



€ 32,00



Q

III

a cura di T. Beggio, F. Bonin e M. Miglietta

Crimini e pene nell'evoluzione politico-istituzionale dell'antica Roma

'Cattedra Giorgio Luraschi'
Centro di ricerca per lo studio e la diffusione del Diritto pubblico romano

Quaderno III

CRIMINI E PENE NELL'EVOLUZIONE POLITICO-ISTITUZIONALE DELL'ANTICA ROMA

Atti del Convegno internazionale

Trento, 5 e 6 giugno 2019

a cura di

Tommaso Beggio, Filippo Bonin e Massimo Miglietta

CACUCCI  EDITORE
BARI

**‘Cattedra Giorgio Luraschi’
Centro di ricerca per lo studio e la diffusione
del Diritto pubblico romano**

Direttore: Massimo Miglietta
Condirettori: Paola Biavaschi e Laretta Maganzani

Quaderno III

**CRIMINI E PENE NELL’EVOLUZIONE
POLITICO-ISTITUZIONALE
DELL’ANTICA ROMA**

Atti del Convegno internazionale
Trento, 5 e 6 giugno 2019

Contributi di

Antonio Banfi, Filippo Bonin, Fabio Botta, Alice Cherchi,
Luigi Garofalo, Tomislav Karlović, Carmen Palomo Pinel,
Carlo Pelloso, Marko Petrak, Bernardo Santalucia

a cura di

Tommaso Beggio, Filippo Bonin e Massimo Miglietta

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2023 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari - Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.



Foto Carlo Pozzoni - per gentile concessione de 'La Provincia' di Como

Sommario

<i>Prefazione</i> (Massimo Miglietta)	9
<i>Introduzione</i> (Tommaso Beggio, Filippo Bonin)	11
<i>Considerazioni preliminari all'inquadramento storico-giuridico dell'abbandono nosale del cadavere</i> (Carlo Pelloso)	21
<i>I tribuni della plebe e la provocatio ad populum</i> (Luigi Garofalo)	93
<i>Note in tema di 'decimazione': pena militare, pena 'collettiva', pena 'sacrale'</i> (Fabio Botta)	115
<i>La quaestio consolare del 138 a.C. per la strage della Sila</i> (Bernardo Santalucia)	147
<i>Sull'applicazione della pena pro modo sexus. Il regime delle condannate al metallum</i> (Alice Cherchi)	161
<i>Qualche considerazione su modelli processuali e mondo antico</i> (Antonio Banfi)	181
<i>Intorno a C. 4.42.1. Linee della politica repressiva della castrazione in età tardoantica</i> (Filippo Bonin)	203
<i>El motivo de la ira Dei en la Nov. 77 de Justiniano</i> (Carmen Palomo Pinel)	241

<i>In memoriam Marko Petrak (11.4.1972 – 17.1.2022)</i> <i>'Poena sacramenti': dal sacrificio cruento al sacrificio incruento?</i> (Marko Petrak. Trascrizione a cura di Tomislav Karlović)	281
<i>Indice delle fonti</i> (a cura di Maria Grazia Torresi)	289
Autori e Curatori	305

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI
ALL'INQUADRAMENTO STORICO-GIURIDICO
DELL'ABBANDONO NOSSALE DEL CADAVERE

Carlo Pelloso

SOMMARIO. 1. Premesse: dalla 'bizzarria' della nossalità romana ai 'bizzarri' tentativi ricostruttivi del diciannovesimo secolo. – 2. La nossalità come 'nulla obbligatorio' pre-processuale. – 3. La responsabilità nossale nel quadro delle obbligazioni. – 4. Gai 4.75 e D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.*: le peculiarità delle azioni nossali e il regime decemvirale. – 5. D. 9.4.1, Gai. 2 *ad ed. prov.*: la genesi del vincolo tripolare *ex noxa atque maleficio*. – 6. Gai 4.77 e D. 9.4.39.4, Iul. 9 *dig.*: la ambulatorietà del vincolo nossale sino alla morte del delinquente e il problema della legittimazione passiva. – 7. Dal *iussus* di Tab. 12.2a al dovere di *noxae dedere* prima della *litis contestatio*. – 8. La *vis ac potestas* delle azioni nossali nel processo formulare: la facoltà di dare a noxa dopo la *litis contestatio*. – 9. La morte del delinquente *post litem contestatam* e l'abbandono nossale del cadavere in Gai 4.81 e in *Fragm. Aug.* 4.81-87. – 10. Qualche considerazione conclusiva sull'abbandono del cadavere alla luce di D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.*

1. *Premesse: dalla 'bizzarria' della nossalità romana ai 'bizzarri' tentativi ricostruttivi del diciannovesimo secolo*

La nossalità è stata, ed è tuttora, un tema studiatissimo, sotto i più vari profili: quello 'pre-istorico' delle origini, quelli 'dogmatici' del rapporto sostanziale sotteso all'azione *cum noxae datione* e della legittimazione passiva in rapporto al meccanismo consacrato dal dispositivo '*noxa caput sequitur*', quello 'pratico-operativo' delle specificità del rito processuale anzitutto nella fase *in iure*. Non da ultimo anche quello – assai stravagante non solo nella cornice degli studi di antropologia giuridica, ma anche alla luce delle categorie concettuali e dei principi generali del sistema giuridico romano classico – del trasferimento del cadavere dello schiavo, e addirittura del figlio, offensore all'offeso.

Un poliedrico 'enigma'¹, quindi, quello della nossalità 'tout court'. Un enigma tanto profondo e radicato – anzi tanto intriso di esotismo se rapportato ai caratteri dell'epoca storica – da indurre taluno sia a ricorrere alla comparazione con popoli primitivi e lontanissimi da Roma per tentare di illuminarne le abissali

¹ DE VISSCHER 1947, 380. La bibliografia in tema di nossalità è aggiornata all'anno 2020.

origini sia a scrivere che, alla luce del principio della libertà della difesa e della inesistenza di un rapporto obbligatorio *ante litem contestatam*, «il est parfaitement indifférent que l'action elle même soit réelle ou personnelle»².

Un'autentica 'bizzarria' in cui, fondendosi i profili della vendetta, della *persecutio rei* e dell'obbligazione' dei soggetti a potestà, «si intrecciano situazioni storiche distinte e si conciliano diritti ugualmente fondamentali ed opposti»³.

Un meccanismo che, a causa della sua singolarissima configurazione⁴, senza presentare alcun nesso «a una colpa, ma neppure a un atto qualsiasi del soggetto passivo [...] costituisce uno dei più gravi problemi del diritto romano» e che tuttavia, non riuscirebbe a liberarsi sia negli scritti dei giuristi classici sia nelle riletture degli studiosi dal «fantasma dell'obbligazione *ex delicto*»⁵.

Un istituto il cui fondamento e la cui natura, d'altra parte, neppure «l'ostracismo all'obbligazione [...] attraente sotto molti riguardi» permetterebbe di comprendere, finendo esso «col condurre le ricerche in un vicolo cieco»⁶.

Le tesi che si sono succedute nel tempo per delineare qualche plausibile spiegazione della nossalità romana – in apparenza un congegno processuale semplicissimo in forza del quale, in età classica, il *pater familias* o il *dominus*, se *nesciens*, era soggetto ad azione privata penale per i delitti commessi dai propri *fili familias* o dai propri *servi* e, se condannato, era posto dinnanzi, grazie alla formula, a un *aut-aut* (ossia: pagare la *litis aestimatio* all'offeso *sui iuris*, consegnargli l'offensore *alieni iuris* mediante atto traslativo della potestà⁷) – sono le più disparate.

I più risalenti tentativi del diciannovesimo secolo hanno oggi il sapore di audaci invenzioni intellettuali che, ragionevoli in termini puramente astratti, nulla – o assai poco – avevano a che fare, in concreto, con i testi riguardanti la *noxae deditio* di schiavi e di figli e con la comprensione delle dottrine giurisprudenziali classiche in materia.

Si volle, dapprima, invocare il principio '*cuius commoda eius et incommoda*', così innestando la responsabilità nossale sulla considerazione generale che chi trae vantaggio da un sottoposto, è giocoforza che debba subirne anche gli svantaggi⁸.

² DE VISSCHER 1947, 369.

³ BIONDI 1925, 254.

⁴ «Un geniale compromesso fra l'inevitabile responsabilità dell'unico soggetto che in quella struttura sociale si presentava come giuridicamente capace ed il principio che faceva apparire iniquo gravarlo degli effetti dannosi della *nequitia* delle persone soggette *ultra ipsorum corporum*» (SARGENTI 1977, 342).

⁵ SARGENTI 1950, 7, 65.

⁶ PUGLIESE 1953, 236.

⁷ Cfr. SARGENTI 1949, 46; ID. 1950, 46 s., 57 ss.; PUGLIESE 1953, 237; ARANGIO-RUIZ 1960, 365; TALAMANCA 1990, 619; POLOJAC 2000, 151; FRANCESCON 2015, 170; D'ANGELO 2017b, 294 ss.

⁸ HÜBNER 1798, 11 ss.; DIEDEMANN 1804, 13.

Si volle, poi, giustificare sostanzialmente l'esperibilità dell'azione nossale, da un lato, riconoscendo che nessuno può essere tenuto extra-contrattualmente a fatti positivi altrui, dall'altro, invocando la 'colpa presunta' del convenuto, il quale, non impedendo il danno causato, doveva, per propria omissione, essere tenuto responsabile (in un sistema che si appiglia a inserzioni dei compilatori giustiniani che costruiscono la responsabilità dei soggetti *sui iuris* all'insegna della *culpa in eligendo* o di quella *in vigilando*)⁹.

Grazie a un maggior avvicinamento ai testi dei giuristi e con maggior attenzione alla storia si era però anche giunti a concepire la posizione dell'avente potestà a fronte dei delitti dei sottoposti sotto una luce meramente processuale: il *dominus* e il *pater* (come, del resto, lo stesso proprietario di animali) sarebbero stati convenuti solo come rappresentanti e *defensores*, essendo l'offensore – ancorché *alieni iuris* – il vero obbligato e il solo responsabile, nonché – proprio perché *alieni iuris* – privo di capacità processuale e, quindi, anche di legittimazione passiva all'azione¹⁰.

Infine, il modello sostanziale obbligatorio riemerse – per poi affermarsi come importante punto di riferimento di moltissimi degli studi successivi tra diciannovesimo e ventesimo secolo – nella lettura della nossalità come un caso eccezionale di responsabilità per 'colpa altrui', e per tanto congegnata in termini di 'alternatività' tra la prestazione del pagamento della pena e quella dell'abbandono nossale¹¹: per i fatti illeciti commessi dai servi e dalle persone libere in potestà – si scrisse – sarebbe da escludere ogni forma di responsabilità diretta del colpevole, vuoi quale *persona* priva di capacità giuridica e quindi giammai 'obbligabile' o 'convenibile in giudizio', vuoi quale persona pur capace di obbligarsi e di difendersi in processo, ma deficitaria della titolarità di un patrimonio aggredibile dal creditore.

È quello tratteggiato, pur con molte semplificazioni, nelle pagine precedenti il contesto nel quale si inseriscono, nel ventesimo secolo, le prime organiche sistematizzazioni che si propongono di superare la criptica nebulosità ammantante non solo le origini, ma anche il regime classico della nossalità¹². Lontane

⁹ HASSE 1838, 18 s.; v., in tal senso, GLÜCK 1808, 287 ss., nonché THIBAUT 1817, 191 ss., 197 ss. Sulla questione, cfr. SARGENTI 1949, 70 ss.

¹⁰ ZIMMERN 1818, 5 ss.; MANDRY 1876, 277; SCHMIDT 1872, 18; SELL 1879, 75 s.

¹¹ VON WYSS 1876, 12 ss.

¹² Una impostazione connotata da rigorosa razionalità nell'affrontare i problemi storici e dogmatici della nossalità è sicuramente quella di Sargenti. L'origine di tale responsabilità andrebbe davvero cercata – come di consueto – nell'epoca arcaica (ossia quando la repressione dei delitti si risolveva con la vendetta di un gruppo), ancorché le fonti romane, almeno per l'epoca più antica, sembrano stabilire un rapporto di esclusione tra forme di vendetta autorizzata dal diritto sull'offensore e responsabilità nossale dell'avente potestà sull'offensore? Per l'epoca classica, a fronte della tipicità delle cause dell'obbligazione, potrebbe davvero dirsi il regime della nossalità afferente – in modo diretto – ad *obligationes ex delicto*? Potrebbe mai la legittimazione passiva all'azione nossale costituire il momento processuale di una *obligatio* per fatto non proprio? Se,

dall'illusione di poter imprigionare la materia nella dogmatica privatistica del presente¹³, oppure afferrarla secondo la consueta *ratio* stringente degli stessi giuristi classici¹⁴, le risposte tentate nella romanistica, da più fronti e in adesione a non pochi – e tra loro incompatibili – modelli metodologici, risultano, osservate a valle, tanto disparate ed eterogenee, quanto tutte sorrette, oltre che dalla convinzione della bontà della proposta ricostruttiva avanzata, anche dalla – spesso espressa – consapevolezza della relatività dei risultati raggiunti.

2. *La nossalità come 'nulla obbligatorio' pre-processuale*

Per lo studioso che più di ogni altro fu invischiato dall'appiccicoso umore dei problemi della nossalità, ossia De Visscher, la nossalità era un inquietante nulla sostanziale, dai primordi congetturali al sistema ora fatto oggetto di allusioni ora immortalato dai classici, che avrebbe preceduto il processo e, più precisamente, l'atto fondamentale della *litis contestatio*. Prima della creazione 'convenzionale'

nel delitto dello schiavo, si rintracciasse la fonte di un'obbligazione del *dominus* e si attribuisse all'azione contro di lui il carattere di un'*actio in personam*, come armonizzare ciò con il principio per cui '*noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere*'? Come valutare gli altri passi che escludono per le azioni nossali l'obbligo di *accipere iudicium*, in apparenza contraddicendo l'idea che la posizione del *dominus* sia quella di un *obligatus ex delicto servi*? Cfr. SARGENTI 1950, 53 ss., 63 ss., 77 ss. (ma v. anche ID. 1977, 342 (dove si ammette che «l'obbligazione del *pater familias* resta il cardine di tutto il sistema della responsabilità nossale», anche se per obbligazione si deve certo intendere il vincolo non prestazionale, ma di garanzia), nonché ID. 1998 (dove si ribadiscono posizioni già in passato più estesamente argomentate); v. altresì BETTI 1953, 96 s. (che configura la responsabilità nossale quale responsabilità oggettiva connessa al rapporto di potestà familiare).

¹³ Basti pensare che FALCHI 1976, 37 ss., 167, prospetta l'esistenza di un vincolo 'civilistico' ibrido in capo al *dominus servi* – e dogmaticamente insostenibile ad avviso di SARGENTI 1977, 327 ss., in quanto lo studioso avrebbe incongruamente fuso due concezioni tra loro incompatibili dell'*actio* (ossia quella in senso materiale e quella in senso sostanziale) – da qualificarsi quale *actione teneri* e implicante «l'obbligo di assumere la difesa del servo o di darlo a nozza» (FALCHI 1976, 40). In senso analogo, più recentemente, cfr. anche D'ANGELO 2017a, 18, nt. 7, a cui avviso l'*actione teneri* in materia nossale, benché in una prospettiva più ampia comprensiva non solo del diritto civile ma anche di quello pretorio, «si traduceva fundamentalmente nell'imposizione di un triplice dovere: a) in primo luogo il dovere di non porre fine dolosamente al rapporto dal quale scaturiva la soggezione all'azione e di rispondere positivamente all'*interrogatio* [...] b) in secondo luogo [...] il dovere di contestare la lite o dare a nozza il servo [...]; c) e infine, qualora la lite venisse contestata e si concludesse con una sentenza di condanna, il dovere di pagare la *litis aestimatio* o procedere alla *noxae deditio*». Al medesimo risultato (ma discorrendo di «onere» più che di «obbligo») perviene anche FRANCESCO 2015, 213 s., concependo la libertà di difesa propria del sistema nossale come il riflesso dell'esistenza di un'alternativa all'accettazione della formula, ossia quella di *noxae dedere*.

¹⁴ Cfr. BIONDI 1925, 47, il quale scrive: «se si volge uno sguardo anche superficiale alle fonti intorno alla nostra questione si riceve la triste impressione che la giurisprudenza romana, priva di qualsiasi principio direttivo, abbia espiato la sua attività in una caotica accozzaglia di decisioni che nessun filo conduttore riesce a comporre ad unità».

del vincolo processuale in capo all'avente potestà del delinquente si estenderebbe solo «un terrain absolument vierge»¹⁵.

In capo all'avente potestà sull'offensore nessun originario obbligo di dare a nozza, nessun originario obbligo di pagare la pena privata, nessuna responsabilità civile o penale. In capo alla vittima, prima dell'inesco del processo, nessun diritto (né di indole reale sul corpo del delinquente né personale verso il *pater* o il *dominus* di quest'ultimo). E – a valle di questo vuoto giuridico – nessun vero obbligo di difesa avverso la vittima, né in capo ad estranei né in capo allo stesso *dominus* o *pater*¹⁶.

¹⁵ DE VISSCHER 1947, 383.

¹⁶ Nel pensiero di De Visscher, la nascita del regime nossale – una sorta di 'universale' nel panorama delle civiltà umane dalla loro alba al loro mezzogiorno – risalirebbe al periodo più oscuro e remoto di Roma e, quindi, si rinverrebbe nella sua forma più semplice nella cornice delle relazioni occasionate da illeciti tra organizzazioni pre-civiche. Ispirate alla solidarietà, piuttosto che alla responsabilità collettiva, queste ultime sarebbero state coinvolte in meccanismi di pacificazione retti dal principio per cui il gruppo dell'offensore non sarebbe stato tenuto in virtù di una colpevolezza percepita come comune, ma solo per effetto della condivisione delle conseguenze dell'illecito commesso individualmente dall'appartenente al gruppo. Altro fondamentale principio di giustizia permeante i rapporti tra le diverse entità pre-civiche sovrane sarebbe stato quella della vendetta privata: dunque, l'abbandono nossale allo stato puro si sarebbe configurato come un atto 'dovuto' di pura politica, una realtà asseritamente irriducibile alle concezioni giuridiche successive, una sorta di estradizione, una forma di scissione tra singolo e comunità oscillante tra il diritto del gruppo dell'offensore a sottrarsi alla reazione del gruppo dell'offeso e il 'dovere' di adempiere la richiesta di soddisfazione formalizzata da quest'ultimo (DE VISSCHER 1947, 25 ss.; ID. 1960, 8 ss.). Di qui Roma avrebbe conosciuto, come seconda tappa dell'evoluzione, il regime legale della nossalità, in cui compare – in perfetta sintonia con il sistema delle composizioni fisse legali non obbligatorie (le *poenae* dell'età decemvirale) – la facoltà di riscattare il sottoposto delinquente quale alternativa all'abbandono nossale in vista dell'esercizio della vendetta (ID. 1947, 192 ss.; ID. 1960, 20 ss.). In questa fase, accomunata alla precedente fondata sulla pura *noxae deditio* sotto il profilo dell'assenza totale e radicale di ogni rapporto giuridico tra il capo-famiglia dell'offensore e l'offeso, è la «sommatton à *dedere*», l'atto privato di ingiunzione, a connettere nella cornice di una 'fase procedurale litigiosa' il *dominus* o il *pater* dell'offensore (quale assoggettato) e il gruppo dell'offeso (quale titolare di una sorta di diritto potestativo). Tale atto sarebbe stato, una volta corroborato dalla presenza del magistrato, implacabile nei suoi effetti: nessuna difesa sarebbe stata ammessa e all'avente potestà, una volta intimato, quale alternativa alla consegna nossale non sarebbe restata che la via dell'offrire il pagamento, in sostituzione, della *poena* pecuniaria. Insomma, dalla fase primitiva in cui diritti e doveri avevano natura puramente politica e i delitti comportavano solo la vendetta collettiva, si passava, per De Visscher, a una fase in cui l'obbligo di dare a nozza nasceva non dalla legge o dal delitto, bensì da un atto unilaterale ed esecutivo di parte (la *conventio ex causa noxali*) e in cui il pagamento del riscatto assurgeva, sempre in seguito all'intimazione, a semplice facoltà. L'ultimo momento della storia della nossalità avrebbe visto, in Roma, il definitivo affermarsi, a lato e non in luogo del vigente sistema legale, di un complementare sistema di azioni nossali (ID. 1947, 349 ss.; ID. 1960, 37 ss.): azioni tese, anzitutto, a permettere direttamente la difesa del soggetto a potestà delinquente (tanto da essere all'avente potestà offerte più che imposte, ossia 'concesse a favore', più che 'esperite contro'), nonché, implicitamente, determinare un'inversione del rapporto tra il polo del pagamento del riscatto (che, idoneo a estinguere la *nox*a e liberare il sottoposto, se nella

Entro i confini di questo spazio deserto, De Visscher congetture un moto di evoluzione storica inverso ed eterogeneo rispetto a quello presupposto da coloro che, pur rintracciando – come lo studioso belga – nella ‘vendetta’ le origini dell’abbandono nossale puro, congegnavano il regime della nossalità come una deroga al sistema delle composizioni fisse sostitutive *ex lege* della reazione vindicativa del gruppo dell’offeso: come scriveva, infatti, Girard «au fond des choses» l’aveute potestà del delinquente, a differenza del delinquente *sui iuris* tenuto alla pena, «reste toujours avant tout obligé la *noxae deditio*», dato che «le paiement de l’amende n’est pour lui que una faculté», anche se è «l’obligation [...] incontestablement exprimée par une alternative»¹⁷.

fase precedente assumeva i connotati di una facoltà alternativa al rispetto dell’intimazione a *noxae dedere*, ora rappresenta l’oggetto dell’azione stessa concessa all’aveute potestà del delinquente) e quello della *noxae deditio* (che, nella fase precedente, non era oggetto di alcun obbligo sostanziale, ma era comunque dovuta dopo la «sommation», mentre ora è solo facoltativa). In questo stadio sarebbe solo il processo – *ex litis contestatione* – a creare un autentico obbligo a pagare, essendo giuridicamente irrelati, come nei pregressi sistemi, la vittima e l’aveute potestà dell’offensore prima del giudizio; e, posto che il regime nossale delle azioni si applicherebbe liberamente (per scelta di colui che intende difendere il soggetto a potestà delinquente e sostituire, anche se non irrimediabilmente, l’abbandono nossale con la pena pecuniaria), qualora l’azione concessa non venisse accettata, non potrebbe che rivivere – nella sua semplicità – il pregresso stadio del regime legale fondato sulla ingiunzione a dare a noxa. Sul punto v. anche POLOJAC 1998, 62, nonché PUGLIESE 1972, 90, che sembra attribuire alla costruzione del De Visscher, circa il passaggio dal sistema legale al sistema delle azioni, un connotato che invece non gli è proprio: ossia che le azioni nossali nascessero per permettere all’aveute potestà convenuto non solo di difendere lo schiavo, ma anche di «poterlo di propria volontà (e non solo col beneplacito dell’offeso) riscattare, pagando una somma di danaro» (laddove, per De Visscher, la nossalità stessa si impone nel pregresso sistema legale non come deroga eccezionale alle composizioni legali obbligatorie sostitutive della vendetta, ma come aspetto particolare del generale regime delle composizioni legali alternative alla vendetta).

¹⁷ GIRARD 1888, 48. Per l’autore – e, prima di lui, per Jhering e per Dirksen – il sistema nossale avrebbe assunto i caratteri di una vera eccezione rispetto al regime delle ‘pene private’ costituenti già oggetto di obbligazione da delitto commesso dal *sui iuris*. Secondo questi autori (ma – come s’è visto – non per De Visscher che, invece, allineava la dinamica della nossalità allo stadio più primitivo delle ‘composizioni legali facoltative’, trascurato dagli autori precedenti), il pagamento del riscatto (*poena*) per il delitto del soggetto a potestà sarebbe stato degradato da condotta obbligatoria – quale sarebbe rimasto di regola, se il delinquente fosse stato un aveute potestà – a condotta facoltativa rispetto all’(obbligatorio) abbandono. Nello stadio più ancestrale, l’abbandono nossale da parte del gruppo dell’offensore avrebbe avuto la forma di un atto dovuto ai fini dell’esercizio del diritto alla vendetta di sangue da parte del gruppo della vittima; solo in prosieguo di tempo tale abbandono sarebbe divenuto evitabile attraverso una convenzione tra i gruppi interessati con cui una parte avrebbe rinunciato alla vendetta e l’altra si sarebbe impegnata al pagamento del riscatto (ma ancora in assenza di un vero ‘diritto al riscatto’, nonché ancora in presenza di un ‘diritto alla vendetta’). Donde si sarebbe passati al sistema delle composizioni tanto legali quanto obbligatorie entro la cui cornice, in caso di delitto posto in essere dal soggetto a potestà, sarebbe stato d’uopo derogare alla regola della obbligatorietà della pena pecuniaria privata applicabile ove l’autore dell’illecito fosse stato un *sui iuris*: «comment appliquer aux animaux, aux personnes *alieni iuris*, le principe que la vengeance peut et doit être remplacée par une composition

Nello scorrere dei secoli la facoltà primitiva – ancorché non originaria, in quanto sconosciuta nella fase preistorica, dell'abbandono nossale puro – di riscattare il sottoposto mediante il pagamento di una pena privata, esattamente come al *sui iuris* era data dalla legge la facoltà di pagare una composizione fissa per evitare di subire l'esercizio del diritto alla vendetta¹⁸, nella fase finale dell'evoluzione (quella, cioè, del cd. 'sistema delle azioni nossali' introdotte per permettere all'avente potestà di difendere il sottoposto asseritamente colpevole) si convertiva in un obbligo endo-procedimentale e l'obbligo di dare a nosa scaturente dall'intimazione privata corroborata magistratualmente (apparsa nella fase intermedia del cd. 'sistema legale della nossalità') si riduceva a una facoltà generale esercitabile prima, durante e addirittura dopo il processo di cognizione¹⁹.

Per De Visscher, le azioni nossali sarebbero comunque 'personali', ancorché caratterizzate dalla irresponsabilità e dalla libertà per il *conventus* di vincolarsi processualmente (invero da intendere non in senso assoluto, ma come scelta volontaria tra la dazione a nosa e l'accettazione della difesa), posto che la relazione tra la persona offesa dall'illecito e il 'responsabile' sorgerebbe solo *ex litis contestatione*, ossia nel caso di accettazione della difesa del delinquente sottoposto. Biondi, mosso parimenti dall'insoddisfazione della costruzione della nossalità in termini obbligatori e ancor più valorizzando il dato, ineluttabile, che il soggetto

légale? Pour avoir un patrimoine grevé de cette dette, sur lequel elle puisse être recouvrée, il faut, au moment de la poursuite, être *sui juris*. Comment en obtenir le paiement non seulement des choses, animaux, mais des esclaves et des fils de famille qui n'ont pas de patrimoine?» (GIRARD 1888, 46). Da questo ostacolo si sarebbe originata la libertà «ou bien de payer position légale fixée par le droit nouveau, ou bien de laisser, comme dans le droit antérieur, la vengeance», in quanto all'avente potestà del delinquente sarebbe stato riconosciuto il diritto di pagare la composizione fissata *ex lege*, mentre il diritto alla vendetta della vittima non sarebbe potuto, per forza di cose, essere obliterato (Id. 1888, 47). Più esattamente, l'asestato regime romano della nossalità avrebbe implicato che, a seguito della commissione del delitto, il *pater* o il *dominus* sarebbe stato obbligato alla *noxae deditio* (e non alla pena), mentre il pagamento della pena non sarebbe stato che, in deroga alla regola generale, una facoltà; così, in forza dell'esperimento dell'*actio noxalis*, le due condotte in questione (dazione a nosa e composizione pecuniaria) sarebbero divenute l'una alternativa all'altra, mentre in forza della sentenza di condanna i poli originari si sarebbero invertiti, divenendo obbligatorio il pagamento della pena pecuniaria e facoltativa la *noxae deditio* (Id. 1887, 409 ss., 449).

¹⁸ Lo stesso Betti – muovendo dall'idea, fatta propria anche da De Visscher, della primitiva apprensione diretta del colpevole a scopo di attuazione della vendetta, nonché dall'ipotesi della sostanziale irresponsabilità dell'avente potestà che, in prosieguo di tempo, si sarebbe posto come *vindex* che *manum depellebat* trasferendo su di sé la responsabilità per la *nox*a commessa dal sottoposto – riteneva che, in un «antichissimo stato di diritto», l'obbligo primario sarebbe stato solo quello di *noxae dedere*, fermo che dalla responsabilità avrebbe potuto liberarsi col pagamento del prezzo del riscatto. Nel regime classico, il rapporto tra dazione a nosa e pena si sarebbe invece rovesciato, anche se – a giudizio dello studioso – l'*actio noxalis* avrebbe comunque conservato tracce di una primitiva tensione al trasferimento nossale: v. BETTI 1915a, 41; ID. 1915b, 32 ss.; ID. 1955, 85 s.; ID. 1960, 506 s.; cfr. FALCHI 1976, 76 s.

¹⁹ DE VISSCHER 1947, 192, 206 ss.; ID. 1960, 5 ss.

passivo del giudizio penale nossale si viene a precisare dalla relazione in cui si trova con il soggetto che ha recato offesa all'attore, proprio come l'azione reale si esercita contro l'attuale possessore o detentore della *res litigiosa*, giunse a sostenere che le azioni esperite a seguito della commissione di delitti da parte di soggetti *alieni iuris* siano sorte come autentiche '*vindicationes* dei delinquenti'. Dal 'nulla assoluto' congetturato dal De Visscher (che però vedeva le *actiones noxales* come fondamentalmente *in personam*), al 'nulla relativo' proposto da Biondi: connotate, dunque, dall'assenza della coazione a difendere, le azioni nossali non avrebbero mai occultato, nella loro lunga storia, natura e funzione assimilabili a quelle proprie delle *actiones in rem*, pur accedendo comunque la 'responsabilità nossale', quale 'responsabilità indiretta' del *dominus*, ad un rapporto obbligatorio fondamentale immaginato come possibile tra l'offeso *sui iuris* e l'offensore *alieni iuris*²⁰.

Alla recisa negazione della natura obbligatoria – semplice, alternativa o facoltativa – dell'istituto della nossalità ha contribuito anche, in più occasioni, Sargenti: la responsabilità nossale sarebbe diretta e oggettiva, consistendo non in una re-

²⁰ BIONDI 1925, 35 ss.; ID. 1928, 99 ss.; cfr. ARANGIO-RUIZ 1960, 160 ss., 176, nt. 2; BRANDI CORDASCO SALMENA 2012, 73 ss. Tale configurazione viene giustificata dall'idea, assai comune, secondo cui la primitiva responsabilità *ex delicto* sarebbe stata da immedesimare in una vendetta sulla persona del colpevole: la vendetta così avrebbe funzionato da mezzo per far valere concretamente il diritto di chi, appartenente a un gruppo sociale diverso da quello dell'offensore, avesse subito un danno anche se cagionato da un soggetto senza capacità. In altre parole, su queste basi l'azione nossale non avrebbe mai dedotto – in epoca storica avanzata – una responsabilità personale del *dominus* o del *pater* dell'offensore, ma avrebbe fatto valere solo una 'responsabilità di tipo accessorio' rispetto al vincolo obbligatorio sostanziale contratto dal soggetto a potestà. Da un lato, l'*intentio* della formula, infatti, pur enunciando un'autentica *obligatio* a carico del *filius* o del *servus* (cfr. MANDRY 1876, 259 ss.), avrebbe potuto essere considerata come *in rem*, affermando non una pretesa contro il convenuto, ma l'esistenza di un diritto dell'attore; inoltre, nella *condemnatio*, menzionante – con una civile trasposizione di soggetti necessitata da ciò che in concreto non poteva essere altro che una difesa in nome altrui – l'avente potestà, non vi ci sarebbe stato alcun riferimento alla *noxae deditio*; dall'altro, il *dominus* o il *pater* chiamato accessoriamente a rispondere sarebbe stato totalmente libero di scegliere volontariamente o di assumere la difesa (e, se condannato, *noxiam sarcire*) o di abbandonare il colpevole alla parte offesa attraverso l'atto della *noxae deditio* (una rinuncia alla disponibilità di diritto o di fatto vantata sul servo mai traslativa di dominio se non in età giustiniana): nessuna obbligazione in capo al *pater* o al *dominus* si sarebbe configurata, quanto meno fino alla *litis contestatio*, tanto che l'*indefensio*, per il Biondi, non avrebbe potuto che suscitare *iussu praetoris* la *ductio* dello schiavo, in analogia al comando magistratuale di *ferri vel duci* delle azioni reali in cui *nemo cogendus est rem defendere* (BIONDI 1925, 23 ss.; BRANDI CORDASCO SALMENA 2012, 74 ss.). In estrema sintesi, BIONDI 1928, 111, osserva che il «principio fondamentale in tema di azioni nossali '*noxam caput sequitur*', mentre è incompatibile con un *oportere*, si avvicina al regime proprio dell'azione *in rem*, la quale si può esercitare contro qualsiasi possessore», atteso che esso rende indeterminata la persona chiamata a difendersi nell'ambito dell'*actio noxalis* e che «nessun vincolo obbligatorio nel diritto classico poteva costituirsi a carico di persona indeterminata»: da ciò lo studioso avrebbe tentato «di ricostruire l'*actio noxalis* sotto il profilo di una *vindicatio* del colpevole, considerandola come sopravvivenza dell'antica vendetta. In ogni caso resta escluso che l'azione deducesse una responsabilità propria del *dominus* o del *pater*».

sponsabilità ingenerata processualmente o *a latere* di quella del delinquente, ma in un'ipotesi di pura esposizione all'azione (*l'actioe teneri*, innumerevoli volte affiorante dalle fonti), sempre e solo protesa alla condanna in via immediata del *reus sui iuris* alla *litis aestimatio*. In altre parole, si tratterebbe per l'autore di una ricaduta sul piano processuale della posizione sostanziale di garanzia fondata, in via esclusiva, sulla qualità giuridica di *pater familias* o di *dominus* del delinquente a fronte degli illeciti commessi dal sottoposto: libero di accettare o meno il giudizio nossale, l'avente potestà – ossia il solo vero legittimato passivo, rispetto a terzi possibili difensori – non per questo sarebbe da ritenere assoggettato a una ipotetica ingiunzione privata a *noxae dedere* (secondo la congettura di De Visscher) o al dovere negativo di subire una *vindicatio* del colpevole (secondo il modello di Biondi)²¹. Entro questa cornice di pensiero, la 'dazione a noxa' sarebbe oggetto

²¹ Ad avviso di Sargenti, il potere del *dominus* o del *pater* non avrebbe costituito un 'ostacolo' alla persecuzione diretta del reo da parte dell'offeso che avrebbe dovuto farsi operare attivamente come limite all'aggressione altrui (così, invece, KASER 1949, 228, che comunque ritiene che, pur non trattandosi di *debitum* per il fatto del sottoposto, figura estranea al diritto dell'epoca più arcaica, quella dell'avente potestà sarebbe stata una posizione personale legata al suo potere apicale; cfr., sul punto, PUGLIESE 1950, 116 s.; FALCHI 1976, 168; POLOJAC 2000, 159): esso sarebbe stato, invece, il fondamento di una «responsabilità primaria ed autonoma» (SARGENTI 1950, 52; cfr. altresì GALLO 1984, 43 s., che, seguito sul punto da MORGESE RASIEJ 1991, 293 s., ritiene che il regime della *patria* e della *dominica potestas*, per cui il capo era l'unico soggetto ammesso «alla titolarità dei beni economici e ad intrattenere rapporti obbligatori», implicasse che questi fosse anche l'unico a poter rispondere, e sempre patrimonialmente, degli atti dei sottoposti). Il principio cardine della materia, '*noxia caput sequitur*', avrebbe significato per lo studioso non solo che il primo a venire in considerazione come destinatario della pretesa fatta valere dalla vittima del delitto sarebbe stato il *dominus* dello schiavo offensore, ma anche che l'azione nossale avrebbe avuto, *iure civili*, solo nel 'proprietario quiritario' il soggetto passivo contro cui rivolgersi, ancorché in età classica si sarebbe giustificata, per ragioni pratiche, la legittimazione passiva del *bonae fidei possessor*, sia trascendendo la posizione di quest'ultimo gli elementi della *possessio* fino a tradursi in una vera e propria relazione di diritto tra un soggetto e una cosa, sia apparendo il possessore *dominus* nei rapporti coi terzi (cfr. SARGENTI 1949, 72 ss., 85 ss., 103 ss., nonché ID. 1950, 333 s., sulla scorta di WUBBE 1963a, 24 ss.; WUBBE 1963b, 175 ss.). Tale visione è destinata, come ovvio, a ripercuotersi sulla *conceptio* formulare (fermo restando per Sargenti che sarebbe solo dall'accertata esistenza dell'obbligazione che si potrebbe dedurre la ricostruzione della formula): l'inesistenza di un debito in capo all'avente potestà escluderebbe l'*oportere* (o comunque un uso di *oportere* in senso tecnico) nell'*intentio*; la eterogeneità della *noxae deditio* rispetto alla *litis aestimatio* e la sua natura di mezzo solutorio extra-processuale implicherebbe l'assenza di riferimenti tanto in *intentio* quanto in *condemnatio* (SARGENTI 1950, 55 ss.; di contro, a sostegno della tesi secondo cui l'obbligo dell'avente potestà dell'offensore è dedotto nell'*intentio* come *oportere* e l'azione, quindi, viene ad essere esercitata *in personam*, ossia direttamente dall'offeso contro di lui, cfr., a titolo di puro esempio, NABER 1902, 170 ss.; ID. 1907, 467 ss.; LENEL 1927b, 1 ss.; PUGLIESE 1950, 115 ss.; ID. 1953, 235; FALCHI 1976, 1 ss.; VACCA 1990, 240 ss.; GRÖSCHLER 2010, 216 s.). Che la posizione dell'avente potestà nella responsabilità nossale si risolvesse in un 'onere' sia di *suscipere iudicium*, sia di riscatto del corpo del colpevole, sia di *noxae deditio* del colpevole crede pure, sulla scorta di Sargenti, FRANCESCON 2015, 193 ss., 216, la quale, oltre a valorizzare – convincentemente – la natura di vincolo di

non di obbligo, ma di onere (e quindi semplice mezzo di liberazione dal vincolo sostanziale fondato sulla *dominica* o *paterna potestas*, nonché via da percorrere per evitare in ogni sua fase il processo, sia prima e dopo la *litis contestatio*, sia dopo la condanna alla *litis aestimatio*). Per l'autore, solo a seguito dell'insorgenza del rapporto processuale il *pater* o il *dominus* convenuti in giudizio sarebbero divenuti parte di un'obbligazione vera e propria; ma non dell'inesistente, sul piano della sostanza, obbligazione nossale, bensì di quella, generalissima e processuale, relativa al *condemnari oportere* e comunque convivente, nel sistema classico della nossalità, con la libertà concessa all'avente potestà, tanto convenuto quanto condannato, di sottrarsi alle pretese dell'offeso, liberandosi dal vincolo di garanzia legato indissolubilmente al suo *status*, sino all'esperimento dell'*actio iudicati*.

