

Ernesto Bianchi

## Le «actiones, quae ad legis actionem exprimuntur» in Gaio. Una nuova ipotesi sulla «catégorie d'actions négligée par les romanistes» (\*)

1. Premessa – 2. Le conclusioni della *communis opinio* e le ipotesi sulla parte iniziale e su quella finale della lacuna di Gai., *inst.* 4.31a sulla base della tradizionale lettura di Gai., *inst.* 4.33 – 3. Una possibile lettura alternativa di Gai., *inst.* 4.33 – 4. Le ragioni a favore della lettura alternativa – 5. Il probabile impianto espositivo di Gai., *inst.* 4.31a-33 – 6. Ipotesi su *actiones ad pignoris capionem expressae* ulteriori rispetto a quella *publicano proposita* – 7. Presumibile periodo di creazione delle azioni con *fictio* di *pignoris capio* – 8. Possibilità dell'inserimento della *fictio* nell'*intentio* – 9. Considerazioni conclusive.

1. Quella delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' costituisce una categoria di azioni il cui studio presenta notevoli difficoltà in ragione dell'impossibilità di leggere Gai., *inst.* 4.31a, passo che, com'è noto, è andato perduto e non è neppure ripreso dalle Istituzioni di Giustiniano che omettono, ovviamente, riferimenti alle *legis actiones*. Forse a motivo di tali difficoltà, essa meritò la qualificazione di «*catégorie d'actions négligée par les romanistes*», conferitale nel titolo di un noto saggio di Arnaldo Biscardi<sup>1</sup>, che ebbe – tra i molti – anche il merito di restituire attenzione all'argomento. Il poco che, in proposito, si può leggere in Gaio riguarda un'*actio* con *fictio* di *pignoris capio* (§ 32) ed ancora la negazione che sussistesse una qualunque formula includente una '*fictio condictionis*' (§ 33).

La categoria, che – secondo alcuni autori – rappresenterebbe l'anello di congiunzione fra l'antico processo *per legis actiones* e quello *per formulas*, nel senso che, probabilmente, nel momento di transizione dall'uno all'altro sistema processuale, le *formulae* più antiche sarebbero state costruite, anche fittiziamente, intorno a singole *legis actiones*<sup>2</sup>, è prefigurata al § 10 dove viene opposta a quella delle azioni che '*sua vi ac potestate constant*'<sup>3</sup> e dove si dichiara che la trattazione delle *legis actiones* – che

---

\*) Riproduco la comunicazione effettuata in Pontignano il 14 dicembre 2001 in una versione corredata dell'apparato critico e comprensiva dei §§ 5, 6, 7 e 8, allora omessi per limiti di tempo. Intendo in tal modo offrire una sintesi d'insieme delle mie ricerche sulle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' e sui temi connessi. Confido di poter, prossimamente, presentare il risultato completo dei miei studi su tali argomenti.

<sup>1</sup>) A. BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée par les romanistes. Les actions formulaires 'quae ad legis actionem exprimuntur'*, in «TR.», XXI, 1953, p. 317 ss.

<sup>2</sup>) Così già M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römisches Civilprozessrecht*, II, Bonn, 1864-1867, p. 305 ss.; cfr. M. KASER, *Die lex Aebutia*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1954, p. 27 ss., M. GARCIA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, in «AHDE.», XXVII-XXVIII, 1957-1958, p. 321; cade forse in qualche eccesso A. MAGDELAIN, *Gaius IV 10 et 33: naissance de la procédure formulaire*, in «TR.», LIX, 1991, p. 256 (= *Naissance de la procédure formulaire*, in *De la Royauté et du Droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, p. 156, cui farò nel seguito riferimento), ritenendo che le *formulae* di queste azioni fossero modellate sui *certa verba* delle azioni di legge, il che pare, invece, doversi recisamente escludere: si veda *infra*, nt. 84 a proposito del valore di '*exprimi ad*'. A mio avviso, inoltre, la collocazione temporale delle azioni di questo tipo di cui Gaio doveva parlare deve, forse, essere rivista. Su ciò *infra*, § 7.

<sup>3</sup>) E' certo che la '*divisio*' del § 10 riguarda le *actiones* e non le *fictiones* e che essa si colloca allo stesso livello delle *divisiones* che la precedono: quella delle '*actiones in rem et in personam*' dei §§ 1-5, quella delle *actiones* che conse-

subito seguirà – è funzionale alla chiarificazione della medesima *divisio*:

Gai., inst. 4.10: Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. Quod ut manifestum fiat, opus est ut prius de legis actionibus loquamur.

L'esplicazione della *divisio* doveva necessariamente iniziare nello spazio che, oggi, costituisce la lacuna del § 31a per concludersi nel § 33. Per il resto, fra infiniti dubbi, regnano poche certezze. Ritengo, peraltro, che qualche nuovo apporto alle nostre conoscenze debba fondarsi proprio su un riesame delle conclusioni che appaiono più consolidate.

2. Una prima conclusione assolutamente consolidata negli studi romanistici è quella per cui Gai., inst. 4.33 ci informerebbe che non esistono finzioni basate sulla *legis actio per condictionem*. Dall'*incipit* del paragrafo: '*Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur*' si deduce, infatti, che non esiste una formula conformatata sulla *factio* della *legis actio per condictionem*. Questa conclusione è unanime e – nella sostanza – pare anche a me incontrovertibile<sup>4</sup>, salvo – come osserverò – che nel raggiungerla si trascura normalmente il reale fine informativo perseguito dal giurista.

Il fatto è che quest'informazione, coordinata con la circostanza che nel paragrafo precedente si illustra un'azione formulare basata sulla finzione della *legis actio per pignoris capionem* (quella '*publicano proposita*'<sup>5</sup>, l'unica *actio ad legis actionem expressa* attestata dalle fonti), conduce poi la quasi unanimità degli interpreti a ritenere che in Gai., inst. 4.31a, vale a dire nella lacuna di circa 23 righe, che nel palinsesto veronese precede appunto la succinta descrizione dell'azione fittizia concessa al publicano, dovessero essere illustrate azioni formulari basate sulle tre residue *legis actiones* e quindi sulla *legis actio per manus iniectionem*, sulla *legis actio sacramenti* e sulla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (per meglio dire, sui loro rispettivi *modi agendi*)<sup>6</sup> o, almeno, se non necessariamente su ognuna di queste azioni

guono soltanto la *res* o soltanto la *poena* o, insieme, la *res* e la *poena* dei §§ 6-9. Anzi, nel *Conspectus rerum* del BOECKING (riportato in E. HUSCKE, E. SECKEL, B. KÜBLER, *Jurisprudentiae Anteiustinianae Reliquias*<sup>6</sup>, Leipzig, 1908, I, p. 403 s.), la *divisio actionum* del § 10, in quanto svolta '*ex forma*', troverebbe corrispondenza con un'ideale '*divisio ex varia substantia vel iure*' all'interno della quale vengono collocate le *divisiones* dei §§ 1-5 e dei §§ 6-9. Si tratta, quindi, indubbiamente di una *divisio* di portata generale come giustamente sottolineato da B. ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»* (Gai. 4, 10 e 32-33), in «Studi G. Gandolfi» (di prossima pubblicazione che cito facendo riferimento all'estratto), p. 8 nt. 12. Di essa, fuor dalla testimonianza gaiana, non si ha traccia (cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 150).

<sup>4</sup>) Se l'assenza di azione formulare con *factio* di *condictio* va esclusa per l'epoca classica in forza del dettato gaiano si può, però, rammentare l'ipotesi svolta da P. FREZZA, *Storia del processo civile in Roma fino all'età di Augusto*, in «ANRW.», I.2, Berlin - New York, 1972, p. 172 ss., secondo il quale, in una fase risalente del processo formulare, sarebbe potuta esistere un'azione formulare con una siffatta *factio*, azione che ben presto sarebbe venuta meno sostituita dalle «normali» *condictiones* formulari. L'azione con *factio* di *condictio* avrebbe potuto costituire, secondo il Frezza, il prototipo cui si sarebbero successivamente conformate le *condictiones* della procedura formulare. L'ipotesi è svolta invero a livello meramente teorico, non trovando alcun supporto nelle fonti. In precedenza (cfr. E. BIANCHI, *Fictio Iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, p. 206 nt. 107) avevo definito l'ipotesi dello studioso «suggestiva», ma «poco probabile» basandomi sulle considerazioni che, nel seguito, venivano esposte (il fulcro delle quali è qui ribadito con alcuni emendamenti e precisazioni). *Re melius perpensa*, devo qui dire che la lettura che propongo del § 33, in quanto tesa ad illustrare il pensiero di Gaio e, tutt'al più, la situazione ai tempi in cui scriveva il giurista antonino, non si pone – sotto nessun profilo a livello logico – in contrasto con l'ipotesi dello studioso. Fatta, però, questa precisazione (doverosa per quanto avevo in precedenza affermato), mi arresto, perché l'andar oltre costringerebbe – com'è evidente – ad entrare in problematiche di immensa vastità sulla portata della *lex Aebutia*, sulla genesi e sul fondamento delle *condictiones* formulari e, finanche, sulla transizione dall'«Aktionenrecht» al «Prozeßrecht», snaturando così la natura meramente esegetica di questo scritto (in proposito, però, per una recente discussione critica delle varie correnti dottrinali e per indicazioni bibliografiche cfr. V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «Ostraka», V, 1996, p. 110 ss.).

<sup>5</sup>) Gai., inst. 4.32 '*Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur*'. Sull'integrazione '*item*' si veda *infra*, nt. 17. Sulla natura ellittica della formulazione gaiana e sul significato che si può trarre da '*olim*', *infra*, rispettivamente, § 4 e § 7.

<sup>6</sup>) BIANCHI, *Fictio Iuris*, cit., p. 218 ss. e p. 227 ss.; sul punto riscontro che anche M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in «Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Principes e procedure dalle leggi giulie ad Adriano. Atti del convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico 'G. Boulvert'

dell'antica procedura, certamente su alcuna di queste. Quest'altra conclusione non è, invece, da me condivisa per i motivi che tra poco esporrò.

Devo subito dire che il ragionamento che conduce a questa seconda conclusione pare lineare. Esso può, in sintesi, così riassumersi: stante che Gaio afferma che non esiste una *fictio* che abbia ad oggetto la *legis actio per conditionem*<sup>7</sup> e dato, per altro verso, che illustra una finzione avente ad oggetto la *pignoris capio*, ne consegue che nella lacuna dovevano essere nominate, quali oggetti di finzioni formulari, se non tutte le tre altre *legis actiones*, almeno qualcuna di esse<sup>8</sup>. Elemento essenziale del ragionamento è, come si vede, l'intendere la frase '*nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur*' espressamente<sup>9</sup> volta a fornire l'informazione dell'assenza di una *fictio conditionis*.

Queste le conclusioni, nonostante la circostanza che quanto si legge nel palinsesto veronese, subito prima e subito dopo la lacuna, riguardi pur sempre la sola *pignoris capio*<sup>10</sup>. A tale circostanza non viene, in genere<sup>11</sup>, attribuita particolare importanza e chi fosse tentato di ritenere che tutto il discorso della lacuna del 31a fosse stato in qualche modo dedicato alla *pignoris capio* verrebbe avvertito che così non può essere proprio per la necessità che, nello spazio che oggi costituisce la lacuna, il giurista abbia trattato finzioni costruite su *legis actiones*, diverse da quella *per pignoris capionem* e da quella *per conditionem*<sup>12</sup>.

(Copanello 5-8 giugno 1996)», Napoli, 1999, *passim*, ritiene sia corretto riferire le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', non già alle *legis actiones*, ma ai loro rispettivi *modi agendi*. Il Talamanca, però, (*op. cit.*, p. 110) – in ciò seguendo su taluni spunti C.A. CANNATA, *Introduzione ad una rilettura di Gai 4. 30-33*, in «Sodalitas. Scritti A. Guarino», IV, Napoli, 1984, p. 1877 ss. – è portato a ritenere che «non tutte le *formulae* che Gaio riportava alle *actiones quae ad legis actiones* [sic] *exprimuntur* fossero munite di una *fictio*» (cfr. anche *op. cit.*, p. 131 ss.). Da questa conclusione, come pure da varie altre formulate sul tema dall'illustre autore, dissento per i motivi che espongo nel prosieguo.

<sup>7</sup>) Tale è il senso che abitualmente si attribuisce all'*incipit* del § 33. Invero, letteralmente, qui Gaio dice che nessuna formula («formula», si noti, non «azione») è '*expressa*' ad *conditionis fictionem*. Il che, come si vedrà nel prosieguo, ha un significato profondamente diverso. Sul punto si vedano le osservazioni di ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 8 ss., il quale, ricercando il senso da attribuirsi alla locuzione '*exprimi ad*' (sull'indicazione proposta dall'autore cfr. *infra*, nt. 84) ed escludendone quello di «esser modellato su», osserva come in astratto «si potrebbe pensare ad una imitazione formale della *legis actio per conditionem*»; ma certo non avrebbe senso parlare di una imitazione formale d'una *fictio conditionis*: è la *fictio* che si modella su uno schema preesistente e che imita quello schema, e non viceversa». A mio avviso, anche da questi rilievi si trae che l'affermazione gaiana deve esser letta nel contesto di un discorso riguardante la struttura del processo formulare. E' solo avendo presente ciò che, come dirò in seguito, si può offrire una lettura differente da quella tradizionalmente proposta dell'*incipit* del § 33.

<sup>8</sup>) TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 118 s.: «Non si vede, infatti, la ragione per cui – parlando in positivo per la *pignoris capio* ed in negativo per la *condictio* – Gaio avrebbe dovuto tacere degli altri tre *modi agendi* in relazione alle *fictiones legis actionis*», precisando anche che «il modo con cui nel § 33 Gaio esponeva l'inesistenza di una *fictio conditionis* impedisce, d'altronde, di ritenere che, nella lacuna del § 31a, si fosse detto che non ricorrevano *actiones ficticiae* per tutti gli altri *modi agendi* o per alcuni di essi».

<sup>9</sup>) La precisa volontà di Gaio di rendere tale informazione costituisce il presupposto – riscontrabile in ogni scritto sull'argomento – da cui muove la *communis opinio*. A titolo d'esempio, oltre che la precedente, cfr. *infra*, nt. 12.

<sup>10</sup>) Com'è noto, le parole che si leggono prima della lacuna sono: '*per pignoris*' (cfr. anche nt. 109). A queste segue, dopo le circa 23 righe illeggibili, il § 32 (riportato *supra*, nt. 5) afferente all'azione '*publicano proposita*' con formula costruita con *fictio* di *pignoris capio*.

<sup>11</sup>) Del tutto isolati gli autori che ritengono che alla sola *pignoris capio* fosse stato dedicato il discorso contenuto nella lacuna del 31a. Tra questi merita menzione G. DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung. Eine juristische Untersuchung*, Weimar, 1858, p. 52 s., il quale fondava il proprio convincimento essenzialmente sull'entità, a suo avviso, troppo ridotta della lacuna. A prescindere dalla valutazione circa l'esiguità della lacuna (23 righe equivalgono all'intera pagina 199 del palinsesto veronese, uno spazio che, dunque, non è poi tanto ridotto), all'autore venne opposta, per l'appunto, l'affermazione resa in Gai., *inst.* 4.33. Così, ad esempio, R. DEKKERS, *La fiction juridique. Étude de droit romain et de droit comparé*, Paris, 1935, p. 182, che, fra l'altro, gli obiettava: quale senso avrebbe mai avuto da parte di Gaio, parlando di una categoria di azioni '*quae ad legis actionem exprimuntur*', insistere «sur l'absence de fiction, dans l'une d'entre elles, la *l.a. per conditionem*?» Nonostante queste obiezioni, l'ipotesi, pur assolutamente minoritaria, che azioni con formula fittizia di *pignoris capio* esaurissero la trattazione gaiana delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' non è stata del tutto abbandonata. Si vedano, ad esempio, le corrette osservazioni di N. BELLOCCI, *La genesi della «litis contestatio» nel procedimento formulare*, Napoli, 1965, p. 130.

<sup>12</sup>) L'obiezione, su cui si fonda la *communis opinio*, mi pare esser stata formulata in termini cristallini dal CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1871 s.: «Tale paragrafo (Gal. 4.31a) si presenta, nel manoscritto veronese, così: '*Per pignoris* [...] lacuna di circa 23 righe [...] *apparet*'. Siccome nel successivo paragrafo 32 si parla dell'azione formulare

Conseguentemente, per lo più, si ipotizza che il discorso gaiano, dal § 31a sino al § 33, sia stato distribuito nel modo che segue: nel § 31a il giurista avrebbe concluso un discorso che afferiva in qualche modo alla *pignoris capio*, nella parte residua della lacuna avrebbe trattato altre *legis actiones sub specie fictionis*, nel § 32, ancora *sub specie fictionis*, sarebbe tornato a parlare della *pignoris capio*. Nel § 33, infine, sempre *sub specie fictionis*, sarebbe stata esclusa la *legis actio per conditionem*. Tutto ciò sulla base del ragionamento comunemente svolto e, quindi, intendendo la frase: '*nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur*' quale espressa informazione dell'assenza di una  *fictio conditionis*.

E', poi, sulla base dei menzionati passi gaiani che si svolgono ipotesi sulla struttura e sulla finalità delle formule che sarebbero state conformate alla  *legis actio per manus iniectioem*, a quella *sacramenti* e a quella *per iudicis arbitrive postulationem* e si dibatte – con visioni spesso contrastanti – sulla maggior o minor probabilità che esistessero azioni basate sulla *fictio* dell'una o dell'altra di queste tre residue  *legis actiones* (in proposito si vedano le ipotesi del Biscardi<sup>13</sup> per la possibile esistenza di azioni conformate a tutte tre le residue  *legis actiones* e le contrarie opinioni formulate dalla dottrina, per cui si dubita, ad esempio, della possibilità dell'esistenza di un'azione formulare con *fictio sacramenti*<sup>14</sup>. Ma dubbi in tal senso e anche per quanto riguarda una *fictio* di *iudicis arbitrive postulatio*<sup>15</sup> sono stati, da tempo, espressi dalla dottrina, per lo più incline ad ammettere – pur nell'assoluta mancanza di una qualche traccia nelle fonti – un'azione con *fictio* di  *legis actio per manus iniectioem*, ma anche per questa formulando ipotesi affatto divergenti)<sup>16</sup>, tanto che si può facilmente constatare che la *commu-*

---

'*quae ad legis actionem per pignoris capionem exprimitur*', un osservatore superficiale potrebbe desumere dalle parole *per pignoris*, che si leggono prima della lacuna, che in tutta la pagina mancante si parlasse di quell'azione formulare. Ma ciò non è possibile; come è esattamente scritto nella nota apposta a questo punto nell'edizione di Arangio-Ruiz e Guarino, 'benché dall'ultima riga della pagina precedente e dalle prime della seguente sembri risultare che [Gaio] abbia discorso soltanto della finzione relativa alla *pignoris capio*, dal paragrafo 33 si deduce che l'indagine si è estesa anche alle altre  *legis actiones*, ad esclusione della sola *condictio*'.  
<sup>13</sup> *Une catégorie d'actions négligée*, cit., p. 317 ss.

<sup>14</sup> Così, ad esempio, già R. DEKKERS, *La fiction juridique*, cit., p. 186 ss.; da ultimo, TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 122 ss., il quale, fra l'altro, afferma che per la  *legis actio sacramento*, «neppure in astratto, si poteva prospettare una *fictio legis actionis*» e che a Gaio, nell'espone le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', erano date due alternative: o passare sotto silenzio quest'azione di legge o – è l'ipotesi preferita dall'autore – ricordare «brevemente o, se si vuole, implicitamente» proprio che «in quanto era una ( *legis*) *actio generalis*, era escluso che sul *sacramentum* si modellasse una *fictio legis actionis*».

<sup>15</sup> La possibile esistenza di un'azione siffatta era contemplata con molte perplessità da F. DE VISSCHER, *La condictio et le système de la procédure formulaire*, Paris-Gand, 1923, p. 18 nt. 2. Un'azione con *formula ficticia* è, invece, recisamente esclusa dal TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 131 ss. (si veda *infra*, nt. 58).

<sup>16</sup> E', evidentemente, impossibile dar conto in questa sede di tutte le ipotesi riguardanti una possibile *actio expressa* sul *modus agendi* della *manus iniectio*. A livello meramente esemplificativo, tra gli autori più risalenti, vorrei ricordare: J. BARON, *Die Condictio*, Berlin, 1881, p. 211 ss., il quale, pur accettando parzialmente la ragioni addotte dal Demelius (*supra*, nt. 11), affermava la necessaria esistenza di un'azione con *formula ficticia* basata sulla *manus iniectio* a favore del legatario *per damnationem* al fine di consentire la condanna dell'erede *in duplum* (contrario all'ipotesi O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, p. 368 nt. 2). Tra gli autori più recenti, anche BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée*, cit., p. 317 ss., ravvisa, in generale, la possibilità di una *fictio* della *manus iniectio* nelle formule delle azioni con le quali si richiede il *duplum 'adversus infitiantes'*; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*<sup>2</sup>, Padova, 1999, p. 64 nt. 217, non esclude che così potesse essere foggiate l'azione *ex lege Aquilia adversus infitiantem* (sul tema generale dell'*infinitio* cfr. E. BIANCHI, *La «temerarietà» nelle Istituzioni di Gaio (4.171-182)*, in «SDHI», LXVII, 2001, p. 251 ss.). TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 128 ss. – esclusa, invece, la possibilità di ravvisare un'*actio* con *formula ficticia* di *manus iniectio* nelle azioni con le quali '*adversus infitiantem in duplum agimus*' – ritiene che si possa intravedere l'esigenza di una siffatta *fictio* nelle situazioni per cui il soggetto era '*damnas dare*'. L'autore pensa che possa esser accaduto che – mentre in un'originaria situazione (con tutta probabilità, corrispondente allo stato del diritto nel primo ventennio del III secolo a.C.) la *damnatio* sarebbe stata protetta dalla *manus iniectio* – «in epoca successiva si andasse affermando una formulazione in cui, per evitare dubbi, si prevedesse esplicitamente accanto alla *damnatio*, l'esperibilità della *manus iniectio*». Ulteriormente, l'autore ipotizza che «Ancora più tardi, può darsi che si affermasse una prassi in cui ... si sancisse soltanto la *manus iniectio*, senza una *damnatio*, e correlativamente la *damnatio*, il *damnas esto dare*, in quanto tale, individuasse soltanto un (*dare*) *oportere*, da far valere nelle forme del processo di cognizione». In uno sviluppo del genere – afferma l'autore – «si può comprendere come, in presenza di una *lex* che concedesse solo la *manus iniectio*, la giurisprudenza non configurasse un *oportere* a carico del debitore, onde alla *manus iniectio* non corrispondesse l'esistenza di un'*obligatio civilis*, quell'*oportere* su cui il pretore avrebbe potuto basare la formula di un'*actio quae sua vi ac potestate constab*». A detta dell'autore, questa

*nis opinio* sussiste solo sulla conclusione per la quale necessariamente Gaio avrebbe menzionato, in relazione alle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', qualcuno dei *modi agendi* delle tre residuali *legis actiones*, ma che – oltre questa conclusione – non vi è, invece, identità di vedute.

In ogni caso, l'impianto generale dell'esposizione gaiana, come ritenuto necessario dalla *communis opinio*, è mantenuto anche da parte di chi – è il caso del Pugliese – ritiene che nell'ultima parte della lacuna (quella che immediatamente precede il § 32, che – stando all'integrazione recepita dal maggior numero degli editori – inizierebbe con un '*item*')<sup>17</sup> si facesse menzione di un'altra azione '*ad pignoris capionem expressa*'<sup>18</sup>. Condivido sostanzialmente questa conclusione<sup>19</sup>, ma non posso che

costituirebbe «una situazione omologa a quella in cui ... si faceva ricorso alla  *fictio pignoris capionis*». Significativo, peraltro, che svolte queste considerazioni, il Talamanca (*op. cit.*, p. 131 nt. 272) precisi che l'ipotesi ch'egli ha appena tracciato «era solo una delle strade che si aprivano davanti ai  *prudentes*; che essa sia stata quella effettivamente percorsa è reso probabile dall'impossibilità di trovare un altro contesto che giustifichi il ricorso alla  *fictio manus iniectionis*». Stupisce non poco che, nonostante l'onestà intellettuale di tale ammissione, l'autore affermi – e in termini di certezza – la necessaria esistenza, nella lacuna del 31a, di un' *actio* con  *fictio* di  *manus iniectio* (si veda anche  *infra*, nt. 55). Solo parzialmente coincidente con quella del Talamanca, ma basata su rilievi di natura esegetica, è l'ipotesi che viene formulata da ALBANESE,  *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 26 ss., il quale ritiene che potrebbe «riferirsi ad una formula con finzione di  *manus iniectio* nell' *intentio* l'oscuro cenno che si legge in Gai. 4.24 ad una  *forma legis Furiae testamentariae* che sembra adottata da Gaio come istituto vigente». Devo, al riguardo, dire che anch'io ( *Fictio Iuris*, cit., p. 220 nt. 136) avevo giudicato interessante rilevare l'impiego, nel passo, del termine ' *forma*' a proposito di quella che si potrebbe dire una modifica, lì da Gaio giudicata arbitraria, della ' *forma*' della  *lex Furia testamentaria* e mi ero chiesto se quell' «inserimento», non giustificato dal testo della legge, non potesse celare una  *fictio*. Non riscontro, però, elementi sufficienti che consentissero di sviluppare questa ipotesi. Mi pare che non si possa andar oltre e che nello stesso senso vadano i termini di massima prudenza con i quali l'Albanese formula l'ipotesi.

<sup>17</sup> Per le questioni relative a questa lezione si vedano i rimandi bibliografici in BISCARDI,  *Une catégorie d'actions négligée*, cit., p. 312 nt. 2, cui rinvia anche ALBANESE,  *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 11 nt. 15, osservando poi (nt. 16) che, mentre l' ' *apparet*' immediatamente precedente assicura, con alta probabilità, che la parola iniziale di Gai.,  *inst.* 4.32 fosse l'inizio di un periodo autonomo, nulla, invece, «vieta di congetturare anche altra parola iniziale: ad es.,  *At* o  *Et*». Considera certa l'integrazione ' *contra*' il MAGDELAÏN,  *Naissance de la procédure formulaire*, cit., p. 155 nt. 15, che, però, non giustifica i motivi della scelta. In critica all'ultimo autore, sottolinea l'incertezza di qualsiasi integrazione TALAMANCA,  *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 114 nt. 199, il quale, peraltro, sembra poi ( *op. ult. cit.*, p. 131) opinare per il più recepito ' *item*'. Questa era l'integrazione, data per scontata, dal Pugliese (si veda la nota seguente).

<sup>18</sup> G. PUGLIESE,  *Qualche nuova osservazione sulla pignoris capio dei Publicani e Gai. 4, 32*, in «Collatio Iuris Romani. Études H. Ankum», II, Amsterdam, 1995, p. 407, partendo dalla constatazione che al § 32 Gaio parla dell'azione concessa al publicano, osserva che: «Verosimilmente della medesima azione, ma relativa ad altro rapporto sostanziale, trattava il paragrafo precedente, poiché quello di cui parliamo comincia con ' *Item*'».

<sup>19</sup> Dato che anch'io rilevavo ( *Fictio Iuris*, cit., p. 256 nt. 200) come dal tenore del § 32 parrebbe evincersi che probabilmente, nelle righe illeggibili immediatamente precedenti si fosse trattata altra azione con  *fictio* di  *pignoris capio*, mi sia consentito precisare che, contrariamente a quanto mi attribuisce TALAMANCA,  *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 118 nt. 219, non mi sono mai immaginato di negare che sussista connessione sintattica tra ' *talis*' e ' *ut*', né ho mai asserito una connessione, sempre su piano sintattico, tra ' *talis*' e quanto Gaio doveva aver detto nella parte finale della lacuna. In quella sede ponevo una correlazione sul piano logico, in quanto, oltre che dalla controversa integrazione ' *Item*' (sulla quale si fonda la già riferita ipotesi del Pugliese che anche nelle righe immediatamente precedenti il § 32 si parlasse di un'azione  *ad pignoris capionem expressa*), avevo riscontrato un frequente uso da parte di Gaio di ' *talis*' per indicare qualcosa di cui il giurista aveva già parlato e – posto che al § 32 si parla dell' *actio publicano proposita*, espressamente (sebbene ellitticamente) conformata sul  *modus agendi* della  *pignoris capio* – mi era parso di poter trarre da ciò un indizio (né di più pretendevo) nello stesso senso voluto dal Pugliese. Riscopro che un rilievo analogo (a quello effettivamente da me svolto) è stato formulato dal medesimo Talamanca, il quale osserva ( *op. cit.*, p. 111) che Gaio doveva aver evidenziato la necessaria esistenza di almeno un altro caso di azione costruita con  *fictio* di  *legis actio*, argomentando ( *op. cit.*, p. 111 nt. 192) che «Ciò si desume con sicurezza dal modo –  *talis fictio est* – con cui si riferisce, nel § 32, alla  *fictio pignoris capionis*». Il Talamanca opina anche ( *op. cit.*, p. 131) che, all'inizio di Gai.,  *inst.* 4.32, prima di dar conto dell' *actio publicano proposita*, costruita con  *fictio* di  *pignoris capio*, l' ' *item*' colleghi «il ricordo di quest'ultima  *fictio* a quanto precedentemente detto, che doveva vertere sulla  *fictio manus iniectionis*». Nondimeno, da ciò non vorrei inferire che l'autore ponga una «connessione sintattica» tra ' *talis*' e quanto Gaio doveva aver detto in precedenza. Il punto di dissenso sta, invece e com'è evidente, nell'attribuire all' *incipit* di Gai.,  *inst.* 4.32: ' *Item* – se questa è l'integrazione corretta –  *talis fictio est ...*' il significato di riportarsi al medesimo specifico modulo descritto nello stesso § 32 (come io ritengo) ovvero ad un modulo più generico (come vorrebbe il Talamanca). L'opinione dell'illustre studioso è, però, sostanzialmente basata sul convincimento (a mio avviso errato e, comunque, indimostrabile) dell'esistenza di un' *actio ad legis actionem per manus iniectionem expressa* (che egli è costretto ad ipotizzare – pur

costatare che, anche se aumenta il numero delle *actiones expressae* sul *modus agendi* della *pignoris capio*, non si scalfisce il ragionamento per cui almeno qualcuno dei *modi agendi* delle *legis actiones*, diverse da questa e dalla *condictio*, avrebbe dovuto essere trattato da Gaio.

