‘CRIMINA’ E ‘DELICTA’

APPLICAZIONI NORMATIVE
E COSTRUZIONI DOTTRINALI

a cura di

Luigi Garofalo

Estratto

JOVENE EDITORE 2019

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI
© Copyright 2019

ISBN 978-88-243-2623-0

JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

Carlo Pelloso

IN MARGINE A TAB. 8.16. NUOVE CONSIDERAZIONI SUL VALORE DI 'DAMNUM DECIDERE' TRA 'VERBA LEGIS' E 'INTERPRETATIO' PRUDENZIALE

Sommario: 1. Introduzione. – 2. *Damnum decidere* come indice della composizione pecuniaria alternativa alla vendetta. – 3. *Damnum decidere* come indice dell'esclusione dell'immediata *manus iniectio*. – 4. *Damnum decidere* come indice del dovere di 'eliminare la perdita pecuniaria'. – 5. Il significato di *noxia* nelle XII Tavole per Servio Sulpicio Rufo: una perimetrazione in negativo di *damnum*. – 6. *Damnum decidere* nelle XII Tavole: una prima precisazione contenutistica. – 7. *Damnum* nei *genera poenarum* di Cicerone e Agostino. – 8. Alcune note preliminari al testo di Tab. 8.16. – 9. *Adorare furto* e *duplione damnum decidere* in Tab. 8.16. – 10. Conclusioni.

1. *Introduzione*.

Una ben consolidata opinione dottrinale – nonostante l'indiscutibilità delle tortuosità sintattiche e delle peculiarità del lessico, nonché della necessità di integrazioni – è, ancora all'oggi, orientata a vedere nella *lex* tradizionalmente inclusa in Tab. 8.16 (*si adorat furto, quod nec manifestum erit, <duplione damnum decideto>*)[1] solamente quella dispo-

[1] Cfr. Fest. voce '*nec*' (Lindsay 158): *nec coniunctionem grammatici fere dicunt esse disiunctivam, ut nec legit nec scribit, cum, si diligentius inspiciatur, ut fecit Sinnius Capito, intelligi possit eam positam esse ab antiquis pro non, ut et in XII est: 'ast ei custos nec escit', item: 'si adorat furto, quod nec manifestum erit <duplione damnum decideto>'* (la disposizione decemvirale riprodotta da Festo è catalogata variamente nelle diverse edizioni: oltre a Tab. 8.16 [Riccobono], cfr. Tab. 8.15 [Schoell] e Tab. 1.21 [Watson]). Per le possibili rese, v. §§ 8-9. Sulla lettura *decideto* in luogo di *decidito* in Tab. 12.3 e in Tab. 8.16, attestante «dans les versets des XII Tables le manque d'apophonie

sizione decemvirale, repressiva del *furtum nec manifestum*, che sarebbe stata ripresa dal pretore nella confezione dell'*actio furti* quale azione formulare tesa alla condanna penale del reo al doppio del *quantum ea res fuit*[2]. Secondo questo orientamento, in altre parole, a mente delle conseguenze sanzionatorie del furto non flagrante scolpite in Tab. 8.16, il delitto in parola sarebbe stato configurabile, già per il diritto romano del V secolo a.C., come autentica fonte di *obligatio poenae*, diversamente dal furto flagrante, da intendersi, invece, come fonte di responsabilità penale esclusivamente di carattere afflittivo[3].

Tuttavia, a valle della valorizzazione sia di tale supposta eterogeneità esistente tra la natura delle due forme di repressione penale del furto sia delle già richiamate singolarità formali della disposizione normativa in commento, una diversa lettura di quest'ultima si renderebbe non solo possibile, ma addirittura necessaria. Una tale convinzione esprimevo già nella mia monografia in tema di furto nell'antichità mediterranea (nel cui terzo capitolo si trattava della persecuzione del delitto in questione secondo le previsioni del 'codice' decemvirale)[4], avanzando la congettura che il *carmen 'si adorat furto, quod nec manifestum erit, duplione damnum decideto'* contemplasse il caso particolare del derubato tenuto, a fronte della delibazione magistratuale che non accoglieva la tesi attorea (e, dunque, che escludeva l'integrazione degli estremi dell'essere *manifestum* del *furtum*), a modificare *in minus* l'oggetto del proprio origi-

---

interne», v. M. Mancini, *Essai de stratigraphie linguistique de la Lex XII tabularum*, in *RLL*, XVI, 2018, 22: «la variante est de W. Lindsay qui rejette la *facilior decidito* dans les Schedae Paris., dans le Vat. Lat. 1549 et dans le Vat. Lat. 2731 et amende le *decidet* de l'apographe Vaticanus Lat. 3368 (*omnium optimus*) grâce au *decideto* du Vat. Lat. 3369; curieusement, cette lecture n'a été acceptée dans aucune édition moderne de la *Lex*».

[2] Cfr., da ultima, per la riaffermazione dell'idea dominante, M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, in *'XII Tabulae'. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, II, Napoli, 2018, 592, nt. 195.

[3] Nel più recente commento italiano alle disposizioni delle XII Tavole, tra le pagine, dense e suggestive, dedicate agli illeciti privati, dopo la sottolineatura di una «differenza strutturale e forse anche funzionale tra l'*addictio* quale conseguenza del furto flagrante e l'*addictio* seguente al processo di cognizione», si trova un rilievo del seguente tenore: «la pena per il *furtum manifestum* e la conseguenza eventuale del mancato pagamento del *duplum* nel *furtum nec manifestum* appaiono molto distanti» (M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, cit., 595).

[4] C. Pelloso, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 135 ss. e, soprattutto, 192 ss.

nario *petitum*, ossia l'*addictio* del ladro libero e pubere (peculiare sanzione definitiva astratta dalla messa in moto del rito della *legis actio per manus iniectionem*). In altre parole, in conformità a tale ipotesi ricostruttiva, il derubato sarebbe tenuto *ex lege* a continuare ad agire in giudizio per il solo pagamento della *duplio*, ossia ad agire, anzitutto, con *legis actio sacramento in personam* per l'accertamento della responsabilità del ladro, nonché, eventualmente, con *legis actio per manus iniectionem* a fronte del credito, certo e liquido, non spontaneamente soddisfatto in termini dal ladro *iudicatus*[5].

La recente riaffermazione della *communis opinio* con riguardo a Tab. 8.16, anche attraverso il particolare dissenso espresso circa la connessione processuale da me ipotizzata come esistente in tale *lex* tra *furtum manifestum* e *furtum nec manifestum* (pur nella cornice generale di una comune visione sul tema della persecuzione decemvirale del furto)[6], ha

---

[5] C. Pelloso, *Studi*, cit., 260 s.: «'se <il derubato> intraprende il rito previsto per la repressione del furto <conclamato> (*si adorat furto*), nell'ipotesi in cui detto furto non sarà ['delibato' dal magistrato come] manifesto (*quod nec manifestum <escit> [erit]*)', allora l'asserito derubato – potremmo dire: in via subordinata – 'corregga il tiro iniziale', modifichi *in minus* il proprio '*petitum*' e, pertanto, non prosegua per l'*addictio* del ladro (ché – come detto – il magistrato non ha ritenuto, in base ad una sommaria valutazione dei fatti, sussistere gli estremi dell'essere '*manifestum*' dell'illecito contestato al *fur*), ma '*<lege agito sacramento cum eo et> duplione damnum decid<e>[i]to*' (ossia: una volta accertato l'illecito, una volta quantificata l'entità del furto, sia escluso il *damnum* della *addictio*, in prima battuta richiesta, a mezzo del pagamento della *duplio*)». In verità, la mia personale lettura di Tab. 8.16 veniva presentata come congettura alternativa a quella, più vicina alla *communis opinio*, espressa poche pagine prima (Id., *Studi*, cit., 252), secondo la quale, in generale, Tab. 8.16 potrebbe attestare la «totale … ingerenza dello Stato nei rapporti tra offeso e offensore a fronte della commissione di un illecito laico, ingerenza manifestata nella volontà precettiva … di determinare compiutamente il passaggio dalla sanzione d'indole afflittiva … alla composizione pecuniaria legale» e, in particolare, secondo la quale la locuzione *damnum decidere* potrebbe essere il sintomo «della obliterazione delle forme edulcorate della *vindicta* … e dell'affermarsi della 'composizione obbligatoria' come esito esclusivo».

[6] Il giudizio espresso da M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, cit., 595, nt. 223 (che non pare considerare quanto riferito, in principalità, circa Tab. 8.16 in C. Pelloso, *Studi*, cit., 252: v., sopra, nt. 5), è tanto 'soggettivistico' nell'*incipit* quanto breviloquentemente 'tranchant' nel prosieguo: «mi sembra non adeguatamente argomentata e non senza profili di incoerenza sul piano sostanziale la congettura … circa la connessione processuale tra *furtum manifestum* e *non manifestum*» che si rinviene in C. Pelloso, *Studi*, cit., 260 s. Premesso che il giudizio di non adeguatezza deve certamente concernere l'intrinseca non persuasività della mia argomentazione e non la sua

stimolato l'interesse per una ripresa e un supplemento di studio della materia: non tanto alla ricerca di conferme ulteriori della bontà dei risultati conseguiti o di difese alla solidità delle interpretazioni proposte, quanto per il desiderio sia di meditare nuovamente e senza pregiudizi sulle fonti già considerate sia di considerare quei più recenti contributi – come il più volte ricordato commento italiano alle XII Tavole – che, muovendo dalle prime e opponendosi a talune soluzioni prospettate dalla dottrina precedente, nel loro rileggere e nel loro dissentire permettono alla nostra scienza di radicarsi nel presente e di proiettarsi dinamicamente verso il futuro, seguitando a dar voce a un diritto, quello dell'arcaico ordinamento romano, altrimenti muto.

Inizierò ad affrontare l'argomento proprio dalla parte precettiva di Tab. 8.16, comunemente integrata con '*duplione damnum decideto*' (locuzione di per sé rilevante, attese le numerose ripercussioni della stessa nella disciplina posteriore della materia dei *delicta*) a mente di Tab. 12.3 (versetto assai di recente nuovamente valorizzato per supporre una procedura arbitrale prevista *ex lege* anche nella disposizione decemvirale in tema di furto non flagrante): *si vindiciam falsam tulit, si velit is <prae>tor arbitros tris dato; eorum arbitrio <rei> fructus duplione damnum decideto*[7]. Quindi passerò a considerare il significato, tutt'altro che

---

estensione, quanto al giudizio di incoerenza, non solo esso risulta privo di motivazione, ma per di più il riferimento al piano della 'sostanza' si appalesa, se non mal intendo lo stenografico appunto critico, eccentrico rispetto agli scopi e ai contenuti, tutti 'processuali', per l'appunto, del paragrafo che concerne Tab. 8.16 ('L'*adoratio furti* e la repressione per *legis actio sacramento* del furto non qualificato dalla flagranza'): C. Pelloso, *Studi*, cit., 244 ss.