3. La responsabilità nossale nel quadro delle obbligazioni

Per decifrare il rapporto sostanziale tra offeso e avente potestà sull'offensore, pur rimanendo nella cornice tradizionale del modello obbligatorio di origine vindicativa (e quindi in contrasto rispetto alle tesi volte a negare ogni responsabilità pre-processuale di *patres* e *domini* o a congegnare in capo a questi ultimi un generale dovere di permettere la *vindicatio* sui sottoposti delinquenti), anche Pugliese ha lamentato l'insoddisfazione – tanto sul piano storico, quanto su quello dogmatico – della costruzione dell'obbligazione sia in termini di contenuto complesso e di alternatività delle prestazioni dovute²², sia in termini di contenuto

destinazione della *noxae*, giustifica la legittimazione passiva alla luce della relazione esistente tra offensore e avente potestà al momento del giudizio, pur, a differenza del Sargenti, ritenendo che lo scopo ultimo dell'*actio* fosse il conseguire non la *litis aestimatio*, ma il corpo dell'offensore. Di qui un cortocircuito interno alla ricostruzione proposta dall'autrice che la porta incoerentemente a sostenere, quanto segue: da un lato, che «se è vero che l'azione privata sorgente dal delitto rivestiva natura penale poiché il danneggiato mirava, attraverso di essa, ad avere la disponibilità del colpevole, ciò indurrebbe a ritenere che la *principalis obligatio* fosse costituita dalla *noxae deditio*» (così negando espressamente la predetta natura di onere e implicitamente qualificando l'avente potestà come vero debitore, tenuto a una condotta il cui inadempimento sarebbe deducibile in giudizio); dall'altro, che, «una volta ammessa la possibilità di riscatto del corpo con il pagamento di una composizione pecuniaria, il corpo potesse essere quello tenuto a prestare ('Schuld') e un'altra persona fosse quella tenuta a rispondere ('Haftung')», così, sarebbe possibile «configurare la responsabilità nossale alla stregua di una responsabilità senza debito che oltre a (e piuttosto che) consistere nella soggezione alla sanzione per l'inadempimento, si concretava nella soggezione alla coazione esecutiva che l'offeso poteva attuare solamente in via processuale» (così negando espressamente l'esistenza di un obbligo in capo all'avente potestà e, al contempo, confondendo il profilo del vincolo con quello della prestazione dovuta).

²² Alla natura di obbligazione sostanziale caratterizzata – come già riteneva VON WYSS 1876, 12 ss. – dalla 'alternatività' (almeno formalmente) pensa il LENEL 1927a, 159 ss., secondo cui, l'*actio noxalis* sarebbe stata un'azione civile personale che avrebbe dedotto già nell'*intentio* due tipi di *oportere* del *dominus* o del *pater* tra loro 'alternativi' (ossia di pagare la pena o fare la *noxae deditio*), con analoga duplicità della *condemnatio*, in perfetta sintonia con quanto più sicuramente ricostruibile – posto che nessuna fonte riproduce integralmente la *formula* utilizzata

semplice arricchito *a latere* dalla facoltà solutoria alternativa (secondo i più di dare a nozza rispetto al pagamento dovuto della pena pecuniaria, o secondo alcuni di pagare la *litis aestimatio* rispetto alla prestazione di dare a nozza)²³. Attraverso una misteriosa inversione ‘dogmatica’ occorsa durante l’età repubblicana, da regime incentrato sul semplice obbligo, previsto nelle XII Tavole, di *dare* all’of-

per le *actiones noxales* – in tema di *actio de pauperie* (*si paret quadrupedem pauperiem fecisse qua de re agitur, quam ob rem Nm. Nm. Ao. Ao. aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*); v., altresì, LENEL 1927b, 1 ss., nonché LISOWSKI 1940, 604 ss.; cfr., inoltre, BESELER 1926, 104 ss. (che, con riguardo alla formula, ricostruisce ‘*ea res agatur: de quarta parte poenae. S.p. Ao. a Sticho servo furtum factum esse, quam ob rem Nm. Ao. aut pro fure damnium decidere aut quartam partem Stichi noxae dedere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae dupli quartam partem aut quartam partem Stichi noxae dedere Nm. Ao. c.s.n.p.a.*’); v., per alcuni precedenti, SCHLESINGER 1869, 203; MANDRY 1876, 615; VOIGT 1883, II, 594. Per l’*actio furti noxalis*, in particolare, v. KASER-KNÜTEL 2008, 418 (cfr. KASER 1971, 529, nonché KASER-HACKL 1996, 342 s. e nt. 12 con ampia bibliografia): ‘*si paret Ao. Ao. a Sticho servo Ni. Ni. [...] furtum factum esse [...], quam ob rem Nm. Nm. aut pro fure damnium decidere aut Stichum noxae dedere oporteret, quanti [...] factum est, tantae pecuniae duplum dare aut Stichum noxae dedere iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*’.

²³ Per l’abbandono nossale come ‘facoltà’ e il pagamento della pena pecuniaria come oggetto di ‘obbligazione’, cui corrisponderebbe una formula con *intentio* recante un ‘*propter servum vel filium dare oportere*’ dell’aveute potestà, e con menzione dell’abbandono nossale (appunto quale facoltà in alternativa) solo a livello di *condemnatio* (secondo la proposta originaria di VON KELLER 1822, 52 ss., e cioè, peraltro, d’accordo con von Wyss, ancorché quest’ultimo sia incline a sposare il modello teorico della alternatività), cfr. KARLOWA 1872, 120 s.; ID. 1901, 1169 (v., inoltre, in senso analogo, ZIMMERN 1818, 161; SCHMIDT 1872, 23; VON VANGEROW 1876, § 689, n. 2; cfr., infine, PUGLIESE 1953, 233 ss., che parimenti ritiene presente nella sola *condemnatio* l’alternativa tra pagamento della stima e dazione a nozza, pur respingendo, almeno per il diritto sostanziale, gli schemi tanto dell’obbligazione alternativa quanto di quella facoltativa). Cfr., nella più recente letteratura, a favore della nossalità classica da intendere come regime tendenzialmente descrivibile in termini di *poena in obligatione* e *noxae deditio in facultate solutionis*, TALAMANCA 1990, 619; POLOJAC 2000, 153; FERCIA 2008, 119; SACCOCCIO 2008, 300 e nt. 24; MANNI 2013, 133, nt. 68. Per un’obbligazione facoltativa in cui, invece, è la *noxae deditio* a venire dedotta *in obligatione* (pur essendo la formula concepita, a livello di *intentio* e di *condemnatio*, in termini di alternatività), v. ACCARIAS 1874, 1154, 1178; GIRARD 1887, 338 ss., 448 s.; ID. 1888, 48 (più recentemente cfr., sul punto, D’ANGELO 2017b, 299 s., nt. 40): più precisamente, ad avviso dello stesso Girard (come del resto anche ad avviso dello stesso Lenel), l’alternatività nossale attestata nelle XII Tavole, nella formula dell’*actio de pauperie* (e quindi, per l’autore, anche nelle altre azioni nossali per i delitti di schiavi e di figli), nonché nel testo della legge Rubria, capitolo XXII, avrebbe «pris forme à une époque étrangère aux finesses de dialectique, longtemps avant la naissance des classifications des jurisconsultes, dans un milieu où nul ne soupçonnait la distinction de l’obligation alternative et de l’obligation facultative». Più recentemente nel senso della ‘alternatività’ formale a livello ‘condannatorio’, v. GRÖSCHLER 2010, 197 ss., 214 s., anche se l’autore è al contempo convinto che il danneggiato potesse far valere soltanto il pagamento della *litis aestimatio*, e non anche la *noxae deditio*, in quanto questa «non era esigibile» e «doveva formare dal punto di vista dei giuristi classici una mera *facultas* alternativa».

feso il figlio o lo schiavo offensore²⁴ (obbligo affiancato dalla possibilità di un patto compositivo di riscatto, ma non dal diritto di pretendere la liberazione dal vincolo nossale attraverso il pagamento di una composizione pecuniaria fissa), la nossalità si sarebbe trasformata in un sistema azionale (non complementare, ma sostitutivo dello stadio precedente) diretto, nella sua definitiva configurazione, a *poenam persequi*: un sistema sorto per consentire all'avente potestà sia di difendere in giudizio il sottoposto, per dimostrarne l'innocenza, sia di esercitare – senza previo patto compositivo – il diritto di riscattarlo attraverso il pagamento della somma di denaro dovuta *poenae causa* se il delinquente fosse stato un *sui iuris*²⁵.

²⁴ In questo senso v. ZIMMERN 1818, 8; DIRKSEN 1820, 104; JHERING 1878, 130 s.; KARLOWA 1901, 104 s.; BETTI 1915a, 41; ID. 1915b, 32 ss.; ID. 1955, 85 s.; ID. 1960, 506 s.; CRAWFORD 1996, II, 717; GRÖSCHLER 2010, 200 ss.; CANNATA 2014, 307. A favore dell'originaria alternatività tra *noxae deditio* e pagamento della pena sono invece: VOIGT 1883, I, 583 ss., e II, 735; GIRARD 1887, 443; PAMPALONI 1899, 35; LENEL 1927a, 196, 330; ID. 1927b, 8; LISOWSKI 1940, 587 ss.; HÄGERSTRÖM 1941, 234; DE VISSCHER 1947, 192 ss.; ID. 1960, 20 ss.; KASER 1949, 223, 30, e ID. 1971, 145; GALLO 1970, 44 n. 58, nonché ID. 1984, 43 s.; MORGESE RASIEJ 1991, 287 ss. *Contra*, più recentemente, v. la suggestiva ipotesi di SIRKS 2015, 265, secondo cui «the XII Tables contained a provision 'if a slave commits theft or commits harm [*noxam*] or injures' e «following Celsus [...] it went on to say that the slave was punishable», mentre «under the *lex Aquilia* [...] it was the owner who was liable for his slave's delicts and not the slave», anche se «the different approach of the XII Tables was not abolished, and the *lex Aquilia* apparently supplemented it (or was understood to supplement it)».

²⁵ Lo stesso PUGLIESE 1972, 87 ss., non esclude, seppur in via del tutto congetturale, che l'originario obbligo di dare a noxa (stabilito già nel V secolo a.C. *ex lege*) avrebbe potuto essere fatto valere mediante un'intimazione privata a *noxae dedere* corroborata dalla presenza del magistrato, come anche ampiamente ipotizzato, *mutatis mutandis*, anche da De Visscher. Nel corso dei secoli successivi l'obbligo nossale originario (rispetto al quale il pagamento di una somma di danaro compositiva del conflitto sarebbe dipesa solo dall'accordo delle parti, ossia l'avente potestà dell'offensore e l'offeso) sarebbe stato 'assimilato' – e ciò sulle orme di LUZZATTO 1934, 59 ss., 102 ss. – a quello sorgente *ex delicto* proprio del delinquente *sui iuris* ed avente a contenuto il pagamento della pena pecuniaria suscettibile di farsi valere in via di azione (v. PUGLIESE 1972, 79 ss., 91 s.; cfr. ID. 1950, 119; ID. 1953, 233 ss.; VACCA 1990, 240 ss.). Sull'inversione che avrebbe caratterizzato la storia della responsabilità nossale da mezzo di sanzione della mancata dazione a noxa a mezzo di persecuzione di una pena pecuniaria privata, v. già DE VISSCHER 1947, 192, 206 ss.; ID. 1960, 5 ss. (che, tuttavia, come noto, riteneva da «sommation» e non *ex lege* l'obbligo di dare a noxa, e connetteva il sistema delle azioni solo alla necessità di difendere il presunto colpevole, potendo il *dominus* o il *pater* già nella fase del sistema legale riscattarlo col pagare la composizione legale alternativa). Lo stesso FALCHI 1976, 103, sostiene la trasformazione del regime della nossalità: la pretesa dell'attore, se in origine avrebbe perseguito essenzialmente l'impossessamento del corpo del colpevole, di poi si sarebbe volta al 'risarcimento del danno subito' (o, meglio, all'esazione della prestazione della *litis aestimatio*), mutando così la funzione dell'azione, primitivamente protesa alla vendetta sull'autore del delitto, ma, successivamente, diretta – nel limite massimo del valore del servo – a soddisfare l'offeso pecuniariamente. Anche secondo Talamanca «a seguito di un'evoluzione di cui ci sfuggono i particolari, alla fine dell'età repubblicana, il diritto dell'offeso non è più rivolto alla persona del colpevole bensì alla *poena*, che il *pater familias* (o il *dominus*) è obbligato a pagare, ma dalla quale si può liberare offrendo la *noxae deditio*: si configura così, sostanzialmente un'obbligazione facoltativa in cui la *poena* è

La *noxae deditio*, in questo quadro, corrispondente all'età considerata dai giuristi classici, non sarebbe stata, però, prestazione dovuta in via alternativa o oggetto di una *facultas* alternativa, ma mezzo di liberazione cui chiunque gravato dall'ambulatorio vincolo nossale (una autentica «obbligazione *propter rem*», per Pugliese) poteva accedere per evitare o di adempiere l'obbligo nossale, o di *suscipere iudicium*, o di pagare la *litis aestimatio*, o di subire l'esecuzione patrimoniale²⁶.

in obligatione, la *noxae deditio* invece, *in facultate solutionis*» (cfr. TALAMANCA 1990, 619; cfr. ALBANESE 1979, 130 e nt. 565; POLOJAC 2000, 153). Più recentemente lo stesso GRÖSCHLER 2010, 214 s., 197 ss., ha sostenuto che l'istituto della nossalità avrebbe conosciuto un'inversione del rapporto tra pagamento e *noxae deditio*, per cui quest'ultima avrebbe originariamente costituito l'obbligo unico del capofamiglia, mentre il pagamento della pena pecuniaria avrebbe rappresentato, quale facoltà alternativa, un momento di successiva evoluzione, per poi assumere la veste di obbligo primario dedotto con la formula in giudizio. Diversamente BETTI 1955, 507 si è mostrato più propenso a ritenere che nel caso di un delitto commesso da un soggetto a potestà, l'*actio noxalis* avrebbe comunque preservato alcuni aspetti della primitiva struttura di un'azione penale privata tendente al trasferimento nossale (in origine rappresentante la sola condotta dovuta dal *pater* o dal *dominus*); cfr., in questi stessi termini, anche FRANCESCON 2015, 203 s. (che argomenta anzitutto dal principio '*noxæ caput sequitur*'); in questo senso – ed anzi in modo ancor più deciso e puntuale –, cfr. D'ANGELO 2017b, 299, il quale, ritenendo che nelle formule delle azioni nossali «fosse presente la clausola arbitraria, nella quale si deduceva in generale un comportamento atto a realizzare in forma specifica il *desiderium* dell'attore e a mitigare così il principio della condanna pecuniaria», suppone che l'azione nossale fosse di per sé diretta «più che al pagamento della pena, alla *noxæ deditio*». Ad una evoluzione di segno opposto ha pensato invece Gallo: il regime – e antichissimo – precedente l'introduzione della facoltà di *noxæ dedere* si sarebbe fondato sulla responsabilità patrimoniale del capo-gruppo e solo in un secondo tempo (ossia con la riforma decemvirale), la responsabilità dell'avente potestà sarebbe stata limitata dalla *deditio noxæ* del corpo del colpevole (v. GALLO 1970, 44 n. 58, nonché ID. 1984, 43 s.).

²⁶ Secondo lo studioso il potere del *pater* o del *dominus* sul delinquente da sempre sarebbe stato tale da escludere intromissioni da parte di cittadini privati terzi, ancorché danneggiati: esso sarebbe stato quindi di per sé un ostacolo alla persecuzione diretta e alla punizione del reo da parte dell'offeso. Ma oltre a ciò (e quindi oltre al possibile contrasto tra il polo della persecuzione diretta del delinquente da parte dell'offeso e quello della 'sovranità' sui sottoposti), e una volta assodato che la responsabilità penale di tipo corporale sia del *filius* sia dello schiavo non avrebbe implicato affatto la loro capacità di difendersi e di opporsi in un primo momento in una *manus iniectio* o in una *vindicatio*, poi, in un processo di cognizione, secondo lo studioso la posizione dell'avente potestà, anzitutto, sarebbe stata fonte – e ciò più in sintonia con Sargenti che con Kaser – di una «responsabilità immediata», da cui avrebbe potuto andare esente con la «consegna del colpevole, a titolo di espiazione o per consentire l'esercizio della vendetta» (PUGLIESE 1950, 116 s., 119; ma v., anche, ID. 1953, 259, orientato a riconoscere nella potestà più un ostacolo all'esigenza di vendetta che un fondamento di responsabilità). L'azione nossale – posto, appunto, che «altro è ammettere la responsabilità penale, altro è la capacità di essere soggetto di un *oportere*» e che il sottoposto era incapace di obbligarsi civilmente *ex delicto* – non avrebbe potuto che rivolgersi all'avente potestà, deducendo così un suo *oportere* sostanziale di contenuto pecuniario causato dal fatto illecito dell'*alieni iuris* (PUGLIESE 1953, 235 ss., 244 ss., 249, 268). In senso diverso, v. MANNI 2012, 153, 156, nonché ID. 2013, 107, che pare sostenere una responsabilità 'personale' del soggetto offensore 'fisicizzata', ossia legata al suo *corpus*, «quasi un attributo dell'autore, una sorta di stimate che ne seguono il destino»; v. altresì, in linea più adesiva al pensiero di Pugliese, FRANCESCON 2015, 198, secondo cui «la responsabilità si

4. *Gai 4.75 e D. 9.4.2.1, Ulp. 18 ad ed.: le peculiarità delle azioni nossali e il regime decemvirale*

Prima di affrontare il problema del trasferimento nossale del cadavere del delinquente attestato da Gaio e dai Frammenti di Autun²⁷ quale atto liberatorio per l'attuale avente potestà, ritengo utile – a valle e a mente del rapido *excursus* sulle principali ricostruzioni del sistema della nossalità nel suo divenire e nei suoi caratteri sostanziali e processuali – affrontare criticamente alcuni aspetti peculiari di carattere generale. E ciò in vista di una più consapevole e compiuta proposta interpretativa delle due uniche fonti – peraltro assai lacunose – che discorrono, per l'appunto, del *dedere* il corpo di soggetti a potestà (tanto *servi* quanto *fili*), già *mortui*, a favore della parte offesa dal delitto commesso da questi ultimi.

Come, seppur brevemente, già si è rilevato nelle pagine precedenti, la funzione originariamente vindicatoria-satisfattiva della dazione a noxa (tanto del vivo, quanto del cadavere) a partire dal XX secolo ha rappresentato – con pochissime

sarebbe concretizzata in un vincolo di garanzia gravante sull'autore del delitto privato», con ciò escludendo un'ipotesi di responsabilità personale dell'offensore; v., inoltre, GRÖSCHLER 2010, 195 ss., la cui intera trattazione della materia presuppone un obbligo dell'avente potestà e la conseguente responsabilità in caso di inadempimento, con la *noxae deditio* prima come oggetto dell'obbligo, poi come mezzo di sgravio della responsabilità, ossia – per usare le parole di PUGLIESE 1950, 122 – il «maggior danno» che il *dominus* o il *pater* poteva subire. Il delitto del sottoposto avrebbe quindi obbligato l'avente potestà, nel sistema classico nossale, a pagare una pena, rimanendogli sempre accessibile l'alternativa della dazione a noxa: sicché, dato che «quando due comportamenti sono imposti alternativamente, di coazione o di obbligo si può parlare riguardo al complesso dei comportamenti» (ID. 1953, 257), il convenuto quale attuale avente potestà, lungi dall'essere assolutamente libero, sarebbe stato tenuto – in caso di presenza *in iure* del sottoposto delinquente – ad *accipere iudicium* o a pagare la pena (così eseguendo la condotta dovuta *ex delicto*), o a dare a noxa (così ponendo in essere una condotta non dovuta, ma comunque avente efficacia solutoria): cfr., in questo senso, ID. 1950, 142; ID. 1953, 253. Inoltre, atteso che il delitto avrebbe, sin dall'epoca più remota, creato immediatamente un vincolo sul corpo del soggetto a potestà (come il pegno costituiva un vincolo sulle *res*) e, per il medio della sottoposizione del delinquente al *dominus* o al *pater*, un obbligo in capo a questi, l'alienazione o la liberazione prima della *litis contestatio* avrebbe estinto l'obbligazione per l'avente potestà disponente, vincolando in tal modo l'avente causa o lo stesso colpevole divenuto *sui iuris*, tutto ciò trovando spiegazione nella natura dell'obbligazione nossale conformata allo «schema dell'obbligazione *propter rem*» (ID. 1953, 259 s.; cfr. ARANGIO-RUIZ 1960, 176; GUARINO 2001, 977; MANNI 2013, 108 ss.): l'eliminazione del presupposto dell'obbligo e della responsabilità nossale personale avrebbe reso libero il disponente, sottoponendo altri o all'obbligazione nossale o a quella diretta, e ciò analogamente all'effetto liberatorio della morte del colpevole (PUGLIESE 1953, 246, 258 ss., 261 s., 266). A prescindere dalla costruzione *sub specie iuris* della nossalità in chiave obbligatoria del Pugliese, lo stesso De Visscher ammetteva, nel suo stile romantico e poco indulgente all'asciuttezza, che «attraverso tutte le vicissitudini della sorte, la *nox*a, implacabile vigilante, incombe sull'autore del delitto»: «*haeret ossibus*, come diceva l'Apostolo parlando del peccato» (DE VISSCHER 1960, 21).

²⁷ Gai 4.81; Fragm. Aug. 4.81-87.

eccezioni nella letteratura romanistica²⁸ – un presupposto ampiamente condiviso da studiosi le cui idee sul percorso ‘evolutivo’ della nossalità, sulla *conceptio* delle formule delle azioni nossali, sulla legittimazione passiva, nonché sulla situazione sostanziale presupposta dal giudizio erano, invero, tra loro assai diversificate, per non dire antitetiche²⁹. Questo ha spinto i sostenitori della congettura in parola anche al di là dei dati testuali e, pur nella consapevolezza della profonda diversità del contesto della Roma del V secolo a.C. e di quella dell’età classica³⁰, a riesumare tracce, sepolte nel pensiero dei giuristi del principato alle prese con aspetti peculiari e operativi del regime – per loro attuale – della nossalità, di una connessione tra quest’ultima e i suoi ‘oscuri’ primordi: basti pensare al caso della differente soluzione data dai Sabiniani e dai Proculiani alle modalità negoziali perfezionative della dazione a noxa del figlio, gli uni inclini a ritenere, in accordo a una lettura più modernizzante, che fosse sufficiente una sola mancipazione, gli altri, maggiormente legati a concezioni arcaiche, sostenitori della necessità delle tre mancipazioni per eliminare ogni vincolo potestativo con il dante causa e – si è ipotizzato – permettere all’avente causa l’esercizio incondizionato della vendetta³¹. E ancora si giunge a sostenere – in questo caso valorizzandosi il *processus*

²⁸ Cfr. SARGENTI 1950, 1 ss.; GALLO 1984, 44; MCGINN 2017, 225 ss.

²⁹ Da ultimo GRÖSCHLER 2010, 197 ss., e 200 ss., reputando che «il contrasto delle vendette di sangue» costituisse uno degli obiettivi concreti dei decemviri, ha rintracciato le finalità primitive dell’istituto della nossalità nel «contenimento della vendetta» nei confronti del solo autore dell’illecito, sicché al «diritto a chiedere la consegna doveva corrispondere il divieto di esercitare la vendetta contro gli altri membri del clan danneggiante». La tesi – come noto – non è affatto recente: cfr. DIRKSEN 1820, 104; JHERING 1878, 130 s.; GIRARD 1888, 31 ss.; FERRINI 1929, 432; BUONAMICI 1900, 296 ss.; JOBBÉ-DUVAL 1924, 296 s., 306, 312, 314; SCIALOJA 1900-1901, 288 ss., 294; BIONDI 1925, 223 ss., 250; ROBBE 1932, 377; LUZZATTO 1934, 39 ss., 102 s., 204; LISOWSKI 1940, 603; DE VISSCHER 1947, 7, 20, 25 ss. e Id. 1960, 1 ss., 5 ss.; KASER 1949, 187 s., 226, e Id. 1971, 117, 164, nt. 9; PUGLIESE 1953, 233, 259; MORGESSE RASIEJ 1991, 322 e nt. 38, 325; MANNI 2012, 100 e nt. 34, 118 ss. e nt. 93; Id. 2013, 175; FRANCESCON 2015, 169 ss. (ancorché implicitamente), 211, nt. 176 (esplicitamente con riguardo all’abbandono del cadavere). Da ultimo, v., sulla vendetta precivica e sulle sue permanenze civiche, BOTTA, 2015, 11 ss.

³⁰ V., sul punto, MASI DORIA 2007, 221 che, proprio con riguardo alla nossalità, discorre di «una lunga dimensione cronologicamente dilatata che però [...] non significa imm modificabilità delle strutture e soprattutto della comprensione di esse come sempre uguali a sé stesse, anzi vuol dire modificazione, trasformazione degli istituti». Parimenti – e sulla scorta di Yan Thomas – v. MANNI 2013, 139, che ritiene che la *noxae datio* non debba intendersi come «qualcosa di ‘statico’, quasi un ‘fossile giuridico’ che dall’età arcaica si trascina invariato attraverso la storia del diritto di Roma antica o una ‘scoria dei tempi primitivi’ che l’ordinamento fatica a scrollarsi di dosso; al contrario, l’istituto muta profondamente nel tempo, non solo nella direzione di un progressivo ‘ammorbidirsi’ dei suoi tratti più duri ma soprattutto vivendo un profondo rivolgimento della sua funzione originaria». Sul punto v., *infra*, §§ 4-9, ove si considereranno sia gli aspetti di evoluzione sia quelli di statica del regime nossale.

³¹ È FALCHI 1981, 205, che, alla luce di Gai 4.79 – ove è ricordo di una controversia tra Proculiani e Sabiniani in tema di *deditio* del figlio (*cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum sit,*

storico dall'istituto nel corso dei secoli – che, sebbene Gaio e gli altri giuristi classici non qualificano mai apertamente la dazione a noxa in termini di mezzo teso alla 'soddisfazione' dell'offeso (in corrispondenza a un ancestrale diritto all'esercizio della vendetta), ciò dipenda dal fatto che «l'origine della *noxae deditio* non era sicuramente più nota» e che, quindi, una volta presunta la *ratio* originale nel senso di una «limitazione della vendetta di sangue», e una volta ammessa la rimozione in età classica della sola 'causa' ma non della 'figura', quest'ultima, rimanendo parte dello 'Schadensrecht' romano, sia stata oggetto di una necessaria «reinterpretazione»³².

ne aliter filius de potestate patris exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, et illas tres legis XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere –, tenta di spiegare tale *ius controversum*, muovendo da presunte funzioni vindicatorie originarie dell'istituto (le cui 'scorie' sarebbero state in qualche modo conservate anche nel sistema romano classico); lo studioso osserva, infatti, che «i Sabiniani miravano strumentalmente alla soddisfazione dell'interesse di chi avesse subito il delitto ed allo scopo perseguito dal *paterfamilias* con l'abbandono», mentre i Proculiani, convinti che il corpo del sottoposto fosse vincolato alla vendetta del danneggiato, «si attenevano rigidamente a quanto la struttura dell'istituto avrebbe richiesto nel caso», e così sostenevano l'estinzione di ogni rapporto tra avente potestà e sottoposto. Ma, proprio a voler considerare la mera congetturalità della tesi della vendetta (che, peraltro, «explains neither position»), «it seems more persuasive that the Proculians simply rely on a literal interpretation of the decemviral rule, while the Sabinians look to its purpose, namely, that of clarifying the rationale behind the transfer. To their mind, this was sufficiently clear in the case of noxal transfer so as to warrant only one mancipation» (MCGINN 2017, 226).

³² V., in questi termini, GRÖSCHLER 2010, 214 s. Il ragionamento mi pare viziato dall'inclinazione dell'autore a voler spiegare con l'*ignotum* ciò che è *ignotius*: se i giuristi di età classica non avevano più informazioni sul regime originario e la vendetta non giocava più alcun ruolo nel presente, ebbene – in ragione di tale silenzio – ben potrebbe anche essere che essa non abbia neppure caratterizzato la nossalità più arcaica (cfr., persuasivamente, MCGINN 2017, 225, nt. 24). Del resto, il supposto radicamento della nossalità nel solo terreno della vendetta (che, come noto, è giustificato soprattutto alla luce di considerazioni di stampo comparatistico e con argomentazioni fondate su dati o indizi di impronta sociologica: cfr. DE VISSCHER 1947, 25 ss.) non mi pare sia evincibile direttamente dalle fonti: e ciò non solo a mente di alcune nette prese di posizione dei giuristi classici, ma anche di taluni 'eloquenti' silenzi emergenti dalle fonti circa l'età più arcaica (v., *amplius*, SARGENTI 1950, 14 ss.). Nelle stesse XII Tavole là dove è ammessa come unica sanzione *ex lege* la reazione vindicatoria (atto unilaterale di aggressione liceizzata) non pare mai esservi cenno alla nossalità. La vendetta giuridicizzata si presenta – indirizzandosi senza distinzioni nei confronti dell'offensore – come insensibile alle logiche della distinzione tra sottoposti e *sui iuris*, indifferente – esplicandosi nelle forme dell'autotutela o ad attuazione immediata o ad attuazione magistratuale – al presunto 'ostacolo' del *dominium* o della potestà sui figli (rilevando solo per il tipo di reazione le differenze tra *status libertatis* e *status servitutis* e quelle tra pubertà e impubertà): ciò ben emerge dalla disposizione sul furto notturno di Tab. 8.12 (*si nox furtum [factum sit] <faxit> si im occisit, <endoque plorato> iure caesus esto*) e da quelle in tema di furto manifesto di Tab. 8.14 (Gell. 11.18.8: *Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti presos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri*; Gai 3.189:

Va puntualizzato, in primo luogo, che Gaio, nel presentare nel libro quarto del suo manuale i tratti caratterizzanti della nossalità sotto il profilo processuale, concepisce le azioni da esperirsi dalla vittima nei confronti dell'avente potestà del delinquente come meccanismi – peculiarissimi nel contesto del sistema formulare – animati da una ben precisa logica: *noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominoue aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisue damnosam esse*³³.

Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant). Di contro, la nossalità si presenta legata indissolubilmente alla distinzione tra aventi potestà e soggetti a potestà e, attraverso le forme negoziali bilaterali della *noxae deditio* (cfr., per tutti, MORGESE RASIEJ 1991, 327), comporta il necessario superamento formale della soggezione del delinquente al potere dominicale o paterno. Per di più essa emerge, come previsto da Tab. 12.2a (*si servus furtum faxit noxiamve no[x]it, erus noxae im dedito*), sicuramente nel caso di illeciti commessi dal *servus* per ipotesi in cui la legge non prevede alcuna forma vindicativa, ma, come per il furto semplice per il *fur sui iuris*, una pena privata (Tab. 8.16): anzi, attribuendo a *noxia* il senso di ‘*damnum* arrecato al patrimonio della vittima’ (possibile conseguenza non solo di sottrazioni, ma anche di varie forme di lesioni patrimoniali) e a *-ve* un valore copulativo, la disposizione risulterebbe allusiva alla sola ‘nossalità’ per il furto non manifesto e del suo effetto (cfr. FENOCCHIO, 2008, 160; ma v., contro tale impostazione, le interpretazioni di Celso e di Giuliano in D. 9.4.2.1, quanto al rapporto tra testo decemvirale e testo del plebiscito aquiliano). Forse il regime decemvirale della nossalità avrebbe potuto essere esteso anche a quei casi in cui la legge prevedeva il pagamento di una somma di danaro o fissa o stabilita pattizamente, ma solo per escludere il taglione, come nel caso dell’*os fractum* e del *membrum ruptum* commessi dal *sui iuris* (Tab. 8.2-3: *si membrum rupit, ni cum e<o> pacit, talio esto; manu fustive si os fregit libero, CCC <assium>, si servo, CL <assium> poenae sunt*), sempre che la connessione tra nossalità e *iniuriae* di molto successiva al V secolo a.C. per come suggerito da Gai 4.75-76 non dovesse concernere anche le due ipotesi appena ricordate: con riguardo a Tab. 12.2a, all’enclitica *-ve* dovrebbe essere dato valore disgiuntivo e *noxia* sarebbe da intendere come segno evocativo di un illecito diverso dal *furtum* e corrispondente non solo al danneggiamento patrimoniale (così, invece, per tutti, v. LISOWSKI 1940, 595 s. e PUGLIESE 1972, 81), ma anche alle lesioni fisiche non mortali (cfr., in tal senso, CANNATA 2014, 307; LUZZATTO 1934, 184; *contra*, v. DE VISSCHER 1947, 181; SARGENTI 1950, 22 ss., 25; PUGLIESE 1972, 83 e nt. 10). Ad altra soluzione ancora – e ancor più estensiva della nossalità decemvirale – porterebbe la lettura estensiva gaiana (contrastante, formalmente, con il succinto resoconto di Gai 4.75-76), o anche quella celsina, del versetto (cfr. D. 50.16.238.3, Gai. 6 *ad l. XII tab.*; D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.*; cfr., inoltre, D. 9.1.1.1, Ulp. 18 *ad ed.*; I. 4.8.1): se *noxia* è interpretata non come ipotesi contrapposta a *furtum*, ma come *genus* capace di includere in sé il *furtum* (fermo restando che *-ve* vada letto come sinonimo di *vel*), allora Tab. 12.2a prevedrebbe la dazione a noxa del servo per i casi o di furto (da ritenere, in tal contesto, la *noxia* per eccellenza) o di ogni altra ipotesi particolare di *noxia*, *alia* rispetto al furto (v., in tal senso, MORGESE RASIEJ 1991, 313 s.; CANNATA 2014, 314). Su tutto ciò cfr., *amplius*, PELLOSO 2019, 254 ss., 260 s., nt. 69, 291 ss.

