

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

DELLA
UNIVERSITÀ DI PALERMO

VOLUME XXXI



PALERMO
TIPOGRAFIA MICHELE MONTAINA

BERNARDO ALBANESE

GAI. 4, 31

E IL *LEGE AGERE DAMNI INFECTI*

1. Sebbene siano assai divergenti tra loro, e tutte molto complesse, le ipotesi oggi più largamente accettate sull'oscuro tema del *lege agere damni infecti* hanno sicuramente (anche se ciò è ben poco, per verità) un punto fermo comune. E cioè, il netto rifiuto⁽¹⁾ di una antica congettura — proposta già dal Bethmann-Hollweg⁽²⁾ e precisata soprattutto dal Karlowa⁽³⁾ — secondo la quale la *legis actio* in questione, sopravvissuta in età classica, e ancora al tempo di Gaio (astrattamente, almeno) applicabile, non sarebbe stata altro che una *pignoris capio*.

⁽¹⁾ Già manifestato da molti illustri studiosi (BEKKER, BURCKHARDT, WLASSAK, BONFANTE, specialmente: per le citazioni dettagliate si veda BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate*, Padova, 1937, p. 7 e segg.), il rifiuto è stato più ampiamente elaborato e motivato dal BRANCA, *op. cit.*, pp. 7-11, alla cui trattazione si rifanno, adesivamente, quasi tutti gli autori successivi.

⁽²⁾ *Der römische Civilprocess*, I (Bonn, 1864), p. 204, nt. 13. Ma v. già precedentemente: BURCHARDI, *Il sistema e la storia interna del diritto privato romano*, I (Napoli, 1857), p. 516.

⁽³⁾ Cfr., con notevoli differenze tra loro, le due principali prese di posizione del KARLOWA, in *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen* (Berlino, 1872), pp. 216-218, e in *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1 (Leipzig, 1901), pp. 481-482.

Tale rifiuto è stato sempre, a nostro avviso almeno, insufficientemente motivato; e, specialmente di recente, è stato manifestato con una recisione ed una sommarietà certamente non autorizzate da una serena considerazione del difficile tema (4).

E' pur vero che alcuni altri studiosi recenti hanno tenuto al riguardo ben diverso atteggiamento, o manifestando una estrema cautela (5), o, addirittura, riprendendo brevemente la tesi del Karlowa (6). Ma prese di posizione del genere sembrano eccezioni isolate.

Per nostro conto, riteniamo utile riprendere qui in esame la questione nel più semplice dei modi possibili. E cioè, studiando l'unica fonte che ci rimane (Gai. 4, 31); e valutando, poi, le difficoltà che sono state sollevate contro quella che pare, già a prima vista, la più naturale interpretazione del passo, interpretazione che converge proprio al risultato così perentoriamente e largamente rifiutato dalla maggior parte della dottrina.

Confidiamo di potere persuadere il lettore, al termine del nostro breve studio, della estrema fragilità delle accennate difficoltà.

(4) Citiamo soltanto alcuni esempi significativi: **MOZZILLO**, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae* (Napoli, 1960), il quale, pur dedicando un lungo capitolo al tema « *La legis actio e la cautio damni infecti* » (pp. 54-130), si limita a rinviare, in una nota (p. 91, nt. 73), alle critiche degli scrittori precedenti, e specialmente del Branca, che dimostrano « l'infondatezza » della congettura del Karlowa; **KASER**, *Das römische Zivilprozessrecht* (München, 1956), p. 25, nt. 13: « Auszuschliessen ist (trotz Karlowa, II, 481) die *per pign. cap.* » (cfr. anche, *op. cit.*, p. 104, nt. 4).

(5) Ad. es.: **PUGLIESE**, *Il processo civile romano*, II, 1 (Milano, 1963), pp. 72-73.

(6) Così: **LÉVY-BRUHL**, *Recherches sur les actions de la loi* (Paris, 1960), pp. 327-328, con buoni rilievi, ma senza esegesi di Gai. 4, 31 e senza riferimenti bibliografici.

2. Gai. 4, 31: *Tantum ex duabus causis permissum est* (7) *lege agere, damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est* (8); *sane* (9) *cum ad centumviros itur* (10), *ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum* (11); *damni vero infecti nemo vult lege agere, sed potius stipulatione, quae in edicto proposita est obligat adversarium suum, idque* (12) *et commodius ius et plenius est. Per pignoris...* (13) (14).

Il passo, celebre, è malauguratamente troncato nel punto che, certamente, avrebbe chiarito i più gravi dubbi. Ma,

(7) Nel *cod. Ver.* si legge, a questo punto: *id legis actionem facere*, giustamente espunto dagli editori. E' probabile che si tratti di una banale glossa (*id = id est*) alle parole *lege agere* immediatamente seguenti.

(8) Al posto di *futurum est* — che è emendazione comune degli editori — il *cod. Ver.* reca, a quel che pare, *furum*. La correzione di *furum* in *futurum* è ovvia e necessaria; l'inserzione dell'*est*, a rigore, non è necessaria: il verbo potrebbe correttamente essere stato sottinteso.

