONES, *The Economy of the Roman Empire : Quantitative Studies*, 2^d ed., Cambridge, 1982, p. 17 sq.

del III secolo, derivava da mutui metà della rendita annua assicurata ai suoi due pupilli (l'altra metà essendo assicurata da canoni di locazione)⁹³, chiunque poteva ricorrere al credito per investire il proprio surplus finanziario⁹⁴. Per tutti costoro le garanzie reali rappresentavano perciò uno strumento essenziale.

Prima di chiudere questo spaccato sulla presenza delle garanzie reali nell'economia romana, va fatta un'ultima precisazione. Se finora si è parlato di *fiducia*, *pignus* e *hypotheca* come di garanzie del credito, non bisogna dimenticare che il loro impiego poteva estendersi a qualsiasi rapporto obbligatorio: « *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione* », spiegava in effetti il giurista Marciano, prima di proseguire con una rassegna esemplificativa della varietà di contratti e di situazioni in cui i privati potevano scegliere di cautelarsi con una garanzia ipotecaria⁹⁵. Naturalmente quelle che interessava descrivere al giurista, nel passaggio citato, erano le potenzialità dell'istituto, non la sua dimensione concreta. Così come tipico dei giuristi è la tendenza ad esporre il regime delle garanzie reali come un che di avulso dalle transazioni alle quali esse si applicavano; il che impedisce di usare i testi della giurisprudenza come un prisma efficace del sostrato economico. Tuttavia, quando eccezionalmente riaffiora lo sfondo di queste transazioni, si vede bene che pegno e ipoteca non si distribuivano tra i vari contratti con pari frequenza. L'operazione di gran lunga più rappresentata, negli scritti dei giuristi e nelle risposte delle cancellerie imperiali, risulta essere proprio il mutuo di denaro⁹⁶. Ampio spazio hanno però anche le locazioni immobiliari, sia di terreni sia di edifici⁹⁷. All'opposto, per tutti gli altri rapporti i riscontri possibili risultano molto più occasionali⁹⁸.

(93) P. Oxy. 58.3921-3922: sui due testi vd. LEROUXEL, « Le marché du crédit privé », *cit.*, p. 962; per altri esempi vd. P. VAN MINNEN, « Money and Credit in Roman Egypt », in W.V. HARRIS (ed.), *The Monetary Systems of the Greeks and Romans*, Oxford, 2008, p. 235 sq.

(94) Vd. per tutti K. VERBOVEN, « *Faeneratores, Negotiatores* and Financial Intermediation in the Roman World (late Republic and early Empire) », *Pistoi dia tèn technèn*, *cit.*, p. 215 sq.

(95) Marcian. *l.s. adf. hyp.* 20.5.5 pr.; sulla parte restante del frammento, pure organizzata per mettere in evidenza la latitudine dell'obbligazione garantibile da pegno, vd. L. PELLECCHI, « "Propter pecuniam debitam": D. 20.1.13.4-6 e una sezione ritrovata del *liber singularis ad formulam hypothecariam* di Marciano », *SCDR*, t. 28, 2015, p. 833 sq.

(96) Cf. e.g. D. 4.9.1.7, D. 10.2.39.5, D. 12.1.41 pr., D. 13.4.2.8, D. 13.7 fr. 2, 27, 34, 39, e 43.1, D. 14.5.8, D. 15.4.3, D. 16.1 fr. 28.1 e 29, D. 17.1.59.5, D. 18.1.81, D. 20.1 fr. 11 pr., 20, 26.1 e 34.1, D. 20.2 fr. 1 e 8, D. 20.3.2 e 4, D. 20.4 fr. 5, 6 pr.-1, 9, 11 pr., 12.3, 16, 18, 20 e 21 pr.-1, D. 20.6.9.1, D. 22.1.33.1, D. 22.2 fr. 4 pr. e 6, D. 24.1.7.6, D. 26.7.47.5, D. 31.89.4, D. 32.38, D. 36.1.75, D. 44.7.16, D. 45.1.122.1, D. 46.1.63, D. 46.3.73, D. 50.1.36.1, CI. 4.2.8, CI. 4.26.9, CI. 4.28.4, CI. 4.29.5, CI. 4.30.1, CI. 6.31.2, CI. 5.70.2.1, CI. 8.13 fr. 4, 12 e 16, CI. 8.15 fr. 3 e 7, CI. 8.16.6, CI. 8.17.7 e 8, CI. 8.18.1, CI. 8.24.2, CI. 8.25.9, CI. 8.27.19, CI. 8.34.1, CI. 10.8.2.

(97) Oltre ai due titoli di D. 43.32 e 33 (in relazioni ai quali vd. sotto nt. 99), cf. D. 2.14.4 pr., D. 13.7.11.5, D. 19.2 fr. 13.11 e 24.1, D. 20.1.21 pr., D. 20.2 fr. 2, 3, 5 pr., 6, 7 e 9, D. 20.4 fr. 6.2, 9 pr., 11.2, 13 e 21.1, D. 20.6.14, D. 47.2.62.8, CI. 4.51.4, CI. 4.65.5, CI. 8.14.5.

(98) Cf. D. 14.3.5.15, D. 14.4.5.17, D. 18.1.53, D. 20.6.1.2, D. 27.9.1.4, D. 50.16.188.1, CI. 5.71.9.1, CI. 8.34.2, CI. 8.44.15 (compravendita); D. 14.6.7.2, D. 20.4 fr. 9.2 e 11.1, D. 26.7.39.5, D. 37.6.1.9, D. 43.3.2.4, D. 46.3.38.5, CI. 4.29.6 (stipulazioni, non fenerazioni né sovrappontamenti a rapporti di locazione); D. 16.1.17.1, D. 20.4.1 pr., D. 24.1.7.6, CI. 7.73.2, CI. 8.17.10 (restituzione della dote); D. 13.7.9.1 (mandato); D. 2.15.8.15, D. 34.1.12 (*obligatio alimentorum*); D. 20.4.21, D. 42.1.4.4 (*obligatio iudicati*); D. 20.1.28, D. 33.1.9 (legato); D. 34.1.12 (fedecompresso).

Se il dato che offrono le fonti giuridiche, quanto alla complementarità tra mutuo e garanzie reali, è dunque in linea con quanto siamo venuti esponendo finora, neppure quello sulle locazioni deve più di tanto stupire. Non è un mistero che al pignoramento dei beni introdotti dai conduttori nei locali e nei fondi affittati si riferivano due appositi interdetti esposti nell'editto del pretore⁹⁹; ed è anzi radicata l'idea che l'interdetto relativo alle locazioni agrarie abbia fatto da precursore alla stessa tutela reale generale della *conventio pignoris*¹⁰⁰. D'altro canto, se l'esistenza di due strumenti giurisdizionali specifici costituisce già da sola un sicuro indizio della frequenza e dell'importanza delle *conventiones* concluse tra *dominus fundi* e colono, da un lato e tra *dominus aedium* e inquilino, dall'altro lato, un parziale riflesso di questa stessa importanza s'intravede nelle regole sulla *conventio tacita*. A partire almeno dalla fine del I secolo d.C., gli *invecta et illata* degli inquilini s'intendevano infatti automaticamente pignorati a garanzia della pigione¹⁰¹. Si può certo discutere se la regola valesse a tutti gli effetti pure al di fuori di Roma; ma anche solo ai fini del mercato delle grandi *insulae* della capitale il suo peso non ha bisogno di spiegazioni. Negli affitti agrari, in compenso, vigeva la regola per cui s'intendevano tacitamente ipotecati i frutti prodotti dal fondo locato¹⁰². E dal momento che la regola in questione sicuramente non conosceva limitazioni, dal punto di vista territoriale, se ne deve dedurre un impatto statistico esponenziale. In altri termini, ad ogni locazione agraria conclusa nell'impero si accompagnava automaticamente l'accensione di un'ipoteca mobiliare.

Se le garanzie reali presidiavano dunque stabilmente non solo il collocamento del denaro a interesse, ma pure le rendite derivanti dalle proprietà immobiliari, significa che sotto il loro ombrello venivano poste due delle principali forme d'investimento praticate nel mondo romano. Beninteso, il collocamento di denaro in *praedibus emendis* non era fatto sempre e necessariamente allo scopo di ricollocare gli immobili acquistati sul mercato degli affitti. Un fondo si poteva per es. attrezzare e mettere a reddito affidandone la gestione a uno schiavo o a un *procurator*¹⁰³; così come le *tabernae* di un'*insula* potevano

(99) Vd. LENEL, *EP*³, § 265-266; ai due interdetti (*de migrando* e *Salvianum*) il Digesto dedica ancora due titoli appositi (D. 43.32-33).

(100) Vd. la bibl. richiamata in VERHAGEN, « The Evolution of Pignus », *cit.*, p. 58 sq. (= *idem.*, « *Ius honorarium*, Equity and Real Security. Parallel Lines of Legal Development », in W.J. ZWALVE, E. KOOPS (ed.), *Law & Equity. Approaches in Roman Law and Common Law*, Leiden/Boston, 2013, p. 133). La diversa tesi di F.B.J. Wubbe, cui mostra di propendere lo stesso Verhagen, non può essere discussa in questa sede.

(101) La prima attestazione della *conventio tacita* a garanzia delle pigioni si legge in un testo di Nerazio (1 *membr.* D. 20.2.4 pr.); sul consolidamento della regola (e la difficoltà d'individuare la *ratio*) vd. J. DU PLESSIS, « The *Interdictum de Migrando* revisited », *RIDA*, t. 54, 2007, p. 232-235. Che in diritto classico la regola si applicasse alle sole locazioni urbane sottoscritte nell'*Urbs*, sembra potersi desumere da quanto osservato in Iust. CI. 8.14.7, allorché la « *iusta praesumptio* » (per come la definisce l'imperatore) venne estesa a tutte le provincie dell'impero: sul pt. vd. incidentalmente B.W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, 1980 (Princeton Legacy Library), p. 115, nt. 141.

(102) Pomp. 13 *ex var. lect.* D. 20.2.7 pr.; cf. anche l'*incipit* di Afr. 8 *quaest.* D. 47.2.62.8: « *Locavi tibi fundum, et (ut adsolet) convenit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent* ».

(103) Vd. J. J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome*, Leiden/New York/Köln, 1994 (Columbia studies in the classical tradition), p. 129 sq.

ospitare attività commerciali riconducibili al proprietario del fabbricato e gestite da sottoposti¹⁰⁴. La locazione costituiva tuttavia una comoda soluzione per mettere a frutto il proprio patrimonio, limitando l'investimento di tempo e risorse; per cui non sorprende trovare sfruttato questo contratto alle latitudini più diverse e indipendentemente dalla condizione sociale dei soggetti coinvolti. Se a Puteoli un *fenerator* poteva lasciare a Cicerone una rendita non indifferente prodotta dalla locazione di svariate *tabernae*¹⁰⁵; se nella Roma dei Flavi e degli Antonini poteva accadere che Marziale fosse tormentato quotidianamente da un tale che gli propinava l'inventario dei propri profitti, divisi per crediti e affitti (oltre che per proventi in natura)¹⁰⁶, dunque secondo le stesse forme di rendita che qualche decennio più tardi Plinio il giovane avrebbe registrato nel proprio epistolario¹⁰⁷; e se infine a Ossirinco, nei primi decenni del III secolo, l'oscuro tutore al quale già abbiamo fatto cenno poteva contabilizzare le rendite assicurate ai pupilli, dividendole anch'egli tra *usurae* e affitti¹⁰⁸, significa che il diversificare i propri investimenti secondo queste due forme – il collocamento del capitale a interesse e le locazioni immobiliari – costituiva una pratica davvero molto diffusa e comune. Di riflesso, diffusa a ogni latitudine doveva essere la pratica delle garanzie reali.

V. – I VANTAGGI COMPETITIVI DELLA *CONVENTIO PIGNORIS*

Il pegno – soprattutto nella sua forma non manuale – costituiva una garanzia relativamente recente nel panorama delle forme praticate nel mondo romano. Secondo alcuni – ma la questione è di quelle ciclicamente disputate – non si sarebbe nemmeno trattato di una forma autoctona di garanzia, bensì mutuata dalle esperienze giuridiche del mondo greco¹⁰⁹. Né l'età né l'ipotetica *origo* impedirono comunque al pegno d'assurgere progressivamente a complemento fondamentale del credito e delle locazioni, come abbiamo appena visto. È lecito perciò chiedersi quali siano state le ragioni di questo successo. Sul piano tecnico, la risposta va ricercata in una serie di vantaggi competitivi, che favorivano il pegno rispetto alle altre forme di garanzia (sia personali sia reali, nella forma originaria della *fiducia cum creditore*). Di seguito li passeremo rapidamente in rassegna, cercando in linea di massima di distinguere il piano della costituzione della garanzia, dal piano dei suoi contenuti e delle modalità di esecuzione.

(104) Vd. A. DOUBULOZ, *La propriété immobilière à Rome et en Italie (I^{er}-V^e siècles). Organisation et transmission des praedia urbana*, Rome, 2011 (Bibliothèque de l'École française de Rome), p. 116 sq.

(105) Cf. Cic. *Att.* 6.2.3, 14.9.1, 14.11.2, con il commento di ANDREAU, « À propos de la vie financière à Pouzzoles », *cit.*, p. 104 sq.

(106) Mart. 4.37, con il commento di R. MORENO SOLDEVILA, *Martial, Book IV: a Commentary by R. M. S.*, Leiden, 2006 (Mnemosyne, Bibliotheca Classica Batava), p. 286 sq.

(107) Vd. *supra* nt. 92.

(108) P. Oxy. 58.3921-3922, vd. *supra* nt. 93.

(109) Sul tema vd. da ult. D. SCHANBACHER, « Zur Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts », *ZRG RA*, 123, 2006, p. 49 sq.

Sul piano della costituzione, a rendere attrattivo il pegno era innanzitutto la questione della forma. Tanto che il creditore pretendesse la consegna contestuale del bene vincolato (perfezionando perciò un pegno manuale), quanto che il debitore riconoscesse alla controparte soltanto il diritto d'impossessarsi del pegno in caso d'inadempimento (e dunque realizzando una *conventio pignoris*), l'operazione non richiedeva comunque alcuna solennità. In una realtà dove l'azione dei soggetti economici poteva finire per diversificarsi su una pluralità di teatri, accendere una ipoteca si traduceva dunque in un'operazione potenzialmente più spedita di quanto non fosse invece il costituire una garanzia reale nelle forme della *fiducia* oppure una garanzia personale nelle forme dell'*adpromissio*. Per concludere una *conventio pignoris*, per es., era sufficiente anche un semplice carteggio tra il creditore e il debitore, come illustra bene un testo di Scevola¹¹⁰. Inoltre, se la necessità di procurarsi un finanziamento fosse sorta in relazione a delle attività che il debitore non gestiva direttamente, ma per mezzo di un *procurator*, nulla avrebbe impedito al rappresentante quest'ultimo di essere lui a offrire e a costituire direttamente la garanzia; beninteso, a condizione che il pignoramento rientrasse nella procura a suo tempo conferitagli o che fosse seguito dalla ratifica del debitore¹¹¹. Di contro, è discusso che un rappresentante potesse mancipare *fiduciae causa* un bene non suo¹¹². E meno agevolmente del dare a pegno i beni del *dominus negotii* poteva riuscire a un *procurator* di offrire un *adpromissor*, se non altro in ragione del regresso che il garante avrebbe ragionevolmente preteso di poter esercitare nei confronti del principale: dal momento che questo risultato si poteva raggiungere solo per mezzo di un mandato a *fideiubere*¹¹³, ne derivava che il *procurator* non aveva il potere di negoziare il credito autonomamente. *Mutatis mutandis* lo stesso si può ripetere a proposito degli affari gestiti da schiavi e *filii familias*¹¹⁴.

(110) Scaev. 27 dig. D. 20.1.34.1: « *Idem quaesit, cum epistula talis emissa sit: δανεισάμενος παρά σου δηνάρια πεντακόσια παρεκάλεσά σε μή βεβαιωτήν, ἀλλ' ὑποθήκην παρ' ἐμοῦ λαβεῖν οἶδας γάρ ἀκριβῶς, ὅτι καί ἡ ταβέρνα καί οἱ δοῦλοί μου οὐδενί κατέκονται ἢ σοί' καί ὡς εὐσχήμονι ἀνθρώπῳ ἐπίστευσας: an pignus contractum sit an vero ea epistula nullius momenti sit, cum sine die et consule sit. respondit, cum convenisse de pignoribus videtur, non idcirco obligationem pignorum cessare, quod dies et consules additi vel tabulae signatae non sint* ». Per un caso ulteriore vd. Ulp. 4 resp. D. e.t. 26.1; per l'assenza di formalità costitutive nel pegno vd. anche in gen. Marcian. l.s. ad f. hyp. D. e.t. 4.

(111) Mandato specifico: Ulp. 28 ad ed. D. 1.7.11.7; autorizzazione generale (conferita da colui *qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere*): Gai. 9 ad ed. prov. D. e.t. 12; ratifica successiva: Paul. 29 ad ed. D. e.t. 20 pr.

(112) Cf. la discussione ricordata da G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo iussum domini alla contemptatio domini. Contributo allo studio della rappresentanza*, Milano, 2008 (Publicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Messina), p. 287 sq.