³³ Gai 4.75. Isolato è rimasto il pensiero di BESELER 1913, 64 secondo cui il tratto ‘*erat -esse*’ sarebbe un’aggiunta post-classica. È vero che la disposizione decemvirale in oggetto pare formulata – sulla scorta di D. 9.4.2.1 – in termini di solo illecito servile così come molti altri frammenti del Digesto riguardano solamente schiavi: tuttavia sarebbe lecito, in linea di principio, generalizzare, sin dall’età più antica, le disposizioni legislative (proprio come Tab. 12.2a) e le

La dazione a nosa, primariamente, viene intesa come mezzo per 'limitare' la responsabilità dell'avente potestà, secondo una valutazione di carattere soggettivo in termini di costi-benefici e, quindi, di bilanciamento di interessi che consideri comparativamente, così da evitare il maggior danno, la perdita (personale e patrimoniale) del delinquente soggetto a potestà mediante la traslazione nossale e la perdita (patrimoniale) della somma di danaro dovuta alla vittima a titolo di *poena*³⁴: ad avviso del giurista antoniniano, infatti, '*erat [...] iniquum*' che un *pater* o un *dominus* fosse chiamato a rispondere della *nequitia* di un figlio o di uno schiavo *ultra ipsorum corpora*.

Anche se molti credono che tale spiegazione sarebbe riferibile al regime più remoto della nossalità (ossia a quello decemvirale, se non – per alcuni – ad epoche addirittura anteriori alla metà del V secolo a.C.)³⁵, a mio credere esso non può

considerazioni giurisprudenziali per comprendervi anche i delitti dei figli (v. PUGLIESE 1972, 81 s., e nt. 6; *contra*, ossia a favore di una primitiva inerenza della nossalità ai soli delitti commessi dagli schiavi, v. SIRKS 2013, 104 s., e ID. 2015, 265; CANNATA 2014, 318 ss.; MCGINN 2017, 252 ss.), atteso che all'epoca della codificazione giustiniana, l'abbandono nossale veniva consentito solo per schiavi e animali con esplicita abrogazione dell'istituto della nossalità filiale (cfr. I. 4.8.7 e I. 4.8.5 in comparazione con Gai 4.77: v., sul punto, ALBANESE 1948, 343 ss.; DE VISSCHER 1960, 8; VOCI 1980, 74 s.). Rimangono, infine, menzioni sporadiche – forse per svista dei compilatori: cfr. ALBANESE 1978, 255, nt. 224 – della *noxae deditio* dei liberi (cfr. D. 43.29.3.4 e D. 9.4.33), nonché altrettanto pochi e generici cenni agli *alieni iuris* (cfr. D. 9.4.32 e D. 27.6.9.1).

³⁴ Cfr. PUGLIESE 1950, 122. Sulla stessa scia, GRÖSCHLER 2010, 196, sostiene come la consegna nossale non possa di per sé costituire una diminuzione di responsabilità nel caso di un *delictum* commesso dal *filius familias*: in tal caso, infatti, il trapasso del *filius familias* all'offeso sarebbe piuttosto, se confrontata con il pagamento della *litis aestimatio*, il male peggiore. Anzi, per lo studioso, l'idea di una diminuzione di responsabilità del *dominus* non persuaderebbe neppure con riguardo al fatto illecito dello schiavo. La possibilità di ricorrere alla *noxae deditio* avrebbe, infatti, portato il *dominus* a impiegare, per le attività più pericolose, gli schiavi di minore valore economico, così da minimizzare il proprio rischio. Pertanto, conclude Gröschler, se la *licentia* di ricorrere alla *noxae deditio* fosse stata intesa sin da principio come una «diminuzione di responsabilità», si sarebbe venuto a definire «con riferimento alla consegna degli schiavi, uno strumento il cui rischio di uno scorretto uso sarebbe stato facilmente visibile». Il ragionamento non mi pare *in toto* seguibile. Innanzitutto, perché Gaio non sostiene essere la dazione nossale di per sé il minor danno in senso oggettivo e assoluto (come pare intendere, invece, lo studioso), ma precisa come le azioni nossali siano un congegno che attribuisce all'avente potestà un 'potere di scelta' che, di volta in volta, sarà declinabile secondo gli interessi del caso: è dunque l'alternativa a garantire il minor danno all'avente potestà, non la sola dazione a nosa. In secondo luogo, l'argomentazione limitata agli schiavi non sembra pertinente al problema della commissione di delitti, ma a quello di debiti contrattuali da contratto: uno schiavo, anche non impegnato in particolari negozi, avrebbe potuto perpetrare furti o danneggiamenti a scapito di terzi.

³⁵ GALLO 1984, 44; MORGESE RASIEJ 1991, 295 s.; MANNI 2012, 106 e nt. 54; ID. 2013, 145 nt. 102; CANNATA 2014, 284, 314; *contra*, v. PUGLIESE 1972, 84 s. e nt. 12, 90 s.; MCGINN 2017, 227 s. Che il § 75 non stia trattando delle 'origini' delle azioni nossali in senso assoluto (con riguardo all'epoca decemvirale o pre-decemvirale), ma introduca generalmente agli studenti la materia indicando perché e con quali caratteri siano state concepite le 'attuali' – cioè esistenti ai tempi del II secolo d.C. – azioni esperibili a seguito della commissione di illeciti da parte

essere confacente che a uno strato storico ben più recente: ciò si evince, tra l'altro, dalle informazioni che, per il tramite di Ulpiano, ci fornisce Celso³⁶: *Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset*. Fu, dunque, solo con l'introduzione della *lex Aquilia* che, a partire dal III secolo a.C., si esclude – o così almeno ritenevano alcuni se non tutti i *prudentes* – la responsabilità nossale, stabilendosi quella *directa e in solidum* dell'avente potestà, in ipotesi di sua *scientia*; di contro, nel sistema consacrato dai decemviri a metà del V secolo a.C. la dazione a noxa dell'offensore all'offeso prescindeva – e questa sembrava essere opinione incontrovertita tra i classici – dalla 'colpevolezza' dell'avente potestà, essendo il regime previsto sempre il medesimo – ossia quello *cum noxae datione* – che oggettivamente si applicava a fronte della sola *nequitia* posta in essere materialmente dai soggetti a potestà (o, più precisamente, i *servi* in assenza di un riferimento ai *fili*).

Ora, alla luce di tale assetto, a me sembra che il congegno nossale descritto da Gaio al contempo in termini di alternatività (*aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*) e di equo mezzo di limitazione della responsabilità per l'avente potestà (*erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisue damnosam esse*) presupponga in quest'ultimo soggetto l'assenza di *scientia* circa l'illecito del sottoposto. Di contro, il regime nossale introdotto dai decemviri (che – come appena sopra ricordato – si applicava oggettivamente) doveva

di *alieni iuris* mi pare emerga proprio dai due esempi che immediatamente il giurista adduce: il caso del furto e quello dell'ingiuria. Vero è, infatti, che il § 76, nell'enumerare alcuni dei momenti più significativi nei quali le azioni nossali sono state introdotte, riferisce solo l'azione di furto alle XII tavole, mentre per l'*actio iniuriarum* individua come fonte l'editto del pretore. La trattazione di Gaio è sicuramente impostata storicamente (così, persuasivamente, CANNATA 2014, 314), ma con un interesse spiccato ad evidenziare una continuità storica tra le epoche più remote e il diritto a lui contemporaneo (così, altrettanto persuasivamente, PUGLIESE 1972, 80, nt. 4): il giurista antoniniano, nel tratto dei §§ 75-76, a ben vedere, né esclude che anche prima delle XII Tavole fossero operativi meccanismi sanzionatori per la commissione di illeciti da parte di schiavi e di figli, né esclude che il regime processuale in materia nossale per scopi e forme fosse dopo l'entrata in vigore del codice decemvirale diverso da quello vigente. Semplicemente Gaio, a mente del suo auditorio di studenti e degli scopi della sua opera, astrae da tutto ciò per sottolineare come il regime attuale della nossalità (caratterizzato dalla *licentia* a favore dell'avente potestà dell'offensore condannato di scegliere tra *noxae dedere* e *litis aestimationem sufferre*), lungi dall'essere nei secoli sempre il medesimo, trovasse il suo fondamento, la sua prima radice già nella legge delle XII Tavole, poi nella *lex Aquilia*, poi ancora nell'editto del pretore.

³⁶ D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.* (cfr. ALBANESE 1967; MORGESE RASIEJ 1991, 316 ss., 330 e nt. 115; CANNATA 2014, 285 ss.). V., inoltre, D. 2.10.2, D. 9.2.27.1, D. 9.4.4, con KNÜTEL 1983, 367 ss.

presentarsi diversamente sotto il profilo sia della forma sia della *ratio*, in quanto l'alternatività – se si dà credito, appunto, a Gaio – era stata pensata come una forma di limitazione della responsabilità di *domini* e *patres*. Ergo, le XII Tavole, prevedendo un sistema unitario di nossalità che non distingueva tra avente potestà *sciens* o *insciens*, non potevano essere conformi a tale schema. È chiaro, infatti, che le ipotesi decemvirali di delitto commesso materialmente da un soggetto *alieni iuris*, ma comunque su ordine o con concorso colposo omissivo del *sui iuris* convenuto in giudizio, non potessero essere governate dalla generale *ratio* di 'equità' esposta da Gaio nell'introduzione istituzionale della materia nossale a sostegno della alternatività tra *litis aestimationem sufferre* e *noxae dedere*. Se si ritenesse, per l'appunto, che il tratto '*erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisue damnosam esse*' concernesse anche il diritto vigente nella seconda metà del V secolo a.C., bisognerebbe sostenere o che Gaio – autore di un commento in sei libri delle XII Tavole³⁷ – non fosse minimamente a conoscenza del regime nossale arcaico insensibile allo *status* psicologico dell'avente potestà (cosa di per sé altamente implausibile), o che egli – contro ogni logica – non solo ritenesse tale alternativa vigente al tempo dei decemviri, ma anche fosse convinto che fosse 'equo' escludere la responsabilità *in solidum* del *dominus* e del *pater*, se *scientes*, così da garantire a questi ultimi, grazie alla via della *noxae deditio*, la *licentia* di scelta del danno soggettivamente minore.

Insomma, la comparazione di Gai 4.75 con D. 9.4.2.1 induce, a mio credere, a ritenere sia che il regime nossale descritto nel primo dei due passi non sia quello implicato, con riguardo alle XII Tavole, dal secondo per come supposto da Celso e da Ulpiano, sia che quest'ultimo regime molto poco plausibilmente sia stato caratterizzato dall'alternativa più volte menzionata in relazione all'età classica e al sistema formulare³⁸, in quanto introdotta solo in connessione con il concentramento del regime ai soli casi di delitto del soggetto a potestà *patre vel domino insciente*.

Gaio – nonostante l'uso del tempo imperfetto *erat* e dei perfetti di *prodere* e *constituere* – pare riferirsi ad un regime ancora attuale nel II secolo d.C., ma di certo originatosi progressivamente nel corso dell'età repubblicana³⁹, i cui connotati processuali sarebbero peculiari sia rispetto alle altre azioni (e ciò risulta chiaramente da quanto conosciamo del processo formulare) sia rispetto alla precedente disciplina vigente in ipotesi di illecito privato commesso da un soggetto a potestà (e ciò risulta, anche se non espressamente, tanto dalla menzione da parte del giurista antoniniano dell'introduzione di un peculiarissimo meccanismo

³⁷ V., per tutti, DILIBERTO 1990, 403 ss.

³⁸ PUGLIESE 1972, 81 s., 91 s.; CRAWFORD 1996, 717; GRÖSCHLER 2010, 196 ss., 200 ss.; CANNATA 2014, 307.

³⁹ Gai 4.76: *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, uelut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, uelut iniuriarum et ui bonorum raptorum.*

azionale ancora vigente, quanto dalla suvvista non originarietà di tale meccanismo, di necessità sostitutivo di quello previgente e, forse, originario)⁴⁰. ‘Quando furono introdotte le azioni nossali che ancora oggi la vittima di un delitto commesso da schiavi o figli esperisce contro il proprietario o il padre’ – informa i suoi studenti Gaio – ‘si permise a questi ultimi, anche se condannati, di scegliere tra *litis aestimatio* e dazione a nossa’. In altre parole, il giurista intende enfatizzare come le *actiones noxales*, sin dalla loro prima *constitutio*, diedero ai convenuti in giudizio una *licentia* senza precedenti, inesistente non solo negli altri e coevi giudizi formulari (in cui la condanna era solo pecuniaria), ma anche nei pregressi modi di agire (in cui tale alternativa, per come concepita a favore dell’avente potestà, non poteva raccordarsi al regime indifferenziato pre-aquiliano). E ciò proprio perché – si puntualizza tra le righe di Gai 4.75 – ‘sarebbe stato’ e ‘sarebbe’ iniquo (*erat iniquum*)⁴¹ che il regime processuale nossale attuale (teso a limitare *cum noxae datione* la responsabilità dell’avente potestà solo se *insciens* circa l’illecito del sottoposto) e sostitutivo di quello previgente (indifferente all’elemento soggettivo dell’avente potestà e pertanto non animato dalla medesima *ratio* e non congegnato nelle medesime forme), fosse omologato a quello generale delle

⁴⁰ Ciò che Gaio scrive, come si è tentato di dimostrare nel testo, non attiene in particolare al regime decemvirale della nossalità: quest’ultimo, insensibile alla distinzione tra avente potestà *sciens* o *insciens* e unitariamente generalizzato a entrambe le ipotesi, non poteva coerentemente (ed equamente) essere congegnato, in termini di diminuzione della responsabilità, *uti liceret patri dominoue aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*. Ben plausibile è che, come si ricava anche nelle più recenti ricostruzioni di Tab. 12.2a, la legge ‘comandasse solo la dazione a nossa, (cfr. D. 9.4.2.1, Ulp. 18 ad ed.: *sed si placeat, quod Iulianus libro octagensimo sexto scribit ‘si servus futurum faxit noxiamve nocuit’ etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur*; Fest., s.v. «noxia» [ed. Lindsay 180]: *Noxia, ut Ser. Sulpicius Rufus ait, damnum significat in XII> apud poetas autem, et oratores ponitur pro culpa, at noxa peccatum, aut pro peccato poenam, ut Accius in Melanippo: «Tete esse huic noxae obnoxium». Item, cum lex iubet noxae dedere, pro peccato dedi iubet. Caecilius in Hypobolimaero Chaerestrato: «Nam ista quidem noxa muliebrest, magis quam viri*; Fest. s.v. «noxia» [ed. Lindsay 181]: *Noxia apud antiquos damnum significabat, sed a poetis ponitur pro culpa: noxa ponitur pro peccato aut pro peccato poena, cum lex iubet noxae dedere pro peccato*: ‘*si servus furtum faxit noxiamve no[x]it, noxiae datus esto*’ (secondo l’integrazione di CRAWFORD 1996, 717: «if a slave commit theft or cause damage, he is to be given for the damage»); ‘*si servus furtum faxit noxiamve no[x]it, erus noxae im dedito*’ (secondo l’integrazione di CANNATA 2014, 309). A prescindere da come si interpretano i segni *noxia* e *-ve*, infatti, risulta chiaro come i decemviri non avessero affatto previsto l’alternativa a favore dell’avente potestà, propria invece delle azioni nossali del tempo di Gaio (‘*aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*’), bensì avessero solo impartito l’ordine (‘*lex iubet*’, scrive Festo) di provvedere alla dazione a nossa (*noxiae datus esto* / *erus noxae im dedito*).

⁴¹ Come scrive MCGINN 2017, 227, nt. 30, sulla scorta di DE ZULUETA 1946, 267, GORDON-ROBINSON 1988, 463, «the imperfect form of the verb *erat* has a present conditional sense rather than a reference to the distant past».

actiones poenales (volte a sanzionare solo pecuniariamente l'avente potestà quale autore di illecito).

Ebbene, se Gaio rintraccia, con riguardo alla materia della nossalità, un filo rosso che connette al presente dell'età antoniniana le XII Tavole, la *lex Aquilia* e l'editto del pretore (così sostenendo che il regime vigente affonda le sue origini nel più remoto diritto dell'età repubblicana), allo stesso tempo precisa che, con riguardo allo stadio più avanzato, la finalità delle *actiones noxales* è sia quella sanzionatoria a valle della commissione da parte di un *alieni iuris* di un atto antiggiuridico extracontrattuale (e non quella primariamente ristoratrice della posizione della vittima), sia quella limitativa della responsabilità del *sui iuris* del delinquente: nessun diretto cenno, in un'ottica vittimo-centrica, viene fatto a pretese vindicative e a funzioni satisfattive. E se è vero che la funzione 'limitativa' ascritta alla alternatività non poteva estendersi – per quanto sopra detto – al sistema decemvirale, ciò esclude solo che la dazione a noxa fosse generalmente prevista dalla legge a vantaggio dell'avente potestà (tanto *insciens* quanto *sciens*), ma non permette affatto di attribuire alla traslazione nossale – se non in via del tutto congetturale – scopi vendicativi. Anzi, se dobbiamo credere ad una qualche continuità tra V secolo a.C. e II secolo d.C. (assodato il mutamento di regime e di *ratio* occorso dopo la *lex Aquilia*), se nell'assetto più recente la dazione a noxa è alternativa alla *litis aestimatio* a vantaggio del *sui iuris* convenuto in giudizio, nello stadio pregresso essa ben potrebbe avere avuto la funzione di liberare l'avente potestà, dante causa, secondo il comando legislativo (in assenza di una alternativa che, invece, troverebbe giustificazione – stando a Gaio – solo a seguito della riforma aquiliana atta a escludere la responsabilità nossale, e prevedere quella *in solidum*, in caso di avente potestà *sciens*), e non quella di permettere all'offeso, avente causa, di vendicarsi sul *noxae deditus*⁴². La sola immagine che le

⁴² Il regime della alternatività è indiscutibilmente presentato solo dalla prospettiva – e come mezzo pensato a favore – del *dominus* e del *pater* allo scopo di permettergli di subire il minor danno: cfr., a mente di CANNATA 2014, 284, e di KLINCK 2015, 138 ss., MCGINN 2017, 227: «the emphasis is placed squarely on the loss to the blameless owner or *pater familias*, namely, in justifying the fairness of the noxal regime in not making him liable for more than his interest in handing over the miscreant's *corpus*, and not on what happens to the latter once the transfer is made»; *contra*, v. JOBBÉ-DUVAL 1924, 297; BIONDI 1925, 250; BRANDI CORDASCO SALMENA 2012, 130 e nt. 105. Non credo possa impiegarsi Gai 1.140 (*ac ne is quidem dicitur invito eo, cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit, veluti quod furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit. Nam hunc actor pro pecunia habet*) per sostenere la natura intrinsecamente satisfattiva della dazione a noxa, atteso che qui il giurista si limita a sottolineare la natura surrogatoria rispetto alla *pecunia*, la quale, ontologicamente, funge da pena privata per il delitto commesso e non da risarcimento per il danno subito (il che contribuisce a diffidare dall'idea espressa da PUGLIESE 1953, 261 e nt. 1, secondo cui i giuristi classici «non ponevano la *noxae deditio* sullo stesso piano del pagamento della pena», mentre quelli più antichi ne ravvisavano «un modo di soddisfare la persona lesa» nel suo «bisogno di vendetta sorto dal delitto»). A una implicita funzione satisfattorio-vindicativa non credo neppure alluda Ofilio in D. 2.9.1.1, Ulp. 7 *ad ed.* (*sed et si noxae deditus sit, Ofilius non putat in eadem causa*

fonti romane consegnano della dazione nossale è quella di mezzo solutorio, per eccellenza, del vincolo nossale e non quella di presupposto di un successivo atto vendicativo.

5. *D. 9.4.1, Gai. 2 ad ed. prov.: la genesi del vincolo tripolare 'ex noxa atque maleficio'*

La commissione di un delitto da parte di un soggetto a potestà quale uno schiavo e un figlio⁴³ crea, dunque, un 'vincolo trilaterale' (ma bi-personale) contraddistinto dalla rigida fissità di due 'lati' (o meglio di una 'parte', la vittima, e del delinquente quale 'mezzo di connessione' con il suo avente potestà) e dalla fluttuante modificabilità della terza (per l'appunto l'avente potestà dello schiavo o del figlio)⁴⁴.

sisti, cum noxae deditio ceteris noxalem actionem peremi putat): se l'avente potestà, convenuto in giudizio per uno dei più delitti commessi dal proprio sottoposto nei confronti di diversi soggetti, dopo averne promesso all'attore mediante *vadimonium* la presenza *in eadem causa* all'udienza successiva (cfr. D'ANGELO 2015a; ID. 2015b; ID. 2017a, 99 ss.), avesse perfezionato la *noxae deditio* a un'altra tra le persone offese, il delinquente dato a noxa non avrebbe potuto più dirsi *in eadem causa*, perché l'azione sarebbe venuta meno (mentre Paolo, come risulta da D. 2.9.2 pr., ammetteva che, una volta dato a noxa lo schiavo a una delle più persone offese, l'azione non si sarebbe estinta e anche gli altri avrebbero potuto agire *noxaliter* contro l'attuale avente potestà). Ebbene, nel caso di concorso di azioni derivanti dalla commissione di più illeciti da parte di un sottoposto, per alcuni dei giuristi più antichi l'estinzione dell'azione, dopo la prima delle (ipoteticamente plurime) dazioni nossali, sembra giustificarsi in forza di un'applicazione non estensiva del principio '*noxacaputsequitur*', nel senso che solo l'alienazione non nossale avrebbe legittimato una vittima all'azione contro l'avente causa, mentre – nel caso di più distinte vittime – la prima dazione a noxa avrebbe determinato l'*amissio* dell'*actio* (così da evitare, secondo il buon senso del *prior in tempore*, una possibile catena di ulteriori, in via generale inutili, processi che il principio *noxacaputsequitur*, se applicato anche dopo la prima *noxae deditio*, avrebbe comportato permettendo infatti alla vittima, quale secondo attore nel tempo, di prevalere definitivamente sulla prima, convenuta dopo la prima *noxae deditio* a suo favore, e così via, in ipotesi di ulteriori vittime di delitti del medesimo *alieni iuris*).

⁴³ Sul problema della *noxae deditio* della donna *in manu* e del figlio *in mancipio*, cfr. AMUNÁTEGUI PERELLÓ 2006-2007, 205 ss.

⁴⁴ I giuristi classici enfatizzano in vario modo la natura obbligatoria di tale vincolo soprattutto attraverso allusioni e comparazioni (cfr., sul punto, LENEL 1923, 18; PUGLIESE 1953, 245 s.; BETTI 1935, 561 s.; FALCHI 1976, 165; FRANCESCO 2015, 194 ss.). Ad esempio in D. 39.6.18.3, Iul. 60 *dig. (qui hominem noxae nomine vel alias obligatum mortis causa acceperit, tantum cepisse intellegendus est, quanti is homo venire potuisset. Idem in fundo qui obligatus est observari poterit, ut pretium excutiatur)*, Giuliano rimarca che come un fondo viene 'obbligato' (a valle di un debito del proprietario) e tale rimane una volta acquistato *mortis causa* dall'erede, ossia vincolato a favore del creditore garantito da pegno, così lo schiavo delinquente è affetto da *noxa* e legato alla vittima del delitto, tale rimanendo qualora passi in proprietà altrui, obbligando prima il suo *dominus* e, poi, i suoi eventuali aventi causa; di contro, in caso di offesa perpetrata dal servo al proprio *dominus* o dal figlio al proprio padre, nessun vincolo nossale si può ingenerare (Gai 4.78). Come una *res* priva di oneri, anche uno schiavo è suscettibile di essere promesso *solutus*, sciolto da vincoli nossali che lo legano e legano vittima e proprietario (D. 50.16.174, Ulp. 42 *ad Sab.*: [...] *qui furtis*

Il vincolo della *noxā* anzitutto lega 'realmente' il delinquente alla vittima in un rapporto che, di necessità, a fronte dello *status* rivestito dal primo, non può atteggiarsi a rapporto di debito-credito suscettibile di farsi valere, *iure civili* anzitutto, in giudizio. Un vincolo che per costituirsi, stando a quanto i giuristi classici permettono di conoscere dalla trattazione della materia, richiede l'integrarsi contestuale di più elementi sia positivi che negativi: è solare, infatti, come la commissione dell'illecito debba essere tale da rivestire 'autonoma rilevanza' ai fini della responsabilità nossale e, quindi, ai fini dell'esclusione della responsabilità diretta e *in solidum* dell'avente potestà. Con riguardo al momento dell'integrazione della fattispecie delittuosa e, poi, anche a quello dell'esperimento dell'azione, l'offensore – come già numerose volte è emerso nelle pagine che precedono – deve essere un sottoposto. Di regola, però, con particolare riguardo al *tempus commissi delicti*, l'offeso dall'illecito neppure deve essere l'avente potestà dell'offensore, assurgendo il *dominium* e la *patria potestas* su schiavo e, rispettivamente, su figlio a generali cause di esclusione della genesi della *noxā*-vincolo e, quindi, della stessa legittimazione attiva all'azione, destinata a difettare – come è logico – anche se poi lo schiavo offensore venga alienato a terzi oppure manomesso: *si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est obligatio nasci potest. Ideoque etsi in alienam potestatem peruenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo cuius nunc in potestate est agi potest*⁴⁵.

noxaque solutum, nemini esse furti obligatum promittit. D. 21.1.1.1, Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul.* [...] *qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitii cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit*). Importante anche D. 44.7.14, Ulp. 7 *disp.*: *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.* Ulpiano insegna che gli schiavi si obbligano *ex delicto*, e che l'*obligatio* permane dopo la *manumissio*: non certo nel senso che gli schiavi sono tenuti alla pena pecuniaria nei confronti del creditore (così, invece, da ultimo, cfr. BRANDI CORDASCO SALMENA 2012, 87), ma nel senso che il loro delitto costituisce un vincolo che li lega alla vittima (così implicando il coinvolgimento del *dominus*) e che tale vincolo permane in caso di liberazione (così obbligando i delinquenti sé stessi, una volta divenuti *sui iuris*, ossia 'aventi potestà su di sé' o 'soggetti alla propria potestà'). Questa impostazione riprende, ma non coincide esattamente con, quella proposta da Betti (e recentemente valorizzata da Francescon): l'espressione, secondo lo studioso, infatti, la prima volta sarebbe da intendere in termini oggettivistici di una *obligatio rei* (ossia vincolo creato sul corpo dello schiavo), mentre la seconda volta nel senso di una *obligatio* avente ad oggetto il pagamento di una pena pecuniaria. Ove si intenda la *noxā* come vincolo geneticamente 'tripolare' che coinvolge la vittima e il delinquente e, per mezzo di questa, l'avente potestà di quest'ultimo (o, poi, lo stesso delinquente divenuto libero) sgrava dalla necessità di intendere in due differenti sensi, e nel medesimo contesto, il segno *obligare*.

⁴⁵ Gai 4.78; cfr. D. 47.2.16, Paul. 7 *ad Sab.*; D. 47.2.17 pr., Ulp. 39 (?) *ad Sab.* Molti testi, in stretta applicazione del principio gaiano, è al *dominium* o alla *patria potestas* (esistente al momento della commissione del fatto da parte dell'*alieni iuris*) che fanno diretto – o indiretto – riferimento per escludere l'esperibilità dell'azione nossale (in adesione, quindi, all'orientamento per cui legittimato attivo è solo chi subisca un delitto da parte di un soggetto *alieni iuris* altrui):

Se – almeno sotto questo aspetto – il vincolo nossale è destinato a costituirsi nell'ipotesi in cui chi patisce il danno cagionato dal fatto dell'*alieni iuris* sia altro rispetto al soggetto in posizione apicale della comunità familiare di appartenenza di quest'ultimo, di contro, è fatto dubbio nella stessa giurisprudenza classica se, in taluni casi particolari (come ad esempio per l'ipotesi della fuga dello schiavo che, poi, commetta furto ai danni non di terzi, ma del *dominus* quiritario stesso)⁴⁶, vittima di illecito fonte di vincolo nossale possa essere consi-

cfr. D. 9.2.27.1; D. 9.4.8; D. 9.4.20; D. 9.4.37; D. 9.4.41; D. 11.3.14.2; D. 47.2.17.2; D. 47.2.18; D. 47.2.43.12; D. 47.2.62(61) pr.; D. 47.4.1.1; D. 47.10.17.9; C. 3.41.1; nonché v. D. 47.2.44.2 e D. 47.2.65(64).

⁴⁶ Giustiniano in C. 6.2.21 dà conto di una interessante controversia classica incentrata sui problemi della legittimazione all'azione nossale del possessore di buona fede tanto attiva, quanto passiva, a valle della regola secondo cui '*qui habet adversus alium furti actionem ipse ea teneri non potest*' (chi ha nei confronti di altri la titolarità dell'azione nossale di furto non può essere convenuto con la medesima azione). L'ipotesi di base è quella della fuga di uno schiavo dal suo proprietario quiritario, schiavo che, poi, lontano dal *dominus* commetta furto dopo che altro cittadino romano ne ha acquistato la *possessio fide bona*: nel § pr. il delitto – si immagina – viene perpetrato ai danni o dello stesso possessore di buona fede o anche di un terzo (anche se nel prosieguo del testo, poi, si considera il furto commesso vuoi dopo l'inizio della fuga ma prima della *possessio fide bona*, vuoi dopo il rientro nella sfera di disponibilità materiale del *dominus*): *apud antiquos quaerebatur, si servus, quem aliquis bona fide possidebat, furtum commiserit alienarum rerum vel ipsius apud quem constitutus est, si ipse qui bona fide eum detinet noxalem furti actionem adversus verum dominum habet, vel ipse ab eo qui furtum passus est praedicta convenitur actione* (cfr., paradigmaticamente, sui contenuti della costituzione, DE VISSCHER 1947, 262 ss.; PUGLIESE 1950, 149 ss.; FALCHI 1976, 127 ss.; SARGENTI 1977, 337 s.; nonché sulla natura di *decisio* della legge, v. VARVARO 2000, 450 ss. e nt. 217). Secondo la più parte dei giuristi (cfr. Bas. 60.6.28 schol. 1), come emerge da §1, il possessore di buona fede non avrebbe mai avuto legittimazione passiva all'*actio furti noxalis* in quanto egli stesso, come ogni terzo derubato, dopo la fuga dello schiavo dal suo *dominus* avrebbe potuto agire (sia durante sia dopo il suo possesso, sia una volta ritornato lo schiavo presso il suo *dominus*) contro quest'ultimo per tutti i furti che avesse subito (v., in questo senso, Giuliano e Marcello, oltre che, almeno apparentemente, lo stesso Ulpiano, in D. 9.2.27.3 per l'ipotesi di danno cagionato dallo schiavo in fuga ai sensi del primo capitolo della *lex Aquilia*: cfr. HÄGERSTRÖM 1927, 55, nt. 1, 60 s., nt. 1; LISOWSKI 1940, 63): *quidam ita eam per coniecturam interpretati sunt, adversus bona fide quidem possessorem nullo modo furti actionem extendi, ipsi autem, si furtum fuerit passus, adversus verum dominum furti actionem noxalem recte decerni: tunc autem bona fide possessorem furti nomine, quod passus est, noxalem actionem contra dominum habere posse, quando servus sub domini sui fuerit constitutus possessione: et pro his rebus posse eum adversus dominum habere actionem, non solum quas servus subtraxerit iam apud eum constitutus, sed et pro his quas furatus est, quando fugit quidem a bona fide possessore, adhuc autem nondum sub domini sui manibus fuerit constitutus*. Il che implica che, secondo i sostenitori di questa scuola di pensiero, il *dominus* (che conservava possesso e proprietà quiritaria anche *post fugam initam*) era da considerare avere costante *potestas* sul *fur alieni iuris*, ancorché privo *post fugam initam* del potere attuale di controllo sullo stesso (v., in termini generalissimi, Gai 4.78 e D. 47.2.17 pr.): se durante la fuga lo schiavo avesse, quindi, commesso un furto nei suoi confronti (soluzione questa, in verità, non espressamente contemplata dalla costituzione giustiniana, ma – come credo – implicata dalle premesse), non avrebbe mai potuto configurarsi l'insorgenza di una *nox*a come vincolo (*obligatio*) legante lo schiavo delinquente e il proprietario offeso (avente

derato – ai fini dell'esperimento dell'azione nossale nei confronti del possessore di buona fede del delinquente – il proprietario privato del potere di controllo. Così, a concedere di agire 'ex noxa atque maleficio' (come evocativamente scrive Gaio)⁴⁷ al proprietario (ancorché *dominus*, ma non *cum potestate*) sembra incline, esplicitamente, Pomponio (a monte di una sommessa e tacita approvazione di Ulpiano), in dissenso rispetto ad altri giuristi propensi a sostenere, di contro, una più rigorosa perimetrazione della identificazione della vittima (sul piano sostanziale) e, quindi, dell'*actor* (sul piano processuale), da ancorare solo all'assenza di *dominium* o di *patria potestas* al momento della commissione del *maleficio*⁴⁸.

questi, al momento del delitto, dominio quiritario e, quindi, anche 'potestà' rilevante ad escludere *in toto* la sua legittimazione attiva all'azione nossale). Secondo l'altra interpretazione classica – minoritaria, ma condivisa da Giustiniano (cfr. § 2 della costituzione in oggetto) –, invece, il possessore di buona fede sarebbe stato convenibile in giudizio dai terzi per il delitto dello schiavo in fuga commesso durante la *possessio*; come risulta dal § 3, durante questa finestra temporale il possessore, però, non avrebbe potuto convenire in giudizio il *dominus* fosse gli eventuali furti subiti per mano dello schiavo, mentre se derubato dopo che quest'ultimo fosse ritornato dal *dominus*, proprio *adversus dominum*, come ogni altro terzo, avrebbe potuto agire nossalmente (nel caso di furto a terzi commesso dopo l'inizio della fuga e prima dell'acquisto del possesso di buona fede, la vittima avrebbe potuto agire, in osservanza della regola sulla legittimazione passiva, o contro il *possessor bonae fidei* o, dopo il regresso, contro il *dominus*): *cum igitur bona fide possessor domini cogitatione furem possidet, merito, donec apud eum constitutus est, et aliis tenetur noxali actione, si extranei furtum a servo fuerint passi, et ipse adversus verum dominum non habet actionem secundum regulam dicentem: qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest. Sin autem desinat in servi retentione et ille apud verum dominum fuerit inventus, tunc ipse quidem noxali furti actione minime potest teneri, adversus verum autem dominum habet ipse furti noxalem actionem, id est pro rebus, quas vel nunc furatus est, cum est apud verum dominum, vel antea, postquam bona fide possessoris retentionem excesserit necdum apud verum dominum factus.* Il che implica, diversamente da quanto presupposto dalla prima tesi, che con l'inizio della fuga il *dominus* dello schiavo avrebbe dovuto essere ritenuto privo della *potestas* rilevante al *tempus commissi delicti* anche ai fini della costituzione del vincolo nossale (cfr., implicitamente, ossia con riguardo al *tempus actionis* in riferimento alla *potestas* del convenuto sul soggetto a potestà delinquente: Paul. Sent. 2.31.37; D. 9.4.21.3, Ulp. 23 *ad ed.*; D. 9.4.24, Paul. 18 *ad ed.*), *potestas* che colui che possedeva *bona fide* lo schiavo fuggito acquistava interinalmente fintantoché non si avesse avuto il ritorno dello schiavo alle dipendenze del proprietario quiritario (cfr., sempre implicitamente, ossia con riguardo alla legittimazione del possessore di buona fede: D. 9.4.11, Ulp. 7 *ad ed.*; D. 9.4.12, Paul. 6 *ad ed.*; D. 9.4.13, Gai. 13 *ad ed. prov.*). Ergo, se tanto prima quanto dopo l'inizio della *possessio* in buona fede lo schiavo in fuga avesse commesso furto a danno del proprio *dominus*, questi, come ogni altro terzo – per l'appunto in quanto privo di *potestas* sul *servus* –, avrebbe potuto agire contro il *possessor* di buona fede stesso, fintantoché lo schiavo non fosse ritornato da lui.

