

SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL
DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

XXVIII

2015

En memoria de
José María Coma Fort



Publicación de la

FUNDACIÓN SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
«URSICINO ÁLVAREZ»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

Publicación de la Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Álvarez»

Presidente: Javier Paricio

Administradora: Mercedes López-Amor

Secretario: Juan Iglesias-Redondo

Antiguos miembros de los comités ya fallecidos

Alberto Burdese, Juan de Churruca, Alejandrino Fernández Barreiro, Jean Gaudemet, Antonio Guarino, Juan Iglesias, Jaime Roset, Carlo Venturini

Comité científico

Hans Ankum (Amsterdam), Mario Bretone (Bari), Carlo Augusto Cannata (Genova), Alfonso Castro (Sevilla), Francisco Cuenca (Cantabria), Wolfgang Ernst (Oxford), Teresa Giménez Candela (Barcelona Aut.), Vincenzo Giuffrè (Napoli), Fernando Gómez-Carbajo (Alcalá), Michel Humbert (Paris II), Rolf Knütel (Bonn), Arrigo Diego Manfredini (Ferrara), Ulrich Manthe (Passau), Dario Mantovani (Pavia), Matteo Marrone (Palermo), Rosa Mentxaka (P. Vasco), J. Javier de los Mozos (Valladolid), Dieter Nörr (München), J. Michael Rainer (Salzburg), Giuseppe Valditara (Torino), Bernardo Santalucia (Firenze), Andreas Wacke (Köln), Reinhard Zimmermann (Hamburg)

Comité asesor externo

Filippo Briguglio (Bologna), Cosimo Cascione (Napoli), Amelia Castresana (Salamanca), Lucetta Desanti (Ferrara), Giovanni Finazzi (Roma TV), Julio García Camiñas (La Coruña), Luigi Garofalo (Padova), Patricia Giunti (Firenze), Amparo González (Madrid Aut.), Gustavo de las Heras (Castilla LM), Peter Gröschler (Mainz), Francesca Lamberti (Lecce), Carla Masi Doria (Napoli), Ingo Reichard (Bielefeld), M.^a Victoria Sansón (La Laguna), Gianni Santucci (Trento), Emanuele Stolfi (Siena), Carmen Velasco (Sevilla PO)

Comité de redacción y dirección

Christian Baldus (Heidelberg), Jean Pierre Coriat (Paris II), Wojciech Dajczak (Poznań), Giuseppe Falcone (Palermo), Juan Iglesias-Redondo (UCM), Tommaso dalla Massara (Verona), Tammo Wallinga (Rotterdam)

Javier Paricio (*director*)

jparicio@der.ucm.es

Esta publicación tiene carácter anual. El volumen XXVIII es extraordinario y se vende al precio de 150 euros

Los pedidos deben realizarse a:
MARCIAL PONS
c/ San Sotero, 6 - 28037
Madrid (91 304 33 03)

Para el envío y aceptación de originales:

jparicio@der.ucm.es

<http://www.derecho-romano.org>

ÍNDICE

Seminarios Complutenses 2015. En memoria de José M.^a Coma Fort... 13

JOSÉ MARÍA COMA FORT (25.8.1969-16.2.2015)

JAVIER PARICIO: *Anochecer sin alborada. José María Coma Fort: vida y obra* 19

JUAN LORENZO LORENZO: *José María Coma, maestro y amigo* 49

José María Coma Fort. Álbum fotográfico..... 55

ARTÍCULOS

BARBARA ABATINO: *D. 2.13.6.3 (Ulp. 4 ad ed.): documents comptables des particuliers et supports d'écriture* 71

FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS: *San Isidoro de Sevilla y el Breviario de Alarico: un apunte* 89

LORENA ATZERI: *Il Codice Teodosiano a Ginevra* 109

CHRISTIAN BALDUS: *Codex Theodosianus und rechtsromanistische Periodenbildung: un legado para la romanística de habla hispana.* 129

MARIO BRETONE: *Su Coma Fort, il grande interprete del Codice Teodosiano*..... 137

FILIPPO BRIGUGLIO: *Riflessioni sugli studi di José María Coma Fort* ... 139

PIERANGELO BUONGIORNO: *Alle origini di una voce enciclopedica: senatus consulta e imperium in un'inedita lettera di Vincenzo Arangio-Ruiz a Edoardo Volterra* 151

CONSUELO CARRASCO GARCÍA: <i>Fugitivus vel erro: del que huye aun estando presente y del que permanece pese a la ausencia. O de la dialéctica voluntad-acción</i>	165
JESÚS CASAS: <i>Sobre algunas cosas intangibles</i>	185
COSIMO CASCIONE: <i>Censori o edili in Nov. 13.1.1? Un problema di critica testuale basato (anche) sul diritto pubblico romano</i>	209
SANTIAGO CASTÁN: <i>Gai. Inst. 2.102: «Accessit tertium genus testamenti... is si subita morte urguebatur» (Breve nota en torno a la mancipatio familiae como testamento en peligro de muerte)</i>	221
ISABEL-CECILIA DEL CASTILLO VÁZQUEZ: <i>Fundaciones y Administraciones públicas: historia de una cooperación legítima</i>	235
AMELIA CASTRESANA: <i>¿Qué palabra elegir?</i>	259
ALFONSO CASTRO: <i>El jurista y la civitas republicana desde una perspectiva literaria (Varrón, Catulo, Virgilio, Horacio y Livio)</i>	273
FRANCISCO CUENA BOY: <i>Una nota sobre los juristas y la revolución romana</i>	309
WOJCIECH DAJCZAK: <i>La divisione gaiana in res corporales e incorporeales nel manoscritto del Digestum vetus dagli archivi della Biblioteca di Kornik (Bk 824)</i>	327
GIUSEPPE FALCONE: <i>Teodosio II e la «Conpendiosa divalium constitutionum scientia»</i>	339
MARGARITA FUENTESECA: <i>Actio furti y reparación de daños</i>	369
LORENZO GAGLIARDI: <i>Querela inofficiosi testamenti con pluralidad de herederos forzosos (derecho romano y bizantino)</i>	381
LORNA GARCÍA GÉRBOLES: <i>Minoría de edad y legislación justinianea</i> ...	397
FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI: <i>Traducción jurídica y sistemas procesales: algunas reflexiones acerca de las características de los procesos civiles en los sistemas de derecho continental</i>	417
VINCENZO GIUFFRÈ: <i>«Antropological geography of law» e diritto romano</i>	435
JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ ROMANILLOS: <i>La potestad jurisdiccional penal del Senado republicano</i>	461
AMPARO GONZÁLEZ: <i>Situación política y ciudadanía en Roma en época republicana y comienzos del Principado</i>	473
MACARENA GUERRERO: <i>Una muestra de impunidad del culpable que colabora con la justicia a propósito de Livio 8,18,4-11</i>	487

IGNACIO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: <i>Generación y gestión de residuos normativos</i>	505
Laura Gutierrez Masson: <i>El ritmo en las Artes finitimae</i>	517
LENA KUNZ: <i>Die Helfer der Häretiker</i>	537
FRANCESCA LAMBERTI: <i>Per una «storia giuridica» dall'antichità all'Europa di oggi</i>	555
PAOLA LAMBRINI: <i>La possessio tra corpo e animo</i>	563
DARIO MANTOVANI: <i>Tituli e capita nelle Institutiones di Gaio e nell'Epitome Gai. Contributo allo studio del paratesto negli scritti dei giuristi romani</i>	587
FAUSTINO MARTÍNEZ MARTÍNEZ: <i>La regla de oro: tiempos modernos.</i> .	623
CARLA MASI DORIA: «NEKROΘAITTA Σ» <i>nella tradizione di D. 14.3.5.8</i>	649
TOMMASO DALLA MASSARA: <i>Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica</i>	657
ANTONIO MATEO SANZ: <i>Una nueva reflexión sobre Ep. Ulp. 1, 12</i>	673
ROSA MENTXAKA: <i>D. 50.1.36.1 (Mod., Resp. 1) y la responsabilidad de los magistrados municipales en los préstamos de dinero público</i>	689
MASSIMO MIGLIETTA: <i>Note a proposito di una citazione espressa del Codice Teodosiano in SCH. 12 Ad Bas. 8.1.15</i>	711
JOSÉ JAVIER DE LOS MOZOS TOUYA: <i>La formación de un concepto de contrato en el derecho romano: de Labeón a Teófilo</i>	727
GIOVANNI NICOSIA: <i>Possessio ad usucapionem?</i>	739
ESPERANZA OSABA: <i>Exordium allocutionis meae incohans. Monarcas y exordios en el Libro III de la Lex Visigothorum</i>	753
LUCIO PARENTI: <i>Notazioni sulla legittimazione attiva all'actio furti per i frutti del fondo dato in locazione al colono</i>	783
LUIGI PELLECCHI: «Propter pecuniam debitam»: <i>D. 20.1.13.4-6 e una sezione ritrovata del liber singularis ad formulam hypothecariam di Marciano</i>	809
BERNARDO PERIÑÁN GÓMEZ: <i>David Daube, no sólo romanista</i>	839
CARLOS PETIT: <i>Mercatvra y Ivs Mercatorvm</i>	845
J. MICHAEL RAINER: <i>Das ius naturale der Römer zwischen Recht und Philosophie</i>	859

RAFAEL RAMIS BARCELÓ: <i>Petrus Ramus y el derecho romano</i>	867
JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA: <i>Remuneratio: a propósito de D. 17.1.10.13 y 12 pr. (Ulpiano, 31 ad edictum)</i>	883
MARÍA J. ROCA: <i>La cuestión judía en Hispania durante el paso de la Antigüedad tardía al Medioevo: semejanzas y diferencias de régimen jurídico con otros territorios europeos</i>	919
ANA M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ: <i>Las declamaciones quintilianneas y la experiencia jurídica romana</i>	941
JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN: <i>Recuerdos (y proyectos) de docencia romanística</i>	959
RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO: <i>Imperitia: apuntes sobre la oportunidad y posible interés de su estudio en el ámbito jurídico romano antiguo</i>	979
MARÍA SALAZAR REVUELTA: <i>El peculiar carácter noxal de las acciones in factum furti vel damni adversus nautas, cauponas et stabularios: especial referencia a la empresa marítima</i>	997
ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE: <i>Libertades y deberes en la concepción ciceroniana de justicia</i>	1019
MARTÍN SERRANO VICENTE: <i>Enfoques jurisprudenciales en torno a la legitimación activa a la actio furti: Gayo, Papiniano, Ulpiano y Paulo</i>	1041
SEBASTIAN STEPAN: <i>De maestros y discípulos. Observaciones en cuanto al debitum en las obras de juristas clásicos</i>	1069
MARIO VARVARO: <i>Unicuique suum</i>	1085
TAMMO WALLINGA: <i>Humanismo jurídico entre España y Holanda: Meerman, Mayans y Finestres</i>	1091

SEMINARIOS COMPLUTENSES 2015 EN MEMORIA DE JOSÉ MARÍA COMA FORT

En la mañana del miércoles 4 de marzo de 2015 se celebró en la capilla de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid una ceremonia religiosa fúnebre por el alma del profesor José María Coma Fort, fallecido el 16 de febrero cuando tan sólo contaba cuarenta y cinco años de edad. Al término de la misma manifesté que, en el plano personal, dos proyectos editoriales pasaban a tener prioridad absoluta. Uno era el volumen correspondiente al año 2015 de *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, que en su totalidad estaría dedicado a José María y en cuyo pórtico trataría de fijar históricamente su trayectoria humana y profesional, al menos tal y como yo había tenido el privilegio de contemplarla desde que contaba dieciocho años de edad hasta el momento de su muerte. El segundo consistiría en una cuidada edición de los «escritos menores» de José María Coma publicados en sedes diversas, entre los que se cuentan un buen número de piezas maestras; espero que esa edición pueda ver la luz el próximo año, a ser posible en coincidencia con el primer aniversario de su fallecimiento.