Né la *communis opinio* è revocata in dubbio considerando i differenti tentativi di ricostruzione circa le parole che dovevano seguire quel '*per pignoris*', che si legge nel § 31*a* immediatamente prima che il testo del palinsesto divenga illeggibile<sup>20</sup>.

Altrove ho già espresso l'adesione a quell'ipotesi dottrinarica secondo la quale nella parte iniziale del § 31*a* Gaio avrebbe indicato nel *modus agendi* della *pignoris capio* quello con cui si realizzava il '*lege agere damni infecti*'<sup>21</sup>, ma – evidentemente – anche accettando quest'ipotesi il ragionamento tradizionale non verrebbe scalfito.

Il ragionamento rimarrebbe concludente anche ad accettare entrambe le ipotesi accennate, sia quella riguardante la parte iniziale sia quella riguardante la parte finale della lacuna. In tal caso si potrebbe solo affermare che capo e coda dell'illeggibile § 31*a* afferirebbero, sia pure sotto profili differenti<sup>22</sup>, alla *pignoris capio*. La parte centrale della lacuna avrebbe comunque dovuto trattare almeno qualche azione costruita con finzione di *legis actio* differente da *pignoris capio* e da *condictio*. Di quale entità potesse essere la parte iniziale (l'esplicazione del *lege agere damni infecti* attraverso la *pignoris capio*), di quale quella della parte centrale (l'illustrazione – secondo la *communis opinio* – di *actiones expressae* su qualcuna delle tre residuali *legis actiones*), di quale quella finale (la trattazione un altro caso di *fictio* di *pignoris capio*) risulterebbe ovviamente, impossibile dire<sup>23</sup>.

---

riconoscendo che, oltre a quella concessa al publicano, non vi è traccia di altre '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' – sulla base della *communis opinio* e cioè della necessità che esistessero altri *modi agendi*, diversi da *condictio* e *pignoris capio*, che da Gaio fossero stati riportati a questa categoria).

<sup>20</sup>) Pacifico è solo che a '*Per pignoris*' seguisse '*capionem*'. Si veda, però, *infra*, nt. 109, per la proposta di una pur minimale integrazione.

<sup>21</sup>) L'ipotesi secondo la quale il '*lege agere damni infecti*' si sarebbe realizzato tramite la *pignoris capio* ha, già in passato, trovato illustri sostenitori. A livello esemplificativo, cfr. M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Römische Civilprozess*, I, Bonn, 1864-1867, p. 204 nt. 13, e O. KARLOWA, *Der Römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, p. 216 ss. E si può, poi, ricordare che anche secondo l'opinione di M. WLASSAK, *Römische Prozeßgesetze*, I, Leipzig, 1888, p. 269 ss., la *pignoris capio* aveva un ruolo fondamentale nel *lege agere damni infecti*. Secondo questo studioso, essa costituiva la prima fase della procedura, che sarebbe stata extraprocessuale, realizzandosi in un'intimazione formale di allontanare il pericolo incombente, alla quale – in caso di disobbedienza dell'avversario – sarebbe seguita un'azione, davanti al pretore. Più recentemente, a favore dell'ipotesi, si sono dichiarati C.ST. TOMULESCU, *Sur la legis actio damni infecti*, in «RIDA.», XIX, 1972, p. 435 ss. e F. BETANCOURT, *Recursos suplementarios de la «cautio damni infecti» en el derecho romano clasico*, in «AHDE.», XXXV, 1975, p. 12 s. Ultimamente, nuove argomentazioni sono state addotte soprattutto da B. ALBANESE, *Gai. 4, 31 e il lege agere damni infecti*, in «AUPA.», XXXI, 1969, p. 5 ss. (cfr. ID. *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1993, p. 55 e nt. 191) e G. FALCONE, *Sulle tracce del 'lege agere damni infecti'*, in «AUPA.», LXIII, 1995, p. 521 ss. e p. 525 nt. 17. Qualche piccola argomentazione, di carattere meramente filologico, anche in BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., p. 241 ss. Che si tratti d'ipotesi sufficientemente diffusa nella romanistica mi par dimostrato dalla circostanza che essa viene presentata, in termini di fortissima probabilità, anche in opere di taglio istituzionale, doverosamente ispirate a criteri di prudenza; cfr., ad esempio, M. MARRONE, *Istituzioni di Diritto Romano*<sup>2</sup>, Palermo, 1995, p. 313. Contro l'ipotesi, ma con impostazioni reciprocamente assolutamente incompatibili, G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate in diritto romano*, Padova, 1937, p. 52 ss., e A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle «stipulationes praetoriae»*, Napoli, 1960, p. 82 ss. Da ultimi – ma sempre con impostazioni reciprocamente affatto incompatibili – CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1872 ss., e TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 115 ss., che si richiama espressamente ai rilievi del Branca, sui quali *infra*, nt. 69.

<sup>22</sup>) Sotto quello di un'azione ancora esperibile, sebbene in via di desuetudine se non già del tutto desueta, per quella particolare fattispecie e sotto quello di un modulo recepito da più azioni formulari fittizie.

<sup>23</sup>) Altrove (BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., p. 246 ss., per l'esame dei relativi passi: p. 253, per l'indicazione delle righe utilizzate) ho già fatto presente l'impossibilità di indicare quanto spazio avrebbe potuto occupare, all'inizio della lacuna, l'esplicazione dei motivi per i quali la *cautio damni infecti* costituisse mezzo '*commodius*' e '*plenius*' rispetto al '*lege agere damni infecti*', che si realizzava – secondo l'ipotesi che mi appare più verosimile – attraverso la *pignoris capio*, limitandomi a suggerire quale unico e assolutamente approssimativo parametro quello costituito da altri passi del manuale gaiano ove il giurista formula giudizi usando costruzioni col comparativo. Le righe, in tali casi impiegate per l'esplicazione della comparazione, variano da 3 a 7 circa. Per quanto riguarda la parte finale, cioè l'illustrazione delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', l'unico parametro possibile sarebbe costituito dallo spazio che è appunto riservato dal § 32 per la presentazione e la (sommaria) illustrazione dell'azione formulare *publicano proposita*. E'

3. Pur condividendo entrambe le ipotesi che ho rammentato è altra la ragione per cui sono portato a dubitare fortemente dell'opinione tradizionale. A mio avviso, la *pignoris capio* era la sola *legis actio* cui si conformava e sul cui *modus agendi* si fondava la «categoria» delle azioni '*quae ad legis actionem exprimitur*'.

Si tratta, evidentemente, di dimostrare l'erroneità del ragionamento posto dalla dottrina tradizionale alla base delle proprie conclusioni.

L'argomento, che in passato ho addotto<sup>24</sup> e che qui intendo suffragare con qualche nuova osservazione, muove da una rilettura del § 33 volta ad individuare quale fosse la finalità in esso perseguita da Gaio.

Lo scopo dell'informazione è – come cercherò di dimostrare – essenziale nell'interpretazione del passo e, quindi, nelle conseguenze che se ne traggono.

Riporto innanzitutto il § 33:

Gai., *inst.* 4.33: Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. Sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus; nec ullam adiungimus conditionis fictionem. Itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.

Secondo la dottrina tradizionale (e ammetterei *prima facie*) qui Gaio fornisce due informazioni: in primo luogo il giurista ci informerebbe dell'assenza di una *factio conditionis* nel senso dell'assenza di una *factio* basata sul *modus agendi* della *legis actio per conditionem*; in secondo luogo Gaio ci fornirebbe la spiegazione dei motivi che impedivano, vigente la procedura formulare, l'esistenza di una siffatta *factio*<sup>25</sup>. Erano realmente queste le finalità informative del passo considerato? Voleva Gaio effettivamente informarci che, a differenza di *fictiones* basate sui *modi agendi* di altre *legis actiones*, mancava una *factio* «*expressa*» sul *modus* della *legis actio per conditionem* e indicarci i motivi di tale carenza? E perché mai, per dire ciò, Gaio non ha usato un'espressione più conforme all'essere le '*actiones*' – come aveva dichiarato nel § 10 – '*expressae*' sulla *legis actio*? Perché non dire, assai più semplicemente, '*nulla autem actio ad conditionem exprimitur*'? Da parte della *communis opinio* si risponderà che l'informazione poteva essere resa, pur con qualche imprecisione<sup>26</sup>, anche nei termini che si leggono nell'*incipit* del § 33.

Personalmente, sarei portato a credere che le cose non stiano così. La lettura tradizionale travisa, a mio parere, la specifica finalità perseguita dal giurista, individuandola, per l'appunto, in quella di render nota l'assenza di una *factio* modellata sulla *legis actio per conditionem*. Dubitò che questa fosse stata la finalità di Gaio il de Visscher, per un verso, sottolineando l'inutilità di affermare l'assenza della '*factio conditionis*', dato che non riscontrava alcun carattere peculiare della *legis actio per conditio-*

evidente che, anche in questo caso, si tratta di un parametro assai incerto, dato che non conosciamo il numero delle azioni '*ad legis actionem expressae*' che Gaio può aver trattato prima di passare a quella a noi nota. Si può, poi, ipotizzare che almeno una precedente e a noi sconosciuta *factio* di *pignoris capio* occupasse uno spazio assai maggiore rispetto a quello riservato alla *factio* dell'azione formulare *publicano proposita*. Un'illustrazione più esauriente di un'altra azione simile per struttura a quella concessa al publicano ben potrebbe spiegare la laconicità di Gaio nel rammentare l'esistenza di quest'ultima. Se il § 32 costituisse l'ultima parte di un discorso tutto svolto su azioni conformate al solo *modus agendi* della *pignoris capio* la concisione qui dimostrata dal giurista troverebbe piena giustificazione (su ciò *infra*, nt. 77).

<sup>24</sup> BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., p. 229 ss.

<sup>25</sup> In questo senso BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée*, cit., p. 317 ss. E', del resto, evidente, come osservato da G. PUGLIESE, *Gai. 4, 32 e la pignoris capio*, in «Mélanges Ph. Meylan», I, Lausanne, 1963, p. 292, che – caduto il '*condicere adversario ut ad iudicem accipiendum die XXX adesset*' e sopravvissuta nel processo formulare la parte sostanziale dell'azione di legge, vale a dire, il '*dare facere oportere*' – non fosse necessaria una *factio*, là dove la *condictio* si era trasfusa nelle formule. A mio avviso, però, le parole di Gaio sono funzionali all'introduzione delle azioni formulari che '*sua vi ac potestate constant*' e non, invece, ad una considerazione, a sé stante, sull'impossibilità di costruire un'azione con finzione del '*modus agendi*' della *legis actio per conditionem*.

<sup>26</sup> Si vedano i già rammentati rilievi (*supra*, nt. 7) dell'Albanese sulla stranezza di una formula '*expressa ad fictionem*'.

nem che potesse «faire croire à la nécessité d'introduire une fiction dans les formules *quibus pecuniam aut rem aliquam certam nobis dari oportere intendimus*», per l'altro, intuendo che la ragione dell'affermazione doveva essere ricercata nella «persistenza» del termine '*condictio*' nell'ambito della procedura *per formulas*, senza peraltro riuscire ad individuarla e, conseguentemente, definendo l'*incipit* del § 33 un enigma<sup>27</sup>.

La rilettura che ho proposto muove, appunto, dai dubbi espressi dal de Visscher. Quale motivo, diverso da quello di fornire l'informazione dell'assenza di una '*fictio condictio*', può aver spinto Gaio a dire quel che dice nel § 33?

A mio avviso, Gaio non intende affatto informarci dell'assenza di azioni formulari con *fictio* di *condictio*, ma vuole solo sottolineare che nessuna *formula* del nuovo processo – di cui si accinge proprio da quel punto a parlarci – deve essere «i n t e s a» come una *fictio* di *condictio* e con questa confusa.

Più precisamente Gaio dice che nessuna delle formule che oggi utilizziamo trae fondamento – '*exprimitur ad*'<sup>28</sup> – da una *fictio* della *condictio-denuntiatio* e prosegue sottolineando che ciò è tanto vero che, anche '*sive ... pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus*' (cioè se proponiamo azioni formulari per quelle medesime fattispecie per le quali a loro tempo la legge Sillia e quella Calpurnia avevano introdotto la *legis actio per condictioem*)<sup>29</sup>, '*nec ullam adiungimus condictiois fictionem*'<sup>30</sup>. Che il discorso gaiano possa essere volto, non già a sottolineare l'assenza – di per sé – di una *fictio condictio*, ma semplicemente finalizzato ad evitare il rischio di un fraintendimento circa il fondamento delle *actiones in personam*, mi pare, quindi – almeno in linea astratta – possibile.

Sempre nella prospettiva di questa lettura alternativa, si potrebbe, poi, sottolineare che quest'esigenza di non ingenerare confusioni si manifesta esplicitamente quando il giurista prosegue dicendo che, in tutti i casi in cui si utilizzano '*eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus*'<sup>31</sup> si comprende immediatamente che le formule impiegate valgono di per sé ('*simul intellegimus sua vi ac potestate valere*') che esse appartengono, cioè, al secondo corno della '*divisio*' che era stata prefigurata al § 10 del IV libro<sup>32</sup>. Il richiamo alle fattispecie che, un tempo, ricevevano tutela attraverso la *legis actio per condictioem* assume, dunque, un senso non solo se svolto allo scopo di esplicitare le ragioni che impedivano l'esistenza di una *fictio condictio* – così come vorrebbe la *communis opinio*<sup>33</sup> – ma anche se finalizzato ad evitare una possibile confusione strutturale, evidenziando il diverso fondamento delle azioni che '*sua vi ac potestate valent*' rispetto a quelle '*quae ad legis actionem exprimuntur*' – di cui ha appena finito di

<sup>27</sup>) DE VISSCHER, *La condictio*, cit., p. 19 ss. L'autore, proprio volgendo la sua attenzione al passo in considerazione, giungeva a chiedersi quali potevano mai essere i motivi che avevano spinto Gaio a fornire un'informazione (quella dell'assenza di una *fictio condictio*) che risultava già implicita e ovvia, stante che la struttura del *modus agendi* della *legis actio* non si prestava, neppure teoricamente, ad essere recepita come *fictio* di azioni formulari. Il passo gaiano – sotto questo profilo – costituiva per lo studioso un «énigme».

<sup>28</sup>) Cfr. *infra*, § 5 e nt. 83-84.

<sup>29</sup>) Gai., *inst.* 4.19: '*Haec autem legis actio constituta est per legem Silliam et Calpurniam, lege quidam Sillia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re*'.

<sup>30</sup>) Si tratta evidentemente di proposizione semanticamente omologa a quella precedente come imposto dalla congiunzione copulativa '*nec*'. Che la proposizione sia resa sotto il profilo strutturale è dimostrato dall'espressione '*adiungere fictionem*', la quale assume un senso solo con riferimento alla formula ed alla sua struttura. Si vedano i §§ 34-38 che iniziano con il richiamare la presenza delle '*alterius generis fisiones in quibusdam formulis*' e che fanno costante riferimento all'*intentio* e alla *conceptio verborum*.

<sup>31</sup>) Non fa meraviglia che il giurista impieghi il verbo '*intendere*' prima di aver esplicitato (lo farà al § 41) la relativa parte della formula. Di '*intendere*' egli ha fatto uso anche in precedenza (cfr., ad esempio, Gai., *inst.* 4.2 e 3). Il ripetuto uso del verbo nel § 33 può, forse, costituire un utile parametro per l'eventuale ricostruzione delle *formulae* delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*'. Su ciò *infra*, § 8.

<sup>32</sup>) Testo riportato al § 1.

<sup>33</sup>) Così lo intendeva, invece, il BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée*, cit., p. 317 ss., il quale sottolineava anche l'eleganza delle ragioni addotte dal giurista, per spiegare l'impossibilità di un'azione formulare contenente la *fictio* della *legis actio per condictioem*. Concordo, naturalmente, sull'eleganza, non sulla finalità dell'esposizione, che è funzionale, non già a far intendere i motivi per i quali sarebbe stato impossibile costruire una *fictio condictio*, ma a chiarire che le *condictiones* formulari non erano (né le si doveva intendere come) azioni costruite con *fictio* di *condictio*.

dire – con l'avvertimento che il *'dare oportere'*, presente nelle azioni formulari *in personam*, non trova ragion d'essere in una *fictio* della *legis actio per conditionem*, pur se quest'ultima conteneva identica espressione.

Infine, anche la conclusione del § 33, da *'eiusdem naturae'* sino ad *'et aliae innumerabiles'*, può esser letta – senza ostacoli – nella prospettiva che propongo: svolta l'avvertenza di non intendere le *conditiones* del processo formulare quali *fictiones* della *condictio* dell'antica procedura, il giurista completa, infatti, la contrapposizione delle due categorie prefigurate al § 10 (categorie, entrambe fondanti<sup>34</sup>) con l'informare che, così come l'*actio certae creditae pecuniae* e l'*actio certae rei*, anche le azioni che egli nomina esemplificativamente – *'actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum'*<sup>35</sup> – tutte *actiones in personam*, partecipano della stessa natura delle *conditiones* essendo anch'esse fondate su un'autonomia *'vis ac potestas'*<sup>36</sup>. L'esito finale del § 33, tante volte oggetto di feroce critica nei confronti dell'autore delle *institutiones*, o finanche sospettato d'interpolazione<sup>37</sup>, è, invece, corretto nel preciso contesto del discorso gaiano: *'et aliae innumerabiles'* (scil. *actiones* e non già *formulae*) ben si giustifica in rapporto alla contrapposizione di due categorie di azioni, la seconda delle quali (quella fondata sulla propria *'vis ac potestas'*) è individuata in negativo rispetto alla prima (le *'actiones, quae ad legis actionem exprimuntur'*) che è, invece, costituita da un numero conchiuso (ed evidentemente, data l'entità della lacuna, in cui doveva trovar posto anche l'esplicazione del *lege agere damni infecti*<sup>38</sup>, assai ristretto)<sup>39</sup>. L'espressione *'et aliae innumerabiles'* vale qui ad indicare «tutte le altre azioni», in quanto tutte<sup>40</sup>, ap-

<sup>34</sup>) *Infra*, § 4.

<sup>35</sup>) O. LENEL, *Der prätor in der legis actio*, in «ZSS.», XLIII, 1909, p. 344 (= *Gesammelten Schriften*, Napoli, 1991, p. 360), sottolinea la circostanza che i tre casi presentano la comune caratteristica di ricevere tutela sia con azione *in ius* che con azione *in factum*, esprime l'ipotesi che l'esemplificazione possa esser giustificata dal fatto che, in precedenza, i rapporti nominati – al pari dell'*actio* concessa al pubblicano, della *condictio certae rei* e della *condictio certae pecuniae* – avrebbero ricevuto espressamente tutela dalle *legis actiones* e che Gaio «gerade darum die *formulae* aus ebendiesen Geschäften als Beispiele für *formulae* ohne Legisaktionsfiktion gewählt habe». Ad avviso dell'ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 21 nt. 37, non vi è un particolare criterio alla base dell'esemplificazione. Concordo sostanzialmente con l'opinione; a mio avviso, la circostanza che le azioni menzionate potevano avere *formulae* tanto *in ius* quanto *in factum conceptae* (delle quali si sarebbe parlato di lì a poco nei §§ 45-47) soccorreva a rafforzare la contrapposizione delle due categorie indicate nella *divisio* del § 10, facendo intendere che, se le azioni *in personam* con formula *in ius concepta* non dovevano esser intese quali azioni *'ad legis actionem per conditionem expressae'*, anche quelle con formula *in factum concepta* rientravano necessariamente (e, potremmo dire, a maggior ragione) tra le azioni *'quae sua vi ac potestate valent'*.

<sup>36</sup>) Sull'espressione, che pare di tutta evidenza un'endiadi, si veda, soprattutto, B. KÜBLER, *“Erg, ka` dunEmei, vi ac potestate*, in «ZSS.», LXXII, 1939, p. 562 ss.; cfr. anche ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 9 nt. 14, secondo il quale, se in generale la locuzione può avere – a seconda dei casi – il senso delle espressioni moderne «potere essenziale», «rilevanza essenziale», «fondamento essenziale» o simili, «sembra certo che in Gai. 4.10 e 33, *vis ac potestas* allude alla base essenziale, a ciò che costituisce ragion d'essere».

<sup>37</sup>) S. SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica*, II. *Natura actionis in Gai. 4. 33* (già in «BIDR.», XXXXVIII-L, 1948, p. 346 ss.), ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, p. 648, pur rilevando che l'espressione *'innumerabiles'* è «una locuzione gaiana» che si rinviene correttamente impiegata in Gai., *inst.* 2.13 e 4.46, ritiene che in Gai., *inst.* 4.33 essa «pecchi di enfasi bizantina» e che, in quanto riferita ad *actiones* e non a *formulae*, debba essere considerata un'interpolazione. Si potrebbe, tuttavia, osservare che nel § 33, si trattava delle *'actiones quae sua vi ac potestate constant'*, giusta la *divisio* del § 10, e che queste azioni, specie in rapporto a quelle che *'ad legis actionem exprimuntur'* (il cui numero – tanto per l'opinione tradizionale, quanto per quella che si è avanzata nelle pagine precedenti – doveva necessariamente essere estremamente ridotto), ben potevano essere indicate come *'innumerabiles'*. Sul termine si vedano anche le differenti valutazioni di S. RICCOBONO, «*Formulae ficticiae*» a normal means of creating new law, in «TR.», IX, 1929, p. 59, e di GARCIA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, cit., p. 321.

<sup>38</sup>) Così in base alla diffusa ipotesi che ho riferito (*supra*, nt. 21). In ogni caso, anche gli autori che ne dissentono sono, in genere, concordi nel ritenere che il tema trattato all'inizio del § 31a non fosse rappresentato da quello delle azioni *'ad legis actionem expressae'*. Un'eccezione è costituita dall'insostenibile ipotesi del Branca (*Infra*, nt. 69).

<sup>39</sup>) Dubito che il metodo scelto dal giurista avrebbe potuto esser diverso. Per individuare una categoria composta da numerosissimi elementi o si doveva elencarli tutti (ed era praticamente impossibile) o si doveva procedere per esclusione contrapponendola ad altra categoria. La scelta era stata, evidentemente, operata sin dal § 10.

<sup>40</sup>) Il sintagma *'et aliae innumerabiles'*, seguendo all'esemplificazione che Gaio ha appena svolto, parrebbe riferirsi alla generalità delle azioni *in personam*. Tenendo presente il dettato gaiano si può rilevare come il giurista operi una progressiva differenziazione delle *'actiones quae sua vi ac potestate valent'* rispetto ad un'ipotetica *fictio* di *condictio*. Da questa si differenziano innanzitutto le azioni date, nella procedura formulare, per i casi in cui le leggi Silia e Calpurnia consentivano la *l.a. per conditionem*. Un insieme più ampio è poi dato da tutte le azioni *in personam* con *intentio* in

punto, si contrapponevano alle pochissime costituenti la categoria basata sulla *factio* della *legis actio*.

A questa rilettura si potrebbe obiettare che l'avversativa '*autem*' indurrebbe a ritenere che, quando Gaio afferma che non vi è *formula ad conditionis fictionem expressa*, egli volesse contrapporre quest'informazione a quelle che aveva fornito nella lacuna e dunque all'illustrazione di un'azione o di più azioni *expressae* sui *modi agendi* di qualcuna almeno delle *legis actiones* differenti dalla stessa *condictio* e dalla *pignoris capio*. A tale obiezione, però, si potrà facilmente replicare con l'osservare che l'*'autem*' ben si giustifica per il solo fatto che l'affermazione gaiana segue l'illustrazione dell'*actio publicano proposita*, che è '*expressa*' sul *modus agendi* della *pignoris capio*. Insomma per giustificare quell'*'autem*' non è affatto necessario che, in precedenza, si siano trattate o accennate azioni basate su più *modi agendi*; un solo *modus* è sufficiente a spiegarne la presenza<sup>41</sup>.

*ius concepta*. Uno ancora maggiore da tutte le azioni *in personam*, quale ne sia l'*intentio*. Il sintagma '*et aliae innumerabiles*' sembra evidentemente allargare ai suoi massimi limiti l'ultimo e più esteso insieme. Più gli insiemi sono ristretti e maggiore risulta l'affinità con il *modus agendi* della *l.a. per conditionem*. Più sono ampi e più il loro comune denominatore si sposta da quest'affinità verso il fondamento, la '*vis ac potestas*', che li accomuna. Ci si potrebbe, però, chiedere perché la contrapposizione delle due categorie del § 10 venga assolta, al § 33, con riguardo alle *actiones in personam* e non a quelle *in rem* del processo formulare. Evidentemente anche per queste ultime sarebbe stato corretto affermare un '*sua vi ac potestate valere*', così come lo si afferma per la generalità di quelle *in personam*. Mi pare molto probabile, però, che per le formule delle azioni *in rem* non si avvertisse la necessità di affermare che esse non traevano fondamento da una *factio* della *legis actio sacramenti (in rem)* proprio per il motivo, giustamente sottolineato dalla moderna dottrina, consistente nella stessa inconcepibilità di una *factio* della *l.a. sacramenti*, stante la natura generale dell'*actio* (sia *in rem*, sia *in personam*): cfr. *supra*, nt. 14. A livello di mera congettura non si potrebbe escludere tassativamente che un qualche sintetico cenno alle '*vindicationes*' del processo formulare fosse contenuto nella lacuna che precede il § 17a del IV libro, dove sembra si dovesse concludere la trattazione della *legis actio*. Un tal cenno, sebbene non indispensabile, avrebbe potuto – sia esplicitamente che implicitamente – rimarcare l'autonoma valenza, la '*vis ac potestas*' delle formule con le quali si asseriva un '*ex iure Quiritium esse*', rispetto al '*meum esse*' dell'azione di legge. Contro questa congettura sta il dato che, nelle Istituzioni giustiniane, un siffatto cenno – a differenza di quanto accade per le *condictiones* (cfr. *infra*, nt. 47) – non si rinviene affatto. Un motivo più consistente, da affiancare a quello già rammentato della natura generale della *legis actio*, potrebbe, forse, individuarsi nella circostanza che i *certa verba* della *legis actio per sacramentum* – diversamente da quelli della *legis actio per conditionem* – contengono un riferimento causale ('*secundum suam causam*'; '*qua ex causa*': cfr. Gai., *inst.* 4.16). Com'è notissimo, sulla connessione o meno del riferimento causale all'affermazione di appartenenza, si contrappongono due scuole di pensiero (delle cui rispettive argomentazioni non è evidentemente il caso di dar conto in questa sede). Qui basterà sottolineare che anche a non voler seguire l'opinione di chi connette «funzionalmente» le parole '*secundum suam causam*' al processo (così C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino, 1980, p. 14 ss.) e aderendo, invece, al più diffuso orientamento secondo il quale l'espressione si dovrebbe, al contrario, considerare «una giustificazione formale del gesto solenne» (così ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 65 ss., cui rinvio per le argomentazioni e per l'indicazione delle fonti; cfr. M. MARRONE, '*Rivendicazione [diritto romano]*', in «ED.», LXI, Milano, 1989, p. 2 ss. e 14 ss.), rimane, comunque, il dato che nei *certa verba* della *legis actio per conditionem*, a differenza che in quelli della *legis actio sacramenti*, è assente un qualsiasi riferimento causale sia pur stilistico, il che poteva, facilmente, far considerare il «transito» del '*dare oportere*', da quest'azione di legge alle *formulae* con *intentio in ius* delle *actiones in personam*, più immediato rispetto al «transito» del '*ex iure Quiritium meum esse*' della *legis actio per sacramentum* al '*ex iure Quiritium A. Agerii esse*' delle *vindicationes* formulari. Come l'analogia, pur se solo stilistica, sussistente tra la struttura della *l.a. per conditionem* e quella delle *actiones in personam* con *intentio in ius*, poteva probabilmente suggerire a Gaio l'espressa negazione che una *factio* della *l.a. per conditionem* fosse alla base delle *condictiones* formulari, così il difetto di un'analogia strutturale tra *l.a. sacramenti in rem* e *vindicationes* formulari poteva evitare la necessità di una corrispondente espressa negazione.

<sup>41</sup>) Nel testo ho svolto considerazioni, per così dire, in «negativo» per dimostrare che l'avversativa non si spiega unicamente aderendo alla *communis opinio* che vuole che, prima dell'*'autem*', siano state illustrate o menzionate *actiones expressae* su *modi agendi* differenti da quelli della *condictio* e della *pignoris capio*. Parlando ora, sempre per così dire, in «positivo» vorrei evidenziare che l'*'autem*' si spiega assai meglio accettando la lettura che propongo, secondo la quale al § 33 si era ormai conclusa, con la descrizione di azioni, tutte strutturate sul *modus agendi* della *pignoris capio*, la trattazione delle *actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*. L'*'autem*', nella mia ricostruzione oppone addirittura i due corni della *divisio* operata al § 10, mentre seguendo la *communis opinio*, esso verrebbe speso in chiusura del discorso relativo alle *actiones ad legis actionem expressae* per escluderne dal novero la *legis actio per conditionem*. In tal senso sembra, invero, orientato M. BRETONE, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXI, 2001, p. 312, che sottolinea il «sottile gioco stilistico di *autem* e *itaque simul*» (espressioni che, a mio avviso, soccorrono entrambe alla contrapposizione delle due categorie di azioni e non si pongono reciprocamente in funzione avversativa, bensì complementare), mentre non coglie la (sempre a mio avviso) fondamentale correlazione logica tra l'*'Itaque simul intellegimus*' del § 33 e il '*Quod ut manifestum fiat ...*' del § 10, sulla quale *infra*, nt. 61.