[7] Fest. voce '*vindiciae*' (Lindsay 516): *vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius quia fit inter eos qui contendunt. [M.] Cato in ea quam scribsit L. Furio de aqua: '. . . . . s praetores secundum populus vindicias dicunt' . . . Lucilius: 'nemo hic vindicias neque sacra . . . en veretur.' De quo verbo Cincius sic ait: 'vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant.' At Ser. Sulpicius* [518] *. . . . iam singulariter formato vindiciam esse ait . . <q>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur . . . . XII: si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . tor arbitros tris dato; eorum arbitrio . . . fructus duplione damnum decideto.* Per le possibili rese di Tab. 12.3, v., oltre, nt. 118. Sull'integrazione di Tab. 8.16 con '*duplione damnum decidito*' (a mente oltre che di Tab. 12.3, anche di Gell. 11.18.15 e di Gai 3.190), v., paradigmaticamente, C.G. Bruns, *'Fontes iuris Romani'. 'Leges et negotia*[7], Tubingae, 1909, 33; S. Riccobono, *'Leges'*, in *FIRA*, I[2], Firenze, 1941, 60; nonché v. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 159; cfr., inoltre, nt. 95. Assai recentemente M. Humbert, *La Loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Paris, 2018, 561, ha congetturato

univoco e agilmente decifrabile, del tratto iniziale '*si adorat furto, quod nec manifestum erit*', peculiarissimo nel contesto duodecimtabulare non solo per lo stile singolarmente perifrastico, ma anche per le scelte, per nulla comuni, di lessico giuridico.

2. *'Damnum decidere' come indice della composizione pecuniaria alternativa alla vendetta.*

Nell'attuazione del programma succintamente delineato nel precedente paragrafo e, dunque, nell'analizzare l'apodosi di Tab. 8.16, ritengo che possa essere d'aiuto a comprendere, nella sua portata se non originale, almeno arcaica, la locuzione '*damnum decidere*', qualche notazione tesa a definire, quanto più le fonti lascino, i rapporti sussistenti nella legge delle XII Tavole tra i segni linguistici *damnum* e *noxia*, considerando ciascuno dei due prima isolatamente e poi comparativamente.

Se si parte da *damnum*, non è più dubbio come gli apporti dell'etimologia siano stati così vari e sfaccettati che, più che chiarire, hanno confuso i termini del problema, venendo all'occorrenza invocati a sostegno ora di una ora di un'altra data ricostruzione giuridica[8].

---

una sovrapposizione ancora più ampia tra Tab. 8.16 e Tab. 12.3, assumendo che anche nella prima delle due *leges* appena ricordate si troverebbe, dopo le proposizioni '*si adorat furto*' e '*quod nec manifestum erit*', il tratto '*praetor arbitros tris dato; eorum arbitrio pro fure duplione damnum decidito*': secondo lo studioso, dopo una inutile «transaction volontaire», la vittima «trop exigeante» adisce le vie magistratuali, il pretore nomina tre arbitri che fissano il valore della refurtiva, la vittima e il ladro condannato devono 'transigere' nel doppio del valore fissato. La tesi è suadente e di per sé non inverosimile, ma: non spiega né la formulazione 'procedurale' (e non 'sostanziale' della protasi), né il futuro *erit*; non valorizza il valore ingressivo di *adorare*; non tiene conto né del possibile significato decemvirale di *damnum* ('sanzione afflittiva' e non «indemnité compensatoire», ossia somma destinata a compensare il danno) né di quello sotteso a *decidere* ('estinzione/sostituzione' e non «transaction légale» fondante il meccanismo liberatorio); generalizza il (*pro fure*) *damnum decidere* in termini di 'transazione processuale' imposta dalla legge, laddove le fonti non escludono affatto tale espressione in ipotesi di *pactum* stra-giudiziale. Su tutto ciò avrò modo di indugiare nei prossimi paragrafi.

[8] R. Fiori, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 104 s., e nt. 123; S. Galeotti, *'Rupit', 'rupitias', 'noxa', 'damnum': il danneggiamento nella normativa preaquiliana*, in *SDHI*, LXXX, 2014, 267. *Contra*, invece, v. G. Valditara, *Sulle origini del concetto di 'damnum'*, Torino, 1998, 22: «un

Secondo una prima scuola di pensiero[9], il segno *damnum* sarebbe l'esito neutro sostantivato di un participio perfetto di *dare* (*da-menon). Il primitivo significato sarebbe, dunque, quello di 'ciò che è (stato) dato'; significato poi traslato, con maggior grado di specificazione, in 'risarcimento', 'pena', 'ammenda' ('Ausgabe'): nella trafila che muove dalla fase (preistorica) del 'dato' a quella (ancestrale) di 'conseguenza negativa di un illecito', per poi esitare nella sfera (storica) di 'perdita soggetta a conseguenze negative', pur nell'evidente variare dei soggetti considerati come 'patenti' il *damnum*, la patrimonialità si imporrebbe, secondo i sostenitori di questa ancora fortunata ipotesi ricostruttiva, come ineluttabile filo rosso della storia della nostra parola[10].

---

aiuto per chiarire il significato originario del termine *damnum* può arrivare dalla etimologia».

[9] Cfr. F. Ritschl, *'Damnum', 'damnare', 'damnas'*, in *RhM*, XVI, 1861, 305; T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 812 ss., 1013 s.; L. Mitteis, *Über das 'Nexum'*, in *ZSS*, XXII, 1901, 113, nt. 1; M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*, XXV, 1904, 177 e nt. 1; E. Betti, *L'antitesi storica tra 'iudicare' ('pronuntiatio') e 'damnare' ('condemnatio') nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formule delle 'actiones ex delicto')*, in *RISG*, LVI, 1915, 14 s. e nt. 1; D. Daube, *On the Use of the Term 'damnum'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 96 ss.; L. Bove, voce *Danno (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, V, 1960, Torino, 144; A. Magdelain, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in *RIDA*, XXVII, 1980, 205 ss. (che, tuttavia, riconosce che «aujourd'hui une étymologie scientifique a l'avantage de confirmer une interprétation exacte, rattachée d'abord à une étymologie fausse» e che «Mommsen avait vu juste pour le sens en se trompant sur l'étymologie», avendo egli «parfaitement compris que le *damnum* pour le vol et la *vindicia falsa* est la composition pécuniaire»). Sul significato di *damnum* come 'perdita patrimoniale da infliggere all'offensore', v. anche M. Balzarini, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, 370 e nt. 141.

[10] Cfr., paradigmaticamente, H.G. Heumann, voce *damnum*, in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1851 («Beeinträchtigung, Nachtheil … Verletzung, Verringerung des Vermögens… Vermögensverlust»; «ursprünglich die Privatbuße für die Schädigung, das Lösegeld, noch erhalten in der Formelmäßigen altertümlichen Wendung»); C.T. Lewis - C. Short, voce *damnum*, in *A Latin Dictionary*, Oxford, 1879 («hurt, harm, damage, injury, loss; opp. to *lucrum*»); A. Walde, voce *damnum*, in *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*[2], Heidelberg, 1910 («Verlust, Schaden, Nachteil»); A. Ernout - A. Meillet, voce *damnum*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*[3], Paris, 1951 («dommage, perte, dépense»; «en droit, désigne quelquefois les 'dommages et intérêts' payés pour une perte matérielle [Loi des XII tables], et par extension 1'amende […] ou la peine»). Cfr., inoltre, L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 367 («das lateinische alte Wort für Geldablösung war *damnum*, das Lösegeld»).

A fronte di tale pensiero, la conseguenza da trarsi, sul piano del diritto del V secolo a.C. quale specchio del secondo passo del cammino semantico appena ricordato[11], è oltremodo chiara: la misteriosa espressione *damnum decidere* dovrebbe corrispondere a 'transigere', 'accordarsi', 'comporre la vertenza' (*decidere*), ovviamente attraverso il pagamento di una somma di danaro (*damnum*) con funzione di riscatto da una sanzione afflittiva più severa (*vindicta*). Parimenti chiaro è che l'imperativo decemvirale *duplione damnum decideto* potrebbe ben avere come destinatario tanto l'una quanto l'altra delle due parti del rapporto: vuoi l'offensore (in cui capo si potrebbe, così, scorgere un autentico 'onere pecuniario' di pagamento stabilito nel doppio allo scopo di tacitare la pretesa vindicatoria dell'offeso nascente *ex delicto*)[12], vuoi l'offeso (in cui capo si potrebbe, così, ritenere insorto un contenutisticamente analogo 'obbligo *ex lege*' di accettazione della proposta 'transattiva' dell'offensore)[13].

L'impostazione appena sopra ricordata – risalente, ma ancora in tempi recentissimi ribadita[14] – non pare, però, sufficientemente forte da resistere al peso delle molteplici critiche che negli anni si sono accumulate, provenendo da più fronti[15]. Infatti, da una parte, si rileva l'implausibilità sul piano storico-linguistico di attribuire il significato originario di 'transigere' al verbo *decidere*[16]; dall'altra, si evidenzia come sia

---

[11] Diversamente v. S. Galeotti, *'Rupit'*, cit., 259, secondo la quale il *damnum* decemvirale «dalla palingenesi della tabula ottava» sarebbe un «Giano bifronte, poiché racchiude non solo il significato di 'perdita', ma anche quello di 'decremento patrimoniale scontato a titolo di pena per il fatto proprio'». Come si avrà modo di appurare più avanti i dati paiono decisamente troppo esigui per ammettere uno spettro semantico così ampio nel contesto del V secolo a.C.

[12] T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, cit., 12 ss. e 13, nt. 1, 1013 s.

[13] E. Betti, *L'antitesi storica*, cit., 14, nt. 1.

[14] V., paradigmaticamente, R. Cardilli, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, 47, nt. 43.

[15] V., in generale, R. La Rosa, *La repressione del 'furtum' in età arcaica. 'Manus iniectio' e 'duplione damnum decidere'*, Napoli, 1990, 12 ss.

[16] Oltre alla minuziosa analisi condotta da La Rosa, v., contro l'idea della pena pecuniaria quale frutto di una composizione (come sostiene anche B. Albanese, voce *Illecito [storia]*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 60 s. nt. 14, il quale pensa a un modello generale inglobante tanto il *membrum ruptum* quanto il *furtum*, e ritiene la pretoria *poena quadrupli* per il *furtum manifestum* indice probatorio del passaggio dall'afflizione corporale alla sanzione patrimoniale), M.F. Cursi, *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 151 s., secondo cui «a prescindere dal

poco perspicuo, in un contesto di presunto accordo tra le parti, l'impiego decemvirale alla terza persona singolare, e non plurale, del verbo in parola; dall'altra ancora, si sogliono citare non poche fonti da cui emergerebbe per *damnum* una connotazione fondamentale ora di 'sanzione non patrimoniale' ora di 'distruzione o di danneggiamento' (e, dunque, una connotazione assai poco credibilmente riconducibile, quanto al periodo più arcaico del diritto romano, alla sfera della 'perdita patrimoniale a titolo di ammenda')[17].