Este volumen de *SCDR* 28 (2015) es, pues, el resultado del primero de esos proyectos. Por evidentes razones que excluyen la glosa, la idea primera fue que de la figura humana y profesional de José María no me ocupase sólo yo, sino que también lo hiciera José Manuel Pérez-Prendes; sin embargo, José Manuel y sus colaboradores más estrechos (Remedios Morán, María Jesús Fuente, Javier García Martín¹) entendieron que sus escritos debían figurar en *e-SLegal History Review*, la revista donde, junto a *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, José María publicó la mayor parte de sus investigaciones. Sí quiero advertir, para evitar cualquier equívoco, que tal decisión nada tiene que ver con ningún distanciamiento entre

¹ También María J. Roca, que participa tanto en el número especial de esa revista como en este volumen.

José Manuel Pérez-Prendes y quien esto escribe, pues nuestra relación ha sido en el pasado, y es en la actualidad, excelente y hasta de cierta complicidad; es más, esta referencia se incluye con su autorización expresa. Por otra parte, el planteamiento inicial contemplaba también, como así se ha llevado a la práctica, que el testimonio de Juan Lorenzo, catedrático (hoy ya emérito) de Latín de la Universidad Complutense de Madrid y cuya tesis doctoral en Derecho romano dirigió José María Coma, completara la sección inicial del volumen.

Las dimensiones de los volúmenes de *SCDR* delimitaban el alcance físico de este proyecto, y respecto a la solicitud de colaboraciones me sirvió de guía el conocimiento personal que yo tenía de José María Coma. Las invitaciones se realizaron de manera directa y oral, con un doble ruego: que los textos no sobrepasaran una determinada extensión y que fueran entregados antes del 31 de julio, pues la editorial había señalado ésa como fecha límite de recepción de originales para que el volumen pudiera estar publicado y presentado en Sevilla el 15 de octubre. Como la actividad investigadora de José María sobrepasó el ámbito estricto del derecho romano, era natural también que las colaboraciones que integran este volumen excedieran ese ámbito científico. Por lo demás, sí debo destacar que aunque la premura temporal hacía previsible que no todos los invitados pudieran participar, las respuestas fueron siempre emocionantes y las invitaciones han podido convertirse en colaboraciones efectivas en un porcentaje elevadísimo. Este hecho y el que los textos de no pocos autores superen la extensión formal recomendada, ha tenido como efecto que las dimensiones del volumen hayan desbordado cualquier previsión.

Pese a su juventud, José María Coma era ya, en el momento de su muerte, la figura de mayor talla con que contaba en la actualidad el derecho romano en España. No exagero al afirmarlo. Dotado de gran clase natural, de una inteligencia superior, de una memoria excepcional y con una capacidad de trabajo verdaderamente asombrosa, deja una imagen acabada de lo que debe ser un universitario que hace de la investigación y de la docencia su oficio y su pasión. Obligado a navegar en las turbulentas aguas del romanismo español contemporáneo y en circunstancias personales no siempre propicias, fue capaz de trascenderlas y de situarse incluso por encima de sus posibilidades predecibles. Su inesperada muerte nos conmovió hasta lo insoportable a cuantos tuvimos el inmenso honor de ser sus

amigos, que siempre le tendremos reservado un lugar de privilegio en el ámbito de nuestra memoria. Una parte de esos amigos comparecemos ahora en este volumen de *Seminarios Complutenses de Derecho romano* —revista en la que vieron la luz muchas de sus investigaciones— para mantener vivos su memoria y su ejemplo.

Javier PARICIO
Madrid, 6 de agosto de 2015

«PROPTER PECUNIAM DEBITAM»:
D. 20.1.13.4-6 E UNA SEZIONE RITROVATA
DEL *LIBER SINGULARIS AD FORMULAM
HYPOTHECARIAM* DI MARCIANO

P O R
LUIGI PELLECCHI
Universidad de Pavía

1. Quando ci si accosta alla Palingenesi della monografia dedicata da Elio Marciano alla *formula hypothecaria*, non si può non restare ammirati dalla maestria di Otto Lenel. Nel Settecento non erano certo mancati i tentativi di ricostruire anche questa piccola parte del patrimonio letterario della giurisprudenza classica, con tentativi di varia natura e fortuna. Entro la rassegna di K.F. Hommel era ovviamente possibile leggere in forma autonoma gli estratti di Marciano, anche se semplicemente ordinati secondo l'ordine del Digesto (e dunque per titoli e frammenti)¹. Ma una decina d'anni prima che Hommel coronasse il sogno della scuola culta di rendere disponibili tutti i testi dei giuristi classici, presentati per autori e opere², proprio con riferimento specifico allo scritto di Marciano si era già provato ad andare più in profondità. Studi più meditati, rispetto alla meccanica raccolta di Hommel, si erano cioè riproposti di ricostruire la sequenza originale dell'opera, nella convinzione che la sua architettura generale non coincidesse necessariamente con quella della compilazione di Giustiniano³. Per di più, lavori

¹ *Palingenesia librorum iuris veterum, sive Pandectarum loca integra ad modum indicis Labitti et Wielingi oculis exposita et ab exemplari Taurellii Florentino accuratissime descripta*, I, Lipsiae, 1767, 429-434.

² Sul contesto culturale in cui maturò l'edizione di Hommel, così come sui limiti che i contemporanei immediatamente ne rilevarono, vd. ora J.-L-FERRARY, «Le Digeste à l'envers. La palingénésie dans les travaux des juristes jusqu'à Lenel», in D. MANTOVANI; A. PADOA SCHIOPPA, *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia, 2013, 545 ss.

³ Su questa professione di metodo vd. in particolare J. BRICHFEUS ET MASSI-CAS, *Aelii Marciani liber singularis ad formulam hypothecariam restitutus et emendatus*, Cervariae Lacetanorum, 1758, III s., nonché G.A. MARCHIUS, *Ad Marcianum De formula hypothecaria exercitationem primam*, Lipsiae, 1759, VI s.

ulteriori sarebbero apparsi verso il declinare del secolo, presi come punti di riferimento ancora nella prima metà dell'Ottocento⁴.

Se gli studi fervevano, il passo decisivo per ricomporre la struttura dell'*Ad formulam hypothecariam* attendeva tuttavia Lenel per essere compiuto. E' noto che il grande studioso tedesco si era dedicato in parallelo alla ricostruzione dell'Editto e dei grandi commentari edittali, composti sotto gli Antonini e i Severi. E fu proprio questa confidenza con l'impianto dei commenti alle formule processuali, che permise all'autore della *Palingenesia* di riconoscere la stessa struttura nella monografia di Marciano. Fu insomma solo agli occhi di Lenel che i frammenti superstiti del *Liber singularis ad formulam hypothecariam* si presentarono per la prima volta come i resti di una scrittura innervata dalla complessa struttura dell'*actio (quasi) Serviana*⁵; una scrittura che progrediva anzi parallelamente alla formula, analizzandone le varie clausole una dopo l'altra.

Va peraltro precisato che agli occhi del grande studioso tedesco lo scritto di Marciano non si esauriva in un semplice commentario alla *formula iudicii*. Se si scorrono le Rubriche che la *Palingenesia* attribuisce ipoteticamente alle varie sezioni della monografia, si constata facilmente che l'analisi della formula occupava certamente a giudizio di Lenel lo spazio maggiore dell'opera — diremo poi meglio in quali proporzioni — ma appunto non esauriva l'intero scritto. Alle sezioni lungo le quali si sarebbe snodata, l'analisi della formula, la *Palingenesia* fa infatti seguire una serie di sezioni più brevi, le cui rubriche rimandano a temi come il pegno tacito, il concorso di creditori o la vendita della garanzia reale. Sicché, quando guardava al complesso dell'intelaiatura leneliana, Fritz Schulz non aveva torto a giudicare che l'opera di Marciano apparisse nella sostanza bipartita e prevedesse, dopo il commento alla formula, una conclusione dedicata a una serie di questioni più generali del diritto ipotecario⁶.

⁴ Cfr. l'elenco di studi citati in F.L.A., SCHWEIGER, *Handbuch der classischen Bibliographie*, II/2, Leipzig, 1834, 592.

⁵ Sulla varietà di denominazioni coniate per l'azione reale del creditore pignoratizio, vd. per tutti M. KASER, «Besitzpfand und "besitzloses" Pfand» (1979) ora in *Studien zum römischen Pfandrecht. Neudrucke mit Nachträgen des Verfassers*, Napoli, 1982, 147 ss.

⁶ Cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 361. Vale la pena di notare che le linee del commento lemmatico, messe a fuoco da Lenel, finirono per mettere al riparo lo scritto di Marciano anche da alcuni dei pregiudizi più estremi che caratterizzarono la stagione delle *Textstufen*: sul pt. vd. in gen. D. LIEBS, «Jurisprudenz», in *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, München, 1997, 203.

Nelle prossime pagine potremo soltanto accennare al fatto che questa proposta di ripartire l'*Ad formulam hypothecariam* in due grandi sezioni —processuale l'una e di diritto sostanziale l'altra— suscita varie riserve. Discutere la cosa richiederebbe infatti di ripercorrere in modo approfondito l'intero assetto della ricostruzione leneliana; il che non si può fare nel breve spazio disponibile per questa nota. L'obiettivo che ci proponiamo è molto più limitato. Dal momento che non possono esservi dubbi sul fatto che almeno una parte dello scritto di Marciano ruotava intorno al commento analitico delle varie clausole della *formula hypothecaria*, quello che ci si prefigge è di perfezionare questa parte soltanto dell'architettura leneliana. In particolare, l'obiettivo è di allestire un diverso sfondo palinogenetico per un piccolo gruppo di escerti, conservati nei §§ 4-6 di D. 20.1.13 (= fr. 24 L.). Per quanto circoscritto a questo obiettivo, l'intervento darà comunque modo di offrire anche alcune considerazioni di carattere più generale sul modo di procedere di Marciano, e insieme di mettere meglio a fuoco lo sfondo di un paio di altri testi della sua monografia: D. 22.3.23 (= fr. 17 L.) e D. 20.1.5 (= fr. 18 L.).

Per organizzare efficacemente il discorso, adotteremo questa partizione. In via preliminare, riepilogheremo brevemente quale fosse la struttura della *formula hypothecaria* (§ 2) e come Lenel immagini che si dipanasse intorno ad essa il commento di Marciano (§ 3). Di seguito, stringeremo progressivamente l'obbiettivo sui §§ 4-6 di D. 20.1.13 e sul loro inquadramento palinogenetico. Dapprima daremo conto della classificazione proposta del grande studioso tedesco e delle sue ragioni (§§ 4-5), e poi discuteremo quello che appare essere il suo limite principale (§ 6). Infine proporremo una diversa classificazione dell'estratto (§§ 7-8). A mo' di appendice diremo poi quali prospettive dischiude il riposizionamento dei §§ 4-6 di D. 20.1.13, in particolare quanto alla valutazione di D. 20.1.5.

2. La *vindicatio pignoris* —è cosa nota— presentava una struttura piuttosto articolata e complessa. Non al livello della parte finale della formula, poiché questa si chiudeva allo stesso modo di tutte le altre azioni reali, e cioè con una *condemnatio* al «*quanti ea res erit*», preceduta dalla clausola arbitraria. La complessità derivava dall'*intentio*, che era *in factum concepta*. Descrivere il rapporto in termini di fatto significava infatti descrivere analiticamente la somma delle circostanze dal cui incastro discendeva la pretesa dell'attore. Il che voleva dire —nel caso del pegno— dover elaborare un programma di giudizio che tenesse conto di almeno due motivi di

fondo complementari, articolati a loro volta in una doppia coppia di condizioni.

Come prima cosa la formula doveva dare conto delle premesse fattuali che giustificavano che il bene fosse rivendicato da una persona diversa dal proprietario. Per questo l'*intentio* si richiamava innanzitutto alla convenzione costitutiva dell'ipoteca; e per questo essa richiedeva in seconda battuta che la convenzione ipotecaria risultasse intercorsa tra l'attore e una persona che aveva il potere di disporre del pegno, o per come si esprimono a più riprese le fonti, che aveva nel proprio patrimonio (*in bonis*) il bene vincolato.