⁴⁷ D. 9.4.1, Gai. 2 *ad ed. prov.*: *Noxales actiones appelluntur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur.*

⁴⁸ Il problema della legittimazione attiva del *dominus* per furto dello schiavo in fuga (già considerato *supra*, nt. 46) è risolto in senso positivo esplicitamente da Pomponio in D. 47.2.17.3, Ulp. 39 *ad Sab.*, e, parrebbe, in sintonia tanto con il pensiero di Ulpiano che con quello di Giuliano (cfr., per il contesto, GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 254 ss.): *illud quaesitum est, si, cum in fuga esset servus, furtum domino fecisset, an aequae posset habere actionem adversus eum, qui in potestate domini non regressum bona fide possidere coeperit. movet quaestionem, quod, quamvis possidere servum eo*

Ad avviso di alcuni giuristi, inoltre, l'insorgenza della *nox*a nel senso di vincolo da delitto dell'*alieni iuris* si avrebbe in forza di un ulteriore elemento negativo (sempre avendosi riguardo al momento in cui l'illecito viene posto in essere). Infatti, secondo un orientamento prudenziale classico fatto proprio da Ulpiano sulla scorta di pregresse letture della *lex Aquilia* (che, come già si è avuto modo di mettere in luce, risultava contrapposta a spirito e dettato delle XII Tavole), la

tempore, quo in fuga est, videor, attamen furti actione non teneor, quasi non sit in mea potestate: quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Iulianus scribit. dicit igitur Pomponius libro septimo decimo ex Sabino competere furti actionem huic domino, cuius servus in fuga fuit. Tale unitaria posizione assunta dai tre giuristi classici, quindi, sembrerebbe in contrasto con quanto, *prima facie*, ricavabile da quanto ascritto in D. 9.2.27.3 a Ulpiano e a Giuliano, apparentemente allineati insieme a Marcello nel considerare conveniente in giudizio il *dominus*, e non il possessore di buona fede, in caso di furto commesso dallo schiavo in fuga ai danni di terzi. In D. 47.2.17.3 il *dominus*, anzitutto, è detto chiaramente dal giurista severiano essere privo della *potestas* – anche se, come è incontrovertito, conserva il possesso e la proprietà civile (D. 41.3.15.1; D. 9.4.21.2, 3) – sullo schiavo per tutto il periodo della sua fuga: ne deriva la logica conseguenza della sua legittimazione attiva (presupposto pregiudiziale per la connessa, ma separata, questione della legittimazione passiva: basti tenere presente che, se lo schiavo in fuga commette delitto contro il proprio *dominus* e torna poi in detenzione di quest'ultimo senza alcun possesso interinale di buona fede, dopo la fuga e prima del ritorno, il *dominus* ha azione in quanto non ha *potestas*, ma nessuno è legittimato passivo). Il pensiero di Ulpiano si legherebbe così, sintonicamente, a quello di Pomponio citato nella parte finale (cfr., in tal senso, D'ANGELO 2017a, 98 e nt. 248, contro l'opinione di SARGENTI 1977, 335 s.): e ciò anche per il mezzo di quello che comunemente è stato ritenuto l'affine orientamento di Giuliano, citato tra l'assunto ulpiano secondo cui lo schiavo presso un *possessor* di buona fede non è ancora *regressus in potestate* del proprietario quiritario e quello pomponiano per cui il *dominus* ha azione nossale (cfr. D'ANGELO, 2017a, 96 ss.; GIRARD, 1887, 429, nt. 2, 431 s., nt 1; JOLOWICZ 1940, 22 s.; DE VISSCHER 1947, 266 s. e nt 35, 321 s. e nt. 27). Giuliano, infatti, verrebbe a dire che, dopo la fuga dello schiavo, il possesso – con riguardo alla posizione particolare del *dominus* quiritario – è rilevante solo *ad usucapionem* e non, invece, ai fini dell'esperimento dell'azione nossale, sicché va esclusa la legittimazione passiva del proprietario ove lo schiavo commetta furto a danni di terzi (che, quindi, dovranno agire contro il *possessor bonae fidei* fintantoché lo schiavo non ritorni presso il *dominus*). Se il *dominus* non è conveniente nossalmente in giudizio da terzi vittime del suo *servus fur in fuga*, ciò significa che la sua posizione giuridica, di dominio e di possesso, è tale per cui nulla osta a che, se derubato egli stesso (v., per la plausibilità non scolastica di tale ipotesi, JOLOWICZ 1940, 22), possa agire in giudizio *noxaliter* (abbia cioè legittimazione attiva contro colui che, in quanto possessore in buona fede dello schiavo in fuga, ne abbia la *potestas*): e tale conclusione sarebbe esplicitata, in fine, da Ulpiano per mezzo di Pomponio. Diversamente HÄGERSTRÖM 1927, 56, 60, nt. 1, ipotizza un contrasto di vedute tra Ulpiano e Giuliano: il primo ritenendo che, dopo la fuga dello schiavo, il *dominus* non fosse conveniente in giudizio per perdita di *potestas* (cfr. D. 9.4.21.3), il secondo, invece, che il *dominus* conservasse la potestà ai fini della legittimazione passiva delle azioni nossali (D. 9.2.27.3), di talché in D. 47.2.17.3 la citazione di Giuliano inserita da Ulpiano non sarebbe altro che un incidentale ricordo – privo di valore argomentativo – dell'istituto della *possessio ad usucapionem*. A valle di queste due letture, è comunque assodato (cfr., *supra*, nt. 46) che tra i giuristi classici vi fosse chi ammetteva che legittimato attivo all'azione nossale non fosse solo chi avesse subito un delitto da parte di uno schiavo o un figlio altrui (come talora, in senso ristrettivo, si sosteneva), ma anche chi fosse stato offeso da uno schiavo o un figlio proprio purché, al momento della commissione dell'illecito, non avesse potere materiale sull'offensore.

scientia dell'avente potestà del delinquente avrebbe dovuto difettare. Ad avviso del giurista severiano⁴⁹, perché si integrasse un delitto non dotato di autonomia sul piano della responsabilità nossale, sarebbe stato sufficiente un difetto di proibizione, pur possibile, da parte dell'avente potestà nei confronti del delinquente. In tal ipotesi – prosegue Ulpiano – sarebbe valso il principio '*noxæ caput non sequitur*' (ossia: 'il vincolo nossale non segue l'autore materiale del fatto *alieni iuris*, in quanto è da considerarsi il *sui iuris* il delinquente') già formulato *ad hoc*

⁴⁹ D. 9.4.2 pr.-1, Ulp. 18 *ad ed.*: *Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat.* 1. *Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur [...].* Cfr., paradigmaticamente, ALBANESE 1967, 119 ss., 140 ss., 152; FALCHI 1976, 83 ss.; TILLI 1977, 17 ss.; KNÜTEL 1983, 367 ss.; MORGESE RASIEJ 1991, 314 s.; GRÖSCHLER 2010, 210 ss.; CANNATA 2014, 285 ss. Secondo ALBANESE 1967, 119 ss., 127 ss., 170 (cui si deve una puntualissima disamina del brano e dei correlati passi giurisprudenziali), anzitutto, una parte dei giuristi, tra cui Ulpiano e Celso, avrebbe interpretato la *scientia domini* come semplice *non prohibitio*, mentre un'altra parte, rintracciabile attraverso glosse presenti in D. 9.4.2.1 e confermata nel tratto finale di D. 9.4.3, l'avrebbe considerata corrispondente al *iussus domini* (sulla stessa scia si pone Cannata, che giunge persino a negare che nell'orizzonte interpretativo dei classici vi fosse spazio per una corrispondenza, invero tutta tarda, tra la *scientia* dell'avente potestà e il *iussus* al sottoposto di delinquere: ma v., *contra*, D. 44.7.20 sulla punibilità dello schiavo che abbia agito *iussu domini*). Inoltre, secondo lo studioso, sino a tutta l'età classica, per le azioni penali sanzionanti illeciti solo dolosi, si sarebbe continuato ad applicare in ogni caso il regime decemvirale dell'azione *cum noxæ datione*, mentre l'esperibilità dell'azione penale senza dazione a noxa contro il *dominus sciens*, concessa per la prima volta dalla legge Aquilia, sarebbe stata estesa solo a materie particolari: *de effusis vel deiectis, de positis aut suspensis, de albo corrupto* (v., in adesione, MARRONE 2003, 155 ss. e soprattutto nt. 3 e nt. 15). Tale assetto complessivo, come meglio si vedrà oltre, mi pare frutto di un eccesso di zelo filo-interpolazionistico. Sul punto v., in una cornice analoga di idee, GIMÉNEZ-CANDELA 1980, 119 ss., 128 ss., che, se in termini generali distingue persuasivamente tra *scientia* colposa (sufficiente a fondare la responsabilità diretta del *dominus* in ipotesi di danneggiamento quale illecito sanzionato anche se solo colposo) e *scientia* dolosa (necessaria a sottoporre il *dominus* all'azione diretta nel furto e là ove si richiedesse il dolo), si mostra allo stesso tempo propensa a ritenere in ogni caso ammissibile il concorso tra azione diretta e azione nossale (il che pare escluso dalla posizione particolare assunta da Celso e da Ulpiano; sulla alternatività, tanto classica quanto giustiniana, tra azione nossale e azione diretta in caso di *scientia*, v. BIONDI 1925, 331 ss.; DE VISSCHER 1947, 489 ss.). Diversamente, v., infine, FALCHI 1976, 83 ss., e BENHÖR 1980, 275 s., 279 s., i quali sia distinguono tra il caso del *dominus sciens* e quello del *dominus iubens* (il che pare smentito dalla posizione di quei giuristi che includono nella *scientia* il *iussus*) sia ritengono che tutti i giuristi classici contro il *dominus iubens* ammettessero solamente l'azione diretta (il che pare essere, invece, il pensiero particolare di Celso), credendo inoltre che il regime aquiliano sul *dominus sciens* sia stato oggetto di una rapida generalizzazione, comprendendo anche figure solo delittuose come quella di furto (il che pare poco probabile atteso che quanto si rimproverava al *dominus*, che, consapevole del proposito del servo di commettere delitto, non l'avesse impedito, era la negligenza, di modo che, sino a tutta l'età classica, tale estensione non avrebbe avuto luogo nei delitti solo dolosi, interessando solo quelli nei quali il grado di responsabilità andava oltre il dolo).

da Celso⁵⁰. Con il pensiero di quest'ultimo giurista erano invece in disaccordo,

⁵⁰ Cfr. D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.*: [...] *sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. Et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset [...]*. Secondo Celso, la *lex Aquilia* – innovando sul regime pregresso – avrebbe escluso l'esperimento dell'azione 'nossale' e concesso quella 'diretta' unicamente in ipotesi in cui lo schiavo avesse obbedito al *iussus* del *dominus* nel commettere il delitto, così perdonandolo. Dunque, per questo giurista, io credo, sarebbe esperibile *ex lege Aquilia* l'azione nossale in caso di *dominus* totalmente *nesciens* e di *dominus non prohibens*, non rintracciandosi in tali frangenti ragioni di 'perdono' per lo schiavo delinquente. ALBANESE 1967, 144 ss., sostiene la tesi della manipolazione del tratto, derivando dal commento ulpiano incluso in D. 9.4.3 – *scientia [...] sic accipienda est: si cum prohibere posset, non prohibuit* – la convinzione che nel testo della *lex Aquilia* vi fosse la menzione esplicita della *scientia domini*, di modo che la motivazione celsina si sarebbe fondata sulla base testuale del plebiscito e non, invece, sulla *ratio* della legge; cfr., *contra*, BIONDI 1925, 342 ss.; DE VISSCHER 1947, 492, nt. 12. Per di più CANNATA 2014, 294, pur senza ritenere il tratto '*utriusque - fecisset*' insitico, tenta di rafforzare l'idea già espressa analiticamente da Albanese (secondo cui sia a Celso che a Ulpiano sarebbe stata estranea l'idea della equivalenza tra *scientia* e *iussus*), espungendo da D. 9.4.2.1 ogni pregresso riferimento al *dominus iubens* e al *servus obtemperans* e leggendo le interpretazioni 'politiche' delle XII Tavole e della *lex Aquilia* in materia nossale offerte da Celso e da Giuliano «tenendo per fermo, in particolare, che [...] la nozione di *dominus* era interpretata come quella di *dominus* che fosse stato in grado di impedire i fatti delittuosi del suo schiavo quando questi li aveva commessi». Invero, ritengo sia lecito prendere le mosse dalla genuinità della *mens legis* attribuita nel passo di Ulpiano a Celso nei termini che ci sono stati consegnati dai compilatori: infatti, il periodare è detto spurio dall'ALBANESE 1967, 145, solo perché il tratto '*in hac re*' sarebbe «insopportabilmente approssimativo» e il contrasto tra i plurali *servos* e *dominis* e i corrispondenti singolari «ingiustificabile» (e considerarlo 'buono', come fa Cannata, ma al contempo ritenere Celso e Ulpiano in consenso sull'ampiezza concettuale della *scientia* sembra poco congruente). Di qui, a mio credere, si ricava che per Celso – a differenza di Giuliano – la *mens legis Aquiliae* era quella di *ignoscere* esclusivamente il delinquente che avesse obbedito al proprio avente potestà, e non chi avesse commesso un delitto di cui l'avente potestà era a conoscenza e, pur potendo, non l'avesse impedito. E se tale era, per il giurista, la volontà del legislatore *de damno iniuria dato*, si devono logicamente trarre le due conclusioni che ho già sopra riportato circa la funzione (*abrogans*) del plebiscito Aquilio rispetto al regime pregresso e circa la nozione ristretta di *dominus sciens* (ossia come di *dominus iubens*) emergente dal testo di legge e rilevante per escludere, secondo Celso, il regime della nossalità. A ciò non osta, a mio credere, la citazione che Ulpiano fa di Celso quando scrive '*ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit*' (D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.*): qui, infatti, il giurista severiano non aderisce all'idea celsina di *scientia*, ma si limita a sottolineare, attraverso l'icastico '*noxam caput non sequitur*', come in caso di *scientia domini* (nozione, comunque, bivalente e oggetto di *ius controversum*) la responsabilità nossale né si possa trasferire all'avente causa in caso di alienazione né si possa trasformare in responsabilità diretta in caso di manumissione (e ciò, del resto, in perfetta armonia

almeno sul punto dell'emersione di un autentico vincolo nossale, sia Giuliano sia Paolo, i quali, invece, nonostante la *scientia* dell'avente potestà (intesa come difetto di possibile *prohibitio* del *damnum*), ammettevano, sul piano processuale, il concorso tra 'azione nossale' e 'azione diretta', ovvero, su quello sostanziale, credevano alla creazione della *noxae*-vincolo *a latere* del vincolo obbligante direttamente il *sui iuris*⁵¹. Insomma, in ipotesi di *scientia* dell'avente potestà, per Celso e Ulpiano – ma non per Giuliano e per Paolo – gli estremi sarebbero stati quelli di un illecito commesso solo materialmente da uno schiavo (o da un figlio), ma ascrivibile, *sine noxae deditioe*, al *dominus* (o al *pater*): se era vero – come in qual-

con l'idea che in ipotesi di *scientia* – tanto per Celso, quanto per Ulpiano – non fosse esperibile alcuna *actio noxalis*, ma solo una *actio directa in solidum* contro chi era ritenuto autore, anche se con contributo materiale del sottoposto, del delitto).

⁵¹ Ricostruito nei termini suvisti (cfr., *supra*, nt. 50) il pensiero particolare di Celso cui Ulpiano tende ad aderire almeno in parte, ossia circa l'esclusione del concorso cumulativo o alternativo tra azione nossale e azione diretta, quello di Giuliano – a mio credere – se ne discosterebbe sotto due aspetti, con importanti ripercussioni sul piano teorico e pratico. La *lex Aquilia* – non connotata da *mens abrogans* a favore dello schiavo – avrebbe aggiunto l'azione diretta all'azione nossale in ipotesi di colpa del *dominus*, così da aggravare la posizione del *dominus sciens* e non scusare lo schiavo *parens* (ossia, verosimilmente, di *dominus* almeno *in culpa* [cfr. D. 50.17.50] e, dunque, tanto *iubens* quanto *non prohibens*): *sed si placeat, quod Iulianus libro octagensimo sexto scribit 'si servus furtum faxit noxiamve nocuit' etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret* (D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.*; v., inoltre, D. 9.4.4.2, Paul. 3 *ad ed.* in cui, dopo '*videndum est*', si precisa che se il servo, ancorché *domino sciens* (ossia, generalmente, anche se il proprietario sapeva), delinque dolosamente, questi non potrà rimanere *impunitus*. Per Giuliano, dunque, non solo il concetto di *scientia* sarebbe stato ben più ampio di quello patrocinato da Celso, ma non avrebbe privato di autonomia l'illecito del sottoposto. Giuliano non poteva seguire Celso (sul punto, invece, citato da Ulpiano) nel ritenere che, almeno per il danno aquiliano, la *scientia domini* escludesse l'applicazione del principio '*noxae caput sequitur*'; la *scientia* del proprietario, infatti, non escludeva il vincolo nossale, ma andava ad 'aggravare' la posizione del *dominus* in ragione del concorso qui ragionevolmente, anche se implicitamente, cumulativo tra l'azione nossale contro l'attuale *dominus* e l'azione diretta contro il *dominus sciens* (v. LEVY 1918, 165 ss.; ALBANESE 1967, 147 ss.; MARRONE 2003, 165). In definitiva, Ulpiano, da un lato, parrebbe accogliere l'interpretazione celsina con riguardo alla funzione *abrogans* della *lex Aquilia* (a favore dello schiavo) e, quindi, patrocinare l'esclusione di cumulo e di concorso elettivo in ipotesi di *scientia* (cfr. D. 9.4.2 pr. e D. 9.4.5); dall'altro, parrebbe comprendere – sulla scorta di Giuliano – nella nozione di *scientia* del *dominus* non solo il *iussus*, ma anche la mancata proibizione, pur possibile, dell'illecito (D. 9.4.3): *ergo*, nel caso di *dominus non prohibens* (e quindi *sciens*), e a più forte ragione anche in quello di *dominus* che sa ed è *iubens*, sarebbe stata esperibile solo l'azione diretta, mentre nel caso di *dominus nesciens*, l'azione sarebbe stata nossale. Cfr., per la diversa posizione di Paolo, sia D. 9.4.4.3 sia D. 9.2.45 pr.: contro il *dominus sciens* del delitto del servo la vittima, secondo il giurista, avrebbe potuto agire sia con l'azione penale *sine noxae deditioe* sia, ma in concorso elettivo e non cumulativo (come, di contro, forse pensava Giuliano), con l'azione nossale (v. MARRONE 2003, 160 ss.); per l'adesione dei compilatori giustiniani alla dottrina di Giuliano e di Paolo circa *scientia* e concorso, v., paradigmaticamente, D. 9.4.2.1, in fine (*nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur*).

che modo doveva ammettere anche Paolo stesso – che, in tali ipotesi, lo schiavo ‘*ipse nihil deliquit*’⁵², ma – come ben spiegava Ulpiano – ‘*in solidum dominum obligat*’⁵³, altrettanto vero era che a risultare autore del delitto era il *sui iuris sciens* che, quindi, come tale era direttamente tenuto⁵⁴.

Creata la *noxae* come ‘vincolo’ che lega la vittima *sui iuris* all’offensore *alieni iuris* (implicando, mobilmente, il coinvolgimento in chiave almeno di responsabilità dell’attuale avente potestà sul delinquente o lo stesso delinquente divenuto *sui iuris*), i due presupposti esattamente identificati da Gaio ai fini dell’esperimento dell’azione nossale possono dirsi realizzati. Quest’ultima, infatti, non è semplicemente un’azione da ‘maleficio’ (come quelle relative all’*obligatio* delittuale costituitasi per fatto del *sui iuris*), ma ‘*ex noxa atque maleficio*’, ossia un’azione subordinata alla commissione (nel passato rispetto alla costituzione del rapporto processuale promosso dalla vittima) di un illecito tale, per i suoi connotati sia positivi (*status* di figlio o di servo in capo al delinquente; *status familiae* apicale goduto dalla vittima), sia negativi (*scientia* nell’avente potestà del delinquente; *potestas* della vittima sul delinquente), da generare un ‘vincolo nossale’ il cui perno reale è rappresentato dal ‘*corpus* del delinquente’⁵⁵. Vincolo questo che, ovviamente, deve perdurare sino al radicamento del processo⁵⁶, ossia non essere stato già sciolto in precedenza (con liberazione conseguente), come,

⁵² D. 2.10.2, Paul. 6 *ad ed.*

⁵³ D. 9.4.2 pr., Ulp. 18 *ad ed.*

⁵⁴ D. 9.4.5.1, Ulp. 3 *ad ed.*

⁵⁵ Giunge addirittura FRANCESCON 2015, 180, 182, a scrivere – a mente di Verg., *Aen.* 6.731-733 – che «la *noxae* era un vincolo talmente pregnante sul corpo che, laddove questa non fosse stata riscattata in vita, avrebbe continuato a vincolare il corpo, *rectius* l’anima, anche dopo la morte», e che «la *deditio noxae* avrebbe assolto alla funzione di riscattare il colpevole dalla *noxae* impressa inesorabilmente sul suo corpo, eliminando quella macchia contratta in vita e preservando così la sua anima dopo la morte». L’idea è interessante, ma non mi pare riesca a reggere all’obiezione secondo cui con la morte del delinquente si estingue l’azione nossale (DE VISSCHER 1947, 151, nt. 12). Se quest’ultima fosse intesa primariamente come mezzo predisposto a far valere in giudizio il dovere di *noxae deditio* dell’avente potestà sul delinquente e, allo stesso tempo, si ritiene che il vincolo nossale permanga ‘anche dopo la morte’ (come, del resto, ritiene la stessa Francescon), allora la consegna del cadavere dovrebbe essere una condotta dovuta a favore della vittima ancora deducibile in giudizio: il che, invece, non è mai attestato nelle fonti che mai contemplano, né in termini di facoltà né in termini di doverosità, una dazione a noxa del cadavere prima del processo. Se, al contrario, l’azione nossale fosse intesa come mezzo per perseguire primariamente una pena pecuniaria, essa dovrebbe potersi esperire anche dopo la morte del delinquente: il che, invece, è recisamente negato dalle fonti. L’*actio noxalis* presuppone sia la commissione del delitto (da parte di un *alieni iuris* nei confronti di chi non è ha potestà su di lui e – per alcuni giuristi – in assenza di *scientia* dell’avente potestà), sia l’attualità del vincolo nossale costituitosi a seguito del delitto (cfr., in tal senso, D. 9.4.1, Gai. 2 *ad ed. prov.*): la morte del delinquente pare, diversamente da quanto creduto ultimamente da Francescon, far venir meno quel vincolo pre-processuale (che astringe il delinquente alla vittima e quest’ultima, mediatamente, all’attuale avente potestà) e, proprio per questo, rendere inesperimentabile l’azione.

⁵⁶ D. 9.4.1, Gai. 2 *ad ed. prov.*

ad esempio, oltre che per morte dello stesso delinquente, per previa perfezione della *deditio* stessa (o anche per atto equivalente almeno sul piano degli effetti)⁵⁷, o per accettazione della lite da parte di un terzo convenuto in giudizio in luogo dell'avente potestà⁵⁸.

6. *Gai 4.77 e D. 9.4.39.4, Iul. 9 dig.: la ambulatorietà del vincolo nossale sino alla morte del delinquente e il problema della legittimazione passiva*

Il vincolo nossale, come si è potuto apprezzare dalle pagine precedenti, si presenta oltre che come – tendenzialmente – ‘tri-polare’, anche come – necessariamente – ‘ambulatorio’⁵⁹. Il legame che si costituisce, al momento del *maleficcium*, tra offensore e offeso (in un rapporto non diverso, ancorché solo strutturalmente, ma non funzionalmente e a livello di fonte, da quello che unisce un creditore ipotecario alla *res obligata* rimasta presso il debitore ipotecante) coinvolge a fronte della irresponsabilità e della colpevolezza del primo, al momento dell’inizio del processo, l’attuale *dominus* o *pater*, pronto alla dazione a noxa del delinquente – non è superfluo puntualizzarlo, anche in vista dell’analisi di Gai 4.81 e di Fragm. Aug. 4.81-87 – ancora vivo.

Se – come mette in chiaro Gaio – il delinquente viene adottato o alienato, la *nox*a permane a seguito della traslazione e ‘nova’ soggettivamente il lato del responsabile legittimato passivo, mentre se il delinquente viene emancipato o liberato, la *nox*a permane e ‘nova’ oggettivamente il vincolo che da originariamente *cum noxae deditio* diviene ‘bi-polare’ e *in solidum*: *si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. nam si pater familias noxam commiserit et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, quod quibusdam casibus accidere primo commentario*

⁵⁷ Cfr. D. 47.2.18, Paul. 9 *ad Sab.*: *Quod dicitur noxam caput sequi, tunc verum est, ut quae initio adversus aliquem nata est caput nocentis sequatur: ideoque si servus tuus furtum mihi fecerit et dominus eius effectus eum vendidero, non posse me agere cum emptore cassiani putant.*

⁵⁸ Cfr. D. 11.1.8, Paul. 22 *ad ed.*: *Si quis interrogatus de servo qui damnum dedit, respondit suum esse servum, tenebitur lege Aquilia quasi dominus et, si cum eo actum sit qui respondit, dominus ea actione liberatur*; D. 11.1.20 *pr.*, Paul. 2 *quaest.*: *Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat [...] nam superiore casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque liberatur [...].*

⁵⁹ SIRKS 2013, 81 ss., propone – innovativamente – di intendere nella formula ‘*nox*a caput sequitur’ il termine ‘*caput*’ non già come il ‘colpevole’, ma come l’‘avente potestà’, legittimato passivo all’azione spettante all’offeso; *contra*, a titolo di esempio, DE VISSCHER 1947, 148 s.; PUGLIESE 1953, 265 s.; GRÖSCHLER 2010, 197 s.; MANNI 2013, 153, nt. 123; FRANCESCON 2015, 197; D’ANGELO 2017a, 111 e nt. 283. V. Gai 4.77; D. 2.9.2 *pr.*; D. 9.1.1.12; D. 9.4.20; D. 9.4.2.1; D. 9.4.43; D. 13.6.21.1; D. 16.3.1.18; D. 47.1.1.2; D. 47.2.18; D. 47.2.41.2; D. 47.2.42 *pr.*; D. 47.10.17.7; C. 3.41.1; C. 4.14.4; Paul. Sent. 2.31.8-9; I. 4.8.5, 7.

*tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse, quae ante directa fuit*⁶⁰. Se, invece, il delinquente cessa di vivere (parrebbe a prescindere dalle cause della morte: naturale, accidentale, suicidio, omicidio), la *nox* – come implica Giuliano – non ha più un *caput* da seguire e, priva del suo ‘polo reale di connessione’ tra offeso e responsabile, non può che estinguersi: *sed et mortuo servo antequam iudicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus*⁶¹. A mente di tutto ciò, risulta oltremodo chiaro come tale peculiarità del regime nossale nel senso della variabilità del soggetto tenuto all’azione militi – sul piano della sostanza – contro la costruzione tanto di un’obbligazione alternativa quanto di un’obbligazione facoltativa: estinguevano il vincolo esistente tra vittima e avente potestà sia la morte naturale dello schiavo o del figlio sia quella occorsa per castigo dominicale o paterno (mentre se si fosse trattato di due prestazioni *in obligatione* a scelta debitoria oppure di una *facultas pro debitore* di *noxae dedere*, il vincolo avrebbe sempre dovuto perpetuarsi come ‘obbligazione semplice’ alla pena; se si fosse trattato di due prestazioni *in obligatione* a scelta creditoria l’obbligazione o si sarebbe perpetuata con alternativa tra *aestimatio* della prestazione impossibile e *poena* in caso di morte per castigo, o sarebbe divenuta semplice in caso di morte naturale).

‘*Quamdiu in tua potestate est, tecum est actio*’ scrive – come si è visto – Gaio nell’affrontare il non piano problema della legittimazione passiva all’azione nossale: qui, come nel prosieguito (dove il giurista precisa che ‘*si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse*’) e come altrove, il giurista sembra propenso a immedesimare il *reus* dell’*actio noxalis* con chi sia titolare di un potere apparentemente solo *de iure* al momento dell’instaurazione del rapporto processuale⁶². Ma è

⁶⁰ Gai 4.77; cfr., inoltre, D. 9.4.8 Ulp. 37 *ad ed.* (*si servus communis furtum fecerit, quivis ex dominis in solidum noxali iudicio tenetur: eoque iure utimur. sed non alias poterit is qui conventus est evadere liti aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum, nec ferendus est, si partem dedere fuerit paratus*), nonché D. 9.4.38.1, Ulp. 37 *ad ed.* (*Iulianus autem libro vicensimo secundo digestorum scribit, si servum pro derelicto habeam, qui tibi furtum fecerat, liberari me, quia statim meus esse desinit, ne eius nomine, qui sine domino sit, furti sit actio*).

⁶¹ D. 9.4.39.4, Iul. 9 *dig.*; cfr., inoltre, D. 9.4.42., Ulp. 37 *ad ed.* (*si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolvi debet*), nonché D. 11.1.15.1, Pomp. 18 *ad Sab.* (*mortuo servo, quem in iure interrogatus suum esse confessus sit, non tenetur is qui respondit, quemadmodum, si proprius eius fuisset, post mortem eius non teneretur*).

⁶² Così come sembrerebbe anche da D. 9.4.27.1, Gai 6 *ad ed. prov.* ([...] *apparet eum, qui alienum servum in iure suum esse responderit, quamvis noxali iudicio teneantur [...]*), dove, nel contesto di una *interrogatio in iure*, si subordinerebbe – sempre che non si tratti di una semplificazione linguistica – al solo dominio (e non al dominio e al potere di fatto) del chiamato in giudizio sul delinquente, in assenza di questi davanti al magistrato giurisdicente, la legittimazione passiva (sui guasti del passo cfr., per tutti, DE VISSCHER 1947, 253 s., nt. 12; v. per l’idea di una originaria coincidenza tra *dominium* e *potestas*, HÄGERSTRÖM 1927, 60, nt. 1, 62, nonché, pur con posizioni non coincidenti circa l’interpretazione dei singoli passi, D’ANGELO 2017a, 92, nt. 225). Tutt’al contrario, in D. 9.4.13, Gai. 13 *ad ed. prov.* si ammette addirittura la responsabilità nossale del ladro possessore di mala fede (v. D. 9.4.21.1, Ulp. 23 *ad ed.*; D. 9.4.22.1, Paul. 18 *ad ed.*; D.

certo che la questione – come lo stesso Giustiniano sinteticamente mette in luce⁶³ – fosse tutt'altro che indubbia presso la giurisprudenza classica pregressa e successiva alla seconda metà del II secolo d.C. Infatti, talora, i giuristi – come Ulpiano⁶⁴

47.2.68(67), Cels. 12 *dig.*): NABER 1902, 172; HÄGERSTRÖM 1927, 57; WACKE 1975, 207 s.; FALCHI 1976, 169 ss.; D'ANGELO 2017a, 20, nt. 13.

⁶³ Cfr. la già citata costituzione giustiniana C. 6.2.21 (*supra*, nt. 46): se secondo un primo orientamento il *dominus* doveva conservare la legittimazione passiva all'azione nossale per i furti commessi a danno o di terzi o dello stesso possessore di buona fede dello schiavo in fuga, durante la fuga e anche – come era, invero, pacifico – dopo il regresso dello schiavo nel suo potere materiale, un altro orientamento – elevato a legge da Giustiniano – riteneva che con la fuga il *dominus* dovesse perdere la legittimazione passiva e che, dunque, per tutto il tempo in cui sullo schiavo perdurava il possesso di buona fede del *non-dominus* fosse quest'ultimo a dover essere convenuto in giudizio con *actio furti noxalis*, laddove una volta ritornato in potestà materiale del *dominus* l'azione dovesse essere esperita contro quest'ultimo (per i furti commessi a terzi sia prima della fuga, sia dopo la fuga ma prima dell'acquisto del possesso di buona fede, sia – ovviamente – dopo il ritorno presso il proprietario). Sulla classicità di tale *ius controversum* cfr. DE VISSCHER 1947, 263; *contra*, cfr. HÄGERSTRÖM 1927, 58.

⁶⁴ Da un lato, si esclude la legittimazione passiva del *dominus* in ipotesi di *servus in fuga* da parte di non pochi, come Pomponio e Ulpiano (almeno implicitamente in D. 47.2.17.3, Ulp. 39 *ad Sab. in fine*), in quanto essi, a differenza di altri, ritengono – nella cornice di una *quaestio* (sottovalutata da autori come FALCHI, 1976, 149) – legittimato attivo all'*actio furti noxalis* il *dominus* dello schiavo che, in fuga, lo abbia derubato (v., diversamente, ossia nel senso di una non adesione di Ulpiano a Pomponio, SARGENTI 1977, 335 s.): quindi, gli stessi *prudentes* debbono per coerenza ritenere, allo stesso tempo, che quest'ultimo non sia *in eius potestate* per tutto tale tempo; e così – almeno secondo una delle letture del passo appena citato avanzata nella romanistica (GIRARD 1887, 333, nt. 2; DE VISSCHER 1947, 321 s. e nt. 27; *contra*, v. HÄGERSTRÖM 1927, 60, nt. 1) – anche Giuliano (e, per di più, espressamente). Il che comporta che per parte della giurisprudenza classica il potere solo giuridico, se non accompagnato da un contestuale potere di fatto di controllo attuale, ancorché imprescindibile, non sarebbe stato di per sé bastevole per convenire fondatamente in giudizio *cum noxae deditio*. La più parte della dottrina oggi è incline a ritenere che entrambi i presupposti (quello giuridico e quello di fatto) fossero considerati necessari in età classica ai fini dell'*actione noxali teneri* per i delitti dei soggetti a potestà: cfr., paradigmaticamente, BETTI 1935, 557, 595, LISOWSKI 1940, 637, e PUGLIESE 1950, 116 ss. Isolate sono rimaste le posizioni di BIONDI 1925, 285 ss.; BIONDI 1928, 116 s. (che connette la responsabilità nossale alla semplice disponibilità materiale del servo), e quelle – pur tra loro antitetiche – di DE VISSCHER 1947, 257 s., 280 s., e di SARGENTI 1949, 87 ss., 119 ss. (che attribuiscono rilievo in via esclusiva alla titolarità delle posizioni *de iure* dell'avente potestà, mentre il potere di fatto sul delinquente sarebbe stato presupposto di una speciale procedura di esibizione ausiliaria rispetto al processo nossale). Per la prospettazione di una vicenda in termini di diacronia che vedrebbe, con riguardo al caso di chi intendesse sfuggire all'azione nossale (e con contestuale esperibilità dell'azione *sine noxae datione*), il passaggio dalla *potestas* intesa come potere solo giuridico alla *potestas* intesa come potere e di diritto e di fatto, v. HÄGERSTRÖM 1927, 55 nt. 1, 60 s. nt. 1, nonché, seppur sbrigativamente, PUGLIESE 1950, 128; cfr., con ampia letteratura e discussione delle fonti, GALEOTTI 2016, 211 ss., e soprattutto D'ANGELO 2017a, 47 ss., 65 ss. In D. 9.4.21.3, Ulp. 23 *ad ed.* (*'in potestate' sic accipere debemus, ut facultatem et potestatem exhibendi eius habeat: ceterum si in fuga sit vel peregre, non videbitur esse in potestate*) emerge lampante ciò che altrove il giurista non scriveva a chiare lettere, ossia che lo schiavo in fuga non era da ritenersi in potestà del *dominus* ancorché titolare e di diritto proprietario e

e come Paolo⁶⁵ – sono inclini a negare che il *dominus* possa essere tenuto all'azione qualora difetti al momento dell'instaurazione del processo nossale di un 'attuale potere di controllo' sul delinquente, come nel caso dello schiavo in fuga, ma non, invece, in quello dello schiavo comodato, depositato, pignorato, o dato a precario. Talaltra, vi sono giuristi – come, ad esempio, Giuliano⁶⁶ – orientati, in conformità a una soluzione 'teoricamente' ineccepibile e legata a una concezione rigorosamente fondata *tantum in iure* della legittimazione passiva (anche se poco propensa a valorizzare quei casi peculiari in cui il possessore di buona fede versasse nei confronti dei terzi in una posizione di apparente dominio supportata da una sua conforme convinzione personale e, quindi, fosse *de facto* egli, e non il proprietario quiritario, il solo soggetto individuabile dai terzi, vittime di delitto dell'*alieni iuris*, come da

di possesso, ma al contempo privo del necessario potere *de facto* sullo schiavo (v., inoltre, D. 50.16.215, Paul. *l. sing. ad leg. Fuf. Can.*: [...] *at cum agimus de noxae deditioe cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus*, almeno ai fini dell'applicazione dell'editto *de noxalibus actionibus* di cui a D. 9.4.21.1, Ulp. 23 *ad ed.*); anche se, apparentemente, in D. 9.2.27.3, Ulp. 18 *ad ed.* (all'inizio e alla fine) Ulpiano, almeno nello stato attuale del frammento, mi pare dare ragione a Giuliano e a Marcello nel senso di una legittimazione passiva del *dominus* e non del possessore di buona fede.

