

CAPITOLO PRIMO

LA EMERSIONE STORICA
DEL «*PIGNUS CONVENTUM*»

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *pignus* nelle più antiche attestazioni delle fonti. – 3. D. 50.16.238.2 e la definizione etimologica di *pignus*.

1. *Premessa*

La questione delle origini dell'istituto noto come '*pignus conventum*'¹ e denominato anche '*hypotheca*' nelle fonti giuridiche romane è stata al centro di un lungo e mai sopito dibattito nella dottrina giusromanistica².

¹ Il binomio, corrispondente al nostro di 'pegno convenzionale' o 'pegno convenzionato', è impiegato diffusamente nella dottrina giusromanistica, in contrapposizione all'espressione '*pignus datum*', con cui si indica il 'pegno manuale', ma non si presenta in questa veste specifica nei testi giuridici romani.

² Fra le opere che trattano il tema *ex professo*: A. JOURDAN, *L'hypothèque. Exposition historique & dogmatique*, Paris-Aix 1876; A. ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno 1887; N. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine*, Paris 1899; F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption*, Leipzig 1917; M. SARGENTI, *Il 'de agri cultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SDHI.* 22 (1956) p. 158 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II, *Le garanzie reali*, Padova 1963; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano 1976; M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, in *TR.* 44 (1976) pp. 233-289 = *Studien zum römischem Pfandrecht*, Collana Antiqua 16, Napoli 1982, pp. 1-57; Id., *Studien zum römischem Pfandrecht*, II, *Actio pigneraticia und actio fiduciae*, in *TR.* 47 (1979) pp. 195-234, 319-345 = *Studien zum römischem Pfandrecht cit.*, pp. 59-125; Id., *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischem Pfandrecht III)*, in *SDHI.* 45 (1979) pp. 1-92 = *Studien zum römischem Pfandrecht cit.*, pp. 127-217; la questione è stata inoltre considerata da: F. LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, III, Milano 1988, p. 59 ss.; J. DE CHURRUCA, *Pignus*, in *Derecho romano de obligaciones: homenaje a José Luis Murga Gener*, coordinación y presentación Javier Paricio, Madrid 1994, p. 333 ss.; G. HANARD, *Interdit salvien et action servienne. La genèse de l'hypothèque romaine*, *RIDA.* 41 (1994) p. 239 ss.; fra le voci enciclopediche si ricordano: E. CUQ, s.v. *Hypotheca*, in M.C. DAREMBERG, E. SAGLIO, *Dic-*

La varietà dei tentativi compiuti dai più autorevoli studiosi, a partire dalla metà del XIX secolo³, di delineare in una verosimile dimensione storica l'emersione del pegno convenzionale nell'esperienza giuridica romana evidenzia la difficoltà a conciliare, in maniera semplice e definitiva, le scarse, e talora enigmatiche, attestazioni più antiche delle fonti concernenti la garanzia pignorizia e le deduzioni necessarie ad integrarle, influenzate di volta in volta dalla temperie e dai risultati degli studi sul diritto romano e sugli altri diritti dell'antichità.

Si può desumere dalla compiuta elaborazione storica che traspare dai testi giuridici romani, che la figura giuridica del *pignus conventum*, preordinata a vincolare finalisticamente una *res* alla realizzazione di un credito, assume una posizione di spicco nel complesso *iter* evolutivo che ha segnato la storia delle garanzie reali delle obbligazioni nel diritto romano in ragione sia della peculiare modalità costitutiva del vincolo reale, imperniata su una mera convenzione privata scevra da formalità⁴, sia della opponibilità di tale vincolo, da

tionnaire des antiquites greques et romaines, III, Paris 1900, p. 354 ss.; A. MANIGK, s.v. *Hypotheca*, in *PWRE.*, IX.1, Stuttgart 1916, coll. 343 ss.; ID., s.v. *Pignus*, in *PWRE.*, XX.1, Stuttgart 1941, coll. 1239 ss.; A. BURDESE, s.v. *Pegno (Diritto romano)*, in *ED.*, XXXII, Milano 1982, p. 662 ss.; fra le trattazioni manualistiche: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1987 (ristampa anastatica) p. 262 ss.; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1965, p. 434 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 1993 (ristampa 2008) p. 378 ss.; P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it. della IV ed. francese, Milano 1909, p. 779 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Milano 1947, p. 807 ss.; G. PUGLIESE (Coll. F. SITZIA, L. VACCA), *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1990, p. 500 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 477 ss.; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1994, p. 328 s.; C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, I, Torino 2001, p. 322 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, p. 376 ss.; R. LAMBERTINI, *Diritti reali e possesso*, in D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 2006, p. 291 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Forme di appartenenza dei beni: diritti reali e possesso*, in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto Privato romano*, Torino 2014, p. 387 ss., 400; A. CORBINO, *Diritto Privato Romano. Contesti Fondamenti Discipline*³, Padova 2014, p. 599 s.; M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht. Ein studienbuch*²⁰ (überarbeitete und erweiterte Auflage), München 2014, p. 176 ss.

³ Si intende richiamare, in particolare, la monumentale opera di H. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I, Leipzig 1860, e II, Leipzig 1864, che rimane ancora oggi la più ampia e completa monografia dedicata al diritto di pegno romano.

⁴ Tra le molteplici testimonianze conservate nelle fonti giuridiche romane, dalle quali si evince chiaramente il dato in questione, si presentano inequivocabili, in special modo, D. 20.1.4 (GAI. *l. sing. form. hypoth.*) *Contrahitur hypotheca per pactum conventum ...*; D. 13.7.1 pr. (ULP. 40 *ad Sab.*) *Pignus contrahitur non sola traditione sed etiam nuda conventione etsi non traditum est*; *Inst. Iust.* 4.6.7 ... *at eam quae sine traditione nuda conventione tenetur proprie hypothecae appellatione contineri dicimus*. Uno degli aspetti più sorprendenti che il

un determinato stadio di maturazione dell'istituto, nei confronti di qualunque terzo possessore della *res* da parte del creditore che fosse rimasto insoddisfatto alla scadenza, aspetto, quest'ultimo, idoneo a plasmare la consistenza di un diritto reale di garanzia⁵.

Interrogarsi sul modo di atteggiarsi della garanzia pignorizia nel suo primo apparire, soprattutto in relazione alla natura delle relative convenzioni e operatività, alla luce degli effetti giuridici che ne sarebbero scaturiti nel prosieguo del relativo svolgimento, significa compiere una attenta valutazione anche della tutela accordata dall'ordinamento, nella quale si riflette e dalla quale si irradia il progredire dell'istituto del *pignus* nella sua configurazione sostanziale.

Secondo l'opinione generalmente accolta nella scienza romanistica, al pieno riconoscimento del *pignus conventum* nel diritto romano si pervenne in seguito all'attività del pretore, in epoca dunque relativamente tarda, attraverso un processo storico di cui non mancano le tracce⁶.

giurista moderno può constatare accostandosi allo studio dell'ipoteca romana è rappresentato dall'assenza di un sistema di pubblicità delle ipoteche perlomeno fino a tutta l'epoca classica, tanto che Calixte Accarias, noto romanista del XIX secolo, poté affermare C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*⁴, I, Paris 1886, p. 748: «le régime hypothécaire romain est une conception admirable de justesse, mais sans organisation pratique, comparable à une horloge bien réglée dont le cadran ne marquerait pas les heures»; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ cit., p. 266, considerava l'assenza di un'organizzazione di pubblicità «cosa difficilmente spiegabile altrimenti che con la ripugnanza della giurisprudenza romana verso ogni documentazione che non sia volontaria e probatoria»; inoltre, a proposito di questa che è stata intesa come una lacuna nel regime della garanzia reale convenzionale propria del diritto romano, GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano* cit., p. 785, ha definito «clandestina» l'ipoteca.

⁵ Sulla questione torneremo a più riprese nel corso della trattazione, con particolare riferimento alla ricostruzione dei mezzi di tutela giurisdizionale del pegno convenzionale approntati nell'Editto del pretore, per cui si rinvia in particolare a *infra* Capp. III, § 4; IV, §§ 5, 5a, 5b; fin d'ora occorre ricordare che l'esistenza dell'*actio in rem* a difesa della garanzia pignorizia indice di un potere su una *res* da far valere *erga omnes*, nota principalmente con le denominazioni di '*actio Serviana*' e '*actio quasi Serviana*' o '*hypothecaria*', è provata dalle fonti, che non ci hanno restituito la relativa *formula* nel suo tenore letterale, la quale è stata tuttavia ricostruita, in maniera reputata generalmente attendibile, da O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (1927), Aalen 1956, p. 493 ss., § 267; cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova 1999, p. 45.

⁶ Già, in sostanza, di quest'avviso A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949, p. 4 nt. 3; KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht* cit., p. 4; più di recente, per un quadro di sintesi al riguardo, vd. R. ORTU, '*Actio in rem*' e *actio in personam*' di matrice pretoria: il caso del pegno, in '*Actio in rem*' e *actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, Padova 2011, p. 41 ss.; SOLIDORO MARUOTTI, *Forme di appartenenza dei beni: diritti reali e possesso* cit., p. 400 ss.

Allo stato attuale delle fonti, a causa di incertezze riguardanti la formulazione dei rimedi pretori riferibili al *pignus*, specie nella sua più risalente configurazione, il problema storico essenziale risiede nella ricostruzione della evoluzione che si snoda sino alla protezione concessa per mezzo dell'*actio Serviana in rem*.

Tuttavia, prendendo le mosse dai ricordati rilievi basilari sul singolare regime del pegno convenzionale, e talora anche dalla matrice greca della parola latinizzata '*hypotheca*', gli studiosi che hanno affrontato l'indagine sulla genesi del «besitzloses Pfand»⁷ – che resta uno dei principali problemi nella storia del pegno romano, come autorevolmente ribadito⁸ – risultano schierati su due fronti opposti.

Da un canto, una parte della dottrina più antica e tradizionale aveva formulato l'ipotesi che l'ipoteca romana avesse una derivazione straniera altamente risalente⁹: in particolare, nella scia di Heinrich Dernburg, si ammise come naturale l'imitazione dell'ipoteca greca a Roma fin dalla prima epoca repubblicana, tenuto conto della riproduzione dalla voce greca 'ὑποθήκη' del termine tecnico per designarla, ampiamente presente, fra l'altro, nei testi del *Corpus Iuris*¹⁰.

⁷ Tale espressione, equivalente a 'pegno senza possesso', è preferita specialmente da Max Kaser per designare il *pignus conventum* in quanto essa non vi focalizza l'elemento convenzionale, che appartiene anche al «Besitzpfand», cioè al 'pegno con possesso', bensì l'assenza, nel momento costitutivo della garanzia, del trasferimento immediato del possesso della cosa pignorata al creditore, cfr. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand* cit., p. 128 nt. 2; condivide tale impostazione S. SOLAZZI, *Sull'obbligazione garantita dal pegno corporale*, in *SDHI*. 23 (1957) p. 311: «la nomenclatura più esatta vorrebbe che si distinguesse tra il pegno col possesso e quello senza possesso».

⁸ W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *ZSS*. 90 (1973) p. 151.

⁹ Cfr. HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine* cit., p. 7 s., ivi nt. 1 sulla letteratura più risalente; non esclude tale ipotesi di recezione, inoltre, G. SEGRÈ, Recensione di ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano* [1889], in ID., *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, p. 603; ricorda e critica tale dottrina GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*⁴ cit., p. 781 e ivi nt. 2, 784 nt. 1. Non è mancata la tesi della lontana origine babilonese dell'ipoteca che avrebbe preannunciato l'ὑποθήκη in Grecia, modello poi dell'ipoteca romana, vd. MAROI, *Lineamenti storici della costituzione di pegno* [1928], in ID. *Scritti giuridici*, I, Milano 1956, p. 86 e ivi nt. 14.

¹⁰ La parola '*hypotheca*' è senz'altro di origine greca e a lungo gli studiosi si sono interrogati sul dilemma della sua presenza nelle fonti giuridiche romane. Per un riscontro delle molteplici attestazioni del termine si rinvia alla consultazione delle fonti guidata dai tradizionali strumenti della ricerca giusromanistica, cfr. *Vocabularium iurisprudentiae romanae*. III, auspiciis Instituti Savigniani fundatum, ed. par Mariannam Meinhart, Berolini, New York 1983, s.v. *hypotheca*, coll. 280 ss.; *Vocabularium Codicis Iustiniani*. Pars prior (pars Latina),

Questa corrente di pensiero, priva di convincenti supporti testuali, fu presto superata e risulta tuttora ‘universalmente abbandonata’¹¹, in seguito agli studi sulla natura e sui caratteri del regime ipotecario greco – che si rivelò nettamente differente rispetto all’istituto ipotecario romano¹² – e soprattutto in forza dell’abbattimento del pilastro su cui poggiava tale teoria rappresentato dalla terminologia: è da escludere infatti che l’uso del vocabolo *hypotheca* sia un riflesso dell’influenza di un prototipo greco nella configurazione del *pignus* senza possesso¹³. Si può anzi segnalare che la dottrina, supera-

ed. R. Mayr, Praga 1923, coll. 1209 s.; *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*, instruxit R. Ambrosino, Milano 1942, p. 119; H.E. DIRKSEN, s.v. *Hypotheca*, in *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum*, Berolini 1837, p. 424; H. HEUMAN, E. SECKEL, s.v. *Hypotheca*, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰, Graz 1958, p. 241 s.; *Thes. L. L.*, s.v. *hypotheca*, Leipzig 1925-1934, col. 3160. Si può rilevare, in questa sede, quanto ai testi extracompilatori pregiustiniani, che Gaio nelle sue *Institutiones* non menziona mai il termine *hypotheca*, il quale, come noto, è praticamente assente nelle fonti giuridiche postclassiche, salvo che in una costituzione in CTh. 4.14.1 pr. (IMP. THEOD., a. 424) [= CI. 7.39.3]. Le menzioni più risalenti di *hypotheca* nelle fonti letterarie latine, scritta alternativamente in greco e in latino, sono presenti in due passi dell’epistolario di Cicerone: CIC. *ad Att.* 2.17.3... *quaeres scilicet κατά τὸ κηδεμονικὸν et ad me ab eo quasi ὑποθήκας adferes quem ad modum me geram*; CIC. *ad fam.* 13.56.2 ... *praeterea Philocles Alabandensis hypothecas Cluvio dedit*, tuttavia, si esclude che l’oratore avesse inteso riferirsi al pegno convenzionale romano, posto che nei testi giuridici romani, invece, la parola ‘*hypotheca*’ è attestata a partire dalla prima metà del II secolo d.C., vd. DE CHURRUCA, *Pignus* cit., p. 338 e ivi nt. 35, inoltre *infra* nel testo. Occorre ricordare che anche i termini di radice greca ‘*hype-rocha*’ e ‘*antichresis*’, impiegati dai romani in materia, furono considerati indizi dell’origine greca dell’istituto.