Unitamente a questi due elementi, occorre poi dare conto della funzione di garanzia a cui il pegno era preordinato, e delle sue implicazioni. Questo profilo —che la dogmatica moderna inquadra sotto la categoria dell'accessorietà⁷— sembra che fosse declinato nella *formula* dell'*actio (quasi) Serviana* da un duplice punto di vista. Da un lato, precisando che la convenzione ipotecaria doveva essere stata sottoscritta a garanzia di un debito effettivo, di modo che per fondare l'azione non bastava provare il fatto della convenzione, ma anche la «*fides debiti*», come precisava con una certa enfasi un rescritto della cancelleria dei Severi⁸. Dall'altro lato, si richiedeva che il debito in questione risultasse inadempito ancora al momento della rivendica del pegno. E senza peraltro dimenticare che la rivendica non era inibita soltanto dall'avvenuto adempimento. La formula equiparava infatti, a questa ipotesi, due alternative ulteriori, le quali precludevano l'esercizio dell'azione sia se fosse risultato che l'interesse dell'attore era stato soddisfatto in altro modo, sia se il mancato adempimento fosse dipeso dal creditore stesso.

La somma di tutte queste condizioni portava, con ogni verosimiglianza, alla struttura formulare trascritta di seguito, dove le lettere *a-d]* marcano lo snodarsi delle condizioni alle quali erano subordinate *litis aestimatio* e condanna:

⁷ Sul tema vd. da ult. il saggio di J.-L. ALONSO, «Sull'accessorietà del pegno», in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, I, Napoli, 2007, 78 ss., il quale opportunamente segnala —e proprio a partire dai termini della *formula hypothecaria*— come la giurisprudenza romana non si sia peraltro mai servita di questa categoria come di una *regula iuris*.

⁸ Sev.-Ant. CI. 8.32.1 = 4.30.1; il testo opportunamente richiamato da D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999, 45 nt. 73 prova che la struttura della formula impediva di rivendicare l'ipoteca, se questa era stata accesa a garanzia di una *stipulatio* che si fosse poi rivelata priva di effetti, a causa dell'opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae*.

Si paret [a] inter A. Agerium et L. Titium convenisse ut ea res q.d.a. A. Agerio pignori esset propter pecuniam debitam [b] eamque rem tunc, cum conventebat, in bonis L. Titii fuisse [c] eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A. Agerium stare quo minus solvatur [d] neque ea res arbitrio C. Aquilii iudicis A. Agerio restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; s.n.p.a.

La ricostruzione riprodotta è beninteso quella di Lenel, che il grande studioso, a riprova della sua affidabilità, presentò immutata in tutte le edizioni dell'*Edictum Perpetuum*⁹. Va detto che Lenel stesso non esitava a riconoscere che quella da lui proposta costituiva una semplice messa a punto, dato che sulla struttura della *formula hypothecaria* era già stato raggiunto nel corso dell'Ottocento un consenso diffuso «in fast allen wesentlichen Punkten»¹⁰. Sicché il vero progresso che l'insigne studioso fece segnare, in occasione della ricostruzione complessiva dell'Albo, consistette più che altro nel chiarire che la formula richiamava la circostanza del pignoramento con un riferimento esplicito all'atto costitutivo dello stesso, ossia a dire con un riferimento esplicito alla *conventio pignoris*¹¹.

La stabilità, se così possiamo dire, della ricostruzione sopra trascritta, insieme al fatto che anche il consenso della critica novecentesca sia stato pressoché unanime¹², ci esime dal dare conto delle sin-

⁹ EP¹ 397, EP² 474 s., EP³ 494 s.

¹⁰ EP³ 493.

¹¹ Vd. LENEL, *loc. cit.* L'altra sola novità degna di nota —fatta registrare nel passaggio dalla prima alla seconda edizione dell'opera (EP² 474 nt. 1)— è che Lenel abbandonò l'idea che l'oggetto della *conventio* fosse espresso con l'endiadi «*rem pignori hypothecae esse*»; sulla questione vd. *infra* nt. 45.

¹² La sola voce dissonante può infatti essere considerata quella di A. D'ORS, «Sobre las pretendidas acciones reales in factum», in *IURA* 20 (1969) 84 ss., e in part. 90 e 95 s.: l'illustre studioso immaginava un programma di giudizio a metà tra la formula *in factum* e la formula *ficticia*, nella quale, alle due clausole corrispondenti a quelle che abbiamo ricondotto nel testo alle lett. *a* e *c*, sarebbe seguita una *fictio proprietatis*, per effetto della quale l'azione avrebbe finito per essere immessa nel regime della *reivindicatio*. Giustamente, questa ipotesi non ha trovato seguito: cfr. M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, cit. 9 ss. Statuto diverso —che non chiama direttamente in causa la ricostruzione leneliana— è la questione se tutte le clausole individuate dallo studioso tedesco costituissero delle componenti stabili del programma di giudizio: per la discussione —che tocca in particolare la clausola *c*, relativa all'*in bonis*— vd. tra gli altri H. ANKUM; M. VAN GESSEL-DE ROO; E. POOL, «Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse / in bonis habere im klassischen römischen Recht», in *ZSS.* 104 (1987) 371 e 425 nt. 623.

gole fonti indicate da Lenel a suo sostegno. Dato il peso che avrà sul resto del discorso, converrà soltanto precisare che questa unanimità di consensi non ha riguardato soltanto il fatto che la formula si componesse, oltre alla *condemnatio*, delle quattro clausole che abbiamo contrassegnato come sue condizioni. Una messe insolitamente ricca di fonti rende altrettanto certo che le clausole in questione si susseguivano nella formula in questo preciso ordine: *a-d*. Partendo dal fondo, basterà dire che l'immagine di un programma di giudizio che passava direttamente dalla clausola arbitraria (*d*) alla *condemnatio* è evocata dai due commenti giurisprudenziali di cui sopravvivono i resti maggiori (quello di Marciano e quello di Ulpiano)¹³. In un passo di Gaio — e con termini se possibile ancora più espliciti, in uno scolio di Taleleo — è detto chiaramente che l'impianto logico fondamentale della *formula hypothecaria* ruotava intorno alla sequenza «pignoramento» - «mancato pagamento»: dunque clausole *a-c*¹⁴. E tuttavia, che questa sequenza fosse intervallata a sua volta dalla riserva che a pignorare il bene fosse stato il titolare del patrimonio (e dunque dalla clausola *b*) si deduce da un passo ulteriore della monografia di Marciano, sul quale dovremo soffermarci più avanti con un po' di attenzione¹⁵.

¹³ La formulazione più sintetica ed efficace è indubbiamente quella di Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.1.21.3: *Si res pignerata non restituitur, lis adversus possessorem erit aestimanda*. In D. 20.1.16.3 Marciano pone però in aggiunta la questione se questa struttura formulare autorizzasse il giudice a seguire lo stesso regime applicato «*in ceteris in rem actionibus*», in particolare consentendo all'attore di avvalersi del *iusiurandum in litem* nel caso il cui il convenuto si fosse sottratto con dolo alla restituzione: sui due passi — e sulle complesse ipotesi avanzate per appianare la loro apparente distanza — vd. diffusamente M. DE SIMONE, «Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3», in *AUPA* 51 (2006) 45 ss.

¹⁴ Gai 9 *ed prov.* D. 16.1.13.1: *De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, cum quasi Serviana (quae et hypothecaria vocatur) in his utilis sit: quia verum est «convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam»*: la parafrasi delle clausole *a-c* serve dunque per giustificare l'affermazione che il creditore, se beneficiava di una *restitutio in integrum*, dopo aver novato il debito garantito, poteva continuare a esperire l'azione ipotecaria nella sua veste ordinaria, senza dover chiedere un *iudicium rescissorium*. Nel commentare le conseguenze di una *depositio in publico* del capitale dovuto dal debitore pignorante, Taleleo si soffermava invece con maggiori dettagli sulla clausola *c*, includendo nella sua traslitterazione anche l'ipotesi della *mora credendi*:

Εἰ φαίνεται τόνδε ὑποθέσθαι τῶδε το πρᾶγμα, καὶ μήτε καταβεβληκῆναι τὸ κρέος, μήτε παρ'αίτιαν τοῦ δαινεστοῦ μὴ καταβεβληκῆναι (sch. 1 a Bas. 23.3.67, SCHELT. B IV, 1699).

¹⁵ Si tratta di D. 22.3.23, *infra* § 4.

A valutarlo nel suo complesso risulta insomma che il programma di giudizio —ed è del resto ovvio che così fosse— si disponeva lungo un asse cronologico. In prima battuta la formula presentava i presupposti positivi dell'azione, che dovevano essere venuti a maturazione prima del processo (dunque, che in favore dell'attore fosse stata costituita una garanzia [a], da parte di una persona legittimata a farlo [b]). Di seguito, si passava ai presupposti negativi della condanna, che dovevano mantenersi tali fino al momento della *litis aestimatio* (e dunque che l'obbligazione continuasse a risultare inadempita [con le situazioni equivalenti: c] e che il pegno non fosse restituito [d]).

3. Detto della struttura dell'*actio (quasi) Serviana* e dell'ordine in cui si susseguivano le sue clausole, possiamo vedere come si dipanasse intorno ad esse il commento di Marciano. Per mettere a fuoco il punto, occorre naturalmente avere presente in che modo sia stato tramandato questo materiale.

I frammenti dell'*Ad formulam hypothecariam*, selezionati per la compilazione del Digesto, si trovano raggruppati per la quasi totalità nei sei titoli del ventesimo libro, in cui i commissari di Giustiniano decisero di esporre «*omnia quae ad hypothecam pertinent*»¹⁶. Se si prende come riferimento la palinogenesi leneliana, la misura è di 387 linee, sulle 434 che occupa complessivamente la trascrizione dell'opera. Il resto è dunque poca cosa: tre frammenti dirottati verso il titolo (apparentato¹⁷) dedicato all'*actio pignoratitia in personam* (D. 13.7), e poi cinque frammenti sparpagliati per altrettanti titoli eterogenei (D. 22.3, D. 27.9, D. 40.8, D. 41.2 e D. 42.5). Di questi frammenti per così dire esterni alla *sedes materiae* costituita dal libro ventesimo del Digesto non ci occuperemo direttamente in questa nota (con l'eccezione di D. 22.3.23 [= fr. 17 L.] e in modo più sfumato di D. 46.3.49 [= fr. 23 L.]), così come non ci occuperemo dell'unico testimone esterno alla compilazione giustiniana, rappresentato da una citazione indiretta contenuta nei frammenti del Sinai (Schol. Sin. V 14-16 Kr. = fr. 32 L.).

Stando al format proposto nella *Palinogenesia*, i frammenti che componevano il commento analitico alla *formula hypothecaria* coincidono (in larghissima parte¹⁸) con i frammenti che i commissari di

¹⁶ Cfr. *const. Tanta*, § 5.

¹⁷ Cfr. *const. Omnem*, § 4.

¹⁸ Il *caveat* si riferisce a quanto sarà osservato alla nt. 20 (a proposito del fr. 8 D. 20.6 [= fr. 26 L.]) e nelle battute finali del presente § (a proposito degli *Addimenta* inclusi nel fr. 29 L.).

Giustiniano destinarono al titolo iniziale e a quello finale della *sedes* dedicata alla materia ipotecaria, D. 20.1 e D. 20.6: la loro trascrizione —insieme a quella derivante dall’innesto di tre frammenti di alcuni titoli esterni— copre un totale di 279 linee della *Palingenesia*. I frammenti raccolti nei titoli intermedi (D. 20.2-5) avrebbero invece dato corpo a quella seconda parte della monografia che agli occhi di Schulz —lo abbiamo ricordato nel § 1— appariva come una sezione conclusiva (e più circoscritta: 149 linee, includendo anche in questo caso la trascrizione di alcuni frammenti esterni) proiettata su una serie di questioni generali del diritto ipotecario.

Nella *Palingenesia* l’esistenza di una partizione di questo genere (commento analitico *vs.* questioni generali) non è ovviamente dichiarata in quanto tale; il che è in linea con l’abituale ritrosia del suo Autore di esplicitare le proprie opzioni ricostruttive. E’ però un dato di fatto che i frammenti tratti dai titoli centrali del ventesimo libro del Digesto ricevono da Lenel un trattamento e un inquadramento totalmente diversi da quelli riservati ai frammenti tratti dai titoli iniziale e finale del libro. Gli estratti di D. 20.1 e D. 20.6 risultano infatti aggregati insieme, e riorganizzati sotto un complesso di rubriche create per l’occasione, se così si può dire, fatte coincidere con le varie clausole della formula. La presentazione degli brani presi da D. 20.2-5 rimane invece disaggregata, perché ogni frammento continua ad apparire nella *Palingenesia* sotto la stessa rubrica che lo introduce nel Digesto, la quale non può perciò essere una rubrica «formulare»¹⁹. Tanto basta perciò per dire che Lenel presupponeva indubbiamente una partizione di fondo dello scritto di Marciano, in forza della quale il commento analitico alla *formula hypothecaria* risulta circoscritto alla prima (anche se più consistente) parte dell’opera.