(9) Nel Veronese si legge un *q.* enclitico: *saneq.*

(10) Nel manoscritto: *it.*

(11) Nel palinsesto, alla parola *peregrinum* segue un superfluo *pr.* (= *praetorem*).

(12) Nel *cod. Ver.*: *itaque*. La correzione sembra necessaria.

(13) Manca, perchè illeggibile (*ter scripta*), un'intera pagina (p. 199). Gli editori integrano (ed è necessario, perchè non è possibile supporre che al *per* non seguisse un accusativo e perchè il genitivo *pignoris* postula con tutta naturalezza l'accento alla *capio*): *Per pignoris (captionem)*. Prima che il discorso riprenda con quello che è l'attuale paragrafo 32, all'inizio della pagina seguente del palinsesto (p. 200) è leggibile la parola *apparet*, per la quale è impossibile, ovviamente, congetturare una qualunque connessione con il discorso precedente.

(14) Considerando, dal punto di vista formale, l'intero paragrafo 31, deve rilevarsi il poco accurato uso di *obligat* senza esplicito soggetto. Pure, non vi è motivo, a mio avviso, di mettere, per ciò, in dubbio la genuinità del testo: il riferimento ad un sottinteso *quisquis* è intuitivo, infatti, dato il precedente *nemo*.

anche in questo stato, noi pensiamo, da esso possono dedursi, con relativa certezza, alcune conclusioni di non lieve portata.

Benchè si tratti di cose notissime, è indispensabile, innanzi tutto, esporre brevemente l'inquadramento del brano nel contesto del quarto commentario gaiano.

Gaio aveva iniziato questo commentario esponendo il proposito di tracciare una classificazione delle *actiones* (4, 1: ...*quot genera actionum sint...*). Esposta, con vari sviluppi, la fondamentale distinzione tra *aa. in rem* e *aa. in personam* (4, 1-5), nonché quella tra agire *ut rem...consequamur, ut poenam...*, *ut rem et poenam* (4, 6-9), Gaio passava ad enunciare un'altra — e oscura — distinzione: quella tra *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur* e azioni che *sua vi ac potestate constant* (4, 10) ⁽¹⁵⁾. E, al riguardo, dichiarava che *opus est, ut prius de legis actionibus loquamur* (4, 10). Si apre così il prezioso *excursus* storico sulle *legis actiones*, che, iniziato al paragrafo 11 del quarto libro, si chiude con la famosa notizia sui dubbi relativi alla natura di *legis actio* della *pignoris capio* (4, 29).

Nel paragrafo immediatamente seguente a quello di cui or ora abbiamo detto e immediatamente precedente a quello che noi dovremo studiare, e cioè in Gai. 4, 30, si discorre del notissimo *venire in odium, paulatim*, delle *legis actiones*, e si fanno i famosissimi cenni alla *lex Aebutia* e alle *duae Juliae* con cui *sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremus*.

⁽¹⁵⁾ Distinzione la cui trattazione, in effetti, troviamo — ma già iniziata — nel paragrafo 32, e poi conclusa al paragrafo 33. Sulla distinzione, cfr., per tutti, lo studio acuto e denso del BRSCARDI, *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes: les actions formulaires 'quae ad legis actionem exprimuntur'*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 21 (1953), p. 310 e segg., studio che non affronta — come è naturale, dato il suo tema — Gai. 4, 31.

In questo contesto generale, il nostro passo (Gai. 4, 31) è dedicato alle sole *duae causae* per le quali, anche dopo le leggi cui si connette il declino delle *legis actiones* e l'introduzione del processo *per concepta verba*, fu permesso di *lege agere*. I modi verbali usati da Gaio, a proposito di queste *duae causae*, indicano che la possibilità di cui il giurista sta discorrendo è ancora attuale ai suoi tempi (*itur e lege agitur*, per l'ipotesi del *centumvirale iudicium*; *vult*, per l'ipotesi del *damnum infectum*).

Sembra indiscutibile che il proposito di Gaio fosse quello di illustrare nell'essenziale queste due ipotesi di sopravvivenza delle *legis actiones*, prima di passare alla spiegazione della distinzione tra azioni *quae ad legis actionem exprimuntur* e azioni che *sua vi ac potestate constant* enunziata nel lontano paragrafo 10, e che in effetti troviamo, ma già iniziata, all'attuale paragrafo 32 e che si conclude finalmente con il paragrafo 33.

Ma, di tale illustrazione, il testo a noi pervenuto fornisce, completa, solo la parte relativa al giudizio centumvirale, spiegando, brevemente, che in siffatta ipotesi si applicava, *in iure*, la *legis actio sacramenti*. Per quel che riguarda, invece, il *damnum infectum*, ci resta, innanzi tutto, la dichiarazione gaiana relativa alla circostanza che il superstite vecchio modulo processuale (non ancora precisato) non veniva più applicato in pratica da nessuno, dato che tutti preferivano servirsi, ormai, della *stipulatio* edittale, la quale rappresentava un *commodius ius et plenius*.