¹¹ «Universally abandoned» è espressione che sintetizza l’orientamento della dottrina moderna sulla questione, impiegata da F. SCHULZ, *Classical roman law* [Oxford 1961], Aalen 1992, p. 409.

¹² Come rilevava già R. DE RUGGERO, *Il divieto d’alienazione del pegno nel diritto greco e romano* [Cagliari 1910], Napoli 1980, p. 5, e come si ricava dalle decisive indagini di U.E. PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze 1930, p. 141 ss.; ID. *Sul diritto pignoratorio attico* [1932], in ID. *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano 1976, p. 393 ss., e dalle osservazioni di A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982, p. 219 ss.; per una recente rivisitazione della questione alla luce dei percorsi dottrinali in materia, vd. C. PELLOSO, *Influenze greche nel regime romano della ‘hypotheca’?*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 1 (2008) p. 1 ss.

¹³ Precisa PUGLIESE (Coll. F. SITZIA, L. VACCA), *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 502: «A un’influenza di questo genere in realtà per lo più non si crede». Non ne è del tutto convinto, invece, HERZEN, *Origine de l’hypothèque romaine* cit., p. 213, che ritiene importata dalla Grecia l’idea di fondo dell’ipoteca, resa però originale nella forma e nella struttura giuridica nel processo di assimilazione nel diritto romano in virtù di un’opera di «spécification». Questa proposta interpretativa, che si colloca al termine della lunga ricerca dello studioso francese, tenta di armonizzare la posizione della risalente dottrina e i rilievi sulla disciplina del tutto peculiare del *pignus conventum* – in specie il regime del *pignus* sugli *invecta et illata* e la c.d. clandestinità dell’ipoteca romana riconducibile all’assenza di un sistema di pubblicità

ti gli eccessi della critica interpolazionistica¹⁴, evidenza concordemente che l'impiego più risalente del termine nei testi giuridici romani è databile all'incirca a metà del II secolo d.C., come documenta un frammento, reputato autentico, nel quale *'hypotheca'* compare citata per la prima volta dal giurista Salvio Giuliano nei suoi *Libri Digestorum*, composti durante il Principato di Adriano e Antonino Pio¹⁵: *plane si creditor nuda conventione h y p o t h e c a m contraxerit* (D. 41.3.33.4, IUL. 44 dig.).

Rileviamo, inoltre, che la più antica attestazione di *'hypotheca'* tramandata da una costituzione imperiale si legge, accostata a *'pignus'*, in un rescritto del 207 d.C. emanato da Settimio Severo e Antonino Caracalla: *Sed cum in alia quoque causa eadem pignora vel h y p o t h e c a s habet obligatas ...* (CI. 8.40.2.1).

In ordine a tale questione terminologica si sono rivelati fondamentali gli studi di Max Kaser, per cui è credibile che il termine sia penetrato a Roma, nel linguaggio della giurisprudenza, attraverso la prassi dei tribunali romani delle province orientali dell'impero, nelle quali la garanzia reale denominata *'ὑποθήκη'* era diffusa nella configurazione propria dei diritti ellenistici. La singolare apparizione della parola greca in questa dimensione giudiziale mostrerebbe, dunque, che gli esperti di diritto ne avrebbero recepito l'uso, nella

della stessa – non riscontrabile presso nessuna delle analoghe forme di garanzia reale attestate presso altri popoli antichi dell'Oriente mediterraneo. Ultimamente, però, un ritorno dell'idea della provenienza dalla Grecia del *pignus conventum*, posta in diretta correlazione con l'«origine greca» della denominazione *hypotheca*, si registra in SOLIDORO MARUOTTI, *Forme di appartenenza dei beni: diritti reali e possesso* cit., p. 400.

¹⁴ La tesi della radicale interpolazione del termine *hypotheca* in tutti i passi della compilazione di Giustiniano da parte dei commissari, i quali avrebbero anche falsificato il titolo dei *libri singulares ad formulam hypothecariam* di Gaio e di Marciano, avanzata da Martin Fehr (*Beiträge zur Lehre vom Römischen Pfandrecht in der Klass. Zeit*, Upsala 1910) su cui si rinvia a E. ALBERTARIO, Recensione di M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom Römischen Pfandrecht in der Klass. Zeit*, Upsala 1910, in (*RISG.* 49 [1911] =) *Studi di diritto romano*, Milano 1953, p. 548 ss., fu notevolmente ridimensionata anche grazie allo studio, ben accolto in generale dalla romanistica, di H. ERMAN, *Pignus hypothecave*, in *Mélanges P. F. Girard*, I, Paris 1912, pp. 419-455, che pervenne alla conclusione dell'introduzione del vocabolo *hypotheca* nelle fonti già dall'età classica, in contrapposto alla persistente terminologia romana, per indicare il pegno convenzionale romano, e non l'ipoteca greca; il punto centrale della ricostruzione di EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption* cit., p. 44 ss., risiede, invece, nella attribuzione all'opera della giurisprudenza postclassica dell'inserimento del termine *hypotheca* nei testi classici precedentemente alla compilazione giustiniana, ed in particolare i frammenti delle monografie *ad formulam hypothecariam* avrebbero conservato l'impronta di parafrasi scolastiche ai testi di Gaio e di Marciano raccolte in età pregiustiniana.

¹⁵ Su questa datazione cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I [Leipzig 1889] Graz 1960, col. 318 nt. 2.

relativa traslitterazione nella lingua latina, per designare però l'istituto del *pignus conventum* proprio della tradizione giuridica romana, sebbene fossero parziali le affinità ravvisate con quei modelli stranieri¹⁶, come immediatamente evoca l'affermazione del giurista severiano Elio Marciano: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* (D. 20.1.5.1, MARCIAN. *lib. sing. ad form. hypoth.*)¹⁷. Di creazione relativamente recente questa forma di garanzia convenzionale nella sua valenza generalizzata, riconosciuta grazie anche alla tutela accordata dall'*actio Serviana* nella versione ampliata che proprio Salvio Giuliano contribuì a fissare definitivamente nell'Editto adrianeo del 130 d.C.¹⁸, era dunque identificabile, nel pieno dell'epoca classica, con una duplice denominazione di matrice linguistica eterogenea.

D'altro canto, nell'opposto schieramento dottrinale si annoverano le tesi, più e meno recenti, della genesi autoctona del *pignus conventum* fondate su presunte affinità con istituti romani reputati simili a questo per la struttura giuridica desumibile dalle fonti o per lo scopo a cui gli stessi tendevano.

Secondo un'autorevole ricostruzione, il pegno convenzionale romano sarebbe frutto di un trapianto nel diritto privato di un istituto adottato nel campo pubblicistico, la *subsignatio praediorum*, che si sviluppò come forma di garanzia di debiti assunti dai privati verso l'*aerarium populi Romani* o i *municipia* avente ad oggetto *praedia* che si vincolavano tramite dichiarazione,

¹⁶ Recentemente ribadiscono KASER, KNÜTEL, *Römisches Privatrecht. Ein studienbuch*²⁰ cit., p. 177, che il pegno romano senza possesso e l'ipoteca greca erano diversi e i giuristi romani, che ne erano consapevoli, intendevano quest'ultima come un pegno concesso in precario o locazione-conduzione; l'impiego della voce *hypotheca*, come anche di *hyperocha* e *anichresis*, si spiega con il fatto che i relativi «Vorbildern in den hellinistischen Rechten ... von den Römern nur teilweise befolgt werden».

¹⁷ Vd. *infra* Cap. III, § 4.

¹⁸ Cfr. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand* cit., pp. 129 ss., 130 nt. 9, il quale rileva, inoltre, che, in quest'epoca, l'editto provinciale era già stabilizzato in conformità a quello adottato nella capitale dell'Impero. Per un punto di vista analogo, vd. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II cit., p. 361: «L'ingresso della parola nel vocabolario dei giuristi, avvenuta circa due secoli dopo l'età di Cicerone, non sembra aver turbato l'autonomia e la pacifica coesistenza delle istituzioni proprie di ciascuno degli ambienti culturali venuti a contatto sempre più stretto nell'età del principato. I giuristi avrebbero semplicemente constatato la possibilità di tradurre le istituzioni dell'un ambiente nel linguaggio istituzionale dell'altro, nel rispetto però della autonomia e della tradizione negoziale propria di ciascuno degli ambienti interpenetrantisi»; KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts* cit., p. 155 nt. 7, il quale nota che non costituisce un ostacolo al riconoscimento dell'uso del termine '*hypotheca*' da parte dei giuristi tardoclassici il fatto che questo scompaia nella lingua, impoverita, del diritto romano volgare in Occidente nei secoli V e VI; la ricostruzione in oggetto è tenuta ferma più di recente in KASER, KNÜTEL, *Römisches Privatrecht. Ein studienbuch*²⁰ cit., p. 176 s.

sottoscritta e registrata, a favore dello Stato, implicante diritto di vendita in caso di inadempimento del debito garantito¹⁹. Certamente la *subsignatio praediorum* non toglieva al privato né il possesso né il godimento dei *praedia subsignata*²⁰.

Per quanto criticata, tale teoria non fu rigettata ma, piuttosto, ridimensionata poiché si accolse l'idea non di una diretta nascita dell'ipoteca romana dalla *subsignatio praediorum* bensì, preso atto dei suoi caratteri fondamentali, di un'influenza eventuale di questa sulla formazione dell'istituto privatistico²¹. Non è possibile stabilire, stando alla dottrina più accreditata che ha

¹⁹ Le fonti non lasciano adito a dubbio sul fatto che si trattava di una forma di pignoramento pubblicistico: VARRO *ling.* 5.40 *praedia dicta ... pignore data publice mancupis fidem praestent*; GAI 2.61 *Item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit, concessa est usu receptio*; D. 33.4.15 (GAI. 2 *de leg. ad ed. praet.*) ... *pigneratas res vel in publicum obligatas*; Schol. Bob. in or. *Pro Flacco* 32.4 *Et subsignandi haec solebat esse causa, ut aut qui vectigalia redimeret, aut qui pro mancipe vectigalium fidem suam interponeret loco pigneris praedia sua rei publicae obligarent*. I maggiori sostenitori di questa teoria furono JOURDAN, *L'hypothèque* cit., p. 52; ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano* cit., pp. 32 ss., 68, il quale ritiene esistente l'istituto almeno fin dal V secolo e applicato dal VI secolo *ab Urbe condita* nelle relazioni fra i privati. Ancora di recente, A. TRISCIUOGGIO, *Societas publicanorum e aspetti della responsabilità esterna*, in *D@S* 11 (2013) pp. 8, 15 (<http://www.dirittoestoria.it/11/pdf/Trisciuoglio-Societas-p.pdf>) ricorda l'opinione maggioritaria per cui «altresì una sorta di ipoteca di diritto pubblico (*subsignatio praediorum*)» i *praedes* in via esclusiva erano chiamati a costituire, poiché responsabili verso il *populus romanus*. L'accostamento tra l'*hypotheca* e la c.d. *subsignatio praediorum* richiama, anche ultimamente, con il riepilogo dei seguenti aspetti tecnico-giuridici che le accomuna, L. MAGANZANI, *L'obligatio praediorum nella Tabula Alimentaria veleiate: profili tecnico-giuridici*, in *Atti del IV Convegno Internazionale di Studi Veleiati (Veleia-Lugagnago d'Arda, 20-21 settembre 2013)*, a cura di P.L. Dall'Aglia, C. Franceschelli, L. Maganzani, Bologna 2014, p. 158: la costituzione di entrambi gli istituti era posta con atto indipendente da quello dell'*obligatio* garantita, il bene da vincolare a garanzia era scelto in ragione del suo valore economico in rapporto all'ammontare del debito, l'estinzione per pagamento del debito garantito.

²⁰ Vd. C. FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴, a cura di G. Grosso, Milano 1953, p. 396 nt. 1; e specialmente HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine* cit., p. 82 s., i quali ritengono inoltre che sul finire dell'età repubblicana la *subsignatio praediorum* creasse un vero diritto reale in base soprattutto a CIC. *de l. agr.* 3.2.9: *Optimo iure ea sunt profecto praedia, quae optima conditione sunt. Libera meliore iure sunt quam serva; capite hoc omnia quae serviebant, non servant. Soluta meliore in causa sunt quam obligata; eodem capite subsignata omnia, si modo Sullana sunt, liberantur*. Secondo Herzen, l'oratore nel commentare nel 61 a.C. la *rogatio Servilia agraria*, che proponeva di rendere *optimo iure* le terre distribuite da Silla già gravate da diritti reali, enumera fra questi anche l'*obligatio* dei *praedia subsignata* rimasta in vita malgrado i cambiamenti dei proprietari, dovuti alle operazioni di Silla, e pertanto fonte di un *ius in re aliena*. Più di recente, il passo viene ricordato per evidenziare l'accezione tecnica di *obligata* come antico indice di un vincolo reale da A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1992, p. 40 e, più ampiamente sulla *subsignatio praediorum*, p. 126 ss.