Ma all’interno di questo impianto di fondo, come si sarebbe poi articolato il commento del giurista severiano? La *vindicatio pignoris* —conviene ribadirlo— subordinava la condanna del convenuto a una serie di condizioni, che richiedevano al giudice di verificare: [*a*] se l’attore aveva sottoscritto una convenzione che accendeva in suo favore una garanzia ipotecaria, [*b*] se l’ipoteca gli era stata concessa

¹⁹ *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* (D. 20.2 = fr. 30-32 L.); *Quae res obligari non possunt* (D. 20.3 = fr. 33-35 L.); *Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et rell.* (D. 20.4 = fr. 36 L.); *De distractione pignorum et hypothecarum* (D. 20.5 = fr. 37-39 L.). Naturalmente il computo dei frammenti della *Palingenesia* tiene conto degli innesti di vari frammenti provenienti da *sedes* esterne.

dal titolare del patrimonio, [c] se permaneva l'inadempimento (o se continuava a mancare una *satisfactio* alternativa) e infine [d] se il convenuto non cedeva alla controparte il possesso del bene rivendicato. Ebbene, ad avviso di Lenel il commento di Marciano si sarebbe effettivamente snodato lungo queste quattro clausole, ma in un ordine particolare, che non avrebbe coinciso in tutto e per tutto con la sequenza della formula.

In particolare, Marciano avrebbe senz'altro aperto la sua analisi concentrandosi sulle caratteristiche della *conventio pignoris* (dunque con il commento alla clausola *a*): insieme ad alcuni frammenti minori, Lenel riporta a questa sezione iniziale del commento una *prima* parte dei frammenti estratti per il tit. D. 20.1; in particolare D. 20.1.5, D. 20.1.11, D. 20.1.13, §§ *pr.*-3 (= fr. 18-22 L.). A seguire, anziché passare al problema della legittimazione del pignorante (e dunque al commento della clausola *b*), il giurista avrebbe tuttavia affrontato le due condizioni negative del programma di giudizio, relative al *solvere* e al *satisfacere* (dunque saltando direttamente alla clausola *c*): oltre a una *seconda* parte dei frammenti estratti per D. 20.1 (in particolare D. 20.1.13, §§ 4-6 [= fr. 24 L.]) apparterrebbero senz'altro a questa sezione sia un passo estratto da D. 46.3, che l'avrebbe anzi aperta (fr. 49 = 23 L.) sia il primo estratto riportato in D. 20.6 (fr. 5 = 25 L.); sia pure con qualche dubbio Lenel riteneva poi che la sezione proseguisse con il secondo —e ben più lungo— escerto posizionato dai Compilatori in D. 20.6 (fr. 8 = 26 L.)²⁰.

Scalzato dalla sua posizione naturale, il commento alla clausola del programma di giudizio che richiedeva la prova della legittimazione del pignorante sarebbe insomma slittato in terza posizione: la disamina corrispondente è infatti rintracciata da Lenel in una *terza*

²⁰ *Pal.* 2.646 nt 1: «*Verisimile est Marcianum haec loc loco subiecissee*». La cautela di Lenel si spiega evidentemente col fatto che la discussione condotta in D. 20.6.8 (= fr. 26 L.) si riferisce ad ipotesi che inibivano sì la rivendica del pegno, ma a differenza delle ipotesi del *solvere* e del *satisfacere* non erano contemplate nella formula direttamente a livello d'*intentio*. E' certamente vero che questa prospettiva non si può estendere al § iniziale e al § finale del lungo fr. 8. Tuttavia, i §§ in questione restano comunque irriducibili al tema oggetto del precedente frammento marciano (D. 20.8.5 = fr. 25 L.). Questa circostanza non toglie dunque nulla alla cautela di Lenel, e anzi dovrebbe indurre a chiedersi se il grande studioso non sia stato, alla fin fine, un po' troppo affrettato nel concludere che i fr. 5 e 8 di D. 20.6 appartenessero alla medesima sezione della monografia di Marciano. Proprio il fatto che la questione meriti un approfondimento, spiega per quale ragione nelle prossime pagine D. 20.6.8 non verrà segnalato come parte del commento ai *verba* «*eamque pecuniam neque solutam neque satisfactum esse*».

porzione degli estratti riprodotti in D. 20.1 (in part. D. 20.1.16, §§ *pr.*-3 [= fr. 27 L.]). Nella posizione che è naturale attendersi si trova invece il commento alla clausola arbitraria (dunque alla clausola *d*): gli escerti di questa porzione corrispondono infatti a un *quarto* spezzone degli estratti inseriti in D. 20.1 (in particolare D. 20.1.16, §§ 3-6 [= fr. 28 L.]). Abbiamo anzi già detto che gli escerti in questione mostrano come Marciano (così come del resto anche Ulpiano) in realtà passasse senza soluzione di continuità dall'esame della clausola arbitraria a quello della *litis aestimatio*. Dal che ci si dovrebbe attendere che con essi terminasse il primo, grande blocco dell'*Ad formulam hypothecariam*, quello cioè che Lenel ricava (implicitamente) dagli estratti riportati in D. 20.1 e 20.6 e che Schulz riportava (esplicitamente) al commento della formula, in contrapposizione alle sezioni plasmate sulle rubriche di D. 20.2-5.

Così però non è. Gli estratti della monografia affidati a D. 20.1, includono infatti ancora tre brevi brani, corrispondenti ai §§ 7-9 di D. 20.1.16. Dal momento che il contenuto di questi frammenti non permette di ricondurli all'analisi della *condemnatio*, Lenel li separa in blocco dalla porzione precedente del discorso. D'altro canto, i passi in questione non permettono nemmeno di dire con facilità quale fosse il loro filo conduttore. Il § 7 di D. 20.1.16 si occupa infatti del pignoramento della *res aliena*, il § 8 del pignoramento disposto congiuntamente in favore di creditori diversi, e il § 9 di una convenzione che riservi al creditore il diritto di acquisire —*iure emptoris*— il possesso definitivo del pegno. Quale fosse la connessione del tutto appunto sfugge, e doveva sfuggire anche a Lenel. Il grande studioso, oltre a riunire sotto un unico numero palinogenetico (fr. 29 L.) questa coda marcianea del tit. D. 20.1, la classifica con l'eloquente titolo di «*Additamenta*»; il che equivale ad apporre una sorta di sigillo alla disomogeneità di questo gruppo di escerti, sia verso l'esterno sia dal punto di vista della loro connessione interna.

4. Aver ripercorso per sommi capi le linee portanti della trama che ad avviso di Lenel sosteneva l'*Ad formulam hypothecariam*, è stato necessario per poter mettere immediatamente a fuoco gli elementi di maggior richiamo di questa ricostruzione, quelli cioè che sollecitano immediatamente la curiosità del lettore. Gli elementi in questione sono evidentemente due. Il primo è rappresentato proprio da quegli «*Additamenta*» da cui abbiamo appena finito di dire. Il fatto che Lenel classifichi l'ultima parte del Marciano ospitato in D. 20.1 come una sorta di appendice acefala (in quanto priva di un reale de-

nominatore comune) non è un elemento di poco conto. Sul piano del metodo, questa circostanza dovrebbe anzi indurre a verificare con maggiore attenzione la tenuta dell'intera impalcatura innalzata dal grande studioso. Un conto infatti è dire che gli estratti posizionati in D. 20.1 e in D. 20.6 si possono isolare, rispetto al resto dei frammenti della monografia di Marciano sparpagliati lungo D. 20.2-5, per la ragione che attengono tutti al commento analitico della formula. Come abbiamo visto, è questo che Lenel implicitamente fa e che Schulz esplicitamente gli attribuisce. Appurato tuttavia che così non è (e cioè che non tutto il Marciano presente in D. 20.1 pertiene al commento della formula), la presunta specialità di questo primo blocco della monografia viene meno, o quantomeno esce fortemente ridimensionata. Dal che il passo è breve a chiedersi quale ragione costringa allora a mantenere per gli escerti di D. 20.2-5 quella stessa impalcatura corrispondente all'«ordine legale» che Lenel viceversa rinnegava (e giustamente) per gli escerti di D. 20.1 e D. 20.6.

Come accennavamo nella *Premessa*, non è questo tuttavia un passo che si possa compiere in questa nota. L'obiettivo, come ci siamo detti, è più limitato e ruota intorno all'altro elemento della ricostruzione generale di Lenel che s'impone immediatamente all'attenzione del lettore. L'elemento in questione —lo si sarà intuito dalla rassegna condotta nel § precedente— è rappresentato dalla *dispositio* che dovrebbe sorreggere il commento analitico alla *formula hypothecaria*. Contrariamente a quello che sembrerebbe naturale attendersi da un'opera di commento a una *formula iudicii*, la *Palingenesia* postula infatti che Marciano abbia organizzato la sua scrittura secondo una scansione diversa da quella su cui era costruita la formula stessa. Beninteso, non si tratterebbe di una distanza trascendentale, dato che lo scarto si riduce di fatto a una inversione: Marciano avrebbe anticipato l'analisi della terza clausola della formula, relativa al *solvere* e al *satisfacere* (frr. 23-26 L.) e avrebbe posticipato l'analisi della seconda clausola dell'*intentio*, quella cioè relativa al requisito dell'*in bonis* (fr. 27 L.).

Per quanto minimo, uno scarto del genere richiama comunque l'attenzione e induce ad approfondire le ragioni che hanno spinto Lenel a ipotizzarlo. La curiosità non è dettata soltanto dal motivo di fondo di cui si è detto, e cioè che nella tradizione del commento lemmatico sarebbe comunque degno di nota che un giurista si fosse allontanato da quanto imponeva il canone letterario. Il fatto è che proprio Marciano avvertiva —e segnalava— lo stretto collegamento che si dava tra la prima clausola della *vindicatio pignoris* (quella relativa alla *conventio*

pignoris) e la seconda. Sicché francamente sorprende che il giurista abbia poi organizzato il proprio commento in modo tale da separare le due clausole (appunto intercalando tra loro, come vorrebbe Lenel, l'analisi della clausola relativa al *solvere* e al *satisfacere*). E' anzi da questo punto che conviene muovere con la nostra analisi, rinviando al prosimo § l'esame delle ragioni che sono alla base dell'opzione di Lenel.

Il passo da cui si desume lo stretto collegamento che Marciano avvertiva tra la prima e la seconda clausola della *formula hypothecaria* è reprodotta in D. 22.3.23:

Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecae sit: sed et si hoc probet actor, illud quod implere debet rem pertinere ad debitorem eo tempore quo convenit de pignore, aut cuius voluntate hypotheca data sit.

Dal punto di vista del contenuto il testo non necessita di particolari commenti. Di primo acchito si direbbe che l'obiettivo sia quello di mettere a fuoco quale fosse il *thema probandum* nell'*actio (quasi) Serviana*, la quale richiedeva all'attore innanzitutto la prova della *conventio pignoris* e poi quella della titolarità del pignorante; un profilo —questo secondo— che il testo declina nell'alternativa che il bene svincolato appartenesse al pignorante oppure a una persona che avesse acconsentito al pignoramento (*aut cuius voluntate hypotheca data sit*²¹). Se questa prospettiva giustifica che il discorso sia stato selezionato per il tit. D. 22.3 (*De probationibus et praesumptionibus*), la collocazione in una *sedes* esterna a quella che raccoglie il grosso dei frammenti di Marciano pone però il problema di risalire al contesto originario.

Lenel risolve il problema assegnando al frammento la posizione di testa dell'intera monografia (fr. 17 L.) e segnalando che il discorso sarebbe addirittura anteriore al commento alla prima clausola della formula (che in effetti principia nella *Palingenesia* con il frammento successivo: D. 20.1.5 [= fr. 28 L.]). Contestualmente, Lenel rinvia però il lettore ai *verba formulae* della *vindicatio pignoris*²². Sicché l'impressione è che l'illustre studioso attribuisca a Marciano di aver fatto precedere il commento vero e proprio alla formula da una sintetica parafrasi della stessa.