Seguono, a questo punto del discorso gaiano, le due parole *per pignoris*, con le quali si apre la grave lacuna. Nè vi è dubbio che ad esse vada aggiunta la parola *captionem*, che del resto tutti gli editori integrano.

Ora, se consideriamo questo inizio, spezzato, di un tratto dell'esposizione gaiana, sembra estremamente probabile, già a prima vista, che il cenno alla *pignoris capio* doveva collegarsi, nell'unico verosimile contesto, alla spiega-

Tale cenno rappresentava soltanto una constatazione utile e pratica, ma non poteva certo rimanere da solo: la simmetria sostanziale — l'abbiamo già rilevato — con quel che Gaio stesso aveva detto a proposito dell'altra ipotesi (*si centumvirale iudicium futurum est*) esigeva che anche per questa ipotesi si enunziasse il concreto *modus agendi* superstite. E che tale *modus agendi* non fosse una *legis actio* bipartita risulta, come pure si disse, dal differente modo di esprimersi di Gaio all'inizio del paragrafo 31, cioè che il cenno alla *pignoris capio* sull'orlo della grave lacuna si attaglia a meraviglia con la congettura che proprio quelle parole *per pignoris <campionem>* si riferissero al *lege agere damni infecti*.

Del resto, anche in sé e per sé considerata, la congettura per cui le parole *per pignoris <campionem>* aprirebbero, invece, il discorso sulle azioni *quae ad legis actionem exprimuntur* è del tutto improbabile.

Infatti, Gaio, nell'iniziare un tale discorso — che certamente egli doveva aprire in qualche luogo per condurre a termine quanto aveva solo enunziato in 4, 10, dopo la lunga parentesi relativa alle *legis actiones*, al loro declino e ai due soli casi di sopravvivenza d'esse ai suoi tempi — avrà dovuto necessariamente riprendere la distinzione enunziata in 4, 10. Avrà dovuto, quindi, parlare di nuovo di *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur* e di azioni che *sua vi ac potestate constant*. Ora, che un tale necessario, discorso di ricollegamento con Gai. 4, 10 potesse comin-

rava quale *modus agendi* (nell'ambito delle *legis actiones*) si applicasse per il *damnum infectum*. Questo assunto mi pare impossibile, dato che Gaio (buon conoscitore, del resto, del processo *per legis actiones*) parlava d'un istituto vigente (anche se disapplicato) ai suoi tempi. D'altra parte, è credibile che Gaio, se veramente non avesse saputo bene cosa era il *lege agere damni infecti*, non ne avrebbe parlato affatto.

ciare con le parole *per pignoris <campionem>* è, crediamo, se si guardano le cose senza pregiudizio, assolutamente impossibile. Che mai ci starebbe a fare in un simile discorso, che doveva essere necessariamente alquanto generale e che doveva rappresentare la ripresa di un tema enunziato tante pagine prima, un cenno iniziale alla *pignoris capio*?

E' ben vero che l'esistenza di un'*actio, quae ad pignoris campionem exprimitur* è certa, come è ben dimostrato da Gai. 4, 32, che parla appunto di quella *forma (= formula)*⁽¹⁹⁾, *quae publicano proponitur* nella quale vi è, appunto, una *fictio* relativa all'antica *pignoris capio* concessa al *publicanus*. Ma proprio questa circostanza convalida il giudizio che le parole *per pignoris <campionem>*, delle quali ci interessiamo e che chiudono il paragrafo 31, non potevano, in nessun caso, riferirsi già al problema delle *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*.

Basta riflettere, infatti, alla circostanza per cui l'attuale paragrafo 32 è separato dalla fine dell'attuale paragrafo 31 (e cioè dalle parole: *per pignoris <campionem>*) da ben ventitré righe di lacuna, per persuadersi che è impossibile che già alla fine del paragrafo 31 Gaio parlasse d'una *fictio* di *pignoris capio*. Tale discorso doveva iniziarsi nel bel mezzo dell'ampia lacuna, come appare certo se si tiene presente, a tacer d'altro, il fatto che Gaio stesso in 4, 10 aveva parlato, al plurale, di *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*. Ciò garantisce che tali azioni non potevano limitarsi alla sola azione con *fictio* di *pignoris capio* di cui tratta il paragrafo 32. E peraltro il paragrafo 33, subito dopo, ci riferisce che non esiste la *fictio* di *legis actio per*

⁽¹⁹⁾ Sul punto, esattamente e con argomenti decisivi (contro una diversa, e inammissibile ipotesi del Wlassak, accolta anche dal Lenel), BISCARDI, *op. cit.*, p. 312, nt. 4; e PUGLIESE, *Gai. 4, 32 e la pignoris capio*, in *Mélanges Meylan*, I (Lausanne, 1963), p. 280, nt. 3.

condictionem ⁽²⁰⁾ (onde le *condictiones* formulari e le azioni *commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumera-*