²¹ Già in tal senso SEGRÈ, Recensione di ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Sal-*

riconsiderato la questione, se la forma di pignoramento afferente al diritto pubblico, sicuramente già esistente nel II secolo a.C., abbia creato un precedente del *pignus conventum*, si può segnalare però fra i due istituti «un certo parallelismo, nel senso che la garanzia avveniva senza trasferimento né di diritto né di possesso»²².

Sempre nell'orbita delle ipotesi di una originaria enucleazione del pegno convenzionale dall'esperienza giuridica romana si colloca l'opinione, sostenuta in particolare da Vincenzo Arangio-Ruiz, che ne rintraccia la genesi nella consuetudine, affermata nell'ambito della *fiducia cum creditore* nell'epoca più antica e successivamente estesa al *pignus datum*, di concedere a titolo precario al debitore il godimento e lo sfruttamento dell'oggetto della garanzia: questa potrebbe aver rappresentato la prima elementare risposta nella pratica disposizione degli assetti di interessi privati all'esigenza di non privare il garante della materiale disponibilità della *res*, esigenza che si prospetta analoga a quella alla base del *pignus conventum*²³.

viano cit., p. 602; HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine* cit., p. 162, scartava l'idea di un semplice trapianto, *a priori* poco credibile, a causa della totale assenza di forme, terminologia ed effetti della *subsignatio praediorum* nel pegno convenzionale; cfr. anche GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*⁴ cit., p. 781 s.; FERRINI, *Manuale di Pandette*⁴ cit., p. 806 nt. 1; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I² cit., p. 808 nt. 3.

²² G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino 1970, p. 347; SCHULZ, *Classical roman law* cit., p. 412 s., invece, non vede alcuna connessione fra la *subsignatio*, che egli definisce «*hypotheca iuris publici*» pertanto «virtually a hypothec», caratterizzata da un regime fondato su documenti, registrazione e pubblicità completamente estranei al diritto privato fino all'epoca classica, oltre che dall'assenza di un'*actio in rem*, e l'ipoteca del diritto privato e conclude: «As always, whenever we cross the boundary of private law we enter a new world». Osserva inoltre BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei* cit., p. 126, che l'origine della *subsignatio praediorum* «ci riconduce al fondamentale principio romano, per cui ogni rapporto del quale sia soggetto lo stato o altro ente pubblico non è mai identificabile, *sic et simpliciter*, coi rapporti, sia pure dello stesso nome, che intercorrono fra privati».

²³ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ cit., p. 263; CUQ, s.v. *Hypotheca* cit., p. 359, secondo il quale la vera innovazione del *pignus conventum*, nei rapporti fra colono e locatore, fu nell'evitare la doppia trasmissione del possesso che caratterizzava, invece, la pratica preesistente della retrocessione della *res* a titolo precario del *pignus datum*; PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I² cit., p. 808 nt. 3, ammette che tale consuetudine potrebbe aver avviato i romani al pegno convenzionale. *Contra* BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano* cit., p. 148 s., ipotizza un meccanismo evolutivo opposto poiché il rimedio del precario e della conduzione del pegno nel diritto romano, ancora inesistenti in epoca preclassica, si sarebbe forse affermato: «per influenza della ormai riconosciuta ammissibilità di un pegno senza spossessamento del debitore». La pratica risulta attestata inequivocabilmente per il precario e la conduzione del pegno dalla prima età imperiale, fra le testimonianze in particolare D. 13.7.35.1 (FLOR. 8 *inst.*) *Pignus manente proprietate debitoris solam posses-*

A sostegno di tale ricostruzione si sono avanzate considerazioni di carattere logico e di comparazione con la supposta evoluzione nel diritto greco della ‘ὑποθήκη’ dall’antica *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* – una sorta di vendita con patto di riscatto paragonata non di rado alla *fiducia cum creditore* – per la quale è attestata la prassi di concedere in precario o locazione al debitore l’oggetto della garanzia²⁴. Tuttavia, a fronte della verosimile identità delle ragioni di fondo che avrebbero spinto alla concessione precaria del *pignus datum* e alla nascita del pegno convenzionale nel diritto romano²⁵, si è dimostrato che non solo mancano testimonianze nelle fonti a sostegno di un’antica risalenza del *precarium* e della *conductio* della *res* consegnata in pegno, ma, oltre al problema controverso in dottrina dei rapporti fra la *πρᾶσις ἐπὶ λύσει* e la *ὑποθήκη*²⁶, discutibile appare l’affidamento alla comparazione con istituti di ambienti diversi da quello romano per dar voce all’impenetrabile silenzio dei testi²⁷.

sionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti, passo reputato sicuro per il riferimento al *pignus* e per la risalenza all’età classica, vd. sul tema S. TONDO, “*Pignus*” e “*precarium*”, in *Labeo* 5 (1959) p. 171 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Conductio e precario rei pignori datae*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milano 1987, p. 717 ss., sulla fonte e relativa letteratura p. 729 nt. 29; S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino. Etica, natura e logica nelle Istitutiones*, Napoli 1996, p. 66. L’argomento del precario e della conduzione del *pignus* in base ai testi classici è stato, inoltre, accuratamente riesaminato da KASER, *Besitzpfand und ‘besitzloses’ Pfand* cit., p. 168 ss.; ultimamente, pone a confronto *datio pignori* e *datio precario* a proposito degli aspetti possessori emergenti dalle fonti giurisprudenziali classiche G. NICOSIA, *Possessio pignori dantis, possessio precario dantis, possessio in solidum*, in *IVRA* 64 (2016) p. 261 ss.

²⁴ Questa, in particolare, la ricostruzione di Arangio-Ruiz e La Pira in RUSSO-RUGGERI, *Conductio e precario rei pignori datae* cit., p. 739 nt. 52. BISCARDI, *Diritto greco antico* cit., p. 222, ricorda che tale prassi è attestata in «un centinaio di ὄποι».

²⁵ Già in tal senso si era espresso P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, p. 251.

²⁶ Cfr. il quadro tracciato in proposito da L. LEPRI SORGE, s.v. *Ipoteca (diritto greco)*, in *NNDI*, IX, Torino 1963, p. 45 ss. Da studi recenti emerge che l’ipoteca greca derivò, invece, dalla trasformazione del pegno tradizionale (ἐνέχυρον) facilitata dallo sviluppo del commercio marittimo, vedi BISCARDI, *Diritto greco antico* cit., p. 223.

²⁷ Vd., per un rilievo analogo, BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* cit., p. 2 s. Di quest’avviso anche BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*² cit., p. 31, il quale evidenzia la «fallacia» della comparazione che induce a «travasare» nel diritto romano elementi di altri diritti dell’antichità, in specie il diritto greco e il diritto germanico, per ricomporre le fasi primitive del diritto romano, i cui istituti, invece, accurate indagini rivelano sempre più essere «il prodotto più genuino ed originale del genio latino»; lo studioso ribadisce quindi la massima cautela nel riferire al diritto romano precetti e mentalità ad esso estranei. Queste considerazioni si mostrano condivisibili, come vedremo, anche per la ricostruzione della storia giuridica del *pignus* romano. Tuttavia, nemmeno si può trascurare del tutto il contatto fra le culture greca e latina, presumibilmente ‘sconfinanante’ anche nel campo del-

Poco persuasiva sembra, quindi, l'idea di una immediata gemmazione del pegno convenzionale dalla pratica del precario, o anche della conduzione, della *res* oggetto della *fiducia cum creditore* o del *pignus datum*, sebbene non trascurabile si mostri l'equivalenza, senz'altro percepita nella coscienza sociale e giuridica, dello scopo a cui tale pratica e l'ipoteca romana tendevano.

Non è mancata, inoltre, la congettura secondo la quale la lunga vicenda storica del pegno romano sarebbe stata condizionata dall'arcaica *fiducia cum creditore*, che, realizzando il meccanismo economico della garanzia reale attraverso il trasferimento del diritto di proprietà al creditore con conseguente tutela reale a suo favore, avrebbe contribuito a configurare la struttura del *pignus*, svuotata del passaggio del dominio e del possesso, come autonomo diritto reale su cosa altrui²⁸.

È opportuno, infine, segnalare che, generalmente, la dottrina più autorevole è giunta ad ammettere il precedente riconoscimento del *pignus datum* rispetto al *pignus conventum* nell'ordinamento giuridico romano, posto tuttavia di recente in discussione²⁹.

Dalle teorie ripercorse a grandi linee si evince, in definitiva, quanto sia ardua l'impresa di rintracciare, in assenza di riferimenti testuali certi e in un

le concezioni giuridiche, indirettamente attestato dalle fonti per l'epoca arcaica, come mostra in specie la tradizione riguardante le note vicende di un'ambasceria romana in Grecia, che precedette la legislazione decemvirale, se non anche l'analogia di norme delle XII Tavole e di leggi greche, questioni ridiscusse autorevolmente da R. MARTINI, *XII Tavole e diritto greco*, in *Labeo*, 45 (1991) p. 20 ss.; ID., *Diritti greci*, Bologna 2005, p. 9.

²⁸ CANNATA, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, I cit., p. 318 ss.; vedi anche V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei "iura in re aliena" ed il dogma del "numero chiuso"*, Napoli 1992, pp. 116 nt. 1, 118, che nota come la *fiducia cum creditore* «in qualche modo può aver interferito nella costituzione di pegno/ipoteca, ma non siamo in grado di dire se, come e quando» e ritiene comunque non dimostrata «una evoluzione della garanzia reale, come 'rapporto giuridico assoluto in senso improprio', dalla *fiducia (cum creditore)*». Si è sottolineato, ad ogni modo, che *fiducia cum creditore* e *pignus* devono aver avuto inizialmente campi di applicazione separati, essendo la prima riservata a garantire con *res mancipi* i traffici giuridici mediante gli atti formali di *mancipatio* e *in iure cessio*: si risolverebbe quindi presumibilmente da sé la questione della priorità storica tra *fiducia* e *pignus*, cfr. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand* cit., p. 217. Ancora in ordine ai rapporti fra i due istituti, da tempo una parte della dottrina ha messo in luce una fondamentale differenza tra *fiducia cum creditore* e *pignus*: l'una sarebbe sorta con diretta e immediata funzione satisfattiva, l'altro avrebbe invece in origine assolto una funzione di mera coazione psicologica, pertanto la *fiducia* avrebbe potuto costituire il modello per riconoscere al *pignus*, in progresso di tempo, carattere satisfattivo tramite *lex commissoria* o *ius vendendi*, vedi BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi* cit., p. 225 ss.; U. RATTI, *Sull'accessorietà del pegno e sul 'ius vendendi' del creditore pignoratizio* [1927], con una nota di lettura di N. Bellocchi, Napoli 1985, p. 4 s.

²⁹ GIUFFRÈ, *L'emersione dei "iura in re aliena"* cit., p. 117; vedi anche LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno* cit, p. 64 ss.

contesto cronologico tanto lontano quanto indefinito, i primordi a Roma della forma di pegno senza spossessamento del debitore, certamente non facile da configurare, posto che, come non ha mancato di rilevare Max Kaser, un pignoramento convenzionale libero da forme pare essere in contrasto con le esigenze di sicurezza («Sicherheit») e di evidenza («Anschaulichkeit») proprie dell'antico diritto³⁰.

Un dato tuttavia si può sottolineare: la dottrina dominante, nelle ricerche sulla genesi dell'istituto, sembra concorde nel prendere in esame come centrale la prima diretta attestazione di un *pignus* a noi pervenuta attraverso il *De agri cultura liber* di Marco Porcio Catone (capp. 146-150), identificata talvolta, nella molteplicità delle interpretazioni proposte, con la più risalente testimonianza dell'ipoteca romana³¹.

L'analisi del '*pignus* catoniano' si presenta, in effetti, come un punto cruciale nello studio sulla emersione del *pignus conventum* ma, allo scopo di individuarne la natura e i caratteri, riteniamo imprescindibile la ricognizione dei più antichi riferimenti al *pignus* nelle fonti romane, anche non strettamente giuridiche, nel tentativo di desumere la primigenia configurazione dell'istituto pignoratorio e fissare quindi un quadro di sviluppo storico che eviti, fra l'altro, di incorrere nella «illusione terminologica»³² che talora ha indotto ad attribuire ai termini *pignus* e *hypotheca* il significato dell'esperienza giuridica romana più tarda.

D'altra parte, indagare il momento in cui è sorto il pegno convenzionale nella sua veste di garanzia reale risulta necessario anche in relazione alla questione, a questa inestricabilmente connessa, dell'enucleazione del *ius in re*, ossia del diritto reale di garanzia, che si delinea come il risultato di una elaborazione storica progressiva piuttosto che, come talvolta si è creduto, caratteristica ad esso congenita³³.

³⁰ KASER, *Studien zum römisches Pfandrecht* cit., p. 5; in tal senso significative anche le parole di SEGRÈ, Recensione di Ascoli, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano* cit., p. 599: «L'aver un diritto sopra una cosa corporale, senza detenerla né possederla non è concetto semplice neppure per una persona incolta dei nostri tempi o affatto ignara di affari o di diritto».