⁶⁵ Sulla stessa scia di Ulpiano, con riguardo all'ipotesi dello schiavo *fur in fuga*, sembra porsi Paolo: cfr. Paul. Sent. 2.31.37 (*servus, qui in fuga est, a domino quidem possidetur, sed dominus furti actione eius nomine non tenetur, quia in potestate eum non habet*), in cui si distingue nettamente tra *dominium*, *possessio* e *potestas*, in quanto, secondo l'autore post-classico, solo il proprietario che abbia 'potestà' sullo schiavo sarebbe convenibile in giudizio per il furto di quest'ultimo; similmente, come riporta Paolo, il giudizio *sine noxae datione* dell'editto pretorio il cui testo è conservato in D. 9.4.21.1 andava concesso, secondo alcuni giuristi, unicamente per perdita dolosa della *potestas* 'ut cesset noxalis actio' (ossia di modo che la vittima, pur legittimata attiva, non avesse più alcuno da convenire con azione nossale), come, ad esempio, nell'ipotesi in cui il proprietario ordinasse allo schiavo di fuggire, mentre per altri – come Labeone, Giuliano e lo stesso Paolo – tale giudizio, con *electio* dell'*actor*, sarebbe stato radicabile anche in presenza di un legittimato passivo all'azione nossale diverso dal *dominus qui dolo fecit, quo minus in potestate haberet*, come, per esempio, *cum alienatus manumissusve est* (D. 9.4.24, Paul. 18 *ad ed.*). Diversamente, nel caso di furto commesso dallo schiavo depositato o comodato, secondo Paolo, a dover essere convenuto in giudizio dalla vittima sarebbe proprio e solo il *dominus* cui il ladro – pur non attualmente sotto il suo controllo (comunque suscettibile di essere ricostituito *ad libitum*) – 'intellegitur servire' e, di conseguenza, sarebbe da intendersi come non fuoriuscito dalla sua *potestas*, come invece in ipotesi di furto commesso dallo schiavo durante la fuga (D. 9.4.22 pr., Paul. 18 *ad ed.*). Come è sempre il *dominus* – ancora una volta in ragione della sua *potestas* sullo schiavo autore di furto – il legittimato passivo all'azione nossale in caso di *pignus datum* e di *precarium*, atteso che, in questo particolare frangente, il creditore pignoratizio e il precarista sono sì giusti possessori, *non tamen opinione domini possident* e il *dominus* – debitore pignorante o *precario dans* – mantiene, pur senza possesso e attuale controllo di fatto, la *facultas repetendi* sullo schiavo oggetto di contratto (D. 9.4.22.1, Paul. 18 *ad ed.*). Su queste fonti, cfr. D'ANGELO 2017a, 68 ss.

⁶⁶ Cfr., oltre che D. 9.2.27.3, Ulp. 18 *ad ed.* (v., *infra*, nt. 68), anche D. 9.4.39.1, Iul. 9 *dig.* (dove, nel contesto di una *interrogatio in iure* in assenza del delinquente davanti al magistrato giudicante, la legittimazione passiva sembra subordinarsi al solo dominio del chiamato in giudizio: cfr. D. 9.4.27.1).

convenire in giudizio)⁶⁷, a ritenere tenuto all'azione nossale il *dominus*, ancorché privo di attuale potere di controllo sullo schiavo delinquente, ma non il possessore di buona fede, ancorché apparente proprietario dello schiavo delinquente⁶⁸. Il che

⁶⁷ A un dissidio tra 'pratica' e 'teoria' potrebbe pensarsi con riguardo alla posizione di Ulpiano in D. 9.2.27.3, Ulp. 18 *ad ed.*: è verissimo – scriverebbe il giurista antoniniano – che, in astratto, ha ragione Giuliano quando risolve la *quaestio* nel senso che, *de iure*, anche il *dominus* dello schiavo in fuga è legittimato passivo all'azione nossale e non il possessore di buona fede (*servi autem occidentis nomine dominus tenetur; is, qui servum in fuga habet, teneatur nomine eius Aquiliae actione*); altrettanto vero, però, è che quest'ultimo non solo appare ai terzi come *dominus*, ma è convinto egli stesso di esserlo, sicché è del tutto naturale che, *de facto*, sia lui ad essere convenuto da terzi vittime di illeciti commessi dallo schiavo posseduto in buona fede, cosicché poi va concessa un'eccezione di dolo alla vittima, cui lo schiavo è stato *noxae deditus* dal possessore di buona fede convenuto in un primo processo, se viene convenuta in rivendica dal vero *dominus* (D. 9.4.11, Ulp. 7 *ad ed.*; cfr. D. 9.4.28). Inoltre – ci informerebbe sempre Ulpiano – è stato (ed è) oggetto di *quaestio* se anche il vero *dominus*, ove derubato dal proprio *servus in fuga* (per il quale non può valere, come per i terzi, il principio dell'apparenza), possa agire contro il possessore di buona fede *aeque* (ossia: 'parimenti', 'allo stesso modo'), proprio come i terzi, vittime dell'illecito servile, che indotti dall'apparenza non possono che esperire azione nossale contro il possessore di buona fede (D. 47.2.17.3, Ulp. 39 *ad Sab.*): come Pomponio risponde positivamente, anche Ulpiano – proprio in ragione del caso emblematico del *possessor bonae fidei* che lo porta, in definitiva, a negare la *potestas* sullo schiavo in fuga del *dominus ex iure Quiritium* (D. 9.4.21.3, Ulp. 23 *ad ed.*) – non potrebbe, alla fine, che concordare con lui che '*competere furti actionem huic domino, cuius servus in fuga fuit*'.

⁶⁸ Che la legittimazione passiva all'azione nossale fosse oggetto di dibattito tra i giuristi classici non si evince espressamente solo da C. 6.2.21, ma anche da una *quaestio* cui Ulpiano accenna, oltre che in D. 47.2.17.3, Ulp. 39 *ad Sab.*, in D. 9.2.27.3, Ulp. 18 *ad ed.*: *Servi autem occidentis nomine dominus tenetur, is vero cui bona fide servit non tenetur. sed an is, qui servum in fuga habet, teneatur nomine eius Aquiliae actione, quaeritur: et ait Iulianus teneri et est verissimum: cum et Marcellus consentit*. Il passo, *prima facie*, pare riportare pensieri contrastanti con la posizione assunta altrove da Ulpiano: questi, come appena rimarcato, considera in D. 9.4.11, Ulp. 7 *ad ed.* il 'possessore di buona fede' (e non il vero proprietario quiritario) convenibile con azione nossale di furto e in D. 9.4.21.3, Ulp. 23 *ad ed.* il *dominus* come privo di *potestas* sullo schiavo in fuga (cfr., *in primis*, D. 9.4.12, Paul. 6 *ad ed.*; D. 9.4.13, Gai. 13 *ad ed. prov.*; cfr., inoltre, Paul. Sent. 2.31.37; D. 9.4.24, Paul. 18 *ad ed.*). Dissidio vi sarebbe altresì con la posizione altrove abbozzata da Giuliano, ritenuto da alcuni studiosi, in D. 47.2.17.3, Ulp. 39 *ad Sab.* favorevole a negare la legittimazione passiva del *dominus* per furto commesso dallo schiavo in fuga. Proprio per tali dissidi interni ed esterni, D. 9.2.27.3 è stato assai variamente interpretato in dottrina. V'è chi, concentrandosi sulla sola seconda parte del frammento, ha ritenuto che unicamente secondo Giuliano e Marcello il presupposto della legittimazione passiva all'azione nossale fosse il *dominium*, mentre secondo altri, proprio come Ulpiano (alla luce, anzitutto, di D. 47.2.17.3 e, quindi, con necessaria espunzione, in D. 9.2.27.3, di '*et est verissimum: cum*'), fosse tenuto all'azione colui che sia fosse titolare a monte di un potere di diritto sul delinquente al momento della formazione del rapporto processuale sia avesse anche un potere di fatto, così che tra 'proprietario quiritario' e 'possessore di buona fede' la vittima dell'illecito aquiliano – secondo questo orientamento – avrebbe sempre dovuto convenire in giudizio quest'ultimo e non il primo (cfr. HÄGERSTRÖM 1927, 55, nt. 1, 60 s., nt. 1; LISOWSKI 1940, 637; riferisce al solo *dominus* la relativa '*is, qui servum in fuga habet*' anche SARGENTI 1977, 336 s., che qui postula un'unità di visione tra Ulpiano, Giuliano e Marcello, anche se non nega che allo stesso giurista severiano

siano ascrivibili posizioni più fluide e propense a sostenere la legittimazione passiva del possessore di buona fede; sul punto, cfr., infine, D'ANGELO 2017a, 107 ss.). V'è chi ha argomentato dalla scarsa duttilità della formula dell'*actio ex lege Aquilia*, ritenendo che il riferimento in essa al *dominus* avrebbe precluso l'esperimento dell'azione nossale contro il possessore di buona fede, possibile invece in caso di commissione da parte dello schiavo di furto (GIRARD 1887, 431 ss.; PUGLIESE 1950, 120 ss.; così, più recentemente, anche GALEOTTI 2016, 230). V'è chi ha tentato di appiattire ogni contrasto all'interno del pensiero ulpiano, ritenendo che la questione in D. 9.2.27.3 fosse anzitutto quella dell'esperimento dell'azione diretta, e non di quella nossale, contro il *dominus sciens* (FALCHI 1976, 124). V'è chi ha ricondotto la prima, rigorosa, soluzione ulpiana nel senso della legittimazione passiva del *dominus* (*servi autem occidentis nomine dominus tenetur, is vero cui bona fide servit non tenetur*) all'ipotesi particolare di danno aquiliano commesso dallo schiavo presso un *bonae fidei possessor*, ma poi rivendicato fruttuosamente dal *dominus* quiritario, mentre la seconda parte del frammento, esposta in termini di questione (*sed an is, qui servum in fuga habet, teneatur nomine eius Aquiliae actione, quaeritur*), è stata intesa nel senso della legittimazione passiva di 'chiunque abbia la disponibilità sullo schiavo in fuga' (GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 251, nt. 52, 262; cfr., in senso tendenzialmente adesivo, anche GALEOTTI 2016, 230; ergo, il tratto '*is, qui servum in fuga habet*' per la studiosa si riferirebbe al possessore di buona fede attuale, e non al *dominus* quiritario, similmente a come pensava DE VISSCHER 1947, 322 ss., il quale, però, riferiva il trattamento peculiare del possessore di buona fede alla procedura pretoria di esibizione). A ben vedere, credo che il problema 'generale' presupposto dal passo non sia quello della legittimazione attiva (di talché, quindi, pare prescindere dal momento della perfezione dell'illecito da parte dello schiavo delinquente); bensì – contro l'ipotesi di Falchi che suppone, nonostante il silenzio della fonte, la *scientia* del *dominus* – quello della legittimazione passiva alla sola azione nossale *ex lege Aquilia* (per cui non si può che avere riguardo al momento dell'instaurazione del rapporto processuale). Ne consegue, con particolare riguardo alla seconda parte del frammento, che è irrilevante che lo schiavo abbia commesso il delitto prima o durante o dopo la fuga ai fini della determinazione del soggetto da convenire con azione nossale (mentre tale aspetto sarebbe ovviamente rilevante per il configurarsi dei problemi della legittimazione attiva), mentre è l'essere in fuga dello schiavo delinquente al momento dell'instaurazione del processo a venire in considerazione: come ha messo in luce GIRARD 1887, 431, nt. 1, per giuristi come Giuliano si ricava dal resoconto ulpiano che il *dominus* «est tenu quand l'esclave qui a commis un meurtre est in fuga», e non che questi «est tenu, quand il y a un esclave qui a commis un meurtre in fuga», anche se è vero che da C. 6.2.21 pr.-3 si ricava come le controversie sorte nella giurisprudenza classica concernessero, sul piano del soggetto tenuto all'azione nossale, soprattutto le ipotesi di furto commesso durante la fuga (prima, durante o dopo che qualcuno acquistasse sullo schiavo un possesso di buona fede). Con riguardo alla prima parte, d'altro canto, non è da escludere (anche alla luce di C. 6.2.21.3 e dei passi in cui invece Ulpiano propende, più o meno esplicitamente, per la legittimazione passiva del *possessor bonae fidei*: cfr. D. 9.4.11, nonché D. 47.2.17.3) che Ulpiano, a mo' di preambolo, si occupi in termini generali – e sempre nella cornice dei problemi di legittimazione passiva – del caso di uno schiavo fuggito che, fuori dal controllo del *dominus*, commette delitto verso un terzo mentre è nel possesso di buona fede del *non dominus*, anche se, poi, è il *dominus* a dover essere convenuto in giudizio nossalmente, una volta che abbia riottenuto lo schiavo, ossia al termine della fuga o rivendicatolo con successo: e sempre che, secondo una prospettiva astratta, non intenda il giurista enunciare un principio – ossia 'è il *dominus* il solo vero legittimato passivo' – che, poi, nella pratica non può trovare preciso riscontro, atteso che 'è il possessore di buona fede che, appearing proprietario ai terzi, va convenuto in giudizio' (cfr., *supra*, nt. 67). In altre parole il giurista, una volta sotteso il principio generale e incontrovertito tra i giuristi, secondo cui '*noxia caput sequitur*', alla soluzione iniziale, in

ben spiega come la non semplice questione della legittimazione passiva si tendesse nella pratica⁶⁹ a recidere già nella fase *in iure* del processo nossale attraverso la concessione all'attore di un'interrogazione del *vocatus in ius*⁷⁰ diretta ad ottenere da quest'ultimo una risposta positiva – anche se falsa – che sia esonerasse la vittima

forza della quale, per l'appunto, il *dominus* presso cui è attualmente lo schiavo delinquente *tenetur actione* e non il *possessor bonae fidei* presso il quale si trova lo schiavo al momento della commissione dell'illecito, passa a considerare una fattispecie concreta che era, tutt'al contrario ('*sed [...] quaeritur*' sottolinea Ulpiano), fonte di controversie giurisprudenziali (sempre che ciò non faccia dopo aver abbozzato la 'pura teoria' che esclude, per diritto civile, l'essere tenuto all'azione nossale del possessore di buona fede). Se, proprio in ragione del principio '*noxia caput sequitur*', non era dubbio tra i giuristi classici che, una volta terminata la fuga dello schiavo, solo il *dominus* sarebbe stato dai terzi convenibile in giudizio per i delitti commessi dal suo *servus* vuoi dopo l'inizio della fuga (ma prima che qualcuno ne acquisisse la *possessio bonae fidei*), vuoi durante la *possessio bonae fidei*, vuoi dopo la fuga dal possessore di buona fede ma prima del ritorno presso il *dominus*, vuoi dopo il ritorno presso il *dominus*, disaccordo sussisteva – rammenta Ulpiano delineando una *quaestio* implicata anche da C. 6.2.21.1, 3 – circa la 'legittimazione passiva' dell'azione nossale quando lo schiavo delinquente era ancora in fuga: l'azione andava rivolta verso il *dominus* (ancorché privo di attuale potere di controllo) o verso il *possessor bonae fidei* (ancorché privo del diritto di proprietà quiritaria)? La risposta – come già si è avuto modo di precisare (cfr., *supra*, ntt. 46, 63 ss.) – variava con il variare del concetto di *potestas* (intesa ora come 'puro dominio', ora come 'possesso di buona fede') e, al contempo, a seconda della diversa lettura della regola '*qui habet adversus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest*': in D. 9.2.27.3 Giuliano e Marcello parrebbero inclini a ritenere convenibile il solo *dominus* (sicché l'adesione ulpiana espressa con '*verissimum est*' confliggerebbe con D. 9.4.11, D. 9.4.21.3, e D. 47.2.17.3, mentre la supposta natura triboniana dell'inciso in parola contrasterebbe con la posizione espressa in C. 6.2.21.2: in entrambi i casi il cerchio non viene quadrato). A omologare nel passo in commento la posizione di Ulpiano a quella di Giuliano, pur nella convinzione che il giurista severiano avrebbe considerato il *possessor* e non il *dominus* legittimato passivo all'azione, giunge una lettura recente del passo che valorizza sia Gai 4.78 sia B. 60.3.27 Schol. 15 (Hb. V 289 = Schol. 13 in BS VIII 3123/23-28): in questa prospettiva il caso controverso nella seconda parte di D. 9.2.27.3 riguarderebbe, infatti, l'ipotesi di uno schiavo che in fuga commette delitto aquiliano e, poi, torna sotto il controllo di fatto del *dominus*: «ci si poteva infatti chiedere se per converso, nell'ipotesi di un delitto perpetrato a danno di terzi da uno schiavo che non si considerava *in potestate* del suo *dominus*, come uno schiavo *'in fuga'*, il proprietario non dovesse andare esente da ogni responsabilità nei confronti dell'offeso quantunque poi venisse a riacquistare la *potestas* sul colpevole» (D'ANGELO 2017a, 111). Tuttavia, proprio per quanto sopra scritto, non si può condividere questa interpretazione: essa, infatti, presuppone come oggetto di controversia ciò che, invece, era del tutto pacifico tra i giuristi (ossia le conseguenze operative sul piano della legittimazione passiva del principio *noxia caput sequitur*), e, non a caso, espresso da Ulpiano come non oggetto di dubbi nella prima parte del frammento in esame.

⁶⁹ Cfr., per tutti, sulla prassi processuale in parola, DEMELIUS 1880, 311.

⁷⁰ Sul problema circa il numero e circa il tipo di *interrogationes* con cui l'attore sentiva il *vocatus in ius* in caso di schiavo assente (secondo la *communis opinio* due: una *interrogatio de iure* e, in subordine, una *de facto*; secondo una scuola di pensiero minoritaria, una sola *interrogatio*, ma al contempo sia *de iure* che *de facto*; secondo altra interpretazione, una sola *de potestate*), e su quello connesso della natura della *potestas* di cui all'editto pretorio riportato in D. 9.4.21.2 (solo *de facto*, solo *de iure*, tanto *de iure* quanto *de facto*), v., ampiamente, D'ANGELO 2017a, 40 ss., 47 ss.; Id. 2017c, 301 ss., 309 ss.

del delitto dal provare la retta instaurazione del giudizio nei confronti dell'avversario quale avente potestà sul delinquente sia costituisse un ulteriore titolo 'fittizio', cioè formale o pretorio, di 'soggezione all'azione' concorrente con quello 'vero', cioè sostanziale o civile⁷¹.

7. *Dal 'iussus' di Tab. 12.2a al dovere di 'noxae dedere' prima della 'litis contestatio'*

Come il regime – sostanziale e processuale – della ambulatorietà risulta di per sé incompatibile con l'esistenza tanto di un'obbligazione alternativa, quanto di una obbligazione a facoltà alternativa⁷², così ciò che è stato appena rilevato in tema di legittimazione passiva induce a ritenere esistenti, prima dell'inizio del processo nossale, un contegno dovuto (*oportere*) da parte dell'attuale avente potestà e un relativo vincolo di tipo obbligatorio (*actione teneri*)⁷³. Tant'è che il vero legittimato passivo all'azione nossale – *dominus* o *pater* attuale del delinquente –

⁷¹ Cfr. BETTI 1914-1915, 394; SARGENTI 1949, 96, nt. 28; GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 22, 166.

⁷² In vero, solo se si fosse trattato di una *facultas* di *poena* a lato di un obbligo di *noxae deditio*, il vincolo si sarebbe estinto perlomeno nell'ipotesi di morte naturale. Del resto, che il *dominus* del soggetto a potestà fosse, all'origine della storia della nossalità, 'tenuto' *ex lege* solo alla *noxae deditio* si può ricavare, a mio credere, da non pochi indizi: dalla ricostruzione di Tab. 12.2a a mente di Fest. s.v. «noxia» (ed. Lindsay 180), Fest. s.v. «noxia» (ed. Lindsay 181) e di D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.*; dallo stesso regime ambulatorio della nossalità (v., per tutti, Gai 4.77: *omnes autem noxales actiones caput sequuntur*), in quanto, se è vero che le azioni si esperiscono, per illecito dell'*alieni iuris*, contro l'attuale *dominus* o *pater familias*, ciò – fermo restando il meccanismo della pena pecuniaria in 'alternativa' – pare attestare come il fine ultimo (o, se si vuole, lo stesso *desiderium* sostanziale) sia stata non la prestazione della *litis aestimatio* (esigibile, per l'appunto, anche da chi era *dominus* o *pater familias* al momento della commissione del delitto), bensì la *noxae deditio* stessa; dalla considerazione secondo cui se l'alternativa tra dazione a noxa e pagamento della pena è una *licentia* a favore del solo avente potestà *insciens*, tale alternativa non poteva essere contemplata nel regime decemvirale, in forza del quale la nossalità atteneva oggettivamente ad ipotesi di illecito commesso dall'*alieni iuris* a prescindere dall'essere *sciens* o *insciens* il suo avente potestà (D. 9.4.2.1; Gai 4.75).

⁷³ D. 9.4.2 pr., Ulp. 18 *ad ed.*: [...] *nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat*; D. 9.4.21 pr., Ulp. 23 *ad ed.*: *Quotiens dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur*; D. 9.4.29, Gai. 6 *ad ed. prov.*: *Non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale iudicium, verum et habenti in potestate liberum est evitare iudicium, si indefensam eam personam relinquat [...]*; D. 9.4.33, Pomp. 14 *ad Sab.*: *Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo quem non defendit, si servus est [...]*. V., sulla costante esistenza – a livello di sostanza – di un obbligo di prestazione a monte del giudizio nossale *per formulas*, LENEL 1927b, 19 ss., e PUGLIESE 1953, 248 ss. Benché propenso alla qualifica di 'onere', cfr. anche SARGENTI 1950, 9, secondo cui negare l'esistenza di una *obligatio* (e non di un'obbligazione) porta «al risultato di un'obbligazione fondata sulla *litis contestatio*, che non risolve, ma ignora, e [...] annulla il problema della responsabilità nossale, annullando, come tale, questa stessa responsabilità, nelle sue caratteristiche, e sostituendola con un'obbligazione nascente da contratto (*ex litis contestatione*), che grava su qualunque terzo voglia spontaneamente assumere la *defensio*».

viene ad essere *liberatus* dal *vinculum iuris* (e, quindi, dalla soggezione all'azione) in ipotesi di *interrogatio in iure* positiva, ancorché falsa, da parte della vittima nei confronti del terzo *vocatus in ius* con *iudicium noxale* e di conseguente *litis contestatio* tra queste due parti⁷⁴. Ma, se all'epoca delle XII Tavole un *carmen* ordinava all'attuale avente potestà, *sciens* o *nesciens*, di *noxae dedere* il sottoposto che *furtum faxit noxiamve nocuit*, quale era, al tempo della giurisprudenza classica (vale a dire dopo l'entrata in vigore della *lex Aquilia* che – secondo parte della *iurisprudencia* – escluse, ai fini dell'applicazione del regime della nossalità, l'ipotesi di *scientia* nel *dominus* e nel *pater*, nonché dopo il completamento del sistema attraverso la persecuzione nossale, *iure praetorio*, delle *iniuriae*), la condotta che – dedotta in obbligo dell'avente potestà dell'offensore – veniva fatta valere dall'offeso, in caso di inadempimento, attraverso il processo *per formulas*?

Sul piano del diritto sostanziale, la dazione a noxa, con riguardo alla fase *ante litem contestatam*, viene presentata costantemente come un 'atto liberatorio', ossia un atto idoneo a sciogliere il vincolo nossale e così a sgravare l'attuale avente potestà dalla posizione di garanzia in cui versa in ragione della sua *potestas*, a seguito della commissione dell'illecito da parte dell'*alieni iuris* (ossia a liberarlo dall'*actione teneri*). La dazione a noxa, ancor più esattamente, viene presentata come atto che costituisce l'oggetto di un 'dovere' (*oportere*) e giammai come una facoltà o come una licenza: e ciò – parrebbe – in perfetta continuità con il regime più arcaico da noi ricostruibile, ossia quello dettato dalla *lex decemvirale* in termini di un *iussus*, ossia di un 'comando imperativo' rivolto all'*erus* di *noxae dedere*⁷⁵.

⁷⁴ V., paradigmaticamente, D. 11.1.8; D. 11.1.15 pr.; D. 11.1.20 pr.

⁷⁵ Questo dato emergente dalle fonti classiche sopraccitate mi pare, in primo luogo, dover impattare anche sulla *conceptio* formulare stessa: se, infatti, l'*intentio* è la parte della formula nella quale si deduce ciò che integra gli estremi sostanziali del *desiderium* attoreo, allora va anzitutto escluso che questa presenti in termini di 'aut - aut' (come invece la *condemnatio*: cfr., per ora, D. 42.1.6.1) l'alternativa tra pagamento della pena e dazione a noxa: e ciò al contrario di quanto ritenevano, *ex plurimis*, GIRARD 1887, 442 s., e LENEL 1927b, 1 ss. (in termini analoghi a quelli qui sostenuti, seppur entro cornici di pensiero tra loro diversissime, v. sia SARGENTI 1950, 59 s., sia PUGLIESE 1953, 237, nt. 1). Ciò precisato, va rilevato come secondo una consolidata opinione dottrinale, il regime nossale pre-classico – confermato da quello classico – sarebbe stato interessato da un'inversione del rapporto primitivo tra 'obbligo di dazione a noxa' e 'facoltà di composizione pecuniaria' (cfr., così, PUGLIESE 1972, 79 ss., nonché ID. 1950, 119, e ID., 1953, 233 ss.; v., inoltre, ALBANESE 1979, 130 e nt. 565; TALAMANCA 1990, 619; GRÖSCHLER 2010, 214 s., 197 ss.; POLOJAC 2000, 153). Di qui nascerebbe, in numerosi autori, anche la convinzione che le azioni nossali – tutte le azioni nossali – altro non fossero che il semplice frutto di un adattamento formulare dell'azione penale esperibile *sine noxae deditio* contro il delinquente *sui iuris*: quindi, per esempio, l'azione *ex lege Aquilia* se esperita nossalmente avrebbe presentato nell'*intentio* il riferimento al *pecuniam dare oportere* e quella *furti* il *damnum decidere oportere*, in entrambi i casi con l'avente potestà del delinquente quale soggetto dell'obbligo fatto valere in giudizio (per tutti, v. LENEL 1927b, 20; PUGLIESE 1953, 237 ss.; ma, *contra*, con argomenti da non sottovalutare, cfr. SARGENTI 1950, 55 ss., 60 ss., 74 ss., a cui credere, invece, non può essere dimostrata l'esistenza

Di più: essa – là ove anche lo schiavo delinquente sia presente *in iure*, insieme all'avente potestà 'convenuto in giudizio' benché non ancora 'parte processuale'⁷⁶

dell'obbligo di pagare la pena partendo da una ricostruzione della formula delle azioni nossali, assai discutibile e incerta, bensì, al contrario, è proprio dal previo accertamento dell'esistenza dell'obbligo che può poi, a valle, inferirsi la *conceptio* della formula). Invero, si è sostenuto che almeno a far tempo della *lex Aquilia* (che – come noto – limitava il regime nossale al caso di danno cagionato dallo schiavo '*domino non sciente*') l'obbligo nossale originario sarebbe stato 'assimilato' (o comunque avrebbe iniziato ad assimilarsi) a quello sorgente *ex delicto* proprio del delinquente *sui iuris*, sicché, raggiunta l'omogeneità (in chiave di pecuniarietà) delle conseguenze tra delitto commesso dallo schiavo con *dominus insciens* e delitto commesso dallo schiavo con *dominus sciens*, sempre e solo l'*oportere* di pagamento della pena sarebbe stato suscettibile di farsi valere in via di azione, ora *cum noxae deditio*, ora *deducta noxae deditio* a seconda dei casi (v. PUGLIESE 1972, 91 s.). L'argomento è forte, ma non mi pare invincibile. Anzitutto, Ulpiano (D. 9.4.5 pr.), ragionando in conformità alla struttura e alla funzione del processo formulare, ossia considerando la responsabilità aquiliana nossale e *in solidum* alla luce del principio generale della condanna solo pecuniaria inerente questo tipo di giudizio (cfr. Gai 4.48), ben può essere che non discorresse di una omologazione sostanziale del vincolo *ex delicto*, bensì dell'omologazione processuale in forza della quale tanto nell'ipotesi di delitto commesso dal *sui iuris*, quanto in quella di delitto commesso dall'*alieni iuris*, il *petitum* immediato attoreo non poteva risolversi che in un provvedimento condannatorio pecuniario (ferma la peculiarità del giudizio nossale, ossia ferma la *licentia* straordinaria che in questi frangenti era assicurata *pro reo* di dare a noxa il delinquente non solo tanto prima quanto dopo la *litis contestatio*, ma anche tanto prima quanto dopo la sentenza: cfr. Gai 4.75; D. 5.3.20.5; D. 9.1.1.16; D. 9.3.1 pr.; D. 9.3.5.6; D. 9.4.1; D. 9.4.8; D. 9.4.20; D. 9.4.42.2; D. 21.1.17.18; D. 42.1.6.1; D. 43.24.7.1; D. 47.2.42 pr.; D. 47.2.62(61).1-2; C. 3.41.3; I. 4.17.1). Di poi, Paolo (D. 9.4.4.3: *si deducta noxae deditio quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius: absolute facta et finito iudicio amplius agendo cum noxae deditio exceptione rei iudicatae <vel in iudicium deductae> summovebitur, quia res in superius iudicium deducta [et finita] est*) – come del resto lo stesso Ulpiano (D. 9.4.5 pr.-1) – tratta del caso, pretorio e da far valere con *actio in factum*, dell'*album corruptum* (cfr., per tutti, ALBANESE 1967, 131 ss., 159 ss.): se è vero che il giurista severiano considera indubbiamente l'azione diretta e quella nossale in concorso elettivo tra loro in ipotesi di *scientia domini* (v., inoltre, D. 9.4.7.1; D. 9.4.17 pr.), e, quindi, di necessità due azioni con formule *de eadem re* (cfr., in tal senso, LEVY 1918, 165 ss.; PUGLIESE 1972, 101 s.; MARRONE 2003, 166), ciò non solo rappresenta la particolare posizione di un singolo giurista, ma non è detto che tale logica concerna delitti civili come quelli di danneggiamento aquiliano e di furto (v., analogamente, SARGENTI 1950, 75). Tant'è che, con riguardo al *damnum iniuria datum*, come già sappiamo, Celso – seguito sul punto da Ulpiano – riteneva, per il caso di *dominus sciens*, l'azione nossale non esperibile, mentre Giuliano pareva propendere per il concorso cumulativo tra azione nossale e azione diretta (cfr., *supra*, ntt. 50 e 51): posizioni, quelle assunte da entrambi questi giuristi del II secolo d.C., che non potevano che presupporre che le due azioni in questione (quella *directa in solidum* e quella *cum noxae deditio*) – escluse l'alternatività patrocinata, invece, da Paolo e dagli stessi compilatori – fossero '*de alia re*' (cfr. D. 9.4.2 pr. 1).

⁷⁶ I più ritengono che il processo nossale si sarebbe celebrato, di norma, con il delinquente presente *in iure* (cfr. LISOWSKI 1940, 640; DE VISSCHER 1947, 258; PUGLIESE 1950, 124 s.; WŁASSAK 1965, 227 s.). Tuttavia, se si ritiene che l'azione nossale, ancorché *sui generis*, sia un'*actio in personam* (vuoi che il *desiderium* dedotto sia la *poena*, vuoi che esso sia la *noxae deditio*), non si vede perché non reputare che il convenuto, di contro, comparisse davanti al magistrato senza lo schiavo, come ogni assunto debitore *vocatus in ius* (atteso che la dazione a

– viene contemplata come unica alternativa all'assunzione della difesa da consacrarsi definitivamente attraverso l'accettazione del giudizio al momento della *litis contestatio*; come un qualunque debitore può evitare l'azione adempiendo esattamente quanto dovuto al creditore, così il processo nossale – paiono insistere i giuristi – si evita con il cd. abbandono nossale e solo con esso, non risultando, infatti, casi in cui le fonti classiche attestino come l'avente potestà del delinquente si sottragga alla soggezione all'azione nossale vuoi mediante la *noxae deditio* vuoi mediante il pagamento della pena pecuniaria⁷⁷. Al di là di questa netta alternativa – da cui sempre la *solutio* della *poena* è esclusa – non v'è spazio che per l'ipotesi dell'*indefensio* e, con essa, delle sue sanzioni⁷⁸. Come si può ricavare anzitutto dal pensiero di Vindio – che viene citato da Paolo –, è, invece, la mancata presenza originaria del delinquente *in iure* a impattare sull'*iter* processuale e ad aumentare il numero di vie percorribili dal convenuto (in palese dissonanza, quindi, rispetto a un qualsiasi processo ordinario che deducesse come controverso un rapporto di *obligatio*): tra i due poli opposti costituiti rispettivamente dalla immediata difesa dell'assente (attraverso l'accettazione del *iudicium* formulare da parte dell'avente potestà convenuto) e dalla condotta non collaborativa integrante l'ipotesi di *indefensio*, in tal frangente si collocava non solo la dazione a noxa da perfezionarsi nella medesima udienza (analogamente al caso di delinquente da subito presente *in iure* con il suo avente potestà), ma – in ulteriore alternativa – anche la prestazione del *vadimonium ex noxali causa* di esibire lo schiavo *in eadem causa* a data certa (in vista o di una difesa o di una dazione a noxa posticipate all'udienza successiva), o – in ulteriore alternativa – la garanzia mediante *cautio* di esibirlo 'cum primum potuerit' (in caso di 'rinuncia a defendere' e di 'volontà di noxae

nossa era configurata processualmente come una *licentia* o una *facultas pro reo* alternativa alla *litis aestimatio* e, sostanzialmente, come oggetto di un *oportere*). In senso tendenzialmente analogo, v. D'ANGELO 2017a, 60, nt. 132. Sulla *vocatio in ius* e sull'*editio actionis* cfr. specificatamente BRUTTI 1970, 261 ss.

⁷⁷ Argomentando da D. 9.4.21 pr., PUGLIESE 1950, 122 s., ritiene che, se «nelle azioni *in personam* il convenuto aveva dinanzi a sé due vie, oltre [...] l'adempimento dell'obbligo sostanziale», ossia «quella di confessare e quella di difendersi, accettando la formula e concludendo quindi la *litis contestatio*», invece, nelle azioni nossali «le vie [...] erano tre: confessare, difendere il colpevole [...], rifiutare la formula e fare invece la *noxae deditio*»; analogamente, cfr. D'AMATI 2016, 127, nt. 229. Invero, dal passo sopraccitato l'alternativa pre-processuale è espressa in termini netti solo tra *dedere noxae* e *iudicium suscipere* (e la tesi di Pugliese presuppone che l'obbligo sostanziale dell'avente potestà sia ormai divenuto da secoli il solo pagamento della *poena* pecuniaria, configurandosi la *noxae deditio* non come atto obbligatorio alternativo o facoltativo, bensì come mero mezzo solutorio). In caso di schiavo presente nella fase *in iure* (come nel caso di specie), quindi, il convenuto non avrebbe versato in una posizione differente rispetto a quella di un normale processo in cui si deduceva un diritto di credito al *dare certum* debitorio (con la macroscopica differenza, ovviamente, che qui il convenuto non doveva menomamente condurre la cosa o la somma di danaro dovuta e che la eventuale presenza dell'oggetto della prestazione non influiva in alcun modo sul rito processuale).