⁽²⁰⁾ E' stato affermato — sulla base di Gai. 4, 33 — che la *legis actio per condictionem* era l'unica per la quale non furono foggiate *formulae ad legis actionem expressae*: così, BISCARDI, *op. cit.*, p. 311, soprattutto. In realtà, di questa affermazione (che di per sé non può certo appoggiarsi validamente sul solo tenore di Gai. 4, 33), il Biscardi non fornisce dimostrazione. Ma noi pensiamo che una dimostrazione efficace si potrebbe proporre, traendo argomento dalla circostanza per cui l'accenno gaiano alla mancanza d'una *fictio* formulare di *condictio* è collocato alla fine della trattazione gaiana delle *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*, mentre nella precedente trattazione generale delle *legis actiones* Gaio aveva collocato la *legis actio per condictionem* al terzo posto (dopo la *l. a. sacramenti* e la *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*, e prima della *manus iniectio* e della *pignoris capio*). Tale collocazione singolare del cenno alla mancanza d'una *fictio* relativa alla *condictio* potrebbe bene, a mio avviso, spiegarsi, appunto, con l'ipotesi per cui esistevano *fictiones* formulari per tutte le *legis actiones* tranne che per la *condictio*, sì che Gaio ha trattato prima (conformemente al suo disegno, del resto, di illustrare la categoria delle *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur* in contrapposto a quelle *quae sua vi ac potestate constant*) le *fictiones* relative a tutte le *legis actiones*, tranne la *l. a. per condictionem*, e poi ha parlato della *l. a. per condictionem*, rilevando l'inesistenza d'una *fictio* relativa (e illustrando, con l'occasione, la categoria delle azioni che *sua vi ac potestate valent*).

A noi, però, qui preme soprattutto rilevare soltanto che la *fictio* di *pignoris capio* di cui parla Gai. 4, 32 non poteva in nessun caso essere l'unica *fictio* del genere, posto che Gaio parlava di *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*. Pertanto, ripetiamo, la lunga lacuna precedente all'attuale paragrafo 32 doveva introdurre la nozione generale della categoria delle azioni in questione e doveva contenere altre ipotesi di *fictiones* del genere per altre *legis actiones*; e inoltre, le parole *Per pignoris (captionem)* non potevano riferirsi, certamente, anche per le considerazioni ora fatte, ad un caso di *fictio* di *legis actio*.

(Altra questione è quella di giudicare se la *forma, quae publicano proponitur*, di cui in Gai. 4, 32, sia stata l'unica azione

biles costituiscono la categoria delle azioni che *sua vi ac potestate valent*, come ci informa, appunto, Gai. 4, 33). E' chiarissimo, dunque, che nel tratto, a noi non pervenuto, precedente a 4, 32, Gaio doveva parlare di altre specifiche *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur* (diverse da quell'unica di cui è parola in Gai. 4, 32) e, naturalmente, prima ancora, della categoria generale di siffatte *actiones*, solo enunciata in 4, 10.

Resta così escluso che il cenno alla *pignoris capio* alla fine di 4, 31 — cenno che è l'argomento che ci sta qui a cuore essenzialmente — potesse in qualche modo riferirsi ad una *fictio* di *pignoris capio*: infatti, della sola ipotesi possibile di questa *fictio* parla, poi, Gai. 4, 32, a ventitré righe di distanza.

In sostanza e per concludere, per ammettere la congettura dichiarata possibilissima e più probabile di quella che appare, viceversa, a noi la più ovvia e la meglio fondata considerando il dato testuale, bisognerebbe supporre contro ogni verosimiglianza: a) che Gaio aprisse il suo di-

formulare con *fictio* di *pignoris capio*, o se, invece, ne siano esistite altre dello stesso genere. Escluderei, naturalmente, l'esistenza di *fictiones* formulari di *pignoris capio* per le ipotesi — impensabili, credo, in età classica (cfr., nello stesso senso, già PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I (Roma, s. a. = 1962), p. 335, nt. 203) — elencate in Gai. 4, 27-28 di *aes militare, equestre, hordiarium*, di *pretium hostiae* e di *merces iumentum in dapem*. Ma se si ammette, come mi par necessario, l'esistenza di altre applicazioni della *pignoris capio* (prima di tutti, il caso del *damnum infectum*), non si può naturalmente escludere qualche altra *fictio* formulare di *pignoris capio* oltre a quella relativa al *publicanus*. Il che potrebbe, forse, condurre a congetture interessanti circa la stessa genesi del procedimento formulare. Qualche interesse, al riguardo, avrebbe l'accertamento della parola iniziale di Gai. 4, 32, parola di difficile lettura nel *cod. Ver.* (alcuni editori, come è notissimo, leggono: *Contra*; altri, invece: *Item*).

scorso, che doveva essere alquanto generale e con riferimento ad un lontano cenno precedente, sulle *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur* in una maniera del tutto singolare: e cioè, con un riferimento specifico alla *pignoris capio*; b) che Gaio impiegasse altre ventitrè righe, in aggiunta a quelle che costituiscono il paragrafo 32, per parlare della sola ipotesi d'una *fictio di pignoris capio* (e non si sa davvero quali altre ipotesi, oltre quella del pubblico potessero contribuire a giustificare un così improbabile lungo discorso sulla *fictio di pignoris capio*)⁽²¹⁾; c) che Gaio, allorchè aveva parlato in 4, 10 di *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur* (nel quadro della loro distinzione da quelle che *sua vi ac potestate constant*, e in un contesto di importanti categorie sistematiche, tanto importanti da dar luogo, tra l'altro al lungo *excursus storico sulle legis actiones*), si fosse espresso in modo assolutamente impreciso, posto che egli avrebbe invece, nel tratto costituito dalla pagina illeggibile e dal paragrafo 32, parlato di una sola *actio, quae ad legis actionem exprimitur*.