La finalità perseguita dal giurista nel § 33 potrebbe, quindi, esser stata non già quella di dar l'informazione dell'assenza di una  *fictio condictio* , ma quella, ben differente, di evitare una confusione del fondamento delle azioni che *'sua vi ac potestate valent'* con quello del *modus agendi* della  *legis actio per condictioem* , con ciò contrapponendo le due categorie che erano state annunziate nel § 10.

4. A questo punto riterrei di aver suggerito una lettura del testo gaiano semplicemente alternativa a quella tradizionale, ma di non aver ancora offerto ragioni perché questa venga preferita a quella. A tal fine devo dimostrare che l'esigenza di non ingenerare confusioni fosse – nel § 33 – quella effettivamente perseguita da Gaio.

Che le cose stiano nei termini che ho sin qui esposto credo possa essere dimostrato da un'altra affermazione che si legge nel IV libro del manuale del giurista antonino. Dopo aver illustrato al § 17*b* in cosa consistesse il *modus agendi*<sup>42</sup> della  *legis actio per condictioem*  e dopo aver ricordato, in chiusura dello stesso paragrafo, che *'condicere autem denuntiare est prisca*<sup>43</sup> *lingua'*<sup>44</sup>, al § 18, il giurista prosegue sottolineando che, appunto in virtù della *denuntiatio* (cioè della formale intimazione), la *condictio* meritava *'proprie'* (potremmo dire «tecnicamente») il nome con il quale essa veniva designata<sup>45</sup>, concludendo – si noti il *'vero'* che oppone l'antica e corretta terminologia a quella corrente, che sta per introdurre – che *'nunc vero non proprie condictioem dicimus actionem in personam, qua intendimus dari nobis oportere'*. Il giurista mostrava, evidentemente, di avvertire una forte possibilità di equivoco sul termine *'condictio'*. Si tenga conto che della parola egli aveva già fatto uso nel § 5 come di quella corrente, al tempo in cui scriveva, per indicare le *actiones in personam*<sup>46</sup> (e si trattava di possibilità di equivoco tanto forte che gli sarebbe sopravvissuta)<sup>47</sup>. Nel § 18, nell'ambito della trattazione della  *legis actio per*

<sup>42</sup> Gai., inst. 4.17*b*: *'Per condictioem ita agebatur: AIO TE MIHI SESTERTIORUM X MILIA DARE OPORTERE: ID POSTULO aias an NEGES. Adversarius dicebat non oportere. Actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, IN DIEM TRICENSIMUM TIBI IUDICIS CAPIENDI CAUSA CONDICO. Deinde die tricensimo ad iudicem capiendum praesto esse debebant ...'*.

<sup>43</sup> La variante *'pristina'* («PSI.») non muta evidentemente il senso della definizione.

<sup>44</sup> Non può sussistere dubbio alcuno che la definizione fosse corretta. Ne troviamo precisi riscontri oltre che in fonti giuridiche (*infra*, nt. 46) in primo luogo presso i Grammatici. A titolo esemplificativo cfr. Paul., *epit.*, sv. *'condictio'* (L.<sup>2</sup> p. 58.3): *'Condictio in diem certum eius rei, quae agitur, denuntiatio'* (W. STRZELECKI, *C. Atei Capitonis fragmenta*, Leipzig, 1967, p. 53, ritiene probabile la derivazione del passo dal *De iure augurali* di C. Ateio Capitone); Serv., *Comm. in Verg. Aen.* 3.117: *'condictio id est denuntiatio, cum denuntiat, ut ante diem tertium quis ad inaugurandum adsit ...'*; ma, sempre esemplificativamente, cfr. anche Plaut., *Curc.* 5: Liv., *urb. cond.* 1.39.9; Tac., *Germ.* 11; Gell., *noct. Att.* 10.24.9 e 16.4.4; cfr. H.G. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1965, sv. *'condicere'*, p. 80, e H.E. DIRKSEN, *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum. Thesauri Latinitatis Epitome*, Berlin, 1887, p. 183 sv. *'condicere'* e *'condictio'*. Sulla valenza atecnica di *'condictio'* cfr. J. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die Condictio als Bereicherungsklage*, Leipzig, 1907, p. 52 s.

<sup>45</sup> Gai., inst. 4.18: *'Itaque haec quidem actio proprie condictio vocabatur: nam actor adversario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die XXX adesset'*. Si noti che, mentre nella parte iniziale e qui riportata del paragrafo Gaio impiega l'imperetto, nel seguito (riportato nel testo) utilizza il presente dovendo dar conto di una questione terminologica che era attuale ai suoi tempi e che assumeva un ruolo significativo ai fini della contrapposizione delle due categorie prefigurate al § 10.

<sup>46</sup> Gai., inst. 4.5: *'Appellantur autem in rem quidam actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus DARI FIERIVE OPORTERE intendimus, conductiones'*. Dopo aver definito nei §§ 2 e 3 rispettivamente l'*actio in personam* e quella *in rem*, il giurista informa che le *actiones in rem* si chiamano *vindicationes*, mentre quelle *in personam* con *intentio in ius concepta* (si veda l'insistente attenzione del § 2 all'*intentio* che ha per oggetto un *'dare facere praestare oportere'*) ricevono il nome di *conductiones*. E di *'condictio'* e di *'condicere'* il giurista fa uso nel senso di *actio in personam*, in contrapposizione appunto a *'vindicare'*, in inst. 2.79. A maggior ragione, quindi, nel § 18, essendosi, intanto, approfondita la trattazione sulle azioni ed, appunto, mentre si parla della  *legis actio per condictioem* , occorre svolgere questa puntualizzazione sulla «proprietà terminologica». Sulla correttezza del termine *'condictio'* e sull'esattezza dell'identificazione, operata da Gaio, delle *conductiones* con tutte le *actiones in personam*, cfr. F. CASAVOLA, *Actio Petitio Persecutio*, Napoli, 1965, p. 20 s., ove specie sulla base di D. 44.7.25.pr. (Ulp. l. *sing. regul.*) e sottolineando il valore paradigmatico del termine *'condictio'*, se ne difende l'eshaustività in opposizione alle critiche mosse da F. BONIFACIO, *Ius quod ad actiones pertinet*, Bari, 1963, p. 108 ss., secondo il quale, l'identificazione gaiana non esaurirebbe la categoria delle azioni personali, rimanendone esclusi i *iudicia bonae fidei*. In generale, sulla *summa divisio* tra *actiones in rem* e *actiones in personam* con riferimento tanto alle Istituzioni gaiane quanto a quelle giustiniane, cfr. G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, 1989, p. 15 ss.

<sup>47</sup> Come risulta di tutta evidenza dalla lettura di *Iust. inst.* 4.6.15 (passo che, non a caso, fonde in un unico

*condictionem*, egli si preoccupava di evidenziare l'improprietà di quest'accezione. Gaio concludeva il § 18 dicendo che *'nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit'*. Quest'ultima frase (sarà mantenuta senza variante alcuna dalle Istituzioni giustinianee<sup>48</sup>) costituisce la chiave di lettura per individuare il senso dell'affermazione dell'*incipit* del § 33.

Nel § 18, concludendo una precisazione terminologica, si dice che, *'hoc tempore'* (cioè vigente la procedura formulare), non vi è alcuna *denuntiatio* in un'*actio in personam* *'qua intendimus dari nobis oportere'*. Il § 33, che – come si è visto – è tutto incentrato sul *'dari nobis oportere'* contenuto nelle *actiones in personam*, esordisce con la frase *'nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur'*.

Ora che le due affermazioni, quella iniziale del § 33: *'nulla autem formula ad condictionis fictionem<sup>49</sup> exprimitur'* e quella finale del § 18: *'nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit'* siano volte al medesimo fine di chiarificazione a me appare evidente. Entrambe negano che il paradigma che era stato proprio della *legis actio per condictionem* possa essere rapportato alle azioni *in personam* del processo formulare. In entrambe si vuol porre l'attenzione sull'esigenza di non confondere le *condictiones* formulari con la *legis actio per condictionem*. Nella frase finale del § 18 tale avvertenza è proposta a chiusura di una esplicazione terminologica; nella frase iniziale del § 33 ad apertura della precisazione sul differente fondamento delle *'actiones quae sua vi ac potestate valent'*, in quanto occorre sottolineare che il momento fondante di tali azioni non era costituito da una  *fictio condictionis-denuntiatio*.

Che il giurista avvertisse l'opportunità di ribadire sul piano del fondamento delle *actiones in personam* quanto già aveva esplicito in chiusura della precisazione terminologica del § 18 mi pare cosa di tutta evidenza solo che si consideri che, al § 33, il giurista era giunto all'inizio della trattazione della struttura del processo formulare. Quale sede era più propizia? La precisazione si rendeva dunque opportuna in considerazione della confusione che la struttura della procedura formulare poteva indurre rispetto al *'modus agendi'* della *legis actio* e risultava tanto più necessaria, dopo che da ultima, nel § 32, si era trattata una delle *'actiones, quae ad legis actionem exprimuntur'*, prefigurate nel § 10.

Il § 33 – secondo la lettura che ho proposto – non deve quindi essere inteso come la somma dell'informazione dell'assenza della  *fictio* della *legis actio per condictionem* e dell'esplicazione dei motivi che giustificano quest'assenza, ma – unitariamente – quale avvertimento a non operare confusioni (obbiettivamente causate dall'ambivalenza del termine *condictio*<sup>50</sup> e dall'affinità strutturale del *modus*

---

contesto Gai., *inst.* 4.5 e 4.18, impiegando in luogo di *'non proprie'* l'espressione *'abusivae'*: *'Appellamus autem in rem quidam actiones vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones. Conditio enim est denuntiare prisca lingua: nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit'*. Cfr. anche Theoph., *inst. par.* 4.6.10; per il cui raffronto con il passo gaiano si veda C. FERRINI, *I commentari di Gaio e l'indice greco delle Istituzioni*, in *Opere*, I, Milano, 1929, p. 101.

<sup>48</sup>) Cfr. la nota precedente.

<sup>49</sup>) Non vi è dubbio alcuno che qui si debba intendere *'ad condictionis fictionem'* come *'ad legis actionis per condictionem fictionem'*. Non può accettarsi l'interpretazione del MAGDELAIN, *Naissance de la procédure formulaire*, cit., p. 156 s., secondo il quale qui *'condictio'* vale *'denuntiatio'*. Non avrebbe senso affermare che, nelle formule delle azioni *in personam*, manca la  *fictio* di una *denuntiatio*, cioè di un'intimazione formale. E' solo al complessivo esperimento della *legis actio per condictionem* che l'espressione può far riferimento. In quel complessivo esperimento vi erano le parole *'dare oportere'*, formulate senza l'indicazione di una causa come, invece, avveniva per il *sacramentum* e la *iudicis arbitrive postulatio*. Che la seconda delle menzionate azioni di legge fosse causale risulta espressamente da Gai., *inst.* 4.17a; per la prima e più antica, pur non potendo fruire dell'illustrazione che, in proposito, Gaio doveva aver fornito (informazione che doveva esser contenuta nell'illeggibile pagina 192 del palinsesto veronese) vi è la precisa testimonianza in Prob., *not. iur.* 4.1, circa il *'mihi dare oportere'* contenuto nel suo *modus agendi*, ma non vi è attestazione della sua causalità. Ciò non di meno questa è, in generale, asserita in dottrina cfr. M. KASER, K. HACKL, *Zivilprozeßrecht*, München, 1996, p. 88 nt. 11. Sul punto si veda, soprattutto, C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale*, cit., p. 74 ss., secondo il quale, prima dell'introduzione della *legis actio per condictionem*, non era possibile *lege agere* – né con azione di cognizione, né con azione esecutiva, né per un *arbitrium* – se non *'nominata causa'*, cioè con espressa e formale indicazione, da parte dell'attore, dello specifico fondamento dell'*actio* da lui promossa. Ad avviso dell'autore, precedentemente alla creazione della *l.a. per condictionem*, «la causalità era, dunque, un tratto comune a tutte le *legis actiones*». Invece, secondo l'opinione di TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 167 nt. 404, *l'agere sacramento* doveva esser concepito in forma astratta.

<sup>50</sup>) Ambivalenza espressamente dichiarata nel § 18 che si è appena considerato nel testo.

*agendi* di questa *legis actio* con la *condictio* formulare<sup>51)</sup> tra le azioni formulari *in personam* e un'ipotetica *fictio* dell'antica *condictio*. Il § 33 costituisce, cioè, il momento di chiarificazione del diverso fondamento delle due categorie annunziate nel § 10.

Si può allora ragionevolmente ritenere che nel § 33 non si concluda, menzionandone l'assenza riguardo alla *legis actio per condictioem*, un elenco delle *legis actiones* che erano recepite in chiave di *fictiones* nel processo formulare, ma che con esclusivo riguardo al processo formulare, si sottolinei appunto che quelle prendono il nome di '*condictiones*' non devono essere intese come azioni costruite sulla *fictio condictiois-denuntiationis*. Il § 33, contro le apparenze<sup>52)</sup>, non costituisce la chiusura del discorso intorno alle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', ma l'inizio della trattazione delle '*actiones quae sua vi ac potestate valent*'. L'illustrazione delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' si era conclusa con il § 32 ove si era accennato all'azione *publicano proposita*<sup>53)</sup>.

Se le cose stanno così, vengono meno quelle perplessità adombrate dal de Visscher<sup>54)</sup> sui motivi che avrebbero spinto il giurista a sottolineare l'assenza della *fictio condictiois*: Gaio, infatti, non sta espressamente affermando la mancanza di una *fictio* della *legis actio per condictioem*, ma sta semplicemente richiamando l'attenzione – esattamente come aveva fatto nel § 18 – sull'esigenza di non confondere le *condictiones* del processo formulare con il *modus agendi* della *legis actio per condictioem*.

Se questa rilettura è corretta non hanno pregio i tentativi di esplicitare – formulando ipotesi, di grande complessità e scarsa linearità, al riguardo – la ragione di quella pretesa stranezza per cui Gaio menziona solo nel § 33 la *condictio*, invertendo così, rispetto alla *pignoris capio*, l'ordine della trattazione dei singoli *modi agendi* svolta nei §§ 11-29<sup>55)</sup>. Non vi è alcuna stranezza: la *condictio* è richiamata solo quando il discorso sulle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' si è già concluso e non vi è quindi alcuna connessione con l'ordine seguito nei §§ 11-29 per illustrare le *legis actiones*.

Ma, soprattutto, se le cose stanno così, viene meno l'argomentazione essenziale di quella consolidata conclusione della dottrina<sup>56)</sup> secondo la quale, nella lacuna del § 31a, avrebbe « n e c e s -

<sup>51)</sup> Affinità del tutto pacifica in dottrina e per la quale mi limito a rinviare alle già riferite osservazioni del Pugliese (cfr. *supra*, nt. 25).

<sup>52)</sup> Si veda il *Conspectus Rerum* del BOEKING. Stante la lacuna del § 31a, l'apparenza è data dall'immediato seguire delle frasi '*nulla autem formula ad condictiois fictionem exprimitur*' alle parole con le quali si menzionava una *fictio* di *pignoris capio*. Come in un giuoco ottico l'*incipit* del § 33 viene percepito come completamente di quanto veniva esposto nel paragrafo precedente. Basta, però, mutare l'angolazione di lettura e il § 33 si rivela, non già come il completamento del discorso sulle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', ma l'inizio di quello sulle *actiones* che '*sua vi ac potestate valent*'.

<sup>53)</sup> La proposta lettura dell'*incipit* del § 33 risulta evidentemente incompatibile sul piano logico con la congettura (*infra*, nt. 58) per cui la categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' potrebbe essere composta di azioni in parte costruite con *formula ficticia* (come quella attestata da Gai., *inst.* 4.32) e in parte prive di *fictio*, ma che avrebbero richiamato al solo Gaio un'antica azione di legge. Se la lettura che propongo è corretta la categoria non può che essere costituita che da sole azioni con formula fittizia. Gaio indica, infatti, il fondamento della seconda categoria di azioni sul rilievo dell'assenza, in queste medesime azioni, di un'ipotetica *fictio* di una *legis actio*. Necessariamente la prima categoria non può che avere, alla sua base, una finzione.

<sup>54)</sup> *Supra*, nt. 27.

<sup>55)</sup> Così, da ultimo, TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 119, il quale, trattando del possibile criterio seguito da Gaio nell'espone, nella lacuna, le varie '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', osserva: «Bisogna tener presente che il giurista poteva seguire al riguardo un duplice ordine di esposizione: o trattare per primi dei *modi agendi* rispetto ai quali si dava una *fictio legis actionis* e poi di quelli in cui ciò non accadeva; o fare un'enumerazione dei singoli *modi agendi*, rilevando uno per uno l'esistenza o meno della *fictio*. Se Gaio seguiva il primo ordine di esposizione, nel § 31a non poteva trattare di *modi agendi* per cui non fosse prevista una *fictio*. Ciò era, invece, possibile, se avesse seguito il secondo: ma questa alternativa è da escludere, in quanto in tal caso non si capirebbe perché della *condictio* si fosse parlato per ultima, invertendo l'ordine di esposizione osservato nella trattazione delle singole *legis actiones* in Gai 4.11-29. Ciò viene avvalorato dalla constatazione che nel § 32 – prima di passare nel § 33 a dire della *condictio*, dove non ricorreva la *fictio* – il giurista trattava della *pignoris capio*, l'ultima delle *legis actiones* diverse dalla *condictio* secondo l'ordine dei §§ 11-29. Si deve quindi concludere che, nel § 31a, Gaio discuteva nell'ordine anzidetto dei *modi agendi* diversi dalla *condictio*, perché in essi rinveniva una tale *fictio* (o qualcosa di analogo)». Dubito fortemente dell'esattezza di queste considerazioni, costruite al fine di spiegare quello che – a mio avviso – costituisce un falso problema a sua volta suscitato dall'errata lettura operata dalla *communis opinio* del § 33. Si veda anche *infra*, nt. 58.

<sup>56)</sup> *Supra*, nt. 8 e 12.

s a r i a m e n t e » dovuto essere menzionata almeno qualcuna delle azioni di legge diverse dalla *pignoris capio* e dalla *condictio*. Quell'argomentazione si basa, appunto, sulla considerazione che – dopo aver illustrato il recepimento della *pignoris capio* nella finzione di un'azione formulare – il giurista lo abbia, invece, «espressamente» escluso per la *legis actio per condictioem*. Ovviamente, se nel § 33 manca una tale espressa esclusione, perché Gaio stava solo ribadendo in altri termini la precisazione che già aveva esposto nel § 18, non si può più concludere come vuole l'opinione tradizionale e il passo non può più essere addotto quale prova della necessaria esistenza di finzioni basate su qualche altra *legis actio*. Né si può più trascurare la circostanza che l'ultima parola che si legge prima della lacuna è '*per pignoris*' e che ciò che si legge, dopo la medesima lacuna, riguarda una *fictio* basata sulla *pignoris capio*<sup>57</sup>.

Che, poi, finzioni basate su qualche altra *legis actio* potessero essere state menzionate non si può evidentemente a rigore escludere: la lacuna continua ad essere tale, ma ciò appare possibile solo ritenendo che Gaio non abbia qui ispirato la sua esposizione ai criteri di linearità e geometria che – comunemente – sono riconosciuti alla sua opera istituzionale. La possibilità che Gaio parlasse di finzioni così costruite o di azioni prive di formula fittizia, ma comunque riconducibili all'essere in qualche modo *ad legis actionem expressae*<sup>58</sup>, è tanto remota che la si può ipotizzare solo tacciando il giurista di *inconcinnitas*<sup>59</sup>.

Da quanto detto deriva ragionevolmente che tutte le righe illeggibili avrebbero dovuto riguardare, ad un titolo o ad un altro, la sola *pignoris capio* e, almeno in termini di altissima probabilità, che in esse avrebbero dovuto trovare posto altre azioni formulari basate sul *modus agendi* della *pignoris capio*<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Mi pare, quindi, evidentemente tautologica l'obiezione mossami da TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 114 nt. 200, il quale critica la lettura che offro del § 33 e le conclusioni che ne traggio (nelle linee fondamentali già esposte in *Fictio iuris*, cit., p. 229 ss.) opponendo in primo luogo che «la *fictio legis actionis* non si aveva solo per la *pignoris capio*». Posto che la convinzione del grande studioso (del tutto coincidente – su questo punto – con la *communis opinio*) si fonda (esclusivamente) sull'interpretazione tradizionale del § 33, mi pare improprio opporre ad una nuova interpretazione del passo, non già argomenti a favore della lettura tradizionale e contro la nuova, ma semplicemente la conclusione cui porta la medesima tradizionale lettura. Sull'altra obiezione del Talamanca si veda *supra*, nt. 19.

<sup>58</sup> Mi riferisco all'ipotesi di TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 131 ss., il quale – esclusa la possibilità di costruire un'*actio* con *formula ficticia* basata sul *modus agendi* della *iudicis arbitrive postulatio*, in base al rilievo che, nei *iudicia divisoria*, non si fa valere un diritto soggettivo sul piano civilistico e alla conseguente considerazione che «Il processo si basava dunque non sull'*actio* dell'attore (o le *vindicationes* delle parti nell'*agere sacramento in rem*), cui si coordinavano i *certa verba*, ma soltanto su questi ultimi» – è poi indotto a ritenere che «Ciò può aver costituito – forse solo per Gaio – uno spunto per rinvenire, se non una *fictio legis actionis*, un'*actio quae ad legis actionem exprimitur*». Al che posso solo osservare che se mi risultano correttissime le argomentazioni dell'insigne studioso che escludono l'esistenza di un'*actio* con *fictio* di *iudicis arbitrive postulatio*, errato mi pare, invece, per i motivi esposti nel testo, il presupposto di partenza basato sulla *communis opinio* che debbano esistere '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' con riferimento a *legis actiones* differenti dalla *pignoris capio*. Se in genere questo errato presupposto conduce ad immaginarsi – senza supporto di alcuna traccia nelle fonti – azioni con *formulae ficticiae* conformate alle azioni di legge, per la *iudicis arbitrive postulatio*, esso porta addirittura a forzare la categoria prefigurata al § 10 rendendola eterogenea (composta, in parte da azioni con formula fittizia, in parte da azioni che evocherebbero, in qualche altro modo, un'azione di legge) e ad attribuire a Gaio – in ciò più o meno al solito – una scarsa se non nulla capacità intellettuale. Così, a detta del Talamanca, quest'*actio ad iudicis arbitrive postulationem expressa* tale poteva essere «forse solo per Gaio». Preferisco pensare che sia tale solo per il Talamanca. Ancor preferibile mi parrebbe trarre dalle considerazioni dell'autore argomentazioni utili per escludere che nella lacuna fosse contemplata un'azione comunque in qualche modo evocante la *iudicis arbitrive postulatio*, da tale esclusione trarre la conseguente conclusione che nella lacuna non si dovevano, quindi, trattare i diversi *modi agendi* delle *legis actiones* nell'ordine che era stato seguito ai §§ 11-29 (tanto più che un'*actio ad legis actionem sacramenti expressa* è esclusa dallo stesso Talamanca: cfr. *supra*, nt. 14); da tale conseguente conclusione, infine, trarre il dubbio circa l'effettiva menzione, nella medesima lacuna, di *modi agendi* differenti da quello della *pignoris capio*, il dubbio, insomma, sulla correttezza della lettura svolta dalla *communis opinio* del § 33.

<sup>59</sup> Accusa che – sostanzialmente – è mossa a Gaio dal CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1875, pur edulcorata dal riconoscimento al giurista antonino di una qualche (un distinguo in *op. cit.*, p. 1876) capacità sistematica.

<sup>60</sup> E, ovviamente, dalla circostanza che Gaio non parlava affatto di azioni '*expressae*' sui *modi agendi* diversi da quello della *pignoris capio* consegue che, all'epoca del giurista, azioni siffatte non esistevano. Non stupisce, quindi, che – come già rammentato – di queste non vi sia traccia in nessuna fonte. A questa conclusione non osta, ovviamente, la circostanza che Gaio abbia avvertito l'esigenza di illustrare, nei §§ 11-29, le cinque *legis actiones* e non soltanto quella, assai particolare, costituita dalla *pignoris capio*. Il giurista doveva, infatti, sottolineare l'autonoma valenza

Si potrebbe addirittura ipotizzare che la collocazione all'ultimo posto della *pignoris capio* nei §§ 11-29 sia stata preordinata all'essere la categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' costituita dal *modus agendi* di questa sola *legis actio*: non si può, infatti dimenticare che in chiusura del § 10 Gaio aveva finalizzato l'esposizione delle *legis actiones* al chiarimento della *divisio* che aveva prefigurato nella prima parte dello stesso paragrafo ('*quod ut manifestum fiat, opus est ut ...*') e non si può non rilevare che è proprio nel § 33 che, con l'espressione: '*simul intellegimus*', fa chiaramente intendere di aver ormai raggiunto lo scopo di chiarire le ragioni della distinzione delle due categorie<sup>61</sup>. Nello stesso senso, poi, potrebbe leggersi l'insistenza<sup>62</sup> di Gaio nel rammentare sia il dibattito giurisprudenziale relativo all'essere o meno la *pignoris capio* un'azione di legge, sia la soluzione positiva raggiunta dai '*plerique*'<sup>63</sup>. E, ulteriormente, nello stesso senso potrebbero individuarsi anche i motivi

delle *legis actiones* e ciò era possibile esplicitare solo trattando complessivamente le azioni di legge. L'illustrazione di «*tutte*» le *legis actiones* era indispensabile anche per il caso in cui ad una sola azione di legge si conformassero le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' e lo era tanto più quanto quell'azione – come appunto la *pignoris capio* – presentasse suequisite peculiarità che la differenziavano dalle restanti.

<sup>61</sup> Il giurista ha già impiegato identiche o analoghe espressioni proprio per dar conto di precedenti *divisiones*. Così in Gal., *inst.* 1.50 si legge: '*Videamus nunc de his quae alieno iuri subiectae sunt; nam si cognoverimus, quae istae personae sint, simul intellegemus, quae sui iuris sint*'. Anche in questo caso dalla conoscenza di una determinata categoria (quella delle *personae alieno iuri subiectae*) discenderà l'immediata comprensione dell'altra categoria (le *personae sui iuris*). Ancora, in Gai., *inst.* 1.142, a proposito della *divisio* tra le *personae* che '*vel in tutela sunt vel in curatione*' e quelle che '*neutro iure tenentur*', si legge: '*Videamus igitur, quae in tutela, quae in curatione sint: ita intellegemus ceteras personas, quae neutro iure tenentur*'. Si tratta, come si vede, di uno schema espositivo abituale per il giurista. Si annuncia che un corno della *divisio* verrà esplicitato in negativo descrivendo gli elementi che compongono l'altro corno. Nel § 33 si è realizzato l'intento chiarificatore dichiarato, al § 10, con le parole: '*Quod ut manifestum fiat, opus est ut ...*'. Anche per questo verso appare realmente insostenibile l'opinione secondo la quale la *divisio* del § 10 avrebbe costituito un semplice «escamotage» di Gaio per giustificare il proprio *excursus* sulle *legis actiones* (si veda *infra*, nt. 67). Il giurista non soltanto apre l'*excursus* annunciando che tramite esso risulterà chiarita la *divisio*, ma al § 33 – dopo aver esaurito sia la trattazione delle *legis actiones* sia l'elencazione dei casi per i quali queste ancora sopravvivevano sia, infine, la menzione delle azioni che costituivano la categoria di quelle '*ad legis actionem expressae*' – sottolinea come, a questo punto, appaia evidente che il fondamento della seconda categoria di azioni è del tutto diverso e autonomo consistendo in una '*sua vis ac potestas*'. L'impegno assunto nel § 10 è stato puntualmente assolto.

<sup>62</sup> Parlo di insistenza, perché Gaio, oltre che annoverare, in *inst.* 4.12, la *pignoris capio* tra i cinque modi nei quali '*lege agebatur*', aveva espressamente ribadito in *inst.* 4.26, all'inizio dell'illustrazione dell'azione, che '*Per pignoris capionem lege agebatur ...*'. E, a voler essere precisi, si noti che, quando introduce le altre *legis actiones*, il giurista esordisce diversamente. Così, per la *l.a. sacramenti*: 4.13: '*Sacramenti actio generalis erat ...*'; per la *l.a. per iudicis arbitrive postulationem*: 4.17a: '*Per iudicis postulationem agebatur*'; per la *l.a. per conditionem*: 4.17b: '*Per conditionem ita agebatur ...*'; per la *l.a. per manus iniectionem*: 4.21: '*Per manus iniectionem aequae <de> his rebus agebatur ...*'. Si può, ovviamente, tralasciare il dettato impiegato per la *l.a. sacramenti*, atteso il suo dichiarato carattere generale, ma, per esordire allo stesso modo delle restanti anche per la *pignoris capio*, il giurista avrebbe dovuto scrivere: '*Per pignoris capionem agebatur*', non come, invece, fa: '*lege agebatur*'. Nessuno, per quanto aveva detto e ribadito, avrebbe potuto dubitare che l'azione era una *legis actio*. Perché, dunque, aprire al § 29, l'ultimo dedicato alle azioni di legge, una parentesi su un dibattito ormai evidentemente sopito (tutto il discorso è svolto all'imperfetto) sull'appartenenza o meno della *pignoris capio* al novero delle *legis actiones*? Per mero scrupolo antiquariale? E' risposta che mi parrebbe di dover escludere. L'ascrivere fra le azioni di legge la *pignoris capio* risponde essenzialmente all'esigenza di fondare (= '*exprimi*': cfr. *infra*, § 6 e nt. 84 per i riscontri lessicali dell'Albanese) la categoria di azioni che ad essa si conforma; si veda anche la nota successiva.