3. *'Damnum decidere' come indice dell'esclusione dell'immediata 'manus iniectio'.*

Secondo un diverso orientamento[18], alternativo a quello della connotazione patrimonialistica originaria, tra il verbo latino *damnare* (rite-

---

fatto che la vicenda del *furtum manifestum*, per la differenza strutturale che lo distingue dal furto non manifesto, non dimostra necessariamente un analogo passaggio dall'*addictio* alla pena pecuniaria in quest'ultimo tipo di furto, va rilevato che la terminologia usata nella norma non depone senz'altro in favore di una pattuizione» (negli stessi termini, v. Ead., *Gli illeciti privati*, cit., 591).

[17] R. La Rosa, *La repressione*, cit., 13, 14, 41; G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 16 ss.

[18] M. Voigt, *Über den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den öconomischen Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke*, Leipzig, 1872, 142 ss.; Id., *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminalrechtes, wie Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I, Leipzig, 1883, 324 ss. e nt. 4; E. Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, I, Paris, 1891, 423; P. Huvelin, *Aspects religieux de l'obligation romaine*, I, *Les tablettes magiques et le droit romain*, in *Annales Internationales d'histoire*, Maçon, 1901, 219 ss.; cfr., conformemente, G. Beseler, *Bindung und Lösung*, in *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 101 ss. (nonché in *ZSS*, XLV, 1925, 396 ss.); M. Kaser, *Das altrömische 'Ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 124 ss. (ma v., diversamente, M. Kaser - K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*[2], München, 1996, 124); G. Broggini, *'Iudex arbiterve'. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrechts*, Köln - Graz, 1957, 148 ss. (che però aderisce a questa scuola di pensiero solo per il verbo *damnare*, rifacendosi invece a Mommsen per il significato di *damnum*, come parimenti fa A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala - Leipzig, 1927, 430 ss., 443 ss., 481); G. Crifò, voce *Danno (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 617; R. Santoro, *'XII Tab.' 12.3*, in *AUPA*, XXX, 1967, 71 ss., 81 ss. Anche R. La Rosa, *La repressione*, cit., 40 ss., pare, in definitiva, propendere – pur contro la tesi del Kaser che, con riguardo precipuo agli atti librali, associa al

nuto denominativo del sostantivo *damnum*) e il greco δαμάω-δαμνάω, o comunque la radice indoeuropea *dom (presente anche nel latino *domare*), esisterebbe un – invero labile, ma non impossibile[19] – nesso linguistico.

Da un lato, i sostenitori di questa scuola di pensiero escludono che nelle XII Tavole *damnum* sia da indentificare con un'ammenda, e ne congetturano una primitiva idea di 'legame', 'vincolo', 'assoggettamento' ('Uberwältigung', 'Haftung'). *Ergo*, la locuzione *damnum decidere* dovrebbe all'incirca assumere il significato di 'sciogliere il vincolo', oppure 'eliminare lo stato di assoggettamento', a prescindere dal regime giuridico sotteso e variamente modulato dai singoli interpreti del carme decemvirale in oggetto[20].

Dall'altro, sempre in seno a questo secondo orientamento, v'è chi giunge addirittura a immaginare l'esistenza di una *damnatio* magistratuale avente efficacia costitutiva (nella forma verbale, non sconosciuta

---

damnas esto il significato di 'sia sottoponibile immediatamente *a manus iniectio*' e innesta nel processo penale e nella repressione dei delitti il *damnare* – per una derivazione di *damnum* dalla radice indoeuropea *dom e un parallelismo con il greco δαμάω-δαμνάω, ritenendo, infatti, che «numerose testimonianze depongono per l'esistenza di un risalente significato dell'espressione '*damnum decidere*' come 'eliminare una soggezione'».

[19] Cfr. R. La Rosa, *La repressione*, cit., 9 e nt. 18.

[20] Diversamente, G. Broggini, *'Iudex arbiterve'*, cit., 148 ss., 152, pur aderendo alla tesi di coloro che connettono il verbo *damnare* a una forma di assoggettamento, intende il segno *decidere*, tra l'altro, nel senso di 'stabilire' da parte di arbitri (e, poi, anche di giudici delegati dal magistrato) le 'condizioni' della «Haftungslösung» dalla 'pena pecuniaria alternativa al taglione' (ossia della liberazione dal *damnum*, qui inteso mommsenianamente – a differenza di quanto emerge in tema di *damnatio* – come 'Ausgabe'). Il pensiero dell'autore, che trova qualche spunto anche dalla distinzione tra *iudicare* (sentenza condannatoria) e *damnare* (valorizzazione di cose di specie o composizione per evitare la *vindicta*) sostenuta da M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 174 ss., si spinge a considerare – soprattutto sulla scorta di Voigt – il *damnare* (avente ad oggetto il reo), come l'*addicere* (avente ad oggetto soprattutto la cosa litigiosa, ma anche il *fur manifestus* ritenuto, secondo la lettura di Gai 3.189, il destinatario di un provvedimento analogo a quello, seriore, della *adiudicatio*), sia come attività essenzialmente magistratuale (ancorché delegabile) tesa ad accertare in un contesto monofasico il delitto e, di conseguenza, ad attribuire potere vindicativo all'attore, sia come presupposto di un susseguente intervento arbitrale di definizione (*decisio*) della pena pecuniaria privata (*damnum*), intervento originariamente rimesso alla volontà di parte offesa e quindi stante *a latere* del potere di esercitare il taglione.

alle formule legislative e a quelle negoziali, del *damna<tu>s esto*)[21], in forza della quale l'offensore, se confesso, sarebbe sottoposto a una procedura penale di indole afflittiva, originariamente stragiudiziale, nella forma di una *manus iniectio*; una procedura, invece, da altri ritenuta esperibile immediatamente *ex lege* dal soggetto leso ovvero dai parenti di quest'ultimo[22].

In un contesto siffatto, l'imperativo legislativo '*duplione damnum decideto*' sarebbe da intendersi come rivolto in via esclusiva all'autore dell'illecito in quanto nella condizione di *damnatus* (cioè di soggetto esposto alla sanzione afflittiva del *damnum*, vuoi dopo l'intervento del magistrato, vuoi a prescinderne)[23], implicando, al livello delle categorie

---

[21] In tal senso, sulla scorta soprattutto di Gai 4.21, Serv. *in Verg. Aen.* 12.727 e Paul.-Fest. voce '*addicere*' (Lindsay 12), cfr. M. Voigt, *Über den Bedeutungwechsel*, cit., 142 ss.; Id., *Die XII Tafeln*, cit., II, 651, nt. 5; v., inoltre, G. Broggini, *'Iudex arbiterve'*, cit., 148 ss.; diversamente, v. R. La Rosa, *La repressione*, cit., 40 ss., che qualifica il *fur* come *damnatus* in forza della commissione stessa dell'illecito.

[22] Più recentemente, in letteratura, si è infatti discorso – ancorché con differenti sfumature e nella cornice di ben diverse ricostruzioni – sia per il furto manifesto sia per quello non manifesto di una procedura penale afflittiva riconducibile alla *manus iniectio* (*damnati*), evitabile col pagamento di un riscatto. È in questa cornice che si collocano gli studi di coloro che, pur in assenza di testimonianze dirette, hanno ipotizzato – principalmente sulla scorta di Huschke e di Kaser (v., in tema, M. Varvaro, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, 225 ss.) – che questo *modus agendi* fosse sempre e subito esperibile là ove vi fosse una *damnatio*, posto che il collegamento della *manus iniectio* al *damnas esto* sarebbe confermato dal fatto che l'*actio ex testamento* e l'*actio legis Aquiliae* prevedevano l'istituto della litiscrescenza e vi sarebbe una connessione tra litiscrescenza e *damnas esto* testamentario. Più in generale (in aggiunta agli scritti recenti di Valditara e di Cardilli), cfr., per i delitti arcaici generalmente intesi non come fonti dell'obbligazione, ma come fonti di assoggettamento alla *manus iniectio*, oltre a M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 146; F. De Visscher, *Les origines de l'obligation 'ex delicto'*, in *RHD*, VII, 1928, 336 ss. (nonché in *Études de droit romain*, Paris, 1931, 257 ss.); E. Betti, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 115 ss.; C.A. Cannata, *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 4-7 giugno 1990)*, Napoli, 1992, 23 ss. (nonché in *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino, 2011, 587 ss., da cui si cita nel prosieguo).

[23] Non è invece di questo avviso Santoro, a cui credere, posta un'equivalenza tra *solutio* e *damni decisio* nel senso di uno scioglimento del vincolo, l'allusione sarebbe ad un contegno di un terzo comprovata sia dall'uso formulare tralatizio di *pro fure damnum decidere* (Gai 4.37 e 4.45) e dall'espressione impersonale *damnum decisum pro fure est*, sia dalla ascrizione all'attore della *damni decisio* (come, ad esempio, è in

giuridiche sottese dal legislatore decemvirale al testo di Tab. 8.16, non certo un'autentica *obligatio poenae ex delicto*[24] relata a un dovere di prestazione pecuniaria nell'interesse della vittima, ma ancora un rapporto di natura 'potestativa' tra l'offeso (nel potere, per l'appunto, di assoggettare e realizzare il vincolo) e l'offensore (vincolato in uno stato di assoggettamento o a seguito della commissione dell'illecito o dalla pro-

---

D. 47.2.46.5). Tanto Tab. 12.3 quanto Tab. 8.16, in altre parole, attesterebbero per lo studioso due ipotesi di etero-riscatto e, dunque, in forma imperativa (*damnum decideto*), la liberazione (*decisio*) dell'offensore dal vincolo (*damnum*) mediante il pagamento del doppio: di qui attraverso un processo di inversione tra causa ed effetto, come *solutio* sarebbe sostantivo passato a indicare non più lo scioglimento del vincolo (che presuppone pagamento) ma il pagamento (che implica scioglimento), così *damni decisio* sarebbe sintagma slittato semanticamente verso la 'composizione della lite' e la 'riparazione del danno' (R. Santoro, *'XII Tab.' 12.3*, cit., 71 ss., nt. 200; per una ponderata critica alla tesi dell'etero-riscatto v. R. La Rosa, *La repressione*, cit., 20 s., 26 ss., che osserva come sia ricavabile per il furto non flagrante un auto-riscatto, al netto della considerazione che il *decidere* nelle più recenti testimonianze è oggetto di un *oportere* in capo al convenuto).