³¹ Vd. sulla questione *infra* Cap. II.

³² Così SARGENTI, *Il 'de agri cultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana* cit., p. 159.

³³ Tale tendenza interpretativa della dottrina moderna è ricordata da KASER, *Studien zum römisches Pfandrecht* cit., p. 22 ss.

2. *Il pignus nelle più antiche attestazioni delle fonti*

L'alta antichità della parola latina *pignus* è rivelata dalla morfologia dell'archetipo *pignosa*, corrispondente al più tardo *pignora*, ricordata in un passo del *De verborum significatione* del grammatico Sesto Pompeo Festo fra i termini che subirono il fenomeno linguistico del rotacismo intervocalico, il quale ebbe corso e conclusione durante il IV secolo a.C.³⁴:

FEST. s.v. *Pignosa* (Lindsay, p. 232) *Pignosa pignora eo modo quo Valesii Auselii pinosi palisi dicebantur.*

La fonte testimonia che in epoca arcaica, almeno nel V secolo a.C., *pignus* era termine noto ai Romani³⁵.

La presenza dell'espressione *pignus* nella clausola di un antico *foedus latinum*, identificato dagli studiosi con il *foedus Cassianum*, che sancì la pace e l'alleanza fra Romani e Latini nel 493 a.C.³⁶, è restituita ancora da

³⁴ La regola fonetica della sonorizzazione della sibilante *s* che, nel contesto di due vocali, si tramuta in *r*, in cui consiste il "rotacismo", fu riconosciuta anche da Appio Claudio il Cieco, censore nel 312 a.C., al quale si riconduce in particolare l'impiego del grafema *r* nell'ortografia dei nomi *Valesii* e *Fusii*, che divennero *Valerii* e *Furii*, come Pomponio ricorda in D. 1.2.2.36 (POMP. *lib. sing. ench.*) ... *idem Appius Claudius, qui videtur ab hoc processisse, r litteram invenit, ut pro Valesiis Valerii essent et pro Fusiiis Furii*, si vedano inoltre VARRO *ling.* 7.26-27; CIC. *fam.* 9.21.2; QUINT. *inst.* 1.4.13; MACR. *Sat.* 3.2, cfr. G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, Bologna 1944, p. 99; V. PISANI, *Le lingue preromane d'Italia. Origini e fortune*, in *Popoli e civiltà dell'Italia antica*, VI, a cura di A.L. Prosdocimi, Roma 1978, p. 46; R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli 2000, p. 33; R. ONIGA, *Il latino: breve introduzione linguistica*², Milano 2007, p. 65.

³⁵ È probabile che Festo abbia tramandato una lezione non esattamente corrispondente alla voce arcaica, che doveva suonare invece *pignesa*, a parere di FORCELLINI, s.v. *Pignus* in *Lexicon totius latinitatis*, III, Patavii 1940, p. 710 s.: «*pignesa quia pignera olim dictum fuit*», ed A. ERNOUT, A. MEILLET, s.v. *Pignus* in *Dictionnaire étimologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris 1959, 509, che vede in *pignosa* un «faux archaïsme», analogamente C. SANDOZ, *Lat. pignus: étymologie et formation du mot*, in *O-o-pe-ro-si. Festschrift für Ernst Risch zum 75. Geburtstag*, Berlin-New York 1986, p. 569. Ricordano il passo, fra gli altri, E. CHAMPEAUX, *Le principe des simplicité des anciens actes juridiques romains e le gage*, in *Melanges P.-F. Girard*, I, Paris 1912, p. 174 s.; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano cit.*, p. 137 s.; LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno cit.*, p. 65; ORTU, *'Actio in rem' e actio in personam' di matrice pretoria: il caso del pegno cit.*, p. 48. Sulla sostanziale autenticità della forma verbale *pignosa* e sulla presenza della stessa nella legge delle XII Tavole si pronunciano, in particolare, G. RADKE, *Archaisches Latein*, Darmstadt 1981, p. 126; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, München 1988, p. 292 nt. 35.

³⁶ Per l'identificazione, condivisa sin dalla dottrina più risalente e recentemente ribadita, del '*foedus latinum*' menzionato da Festo con il *foedus Cassianum*, cfr. P. CATALANO, *Linee*

Festo nella spiegazione del risalente vocabolo *nancitor*³⁷:

del sistema sovranazionale romano I, Torino 1965, p. 252 nt. 17; LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno cit.*, p. 68 e *ivi* nt. 32; EAD., *Due testi per la storia del pignus*, in *Civitas e civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, a cura di A. Palma, Torino 2013, p. 451 s.; D. KREMER, *Trattato internazionale e legge delle Dodici Tavole*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia 2005, p. 192 nt. 10. Rilevanti menzioni del *foedus Cassianum* si rinvencono: nella fondamentale testimonianza di Dionigi d'Alicarnasso DION. HAL. 6.95.2: Ῥωμαῖοις καὶ ταῖς Λατίνων πόλεσιν ἀπάσαις εἰρήνη πρὸς ἀλλήλους ἔστω, μέχρις ἂν οὐρανὸς τε καὶ γῆ τὴν αὐτὴν στάσιν ἔχωσι· καὶ μήτ' αὐτοὶ πολεμείτωσαν πρὸς ἀλλήλους μήτ' ἄλλοθεν πολέμους ἐπαγέτωσαν, μήτε τοῖς ἐπιφέρουσι πόλεμον ὁδοὺς παρεχέτωσαν ἀσφαλεῖς βοηθείωσάν τε τοῖς πολεμουμένοις ἀπάση δυνάμει, λαφύρων τε καὶ λείας τῆς ἐκ πολέμων κοινῶν τὸ ἴσον λαγχανέτωσαν μέρος ἑκάτεροι· τῶν τ' ἰδιωτικῶν συμβολαίων αἱ κρίσεις ἐν ἡμέραις γιγνέσθωσαν δέκα, παρ' οἷς ἂν γένηται τὸ συμβόλαιον. ταῖς δὲ συνθηκαῖς ταῦταις μηδὲν ἐξέστω προσθεῖναι μηδ' ἀφελεῖν ἀπ' αὐτῶν, ὅ τι ἂν μὴ Ῥωμαῖοις τε καὶ Λατίνους ἄπισσι δοκῆ; inoltre, nelle fonti seguenti: CIC. *pro Balbo* 23.53 *Cognoscite nunc populi Romani iudicium multis rebus interpositum atque in maximis causis re ipsa atque usu comprobatum. Cum Latinis omnibus foedus esse ictum Sp. Cassio Postumo Cominio consulibus quis ignorat? Quod quidem nuper in columna aenea meminimus post rostra incisum et perscriptum fuisse (...)*; LIV. 2.33.9 *Ita fusi Volsci Antiates, Corioli oppidum captum; tantumque sua laude obstitit famae consulis Marcius ut, nisi foedus cum Latinis <in> columna aenea insculptum monumento esset ab Sp. Cassio uno, quia collega afuerat, ictum, Postumium Cominium bellum gessisse cum Volscis memoria cessisset*. Con questo trattato Roma aderì alla Lega Latina dopo la grande vittoria conseguita contro i Latini presso il lago Regillo nel 499 o 496 a.C., le città alleate (fra le quali Aricia, Tuscolo, Lanuvio, Cora, Tivoli, Pomezia, Ardea) si obbligavano al rispetto della pace e all'aiuto reciproco in caso di guerra, presumibilmente nel perseguimento di una politica comune nei confronti delle popolazioni non confederate, stabilite anche le modalità di distribuzione del bottino; il testo del *foedus Cassianum* stipulato, in particolare da parte romana, dal solo Spurio Cassio in assenza del collega Postumio Cominio, rimase esposto nel Foro scolpito su una colonna di bronzo che, stando a quanto si può ricavare da Cicerone, scomparve poco prima del 56 a.C. Vd. F. CASOLA, L. LABRUNA, *Le vicende politico-militari dal 'foedus Cassianum' sino all'incendio gallico*, in AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*², sotto la direzione M. Talamanca, Milano 1989, p. 119; ultimamente, CORBINO, *Diritto Privato Romano. Contesti Fondamenti Discipline*³ cit., pp. 11 s., 57; ID., *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale*, in *IVRA* 64 (2016) p. 67 ss.; U. VINCENTI, *La Repubblica. Le forme costituzionali*, in F. AMARELLI, F. BOTTA, L. DE GIOVANNI, G. LUCHETTI, V. MAROTTA, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, U. VINCENTI, *Storia giuridica di Roma*, a cura di A. Schiavone, Torino 2016, p. 94 s.; A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, (rist. emendata) Torino 2017, pp. 321 s., 401.

³⁷ Il grammatico riferisce al lemma arcaico *nancitor* una glossa adespota in ordine alla quale le ricerche finora compiute hanno evidenziato l'estrema difficoltà di identificare la fonte da cui fu escerpita. Non v'è dubbio, invece, sul significato di *nancio(r)* come "prendere", che l'epitomatore fornisce come dato certo e costante, si veda in proposito FEST. S.V. *renancitur* (Lindsay, p. 346) *significare ait reprehenderit. Unde adhuc nos dicimus nanciscitur et nactus erit, id est adeptus*, e del relativo impiego antichissimo, secondo quanto afferma PRISC. *Inst.* 513.16 *in usu fuit vetustissimis*. Cfr. Æ. FORCELLINI, v. *Nanciscor*, in *Lexicon Totius Latinitatis* III (1827-1831), Padova 1940, p. 329; S. BOSCHERINI, *La lingua della legge delle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del Convegno Internazionale di Di-*

FEST. s.v. *Nancitor* (Lindsay, p. 166) *Nancitor in XII nactus erit, praen-derit. Item in foedere latino: 'pecuniam quis nancitor, habeto', et: 'si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto'*³⁸.

Non è facile definire la natura dell'arcaico *pignus* impiegato, come suggeriscono anche gli echi della tradizione, nell'epoca remota che precede la legge delle XII Tavole³⁹, si può tentare tuttavia di gettar luce sul significato della clausola '*si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto*', riferita da Festo, sebbene avulsa dal contesto originario e non ricordata da Dionigi di Alicarnasso, la nostra unica fonte di conoscenza del contenuto del *foedus Cassianum*⁴⁰.

ritto romano (Copanella, 3-7 giugno 1984), Napoli 1988, p. 51; F. BONA, *Il 'de verborum significatu' di Festo e le XII Tavole* (1992), in *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, I, Padova 2003, pp. 556 nt. 10, 561 ss.; F.M. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli 1993, p. 155 ss., il quale, tuttavia, ritiene possibile che la spiegazione di *nancitor*, accolta nell'opera festina, appartenesse all'interpretazione delle XII Tavole di Servio Sulpicio Rufo.

³⁸ Nella ricostruzione palinogenetica della legge delle XII Tavole in *FIRA*, I², *Leges* (Riccobono), Firenze 1968, p. 74, il passo di Festo compare tra i *fragmenta incertae sedis*; già GOTOFREDO, *Frammenti delle leggi delle XII Tavole*, con note e commenti di R.G. Pothier (versione italiana di Bazzarini), Venezia 1837, p. 102, aveva notato: «non è abbastanza palese se appartenga o no ed in qual senso alle XII Tavole»; M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, BICS 64, London 1996, p. 715 s., cita il passo festino in XII Tab. 12.1 e ritiene possibile che le XII Tavole contenessero una frase «very similar» alla seconda citazione del trattato latino.

³⁹ DION. HAL. 6.29.1 Ταῦτ' εἰπὼν ἐκέλευσε τὸν κήρυκα ἀνεπιεῖν, ὅσοι ἂν Ῥωμαίων ἐπὶ τὸν κατ' αὐτῶν πόλεμον ἐκστρατεύωσι, τὰς τούτων οἰκίας μηδένα ἐξεῖναι μήτε πωλεῖν μήτ' ἐνεχυράζειν μήτε γένος αὐτῶν ἀπάγειν πρὸς μηδὲν συμβόλαιον μήτε κολύειν τὸν βουλόμενον τῆς στρατείας κοινωνεῖν ..., il passo riferisce l'editto del console Servilio che nel 495 a.C., in occasione delle operazioni militari contro i Volsci, vietò ai creditori, in particolare, di pignorare (ἐνεχυράζειν) il patrimonio dei soldati in guerra; il verbo ἐνεχυράζειν è chiaro indice di un pignoramento, cfr. H.G. LIDDELL, R. SCOTT, s.v. ἐνεχυράζειν, in *Greek-English Lexicon*, Oxford-Clarendon 1968, p. 565; ASCOLI, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano* cit., p. 29, il quale legge nella voce greca l'esatto significato del verbo latino *pignorari*, ossia "fare un pignoramento"; anche CHAMPEAUX, *Le principe des simplicité des anciens actes juridique romains e le gage* cit., p. 176, considera certo il riferimento al pegno. La problematica posta dalle origini dell'istituto si evince anche dalla letteratura in argomento, cfr., *inter alios*, FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II cit., p. 82 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, p. 144 s.; ID., *Studien zum römischen Pfandrecht* cit., pp. 1 ss., 221 ss.; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali* cit. p. 138 ss.; LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno* cit., p. 65 ss.; M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia 2005, p. 357 s., 362; per una recente riconsiderazione della questione e una proposta ricostruttiva della più risalente forma di pegno privatistica, vd. F. DE IULIIS, '*Pignus appellatum pugno*'. *Una questione etimologica e di palinogenesi decemvirale*, in *LR*. 2 (2013) pp. 245-319.