<sup>63</sup> CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1872 ss., sottolinea che il § 29 è incentrato sulla qualificazione della *pignoris capio*, non sulla sua disciplina (sul punto concorde TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 116). Se si accetta la lettura che propongo la precisazione gaiana diviene assolutamente indispensabile. Si può, infatti, ritenere che Gaio avvertisse l'esigenza di sottolineare come la *pignoris capio* meritasse il *nomen* di '*legis actio*' non tanto ad un fine antiquariale o solo perché vi era un'unica azione appartenente al primo corno della *divisio* prefigurata al § 10 configurata sul *modus agendi* della *pignoris capio* (quella *publicano proposita*), ma proprio perché occorre giustificare che con l'espressione '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' ci si riferiva ad una categoria conformata e fondata sul *modus agendi* del tutto peculiare della *pignoris capio*. Se questa *legis actio* costituiva – come io credo – l'unico modulo della categoria, non poteva mancare una particolare insistenza da parte del giurista né sulla soluzione positiva raggiunta dai '*plerique*' né sulla ragione (la presenza nel *modus agendi* dei *certa verba*, sulla valenza dei quali cfr. R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico mondo romano*, Palermo, 1967, p. 288 ss.) che a tale soluzione conduceva ('*et ob id plerique placebat ...*'); non doveva, infatti sussistere il minimo dubbio, non tanto sulla qualificazione che la *pignoris capio* aveva in antico ricevuto, quanto su quella che era invalsa, ormai da tempo, quando Gaio scrive. E', infatti, essenziale che le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' si conformino e si fondino su una *legis actio* (ancorché solo teoricamente) esperibile. Anzi – sia pure con tutte le cautele che il punto impone – sarei portato a ritenere che lo stesso antico dibattito rife-

dell'inversione, operata al § 31, dell'ordine espositivo con il quale il giurista parla dei due soli ambiti nei quali è permesso utilizzare le *legis actiones* (dapprima il *iudicium centumvirale*, poi il *lege agere damni infecti*) rispetto a quello col quale lo aveva presentato immediatamente prima: '*tantum ex duabus causis permittitur lege agere; damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est*'. Se l'inversione sembra, da un lato, corrispondere ad un profilo, in certo qual modo, di decrescente valore rispetto all'effettività dell'utilizzo dei due superstiti casi di *legis actiones*<sup>64</sup>, essa, riservando l'ultimo posto al *lege agere damni infecti*, può aver assolto ad indicare proprio in questo un punto essenziale per la comprensione delle due categorie poste al § 10 e, sino a quel punto, non ancora esplicate.

Nella parte iniziale della lacuna del § 31a – secondo la diffusa ipotesi che ho riferito<sup>65</sup> – veniva esplicito che il *modus agendi* del *lege agere damni infecti* era quello della *pignoris capio*; poi venivano esposte le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', tutte basate – per quanto ho detto – sulla medesima *legis actio*. E', a mio avviso, poco credibile ritenere che questi temi, tutti incentrati sulla stessa azione di legge, venissero qui esposti come a se stati. Impossibile se si considera che sul *modus agendi* della *pignoris capio*, *modus* ai tempi del giurista ancora attuale, si fondavano (si dovevano fondare, perché la categoria da esse costituita avesse significato) le azioni '*ad legis actionem expressae*'.

Appare evidente un intimo legame tra la categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', il *lege agere damni infecti* ed il *modus agendi* della *pignoris capio*, l'unico di cui Gaio non aveva ancora detto nel corso dell'illustrazione dei *modi agendi* di tutte le *legis actiones*<sup>66</sup>, l'ultimo di cui avrebbe detto per il rilievo che assumeva ai fini della *divisio*.

Tutta l'esposizione, insomma, delle *legis actiones* è effettivamente<sup>67</sup> finalizzata a porre il fonda-

---

rito da Gaio sulla «natura» della *pignoris capio* possa essere stato coevo alla creazione delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*'. Il pragmatismo dei giuristi romani li avrebbe difficilmente indotti ad una riflessione meramente teorica, mentre l'esigenza di costruire azioni con *factio* di *pignoris capio* avrebbe facilmente potuto condurli a dibattere sull'appartenenza o meno dello strumento al novero delle *legis actiones*. Da quell'appartenenza sarebbe disceso il fondamento stesso delle azioni così costruite, se non anche la medesima possibilità di concepirne la creazione. Rilevo, del resto, che CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1873, sottolinea la circostanza che Gaio non fa riferimento ai suoi *praeceptores* o ai *diversae scholae auctores*, ritiene – a mio avviso correttamente – che «la controversia non era entrata nel repertorio dei dissensi tra Sabiniani e Proculiani». A me pare che appunto una collocazione temporale nel periodo subito seguito alla riforma giuliana consentirebbe di esplicitare il non recepimento di questo dibattito nel novero delle controversie tra le due scuole. Sull'alta probabilità che il periodo di emersione di tali azioni sia quello immediatamente seguito alle riforme giudiziarie di Augusto si veda anche *infra*, § 7.

<sup>64</sup>) Il '*sane quidem*', se questa è la lezione da conservare, con cui il giurista introduce l'esposizione del perdurare della *legis actio sacramenti* per i giudizi centumvirali, correlativa al '*vero*', con cui si confronta il diverso vigore della *legis actio damni infecti* consente, a mio avviso, di cogliere quest'ordine di decrescente rilevanza sul piano dell'effettività dell'impiego dei due casi superstiti. Sulla lezione '*sane*' si vedano, peraltro, le osservazioni di FALCONE, *Sulle tracce del 'lege agere damni infecti'*, cit., p. 533 nt. 43, e i miei rilevi in *Fictio Iuris*, cit., p. 235 nt. 171.

<sup>65</sup>) *Supra*, nt. 21.

<sup>66</sup>) Cfr. Gai., *inst.* 4.12-29. Nei paragrafi richiamati, com'è notissimo, Gaio illustra i rispettivi *modi agendi* del *sacramentum* (cfr. *inst.* 4.16 per quello '*in rem*', mentre quello '*in personam*', secondo tutti gli editori, doveva esser esposto nell'illeggibile pagina 192 del palinsesto veronese) della *iudicis arbitrive postulatio* (*inst.* 4.17a) della *condictio* (4.17b) della *manus infectio* (4.21). Così, però, non fa per quello della *pignoris capio*, pur dichiarando che anche questa era stata ritenuta una *legis actio* in virtù dei *certa verba* che dovevano esser recitati. Non risulta, dunque, verosimile che il giurista avesse differito l'esposizione di quel *modus agendi* proprio perché esso assolveva, ad un tempo, e all'esplicazione di uno dei due casi in cui era possibile usare l'antico processo, e all'indicazione del modulo conformante le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*'? E, d'altro canto, come poteva essere compresa l'azione '*expressa*' sulla *pignoris capio* e concessa al pubblicano, di cui Gaio parla al § 32, se il *modus agendi* – che nell'azione formulare si dava per compiuto – non fosse stato esplicito in precedenza?

<sup>67</sup>) Le considerazioni di CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1871 ss., ove si sostiene che la *divisio* del § 10 e soprattutto la categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' sarebbero di comodo, in quanto servivano a Gaio per svolgere l'illustrazione delle *legis actiones*, sono – a mio avviso – da capovolgere: l'illustrazione svolta ai §§ 12-29 assolve effettivamente a contrapporre le due categorie della *divisio* del § 10. Del resto, risulta difficile credere che il giurista avvertisse la necessità di inventarsi una *divisio* (e una *divisio* – come già si è detto, *supra*, nt. 3 – generale) per poter giustificare un *excursus* sulle *legis actiones*. A questo fine sarebbe stato ampiamente sufficiente dichiarare che dall'esposizione delle *legis actiones* sarebbero stati ricavati utili raffronti tra il regime antico e quello formulare, come ad esempio avviene – sotto differenti profili – ai §§ 13-14 tra la *legis actio sacramenti* e l'*actio certae creditae pecuniae*; o, ancora, sottolineare che dal regime delle *legis actiones* si traeva la ragione di determinati principi riscontrabili nel processo

mento delle due categorie annunziate nel § 10. Per la prima occorre, infatti, evidenziare, oltre che l'appartenenza della *pignoris capio* al novero delle azioni di legge era giustificata, anche che il *modus agendi* di quest'azione era mantenuto in vita attraverso il *lege agere damni infecti*. Per la seconda, individuata «in negativo» rispetto alla prima, occorre, invece, fugare il dubbio che il '*dare oportere*', proprio delle *legis actiones* dichiarative *in personam*, astratto in quella *per conditionem*, si ritrovava esattamente in tale forma in alcune azioni della procedura *per formulas* in forza, non già di una  *fictio* della stessa  *legis actio per conditionem*, bensì di un'autonoma '*vis ac potestas*' di queste azioni (la medesima '*vis ac potestas*' che era al fondamento di ogni altra azione 'non rientrante nella prima categoria).

Solo se le cose stanno nel senso che ho sin qui esposto si possono spiegare le ragioni della scelta operata dal giurista di parlare, in un ambito istituzionale, del *lege agere damni infecti*: perché mai, nel proprio manuale, Gaio avrebbe dovuto parlare di questo '*lege agere*' se il discorso fosse stato fine a se stesso? Il giurista ben sapeva (tanto che al § 31 lo avrebbe precisato) che '*damni infecti nemo vult lege agere*', che si trattava, cioè, di un mezzo processuale desueto che, come tale, avrebbe potuto essere trascurato in una trattazione istituzionale. Sembrerebbe, qui, cogliere nel segno chi ha sostenuto che la specificazione della particolare  *legis actio* «sarebbe stata del tutto fuori luogo in questo contesto»<sup>68</sup>. Posto, però, che ragioni logiche e filologiche mi impongono di ritenere che Gaio esplicasse come quel desueto '*lege agere*' si realizzasse attraverso il *modus agendi* della *pignoris capio*<sup>69</sup>, devo con-

---

formulare; penso, per non fare che un solo esempio, al *duplum* che, in taluni casi, segue l'*infinitio*, del che Gaio parla ai §§ 171-172 e che sarebbe rimasto inspiegabile senza l'illustrazione, ai §§ 21-25, della *manus iniectio* (sulla connessione di questi temi nell'esposizione gaiana cfr. BIANCHI, *La «temerarietà» nelle Istituzioni di Gaio*, cit., p. 251 ss. e 257 ss.). Se, dunque, una *divisio* era stata annunciata si doveva trattare di una *divisio* effettivamente avvertita ai tempi del giurista.

<sup>68</sup>) Così CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1870 ss., il quale – su tale base – esclude che l'*incipit* del § 31a possa riguardare il *lege agere damni infecti*, ritenendo, invece, che l'inizio del § 31a dovesse essere di un tenore simile al seguente: '*Per pignoris <casionem an agere liceret, lege Iulia lata quaesitum est, cum quidam eam legis actionem non esse putarent: sed, ut supra dictum est, plerisque hanc quoque legis actionem esse placuit, et ideo sublatam videri>*'. A questo *incipit* seguirebbe una lacuna di circa venti righe e mezza. L'ipotesi di integrazione è svolta sul presupposto (non dimostrato) che l'abrogazione delle  *legis actiones* sia stata effettuata in termini generali, così da porre «il problema di stabilire se, dopo la *lex Iulia*, si potesse ancora *pignus capere verbis* nei casi previsti dai *mores* e dalle leggi». Ciò – secondo l'autore – spiegherebbe come possa esser sorto il problema della natura della *pignoris capio* (cfr. *op. cit.*, p. 1874). A mio avviso queste considerazioni (si veda la critica su base esegetica di FALCONE, *Sulle tracce del «lege agere damni infecti»*, cit., p. 530 ss.) non sono convincenti. Se, infatti, si ammette che il *modus agendi* della *pignoris capio* era conservato, sia pure a livello più teorico che pratico, nell'ambito del *lege agere damni infecti* e che esso esauriva, poi, anche la categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', si spiega perfettamente l'insistenza di Gaio, al § 29, sulla questione della «natura» della *pignoris capio*. Neppure mi sembra convincente la ricostruzione del Cannata, là ove si vuole che Gaio abbia anche riaccennato alla diatriba sulla «natura» della *pignoris capio* (essendo stata proprio questa antica controversia a rendere necessarie sia la riaffermazione che '*hanc quoque legis actionem esse placuit*' sia la conseguenza che anche la *pignoris capio* '*sublata videri*' dalla *lex Iulia*). Ora, a me risulta davvero difficile credere che Gaio avvertisse il bisogno di ribadire quella disputa intorno alla natura della *pignoris capio* che, già, aveva accennato al § 29. E, pure, mi pare sia difficile pensare che egli debba aver ribadito che anche la *pignoris capio* era stata abrogata. Gaio, quando dichiara al § 30: '*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt ...*' e, poi, ancora '*Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones ...*', aveva ormai già riferito l'antica diatriba sulla «natura» di  *legis actio* della *pignoris capio*, così che, necessariamente, affermava – mi pare senza possibilità di equivoco – che anche la *pignoris capio* era stata abrogata (né i termini della questione si sposterebbero a voler considerare '*istae omnes*' glossema, come voleva S. SOLAZZI, *L'odio per le «legis actiones» in Gai 4. 30*, in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, p. 700; rimarrebbe, infatti, il riferimento alle '*legis actiones*', inequivocabilmente, a tutte le  *legis actiones*).

<sup>69</sup>) *Supra*, nt. 21. Si noti, incidentalmente, che gli oppositori dell'ipotesi che quello della *pignoris capio* costituisse il *modus agendi* del *lege agere damni infecti* costantemente richiamano – così da ultimo fa TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 115 e nt. 205 – le osservazioni formulate in proposito dal BRANCA, *Danno temuto*, cit., p. 5 ss. Stante l'impostazione esegetica del mio scritto, mi limito, in questa sede, a considerare solo gli argomenti che il Branca basa sul dettato gaiano, argomenti che egli opponeva a chi, come il KARLOWA, *Der Römische Civilprozess*, cit., p. 216 ss., riteneva che le parole '*Per pignoris*', che si leggono prima della lacuna, altro non potessero indicare se non il *modus agendi* col quale si realizzava il *lege agere damni infecti*. Una prima argomentazione si risolve nell'osservare che «sarebbe strano che lo scrittore dell'epoca imperiale non menzionasse fra i casi elencati di *pignoris capio* proprio quello che perdurerebbe ancora ai tempi suoi, cioè precisamente il più importante». L'argomentazione è priva di senso dato che, proprio perché – sotto il profilo dell'attualità – il caso era il più importante, gli si riservava un'esposizione autonoma e, in quella sede, si fornivano elementi circa il *modus agendi* della *pignoris capio*. Dell'inconsistenza dell'argo-

cludere che quest'informazione non era fine a se stessa. La si doveva esporre, in una strumentale comparazione con la *cautio*, al fine di fornire il modulo cui si conformavano e sul quale si fondavano tutte le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*'. Di quel modulo era, dunque, indispensabile parlare per porre il fondamento di una categoria di *actiones* contrapposte – nella *divisio* del § 10 – all'altra categoria «fondata», invece, sulla propria '*vis ac potestas*'.

Se le cose stanno così, la *divisio* operata al § 10, che – secondo molti autori è priva di un reale significato<sup>70</sup> – ne assume, invece, uno di assoluto rilievo, in quanto oppone, ad '*actiones, quae sua vi ac potestate valent*', azioni che traggono, invece, la loro forza dalla finzione del compimento di una *legis actio* e ciò possono in quanto – contrariamente a ciò che vorrebbe la *communis opinio* – il modulo su cui tali azioni si fondano è mantenuto in vita dal *modus agendi* con il quale si può ancora ai tempi di

mentazione si rendeva conto lo stesso Branca che, infatti, così proseguiva: «Quest'ultimo argomento per vero si potrebbe ritorcere a favore della tesi del Karlowa, osservando come Gaio nei paragrafi citati [27-28] ed in quelli vicini fa più lo storico che il dogmatico; quindi gli premeva ricordare i casi non più vigenti invece del nostro, non ancora caduto del tutto in desuetudine. Ma ciò si può ribattere osservando che, pure ammessa questa ipotesi, essendo la *legis actio d. inf.* a detta del medesimo giurista, quasi scomparsa nella pratica, sarebbe stato compito d'uno storico accurato catalogarla con gli altri esempi esposti insieme». L'argomento è, evidentemente, privo di senso già di per sé. Gaio – lo si ricordi – dice: '*permissum est . . . lege agere: damni infecti*': perché, quindi, rammentare questo caso sotto un profilo antiquariale? Ancor più manifestamente insensato se si tien conto di quanto ho sin a questo punto argomentato e cioè che, del modo con cui si realizzava il *lege agere damni infecti*, non si parlava a titolo di mera curiosità di fatto quasi antiquariale (invero, come ho cercato di sottolineare, non solo e non prevalentemente di elementi antiquariali si discorreva nei §§ 26-29), ma proprio perché quel *lege agere* offriva il modulo sul quale fondare le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', azioni, cioè, ancora «*a t t u a l i*» ai tempi di Gaio. L'ulteriore notazione di carattere esegetico del Branca è – se possibile – ancor peggiore. Per avversare l'«argomento esteriore», costituito dalla circostanza che dopo la menzione del *lege agere damni infecti* seguono le parole: '*Per pignoris*', egli scrive: «Quelle parole hanno fatto pensare a molti autori che si riferissero alla nostra *legis actio*; invece è più probabile che con esse non si continui l'argomento della frase precedente, ma si passi a ricordare le *fictiones*, frequenti nella procedura postebuzia e ricollegate, nel discorso del giurista, alle *legis actiones* da cui nascono: nel caso, alla *legis actio per pignoris captionem*. Perciò il paragrafo seguente accenna appunto ad una *factio* di *pignus captum*, e di *fictiones* i paragrafi successivi continuano a trattare». L'obiezione, fortunatamente, è considerata dal medesimo autore «non certo decisiva», ma comunque «probabilissima». In altri termini il Branca, per escludere l'argomento «esteriore» costituito dalle parole '*Per pignoris*', che seguono la menzione del *lege agere damni infecti*, era costretto a pensare che da questo punto iniziasse il discorso sulle azioni fittizie e che, all'inizio del mutilo § 31a, seguisse l'esposizione di un'*actio ad legis actionem per pignoris captionem expressa*. Di cosa, poi, si parlasse nel seguito della lacuna, prima dell'esposizione dell'*actio publicano proposita*, menzionata nel § 32, il Branca non dice. Si dovrebbe credere di altre azioni costruite sulla *pignoris capio*, che – diversamente – come si giustifica l'andirivieni di Gaio dall'esposizione di una prima *actio* su questa costruita, alla descrizione di *actiones expressae* su *modi agendi* di *legis actiones* differenti, nuovamente alla menzione – nel § 32 – di un'*actio* basata sul *modus agendi* della prima che aveva descritto? Tali conclusioni, oggi, non recepite da alcuno, appaiono palesemente viziate da intrinseche contraddizioni e stupisce che siano richiamate proprio da parte di chi nega che tutto il discorso gaiano dal § 31a sino al § 32 riguardasse – beninteso a titoli differenti e non già sotto quello esclusivo della *factio legis actionis* – la sola *pignoris capio*. Anche l'ultimo rilievo esegetico svolto dall'autore non è di maggior pregio. Esso muove dalla menzione che nel § 29 era stata fatta dei dubbi circa l'appartenenza o meno della *pignoris capio* al novero delle *legis actiones* e così si articola: «Il dubbio intorno a ciò non è respinto decisamente da Gaio: pertanto è inconcepibile che lo stesso autore, due paragrafi più in là, ricordi l'antico rimedio civile come 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 d. inf.* dimostra che veramente non v'era dubbio sulla natura d'azione della medesima, come c'era invece intorno all'*a. per pignoris captionem*». A queste osservazioni è facile replicare che non può attribuirsi alcuna indecisione a Gaio dato che riferisce un dibattito precedente sulla natura della *pignoris capio*. Ma neppure di dubbio è sensato parlare per il giurista antonino. Dubbi ne avranno avuti i giuristi antichi (e, già allora, i '*plerique*' li scioglievano in positivo). Dibattito, dubbi e conclusioni della giurisprudenza del passato venivano riferiti – come ho già ricordato, *supra*, nt. 63 – non solo perché l'antica azione di legge era quella tramite la quale – ancora ai tempi di Gaio – si poteva teoricamente esperire il *lege agere damni infecti*, ma anche e soprattutto perché, su quel *modus agendi*, si fondavano tutte le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*'. Sulle altre obiezioni del Branca (e specialmente sulla difficoltà di esplicitare il '*commodius ius et plenius*' affermato da Gaio a favore della tutela accordata dal pretore con la *stipulatio*) rinvio alle osservazioni e alle ipotesi esplicative di ALBANESE, *Gai. 4, 31 e il lege agere damni infecti*, cit., p. 5 ss., e di FALCONE, *Sulle tracce del 'lege agere damni infecti'*, cit., p. 521 ss.

<sup>70</sup>) TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., *passim* e *praecipue* p. 138, ove parla «di carattere epifenomenico della classificazione di *Inst. 4.10*».

Gaio esperire il *lege agere damni infecti*.

D'altro canto, per la singolarità del suo *modus agendi*, la *pignoris capio* è la *legis actio* che meglio si prestava ad esser recepita in via di *fictio*<sup>71</sup>. Voglio, cioè, dire che per recepire in tale chiave le altre *legis actiones*, sia quelle dichiarative sia l'altra, la *manus iniectio*, che noi moderni ascriviamo, insieme alla *pignoris capio*, alla categoria delle esecutive, si sarebbe dovuto assumere contro il vero per compiuto un *quid* che comportava anche un'attività magistratuale, il che risulta a me difficile credere, perché in contrasto con quella che è la tecnica della *fictio* del diritto romano almeno sino al periodo augusteo (ove mai un'attività magistratuale è finta). Ciò non era, invece, per la *pignoris capio*, la sola compiuta attraverso un'attività sì solenne, ma che si estrinsecava solo in *certa verba* e in una gestualità rituale posti in essere da un soggetto portatore di uno di quei crediti per i quali l'azione era concessa<sup>72</sup>. Non dovrebbe, quindi, stupire che questa sola *legis actio* fosse alla base delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' come sembra conseguire alla lettura che ho proposto del § 33.

Se poi le cose stanno nel senso che propongo, viene meno anche l'esigenza di una serie di congetture e illazioni che autorevoli sostenitori della *communis opinio* sono costretti a svolgere per esplicare le difficoltà che – a volerlo intendere come essi l'intendono – il testo gaiano presenta.

La prima di tali congetture è che l'*actio publiciana proposita* ponesse in essere una *fictio in praeteritum*. L'espressione è, già di per sé, affetta da vizio logico<sup>73</sup>. La congettura è – apparentemente – resa

<sup>71</sup> Se ne ha, del resto, riprova sia dalle corrette argomentazioni circa l'impossibilità di costruire azioni con *fictio* del *sacramentum* (nt. 14) e della *iudicis arbitrive postulatio* (nt. 58) sia dalla palese difficoltà di individuare, con qualche margine di probabilità, un ambito per il quale si rendesse necessaria una *fictio* di *manus iniectio* (*supra*, nt. 16).

<sup>72</sup> Gai., *inst.* 4.29. Sulla stretta connessione tra il fatto che la *pignoris capio* non implicava *iurisdictio* e le altre peculiarità della *legis actio* (esperibilità anche in assenza dell'avversario e in giorni nefasti) cfr., per tutti, ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 53 e nt. 184.

<sup>73</sup> L'espressione è utilizzata da TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 139 e nt. 304, secondo il quale «la formulazione *in praeteritum* era sempre necessaria in periodo post-giulio». In proposito mi sia consentito di uscire dall'ambito meramente esegetico di questo scritto per osservare che, sotto un profilo concettuale, l'espressione '*fictio in praeteritum*' cela, nel senso voluto dall'autore, una contraddizione in termini e rappresenta un *monstrum* che nessun dizionario giuridico attesterebbe. Altro è, ovviamente, che la falsa supposizione, operata nella *fictio*, riguardi il tempo (il *tempus usucapionis* nell'*actio Publiciana*, l'istante della morte fatto coincidere con quello della cattura da parte dei nemici nella *fictio legis Corneliae*, il perdurare di una situazione che non esiste più, com'è nella *fictio legis Tabulae Bembinae*, ove si considera che un individuo, per il quale – nell'ambito di un processo criminale – è già avvenuta la *nominis delatio* e che, successivamente è morto o è stato esiliato, sia, invece, ancora in vita o ancora in città). Qui il tempo rileva quale elemento fattuale (nei dizionari filosofici, il tempo è indicato con l'espressione kantiana di «realtà empirica indubitabile»: cfr. N. ABBAGNANO, *Dizionario di Filosofia*<sup>3</sup>, Torino, 1998, sv. '*Tempo*', p. 1075 ss.), ma le conseguenze che si traggono da quella falsa supposizione sono quelle che l'«ordinamento vigente» consente (dal *tempus usucapionis*, gli effetti di una *rei vindicatio* di *ius civile*; dalla supposta anticipata morte di un *civis* ancora libero, la validità del testamento ch'egli avesse prima redatto; dall'essere ancora in vita o ancora in città un certo individuo, la possibilità di proseguire il processo criminale nei confronti degli eredi del reo: cfr. BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., rispettivamente, p. 294 ss., p. 352 ss., p. 415 ss.). Altro, manifestamente, è, invece, assumere che gli effetti di una fattispecie – che non ne può più produrre – vengano richiamati in vita attraverso la falsa supposizione di quella fattispecie. Ciò la finzione non può operare. Questa caratteristica intrinseca della finzione (palese in ogni studio sull'argomento) è stata da me sintetizzata con l'espressione (non compresa da F. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*». *Tipologie e datazione*, Napoli, 2001, p. 83 s., ma basterebbe una scorsa delle principali opere di filosofia e di teoria generale del diritto, citate nell'introduzione della mia *Fictio*, per comprenderla) di «valenza sincronica». Una finzione, per esser tale, presuppone la sincronicità dell'elemento sostituito e di quello sostituto, in quanto quello sostituito «d e v e» poter produrre gli effetti che gli sono propri. Se si ha, invece, «valenza diacronica» siamo in presenza di un fenomeno di sostituzione delle forme (un certo rito o un certo atto cessano di essere esperibili; ad essi si sostituiscono un nuovo rito o un nuovo atto che assumono le stesse finalità di quelli antichi) e non già di una finzione. E non vi è un caso, non uno solo, né nell'esperienza giuridica romana, né altrove, ove un fenomeno di sostituzione con valenza diacronica possa esser riportato al concetto di finzione. Il tempo, in altri termini, può giocare solo «a l l ' i n t e r n o» del meccanismo della finzione, ma – dato che la finzione opera in un dato ordinamento giuridico – non può rilevare «a l l ' e s t e r n o», violando gli stessi fondamenti di quel dato ordinamento (il dualismo, la cui sussistenza favorisce la creazione delle finzioni, è, ovviamente, dualismo di sistemi, civile, pretorio, legislativo, etc., non di ordinamenti – cfr. *infra*, nt. 96 e 97 – l'ordinamento, in ogni caso, è «u n o»). Si obietterà certamente che le mie osservazioni potrebbero forse valere sul piano della teoria generale del diritto, ma che non è detto che i giuristi romani, o almeno il povero «Schulmeister», ne avessero contezza. Torno, quindi, a considerazioni di natura esclusivamente esegetica per evidenziare che, invece, è esattamente a tale concezione che Gaio sembra

possibile a causa di quell' 'olim' che si legge in Gai., *inst.* 4.33, ma ancor più essa è svolta sulla base della considerazione che altro non poteva essere posto che Gaio scrive quando le *legis actiones* sono state, ormai da tempo, abrogate e che, conseguentemente, un' *actio expressa* sul *modus agendi* di qualcuna di esse non poteva che riferirsi, appunto *in praeteritum*, al periodo nel quale, invece, sussisteva la vigenza delle azioni di legge. L'assunto è, a mio avviso, errato.

Non spenderò molte parole per sottolineare che – contrariamente a quanto si afferma – l' 'olim' nulla prova al riguardo. L' 'olim', com'è evidente, serve a far intendere che l'*actio* con *formula ficticia* consente una tutela come, «un tempo», prima dell'abrogazione delle *legis actiones*, la consentiva la *pignoris capio* e l'avverbio può, forse, essere utile per formulare qualche ipotesi sul periodo in cui si venne a formare la categoria delle 'actiones, quae ad legis actionem exprimuntur'<sup>74</sup>. Ma, con riferimento all'essere la *formula* dell'*actio publicano proposita* concepita *in praeteritum*, nulla è la valenza di quell' 'olim', in quanto esso si legge in una frase formulata in modo ellittico (il che, pur nell'adesione alla *communis opinio*, che vuole che, nella lacuna, siano state trattate o menzionate altre azioni formulari 'expressae' su *legis actiones* diverse da *pignoris capio* e da *condictio*, è sottolineato anche dal Talamanca)<sup>75</sup>. Dirò solo che, essendo – secondo la proposta che ho formulato – il § 32 l'ultimo di quelli in cui si trattava di azioni conformate (e fondate) sul *modus agendi* della *pignoris capio*, non può affatto stupire l'ellissi qui impiegata da Gaio. Il *modus agendi* era già stato descritto nella parte iniziale del § 31a e altre azioni, basate proprio su quel medesimo *modus*, erano state descritte prima che si desse conto dell'*actio publicano proposita*. Giunto ad accennare a quest'ultima il giurista ben poteva esprimersi sinteticamente, sottolineando semplicemente la finalità cui soccorreva l'azione (la finalità era la stessa che in antico – 'olim' – era assolta dall'azione di legge concessa al publicano) e tacendo, invece, della struttura e delle parole che si riscontravano nella *formula* (Gaio impiega l'espressione 'forma')<sup>76</sup> relativa. Di queste – evidentemente – egli aveva già detto. Bastava ora evidenziare che il meccani-

---

rapportarsi quand'egli impiega il termine 'fictio'. Lo ha già fatto in *inst.* 3.56 a proposito della *fictio legis Iuliae*; lo farà in *inst.* 4.34 ss. a proposito delle finzioni contenute nelle *formulae* di alcune azioni pretorie. In entrambi i casi Gaio si riferisce a finzioni che sono perfettamente inquadrabili nel concetto «moderno» del termine (sostituzioni, con valenza «sincronica», di date fattispecie con altre da cui trarre determinati effetti giuridici). Si può pensare che non lo faccia in *inst.* 4.32? Può qui avere il termine significato differente da quello che, nell'ambito del proprio manuale, il giurista gli aveva già attribuito e che, poi, sarebbe nuovamente tornato a dargli? Una siffatta eventualità deve essere razionalmente esclusa.