(113) Cf. la prima parte di Scaev. 6 dig. D. 17.1.62.1: « *Mandavi in haec verba: "Lucius Titius Gaius Seio salutem. Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum hac epistula manu mea scripta notum tibi facio"* ».

(114) Le persone *alieni iuris* potevano direttamente pignorare i beni del peculio di cui avessero la *libera administratio* (Paul. 29 ad ed. D. 13.7.18.4) ed erano assimilati a un *procurator* per i beni d'altro genere (cf. Ulp. 2 resp. D. 15.4.3). Un *adpromissor* che intervenisse per un soggetto in potestà – se non era disposto (come avviene per es. in Paul. 2 ad Plaut. D. 46.1.35) ad accollarsi il rischio di un regresso limitato al peculio, dunque scontando il privilegio della *deductio* dei cre-

Il carattere informale del pignoramento rendeva poi utile ricorrere a questo strumento da una seconda prospettiva, dove le modalità di costituzione della garanzia iniziano a intrecciarsi all'ampiezza dei suoi contenuti. Si sa che il *pignus* (di nuovo : tanto *datum* quanto *conventum*) rendeva indirettamente coercibili gli interessi pattuiti anche al di fuori di una formale *stipulatio usurarum*¹¹⁵. Le fonti giuridiche si rifanno ripetutamente al principio, peraltro senza spiegarne esplicitamente la *ratio*¹¹⁶. Quale che fosse esattamente il significato della regola, è comunque evidente come la si potesse sfruttare a livello negoziale. Dal momento che un mutuo si poteva accordare anche solo autorizzando il debitore a riscuotere la somma da una terza persona (la quale operava, economicamente, da cassa del creditore¹¹⁷), si poteva completare questa triangolazione anche *in absentia* e rendere vincolante con la *conventio pignoris* anche la pattuizione sulle *usurae*, così da superare le rigidità di tempo e di luogo della *stipulatio*.

Era tuttavia sul piano dei modi di realizzazione della garanzia che i creditori potevano apprezzare in maggior misura la flessibilità e l'immediatezza del pegno. La garanzia personale non offriva infatti, in ultima analisi, che un debitore aggiuntivo : su di esso ci si poteva certo rivalere, mettendo tuttavia in conto una serie di ostacoli di natura sociale e legale, di cui subito diremo. La garanzia ipotecaria, viceversa, poteva articolarsi in vario modo. Come prima cosa, se aveva la forza contrattuale (oltre che l'interesse) d'imporlo, il creditore poteva farsi trasferire non solo il controllo del pegno, ma pure il suo sfruttamento, così da iniziare a capitalizzare i frutti del fondo o i canoni delle locazioni, piuttosto che le *operae servorum*¹¹⁸. D'altro canto, beni mobili che non offrissero una rendita periodica (o che non la offrissero facilmente) potevano essere immobilizzati comodamente, facendoli stoccare dal debitore in *horrea* pubblici o privati e poi intestando il contratto di locazione al creditore. Che le parti riuscissero o meno a costruirla in modo tale da evitare oneri economici

diti dell'avente potestà – doveva ottenere preventivamente che costui lo autorizzasse a garantire il sottoposto.

(115) La coercibilità era assicurata sia dal fatto che il creditore poteva legittimamente rifiutarsi di restituire il pegno fintanto che non gli fossero corrisposte anche le *usurae ex pacto* (ovviamente a condizione di non superare il *licitus modus* : cf. Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.7.11.3) sia dal fatto che in caso d'inadempimento ci si sarebbe potuti rivalere per la quota corrispondente sul prezzo di vendita del pegno (cf. Ulp. 43 *ad Sab.* D. 46.3.5.1).

(116) Oltre ai passi indicati alla nt. precedente, cf. Sev.-Ant. CI. 4.32.4 pr., Diocl.-Maxim. CI. e.t. 22, Alex. CI. 10.8.2.

(117) Cf. per tutti la seconda parte di Paul. 28 *ad ed.* D. 12.1.2.4 : « *In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filius familias et servus dantes peculiares nummos obligant : id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam : nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint* » ; quanto alle costruzioni dogmatiche adottate dai giuristi romani per giustificare tale risultato pratico, vd. in gen. GIUFFRÈ, « s.v. Mutuo », *cit.*, p. 433 sq. e la bibl. ivi citata.

(118) Per ipotesi di pegno fondiario convenuto riconoscendo al creditore il potere d'imputare i frutti in conto del debito, vd. e.g. CI. 3.37.2 pr., CI. 4.24.1 e 4, D. 34.1.12, D. 36.4.5.21. Un duplice accenno alla possibilità di riconoscere al creditore il potere d'incassare direttamente i canoni locatizi del bene pignorato, piuttosto che le *operae* del servo vincolato in suo favore, si può invece leggere in CI. 4.24.2.

aggiuntivi¹¹⁹, il vantaggio dell'operazione stava nel fatto che il creditore si assicurava – come conduttore – il controllo esclusivo dei pegni¹²⁰; cosicché egli avrebbe potuto recuperarli prontamente, non appena fosse risultato che la controparte non riusciva a onorare il debito.

In presenza invece di una *conventio pignoris* – e dunque di una garanzia costituita senza togliere immediatamente i beni al debitore – è certamente vero che il creditore doveva mettere in conto l'eventualità di un processo, per costringere il possessore a cedergli il bene. Al di là di alcuni palliativi indiretti cui si poteva ricorrere¹²¹, gli inconvenienti legati a una rivendica processuale del pegno non erano tuttavia minori di quelli che si presentavano al creditore quando il garante personale non avesse saldato il debito al primo sollecito. È risaputo, innanzitutto, che socialmente non era agevole rivalersi sull'*adpromissor*, senza aver prima cercato di mettere ripetutamente alle strette il debitore principale. Alla scuola di Quintiliano lo si definiva come un principio consuetudinario¹²²; ed in effetti già Cicerone riconosceva che mettere in mora gli *adpromissores*, senza aver prima tentato di ottenere il pagamento dal debitore, aveva un che di vergognoso¹²³. Il fatto poi che un garante, al momento di offrirsi come tale, potesse sentire il bisogno d'invogliare la controparte ricordandole che era in sua facoltà di rivalersi direttamente su di lui – « *omisso rei promittendi et pignoribus*

(119) L'operazione è nota attraverso due coppie di documenti dell'archivio dei Sulpici: da un lato *TPSulp* 51 (oltre che 52) + *TPSulp*. 45, dall'altro lato *TPSulp*. 53 + *TPSulp*. 79. Nel primo caso, il canone nominale di un sesterzio mensile, previsto dalle parti all'atto d'intestare al creditore pignoratorio la *conductio horrei*, si spiega alla luce del rapporto di clientela intercorrente tra il locatore degli *horrea* e il debitore, sul quale è probabile che avesse finito per gravare – direttamente o indirettamente – il costo dell'operazione: cf. A. LINTOTT, « Freedmen and Slaves in the Light of Legal Documents: from First Century AD, Campania », *CQ*, t. 52, 2002, p. 557, nonché J. DUBULOZ, « Propriété et exploitation des entrepôts à Rome et en Italie (I^{er}-III^e siècles) », *MEFRA*, t. 120/2, 2008, p. 286 e LEROUXEL, *Le marché du crédit*, cit., p. 251; sulle tensioni che si davano tra l'escamotage in parola e la regola giurisprudenziale che considerava *nulla* una locazione pattuita *nummo uno* (Ulp. 62 *ad ed.* D. 19.2.46), vd. ora P. DU PLESSIS, *Letting and Hiring in Roman Law Thought: 27 BCE – 284 CE*, Leiden, 2012, p. 181 sq.

(120) Così giustamente J. DUBULOZ, « Propriété et exploitation des entrepôts », cit., p. 287.

(121) Entro i limiti segnati dall'*interdictum de migrando* (Ulp. 73 *ad ed.* D. 43.32.1 pr.), il locatore aveva facoltà di sequestrare gli *invecta et illata* ancora presenti nelle *aedes*, se l'inquilino cercava di traslocare senza aver prima saldato le sue pendenze: cf. da ult. C. GIACHI, *Interdetto de migrando ed esecuzione del pegno. Tra uso e disciplina della forza*, Firenze, 2008, p. 29 sq. Su di un diverso piano l'accorgimento di farsi consegnare gli *instrumenta emptionis* (cf. Scaev. 5 *dig.* D. 13.7.43 pr., Sev.-Ant. CI. 8.16.2, Diocl.-Maxim. CI. 8.25.7), poteva scoraggiare futuri acquirenti e limitare perciò di fatto la possibilità che i beni pignorati circolassero. Quanto infine alla possibilità che il creditore vendesse a terzi la garanzia anche senza esserne prima entrato in possesso, vd. *infra* nt. 152.

(122) Ps.-Quint. *decl. min.* 273.3: « *De quo priusquam loquor, etiamnum ea quae humanitatis et consuetudinis gratia dici solent non omitto. Debitorem appellasti? Cum ipso cui dederas pecuniam egisti?* ». Sul punto e sulla declamazione nel suo complesso, vd. ora M. BETTINAZZI, *La legge nelle declamazioni quintilianee*, Saarbrücken, 2014 (Iurisprudencia Saraviensis), p. 137 sq.

(123) *Att.* 16.15.2: « *Etsi sponsores appellare videtur habere quandam δωροπίαν* »; sul saggio, vd. ampiamente M. KASER, « *Cic. Ad. Att.*, 16, 15. 2. Formularprozess ohne *litis contestatio* » (1984) ora in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien/Köln/Gratz, 1986 (Forschungen zum römischem Recht), p. 373 sq.

non distractis », come recita un responso di Papiniano¹²⁴ – mostra quanto fosse socialmente radicata la percezione opposta, la quale poteva perciò contribuire ad orientare il creditore verso una forma di garanzia diversa.

In questa stessa direzione poteva poi spingere il regime della divisibilità. Dal momento che la sostanza della garanzia personale stava nel fatto di aggiungere un secondo debitore al debitore principale, essa nasceva segnata dallo stesso rischio che segnava il debito originario, quello cioè di una insolvenza che colpisse anche il garante¹²⁵. Chiaramente, il creditore poteva scegliere di cautelarsi ulteriormente, subordinando il credito alla presentazione di una pluralità di garanti. Sennonché prima la legge (per le garanzie assunte nella forma della *sponsio* e della *fidepromissio*) e poi l'editto (per il caso della confideiussione e in via mediata per il mandato di credito e il *constitutum debiti alieni*¹²⁶) stabilivano che il debito assistito da una pluralità di garanti andasse diviso in parti uguali, con la conseguenza che il creditore non avrebbe potuto pretendere dal singolo *adpromissor* più che un pagamento *pro quota*. Le modalità di questo frazionamento certamente variavano dalla legge all'editto¹²⁷, ma il principio di base restava pur sempre lo stesso e faceva sì che il creditore dovesse mettere in conto di moltiplicare per il numero degli *adpromissores* tutti i passi (sociali e legali) da intraprendere per ottenere il saldo del debito. Il principio della divisione della garanzia personale si traduceva insomma in un ulteriore costo indiretto, che di nuovo poteva finire per orientare il creditore verso altre soluzioni.

Tutti questi limiti non valevano infatti per la garanzia reale. Pegno e *fiducia*, per loro natura, erano indivisibili. Cosicché, se anche il debitore avesse dovuto subire una divisione del credito e fosse stato perciò costretto a rivalersi *pro quota* nei confronti, per es., degli eredi del debitore defunto, il bene dato a garanzia dell'obbligazione sarebbe rimasto vincolato nella sua interezza fino al saldo integrale di tutte le quote¹²⁸. Analogamente, non aveva alcun rilievo nel caso del pegno (oltre che della *fiducia*) sapere se il debitore fosse o non fosse una persona complessivamente solvibile: una volta costituita la garanzia, il creditore era libero di farla valere: « *quia expedit ei* » – dicono efficacemente

(124) 3 resp. D. 17.1.56 pr.: « *Qui mutuum pecuniam dari mandavit, omissio reo promittendi et pignorum non distractis eligi potest: quod uti liceat si litteris exprimat, distractis quoque pignorum ad eum creditor redire poterit: etenim quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, ius commune non laedunt* ».

(125) L'immagine è di C. A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano* II/1, Torino, 2003, p. 147; adde LEROUXEL, *Le marché du crédit*, cit., p. 267.

(126) Per l'estensione del *beneficium divisionis* alle due ipotesi ricordate, vd. in gen. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni I, Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 226 sq.

(127) Nel caso della *sponsio* e della *fidepromissio*, com'è noto, la *lex Furia* prevedeva che (in Italia) il debito garantito si dividesse *ipso iure* in tante quote quanti fossero i cogaranti (ancora vincolati quando il credito risultava esigibile (Gai 3.122). Nel caso dei confideiussori (e in provincia degli *adpromissores* in genere: Gai 3.123) la differenza era che la quota si calcolava su una base più ristretta, e cioè dividendo il debito tra i garanti solvibili, ed inoltre il creditore veniva vincolato alla divisione attraverso l'escamotage tecnico dell'*exceptio* (cf. Paul. 25 *ad ed.* D. 46.1.28).

(128) Cf., per la garanzia fiduciaria, Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13.7.8.2; per il *pignus* Sev.-Ant. CI. 8.30.1, Diocl.-Maxim. CI. e.t. 2, Diocl.-Maxim. CI. 8.33.2.

le Istituzioni di Giustiniano – « *pignori potius incumbere quam in personam agere* »¹²⁹.

La ragione di questa maggior speditezza della garanzia reale stava nei patti che normalmente si accompagnavano alla sua costituzione e che offrivano al creditore una via rapida ed efficace per monetizzarla. Normalmente, i beni dati a pegno venivano infatti venduti, così che ci si potesse rifare sul prezzo. Per l'età del Principato (o almeno del primo Principato) non è del tutto chiaro in base a quali poteri il creditore avesse facoltà di procedere alla vendita: se come proprietario (divenuto tale per quell'effetto commissorio che alcuni vedono ancora sotteso ai pegni documentati dall'archivio dei *Sulpicii*¹³⁰), oppure in forza di un'autorizzazione esplicita del debitore, attribuita attraverso il cd. *pactum vendendi*. Tuttavia, dal punto di vista economico la cosa non fa troppa differenza, ed è un dato di fatto che la prassi di accludere il *pactum vendendi* andò generalizzandosi col tempo, insieme a quella d'integrare il patto con clausole che dettagliassero gli obblighi delle parti conseguenti alla vendita¹³¹. Dato anzi che il *pactum vendendi* finì col diventare un elemento caratteristico anche delle *mancipationes* fiduciarie¹³², si ha la conferma che la questione della proprietà del pegno non era un elemento determinante nell'indirizzare le scelte economiche di creditori e debitori.

Il successo del *pactum vendendi* era legato alla rapidità con cui si arrivava a liquidare la garanzia. La vendita era infatti gestita direttamente dal creditore. Non che questo significasse l'assenza di ogni controllo. Tuttavia l'operato del creditore veniva verificato solo a posteriori e indirettamente¹³³, e la liquidazione

(129) Cf. I. 4.1.14, dove la motivazione giustifica che l'*actio furti* contro il ladro del bene pignorato vada attribuita al creditore piuttosto che al debitore (*idoneus*); ugualmente in Marcian. 4 *reg. D.* 13.7.32, a proposito del risarcimento del danno quando un debitore (*idoneus*) abbia dato a pegno un bene altrui.

(130) Così da ult. l'ampio studio di VERHAGEN, « Das Verfallpfand », *cit.*, p. 25 sq.

(131) Cf. Paul. 3 *quaest. D.* 20.5.9.1: « *Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit: quod in pignoribus dandis adici solet, ut, quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est, quia ipso iure ita se res habet etiam non adiecto eo* ». Sotto gli Antonini, beninteso, insieme alla clausola sull'*hyperocha*, negli accordi costitutivi d'ipoteca si sarà normalmente aggiunto anche il patto che logicamente presupponeva la formazione eventuale di un *superfluum*, ossia il patto di vendita. È invece discusso se anche solo nella visione di alcuni giuristi severiani il *ius distrahendi* abbia finito per divenire un complemento naturale dei poteri del creditore pignoratizio: cf. Ulp. 41 *ad Sab. D.* 13.7.4, nonché Alex. CI. 4.24.4, insieme alla bibl. richiamata da S. ROMEO, « *Fiducia auctionibus vendunda nelle tabelle pompeiane* », *Polis*, 2, 2006, p. 220 nt. 95 e 223 nt. 110.

(132) Come dimostra la presenza del patto nei due esemplari di *mancipationes* fiduciarie raccolti in *FIRA III*, nn. 92 e 93; diversamente in *TH.* 65 (cf. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999 [Studia Amstelodamensia in Ancient Law and Society], p. 126 sq.). Di riflesso, del *ius vendendi* si occupavano anche i giuristi, nelle sezioni dei loro scritti dedicate alla *fiducia*: cf. Ulp. 30 *ad ed. D.* 13.7, fr. 22.3-4, e 24 pr.-2 (= *Pal.* fr. 903-904); più complessa la valutazione del § 1 di *D.* 13.7.24 e, soprattutto, di Pomp. 35 *ad Sab. D.* e.t. 7.6: cf. rispettivamente G. GROSSO, « Appunti sulla formula dell'*actio fiduciae* » (1929) ora in *Scritti storico giuridici III*, Torino, 2001, p. 277 sq. e NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, *cit.*, p. 19 sq.