²¹ Non è qui il caso di discutere l'emendazione (normalizzante, per quanto proposta sulla base della tradizione greca) presente nell'edizione milanese del Digesto (vd. *ad h.l.*).

²² Cfr. *Pal.* 1.644 nt. 1.

Amnesso che fosse questo l'esatto iter logico seguito da Lenel, va detto che l'opzione di assegnare a D. 22.3.23 la posizione di testa dell'*Ad formulam hypothecariam* non convince fino in fondo. Quel che non si spiega, in particolare, è per quale ragione Marciano avrebbe dovuto limitarsi a ripercorrere a volo d'uccello le sole due prime clausole della formula. Certamente è vero che soltanto la clausola sulla *conventio* e quella sull'*in bonis* fissavano a carico dell'attore una prova positiva. Ma è vero anche che l'ultima clausola dell'*intentio* —quella cioè che subordinava la condanna al perdurare dell'inadempimento (o della mancata *satisfactio*)— poneva essa pure un problema relativo alla prova²³. Se dunque il discorso —come sembra credere Lenel— fosse davvero appartenuto a una introduzione generale alla formula, sia pure condotta sotto il profilo dell'onere della prova, Marciano non avrebbe avuto ragione di limitare la sua ricognizione a una parte soltanto dell'*intentio*; né avrebbero avuto alcuna ragione i Compilatori —proprio in ragione della prospettiva adottata in D. 22.3— di riportare solo parzialmente il discorso del giurista. Il fatto che Marciano passi unicamente in rassegna le prime due clausole dell'*intentio* (quelle cioè relative alla *conventio pignoris* e all'*in bonis esse*) impone dunque, come opzione palinogeneticamente più semplice, di immaginare un contesto del discorso limitato a queste clausole soltanto.

La mia sensazione è che il testo introducesse l'esame della clausola relativa all'*in bonis*²⁴. Anche Lenel, come sappiamo, riconosce che alla clausola in questione Marciano arrivava dopo aver affrontato in dettaglio quella relativa alla *conventio* (e sia pure immaginando l'intersezione relativa al commento delle voci *solvere* e *satisfacere*). Perciò non vi sono difficoltà a immaginare che l'esordio di D. 22.3.23 servisse a tirare idealmente le fila del lungo commento precedente e che invece la seconda parte del brano servisse a introdurre il nuovo tema, fissando il principio di fondo che ispirava la seconda clausola della formula, e cioè che per rivendicare il pegno occorreva dare la prova che al momento del pignoramento il bene si trovasse nella disponibilità del pignorante o della persona che lo aveva autorizzato.

²³ Beninteso, una prova che sarà spettata al convenuto, in quanto prova negativa.

²⁴ A un contesto legato a una casistica diversa dall'esercizio dell'*actio Serviana* sembra invece pensare A. VALIÑO, «Probatio incumbit qui dicit, non qui negat: el onus probandi en el Derecho romano», in F. REINOSO BARBERO (a c. di), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, 585. Dato l'esplicito collegamento che si può instaurare tra i *verba formulae* e il discorso di Marciano, mi pare tuttavia che si tratti di una possibilità piuttosto remota.

Che la funzione di D. 22.3.23 possa essere stata quella d'introdurre questo nuovo capitolo del discorso è del resto suggerito anche dal contenuto e dall'ordine in cui sono presentati i frammenti che Lenel ascrive alla discussione sull'*in bonis*. Come abbiamo visto, il grande studioso riporta a questa sezione dell'opera la porzione compresa tra i §§ *pr.*-2 di D. 20.1.6. Questa indicazione è certamente da sottoscrivere. E' infatti lampante che il caso affrontato nel § *pr.* dipende dalla considerazione che al momento della *conventio* il pignorante non era proprietario della parte venutasi ad aggiungere al fondo pignorato per effetto di una successiva alluvione²⁵; così com'è evidente che il caso affrontato nel § 1 rimanda esplicitamente al problema di coordinare la successiva ratifica del proprietario «*ad illud tempus quo conventit*»²⁶. Tralasciando il caso affrontato nel § 2 —che in questa rassegna entra piuttosto per associazione, senza essere tecnicamente collegato alla clausola sull'*in bonis*²⁷— si vede perciò bene che lo spaccato, che in questo passaggio il Digesto propone, della casistica affrontata da Marciano, riflette l'ordine dei temi fissati nella seconda parte di D. 22.3.23: prima si approfondisce il problema dell'essere la cosa *in bonis* del pignorante (caso del fondo alluvionato: § *pr.*), quindi si passa al problema della *conventio* conclusa dal terzo e del rilievo della volontà del proprietario (caso del pignoramento ratificato: § 1).

5. Se nella scrittura originale l'escerto corrispondente a D. 22.3.23 introduceva il commento alla clausola relativa alla legitti-

²⁵ § *pr.*, D. 20.1.16: *Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione maior factus est, totus obligabitur.*

²⁶ § 1, D. 20.1.16: *Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est hoc ipso, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo conventit. voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.* Per gli aspetti dogmatici della discussione, cfr. A. KACPRZAK, *La ratihabitione nel diritto romano*, Napoli, 2007, 145 ss.

²⁷ § 2, D. 20.1.16: *Si res hypothecae data postea mutata fuerit, aequae hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horto facta: item si de loco conventit et domus facta sit: item de loco dato, deinde vineis in eo positis.* Come per le fattispecie precedenti, la discussione sembra senz'altro sollecitata dalla constatazione che lo stato del bene rivendicato non coincide con quello che si dava al momento della *conventio pignoris*. Tuttavia la casistica discussa nel § 2 —andando dalla trasformazione della cosa pignorata da *domus* a *hortus*, al caso dell'area libera successivamente edificata o attrezzata— chiarisce che il problema che viene qui in discussione non concerne tanto il fatto che sia mutata la titolarità del bene, quanto il bene stesso, nella sua identità: per questo è probabile che Marciano sia arrivato al problema per associazione (cfr. anche la catena: *deinde/deinde postea/postea*, che connette i §§ *pr.*-2).

mazione del pignorante, la sensazione che Marciano avvertisse uno stretto collegamento tra questa clausola della *formula hypothecaria* e quella precedente, relativa alla sottoscrizione di una *conventio pignoris*, indubbiamente si rafforza. Da notazione tutto sommato estemporanea —quale essa era destinata ad essere nel format predisposto dalla *Palingenesia*— l'osservazione si trova proiettata al livello della *dispositio* generale adottata dallo scrittore per organizzare il proprio discorso. Naturalmente, il fatto che D. 22.3.23 aprisse il commento alla seconda clausola della formula, tirando le fila del commento dedicato alla clausola precedente, non dimostra in modo assoluto che nella monografia di Marciano i due commenti venissero *immediatamente* l'uno dopo l'altro. Benché sia ipotesi meno probabile del contrario, è chiaro infatti che nulla esclude che il giurista avesse intervallato tra il primo e il secondo commento l'analisi dedicata al *solvere* e al *satisfacere*. Il che riporta all'idea di fondo di Lenel che l'ordine del commentario non seguisse fedelmente quello della formula. Se insomma è vero che la costruzione del grande studioso tedesco inizia a mostrare una prima crepa, è vero anche che per abbatterla del tutto è necessario andare direttamente alle sue fondamenta. Il prossimo passo consisterà perciò nel verificare che cosa avesse indotto lo studioso tedesco a pensare che Marciano affrontasse la clausola sulle due condizioni negative (e alternative) del programma di giudizio, rappresentate dal *solvere* o dal *satisfacere* (fr. 23-26 L.) prima di esaminare il requisito dell'*in bonis esse* (fr. 28 L.).

Se ci si riporta a quanto abbiamo osservato al § 3, si constaterà facilmente che la scelta di Lenel è stata determinata in prima battuta dalla valutazione degli estratti riportati dai Compilatori tra i §§ 4-6 di D. 20.1.13. Questa sezione del commentario risulta infatti composta nella *Palingenesia* da un cospicuo numero di altri escerti, oltre a quelli appena indicati, nessuno dei quali è però determinante —ecco il punto essenziale— per fissare la posizione della sezione.

L'argomento può esposto in forma più diffusa e chiara, mettendo un poco più a fuoco i contenuti superstiti della sezione deputata alla terza clausola della formula. Dal momento che il testo si apre mettendo l'accento sulla *naturalis significatio* del lemma «*soluta pecunia*», giustamente Lenel assegna la posizione iniziale della sezione a D. 46.3.49 (= 23 L.)²⁸. Il passo in questione viene tuttavia da un ti-

²⁸ *Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditoribus*. Il testo prosegue poi con una prima rassegna di casi in cui si andava oltre il significato naturale della locuzione «*pecunia soluta*», ammettendo l'efficacia liberatoria

tolo esterno alla *sedes materiae*, e dunque la sua posizione è indipendente rispetto a quella degli altri escerti. Una considerazione simile vale però anche per D. 20.6.5 (= fr. 25 L.), dove si trova delineato il commento alla voce «*satisfactum*», sia pure con qualche incertezza sui §§ iniziali²⁹. E' vero infatti che il testo appartiene al libro in cui i Compilatori concentrarono gli estratti di Marciano, ma trattandosi dell'estratto del giurista con la posizione più alta nel titolo, anch'esso non condiziona in alcun modo la collocazione generale della sezione.

Il condizionamento è dato dunque dai §§ 4-6 di D. 20.1.13 (= fr. 24 L.) che Lenel sceglie di collocare tra D. 46.3.49 e D. 20.6.5, finendo per farne una calamita per l'intera sezione. E questo evidentemente avviene a causa del peso di Bluhme e dei suoi studi sulla composizione del Digesto. Se nel tit. D. 20.1 i frammenti di Marciano si trovano trascritti secondo l'ordine di lettura, la sezione corrispondente dell'*Ad formulam hypothecariam* non poteva non precedere la sezione relativa al requisito dell'*in bonis esse*. E questo perché la sezione relativa all'*in bonis*, come abbiamo visto, non si può fare iniziare prima del § *pr.* di D. 20.1.16 (quando i Compilatori, dopo due inserti di Ulpiano e Gaio, ridanno la parola a Marciano). Se dunque ci si riporta all'ordine bluhmiano —come è giusto fare— non esistono alternative all'opzione della *Palingenesia*. In altre parole: se il blocco corrispondente ai §§ 4-6 di D. 20.1.13 apparteneva effet-

del pagamento eseguito nelle mani di una serie di persone diverse dal creditore. Ulteriormente a seguire —con uno slittamento che crea notevoli difficoltà sia sul piano della costituzione del testo (vd. MOMMSEN, *Dig. ed. mai. ad h.l.*) sia sul piano della sua interpretazione, specie nel raccordare l'informazione con quanto Marciano stesso dice in D. 20.6.5 *pr.* (per un accenno vd. alla nt. successiva)— veniva poi affrontato il problema della riferibilità al lemma «*solvere*» di una remissione formale del debito: *quod si acceptum latum sit, in quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata vel sine stipulatione accepta sit, solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisfactionis sufficit.*

²⁹ Alla voce «*satisfactum*» si riportano chiaramente le ipotesi discusse nei §§ 2-3 (sostituzione della garanzia reale con una garanzia personale/giuramento «*hypothecae non esse rem obligatam*»). Pressoché irresolubile è invece il rebus offerto dai §§ *pr.*-1, dove Marciano etichetta le ipotesi del *discedere ab hypotheca* e del *pactum de non petendo* sotto la formula generica «*solvitur hypotheca*». Dato il contesto, verrebbe spontaneo pensare che anche questa parte del discorso pendesse dal commento al lemma «*satisfactum*», senonché da D. 20.5.8.1-5 sembrerebbe che il patto di remissione del pegno operasse per Marciano a livello di *exceptio*; e a complicare il problema concorre poi il fatto che nel commento di Ulpiano all'*actio pigneraticia in personam* la remissione del pegno sembrerebbe ricondotta di nuovo alla *satisfactio* (28 *ad ed.* D. 13.7.9.3): sul problema vd. la puntuale ricognizione di ALONSO, *Sull'accessorietà del pegno*, cit. 87 ss. ntt. 27-31.

tivamente al commento alla terza clausola della formula (*solutio e satisfactio*), occorre rassegnarsi all'idea che Marciano avesse invertito l'ordine del commentario. Il problema sta però proprio nella premessa del ragionamento. Che cosa costringe —o anche solo autorizza— a credere che i §§ 4-6 di D. 20.1.13 appartenevano alla sezione cui Lenel li riferisce? Questa è la domanda fondamentale.