<sup>74</sup>) Nel senso che, come si dirà, favorisce l'ipotesi della genesi postaugustea dell'azione *publicano proposita* (*infra*, § 7).

<sup>75</sup>) TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 111 nt. 194, in critica alle opinioni formulate dal CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1877.

<sup>76</sup>) L'espressione 'forma' impiegata da Gaio è ritenuta in dottrina elemento di non facile comprensione da DE VISSCHER, *La condictio*, cit., p. 17 nt. 2, mentre M. WLASSAK, *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. Mit Beiträgen zur Scheidung des privaten und öffentlichen Rechtes*, Wien, 1921 («Akademie der Wissenschaften in Wien. Philosophisch-historische Klasse. Sitzungsberichte», vol. 197) p. 278 ss., e DEKKERS, *La fiction juridique*, cit., p. 182 nt. 1, rilevano che, con questa espressione, si sarebbe fatto preciso riferimento ad una 'forma censualis', propria della giurisdizione censoria, traendone la conseguenza che la *ficta pignoris capio* non sarebbe da annoverarsi, in senso stretto, fra le finzioni pretorie. Cfr. anche LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 389. Per il MAGDELAIN, *Naissance de la procédure formulaire*, cit., p. 155, l'impiego della parola 'forma' indicherebbe che quella «dont il est question n'est en rien une *formula* prétorienne, mais la *forma censualis* (Gaius 1, 160), autrement dit la *lex censoria* qui en 4, 28 autorise la *pignoris capio* du publicain». L'espressione viene imputata ad un'erronea trascrizione dell'amanuense dal SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica*, II. «Natura actionis» in *Gai. 4. 33*, cit., p. 647 nt. 33. Contro entrambe le opinioni si vedano, però, le osservazioni del BISCARDI, *Une catégorie d'actions négligée*, cit., p. 317 nt. 4: «*Forma* est, ici, un synonyme de *formula*, comme l'atteste non seulement le fait qu'il est question dans ce passage des actions formulaires, 'quae ad legis actionem exprimuntur', mais aussi et surtout le rapport entre les deux mots, dont l'un est le diminutif de l'autre et qui souvent sont employés au même sens de 'formule' en général: cf. d'autres exemples chez Gaius (IV, 24) et Pomponius (D. 1, 2, 2, 7) Aulu-Gelle (13, 15) et Ciceron (Brut. 17, 69 [*forma* = *scAma*], Or. 54, 182); tandis que l'expression '*formulae* ... et *verborum conceptiones*' chez Gai. IV, 139 est remplacé aux Institutes (4, 15) par les mots '*formae atque conceptiones verborum*'. Nello stesso senso, ma in termini più generali, C. GIOFFREDI, *Su Gai. 4, 30*, in «SDHI.», XXXIV, 1978, p. 435. Sostanzialmente concorde con il Biscardi, pur denunciando che alcuni dei passi richiamati da quest'autore non si rivelano utili al fine di esplicitare la valenza di 'forma' nel § 32, è l'ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 13 nt. 21, il quale, rispetto all'ipotesi di un errore dell'amanuense, ritiene preferibile intendere l'espressione nel senso di 'formula'.

simo posto alla base dell'azione concessa al pubblicano era uguale a quello delle azioni che egli aveva (certamente, almeno per la prima delle *'actiones, quae ad legis actionem exprimuntur'*) più compiutamente descritto<sup>77</sup>.

Piuttosto contro la seconda osservazione (che sostanzialmente credo sia quella posta ideologicamente alla base della prima) obbietto – e con ciò faccio ammenda di un errore nel quale ero in precedenza occorso<sup>78</sup> – che, se l'ipotesi che vuole che il *lege agere damni infecti* è – come io credo (e

<sup>77</sup> I diversi tentativi di ricostruzione della formula dell'azione concessa al pubblicano (si vedano quelli notissimi, e nella sostanza affini, di F. DE MARTINO, *La storia dei pubblicani e gli scritti dei giuristi*, in «Labeo», XXXIX, 1993 [ora in ID., *Diritto economia e società nel mondo romano. II. Diritto pubblico*, Napoli, 1996, p. 549 ss.], p. 5 ss. e del PUGLIESE, *Qualche nuova osservazione*, cit., p. 414 nt. 26 e quelli, molto differenti, del CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1878 ss. (l'autore limita la propria ipotesi ricostruttiva alla sola *condemnatio*), dell'ALBANESE *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 16 s. e del TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 112 nt. 197) sono tutti, inevitabilmente, basati sul § 32. La proposizione che si legge in questo paragrafo è, però, di evidente natura ellittica (come giustamente sottolinea il Talamanca, *op. cit.*, p. 111 nt. 194, l'evidente ellissi qui mostrata dal giurista è del tutto analoga a quella offerta, in Gai., *inst.* 4.36, dall'espressione *'fingitur rem usucapisse'*) e mi pare conseguentemente che, sul piano della ricostruzione della formula dell'*actio publicano proposita*, le difficoltà siano analoghe a quelle che riscontreremmo, per l'*actio Publiciana*, se, non potendo leggerne la formula, dovessimo basarci unicamente sull'espressione riportata. Sotto altro profilo, vorrei anche osservare che non è credibile che Gaio ricordi la *'forma'* dell'*actio publicano proposita* senza riportarla o spiegarne il meccanismo, così come fa, invece, per le azioni con «normale» formula fittizia da lui, successivamente, trattate ai §§ 34-38. Qui il giurista ha cura di riportare le *intentiones* delle formule dell'azione a favore del *bonorum possessor* e di quella dell'*actio Publiciana*, mentre non manca di precisare come operino e in quale parte della formula si inseriscano le *fictiones* delle azioni a favore o contro il *peregrinus* e di quella *rescissae capitis deminutionis*. Si può realmente credere che, proprio per l'azione a favore del pubblicano, vi fosse silenzio sulla formula? Tutto porta a credere che il meccanismo di quella formula fosse già stato riportato nelle righe perdute che precedono l'esposizione di quell'ultima azione *'ad legis actionem expressa'*. Come ho già accennato, a mio avviso, è proprio all'inizio della lacuna che, con l'esplicazione del *lege agere damni infecti*, era stato anche descritto il *modus agendi* cui si conformavano le *'actiones ad legis actionem expressae'*.

<sup>78</sup> Avevo creduto che la formula, con la quale doveva essere costruita l'*actio publicano proposita*, e quelle, sempre con finzione conformata al *modus agendi* della *pignoris capio*, delle altre azioni di cui il giurista doveva aver parlato in precedenza dopo l'illustrazione del *lege agere damni infecti*, potessero intendersi, al tempo in cui Gaio scrive, «formalmente» fittizie, ma non «sostanzialmente» (*Fictio iuris*, cit., p. 219 ss.). Avevo pensato, cioè, che le *'actiones, quae ad legis actionem exprimuntur'* attestassero il medesimo fenomeno che si riscontra, ad esempio, per l'*adrogatio* e per l'*acceptilatio*, atti che, originariamente, costituirono vere e proprie finzioni (mi richiamo qui alla note definizioni per le quali si ha finzione allorché, in forza di una falsa supposizione, una data fattispecie viene sostituita da altra cui l'ordinamento riconnette determinati effetti giuridici; per un riscontro e per la terminologia tecnica impiegata nella definizione e nell'analisi del fenomeno, tra i più significativi, cfr. G.PH. VON BÜLOW, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in «Archiv für civilistische Praxis», LXII, 1879, p. 1 ss.; R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*<sup>9</sup>, Leipzig, III, 1898-1907 (rist. Aalen, 1968) p. 306 ss.; E. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, II, 1889, p. 100; F. BERNHÖFT, *Zur Lehre von den Fiktionen*, in «Aus römischem und bürgerlichem Recht. Ernst Immanuel Bekker zum 16 August 1907», Weimar, 1907, p. 241; R. DE RUGGIERO, sv. «Finzione legale», in «Dizionario pratico di diritto privato», III.1, Milano, 1923, p. 18; DEKKERS, *La fiction juridique*, cit., p. 23; K. HACKL, *Sulla finzione in diritto privato*, in «Studi in onore di Arnaldo Biscardi», I, Milano, 1982, p. 224 ss.) ma che nel prosieguo storico (in un lasso temporale, caso a caso, differente) cessarono di essere tali, pur mantenendo nella loro formula la traccia dell'originaria *fictio*. Ciò avvenne in entrambi i casi allorché gli atti divennero «tipici» o, con terminologia moderna – è il caso dell'*acceptilatio* – astratti. Da quel punto in poi entrambi gli atti non costituirono più finzioni giuridiche nel rammentato senso che al termine dà la moderna dogmatica (cioè di falsa supposizione di una fattispecie da cui far discendere le conseguenze giuridiche che, a questa stessa, sono proprie), in quanto i relativi effetti giuridici non si riconnettevano più ad una falsa supposizione, ma – direttamente – agli atti stessi. Le solenni formule con le quali gli atti si realizzavano non davano più luogo, a quel punto, a delle finzioni giuridiche, ma erano divenute esse stesse le forme per il raggiungimento dei loro rispettivi effetti. Sempre ad esempio, lo stesso fenomeno è testimoniato dal caso del *'quasi hostilis locus'*, finzione creata dai Feziali in occasione della guerra contro Pirro e che si mantenne tale nelle successive dichiarazioni di guerra fintanto che la procedura «antica» fu esperibile (sul punto P. DE FRANCISCI, *Appunti e considerazioni sulla «columna bellica»*, in «Atti della Pontificia Accademia Romana di Archeologia. Rendiconti», XXVII, 1951-1954, p. 201 ss.) cessando, invece, di esserlo allorché il lancio dell'*hasta* in quel *'quasi hostilis locus'* assunse una valenza meramente simbolica e, non essendo più neppure concepibile lanciare l'*hasta* nel vero *ager Hosticus*, divenne la sola forma esperibile per realizzare l'*indictio belli*. In tutti questi casi dall'originario strumento della *fictio* si è giunti alla formazione di atti, che con terminologia moderna, potremmo chiamare «tipici»: l'*adrogatio* il tipico atto per adottare un *pater familias*; l'*acceptilatio* il tipico atto per la remissione di un debito; l'*ager quasi Hosticus* parte del tipico rituale per l'*indictio belli* (si tratta, del resto, di un dato verificabile, non solo con riferimento al diritto romano, ma presso ogni ordinamento: per la dimostrazione in linea gene-

già in passato credevo) – corretta, non sussiste alcun ostacolo a considerare la *fictio* che doveva essere contenuta nella formula dall'azione *publicano proposita* – al pari di ogni altra *fictio* che noi conosciamo – «giocata» al presente. E non vi è neppure bisogno di ricercare conferme di una sopravvivenza del *modus agendi* della *pignoris capio* al di fuori del discorso gaiano (una conferma in tal senso mi pareva venisse, per il secolo precedente a quello in cui Gaio scrive, dalla *Lex Portorius Asiae*<sup>79</sup>; altre

rile dell'impossibilità, sul piano logico, di concepire una finzione in qualsiasi atto tipico cfr., per tutti, H. KELSEN, *Zur Theorie der juristischen Fiktionen, mit besonder Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des als ob*, in «Annalen der Philosophie», I, 1919, p. 630 ss.). Tratto in inganno da questa tendenza evolutiva della finzione, avevo pensato che le «actiones, quae ad legis actionem exprimuntur» fossero nate anteriormente all'abrogazione augustea e che avessero, sino a quel momento, rappresentato «vere» finzioni (secondo la concezione moderna che si è rammentata), ma che, dopo la riforma – venuta meno la possibilità di far discendere effetti giuridici dalle azioni di legge, poiché queste più non ne potevano produrre – queste azioni fossero divenute quelle «tipiche» cui far direttamente discendere gli effetti che, in antico, alle azioni di legge si riconnettevano. Le formule di tali azioni avrebbero pur potuto conservare la traccia dell'antica *fictio*, ma non dalla falsa supposizione dell'antica azione di legge, esse avrebbero potuto trarre fondamento, bensì dall'*imperium* magistratuale. In tal caso, le parole delle loro formule, così come quelle occorrenti per l'*adrogatio* e per l'*acceptilatio* avrebbero conseguito direttamente gli effetti, un tempo, conseguenti alle azioni di legge. Nutrivo, cioè, gli stessi dubbi sull'effettivo riscontro di una *fictio* nelle formule di tali azioni che sono stati manifestati dal Cannata (*infra*, nt. 82). La conclusione era, però, errata. Non mi ero avvisto che la soluzione era immediatamente reperibile in un altro dato che in quella sede avevo indicato, aderendo all'ipotesi sostenuta da vari autori e di recente con convincenti argomentazioni esegetiche dall'Albanese e dal Falcone, per la quale il *modus agendi* della *pignoris capio* realizzava il *lege agere damni infecti*. Sul punto rettifico qui il mio pensiero dichiarando che non vi è bisogno di ricorrere a costruzioni simili a quelle da me svolte (ripeto al fine di reperire una qualche sopravvivenza del *modus agendi* della *pignoris capio*) sol che si consideri che il *modus agendi* della *pignoris capio* sopravviveva nel *lege agere damni infecti*. Accettando quest'ipotesi e quella da me proposta per la quale esistevano solo azioni con *fictio* di *pignoris capio*, ne viene di conseguenza che, essendo attuale il *modus agendi* sul quale si conformavano e si fondavano le «actiones, quae ad legis actionem exprimuntur», esso era – come tale – idoneo a consentire l'impiego dello strumento tecnico della *fictio*.

<sup>79</sup>) La legge è edita in H. ENGELMANN, D. KNIBBE, *Das Zollgesetz der Provinz Asia. Eine neue Inschrift aus Ephesos*, in «Epigraphica Anatolica. Zeitschrift für Epigraphik und historische Geographie Anatoliens», XIV, 1989. Sulle datazione e sull'ambito di applicazione della legge cfr. R. MERKELBACH, *Hat der bithynische Erbfolgekrieg im Jahr 74 oder 73 begonnen?*, in «ZPE.», LXXXI, 1990, p. 97 ss., C. NICOLET, *Le Monumentum Ephesenum et la délimitation du portorium d'Asie*, in «MEFRA.», CV, 1993, p. 929 ss., e T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lex portus Asiae. Un nuovo documento sull'appalto delle imposte*, in «I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica. Torino 17-19 ottobre 1994», Napoli, 1996, p. 22 ss. Nella legge al § 22 = Il. 53-56 si parla di *pignoris capio* (**ἡνεῦρου Ἰαϋίϋ**) concessa a favore del doganiere. Costui – nel caso commetta abusi sembra – invece, indicato quale soggetto passivo della *pignoris capio* in § 24 = Il. 56-58 (ma, a mio avviso, coglie nel segno L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo editale De publicanis*, Torino, 2002, p. 241 nt. 80, ritenendo che, in quest'ultimo caso, la tutela fosse «prevista piuttosto a favore del *publicanus* per i casi di illegittimo esercizio da parte di terzi dei poteri di esazione che gli sono propri»). In relazione a queste espresse menzioni della *pignoris capio* osservavo che, ancora dopo la riforma augustea, l'azione di legge non era evidentemente del tutto scomparsa (BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., p. 221 ss.). A questo proposito rilevo, però, che L. MAGANZANI, *La pignoris capio dei publicani dopo il declino delle legis actiones*, in «Cunabula iuris. Scritti storico giuridici per Gerardo Broggin», Milano, 2002 (estr.), p. 27 s. (cfr. EAD., *I poteri di autotutela dei publicani nel Monumentum Ephesenum (Lex Portus Asiae)*, in «Minima Epigraphica et Papyrologica», III, 2000, p. 142 nt. 25), afferma che avrei erroneamente sostenuto che l'antica *legis actio per pignoris capionem*, il che è escluso dallo stesso ambito di applicazione della legge alla realtà provinciale. Accetto la critica nel senso che – come è a tutti noto – l'applicazione delle *legis actiones* era limitata a Roma soltanto e, quindi, non si poteva – a rigore – esperirle in provincia, ma preciso il mio pensiero nel senso che la legge attesta (e non si tratta certo dell'unico caso: si pensi, ad esempio, alla *lex Rubria*) la riproduzione, in realtà provinciali, dei moduli processuali delle *legis actiones*. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 333, precisato al riguardo che in provincia non vi era applicazione delle *legis actiones*, parla, però, di un'analogia tra le azioni che era possibile impiegare a Roma e quelle che si usavano fuori. G. NEGRI, *Le Istituzioni Giuridiche*, in «Storia di Piacenza», I, Piacenza, 1990, p. 308 ss., trattando della *lex Rubria* e delineate le peculiarità del processo impiegato nella Gallia Cisalpina rispetto a quello in uso a Roma, non esclude che, sia pure in taluni casi ed entro certi limiti, la legge ripetesse verosimilmente «le norme processuali vigenti per i processi celebrati nell'urbe». A mio avviso, risulta assai sottile – sotto un profilo pragmatico – la differenza che doveva sussistere tra l'esperimento in provincia di moduli processuali, talvolta basati sulle *legis actiones*, e quello delle vere *legis actiones* che si realizzava in Roma. Le *legis actiones* attraverso il loro recepimento in realtà provinciali venivano, anche qui, ad assumere un ruolo assai significativo. Per quanto riguarda in particolare la

se ne potrebbero intravedere fuori dell'ambito del diritto privato)<sup>80</sup>. Il *modus* che sopravvive è offerto dal medesimo Gaio ed è costituito da quello con cui si poteva esperire ('*tantum permissum est ...*'), sebbene nella pratica desueto ('... *nemo vult lege agere*'), il *lege agere damni infecti*. Ciò bastava a dar fondamento a «*t u t t e*» le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', né di più occorre sul piano della tecnica giuridica romana della finzione<sup>81</sup>.

La relativa *fictio* era, per così dire, «*f o n d a n t e*», in quanto dandosi per compiuto, contro il vero, un *modus agendi* ancora – sia pure più a livello teorico che pratico – «*e s p e r i b i l e*», le azioni che contenevano siffatta *fictio* traevano da quella finzione il fondamento della loro medesima esistenza e si opponevano<sup>82</sup> – come correttamente Gaio le contrappone nella *divisio* del § 10 e poi,

*pignoris capio* attestata (in unione ad un'azione) dalla *lex Portus Asiae*, mi domando poi in che consistesse la sua natura «informale». La semplice apprensione di un bene? Mi verrebbe da credere che qualche minimo requisito di forma dovesse anche per essa esser necessario. Ed ancora le formalità della *legis actio per pignoris captionem*, formalità che noi non conosciamo, dato che Gaio ci dice sì che era attuata mediante '*certa verba*', ma nelle righe che possiamo leggere non ci dice quali fossero questi '*certa verba*', quali i gesti rituali, quali altri eventuali requisiti (la presenza di testimoni sembrerebbe da supporre), saranno, poi, state così differenti rispetto al modo in cui si realizzava la *pignoris capio* (informale) fuori Roma? Rilevo, poi, che l'autrice medesima trae dal confronto della *legis actio* e dell'*actio ad legis actionem expressa*, da un lato, e degli strumenti attestati dal documento epigrafico, dall'altro, una serie di rilievi molto utili e mi vien, quindi, da credere che si possa operare un confronto solo tra situazioni che presentino, quantomeno, delle analogie. In ogni caso – nel lasso di tempo trascorso dalla stesura della mia *Fictio* – mi sono sempre più convinto che la *pignoris capio*, formale od informale, in Roma o fuori di Roma, sia sopravvissuta ben oltre l'abrogazione augustea. E credo che questa mia convinzione collimi – almeno parzialmente – con i risultati delle ricerche della stessa Maganzani.

<sup>80</sup>) Alludo, per fare un esempio, alle previsioni della *lex Metalli Vipascensis* del II secolo («FIRA.» I<sup>2</sup>, n. 105). Un altro caso di *pignoris capio* in ambito pubblico è, per l'inizio del principato, offerto dalla *lex Irnitana* (§§ 19; 71; 83; in generale sulla *lex* si veda F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae, municipalità e ius Romanorum*, Napoli, 1993, p. 8 ss.); altro caso, per l'ambito pubblico, ma assai risalente (e, quindi, non utile ai fini di dimostrare una qualche sopravvivenza della *legis actio*) è costituito, com'è notissimo, dal *Senatusconsultum de pago montano* («FIRA.» I<sup>2</sup>, n. 39). Alla *lex Metalli Vipascensis* cenna anche TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 117 e nt. 213, esprimendo la convinzione che alla fine del § 31 si parlasse della sopravvivenza della *pignoris capio* e precisando che doveva trattarsi di «quei casi che – originariamente od «après coup» non ricompresi nel *lege agere* – non erano fatti rientrare, per qualsiasi motivo ciò accadesse, nell'abrogazione delle *legis actiones* compiuta in termini molto generali dalla *lex Iulia*». Sul punto che, all'inizio del § 31*a*, si parlasse in termini di sopravvivenza della *pignoris capio* non posso che concordare, non, però, nel senso voluto dal Talamanca; che si parlasse, infatti, di casi che, ad un certo tempo, non avrebbero potuto nemmeno essere inquadrati nell'azione di legge, mi par costituire ipotesi, già di per sé forzata; ancor più se si allude – come fa l'autore – ad ipotesi di *pignoris capiones* magistratuali, non fatte rientrare «soprattutto per fini pratici» – nell'abrogazione della *lex Iulia*. L'ammissibilità dell'ipotesi comporta che, nelle righe iniziali del § 31*a*, Gaio desse ragione e dell'esistenza di questi casi peculiari di *pignoris capio* (e la peculiarità avrebbe dovuto esser in qualche modo esplicitata) e del fatto che codesti casi peculiari non erano stati contemplati dall'abrogazione augustea. Difficilmente Gaio avrebbe inserito simili specificazioni nel discorso ch'egli stava, a quel punto, conducendo e che, nel § 31, riguardava i «*d u e s o l i c a s i*» ('*Tantum ex duabus causis permissum est*') nei quali vi era ancora la possibilità di '*lege agere*'. Non vi è chi non veda la maggior linearità dell'ipotesi che Gaio indicasse, all'inizio della lacuna, in quello della *pignoris capio* il *modus agendi* del *lege agere damni infecti*, che era stato appena menzionato, la sola ipotesi, a livello logico, consentita assumendo che nella lacuna si parlasse della sopravvivenza della *pignoris capio*, la sola che permette di spiegare come poi, nella lacuna, si passasse a trattare delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' senza che il discorso del giurista fosse affetto da soluzioni di continuità.

<sup>81</sup>) Si veda, ad esempio, il caso della *fictio*, contenuta nella *lex Iunia*, volta a far sì che – pur riconoscendosi valore alla manumissioni prive delle forme civilistiche – venisse perso lo *status* di cittadinanza che a rigore sarebbe conseguito alla manumissione stessa. Qui ci si avvale di uno schema la *ductio in colonias Latinas* che, all'epoca della legge, era desueto ma, non per questo giuridicamente precluso. Impossibile ne sarebbe stato, invece, l'impiego ove la *ductio in colonias Latinas* non fosse stata neppure teoricamente esperibile (sul punto cfr. BIANCHI, *Fictio Iuris*, cit., p. 374 ss.).

<sup>82</sup>) E si noti che, accettando che le cose stiano in questi termini, si può volgere al positivo il corretto rilievo di CANNATA, *Introduzione*, cit., p. 1877, il quale – dopo aver sottolineato che dalla circostanza che Gaio presenta le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' come *actiones ficticiae* si «dovrebbe ricavare la conclusione che codeste azioni contenessero la *fictio* dell'esperimento di una *legis actio*, e precisamente che, in quanto contrapposte alle '*actiones quae sua vi ac potestate constant*' (Gai. 4.10, 33), esse fondassero in tale *fictio* la propria *vis ac potestas*» – conclude osservando che «la *fictio* dell'esperimento di una *legis actio* non avrebbe più potuto fornire la *vis ac potestas* di un'azione formulare quando l'esperimento effettivo della *legis actio* non era, esso stesso, *permissum* (Gai. 4.31)». Evidentemente, questi medesimi rilievi conducono alla possibilità di fondare di una propria forza – per dirla col Cannata – «della propria *vis ac potestas*», l'azione formulare costruita con finzione dell'esperimento di una *legis actio* ancora in un dato caso

appunto nel § 33 – alle azioni ‘*quae sua vi ac potestate valent*’, l'altra categoria, egualmente fondante, della medesima *divisio*.

Una riprova la si ottiene ricercando la valenza della locuzione ‘*exprimi ad*’ nel contesto dei passi gaiani considerati. Se, infatti, il verbo ‘*exprimo*’ ha diverse possibili accezioni, fra loro anche semanticamente distanti<sup>83</sup>, in Gai., *inst.* 4.10 e 33, la locuzione ‘*exprimi ad*’ – come acutamente messo in rilievo dall’Albanese – pare non poter avere altro significato se non quello di «fondarsi». Esattamente l’Autore osserva che «sembra necessario considerare sostanzialmente equivalenti, pur nella netta differenza formale, le locuzioni usate da Gai. 4.10 e 33: *Exprimi ad (ad legis actionem; ad conditionis fictionem)* per la prima categoria di azioni, e la locuzione *constare (sua vi ac potestate)* per la seconda categoria. In entrambi i casi, la terminologia gaiana (che sarà stata certo tecnica e risalente [...]) si riferiva – non è prudente usare espressioni più precise e analitiche – al fondamento dell’azione, alla sua base essenziale»<sup>84</sup>.

Categorie fondanti venivano dunque opposte nel § 10. Si obietterà: ma anche le ‘*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*’ sono azioni pretorie<sup>85</sup>, le quali, dunque, ritrovano la ragione della loro esistenza nell’*imperium* del magistrato e – se così – la differenza tra le due categorie parrebbe svilitarsi se non annullarsi del tutto<sup>86</sup>. Si tratterebbe, però, di obiezione formulata non tenendo conto di quella che è la tecnica della *fictio*.

Certo – se tali azioni sono pretorie – è il magistrato che, in forza del suo *imperium*, ordina che sia inserita nella relativa formula la finzione che dà, contro il vero, per avvenuta la *pignoris capio*, ma tale falsa supposizione – che al pari di ogni altra finzione pretoria si attua sul piano esclusivamente fattuale – diviene nelle ‘*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*’ fondante (‘*expressa ad legis actionem*’). Il modulo su cui queste azioni si fondano non abbisogna dell’*imperium* magistratuale. Il modulo è, necessariamente, autosufficiente. E’ il *lege agere per pignoris capionem* mantenuto in vita per l’ipotesi del *damnum infectum* ed esteso – tramite la *fictio* – ad altri casi. Non la *legis actio*, ma la *fictio* è espressione del potere del magistrato. Supposto, in via di finzione, che il *modus agendi* si sia compiuto, è sul *modus* e non sulla finzione che le azioni vengono a basarsi. Le azioni ‘*quae ad legis actionem exprimuntur*’ – se

---

esperibile. Se il *lege agere damni infecti* si realizzava – come molti autori credono (*supra*, nt. 21) – attraverso la *pignoris capio* e se poi – com’io sostengo – tutte le azioni ‘*quae ad legis actionem exprimuntur*’ contenevano finzione dell’esperimento della *pignoris capio*, ben si può concludere che il discorso gaiano fosse perfettamente corretto.

<sup>83</sup>) Cfr. «Th.L.L.», V, sv. ‘*exprimo*’, c. 1782 ss., ove si registrano valenze che vanno da quella (originaria) di ‘*premo egerere*’ a quella di ‘*conformare*’ e a quella molto diffusa di ‘*palam facere*’, ‘*ostendere*’. Specie per le ultime accezioni sono offerte esemplificazioni di differenti usi del verbo in senso figurato.

<sup>84</sup>) ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 8 ss., prosegue affermando che «quel valore è imposto dalla logica stessa del discorso gaiano. Gaio non poteva ragionevolmente far ricorso a due differenti criteri di individuazione delle azioni che intendeva distinguere nel § 4.10. Sarebbe stato insensato contrapporre ad azioni per le quali si chiamava in causa il fondamento (*quae sua vi ac potestate constant*) altre azioni per le quali si chiamava in causa invece alcunché di profondamente diverso». Mi pare doveroso precisare che i preziosi rilievi esegetici dell’autore sono svolti nel quadro della tradizionale impostazione delle questioni connesse ai passi gaiani considerati. Ciò non di meno, queste ultime riferite, come diverse altre osservazioni dell’Albanese, si inseriscono in forma perfetta nella lettura che offro dei passi gaiani.

<sup>85</sup>) Il punto è dato generalmente per scontato; cfr., ad esempio, BISCARDI, *Une catégorie d’actions négligée*, cit., p. 317 s.; cfr. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 135. Dubbi, però, sono espressi da MAGANZANI, *La pignoris capio dei pubblicani*, cit., p. 12 nt. 25. Cfr. EAD., *Pubblicani e debitori d’imposta*, cit., *passim*, ma *precipue*, p. 115, ove si sostiene che «non vi è ragione per escludere la possibilità di un’*actio* civile a tutela dei diritti di credito degli esattori di imposta», e p. 122, ove si afferma che «nulla vieta di pensare che la formula descritta da Gaio non sia di creazione pretoria come generalmente si sostiene, ma sia stata introdotta da una *lex publica populi romani* (successiva alla *Lex Aebutia* ma verisimilmente anteriore al 70 a.C.) che, come già ammetteva il Pugliese, non avrebbe trovato ostacoli a “dare al vincolo pubblicistico un’impronta privatistica sufficiente a farlo fungere da idoneo contenuto di un’*intentio in ius e in personam*”».