(133) Disattendere le condizioni fissate nel patto di vendita « *in summa aut condicione aut loco* », secondo la *partitio* di Pomp. 19 *ad Sab. D.* 13.7.5, rendeva il creditore responsabile per *furtum* e apriva dunque una prima sede per verificarne l'operato, alla quale si aggiungeva quella

della garanzia ne guadagnava perciò in speditezza ed efficacia. Il fatto poi che per vendere la garanzia si potesse approfittare del meccanismo delle *auktiones* (secondo quanto di nuovo emerge dall'archivio dei Sulpici) consentiva di massimizzare il valore della garanzia nell'interesse tanto del creditore quanto del debitore. Da un lato, come è già stato osservato, il ricorso all'intermediazione (anche creditizia) del *coactor argentarii* costituiva il modo migliore per assicurarsi un'ampia platea di potenziali acquirenti¹³⁴. Dall'altro lato, contribuivano a questo stesso risultato le *proscriptiones* curate dal creditore¹³⁵. Che questi dovesse di norma avere tutto l'interesse ad assicurare la maggior pubblicità all'asta, è ovvio. Si direbbe tuttavia che alle *proscriptiones* il creditore attendesse in virtù di un preciso obbligo contrattuale¹³⁶, alla base del quale doveva stare l'altrettanto ovvia considerazione che il *pactum vendendi* rispondeva a un'utilità di fondo anche del debitore, legata alla possibilità di riavere la differenza tra il valore della garanzia e l'ammontare del credito garantito.

Guardando all'operazione con gli occhi del debitore, la garanzia reale – e quella pignoranziosa in particolare – presentava infine una serie d'importanti vantaggi competitivi ulteriori, legati alla possibilità di ottimizzare lo sfruttamento del patrimonio.

Innanzitutto, pegno e *fiducia* consentivano al debitore di accedere al mercato del credito evitando ulteriori costi esterni, che andavano invece messi in conto nel caso di una garanzia personale. È vero che l'*intercedere* per un debitore in difficoltà rientrava – almeno ancora nell'età dei Claudii – tra gli *officia* familiari e sociali¹³⁷. Tuttavia non era scontato che parenti e *amici* assolvessero sempre all'impegno. Di certo, non tutti i tradimenti della *fides* avranno determinato un epilogo tanto drammatico quanto quello che segnò il console del 51 a.C., M. Marcello, assassinato da un cliente in favore del quale egli si era rifiutato

della *reivindicatio* contro il terzo acquirente, quando il creditore, oltre a non rispettare i dettami del *pactum vendendi*, avesse rifiutato l'offerta di pagamento integrale del debitore (cf. Alex. CI. 8.27.5, Alex. CI. 8.29.2). Il lessico delle costituzioni imperiali rende invece meno agevole mettere a fuoco quale rimedio spettasse al debitore, allorché il creditore, pur senza disattendere i termini espliciti del *pactum*, si fosse condotto in modo tale da ricavare dalla vendita un prezzo sensibilmente inferiore al valore di mercato del bene: per le varie soluzioni avanzate, vd. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pegno*, Torino, 1949 (Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino), p. 156 sq. e nt. 1.

(134) Così – ed anche per quanto segue – in gen. J. ANDREAU, *Banking*, cit., p. 75; vd. anche ora, più diffusamente, F. LEROUXEL, *Le marché du crédit*, cit., p. 260 sq.

(135) Cf. *TPSulp.* 83-84, 90-93, da cui si desume che l'annuncio dell'*auctio* doveva (vd. alla nt. successiva) restare esposto nel foro cittadino per almeno trenta giorni.

(136) Lo si desume dal fatto che in un milieu di professionisti del credito – quali erano i *Sulpicii* (*supra* nt. 85) – si avesse cura di redigere ripetute *testationes* (fino a quattro, nel dossier composto da *TPSulp.* 90-93) per documentare la continua affissione del libello di vendita. Evidentemente, procedere a una *proscriptio* che rispettasse determinate condizioni (quantomeno di tempo e di luogo) rientrava tra i doveri del creditore e si trattava perciò di preconstituirsì la relativa prova: sul punto vd. di recente ROMEO, « *Fiducia auctionibus vendunda* », cit., p. 222 sq., la quale anche ipotizza che includendo il debitore tra i *signatores* della prima *testatio*, il creditore avrebbe potuto contestualmente ottemperare a quell'obbligo di preventiva notifica della vendita, cui accennano le fonti giuridiche d'età severiana (cf. in part. Alex. CI. 8.27.4).

(137) Vd. *supra* nt. 80.

nel 45 di *satisdare*. Al di là dei toni del tutto asettici usati dai giuristi per registrare il fenomeno e discuterne alcune implicazioni, si sa per es. che quando Cicerone rifiutò d'*intercedere* per il suo questore del 63, T. Fadio Gallo, l'oratore rimediò soltanto una rottura dell'*amicitia*, sancita da un brusco scambio epistolare¹³⁸. Ma che in generale i legami familiari e sociali non fossero sempre sufficienti ad assicurare l'intervento di *sponsores* e *fideiussores*, è comprovato dal fatto che il debitore poteva essere costretto a "comprare" l'intervento di un *adpromissor*, riconoscendogli un corrispettivo¹³⁹. La garanzia personale implicava insomma un costo sociale, se non addirittura economico, al quale la garanzia reale invece si sottraeva. Su questo sfondo si spiega perciò che una persona, in procinto di chiedere del denaro a credito, potesse chiedere esplicitamente al suo finanziatore di optare per la garanzia reale, anziché per quella personale. Lo documenta un caso sottoposto al giurista Scevola: *δανεισάμενος παρὰ σοῦ δενάρια πεντακόσια παρεκάλεσά σε μὴ βεβαιωτήν, ἀλλ' ὑποθήκην παρ' ἐμοῦ λαβεῖν [...] καὶ ὡς εὐσχήμονι ἀνθρώπῳ ἐπίστευσας*¹⁴⁰. Ed è lo stesso sfondo a dare ragione delle analoghe richieste presentate (questa volta per lo più inutilmente) da coloro che per adempiere all'onere editale di *satisdare* proponevano alla controparte (e al pretore) di accontentarsi di una garanzia reale¹⁴¹.

(138) Sui due episodi ricostruibili attraverso il *corpus* ciceroniano, vd. *fam.* 7.27.1 e *Att.* 13.10.3, con il commento di VERBOVEN, *The Economy of Friends*, *cit.*, p. 123 e 145. Per le ricadute collegate dai giuristi al rifiuto di offrirsi come fideiussore, vd. per es. *Ulp.* 13 *ad ed.* D. 4.8.25.2, *Ulp.* 27 *ad ed.* D. 13.5.14.2.

(139) Cf. in part. *Ulp.* 76 *ad ed.* D. 39.5.19.1, dove al fenomeno si allude in termini generali per escludere che la mercede corrisposta al garante configurasse una donazione. Per implicazioni più minute del fenomeno, vd. la discussione condotta in *Ulp.* 31 *ad ed.* D. 17.1.6.7 (entro quali limiti spettasse al garante retribuito l'azione di regresso), nonché l'accenno di *Iust. CI.* 4.29.23 pr. (controverse relative all'applicabilità del senatoconsulto Velleiano).

(140) *Scaev.* 27 *dig.* D. 20.1.34.1 ; per il testo completo, vd. *supra* nt. 110.

(141) La regola per cui « *praetoriae satisfactiones personas desiderant* » (*Ulp.* 14 *ad ed.* D. 46.5.7) conosceva in effetti due sole eccezioni, una relativa alla *cautio de bonis conferendis* (*Ulp.* 40 *ad ed.* D. 37.6.1.9-10) e l'altra relativa alla *cautio legatorum servandorum causa* (*Paul.* 63 *ad ed.* D. 43.3.2.3). Il fatto che la garanzia privilegiata dall'editto sia sempre rimasta quella personale, per tutto il corso della repubblica e dell'impero (e dunque anche quando la garanzia reale era ormai venuta affermandosi sul mercato del credito e delle locazioni : *supra* § 3-4), è da cercare nel fatto che le stipulazioni pretorie impegnavano il promittente a una collaborazione complessa, che nella maggior parte dei casi non si esauriva nell'adempimento di un semplice debito pecuniario : cf. per tutti H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* I, Leipzig, 1860, p. 6 sq. In una dimensione del genere, l'affidabilità e l'integrità personale del debitore divenivano perciò due elementi ancora più essenziali di quanto già non fossero nei rapporti correnti di debito – credito (cf. HERZEN, *Origine*, *cit.*, p. 99), e si comprende perché i giuristi permettessero solo in casi eccezionali che il promittente garantisse con *pignora* la propria cooperazione. In effetti, nella caso della *cautio de bonis conferendis* la *ratio* dell'eccezione doveva risiedere nel fatto che la garanzia andava offerta tra fratelli ; il che poteva ridurre significativamente la cerchia delle persone disposte a fare da garante (così H. DERNBURG, *loc. cit.*). Nel caso invece della *cautio legatorum servandorum causa* va considerato che la deroga non era assoluta, ma riconosciuta al solo erede (o *bonorum possessor*) costretto a ricorrere all'*interdictum quod legatorum* ; sicché in questo caso l'applicazione scrupolosa del principio che la *satisfatio* pretoria *personam desiderat* avrebbe finito per avvantaggiare una persona che per prima si era comportata in modo poco corretto (cf. la *laudatio* dell'interdetto esposta in *Ulp.* 77 *ad ed.* D. 43.3.1.2).

Oltre ad evitare costi esterni, il pegno permetteva infine al debitore di meglio sfruttare il suo patrimonio da altri due punti di vista, con un vantaggio questa volta sulla *fiducia*.

Trattandosi di una applicazione della *mancipatio* (o eventualmente della *in iure cessio*¹⁴²) la *fiducia cum creditore* presentava questa prima, fondamentale implicazione : che la garanzia poteva consistere solo in beni di cui fosse trasferibile al creditore la piena proprietà quiritaria¹⁴³. Il carattere totalmente informale della *conventio pignoris* permetteva invece di vincolare a garanzia del debito un ventaglio molto più ampio di assets patrimoniali. Per accedere al mercato del credito, il debitore poteva infatti offrire sia quanto avesse avuto anche soltanto *in bonis* (il che già segnava una prima differenza, rispetto alla *fiducia*) sia quanto egli avesse avuto in godimento grazie a concessioni a medio o a lungo termine (come gli *agri vectigales*, le proprietà superficiali o i beni assegnatigli in usufrutto). Persino i crediti non ancora riscossi si potevano pignorare, dando al creditore del pignorante la possibilità di sostituirlo in giudizio e di convenire direttamente i suoi debitori. E secondo un meccanismo analogo la giurisprudenza permise di pignorare lo stesso pegno che il debitore teneva a sua volta in garanzia di un proprio credito (e naturalmente, senza che questo ri-pignoramento impedisse al primo pignorante di riscattare il bene)¹⁴⁴.

Attraverso la *conventio pignoris* si poteva poi massimizzare il valore economico della garanzia, sfruttando il divario tra l'ammontare del credito e il valore dei beni vincolati¹⁴⁵. Se dal lato del creditore l'interesse era ovviamente quello di mantenere un divario il più alto possibile, dal lato del debitore la cosa si traduceva in un handicap notevole, poiché equivaleva a immobilizzare la differenza tra credito e garanzia fintanto che non si fosse adempiuto. Con la *fiducia cum creditore* l'inconveniente si poteva evitare solo parzialmente. Trattandosi di un negozio strutturato intorno a un trasferimento del *dominium* – e dove il debitore perdeva perciò la titolarità e la disponibilità dei beni vincolati – la sola soluzione era di giocare, per così dire, in anticipo, prevedendo che la *fiducia* coprisse anche eventuali, successivi crediti, sempre erogati dal

(142) Cf. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., p. 154 sq.

(143) Cf. – anche parzialmente per quanto segue – KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., p. 18 sq.

(144) Per il pegno degli *agri vectigales* e delle proprietà superficiali, vd. Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.2, Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. e.t. 17 e D. 20.1.13.3, Scaev. 1 *resp.* D. e.t. 31, oltre probabilmente a Ulp. 76 *ad ed.* D. 43.18.16 (cf. MOMMSEN, *ed. mai. ad h. l.*). Per il pegno dell'usufrutto, vd. Gai. *l.s. de f. hyp.* D. 20.1.15 pr., Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. e.t. 13.2 e D. 20.6.8 pr. Per il *pignus nominis* e il *pignus pignoris* vd. infine Pap. 3 *resp.* D. 13.7.40.2, Alex CI. 8.16.4, Gord. CI. 8.23.1, Diocl.-Maxim. CI. 4.39.7.

(145) Divario che poteva essere anche del doppio o del triplo. Il primo valore è quello che caratterizza i due interventi di finanza pubblica, occorsi sotto la dinastia giulio-claudia, di cui si è dato conto alla nt. 72. Per un pegno di valore triplo vd. invece *TPSulp* 51 (+ *TPSulp*. 52), dove, a fronte di un prestito di 7 000 sesterzi (integrato poi da una seconda tranche di 3 000 sesterzi), il creditore pretese il pignoramento di una quantità di derrate di valore – stimano i moderni – non inferiore ai 30 000 sesterzi : cf. GRÖSCHLER, « Die Mittel der Kreditsicherung », cit., p. 318 sq. e nt. 57, con ulteriore bibl. ; ivi anche per la forbice – di poco inferiore – tra il valore del pegno e l'ammontare del credito registrabile per *TPSulp*. 54 e 79.

mancipio accipiens (o dal cessionario, in caso d'*in iure cessio*)¹⁴⁶. Nel caso del pegno, viceversa, il debitore non perdeva la proprietà per il fatto stesso del pignoramento e nulla perciò gli impediva d'impegnare lo stesso bene più volte e a vantaggio di creditori diversi. La giurisprudenza riconobbe e valorizzò tale meccanismo, finendo per attribuire al titolare della seconda ipoteca un diritto pieno. Salvo che in alcune ipotesi eccezionali¹⁴⁷, la sola persona che potesse validamente contendere al creditore successivo il possesso del pegno era infatti il primo creditore, il quale doveva però esercitare il proprio diritto tenendo conto delle esigenze dell'altro. In ragione di questo equilibrio, il secondo creditore poteva offrirsi di pagare il primo, per poi vendere il pegno e rivalersi per entrambi i crediti (il suo e quello in cui era subentrato); e se fosse stato invece il primo creditore a vendere il pegno, il secondo avrebbe potuto pretendere che il *superfluum* fosse girato a lui, anziché al pignorante¹⁴⁸.

Quale che fosse esattamente la cornice dogmatica entro la quale andarono cristallizzandosi queste regole¹⁴⁹ il loro significato economico è evidente. Nel caso della garanzia fiduciaria il debitore non poteva accedere a nuovi finanziamenti, se non rivolgendosi allo stesso creditore e dovendo perciò confidare che questi disponesse di altra liquidità e non si approfittasse del monopolio che gli veniva dalla proprietà della garanzia. Nel caso del pegno, viceversa, il fatto di aver vincolato un bene dal valore molto maggiore del credito garantito non impediva al debitore di cercarsi nuovi finanziatori, e a condizioni eventualmente più favorevoli. Insomma, almeno in alstratto, la soluzione della seconda ipoteca assicurava un'allocazione ottimale delle risorse, ed è logico che il debitore facesse tutto quanto era in suo potere per ottenere che la controparte ac-

(146) Si tratta del modello attestato (verosimilmente : cf. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* II, *Le garanzie reali*, Padova, 1963, p. 18, con bibl.) nella cd. *formula Baetica* : « *quam pecuniam Lucius Titius Lucio Baianio dedit dederit [...] usque eo is fundus eaque mancipia fiducia essent donec ea omnis pecunia fidesve persoluta Luci Titi soluta liberataque esset* ».

(147) A proposito delle quali, vd. rapidamente *infra* al § 8.

(148) Per la rivendica del titolare della seconda ipoteca – e per l'ostacolo rappresentato dalla posizione del primo creditore e del suo dante causa vd. in part. (oltre a quanto osservato alla nt successiva) Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.4.12, § *pr.* e 7. Per il diritto del titolare della seconda ipoteca di saldare il credito di grado poiziore, per poi vendere il pegno e rivalersi sul prezzo per entrambe le somme, vd. Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.4.12, D. 20.5.5 *pr.* Per il diritto a rivalersi direttamente sul surplus realizzato con la vendita del primo creditore, vd. Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.4.12.5 e Triph. 8 *disp.* D. e.t. 20 ; le possibili forme in cui poteva tradursi processualmente la pretesa sull'*hyperocha* sono passate in rassegna da M. KASER, « Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht » (1968) ora in *Ausgewählte Schriften* II, Napoli, 1976 (Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Camerino), p. 208 sq.

(149) L'idea diffusa è che ancora con gli Antonini la giurisprudenza costruisce la seconda ipoteca come un diritto condizionato all'estinzione dell'ipoteca di grado precedente. Perciò, fintanto che non lo si fosse pagato, il primo creditore avrebbe avuto ragione dei creditori successivi anche senza dover ricorrere all'*exceptio "rei sibi ante pigneratae"* (Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.4.12 *pr.*) configurata dalla giurisprudenza successiva : cf. Gai *l.s. de f. hyp.* D. 20.4.11.4, con il commento di S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959 (Publicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo dell'Università La Sapienza di Roma), p. 159 sq. ; per altre decisioni dei giuristi, che presupporrebbero la costruzione "condizionale" della seconda ipoteca, vd. M. KASER, « Über mehrfache Verpfändung », *cit.*, p. 174 sq.

cettasse di ricevere la garanzia reale nelle forme di una *conventio pignoris*, piuttosto che di una *mancipatio* fiduciaria¹⁵⁰.