⁴⁰ DION. HAL. 6.95, è possibile che Dionigi abbia riassunto o riferito le clausole più importanti del *foedus*, tralasciando le previsioni trascritte da Festo; menzione del trattato, senza

Secondo gli studi più recenti sembra plausibile che la disposizione citata fosse inserita nella seconda parte del trattato – e non nella prima, come a lungo si è creduto⁴¹ – per via dello «stretto collegamento»⁴², rivelato nell'escerto festino anche dalla congiunzione 'et', con la clausola che immediatamente precede, in cui si legge 'si pecuniam quis nancitor, sibi habeto', quale sviluppo della premessa 'item in foedere latino'. In effetti, dallo storico greco apprendiamo dell'esistenza di una norma, che nel *foedus* seguiva quelle riguardanti gli accordi politico-militari fra le popolazioni confederate, la quale regolava la durata e il luogo dei giudizi riguardanti le controversie insorte fra i membri delle rispettive comunità in merito ad attività negoziali private. Questi si sarebbero dovuti svolgere entro dieci giorni nella località dove tali contrattazioni erano state portate a compimento⁴³.

Dall'arcaica forma verbale *nancitor*, inoltre, la cui accezione sciolta da Festo come 'praenderit' indica una materiale apprensione, da intendere, a nostro avviso, non univocamente nell'ambito di una procedura di *pignoris capio*⁴⁴, si

tuttavia alcun riferimento alle disposizioni dello stesso, si rinviene, ancora, in LIV. 2.33.4: *Iis consulibus cum Latinis populis ictum foedus*.

⁴¹ Per via di questo collegamento, si era attribuita a *pignus* un'accezione interstatale indicativa degli «ostaggi» presi al nemico comune da ciascuno degli alleati ed esclusi quindi dalla spartizione del bottino, vd. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, I cit., pp. 51-53; HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine* cit., p. 27; GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*⁴ cit., p. 780 nt. 1; pensa anche ad «ostaggi» scambiati però fra i popoli federati per assicurare l'alleanza U. VON LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locatoni dictae*, in (*Eos* 48.3 [1956] =) *Symbolae R. Taubenschlag*, III, Vratislaviae-Varsaviae, p. 319; KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht* cit., p. 13 nt. 68, considera probabile questa come altre interpretazioni. Occorre segnalare che una parte della dottrina ha sostenuto l'impossibilità di trarre conclusioni certe dal passo festino perché troppo laconico, vedi HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine* cit., p. 28; A. GOURON, *Gage confirmatoire et gage penitentiel en droit romain*, in *RHD*. 39 (1961) p. 10; KREMER, *Trattato internazionale* cit., p. 192 nt. 10; l'ipotesi è invece esclusa da LA ROSA, *Due testi per la storia del pignus* cit., p. 452.

⁴² Come ribadisce più di recente LA ROSA, *Due testi per la storia del pignus* cit., p. 452.

⁴³ DION. HAL. 6.95.2 τῶν τ'ιδιωτικῶν συμβολαίων αἱ κρίσεις ἐν ἡμέραις γιγνέσθωσαν δέκα, παρ' οἷς ἂν γένηται τὸ συμβόλαιον; sulla fonte, in particolare, cfr. G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*³, Torino 1955, p. 57; recentemente, CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale* cit., p. 67 ss., il quale ricorda le previsioni decemvirali in materia processuale per le liti in territorio romano fra Romani e non Romani: XII Tab. 2.2; XII Tab. 6.4. Per una recente interpretazione del brano di Festo in connessione con il citato passo di Dionigi d'Alicarnasso, cfr. LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno* cit., p. 69 ss.; EAD., *Due testi per la storia del pignus* cit., p. 451 s.

⁴⁴ Nella voce *nancitor* non riteniamo di dover ravvisare esclusivamente un atto di impossessamento nell'ambito di una procedura di *pignoris capio*, come anche si è ipotizzato, da ultimo da parte di CRAWFORD, *Roman Statutes*, II cit., p. 715 s., poiché, oltre alle problemati-

può dedurre la natura presumibilmente mobiliare del *pignus* che ne avrebbe costituito oggetto⁴⁵.

Pertanto, se le due frasi riportate da Festo, che affiancano ‘*pecunia*’ e ‘*pignus*’, fossero state destinate, in origine, ad integrare la parte del *foedus Cassianum* che fissava i principi a protezione dei rapporti fra i singoli appartenenti alle città alleate, come pare avvenisse negli antichi trattati⁴⁶, si potrebbe ipotizzare il riferimento a un *pignus* privatistico, costituito a garanzia di un credito, riconoscibile nel termine ‘*pecunia*’, che il creditore avrebbe conservato presso di sé (*sibi habeto*) dopo averne conseguito il possesso (*nancitor*)⁴⁷.

che relative alla *pignoris capio* arcaica su cui vedi *infra*, il significato di *nanciscor*, equivalente alla più antica forma verbale *nancior* dalla quale deriva il termine *nancitor*, sembra richiamare l’idea, del tutto generale, del conseguire la disponibilità di fatto di qualcosa, come suggerisce anche l’accostamento ad *adeptus*, participio passato di *adipiscor* – il cui significato principale è raggiungere, ottenere –, che lo stesso Festo tramanda s.v. *renancitor* (Lindsay, p. 346): *significare ait reprehenderit. Unde adhuc nos dicimus nanciscitur et nactus erit, id est adeptus*. Si veda inoltre il primo significato di *nanciscor* in FORCELLINI, *Lexicon*, III cit., p. 329, «forte invenire, casu incidere in aliquid, adipisci». In sostanza, i due verbi *nanciscor* e *adipiscor* si possono accostare probabilmente in ordine al risultato finale del conseguimento del possesso di una cosa, anche se forse non nella relativa modalità, visto che *nanciscor* pare si connotasse per un impossessamento *nullo conatu*, come sottolinea FORCELLINI, s.v. *adipiscor*, in *Lexicon*, I cit., p. 83. In quest’ordine di idee non trascurabile pare anche la spiegazione del termine *nactus* in *La Glossa torinese e le altre glosse del Ms. D. III.13 della Biblioteca nazionale di Torino*, a cura di Alberto Alberti, Torino 1933, in ordine a *Inst. Iust.* 3.23.3: *nactus id est adquisitus*. Si può notare, sin d’ora, che in GAI 4.147 *adipiscendae possessionis causa* è definito l’*interdictum Salvianum*, su cui ampiamente vd. *infra* Cap. IV.

⁴⁵ Sulla natura mobiliare di questo *pignus* primitivo vd. GOURON, *Gage confirmatoire et gage penitentiel en droit romain* cit., p. 10; C. RASCON, *Pignus y custodia en el derecho romano clasico*, Oviedo 1976, p. 31 nt. 63.

⁴⁶ Il criterio del *forum contractus*, che nel *foedus Cassianum* avrebbe legittimato qualunque cittadino della Lega Latina ad agire davanti alle corti giudicanti di una qualunque delle città alleate, si rinviene anche nel primo trattato con Cartagine (POLYB. 3.22.8-9) risalente alla prima età repubblicana (a. 509 a.C.), il quale recava clausole a protezione degli interessi privati di stranieri, cfr. sul punto P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*³, Roma 1974, p. 404 s. e ivi nt. 70, il quale ricorda inoltre che, nelle fonti greche, esempi di disposizioni analoghe si riscontrano nel trattato di isopoliteia fra Mileto e Olbia, successivo al 334 a.C., e in un trattato fra le città cretesi di Gortina e Rhizenia, in cui era stabilito il termine di dieci giorni per il procedimento di vendita di un pegno; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *In margine al primo trattato tra Roma e Cartagine*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, Milano 1971, p. 188, e, più di recente, P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*², Torino 2004, p. 24 e ivi nt. 44; la struttura dei *foedera* della prima età repubblicana composta dalla regolamentazione anche dei rapporti economici e sociali fra i singoli *foederati*, in specie il più risalente trattato con Cartagine e il *foedus Cassianum*, esamina ultimamente PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano* cit., p. 319 ss.

⁴⁷ Secondo LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno* cit., p. 71, le previsioni ricordate

D'altronde, se anche si rigettasse l'ipotesi della correlazione fra l'uno e l'altro degli enunciati festini, a noi pare che, nella disposizione '*si quid pignoris nanciscitur, sibi habeto*', la menzione di un *pignus* trasmessa come parte integrante della normativa internazionale adottata da una federazione di città-stato rappresenti in sé, comunque, la prova dell'esistenza di un elemento tangibile posto a salvaguardia di interessi giuridicamente rilevanti e pertanto esso stesso riconosciuto dall'ordinamento quale valido strumento.

Non si può escludere, dunque, non solo che la norma ricordata da Festo potesse valere nel quadro dell'alleanza e della speciale capacità giuridica di cui i Latini beneficiarono, rispetto agli altri stranieri, soprattutto dopo il *foedus*⁴⁸, ma neanche «una notevole diffusione dell'uso»⁴⁹ di una garanzia pignorizia per i crediti intercorrenti fra privati una quarantina d'anni prima, almeno, della emanazione del *corpus* legislativo decemvirale, come lascia intendere la concezione dell'apposita previsione ricordata, che la contemplava. È indubbio infatti che, pur nel contesto di un'economia a carattere agricolo-pastorale e della crisi economica successiva alla caduta della monarchia etrusca, Romani e Latini instaurarono relazioni che, stando alla parte privatistica del trattato, sottendono una realtà dinamica di traffici commer-

da Festo avrebbero avuto valore transitorio in funzione dell'alleggerimento del carico giudiziario dovuto ai brevi tempi di emissione delle sentenze imposti dal *foedus*, evitando di portare in giudizio le liti insorte sui negozi conclusi prima della guerra fra Romani e Latini grazie anche alla natura commissoria del *pignus* desunta dalla clausola *sibi habeto*, per cui, ultimamente, sempre a parere di LA ROSA, *Due testi per la storia del pignus* cit., p. 452, «per i casi di crediti garantiti da pegno, il creditore, invece d'intentare un'azione per lo scioglimento del rapporto, poteva tenere il pegno, mentre il debitore tratteneva la pecunia»; dal nostro punto di vista però nella disposizione la locuzione '*sibi habeto*', che per come è formulata sembra disporre anche '*de futuro*', rinvia alla conservazione del *pignus* da parte del creditore, non sappiamo se effettivamente a titolo definitivo. Ultimamente, CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale* cit., p. 69 nt. 262, ribadisce per le garanzie pignorizie «riconosciute» all'interessato l'allusione a «fatti generatori di "obbligazione"».

⁴⁸ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II², Napoli 1973, p. 74 e ivi nt. 6, mette in luce, tuttavia, che la clausola riferita da DION.HAL., 6.95.2, relativa al «regolamento dei rapporti di obbligazione ... non può essere intesa nel senso che tra Roma e le città latine non esistesse fino a quel tempo il *commercium*»; più incisivo, al riguardo, BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴ cit., p. 21, che sottolinea come la disposizione a carattere processuale «mostra di dare per scontata» una comunione di diritto sostanziale che implicava la validità dei negozi conclusi tra Romani e Latini. Lo *status* di Latino comprendeva, nel campo del diritto privato: *ius commercii*, *ius conubii*, *testamenti factio* passiva, mentre nella sfera del diritto pubblico: *ius suffragii*, *ius civitatis mutandae*, vd., in particolare, VINCENTI, *Le forme dell'organizzazione del dominio romano in Italia e nel Mediterraneo* cit., p. 95.

⁴⁹ Così LA ROSA, *Due testi per la storia del pignus* cit., p. 452.

ciali, di cui le fonti lasciano nell'ombra, purtroppo, sia la forma sia i mezzi della relativa difesa processuale⁵⁰.

Del *pignus* è tramandata testimonianza anche nel *modus agendi* arcaico della *legis actio per pignoris capionem*⁵¹.

In mancanza di precise indicazioni concernenti la modalità costitutiva e la natura delle relazioni implicate dal pegno primordiale, non si è mancato in dottrina di collegare la ricostruzione delle origini del *pignus* privatistico alla *pignoris capio*. A questa infatti si riferiscono le più risalenti menzioni della garanzia pignoratizia a noi restituite indirettamente dai testi giuridici romani, i quali, nel ricordare le fonti di produzione normativa dell'età arcaica che l'avevano introdotta, ne avvalorano la remota risalenza.

Da tali attestazioni reputiamo dunque di non poter prescindere poiché esse suggeriscono che una qualche relazione storica fra *pignus* e *pignoris capio* vi sia stata. La *pignoris capio*, infatti, impiega la categoria *pignus*, pertanto non solo ne indica l'esistenza, ma soprattutto dimostra che il *pignus* era già accolto nel diritto proprio del popolo romano qualunque fosse la sua struttura in quella lontana temperie⁵².

Dei casi di *pignoris capio* di nostro interesse siamo informati attraverso i testi che trattano della *legis actio per pignoris capionem* nell'ambito dell'esclusiva narrazione che Gaio vi ha dedicato nel quarto commentario delle sue *Institutiones*⁵³:

⁵⁰ Su questi ultimi rilievi cfr. M. TALAMANCA, *Le origini del processo formulare e la formazione dell'editto del pretore*, in AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*² cit., p. 139; da ultima, LA ROSA, *Due testi per la storia del pignus* cit., p. 452; CORBINO, *La risalenza dell'emptio venditio consensuale* cit., p. 66 ss.