[24] Tale modello sarebbe del tutto assente nelle XII Tavole, secondo C.A. Cannata, *Delitto*, cit., 589 ss.: nel codice decemvirale, infatti, «la commissione del fatto rende possibile solo la condanna» e per liberarsi da questa l'offensore può solo pagare; si tratterebbe ancora di un onere e non di un obbligo, giacché i delitti sarebbero sempre fonte di responsabilità, quale soggezione a un'aggressione legittima del patrimonio, o della persona, che consegue al fatto proprio, ma non di *obligatio*, quale vincolo prestazionale: «non c'è obbligazione, ma … un sistema di oneri che permettono di evitare la vendetta finale legittima, la morte». Così se la composizione pecuniaria che esclude la *talio* (Tab. 8.2) va di necessità intesa come il pagamento di un vero e proprio 'Wergeld' che non scioglie un *vinculum iuris* obbligatorio, ma libera il reo dal potere di aggressione dell'offeso o dei suoi agnati, parimenti, per lo studioso le previsioni di pene pecuniarie fisse (Tab. 8.3-4; Tab. 8.16) configurerebbero non una conseguenza pregiudizievole della commissione del delitto, ma solamente un onere stabilito *pro reo* al fine riscattarsi dalla condizione di soggezione (aderisce a questa impostazione S. Galeotti, *'Rupit'*, cit., 255 s.). Se in termini generali le considerazioni su Tab. 8.2 sono del tutto condivisibili, a voler ritenere i casi di *poenae* fissate *ex lege* ipotesi di 'oneri', il cui adempimento è teso ad evitare in concreto l'esecuzione di una sanzione e non ipotesi di 'obblighi', il cui inadempimento implica la sanzione, mi pare uno sforzo linguistico raffinato ma inutile per descrivere un meccanismo *in toto* sovrapponibile, sul piano operativo, a quello dell'obbligazione. Per l'attrazione al modello obbligatorio delle pene decemvirali almeno per l'*iniuria* e per il furto non manifesto, v., di contro, M.F. Cursi, *Gli atti illeciti*, cit., 571 ss., 590; esclude tale modello per il furto non manifesto, come per il *membrum ruptum* e l'*os fractum*, invece, R. Cardilli, *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 91 ss.

nuncia magistratuale). A prescindere dalla fonte da cui scaturirebbe il *damnum*, rimarrebbe comunque confermata la posizione giuridica, 'non-obbligatoria' – e qualificata in letteratura ora in termini di 'onere'[25], ora in termini di 'facoltà'[26] –, dell'offensore, coinvolgente il pagamento di una somma di danaro idoneo a determinare la liberazione dalle conseguenze negative di tipo afflittivo previste *ex lege*: e il *quantum* dovuto dal ladro al derubato sarebbe da determinarsi, ovviamente, mediante la procedura di *arbitrium litis aestimandae* da innestarsi nella *manus iniectio* già avviata[27].

Anche in questo caso la congettura etimologica presta, però, il fianco a critiche non marginali.

Se, in termini generali, il processo di derivazione e di traslazione semantiche di *damnum* rimane non pienamente intellegibile nei suoi singoli passaggi, come lo stesso rapporto di mutuo tra mondo giuridico romano e lingua greca appare oggetto di una sopravvalutazione[28], così l'idea stessa del vincolo o della soggezione alla sanzione non riesce a uscire dallo stadio di ipotesi *in vitro*[29].

D'altro canto, e alla stregua di obiezioni più particolari, non va tralasciato di porre enfasi su quanto segue, ossia: il silenzio delle fonti circa la supposta qualifica del ladro (tanto manifesto quanto, a più forte ragione, non manifesto), a livello legislativo, in termini di *damnas* (e, dunque, come ipoteticamente assoggettabile all'immediata *legis actio*

---

[25] Così R. La Rosa, *La repressione*, cit., 146 ss. (che discorre di condizione personale svantaggiosa).

[26] Così A. Burdese, *Recensione* a R. La Rosa, *La repressione*, cit., in *SDHI*, LVII, 1991, 459 ss. (che pensa alla facoltà per il convenuto in un'*actio furti* alla facoltà di liberarsi dal vincolo personale con il pagamento del doppio).

[27] Così, espressamente, R. Cardilli, *'Damnatio'*, cit., 99, nt. 42. Sull'impiego dell'*arbitrium* ai fini della valorizzazione della refurtiva a monte e non a valle della *manus iniectio* cfr. P. Huvelin, *Études sur sur le 'furtum' dans le très ancien droit roman*, I, *Les sources*, Lyon - Paris, 1915, 74 ss.; W. Selb, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des 'iudex' in der 'legis actio'*, in *Gedachtnisschrift fuer W. Kunkel*, hrsgg. D. Nörr und D. Simon, Frankfurt a.M., 1984, 421 ss.; A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff*, cit., 475 s.; A. Magdelain, *Aspects arbitraux*, cit., 210 ss.; M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 563 s.

[28] R. La Rosa, *La repressione*, cit., 9 s. e ntt. 17 s.; D. Liebs, *'Damnum', 'damnare' und 'damnas'. Zum Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *ZSS*, LXV, 1968, 178 s.

[29] G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 53 ss.

per manus iniectionem)[30]; la non unanime condivisione della relazione biunivoca – supposta all'insegna della litiscrescenza quale fenomeno indissolubile dal regime implicato dal *damnas esto* – fra la *damnatio* e l'esecutività diretta a mezzo di *manus iniectio*[31]; l'elevata implausibilità di un provvedimento magistratuale che, astratto dalla pronuncia di uno dei *tria verba* giurisdizionali '*do, dico, addico*' e nella forma concreta *in iure* del '*damnas esto*', abbia forza costitutiva del vincolo[32] (ove tale

[30] V., per una più ampia analisi del problema relativo alla persecuzione dei ladri con *manus iniectio*, contro l'esperibilità della *manus iniectio* avverso *fures manifesti*, M. Varvaro, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una 'legis actio per manus iniectionem' in relazione al 'furtum manifestum'*, in *AUPA*, LI, 2006, 351 ss. Per l'esattezza, l'idea secondo cui nel sistema decemvirale contro il *fur manifestus* (pubere e di condizione libera) il derubato potesse esperire immediatamente la *legis actio per manus iniectionem* ha come generale presupposto solo il rilievo che la casistica delle applicazioni di questa *legis actio* offerta da Gaio sia paradigmatica (Gai 4.21-25). Tale procedura viene descritta, più nel dettaglio, o come *manus iniectio pura* ancorché rivolta contro soggetti *damnati* (cfr. R. La Rosa, *La repressione*, cit., cit., 113 ss., 126 s. e 131 ss., 146 ss., 150 s. e nt. 98), o come *manus iniectio damnati* (G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 67), o – con implicita oscillazione – *manus iniectio pro iudicato* oppure *damnati* (R. Cardilli, *'Damnatio'*, cit., 84 ss., in adesione al pensiero di La Rosa circa la natura di onere del *damnum decidere* e a quello di Valditara circa l'individuazione implicata nei segni *damnare*, *damnas*, *damnatus*, di un procedimento penale non cognitorio teso alla irrogazione di una pena capitale evitabile con il pagamento di una somma di danaro oggetto, come detto, di un onere dell'offensore).

[31] È stato correttamente puntualizzato da D. Liebs, *'Damnum', 'damnare' und 'damnas'*, cit., 246 e da M. Varvaro, *Per la storia del 'certum'*, cit., 266 s., che il fenomeno della litiscrescenza (ritenuto sovente connesso sia al *damnas esto*, sia all'*actio ex testamento* e all'*actio legis Aquiliae*) non inerisce alla *damnatio* in sé e per sé considerata, ma alla liquidità della somma certa azionata, tanto che non dava vita a un'*actio* caratterizzata da litiscrescenza il '*damnas esto*' del legato *sinendi modo* (Gai 2.209; Tit. Ulp. 24.5), al pari di quello del legato *per damnationem* (Gai 2.201; Tit. Ulp. 24.4), se tale lascito non aveva ad oggetto un *certum*, così come a implicare litiscrescenza erano l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio legatorum nomine* in tanto e in quanto dirette a un *certum* (Gai 2.282, 4.9, 4.171; Gai. 7 *ad ed. prov.*; D. 9.2.2.1; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.23.10; Paul. Sent. 1.19.1; I. 3.27.7; Par. Theoph. 3.27.7).

[32] Se, a mente di Paul.-Fest. voce '*addicere*' ([Lindsay 12]: *addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo; alias addicere damnare est*), per M. Voigt, *Die XII Tafeln*, II, cit., 324, nt. 4, la corrispondenza tra *damnare* e *addicere* sarebbe spiegazione festina di quanto immediatamente rilevato nella prima parte della voce (cfr., altresì, G. Broggini, *'Iudex arbiterve'*, cit., 148 s., 150 ss.), di contro, M. Wlassak, voce '*addicere*', in *RE*, I.1., Stuttgart, 1893, 350 (v., anche, Id., *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 90 ss., 184 s.), ipotizza una scansione cronologica tra senso primario e senso derivato di *addicere*, senso primario e proprio che V. Arangio-Ruiz, *La répression du vol flagrant et du vol non-flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Al Qanoun Wal*

provvedimento, invece, non sia meramente ripetitivo e dichiarativo *in iure* dell'imperativo già previamente efficace *ex lege*[33]).

Infine, l'innervamento in sede di 'esecuzione' già attivata nella forma rituale del *manum inicere* di una procedura protesa alla valorizzazione della refurtiva mediante *arbitrium* non considera adeguatamente – almeno a fronte di quanto esplicitamente le fonti attestano – i presupposti stessi di esperibilità della *legis actio* in questione, ossia, oltre l'incontrovertibilità (che viene esclusa dalla stessa denominazione di *furtum nec manifestum*), la liquidità del *quantum* dovuto (connotato questo che deve non conseguire, ma preesistere all'azione cd. 'esecutiva', e che solo una congetturale estensione del misterioso *arbitrium liti aestimandae* a tutti i debiti certi ma non liquidi permetterebbe di considerare come esistente)[34].

Iqtisad, II, 1932, 117, mette in luce come 'approvare in adesione' (v., sul punto, J. Wolf, *Die 'litis contestatio' im römischen Zivilprozess*, Karlsruhe, 1968, 39 e nt. 122; R. La Rosa, *La repressione*, cit., 11, 19 ss., 41; G. Nicosia, *Il processo privato romano*, II, *La regolamentazione decemvirale*, Torino, 1986, 104 ss.; B. Albanese, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 44; R. Fiori, *'Ea res agatur'*, cit., 84 s.). Quanto a Serv. *in Verg. Aen.* 12.727 (*nam in iure cum dicitur 'damnas esto', hoc est 'damnatus esto ut des', hoc est damno te ut des, neque alias liber eris*), è ben più plausibile che si tratti non di un imperativo pronunciato *in iure* dal magistrato (M. Voigt, *Die XII Tafeln*, II, cit., 650 s., nt. 5), ma del significato assunto dalla formula in parola nell'ambito della lingua del diritto (per tutti v. D. Liebs, *'Damnum', 'damnare' und 'damnas'*, cit., 247).