⁷⁸ Cfr., analiticamente, sul punto, D'AMATI 2016, 123 ss., nonché D'ANGELO 2019.

dedere’ il delinquente, ma con contestuale materiale difficoltà di esibirlo, in vista di ciò, entro la fine dell’udienza o, previo rinvio disposto dal magistrato, in una futura *certa dies*)⁷⁹.

Tanto nell’ipotesi di assenza quanto in quella di presenza del delinquente, dunque, per nulla il regime delle azioni nossali assume i connotati di una ‘libertà’, assoluta o relativa, di difesa del delinquente⁸⁰, ancorché – rispetto alle

⁷⁹ D. 2.9.2.1, Paul. 6 *ad ed.*: *Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel iudicio eum sisti promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum* (cfr. LENEL 1899, 7, nt. 1, nel senso di una probabile interpolazione delle parole ‘*iudicio eum sisti*’ da sostituire con *vadimonium*); v., inoltre, D. 2.9.1 pr-1., D. 2.9.2 pr., D. 2.9.5, D. 2.9.6, D. 2.11.7 (sull’*eadem causa* in cui avrebbe dovuto versare l’*alieni iuris* sino all’accettazione del giudizio differita); D. 9.4.21.1 (sulla difesa dello schiavo assente). Ovviamente, colui che, interrogato, avesse riconosciuto di avere *in potestate* il servo assente *in iure*, avrebbe potuto provvedere anche ad esibirlo subito, ossia durante la stessa udienza e, quindi, senza la necessità della promessa di esibizione a data futura certa (oppure ragionevolmente assai vicina nel tempo anche se non già fissata ma, forse, solo non eccedente un *dies ad quem*: diversamente v. D’ANGELO 2015a, 257), oppure a difenderlo assente (cfr., sul punto, PUGLIESE 1950, 124 ss., che, tuttavia, identifica erroneamente la *cautio* con il *vadimonium* e, sul punto, non può quindi essere seguito; in tal senso, v. anche BRUTTI 1970, 269 ss. e ancor prima NABER 1893, 381 s.; v., per tutti, nel senso di una differenziazione tra i due istituti, KASER-HACKL 1996, 229 s., nt. 31, e, per una puntuale confutazione della tesi dell’identificazione, D’ANGELO 2015a, 253 ss.): D. 9.4.22.3, Paul. 18 *ad ed.*: *dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere* (cfr., inoltre, D. 9.4.21.4, Ulp. 23 *ad ed.*; D. 9.4.43, Pomp. 8 *ep.*). Dopo la promessa di esibire lo schiavo a una certa data, la dazione a nosa rimaneva ancora tra le opzioni volte a evitare tanto di procedere alla difesa del delinquente quanto di patire le conseguenze negative della *indefensio* (cfr. D. 9.4.8; D. 9.4.21 pr.; D. 9.4.22.3; D. 9.4.29; D. 9.4.32; D. 9.4.43). Nell’ipotesi in cui il convenuto con azione nossale, non negando la sua *potestas* una volta interrogato *in iure* dall’attore, ritenesse tuttavia di non essere in grado di procedere all’esibizione non solo entro la stessa udienza ma neppure a data fissa (così, rettamente, GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 193; D’ANGELO 2015a, 259), secondo l’opinione di una parte della giurisprudenza (‘*putat Vindius*’, giurista cui si deve, per l’appunto, con ogni probabilità l’introduzione della *cautio* in questione: cfr. GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 193), sarebbe stato ammesso a garantire all’attore l’*exhibitio incerta die* ‘*cum primum potuerit*’: per esempio, nel caso in cui Vindio avesse considerato il puro *dominium* il solo presupposto alla legittimazione passiva all’azione (come, del resto, si credeva in epoca classica, secondo la lettura integrata di C. 6.2.21 e di Bas. 60.6.28 schol. 1), la garanzia stipulatoria (e non il *vadimonium*) avrebbe rappresentato la via da seguire per evitare sia l’immediata difesa dell’assente, sia le sanzioni per l’*indefensio*, in ipotesi di schiavo in fuga o all’estero; per esempio, nel caso in cui Vindio avesse aderito alla tesi della legittimazione passiva dipendente da uno stato tanto di diritto quanto di fatto (come alcuni credevano già in epoca classica, sempre secondo la lettura integrata di C. 6.2.21 e di Bas. 60.6.28 schol. 1), la *cautio* ‘*cum primum potuerit se exhibiturum*’ sarebbe stata prestata dal convenuto, da un lato, non avendo egli negato la materiale disponibilità del servo (oltre che il *dominium* o un’affine posizione soggettiva *de iure*), ma, dall’altro, non potendo egli prevedere con esattezza la data in cui sarebbe stata possibile l’esibizione. Sul punto v., paradigmaticamente, LENEL 1927a, 82; DE VISSCHER 1947, 275 s., e nt. 50; PUGLIESE 1950, 126 s.; GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 193 s.; D’ANGELO 2015a, 255 ss.; ID. 2015b, 251 ss.; ID. 2017a, 100 ss.

⁸⁰ Cfr., *amplius*, PUGLIESE 1950, 122 ss., 143 ss.; ID. 1953, 251 ss.

ordinarie *actiones in personam* – risulti ben evidente come il *reus* non possa essere propriamente detto, alla luce delle peculiarità rituali del giudizio nossale, ‘coatto alla difesa se *invitus*’ così come nelle altre *actiones in personam*, secondo le generali puntualizzazioni di Pomponio e quelle più circoscritte (ossia attinenti alla sola ipotesi di delitto commesso dal *filius familias*) di Gaio. E ciò, per l'appunto, attesa la previsione di una molteplicità di condotte pre-giudiziali che, pur non estrinsecandosi né nell'*accipere iudicium* né nel *noxae dedere* (né, ovviamente, nella *confessio in iure*), sono comunque tali da escludere l'applicabilità delle conseguenze negative previste in caso di *indefensio* dell'assunto obbligato, laddove – di contro – chi viene convenuto con *actio in personam* ma non ‘*noxaliter*’, di regola è tenuto a collaborare con l'attore ai fini dell'instaurazione del rapporto processuale manifestando una conforme volontà al momento perfezionativo della *litis contestatio*, se – sempre prima della conclusione della fase introduttiva dinanzi al magistrato giudicante – non intende adempiere (o rilasciare confessione)⁸¹.

⁸¹ D. 9.4.33, Pomp. (14) (19?) *ad Sab.*: *Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere, sed carere debet eo quem non defendi, si servus est: quod si liber est qui in potestate sit, indistincte ipsi sui defensio danda est*; D. 9.4.29, Gai. 16 *ad ed. prov.*: *Non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale iudicium, verum et habenti in potestate liberum est evitare iudicium, si indefensam eam personam relinquat: sed huic necesse est ius suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset*. Alla luce della differenza tra processo con schiavo presente (D. 9.4.21 pr.) e schiavo assente (D. 2.9.2.1), se si ritiene che l'azione nossale sia tesa primariamente alla dazione a noxa e questa sia, prima del processo, oggetto di condotta dovuta ancora meglio si comprendono le parole di Pomponio e di Gaio sulla non coercibilità della difesa del delinquente (il primo dei quali enuncia un principio riassuntivo del regime che si stava assestando): se, da una parte, un normale debitore è tenuto a *dare* uno schiavo di sua proprietà (*ex contractu*) e, inadempiente, viene convenuto in giudizio, è del tutto irrilevante che abbia con sé o meno l'oggetto della prestazione dovuta *in iure*; se un debitore, dall'altra, è tenuto a dare a noxa uno schiavo delinquente *in potestate* (*ex noxa atque maleficio*), la presenza o l'assenza di quest'ultimo comportano regole non esattamente combacianti. Per di più, è proprio in caso di assenza dello schiavo delinquente (ipotesi verisimilmente normale nella cornice delle azioni nossali e, peraltro, più simile a quella di un qualunque processo relativo a un credito: cfr., *supra*, nt. 76) che emergono con maggior evidenza le differenze rispetto al regime delle *actiones in personam*. E ciò: sia posto che, come riporta Vindio, oltre alla *indefensio*, alla *confessio* e alla *noxae deditio*, il convenuto è ammesso a esibire o promettere o garantire l'esibizione dello schiavo delinquente; sia posto che, come scrivono Pomponio e Gaio, se il delinquente è un *liber in potestate* il *sui iuris* può evitare la difesa non solo dandolo a noxa, ma anche permettendo di intentare direttamente nei suoi confronti l'azione (cfr. D. 9.4.34, Iul. 4 *ad Urs. Fer.*; D. 9.4.35, Ulp. 41 *ad Sab.*). Anche se solo in via del tutto ipotetica, si potrebbe addirittura leggere il passo pomponiano conservato in D. 9.4.33 – proprio a mente dell'usuale assenza iniziale dello schiavo delinquente – nei seguenti termini: ‘nessuno convenuto in giudizio con azione nossale è coercibile alla difesa’ (*noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere*), ‘sempre che il delinquente sia servo e il suo avente potestà compaia dinanzi al pretore da solo (pur per ragioni diverse dalla fuga, atteso che il giurista in questo frangente avrebbe considerato il *dominus* privo di legittimazione passiva: cfr. D. 47.2.17.3, in fine)’ (*sed carere debet eo quem non defendi, si servus est*). Ovviamente qui sarebbe d'uopo attribuire a *carere* il significato di ‘essere *de facto* privo dello schiavo’ e non quello di ‘venir privato del *dominium* sullo schiavo’ come è, invece, in D. 9.4.43 (Pomp. 8 *ep.*). Per una lettura del

In altre parole, i giuristi classici, con limitato riguardo ai rapporti tra vittima dell'illecito perpetrato dall'*alieni iuris* e avente potestà di questi prima dell'instaurarsi del rapporto processuale con la conclusione del negozio endo-giudiziale della *litis contestatio*, pongono su piani operativi e concettuali differenti gli atti della *poenae solutio* e della *noxae deditio*⁸², quasi volessero alludere alla natura limitata della pretesa dell'uno e del corrispondente dovere dell'altro: da una parte il 'diritto' – fondato immediatamente non *ex contractu* (e, quindi, neppure *ex litis contestatione*), ma *ex noxa atque maleficio* – ad ottenere il trasferimento del delinquente nella propria sfera giuridica, dall'altra il dovere – fondato, alla luce della sua causa remota, *ex lege* – di *dare* mediante atto formale idoneo allo scopo la *potestas* sul delinquente⁸³.

Il vincolo di *noxae* tra delinquente e vittima (costituitosi in forza del maleficio servile o filiale), tanto nel V secolo a.C. quanto in epoche successive, pare generare un 'mobile' dovere *ex lege* sull'avente potestà. Ed è dunque l'inadempimento di tale dovere, ossia la violazione della legge e del suo comando, che pare costantemente assurgere a causa del potere di azione nossale esercitabile dalla vittima: rimanendo inosservata la legge e, quindi, nella persistenza della mancata *noxae*

passo in parola che è tesa, condivisibilmente, a contrastare le idee secondo cui le azioni nossali prescindevano da un'obbligazione (DE VISSCHER 1947, 363 ss.; ID., 1960, 39 ss.) o implicavano un qualche carattere di realtà (BIONDI 1925, 221 s.; ID. 1928, 379; BRANDI CORDASCO SALMENA 2012, 74 ss.), v., per tutti, PUGLIESE 1953, 251 ss., 255; ID. 1972, 94 s. e nt. 23.

⁸² Diversamente, da ultima, v. D'AMATI 2016, 125, nt. 226: «sia la *noxae deditio* sia l'assunzione del pagamento del *damnum* non costituivano adempimento di un obbligo da parte dell'avente potestà, ma solo mezzi liberatori».

⁸³ Che il *desiderium* dedotto in giudizio dalla vittima sia quello di ottenere la *potestas* sul delinquente non solo non è negato da, ma può trovare un appiglio in D. 9.4.42.1, Ulp. 37 *ad ed.* (*si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolvi debet, quia desit desiit verum esse propter eum dare oportere*). Secondo Pugliese il passo sarebbe annoverabile tra quelli attestanti in capo all'avente potestà, convenuto in giudizio, un *oportere* avente ad oggetto la pena (cfr. BESELER 1926, 120, che propone di correggere *dare* in *dari*). Vero è, però, che, se nel libro 37 di commento all'editto pretorio Ulpiano andava a trattare della materia del furto (cfr. LENEL 1927a, 196, nt. 1, 330), e se si ammette – con i più – che il giurista, occupandosi di ciò, facesse riferimento all'*intentio* della formula (cfr. KELLER 1822, 52 ss.; KARLOWA 1872, 121; GIRARD 1887, 441 s.; BIONDI 1925, 232 s.; PUGLIESE 1953, 249; *contra*, v. DE VISSCHER 1947, 360 s.), allora è quanto mai singolare che non vi sia menzione dell'espressione arcaica traslata al processo formulare (e presente anche, con più sfumature, nelle opere della giurisprudenza) '*pro fure damnum decidere*' (cfr. PELLOSO 2019, 267 ss.). Se lo schiavo è morto (ma, ignorando ciò, l'avente potestà accetta la formula ritenendo il vincolo nossale ancora esistente), allora cessa di essere vero – scrive Ulpiano – che il *reus* sia obbligato (*oportere*) a '*propter eum dari*': la prestazione dovuta a causa del delitto servile è genericamente indicata in termini di 'trasferimento dominicale' senza alcuna precisazione sull'oggetto (che, ovviamente, Pugliese sottintende, pensando a *pecuniam*). Ebbene, se non si intende sostituire *dari* con *pro fure damnum decidi* o *dare* con *pro fure damnum decidere* (ciò risultando non solo inutile, ma pure arbitrario), il passo, lasciato correre per come tradito, assume pieno significato leggendo '*propter eum dare oportere*' nel senso di 'dover trasferirlo [i.e. lo schiavo] a causa del suo furto'.

deditio del delinquente ancora vivo, il vincolo rimaneva in piedi e – in ragione dei suvvisti presupposti positivi e negativi –, da un lato, l'*actio noxalis* competeva alla vittima, dall'altro, all'*actio noxalis* era tenuto il *dominus* o il *pater*. L'azione nossale, insomma, non è un'azione penale per il delitto di un sottoposto, ma un'azione penale per la mancata dazione a noxa di un sottoposto delinquente: un'azione che può essere esperita solo se, con la perpetrazione del maleficio, anzitutto una *nox*a-vincolo si è costituita e solo se, di poi, tale *nox*a-vincolo non è venuta meno, permanendo e legando attualmente l'offeso e l'avente potestà per il medio del soggetto a potestà offensore.

8. *La 'vis ac potestas' delle azioni nossali nel processo formulare: la facoltà di dare a noxa dopo la 'litis contestatio'*

A mente dei sopravvisti elementi 'stabili' della ricostruzione del regime sostanziale della nossalità, e, dunque, a mente, sul piano processuale, della *causa actionis* (ovverosia – lo si ribadisce – la persistenza del vincolo nossale per mancato adempimento del dovere legislativo di dare a noxa), la vera cifra caratterizzante (la cd. *vis ac potestas*, secondo la efficace descrizione gaiana), ossia l'aspetto precipuo e distintivo della nossalità, atterrebbe – più che ai connotati sostanziali dell'oggetto dell'*oportere* dedotto in giudizio, ossia un *dare* – alla singolare struttura del giudizio, ossia all'unicità del congegno proprio delle *actiones noxales*, se comparato con quello delle ordinarie azioni *in personam* in cui, come è pacifico, la condanna del *reus* non poteva essere che pecuniaria⁸⁴.

Detto diversamente, nel giudizio nossale e in forza del giudizio nossale, perdurerebbe, senza la ordinaria 'consunzione' *ex litis contestatione* secondo le modalità proprie del sistema processuale *per formulas*, come oggetto di *facultas* o di *licentia*

⁸⁴ Che sia il regime 'processuale' per le sue peculiarità a interessare i giuristi romani più che il rapporto sostanziale (tanto che si potrebbe discorrere di 'obbligazione nossale', espressione senza alcun corrispondente latino nelle fonti – come rileva anche BETTI 1960, 507 –, non tanto per qualificare un rapporto obbligatorio già connotato originariamente da 'facoltatività' o 'alternatività', ma solo il vincolo *ex noxa atque maleficio* implicante l'*oportere* di *noxae dare*, suscettibile di essere fatto valere in giudizio in ipotesi di inadempimento), si evince anzitutto dal fatto che Gaio affronta la responsabilità nossale non nella cornice della materia delle obbligazioni, ma solo in connessione con la trattazione del processo, precisando non che dai delitti commessi dai *servi* e dai *fili* *familias* nasce un'obbligazione *sui generis* in capo al *pater* o al *dominus*, ma che in ragione di ciò sono stati predisposti dei meccanismi processuali che – in via eccezionale rispetto al regime della condanna solo pecuniaria espressa a chiare lettere in Gai 4.48 – non impongono al *pater familias* o al *dominus* di pagare, giusta la condanna, la *litis aestimatio* (v., a titolo di esempio, per *sufferre aestimationem*, Gai 4.75; D. 9.4.20; D. 9.4.28; D. 47.10.17.4; per *offerre aestimationem*, D. 9.1.1 pr.; D. 9.1.1.16; D. 9.4.14 pr.; D. 9.4.27.1; D. 9.4.28; D. 47.6.1 pr.), ma gli consentono anche di liberarsi attraverso la *noxae deditio* sia dopo la *litis contestatio*, sia dopo la sentenza: cfr., sul punto, SARGENTI 1950, 56, 65. Per una opportuna valorizzazione della 'processualità' del regime nossale, cfr. altresì, seppur da prospettive diverse, PUGLIESE 1950, 115 s.; FALCHI 1976, 37 ss., 149 ss.; MANNI 2012, 89 ss.; FRANCESCON 2015, 206.

che dir si voglia, a favore del legittimato passivo dell'azione, il contegno solutorio della *noxae deditio*, in alternativa all'*oportere ex litis contestatione* di *iudicatum solvere* e, quindi, di pagare la *litis aestimatio* omologata – come noto – alla *poena* privata pecuniaria cui il condannato sarebbe stato tenuto ove, autore del delitto, fosse risultato soccombente a fronte dell'esperimento di un'azione cd. *directa* o *in solidum*⁸⁵. Se, quindi, *ante litem contestatam* la cd. obbligazione nossale altro non è che il vincolo legislativo relativo al dovere di *noxae dedere* (di modo che, in tale fase, il pagamento estintivo non può configurarsi che come 'composizione negoziale tra le parti' e non come prestazione *in obligatione* dell'avente potestà), invece, *post litem contestatam* le cose cambiano, soprattutto a mente delle ipotesi delittuose civilistiche di furto o di danneggiamento perpetrato da un *servus* o da un *filius*. Nella generalità delle *actiones in personam* ciò cui è tenuto il *reus* è unicamente il pagamento di una somma di danaro in via surrogatoria (e non più, *iure civili*, il *dare certam rem* o *certam pecuniam* oppure il *facere* originario quali oggetti dell'*oportere* di diritto sostanziale), così come è soltanto ciò quello che può essere preteso dall'attore e ciò che può essere dedotto in condanna dal giudice: il *desiderium* attoreo, inteso come *petitum* 'immediato', è il risultato di una fisiologica valorizzazione attraverso la quale il *petitum* mediato viene monetizzato⁸⁶. Nelle azioni nossali, invece, il dare a noxa 'muta' da *oportere* a *licere*,

⁸⁵ Cfr., per tale facoltà con riguardo implicito ad un momento *post iudicium acceptum*, Gai 4.75 (*ex maleficio filiorum familias seruorumque, ueluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominoue aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*), nonché D. 9.4.1, Gai. 2 *ad ed. prov. (quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si [damnati]<conventi> fuerimus, liceat nobis deditioe ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem)*, ove – ovviamente – si sostituisca in quest'ultimo passo *damnati* con *conventi* (v. BIONDI 1925, 263; SARGENTI 1950, 58; *contra*, v., implicitamente, PUGLIESE 1972, 85, nt. 12, nonché, esplicitamente, D'ANGELO 2017b, 293, nt. 8). Per la permanenza di tale facoltà 'anche' *post iudicatum*, cfr. D. 42.1.6.1, Ulp. 66 *ad ed. (decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit [...] at iudicium solius noxae deditiois nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur)*, nonché D. 5.3.20.5, Ulp. 15 *ad ed. (tamdiu quis habet noxae dedendae facultatem, quamdiu iudicati conveniatur, post susceptum iudicium non potest noxae dedendo se liberare)*; sul punto v., *ex plurimis*, KARLOWA 1901, 1169; BIONDI 1925, 273 ss., 345; DE VISSCHER 1947, 419 s.; KASER 1971, 632 (che sostengono l'efficacia liberatoria della dazione a noxa eseguita in pendenza della lite proprio in forza della legge e/o in presenza della clausola nossale a livello di *condemnatio*); *contra*, v. D'ANGELO 2017b, 289 ss. (orientato a credere che, con riguardo all'intervallo tra *litis contestatio* e sentenza, fosse la clausola arbitraria a giustificare la facoltà di dazione a noxa quale 'condizione negativa' alla condanna).

⁸⁶ Su tutto ciò mi permetto di rinviare a PELLOSO 2011, 244 ss., ove, alla luce di Gai 4.48, Gai 4.114, Gai 3.180, e D. 12.6.60 pr., si sottolinea come – almeno nella cornice di pensiero dei Sabiniani – l'*obligatio* dedotta in giudizio viene ad essere estinta (*tollitur / dissolvitur*), di modo che l'originario dovere sostanziale (*oportere*), dopo la costituzione del rapporto processuale *post iudicium acceptum*, viene 'estromesso' dall'alveo dell'azione, pur esso permanendo 'al di fuori' come un *debitum naturale* (il che sia esclude, come scrive Giuliano, l'esperibilità della *condictio*

affiancando quelle posizioni createsi *ex novo* a seguito e in forza prima della *litis contestatio* e poi della sentenza di condanna che i *veteres* chiamavano rispettivamente 'oportere condemnari' e 'iudicatum facere oportere'⁸⁷.

L'assetto straordinario delle *actiones noxales* implica, a valle di un'obbligazione sostanziale semplice di *dare certum*, il configurarsi di un'obbligazione processuale semplice di *dare certam pecuniam* sia avente come fonti dirette la *litis contestatio* e il *iudicatum*, sia connessa, *a latere*, con la facoltà alternativa di dare a nosa il delinquente, parimenti di indole processuale⁸⁸.

Da un lato, dunque, ove si proceda alla dazione del delinquente nell'intervallo di tempo compreso tra la fine della fase *in iure* e la pronuncia della sentenza, l'esito del processo non può che essere assolutorio⁸⁹. Analogamente, nell'ipotesi

per la ripetizione dell'indebito, sia implica, anche alla luce del principio *omnia iudicia absolutoria* ricordato da Gaio, l'assoluzione per *satisfactio post litis contestationem*); per una possibile congettura circa la posizione dei Procleiani in tema di rapporto tra efficacia estintiva della *litis contestatio* e limitata assolutorietà dei *iudicia*, v. PELLOSO 2011, 261 s., nt. 237. Diversamente, con l'esperimento delle azioni nossali, l'originario *oportere* civilistico né si convertiva in *debitum naturale* (come ritenevano alcuni giuristi) né veniva estinto *post iudicium acceptum* (come ritenevano altri): esso – ed era questa la peculiarità enfatizzata da Gaio in D. 9.4.1: *quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditioe ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem* – permaneva nell'alveo processuale (tanto cognitorio quanto prodromico all'esecuzione) come licenza o facoltà del legittimato passivo (finanche condannato), di modo che questi sarebbe stato assolto se avesse dato a nosa lo schiavo nell'intervallo di tempo compreso fra la *litis contestatio* e l'emanazione della sentenza e, anche in quello tra l'emanazione della sentenza e la formalizzazione dell'*actio iudicati*, avrebbe potuto estinguere l'*obligatio iudicati* perfezionando la dazione a nosa.

⁸⁷ Cfr. Gai 3.180. Di contro, come già noto, il *reus* di un'ordinaria *actio in personam*, se condannato, poteva e doveva *sufferre litis aestimationem* e, in quanto tenuto (*obligatus*), in ipotesi di inesecuzione della sentenza emessa dal giudice privato, veniva assoggettato all'*actio iudicati*.

⁸⁸ Cfr. D. 42.1.6.1, Ulp. 66 *ad ed.* Come si atteggiasse *in formula* tale facoltà alternativa rispetto all'*oportere* di *sufferre litis aestimationem* è altra e non semplice questione che qui non si può affrontare (ma v., comunque, *infra*, nt. 89).

⁸⁹ D. 4.3.9.4, Ulp. 11 *ad ed.*: [...] *si servum pigneratum noxae mihi dederis per iudicem et sis absolutus* [...]; D. 9.4.1, Gai. 2 *ad ed. prov.*: [...] *si [damnati] <conventi> fuerimus, liceat nobis deditioe ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem* D. 9.4.8, Ulp. 37 *ad ed.*: [...] *sed non alias poterit is qui conventus est evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum* [...] *plane si propter hoc, quod socii dedere parati non fuerint, in solidum fuerit condemnatus*; D. 9.4.19 pr., Paul. 22 *ad ed.*: [...] *si alterutri nostrum in solidum noxae deditus fuerit et ob id ab utroque dominus sit absolutus*. Se è vero che l'*intentio* non era concepita in termini di alternativa, come invece era la *condemnatio*, altrettanto vero è che la questione dell'efficacia liberatoria della dazione a nosa nel lasso temporale in parola (*litis contestatio - iudicatum*) non è di piana risolvibilità. La presenza di una clausola restitutoria è stata di recente riproposta, con ampia e ingegnosa argomentazione, da D'ANGELO 2017b, 289 ss. A prescindere dalla considerazione secondo cui in materia nossale non è attestato il ricorso al *iusiurandum in litem* con cui determinare e *latere actoris* la *litis aestimatio* in caso di contumacia del convenuto, o in quello di rifiuto di seguire il *iussus iudicis*, o ancora in quello di dolosa perdita della *potestas* sul delinquente, potrebbe forse obiettarsi a questa tesi che, nelle *actiones* con formula con *arbitratus de restituendo*, la '*restitutio*' per *iussus* del giudice in conformità alla *pronuntiatio secundum actorem* costituiva, non una facoltà

in cui l'avente potestà proceda alla *noxae deditio post condemnationem*, il *teneri ex causa iudicati* ha da ritenersi estinto e il *facere iudicatum* non più dovuto dal condannato: questi viene infatti liberato senza pagare la *poena* pecuniaria dedotta nel capo condannatorio della sentenza, atteso che la *noxae deditio* continua a integrare a favore del *reus* – vincolato, per l'appunto, solo dal rapporto costituitosi *ex litis contestatione* ed *ex iudicato* alle relative forme di *oportere* – una *solutio* che, espressamente prevista a livello di *condemnatio* formulare come oggetto di una facoltà alternativa espressa in termini di 'aut-aut', la giurisprudenza fa derivare dalla legge delle XII Tavole (le quali, come già rilevato, 'ordinavano' il dare a nosa, anche se nessun giudice privato, in seno al processo formulare, avrebbe mai potuto dedurre tale condotta in un capo condannatorio di sentenza in natura)⁹⁰.

o una licenza, ma l'adempimento di un onere o comunque un fatto operativo come presupposto negativo della condanna (di talché, secondo tale schema generale, il mancato adempimento dell'invito giudiziale avrebbe dovuto condurre solo a una sentenza di condanna al pagamento di una somma di danaro *contra reum*); così come potrebbe dubitarsi che la formula '*neque ea res arbitrio iudicis restituetur*' (cfr. D. 4.2.14.11), in forza di una interpretazione letterale, fosse acconcia ad attribuire al legittimato passivo la 'facoltà – o meglio l'onere' – di dare a nosa il colpevole. Ma la ricostruzione riproposta di recente dallo studioso merita un'attenzione ben più profonda ed estesa di questa.

⁹⁰ D. 42.1.6.1, Ulp. 66 *ad ed.*: *decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: [facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit] [...] at iudicium solius noxae deditio nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur*; D. 9.4.20, Gai. 7 *ad ed. prov.*: [...] *si maluit dominus priori iudicio litis aestimationem sufferre [...]*; D. 21.1.17.18, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*: [...] *si quis forte noxae dedere noluerit, sed litis aestimationem sufferre [...]*; cfr., inoltre, I. 4.17 pr. 1. Quanto al fondamentale D. 42.1.6.1, BIONDI 1925, 273 s., e SARGENTI 1950, 61 s., consideravano interpolato il riferimento al *noxae dedere* nella frase iniziale ('*decem - condemnatus*'), mentre LENEL 1927b, 24, e HÄGERSTRÖM 1927, 64, nt. 2, reputavano insiticia l'ultima parte da '*et ideo*' a '*tribuitur*'; v., inoltre, DE VISSCHER 1947, 401, 417, nt. 17. Il passo merita fiducia nella sostanza, fermo restando che la proposizione '*facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit*' sia presenta un uso non classico di *noxae* nel senso di 'autore dell'illecito' (v. BIONDI 1925, 24 s.; LENEL 1927b, 12, nt. 1; CANNATA 2014, 313, nt. 84), sia fa discendere direttamente dalla legge, e non dal meccanismo azionale, la *facultas* di dare a nosa (cfr., per la previsione di un originario comando legislativo di dare a nosa, PUGLIESE 1972, 81 s., 91 s., e, ampiamente, GRÖSCHLER 2010, 196 ss., 200 ss.). Ulpiano tiene a precisare il significato sotteso al tratto formulare '*decem dare aut noxae dedere Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato*': il convenuto con azione nossale, quando è condannato 'a pagare dieci o a dare a nosa', in vero è condannato solo a pagare dieci (in conformità al noto principio enunciato in Gai 4.48), atteso che la *noxae deditio* è '*in solutione*' (ossia facoltà alternativa fino al momento della *litis contestatio* nell'*actio iudicati*) e che la *condemnatio*, benché espressa in termini di una disgiunzione apparentemente enunciativa di prestazioni tra loro alternative *in obligatione* (pagare la *litis aestimatio* o *noxae dedere*), era semplice, ossia con il solo pagamento della *litis aestimatio in obligatione*. A mente di tutto ciò, credo che non sia la 'facoltà di dare a nosa' che Ulpiano qualifica come *e lege tributa*, ma che il giurista precisi come la dazione a nosa fosse prevista dalle XII Tavole come *solutio* del vincolo nossale, *solutio* che – nel sistema formulare della condanna solo pecuniaria – prima della costituzione del rapporto processuale non poteva che costituire oggetto di *oportere*, mentre dopo l'accettazione del giudizio – ciò assurgendo a *vis ac potestas* delle *actiones noxales* – non poteva che rimanere, seppur trasformata in facoltà laterale

Dall'altro, ove il delinquente diventi libero e *sui iuris* oppure venga alienato, il contegno previsto in termini di *licere* diviene impossibile a causa di un atto volontario del soggetto a cui vantaggio si prevede la *facultas*, pur ciò – come è logico – non impattando sulla conservazione in termini di *oportere* sia del *condemnari* che del *iudicatum facere*, insensibili quindi alle sorti della caducazione della 'facoltà alternativa'⁹¹.

9. *La morte del delinquente 'post litem contestatam' e l'abbandono nossale del cadavere in Gai 4.81 e in Fragm. Aug. 4.81-87*

Come si è avuto modo di appurare nel pregresso paragrafo, *post litem contestatam* l'atto di disposizione sul delinquente da parte del suo avente potestà non esclude la condanna pecuniaria, facendo solo estinguere la *facultas* alternativa. Dunque, a più forte ragione, la morte dello schiavo – come è certamente per quella dell'*animal* in relazione all'*actio de pauperie*⁹² – dovrebbe, da una parte, rendere impossibile l'esecuzione della condotta solutoria facoltativa e, dall'altra parte, lasciare intatta l'*obligatio iudicati* (e ciò non solo e principalmente nel caso di morte provocata volontariamente o colpevolmente dall'avente potestà, ma anche in quello di morte accidentale).

Quid iuris, dunque, qualora il delinquente muoia e così caduchi la possibilità dell'esecuzione della condotta facoltativa *in solutione* e non *in obligatione* (ossia la *datio* del vivente), dopo che il rapporto processuale si è definitivamente cristallizzato con l'accettazione del giudizio da parte del convenuto? Il Digesto non ha lasciato alcuna risposta, disinteressandosi *in toto* della fattispecie. A fronte di tale lacuna informativa, si è voluto rintracciare qualche spiraglio sia nel Gaio veronese⁹³ sia nei frammenti di Autun⁹⁴: due fonti, che in squarci molto lacunosi,

all'obbligo di pagare la somma di danaro. V., sul punto, tra i più recenti studiosi, GRÖSCHLER 2010, 216 ss.; D'ANGELO 2017b, 294 s., nt 17.

⁹¹ D. 9.4.38 pr., Ulp. 37 *ad ed.*: *Quemadmodum si alii vendidisset: parvi enim refert, cui vendiderit, adversario an alii: suaque culpa litis aestimationem sublaturum, qui vendendo noxae deditionem sibi ademit.*

⁹² Cfr. D. 9.1.1.13, Ulp. 18 *ad ed.* (prima della *litis contestatio*); D. 9.1.1.14, 16, Ulp. 18 *ad ed.* (dopo la *litis contestatio*); v. Fragm. Aug. 4.83.

⁹³ Gai 4.81: *Quid ergo est? etiamsi de qua re modo diximus, quoque non permissum fuerit ei mortuos homines dedere, tamen et si quis eum dederit, qui fato suo uita excesserit, aequae liberatur.*

⁹⁴ Fragm. Aug. 4.81-87: . . . *committitur si per lasciviam aut fervorem aut feritatem damnium <factum est et> tenetur dominus ut aut damnium sustineat aut in noxam <tradat> animal. 82. Sed interest utrum servi filii nomine noxalis actio propo<natur, an> animalium. Nam si servi filii nomine condemnatus fuerit do<minus vel> pater, poterunt in noxam dare etiam mortuum: condemn<atus dominus> noxali actione potest servum etiam mortuum in noxam dare. 83. <Et non solum si> totum corpus det liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis. denique tr<actatur de> capillis et unguibus an partes corporis sint. quidam enim dicunt <ea additamenta corporis esse; sunt enim> foris posita. animal m<ortuum vero> dedi non potest. 84. Quae ratio est ut servi mortui etiam dedantur? Volueru<nt>. . . . r imponere servis vel filiis ut delinquentes semet t aut*

sembrano sì trattare proprio il caso che qui interessa, ma in parte con soluzioni in contraddizione apparente tra loro⁹⁵. E così, in ipotesi di morte del delinquente – tanto provocata per esercizio del *ius vitae necisque*, quanto occorsa *fato suo* –, l'aveute potestà non sarebbe stato tenuto solo alla *litis aestimatio*, ma avrebbe potuto ancora evitarla e quindi liberarsi dal vincolo – diversamente rispetto a quanto previsto in casi di esperimento dell'*actio de pauperie* in cui, di contro, procedere alla dazione della carcassa non era ammesso – attraverso la consegna del cadavere.

In letteratura le interpretazioni proposte in chiave conciliativa dei due frammenti in discorso sono, *grosso modo*, riconducibili a tre macro-filoni che condividono l'idea secondo cui sia Gaio sia il suo epitomatore abbiano – nell'abbozzare, per quanto il loro lacunoso discorso lascerebbe trasparire, il regime applicabile in caso di delinquente morto – a riguardo non solo l'età classica, ma anche, più pre-

potestatem dominorum: namque ita volebant liberari a do<minis> <ser>vus delinquebat non poterat dominus aut reddere dabat <no>xam p Ergo cum praetor dedere dom parentem putes iure uti t <do>mino vel parenti et occidere eum et mortuum dedere in n<oxam> patria potestas potest n . . . cum patris potestas talis est ut habeat vitae et necis pot<estatem>. 86. De filio hoc tractari crudele est, sed non est post r <occi>dere sine iusta causa, ut constituit lex XII tabularum. sed deferre iu<dici> debet propter calumniam. 87. Ergo ideo interest mortuum dedere ter. animalibus non est similis tr<act>atio in poenis his quae ratione carent. Per la prima edizione, v. CHATELAIN 1899; cfr. CANNATA 1963a; ID. 1963b; v. KRÜGER 1923, LX; FERRINI-SCIALOJA, 1929, 457 s.; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998a, 269 s. Cfr., sulla conoscenza che di Gaio e delle XII Tavole si aveva in età post-classica, da un lato, RODRÍGUEZ MARTÍN 2008; dall'altro, DILIBERTO 1997; ID. 2014; v., inoltre, ALBANESE 1948, 357; ID. 1979, 132 s.