6. Per rispondere alla domanda, il primo passo da fare è di stringere l'obiettivo sul contenuto del nostro gruppo di escerti. Non si tratterà naturalmente di offrire per ciascuno un'esegesi approfondita, poiché l'obiettivo è semplicemente quello di fare emergere le linee di fondo della discussione e di mettere a fuoco i nessi contestuali del discorso, per valutare a quale sezione della monografia di Marciano sia più probabile ricondurlo. Iniziamo comunque col dare conto dei testi³⁰:

[§ 4] *Etiamsi creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet. et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit et damnatus sit, aequae hypotheca manet obligata. multo magis ergo si in personam actum sit sive cum reo sive cum fideiussore sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet iudicati actionem.* [§ 5] *Si sub condicione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur: sed si sub condicione debiti condicio venerit, rursus agere poterit. sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt «si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit».* [§ 6] *Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent: idem et in poena dicemus.*

Nonostante la lunghezza dell'estratto, lo snodarsi dei temi affrontati da Marciano si lascia seguire senza particolari difficoltà. Nel

³⁰ Il testo trascritto riproduce anche per il § 4 la lezione trådita dalla *littera Florentina*, senza dunque tenere conto dell'emendazioni proposte, specie da Th. Mommsen; per la ragioni di questa scelta rinvio a L. PELLECCHI, «Trasferimento del pegno al fideiussore e processo in Papiniano D. 20,5,2», in *ZSS* 125 (2008) 284 nt. 25; ivi (ntt. 26-27) anche per maggiori dettagli esegetici a proposito delle tre fattispecie oggetto del § 4.

§ 4 si discute se il pegno venga meno quando il creditore abbia scelto di ricorrere all'azione personale e abbia ottenuto la condanna della controparte. Il problema, per la verità, viene affrontato prospettando tre diverse ipotesi e distinguendo se il creditore con l'azione personale si fosse diretto contro il debitore pignorante, contro il suo *defensor* oppure contro un debitore solidale. La soluzione rimane tuttavia la stessa per tutti e tre i casi, e viene appoggiata sulla terza clausola della *formula hypothecaria*. Con la condanna della controparte il creditore non perde il pegno —spiega in sostanza Marciano— «*quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet*».

Nel § 5, in prima battuta si esclude che il creditore possa rivendicare l'ipoteca quando il debito garantito risulti ancora sotto condizione. Di seguito si affronta invece l'ipotesi inversa, e cioè che ad essere ancora sotto condizione non sia il debito, ma la *conventio pignoris*. In relazione a questo secondo caso Marciano osserva che il requisito (negativo) fissato dalla formula a proposito del *solvere* risulta certamente integrato («*verum quidem est pecuniam solutam non esse*»), e tuttavia per ragioni di equità occorre procrastinare la pretesa dell'attore di mettere le mani sul pegno.

Infine, nel § 6, si precisa che gli interessi convenzionali andranno pagati (così come la penale contrattuale) soltanto se il pegno sia stato previsto a garanzia anche della relativa voce.

Se ci siamo soffermati in modo volutamente selettivo sul contenuto dei §§ 4-6 di D. 20.1.13 è solo perché il lettore possa avere un'immediata evidenza delle ragioni che hanno indotto Lenel a ricondurre l'intero blocco al commento dei *verba* «*eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*». E la ragione è presto detta: la clausola citata risulta richiamata nella sua interezza al § 4, è richiamata per la sola parte relativa al *solvere* al § 5, e ancora di *solvere* è parola al § 6.

La somma dei tre dati sembrerebbe dunque disarmante. Eppure —a ben vedere— così non è. E se forse è azzardato affermare che sono proprio i tre dati, che abbiamo ora indicato, a deporre in realtà contro la tesi di Lenel, senz'altro non è un azzardo affermare che l'ipotesi del grande studioso tedesco non è un'ipotesi che possa spiegare in modo univoco quale sia il *trait d'union* delle tre ipotesi affrontate in questo squarcio di D. 20.1.13.

Per rendere efficace la critica, conviene iniziare dal dato che offre il § 5. Nel passo —lo abbiamo detto— Marciano si riporta esplicitamente alla clausola sulla *solutio*. Tuttavia non sarà sfuggito che la cosa avviene solo in relazione alla seconda fattispecie discussa

nel brano, quella cioè dell'ipoteca sotto condizione. In relazione alla fattispecie di partenza —quando ad essere sotto condizione fosse il debito garantito— la clausola sulla *solutio* non ha alcun peso. Né del resto potrebbe averne, visto che la circostanza che qui impedisce l'azione non è il fatto che manchi una *pecunia soluta*, ma che manchi (ancora) una *pecunia debita*, tant'è che Marciano chiosa: «*ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur*»³¹. Ora, se si guarda ai nessi contestuali che reggono la scrittura del § 5, si tocca quasi con mano che le due ipotesi del debito sotto condizione e dell'ipoteca sotto condizione sono simmetriche e come tali sono presentate nel testo («*si sub conditione debiti nomine ... sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione*»). E' il fatto di discutere una ipotesi ad attirare insomma la prospettazione dell'altra. Perciò, se il contesto fosse quello del commento alla voce «*neque pecuniam solutam*», ci si aspetterebbe di trovare discussa per prima la fattispecie dell'ipoteca sotto condizione. Il fatto che così non sia schiude perciò la porta all'ipotesi che il discorso s'inserisse in un contesto diverso.

Questa possibilità viene peraltro a rafforzarsi, nel momento in cui si consideri come, nel precedente § 4, era stata presentata al lettore l'intera terza clausola della *formula hypothecaria* (comprensiva cioè della postilla relativa alla *satisfactio*): «*quia suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet*»; così scriveva Marciano, per giustificare che il creditore non perdeva il pegno con la condanna del debitore. Chi consideri le modalità di questa citazione, troverà che essa non suona congegnale a una clausola che in questo luogo dell'opera dovrebbe essere commentata *ex professo* (e per di più con un commento già in corso) a seguire Lenel.

Da questo punto di vista è utile il confronto con un passo di Ulpiano tratto dal commento all'*actio pignoratitia in personam*. Com'è noto, anche questa azione presentava (nella forma invertita di una condizione positiva) la voce «*eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse*». Ed era effettivamente in relazione a questa voce che Ulpiano arrivava a porsi un problema analogo a quello prospettato da Marciano (sia pure inquadrandolo dal punto di vista degli effetti della *litis contestatio* anziché del *iudicatum*). Tuttavia il suo attacco è decisamente diverso: «*Solutum non videtur, si lis*

³¹ Sul pt. vd. ora anche N. RAMPAZZO, «Plus petere: problemi romanistici e proiezioni dogmatiche», in L. GAROFALO (a c. di), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di M. Talamanca*, I, Padova, 2011, 827.

contestata cum debitore sit de ipso debito vel si fideiussor conventus fuerit»³².

Il confronto è istruttivo perché mostra che Ulpiano si riallaccia senza mediazioni alla voce «*pecunia soluta*», dando per scontata la sua operatività nella formula. Marciano si attardava invece a spiegare che l'assenza di *solutio* e *satisfactio* integra la condizione richiesta dalla formula per la validità dell'*actio*. La sensazione, che lascia un'osservazione del genere, è dunque che a questo punto del discorso il commento di Marciano non si fosse ancora diffuso su questo principio di funzionamento della formula, e che proprio per questa ragione fosse opportuno anticipare il punto al lettore.

7. Le considerazioni svolte —ammesso che colgano nel segno— suggeriscono o almeno aprono alla possibilità che la disamina condotta in entrambi i §§ 4-5 di D. 20.1.13 appartenesse a una sezione del commentario diversa da quella dedicata alla terza clausola della *formula hypothecaria* (secondo quanto appare invece nella *Palingenesia*); sembrerebbe anzi che la sezione in questione precedesse quella relativa al commento delle voci relative alla *solutio* e alla *satisfactio*. Ma di quale sezione si sarebbe potuto trattare? E' a questa domanda che si deve provare a dare una risposta, se si vuole perfezionare davvero l'impianto di Lenel.

Per affrontare il problema, inizieremo col dire che una prima indicazione —su larga scala— viene ancora una volta dalla legge di Bluhme sull'ordine di lettura dei frammenti di Marciano escerpiti per il tit. D. 20.1. La ragione è evidente. Se Lenel insegna che l'esame della seconda clausola della formula (quella relativa al requisito dell'*in bonis esse*) iniziava solo col fr. 16 *pr.*, è giocoforza pensare che i §§ conclusivi del precedente fr. 13 appartenessero anch'essi a quella stessa sezione cui si riferisce il resto del fr. 13 e l'intero fr. 11. In altre parole, bisogna sforzarsi di concepire i §§ 4-6 del fr. 13 come appartenenti anch'essi al commento alla clausola che apriva l'*intentio* della *formula hypothecaria*: «*Si paret inter A. Agerium et L. Titium convenisse ut ea res q.d.a. A. Agerio pignori esset propter pecuniam debitam*».

Per definire meglio —e soprattutto per giustificare— questa classificazione, occorrerà naturalmente tornare per un'ultima volta sul contenuto dei §§ 4-6 di D. 20.1.13 e verificare che il tono complessivo della discussione lì condotta possa essere compatibile con l'opzione proposta. A questa verifica procederemo tuttavia solo

³² Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.7.11 *pr.*

col prossimo §. Preliminarmente è infatti utile considerare come Marciano snodasse il discorso nel resto del commento dedicato alla clausola sulla *conventio* (e dunque per i fr. 11 e 13 pr.-3). Già con questo primo movimento si potrà infatti ottenere un'importante indicazione dello sfondo entro il quale deve essere ricollocata la porzione di testo su cui sembra inciampare la ricostruzione di Lenel.

Se dunque si procede nella direzione indicata, si constata abbastanza facilmente che gli escerti raccolti nel fr. 11 e nella parte iniziale del fr. 13 si riferiscono pressoché esclusivamente all'oggetto della *conventio pignoris*. Per il fr. 13 non c'è nemmeno bisogno di allegare i testi relativi: il pegno del gregge e dello *statuliber* (§§ pr.-1), così come il *pignus pignoris* e quello della superficie (§§ 2-3) sono tutte fattispecie che s'inquadrano senza difficoltà in un commento alla voce «*res*» (*pignori esset*). E lo stesso vale per le fattispecie che chiudono il fr. 11: pegno dell'usufrutto e della servitù (§§ 2-3). E' solo la parte iniziale del fr. 11 che sembra non corrispondere perfettamente a questo punto di vista. In effetti, qui Marciano discute da una parte il caso della convenzione anticretica; e sembra assodato che della fattispecie egli discutesse per escludere che una convenzione del genere desse luogo a un rapporto assimilabile in tutto e per tutto a un diritto di pegno (§ 1)³³. Preliminarmente, il giurista

³³ Si ἀντίχρησις *facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti*. Gli elementi su cui si basa l'idea che nel passo Marciano escluda una perfetta corrispondenza tra pegno e convenzione anticretica, sono discussi da KASER, *Besitzpfand*, cit. 212 ss. (con bibl.). Salvo le poche eccezioni segnalate *supra* al § 1, la collocazione palinogenetica dei testi esterni al tit. D. 20.1 non rientra tra gli obiettivi di queste pagine. In questa prospettiva possiamo perciò evitare di prendere posizione sui problemi che si pongono quando si prova a coordinare quanto Marciano espone in D. 20.1.11.1 con l'affermazione apparentemente di segno opposto, trascritta dai compilatori in D. 13.7.33: *Si pecuniam debitor solverit, potest pigneraticia actione uti ad recipendam ἀντίχρησις: nam cum pignus sit hoc verbo poterit uti*. Diremo soltanto che le ricostruzioni palinogenetiche finora proposte avvicinano comunque i due estratti, salvo che alcuni sembrano immaginare che la scrittura dell'uno seguisse quella dell'altro senza soluzione di continuità (vd. in questo senso LENEL, *Pal.* 1.645, che accorpa i due testi sotto il comune fr. 20), mentre altri ritengono che con la selezione dei Compilatori qualcosa sia caduto tra i due escerti (così A. MANIGK, sv. «Hypotheca», in *RE.* 17 [1914] 345 e KASER, *Besitzpfand*, cit. 213 nt. 316, i quali postulano che l'escerto trascritto per D. 13.7 non si riferisse, come l'altro, a una convenzione anticretica pura e semplice, ma a un patto anticretico apposto a una *conventio pignoris*). Ai nostri fini basterà osservare che l'accostamento di D. 20.1.11.1 e di D. 13.7.33

affronta tuttavia anche la possibilità che un *curator rei publicae* —o comunque un amministratore pubblico— desse a pegno i beni della collettività (§ *pr.*)³⁴. Dal che sembrerebbe che la prospettiva iniziale riguardasse non tanto l'oggetto della *conventio*, quanto i soggetti che vi potevano partecipare; e che a seguire, prima ancora di commentare la nozione di «*res*» pignorabile, Marciano si fosse soffermato sulla stessa voce «*pignori esse*» (appunto per escludere la sua integrazione nel caso dell'anticresi).