VI. – L'AUTONOMIA DEL DISCORSO GIURIDICO IN TRE ESEMPI.
LE STRATEGIE PER OVVIARE ALL'ASSENZA DI REGISTRI IPOTECARI

La rassegna condotta nelle pagine precedenti mostra che il pegno romano venne caratterizzandosi per forme di costituzione estremamente duttili e flessibili, capaci di semplificare il percorso richiesto ai privati per raggiungere i propri obiettivi. Per riepilogare (e per riagganciarci anche a quanto si era osservato a proposito delle funzioni economiche dell'ipoteca), la garanzia reale permetteva agli uni di accedere agevolmente al mercato del credito e delle locazioni, e agli altri di collocare altrettanto agevolmente a reddito i propri beni. In aggiunta, le forme del pegno assicuravano a entrambe le categorie di soggetti due vantaggi fondamentali ulteriori. In caso d'inadempimento, i creditori erano liberi di liquidare la garanzia con estrema rapidità, mentre ai debitori il pignoramento evitava di tenere immobilizzati assets significativi dei loro patrimoni. Se la somma dei piani era dunque tale da presentare il pegno come la forma di garanzia capace di meglio allocare le risorse economiche private, la domanda che segue è in un certo modo spontanea. Si tratta di valutare che cosa permise di sviluppare un regime tanto efficace, chiedendosi poi in particolare se questa costruzione si possa considerare il frutto di un deliberato disegno economico dei soggetti istituzionali, vale a dire pretore, giuristi e cancelleria imperiale.

Per provare a rispondere a questa domanda approfondiremo tre dettagli di quel corpo di regole che nelle pagine precedenti abbiamo descritto in termini soltanto sintetici. E condurremo il nostro approfondimento privilegiando due direttrici. Da un lato, ci riporteremo al modo graduale con cui le regole del pegno romano vennero strutturandosi. Dall'altro lato, ci focalizzeremo sulle motivazioni addotte a loro sostegno dai giuristi. La prima prospettiva dovrebbe rendere avvertiti della complessità dei formanti che sono alla base del regime romano delle garanzie reali. La seconda prospettiva dovrebbe invece mostrare che per quanto concerne almeno l'azione della giurisprudenza, essa non venne condizionata da obiettivi di natura economica.

(150) Il che naturalmente nulla toglie al fatto che la scelta tra *conventio pignoris* e *fiducia cum creditore* fosse rimessa in concreto al libero gioco della contrattazione privata. Il dato in questione, se da un lato è un indice certamente significativo di quanto metteremo meglio a fuoco nei prossimi §§ (e cioè che la dimensione economica delle garanzie reali non condizionò le scelte normative di fondo delle istituzioni), dall'altro lato non va nemmeno sovrastimato per giungere alla conclusione che per tutta l'età classica il pegno non avrebbe insidiato il primato della *fiducia*, a causa della maggior rispondenza di quest'ultima agli interessi dei creditori (così invece P. LAMBRINI, « Lineamenti storico-dogmatici della *fiducia cum creditore* », *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*, ed. L. VACCA, Torino, 2003, p. 258 e nt. 7). Investire il proprio denaro in mutui feneratizi era infatti interesse (anche) dei creditori, e la loro posizione precontrattuale di forza dipendeva dalle condizioni contingenti del mercato del credito. Essa risultava perciò erosa in partenza tutte le volte in cui la richiesta di denaro in prestito risultasse inferiore all'offerta (cf. Gai. 12 ed. prov. D. 26.7.13.1, *supra* nt. 77, Paul. 38 ad ed. D. 26.7.12.4, Alex. CI. 5.56.3).

Nella nostra rassegna muoveremo dai meccanismi che permettevano ai creditori di cautelarsi in ordine alla titolarità del pegno e a quello che si presentava come il riflesso più significativo di questa titolarità, ovverosia il diritto di rivalersi sulla garanzia. Se infatti è vero, come si ricordava, che il vantaggio fondamentale del creditore stava nel potere di liquidare direttamente la garanzia reale, in caso d'inadempimento, è vero anche che la liquidazione del pegno (così come quella della *fiducia*, dove il problema era analogo) costituiva un atto di disposizione. Il debitore, in altre parole, era sì libero di attribuire al creditore il potere di vendere il pegno o di soddisfarsi con esso in qualche altro modo, ma a condizione che il bene gli appartenesse e non fosse già vincolato in garanzia di altri creditori.

Nel caso di un pegno manuale (o di una *mancipatio* fiduciaria traslativa del possesso) non c'è dubbio che questo principio poteva essere eluso, all'atto pratico, se il creditore riusciva a vendere il bene senza accollarsi le conseguenze di una sua eventuale evizione¹⁵¹. Ma un espediente del genere costituiva un mero palliativo. Da un canto, il creditore doveva comunque mettere in conto che un terzo avrebbe potuto contendergli con successo il possesso del pegno anche nelle more concesse al debitore per l'adempimento (e dunque con un rischio tanto maggiore quanto maggiore fosse stato il termine concordato con il debitore). Dall'altro canto, il problema diventava ineludibile per quella forma di pignoramento che meglio permetteva di valorizzare il patrimonio anche dei debitori, vale a dire il pegno convenzionale. Il creditore che optava per una semplice *conventio pignoris*, non poteva infatti ignorare che prima di vendere la garanzia avrebbe dovuto entrarne in possesso¹⁵²; e le regole del processo da questo punto di vista erano inflessibili: per rivendicare un pegno con successo, il creditore doveva dare la prova che il bene era stato vincolato in suo favore dal proprietario e sperare che il possessore non riuscisse a sua volta a provare un diritto di pegno poziore¹⁵³.

Stando così le cose, è chiaro che il debitore non poteva sperare di colmare il gap informativo che tratteneva la controparte dal concludere il contratto, sem-

(151) Che i creditori tendessero a non impegnarsi a fronte di un'eventuale evizione si evince dal fatto che i testi dei giuristi escludono tale responsabilità per il solo fatto che alla vendita si fosse proceduto *iure creditoris* (Paul. 4 resp. D. 17.1.59.4, Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.11.6) piuttosto che *lege pignoris* (Paul. 6 resp. D. 20.5.10, Scaev. 4 resp. D. 31.89.4). Più arduo – date le oscillazioni delle fonti – è il dire se queste espressioni facciano riferimento a una regola speciale vera e propria, applicata alla vendita della garanzia (cf. Alex. CI. 8.45.1) o non piuttosto all'abitudine dei creditori di accludere alla vendita un patto *de non praestanda evictione* (cf. Pap. 11 resp. D. 21.2.68 pr., Triph. 8 disp. D. 20.5.12.1): sul problema vd. di recente S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011 (*L'arte del diritto*), p. 143 sq.

(152) Che il creditore potesse procedere alla vendita anche senza aver prima recuperato il possesso non era precluso in linea di principio, tant'è che i giuristi in un caso del genere sembra ritenessero sufficiente cedere al compratore l'esercizio della *vindicatio pignoris*: cf. la discussione condotta in FREZZA, *Le garanzie, cit.*, II, p. 218. Ciò però non toglie che, all'atto pratico, trovare un compratore disposto ad accollarsi l'onere di recuperare il possesso doveva costituire un caso raro, tanto più se il creditore pretendeva di non rispondere della legittimità della vendita (vd. alla nt. precedente).

(153) Per il primo punto vd. per tutti Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 22.3.23; per il secondo vd. *supra* alla nt. 148.

plicemente offrendole in garanzia un bene di valore adeguato. Soprattutto se la proposta prevedeva che il debitore mantenesse il controllo della garanzia (grazie a una *conventio pignoris* o a una *mancipatio* traslativa del solo dominio fiduciario), l'offerta della garanzia reale avrebbe semplicemente spostato l'asimmetria su un altro piano. Anziché chiedersi se il debitore avrebbe o non avrebbe adempiuto, il creditore avrebbe finito insomma per chiedersi se la garanzia, che gli veniva offerta, si sarebbe rivelata una garanzia legittima. E senza adeguate informazioni sui due punti da cui dipendeva la risposta – ancora una volta : se la piena proprietà del bene spettasse al debitore e se esistessero o meno diritti concorrenti di terzi – è difficile credere che un investitore di media diligenza si sarebbe convinto a concludere il contratto.

Se questo era dunque il problema, come venne affrontato ? È noto – e vi abbiamo già accennato¹⁵⁴ – che in Egitto le autorità romane poterono approfittare della secolare tradizione notarile del paese, per organizzare un sistema non lontano dalla moderna pubblicità ipotecaria. Nel corso della seconda metà del I secolo, ai notai egiziani venne interdetto di redigere qualsiasi convenzione ipotecaria relativa a beni immobili o schiavi, senza aver prima ottenuto l'autorizzazione dagli uffici centrali del catasto ; autorizzazione che gli addetti alla *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* rilasciavano solo dopo aver verificato che la garanzia, oltre ad appartenere al debitore, fosse libera da ipoteche o di valore sufficiente a sostenere anche l'ipoteca aggiuntiva¹⁵⁵. Catasti e registri pubblici esistevano certamente anche in altre regioni dell'impero, ma non risulta che essi siano mai stati organizzati per sostenere una pubblicità ipotecaria comparabile a quella assicurata in Egitto¹⁵⁶. La prassi – di cui si ha notizia grazie ad alcuni documenti negoziali e, indirettamente, attraverso gli interventi dei giuristi - era perciò quella di impegnare formalmente il debitore, facendogli dichiarare non solo che la garanzia offerta era di sua proprietà, ma anche se la si fosse gravata o meno di altre ipoteche¹⁵⁷.

(154) *Supra* § 4, in corrispondenza della nt. 84.

(155) Vd. per tutti LEROUXEL, « Le marché du crédit privé », *cit.*, p. 965 sq., nonché *idem*, *Le marché du crédit*, *cit.*, p. 158 sq.

(156) Per un quadro aggiornato delle informazioni disponibili sui catasti pubblici, vd. la rapida rassegna approntata da L. MAGANZANI, « Il nuovo catasto di Verona : profili giuridici », *Trans Padum usque ad Alpes. Roma tra il Po e le Alpi : dalla romanizzazione alla romanità*, ed. G. CRESCI MARRONE, Roma, 2015 (Studi e ricerche sulla Gallia Cisalpina), p. 104 sq. Quanto ai registri pubblici, un riflesso indiretto sulle contrattazioni private doveva essere esercitato dai registri dei *praedia* vincolati in favore delle singole comunità. Gli statuti municipali – quantomeno d'età flavia – facevano infatti obbligo ai magistrati di esporre l'elenco non solo delle *locationes* cittadine in corso, ma anche delle garanzie personali e reali presentate dai singoli conduttori (cf. *l. Irm.* 63). Come è stato giustamente notato, una prescrizione di questo genere dava modo ai privati di controllare che sugli immobili siti nel territorio del municipio non fossero già state costituite delle garanzie in favore della *res publica* : cf. LEROUXEL, *Le marché du crédit*, *cit.*, p. 276 sq.

(157) Oltre che nei documenti che saranno ricordati alla nt. 165, un esempio della dichiarazione con cui il debitore attestava che i propri beni fossero liberi da ipoteche, si può attingere da Scaev. 27 *dig.* D. 20.1.34.1 (*supra* nt. 110) ; una dichiarazione che desse conto delle ipoteche precedenti prendeva invece la forma ricordata sinteticamente in Gai. *l.s. de f. hyp.* D. 20.1.15.2 (*infra* nt. 162).

Il problema consequenziale stava naturalmente nella fiducia che si poteva nutrire in simili dichiarazioni. Il fatto che gli investitori non avessero la possibilità di verificarne speditamente l'attendibilità, non significa che le istituzioni si disinteressassero del problema. Un intervento pubblico in effetti c'era, ma a differenza di quanto accadeva in Egitto, esso non si concretizzava al momento della conclusione del contratto, bensì a posteriori, nel caso fosse emerso che il creditore aveva fatto affidamento su dichiarazioni inesatte. Di fronte a questa eventualità, le istituzioni intervenivano anzi su una pluralità di livelli.

Data la marca pubblicistica di fondo, l'intervento più significativo, ai fini del nostro discorso, è senza dubbio quello che si realizzò sul piano del diritto e del processo criminale. A partire quantomeno dalla metà del II secolo, gli imperatori iniziarono a riportare le frodi ipotecarie a una figura di reato nuova: lo *stellionatus*. È certamente vero che questo reato poteva essere – e venne in effetti – riferito a truffe di vario genere¹⁵⁸. Ma l'idea condivisa è che esso trovasse nelle frodi ipotecarie il suo campo principale – e forse originario – di applicazione¹⁵⁹. La sostanza è dunque che per rimediare all'assenza di registri pubblici facilmente accessibili ai creditori ipotecari, ci si affidò al timore suscitato dalla repressione criminale.

Tra i numerosi testi che documentano l'indirizzo impresso dalla legislazione, merita di essere richiamata una costituzione del 244, da cui traspare come i contemporanei fossero perfettamente consapevoli che l'intervento imperiale serviva a porre rimedio all'asimmetria informativa che contraddistingueva le convenzioni ipotecarie. Rispondendo a un privato, la cancelleria di Filippo l'Arabo ricordava che il fatto di punire le frodi ipotecarie con la massima severità doveva essere di monito per i debitori tentati di approfittare dell'« *ignorantia creditoris* », dal momento che essi avrebbero perpetrato i loro raggiri « *non sine periculo* »¹⁶⁰. La truffa, cui si riferisce il rescritto, era quella di chi ipotecava lo stesso bene più volte, senza informare il nuovo creditore. Ma è indubbio che le stesse pene – e dunque lo stesso monito – valessero per coloro che approfittavano dell'*ignorantia creditoris* per dare in ipoteca una *res aliena*¹⁶¹. Tra le righe, la cancelleria di Filippo l'Arabo lascia intendere inoltre che le punizioni riservate a chi frodava i creditori ipotecari si applicavano da lunga data (« *consuevit* »; « *saepe rescriptum est* »). Si trattava dunque di un indirizzo legislativo consolidato, il quale, anche per questa sua stabilità avrà contribuito a orientare il comportamento dei privati. E in effetti, già nel corso del II secolo, Gaio attesta che il costume dei debitori era di dichiarare preliminarmente l'esistenza di

(158) Per una rassegna delle varie fattispecie attestate nelle fonti vd. da ult. L. GAROFALO, « *Stellionatus* : storia di una parola » (2001) ora in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008 (L'arte del diritto), p. 131 sq.

(159) Vd. sul pt. ancora GAROFALO, *op. cit.*, 128 e gli autori ivi citati.

(160) Phil. CI. 9.34.4 : « *Ignorantia creditoris, cui res pridem apud alios obligatae pignoris seu hypothecae iure obligantur, non sine periculo capi consuevit. Etenim eiusmodi fraudes ad extraordinariam criminis executionem spectare ac stellionatus commissum severissime esse vindicandum saepe rescriptum est* ».

(161) Cf. in part. Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1 (*infra* nt. 169), dove le due ipotesi sono richiamate insieme (per definire il concorso tra repressione criminale e *actio pigneraticia in personam*) ; non diversamente in Ulp. 11 *ad ed.* D. e.t. 36.1.

eventuali altre ipoteche, proprio allo scopo di scansare il « *periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant* »¹⁶².

A distendere il filo che va da Gaio al rescritto di Filippo l'Arabo, almeno due punti si lasciano dunque fissare con relativa facilità. Il primo è che le frodi ipotecarie creavano allarme sociale, tanto da richiedere un apposito intervento sul piano della repressione criminale¹⁶³. Il secondo punto di rilievo è che ai contemporanei non sfuggiva che la sanzione imperiale aveva un effetto dissuasivo, sicché da essa passava in parte, indirettamente, l'efficacia stessa della garanzia reale.

Una volta registrati i due dati, si può concludere che nella *poena stellionatus* gli imperatori vedessero una misura di politica economica? Una misura – voglio dire – studiata e applicata per favorire l'impiego delle garanzie reali (e perciò per favorire quel mercato del credito che da queste garanzie, come s'è visto, dipendeva)? A me non pare. Un conto è infatti dire che gli imperatori intervennero con decisione sulle frodi ipotecarie e che i contemporanei percepissero (in ragione delle sanzioni imperiali) i rischi di certi comportamenti; altro è dire che l'azione della cancelleria venne congegnata con questo preciso obiettivo di natura economica. Oltre al fatto che i testi giuridici non offrono mai indicazioni esplicite in questo senso, non bisogna dimenticare che quando la legislazione imperiale arrivò al *crimen stellionatus*, essa non imprese in realtà una svolta radicale rispetto all'assetto normativo precedente, e alle cautele alle quali i soggetti economici erano già stati costretti a ricorrere dalla mancanza di un registro pubblico delle ipoteche. Il processo che portò al *crimen stellionatus* fu insomma graduale e vide la cancelleria muoversi in quello stesso solco che i privati erano stati costretti a tracciarsi da soli, prima che il fenomeno delle truffe ipotecarie attirasse l'attenzione degli imperatori.