[33] Così, ipoteticamente, R. Fiori, *'Ea res agatur'*, cit., 85 s., nt. 55.

[34] Gai 4.21-23; v., *ex plurimis*, sulla necessità della previa liquidità (o liquidazione) per l'esperimento della *manus iniectio*, S. Di Paola, *'Confessio in iure'*, I, Milano, 1952, 24 ss.; B. Albanese, *Il processo privato romano*, cit., 41; R. Fiori, '*Ea res agatur'*, cit., 95, 97, 104, 109 ss., 112; M. Varvaro, *Per la storia del 'certum'*, cit., 235 ss. e nt. 829, 256 ss. Sulla ipotizzata applicabilità della *manus iniectio* a pretese di per sé non liquide, ma solo previo ricorso a un *arbitrium liti aestimandae*, oltre a F. Kleineidam, *Die Personalexekution der Zwölftafeln*, Breslau, 1904, 26 ss., M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 181, v. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 295, nonché M. Kaser - K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*[2], cit., 135; cfr., inoltre, sul punto, C.A. Maschi, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, Milano, 1966, 366; S. Di Paola, *'Confessio in iure'*, I, cit., 16 s. e nt. 28; G. Pugliese, *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 433 e nt. 336; B. Albanese, *Il processo privato romano*, cit., 37, 48, 104 ss., 126, 141 s.; A. Magdelain, *Aspects arbitraux*, cit., 208 ss.; A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Seminarios Conplutenses*, I, 1989, 188 s., 191, 194 e nt. 73; A. Corbino, *Gai 4.48 e il contenuto della pronuncia del giudice nel processo romano*, in *Seminarios*

Pensare, come anche assai di recente si è fatto, che per il *fur nec manifestus* fosse già da subito impiegabile una *manus iniectio* comporta l'insorgenza di problemi di non lieve soluzione (oltre che di politica legislativa tesa alla repressione degli illeciti, anche di 'coerenza' interna al sistema decemvirale)[35]. Vero è, infatti, che le XII Tavole, concependo il rimedio processuale per i furti non aggravati dalla flagranza in termini di immediata 'esecutività', avrebbero finito, lungi dal contrastare il fenomeno criminale, per favorire il moltiplicarsi delle 'simulazioni di delitto'[36].

Ingiustificata risulta, di poi, l'omologazione operata tra due regimi (*furtum* aggravato dall'essere *manifestum* / *furtum* non così circostanziato), quando le fonti sono esplicite sia nel differenziare *ab origine* le due manifestazioni dell'illecito soprattutto sotto il profilo delle conse-

---

Complutenses, V, 1994, 79; R. Fiori, *'Ea res agatur'*, cit., 95. Sugli svariati usi congetturati dalla dottrina per l'*arbitrium liti aestimandae* (Prob. 4.10: *A.L.A.*), v., con assai condivisibili osservazioni critiche, S. Perozzi, *Dell''arbitrium litis aestimandae' nella procedura civile romana*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, 422, nonché C. Pelloso, *'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, 120 ss.

[35] Per tacere qui dell'ingiustificata estensione dello strumento della *manus iniectio* a ipotesi come il *furtum nec manifestum* che, in virtù dei dati a disposizione, non paiono così immediatamente tutelabili (e ciò a più forte ragione se anche il furto flagrante implica *addictio*, ma non *legis actio per manus iniectionem*: cfr. M. Varvaro, *Osservazioni*, cit., 351 ss.): come giustificare il ricorso ad una *manus iniectio* che sempre presuppone la incontestabilità di pretese aventi ad oggetto un *certum*?

[36] Cfr., opportunamente, A. Guarino, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 186 s. (seguito da M. Humbert, *La Loi des XII Tables.*, cit., 534), secondo cui se una disposizione normativa decemvirale avesse in effetti concesso al derubato la immediata subordinazione alla *manus iniectio* e, quindi, alla *addictio* di un ladro non manifesto, essa avrebbe abilitato tutti coloro che avessero avuto necessità o, anche, solamente voglia di arricchirsi «a simulare di aver subito un furto e a trascinare davanti al tribunale il primo venuto, onde farselo *addicere*, senza ombra di prova o tutt'al più con l'ausilio di un esile *fumus* indiziario, dal magistrato giudicante». Insomma, per il malcapitato *fur nec manifestus* l'unica via prevista dall'iniqua e assurda *lex* decemvirale per sottrarsi al destino dell'*addictio*, sarebbe stata quella di *duplione damnum decidere*, ossia di versare all'asserito derubato il controvalore della asserita refurtiva nel *duplum*. A mitigare la durezza dello scenario ipotizzato da Guarino, però, potrebbe essere diretta proprio la disposizione consacrata in Tab. 8.16, secondo la personale lettura che meglio emergerà nei §§ 8-10 del presente contributo.

guenze sanzionatorie[37], sia nel prevedere – e non solo per il caso di *furtum nec manifestum* – la composizione pecuniaria della vertenza tra ladro e derubato[38]. Inoltre, insostenibile risulta essere il pressoché nullo rilievo attribuito alla cognizione processuale che, di contro, ben si attaglia ad un furto (per l'appunto *nec manifestum*) di cui, fisiologicamente, non può dirsi certo né l'*an*, né il *quomodo*, né il *quantum*[39].

Infine, è solo da alcuni versi – tutt'altro che limpidi, coerenti e univocamente interpretabili – delle commedie di Plauto, come il *Poenulus* (oltre che l'*Aulularia*)[40], che potrebbe trarsi qualche blando supporto

---

[37] Gai 3.189-190; 4.37 e 4.45; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.9.2; Ulp. 42 *ad Sab.* D. 13.1.7 pr.; Ulp. 42 *ad Sab*. D. 47.2.46.5; Gell. 11.18.7-8, 15.

[38] Secondo La Rosa, infatti, contro il *fur nec manifetsus* sarebbe stata da subito promuovibile un'azione cd. esecutiva (al massimo con innesto di un sommario accertamento dei fatti), ma a differenza del caso del *fur* colto in flagrante (Tab. 8.14), il *fur nec manifestus* avrebbe potuto evitare la *addictio* pagando il doppio del valore della cosa rubata (Tab. 8.16). In verità, l'essere flagrante del furto nelle XII Tavole si atteggia a condizione dell'esercizio da parte del derubato di un potere derivante dalla vendetta stessa: tale disponibilità è però alternativa al diritto, sempre riconosciuto al derubato (cfr., in questi termini, già E. Cantarella, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma. Con un nuovo saggio introduttivo*, Milano, 2005, 274; cfr., inoltre, A. Guarino, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 186), di rinunciare alla sanzione afflittiva per ottenere il pagamento di una somma di danaro a seguito di una composizione pecuniaria 'decidente' ed estintiva di *actio* e *obligatio* (v. Paul. 3 *ad ed.* D. 2.14.7.1, Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.14, Ulp. 11 *ad ed*. D. 4.4.9.2; cfr., altresì *Impp. Diocl. et Massim.* C. 6.2.13, nonché *Tabula Heracleensis*, l. 110, in *CIL*, I, 206): l'offensore, insomma, era ammesso a trattare col derubato, senza pretenderlo, anche per un 'accomodamento' rispetto alla pena fissata dalle leggi decemvirali. Pensa a una originale inerenza del patto estintivo al solo furto non flagrante anche M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 561, ritenendo l'*actio furti manifesti* per sua natura «étrangère … à l'idée d'una composition légale» e frutto di una *interpretatio* la generalizzazione ai due *genera furtorum*: ma tale congettura pare inutile e contraria alle fonti.

[39] Cfr., per tutti, M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 159.

[40] Il 'plot' della prima commedia è, all'ingrosso, il seguente. Lo schiavo Milfione consiglia al giovane Agorastocle, innamorato della prostituta Adelfasio, di mandare, camuffato, lo schiavo Collibisco nella casa del lenone Lico con una borsa contenente trecento filippi, perché, fingendosi straniero, offra il denaro al lenone per giacere con Adelfasio stessa. Secondo il piano, una volta trattenuto il sedicente straniero insieme all'oro da parte di Lico, Agorastocle dovrebbe recarsi presso questi e chiedergli del suo schiavo; rispondendo il lenone negativamente, cadrebbe in trappola perché Agorastocle lo potrebbe accusare all'istante di avergli rubato lo schiavo Collibisco e l'oro, così come il pretore potrebbe pronunciare *addictio* dell'intera *familia* del lenone. Il piano viene eseguito, ma il lenone per evitare l'*addictio*, fugge. Quindi, Milfione

per ricostruire il regime decemvirale della persecuzione del furto non flagrante in termini di *manus iniectio* (o, *rectius*, in termini di pura *addictio* magistratuale, attesa l'inesistenza nelle due commedie in parola di espliciti richiami a un tale *lege agere*[41]), e non di azione sacramentale di-

viene a sapere che sia Adelfasio sia Anterastile sono non solo originarie di Cartagine, ma pure libere di nascita e, nel mentre, giunge il cartaginese Annone, in cerca delle figlie e del nipote (che si scopre essere Agorastocle). Milfione propone al fenicio di rivendicare in libertà le due sorelle che l'uomo non esita a riconoscere e allora Agorastocle si fa promettere Adelfasio da Annone. A questo punto, ricompare in scena Lico che, citato da Annone per rivendicare in libertà Adelfasio e Anterastile, ammette subito che le due giovani sono libere. Agorastocle gli rammenta che è suo creditore del doppio per il furto commesso, e Lico ottiene di liberarsi con il *simplum*, acconsentendo a venir rinchiuso nel frattempo in una gabbia di legno. Infine, il lenone ripromette l'oro ad Agorastocle e quest'ultimo si ritiene soddisfatto con la semplice restituzione. Con A. Guarino, *Il 'furtum'*, cit., 185, va sottolineata la pericolosità di fondare ricostruzioni di istituti del più antico diritto romano su commedie come il *Poenulus*, atteso che – anche senza considerare i problemi del modello greco (cfr., paradigmaticamente, G. Falcone, *Testimonianze plautine in tema di 'interdicta'*, in *AUPA*, XL, 1988, 182, nt. 15) –, come emerge dal canovaccio del *Poenulus*, «la faccenda è divertente, ma razionale non è, né del resto vuole esserlo»: come potrebbe dirsi integrato un furto da parte di un soggetto (il lenone Lico) che – con l'inganno – riceve nella propria abitazione lo schiavo Collibisco sotto mentite spoglie con una somma di danaro (trecento filippi) di proprietà di altri (ossia di Agorastocle)? Perché mai, poi, questo inconsapevole 'autore di furto' – a tema della minacciata *addictio* – prima scappa, poi, venuto a patti con il simulatore, non offre immediatamente la composizione pecuniaria nel *simplum* (i trecento filippi incassati), ma la rimanda – auto-pignorandosi – all'indomani, a seguito di una non meglio definita *auctio*? V. E. Costa, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890, 407, nt. 229; R. La Rosa, *La repressione*, cit., 113 ss.