L'unica conclusione testuale che, ai fini del problema che ci interessa, può e deve desumersi dall'esame di Gai. 4, 31 (considerato e in sé, e in relazione al contesto, e in relazione alla lunga lacuna che lo separa dai paragrafi successivi) è dunque questa: le parole *per pignoris < capionem >*, in quel paragrafo 31, si riferiscono al *modus agendi* vigente (sia pur teoricamente) ancora al tempo di Gaio, e attinente alle vecchie forme delle *legis actiones*, per l'ipotesi del *damnum infectum*. Tale conclusione, per le ragioni che abbiamo tentato di chiarire, è, più che una congettura, un risultato obbligato contro cui non valgono supposizioni testuali diverse, che sono senz'altro inattendibili.

⁽²¹⁾ Cfr., comunque, ciò che si è detto alla nt. precedente.

Stando così le cose, l'unico ostacolo ad ammettere che il *lege agere damni infecti* postebuzio implicasse il ricorso alla *pignoris capio* potrebbe, semmai, essere costituito da considerazioni di sostanza tali da dover fare escludere assolutamente l'applicabilità della *pignoris capio* alla ipotesi del *damnum infectum*. In siffatto caso, bisognerebbe piegarsi alla necessità sostanziale e ricorrere, per vincere il dato testuale (e cioè, la valutazione che abbiamo fornita in ordine alle parole *per pignoris < capionem >* in Gai. 4, 31), ad ipotesi disperate: cosa che potrebbe, *in extremis*, farsi, ad esempio, congetturando che quelle parole siano un glossema o una falsa lettura del codice veronese. Solo per una tale via, in effetti, si potrebbe tentare di distruggere — se ve ne fosse effettiva necessità sostanziale — la forza probante delle parole *per pignoris < capionem >*.

Diciamo subito che non saremo ridotti a tanto. Esporremo, infatti, nel paragrafo seguente gli argomenti che sono stati invocati per escludere l'applicabilità della *pignoris capio* al *damnum infectum*; e vedremo che nessuno di essi ha minimamente forza tale da imporre un rifiuto della conclusione chiarissima emergente dall'esame del testo gaiano da noi condotto.

3. Gli argomenti più antichi (e più diffusi) per contestare l'applicabilità della *pignoris capio* all'ipotesi del *damnum infectum* sono, in qualche modo, tutti dello stesso genere: e cioè, fanno leva sui paragrafi del quarto libro gaiano nei quali si parla della *pignoris capio*.

Si è osservato, innanzi tutto, che tutti i casi di *pignoris capio* ricordati espressamente da Gaio (4, 27-28) presuppongono un credito certo, mentre nell'ipotesi di *damnum infectum* manca ogni credito finchè non avvenga (se avvie-

ne) il *damnum*; e, anche dopo che il *damnum* si realizza, la pretesa del danneggiato non è un *certum* (22).

E' evidente che l'osservazione riferita costituirebbe una difficoltà per la tesi che accettiamo solo se esistessero elementi validi per affermare che la circostanza del preesistere di un credito certo sia un requisito essenziale per la *pignoris capio*. Il che, naturalmente, non è, se non altro per la nostra mancanza di conoscenze precise su quella *legis actio*; e specialmente per la necessità nella quale ci troviamo (se affermiamo, conformemente ai dati testuali emersi dal nostro esame di Gai. 4, 31, che la *pignoris capio* aveva relazione con il *damnum infectum*) di ritenere tutt'altro che esauriente l'elencazione gaiana (del resto, preceduta da due *velut*, rispettivamente) dei casi contenuti in Gai. 4, 27-28.

Le stesse riflessioni possono esser fatte in relazione ad un secondo argomento comunemente addotto contro la tesi del Karlowa: l'argomento, precisamente, costituito dalla constatazione per cui tutti i casi di *pignoris capio* esposti da Gaio nei paragrafi 27 e 28 hanno un fondamento comune, per dir così, pubblicistico, che sta alla base della pretesa di chi procede alla *pignoris capio* (o un interesse connesso alla struttura dell'esercito, o un interesse connesso al culto, o un interesse connesso alle concessioni di suolo pubblico). Tale fondamento non sussisterebbe, invece, nel caso di *damnum infectum* (23).