La genesi di questo processo si lascia scorgere attraverso i documenti negoziali conservatisi nell'area vesuviana. Essi mostrano che il problema di vincolare i debitori alle dichiarazioni rese al momento di accordarsi sulla garanzia reale, era avvertito già in età giulio-claudia e che i creditori – specie se si trattava di ricorrere a forme diverse dalla *datio pignoris*¹⁶⁴ – lo affrontavano pre-

(162) Gai. *l.s. de f. hyp.* D. 20.1.15.2: « *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* ».

(163) Per uno spunto in questo senso vd. anche GAROFALO, « *Stellionatus* », *cit.*, p. 129, nt. 16.

(164) Così almeno secondo quanto sembrerebbe emergere dalle *testationes* dei pegni conservate dall'archivio dei *Sulpicii* (*TPSulp.* 51 + 52, 55 e 79), dove in effetti il creditore non sembra preoccuparsi di richiedere esplicite rassicurazioni dal pignorante. Sulle difficoltà che si danno a qualificare come convenzionali (anziché manuali) i pignoramenti attestati dalle *tabulae Sulpiciorum*, vd. da ult. F. KLINCK, « *Verpfändung und Speichermiete in den Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* », *Facetten des römischen Pfandrechts*, ed. J.D. HARKE, Berlin/Heidelberg, 2015 (Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts), p. 61 sq. Nel caso del pignoramento documentato da *TPSulp.* 55, va peraltro notato che il creditore aveva ricevuto in garanzia del vassellame d'argento che recava impresso il sigillo del debitore (*argentum signo signatum*: cf. J. ANDREAU, « *The Use and Survival of Coins and of Gold and Silver in the Vesuvian Cities* », *The Monetary Systems*, *cit.*, p. 221 sq. con ult. bibl.); è perciò possibile che la sigillatura dei beni ri-

tendendo che i debitori non dichiarassero soltanto quale fosse lo stato giuridico della garanzia, ma che lo facessero sotto giuramento¹⁶⁵. Naturalmente, il giuramento aveva un suo valore non trascurabile, legato allo scrupolo religioso¹⁶⁶. Ma al piano del *ius sacrum* si poteva legare strumentalmente un secondo piano normativo, includendo nella formula del voto il riferimento al *genius* dell'imperatore vivente. Lo spergiuro, in questo caso, si esponeva infatti al rischio di un processo per (*laesa*) *maiestas*¹⁶⁷. Sicché è da credere che quando un creditore imponeva alla controparte di giurare – *per genium principis* – che il bene era di sua proprietà e libero da altri vincoli, lo scopo fosse appunto quello di fare leva sul *metus poenae*, per garantirsi che il debitore verificasse col massimo scrupolo l'esattezza delle sue dichiarazioni¹⁶⁸.

Se l'osservazione coglie nel segno, significa che la soluzione adottata dai privati – di pretendere un giuramento *per genium principis* sulla bontà giuridica della garanzia – prefigurò nella sostanza quello che sarebbe stato il successivo intervento imperiale. Quando infatti i principi, con la nuova fattispecie dello *stellionatus*, finalmente intervennero in prima persona (e sulla loro scia i giuristi), essi sostanzialmente non fecero altro che porre la premessa necessaria affinché la frode ipotecaria fosse separata dal *crimen maiestatis* e configurata

cevuti in garanzia costituissero per il creditore una rassicurazione sufficiente circa la proprietà dei medesimi e la legittimazione del pignorante.

(165) Cf. le due *mancipationes* fiduciarie trascritte in *TH*. 65 e nel documento pompeiano riprodotto in *FIRA* III n. 91. Nel primo testo è riportato il giuramento – reso « *per Iovem et numina deorum et genium [...] Caesaris Augusti* » – che il bene risulta in possesso e proprietà esclusiva del debitore, senza essere vincolato a garanzia di altri creditori, pubblici o privati (« *neque in publicum privatumve obligatum esse* »). Gli stessi elementi ritornano nel secondo documento, sia pure per mezzo di una redazione meno circostanziata, che da una parte omette l'indicazione della potenza divina invocata col giuramento, e dall'altra parte adotta una formulazione generica in relazione all'assenza di altri creditori (« *iuravit ea mancipia sua esse [...] neque ea mancipia ali ulli obligata esse* »): su tali differenze vd. da ult. L. PEPPE, « Alcune considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi », *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, ed. L. PEPPE, Padova, 2008 (Collana del Centro di eccellenza in Diritto europeo G. Pugliese), p. 195 sq.

(166) In linea di principio – e ancora nell'alto impero – uno spergiuro intenzionale rimetteva infatti agli dei il responsabile (e i suoi beni), all'esito di una procedura che vedeva il coinvolgimento dei pontefici sia quanto alla verifica dello spergiuro sia forse quanto alla statuizione della *sacratio*: cf. J. SCHEID, « Les pontifes romains et le parjure », *Manières de penser dans l'Antiquité méditerranéenne et orientale*, éd. C. BATSCH, M. VARTEJANU-JOUBERT, Leiden/Boston, 2009 (Supplements to the Journal for the Study of Judaism), p. 183 sq.

(167) Si tratta dell'ipotesi avanzata – sulla base di alcune testimonianze di età severiana (*infra* nt. 170) – da G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii* I, Napoli, 1992 (Publicazioni del Dipartimento di diritto romano e storia della scienza romanistica dell'Università degli studi di Napoli Federico II), p. 227 sq., per spiegare il frequente ricorso al *iusiurandum per genium principis* nei documenti dell'archivio dei *Sulpicii*; nello stesso senso J. SCHEID, « *Les Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, témoins de la vie religieuse quotidienne », *CCG*, 11, 2000, p. 118 e GRÖSCHLER, « Die Mittel der Kreditsicherung », *cit.*, p. 310 (sia pure distinguendo, quanto alle conseguenze penali, tra il giuramento *per genium principis* e quello sul *numen* di un imperatore defunto).

(168) Diversamente – ma senza discutere il collegamento al *crimen maiestatis* – PEPPE, « Alcune considerazioni », *cit.*, p. 192 sq., il quale vede nel *iusiurandum*, richiesto al momento di presentare la garanzia reale, una cautela di ordine soltanto etico-sociale.

come un crimine autonomo. Una soluzione di questo genere segnò indubbiamente un progresso notevole, da vari punti di vista. Come prima cosa, l'operazione svincolò la responsabilità del debitore dallo spergiuro, facendola dipendere dal fatto in sé che il creditore non fosse stato avvertito (scientemente) delle condizioni giuridiche della garanzia¹⁶⁹. Inoltre, la responsabilità del debitore poté essere maggiormente calibrata sul peso effettivo degli interessi in gioco. Da un lato, vennero infatti introdotte sanzioni più lievi; il che avrà evitato che la sproporzione della pena fissata dalla *lex Iulia maiestatis* offrissi un argomento per soprassedere dalla repressione criminale (vanificandone così l'effetto deterrente)¹⁷⁰. Dall'altro lato, il pregiudizio del creditore divenne una condizione stessa del reato; sicché, se anche il debitore mentiva in ordine alle condizioni della garanzia, senza però che il raggio si traducesse in un danno economico effettivo, la pena dello stellionato sarebbe rimasta sospesa¹⁷¹.

Se dunque è indubbio che la comparsa del *crimen stellionatus* segnò un miglioramento tangibile, nel regime sanzionatorio delle frodi ipotecarie, rimane nondimeno che la risposta, che la legislazione imperiale seppe dare al problema del gap informativo del creditore ipotecario, non andò oltre la minaccia di una sanzione criminale. Il progresso insomma vi fu, ma senza superare quella cornice di cautele indirette che erano stati i privati stessi i primi a dover allestire, costretti dalla mancanza di un registro pubblico delle ipoteche. Ed è evidente che il fondamento giuridico di questa cornice, entro la quale i privati furono costretti a muoversi, non stava in chissà quali valori di ordine economico, ma in un principio (sociale) di responsabilità. I privati – converrà ribadirlo – sfruttarono tale principio strumentalmente, aggrappandosi dapprima al timore di sanzioni derivate dall'escamotage del *iusiurandum*; a loro volta gli imperatori si limitarono a perfezionare il meccanismo.

Del resto, la sensazione che il problema dell'*ignorantia creditoris* non avesse attirato l'attenzione delle istituzioni per le sue ricadute economiche comples-

(169) Cf. Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1, dove la commissione del *crimen* è fatta discendere dal fatto in sé dell'aver dato (in garanzia) una « *res aliena vel alii pignerata vel in publicum obligata* ». Naturalmente, il cambio di rotta non impedì che l'abitudine di richiedere al debitore delle dichiarazioni giurate si mantenesse in qualche misura anche oltre l'alto impero: cf. Mod. 3 *de poen.* D. 47.20.4 (riportato alla nt. successiva).

(170) Le fonti di età severiana mostrano in effetti che la legislazione – almeno nei confronti di chi spergiurasse *in genium principis* in relazione a un affare pecuniario – finì per orientarsi verso una *castigatio* corporale che servisse essenzialmente da monito (cf. Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.13.6 e il rescritto di Severo e Caracalla ivi ricordato). Specie per l'alto impero, la rigidità della pena (capitale) legata al *iudicium publicum* potrebbe perciò aver rappresentato un ostacolo, all'applicazione sistematica della *lex Iulia*, ulteriore a quello messo in campo da Th. MOMMSEN, *Römische Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 586. Sempre per l'età severiana va segnalato che la materializzazione del reato, impressa dal riconoscimento dello *stellionatus*, determinò di fatto un trattamento più severo dello spergiuro in materia ipotecaria rispetto agli altri spergiuri *in re pecuniaria*: cf. Mod. 3 *de poen.* D. 47.20.4: *De periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit, et ideo ad tempus exulat*.

(171) Sui due punti cf., rispettivamente, la seconda parte di Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1 (sia pure tenendo conto delle riserve ribadite da GAROFALO, « *Stellionatus* », *cit.*, p. 132 nt. 26) e Alex. CI. 9.34.1.

sive, trova una conferma anche sull'altro fronte in cui si registrò un intervento pubblico, il fronte cioè del diritto privato e della relativa tutela giurisdizionale.

Al creditore che avesse ricevuto una garanzia rivelatasi inutilizzabile (vuoi perché di proprietà di un terzo, vuoi perché già gravata da ipoteche che ne esaurivano il valore), giuristi e pretore riconobbero infatti, come prima cosa, la possibilità di chiedere al debitore un indennizzo economico. In età severiana l'azione utile a questo scopo era l'*actio pigneraticia in personam* (in *ius concepta*), forse preceduta nel tempo dall'*actio doli*¹⁷². Trattandosi di una tutela assicurata da un'*actio in personam*, è chiaro che anche una volta riconosciuto l'indennizzo, il debito relativo sarebbe comunque venuto semplicemente ad aggiungersi al debito principale; il che avrà rappresentato una consolazione piuttosto magra, ogniqualvolta il debitore versasse in uno stato generale d'insolvenza. Non va però trascurato che il cumulo delle azioni avrebbe comunque consentito al (mancato) creditore ipotecario d'isciversi alle procedure concorsuali in forza di un doppio titolo (debito e indennizzo sulla garanzia); il che equivaleva a riconoscergli, all'atto pratico, una posizione comunque privilegiata rispetto alla massa dei creditori chirografari.

In aggiunta all'*actio pigneraticia in personam* – la cui tutela risultava dunque complementare alla pressione assicurata dal *crimen stellionatus* – il pretore accordava tuttavia anche una speciale azione *in rem*, per il caso particolare che la garanzia fosse entrata a far parte del patrimonio del debitore solo dopo il pignoramento. Sul piano sostanziale, il punto si afferra facilmente: giuristi e pretore volevano che l'acquisto (anche se successivo) della proprietà del pegno, in capo al pignorante, sanasse l'invalidità iniziale del pignoramento. Sennonché, i tecnicismi del processo privato non permettevano che la convalida si producesse automaticamente, ma occorreva appunto la concessione di un'azione ad hoc. Quando i giuristi si riferiscono a questo intervento del magistrato, normalmente non si dilungano sulla sua *ratio*¹⁷³. Tuttavia, la compilazione giustiniana conserva un rescritto di Diocleziano che riconduce tutta l'operazione, con formula icastica, a un principio d'equità: « *aequitatem facere* (scil. *manifestum est*) *ut facile utilis persecutio exemplo pignoraticiae daretur* »¹⁷⁴.

Alla base dell'azione del pretore, la rappresentazione dei contemporanei non poneva dunque considerazioni di politica economica, bensì l'esigenza di assicurare il giusto equilibrio degli assetti patrimoniali in gioco. Naturalmente, si potrà discutere a quale tra le tante facce dell'*aequitas* volesse in concreto riferirsi la cancelleria¹⁷⁵. Ma dal nostro punto di vista l'essenziale è di tenere ferma

(172) L'*actio pigneraticia in personam* prescindeva dai presupposti soggettivi della frode: cf. Paul 29 *ad ed.* D. 13.7.16.1. All'*actio doli* accenna la seconda parte di Ulp. 11 *ad ed.* D. e.t. 36.1; per una fattispecie improntata a una logica analoga vd. però anche Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.9.4.

(173) Cf. Pap. 11 *resp.* D. 20.1.1 pr., Paul. 3 *quaest.* D. 13.7.41, Sev.-Ant. CI. 4.28.4.

(174) Diocl.-Maxim. CI. 8.15(16).5: « *Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoraticiae daretur* ».

(175) Tradizionalmente, il principio ispiratore viene individuato nel cd. divieto di *venire contra factum proprium*, e dunque nell'idea che ai privati dovessero essere preclusi comportamenti contraddittori rispetto agli impegni assunti: cf. TONDO, *Convalida*, cit., p. 62 e nt. 4; D. SCANBACHER, *Die*

la distinzione tra il piano degli effetti dell'azione istituzionale e il piano delle intenzioni. Il fatto che il pretore finisse per annullare le conseguenze dell'*ignorantia creditoris* (quando fossero sopravvenute le condizioni da cui dipendeva la validità del pignoramento) non vuol dire che il suo intervento avesse l'obiettivo di difendere la credibilità della garanzia reale e di rimuovere un ostacolo che avrebbe potuto compromettere uno sfruttamento su larga scala di questo strumento economico. L'azione del magistrato avrà certamente contribuito anche a questo risultato. Ma esso rimaneva un effetto di secondo livello di un'azione nata su tutt'altra premessa e tesa a tutt'altro obiettivo.

VII. – (SEGUE) LA NOZIONE DI *RES* PIGNORABILE
E IL SUO SFRUTTAMENTO IN SENSO ECONOMICO

Anche in un altro capitolo della storia del pegno giuristi e pretore diedero mostra d'intervenire più come ricettori delle istanze della prassi che non come intenzionali esecutori di un paradigma economico. E si tratta di un capitolo addirittura più significativo del precedente, per spiegare il primato che il pegno finì per assumere tra le garanzie del credito. Gli interventi di cui si è parlato sinora - quelli richiesti cioè dall'assenza di registri pubblici, che permettessero ai creditori di controllare agevolmente lo stato giuridico delle garanzie - si possono infatti considerare come parte di un quadro normativo generale; un quadro che valeva cioè tanto per il pegno quanto per la *fiducia cum creditore*. Sul piano che si andrà a considerare ora, tra pegno e *fiducia* si registrava invece una differenza significativa; e si trattava di una differenza tutta a vantaggio della prima forma di garanzia.

La questione riguarda l'oggetto della garanzia e si riferisce, in particolare, a quella elasticità della *conventio pignoris* che permetteva al debitore di smobilizzare assets patrimoniali che la rigidità di forma e di effetti della *mancipatio* (o della *in iure cessio*) fiduciaria non avrebbe invece permesso di sfruttare. Abbiamo già accennato al fatto che questa elasticità offriva ai privati un duplice vantaggio. Da un lato, la circostanza che la *conventio pignoris* non implicasse un trasferimento del *dominium* permetteva al debitore d'ipotecare lo stesso bene più volte, in favore di creditori diversi, fino alla concorrenza del suo valore effettivo. Dall'altro lato, la circostanza che la *conventio* non avesse un contenuto predeterminato consentiva di offrire in garanzia una gamma di valori ampia, fatta non solo di beni propri, ma anche di singoli diritti che spettassero al debitore su beni propri o altrui, come anche di diritti di credito¹⁷⁶.

Ma come funzionava in concreto questo pignoramento di *res incorporales*, quali erano i *nomina* e gli *iura in re aliena*? La domanda non è oziosa, perché la sola forma di pegno riconosciuta esplicitamente nell'editto del pretore coincideva con l'ipotesi di pignoramento più semplice e ovvia, ossia che il debitore avesse offerto in garanzia un suo proprio bene (e dunque una *res corporalis*).

Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht, Berlin, 1987 (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen), p. 17 sq.

(176) Vd. *supra* § 5, in corrispondenza della nt. 144.

Sicché, ammettere che il debitore fosse libero di vincolare non solo una sua proprietà, ma anche un suo diritto – dall'usufrutto, alla superficie, a un diritto di credito – non sarebbe stato possibile se il sistema non si fosse dimostrato disposto ad avvallare una convenzione di questo genere e a implementare la tutela processuale ordinaria prevista dall'editto. E analogamente, non si sarebbe potuto dire che al debitore era permesso di vincolare lo stesso bene in favore di creditori diversi, se le forme di questa tutela processuale di base non fossero state appositamente integrate, allo scopo di regolare efficacemente la compresenza di tanti creditori¹⁷⁷.