<sup>86</sup>) TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 121 nt. 231, osserva a questo proposito che, in quanto tanto le ‘*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*’ quanto quelle ‘*quae sua vi ac potestate valent*’ sono ‘*honorariae*’, la distinzione fra le prime e le seconde «appare, tutto sommato, di scarsa rilevanza». Le azioni della prima categoria, ad avviso dell’autore, «non possono, poi, venire opposte alle altre *actiones honorariae*, sulla base del fatto che l’*ad legis actionem exprimi* ne costituisca il fondamento, perché, in quanto *honorariae*, esse si fondavano sempre e comunque sull’*imperium praetoris*».

pretorie come comunemente intese – necessitano dell'*imperium* del pretore solo perché è questi che può disporre la *fictio*, ma – una volta che questa è stata operata con l'imposizione al giudice di considerare, sul piano dei fatti, espletato il *modus agendi* della *pignoris capio* – è sulla stessa *legis actio* che esse si poggiano<sup>87</sup>.

Perché la contrapposizione delle categorie prefigurate al § 10 possa essere compresa, essa non deve essere forzatamente rapportata ad altre divisioni che vengono proposte in tema di azioni. E' di tutta evidenza che la distinzione tra la categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' e quella delle '*actiones quae sua vi ac potestate valent*' non coincide con quella fra le azioni civili e quelle onorarie (autonome '*vis ac potestas*' sono, infatti, alla base sia delle azioni civili sia di quelle onorarie, non avendo né le une né le altre alla loro base una *fictio legis actionis*)<sup>88</sup>. Il differente criterio di distinzione delle due divisioni consente, ovviamente, solo parziali sovrapposizioni delle categorie in esse individuate. Ma, pur se da ascrivere al novero delle azioni pretorie, le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', sono caratterizzate dal fondarsi su un modulo autosufficiente e, necessariamente, attuale, in assenza del quale l'*imperium praetoris* avrebbe vanamente operato (o, meglio, non avrebbe potuto affatto operare, non potendo disporre l'inserimento di un modulo non più produttivo di alcun effetto).

Se le cose stanno così, non solo la *fictio* costituisce – come osserva giustamente il Talamanca<sup>89</sup> – il fondamento della pretesa, ma – nella *fictio* – si rinviene perfettamente individuato il fondamento stesso delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', così come esattamente, sebbene astrattamente, delineato dal Cannata<sup>90</sup>.

Va da sé che, operata – sul piano fattuale – la falsa supposizione del compimento della *legis actio*, ne discendevano gli effetti che erano propri della *pignoris capio*. Tra questi, facilmente, quelli del '*solve et repete*' ipotizzati dal Pugliese<sup>91</sup>. Altri? Difficile dirlo proprio per la scarsità delle nostre infor-

<sup>87</sup>) Argomentando in astratto da quelli che sono i requisiti universalmente riconosciuti per la sussistenza di una finzione, si potrebbe affermare che la *fictio* di *legis actio* richiedeva necessariamente che l'azione di legge, il cui compimento veniva falsamente supposto nella formula dell'*actio ad legis actionem expressa*, fosse rappresentata da uno dei *modi agendi* conservati nei due casi di sopravvivenza delle *legis actiones*. Alla base delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' potevano esservi soltanto la *legis actio sacramenti* con cui – com'è noto – si attuava il *iudicium* centumvirale o il *modus agendi* – pur di per sé desueto – del *lege agere damni infecti*. Il *modus agendi* del giudizio centumvirale è, però, giustamente escluso da quelli cui – anche solo astrattamente – avrebbero potuto conformarsi le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' dal TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 122 s.

<sup>88</sup>) Il non essere '*ad legis actionem expressae*' è la sola condizione necessaria e sufficiente perché le azioni vengano iscritte alla categoria di quelle che '*sua vi ac potestate valent*'. Credo, quindi, errata l'opinione di TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 121, il quale ritiene che «per le azioni pretorie (fondate sull'*imperium* del magistrato), i giuristi – o Gaio, se all'autore delle *Institutiones* va riportata la *divisio* qui discussa – trovavano forse qualche difficoltà a dire che esse *sua vi ac potestate consta(ba)nt*». L'erroneità dell'argomentazione è dovuta, a mio avviso, al non riconoscimento che la *divisio* di Gai., *inst.* 4.10, si pone su di un piano affatto differente da una contrapposizione tra azioni civili e azioni onorarie.

<sup>89</sup>) M. TALAMANCA, '*Processo civile (diritto romano)*', in «E.D.», XXXVI, Milano, 1987, p. 57, con riguardo alla *fictio* di *pignoris capio*, osserva che «Un caso particolare di applicazione della *fictio* è quello ricordato in Gai 4, 31-33: a favore del *publicanus* è prevista un'azione con formula della quale, come fondamento della pretesa, è prevista una *fictio* della *pignoris capio* che sarebbe, nel sistema delle *legis actiones*, spettata al *publicanus* stesso». Credo si possa, però, attribuire alla *fictio* delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' una portata ancor maggiore o, se si vuole, significativa su di un altro piano, quella cioè di non fondare solo la pretesa, ma l'azione stessa. Ciò, del resto, in conformità al senso stesso dell'espressione con la quale si denomina la categoria.

<sup>90</sup>) L'autore lo delinea per negare che esso sia stato indicato nell'esposizione gaiana, si veda *supra*, nt. 82.

<sup>91</sup>) PUGLIESE, *Gai. 4, 32 e la pignoris capio*, cit., p. 288 s., ipotizza che la *fictio* di *pignoris capio* servisse ad attuare «nelle forme allora possibili» il principio del *solve et repete*; l'autore ritiene che, comunque, fossero previste alcune forme di tutela a favore del privato, sottolineando come – anche sulla base di Cic., *in Verr.* 3.11.27, ove si parla, forse esageratamente, di un '*iudicium in octuplum*' contro il *decumanus* – sia da credere che un rimedio siffatto fosse previsto nei luoghi e nei periodi ove i *vectigalia* venivano riscossi tramite *pignoris capio* e che lo stesso rimedio avrebbe potuto essere adottato, anche dopo la scomparsa della *pignoris capio*, per tutelare il contribuente condannato in base alla *formula ficticia*. Contro queste conclusioni TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 108 s., il quale ritiene, se non impossibile, «del tutto improbabile che la *legis actio per pignoris capionem* assicurasse, in qualche modo, un *solve et repete* a favore del *publicanus*» e «praticamente da escludere che ciò potesse avvenire con la *formula ficticia*». L'argomentazione

mazioni sull'antica azione. Conferme delle ipotesi e risposte alle domande si sarebbero, forse, trovate proprio nella lacuna del § 31a.

A ben vedere, se le cose stanno così, si spiega anche il motivo, che i sostenitori della *communis opinio* non sanno precisamente individuare, della scelta – nella tutela concessa al pubblicano – di un' *actio* con *formula ficticia* in luogo di un'azione con *formula in factum concepta*<sup>92</sup>. Gli effetti della *pignoris capio*, infatti, non avrebbero potuto essere ottenuti attraverso un'azione in *factum*, cioè puramente e semplicemente in virtù dell'*imperium* magistratuale in quanto era ancora vigente – sia pure per un caso particolare – il *modus agendi* della *pignoris capio*<sup>93</sup>. Basata esclusivamente sul potere magistratuale sarebbe stata l'azione nella cui formula il pretore avesse ordinato che ad una certa situazione fattuale corrispondesse la tutela che, a quel tempo concessa per un solo caso, si otteneva dall'esperire la *pignoris capio*. Ciò avrebbe, però, comportato una diretta violazione del *ius civile* e doveva, necessariamente, venir escluso. L'*imperium* magistratuale poteva, invece, operare in via indiretta con lo strumento della *fictio*, giungendo ad ottenere – contro il vero – che, in quei casi ove occorreva<sup>94</sup>, si considerasse espletato il rito conservato nel *lege agere damni infecti*, cui si riconnettersero gli effetti della *pignoris capio*. Qui, come altrove, la tecnica della *fictio* offriva lo stratagemma per ottenere effetti civili altrimenti irraggiungibili<sup>95</sup>. E si può, forse, ancora notare come anche in questo caso il «gioco» della *fictio* sia favorito, se non addirittura consentito, dalla sussistenza, nel medesimo ordinamento, di un dualismo di sistemi<sup>96</sup>. Qui la contrapposizione – ed è l'unica del genere attestata dalle fonti – è tra

dell'autore pare sostanzialmente basata sulla mancanza nelle fonti di una qualsiasi traccia attestante il principio.

<sup>92</sup>) TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 254.

<sup>93</sup>) Riprendo un'argomentazione di TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 257 nt. 748, il quale sottolinea esattamente «la differenza del modo con cui il pretore procede per il *lege agere damni infecti*, dove non si danno azioni pretorie, né *formulae ficticiae*, né *formulae in factum*, bensì l'*auxilium* viene altrimenti configurato (la *cautio damni infecti*), proprio perché, formalmente continuava a sussistere la possibilità di *lege agere*». A mio avviso, è proprio perché la *pignoris capio*, per un caso, è ancora formalmente esperibile, che non possono esser date azioni in *factum* tese ad ottenere gli stessi risultati dell'azione. Si possono, invece, concedere azioni con formula fittizia, perché in questo caso ci si avvale del *modus agendi*, conservato nel *lege agere damni infecti*, riconnettendo alla falsa supposizione gli effetti che discendono dalla *pignoris capio*.

<sup>94</sup>) Per un'ipotesi si veda *infra*, § 6.

<sup>95</sup>) Si pensi al caso, già una volta richiamato, dell'*actio Publiciana* (*supra*, nt. 77). Qui si finge decorso il *tempus usucapionis* ('*si anno possedisset*'), non certo che l'attore sia il *dominus ex iure Quiritium*, supposizione che, a prescindere d'altro, avrebbe configurato grave contrasto con il *ius civile*, allo stesso modo della concessione di un'azione con *formula in factum* con cui il pretore avesse tutelato il proprietario bonitario così come era tutelato il *dominus* con la *rei vindicatio*. Ciò il pretore non fa, né lo avrebbe potuto, pur giungendo allo stesso risultato emulando il *ius civile* attraverso la *fictio* (cfr. BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., p. 294 ss. e *praecipue* p. 300 ss.). Per le dette ragioni non condivido le congetture di BRETONE, *Finzioni e formule*, cit., p. 305, sulla possibilità di *formulae* dell'*actio Publiciana* differenti da quella che conosciamo attraverso Gai., *inst.* 4.36. Secondo l'autore, il pretore, nel momento in cui decise di tutelare l'*in bonis habere*, anziché congegnare la formula che si ricostruisce sulla base del dettato gaiano, avrebbe potuto costruire sia una *formula in factum concepta* priva di *fictio* ('*Si paret A. A. hominem quo de agitur bona fide emisse et eum ei traditum esse, neque ea res arbitrio iudicis A. A. restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. N. A. A. condemnato; si non paret absolvido*': l'autore si premura di indicare la formula come «soltanto immaginaria») sia una formula con una *fictio* che giungesse, però, all'estrema conseguenza di supporre come sussistente il *dominium ex iure Quiritium* ('*Si A. A. hominem quo de agitur anno possedisset, tum si eum hominem ex iure Quiritium eius esse pareret, si ea res arbitrio iudicis A. A. non restituatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. N. A. A. condemnato; si non paret absolvido*'). Quanto alla prima formula proposta (pur accettando che vi fosse la menzione della *bona fides* sulla base della ricostruzione del LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 171 e delle osservazioni di A. BURDESE, *Editto Publiciano e funzioni della compravendita romana*, in «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica» – cur. L. VACCA – I, Milano, 1991, p. 122 s.) essa configurerebbe una sostanziale trasposizione di quella della *rei vindicatio*, concessa al solo *dominus ex iure Quiritium* e, in quanto tale, molto difficilmente, la si sarebbe potuta concepire a favore di chi non era *dominus*, se non violando gravemente e apertamente il *ius civile*. Quanto alla seconda, oltre che alle medesime difficoltà appena riferite, essa pare scontrarsi anche con il dato che l'essere *dominus ex iure Quiritium* viene fatto ingiustificatamente conseguire dalla supposizione dell'elemento fattuale del '*si anno possedisset*', elemento che, com'è noto, rappresenta solo uno di quelli occorrenti per il verificarsi dell'usucapione, ma che di per sé è insufficiente. Contro le congetture formulate sta, comunque, il dato storico costituito dalla formula che noi conosciamo.

<sup>96</sup>) Per la ricorrenza generale del fenomeno cfr., ad esempio, S. PUGLIATTI, '*Finzione*', in «ED.», XVII, Milano, 1968, p. 672, il quale osserva, appunto che «L'idea generale della finzione germina inmancabilmente sul terreno delle concezioni dualistiche, che presuppongono un termine fisso, dato come realtà». Del resto, anche V. ARANGIO-RUIZ,

processo *per legis actiones* e processo *per formulas*. Altrove, i casi più noti, essa si gioca tra *ius civile* e *ius honorarium* o tra *ius* e *lex*<sup>97</sup>.

Quasi corollario della scarsa (o nulla) valenza attribuita, in base alla *communis opinio*, alla *divisio* operata nel § 10, è costituito dall'incapacità di trovare un senso all'espressione '*alterius generis fictiones*' che rimane oscura e ingiustificata, né tale incapacità vien meno ipotizzando che la *fictio* dell'*actio publicano proposita* e le *fictiones* delle azioni esemplificate ai §§ 34-38<sup>98</sup> fossero inserite in differenti parti della *formula*, ipotesi questa piuttosto diffusa, che da me non è condivisa<sup>99</sup>, ma che, in ogni caso, non può spiegare quella che il testo gaiano presenta come una diversità fra questa e quelle *fictiones*, non già fra la collocazione dell'una rispetto alle altre<sup>100</sup>. Invero, se si sta alla valutazione che ne danno i sostenitori della *communis opinio*, non si trova la chiave per comprendere quel '*alterius generis fictiones*' e, non trovandola, si afferma – come anche di recente si è ribadito<sup>101</sup> – che la contrapposizione di due categorie di *fictiones* costituirebbe un'ulteriore prova dell'approssimazione dell'esposizione gaiana. Credo errata l'opinione.

Anche in questo caso – seguendo la mia proposta di lettura del § 33 – è possibile restituire linearità al discorso di Gaio. Con l'espressione<sup>102</sup> si sottolinea che le finzioni, riscontrabili nelle azioni – addotte ad esempio – del processo formulare sono di tipo del tutto differente da quelle poste a fondamento delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*'. Queste finzioni, che il giurista si accinge ad illustrarci nell'esemplificativo *excursus* svolto ai §§ 34-38, non sono – non credo vi sia necessità di dimostrazione alcuna – fondanti una categoria di azioni. Il pretore ordina l'inserimento nell'*intentio* di una situazione tipica del diritto civile per riconnettervi quegli stessi effetti che – se essa fosse stata

---

*Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1968, p. 20 nt. 1, sottolineava che il pretore, non potendo modificare i rapporti del *ius civile*, operò facendo sì che «il giudice si comportasse come se si fossero verificati i presupposti che il diritto civile esige» concludendo nel senso che solo la presenza di una 'pluralità di sistemi giuridici' giustifica, in linea di massima, il ricorso alla finzione. In particolare sul dualismo *ius civile / ius honorarium*, caratterizzante il diritto romano cfr. E. BETTI, *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in «Studi in onore di G. Chiovenda», Padova, 1927, p. 101 ss.; ID. '*Iurisdictio praetoris*' e *potere normativo*, in «Labeo», IV, 1968, p. 14 ss. Sulla necessaria unicità dell'ordinamento e sull'espressione «sistema giuridico» in rapporto all'esperienza romana si veda, però, F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del Ius Honorarium*, in «SDHI», LXII, 1996, *passim* e *praecipue* p. 9 nt. 20 e p. 29 nt. 73, che suggerisce quali più esatte denominazioni quelle di «settore di norme» o di «settore normativo».

<sup>97</sup>) Per un cenno ai quali rimando a BIANCHI, *Fictio Iuris*, cit., p. 259 ss. e *praecipue* p. 337 ss., per la creazione di *fictiones* nell'ambito del dualismo *ius civile / ius honorarium*, p. 347 ss., per quella nell'ambito del dualismo *ius / lex*. Un dualismo può, del resto, essere intravisto anche per le finzioni di diritto sacro, ad esempio a quello *ius fetiale / ius gentium* sembra rimandare la creazione dell'*ager Hosticus* (cfr. *op. cit.*, p. 120 ss.).

<sup>98</sup>) Sulle quali cfr., soprattutto, L. DI LELLA, *Formulae Ficticiae. Contributi allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, *passim*, e BIANCHI, *Fictio Iuris*, cit., p. 259 ss.; di recente anche MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*», cit., p. 30 ss.

<sup>99</sup>) Si ritiene comunemente che l'inserimento della *fictio* di *pignoris capio* nell'*actio publicano proposita* avvenisse nella *condemnatio* a differenza di quanto sappiamo che avveniva nelle altre azioni con *formula ficticia*. Su tale consolidata convinzione e sui motivi che mi inducono a dubitarne fortemente cfr. *infra*, § 8.

<sup>100</sup>) Non avrebbe, evidentemente, avuto senso parlare di '*alterius generis fictiones*' per sottolineare una diversa collocazione di queste finzioni rispetto a quella inserita nell'*actio publicano proposita*. La diversità richiamata dal giurista non può che esser relativa alla natura e agli effetti dei due tipi di finzione.

<sup>101</sup>) Mostra sicuramente di non comprenderla MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*», cit., p. 7, il quale dopo aver richiamato l'inaffidabilità sul piano dialettico dell'impiego da parte di Gaio dei termini '*genus*' e '*species*' ad un fine sistematico (cfr. la nota seguente), prosegue affermando che «*Genus* probabilmente viene qui adoperato con fini didattici. L'elenco gaiano delle *fictiones* può costituire, infatti, proprio un tipico esempio di quelle 'semplificazioni riassuntive', che Arangio-Ruiz – in ragionevole avversione agli eccessi interpolazionistici del primo dopoguerra – reputava congeniali a un autore e a un'opera dal taglio dichiaratamente scolastico ed elementare». La genericità della notazione ne rende dubbia la pertinenza al passo considerato.

<sup>102</sup>) Non mi pare rilevi in questo caso la dimostrata frequente confusione nel lessico gaiano dei termini '*genus*' e '*species*' (sulla quale cfr. R. MARTINI, «*Genus*» e «*species*» nel linguaggio gaiano, in «Synteleia V. Arangio-Ruiz», I, Napoli, 1964, p. 462 ss.). Qui mi pare possibile tradurre '*alterius generis fictiones*' con «finzioni d'un altro tipo» (così fa, ad esempio, MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., p. 137). Il giurista aveva solo l'esigenza di contrapporre due categorie, due tipi, appunto, di finzioni. Di nessun pregio, quindi, ad un fine esegetico le osservazioni di MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*», cit., p. 6, ricalcate, nel loro impianto generale, da quelle del TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 102.

reale – a quella sarebbero conseguiti *iure civili*<sup>103</sup>. Ben diversamente le finzioni contenute nelle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', che sono fondanti la categoria medesima che si contrappone a quella delle azioni che '*sua vi ac potestate valent*' o che '*sua vi ac potestate constant*'. Le finzioni contenute nella prima delle due categorie «*d e v o n o*» essere di genere differente, in quanto è dalla finzione in esse contenuta che l'azione trae fondamento. Esse sole mutuano la loro stessa ragione d'esistere da uno schema processuale autosufficiente, laddove le '*alterius generis fictiones*' emulano semplicemente situazioni sostanziali del *ius civile*. L'oggetto e la portata della falsa supposizione sono, nei due tipi di finzione, differenti.

Resterebbe da spiegare la denominazione data alla categoria. I motivi per i quali, cioè, le azioni sono dette *expressae ad legis actionem*' e non, invece, '*ad pignoris capionem*', dato che, a seguire la lettura che propongo, il *modus agendi* della *pignoris capio* costituiva il solo modulo cui esse si conformavano e su cui si fondava l'intera categoria. L'obiezione non sarebbe, a ben vedere, di particolare rilievo. La denominazione: '*actiones ad legis actionem expressae*', come si ha avuto modo di ricordare, è espressione troppo tecnica e precisa per supportarla invenzione del giurista<sup>104</sup>. Che con essa si indicassero azioni basate sulla sola *pignoris capio* si giustificava probabilmente con l'esigenza di indicare con immediatezza il fondamento della categoria stessa, individuandolo nell'antico procedimento *per legis actiones*<sup>105</sup> ed opponendolo all'essenza (la *sua vis ac potestas*) sulla quale, invece, si basavano esclusivamente tutte le altre azioni. Del resto – dato che le azioni che costituivano la categoria si riportavano ad uno solo dei casi in cui era stato consentito '*lege agere*' e che solo in quanto basate sul *lege agere* se ne giustificava l'esistenza<sup>106</sup> – la denominazione risulta perfettamente corretta.

D'altro lato, si è già ipotizzato come lo stesso dibattito intorno alla natura della *pignoris capio* avrebbe potuto esser stato funzionale proprio alla creazione delle azioni '*quae ad legis actionem exprimuntur*', data la necessità di ascrivere, per un immediato fine pragmatico, la *pignoris capio* al novero delle *legis actiones*<sup>107</sup>. Ciò, a sua volta, avrebbe facilmente potuto determinare la denominazione che Gaio ci ha restituito.

Conclusivamente, la proposta lettura del § 33 consente: a) di attribuire all'incipit del § 33, conformemente alla parte restante del paragrafo, la funzione di contrapporre le due categorie annunziate nel § 10, sottolineando che il fondamento delle azioni '*quae sua vi ac potestate valent*' non può esser costituito da una *fictio*; b) di considerare la dichiarazione svolta nel § 10 circa l'utilità ai fini della comprensione delle due categorie ivi poste corrispondente all'effettivo intento di chiarificazione e non quale mero espediente espositivo e, conseguentemente, di restituire un'effettiva valenza, invece negata dalla *communis opinio*, alla *divisio* del § 10; c) di assumere che la prima categoria della divisione fosse composta da azioni omogenee (tutte con formula fittizia); d) di conferire una valenza, anche in questo caso negata dalla *communis opinio*, all'espressione '*alterius generis fictiones*' del § 34; e) di non porre in relazione la menzione, nell'incipit del § 33, della *condictio* con una pretesa inversione – da sempre asserita, ma mai convincentemente esplicitata – rispetto all'ordine dell'esposizione delle singole *legis actiones*; f) di comprendere la ragione per cui alla *pignoris capio* è riservato l'ultimo posto nell'ambito dell'esposizione delle *legis actiones*; g) di esplicitare la ragione per cui, differentemente rispetto ad ogni altra *legis actio*, Gaio, sino all'inizio del § 31a, non abbia ancora illustrato il *modus agendi* della *pignoris capio*; h) di individuare una ragionevole (e pragmatica) causa del dibattito intorno alla

---

<sup>103</sup>) BIANCHI, *Fictio Iuris*, cit., p. 259 ss. e 338.

<sup>104</sup>) *Supra*, nt. 84.

<sup>105</sup>) Vi è, poi, il dato che l'espressione è al singolare. Da ciò il dubbio che formulo al § 9.

<sup>106</sup>) Si è già ricordato (*supra*, nt. 63 e 81) che la categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' necessitava, per essere fondata, della possibile esperibilità, in un caso almeno, di un'azione di legge. D'altronde, se la *pignoris capio* non fosse stata riconosciuta quale *legis actio*, fingere avvenuta la presa di pegno non avrebbe avuto alcuna valenza giuridica, mentre risulta dato sicuro quello per cui ogniqualvolta, nell'esperienza romana, si ricorre ad una *fictio* si suppone contro il vero esistente un fatto od un elemento fattuale giuridicamente rilevanti (sul punto cfr. BIANCHI, *Fictio Iuris*, cit., p. 338 s.; p. 420 s.). Il sintagma '*ad legis actionem*' era autodescrittivo della valenza del *quid* che veniva supposto.

<sup>107</sup>) *Supra*, nt. 63.

«natura» della *pignoris capio*; i) di confermare l'ipotesi che il *lege agere damni infecti* si realizzasse attraverso il *modus agendi* della *pignoris capio* individuando il motivo per il quale Gaio doveva esporre nella sua opera istituzionale un istituto desueto, ma di cui era essenziale parlare, dato che manteneva in vita la «base» di ogni azione della categoria.

5. Per i motivi sin qui esposti ritengo che il discorso di Gaio dal § 31a sino al § 33 sia stato distribuito in modo diverso da quello comunemente supposto<sup>108</sup>.

A mio avviso, le cose stanno così: nel § 31a, che doveva, a parer mio, iniziare con: '*per pignoris <enim capionem>*'<sup>109</sup>, il giurista indicava nel *modus agendi* della *pignoris capio* quello con cui si attuava il *lege agere damni infecti*, esplicando al contempo le ragioni per le quali, rispetto a questo, la *cautio* realizzava un '*commodius ius et plenius*'. Subito dopo introduceva la categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*'. A tal fine, non era certo necessario, dilungarsi più di tanto: poteva essere sufficiente sottolineare che al *modus agendi* appena enunciato (a proposito del *lege agere damni infecti*) si riportavano le azioni '*expressae ad legis actionem*' (e facilmente sarà stato possibile dir ciò facendo uso del solo verbo '*exprimi*'). Doveva, poi, seguire l'illustrazione delle azioni che costituivano la categoria, poche, data la misura della lacuna (necessariamente – includendovi l'*actio publicano proposita* – almeno due, facilmente tre, meno probabilmente, per via dell'entità della lacuna, quattro)<sup>110</sup>. E' possibile, se non probabile, che nell'enunciare la prima di tali azioni Gaio fornisse anche lo schema della relativa formula. Per le restanti (quante esse fossero) Gaio poteva limitarsi a far presente – senza ripeterlo – che identico era il meccanismo che le caratterizzava. Così fa, al § 32, per l'ultima di tali azioni, l'*actio publicano proposita*, la sola che il palinsesto veronese testimonia. A questo punto, con il § 33, il giurista, opponendolo al primo, prende ad illustrare il secondo corno della *divisio* del § 10, cioè le '*actiones, quae sua vi ac potestate constant*' o, secondo la minima variante che si legge proprio nel § 33, le azioni che '*sua vi ac potestate valent*'.

Consequenziale e corretta nei suoi termini è, poi – come ho già detto – l'illustrazione (svolta in

<sup>108</sup>) *Supra*, § 2.

<sup>109</sup>) Il completamento di '*pignoris*' con '*capionem*' operato dagli editori in sede di critica testuale appare inevitabile. Come altrove ho già osservato il confronto dei passi in cui Gaio fa uso di un comparativo – in contesti raffrontabili a quello di *inst.* 4.31 – porta a concludere che il giurista non manca mai di esplicitare le ragioni di tale impiego (per non appesantire il discorso rimando per l'indicazione dei passi e lo svolgimento dei confronti a *Fictio Iuris*, cit., p. 245 ss.). Da ciò si può trarre un argomento in più a favore dell'ipotesi che il *lege agere damni infecti* si realizzasse attraverso la *pignoris capio*, dato che Gaio avrebbe dovuto esplicitare, nella lacuna, i due comparativi spesi nel § 31 appena prima delle parole '*Per pignoris*', le ultime che si leggono prima della lacuna. Credo, inoltre, di dover ribadire che, se il completamento di '*pignoris*' con '*capionem*' appare del tutto certo, il confronto tra il § 31 del quarto libro e due altri passi del manuale (Gai., *inst.* 1.190 e 3.194) suggerisce, a mio avviso in modo sicuro, di incuneare la congiunzione coordinante '*enim*' nel sintagma '*per pignoris (capionem)*'. In relazione alla tutela muliebre il giurista scioglieva il comparativo in precedenza impiegato dicendo: '*mullieres enim*'; in relazione al *furtum prohibitum* lo scioglimento dei comparativi precedentemente utilizzati dà: '*Neque enim*'. Da un lato il suggerimento sembra del tutto lecito in quanto, dopo '*pignoris*', nel palinsesto veronese, non si legge più nulla (per la posizione del proposto '*enim*' si confronti Gai., *inst.* 1.159 e si veda, in generale, M. LEUMANN, J.B. HOFMANN, A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik*, II. *Syntax und Stilistik*, München, 1972, p. 507 s.). Dall'altro l'*'enim*' ovierebbe, ad un tempo, all'individuazione del *nomen iuris* della *legis actio damni infecti* e alla delucidazione delle ragioni che stanno alla base della frase '*commodius ius et plenius est*' che si legge in conclusione del § 31. Ritengo, quindi, che il § 31a iniziasse con: '*Per pignoris (enim capionem)*', ma credo che sia evidente che la conclusione o meno delle mie argomentazioni circa l'essere la categoria della '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' costituita dalla sola *fictio* di *pignoris capio* non dipenda da questa minimale proposta integrativa.

<sup>110</sup>) Sempre che si accetti quanto sono venuto sin qui argomentando, facilmente, le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' dovevano corrispondere a «tutte» le azioni che erano state costruite con *fictio* di *pignoris capio*. In altri termini l'elencazione qui offerta dal giurista non doveva avere carattere esemplificativo, ma contemplare tutte le azioni così conformate, o almeno quelle che, all'epoca, erano in uso. Mi pare, infatti, difficile credere che Gaio nell'individuare in negativo, dalla categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', quella delle '*actiones, quae sua vi ac potestate valent*', categoria composta da un numero elevatissimo di azioni (il § 33 chiude con '*et aliae innumerabiles*'), non fornisca un'elencazione completa delle azioni appartenenti alla prima categoria. Ora, dato che tali azioni venivano illustrate da Gaio nella parte finale della lacuna (quella iniziale era occupata dall'esplicazione del *lege agere damni infecti*), doveva trattarsi di un numero chiuso e per di più molto ristretto.

via manifestamente – il ‘veluti’ che si legge nel § 34 – esemplificativa) delle azioni (appartenenti alla categoria di quelle che ‘sua vi ac potestate constant’) con formula costruita su di «un altro tipo» di finzioni.