(22) Cfr. BRANCA, *op. cit.*, p. 8 e la bibliografia ivi citata. E' importante, al riguardo, notare che, nelle ipotesi riferite in Gai. 4, 27-28, non si può, tecnicamente, parlare di « credito ». Il punto è messo esattamente in luce dal PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 321 e segg. (cfr. anche, l'altro scritto del Pugliese, citato, in *Mélanges Meylan*, I).

(23) Cfr. ancora BRANCA, *op. cit.*, p. 8 con bibliografia. E' possibile, al riguardo, notare che la stabilità degli edifici presenta anche elementi indubbi di interesse pubblico.

Ancora meno significativo è, in terzo luogo, l'argomento che si suole desumere dalla mancanza della menzione di una *pignoris capio* per l'ipotesi del *damnum infectum* nei paragrafi 27 e 28 del quarto libro gaiano (24).

Più recente, ed avanzato da un solo studioso, è un altro argomento di cui occorre dire brevemente. E' stato affermato, facendo leva sulla famosa notizia gaiana (4, 29) dei dubbi intorno alla natura di *legis actio* della *pignoris capio*, che è inconcepibile che lo stesso Gaio — il quale non avrebbe respinto decisamente tale dubbio — possa avere ammesso, a due paragrafi di distanza, che la *pignoris capio* sia « l'unica *legis actio* ancor vigente, quando la *pignoris capio* non è riconosciuta da tutti come tale. Il dubbio o l'indecisione di poche righe prima sono scomparsi dunque per incanto? Se il danno temuto fosse stato regolato veramente dall'antico *ius civile* con la presa di pegno della casa minacciante, Gaio avrebbe dovuto precisare: invece il parlare, ch'egli fa, sicuro e deciso, di *legis actio damni infecti* dimostra che non v'era dubbio sulla natura d'azione della medesima, come c'era, invece, intorno all'*a. per pignoris capionem* » (25).

(24) BRANCA, *op. cit.*, p. 8 con indicazione degli autori che l'hanno preceduto. Questo argomento, come i precedenti, sembra risolversi in una *petitio principii*. E, del resto, lo stesso Branca nota, giustamente, che esso « potrebbe ritorcersi a favore della tesi del Karlowa, osservando come Gaio nei §§ citati ed in quelli vicinissimi fa più lo storico che il dogmatico: quindi gli premeva ricordare i casi ormai non più vigenti invece del nostro, non ancora caduto del tutto in desuetudine ». Tanto più — si può aggiungere, da parte nostra — che il silenzio sul *damnum infectum* in Gai. 4, 27-28 avrebbe, accettata la tesi del Karlowa, la sua migliore spiegazione proprio nel fatto che, d'una *pignoris capio damni infecti*, Gaio si riservava di parlare in Gai. 4, 31 in fine.

(25) BRANCA, *op. cit.*, p. 9.

E' chiaro che la forza (in ogni caso non decisiva) di questo argomento risiede tutta nell'affermazione per cui Gaio stesso avrebbe dubitato della natura di *legis actio* della *pignoris capio*. Ma i dubbi riferiti da Gaio in 4, 29 sono dubbi di cui il giurista dà soltanto notizia storica (...*plerisque placebat...*; *quibusdam autem placebat...*). Per suo conto, Gaio non ha, certissimamente, alcun dubbio sulla natura di *legis actio* della *pignoris capio*. Se non bastasse a provarlo il fatto — di per sé decisivo — dell'inclusione della *pignoris capio* nella trattazione delle *legis actiones*, si osservi come si esprime Gaio in 4, 12 (*Lege...agebatur modis quinque: ...per pignoris capionem*); in 4, 26 (*Per pignoris capionem lege agebatur...*); in 4, 30 (*Sed istae omnes legis actiones...*, frase che manifestamente includeva anche la *pignoris capio* di cui s'era parlato al paragrafo immediatamente precedente). Se per Gaio la *pignoris capio* — a dispetto degli antichi dubbi — è senz'altro una *legis actio*, è ovvio che nessuna difficoltà di principio osta alla possibilità che lo stesso giurista, in 4, 32, parlasse di una *pignoris capio* come modulo per il *lege agere damni infecti*.

Altri ostacoli vengono sollevati contro la tesi che ammette l'esistenza d'una *pignoris capio damni infecti*, partendo dalla constatazione gaiana per cui la nuova *cautio* pretoria sarebbe stata, rispetto al più antico rimedio appartenente alla procedura *per legis actiones*, un *ius commodius* (Gai. 4, 31). Si è osservato ⁽²⁶⁾ che la *pignoris capio* — la quale non richiede « nè molte forme solenni, tolti i *certa verba* indispensabili, nè la presenza dell'avversario », e neanche la presenza del pretore — deve considerarsi senz'altro un procedimento più comodo rispetto al mezzo più recente.