Il fatto che i giuristi e il pretore si sforzassero d'integrare lo scarno quadro della tutela editale, escogitando di volta in volta la forma processuale che sapesse meglio contemperare i vari interessi in gioco, è dunque un segno inequivoco di un supporto istituzionale, che fu essenziale affinché il pegno potesse raggiungere quell'ampio ventaglio di applicazioni registrato dalle fonti giuridiche. Tuttavia, se l'obiettivo è quello di ricostruire la dimensione economica dell'azione pubblica, occorre evitare una volta di più di sovrapporre gli effetti dell'azione istituzionale alle sue premesse ideologiche. In altri termini, il fatto di sapere che il magistrato avrebbe riconosciuto e tutelato le forme più svariate assunte dalla *conventio pignoris*, avrà senz'altro contribuito a orientare i comportamenti dei privati, e in particolare a assicurare i creditori sull'opportunità di ricevere in pegno valori anche diversi dalle proprietà dei debitori. E non vi è dubbio che questa azione si sarà rivelata tanto più efficace, quanto più veniva ribadito – dai giuristi e dalla cancelleria imperiale – che la tutela del magistrato costituiva *ius receptum*, a dispetto del silenzio dell'editto¹⁷⁸.

Da tutto ciò non discende però che i giuristi e il pretore avessero guardato con questi loro interventi al mercato del credito e si fossero ripromessi d'implementarlo (implementando il volume delle garanzie richieste dagli investitori). Se si guarda alle motivazioni, addotte per orientare l'azione del magistrato, si constata anzi subito che i giuristi non legarono le loro decisioni a valutazioni condizionate dall'impatto economico delle stesse. L'orizzonte dei giuristi rimase essenzialmente definito dalla struttura logica (o per usare una parola più impegnativa : dalla dogmatica) dei vari istituti che il carattere polimorfo della *conventio pignoris* permetteva di chiamare in causa. E se è vero che in alcuni casi limite ci si risolse a superare questa struttura logica di base, ciò avvenne non per la volontà di dirigere il mercato delle garanzie del credito in una direzione, piuttosto che in un'altra, ma più semplicemente per salvaguardare comunque le scelte dei privati e rispettarne perciò l'autonomia contrattuale.

Questo doppio binario dell'azione giurisprudenziale – rinviando al prossimo § l'esame delle sue implicazioni sul terreno della seconda ipoteca - si può met-

(177) Vd. *supra* § 5, in corrispondenza delle nt. 148-149.

(178) A convenzioni riconosciute come valide da lunga pezza si fa riferimento a proposito per es. del cd. *pignus pignoris* in Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.1.13.2 (« *placuerit* ») e in Gord. CI. 8.23.1 pr. (« *iam dudum placuit* »). Un'eco della eterointegrazione dell'editto si ha invece nel tono prescrittivo con cui i giuristi riconoscevano la validità per es. del *pignus nominis* (« *tuenda est a praetore haec conventio* » : Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.18 pr.) o del pegno dell'usufrutto (« *tali exceptione praetor tuebitur* » : Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.1.11.2, su cui vd. subito oltre nel testo).

tere meglio a fuoco attraverso il dibattito che impegnò i giuristi intorno a due fattispecie rese particolarmente problematiche dalla peculiare natura del *ius in re aliena* scelto dai privati come oggetto della *conventio pignoris*. Le fattispecie in questione sono quelle del pegno dell'usufrutto, da un lato e del pegno della servitù, dall'altro lato. Della prima discussione abbiamo notizia attraverso un passaggio della monografia dedicata da Elio Marciano al regime della *formula hypothecaria*; per la seconda – al di là di un breve cenno contenuto nella stessa opera (e proprio a ridosso della prima discussione¹⁷⁹) – l'informazione fondamentale viene invece da un brano tratto dal commento editale di Paolo.

Facendo nostro l'ordine espositivo adottato da Marciano, vediamo dunque innanzitutto il caso del pegno dell'usufrutto.

Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.1.11.2 :

« Usus fructus an possit pignori hypothecae dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit sive ille qui solum usum fructum habet. et scribit Papinianus libro undecimo responsorum tuendum creditorem et si velit cum creditore proprietarius agere « non esse ei ius uti frui invito se », tali exceptione eum praetor tuebitur : « si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit » : nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur ? eadem ratione et debitori obicietur exceptio ».

Stando all'esordio del testo, la questione della pignorabilità dell'usufrutto abbracciava dunque due ipotesi : da un lato ci si chiedeva se un proprietario potesse vincolare il solo usufrutto (escludendo perciò dalla garanzia la nuda proprietà) ; dall'altro lato la questione era se un usufrutto già costituito potesse essere reso oggetto di un pegno offerto dall'usufruttuario. Alla disamina dei due casi sembra peraltro che Marciano abbia poi proceduto in ordine inverso, offrendo per il primo caso posto nel *thema* una soluzione ricalcata sul caso dell'usufrutto offerto in pegno dall'usufruttuario¹⁸⁰. Stando così le cose, anche da parte nostra si potrà limitare il discorso a questa sola fattispecie.

(179) Sul taglio di fondo della sezione in cui Marciano inseriva la discussione del pignoramento dell'usufrutto e della servitù, vd. PELLECCHI, « "Propter pecuniam debitam" », *cit.*, p. 829 sq.

(180) Il caso del proprietario che avesse dato in pegno la semplice facoltà di usufruire di un suo bene era probabilmente ripreso nella proposizione conclusiva di D. 20.1.11.2 : « eadem ratione et debitori obicietur exceptio » ; in questo senso vd. già H. SIBER, *Die passivlegitimation bei der rei vindicatio*, Leipzig, 1907, p. 90 sq. (il quale giudicava però interpolata la frase, sulla base della premessa non dimostrata [cf. Gord. CI. 8.23.1] che il pegno con riserva della nuda proprietà fosse una costruzione estranea al diritto classico). Va però detto che la proposizione che chiude D. 20.1.12.2, nella sua stringatezza, non si lascia interpretare in modo piano. Per un verso non vi è infatti dubbio che l'affermazione si potrebbe di per sé riferire anche al caso del creditore chiamato in giudizio con l'*actio confessoria* dal (l'usufruttuario) debitore. Il che ne farebbe una sorta di appendice alla discussione del caso dell'usufrutto convenuto in pegno dall'usufruttuario (caso che nella prima parte di D. 20.1.12.2, secondo questa interpretazione, sarebbe stato discusso per l'ipotesi che il creditore dovesse difendersi dall'*actio negatoria* del nudo proprietario e nella seconda parte per l'ipotesi che l'*exceptio* si dovesse appunto opporre all'*actio confessoria* dell'usufruttuario). In questa prospettiva si dovrebbe tuttavia concedere che Marciano avesse spostato in modo del tutto implicito il focus processuale del discorso da un'azione (la *negatoria*) all'altra (la *confessoria*) ; il che è reso meno probabile dallo scrupolo con cui la (prima) azione è individuata nella parte iniziale del testo (riportandone addirittura per esteso i *verba* dell'*intentio*). L'interpre-

E dunque, era possibile per il titolare di un usufrutto di dare in pegno questo suo diritto? Per rispondere (positivamente) Marciano si affida al pensiero di Papiniano. La citazione è tratta dai *libri responsorum* e riflette uno dei moduli espositivi più congeniali a questo autore, fatto di un discorso che non indica apertamente le *rationes dubitandi* e *decidendi* del caso, ma lascia al lettore il compito di decodificarle dall'intreccio tra soluzione e motivazione¹⁸¹. Nel caso di specie, la soluzione si concentra sui dettagli processuali del caso, delineando la forma dell'*exceptio* da accordare al creditore pignoratorio dell'usufruttuario, per metterlo in condizione di respingere l'*actio negatoria* del nudo proprietario (una *exceptio* formulata come segue: « *si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit, ut usus fructus pignori sit* »). La motivazione si riduce invece a un argomento analogico, amplificato dalla forma interrogativa: dato che il pretore già assicurava l'opportuna tutela a colui che aveva comprato l'usufrutto, non c'era ragione perché la stessa difesa non fosse assicurata alla persona che l'usufrutto l'avesse invece ricevuto in qualità di creditore (« *nam et cum emptorem usus fructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur?* »).

Nonostante l'estrema sintesi del responso, l'intreccio tra soluzione e motivazione è sufficiente per intuire che l'ostacolo alla pignorabilità dell'usufrutto veniva dalla natura strettamente personale di questo diritto, di cui l'usufruttuario (debitore) non poteva disporre né *inter vivos* né *mortis causa*. Sul piano della soluzione questo elemento traspare dal modo in cui Papiniano organizza la dialettica tra *actio* ed *exceptio*. A indicare che il pignoramento dell'usufrutto – o per meglio dire: la concettualizzazione giurisprudenziale dell'operazione – faceva salvo il principio dell'intrasmissibilità dell'*uti frui* non è ovviamente il fatto che il creditore dell'usufruttuario dovesse difendersi dal proprietario del bene attraverso un'*exceptio* (perché lo stesso avrebbero dovuto fare – se fossero stati convenuti con l'azione di rivendica – sia l'usufruttuario sia il creditore che avesse ricevuto in pegno una [piena] proprietà del debitore¹⁸²). Il punto essenziale è che a rendere efficace l'*exceptio* congegnata da Papiniano non bastava che l'usufruttuario avesse sottoscritto una *conventio pignoris* (« *si non ... convenerit, ut usus fructus pignori sit* »). La *conceptio* suggerita dal giurista imponeva una condizione ulteriore, e cioè che l'usufruttuario fosse rimasto tale fino all'esercizio dell'*actio negatoria* (« *si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet convenerit...* »)¹⁸³. Sicché, se è vero che il credi-

tazione più economica della frase finale di D. 20.1.12.2 va dunque nel senso di attribuire a Marciano l'intenzione di chiarire che il pegno dell'usufrutto legittimava in ogni caso il creditore a resistere all'*actio negatoria* del proprietario, tanto nel caso in cui il proprietario fosse rimasto estraneo alla *conventio pignoris* tra usufruttuario e debitore, quanto nel caso in cui il proprietario e pignorante coincidessero.

(181) Su questo aspetto dello stile espositivo adottato da Papiniano nei *libri responsorum*, vd. in gen. D. LIEBS, « Jurisprudence », *Nouvelle histoire de la littérature latine IV, L'âge de transition 117-284*, éd. K. SALLMANN, trad. fr., Paris, 2000, p. 135.

(182) Cf. per es. Diocl.-Maxim. CI. 4.24.10.

(183) Nel senso che il gioco tra i tempi verbali dell'*exceptio* altro non fosse se non il modo di dare rilievo processuale al principio della intrasmissibilità dell'usufrutto, vd. già SCHANBACHER, *Die Komvaleszenz*, cit., p. 175, nt. 967. In termini esclusivamente di diritto sostanziale, il concetto si trova ribadito in Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.6.8 pr.

tore dell'usufruttuario poteva opporre al *dominus* un diritto di ritenzione, è vero anche che questa difesa valeva fintanto che il debitore avesse conservato il suo diritto d'usufrutto.

Una volta configurata in questo modo la soluzione, il rinvio alla *tuitio* del compratore, che si legge nella motivazione del responso di Papiniano, serve a inserire nel ragionamento un semplice tassello supplementare. Dal punto di vista sostenuto da Papiniano stava in effetti il fatto che lo stesso limite, che obbligava a configurare nel modo anzidetto il pegno dell'usufrutto, era già stato, per così dire, metabolizzato dalla giurisprudenza a proposito della compravendita dell'usufrutto. In altre parole, anche al compratore dell'usufrutto l'esercizio dell'*uti frui* era riconosciuto dai giuristi fintanto che il venditore avesse conservato la titolarità dell'usufrutto¹⁸⁴. Sicché nel caso del pegno si trattava di adottare *mutatis mutandis* la stessa soluzione.

Prendendo dunque la motivazione di D. 20.1.11.2 per quello che è – vale a dire come la conclusione di un ragionamento il cui tassello essenziale si trova già inserito nella parte precedente del responso – ci si accorge facilmente che in tutto il discorso elaborato da Papiniano in favore della pignorabilità dell'usufrutto non si trova la minima concessione a una logica di tipo economico. Nella soluzione, come abbiamo visto, il discorso si limita infatti al dato tecnico della formula; dal che si evince che la prospettiva adottata era quella di accordare processo e diritto sostanziale (nello specifico: allo scopo di preservare il carattere strettamente personale del diritto d'usufrutto). Ma anche nella motivazione – e nell'argomento analogico in cui essa si sostanzia – tutto ruota intorno a un problema di formalizzazione giuridica, e non di valutazione economica. Quello che infatti permetteva di richiamare la *tuitio* accordata al compratore dell'usufrutto era nient'altro che il fatto che tanto la compravendita quanto il pignoramento si presentavano come atti traslativi¹⁸⁵. È vero che Papiniano non individua esplicitamente in questo elemento il tratto comune alle due operazioni. Ma se ciò accade è solo perché l'analogia tra vendita e pignoramento – proprio sul piano del comune effetto traslativo – trascendeva il caso della cessione dell'usufrutto e si poteva considerare come un *topos* acquisito sia dai giuristi (che in effetti se ne servirono per elaborare anche altri punti del regime del pegno¹⁸⁶) sia soprattutto dai privati (ai quali l'analogia risultava ben presente sul piano cautelare¹⁸⁷).

(184) Cf. in part. Paul. 33 *ad ed.* D. 18.6.8.2, dove viene efficacemente riepilogata la diversa incidenza con cui sul rapporto si sarebbero ripercossi il decesso del compratore e del venditore, a seconda che quello compravenduto fosse un usufrutto già costituito (e perciò venduto dall'usufruttuario) piuttosto che un usufrutto da costituire (e perciò venduto dal *dominus* con riserva della nuda proprietà).

(185) Né l'analogia si poteva considerare meno stringente per il fatto che nel caso del pegno l'effetto traslativo risultava condizionato all'inadempimento del debitore. È vero anzi il contrario, perché se il problema della intrasmissibilità dell'usufrutto era stato risolto in relazione alla vendita, a maggior ragione l'ostacolo doveva apparire sormontabile nel caso del pegno, dove l'effetto traslativo era, appunto, soltanto potenziale.

(186) Significativa – perché si trattava di continuare a determinare il perimetro dell'oggetto della *conventio pignoris* – è per es. la regola che Marcian. *l.s. ad f. hypoth.* D. 20.3.1.2 riferisce quasi in forma di *paremia* (« *eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, iure pignoris accipere non potest* »). Dal punto di vista dei soggetti della *conventio* si può in-

Se si guarda al responso di Papiniano, è dunque facile concludere che nel caso dell'usufrutto la questione della pignorabilità del diritto venne risolta senza invocare questa o quella esigenza del mercato del credito, ma sulla base di un ragionamento puramente dogmatico, tutto interno ai tecnicismi della materia.

Nel caso delle servitù prediali la discussione corrispondente conobbe invece un esito opposto. Innanzitutto è da dire che la giurisprudenza, di fronte alle peculiarità di questo *ius in re aliena*, non arrivò mai a riconoscere al debitore una facoltà generalizzata di disporre a titolo di pegno. E se è vero che l'operazione finì comunque per ricevere un limitato e parziale riconoscimento, ciò fu fatto nella consapevolezza dichiarata che si trattava di una soluzione eccezionale. Eppure, proprio la motivazione addotta a sostegno di questo parziale riconoscimento lascia filtrare con maggior nitidezza di quanto non sia permesso dalla caratura tutta tecnica del discorso di Papiniano quale sia stato l'ordine dei fattori che determinò l'estensione della *conventio pignoris* ad assets diversi dal diritto di proprietà.

Come abbiamo già accennato, il dibattito sollevato dal problema della pignorabilità delle servitù prediali si può parzialmente ricostruire attraverso due passi traditi dal Digesto. Nel primo – di Marciano – si trova enunciata in forma apodittica la regola che escludeva dal novero dei beni pignorabili le *servitutes urbanorum praediorum*¹⁸⁸. Nel secondo – di Paolo, ma che i Compilatori unirono a quello di Marciano, col proposito di formare un unico *dictum* – l'attenzione si appunta invece sulle quattro principali servitù rustiche (*iter, actus, via e aquaeductus*), affrontando il problema della loro pignorabilità in una prospettiva più sensibile all'aspetto casistico e, soprattutto, argomentativo.

Paul. 68 *ad ed.* D. 20.1.13 :

Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat) et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat : quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Riportandosi fondamentalmente al pensiero di Pomponio, la questione posta da Paolo è dunque se il proprietario di un terreno fosse libero di offrire al creditore, come garanzia del proprio adempimento, il diritto di servirsi del passaggio sul fondo o di condurvi l'acqua¹⁸⁹. Al debitore, una garanzia di questo

vece aggiungere Paul. 29 *ad ed.* D. 13.7.18.4, dove l'analogia tra vendita e pignoramento è adottata per giustificare la validità del pignoramento della *res peculiaris*.