[41] Plaut. *Poen.* 1341: (LY.) *…ne addicar Agorastocli*; 186: (MI.) *addicet praetor familiam totam tibi*; 564: (ADV.) *… leno addicetur tibi*; 1362: (LY.) *quin egomet tibi me addico*; Plaut. *aul.* 759: *Iam quidem hercle ad praetorem rapiam.* Il *Poenulus*, con i suoi costanti riferimenti all'*addictio* e alla flagranza (Plaut. *Poen.* 785: *manufesto fur es mihi*; cfr. Plaut. *Asin.* 569: *ubi prensus in furto sies manifesto*), nonché alla *poena dupli* (Plaut. *Poen.* 1351: *duplum pro furto mi opus est*) e al *subscribere dicam* (Plaut. *Poen.* 801), piuttosto che implicare una improbabile e non meglio documentata *manus iniectio* per furti non flagranti oltre che un impiego a-giuridico dell'aggettivo *manufestus* (così, invece, R. La Rosa, *La repressione*, cit., 113 ss.; cfr., per un riferimento al furto flagrante al v. 785, O. Zwierlein, *Zur Kritik und Exegese des Plautus 'Poenulus' und 'Curculius'*, Stuttgart, 1990, 112; M.F. Cursi, *'Iniuria cum damno'. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, 252 s., nt. 123; A. De Francesco, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle Dodici Tavole*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia, 2005, 429, nt. 35) ben potrebbe essere un (arduo e non preciso) tentativo del commediografo latino di adattare al contesto romano, anche sotto il profilo descrittivo degli istituti di rile-

chiarativa implicante, solo per l'ipotesi di spontanea mancata esecuzione della sentenza di condanna al doppio, l'esperimento della *manus iniectio iudicati*.

4. *'Damnum decidere' come indice del dovere di 'eliminare la perdita pecuniaria'.*

Un orientamento emerso più vicino nel tempo è quello che ha pensato a *damnum* come a una formazione nominale in -nu dalla radicale

---

vanza giuridica, i modelli greci di riferimento (cfr., a titolo di esempio, F. Della Corte, *Da Sarsina a Roma. Ricerche plautine*, Genova, 1952, 116 ss., 250 ss.; E. Fraenkel, *Plautine Elements in Plautus*, engl. trans., Oxford, 2007, 360, nt. 30). Anzitutto, il trascinare il ladro *optorto collo ad pretorem* (Plaut. *Poen.* 790: *prius quam hinc optorto collo ad praetorem trahor?*; cfr. Plaut. *aul.* 759: *Iam quidem hercle ad praetorem rapiam*) potrebbe essere traduzione nel mondo romano dell'istituto dell'ἀπαγωγή attica consentita qualora il ladro, autore di un furto già aggravato (qui per il valore della refurtiva) e represso capitalmente (anche in assenza di flagranza, ma con ordinaria γραφή), fosse trovato ἐπ' αὐτοφώρῳ, piuttosto che una *manus iniectio iudicati vel damnationis* (Gai 4.21: *Quae actio talis erat: qui agebat sic dicebat quod tu mihi iudicatus siue damnatus es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio, et simul aliquam partem corporis eius prehendebat*). In secondo luogo, l'accusativo *dicam* sarebbe un grecismo per indicare l'ordinaria azione privata di furto non aggravato (δίκη) esperibile dal derubato per ottenere una condanna del ladro al doppio, anche se vero è che solo al termine della commedia, ai vv. 1383 e 1393, ossia solo quando si parla del furto dell'oro e non più anche dello schiavo, Agorastocle pretende una pena pecuniaria di seicento filippi, mentre prima del quinto atto intende ottenere l'*addictio* a causa del (simulato) doppio furto (sul sistema di persecuzione del furto in diritto ateniese, mi permetto di rinviare a C. Pelloso, *Flessibilità processuale e regime solonico del furto. A margine di Dem. 22.26-27 e Dem. 24.113-114*, in *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei Greci*, a cura di C. Pelloso, Napoli, 2016, 101 ss.; Id., *La 'flessibilità' nella persecuzione del furto in diritto ateniese: concorso elettivo di azioni o criterio di specialità?*, in *RIDA*, LXIV, 2017, 53 ss.). La tesi del modello greco plautino, di conseguenza, fa cadere tutte le ricostruzioni che vorrebbero il configurarsi in termini solo 'romani' della fattispecie, pur nella consapevolezza delle aporie del *Poenulus* (cfr. W.G. Arnott, *Alexis, New Greek Comedy and Plautus' 'Poenulus'*, in *Studien zu Plautus' 'Poenulus'*, hrsg. T. Baier, Tübingen, 2004, 78 s.): anzitutto, oltre la tesi della commissione di un *furtum nec manifestum*, quella sostenuta, attesi i riferimenti a una 'ricerca' informale in casa di Lico, da coloro che pensano a un *furtum conceptum* (da sanzionarsi, invero, col *triplum* e non col *duplum*), sia quella che scorge – sempre in prospettiva romanocentrica, proprio in virtù dei riferimenti alla *addictio* e del v. 785 – un'accusa di *furtum manifestum* (per tutte queste ipotesi v., con richiamo di letteratura, M. Varvaro, *Osservazioni*, cit., 359). La congettura del contesto giuridico

indoeuropea *dap, da cui si sarebbe originato tanto il latino *daps*, ossia banchetto sacrificale, quanto il greco δαπάνη, ossia spesa[42]. Detta formazione avrebbe indicato in un passato immemoriale un 'esborso' e subito dopo una 'pena patrimoniale'. Infine, il sostantivo sarebbe stato impiegato ininterrottamente – almeno dall'età delle XII Tavole, attraverso quella del plebiscito Aquilio, addirittura sino ai primordi dell'era cristiana – nell'accezione giuridica fondamentale di perdita o decurtazione patrimoniale sopportata, solo ed esclusivamente, dalla vittima dell'illecito ('Entzug', 'Vermögensverletzung', 'Verlust'), nonché in quella conseguente di danno, pregiudizio, svantaggio, anche di natura non necessariamente economica ('Schaden'), costituendo esso altresì la base del verbo denominativo *damnare*, ossia 'procurare uno svantaggio' ('beibringen' o 'einen Verlust auferlegen') nel suo senso pre-giuridico, nonché 'condannare' in senso tecnico-giuridico ('verurteilen')[43].

---

greco non viene scalfita dal riferimento a una possibile afflizione patrimoniale nel doppio a carico del lenone Lico ancor prima della sua fuga (Plaut. *Poen.* 183-184: *quid tu dubitabas, quin extempulo / dupli tibi auri et hominis fur leno siet*; Plaut. *Poen.* 564: *duplicabit omne furtum*), poiché i versi plautini non menzionano una *poena dupli*, bensì la perfezione di un doppio furto, ossia la contestuale sottrazione dello schiavo e del danaro (v., contro i rilievi di R. La Rosa, *La repressione*, cit., 117, le condivisibili osservazioni di M.F. Cursi, *'Iniuria cum damno'*, cit., 254, nt. 132).

[42] Cfr. J.J. Scaligerus, *Iosephi Scaligeri Iulii Caesaris filii coniectanea in M. Terentium Varronem de lingua Latina. Verborum Etymologiae*, Paris, 1565, 208 s.; H. Düntzer, *'Damnum'*, in *KZ*, XI, 1861, 64 ss.; A. Walde, voce *daps*, in *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, cit.; É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969, I, 74 ss., nonché *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, cit., II, 227 ss., per cui, quanto a «l'origine du sens de *damnum* comme dommage», esso «est proprement de l'argent donné sans contrepartie. L'amende est bien de l'argent donné pour rien», di talché «*damnare* n'est pas d'abord condamner en genral mais obliger quelqu'un à une dépense pour rien». Tale opzione è stata valorizzata e attualizzata da C. Scognamiglio, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei 'Principles of European Tort Law'*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 285 ss.

[43] V., principalmente, D. Liebs, *'Damnum'*, cit., 173 ss., 191 ss., 216 ss., autore di una raffinata ricerca, anche linguistica, che vuole soppiantare sia la tesi di Mommsen della sinonimia tra gli imperativi *damnas esto* e *dato*, sia quelle di Wlassak e di Broggini in tema di differenziazione tra *damnari* e *iudicari*. Propendono – e ciò a prescindere dall'adesione alla tesi del Mommsen o del Liebs – a connotare *damnum* con l'idea fondamentale di perdita, certa per l'epoca della *lex Aquilia*, ma talora fatta rimontare all'età decemvirale, tra i molti, i seguenti studiosi: D. Daube, *On the Use*, cit., 96 ss. che discorre di «loss» e di «wasteful expenditure»; L. Bove, voce *danno*,

Di qui la lettura del carme decemvirale in tema di *vindicia falsa* (Tab. 12.3) e di quello riguardante il *furtum nec manifestum* (Tab. 8.16) in termini di imperativi rivolti all'offensore (ora il *reus* con illegittimo possesso interinale della cosa litigiosa, ora il ladro non colto in flagranza) di «den Entzug aus der Welt schaffen» attraverso il pagamento della pena del doppio (parametrata ora al valore dei frutti acquisiti, ora a quello della refurtiva). In altre parole, a livello di diritto sostanziale, si sarebbe trattato di una *obligatio* insorta tra offeso e offensore per volontà del legislatore dalla perfezione del fatto illecito (fonte di una azione di furto con funzioni non soltanto afflittive e modello della più tarda *actio furti* che, seppur penale, avrebbe conservato *dicis gratia* il retaggio della formula arcaica *pro fure damnum decidere*)[44].