Ma si può dire in contrario — a parte l'avversione assai diffusa per la *nimia subtilitas velerum* (Gai. 4, 30)

⁽²⁶⁾ BRANCA, *op. cit.*, pp. 9-10.

che rendeva certamente scomodo il *lege agere* in tutti i casi, in età avanzata ⁽²⁷⁾; ed a parte l'indubitabile onere che costituiva per il procedente con *pignoris capio* il fatto di doversi recare, senza la protezione del magistrato ⁽²⁸⁾, e quindi con eventuale rischio personale di fatto, sul luogo (la *pignoris capio* si faceva necessariamente *extra ius*: Gai. 4, 29), sfidando l'opposizione, eventualmente violenta, dell'avversario — che noi non sappiamo affatto quale fosse il rischio giuridico cui andava incontro chi avesse fatto una *pignoris capio* che si dimostrasse, successivamente, infondata. Che una sanzione al riguardo esistesse è certo ⁽²⁹⁾; e, ammessa l'applicazione della *pignoris capio* all'ipotesi del *damnum infectum*, si deve pure ammettere che l'eventualità d'un esercizio incauto della *pignoris capio damni infecti* (ad es., per errata valutazione delle condizioni statiche degli edifici) era tutt'altro che improbabile. Ora ben potrebbe essere apparsa, tutto ciò considerato, « più comoda » la procedura pretoria della *cautio*, la quale, in sostanza, non implica altro che la richiesta d'una garanzia condizionata, richiesta appoggiata dalla minaccia pretoria della *missio in possessionem* in caso di rifiuto dell'intimato, sul quale soltanto grava, pertanto, la « scomodità » dell'intero procedimento.

Questo, per quanto riguarda la « comodità » maggiore della *cautio* rispetto al *lege agere*. Per quanto riguarda la maggiore « pienezza », non è superfluo rilevare come già il fatto solo che i critici non toccano questo punto ⁽³⁰⁾ dimo-

⁽²⁷⁾ Così già KARLOWA, *Der röm. Civilprozess...*, cit., p. 218.

⁽²⁸⁾ Il Branca, come s'è visto nel testo, considera, invece, l'assenza del magistrato un fattore di 'comodità' per il procedente.

⁽²⁹⁾ Cfr., per tutti, PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., pp. 331-332.

⁽³⁰⁾ Anzi, vedi, un cenno in SCIALOJA, *Procedura civile romana* (Roma, 1936), p. 109. Già KARLOWA, *op. cit.*, p. 218, aveva detto l'essenziale, al riguardo.

stra che l'osservazione gaiana ben si attaglierebbe all'ipotesi d'una *pignoris capio damni infecti*. Il rimedio pretorio, per quanto è con certezza ricavabile dalla testimonianza delle fonti, era assai minuziosamente predisposto al fine di tutelare con la maggiore pienezza possibile le ragioni di chi avesse a temere un *damnum nondum factum*: cosa che probabilmente non si verificava nel sistema quiritario della *pignoris capio*.

Un ultimo argomento è proposto dal Branca, e va brevemente accennato. La, per lui inesistente, *pignoris capio damni infecti* — rileva lo studioso ⁽³¹⁾ — « sarebbe l'esatto parallelo, nel diritto quiritario, della *missio in possessionem* accordata, con l'editto, dal pretore. Questa, perciò, non sarebbe altro che una derivazione immediata di quella, dalla quale differirebbe solo per il fatto che è concessa, al postulante, senza un'accurata *cognitio* della causa: ma i due mezzi in sostanza apparirebbero gli stessi. Ora, se la *missio* discende dalla *pignoris capio* precedente, la forza d'inerzia, che è in tutti gli istituti, non potevano non influire anche sul nostro: e sarebbe strano che si fosse perduto, col nuovo rimedio, proprio quel concetto di pegno, che starebbe alla base dell'antico; invece nel passaggio diretto dall'uno all'altro tipo di tutela, esso non poteva scomparire se era fondamentale nel primo dei due tipi e questo veniva rifiuto interamente nel secondo. Una volta intervenuto il magistrato ad accordare un rimedio quasi uguale a quello antico, sarebbe stato spontaneo, nella dottrina e nella pratica, ricomprendere, per la somiglianza di struttura col mezzo civile, l'istituto più recente nel *ius pignoris*: che nel diritto quiritario era accordato dai Decemviri, adesso sarebbe stato imposto dal pretore; ed invece il concetto di pegno pretorio, in ordine alla *missio in possessionem*, non appare che

⁽³¹⁾ *Op. cit.*, p. 10.

in due brani molto tardi e che inoltre non sono genuini ».