⁵¹ Per lo studio dell'istituto fondamentali: A. STEINWENTER, s.v. *Pignoris capio* in *PWRE.*, XX.1, Stuttgart 1941, coll. 1234 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le legis actiones*, Bologna 1948, p. 78 ss.; M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, p. 205 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la lois*, Paris 1960, p. 312 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, Roma 1962, p. 321 ss.; ID., *Gai. 4.32 e «la pignoris capio»* in *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne 1963, p. 279 ss.; BURDESE, s.v. *Pegno (diritto romano)* cit., p. 662; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, p. 52 ss.; M. TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *ED.*, XXXVI, Milano 1987, p. 20 ss.; LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno* cit., p. 71 ss.; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, p. 146 ss.; inoltre, ultimamente, SOLIDORO MARUOTTI, *Il processo privato*, in LOVATO, PULIATTI, SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto Privato romano* cit., p. 55 s.; CORBINO, *Diritto Privato Romano*³ cit., p. 780; ID., *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale* cit., p. 13 ss.

⁵² Cfr. sul punto HERZEN, *Origine de l'hypothèque romaine* cit., p. 29; BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano* cit., p. 139 ss.; LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno* cit., p. 66.

⁵³ GAI 4.12: *Lege autem agebatur modis quinque: sacramento, per iudicis postulationem,*

GAI 4.26 *Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege. 27. 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 dicebatur aes hordiarium.*

Premesso che il fondamento di questa *legis actio* in alcuni casi risiedeva nella consuetudine e in altri nella legge (*Per pignoris capionem ... lege*), il giurista descrive, in primo luogo, i tre esempi di applicazione fondati sui *mores*, i quali attenevano ad esigenze militari (*Nam et propter stipendium ... hordiarium*) ed erano pertanto previsti a favore dei soldati per il denaro ad essi dovuto come stipendio (*aes militare*) e a favore dei cavalieri per le somme che essi dovevano ricevere per l'acquisto del cavallo e dell'orzo con cui mantenere il cavallo (*aes equestre* e *aes hordiarium*)⁵⁴.

per conditionem, per manus iniunctionem, per pignoris capionem, e GAI 4.26-29. Reputiamo valida, anche per tale sezione del manuale didattico classico, l'osservazione che non si è mancato di avanzare in dottrina, secondo la quale l'illustrazione gaiana sul più antico processo civile romano, per quanto risulti nel complesso non esaustiva, ne rappresenta un quadro storico-sistematico per noi imprescindibile non solo perché il maestro di Istituzioni doveva averne una conoscenza approfondita come autore di un'opera di commento alla legge delle XII Tavole, su cui vd. *infra* Cap. I, § 3, ma anche perché non disponiamo di altre attestazioni giuridiche e letterarie di analoga portata idonee a completarlo, vd. G. MELILLO, *Le legis actiones e i quinque modi agendi*, in *Fides, Humanitas, Ius. Studi in onore di L. Labruna*, V, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli 2007, p. 3519 s.

⁵⁴ Cfr., riguardo alla natura dei crediti citati, i seguenti *testimonia*: GELL. *Noct. Att.* 6.10.2 *Verba Catonis sunt ex primo epistolicarum quaestionum: pignoris capio ob aes militare, quod aes a tribuno aerario miles accipere debebat, vocabulum seorsum fit*; VARRO *ling.* 5.181 ... *quibus attributa erat pecunia, ut militi reddant, tribuni aerarii dicti*; LIV. 1.43. 9 *ad equos emendos dena milia aeris ex publico data et, quibus equos alerent, viduae attributae, quae bina milia aeris in annos singulos penderent*; FEST.-PAUL. s.v. *Aerarii tribuni* (Lindsay, p. 2) *Aerarii tribuni a tribuendo aere sunt appellati*; FEST.-PAUL. s.v. *Equestre aes* (Lindsay, p. 71) ... *quod equiti dabatur*; FEST. s.v. *Hordiarium aes* (Lindsay, p. 91) *Hordiarium aes, quod pro hordeo equiti Romano dabatur*; FEST. s.v. *Vectigal aes* (Lindsay, p. 508) *appellatur quod ob tributum te stipendium et aes equestre et hordiarium populo debetur*. La *pignoris capio* era lecita, in caso di insolvenza (*nisi daret*), nei confronti del privato contribuente moroso (così in particolare BURDESE, s.v. *Pegno* cit., p. 662) o di colui *qui aes tribuebat*, identificabile con il *tribunus aerarius*, su tale questione per la discussione dei dati ricavabili dai testi anche in ragione delle evoluzioni progressive della regolamentazione della materia militare e fiscale della *Civitas* oltre che per la delicata questione concernente la risalenza dei *mores*, per cui sembra difficile pensare a un'epoca postdecemvirale, si rinvia in particolare a W. KUBITSCHKE, s.v. *Aes equestre*, in *PWRE.*, I.1, Stuttgart 1893, coll. 682 ss.; PUGLIESE, *Il pro-*

Nel proseguire la spiegazione l'istituzionista riferisce i casi di *pignoris capio* introdotti dalla legge delle XII Tavole nei termini seguenti:

GAI 4.28 *Lege autem introducta est pignoris capio veluti lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; 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 (...)*⁵⁵.

Il rituale solenne della *legis actio per pignoris capionem* risulta legislativamente disposto limitatamente a debiti rimasti inadempiti attinenti alla sfera sacrificale, precisamente nei confronti di chi avesse acquistato una vittima destinata ad un sacrificio (*hostia*) e non ne avesse pagato il prezzo (*Lege autem ... nec pretium redderet*), nonché nei confronti di chi avesse preso in locazione un animale da lavoro (*iumentum*) senza corrisponderne la mercede qualora il locatore intendesse impiegare in un'offerta votiva (*daps*) la somma ricevuta (*item adversus eum ... in sacrificium, impenderet*).

Non è possibile stabilire entro quali limiti la citazione gaiana abbia restituito il testo delle XII Tavole⁵⁶. Si può ipotizzare, tuttavia, che Gaio abbia ri-

cesso civile romano, I cit., p. 323 ss.; TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)* cit., p. 21 nt. 142; SOLIDORO MARUOTTI, *Il processo privato* cit., p. 55; ultimamente, CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale* cit., p. 18 s.

⁵⁵ Il brano prosegue in GAI 4.28 *item lege censoria data est pignoris capio publicanis uectigalium publicorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua lege uectigalia deberent*: viene descritta, dunque, la *pignoris capio ex lege censoria* alla quale erano legittimati i *publicani* per la riscossione dei *uectigalia* nei confronti dei contribuenti inadempienti, questa tuttavia non risulta di nostro interesse perché risalente sicuramente ad un'epoca più progredita, rispetto a quella precedente e coeva alla legislazione decemvirale, in cui esisteva un sistema di tributi ben regolamentato; sottolinea l'impossibilità di risalire alla fonte originaria della prima apparizione del pignoramento da parte dei publicani, L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale de publicanis*, Torino 2002, p. 65 ss., la quale rileva inoltre, che il richiamo «sullo stesso piano» della legge delle XII Tavole e delle *leges censoriae* compiuto da Gaio per indicare i casi di *pignoris capio* introdotti *lege*, non sarebbe frutto di un «equivoco» ma di una «assimilazione voluta, funzionale a chiarire la reale portata della *lex censoria* fra le fonti del diritto».

⁵⁶ Nelle Palingenesi del codice decemvirale elaborate successivamente alla scoperta del manoscritto delle *Institutiones* di Gaio avvenuta nel 1816 presso la Biblioteca Capitolare di Verona – su cui vd., in particolare, R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*³, Bologna 2006, p. 55 ss.; ID., *Avviamento allo studio testuale del diritto romano*, Torino 2015, p. 73 ss. – le disposizioni richiamate dal passo in questione sono state costantemente collocate, congiuntamente, all'inizio della dodicesima *Tabula* a rappresentazione del primo o, al più, del secondo versetto della stessa, cfr. H.E. DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf Tafel Fragmente*, Leipzig 1824, p. 706 ss.; R. SCHOELL, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Lipsiae 1866, p. 159 s.;

proposto, in una forma linguistica più consona ai suoi tempi, il contenuto di norme con termini propri del linguaggio decemvirale, forse già risalenti al *ius sacrum* o *pontificium*⁵⁷, presenti nella fonte di cui egli disponeva⁵⁸.

C.G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui, Leges et negotia*⁷, *Pars prior, post curas Theodori Mommseni editionibus quintae et sextae adhibitae, septima edidit Otto Gradenwitz* (Tubingae 1909), (ristampa Aalen 1958, p. 39; *FIRA*, I², *Leges* (Riccobono) cit., p. 72.

⁵⁷ Così V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², Napoli 1954, p. 43; ne richiamano la preesistenza rispetto alla legge delle XII Tavole, in forma consuetudinaria, H. LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* cit., p. 316; M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Principi e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del Convegno Internazionale (Copanello, 5-8 giugno 1996)*, a cura di F. Milazzo, Napoli 1999, p. 107 nt. 181; più di recente sottolinea la connessione con il *ius sacrum* C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di Fondamenti del Diritto Europeo*, II, Torino 2008, p. 43 nt. 97.

⁵⁸ In GAI 4.28 rivelano un'alta antichità e talora un uso tecnico proprio del vocabolario sacerdotale: il termine '*daps*', proprio del *ius sacrum* considerato un arcaismo già in età augustea, vd. FEST.-PAUL. s.v. *Daps* (Lindsay, p. 59) *Daps apud antiquos dicebatur res divina, quae fiebat aut hiberna sementi, aut verna ...*, inoltre CATO agr. 50, 131-132, la testimonianza letteraria più risalente relativa ai riti privati romani descrive la realizzazione di una *daps* come una cena sacra offerta dal *pater familias* al fine di propiziare la salute dei buoi, l'aratura e la semina dei campi, come evidenziano E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee* [1969], Torino 1988, I, p. 55 e II, p. 454 ss.; S. FASCE, *Piro Florente (Cato, De agri cultura, 131) daps pro bubus*, in *Maia* 32 (1980) p. 29 ss.; *Catone il Censore, L'Agricoltura*, a cura di L. Canali, E. Lelli, Milano 2000, p. 239 s.; da ultimo, CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale* cit., p. 14 nt. 10, sostiene la delucidazione linguistica gaiana «non altrimenti spiegabile se non immaginando appunto un qualche richiamo paralletterale della disposizione riferita». Inoltre, il vocabolo '*iumentum*', del quale è attestato l'impiego nella corrispondente forma arcaica '*iouxmenta*' nel *Cippus vetustissimus*, databile al secondo quarto del VI secolo a.C., recante, come noto, una delle più antiche testimonianze epigrafiche del *rex* (cfr. *FIRA*, I² cit., p. 19 ss.; LAMBERTINI, *Avviamento allo studio testuale del diritto romano* cit., p. 52 ss.), nella legge delle XII Tavole avrebbe assunto la specifica accezione di «veicolo» (*vectabulum*), «carro» trainato anche da *pecora* stando a GELL. *Noct. att.* 20.1.28 *Iumentum quoque non id solum significat, quod nunc dicitur, sed vectabulum etiam, quod adiunctis pecoribus trahebatur veteres nostri 'iumentum' a 'iungendo' dixerunt*; VARRO *ling.* 5.135 *iugum et iumentum ab iunctu*. A proposito del termine '*pecunia*', in GAI 4.28 in diretta correlazione con *daps*, allusivo nel linguaggio sacrale a prodotti agricoli si veda FEST.-PAUL. s.v. *Pecunia sacrificium* (Lindsay, p. 287) *Pecunia sacrificium fieri dicebatur, cum fruges fructusque offerebantur, quia ex his rebus constat quam nunc pecuniam dicimus* (cfr. FEST. s.v. *Pecunia sacrificium* [Lindsay, p. 286]), per ampie considerazioni al riguardo si rinvia a R. FIORI, *La definizione della 'Locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, p. 15 nt. 11. È opportuno richiamare inoltre la considerazione di ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* cit., p. 53 e nt. 185, secondo il quale nell'illustrazione gaiana è riportato un «elenco probabilmente incompleto» di *pignoris capiones* ammesse per il «mancato pagamento di somme dovute per motivi sacrali» potendosi scorgere ulteriori casi di tali procedure in FEST.-PAUL. ss.vv. *Curionium aes* (Lindsay, p. 42) e *Lucar* (Lindsay, p. 106).

La *legis actio per pignoris capionem* era quindi una speciale procedura esperibile anche a tutela di relazioni che si ritiene non implicassero la necessità giuridica di eseguire determinate prestazioni secondo il *ius civile* (*dare o facere oportere*), le quali, nondimeno, in ragione della finalità perseguita, che lambiva il pubblico interesse, in casi limitati furono munite di tale protezione e, pertanto, giuridicamente riconosciute nell'ordinamento⁵⁹.

Una riflessione a parte meritano le specifiche previsioni contemplate nella legge delle XII Tavole: posta l'impossibilità di «introspezione sulla struttura dei negozi» alla base della notizia di Gaio⁶⁰, i rapporti sorti o dalla compra dell'*hostia* sacrificale o dalla locazione del giumento, in funzione analogamente dell'allestimento di un sacrificio, non erano fonte di un obbligo privatistico rispettivamente di pagare il prezzo o il canone relativi, dato che l'*emptio-venditio* e la *locatio-conductio* quali *obligationes consensu contractae*⁶¹ furono accolte nell'ordinamento giuridico romano a distanza di qualche secolo (III-II secolo a.C.) dal codice decemvirale (metà del V secolo a.C.) e al di fuori della tutela imperniata sul sistema delle *legis actiones*⁶².

⁵⁹ TALAMANCA, s.v. *Vendita (diritto romano)* in *ED.*, XLVI, Milano 1993, p. 305 nt. 15; *Id.*, *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori* cit., p. 345, ne sottolinea lo «scopo di proteggere interessi che non si esauriscono nel mero aspetto privatistico»; ultimamente, precisa SOLDORO MARUOTTI, *Il processo privato* cit., p. 55, che la *pignoris capio* avrebbe così colmato una lacuna dell'ordinamento, posto che non sarebbero state esperibili né la *legis actio sacramento in personam* né la *manus iniectio* nei confronti del soggetto passivo inadempiente.