Il risultato finale è dunque un commento che in modo ovviamente selettivo (data l'azione dei Compilatori) copre pressoché per intero il perimetro della prima clausola della formula. Dico «pressoché per intero», perché in effetti, se dovessimo credere, con la *Palingenesia*, che il commento alla clausola sulla *conventio pignoris* si arrestava al § 3 di D. 20.1.13, qualcosa in questa rassegna obiettivamente mancherebbe. E la parte mancante corrisponderebbe all'analisi che ci si dovrebbe attendere in corrispondenza della locuzione conclusiva della prima parte della formula: «*propter pecuniam debitam*».

A questo punto, la soluzione che si è tentati di proporre in alternativa all'opzione praticata da Lenel, viene in un certo senso da sé. Il blocco che la *Palingenesia* non riesce (in modo convincente) a classificare coincide con il blocco mancante. E' perciò alla locuzione «*pecunia debita*» che vanno riferiti i §§ 4-6 di D. 20.1.13.

8. Come accennavamo, la soluzione appena prospettata non poggia soltanto sulla corrispondenza che grazie ad essa si riesce a recuperare tra l'ordine della formula e l'ordine di scrittura (e di lettura) di Marciano. La riprova necessaria viene dai contenuti dei §§ 4-6 di D. 20.1.13, ai quali dobbiamo perciò ritornare. Preliminarmente, converrà tuttavia ricordare che la locuzione «*propter pecuniam debitam*» rifletteva il collegamento logico indispensabile tra la *conventio pignoris* e l'obbligazione che il pegno doveva garantire. Dal punto di vista dell'istruzione di giudizio, questo collegamento implicava due cose: da un lato che la *conventio* doveva riferirsi all'obbligazione da garantire («*si paret ... convenisse ... propter pecuniam*»); dall'altro lato che l'obbligazione garantita doveva essere valida ed efficace («*propter pecuniam debitam*»). Ebbene, gli escerti compresi tra i §§ 4-6 di D. 20.1.13 si riferiscono a entrambi i punti di vista.

(immediato o meno che fosse) conferma che la discussione sull'anticresi avveniva sotto il segno del commento alla voce «*pignori esse*».

³⁴ *Si is qui bona rei publicae iure administrat mutuam pecuniam pro ea accipiat, potest rem eius obligare.*

Il primo motivo —e cioè la *pecunia (debita)* come capitolo della *conventio pignoris*— è alla base della discussione condotta nel § 6. Come sappiamo, Marciano qui precisava che gli interessi (e ugualmente la pena convenzionale) andavano pagati solo se la garanzia fosse stata riferita anche a loro: «*propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent*». Anche senza voler dare troppo peso alla preposizione iniziale e alla sua corrispondenza con i *verba formulae*, è evidente che il senso dell'affermazione di Marciano è che in assenza di una clausola espressa in tal senso, gli interessi non rientrano in quella *pecunia* per la quale l'ipoteca possa dirsi sottoscritta.

Il secondo motivo —e cioè che il debito, cui si riferiva l'ipoteca, fosse valido ed esigibile— è invece alla base dei §§ 4-5. Nel § 5 —lo abbiamo già detto— la discussione principale verte sulla questione se possa parlarsi di una *pecunia debita*, quando il debito sia ancora sotto condizione³⁵. Ed è talmente trasparente che con la parafrasi «*cum nihil interim debeatur*» Marciano alluda proprio alla nostra locuzione formulare, che lo stesso Lenel utilizza queste parole come testimoni della sua presenza nella formula³⁶.

Rimane il § 4, dove si discute se il pegno venga meno quando il creditore ricorra all'*actio in personam* e ottenga la condanna della controparte. Marciano —come si ricorderà— risolve la questione negativamente, e senza fare alcun riferimento esplicito alla prospettiva della *pecunia debita*. La cosa dipende però dal fatto che il giurista liquida il problema grazie a una lettura coordinata della formula, con la quale egli richiama l'attenzione —e fa leva— sulla clausola relativa al *solvere* e al *satisfacere*. Fintanto che il debito non sia stato pagato (o che l'interesse del creditore pignoratorio non sia stato soddisfatto in altro modo), non importa se il debitore sia stato condannato: il pegno rimane; questo dice nella sostanza Marciano. E tuttavia il discorso che il giurista fa e la motivazione che adduce,

³⁵ Parlo di discussione «principale» perché è l'interrogativo sulla *pecunia debita* che attrae la discussione successiva, relativa al caso che ad essere sotto condizione non sia il debito, ma la stessa *conventio pignoris*: vd. *supra* § 6.

³⁶ Cfr. LENEL, *EP*³ 494 nt. 14, seguito da MANTOVANI, *Le formule*², cit. 45 nt. 73, che però opportunamente aggiunge CI. 8.32.1 = 4.30.1 (vd. *supra* nt. 8). E' da sottolineare che Lenel rinviava a D. 20.1.13 5 fin dalla prima edizione della sua ricostruzione dell'Editto perpetuo (cfr. *EP*¹ 396 nt. 7). Ciò significa che già al momento di attendere alla *Palingenesia* lo studioso aveva avvertito il collegamento instaurabile tra il contenuto del brano e la locuzione «*pecunia debita*», ma non l'aveva considerato un elemento sufficiente per affermare che il brano fosse stato scritto *ad verba*.

non escludono che l'inesco della discussione sia comunque legato al commento della locuzione «*propter pecuniam debitam*».

Come prima cosa spinge in questa direzione il quadro palingenetico complessivo, visto che non si saprebbe a quale altra voce della formula poter collegare il discorso³⁷. Ma ancora più importante è il fatto che Marciano si ponga il problema di una sopravvivenza del pegno alla condanna del debitore, senza affrontare il solo caso dell'*actio in personam* esercitata contro il debitore pignorante, ma estendendo il discorso all'ipotesi di un processo contro il *defensor* (del debitore pignorante) oppure contro il debitore solidale. Ora, se c'era un elemento che dividevano queste tre situazioni, esso era appunto rappresentato dal problema dell'estinzione processuale del debito³⁸. Ed è proprio questo comune denominatore a fare emergere il collegamento alla prospettiva della *pecunia debita*. La *ratio dubitandi* che ha innescato la discussione condotta nel § 4, avrà insomma girato intorno a questa domanda: se il creditore, per il fatto di avere rimosso l'obbligazione, convertendola in un rapporto processuale, non avesse rimosso contestualmente anche il pegno³⁹.

9. Possiamo a questo punto riepilogare i risultati principali dell'indagine, e avviarci alla conclusione.

Rispetto alle opzioni praticate nella *Palingenesia*, l'ipotesi di assegnare i §§ 4-6 di D. 20.1.13 al commento dedicato alla locuzione «*propter pecuniam debitam*» comporta due vantaggi fondamentali.

Il primo è di restituire al commentario di Marciano un andamento lineare, calibrato sull'andamento della *formula hypothecaria*. Da questo punto di vista, l'indagine condotta in questa nota permette di concludere che il commento alla prima clausola dell'*intentio* comprendeva anche la (sotto)sezione dedicata alla *pecunia debita* e scendeva fino al § 6 di D. 20.1.13. Rispetto alla *Palingene-*

³⁷ Che la fattispecie affrontata nel § 4 di D. 20.1.13 sia ormai fuori del tema discusso ancora nel § 3 (e cioè le caratteristiche della «*res*» pignorabile) va da sé. Contro l'ipotesi che l'aggancio fosse rappresentato dalla locuzione «*eamque pecuniam neque solutam et rell.*» vale invece quanto detto al § 6.

³⁸ Sulla consunzione processuale —oltre ovviamente a Gai 3.180-181, per il caso del debitore— vd. Ulp. 1 *disp.* D. 3.3.28 e Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.3.10 pr.-1, per il caso del *defensor*, nonché, per il caso dell'obbligazione solidale, le fonti raccolte e discusse in F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano, 1999, 28 nt. 54, 36, 44 e nt. 84, 162 ss.

³⁹ Per questa prospettiva, sia pure in termini meno diretti di quelli esposti nel testo, vd. H. ANKUM, «*Pignus und Novatio im klassischen römischen Recht*», in *Festschrift für E. Seidl*, Köln, 1975, 6 s.

sia resta fermo che tra i §§ *pr.* e 2 di D. 20.1.16 si svolgeva il commento relativo alla clausola sull'*in bonis* (commento introdotto peraltro da D. 22.3.23). Ed è al termine di questa seconda sezione del *liber singularis* che si può collocare senza problemi l'avvio dello commento alla terza clausola della formula. Una volta sgombrato il campo dai §§ 4-6 di D. 20.1.13, i due testi esterni di questa sezione (D. 46.3.49 e D. 20.6.5) possono infatti essere posizionati senza alcun condizionamento derivante dall'ordine di lettura; e dunque nulla osta a inserirli nella posizione corrispondente a quella che la clausola sul *solvere* e il *satisfacere* aveva nella formula, ossia tra il § 2 e il § 3 di D. 20.1.16. Con il § 3 si apriva infatti —e si svolgeva fino al § 6 del citato fr.— il commento alla clausola arbitraria e alla *condemnatio*.

Oltre a restituire a questo squarcio della monografia di Marciano un andamento generale simmetrico a quello della *formula hypothecaria*, la nuova classificazione proposta per i §§ 4-6 di D. 20.1.13 si raccomanda anche sul piano dei contenuti interni di questa porzione di testo. L'analisi degli escerti conferma infatti che le parole «*propter pecuniam debitam*» costituivano l'innescò di tutta questa parte del discorso: ora implicitamente (§ 4) ora esplicitamente (§§ 5-6).

Il peso degli elementi che spingono verso la soluzione proposta in queste pagine non è insomma da poco. Al punto che viene spontaneo chiedersi per quale ragione uno studioso del calibro di Lenel non li abbia presi in considerazione. E la domanda si fa pressante, se si torna a riflettere su un dato al quale anche abbiamo già accennato, e cioè che Lenel stesso considerava il § 5 di D. 20.1.13 come un testimone della clausola «*propter pecuniam debitam*».

E' dunque necessario rispondere anche a quest'ultimo interrogativo; tanto più che la sua soluzione chiama in causa un ultimo frammento dell'*Ad formulam hypothecariam*, i cui contenuti incrociano quelli dei §§ 4-6 di D. 20.1.13. Il frammento a cui ci riferiamo è D. 20.1.5 (= fr. 18 L.):

*Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatio-
ne, sive mutua pecunia datur sive dos, sive emptio vel venditio con-
trahatur vel etiam locatio et conductio vel mandatam, et sive pura est
obligatio vel in diem vel sub condicione, et sive in praesenti contractu
sive etiam praecedat: sed et futurae obligattonis nomine dari possunt:
sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte eius:
et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali. sed in
condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio exstiterit.
[§ 1] Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

[§ 2] *Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione sive pro aliena.*

Ai fini del nostro discorso è sufficiente mettere a fuoco nelle sue linee portanti il lungo discorso che Marciano svolge nel *principium* del frammento. Com'è evidente, il giurista si produce in una rassegna ragionata dello spettro amplissimo di rapporti che la garanzia reale poteva potenzialmente assicurare nel mondo romano. L'ipoteca —dice in sostanza Marciano, attraverso una progressione di partizioni— si può costituire quale che sia l'atto costitutivo del debito, la sua proiezione nel tempo, la misura della prestazione o le forme della sua tutela processuale.