⁹⁵ Alcuni hanno ritenuto insanabile il conflitto contenutistico esistente tra le due fonti in parola: da un lato, infatti, nei *Fragmenta* si legge che '*dominus vel pater poterunt in noxam dare etiam mortuum*', dall'altro, Gaio lascia intendere che di regola non si sarebbe potuto *dedere* il cadavere di un soggetto a potestà ucciso dall'aveute potestà, mentre sarebbe stato possibile il cd. abbandono nossale del cadavere se la morte del delinquente fosse avvenuta *fato suo* (cioè la morte fosse stata naturale o accidentale o, comunque, senza colpa dell'aveute potestà). Ad esempio, da un lato, MORGESE RASIEJ 1991, 307, ha palesato un fermo scetticismo circa l'affidabilità dei *Fragmenta Augustodunensia*: Aug. 4.80-85, infatti, risulterebbe «troppo in contrasto con quanto è detto in Gai 4.81», testimoniando «per l'ammissibilità della *deditio* del cadavere». Dall'altro, già GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 203 ss., riteneva che le informazioni fornite dal tardo epitomatore non fossero fededegne: per la studiosa, l'unico effetto della morte dell'*alieni iuris* dopo la *litis contestatio* non poteva che essere – proprio come per il caso di morte dell'animale – quello di sottrarre al convenuto la possibilità di dare a noxa, e quindi quello di lasciare intatto il vincolo obbligatorio relativo al pagamento della pena pecuniaria. Inoltre, per la studiosa, Gaio andrebbe a precisare – e assai banalmente e pedantemente, invero – che la *noxae deditio* del cadavere non sarebbe mai ammissibile, ma se il delinquente fosse morto di morte naturale dopo il trasferimento alla vittima, la *datio* dell'*homo mortuus* sarebbe stata comunque idonea a liberare l'aveute potestà. V., inoltre, BIONDI 1925, 17 s., 249 ss.; POLOJAC 2003, 78 s. Altri autori, invece, hanno pensato esplicitamente a una possibile armonizzazione dei dati: cfr., paradigmaticamente, SCIALOJA 1900-1901, 72 s.; SCHERILLO 1994, 1660; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998a, 271, 352 ss.; ID. 1998b, 76 ss.; MANNI 2012, 115 ss.; MCGINN 2017, 238 s.

cisamente, il caso particolare di morte del *servus* o del *filius* collocabile nel lasso temporale incluso tra la *litis contestatio* e la pronuncia della sentenza giudiziale⁹⁶.

Secondo un primo orientamento, il regime romano della dazione nossale del cadavere avrebbe avuto funzione probatoria dell'esercizio del potere punitivo sul sottoposto e, dunque, si giustificerebbe alla luce dell'esigenza del contenimento di quelle false affermazioni di morte dell'*alieni iuris* tese a sottrarre l'avente potestà dalla responsabilità nossale⁹⁷. Altri hanno proposto di spiegare il peculiare effetto liberatorio della consegna nossale del cadavere (o addirittura di sue parti) con la *ratio* di consentire all'offeso comunque l'esercizio della sua pretesa vindicatoria sul corpo, insepellibile, dell'offensore e quindi 'soddisfarsi'⁹⁸. Infine, al di là dell'origine dell'istituto nel terreno della vendetta e della possibile funzione probatoria, sarebbe stata l'esigenza di salvaguardare – a fronte della posizione comunque da proteggere della vittima del delitto – proprio il diritto di vita e di morte dell'avente potestà sull'autore dell'illecito a fondare la persistenza *pro reo* della facoltà di *noxae dedere* nonostante la pregressa morte del *dedendus*⁹⁹

⁹⁶ V., paradigmaticamente, FERRINI 1929, 425; nonché BUONAMICI 1901, 294; JOBBÉ-DUVAL 1924, 315 s.; DE VISSCHER 1947, 177; MANNI 2012, 113; GRÖSCHLER 2010, 204; MCGINN 2017, 222. Cfr., però, SCIALOJA 1900-1901, 72 s., che pare voler estendere il regime della consegna del cadavere (per giustificare l'esercizio del *ius vitae ac necis*) anche *ante litem contestatam* (ritenendo che nei passi della compilazione sia stata omessa in modo sistematico la menzione della consegna del cadavere dopo la *litis contestatio* e che prima di essa il regime sia stato omologato a quello dell'*actio de pauperie*); v., inoltre, BIONDI 1925, 250 s., che propende per una uniformità di trattamento prima e dopo il *iudicatum* anche se ritiene che «la diversità di trattamento si potrebbe per altro giustificare pensando che doveva ripugnare ai Romani imporre la consegna del cadavere prima della *litis contestatio*, prima cioè che la colpa del reo fosse accertata formalmente in giudizio». In termini non dissimili, v. anche LUZZATTO 1934, 202 s. (secondo cui «la *deditio* era adempimento liberatorio sia prima che dopo la condanna, sia del vivo che del morto»); VOCI 1980, 75 e nt. 174 (favorevole all'effetto liberatorio della dazione del cadavere prima del giudizio, almeno per il caso di morte dovuta all'esercizio del potere punitivo).

⁹⁷ MOMMSEN 1899, 236: «der fälschlichen Angabe des Todes des auszuliefernden Unfreien ein Riegel vorgeschoben werden sollte»; cfr. SCIALOJA 1900-1901, 72 s., e, soprattutto, ID. 1928, 35, che credeva come «la consegna del cadavere non avesse altro scopo se non quello di provare l'avvenuta uccisione del danneggiatore». V., inoltre, BIONDI 1925, 149, nonché DE VISSCHER 1943, 80 ss., che propendono per la funzione probatoria almeno per l'età classica.

⁹⁸ V., anzitutto, JOBBÉ-DUVAL 1924, 306, 309, nt. 2, 312 s. e FERRINI 1929, 432; cfr., inoltre, SCIALOJA 1900-1901, 73; ID. 1901, 288 ss., 160; BUONAMICI 1901, 294 ss.; ROBBE 1932, 377; LUZZATTO 1934, 204; KASER 1949, 188; MORGESE RASIEJ 1991, 322, nt. 88; SCHERILLO 1994, 160; GRÖSCHLER 2010, 206.

⁹⁹ Cfr., in primo luogo, FERRINI 1930, 187 ss.; v., inoltre, SCIALOJA 1900-1901, 71 s.; MORGESE RASIEJ 1991, 318 s., nt. 81; GRÖSCHLER 2010, 206. In particolare, v. DE VISSCHER 1947, 167 ss., 176 ss.; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998a, 349 s. e nt. 743; ID. 1998b, 75 ss. Il primo dei due ultimi autori citati ritiene che Gai 4.81 esponga una regola generale della nossalità da controbilanciare con il regime del *ius vitae ac necis*: dopo la *litis contestatio* la morte dello schiavo fa venir meno la facoltà di dare a noxa e, quindi, non è permessa quest'ultima come avente ad oggetto il cadavere (*contra*, v. LUZZATTO 1934, 202; LISOWSKI 1940, 617 s.; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998b, 77 s.). A tale regola si affiancherebbero, però, due eccezioni: la prima – esposta dall'epitomatore di

e, così, anche ad evitare possibili abusi da parte degli schiavi e dei figli del regime generale della nossalità¹⁰⁰.

Ognuna di queste ipotesi ricostruttive – peraltro tra loro non incompatibili, ma cumulabili in più complesse visioni d'insieme – presenta non poche criticità. *In primis*, la funzione probatoria risulta assai poco compatibile con lo stato, per quanto lacunoso, delle due fonti in oggetto: se la consegna fosse solo esibitoria, la *datio* attraverso *mancipatio*¹⁰¹ apparirebbe del tutto eccessiva e in quanto tale

Autun – implicherebbe che la morte del soggetto a potestà conseguente all'esercizio *cum iusta causa* di potere punitivo, pur non liberatoria dopo la costituzione del rapporto processuale, non determinerebbe la caducazione della facoltà di dazione a nosa; la seconda – esplicitata nel Gaio veronese e, comunque, immaginata dallo studioso belga in una cornice di *ius controversum* tra i giuristi – per cui, parimenti al caso appena visto (*aeque*), anche ove la morte del delinquente avvenisse per cause accidentali o naturali (ossia non per esercizio di potere punitivo e, anzi, privando l'avente potestà dell'esercizio concreto del suo *ius vitae ac necis*), la consegna nossale del cadavere sarebbe permessa come atto liberatorio idoneo ad evitare la pena. Ad avviso del secondo studioso, invece, dai Frammenti di Autun emergerebbe, pur implicita, una regola di carattere generale afferente allo stadio processuale *post litem contestatam*: la consegna dello schiavo morto – in senso opposto a quanto ipotizzato da De Visscher – sarebbe liberatoria; tuttavia, se il decesso avvenisse per effetto dell'esercizio del potere punitivo dell'avente potestà *sine iusta causa*, quest'ultimo rimarrebbe solo obbligato alla pena. Dallo stesso Gaio veronese si evincerebbe, di poi, non una regola generale opposta a quella appena espressa (ossia 'non è permessa, in linea di principio, la dazione nossale del cadavere'), ma una regola particolare che delineaerebbe un'esclusione rispetto al regime generale: se il giurista, nel contesto della trattazione dei poteri dominicali e paterni attraverso *aeque* equiparerebbe il caso di colui che muore *fato suo* durante il castigo a quello (preso in considerazione dal suo epitomatore) di colui che è stato ucciso *cum iusta causa*, di contro nell'ipotesi di uccisione *sine iusta causa*, al *dominus* o al *pater* (*ei* in Gai 4.81) non sarebbe permesso – come rilevabile pure dai lacerti dei *Fragmenta* – di liberarsi dando a nosa il cadavere (*non permissum fuerit [...] mortuos homines dedere*).

¹⁰⁰ Secondo Scialoja, infatti, uno schiavo, allo scopo di essere trasferito ad un *dominus* maggiormente benevolo, avrebbe potuto delinquere contro quest'ultimo, così da recargli un danno di entità tale da determinare il suo attuale proprietario di cederlo piuttosto che di pagare la *litis aestimatio*. Più esattamente, per lo studioso, in un primo momento – e ciò sulle tracce di Ferrini – la dazione a nosa del cadavere sarebbe stata possibile solo a valle dell'esercizio del *ius vitae ac necis* dell'avente potestà (Fragm. Aug. 4.82 ss.); poi, in un secondo momento, per analogia (*aeque*: Gai 4.81), sarebbe stata estesa tale facoltà all'ipotesi di morte naturale del delinquente, non essendo così «da rigettare l'opinione del Mommsen circa lo scopo della consegna del cadavere o delle parti di esso» (SCIALOJA 1900-1901, 72 ss.; SCIALOJA 1901, 288 ss., 293: «oggi la interpretazione dei frammenti d'Autun ci autorizza a supporre con grande probabilità, che Gaio dicesse che il capo della famiglia convenuto con l'azione nossale potesse liberarsi con la consegna del colpevole anche morto dopo la contestazione della lite, perché non doveva essergli impedito l'esercizio del diritto di punirlo anche con la morte, secondo la legge delle XII Tavole, e non si doveva lasciare in balia dello schiavo o del figlio di sottrarsi delinquendo alla potestà, cui erano soggetti»). Sul punto, cfr., inoltre, JOBBÉ-DUVAL 1924, 218; VOCI 1980, 75; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998a, 343 ss.; ID. 1998b, 75 ss.; MANNI 2012, 126 ss.; ID. 2013, 172 ss.; MCGINN 2017, 242 ss.

¹⁰¹ V. Gai 4.79, su cui cfr. MORGESSE RASIEJ 1991, 328, a cui avviso – a mente di Gai 4.81 – «la forma della *deditio* verosimilmente dipendeva dall'oggetto della medesima» (ma così trascurando alcune informazioni traibili dai *Fragmenta*); cfr., inoltre, BURDESE 2000, 536, che sottolinea

ingiustificata¹⁰²; inoltre se la dazione a noxa avesse solo lo scopo di provare l'esercizio della potestà punitiva allora bisognerebbe concludere per l'attribuzione di efficacia liberatoria alla morte in sé considerata (*post litem contestatam*, come *ante litem contestatam*), mentre se, morto il delinquente prima dell'instaurazione del giudizio, il vincolo nossale si estingue, laddove dopo la fine della fase *in iure* è alla dazione nossale del morto che si ricollega la caducazione del *litis aestimationem sufferre*. Pare poi chiaro come il fine ulteriore ipotizzato (ossia quello di impedire false asserzioni di morte del delinquente per sottrarsi alla responsabilità nossale) mal si concili con l'idea che Gaio e il suo epitomatore trattino della fase successiva all'instaurazione formale del processo: era infatti solo *ante litem contestatam* che la morte del delinquente esimeva l'avente potestà da ogni responsabilità (di talché un'efficace finzione di morte avrebbe fatto desistere la vittima dall'azione), mentre, *post litem contestatam*, la morte – veramente o falsamente dichiarata, se non addirittura provata – non avrebbe fatto venir meno l'*oportere condemnari* e *iudicatum facere* in capo all'avente potestà legittimato passivo¹⁰³. In secondo luogo, se la ragione fosse la vendetta, sul piano generale, non si comprende perché anche prima della *litis contestatio* non fosse prevista una consegna liberatoria del cadavere su cui 'soddisfarsi'; e ciò fermo che – nelle prospettive classiche¹⁰⁴

le differenti funzioni della *deditio*, a seconda dell'epoca: nella seconda metà del V secolo a.C. (supponendo il regime di vendetta sul corpo del delinquente), la *deditio* era volta solo a procurare alla vittima il «corpo» di colui che aveva offeso, mentre in epoca classica (supposto il regime della pena retributiva), essa sarebbe stata protesa a mettere a disposizione un'entità patrimoniale «capace di lavorare a servizio dell'offeso». V., però, ALBANESE 1982, 64: «l'atto ebbe varie finalità: fu usato, forse, in età remota, per cedere ad altro *pater* un elemento da adibire a lavori di vario tipo (in tal caso la *mancipatio* comportava effettiva pesatura del metallo); certo, anche in età progredita, per realizzare la *noxae deditio* di *filii* che si fossero resi responsabili d'un illecito privato a danno di terzi; per realizzare la *datio in adoptionem*; per realizzare l'*emancipatio*».

¹⁰² Cfr. DE VISSCHER 1943, 83; GIMÉNEZ-CANDELA 1981, 206; MANNI 2012, 118 s.; ID. 2013, 158 ss.; v., inoltre, GRÖSCHLER 2010, 206, nt. 23, secondo cui, alla luce del tratto '*<Et non solum si> totum corpus det liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis. denique tr<actatur de> capillis et unguibus an partes corporis sint'* (Fragm. Aug. 4.83), «è ben certo [...] che, mediante la consegna di unghie e capelli non si potesse provare la morte dell'agente; ciò vale anche nel caso della cessione di arti la cui amputazione non avrebbe necessariamente comportato la morte».

¹⁰³ V., in termini simili, FERRINI 1929, 432.

¹⁰⁴ V., da ultimo, MCGINN 2017, 243 e nt. 104: se, in particolare, «the primary, if not exclusive, purpose behind noxal surrender was to limit the liability of the principal, as Gaius makes clear», in generale, «there is no sign that with slaves, as also with sons [...], punishment was the primary purpose of noxal transfer». Non un cenno si rinvieni in Gai 1.141 (*in summa admonendi sumus adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere; alioquin iniuriarum tenebimur*), che segue il tratto in cui il giurista, «dopo aver sottolineato che le *personae in mancipio* non sono tenute a lungo in quella condizione, introduce il *sed* con il quale intende meglio mettere a fuoco che rispetto alla affermazione iniziale (*ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines*) ormai al suo tempo per lo più le *mancipationes* si fanno *dicis gratia uno momento* [...] a meno che non siano *mancipati ex noxali causa*», dato che «rispetto [...] alla condizione delle persone *in mancipio*, quella delle persone mancipate *ex noxali causa* è certamente destinata a protrarsi a più

– l’azione nossale è diretta a sanzionare un ‘illecito’ (la mancata dazione a noxa del delinquente colpevole ma irresponsabile) attraverso un congegno processuale che, da un lato, permette al convenuto di adempiere in natura con la *noxae deditio* o pagare la pena pecuniaria, dall’altro, al soggetto passivo di ottenere il trasferimento del delinquente *pro pecunia*¹⁰⁵. Infine, posto che l’avente potestà accettando il giudizio si impegna processualmente al pagamento della *poena* che sarà dedotta in condanna – ferma restando la *licentia* garantitagli dal meccanismo delle azioni nossali di procedere alla liberatoria dazione a noxa del delinquente –, come l’alienazione o la manumissione è esercizio di un potere inconfutabile dell’avente potestà anche dopo la costituzione del rapporto processuale nonché atto con cui volontariamente questi rende impossibile l’esercizio della facoltà concessagli senza, però, impattare sul dovere di pagare la *litis aestimatio*, ebbene non si vede perché l’esercizio del *ius vitae ac necis* non dovrebbe analogamente funzionare come una rinuncia per fatti concludenti a tale facoltà. Per di più se la salvaguardia del potere punitivo paterno o dominicale si configurasse come primaria *ratio* dell’istituto dell’abbandono nossale del cadavere, allora, da un lato, rimarrebbe oscuro perché il regime *ante litem contestatam* sia quello della ambulatorietà del vincolo (ossia quello per cui, se il *caput* del delinquente cessa di esistere cessa pure il dovere di dare a noxa) e non quello della persistenza di tale dovere con oggetto mutato (ossia quello per cui è dovuto il *corpus* morto del delinquente e non il delinquente stesso vivo); dall’altro, rimarrebbe non ben giustificata l’omologazione di regime (espressamente prevista da Gaio) per il caso di morte dello schiavo *fato suo*, ossia avvenuta al di fuori della cornice del *ius vitae ac necis* (posto, cioè, che l’estensione a tale caso particolare dell’eccezione alla ‘regola generale’ della intrasferibilità¹⁰⁶ del cadavere, fondata sulla preminenza del potere punitivo, non troverebbe sufficienti agganci in termini di similitudine).

lungo» (CRISTALDI 2016, 300). Il testo gaiano, se contestualizzato, infatti, non nega per coloro che avessero subito la dazione nossale l’applicazione della regola secondo cui contro i *liberi in mancipio* nessun comportamento ingiurioso sarebbe stato lecito (così v., oltre a CRISTALDI 2016, 301 s., nt. 169, MCGINN 2017, 244 s.).

¹⁰⁵ Gai 1.140: *nam hunc actor pro pecunia habet*.

¹⁰⁶ Come già messo in luce, ad avviso di RODRÍGUEZ MARTÍN 1998b, 75 ss., non si tratterebbe di una regola generale – come, invece, è stato sostenuto, tra gli altri, da DE VISSCHER 1947, 167 ss., 176 ss. – quella espressa in Gai 4.81 nei seguenti termini: *non permissum fuerit ei mortuos homines dedere*. Secondo lo studioso, a voler seguire De Visscher, si giungerebbe a sostenere come il numero delle eccezioni sia superiore a quello dei casi regolari; quindi, Gai 4.81 potrebbe meglio riferirsi al caso particolare della morte del delinquente occorsa al di fuori di una *iusta causa occidendi* per mano dell’avente potestà nell’esercizio del suo *ius vitae ac necis*. Se il dettato gaiano, però, si riferisse alla fase tanto prima che dopo la *litis contestatio*, l’obiezione di Rodríguez Martín perderebbe non poco peso.

10. *Qualche considerazione conclusiva sull'abbandono del cadavere alla luce di D. 9.4.2.1, Ulp. 18 ad ed.*

Si è visto come il regime della nossalità né sia avvicicabile al nulla sostanziale congetturato da De Visscher, né sia ispirato alla disciplina delle *actiones in rem* come voleva Biondi¹⁰⁷. Se è vero – come scriveva Sargenti – che la nossalità è pura esposizione all'*actio*, ciò non pare essere un tratto caratterizzante di solo questo tipo di *actiones*, bensì di ogni *actio in personam*¹⁰⁸. Se è vero – come scriveva Pugliese – che il modello delle obbligazioni alternative o a facoltà alternativa non permette di inquadrare correttamente¹⁰⁹, nella sua operatività, il vincolo nossale, ciò non significa che sia da seguire ulteriormente la tesi dell'autore che ipotizza, come molti altri, uno slittamento dogmatico, nel corso della storia dell'istituto, che porta il dare a nosa a divenire da 'obbligo primario' a mero mezzo solutorio nonché il pagare la pena da eventuale mezzo solutorio a oggetto di 'obbligo primario'. Quello della nossalità assurge, a Roma, costantemente (ossia dal V secolo a.C. all'elaborazione delle dottrine giurisprudenziali classiche) a sistema imperniato su un vincolo sia nascente *ex maleficio* come 'tri-polare' e come 'ambulatorio'¹¹⁰, sia presupponente un *oportere ex lege* di dare il delinquente sottoposto¹¹¹; un vincolo che, tuttavia, nel contesto avanzato del processo formulare, diverge dalla generalità dei vincoli obbligatori, atteso che l'obbligo sostanziale dell'avente potestà *post litis contestationem* né si dissolve né diviene un debito naturale, ma affianca l'obbligo di pagare la condanna alla pena pecuniaria nella veste di *facultas pro reo*¹¹².

Ciò rammentato, e alla luce delle considerazioni critiche svolte nel pregresso paragrafo, i due passi 'gaiani' in questione – pur da ritenere, sulla scorta della più ampia scuola di pensiero, come non in totale contraddizione tra di loro – descrivono un assetto di ben difficile armonizzazione con quanto sappiamo del regime processuale classico della nossalità e più in generale con i connotati del sistema formulare. Si è rilevato come l'*oportere* di dare a nosa costituisca un dovere *ex lege* che, attraverso il radicamento dell'azione e la costituzione del rapporto processuale, si converte in una facoltà *a latere* del dovere di conformarsi alla sentenza di condanna pecuniaria e, pronunciata quest'ultima, di eseguire il *iudicatum*: ebbene, come conciliare il regime dell'obbligazione con *facultas* alternativa di dare a nosa il delinquente *post litem contestatam* con il cd. abbandono del cadavere? Si è visto come la *nox a ex maleficio* che lega l'offeso attraverso l'offensore all'avente potestà di quest'ultimo sia ambulatoria in ragione del *caput*: ebbene,

¹⁰⁷ V., *supra*, § 2.

¹⁰⁸ Cfr., in tal senso, PELLOSO 2011.

¹⁰⁹ V., *supra*, § 3.

¹¹⁰ V., *supra*, §§ 5-6.

¹¹¹ V., *supra*, §§ 4, 7.

¹¹² V., *supra*, § 8.

come conciliare il principio *noxæ caput sequitur* attestato nelle fonti (per cui la morte del delinquente *ante litem contestatam* sembra tale da sciogliere il vincolo obbligatorio nossale) con l'esigenza logica, dipendente dalla supposta giustificazione in termini sia di 'salvaguardia del *ius vitæ ac necis*' dell'avente potestà e di 'funzione satisfattiva' per la vittima, di uniformità di trattamento prima e dopo la costituzione del rapporto processuale?

Vi è, inoltre, che tanto Gaio quanto il suo epitomatore discorrono in termini (sostanziali) di *liberare* della funzione della *datio* del cadavere, laddove è soprattutto il verbo – attinente alla sfera processuale – *absolvere* che si rinviene utilizzato per indicare come *post litem contestatam* la dazione nossale del delinquente sia idonea a escludere la pronuncia di una sentenza di condanna¹¹³. Potrebbe questo esser un non trascurabile indizio del fatto che, ancorché il contesto sia quello del lasso di tempo successivo alla condanna¹¹⁴, si stia trattando ancora dell'estinzione del 'vincolo' sostanziale (ossia quello relativo al *iussus* di dare a noxa il delinquente alla vittima) e non di quello processuale (che viene a crearsi, nel processo formulare, *post iudicium acceptum*); ma se è così, allora significa che – se il processo è quello privato – il rito non può essere quello che sia ruota attorno alla *litis contestatio* con effetti costitutivi e consuntivi sia esita in un *iudicatum* che si limita – una volta accertata la fondatezza del *desiderium* mediato attoreo – a condannare il convenuto a una somma di danaro¹¹⁵. Non tanto, insomma, al lasso di tempo compreso tra la fine della fase *in iure* e la pronuncia della sentenza del giudice privato nel sistema formulare (in cui la dazione a noxa del delinquente è una facoltà e il *reus* è solo tenuto a *litis aestimationem sufferre*), ma a quello successivo alla attribuzione al dovere *ex lege* di dazione a noxa del carattere di incontrovertibilità – mediante sentenza dichiarativa emessa all'esito del processo

¹¹³ Cfr., paradigmaticamente, D. 4.3.9.4; D. 9.4.4.3; D. 9.4.19 pr.; D. 9.4.42.1.

¹¹⁴ Fragm. Aug. 4.82: *Nam si servi filiive nomine condemnatus fuerit do<minus vel> pater, poterunt in noxam dare etiam mortuum: condemn<atus dominus> noxali actione potest servum etiam mortuum in noxam dare.*

¹¹⁵ Si potrebbe dunque ritenere come tale espressione (*liberare*) meglio si addica ad un contesto processuale in cui la *litis contestatio* assolve altra funzione e ha altri effetti e in cui è il credito accertato in *iudicatum* a dover essere ancora esigibile dall'attore vittorioso (v., sul punto, MARRONE 1992, 192 ss., 210 ss., 218 ss.; ID. 1997, 3 ss.): basti pensare che, a seguito della celebrazione di una *legis actio* culminante in una sentenza favorevole al creditore attore, la *litis contestatio* (che è verisimilmente solo una chiamata di terzi a testimonianza formale degli estremi della controversia) non ha estinto il rapporto sostanziale relativo dedotto in giudizio, il quale rapporto pertanto ancora rimane, inconsumato, in piedi; inoltre la sentenza stessa non ha in via definitiva sostituito l'originario 'credito' vantato con un surrogato monetario, ma si limita a *iudicare*, cioè a statuire autoritativamente la conformità al *ius* della pretesa attorea, ossia a proclamare irrimediabilmente che la pretesa attorea è fondata. Se il debitore adempie in termini, quindi, l'azione diviene irripetibile: e ciò in forza dell'estinzione *post iudicatum* del credito divenuto incontestabile, mentre se il debitore non adempie, il creditore – in ragione degli effetti positivi del *iudicatum* – si ha da 'soddisfare' secondo i passaggi della cd. procedura esecutiva.

per *legis actionem* instaurato dalla vittima di *furtum noxiave* dello schiavo altrui¹¹⁶ – si riferirebbero Gai 4.81 e Fragm. Aug. 4.81-87.

Per di più, va senz'altro messo in luce che la generale cornice storica di riferimento pare proprio essere – come si può desumere dalla mutila indicazione <XII> *tabul<arum>* entro la cospicua lacuna che precede il paragrafo ottantunesimo del libro quarto del manoscritto veronese – quella del V secolo e non quella dell'età del principato in cui le *legis actiones* erano state oramai pressoché *in toto* abolite¹¹⁷. A ciò, infine, si aggiunga che i Frammenti di Autun, seppur in un contesto di alta lacunosità, analogamente connettono l'istituto della consegna del cadavere alle previsioni delle XII Tavole¹¹⁸, e ne trattano in rapporto al regime del diritto di vita e di morte (tanto paterno, quanto dominicale)¹¹⁹, enfatizzando la

¹¹⁶ Cfr., in generale, su effetti e forma del *iudicatum* nel processo privato arcaico, MARRONE 1992, 210 ss.; FIORI 2003, 107. In particolare, con riguardo alla *legis actio* esperibile per far valere la responsabilità nossale in età decemvirale, se per MORGESE RASIEJ 1991, 331, «si presume adatta alla pretesa nossale la forma della *legis actio sacramento in personam* seguita da un *arbitrium litis aestimandae*, per rendere possibile sia accertare la verità della *causa* sia valutare l'ammontare della condanna pecuniaria», nella cornice di pensiero qui presupposta, il ricorso al misterioso *arbitrium* estimatorio (su cui v. FIORI 2003, 200, 210, nonché con lui, VARVARO 2008, 156 e nt. 532, con ampi richiami alla dottrina precedente) sarebbe, in ipotesi di non perimento dell'oggetto della *datio*, inutilmente pleonastico: v., *infra*, nt. 125.

¹¹⁷ Gai 4.81 segue a una lacuna di 23 righe (cfr. RODRÍGUEZ MARTÍN 1998a, 267; cfr. Fol. 125r p. 219 dell'apografo di W. Studemund, ove le righe sono 24), in cui si riesce però a leggere '[...] *tabul[...]*', da integrarsi, come già precisato nel testo, con <XII> *tabul<arum>*: cfr. DE VISSCHER 1947, 167 nt. 13; KUNKEL 1966, 243; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998a, 332; ID. 1998a, 71, 74; MCGINN 2017, 235.

¹¹⁸ Fragm. Aug. 4.86 : [...] *ut constituit lex XII tabularum*.

¹¹⁹ Fragm. Aug. 4.86: *De filio hoc tractari crudele est, sed non est post r <occi>dere sine iusta causa*; v. Gai 1.52: *In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est. Nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse*. Cfr., paradigmaticamente, DE VISSCHER 1947, 175; KUNKEL 1966, 242 s.; RABELLO 1979, 90; VOCI 1980, 51; HARRIS 1986, 82; RODRÍGUEZ MARTÍN 1998b; MANNI 2012, 116 ss.; MCGINN 2017, 234 ss.; RIZZELLI 2017, 43. Cfr., *amplius*, sul tratto '*sed deferre iudici debet propter calumniam*', RODRÍGUEZ MARTÍN 1998a, 338 ss.; sul rapporto con Tab. 4.1 (v. Cic. *de leg.* 3.8.19 con Fragm. Aug. 4.85-86), cfr., da ultimo, MCGINN 2018, 10 ss. Sulla *iusta causa*, intesa come sintagma decemvirale sintetico delle plurime ragioni di diritto oggettivo che stratigraficamente hanno da Romolo in poi precisato i limiti e i contenuti dei poteri paterni, e come condizione imprescindibile all'esercizio del *ius puniendi* paterno (così come lo sono il rispetto di alcune garanzie procedurali *pro filio*, quali l'istruttoria e il contraddittorio di un giudizio domestico), v. PELLOSO, 2020, 131 ss., in cui si tenta di dimostrare che dall'epoca repubblicana il *ius vitae necisque*, seppur non frequentemente esercitato dai padri nei confronti dei figli, non sarebbe comunque un 'mito', risultando suscettibile di essere fatto valere da parte di chi, in conformità al principio della disponibilità dei diritti privati, ne era il titolare. Un padre non era libero di mettere a morte il figlio discrezionalmente ed arbitrariamente, ossia senza fondamento e senza rito; egli era invece il titolare di un particolare *ius* (di un diritto, o meglio, di un 'privilegio') da poter usare, ove fosse stato accertato – da lui stesso o da un organo pubblico – che i propri figli avessero commesso 'reato': si trattava, insomma, del *ius* di mettere egli stesso a morte i propri sottoposti in luogo dei magistrati o del popolo, del privilegio di emanare e/o

presenza di *ratio* nel delinquente sottoposto (e ciò in contrapposizione all'indole degli *animalia* non umani che senza loro *iniuria* possono comunque cagionare *pauperies* a terzi)¹²⁰.

È valorizzando i dubbi esposti all'inizio di questo paragrafo nonché i non esigui dati appena ricavati dal Gaio veronese e dall'epitome di Autun, insieme a tutto quanto già sappiamo sul regime della nossalità più antica (ossia quel regime imperniato sulla figura sostanziale del 'dovere' *ex lege* di dare a nosa e non sul sistema, pretorio e formulare, delle azioni nossali)¹²¹, che vorrei qui tentare una rilettura capace di superare le criticità che, in definitiva, possono riassumersi nella difficoltà concettuale-operativa di innestare l'istituto della dazione nossale del cadavere nell'ambito del diritto processuale classico.

Come noto, nel sistema decemvirale, la dazione a nosa dello 'schiavo' offensore all'offeso prescindeva dalla colpevolezza del suo *dominus*, essendo il regime previsto sempre il medesimo – ossia quello implicato dal *iussus legis* di *noxae dedere*¹²² – a fronte della sola *nequitia* servile (laddove con l'introduzione della *lex Aquilia* si stabilì la responsabilità *in solidum* dell'avente potestà, in ipotesi di

di eseguire una sentenza capitale lontano dal Foro, lontano dalla folla, nella riservatezza della propria casa.

¹²⁰ Fragm. Aug. 4.84: *Quae ratio est ut servi mortui etiam dedantur? Volueru<nt>.... r imponere servis vel filiis ut delinquentes semet t aut potestatem dominorum: namque ita volebant liberari a do<minis>.... <ser>vus delinquebat non poterat dominus aut reddere dabat <no>xam p; Fragm. Aug. 4.87: *Ergo ideo interest mortuum dedere ter. animalibus non est similis tr<act>atio in poenis his quae ratione carent.* Secondo MANNI 2012, 123, 126, «un elemento di cui si dovrebbe maggiormente tenere conto è la considerazione – sottolineata dalle fonti a proposito delle *pauperies* – dell'irrazionalità del comportamento animale», di talché un atteggiamento punitivo produttivo di effetti correttivi o deterrenti sarebbe sensato solo nel caso di delitti commessi da *filiis familias* e da *servi*. Lo studioso, sulla scorta di Scialoja, conclude, infine, in questi termini: «la *noxae deditio* del cadavere è una soluzione che permette di contemperare sia le esigenze di una qualche forma di vendetta da parte del gruppo offeso sia l'esercizio incontrastato del *ius vitae ac necis* dell'avente potestà, senza che queste due azioni interferiscano tra loro. Ma, soprattutto, sotto il profilo dello scopo, la previsione della possibilità di consegnare l'offensore anche morto assolve una funzione deterrente: serve cioè a scoraggiare altri sottoposti a macchiarsi di delitti (o eventualmente a sfruttare la norma per cambiare padrone)».*

¹²¹ Ciò sappiamo grazie a una citazione ulpiana che giustappone il pensiero di Celso a quello di Giuliano circa la finalità perseguita dalla *lex Aquilia* rispetto alle XII Tavole in materia nossale: cfr. D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.* (*Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. sed si placeat, quod Iulianus libro octagensimo sexto scribit 'si servus furtum faxit noxiamve nocuit' etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret*). V., *supra*, ntt. 49, 50 e 51.

¹²² Per Tab. 12.2a, v. CRAWFORD 1996, 717: *si servus furtum faxit noxiamve no(x)it, 'noxiae datus esto';* nonché CANNATA, 2014, 309: *si servus furtum faxit noxiamve no(x)it, 'erus im noxae dedito'.*

sua *scientia*). Se, dunque, il plebiscito *de damno iniuria dato* avrebbe avuto come scopo, ad avviso di Celso, quello di perdonare lo schiavo che avesse obbedito a un ordine dominicale (con conseguente necessaria abrogazione del pregresso regime decemvirale *de eadem re*), mentre per Giuliano, con la legge Aquilia si sarebbe solo aggiunta l'azione diretta all'azione nossale in ipotesi di colpa del *dominus*, così da aggravare la posizione del *dominus sciens* e non scusare lo schiavo *parens* (senza, però, alcuna esclusione, sul piano della sostanza, del vincolo nossale), non pare esserci stato dissenso tra i due giuristi classici circa la *ratio* e gli estremi applicativi del sistema della nossalità consacrato nelle XII Tavole. Era incontrovertito, infatti, che il legislatore del V secolo a.C., stabilendo il *iussus* di dazione a noxa non solo se il *dominus* fosse stato *nesciens*, ma anche se fosse stato *sciens et iubens* o *sciens et non prohibens*¹²³, voleva che '*servos dominis in hac re non obtemperare*', così implicando – per altro – la gerarchica superiorità dei comandi della *lex* rispetto al volere dei *domini*.