6. A questo punto ci si potrebbe chiedere quali mai fossero le ulteriori azioni con *fictio* di *pignoris capio*, ma il rispondere a tale interrogativo risulterebbe, ovviamente, molto problematico se non impossibile.

Mi limito, quindi, ad offrire, in termini di assoluta prudenza, una mera ipotesi: la *pignoris capio* concessa al pubblicano è l’ultimo dei casi, indicati nei §§ 26-28, nei quali l’azione esecutiva veniva concessa e l’*actio publicano proposita* l’ultima delle azioni ‘*quae ad legis actionem exprimuntur*’. Inoltre, stando all’integrazione ‘*item*’ con la quale si suole abitualmente far iniziare il § 32<sup>111</sup>, anche quest’azione parrebbe esser stata introdotta allo stesso modo in cui venivano introdotti tutti i casi in cui era data, un tempo, l’azione di legge<sup>112</sup>. Si tratta di una mera coincidenza? A rigore non è possibile escluderlo, ma – assumendo (per i motivi che ho, in precedenza, esposto) che nella lacuna siano state menzionate altre azioni basate sul *modus agendi* di questa – potrebbe trattarsi di un indizio nel senso che tali azioni erano costruite in relazione ad alcune delle fattispecie nelle quali, anticamente, era esperibile la *pignoris capio*. Queste azioni avrebbero potuto, infatti, essere descritte da Gaio prima della menzione di quella concessa al pubblicano, in simmetria con l’esposizione svolta dal giurista, ai §§ 26-28, di altre *pignoris capiones* prima dell’illustrazione dell’azione di legge ‘*data*’ ai pubblicani, dando così luogo ad un caso di quel parallelismo ritenuto caratteristico dei piani espositivi del giurista antonino<sup>113</sup>.

Quali di quei casi avrebbero potuto ricevere, vigente il processo formulare, una tutela analoga a quella consentita dall’azione concessa a favore del pubblicano?

A mio avviso, analizzando i §§ 27-28 (ove, con ogni probabilità, Gaio fornisce un’elencazione non esaustiva dei casi in cui si dava *pignoris capio*)<sup>114</sup>, si può riscontrare come vi sia un’analogia espositiva tra le fattispecie tutelate *legibus* e quella ove l’azione è ‘*lege censoria data*’, analogia che non sussiste, invece, per le ipotesi consentite dai *mores*. L’analogia, che è sul piano delle forme e dei tempi verbali, può forse suggerire che i casi che Gaio dice esser stati introdotti ‘*legibus*’ (quelli a tutela del soddisfacimento del prezzo dell’*hostia* e del corrispettivo della locazione del *iumentum*) mantenesse-  
ro, sul piano dell’esigenza della loro tutela<sup>115</sup>, attualità, così come la manteneva appunto la fattispe-

<sup>111</sup>) Sulla quale, peraltro, non vi è certezza; si veda *supra*, nt. 17.

<sup>112</sup>) Il punto era già stato richiamato, per quel che vale, stante la non certezza dell’integrazione, in BIANCHI, *Fictio iuris*, cit., p. 257, sottolineando che codesto ‘*Item*’ con cui – forse – si introduce l’*actio publicano proposita* richiama la martellante sequenza degli ‘*item*’ con i quali si introducono – ai §§ 27-28 – i casi che, vigenti le procedure delle *legis actiones*, ricevevano tutela attraverso la *pignoris capio*, l’ultimo dei quali è quello previsto per il pubblicano. Non mi pare, però, conveniente insistere ad oltranza su un’argomentazione che poggia su una base incerta.

<sup>113</sup>) M. FUHRMANN *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike*, Göttingen, 1960, p. 119 ss., chiama, appunto, «Parallelismus» lo schema rappresentativo, sovente impiegato da Gaio e, talora, simultaneamente agli strumenti offerti dalle divisioni e dalle definizioni. Cfr. F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni «res corporales - res incorporales» e «res Mancipi - res nec Mancipi» nella sistematica gaiana*, in «Prospettive sistematiche nel diritto romano», Torino, 1976, p. 446 s., ove, prendendo spunto dal coordinamento delle *res corporales / res incorporales* con le *res Mancipi / nec Mancipi*, si evidenzia il ricorso da parte di Gaio ad «una di quelle forme rappresentative – il parallelismo – di cui si avvale ampiamente nel corso dell’opera e che caratterizza, anche sotto questo profilo, il manuale sistematico dell’antichità», rilevando, poi, in generale, che, «se nell’ambito di un argomento, le stesse entità devono essere analizzate di seguito sotto una pluralità di angoli visuali, il parallelismo è rispettato se le entità a, b e c studiate sotto un primo profilo vengono poi analizzate, nello stesso ordine, sotto gli altri profili».

<sup>114</sup>) Ne è convinto ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 53, il quale, sia pure a livello dichiaratamente congetturale, ritiene possibile fosse data *pignoris capio* «per altri casi di mancato pagamento di somme dovute per motivi sacrali». A parere dell’autore, casi del genere potrebbero esser stati indicati da Paul., *epit.*, sv. ‘*curionium aes*’ (L.<sup>2</sup> p. 42.30): ‘*Curionium aes dicebatur, quod dabatur curioni ob sacerdotium curionatus*’; cfr. Paul., *epit.*, sv. ‘*curionia sacra*’ (L.<sup>2</sup> p. 54.44) e sv. ‘*lucar*’ (L.<sup>2</sup> p. 106.12): ‘*Lucar appellatur aes, quod ex lucis captatur*’.

<sup>115</sup>) Gai., *inst.* 4.26-28: ‘*Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, <de quibusdam> lege. Introducta est moribus rei militaris. Nam [et] propter stipendium licebat militi ab eo, qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere; dicebatur autem ea pecunia, quae stipendii nomine dabatur, aes militare. Item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua equus emendus erat; quae pecunia dicebatur aes equestre. Item propter eam pecuniam, ex qua hordeum equis erat comparandum: quae pecunia dicebat aes hordiarium. Lege autem introducta est pignoris capio veluti lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet*’.

cie prevista per il pubblicano (e, del resto, mentre il sistema di sostentamento dell'esercito non era più quello cui il giurista allude nel parlare delle ipotesi dell'*aes militare*, la religiosità, i riti e – soprattutto – le prassi sacrificali si erano mantenuti sostanzialmente invariati<sup>116</sup>). Né mi parrebbe una va-

*item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet. Item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent*'. Vorrei richiamare l'attenzione sul modo con cui Gaio ci presenta le singole fattispecie di *pignoris capio*, distribuendole, a seconda che – a suo dire (non entro in questa sede sul diverso problema della veridicità delle informazioni rese al riguardo dal giurista; per i dubbi su ciò espressi dalla dottrina cfr., da ultimo, TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 107 nt 181; sulla presumibile scansione cronologica offerta da Gaio alle varie ipotesi ch'egli menziona cfr. F. GALLO, *Interpretazione e formazione del Diritto. Lezioni di Diritto Romano*, Torino, 1971, p. 38) – siano state introdotte *moribus* o *legibus*. Parto dalla constatazione che alla prima categoria sono ascritte quelle che, riguardando la *res militaris*, avevano per oggetto la tutela della riscossione dell'*aes militare*, dell'*aes equestre*, dell'*aes hordiarium*, mentre, alla seconda quelle – che sembrano enunciate senza pretesa di completezza ('*veluti*') – disposte dalla legge delle XII Tavole per il mancato soddisfacimento del prezzo dell'*hostia* o del corrispettivo, destinato ad essere impiegato in un sacrificio, della locazione di un *iumentum* e dalla *lex censoria* a favore del pubblicano. Credo sia riscontrabile un'analogia espositiva all'interno di ognuna delle due categorie. Nell'ambito della prima, l'impiego dell'imperfetto ci fa, di volta in volta, intendere che le denominazioni di *aes militare*, di *aes equestre* e di *aes hordiarium* – con le quali nel passato venivano espresse, nelle rispettive fattispecie, le somme, la cui riscossione era garantita dalla *legis actio* – non erano più di uso corrente, tanto che il giurista deve – sempre utilizzando l'imperfetto – fornirne una sorta di concisa definizione. L'uso dell'imperfetto fa intendere che queste stesse denominazioni non dovevano essere più di uso corrente. L'impiego dell'imperfetto da parte di Gaio, qui come altrove (ad esempio, si veda Gai., *inst.* 2.102, sul quale F. BONA, *Società universale e società gestuaria generale in diritto romano*, in «SDHI.», XXXIII, 1967, p. 369 ss.) è, infatti, il segno linguistico che serve ad indicare forme giuridiche non più attuali. Altro è, però, il valore dell'uso dell'imperfetto nella descrizione della procedura adottata per le singole pretese: serve a sottolineare, appunto, l'avvenuta obsolescenza; altro quello dell'imperfetto impiegato per far conoscere i termini con cui, un tempo, venivano designate le relative somme, la cui riscossione era tutelata in quelle forme: qui l'imperfetto sottolinea che neppure questi termini erano abituali per i suoi tempi, che essi pure avevano, ormai, perduto ogni significato. Quando, infatti, Gaio ha a che fare con un istituto, la cui *ordinatio* non è più quella originaria, ma la cui designazione continua a farvi riferimento, non ha difficoltà a mescolare presente e passato. Un esempio ne è costituito proprio dal modo di esporre utilizzato da Gaio nel § 18 per la descrizione della *legis actio per condictionem*: non esiste più la *condictio* come *legis actio* e la sua '*ordinatio*' è espressa con l'imperfetto, ma l'uso del presente serve a sottolineare la persistenza del termine. Ora le ipotesi di *pignoris capio* introdotte '*moribus*', relative alla *res militaris*, avevano certamente perduto, da tempo, l'attualità che era propria di un sistema antico di approvvigionamento e sostentamento dell'esercito (sull'*aes equestre*, sull'*aes hordiarium*, sulla loro origine e sulla loro trasformazione cfr., per tutti, J.W. KUBITSCHKEK, sv. '*Aes equestre*' e '*Aes hordiarium*', in «PWRE.», I.1, Stuttgart, 1893, c. 682 ss., ed ivi per il rimando alle fonti) e, con la perdita di attualità, l'esigenza di una loro tutela, tanto che nel linguaggio comune i termini che le denominavano avevano perso il loro valore, assumendone uno squisitamente antiquario, cfr.: Paul., *epit.*, sv. '*equestre aes*' (L.<sup>2</sup> p. 71.18) e sv. '*hordiarium aes*' (L.<sup>2</sup> p. 91.10). Del tutto diversa la tecnica impiegata per parlare delle *pignoris capiones* introdotte '*legibus*'. Le diverse fattispecie (tanto le due che sono riferite alla legge decemvirale quanto – si noti – quella che è riportata alla *lex censoria*) sono descritte con proposizioni, strutturalmente, perfettamente identiche (l'identità strutturale delle due proposizioni viene confermata e non certo smentita dall'uso, per le prime due, di '*introducenda est*' e, per l'ultima, di '*data est*'; per un raffronto delle due forme espressive cfr. A. PERNICE, *Parega*, II. *Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte*, in «ZSS.», V n.f., 1884, p. 128, nt. 1 e FALCONE, *Sulle tracce del 'lege agere damni infecti'*, cit., p. 524 nt. 12). Per tutte queste fattispecie sembra che il giurista sia preoccupato, non solo di spiegare il punto di emersione delle rispettive figure, ma soprattutto le finalità perseguite in quelle ipotesi. Si noti, infatti, che alle espressioni: '*lege ... introducenda est*' e '*lege censoria data est*', che nel pensiero di Gaio indicano, ad un tempo, il momento di emersione e il fondamento della tutela nei vari casi accordata, segue l'indicazione sia dei motivi per i quali era accordata l'azione sia dei soggetti contro i quali questa era data: per il caso dell'*hostia*: '*adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet*'; egualmente per quello della *daps*: '*adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet*'; ed ancora egualmente per quello del *vectigal*: '*adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent*'. Posto, allora, che sappiamo dal successivo § 32 dell'esistenza di un'*actio publicano proposita*, di un'azione, cioè, che conservava – trasferendola dalla *legis actio* ad un ambito formulare – l'esigenza di una tutela, viene da chiedersi se ad un'identica formulazione espositiva non possa corrispondere un'identica esigenza di tutela anche per quelle due fattispecie, d'altronde del tutto specifiche, che Gaio afferma esser state contemplate dalla legge delle XII tavole. Si veda anche la nota successiva.

<sup>116</sup>) Le numerosissime fonti e la sterminata bibliografia sull'argomento non consentono citazioni esaurienti. Basti, però, pensare alla notissima corrispondenza tra Plinio il Giovane e l'imperatore Traiano per rendersi immediatamente conto della persistenza di riti e di prassi sacrificali pagani nel periodo imperiale. In particolare, in una delle ultime lettere dell'epistolario, Plinio evidenzia il superamento dei problemi causati dalla religione cristiana agli antichi rituali e al commercio degli animali da sacrificare (*ep.* 10.97: '*et sacra sollemnia diu intermissa repeti passimque venire <carne> victimarum, cuius adhuc rarissimus emptor inveniebatur*'). Si pensi, del resto, alle numerosissime regole che erano

lida obiezione ricordare che quei casi avevano ormai da tempo potuto ricevere tutela nell'ambito delle azioni connesse alla *emptio-venditio* e alla *locatio-conductio*. Per quegli specifici casi, infatti, una tutela particolare, poteva benissimo affiancarsi in via alternativa o sostituirsi in via esclusiva alla generale tutela contrattuale<sup>117</sup>.

L'utilizzo da parte di Gaio, nella sintetica menzione dell'*actio publicano proposita* del § 32, del verbo '*luere*', termine carico di valenze connesse al *ius sacrum*<sup>118</sup>, potrebbe forse costituire un elemento a favore dell'ipotesi svolta. Per gli ipotizzati casi di *actiones* con *fictio* di *pignoris capio* a tutela di fattispecie rilevanti sul piano religioso, nessun verbo meglio di '*luere*' avrebbe reso l'idea dello scioglimento da un vincolo.

A favore dell'ipotesi che per alcuni casi connessi ad una finalità sacra si mantenesse – nell'ambito della procedura *per formulas* – una tutela analoga a quella precedentemente consentita dalla *pignoris capio*, potrebbe forse giocare il periodo di formazione delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', ove questo – come io penso e come subito dirò – debba esser fatto coincidere con quello immediatamente successivo alla riforma augustea. Non è forse Augusto il restauratore dell'antica religione<sup>119</sup>? Ed allora non può lecitamente concludersi che, in quel clima di restaurazione, sarebbe stato possibile conservare – nel nuovo quadro processuale – una peculiare tutela a fattispecie rilevanti sul piano del culto?

In alternativa all'ipotesi ora svolta – lo ripeto – con ogni cautela e riserva, si dovrebbe ovviamente concludere che le azioni con finzione di *pignoris capio* riguardassero fattispecie differenti da quelle enunciate dal giurista in relazione all'antica azione di legge. Si dovrebbe, però, in tale prospettiva, ritenere che si trattasse di casi che avevano ricevuto tutela dall'azione fittizia, ma non dall'azione di legge, ché sarebbe davvero singolare che Gaio non ne desse conto nel pur esemplificativo contesto dei §§ 27 e 28 e, poi, li enunciassero in quanto tutelati dall'azione fittizia. Confesso di avere qualche difficoltà nel concepire in termini di probabilità un'ipotesi simile, che – quantomeno a livello indiziario – parrebbe smentita dalla menzione della tutela accordata al pubblicano, svolta e sotto

---

imposte nella scelta delle vittime per i sacrifici, attuali ai tempi di Arnobio (cfr. soprattutto il secondo libro dell'*Adversus Nationes*) e di cui parla diffusamente Servio nel suo commentario all'opera di Virgilio.

<sup>117</sup> Mi sia consentito precisare che, contrariamente a quanto mi attribuisce TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 114 nt. 200: non ho mai detto che, per le ipotesi di *pignoris capiones* riportate da Gaio alle XII Tavole, si sarebbe sentita – una volta introdotto il processo formulare – l'esigenza di affiancare una tutela «esecutiva» a quella accordata in via ordinaria (cfr. *Fictio Iuris*, cit., p. 240 nt. 173). Tale ipotesi veniva ricordata in quanto essa era stata avanzata – a livello solo teorico – da V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, I, Napoli, 1954 (rist. anast. Napoli, 1961), p. 42. Da parte mia facevo presente che, quei casi avrebbero potuto (il condizionale è d'obbligo) «conservare un'esigenza di tutela ancora attuale all'epoca di Gaio». Il che, però, non equivale, evidentemente, ad una tutela in via esecutiva, ma ad una tutela particolare – ovviamente di natura cognitiva – al pari di quella che viene accordata al pubblicano (che, come a tutti noto, è data in via di cognizione e che comporta – secondo le conclusioni del PUGLIESE, *Gai. 4, 32 e la pignoris capio*, cit., p. 288 ss., oggi largamente condivise – il meccanismo del '*solve et repete*'). Quest'ultimo era (e rimane) il mio convincimento.

<sup>118</sup> Cfr. «Th.L.L.», VII.2, sv. '*luo*', c. 1840 ss.; a titolo esemplificativo cfr. Plin., *nat. hist.* 17.1.17, ove è utilizzato in relazione alla pena dovuta (in base alle XII tavole: 8.11) nel caso di '*arbores iniuria caesae*'; cfr. Gell., *noct. Att.* 4.6.6. Il verbo è anche impiegato per il riscatto del pegno, sempre esemplificativamente: cfr. D. 10.2.31 (Papin. 7 *quaest.*), D. 36.1.80.6 (Scaev. 21 *dig.*), e Fest., *verb. sign.*, sv. '*reluere*' (L.<sup>2</sup> p. 352.1). L'antica connotazione sacrale del verbo e l'attenzione che merita il suo impiego da parte del giurista sono sottolineati anche dall'ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 13 nt. 23.

<sup>119</sup> Su questo ruolo del *princeps* cfr., tra i molti: G. BOISSER, *Religion romaine d'Auguste*, Paris, 1906-7, p. 75 ss.; J. GAGÉ, *Les sacerdotés d'Auguste et ses réformes religieuses*, in «Mélanges d'Archeologie et d'Histoire», XXXVIII, 1931, p. 78 ss.; P. BOYANCÉ, *Etudes sur la religion romaine*, Rome, 1972, p. 121 ss.; J.H.W.G. LIEBESCHÜTZ, *Continuity and change in roman religion*, Oxford, 1979, p. 55 ss.; cfr. ID., *La religione romana*, in «Storia di Roma», II.3, Torino, 1992, p. 239 ss.; si veda, però, S.R.F. PRICE, *The place of Religion: Rome in the Early Empire*, in «Cambridge Ancient History», X, Cambridge, 1996, p. 812 ss., il quale sottolinea che quella augustea deve considerarsi più una ristrutturazione che una semplice restaurazione. Sui singoli aspetti della religiosità del principato cfr. J. BEAUJEU, *Le paganisme romain sous le Haute Empire*, in «ANRW.», XVI.1, Berlin - New York, 1976, p. 3 ss. Sulla pubblicizzazione da parte della letteratura di epoca augustea dei vari recuperi di elementi della religiosità tradizionale operati dal *princeps* cfr. soprattutto D. KIENAST, *Augustus. Prinzeps und Monarch*, Darmstadt, 1982, p. 185 ss. Per quanto riguarda le fonti basterà richiamare quella celeberrima offerta da *res gest.* 7.3.

il profilo dell'*actio* con *formula ficticia* e sotto quello della concessione, in antico, dell'azione di legge.

7. In entrambe le ipotesi, comunque, se le considerazioni sin qui svolte colgono nel vero, si dovrebbe rivedere anche la datazione che, per lo più, è ipotizzata per la genesi delle azioni costituenti la categoria, posta nell'arco temporale che va dalla *lex Aebutia* sino alla riforma giuliana. Tale collocazione temporale viene fondata – essenzialmente – sulla considerazione che in quel lasso temporale sarebbe stato possibile concepire delle azioni con *formulae* basate sulla *fictio* delle diverse *legis actiones* (salvo, come sostenuto dalla *communis opinio*, che per la *legis actio per condictionem*), in quanto queste erano ancora esperibili. Tali azioni '*ad legis actionem expressae*' nate, dunque, prima dell'abrogazione augustea, si sarebbero poi mantenute, secondo taluno, tali come le si era create, secondo altri, inserendo nella loro formula l' '*olim*' che leggiamo nel § 32, dedicato all'*actio publicano proposita*<sup>120</sup>.

Devo, tuttavia, osservare che se dubbi sulla collocazione temporale dell'*actio publicano proposita*, erano già stati autorevolmente sollevati<sup>121</sup>, il quadro generale della questione verrebbe, forse, a mutare accogliendo le conclusioni che si traggono dalla lettura da me proposta dei passi gaiani in questione. Intendo dire che risulta facile pensare che tali *actiones*, se tutte effettivamente, per così dire, '*ad pignoris capionem expressae*', siano state create nel periodo successivo all'abrogazione delle *legis actiones*.

La ragione che mi spinge in questa direzione è la seguente: posto che sino alla riforma augustea la *pignoris capio* era esperibile in tutti i casi per i quali era stata sino allora prevista<sup>122</sup> e cessa di esserlo, salvo che – secondo l'opinione dottrina che ho più volte richiamato – per il *lege agere damni infecti*, dopo, quando mai si deve essere avvertita l'esigenza di creare azioni con formula fittizia per tutelare ciò che era tutelato dall'azione di legge? Mi pare che tutto porterebbe a credere che la creazione sia avvenuta quando, non sussistendo più la possibilità di esperire l'azione di legge, se non per un caso soltanto, si sarà pensato di fornire egualmente i rapporti, che ne erano rimasti sprovvisti, di una tutela analoga a quella in precedenza (qui rileva l' '*olim*' che si legge nel § 32 per l'ultima delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*') ricevuta. Anzi, appare estremamente probabile che l'esigenza, che può aver determinato la creazione di siffatte azioni con formula fittizia, sia stata avvertita nell'immediatezza dell'abrogazione augustea, quando, improvvisamente, alcune fattispecie saranno rimaste prive della tutela che, appena prima, ricevevano. Che si sia, invece, pensato – prima dell'abrogazione – ad affiancare una tutela in via di azione formulare con formula fittizia a quella offerta dall'azione di legge mi pare improbabile<sup>123</sup>. La creazione di simili azioni non avrebbe – in quel

<sup>120</sup> L'ipotesi è richiamata in questo paragrafo. Qui va rammentata la differente congettura del WLAŠAK, *Römische Prozeßgesetze*, cit., p. 254 nt. 32, secondo il quale l'espressione '*olim*' sarebbe stata impiegata da Gaio per sottolineare che la *legis actio* era, di fatto, desueta a causa dell'uso più frequente dell'azione con formula fittizia.

<sup>121</sup> In tal senso ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 4 s., il quale afferma: «quella specifica azione espressa *ad legis actionem* fu introdotta dopo l'abolizione della *pignoris capio* e quindi dopo le *leges Iuliae iudicariae*». L'opinione dell'insigne autore muove dall' '*olim*' presente in Gai., *inst.* 4.32, avverbio, che viene indicato – e in ciò dissente – come necessariamente presente nella *condemnatio* dell'azione.

<sup>122</sup> Ovviamente questi casi non coincidono con tutti quelli ricordati da Gaio, in via d'esempio, nei §§ 26-28. Inoltre, mentre i casi afferenti la '*res militaris*' (*supra*, nt. 115) vennero certamente meno ben prima di Augusto, altri, più recenti, avrebbero potuto non essere stati menzionati dal giurista. Parlo, comunque, di casi perfettamente inquadrabili nello schema della *legis actio*, non di quelli – a questi sotto qualche profilo pratico assimilabili – cui allude il Talamanca (*supra*, nt. 80).

<sup>123</sup> Concordo, in ciò, con TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 254. L'autore svolge la propria argomentazione pensando, naturalmente, ad azioni basate su *modi agendi* anche differenti da quello della *pignoris capio*, ma essa mi pare rimaner valida quale che fosse il numero (uno solo per me; diversi per il Talamanca) di codesti *modi agendi*. L'esistenza, precedentemente all'abrogazione augustea, di un'*actio* con formula fittizia corrispondente a quella di cui ci informa Gai., *inst.* 4.32 è intravista – sulla base di Cic., *in Verr.* 2.3.10.25-11.27 (ove si leggono le parole '*petitor*' e '*pignerator*', entrambe riferite al publicano, ma vi è incertezza sulla congiunzione che lega i due termini) – da parte di vari eminenti autori e, soprattutto, da M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 105 nt. 14, il quale opina che, già ai tempi di Verre, per l'esazione delle imposte da parte dei publicani (*decumani*) non fosse più prevista la *pignoris capio*, ma un'*actio ficticia*; cfr. PUGLIESE, *Gai.* 4, 32 e la *pignoris capio*, cit., p. 286 s. I richiamati passi di Cicerone (e gli eventuali labili rapporti di questi con la *lex Agraria* = «FIRA», I<sup>2</sup>, n. 8. ll. 36 ss.) non consentono affatto, però, di affermare l'esistenza di un'azione siffatta; in essi si allude alla possibilità di agire e/o di pigno-

lasso di tempo – sortito, infatti, alcun vantaggio.

L'esperibilità, secondo la mia ricostruzione, del modulo conservato dal *lege agere damni infecti* mi fa, d'altronde, escludere l'ipotesi – già di per sé forzata – secondo la quale, dopo la riforma augustea, si sarebbe tornati sulle *formulae* con cui si sarebbero – prima – costruite le azioni per inserirvi, appunto, l' *'olim'*, trasformandone la *fictio* costruita «al presente» in una, in tutto analoga, ma, per usare l'espressione che è stata impiegata, *'in praeteritum'* <sup>124</sup>.

Se, poi, fossero esistite – e non lo sappiamo – altre *'actiones, quae ad legis actionem exprimuntur'* prima della riforma giuliana, esse, dopo l'abrogazione avrebbero perso il loro «fondamento» non potendo più essere *'expressae'* su qualcosa che non aveva più vitalità giuridica. L'abrogazione avrebbe necessariamente travolto – insieme alle *legis actiones* – tutte le azioni che sopra di queste si fondavano <sup>125</sup>, ma, per rimanere alle sole di cui possiamo scorgere qualche frammentaria informazione in Gaio, tutto condurrebbe a vederne il momento d'emersione successivamente alla riforma augustea.

Che altre *actiones*, costruite con finzione di *legis actio*, possano esser esistite prima dell'abrogazione delle azioni di legge è ipotesi teoricamente possibile <sup>126</sup>, ma sprovvista di qualsiasi supporto testuale. Potrebbe, ad esempio, trattarsi di quelle azioni che la dottrina – pur, a mio avviso, muovendosi da un fraintendimento di Gai., *inst.* 4.33 – ha cercato di individuare in relazione ad una *fictio* della *manus iniectio* <sup>127</sup> o, addirittura, di azioni costruite con quella *fictio* di *condictio*, che – come si è detto – è assolutamente inconcepibile nell'epoca in cui Gaio scrive <sup>128</sup>.

In ogni caso, un ostacolo alla possibile esistenza di azioni siffatte sarebbe costituito dalla necessità di supporre nelle relative formule – contro la tecnica squisitamente pragmatica della *fictio* – come avvenuta un'attività magistratuale <sup>129</sup>. Volendo trascurare questa caratteristica della tecnica

---

rare. Quali che fossero i rapporti tra l'agire ed il pignorare, per quanto qui interessa, basti rammentare che nelle parole dell'oratore non è presente nessun accenno (neppure minimo) a un'eventuale *fictio*. La fonte è, del resto ben precedente all'abolizione delle *legis actiones* e non vedo dunque motivi per escludere che ci si riferisca proprio alla *pignoris capio*, se non quello che si tratta di strumento esperibile in una provincia. In proposito il DE MARTINO, *La storia dei pubblicani*, cit., p. 13 ss., dopo avere affermato che, in linea generale, «dell'azione *ficticia* non troviamo più traccia nelle fonti. Se non ne parlasse Gaio non ne conosceremmo neppure l'esistenza», conclude, con specifico riguardo ai menzionati passi ciceroniani, sottolineando che l'oratore «non parla di questa formula o perché essa non esisteva ancora o perché non era praticata in Sicilia». Ad avviso del grande studioso ciò cui Cicerone si riferiva con il termine *'pignerator'*, se non era la stessa *pignoris capio*, poteva esser rappresentato solo da qualcosa di analogo all'azione di legge (forse, opina l'autore, «un atto di impossessamento provvisorio senza le formalità dell'arcaica *legis actio*»).

<sup>124</sup>) L'ipotesi è contemplata solo in via congetturale (ed è, anzi, ritenuta assai poco probabile) da TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 139 nt. 304: «*post legem Iuliam latam*, il pretore avrebbe, e necessariamente, modificato *in praeteritum* le *fictiones* già introdotte in periodo post-ebuzio» (osservo peraltro che, se così fosse, codeste *fictiones* avrebbero con ciò cessato di essere tali: cfr. *supra*, nt. 82). Nel prosieguo l'autore sottolinea, comunque, come «una volta introdottasi – se non fosse stata originaria – la possibilità di una *fictio in praeteritum*, questa non fosse utilizzata per la *legis actio per condictioem*. Che ciò non sia avvenuto, poteva dipendere solo dal fatto che non v'era necessità di una *fictio* in materia di *condictio*». L'ultima affermazione muove dall'equivoco sulla lettura del § 33, donde – in ogni caso – non si può argomentare di «non necessità», bensì di inconcepibilità di una *fictio condictiois* ai tempi in cui scrive Gaio. Dal testo gaiano, però, non si può inferire la necessaria inesistenza di una siffatta *fictio* in un periodo più risalente (è l'ipotesi, pur non confortata da alcun cenno nelle fonti e svolta sotto un profilo esclusivamente teorico dal Frezza; si veda *supra*, nt. 5).

<sup>125</sup>) *Supra*, nt. 82.