Ebbene, dal nostro punto di vista basta fermarsi anche solo a questo leit motiv, per capire quale debba essere stata la genesi delle opzioni che via via portarono Lenel a riconoscere nei §§ 4-6 di D. 20.1.13 un blocco legato al commento della clausola relativa alla voce «*neque pecunia solutam et rell.*» (anziché alla locuzione «*propter pecuniam debitam*», come noi proponiamo). Il punto chiave è la collocazione palinogenetica di D. 20.1.5. Nella *Palinogenesia* l'intero frammento (compreso perciò il § *pr.*) è presentato come il frammento che apre il commento analitico alla *formula hypothecaria*, dunque come parte integrante del commento alla prima clausola dell'*intentio*. E' questa la ragione che —verosimilmente— ha impedito a Lenel di cercare una soluzione alternativa per i §§ 4-6 di D. 20.1.13. Se il commento alla prima clausola della formula già comprendeva l'esame della funzione di garanzia del pegno e delle caratteristiche dell'obbligazione garantibile, non è possibile che Marciano fosse poi tornato sul tema anche più avanti. Evidentemente Lenel dava perciò per scontato che anche al livello interno del commento alla prima clausola dell'*intentio*, Marciano non fosse attenuto fedelmente all'ordine della formula.

AmMESSO che l'illustre studioso pensasse davvero a qualche cosa del genere, resta da valutare se il ragionamento in questione sia persuasivo. La prima considerazione da fare, in questa prospettiva, è che D. 20.1.5 presenta tutte le caratteristiche per essere considerato un «passo iniziale», secondo le nomenclature bluhmiane. I Compilatori sembrerebbe cioè che ne abbiano anticipato la trascrizione (insieme a quella del fr. 4, di Gaio), in ragione del contenuto generale del discorso⁴⁰. Per risolvere la difficoltà che Lenel forse intravedeva —

⁴⁰ I due *libri singulares* sulla *formula hypothecaria* di Marciano e di Gaio appartenevano alla massa Sabiniana (cfr. l'*Ordo librorum retractatus* approntato

dunque per escludere che Marciano avesse duplicato il commento alla locuzione «*propter pecuniam debitam*» — si potrebbe perciò fare leva sul particolare statuto del fr. 5. In altre parole, se è vero che la posizione di questo escerto nel tit. D. 20.1 non corrisponde alla posizione di lettura, nulla vieta di pensare che i commissari di Giustiniano avessero letto le parole di Marciano a ridosso del discorso trascritto ai §§ 4-6 di D. 20.1.13. Il tutto sarebbe così riportato a un commento unitario alla locuzione «*propter pecuniam debitam*» e la (falsa) sensazione di uno sdoppiamento del tema sarebbe ricondotta all'azione dei Compilatori.

La difficoltà cui si accennava si può tuttavia risolvere anche per una seconda strada, senz'altro più semplice da percorrere e in parte anche tracciabile. La soluzione consiste nell'assegnare il § *pr.* di D. 20.1.5 a una sezione introduttiva dell'*Ad fomulam hypothecariam*; una sezione scritta cioè da Marciano prima ancora di avviare il commento vero e proprio alla formula. A un primo livello un'opzione del genere appare perfettamente compatibile con il tono generale e didascalico del discorso, e appunto spiegherebbe bene per quale ragione i Compilatori si siano risolti a fare del fr. 5 un passo iniziale.

da D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987, 90 ss., che li posiziona rispettivamente ai nrr. 57-58). Dal momento che alla stessa massa, ma in una posizione di lettura più alta, appartenevano anche libri 9-18 dell'*Ad edictum provinciale* di Gaio (OLR nr. 7), se ne deduce che nel tit. D. 20.1 la posizione regolare degli escerti sabiniani inizia dal fr. 9, tratto appunto dal nono libro del commentario gaiano. Tutti i frammenti precedenti (1-8) si presentano perciò come deviazioni dall'ordine bluhmiano: i fr. 1-3 (di Papiniano) lo sono in conseguenza della *bellissima machinatio* di cui dà conto la *const. Omnem*, al § 4; i fr. 4-5 lo sono appunto come passi iniziali; e i fr. 6-8 (73 *ad ed.* di Ulpiano, 68 *ad ed.* di Paolo) come apposizione di escerti di massa Edittale. Il fatto che i fr. 4-5 non siano esplicitamente segnalati da Bluhme come passi iniziali — né nella cd. terza tabella né nella rassegna a questa tipologia di deviazioni che lo studioso presenta in appendice alla tabella stessa — non depone necessariamente contro questa rappresentazione. Per un verso, occorre infatti tenere conto del fatto che la terza tabella di Bluhme segnala soltanto le trasposizioni di frammenti fuori della massa di appartenenza (cfr. F. BLUHME, «Die Ordnung der Fragmente in den Pandekentiteln» [1820] rist. in *Labeo* 6 [1960] 388); il che non è il nostro caso, visto che lo scorrimento dei fr. 4-5 di D. 20.1 avviene comunque all'interno della massa Sabiniana. Per altro verso, i passi iniziali passati in rassegna da Bluhme in calce alla terza tabella sono semplicemente il frutto di una selezione (cfr. *op. cit.*, 402-404). Inoltre, se si considera quello che lo stesso studioso osserva in altro luogo, a proposito della *bellissima machinatio* e della conseguente anticipazione dei fr. 1-3 di D. 20.1 (*op. cit.*, 237), sembra di poter dedurre che Bluhme considerasse come passo iniziale (almeno) il fr. 4.

A un secondo livello, l'idea che il § *pr.* di D. 20.1.5 provenga da una sezione introduttiva permette però anche di spiegare per quale ragione certi punti del discorso si trovino poi ripresi da Marciano nel commento *ad hoc*.

Da questo punto di vista, il confronto si può instaurare in particolare per la fattispecie del debito sotto condizione. Nell'*exordium* di cui stiamo ipotizzando l'esistenza, Marciano vi accenna due volte. Una prima volta la fattispecie viene evocata nell'ambito della carrellata sulla fisionomia varia che può assumere l'obbligazione da garantire («*et sive pura est obligatio vel in diem vel sub condicione*»). Dopodiché — e quasi temendo di essere stato con questa sua prima affermazione troppo precipitoso — il giurista ritorna sul punto alla chiusura del §, per precisare che il vincolo sui beni pignorati sotto condizione si consolida comunque solo con l'avverarsi della condizione stessa («*sed in condicionali obligatione non alias obligantur, nisi condicio extiterit*»). Con questo secondo *caveat* è chiaro che il discorso si avvicina alla discussione svolta nella prima parte del § 5 di D. 20.1.13 («*si sub condicione debiti ... dicendum est ante conditionem non recte agit et rell.*»). Tuttavia, il fatto che i due luoghi siano avvicinati, non vuol dire che essi siano poi anche del tutto sovrapponibili. E' facile infatti constatare che nella postilla che chiude il § *pr.* di D. 20.1.5 il discorso continua ad essere condotto in termini sostanziali. Nel § 5 di D. 20.1.13 la prospettiva è invece processuale e il discorso suona esplicitamente come un commento alla formula. I piani erano insomma diversi e influenzavano diversamente la scrittura del giurista.

Detto che il § *pr.* di D. 20.1.5 si può ricondurre senza difficoltà a una sezione introduttiva, resta da vedere se la stessa classificazione si possa proporre anche per gli altri due escerti raccolti nel frammento, quelli cioè che corrispondono ai §§ 1-2.

Il § 1 scolpisce l'equivalenza tra pegno e ipoteca: «*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*». Sono parole lapidarie ed enfatiche, che hanno attirato sul testo una critica esasperata, convinta che il termine *hypotheca* fosse da mettere all'indice in ogni testo classico. Fortunatamente, la cosa avveniva in anni ormai lontani, e non avrebbe senso riprendere ora la questione⁴¹. Vale però la pena di osservare che nell'*Ad formulam hypothecariam* il parallelismo tra pegno e ipoteca ritorna in vari accostamenti, che talvolta non sono solo di maniera, ma si riflettono sulla stessa *ratio*

⁴¹ Vd. per tutti KASER, *Besitzpfand*, cit. 129-131.

*decidendi*⁴². Di conseguenza, è ragionevole attendersi che le basi teoriche dell'equivalenza fossero state poste all'inizio dell'opera. Per di più, se è vero che i termini pegno e ipoteca finirono per essere percepiti come equivalenti, è vero anche che il secondo termine non compariva nella versione edittale della *vindicatio pignoris*⁴³. Ciò posto, è evidente che la scelta di Marciano di costruire il titolo della sua monografia proprio con quello dei due termini privo di riscontro nel testo della formula, può avere indotto lo scrittore a precisare da subito questo fondamentale aspetto terminologico.

Per il § 2 di D. 20.1.5 il discorso deve invece restare aperto. Nel passo si precisa che il pegno può essere costituito tanto dal debitore quanto a garanzia di un'obbligazione altrui («*sive pro sua obligatione sive pro aliena*»). Dunque ci troviamo di nuovo di fronte a una presa di posizione di carattere sostanziale sulla latitudine del raggio di azione della garanzia reale. Come tale, l'affermazione evidentemente non stonerebbe in una breve introduzione. D'altro canto, chiamando in causa il dualismo tra le figure del debitore e del terzo oppignorante, il discorso inizia evidentemente a slittare verso i «soggetti» del pignoramento, che è il profilo a cui si può riportare l'esordio del commento formulare di Marciano⁴⁴. Mi sembra perciò che non si possa escludere che l'osservazione che chiude D. 20.1.5 si saldasse direttamente a questa parte dell'opera, e che siano stati i Compilatori ad anticiparla, come ultimo brandello del passo iniziale, semplicemente per dare maggiore risalto all'affermazione.

10. Sia pure con la riserva espressa da ultimo, a proposito della posizione da assegnare al § 2 di D. 20.1.5, raccolgo in una tabella riepilogativa le correzioni che si è proposto di apportare alla *Palingenesia* di Lenel. Correda gli escerti una rinnovata numerazione, con a margine l'indicazione delle sezioni (ideali) dell'opera a cui si propone di riferirli.

⁴² Cfr. D. 20.1.11.3 (pegno della servitù) e D. 20.5.7 pr. (riserva al debitore del diritto di riscattare la garanzia dopo l'esercizio del *ius vendendi* da parte del creditore). Sono invece accostamenti di natura esclusivamente nominale quelli che si rinvencono per es. in D. 20.1.11.2, D. 20.4.12 pr., D. 20.6.8 pr.-1 e D. 22.3.23.

⁴³ Cfr. LENEL, *EP*³ 493 nt. 13. Più ancora degli argomenti addotti da Lenel, mi pare decisivo il confronto con la formula dell'interdetto *de migrando* (Ulp. 73 *ad ed.* D. 43.32.1 pr.), insieme al fatto che al di fuori dei testi estratti dalle monografie di Gaio e Marciano l'oggetto «formulare» della *conventio* sia sempre indicato col termine *pignus*: cfr. MANIGK, sv. *Hypotheca*, cit. 29 ss.

⁴⁴ Vd. *supra* § 7, a proposito di D. 20.1.11 pr.

- D. 20.1.5 (fr. 18 L.) (I) [Introduzione]
- D. 20.1.11 pr. (fr. 19 L.) (II) [«*Si p. convenisse ut ea res pignori esset propter pecuniam debitam*»]
- D. 20.1.11.1 (fr. 20 L.) (III)
- D. 20.1.11.2-3 (fr. 21 L.) (IV)
- D. 20.1.13 pr.-3 (fr. 22 L.) (V)
- D. 20.1.11.4-6 (fr. 24 L.) (VI)
- D. 22.3.23 (fr. 17 L.) (VII) [«*Eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis L. Titii fuisse*»]
- D. 20.1.16 pr.-3 (fr. 27 L.) (VIII)
- D. 46.3.49 (fr. 23 L.) (IX) [«*Eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse*»]
- D. 20.6.5 (fr. 25 L.) (X)
- D. 20.1.16.3-6 (fr. 28 L.) (XI) [«*Ad clausulam arbitrariam et condemnationem*»]