Ebbene, a mente di questo assetto dell'età alto-repubblicana, non è forse plausibile che, in qualche modo, il regime liberatorio della responsabilità nossale, in sostanza generalmente proteso a favorire la posizione del *dominus* (che, per l'appunto, non rispondeva *in solidum* e direttamente anche se aveva ordinato la commissione allo schiavo) differenziasse, proprio a fronte della sua anima razionale, il caso dello schiavo delinquente *parens* rispetto all'ordine del proprietario da quello dello schiavo che avesse agito autonomamente e che, per tanto, fosse anche meritevole di punizione dominicale?

In altre parole, se nella seconda metà del V secolo a.C. là ove uno schiavo avesse ideato da solo o con il *dominus* un *furtum* o una *alia noxia* e, poi, avesse egli stesso perpetrato materialmente il delitto (quindi, ora *domino nesciente*, ora *domino sciente*), la legge – più che conferire il potere di *actio* all'offeso verso il *dominus* – *iubebat* al *dominus* di dare a *noxa* il sottoposto offensore¹²⁴. *Quid iuris* se tale prestazione *ex lege* a favore della vittima era divenuta, a vario titolo, impossibile? Si può supporre, in questa cornice, che, se lo schiavo delinquente fosse morto a seguito della punizione inflitta *cum iusta causa* dal *dominus nesciens*, quest'ultimo – condannato, ossia riconosciuto incontrovertibilmente responsabile¹²⁵ – sarebbe stato comunque liberato con il *dedere* il suo cadavere alla vittima

¹²³ D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.*: *Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur.*

¹²⁴ Come si è già avuto modo di sottolineare, la necessità di distinguere tra morte del delinquente prima e dopo la costituzione del rapporto processuale mediante *litis contestatio* (cfr., *supra*, §§ 8-9) presuppone il passaggio dal regime della nossalità sostanziale al sistema delle azioni nossali: il che, di contro, per le XII tavole non può che escludersi. Inoltre, il sistema formulare implica, generalmente, una concezione dell'obbligazione nossale *post litem contestatam* come a facoltà alternativa: il che militerebbe contro la consegnabilità liberatoria del cadavere.

¹²⁵ Anche in Gai 4.48 si usa in senso improprio il verbo *condemnare*, posto che nelle *legis actiones* più antiche non vi è spazio alcuno per l'antitesi *absolutio-condemnatio*, né la sentenza può

e tale regime ‘egualmente’ (*aeque*, enfatizza Gaio) si sarebbe applicato anche in ipotesi di morte naturale o accidentale (*tamen et si quis eum dederit, qui fato suo uita excesserit, aequae liberatur*), ancorché non fosse stata permessa espressamente a suo favore, in tal particolare frangente, la *deditio* di schiavi deceduti (*quoque non permissum fuerit ei mortuos homines dedere*)¹²⁶. Di contro, così non avrebbe potuto essere, se il *dominus* fosse stato *sciens* del delitto, avendo egli stesso ordinato o autorizzato lo schiavo a perpetrarlo (oppure non avendolo impedito, pur potendo): in tali ipotesi, il proprietario – avrebbero statuito le XII Tavole – né avrebbe potuto punire ‘in conformità a giusta causa’ lo schiavo (e a più forte ragione il *filius*) delinquente con la morte, né – una volta accertate incontrovertibilmente le ragioni della vittima – avrebbe potuto liberarsi con la dazione del cadavere: avrebbe dovuto ineluttabilmente subire le conseguenze negative dell’aver reso oggettivamente e assolutamente impossibile la prestazione di *dare certum* dovuta *ex lege* (sicché l’offeso avrebbe potuto rivalersi, dopo il *iudicatum*, sulla persona del *dominus* inadempiente attraverso la *legis actio per manus iniunctionem*)¹²⁷.

risolversi in una *damnatio-addictio* o includere una *condemnatio* pecuniaria (alternativa) per il caso di processo sacramentale *in rem* (cfr., ampiamente, sul punto, PUGLIESE 1962, 423 ss., 432, 306, 426 s. e nt. 332).

¹²⁶ Cfr. Gai 4.81. V., già, GIRARD 1887, 437: «peut-être certains jurisconsultes ont-ils en outre d’admettre que le titulaire de la puissance, le propriétaire, par exemple, qui, au cas de perte par délit, se libère comme le vendeur en cédant les actions nées du délit, les débris de la chose, pourrait aussi comme lui se libérer, au cas de perte par cas fortuit, en en livrant les débris matériels, les dépouilles de l’homme»; «or, on peut se demander si ce n’est dans cet ordre d’idées que Gaius se plaçait au commentaire 4, § 81, où, par conséquent, il parlait d’un cas où il se libérerait par l’abandon noxal du cadavre». E a tale ipotesi (assenza di *scientia* nell’avente potestà e morte del delinquente per cause accidentali o naturali) avrebbe potuto riferirsi anche il caso, espresso in termini generali e introduttivi, di cui a Fragm. Aug. 4.82: *nam si servi filiive nomine condemnatus fuerit do<minus vel> pater, poterunt in noxam dare etiam mortuum*.

¹²⁷ Cfr., *amplius*, PELLOSO 2019, 248 ss., in cui – attraverso la valorizzazione di Gai 4.48 insieme a Tab. 3.1 – si tenta di supportare la tesi secondo cui l’esperimento della *manus iniectio* a seguito di *iudicatum* decorsi inutilmente i *XXX dies iusti* sarebbe stato limitato alle sole ipotesi, incontrovertibilmente accertate, o di debito liquido (*aes certum*, pena pecuniaria fissa, pena determinabile in un multiplo di un moltiplicando già pecuniario) o di pretese ad entità materiali da liquidare necessariamente nell’impossibilità di forme di tutela in forma specifica (come, per esempio, nel caso di *res certa* determinata perita, oppure nel caso di un *incertum*). In altre parole, data la necessità dell’esistenza di una somma di danaro certa (*certum aes*) per l’attivazione della *manus iniectio* (v., con ampi rimandi in letteratura, VARVARO 2008, 235, nt. 829), i giudicati contemplati in Tab. 3.1 ben potrebbero essere solo quelli riguardanti debiti liquidi o – non superfluo – liquidandi: il che porterebbe ad escludere, alla luce della lettura di Gai 4.48, i casi di obbligazione relativi a una *certa res* non perita, per cui sarebbe stata possibile l’apprensione anche violenta (di contro, v., paradigmaticamente, PUGLIESE 1962, 303 s., 305 s., nt. 165, nonché FIORI, 2003, 95, che convengono sulla necessità in vista della *manus iniectio* della liquidità del debito o, almeno, della fungibilità della prestazione, e nelle ‘*res iudicatae*’ di Tab. 3.1 includono pure le sentenze attinenti a debiti aventi ad oggetto una cosa determinata o una quantità certa di fungibili da stimare).

Il regime decemvirale di nossalità generalizzata – ben diverso da quello aquiliano che, come noto, escludeva la *noxā* in caso di *scientia domini* – era esplicitamente favorevole al *dominus* e, al contempo, volto a prevenire la commissione di illeciti da parte degli schiavi¹²⁸. Per di più, esso – in chiave riequilibrativa – si doveva incontrare, e incrociarsi con, le limitazioni delle scelte ‘razionali’ di cui lo schiavo, diversamente da un *animal*, era capace¹²⁹: lo scegliere di commettere un delitto rendeva oggettivamente (cioè a prescindere dallo stato mentale e dal coinvolgimento del *dominus*) l'autore suscettibile alla dazione a noxa a favore della vittima; tuttavia la scelta di commettere il delitto, contro il volere del *dominus* o di nascosto dal *dominus*, avrebbe esposto lo schiavo a una previa possibile punizione capitale irrogata dal *dominus nesciens*, laddove ferma rimaneva, mediante l'istituto dell'abbandono del *mortuus*, la liberazione di quest'ultimo¹³⁰.

¹²⁸ Cfr. D. 9.4.2.1.

¹²⁹ Fragm. Aug. 4.84, 87. Lo schiavo che avesse commesso un illecito autonomamente rischiava di essere punito dal proprio *dominus nesciens* anche *usque ad mortem*; lo schiavo che avesse obbedito, sempre esposto a trapassare alla sfera dominicale della vittima, ben difficilmente però avrebbe subito il *ius puniendi* capitale del *dominus* (che, così facendo, avrebbe rischiato sia di perdere lo schiavo sia di patire le conseguenze per inadempimento della dazione nossale dovuta e divenuta impossibile).

¹³⁰ Tale assetto, che presuppone – alle condizioni appena dette – il *ius occidendi* del *dominus* sullo schiavo e la liberazione del *dominus nesciens* mediante *deditio* dell'*homo mortuus*, era esteso nel V secolo a.C., esattamente negli stessi termini, anche al *filius* delinquente? La risposta da darsi sembrerebbe negativa, ma non nel senso voluto da CANNATA 2014 e da MCGINN 2017, i quali con una ingegnosa ricostruzione hanno ipotizzato che la responsabilità nossale fosse stata per un lunghissimo arco di tempo solo relativa agli illeciti dei servi e quindi le stesse XII tavole solo di questi si sarebbero occupati (*ergo*, come scrive MCGINN 2017, 253: «the fragmentary text of the *Autun Fragments*, which generally seems to place emphasis on the noxal transfer of slaves as opposed to that of free persons [...] does not spare the reader a digression on the *vitae necisque potestas* precisely in the context of its treatment of noxal surrender»). Al netto della considerazione secondo cui, se i due autori avessero ragione, tale digressione sarebbe affatto pleonastica, v'è un dato che mi pare meritevole di menzione in senso contrario: la *lex Poetelia Papiria* abrogava l'assoggettamento in vincoli per debiti dei liberi, con esclusione di chi *noxam meruisset donec poenam lueret* (Liv. 8.29.8). Ebbene, una volta esclusi gli schiavi, chi tra i *cives liberi* se non i *filii familias* potevano essere coloro che, autori materiali di un delitto, ‘meritavano la *noxā*’ ancorché solo fino alla concorrenza con la pena dovuta dal *pater* (v., per tutti, BETTI 1955, 156)? Nel silenzio del Gaio di Verona (che, fuor di lacuna, si occupa solo di morte naturale o accidentale degli *homines* con equiparazione ad un regime non direttamente conosciuto e operativo come modello: Gai 4.81), da un lato, i *Fragments* di Autun precisano inequivocabilmente che anche il cadavere del *filius*, come quello dello schiavo e a differenza di quello dell'animale, poteva essere dato a noxa (Fragm. Aug. 4.82), ma è al contempo solo con riguardo ai servi in opposizione agli *animalia* che, per spiegare il differente regime nossale, si mette in campo il criterio discreetivo dell'anima razionale (Fragm. Aug. 4.84, 4.87); dall'altro, il trattamento serbato agli schiavi dal legislatore pare essere stato ritenuto eccessivamente crudele se applicato da un *pater* nei confronti di un figlio (Fragm. Aug. 4.86). Se, infatti, la patria potestà (su cui v., con ampissima bibliografia, MCGINN 2018, 189 ss.; cfr., inoltre, LAMBERTI 2019, e RIZZELLI 2019) ingloba pure ed incontrovertibilmente il *ius vitae necisque*, questo – come già rimarcato – non va esercitato

Prima che la responsabilità nossale divenisse una responsabilità senza colpa e senza dolo dell'avente potestà, prima che si assestasse in termini rigorosi sul piano del funzionamento dell'obbligazione ambulatoria il principio (anzitutto sostanziale) *noxæ caput sequitur*, prima che il regime nossale implicante il dovere *ex lege* di *dare* all'offeso l'offensore si configurasse in termini processuali di azione che convertiva, *litis contestatione*, tale *oportere* in un *licere*, prima di tutto ciò, quando i giudici potevano, mediante *iudicatio*, proclamare come certo il diritto della vittima ad ottenere ora il trasferimento del delinquente ancorché *homo mortuus* (quando il delinquente, appunto, era stato ucciso *cum iusta causa* dal *dominus nesciens*), ora una somma di danaro (quando il delinquente, appunto, era stato ucciso *sine iusta causa* dal *dominus sciens*), l'istituto, pur di per sé misterioso e problematico, dell'abbandono del cadavere con efficacia liberatoria sembra perdere buona parte del suo esotismo.

sine iusta causa: e mettere a morte un *filius* solo perché autore materiale di un illecito privato, per quanto questi abbia agito contro il volere paterno o nell'ignoranza del padre, non sembra poggiare e fondarsi su alcuna 'ragione di diritto' (non a caso l'esercizio di tale *ius* in epoca repubblicana è connesso solo a illeciti di indole pubblica: cfr., a titolo di esempio, KUNKEL 1966, 243; GAUGHAN 2010, 46; CARLÀ-UHINK 2017, 42; PELLOSO 2020, 156 ss.). Di qui, la congettura che, in accordo con il regime decemvirale della responsabilità nossale, solo la *deditio* del cadavere del figlio morto *fato suo* (e non a seguito dell'esercizio illecito, con funzione punitiva, del *ius vitæ necisque*) sarebbe stata liberatoria per il *pater*, ovviamente *se nesciens*. Cfr., inoltre, analiticamente VOCI 1980, 51, che, in merito al «paragrafo 86, che parla del figlio su cui pende la possibilità di una *noxæ deditio*», e che recita '[...] *occidere sine iusta causa, ut constituit lex tabularum*', ritiene che «le integrazioni del significato potrebbero, in astratto, essere due: o che le XII tavole dessero al padre il potere di uccidere il figlio *sine iusta causa*, o che glielo negassero. Poiché sembra escluso che i decemviri facessero una scelta aberrante come la prima, è opinione unanime, credo, che il commentatore di Autun esprimesse questo pensiero: il padre non può uccidere il figlio senza giusta causa, per disposizione delle XII tavole».

Bibliografia

- ACCARIAS, C., *Précis de droit romain*, II, Paris, 1874.
- ALBANESE, B., *Note sull'evoluzione storica del 'ius vitae ac necis'*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, III, Milano, 1948, pp. 343-366.
- *Sulla responsabilità del 'dominus sciens' per i delitti del servo*, in *BIDR* 70, 1967, pp. 119-186, ora in ALBANESE, B., *Scritti giuridici*, I, a cura di M. MARRONE, Torino, 1991, pp. 483-550.
 - *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.
 - *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C.F., *La entrega noxal de sujetos 'in manu mancipioque'*, in *Iura* 56, 2006-2007, pp. 205-235.
- ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960¹⁴ (rist.).
- BENHÖR, H.-P., *Zur Haftung für Sklavendelikte*, in *ZSS* 97, 1980, pp. 273-287.
- BESELER, G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913.
- *Romanistische Studien*, in *ZSS* 46, 1926, pp. 83-143.
- BETTI, E., *Le 'actiones ex responsione in iure' del processo civile romano*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino* 50, 1914-1915, pp. 389-412.
- *La 'vindicatio' romana primitiva e il suo sviluppo storico nel diritto privato e nel processo*, in *Il Filangeri* 39, 1915, pp. 321-368.
 - *Studi sulla 'litis aestimatio' del processo civile romano*, I, Pavia-Città del Castello, 1915.
 - *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935.
 - *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, pp. 80-125.
 - *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*, Milano, 1955.
 - *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1960.
- BIONDI, B., *Le 'actiones noxales' nel diritto romano classico*, Cortona, 1925.
- *Problemi ed ipotesi in tema di 'actiones noxales'*, in *BIDR* 36, 1928, pp. 99-126.
- BOTTA, F., *La vendetta come 'officium pietatis'*, in LORINI, G., MASIA, M. (a cura di), *Antropologia della vendetta*, Napoli, 2015, pp. 11-38.
- BRANDI CORDASCO SALMENA, G., *L'actio iniuriarum noxalis. Su alcune peculiarità della condanna nossale*, Urbino, 2012.
- BRUTTI, M., *Il 'vadimonium' nelle azioni nossali*, in *RISG* 14, 3^a serie, 1970, pp. 261-301.

- BUONAMICI, F., *Un'altra nota aggiunta a quelle di C. Ferrini e di V. Scialoja per la interpretazione dei frammenti di Autun*, in *BIDR* 13, 1900, pp. 294-299.
- BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2000.
- CANNATA, C.A., *Sui 'Fragmenta Augustodunensia'*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1963, pp. 549-563, ora in CANNATA, C.A., *Scritti scelti di diritto romano*, I, a cura di L. VACCA, Torino, 2011, pp. 99-110.
- *Sull'origine dei 'Fragmenta Augustodunensia'*, in *SDHI* 29, 1963b, pp. 238-252, ora in CANNATA, C.A., *Scritti scelti di diritto romano*, I, a cura di L. VACCA, Torino, 2011, pp. 111-124.
 - *Su alcuni problemi in materia di azioni nossali*, in ARMGARDT, M., KLINCK F., REICHARD I., (a cura di), *'Liber amicorum' Chr. Krampe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, pp. 59-97, ora in CANNATA, C.A., *Scritti scelti di diritto romano*, III, a cura di L. VACCA, Torino, 2014, pp. 283-322 (da cui si cita).
- CARLÀ-UHINK, F., *Murder Among Relatives. Intrafamilial Violence in Ancient Rome and Its Regulation*, in *JAH* 5.1, 2017, pp. 26-65.
- CHATELAIN, E., *Fragments de droit antéjustinien tirés d'un palimpseste d'Autun*, in *RPh* 23, 1899, pp. 169-184.
- CRAWFORD, M.H., *Roman Statutes*, II, London, 1996.
- CRISTALDI, S.A., *'Si pater ter filium venum duit [...]'* L'alienazione del figlio nella previsione decemvirale, in PIRO, I. (a cura di), *Scritti per A. Corbino*, III, Tricase, 2016, pp. 247-303.
- D'AMATI, L., *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Napoli, 2016.
- D'ANGELO, G., *'Vadimonium' e 'cautio se exhibiturum' in D. 2.9.2.1 (Paul. 6 'ad ed.')*, in *AUPA* 48, 2015a, pp. 253-260.
- *'Vadimonium' nossale ed 'exhibitio in eadem causa'*, in *RIDA* 62, 2015b, pp. 251-263.
 - *Il concetto di 'potestas' nell'editto 'de noxalibus actionibus'. Per una ricostruzione della fase 'in iure' del processo nossale classico*, Torino, 2017.
 - *Azioni nossali e clausola arbitraria*, in *AUPA* 60, 2017, pp. 289-300.
 - *Sulla difesa del servo assente da parte del terzo nel processo nossale classico. A proposito di D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 'ad ed.')*, in *AUPA* 60, 2017, pp. 301-316.
 - *Sul regime classico dell'"indefensio" nelle azioni nossali*, in *AUPA* 62, 2019, pp. 175-194.
- DE VISSCHER, F., *De l'abandon du cadavre*, in *RHD* 22, 1943, pp. 80-88.
- *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947.

- *Il sistema romano della nossalità*, in *Iura* 11, 1960, pp. 1-68 (trad. fr. *Le système romain de la noxalité*, in *Études de droit romain public et privé* [Milano, 1966], pp. 339-402).
- DE ZULUETA, F., *The Institutes of Gaius*, I, Oxford, 1946.
- DIEDEMANN, J.F.A., *Observationes ad doctrinam de damno et de pauperie*, Lipsiae, 1804.
- DILIBERTO, O., *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index* 18, 1990, pp. 403-434.
- *Conoscenza e diffusione delle XII Tavole nell'età del Basso Impero. Primo contributo*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, I, Napoli, 1997, pp. 205-227.
- *La legge delle XII Tavole nel Basso Impero*, in *Koinonia* 38, 2014, pp. 235-247.
- DIRKSEN, H.E., *Civilistische Abhandlungen*, I, Berlin, 1820.
- FALCHI, G.L., *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali*, Milano, 1976.
- *Le controversie fra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981.
- FENOCCHIO, M.A., *Sulle tracce del delitto di 'furtum': genesi, sviluppi, vicende*, Torino, 2008.
- FERCIA, R., *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008.
- FERRINI, C., SCIALOJA, V., *Fragmenta interpretationis Gai institutionum Augustodunensia*, in *BIDR* 13, 1900, pp. 5-31, ora in *Opere di C. Ferrini*, II, *Studi sulle fonti di diritto romano*, a cura di E. ALBERTARIO, Milano, 1929, pp. 437-463 (da cui si cita).
- FERRINI, C., *Intorno alla 'noxae datio' del delinquente*, in *Per le onoranze a F. Carrara*, Lucca, 1899, pp. 307-311, ora in *Opere di C. Ferrini*, V, *Studi vari di diritto romano e moderno*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ, Milano, 1930, pp. 187-189 (da cui si cita).
- *Sui frammenti giuridici del palinsesto di Autun*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino* 35, 1900, pp. 526-537, ora in *Opere di C. Ferrini*, II, *Studi sulle fonti di diritto romano*, a cura di E. ALBERTARIO, Milano, 1929, pp. 425-436 (da cui si cita).
- FIORI, R., *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003.
- FRANCESCON, E., *Il corpo nella responsabilità nossale*, in GAROFALO, L. (a cura di), *Il corpo in Roma Antica. Ricerche giuridiche*, Pisa, 2015, pp. 169-216.
- GALLO, F., *'Potestas' e 'dominium' nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo* 16, 1970, pp. 17-58.

- *Idee vecchie e nuove sui poteri del 'pater familias', in Poteri 'negotia' 'actiones' nell'esperienza giuridica romana arcaica. Atti del Convegno di diritto romano, Copanello 12-15 maggio 1982, Napoli, 1984, pp. 29-51.*
- GAUGHAN, J.E., *Murder was not a Crime. Homicide and Power in the Roman Republic*, Austin, 2010.
- GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Sobre la 'scientia domini' y la acción de la ley Aquilia*, in *Iura* 31, 1980, pp. 119-134.
- *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981.
- GIRARD, P.F., *Les actions noxales I*, in *NRHD* 11, 1887, pp. 409-449.
- *Les actions noxales II*, in *NRHD* 12, 1888, pp. 31-58.
- GLÜCK, C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, X.2, Erlangen, 1808.
- GORDON, W.M., ROBINSON, O.F., *The Institutes of Gaius*, Ithaca, 1988.
- GRÖSCHLER, P., *Considerazioni sulla funzione della responsabilità noxale in diritto romano*, in RUSSO RUGGERI, C. (a cura di), *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano, 2010, pp. 195-222.
- GUARINO, A., *Diritto privato romano*, Napoli, 2001¹².
- HÄGERSTRÖM, A., *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig, 1927.
- *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, II, Uppsala-Leipzig, 1941.
- HARRIS, W.V., *The Roman father's power of life and death*, in BAGNALL, R.S., HARRIS, W.V. (a cura di), *Studies in Roman Law in Memory of A. Schiller*, Leiden, 1986, pp. 81-95.
- HASSE, J.C., *Die 'culpa' des römischen Rechts*, Kiel, 1815.
- HÜBNER, C.G., *Observationes edicto viario Aedilium Curulium adpersae*, Lipsiae, 1798.
- JHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig, 1878.
- JOBÉ-DUVAL, E., *Les morts malfaisants: 'larvae', 'lemures', d'après le droit & les croyances populaires des Romains*, Paris, 1924.
- JOLOWICZ, H.F., *Digest XLVII.2 'De furtis'*, Cambridge, 1940.
- KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901.
- KASER, M., HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996².
- KASER, M., KNÜTEL, R., *Römisches Privatrecht*, München, 2008¹⁹.
- KASER, M., *Das altrömische 'Ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949.

- *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971².
- KLINK, F., *Die persönliche Haftung des 'filius familias'*, in ZSS 132, 2015, pp. 126-153.
- KNÜTEL, R., *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in ZSS 100, 1983, pp. 340-443.
- KRÜGER, P., *Gai Institutiones*, Berlin, 1923⁷.
- KUNKEL, W., *Das Konsilium im Hausgericht*, in ZSS 83, 1966, pp. 219-251, ora in KUNKEL, W., *Kleine Schriften zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar, 1974, pp. 117-149.
- LAMBERTI, F., *La 'patria potestà' fra antichità e riletture moderne*, in *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce, 2019, pp. 25-36.
- LENEL, O., *Nachträge zum 'Edictum Perpetuum'*, in ZSS 20, 1899, pp. 1-32, ora in LENEL, O., *Gesammelte Schriften*, II, a cura di O. BEHRENDTS e F. D'IPPOLITO, Napoli, 1990), pp. 405-436.
- *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927³.
- *Die Formeln der 'actiones noxales'*, in ZSS 47, 1927, pp. 1-28, ora in LENEL, O., *Gesammelte Schriften*, IV, a cura di O. BEHRENDTS e F. D'IPPOLITO, Napoli, 1992, pp. 491-518.
- LEVY, E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918.
- LISOWSKI, Z., *'Noxalis actio'*, in *PWRE*, Suppl. 7, 1940, coll. 604-663.
- LUZZATTO, G.I., *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934.
- MANDRY, G., *Das gemeine Familiengüterrecht*, II, Tübingen, 1876.
- MANNI, A., *'Noxae datio' del cadavere e responsabilità*, in URBANIK, J. (a cura di), *'Culpa' - Facets of Liability in Ancient Legal Theory: Proceedings of the Seminar Held in Warsaw 17-19 February 2011*, in *JJP- Supplement* 18, 2012, pp. 89-132.
- *'Mors omnia solvit'. La morte del 'reus' nel processo criminale romano*, Napoli, 2013.
- MARRONE, M., *'Agere lege', 'formulae' e preclusione processuale*, in *AUPA* 42, 1992, pp. 207-256.
- *Dal divieto di 'agere acta' all' 'auctoritas rei iudicatae'. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, II, Napoli, 1997, pp. 3-28.

- *Sul concorso tra azione in solido e azione nossale: a proposito di D. 9.4.4.3 (Paul. 3 'ad ed.')*, in *AUPA* 53, 2003, pp. 155-180.
- MASI DORIA, C., *Liliceto e le sue sanzioni*, in *Index* 35, 2007, pp. 219-232.
- MCGINN, T.A.J., *Noxal surrender and the paternal power of life and death in the Autun Fragments*, in *Index* 45, 2017, pp. 221-256.
- *Table IV of the XII Tables*, Napoli, 2018.
- MOMMSEN, TH., *Der 'Pseudo-Gaius' von Autun*, in *ZSS* 20, 1899, pp. 235-236.
- MORGESE RASIEJ, S., *Sul regime della nossalità nelle XII Tavole*, in *AG* 211, 1991, pp. 287-333.
- NABER, J.C., *Ad noxalem iniuriarum actionem*, in *Mélanges J.M. Gerardin*, Paris, 1907, pp. 467-472.
- *Ad noxales actiones*, in *Mnemosyne* 30, 1902, pp. 170-178.
- PAMPALONI, M., *La complicità nel delitto di furto ('furtum ope consilio')*, in *Studi Senesi* 16, 1899, pp. 19-57.
- PELLOSO, C., *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in GAROFALO, L. (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, I, Padova, 2011, pp. 127-332.
- *In margine a Tab. 8.16. Nuove considerazioni sul valore di 'damnum decidere' tra 'verba legis' e 'interpretatio prudenziale'*, in GAROFALO, L. (a cura di), *'Crimina' e 'delicta'. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, Napoli, 2019, pp. 227-294.
- *Bruto, il console che fece uccidere i figli*, in McCLINTOCK, A. (a cura di), *Storia mitica del diritto romano*, Bologna, 2020, pp. 133-170.
- POLOJAC, M., *The Development of the Main Ideas on Noxality after Fernand De Visscher*, in *Le monde antique et les droits de l'homme. Actes de la 50^e Session de la Société internationale F. de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité, Bruxelles 16-19 septembre 1996*, Bruxelles, 1998, pp. 61-69.
- *Nature of noxal actions and noxal liability*, in *OIR* 6, 2000, pp. 151-170.
- *'Actio de Pauperie' and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrade, 2003.
- PUGLIESE, G., *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950, pp. 115-156, ora in PUGLIESE, G., *Scritti giuridici scelti*, I, a cura di G. SACCONI e I. BUTI, Napoli, 1985, pp. 449-492.
- *Obbligazione del capofamiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, pp. 233-272, ora in PUGLIESE, G., *Scritti giuridici scelti*, I, a cura di G. SACCONI e I. BUTI, Napoli, 1985, pp. 493-532.
- *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962.

- *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma*, in *RISG* 16, 3^a serie, 1972, pp. 79-101, ora in PUGLIESE, G., *Scritti giuridici scelti*, I, a cura di G. SACCONI e I. BUTI, Napoli, 1985, pp. 533-557.
- RABELLO, A.M., *Effetti personali della 'patria potestas'*, I, *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979.
- RIZZELLI, G., *Padri romani. Discorsi, modelli, forme*, Lecce, 2017.
- *La 'potestas' paterna fra 'leges', 'mores' e natura*, in *Anatomie della paternità. Padri e famiglia nella cultura romana*, Lecce, 2019, pp. 89-130.
- ROBBE, U., *L'actio de pauperie'*, in *RISG* 7, 1932, pp. 327-384.
- RODRÍGUEZ MARTÍN, J.-D., *Fragmenta Augustodunensia*, Grenada, 1998.
- *La muerte y la noxalidad: la reconstrucción de Gai 4,81 por F. De Visscher*, in *Le monde antique et les droits de l'homme. Actes de la 50^e Session de la Société internationale F. de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité, Bruxelles 16-19 septembre 1996*, Bruxelles, 1998, pp. 71-80.
- *Das nachklassische Recht im Lichte der 'Fragmenta Augustodunensia'*, in AVERNARIUS, M. (a cura di), *Hermeneutik der Quellen des römischen Rechts - Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte*, VII, Köln, 2008, pp. 135-156.
- SACCOCIO, A., *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, 2008.
- SARGENTI, M., *Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano*, Pavia, 1949, ora in *Scritti di M. Sargenti (1947-2006)*, a cura di G. CRIFÒ e F. PERGAMI, Napoli, 2011, pp. 39-100.
- *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano*, Pavia, 1950, ora in *Scritti di M. Sargenti (1947-2006)*, a cura di G. CRIFÒ e F. PERGAMI, Napoli, 2011, pp. 129-194.
- *Riflessioni sui problemi della responsabilità nossale*, in *Labeo* 23, 1977, pp. 323-344, ora in *Scritti di M. Sargenti (1947-2006)*, a cura di G. CRIFÒ e F. PERGAMI, Napoli, 2011, pp. 933-960.
- *'Obligatio ex delicto' e responsabilità nossale*, in MILAZZO, F. (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, pp. 347-355, ora in *Scritti di M. Sargenti (1947-2006)*, a cura di G. CRIFÒ e F. PERGAMI, Napoli, 2011, pp. 1263-1272.
- *La responsabilité du 'pater familias' 'filii' ou 'servi nomine' dans l'oeuvre de De Visscher*, in *Le monde antique et les droits de l'homme. Actes de la 50^e Session de la Société internationale F. de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité, Bruxelles 16-19 septembre 1996*, Bruxelles, 1998, pp. 81-88, ora in *Scritti di M. Sargenti (1947-2006)*, a cura di G. CRIFÒ e F. PERGAMI, Napoli, 2011, pp. 1441-1451.

- SCHLESINGER, R., *Ueber die 'Defensio' bei Noxalklagen*, in *ZSS* 8, 1869, pp. 202-239.
- SCHMIDT, A., *Von der Deliktsfähigkeit der Sklaven*, Leipzig, 1872.
- SCIALOJA, V., *Sulla 'noxae deditio' del cadavere. Breve nota ai frammenti d'Autun (fol. 105 v. ad Gai. IV, 81)*, in *BIDR* 13, 1900-1901, pp. 72-75, ora in SCIALOJA, V., *Studi giuridici*, II, *Diritto romano*, Roma, 1934, pp. 139-141.
- *L'abuso della consegna nossale da parte dello schiavo*, in *Rivista italiana di sociologia* 5, 1901, pp. 288-294, ora in SCIALOJA, V., *Studi giuridici*, II, *Diritto romano*, Roma, 1934, pp. 156-160.
- *Teoria generale della proprietà nel diritto romano*, I, a cura di P. BONFANTE, Roma, 1928.
- SELL, C., *Aus dem Noxalrechte der Römer*, Bonn, 1879.
- SIRKS, A.J.B., *Noxa caput sequitur*, in *TR* 81, 2013, pp. 81-108.
- *Delicts*, in JOHNSTON, D. (a cura di), *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge, 2015, pp. 246-271.
- TALAMANCA, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- THIBAUT, A.F.J., *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, II, Iena, 1817.
- TILLI, G., *'Dominus sciens' e 'servus agens'*, in *Labeo* 23, 1977, pp. 16-41.
- VACCA, L., *L'editto di Lucullo*, in MILAZZO, F. (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano Capannello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992, pp. 221-252, ora in VACCA, L., *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a cura di B. CORTESE, S. GALEOTTI, G. GUIDA e G. ROSSETTI, Napoli, 2015, pp. 303-336.
- VARVARO, M., *Contributo allo studio delle 'Quinquaginta decisiones'*, in *AUPA* 46, 2000, pp. 359-539.
- *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008.
- VOCI, P., *Storia della 'patria potestas' da Augusto a Diocleziano*, in *Iura* 31, 1980, pp. 37-110.
- VOIGT, M., *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil-und Criminalrechtes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I-II, Leipzig, 1883.
- VON KELLER, F.L., *Ad legem 32 De peculio*, Göttingen, 1822.
- VON VANGEROW, K.A., *Lehrbuch der Pandekten*, III, Marburg, 1876.
- VON WYSS, P.F., *Die Haftung für fremde 'Culpa' nach römischem Recht*, Zürich, 1867.
- WLISSAK, M., *Die Noxalklagen*, in SCHÖNBAUER, E. (a cura di), *Rechtshistorische Abhandlungen aus seinem Nachlasse*, Wien, 1965.

WUBBE, F., *Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains et modernes*, Fribourg, 1963.

– *Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?*, in *ZSS* 80, 1963, pp. 175-205.

ZIMMERN, S.W., *Das System der Römischen Noxalklagen*, Heidelberg, 1818.

AUTORI E CURATORI

Antonio BANFI, Professore ordinario di Diritto romano nell'Università degli Studi di Bergamo

Tommaso BEGGIO, Professore associato di Diritto romano nell'Università degli Studi di Trento

Filippo BONIN, Assegnista di ricerca di Diritto romano nell'Università degli Studi di Siena

Fabio BOTTA, Professore ordinario di Diritto romano nell'Università degli Studi di Cagliari

Alice CHERCHI, Professore associato di Diritto romano nell'Università degli Studi di Cagliari

Luigi GAROFALO, Professore ordinario di Diritto romano nell'Università degli Studi di Padova

Tomislav KARLOVIĆ, Professore ordinario di Diritto romano nella Università degli Studi di Zagabria (Sveučilište u Zagrebu)

Massimo MIGLIETTA, Professore ordinario di Diritto romano nell'Università degli Studi di Trento, Direttore della 'Cattedra Giorgio Luraschi'

Carmen PALOMO PINEL, Profesor Adjunto di Diritto romano nella Universidad San Pablo CEU

Carlo PELLOSO, Professore ordinario di Diritto romano nell'Università degli Studi di Verona

Marko PETRAK †, Professore ordinario di Diritto romano nella Università degli Studi di Zagabria (Sveučilište u Zagrebu)

Bernardo SANTALUCIA, Professore emerito di Diritto romano nell'Università degli Studi di Firenze

‘Cattedra Giorgio Luraschi’
Centro di ricerca per lo studio e la diffusione
del Diritto pubblico romano

Direttore: Massimo Miglietta

Condirettori: Paola Biavaschi e Lairetta Maganzani

Quaderni

1. **Massimo Miglietta, Paola Biavaschi** (a cura di), *L'applicazione del Diritto romano nelle realtà locali*, Edizione di Trento, 30 settembre 2017, in occasione del LXXV anniversario dalla nascita del Professor Giorgio Luraschi, 2019.
2. **Lairetta Maganzani, Massimo Miglietta** (a cura di), *Migrare a Roma. Latini ed altri popoli*, Edizione di Milano – Università Cattolica del “S. Cuore”, 16 settembre 2019, 2022.
3. **Tommaso Beggio, Filippo Bonin, Massimo Miglietta**, (a cura di), *Crimini e pene nell'evoluzione politico-istituzionale dell'antica Roma*, Atti del convegno internazionale, Trento, 5 e 6 giugno 2019, 2023.