<sup>126</sup>) La risalenza della tecnica della *fictio* (riscontrabile, ad esempio, in antichissime finzioni di diritto sacro, sulle quali, DEMELIUS, *Die Rechtsfiktion*, cit., p. 8 ss., E. BIANCHI, *'In sacris simulata pro veris accipiuntur'* [*Serv. Ad Aen.*, 2, 116], in «Atti del III Seminario Giuridico Gardesano. 22-25 ottobre 1985», Milano, 1988, p. 464 ss., e ID. *Fictio Iuris*, cit., p. 35 ss.) consente di non doverla escludere.

<sup>127</sup>) *Supra*, nt. 16.

<sup>128</sup>) Dell'ipotesi del Frezza, relativa ad una *fictio condictiois* che avrebbe potuto generare la *condictio* formulare, ho già detto (*supra*, nt. 5). Si veda anche nel prosieguo.

<sup>129</sup>) *Supra*, § 4. E la difficoltà sarebbe, a mio avviso, accentuata dalla maggior risalenza di simili ipotetiche azioni rispetto a quelle di cui parlava Gaio. Sembra, infatti, costituire un dato sicuro quello per cui le più antiche *fictiones* di cui si ha notizia – ideate nell'ambito e per le esigenze del *ius sacrum* – siano connotate da un assoluto pragmatismo, che, originariamente, fa sì che la *fictio* sia immedesimata nell'oggetto stesso che viene sostituito alla vittima sacrificale (si pensi al corpo – sottoposto ai pontefici – dei *fictores* al quale compete la materiale realizzazione delle offerte sacrificali sostitutive: cfr. J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*<sup>2</sup>, Leipzig, III, 1885, p. 249 s.; E. DE

della finzione, risulterebbe comunque ben poco probabile, però, che siffatte azioni siano state create a ridosso dell'abrogazione augustea. Vi osterebbero le stesse considerazioni appena svolte a proposito della possibile datazione delle azioni con *factio* di *pignoris capio*. Più facile, invece, congetturarne la nascita non molto oltre la *lex Aebutia*. In quel caso, infatti, azioni fittizie avrebbero potuto effettivamente costituire, come alcuni autori ritengono, il ruolo di anello di congiunzione tra il vecchio e il nuovo processo e, facilmente, per quel fenomeno di «provvisorietà» che – sempre e ovunque – caratterizza la finzione<sup>130</sup>, avrebbero potuto, poi, scomparire dando luogo ad azioni formulari non più fittizie. Per codeste azioni – sempre che siano esistite, cosa che rimane da dimostrare – la *factio* potrebbe aver assolto il compito che le è proprio: introdurre nuove forme in luogo delle antiche e, quindi, dissolversi.

Abbandonando le fantasie e tornando al tema, pare, invece, difficile – per quanto sin qui esposto – definire anello di congiunzione, tra il vecchio e il nuovo, le azioni di cui deve aver parlato Gaio nella lacuna del § 31*a*<sup>131</sup>. Queste, verosimilmente, sono state create quando il processo formulare era, ormai, divenuto il canone attraverso il quale far valere le pretese, un tempo, tutelate dalle azioni di legge<sup>132</sup>. Né potrebbero essere ritenute quale il prototipo cui si sarebbero, poi, conformate le altre finzioni pretorie, in quanto diverse di queste ultime furono – come in dottrina comunemente ritenuto – certamente create ben prima della riforma augustea<sup>133</sup>. Neppure, infine, per

---

RUGGIERO, sv. 'Fictor' in «Dizionario Epigrafico di antichità romane», III, Roma, 1922, c. 72 s.). Si pensi che la più antica valenza di 'fingo' è quella di «plasmare»: Æ. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, Prato, 1865-1879 (rist. Padova, 1940), III, sv. 'fingo', p. 443 ss., A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*<sup>4</sup> (rist.: cur. ANDRÉ), Paris, 1994, sv. 'fingo', p. 235 s., «Th.L.L.», II, sv. 'fingo', c. 770 ss.; A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*<sup>4</sup>, Heidelberg, 1965, I, sv. 'fingo', p. 501 ss., corrispondente sotto il profilo semantico a quello del greco **πλῆσσω** cfr. P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Paris, 1968, sv. **πλῆσσω**, p. 910 s.; E. BOISACQ, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*<sup>4</sup>, Heidelberg, 1950, sv. **πλῆσσω**, p. 791. Ogni dato porta a concludere che più si retrocede nel tempo e maggiormente la *factio* si rivela caratterizzata da elementi di concretezza.

<sup>130</sup>) Così, in termini generali, H. VAHINGER, *Die Philosophie des Als-Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*<sup>4</sup>, Leipzig, 1920, p. 21 ss. e 320 ss.; con riferimento alle finzioni giuridiche cfr. F. TODESCAN, *Diritto e Realtà - Storia e Teoria della fictio iuris*, Padova, 1979, p. 351. Nel medesimo senso, del resto, già JEHRING, *Geist*, cit., III, p. 305 ss.

<sup>131</sup>) Anche in ciò faccio ammenda per il diverso giudizio che esprimevo in *Fictio iuris*, cit., p. 259, ove sulla base di una collocazione cronologica di tali azioni tra la *lex Aebutia* e la riforma augustea, ritenevo che ad esse fosse consono il ruolo di «anello di congiunzione» tra le antiche azioni di legge e le azioni del processo formulare. Rimane, invece, ferma, per i motivi che in quella sede esprimevo, la conclusione che in queste azioni, in quanto basate sulla finzione del compimento di un *modus agendi* consistente, oltre che in *certa verba*, anche in un comportamento rituale, si debba riscontrare il medesimo alto grado di pragmaticità che è proprio della tecnica della *factio* dalle origini sino alla fine della repubblica.

<sup>132</sup>) Risulta azzardato se non impossibile indicare, pur con una qualche approssimazione, l'arco temporale nel quale queste azioni furono esperibili. Se il *dies a quo*, per quanto sono venuto argomentando, può verosimilmente fissarsi all'indomani della riforma augustea, nessun elemento è offerto per il *dies ad quem*. Se tali azioni sono – indubitabilmente – ancora attuali al tempo in cui Gaio scrive il proprio manuale, diviene evidentemente problematico ipotizzare per quanto tempo, dopo la testimonianza gaiana, esse permase in vigore, dato che non sono attestate da alcun altro giurista (invero, non solo contemporaneo o successivo, ma anche precedente). Ritengo, però, che la provvisorietà, caratteristica di ogni fenomeno finzionistico, debba certamente aver giocato a favore di una loro scomparsa non solo – come è ovvio – prima della redazione delle Istituzioni giustiniane, nelle quali non si trova traccia della categoria prefigurata al § 10 del IV libro di quelle gaiane, ma anche ben anteriormente all'abolizione delle formule, attestata per la metà del IV secolo da C.I. 2.57.1. Nel caso di specie, inoltre, il *dies ad quem* può esser stato determinato dal venir meno del *lege agere damni infecti* con la sua sostituzione con altri mezzi (sull'epoca classica o tardoclassica di tale sostituzione e sui nuovi strumenti cfr. BRANCA, *Danno temuto*, cit., *passim* e *praecipue* p. 385 ss.), né va sottovalutata la crescente concorrenza che l'azione con formula fittizia può aver sofferto, ancora in epoca classica, con il ricorso a strumenti propri della *cognitio extra ordinem* (in questo senso si veda, ad esempio, J. FRANCE, *Quadragesima Galliarum. L'organisation douanière des provinces alpestres, galoises et germaniques de l'Empire romain (I siècle avant J.C. – III siècle après J.C.)*, Rome, 2001, p. 419; cfr. MAGANZANI, *Pubblicani e debitori d'imposta*, cit., p. 160). In ogni caso il dato, a mio avviso, certo che qui conviene sottolineare è quello per cui, venuta meno la possibilità di esperire una *legis actio* per il *damnum infectum*, doveva cessare anche la possibilità di costruire azioni con formula fittizia basata su una tale azione.

<sup>133</sup>) Com'è noto le finzioni menzionate in Gai., *inst.* 4.34-38 sono generalmente ascritte, ad eccezione proba-

la sua evidente contraddittorietà, potrebbe aderirsi all'ipotesi secondo la quale le formule di queste azioni conservavano i *certa verba* (e i *gesta*) delle *legis actiones*<sup>134</sup>. Unicamente esse conservavano gli (o alcuni degli) effetti dell'antica azione di legge (secondo la mia proposta, quelli della sola *pignoris capio*, dando, contro il vero, per compiuti quei *verba* e quei *gesta*).

8. Sull'impossibilità di ricostruire la formula in base alla formulazione ellittica del § 32 ho già detto, né mi ricredo. Osservo solo che è proprio dal tenore del § 33, quello dalla cui rilettura muovono tutti i miei rilievi, che mi sorge il dubbio sulla fondatezza dell'opinione – anche autorevolissima – che vorrebbe che la  *fictio* dell'*actio publicano proposita* fosse contenuta nella *condemnatio*. Il dato per cui ogni altra finzione contenuta nelle azioni con formula fittizia è inserita nell'*intentio* dovrebbe – ad avviso di questa diffusa opinione – essere superato dal tenore letterale del § 32, ove, nel presentare l'azione, vien appunto fatto riferimento alla *condemnatio*. L'azione sarebbe, anche sotto questo profilo, da considerarsi anomala, se non addirittura un *unicum* nella tecnica processuale romana.

Su tale opinione, o meglio sulla certezza con cui tale opinione viene affermata, ho già altrove formulato riserve<sup>135</sup>, che credo di poter avvalorare in questa sede.

Ora, dato che tutta la formulazione del § 33 è incentrata sull'*intentio*, mi domando se non venga ad assumere un qualche significato proprio questa insistenza. Una convinzione simile, pur nel contesto di una differente prospettiva, è stata formulata dall'Albanese<sup>136</sup>, che, però, la circoscrive alle (o ad alcuna, almeno, delle) azioni trattate da Gaio prima di quella '*publicano proposita*', la formula della quale è – a parere del grande studioso<sup>137</sup>, come del resto, ad avviso di molti altri autori<sup>138</sup> – certa-

---

bilmente della sola  *fictio* di *capitis deminutio*, al periodo intercorrente tra la *lex Aebutia* e la riforma augustea. Favorevole ad una loro collocazione nel periodo augusteo è, invece, il DI LELLA, *Formulae Ficticiae*, cit., passim. Per la discussione delle argomentazioni addotte dall'autore, rinvio a BIANCHI, *Fictio Iuris*, cit., p. 259 ss.

<sup>134</sup> In questo senso MAGDELAIN, *Naissance de la procédure formulaire*, cit., p. 156 s. Alle critiche formulate avverso quest'ipotesi (si veda, esemplificativamente, ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 5) aggiungo, da parte mia, che ad assumerla per vera, non si troverebbe alcuna ragionevole giustificazione dell'impiego da parte di Gaio del termine ' *fictio*' nel § 32. Quella pronunzia – a rigore – non avrebbe costituito una  *fictio*, ma una mera imitazione dell'antico *modus agendi* e non vedo quali effetti sarebbero stati prodotti dall'azione ove la relativa formula avesse ripetuto le medesime parole solenni che si pronunciavano per l'esperimento della  *legis actio per pignoris capionem*. Invero, quella pronunzia – dopo la riforma augustea – non avrebbe potuto produrre alcun effetto e – prima dell'abrogazione delle  *legis actiones* – se accompagnata dagli altri requisiti occorrenti, avrebbe posto in essere la  *pignoris capio*, mentre, se non accompagnata da tali necessari requisiti, non avrebbe sortito effetto alcuno a causa del rigore formalistico (la '*nimia subtilitas veterum*') imposto nell'esperimento delle azioni di legge. Evidentemente la finzione contenuta nella formula può cadere solo sul complessivo svolgimento del tipico '*modus agendi*' di questa  *legis actio* e cioè su attività ad un tempo verbale e comportamentale. In proposito, l'ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 52, ritiene che i  *certa verba* potessero consistere «in una enunciazione preliminare (introdotta da un  *quod* dichiarativo e causale) dell'inadempienza in relazione alla quale si compiva l'atto, ed in una dichiarazione del conseguenziale compimento della  *pignoris capio*» e, inoltre, che alle parole dovesse accompagnarsi il gesto della materiale apprensione, forse, «realizzato in modi stilizzati, conformi a prescrizioni risalenti ad antichi  *mores*». Evidentemente, i  *certa verba*, come i gesti rituali e gli altri eventuali requisiti per la validità della  *pignoris capio* (la presenza di testimoni è ritenuta necessaria dall'ALBANESE, *loc. ult. cit.*), potevano esser solo complessivamente falsamente supposti nell'azione con formula fittizia.

<sup>135</sup> BIANCHI, *Fictio Iuris*, cit., p. 218 nt. 128.

<sup>136</sup> ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 19 s., pur partendo da differenti premesse, osserva esattamente che «Tutto il discorso di Gai. 4,33 è centrato con evidenza sull'autonomia dell' *intentio* delle  *condictiones* formulari: un riferimento alla  *condemnatio* pare quindi impossibile. A me sembra sicuro che Gaio ragionasse a questo modo: nelle  *condictiones* formulari, l' *intentio* è specificamente riferita al  *dari oportere* in ordine alla  *res* o  *pecunia* richiesta; non vi è alcun ricorso ad altro criterio di giustificazione della pretesa (nella specie, non vi è alcuna  *fictio condictionis*). Insomma, credo che Gaio sottolineasse specificamente, per l'ambito di pretese cui si era riferita l'antica  *l.a. per condictionem*, l'inesistenza di azioni formulari che avessero una  *intentio* con  *fictio* riferita a quella di una  *legis actio*. Il rilievo gaiano può avere avuto senso, ci sembra, solo se esistevano casi di formule con  *fictio legis actionis* inserita nell' *intentio*, e se di siffatti casi Gaio aveva già parlato (ovviamente, nel tratto perduto che precedeva il superstito cenno isolato all'azione a favore del publicano in Gai. 4,32)».

<sup>137</sup> ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 14, il quale, fra l'altro, ritiene «che non si possa dubitare che, nella formula a disposizione del  *publicanus*, siffatta  *fictio* si trovasse nella  *condemnatio*. Alla  *condemnatio* rinvia l'esplicito uso di  *condemnetur* in Gai. 4,32; e, cosa altrettanto decisiva, alla clausola di  *condemnatio* formulare

mente strutturata con l'inserimento della *fictio* nella *condemnatio*. Questa avrebbe potuto esser preceduta da un'*intentio* o da una *demonstratio*<sup>139</sup>, ma, in ogni caso, solo nella *condemnatio* avrebbe potuto trovar posto la finzione.

Osservo che se si accoglie la lettura che propongo per cui la finalità del § 33 era quella di evitare confusioni tra la *legis actio per conditionem* e le azioni *in personam*, contrapponendo le due categorie prefigurate al § 10, al tenore del § 33 dovrebbe forse darsi ancora maggior rilievo. Si potrebbe inferire che tanto le azioni dell'una quanto quelle dell'altra categoria avrebbero potuto essere egualmente strutturate? Non escluderei l'ipotesi.

E se – come io sostengo – tutte le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' erano basate sul *modus agendi* della *pignoris capio*, si dovrebbe concludere – sulla base del § 32 – che tutte erano costruite con inserimento della *fictio* nella *condemnatio*? Ne dubiterei.

Per i motivi che ho già esposto, sarei propenso a dare – ai fini di una ricostruzione della formula – uno scarso peso al dettato del § 32. A mio avviso, chiudendosi in questo paragrafo un'elencazione di altre azioni egualmente fondate sul *modus agendi* della *pignoris capio*, non si esponeva affatto l'analitica struttura della *condemnatio* di quell'ultima azione, ma di quell'azione si sottolineava soltanto che la finalità e la tutela accordata erano analoghe a quelle dell'antica azione di legge e tale sottolineatura veniva svolta – oserei dire ovviamente – sotto il profilo della *condemnatio*. Ma tali effetti ben si potevano riprodurre, non in dipendenza di una particolare anomalia di questa *pars formulae*, ma

---

rinvia la struttura, caratteristica del linguaggio formulare (cfr., ad es., Gai. 4,47 per l'*a. depositi in factum*; 4,51 per le *aa. in rem* ed *ad exhibendum*), '*tantam pecuniam condemnatur*' che si riscontra in Gai. 4,32 in diretta correlazione con un riferimento precedente (*quanta pecunia olim ... luere deberet*; nei citati Gai. 4,47 e 51 il riferimento precedente era costituito, come accadeva spesso, da un *quanti ea res est o erit*). Senza dubbio le argomentazioni sono rilevanti. Mi chiedo, però, se esse mantengano egual pregio assumendo che il passo riferisca, come si è già detto (*supra*, § 4 e nt. 77), in forma ellittica, solo l'ultima di un gruppo di azioni egualmente fondate (sul *modus agendi* della *pignoris capio*) ed egualmente strutturate. Se – com'io credo – così fosse, non si potrebbe allora ritenere che, dopo aver presentato una di queste azioni e averne esposto la formula, contenente la *fictio* nell'*intentio*, il giurista potesse chiudere il discorso sulle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' limitandosi, semplicemente, ad evidenziare il fine cui quest'ultima azione era finalizzato? A evidenziare, cioè, che gli effetti della condanna realizzavano per il pubblicano, su piano pecuniario, gli stessi vantaggi che egli avrebbe potuto ottenere '*olim*' quando (e per quei casi in cui) il pubblicano esperiva la *pignoris capio*. Che la condanna producesse quei medesimi effetti non mi par dubbio. Quel di cui, invece, non riesco a convincermi è che la premessa necessaria di quegli effetti, la *fictio pignoris capionis*, fosse nella *condemnatio* e non nell'*intentio*. *Quid se la fictio* – al pari delle altre *fictiones* di cui Gaio parlerà nei §§ 34 ss. – fosse stata inserita nell'*intentio*? Non avrebbe essa dovuto, necessariamente, ripercuotersi sulla *condemnatio*, consentendo a Gaio di usare le espressioni che usa e che – come l'Albanese sottolinea – sono tipiche di questa *pars formulae*? Io non credo che ne avrebbe potuto usare di diverse, ma, soprattutto, credo che – giunto all'ultima delle azioni fondate sul finto compimento del *modus agendi* della *pignoris capio* – il giurista altro non abbia voluto fare se non sottolineare l'identità di effetti dell'*actio* con *formula ficticia* e di quelli della *legis actio*. E gli effetti non potevano esser meglio espressi se non nella *condemnatio*.

<sup>138</sup>) Così secondo le ricostruzioni degli autori già menzionati (si veda *supra*, nt. 77), tra i quali, però, non manca chi – come il DE MARTINO, *La storia dei pubblicani*, cit., p. 11 – pur inserendo la *fictio* nella *condemnatio*, definisce tale costruzione un «fatto anomalo». Ad una *fictio* inserita nella *condemnatio* pensò anche A.F. RUDORFF, *De Iuris Dictione Edictum. Edicti perpetui quae reliquae sunt*, Lipsiae, 1869, p. 168 s., il quale, anzi, riteneva che si potesse trattare di una formula consistente nella sola *condemnatio*. Questa possibilità venne respinta dalla dottrina come ricorda ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 14 nt. 25.

<sup>139</sup>) Secondo l'opinione dell'ALBANESE, *Sulle formule che «ad legis actionem exprimuntur»*, cit., p. 14 e nt. 25, benché «tra le ipotesi proponibili in astratto, si dovrebbe annoverare anche quella d'una formula con *intentio* preceduta da *demonstratio* o da *praescriptio*» è probabile che la *condemnatio* fosse preceduta o dall'*intentio* soltanto o dalla *demonstratio* soltanto. Quest'ultima opzione è quella preferita dall'autore, che ritiene «particolarmente verosimile l'ipotesi di una formula con *intentio in factum*, con menzione del mancato pagamento al pubblicano, attore, da parte del convenuto, del *vectigal* dovuto». Non esclude la possibile presenza di un'*intentio* (seguita dalla *condemnatio* contenente la *fictio*) il TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 113 nt. 197. MERCOGLIANO, «*Actiones ficticiae*», cit., p. 28 s., afferma che la *fictio* di *pignoris capio* «trova il suo inserimento all'interno dell'*intentio in ius*». L'autore, per motivare il proprio convincimento, restituisce una qualche non precisata valenza alla contrapposizione rilevabile nell'espressione '*alterius generis fictiones*', cui – in precedenza (*op. cit.*, p. 7: si veda *supra*, nt. 101) – non ha attribuito se non un fine didattico e semplificativo. Egualmente ritiene che la *fictio* non potesse trovare posto nella *condemnatio* BRETONE, *Finzioni e formule*, cit., p. 311, il quale, peraltro, non indica le ragioni del proprio convincimento.

quali conseguenze di una  *fictio*  contenuta nell'  *intentio* .

Tutto ciò mi conduce, quindi, a non porre – almeno in linea d'ipotesi – alcun confine oltre il quale la considerazione, condivisa con l'Albanese, non debba andare e, quindi, a concludere – sempre in linea d'ipotesi – che tutte le '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' avrebbero potuto essere costruite anche con l'inserimento di una  *fictio*  di avvenuta  *pignoris capio*  nell'  *intentio* . Milita a favore di quest'ipotesi anche il dato, già rammentato, che una costruzione siffatta si ha per ogni altra formula fittizia di cui tratta Gaio nei §§ 34-38. Questo dato risulta ancor più significativo tenendo conto che tali  *formulae*  sono, in genere, più risalenti di quelle costruite con  *fictio*  di  *pignoris capio* <sup>140</sup>, così da offrire a queste ultime un parametro almeno sul piano della struttura. E, d'altro canto, l' '*alterius generis*' con il quale il giurista indica le  *fictiones*  di cui parla nei menzionati paragrafi si giustifica pienamente per il valore non «fondante» di questo tipo di finzioni in rapporto a quelle poste alla base delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' e non necessita, pertanto, di supporre una differenza nella struttura delle rispettive  *formulae* <sup>141</sup>. Ad una differente collocazione delle  *fictiones*  d'un tipo e dell'altro Gaio non fa, invero, cenno alcuno. Né risulta credibile che, affermato a proposito di qualcuna delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' l'inserimento della relativa  *fictio*  nella  *condemnatio* , il giurista non sottolineasse, poi, a proposito delle finzioni '*alterius generis*' una loro differente collocazione<sup>142</sup>.

Naturalmente la '*brevitas*' impiegata da Gaio nel § 32 impedisce – in mancanza di nuovi apporti<sup>143</sup> – di verificare con qualche margine di certezza ove avvenisse l'inserimento della  *fictio*  e impone, a mio avviso, di non escludere alcuna ipotesi, ma – tra queste – quella che a me pare sommamente probabile è quella che tale inserimento fosse operato nella sua sede naturale e quindi nell'  *intentio* .

9. In ogni caso, quali che fossero le azioni della  *catégorie d'actions négligée par les romanistes* ' (quale il pe-

---

<sup>140</sup> L'anomalia di una  *fictio*  inserita nella  *condemnatio*  risulta ancor maggiore in considerazione che la tecnica, già in precedenza utilizzata, portava senza eccezioni all'inserimento della finzione esclusivamente nella  *intentio* . Sulla probabile minor risalenza delle azioni con  *fictio*  di  *pignoris capio*  rispetto alle azioni con formula fittizia di cui ai §§ 34-38 del quarto libro del manuale gaiano cfr.  *supra* , § 7 e nt. 133. Invero, in dottrina, si insiste sul tenore letterale di Gai.,  *inst.*  4.32 (a mio avviso, non significativo ai fini ricostruttivi della formula), ma non si offre alcuna argomentazione sui motivi che avrebbero imposto, sul piano logico, l'inserimento della  *fictio*  nella  *condemnatio* .

<sup>141</sup>  *Supra* , § 4.

<sup>142</sup> E' poi da escludersi radicalmente la possibilità che, di una differente collocazione delle finzioni (o di qualcuna di queste) poste alla base della categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' rispetto a quelle di cui parla nei §§ 34-38, Gaio parlasse all'interno della lacuna del § 31a. Dal tenore letterale dell' *incipit*  del § 34 ('*Habemus adhuc alterius generis fictiones ...*') risulta, infatti, evidente che è solo in quest'ultimo paragrafo che fanno la loro comparsa le finzioni d'altro tipo. In precedenza non poteva essersene fatto cenno a nessun titolo e nemmeno in funzione di un raffronto con le finzioni menzionate a proposito della categoria che costituisce il primo corno della  *divisio*  del § 10.

<sup>143</sup> Nuovi apporti che, anche per l'eventuale ricostruzione della formula, potrebbero essere offerti dagli studi sul già richiamato  *Monumentum Ephesenum* . Dei dati del documento epigrafico tiene conto MAGANZANI,  *Publicani e debitori d'imposta* , cit.,  *passim*  e p. 259 s., dalle cui conclusioni, peraltro, dissento per i motivi già esposti, sia per la collocazione della  *fictio*  nella  *condemnatio* , sia – soprattutto – per l'attribuzione al termine '*fictio*', in Gai.,  *inst.*  4.32, di un significato differente da finzione in senso proprio (così come rilevabile in Gai.,  *inst.*  3.56 e 4.34), che, ad avviso dell'autrice, non indicherebbe qui «la finzione di un comportamento o di un fatto come nelle comuni azioni fittizie, e neppure del compimento della  *legis actio per pignoris captionem* , ma il richiamo interno alla formula, di una disciplina ad essa estranea – quella del riscatto dei pegni prevista dalla  *lex censoria*  che regola l'esazione del  *vectigal*  di riferimento». La  *fictio*  dell' *actio publicano proposita*  si risolverebbe – secondo l'autrice – in uno strumento idoneo «ad ancorare l'entità della  *condemnatio* , non alla disciplina sostanziale del rapporto dedotto in giudizio, l' *oportere*  al  *vectigal* , ma alla disciplina diversa del riscatto del pegno prevista dalla  *lex censoria*  di riferimento», salvando «la peculiarità dei singoli regolamenti di esazione (che prevedevano somme diverse per il riscatto dei pegni) nonostante l'unicità del mezzo processuale». Le conclusioni dell'autrice derivano, soprattutto, dall'espressione '*alterius generis fictiones*' del § 34 che imporrebbe di considerare di natura differente le finzioni dell'azione concessa al publicano e quelle di cui il giurista discorre a partire dal § 34. Ho già evidenziato come, a mio avviso, l'azione data al publicano al pari di ogni altra appartenente alla categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' è certamente azione con formula basata su finzione (la quale molto probabilmente è inserita nell'  *intentio* ) così come le azioni esposte ai §§ 34-38 e, se così, mi pare vengano meno i presupposti sui quali si fondano le considerazioni dell'autrice. Le finzioni delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*' e le '*alterius generis fictiones*', sono, sempre e comunque, finzioni, cioè false supposizioni di fatti, in realtà non avvenuti. La differenza fra le une e le altre – a stare al dettato gaiano – consiste nel dato che solo le finzioni alla base delle azioni '*quae ad legis actionem exprimuntur*' sono fondanti una categoria di azioni.

riodo della loro creazione, quale la loro struttura, quali gli effetti prodotti), esse, come ho cercato di dimostrare, dovevano con altissima probabilità basarsi sul *modus agendi* della sola *pignoris capio*. Mi chiedo, allora, se non debba darsi maggior peso all'espressione che leggiamo in Gai., *inst.* 4.10: '*ad legis actionem exprimuntur*', dove si dice '*ad ... actionem*', non '*ad actiones*'<sup>144</sup>. Viene, cioè, il sospetto che, il singolare '*ad legis actionem*' voglia, appunto, indicare che unico è il modulo su cui si fondano ('*exprimuntur*') le azioni formulari che costituiscono la categoria prefigurata da Gaio nel § 10 e poi illustrata, oltre che nel § 32 (con l'*actio publicano proposita*) nelle 23 illeggibili righe che sappiamo solo iniziare con '*per pignoris ...*', universalmente e inevitabilmente integrato con '*capionem*'<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup>) In diversi lavori, anche recenti, che trattano o menzionano la categoria delle '*actiones, quae ad legis actionem exprimuntur*', si utilizza indifferentemente il singolare ed il plurale (il che, più che di un ricorrente refuso, attesta del radicamento della *communis opinio* che vuole siano stati contemplati, nella lacuna, più *modi agendi*), ma da quanto rilevo da H. KRÜGER, W. STUEMUND, *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis Apographum Studemundianum*, Berlin, 1912, p. 157, la possibilità di un plurale è esclusa; nell'apparato critico si rammenta, invece, l'integrazione '*ad legis actio<nis fictio>nem*', non recepita – mi pare – da altri editori e che, comunque, indicherebbe che le azioni sono conformate sulla finzione «della» *legis actio* (a mio avviso, peraltro, l'integrazione deve essere recisamente respinta, in quanto la formulazione del § 10, che ne deriverebbe, risulterebbe priva di senso logico per gli stessi motivi addotti – nell'esegesi del § 33 – dall'Albanese, per i quali cfr. *supra*, nt. 7). Sottolineo, da un lato, che se Gaio avesse usato il plurale ('*ad actiones*') la mia ricostruzione si sarebbe scontrata con un dato testuale, probabilmente, incompatibile, dall'altro che – ovviamente – l'impiego del singolare non determina, necessariamente, il riferimento ad un unico modulo per le azioni costituenti la categoria annunciata nel § 10. Due sono i possibili significati che il sintagma '*ad legis actionem*' potrebbe, di per sé, assumere: o, appunto, che è «unico» il modulo per tutte le *actiones* o che ognuna delle *actiones* ha, alla sua base, un suo modulo costituito, volta per volta, dal *modus agendi* di differenti *legis actiones* (in questo secondo senso è – sia pure implicitamente – inteso dalla *communis opinio*). Se, però, non è errata la mia lettura del § 33 con le conseguenze che ne traggio, la scelta della prima opzione diventa necessaria. L'espressione tecnica '*ad actionem*' viene in questo caso ad indicare perfettamente in un unico *modus agendi* il fondamento dell'intera categoria di azioni.

<sup>145</sup>) *Supra*, nt. 109.