(187) Lo si vede nitidamente nei fedecommissi di famiglia, dal momento che nelle clausole, che vietavano di disporre dell'oggetto al di fuori della famiglia, il pignoramento si trova costantemente associato alle alienazioni effettuate *vendendi* o *donandi causa* (cf. Scaev. 19 *dig.* D. 32.38, § *pr.*, 3 e 4, Alex. CI. 6.42.4). Naturalmente, il modello più prossimo per questa conformazione dei divieti testamentari sarà stato rappresentato dai divieti legali di alienazione, come quelli disposti dalla *lex Iulia de fundo dotali* o dall'*oratio Severi* sui *praedia* pupillari, i quali pure comprendevano espressamente il pignoramento (cf., rispettivamente, Gai 11 *ad ed. prov.* D. 23.5.4 e Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.9.1.2).

(188) Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.1.11.3 : « *Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt : igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint* ».

(189) Intendo dunque anch'io – così come la maggior parte degli studiosi censiti da E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio II, Contesti e pensiero*, Milano, 2001 (Collana della Rivista

genere avrebbe evidentemente permesso di accedere al credito senza dover impegnare il fondo nella sua interezza¹⁹⁰. Ma come si sarebbe potuta configurare l'operazione da un punto di vista tecnico, rispettando le regole di funzionamento sia del pegno sia del diritto di servitù? Pomponio era dell'idea che di un'ipoteca del passaggio (o dell'acquedotto) si potesse parlare a condizione che la *conventio pignoris* includesse una pattuizione ad hoc, il cui contenuto doveva (almeno in una certa misura) variare a seconda che il creditore coincidesse o meno con il proprietario del fondo attiguo a quello del debitore. Nel primo caso, le condizioni materiali dei terreni coinvolti avrebbero permesso di accordare al creditore l'esercizio del passaggio (o dell'acquedotto) fintanto che il debito non fosse stato saldato (« *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur* »). Nel secondo caso, la *pactio* doveva invece riconoscere al creditore il solo potere di vendere la servitù a un vicino del debitore, una volta che il debito fosse scaduto (« *ut ... si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat* »)¹⁹¹.

Alla configurazione proposta da Pomponio Paolo faceva mostra d'aderire; tuttavia aggiungendo una motivazione rivelatrice: « *quae sententia* » – egli diceva – « *propter utilitatem contrahentium admittenda est* ». Attraverso il richiamo all'*utilitas*, la motivazione di Paolo esplicita innanzitutto che la soluzione proposta da Pomponio non si poteva derivare dai principi della materia attraverso un ragionamento puramente dogmatico¹⁹². Il che si comprende,

di Diritto romano), p. 302, nt. 68 – che il caso discusso da Pomponio avesse per protagonista un proprietario disposto a offrire in pegno la costituzione di una servitù sul proprio fondo; non che il giurista si riferisse al titolare di una servitù già costituita, interessato a darla in pegno a un terzo. Rispetto ai dubbi sollevati in proposito dallo stesso STOLFI, *loc. cit.*, va rilevato che il titolare di una servitù non avrebbe potuto aggravare la condizione del fondo servente, senza il consenso del suo proprietario (arg. da Paul 1 *epit. Alf. dig.* D. 8.4.15 e Iul. 41 *dig.* D. 43.20.4). Sicché, in relazione a una *conventio pignoris* il cui obiettivo fosse stato quello di trasferire a un (secondo) vicino quel diritto di passaggio o di acquedotto già costituito in favore del fondo del debitore, non si sarebbe potuto evitare di spiegare in che modo andasse impedito al debitore stesso di continuare a esercitare la servitù dopo il pignoramento (prima provvisoriamente e poi definitivamente, una volta che il passaggio fosse stato venduto a un altro vicino). Il fatto che in D. 20.1.13 non si faccia alcun cenno a una problematica di questo genere rende perciò più probabile l'ipotesi che il fondo (destinato a essere costituito come) servente fosse il fondo del pignorante stesso, anziché quello di un terzo.

(190) Così implicitamente già DERNBURG, *Das Pfandrecht*, *cit.*, I, p. 493, e in tempi più recenti M. NAVARRA, *Ricerche sull'utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino (Collectanea Græco-Romana), 2002, p. 133.

(191) Per quanto sia vero che Pomponio mostra di discutere un'unica *pactio* comprensiva di due clausole (relative, l'una, all'esercizio della servitù fino al saldo del debito e, l'altra, alla vendita della servitù alla scadenza del termine), è chiaro che in tanto poteva avere un senso inserire la prima clausola nella *conventio pignoris* in quanto il creditore e il debitore fossero risultati proprietari di fondi attigui (come del resto avverte l'inciso « *scilicet si fundum vicinum [creditor] habeat* »). Viceversa, non ci sono difficoltà a immaginare che un creditore che già potesse sfruttare la prima clausola (come vicino del debitore) pretendesse di inserire nella *pactio* anche la voce relativa al diritto di vendita. Il fondo del debitore poteva infatti avere anche più di un vicino interessato al passaggio o all'acquedotto (cf. Paul. 1 *epit. Alf. dig.* D. 8.4.15 e Iul. 41 *dig.* D. 43.20.4), e dunque non è da escludere che il creditore potesse trarre un utile maggiore dalla vendita della servitù piuttosto che dal suo esercizio.

(192) Così per tutti NAVARRA, *Ricerche*, *cit.*, p. 133 sq., nel quadro di una efficace difesa della genuinità della motivazione che chiude D. 20.1.13.

considerando che il modello prospettato da Pomponio si poneva davvero al limite delle regole ordinarie del pegno. Per citare soltanto l'anomalia più evidente della prima *pactio*, basterà dire che un uso transitorio del passaggio non era facilmente monetizzabile; se perciò il creditore lo avesse esercitato *medio tempore*, come si sarebbe potuto scomputare dall'ammontare del credito questo suo transitare sul fondo altrui? ¹⁹³ Quanto poi alla seconda *pactio*, essa rendeva manifesto che se il creditore non coincideva con il vicino del debitore, era come se a venire meno fosse lo stesso aspetto basilare del pegno, visto che al creditore veniva a mancare quella condizione materiale necessaria (secondo il regime delle servitù) per spossessare il debitore ¹⁹⁴. Appellandosi all'*utilitas contrahentium* Paolo mostra dunque che l'argomento decisivo, per ammettere una *conventio* relativa al pegno del passaggio (piuttosto che dell'acquedotto) stava nel vantaggio pratico che la convenzione stessa comunque garantiva alle parti. Del vantaggio per il debitore – che è il più intuitivo e immediato – si è già detto. Ma anche dal punto di vista dell'altro contraente è facile vedere che se il creditore faceva bene i suoi calcoli – se cioè valutava, a seconda dei due casi distinti da Pomponio, che l'uso del passaggio avrebbe consentito un miglior sfruttamento del suo stesso fondo, o se verificava preventivamente che alcuni vicini del debitore potevano essere interessati a comprarsi il diritto di transito offerto in garanzia dal debitore – allora non c'era ragione di liquidare la convenzione conclusa tra le parti come un'anomalia che l'ordinamento non potesse accettare.

Chiarito il senso della motivazione di Paolo, dovrebbe insieme chiarirsi che cosa renda le parole del giurista severiano tanto interessanti ai fini del nostro discorso. Il punto è che l'*utilitas contrahentium* rimane fondamentale un'utilità legata all'interesse contingente delle parti coinvolte nel contratto. Siamo dunque lontani dal riconoscere al pegno quella *publica utilitas* che costituisce il concetto per qualche verso complementare all'*utilitas singulorum*. All'*utilitas publica* – come si sa – giuristi, pretori e imperatori ricorrevano quando si tratta di giustificare misure eccezionali, sorrette da un interesse generale. Il fatto – per fare un solo esempio – che si considerasse come privilegiato il credito di chi aveva depositato il proprio denaro presso una *mensa argentaria*, insieme al fatto che il credito in questione venisse liquidato anche col denaro personale dell'*argentarius*, in caso di frode, dipendeva da una ragione di interesse pubblico, e cioè dall'esigenza di rafforzare l'affidamento ge-

(193) Eppure si sarebbe trattato di un aspetto essenziale per stabilire se di una *conventio pignoris* effettivamente si trattasse, piuttosto che di un'anticresi pura e semplice. Se l'accordo prevedeva infatti che il creditore potesse esercitare la servitù fino al saldo del debito, senza però che la cosa andasse a scomputo del debito stesso, è chiaro che l'esercizio della servitù avrebbe finito per valere come un corrispettivo del credito; il che riportava a una fattispecie – l'anticresi, appunto – che sul piano della tutela reale i giuristi consideravano come cosa diversa dal pegno: cf. Marcian. *l.s. ad f. hyp.* D. 20.1.11.1.

(194) Al che fa da pendant il fatto che per dare un senso alla *conventio pignoris* occorreva elevare il *pactum vendendi* a elemento essenziale della stessa *conventio*; nella dogmatica del diritto di pegno, per contro, un patto del genere apparteneva tutt'al più ai *naturalia negotii* (cf. *supra* nt. 131).

nerale dei clienti delle *mensae argentariae* e d'implementare in questo modo la circolazione del denaro assicurata dall'intermediazione bancaria¹⁹⁵.

La circostanza che Paolo giustificasse il pegno della servitù non con l'argomento dell'*utilitas publica*, ma con quello dell'*utilitas contrahentium*, indica dunque che a muovere su questo terreno il giurista non era l'idea di un valore generale del pegno. Il punto di riferimento – se giudicato alla luce dei moderni paradigmi della *Law&Economics* – era molto più modesto e ordinario. Nel senso che abbiamo cercato di precisare, l'*utilitas contrahentium* si limitava infatti a declinare uno dei principi di base del sistema negoziale romano, quello dell'autonomia contrattuale. Il punto di vista, espresso da Paolo, è che l'accordo d'ipotecare il passaggio sul fondo del debitore va riconosciuto e tutelato, a dispetto delle difficoltà di coordinarlo alle regole ordinarie del pegno, per il fatto che esso risponde a una valutazione economica compiuta in autonomia dai diretti interessati. E dal momento che il pegno della servitù rappresentò il caso limite che si pose alla giurisprudenza, quando si trattò di determinare quali diritti si potessero o non si potessero vincolare, sarà facile concludere che tutta quanta questa parte del regime del pegno venne costruita dai giuristi avendo come esclusivo punto di riferimento l'autonomia contrattuale.

Da due punti di vista diversi, ma complementari, gli argomenti di Papiniano (e Marciano) e di Paolo (e Pomponio) lasciano dunque intendere che furono piuttosto i privati i primi a cogliere le potenzialità della *conventio pignoris*, e a valorizzare per questa via le voci più svariate dei loro patrimoni. Quel che i giuristi si preoccuparono di fare, fu soltanto di dare a queste convenzioni la configurazione giuridica più conveniente, rispetto a quella che era la struttura logica sia del pegno sia del diritto di cui i privati cercavano di servirsi di volta in volta come oggetto della garanzia. Il contributo che venne in questo modo dalla giurisprudenza fu certamente essenziale per lo sviluppo del pegno. Ma sarebbe fuorviante interpretare l'azione dei giuristi come il segno di una politica deliberata, volta a rendere il più flessibile e aperto il mercato del credito e stimolare così la circolazione della moneta. Da quanto si può dedurre dalle loro motivazioni, fu piuttosto il contrario; i giuristi si limitarono cioè a raccogliere le sollecitazioni dei privati, senza pretendere di orientare in un modo o nell'altro i comportamenti economici di costoro.

VIII. – (SEGUE) IL CREDITO AD ARMANDAM VEL REFICIENDAM NAVEM TRA PUBLICA UTILITAS E RAGIONI DOGMATICHE

Se l'analisi condotta nei §§ precedenti coglie nel segno, si deve concludere che le regole che più contribuirono al successo del pegno vennero costruendosi gradualmente, sulla base di un processo che vide i privati volgere a loro profitto (e dunque sfruttare in senso economico) una serie di principi e di valori giuridici che non avevano però in quanto tali un fondamento economico, bensì esclusivamente sociale (nei casi discussi: il principio dell'autoresponsa-

(195) Cf. Pap. 9 *quaest.* D. 16.3.8, su cui vd. ampiamente R. SCEVOLA, *Utilitas publica* II, Padova, 2012 (L'arte del diritto), p. 206 sq.

bilità e quello dell'autonomia contrattuale). Il fatto che l'azione della giurisprudenza sia rimasta estranea a logiche di tipo economico si manifesta tuttavia anche da un punto di vista ulteriore. Esso tocca solo incidentalmente le regole che decretarono il successo del pegno (nel caso che esemplificheremo: le regole della seconda ipoteca), ma è ugualmente significativo perché dimostra che la costruzione di marca giurisprudenziale del pegno non subì interferenze nemmeno da interventi legislativi, che pure vi furono, che oggi definiremmo di economia pubblica.

Un caso esemplare per instaurare questo confronto – tra il regime del pegno da un lato e dall'altro lato una misura con cui le istituzioni cercarono effettivamente di orientare il mercato del credito e le scelte dei suoi operatori – è rappresentato dal prestito ricevuto per fare fronte alle spese di riparazione e di armamento di una nave (*ob navem reficiendam vel armandam*, secondo una delle formule con cui nelle fonti si trova etichettato questo particolare mutuo di scopo¹⁹⁶).

Refectio ed equipaggiamento della nave costituivano due operazioni essenziali, se si voleva che un'imbarcazione potesse affrontare i rischi della navigazione, procedendo negli scali intermedi alle necessità che si fossero presentate lungo la rotta. Di qui una serie di regole eccezionali. La prima è che i relativi contratti impegnavano l'*exercitor* anche se conclusi dal *magister navis*¹⁹⁷. Più rilevante per la nostra prospettiva è però il fatto che allorché si decise di creare un canale preferenziale per il credito a sostegno della navigazione, non si guardò soltanto ai mutui erogati per pagare la costruzione per così dire *ex nihilo* di un naviglio (*navis fabricandae causa*), ma anche al credito erogato in via autonoma appunto *armandae vel instruendae causa*. Considerando che le navi di nuova costruzione saranno uscite dai cantieri perfettamente attrezzate per prendere il mare, è evidente che con questa seconda voce di credito si avrà avuto riguardo, in via principale, alle esigenze di imbarcazioni che avessero già affrontato la navigazione¹⁹⁸. L'obiettivo generale era insomma quello di favorire l'insieme delle attività che permettessero di avere in mare il maggior numero d'imbarcazioni efficienti; tant'è che anche il credito erogato all'armatore per rilevare la nave altrui (*navis emendae causa*) era ugualmente favorito alla stessa stregua degli altri¹⁹⁹.

(196) Sulle implicazioni (in senso economico) del mutuo di scopo, come mutuo non di (mero) consumo, vd. quanto richiamato *supra* alla nt. 17.

(197) Cf. Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1.7.

(198) Per un'analoga contrapposizione tra navi di nuova costruzione (e perciò pronte all'uso) e navi riparate e (ri)attrezzate, cf. Caes. *civ.* 2.5.1: « *Eodem Brutus contendit aucto navium numero. Nam ad eas, quae factae erant Arelate per Caesarem, captivae Massiliensium accesserant sex. Has superioribus diebus refecerat atque omnibus rebus instruxerat* ».

(199) Cf. Marcian. 3 *reg.* D. 42.5.34: « *Quod quis navis fabricandae vel emendae vel armandae vel instruendae causa [vel] (del. Momms.) quoquo modo crediderit vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum* ». Non vi è dubbio che nell'elenco stilato da Marciano – così come in quello più sintetico di Paul. 16 *brev. ad ed.* D. e.t. 26 – il *reficere navem* non figura in quanto tale tra le operazioni finanziabili con un mutuo privilegiato. Ciò dipende tuttavia dal fatto che la *refectio* era intesa come un intervento complementare all'*instruere*: in questo senso cf. Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1, dove il mutuo *ad reficiendam navem* del § 8 è presentato come ipotesi

Il trattamento preferenziale riservato al mutuo erogato per la costruzione, l'allestimento o l'acquisto di una nave si configurava tecnicamente come un *privilegium exigendi*. Ciò significa che le istituzioni assicuravano al mutuante che in caso di fallimento dell'armatore il credito sarebbe stato liquidato con precedenza sui creditori comuni²⁰⁰. Il provvedimento che riconobbe il *privilegium* – di cui non si conosce l'esatta paternità²⁰¹ – s'inseriva dunque in quella lunga serie di misure singolari con cui la *res publica* cercava di favorire e stimolare l'*exercitio navium*²⁰², e aveva come obiettivo specifico quello di attirare gli investimenti privati verso la cantieristica navale²⁰³.

Agli occhi di un investitore, il fatto che all'ampia gamma di mutui erogati agli armatori fosse riconosciuto il valore di crediti privilegiati non poteva però rappresentare una garanzia assoluta. Da un lato, infatti, anche altri crediti godevano di un *privilegium exigendi* (e alcuni con un rango preferenziale addirittura maggiore²⁰⁴). Dall'altro lato – e soprattutto – il riconoscimento del *privilegium* nulla poteva di fronte al fatto che l'azione processuale, alla quale si legava questa misura, rimaneva un'azione *in personam*; sicché nella procedura concorsuale si sarebbe dovuto comunque tenere conto della precedenza di quei creditori che potevano contare anche su un'azione *in rem*, ovvero sia i creditori ipotecari²⁰⁵. Ciò spiega per quale ragione un investitore particolarmente accorto potesse non accontentarsi del fatto che il suo prestito all'armatore sarebbe risultato coperto *ex lege* dal *privilegium exigendi*, ma pretendesse di accendere un'ipoteca convenzionale su quella stessa nave che l'armatore si accingeva a fare costruire, riparare o equipaggiare attraverso il finanziamento ricevuto.