⁶⁰ Condividiamo tale osservazione di M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori* cit., p. 345

⁶¹ GAI 3.135 *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus.*

⁶² Tale è l'orientamento dominante della dottrina, di recente deduce da un parere di Sesto Elio (e Druso) ricordato in Celso D. 19.1.38.1, il *terminus ante quem* per cui l'introduzione del contratto di compravendita ad effetti obbligatori «si deve collocare nel III a.C.», C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 22 (2009) pp. 14, 14 nt. 3. Tuttavia, per un istruttivo quadro evolutivo riguardante *emptio-venditio* e *locatio-conductio* come fonte di *obligatio* anche in relazione alla riconsiderazione di una più risalente datazione delle stesse rispetto alle prove positive dei testi, che non vanno oltre il III secolo a.C., in quanto già tutelabili nel sistema delle *legis actiones*, il che si desume in specie da GAI 4.17a; LIV. 1.56.1, 4.22.7; *Inst. Iust.* 2.1.41; GAI 4.28, vd. CORBINO, *Diritto Privato Romano*³ cit., pp. 667 ss., 675 ss.; *Id.*, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio* cit., p. 11 ss., ultimamente dimostra come non sia condivisibile la convinzione diffusa sulla risalenza e sulle ragioni dell'affermarsi della compravendita obbligatoria nell'approfonita indagine a questa dedicata; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno Internazionale di Diritto romano (Copanello, 1-4 giugno 1988)*, a cura di F. Milazzo, Napoli 1990, p. 42 nt. 26, GAI 4.28 testimonia, senza considera-

Pertanto, il fondamento della rilevanza giuridica con la relativa coercibilità concernente gli oneri gravanti sui privati, da un canto riguardanti l'*exercitus* (*stipendium*, *aes equestre* e *aes hordiarium*) e dall'altro l'impegno di pagare il prezzo per l'*hostia* o la mercede per la *daps*, non sembra risiedere direttamente nel terreno del diritto privato, ma, piuttosto, negli ambiti pubblicistico e sacrale, e nella *pignoris capio* che, al riguardo, fu appositamente predisposta⁶³.

La descrizione gaiana nei brani considerati non consente di ricostruire con apprezzabile esattezza la struttura e le conseguenze della *legis actio per pignoris capionem*, tuttavia, posto che la conoscenza di questi aspetti della disciplina può contribuire a integrare i pochi dati sulla storia del *pignus* arcaico, riteniamo opportuno procedere alla lettura del tratto seguente in:

GAI 4.29 *Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem placebat, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud praetorem praesente adversario, praeterea quod nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.*

È verosimile, dunque, che la *pignoris capio* consistesse in un'aprensione materiale⁶⁴ di cose mobili che si trovavano presso l'avversa-

re le questioni della formalizzazione giuridica, la risalenza nella prassi di «forme che sarebbero poi confluite nella *locatio rei*, di cosa mobile, e nell'*emptio-venditio*». Ipotizza nel brano l'allusione di '*emere*' a un acquisto a titolo definitivo e di '*locare*' a un'attribuzione a titolo non definitivo FIORI, *La definizione della 'Locatio conductio'* cit., p. 16; ID., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato III*, a cura di R. Fiori, Napoli 2008, p. 251, inoltre, evince da tali verbi, in particolare, la notorietà sul piano economico già in età arcaica dei relativi rapporti. Per il significato arcaico del verbo '*emere*' si rinvia a L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti sul diritto matrimoniale arcaico romano*, in *SDHI*. 63 (1997) pp. 129 s., 129 nt. 27; il sostantivo '*emptio*' risulta attestato nella legge delle XII Tavole nella generica accezione di '*alienatio*' riferita nella seguente citazione di Aristone conservata nel controverso passo in D. 40.7.29.1 (POMP. 18 *ad Q. Muc.*): *lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur*; cfr. XII Tab. 7.11 (= *Inst Iust.* 2.1.41) e XII Tab. 7.12 (= *Tit. Ulp.* 2.4).

⁶³ Cfr. PUGLIESE, *Gai. 4.32 e «la pignoris capio»* in *Mélanges Philippe Meylan*, I cit., p. 6.

⁶⁴ Significative in proposito si rivelano le seguenti attestazioni: VARRO *ling.* 5.131 *capit ... id est, ut antiqui dicebant, comprehendit, 5.121 prehendi ... id est capi*; FEST.-PAUL. S.V. *Capsit* (Lindsay, p. 50) *capsit prenderit*, si noti anche l'accostamento a *captio* inteso come «presa» in GELL. *Noct. att.* 6.10.3 *hanc capionem posse dici, quasi hanc captionem et in usu*

rio⁶⁵, attraverso un rituale che, secondo la testimonianza di Gaio, era incardinato sulla pronuncia di *certa verba* e si svolgeva *extra ius*, cioè senza la presenza del pretore, per lo più anche in assenza dell'avversario ed eventualmente nei giorni nefasti, in cui *'non licebat lege agere'* (... *pignoris capio extra ius ... pignus capi poterat*).

L'inquadramento di questa particolare forma di pignoramento a carattere patrimoniale nell'ambito delle *legis actiones* si lega, dunque, necessariamente alle modalità della procedura con cui era posta in essere, in specie alla pronuncia di parole prestabilite in un apposito formulario, di cui ignoriamo il tenore letterale. Tale solennità verbale determinò il prevalere dell'opinione giurisprudenziale che classificò la *pignoris capio* fra i *'quinque' modi agendi 'lege'*, ricordata e condivisa dallo stesso Gaio (*Ex omnibus autem ... legis actionem esse*; GAI 4.12 *Lege autem agebatur modis quinque: ... per pignoris capionem*)⁶⁶. Con tutta probabilità la formulazione dei *certa verba* si com-

et in pignore. L'accezione fondamentale del verbo *'capere'* e del sostantivo *'capio'* non sembra lasciare adito a incertezze sul fatto concreto consistente nel «prendere» da intendersi come «afferrare» qualcosa e conseguirne, quindi, la materiale disponibilità, cfr. Æ. FORCELLINI-V. DE VIT, s.v. *Capio* in *Lexicon totius latinitatis*, II, Prato 1861, p. 70 s.; ERNOUT, MEILLET, s.v. *Capio*, in *Dictionnaire etimologique de la langue latine*⁴ cit., p. 95 ss.; il generale significato di *'capere'* come «prendere» viene segnalato in espressa contrapposizione alla valenza semantica del verbo *'dare'* da F. CALONGHI, s.v. *capio*, in *Dizionario Latino-Italiano*³ I, Torino 1999, p. 405. A tale dato rinvia la stessa denominazione dell'istituto *'pignoris capio'*, vd. TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)* cit., p. 21; analogamente M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011, p. 592 nt. 18, precisa «*Pignoris capio* significa letteralmente “presa di un pegno”» in riferimento a GAI 4.26-29. In tal senso da ultimo, V. MAROTTA, *Il processo privato. Le legis actiones: previsioni decemvirali e sviluppi successivi*, in AMARELLI, BOTTA, DE GIOVANNI, LUCHETTI, MAROTTA, SCHIAVONE, STOLFI, VINCENTI, *Storia giuridica di Roma* cit., p. 161.

⁶⁵ Il possesso sarebbe stato preso, se necessario, con l'uso della forza, cfr. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I cit., p. 327. Ricordano la natura mobiliare del bene oggetto di impossessamento TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)* cit., p. 21, SOLIDORO MARUOTTI, *Il processo privato* cit., p. 56; ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* cit., p. 53, pensa anche a immobili.

⁶⁶ Cfr. sull'antichissimo significato della parola *'lex'* in tali contesti, non riferibile a una legge alla base dell'*agere* (proposta, invece, da GAI 4.11, vd. *infra*), il seguente, chiaro insegnamento di G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*, Catania 2001, p. 84 s.: «l'espressione *lege agere* [dalla quale era derivata quella più astratta di *legis actio*] equivaleva ad *agere certis verbis*, *agere* (*lege* è ablativo strumentale) per mezzo della 'pronuncia di parole precisamente determinate', quindi compiere le prescritte attività gestuali (*agere*) intrecciandole con la coerente pronuncia delle parole stabilite»; ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* cit., pp. 12 ss., 52; G. PUGLIESE, *Qualche nuova osservazione sulla pignoris capio dei publicani e Gai. 4,32* [1995], in *Scritti Giuridici (1985-1995)*, a cura di L. Vacca, Napoli 2007, p. 892 nt. 16; G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, pp. 5 nt. 17, 65 nt. 141; da ultimo, rileva V. MA-

binava con il compimento di precisi gesti da parte di chi intraprendeva l'*actio*⁶⁷, in particolare nel momento dell'impossessamento della *res*, che si è ipotizzato avvenisse in forma stilizzata⁶⁸. L'aspetto di tale *modus agendi* senz'altro anomalo rispetto alle altre *legis actiones*, che *in primis* spiega le dispute circa la qualifica della stessa come *legis actio* insorte fra gli antichi giuristi, come rivela nella fonte classica la citazione collettiva e anonima '*quibusdam autem placebat*' contrapposta all'altra '*plerisque placebat*'⁶⁹, attiene al fatto che la *pignoris capio* non era esperita *in iure*, cioè in tribunale davanti al magistrato (*quibusdam autem ... praetorem*)⁷⁰. Questa particolari-

ROTTA, *Il processo privato. Le legis actiones: previsioni decemvirali e sviluppi successivi* cit., p. 158, che durante l'epoca regia la locuzione *lege agere* aveva «connotato l'agire mediante un congegno rituale verbale e (o) gestuale», pertanto si deve all'emanazione delle XII Tavole la connessione delle *legis actiones* con la legge pubblica, illustrata da GAI 4.11 (*Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur*), da cui fu desunta la stessa denominazione poiché «“introdotta da leggi” o “ricalcate sulle parole delle leggi”, e dunque “immutabili”»; vd. su quest'ultima fonte le considerazioni aperte su più ampie prospettive ricostruttive del processo arcaico e del relativo svolgimento, che chiamano in causa anche la testimonianza pomponiana in D. 1.2.2.5 (POMP. *lib. sing. enchir.*) *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile*. di MELILLO, *Le legis actiones e i quinque modi agendi* cit., p. 3522 ss.

⁶⁷ ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* cit., pp. 16, 52, esclude la forma dialogica in tale *legis actio* e suppone che la formula verbale consistesse «in una enunciazione preliminare (introdotta da un *quod* dichiarativo e causale) dell'inadempnienza in relazione alla quale si compiva l'atto, ed in una dichiarazione del conseguenziale compimento della *pignoris capio*»; si vedano anche LUZZATTO, *Procedura civile romana* cit., p. 83; LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* cit., p. 314.

⁶⁸ ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* cit., p. 2.

⁶⁹ Il termine '*plerisque*' compare in altri 14 luoghi delle *Institutiones* gaiane come pregevole indice di una maggioranza di giuristi schierati a sostegno di una data concezione, cfr. S. SOLAZZI, «*Quidam*». (*Gli innominati delle Istituzioni di Gaio*) [1953], in *Scritti di Diritto romano* V, Napoli 1972, p. 421 s. Sugli aspetti di questo dibattito tardo, al più coevo con l'ultimo vigore della *pignoris capio*, cfr. TALAMANCA, s.v. *Processo civile* (diritto romano) cit., p. 20 s., e ivi ntt. 133, 136, 137, 138; FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio* cit., p. 171.

⁷⁰ La singolarità di tale pignoramento risiede inoltre nel fatto che non presupponeva una sentenza di condanna ed era, come rileva incisivamente A. CORBINO, *Inosservanza di doveri privati in età decemvirale*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale. Atti del Convegno (Roma, 7 dicembre 2007)*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e M.F. Cursi, Napoli 2008, p. 27: «sicuramente indipendente da una richiesta giudiziale di soddisfazione».

tà, del resto, consente di chiarire la ragione della regolamentazione dell'ordinamento in merito al compimento della solenne presa di pegno anche nei *dies nefasti*: dall'assenza del pretore si può desumere infatti che non era richiesta la pronuncia dei *tria verba*, ammessa nei soli *dies fasti*, che consacravano l'esercizio della funzione giurisdizionale⁷¹. Per quanto attiene alla presenza dell'avversario, non necessaria per l'espletamento dell'azione (*plerumque etiam absente adversario*), si è osservato acutamente che la pronuncia di formule non può essere avvenuta sotto forma di dialogo tra i soggetti interessati né di ingiunzione unilaterale dell'uno nei confronti dell'altro in ordine alla presa di pegno, bensì, con maggiore probabilità, attraverso una dichiarazione del creditore, che era pronunciata in assenza di contraddittorio, ma, presumibilmente, in certe condizioni di pubblicità. È credibile, infatti, che fosse richiesta la presenza di testimoni⁷², anche in funzione del controllo della regolarità dei *verba* e delle gestualità prescritti⁷³.