---

cit., 144; U. Von Lübtow, *Untersuchungen zur 'lex Aquilia de damno iniuria dato'*, Berlin, 1971, 132; R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972, 7; S. Tondo, *'Leges regiae' e 'paricidas'*, Firenze, 1973, 96; A.D. Manfredini, *Contributi allo studio dell'iniuria' in età repubblicana*, Milano, 1977, 47, nt. 88; A. Castresana Herrero, *La responsabilidad aquiliana: bases históricas para una construcción jurídica actual*, in *Derecho Civil y Romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Ciudad de México, 2006, 292 ss.; A. Corbino, *Il danno qualificato e la 'lex Aquilia'*[2], Padova, 2008, 33. Su posizioni analoghe sembra anche Z. Lisowski, voce *'Noxa' und 'noxia'*, in *RE*, suppl. VII, Stuttgart, 1940, 596, quando dice che il *damnum* «ursprünglich nicht den durch ein Vergehen verursachten Schaden, sondern den Verlust bezeichnete». Invero, ad esiti analoghi a quelli del Liebs, ancorché muovendo da premesse non eterogenee a quelle dei sostenitori della tesi del *damnum* come originario vincolo/assoggettamento, approda Giovanni Semerano, secondo cui il latino *damnum* ('venuta meno', ma in funzione oppressiva) si riconnetterebbe ad accadico *dapānum* (costringere), incrociato con base *da'ābu* (opprimere) e aramaico *dāḥf* (costringere), calcato su ugaritico, aramaico, ebraico *dāman* (essere distrutto), *dāma* (piangere), *dā'ab* (languire, venir meno), *dᵉ'ābōn* (mancanza): v. G. Semerano, voce *damnum*, in *Le origini della cultura europea*, II.2, *Dizionari etimologici*, Firenze, 1994. Da siffatto stadio sarebbe derivata una concezione patrimonialistica di *damnum* che avrebbe così indicato la 'perdita economicamente rilevante' (anche quella derivante dall'irrogazione di una *poena* privata), nella permanenza formale-esteriore dell'espressione tecnica '*decidere damnum*', talché quest'ultima sarebbe, nella più o meno netta consapevolezza dei consociati e degli utenti, transitata addirittura nella sfera della pattuibilità: se *damnum decidere* era, in principio, un indice del divieto del legislatore del V secolo a.C. di procedere a forme di vendetta, ossia sintomo della volontà di precludere all'offeso alle vie vindicatorie (e, quindi, accettare come 'satisfattivo-punitivo' il pagamento della *duplio*), esso poteva anche divenire indice della volontà – delle parti – di non costituire il rapporto processuale dell'*actio* penale di furto.

[44] D. Liebs, *'Damnum'*, cit., 191 ss.

Di contro, v'è stato anche chi – pur riconoscendo a *damnum* un significato primitivo 'non patrimoniale' connesso all'idea di morte e di distruzione (idea che l'imperativo *damnas esto* avrebbe rievocato sottintendendo la soggezione alla *manus iniectio* stragiudiziale) – ha interpretato *damnum* come il 'sostituto di una pena corporale' rappresentato da una 'perdita di natura economica' e *duplione decideto* come formula allusiva di un'imposizione legislativamente prevista a carico della vittima di accettare il pagamento, proposto dall'autore del *furtum nec manifestum*, di una composizione pecuniaria pari al doppio del valore della *res furtiva*[45].

Anche in questo frangente non sono mancati dubbi circa la linearità e la fondatezza dell'argomentazione. *In primis*, la derivazione di *damnum* da una radice indicativa della spesa in vista della purificazione e dell'espiazione, infatti, avrebbe dovuto condurre a un antichissimo significato di 'perdita da patirsi da parte dell'autore dell'illecito' (e non, invece, di 'perdita patita dal soggetto passivo dell'illecito'). Del pari, assai difficile sarebbe giustificare, in una cornice di diritto processuale criminale, sia la supposta accezione patrimonialistica del verbo *damnare* sia, con riguardo alla sfera penal-privatistica, la connotazione sanzionatorio-afflittiva di *damnum decidere*[46].

---

[45] G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 50 ss. Non mi pare netta, almeno con limitato riguardo al quadro normativo decemvirale, la posizione assunta da M.F. Cursi, *Gli atti illeciti*, cit., 571 ss., 590, con riguardo al furto non manifesto. Da un lato, secondo la studiosa, in apparente adesione alla ricostruzione di Valditara, sia «si sarebbe portati a escludere che l'espressione *duplione damnum decidito* sia riferibile a un accordo tra le parti», sia ben si potrebbe leggere Tab. 8.16 come «imposizione normativa ad accettare il pagamento, effettuato dal ladro, di una sanzione pecuniaria pari al doppio del valore del bene sottratto». Dall'altro, si trova in apparente adesione alla ricostruzione di Liebs la convinzione secondo cui «se leggiamo la norma decemvirale, essa indica nel *duplum* la misura del pagamento cui è tenuto il ladro». Ma, delle due, l'una: o il pagamento è oggetto di un onere (alternativo, come è anche per Valditara, alla *manus iniectio*), o esso è contenuto di un'obbligazione penale *ex delicto* (senza alternative come è anche per Liebs), in quanto l'imposizione alla vittima di accettare il pagamento del doppio non è (come, invece, risulta, in definitiva, nel pensiero della studiosa) sinonimo di imposizione all'offensore di pagare il doppio (e ciò a prescindere dalla ulteriore tesi secondo cui «a partire dalla norma decemvirale si siano sviluppate due linee interpretative differenti» l'una, quella gaiana, orientata verso l'imposizione del pagamento della pena, l'altra, quella ulpianea, enfatizzante il profilo transattivo).

[46] V., *amplius*, R. La Rosa, *La repressione*, cit., 28 ss. a cui avviso, per l'esattezza, contro l'interpretazione patrimonialistica, v'è «una grave difficoltà ad ammettere l'or-

Di poi, ritenere *damnum* un sostantivo, per il medio dell'idea di offerta scarificale, non collegato *ab origine* alla sfera della patrimonialità, bensì a quella dell'integrità e della consistenza fisica (come dovrebbe essere per l'imperativo aquiliano *damnas esto*) per poi, al contempo, attribuire a una delle più risalenti attestazioni del sostantivo stesso, per l'appunto quella di Tab. 12.3 oltre che di Tab. 8.16, il senso traslato 'economico' di «sanzione sostitutiva» della «decapitazione o lacerazione del corpo»[47], parrebbe un ordine di idee assai difficile da accettare come verisimile (atteso, come è oltremodo chiaro, che la connotazione semantica ritenuta più recente risulterebbe quella testimoniata per l'epoca più antica).

Infine, va evidenziato come la trafila procedimentale 'azione di accertamento (della commissione del furto non manifesto) / *arbitrium liti aestimandae* (per la valorizzazione del doppio del danno) / *manus iniectio iudicati*' sottesa alla convinzione che la *duplio* sia sempre una 'sanzione penale di natura pecuniaria', nel contesto sociale ed economico del V secolo a.C.[48] possa essere alquanto ridimensionata nella sua generalizzazione, sia a fronte della già menzionata oscurità che ammanta l'*arbitrium* estimatorio sia all'insegna della possibilità di emanare nella fase ancestrale del processo romano privato sentenze *in ipsam rem*, attraverso la valorizzazione di Tab. 1.6-8 e di Gai 4.48 insieme a Tab. 3.1. Quanto ai primi versetti decemvirali appena citati, le espressioni '*rem orare*' e '*litem addicere*' potrebbero essere lette come riferimenti a un'azione intentata per far valere una propria pretesa su cose determinate,

---

dine di idee del Liebs», ossia il «sicuro collegamento dell'attività del *damnare* con la persecuzione criminale»; infatti, se il Liebs ritiene certo un 'mutamento' semantico, tale studioso, tuttavia, «non dice cosa abbia potuto provocare questo mutamento di significato per 'astrazione' del termine *damnare*», atteso che «il collegamento del verbo *damnare* con la persecuzione criminale appare … molto antico».

[47] G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 57.

[48] Cfr., sull'economia non monetaria arcaica romana (nel senso di economia non fondata sulla moneta coniata), A. Romano, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986, 95 ss.; W.V. Harris, *A Revisionist View of Roman Money*, in *JRS*, XCVI, 2006, 1 ss. Con O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, *Privatrecht*, Leipzig, 1901, 365, A. Bürge, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, XCIX, 1982, 128 ss. e con B. Albanese, *Il processo privato romano*, cit., 37, nt. 106, si precisa che la presenza in alcuni versetti delle XII Tavole dei sostantivi *as* e *aes* non implica un automatico riferimento alla moneta coniata, ma all'*aes rude.*

come una veste, uno schiavo, un fondo, oppure su una certa quantità di cose fungibili, come oro e argento – vuoi in virtù di un proprio titolo dominicale, vuoi in virtù di un obbligo dell'avversario – e, rispettivamente, al provvedimento autoritativo che assegna l'oggetto materiale della controversia alla parte litigante vittoriosa, o meglio che, nel contesto di un rito ancora monofasico, autorizza la parte presente ad apprendere la *lis*, se del caso anche violentemente[49]. Se, di poi, Gaio attesta, per il sistema delle *legis actiones*, l'esistenza di 'sentenze in natura' allorché il cd. *petitum* mediato dedotto in processo riguardi – a prescindere dalla natura del diritto vantato – un *corpus aliquod*[50], allora la disposizione duodecimtabulare concernente l'esperimento della *manus iniectio* a seguito di *iudicatum* e decorsi inutilmente i *dies iusti*[51], di conseguenza, potrebbe essere letta nel senso di una limitazione della procedura cd. esecutiva 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 a fronte dell'impossibilità di tutele in forma specifica (come, per esempio, nel caso di cosa determinata – da *reddere* o da *tradere* o da *dare* all'attore – perita,

[49] Cfr. Tab. 1.6-8: *Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro. Ante meridiem caussam coiciunto. Com peroranto ambo praesentes. Post meridiem praesenti litem addicito* (Auct. *rhet. ad Her.* 2.13.20; Scaur. *orthogr.* 7.15.12 [Putsch 2253]; Prisc. *inst. gramm.* 10.5.32; Gell. 17.2.10; Quint. 1.6.11; Gai 4.15; Plin. *nat. hist.* 7.60.212; Cens. 23). Sul punto, *amplius*, C. Pelloso, *'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica*, cit., 120 ss.

[50] Gai 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio[nem] concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, [argumentum] <aurum, argentum>, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat* [Pugliese, Albanese, Corbino] (oppure: *iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, <sed> sicut olim fieri solebat aestimata re pecuniam eum condemnat* [Lévy-Bruhl]; oppure: *iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est <;> sicut olim fieri solebat aestimata re pecuniam eum condemnat* [Brini, Burdese]; oppure *iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat <;> aestimata re pecuniam eum condemnat* [lettura qui adottata, come si evincerà dal prosieguo]). Cfr., per le molteplici 'letture' e ricostruzioni del passo: A. Romano, *Economia naturale*, cit., 13 ss.; R. Fiori, '*Ea res agatur*', cit., 69 ss.