Ma come ci si sarebbe regolati se su quella stessa nave l'armatore avesse costituito anche altre ipoteche (in aggiunta – lo ribadiamo – a quella riconosciuta al creditore che avesse finanziato la riparazione, la costruzione o l'acquisto del naviglio)? È questa particolare variante del caso che ci interessa discutere. Abbiamo infatti già segnalato che in presenza di una doppia ipoteca

che concretizza il generico mutuo *ad armandam vel instruendam navem* del § precedente; su un diverso piano aziendale, cf. poi anche Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.2, a proposito delle *refectiones* dovute dal locatore al conduttore di un fondo *instructus*.

(200) Vd. per tutti M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996 (Handbuch der Altertumswissenschaft. Rechtsgeschichte des Altertums), p. 402 sq.

(201) Cf. LENEL, *EP*³ 429 sq.

(202) Per una rassegna delle misure attestata con certezza a partire dal regno di Claudio, cf. L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano: i corpora naviculariorum*, Messina, 1992 (Collana Kleiò), p. 381 sq.

(203) Cf. B. SIRKS, *Food for Rome. The Legal Structure of the Transportation and Processing of Supplies for the Imperial Distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam, 1991 (Studia Amstelodamensia ad epigraphicam, ius antiquum et papyrologicam pertinentia), p. 133.

(204) Nel testo stesso di Marcian. 3 *reg.* D. 42.5.34 (*supra* alla nt. 199) è detto che il privilegio riconosciuto al credito erogato all'armatore veniva comunque « *post fiscum* ». Alcuni passaggi della compilazione giustiniana sembrano tuttavia suggerire che un grado poziore fosse riconosciuto anche ai crediti relativi al rimborso delle spese funerarie e alla restituzione della dote (cf. rispettivamente Marc. 8 *fideicom.* D. 11.7.45 e Iust. CI. 8.17.12.1).

(205) Cf. Diocl.-Maxim. CI. 8.17.9: « *Eos qui acceperunt pignora, cum in rem habeant actionem, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri constitit* ».

il criterio generale seguito dai giuristi prevedeva di privilegiare l'ipoteca costituita per prima²⁰⁶. Sennonché a questo criterio si derogava proprio nel caso su cui ci stiamo soffermando. Sicché, se un armatore dava in pegno uno dei suoi navigli prima che questo prendesse il mare, e poi il *magister* ripignorava la nave in uno scalo intermedio a garanzia del credito richiesto per provvedere alle sue riparazioni, al secondo mutuante sarebbe stata comunque riconosciuta una precedenza sul primo.

La regola di cui abbiamo presentato ora il sunto, si può leggere attraverso il Digesto ; in particolare attraverso due brani di Ulpiano, che i Compilatori estrassero da due diverse opere del giurista, ma che poi associarono in modo tale che dal primo brano (preso dalle *Disputationes*) emergesse appunto il caso del mutuo *ad navem reficiendam vel instruendam*, insieme alla relativa soluzione, mentre col secondo brano (estratto dall'*Ad edictum*) risultassero più chiare la *ratio* della regola e la sua portata.

Ulp. 3 disp. D. 20.4.5 :

« *Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem i<ps>am (corr. Momms.) conservandam impensum est quod sequens credidit : veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero* ».

Ulp. 73 ad ed. D. 20.4.6 :

« *huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. quod poterit quis admittere et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. [1] Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit : nam et ipsum naulum potentius est. [2] Tandem dicitur, et si merces horreorum vel areae vel vecturae iumentorum debetur : nam et hic potentior erit* ».

L'estratto delle *Disputationes* si apriva dunque con l'affermazione che in alcune situazioni la graduatoria dei creditori ipotecari veniva fissata senza tenere conto della data di costituzione delle varie garanzie (« *interdum posterior est priori* »). In particolare, la deroga al criterio cronologico valeva quando fosse risultato che il denaro del creditore posteriore era stato speso per la conservazione della garanzia reale (« *si in rem istam conservandam impensum est quod sequens crediderit* »). Presentata come esempio di una classe di eccezioni più ampia (*interdum*²⁰⁷), la regola risulta anteriormente esemplificata con il caso del credito erogato per riparare o per attrezzare la nave. Per effetto di questa esemplificazione la fattispecie viene dunque a coincidere con una parte delle ipotesi per le quali era riconosciuto il *privilegium exigendi* ; e con il risultato pratico di riconoscere al mutuo erogato allo scopo di riparare la

(206) Vd. *supra* § 5, in corrispondenza della nt. 148.

(207) Al caso del mutuo speso dal debitore per la conservazione del pegno era in effetti prossimo quello del denaro speso dal debitore per acquistare la garanzia (tanto che lo stesso Ulpiano, nelle *Disputationes*, passava dall'una fattispecie all'altra [cf. D. 20.4.5 e 7, *Pal.* 2.395, fr. 67]). In aggiunta va ricordato che al criterio dell' anteriorità dell' ipoteca si derogava anche in relazione ai crediti tributari, l' ipoteca legale sui quali era preferita a ogni altra garanzia reale : cf. Ant. CI. 4.46.1.

nave un trattamento doppiamente vantaggioso. Se il *privilegium exigendi* assicurava infatti al mutuante la precedenza rispetto ai creditori chirografari, la regola illustrata da Ulpiano metteva invece il mutuante (che avesse avuto l'accortezza di riservarsi un'ipoteca sulla nave) in una posizione di vantaggio rispetto ai creditori ipotecari.

L'ipoteca costituita sulla nave a garanzia del credito erogato per le sue riparazioni (o per il suo equipaggiamento) costituiva dunque a tutti gli effetti un'ipoteca privilegiata²⁰⁸. Sennonché, se si raffronta il privilegio ipotecario al *privilegium exigendi*, si constata facilmente che l'uno e l'altro istituto riflettevano logiche completamente differenti²⁰⁹. La misura che dava diritto di essere liquidati prima dei creditori chirografari (e cioè il *privilegium exigendi*) doveva infatti discendere da una norma positiva, la quale sottintendeva una precisa scelta di economia pubblica; attraverso questa misura – lo abbiamo già detto – si mirava insomma a implementare il mercato della cantieristica navale. Il privilegio ipotecario derivava invece da un ragionamento giurisprudenziale tutto interno alla logica del diritto reale di garanzia.

Già il modo in cui Ulpiano canonizza la relativa regola nell'esordio di D. 20.4.5 (« *si in rem ipsam conservandam impensum est quod sequens creditur* ») lascia intuire che a guidare il giurista verso questa soluzione è una logica che si sarebbe tentati di definire ontologica. Questa angolatura diventa peraltro più esplicita nella motivazione che fa da *incipit* al secondo estratto ulpiano, quello che i Compilatori stralciarono dai commentari *ad edictum* e apposero a complemento del discorso preso dalle *Disputationes*. Quando infatti Ulpiano dice, a proposito del finanziamento del secondo creditore, che « *huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam* », il lettore comprende che agli occhi del giurista senza questo secondo finanziamento sarebbe venuta meno tutta quanta la garanzia; il che si comprende, a sua volta, considerando che senza il denaro necessario per fare riparare o equipaggiare la nave, questa non avrebbe potuto arrivare a destinazione, nel porto dove il naviglio era atteso (anche) dal primo creditore. Il denaro del secondo creditore è dunque parificato da Ulpiano a una sorta di condizione necessaria per l'esistenza stessa del pegno, ed è in questo senso che si può parlare di una logica ontologica, che giustifica che l'ipoteca del secondo mutuante sia anteposta a quella degli altri creditori.

Del resto, a indicare che il ragionamento di Ulpiano era condotto in totale indipendenza dalla disciplina positiva del *privilegium exigendi* concorre un elemento ulteriore, ricavabile dal taglio generale del discorso di Ulpiano. In effetti, nel passaggio estratto dall'*Ad edictum*, il giurista non si accontentava soltanto

(208) Di *προνόμια* (*ὑπὸ τῶν νόμων*) parla in effetti la cancelleria di Giustiniano (Nov. 97.3), a proposito del credito erogato all'armatore per la ristrutturazione, la fabbricazione e l'acquisto della nave, oltre che per altre fattispecie di cui alla nt. precedente: sul carattere onnicomprensivo della rassegna giustiniana, vd. N. VAN DER WAL, « La codification de Justinien et la pratique contemporaine », *Labeo*, 10, 1964, p. 224 sq.

(209) Il che non viene invece tenuto sempre presente: cf. D. GAURIER, *Le droit maritime roman*, Rennes, 2004, p. 47; L. M. ROBLES VELASCO, *Las hipotecas privilegiadas en el Derecho Romano*, Madrid, 2005 (Cuadernos de derecho registral), p. 206 sq.

di (discutere e di) motivare il caso del prestito *ad armandam vel reficiendam navem* ; subito dopo egli poneva la questione se la stessa soluzione non si dovesse applicare in una serie di altre fattispecie caratterizzate dalla medesima *ratio*. Naturalmente, fa una certa impressione constatare che lo sfondo economico di tutto il discorso rimane legato alla logistica del trasporto per mare. Ma ciò non toglie che dal punto di vista giuridico lo stacco dalla fattispecie di partenza – e dunque dal terreno comune al *privilegium exigendi* – si faccia progressivamente più marcato.

Lo stacco del discorso di Ulpiano è graduale, perché nella ipotesi discussa al § *pr.* di D. 20.4.6 l'oggetto del pegno continua ad essere rappresentato dalla nave, così come è vero che in questa prima ipotesi la nave continua ad essere vincolata a garanzia di una spesa (quella per i *cibaria nautarum*) che era anch'essa indispensabile nell'economia della navigazione. Nei successivi §§ il focus della *disputatio* si sposta però dal mezzo all'oggetto del trasporto. Non è più la nave in quanto tale a catalizzare insomma l'attenzione di Ulpiano, ma le merci trasportate, delle quali il giurista sembrerebbe voler seguire il viaggio come per tappe (prima sulla nave, quindi nei magazzini di stoccaggio nel porto di sbarco e infine sui carri, per l'ultimo tratto del trasporto via terra). Ciò che permette di spostare il discorso dall'ipoteca sulla nave a quella sulle merci (fatte viaggiare) è il fatto che per ciascuna delle tappe figurate dal giurista, il debitore si trova a sostenere delle spese a vantaggio del carico, che condividono la stessa natura delle spese sostenute, nella prima ipotesi discussa, a vantaggio della nave. In effetti, il *naulum* versato per il trasporto via mare, allo stesso modo della spesa per custodire le merci stipate sulla nave e allo stesso modo, ancora, della mercede corrisposta dopo lo sbarco, prima per ricoverare il carico negli *horrea* e poi per trasportarlo via terra, configura una spesa senza la quale le merci non potrebbero mai arrivare a destinazione. Sicché, il mutuo contratto dal debitore per fare fronte all'uno piuttosto che all'altro di questi esborsi, pone il mutuante nella stessa condizione in cui si trovava, rispetto alla nave ipotecata, colui che ne aveva finanziato la riparazione o l'armamento : di entrambi i crediti si poteva cioè dire che avessero preservato l'esistenza stessa del pegno.

Come si vede, quando Ulpiano procede nella rassegna di D. 20.4.6, si è ormai lasciato alle spalle il caso che offriva un terreno comune al *privilegium exigendi* e al privilegio ipotecario. E proprio questo allontanamento è il segno che il doppio privilegio riconosciuto al mutuo *ob navem armandam vel reficiendam* è figlio di una semplice coincidenza, occasionata da due percorsi normativi che risultano ben distinti non soltanto rispetto alle fonti istitutive dei due privilegi, ma anche rispetto alle logiche e ai valori ad essi sottesi.

Chiarito il senso complessivo del discorso condotto da Ulpiano tra le *Disputationes* (D. 20.4.5) e l'*Ad edictum* (D. e.t. 6), possiamo riepilogare brevemente i punti salienti di quest'ultima parte della discussione e avviarci a concludere proprio nella scia dell'ultima fattispecie discussa.

Il caso del credito ipotecario concesso per la riparazione o per l'armamento della nave deve la sua importanza al fatto che questo mutuo di scopo godeva parallelamente di un *privilegium exigendi*. Se è vero che questo privilegio s'inseriva in una lunga serie di misure legislative volte a favorire in vario modo

l'*exercitio navium*, significa che Ulpiano disponeva astrattamente di una base argomentativa utile per proporre una soluzione economicamente orientata anche con riferimento al caso discusso nell'esordio di D. 20.4.5. Ora, è vero che al pegno del creditore, che avesse prestato denaro per riparare o per attrezzare la nave, Ulpiano riconosceva un rango preferenziale, anche a dispetto della regola generale che presiedeva al concorso di pegni successivi (la quale attribuiva la precedenza al creditore la cui ipoteca fosse stata costituita per prima). Né si può negare che da un punto di vista economico il risultato pratico cui approdava il giurista severiano si avvicinasse a quello cui mirava il *privilegium* legale. In altre parole, una persona che avesse compulsato i testi della giurisprudenza avrebbe appreso che il credito accordato agli armatori, per le necessità della navigazione, era un credito particolarmente rafforzato e avrebbe potuto così preferire d'investire i propri capitali nel settore della cantieristica navale, piuttosto che altrove.

Il punto decisivo è che non era però questo l'obiettivo dichiarato di Ulpiano. Nel discorso di Ulpiano non si rinviene infatti alcuna concessione a quelle ragioni legate all'*utilitas publica* (e dunque a una razionalità economica orientata ai bisogni della collettività) che dovevano stare invece alla base del *privilegium exigendi*. Ciò che ispirò il giurista, nell'arrivare alla regola che riconosceva come privilegiata l'ipoteca accordata al creditore che avesse finanziato la riparazione della nave, fu una razionalità fondata sulla natura giuridica dei beni (nello specifico : dei beni oggetto della garanzia reale). Il che è come dire che quella proposta dai giuristi romani si rivela - ancora una volta e in buona sostanza - come una soluzione di natura dogmatica.

IX. – A MO' DI CONCLUSIONE

« Nella costruzione del diritto privato romano ci si poté disinteressare dell'economia ? » È questo l'interrogativo di fondo intorno a cui gli studi di *Law&Economics* hanno finito per richiamare l'interesse degli storici del diritto. Ebbene, nel caso delle garanzie reali bisogna concedere che il quesito non ammette una risposta tranchant. Non c'è dubbio che in una qualsiasi comunità dell'impero, chiunque si fosse trovato a negoziare un finanziamento avrebbe saputo dire quale ruolo giocassero le garanzie del credito nella formazione del contratto. Né sfuggiva ai contemporanei che per il tramite delle garanzie – personali o reali che fossero – si avviava a un problema di asimmetria informativa che avrebbe pesato sullo sviluppo di un qualsiasi mercato (lo abbiamo visto al § 2-3). Si aggiunga che a tutti i livelli – incluso dunque quello istituzionale, rappresentato dagli interventi del pretore, della giurisprudenza e della cancelleria imperiale – doveva essere diffusa anche la consapevolezza di quanta parte avessero pignoramenti e *mancipationes* fiduciarie in settori importanti della rendita privata (in particolare, per mutui e locazioni, come si è dimostrato al § 4).

Tanta consapevolezza della dimensione economica della garanzie reali del credito non sembra però che abbia influenzato in modo incisivo il complesso della loro regolamentazione giuridica. Nel costruire la disciplina del *pignus*

(*datum* o *conventum*) e prim' ancora della *fiducia*, i giuristi – e nella scia dei giuristi il pretore e la cancelleria imperiale – non scelsero insomma come bussola l'economia. Del pegno, in particolare, la giurisprudenza seppe allestire un regime complesso e per molti versi estremamente efficace, specie se lo si guarda (come si è fatto al § 5) alla luce delle critiche che hanno invece raccolto molte legislazioni moderne. Il motore di questo regime furono però i privati. Furono i privati i primi a escogitare gli accorgimenti utili per contenere gli inconvenienti legati alla mancanza di pubblici registri ipotecari (§ 6) ; così come fu innanzitutto il mercato – se così lo vogliamo chiamare – a interrogarsi su come sfruttare la duttilità e la versatilità della *conventio pignoris* (§ 7). I giuristi, se da un lato assecondarono questo processo (che indubbiamente apriva ai privati la strada dell'*utile*), dall'altro lato lo governarono secondo le logiche che erano loro proprie ; logiche che avevano cioè come obiettivo di contemperare i vari interessi in gioco, per come essi si riflettevano negli istituti coinvolti di volta in volta nelle singole contrattazioni (ancora § 6-7 e 8).

Luigi PELLECCHI
Università degli studi di Pavia

Revue historique de droit français et étranger

94^e année

N° 4 – Octobre-Décembre 2016

Dans ce numéro

Articles

Luigi Pellegrini

Dimensione economica e azione della giurisprudenza : il caso delle garanzie reali

Sabrina Michel

Procéder devant la Cour souveraine de Flandre au XVII^e siècle. L'affaire Péri contre Varennes

Gilduin Davy

Les gardiens du savoir d'Yggdrasill. Culture du droit et pratique du pouvoir dans l'Islande des X^e et XI^e siècles

Comptes rendus

Nouvelles diverses

Ouvrages envoyés à la Direction de la Revue

ISSN 0035-3280

Visitez notre site internet : <http://www.dalloz.fr>

Réf. 531604