Noi, a parte altre perplessità ⁽³²⁾, dobbiamo osservare che, in primo luogo, il valore della parola *pignus* nella denominazione della antica *legis actio* non è con sicurezza corrispondente a quel valore che diviene tecnico successivamente in tema di garanzie reali: la *pignoris capio* è una *legis actio* che consiste nella presa di un oggetto altrui, mentre il *pignus*-garanzia nasce dalla consegna (o promessa di consegna) al creditore d'un oggetto altrui. Ma ancor più rilevante è, in secondo luogo, un'altra considerazione: non vi è dubbio che la singolarità del regime della *cautio damni infecti*, nell'editto pretorio, è proprio quella di far seguire al rifiuto di prestarla, non già (come è comune in altri casi di intervento pretorio) un procedimento che sbocca in una pena pecuniaria (ad es., la pena per la disubbidienza alla *in ius vocatio*); ovvero una generale *missio in possessionem* con conseguente *bonorum venditio* (ricordiamo ad esempio, il regime contro il *fraudationis causa latitans*, ovvero il regime della *indefensio* nelle *aa. in personam*, etc.); bensì, una assai più limitata *missio in possessionem* sul luogo « minacciante », *missio* che, ripetuta una seconda volta, costituisce *iusta causa usucapionis*. Orbene, proprio questa caratteristica limitazione della *missio in possessionem*; e più ancora, la circostanza stessa che il rimedio pretorio, invece che condurre ad un procedimento per l'irrogazione d'una pena pecuniaria, conduce ad un'immissione nel possesso, sono indizi, a nostro parere, assai forti per un collegamento storico della procedura pretoria del

⁽³²⁾ Alludiamo alle idee di derivazione immediata; di forza di inerzia; di quasi eguaglianza tra *pignoris capio* (che non sappiamo a quale esito conducesse) e *missio in possessionem* (che, nella specie, poteva condurre all'usucapione): idee che, forse, semplificano eccessivamente un più complesso rapporto storico tra il rimedio quiritario e il successivo espediente pretorio.

damnum infectum ad un precedente rimedio consistente nella materiale presa del bene da cui si teme il danno, e cioè ad una *pignoris capio*.

In altre parole — anche al di là dei problemi terminologici relativi alla parola *pignus* — tutto il regime pretorio del *damnum infectum* porta il segno evidente d'una sua derivazione storica dalla *pignoris capio*. Sicchè, l'argomento ora discusso, ove se ne superi il lato terminologico ed estrinseco, è tale da costituire, sostanzialmente, proprio un appoggio per la tesi da noi accettata, e non già un ostacolo per essa.

4. Rilevata l'inesistenza di ostacoli sostanziali tali da far dubitare di quella che è la più naturale e chiara valutazione di Gai. 4, 31, con la sua lacuna e nella sua posizione nell'intero contesto della trattazione gaiana, è superflua, ai fini di questa breve nota, una disamina minuta (che potrebbe, semmai, fare oggetto di una nota separata) delle ingegnose congetture avanzate, in dottrina, intorno ad un presunto *lege agere damni infecti* in forma diversa dalla *pignoris capio*.

Ci limitiamo ad osservare, a guisa di conclusione, che la tesi da noi accettata presenta, oltre alla fondamentale corrispondenza al dato testuale, due altri non trascurabili vantaggi. In primo luogo, essa permette di dar ragione della singolarità del regime pretorio della *cautio* consistente nella sanzione della limitata *missio in possessionem* (è il punto cui si accennò sul finire del paragrafo precedente). In secondo luogo, la tesi da noi accettata consente di rendersi conto del carattere di marcata penalità che inerisce alla *cautio damni infecti*: tale penalità deriva al surrogato pretorio direttamente dalla *pignoris capio*, che è, con tutta

evidenza, strutturata come sanzione affittiva d'un comportamento antiggiuridico (33).

In relazione a questi aspetti importanti della disciplina della *cautio damni infecti*, che noi spieghiamo attraverso il precedente della *pignoris capio damni infecti*, è utile rilevare — confrontando la tesi da noi accettata con quelle oggi più diffuse — come la sollecitudine di spiegare il primo aspetto stia a base, più o meno consapevole, della recente congettura del Mozzillo (sulle orme illustri del Burckhard e del Huschke); mentre la sollecitudine di spiegare il secondo aspetto (ed è indiscutibile merito aver colto il carattere penale della *cautio*) sta ben esplicitamente alla base dell'autorevole congettura costruita dal Branca, su un esauriente spunto del Bonfante. Solo che la tesi da noi accettata, oltre che corrispondere al dato esegetico (al contrario di quanto avviene per le congetture di cui abbiamo detto, le quali trascurano, praticamente del tutto, un'ampia esegesi di Gai. 4, 31), ha il vantaggio di spiegare, non già uno solo dei caratteri rilevati del regime della *cautio*, bensì entrambi.

Interessante sarebbe procedere ad un tentativo di ricostruzione del regime concreto della *pignoris capio damni infecti* nella cui esistenza noi crediamo. Tale ricostruzione — tutta congetturale, data la mancanza praticamente totale di notizie esplicite precise sulla forma e sugli effetti della *pignoris capio* — potrebbe far leva, comunque, sul regime della derivata *cautio damni infecti*, considerando quest'ultima come una « versione » pretoria del più antico rimedio civilistico. Ma conviene rinviare un tale tentativo di ricostruzione ad una eventuale occasione futura.

(33) Per embrionali cenni, al riguardo, ci permettiamo di rinviare alla v. *Illecito* (*Dir. rom.*), in *Enciclopedia del diritto*. Già lo SCIALOJA, *l. c.*, parlava di « apprensione a titolo di pena », seguendo la dottrina precedente.