⁷¹ La nota contrapposizione tra i *dies fasti* e i *dies nefasti* posta in diretta correlazione con la facoltà riconosciuta o, viceversa, negata al magistrato di esercitare la *iurisdictio* e ai privati di *lege agere* si è conservata con evidente continuità nei testi risalenti ad autori successivi all'epoca della vigenza delle *legis actiones*, cfr. VARRO *ling.* 6.29 *Dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet dari ...* 6.30 *Contrarii horum vocantur dies nefasti, per quos dies nefas dari praetorem 'do, dico, addico'; itaque non potest agi: necesse est aliquo <eorum> uti verbo, cum lege qui<d> peragitur ...* 6.53 *Hinc fasti dies, quibus verba certa legitima sine piaculo praetoribus licet dari; ab hoc nefasti, quibus diebus ea dari ius non est et, si fati sunt, piaculum faciunt*; OVID. *Fasti* 1.47-48 *Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur; fastus erit, per quem lege licebit agi*; SENECA. *De tranqu. an.* 3 *praetor ... tria verba pronunciat*; SENECA. *Apocol.* 11 *tria verba cito dicat*; FEST. s.v. *Nefasti dies* (Lindsay, p. 162) *<nefas>ti dies nom<in>antur N littera notati; quibus ei, >apud quem l<ege> agitur dari non licet tria verba <do dico> addico*; FEST. s.v. *Religiosus* (Lindsay, p. 348 ss.) *Gallus Aelius ... quod homini ita facere non liceat ... die nefasto apud praetorem lege agere*; MACR. *Saturn.* 1.16.14 *Fasti sunt quibus licet dari praetori tria verba sollemnia, do dico addico; his contrarii nefasti.* 1.16.30 *Nefasto enim die praetori dari non licebit*; vd. LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la lois* cit., p. 313 s.; KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² cit., p. 146 nt. 5; per una ponderata valutazione delle fonti in argomento, da ultimo, G. NICOSIA, *Ius dicere: dalle legis actiones alle riforme augustee, in Il processo e le sue alternative. Storia, Teoria, Prassi, Atti del Convegno (Cagliari, 25-27 settembre 2014)*, a cura di F. Botta e F. Cordopatri, Napoli 2017, p. 23 ss.

⁷² Per questa ricostruzione vd. LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la lois* cit., p. 314; inoltre, B. ALBANESE, *Riflessioni in tema di legis actiones* [1971], in *Scritti giuridici*, I, a cura di M. Marrone, Palermo 1991, p. 216, ha ipotizzato, in analogia con le altre *legis actiones*, un «organo *super partes*» non rappresentato però dal pretore bensì «costituito da un gruppo di testimoni»; ID., *Il processo privato romano delle legis actiones* cit., pp. 7, 52 e nt. 181; V. ARANGIO-RUIZ, *Cours de droit romain. Les actions* [1935], Napoli 1980, p. 26; STEINWENTER, s.v. *Pignoris capio* cit., col. 1237. La presenza dei testimoni è considerata certa anche da KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² cit., p. 146 nt. 4.

⁷³ Sottolinea questo aspetto ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* cit., pp. 7 e 52.

Il *pignus* arcaico si delinea, a questo punto della nostra ricostruzione, come espressione di un atto di difesa privata legalizzata⁷⁴, su cui permangono, tuttavia, margini di dubbio circa il modo in cui l'ordinamento avrebbe assicurato un'effettiva tutela dall'esperimento dello stesso.

Le fonti tacciono, infatti, sulla relazione giuridica che si sarebbe instaurata fra chi aveva realizzato la *pignoris capio* e il *pignus captum*.

Si ritiene probabile che il pegno fosse conservato indefinitamente fino al momento dell'adempimento della prestazione attesa, per essere restituito a colui ai cui danni era stato preso soltanto a pagamento avvenuto. Il creditore avrebbe conservato, dunque, il mero possesso del bene pignorato, il quale, secondo l'orientamento prevalente in dottrina, avrebbe costituito uno strumento di pressione sulla volontà del debitore ad adempiere⁷⁵. Non è dato sapere, invece, quale sarebbe stata la sorte dell'oggetto preso in pegno in caso di successivo, perdurante inadempimento⁷⁶.

Si è tentato, peraltro, di far luce sugli aspetti oscuri della *legis actio per pignoris capionem* spiegandone l'esistenza come residuo di un'antichissima

⁷⁴ Cfr., in proposito, STEINWENTER, s.v. *Pignoris capio* cit., col. 1236.

⁷⁵ Cfr. GAI 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 debere, tanta pecuniam condemnetur*: a proposito della *pignoris capio* del *publicanus* nel brano si parla espressamente di *luere pignus* alludendo alla possibilità di riscattare il pegno pagando il debito, per cui è lecito desumere che, fino al momento della *solutio*, la *res* oggetto della garanzia sarebbe stata conservata; la regola è stata interpretata come generale, e se ne ricava conferma in special modo in FEST s.v. *Reluere* (Lindsay, p. 352) *Reluere resolvere repignerare: Caecilius in Carine (105): 'Ut aurum et vestem, quod matris fuit, reluat, quod viva ipsi opposuit pignori*; cfr. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones* cit., p. 55; inoltre, KASER, *Studien zum römischen Pfandrecht* cit., p. 15 nt. 79; PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I cit., p. 327 s.; ritiene «quasi sicuramente da escludere» il carattere satisfattivo della *legis actio per pignoris capionem*, LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le legis actiones* cit., p. 84; BURDESE, s.v. *Pegno (diritto romano)* cit., p. 662; SOLIDORO MARUOTTI, *Il processo privato* cit., p. 780. Ultimamente conciliano le suddette ipotesi sugli esiti della presa di pegno D. DALLA, *Difesa dei diritti*, in DALLA, LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*³ cit., p. 151; MAROTTA, *Il processo privato. Le legis actiones: previsioni decemvirali e sviluppi successivi* cit., p. 161, il quale ammette che il creditore insoddisfatto con la *pignoris capio* «si impadroniva» del bene del debitore, alternativamente, «o per indurlo ad adempiere o per soddisfarsi del credito»; *contra*, definisce espressamente la *pignoris capio* «procedimento esecutivo satisfattivo», NICOSIA, *Ius dicere: dalle legis actiones alle riforme augustee* cit., p. 36.

⁷⁶ A parere di TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)* cit., p. 22 nt. 147, sembrano da escludere il *ius vendendi* o l'acquisto della proprietà della *res pignori capta*, la facoltà di *pignora caedere*, invece, non sarebbe in contrasto con la configurazione della *pignoris capio* come strumento indiretto di coazione ad adempiere, poiché avrebbe reso più efficace la coercizione.

forma di *pignoris capio* che, in un regime di difesa privata, avrebbe avuto applicazione generale⁷⁷.

Dallo studio della *legis actio per pignoris capionem*, che non può essere omesso nel ripercorrere le più antiche tappe evolutive dell'istituto pignoratorio, si possono desumere, in sostanza, con la cautela imposta dallo stato delle fonti, insegnamenti non privi di rilievo: il *pignus* compare in un *modus agendi* che, per quanto limitato a casi straordinari estranei al diritto privato, era volto a tutelare pretese di *ius civile*⁷⁸; la cosa sarebbe stata destinata allo scopo di garanzia mediante un atto di impossessamento del creditore insoddisfatto consistente in una diretta, per quanto ritualizzata, autonoma apprensione della stessa, da cui affiorano i tratti di una forma, probabilmente congenita, di autotutela⁷⁹; l'oggetto preso avrebbe costituito lo strumento di protezione di un credito verosimilmente mediante una coazione indiretta all'adempimento nei confronti del debitore, salvo ipotizzare in origine una funzione autosatisfattiva, prima ancora che cautelare, del medesimo⁸⁰.

⁷⁷ Secondo la tesi avanzata da H.S. MAINE, *Etudes sur les institutions primitives*, Paris 1880, p. 322 ss., e richiamata da PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I cit., p. 336 nt. 205, che pensa piuttosto a un atto elementare di autodifesa come "ceppo comune" dal quale sarebbero derivate autonomamente la *pignoris capio* del diritto pubblico e la *pignoris capio* privatistica. Anche secondo KASER, *Besitzpfand und besitzloses Pfand* cit., p. 133 s., anticamente il creditore sarebbe stato autorizzato dal pignorante a prendere arbitrariamente («eigenmächtig ergreifen») una cosa per attribuirgli allo scopo del pegno, analogamente alla *manus iniectio* sulla persona, extraprocessuale ed arbitraria, concessa convenzionalmente, tale atto è credibile che fosse designato come *pignoris capio* sebbene non esistano attestazioni sicure al riguardo. Si è inoltre ipotizzato, da parte di LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno* cit., p. 75, che la *pignoris capio*, intesa come forma di autodifesa diffusa in epoca arcaica, sarebbe stata inquadrata nel rituale della *legis actio* per tutelare crediti di natura pubblicistica e sacrale in funzione sanzionatoria dell'inadempimento, affiancata forse da una *pignoris capio* privatistica ammessa per l'acquisto del possesso della cosa al creditore.

⁷⁸ La *legis actio per pignoris capionem* non fu una procedura esecutiva di portata generale alternativa alla *manus iniectio*, come confermano KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² cit., p. 146 e nt. 6.

⁷⁹ BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴ cit., p. 77, rinviene nell'epoca regia «evidente l'addentellato con l'autodifesa privata»; vd., inoltre, LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno* cit., p. 73; MELILLO, *Le legis actiones e i quinque modi agendi* cit., p. 3519, contra KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² cit., p. 146 nt. 6.

⁸⁰ Ricordiamo in proposito la suggestiva ipotesi di VON LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locationi dictae* cit., pp. 317 nt. 65, 319, secondo cui inizialmente potrebbe essere stato concesso al creditore un diritto di prendere («Zugriffsrecht») la cosa arbitrariamente in caso di inadempimento per soddisfare il sentimento di vendetta e raffreddare l'ira del creditore punendo il debitore con la distruzione della cosa presa; soltanto successivamente, prevalso il momento economico-razionale sul momento emozionale, il pegno sarebbe stato conservato mirando alla «Willenspression» del debitore. A favore di un regime inizialmente commissorio del

Dalle considerazioni svolte non si può escludere che il *pignus* non fosse impiegato fra privati in età arcaica al di fuori del *modus agendi* che abbiamo esaminato⁸¹, anzi la *pignoris capio* attestata da Gaio presuppone già noto non solo il concetto ma anche un considerevole, e forse ricorrente, impiego di un *pignus*⁸², lasciando intravedere una certa elaborazione dell'istituto.

Menzionato nel contesto giuridicamente rilevante del *corpus* decemvirale in relazione alla *legis actio per pignoris capionem*, questo compariva senz'altro inciso nelle relative *Tabulae* (metà del V secolo a.C.), che rimasero collocate nel Foro 'pro rostris' sino all'incendio gallico della Città (390 a.C.)⁸³, per perpetuarsi poi, impresso nella memoria collettiva, orale e scritta, dei versetti che le componevano e, nondimeno, nel progressivo svolgersi della *scientia iuris* romana⁸⁴.

pegno si schiera LA ROSA, *Ricerche sulle origini del pegno* cit., p. 74 ss.; nota DALLA, *Difesa dei diritti* cit., p. 151, che l'*actio*, risalente, «conferma ed evidenzia in modo pieno gli aspetti autosatisfattivi del meccanismo delle *legis actiones*».

⁸¹ Recentemente, CANNATA, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana* cit., p. 24, ha recisamente affermato: «nella legge [delle XII Tavole] esisteva il termine (*pignus*), ma esso ci è testimoniato in relazione alla *legis actio per pignoris capionem*, che con il pegno del diritto privato non aveva nulla a che fare».

⁸² In ragione sia degli scopi perseguiti riguardanti l'interesse pubblico sia del probabile diffondersi del mancato assolvimento degli impegni assunti specialmente in vista del compimento di sacrifici, cfr. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I cit., p. 326; ID., *Gai. 4.32 e la 'pignoris capio'* [1963], in *Scritti giuridici scelti*, I, *Diritto romano*, a cura di G. Sacconi, I. Buti, Napoli 1985, p. 323 s.; TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)* cit., pp. 21 nt. 141, 22 nt. 143; ID., *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori* cit., p. 345 e nt. 42; circa l'istanza sociale di vedere soddisfatte le attese dei creditori LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* cit., p. 322; DALLA, *Difesa dei diritti* cit., p. 152. A proposito del crescente e sempre più insostenibile onere economico dei riti privati desumibile da GAI 4.28, vd. M. FIORENTINI, *Ricerche sui culti gentilizi*, Roma 1988, p. 293 e nt. 1. *Contra* CANNATA, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana* cit., p. 24, recentemente ha recisamente affermato: nella legge [delle XII Tavole] esisteva il termine (*pignus*), ma esso ci è testimoniato in relazione alla *legis actio per pignoris capionem*, che con il pegno del diritto privato non aveva nulla a che fare.

⁸³ D. 1.2.2.4 (POMP. *lib. sing. ench.*): *in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi*, in relazione alla lezione *eboreas* (= d'avorio), si è ipotizzato l'emendamento *roboreas* (= di legno di quercia, rovere); tavole bronzee testimoniano DION. HAL. 10.57.7 ἐπικυρώσαντος δὲ καὶ τοῦ δήμου τοῦς νόμους, στήλαις χαλκαῖς ἐγχαράξαντες αὐτοὺς ἐφέξῃς ἔθεσαν ἐν ἀγορᾷ τὸν ἐπιφανέστατον ἐκλεξάμενοι τόπον; DIOD. SIC. 12.26.1 καὶ τελεσθείσης τῆς ὑποκειμένης νομοθεσίας, ταύτην εἰς δώδεκα χαλκοῦς πίνακας χαράξαντες οἱ ὕπατοι προσήλωσαν τοῖς πρὸ τοῦ βουλευτηρίου τότε κειμένοις ἐμβόλοις; LIV. 3.57.10: *leges decemvirales, quibus tabulis duodecim est nomen, in aes incisas in publico posuerunt*, cfr. inoltre LAMBERTINI, *Avviamento allo studio testuale del diritto romano* cit., p. 55.

⁸⁴ A proposito dell'attenzione, pressochè costante storicamente, dedicata fin dai più antichi giuristi romani alla legge delle XII Tavole nell'*interpretatio iuris* elaborata nelle loro