[51] Tab. 3.1-2: *aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto post deinde manus iniectio esto on ius ducito* (cfr. Gell. 20.1.42-45; Gell. 15.13.11; Gai 3.78; Gai 4.21).

oppure nel caso di un *incertum*)[52]. L'autorizzazione magistratuale all'esercizio privato di forme di auto-soddisfazione non sarebbe circoscritta, in altre parole, alla *iudicatio* del *lege agere sacramento* cosiddetto *in rem*,

[52] Tale soluzione contrasta con l'opzione interpretativa offerta dal Pugliese. L'interpretazione che lo studioso offre di Gai 4.48 muove preliminarmente dalla convinzione – del tutto condivisibile – che nelle *legis actiones* più antiche non vi sia spazio alcuno per l'antitesi *absolutio-condemnatio*, né la sentenza possa o risolversi in una *damnatio-addictio* o includere una *condemnatio* pecuniaria (alternativa) per il caso di processo sacramentale *in rem* (G. Pugliese, *Il processo civile romano*, I, cit., 423 ss., 306, 426 s. e nt. 332; per posizioni più recenti che amplificano la gamma dei giudicati, richiamati in Tab. 3.1, suscettibili di formare titolo per la *manus iniectio*, pur con vedute non collimanti tra loro, cfr. A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 192 ss.; A. Corbino, *Gai 4.48*, cit., 67 ss.; A. Salomone, *'Iudicati velut obligatio'. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, 67 ss. e nt. 4, 76 ss. e ntt. 29 ss., 82 ss.), nonché dall'idea per cui anche nelle *legis actiones* più recenti la 'condanna' sia solo congetturale (G. Pugliese, *Il processo civile romano*, I, cit., 434). Donde, secondo Pugliese, si deve ritenere che nel passo summenzionato Gaio: 1) intenda evidenziare la differenza tra il contenuto della sentenza nel processo *per legis actiones* e quello nel processo *per formulas*, allo scopo potendosi ipotizzare un *sed* (ovvero, come a me pare nettamente preferibile, un segno di interpunzione) tra *solebat* ed *aestimata* (Id., *Il processo civile romano*, I, cit., 430 s.); 2) impieghi, ovviamente, in senso non tecnico l'espressione *ipsam rem condemnare* (Id., *Il processo civile romano*, I, cit., 432); 3) menzioni il *petere rem* con riguardo al solo processo di rivendica, sicché il passo, da un lato, nulla direbbe circa i contenuti delle sentenze relative ad 'azioni di legge *in personam*', dall'altro, con linguaggio non preciso alluderebbe al fatto che la *iudicatio* nella *legis actio sacramento in rem* non aveva contenuto pecuniario ma permetteva al vincitore non possessore di impossessarsi della cosa anche violentemente (Id., *Il processo civile romano*, I, cit., 432, 437 s.). Dunque, ad avviso dello studioso la 'condanna *in ipsam rem*' sarebbe generalmente inverosimile se il debito è già liquido o è di dare una cosa determinata e sostituibile da una stima in denaro in vista della *manus iniectio* (Id., *Il processo civile romano*, I, cit., 372 s. e nt. 264, 432 ss. e nt. 336). Insomma, se si limita l'attenzione al *lege agere sacramento* ove la *iudicatio* si risolve in un accertamento della giustezza o meno dei *sacramenta*, il quadro che consegue è piuttosto preciso. Per l'*agere in rem*, la sentenza implicitamente autorizzerebbe la parte vittoriosa senza possesso a soddisfarsi in auto-tutela (v., per un ragguaglio bibliografico, A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 198, nt. 86), con esclusione, quindi, dell'applicabilità delle disposizioni contenute in Tab. 3.1-2 da riferirsi solo alle azioni *in personam* (v., in tal senso, oltre a G. Pugliese, *Il processo civile romano*, I, cit., 303 ss.; O. Behrends, *Der Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, 129 e nt. 76; W. Selb, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des 'iudex'*, cit., 436 ss.; B. Albanese, *Il processo privato romano*, cit., 36 s. e nt. 105; C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, Torino, 1980, 56, R. Fiori, '*Ea res agatur*', cit., 112; M. Varvaro, *Per la storia del 'certum'*, cit., 236). Per l'*agere in personam*, nel caso di debito già liquido, la sentenza legittimerebbe il creditore vittorioso alla *manus iniectio*, una volti decorsi inutilmente

ma altresì a quella del *lege agere sacramento* cosiddetto *in personam*, purché relativo a *corpora certa* apprensibili con conseguente diretta (e non surrogatoria) soddisfazione del legittimato: e ciò anche senza ricorrere a quell'istituto chimerico che è l'*arbitrium liti aestimandae*, istituto di cui, in pratica, nulla si sa, ma che innumerevoli volte è comodamente invocato in letteratura per colmare buchi di conoscenza nelle fonti[53].

---

i *XXX dies iusti*; per l'*agere in personam*, nel caso di debito non già liquido (debito di *certa res*; debito di pena pecuniaria fissata in un multiplo), sarebbe assai probabile che, in vista dell'esperimento della *manus iniectio*, la sentenza (non implicante immediatamente *aes*) fosse fatta seguire da un *arbitrium liti aestimandae* (cfr., sul punto, R. Fiori, '*Ea res agatur*', cit., 200, 210 e, con lui, v. M. Varvaro, *Per la storia del 'certum'*, cit., 156 e nt. 532, con ampi richiami alla dottrina precedente). Tale quadro non mi persuade del tutto, premesso comunque che il pensiero di Pugliese pare del tutto convincente là ove lo studioso precisa l'uso improprio gaiano di *condemno* per identificare il possibile tenore di una *iudicatio* nel sistema arcaico delle *legis actiones*, e sostiene una lettura del passo che metta in chiaro la volontà del manualista di contrapporre e non di omologare i due sistemi dell'*ordo iudiciorum privatorum*. Anzitutto, è da escludere che Gaio intenda riferirsi solo ad una comparazione tra *legis actio sacramento in rem* e rivendica con *formula petitoria*: vero è, infatti, che uno dei due poli della contrapposizione è espressamente indicato in termini di '*omnes formulae*' dotate di *condemnatio*, sicché è doveroso pensare che, sul versante opposto del sistema delle *legis actiones*, fossero richiamati anche i riti predisposti per rapporti di debito-credito. Di poi è da rilevare come *petere rem* non sia espressione sintomatica solo di diritti reali, ma alluda ad un *petitum* (*ergo*, ad un *desiderium*) in cui sia inclusa una *res* a prescindere dal titolo e dal tipo di pretesa (v., analogamente, A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 200 e nt. 95). Inoltre, va rimarcato come il principio della condanna *in ipsam rem* fosse, anche nel regime delle *legis actiones*, non universale, come denuncia la presenza della forma verbale *solebat*. Se così è, in definitiva, Gaio verrebbe a dire che quando il *petitum* mediato non fosse stato un *corpus aliquod* la condanna *in ipsam rem* sarebbe stata esclusa; quando il *petitum* mediato fosse stato un *corpus aliquod* (o perché lo si rivendicava o perché lo si pretendeva a fronte di un credito), la condanna sarebbe stata *in ipsam rem* e, se del caso, anche autorizzativa del 'self-help' (v., da ultimo, ancorché con riguardo alle sole azioni reali, M. Falcon, '*Ipsam rem condemnare' in Gai 4.48*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015, 521 ss.).

[53] V., ad esempio, R. Fiori, *'Ea res agatur'*, cit., 95, che sposa l'idea generale secondo cui «la *manus iniectio* richiedeva un previo procedimento di liquidazione in denaro dei debiti». È alla luce di tale sopravvalutazione dell'impiego del *arbitrium liti aestimandae*, oltre che dei rilievi già esposti nella nota precedente, che credo si possa intendere in senso restrittivo il campo di applicabilità di Tab. 3.1. Se Gaio non commette errori di contenuto in Gai 4.48, allora il ricorso alla *manus iniectio* prevista da tale versetto per i casi di pretese relative, in presenza di un *iudicatum* concernente *certae res* e previo *arbitrium*, appare inutile, posto che la sentenza concernente (sempre indirettamente) un *corpus aliquod* avrebbe potuto sottendere l'autorizzazione a

Insomma, a mente dei rilievi appena esposti, si potrebbe andare oltre: là dove il furto concerna vuoi un bene mobile specifico (una veste, uno schiavo, un capo di bestiame), vuoi una certa quantità di preziosi (oro, argento), ai fini della 'condanna' alla *duplio* la procedura di valorizzazione quale presupposto indefettibile della *manus iniectio* risulterebbe superflua ove, a fronte della fungibilità della refurtiva, si ipotizzasse una *iudicatio* di accertamento sacramentale implicitamente in natura e, per l'effetto della stessa, un'autorizzazione giudiziale, altrettanto implicita (come è nel caso 'specifico' dell'*agere in rem* secondo il rito 'generale' della *legis actio sacramento*)[54], all'autotutela da parte del deru-

---

favore del creditore vittorioso o del *dominus* non possessore ad atti di autotutela esecutiva. Del resto, il fatto che in Tab. 3.1 si discorra, da una parte, di *confessio aeris* e, dall'altra, di *iudicatum*, milita contro l'applicazione indiscriminata dell'*arbitrium liti aestimandae* per ogni debito non già pecuniario: se l'applicazione di questo istituto teso alla liquidazione fosse stato sempre possibile onde permettere la *manus iniectio* non si comprenderebbe affatto la volontà del legislatore di specificare '*aeris*' con riguardo alla sola *confessio*, ché se la norma dei *dies iusti* antecedenti la *manus iniectio* fosse stata comunque applicabile dopo la liquidazione del debito non pecuniario confessato, come nel caso di *iudicatum*, sarebbe bastato menzionare la sola *confessio*. Anzi il riferimento nel versetto alla '*confessio aeris*', in negativo, è quanto mai eloquente circa la volontà del legislatore di escludere dal campo di applicabilità della norma la *confessio* che non concerna una somma già liquida in denaro. Che nel versetto si discorra, inoltre, di *iudicatum* senza alcuna ulteriore precisazione segnala la puntualità terminologica del legislatore decemvirale, atteso che la pecuniarietà non era affatto una costante dei *iudicata*, anche se essi vertevano, indirettamente, su una somma di denaro: si pensi a una *legis actio sacramento in personam* per cui la sentenza *pro actore* non avrebbe dichiarato l'esistenza e l'ammontare del debito, ma solo la giustezza del suo sacramento. Ma ciò significa anche che, data la necessità dell'esistenza di una somma di danaro certa per l'attivazione della *manus iniectio* (v., con ampi rimandi in letteratura, M. Varvaro, *Per la storia del 'certum'*, cit., 235, nt. 829), i giudicati contemplati in Tab. 3.1 ben possono essere solo quelli riguardanti debiti liquidi o – non superfluamente – liquidandi: il che porta ad escludere, alla luce della lettura di Gai 4.48, i casi di obbligazione relativi a una *certa res*, per cui sarebbe stata possibile l'apprensione anche violenta (di contro, v. G. Pugliese, *Il processo civile romano*, I, cit., 303 s., 305 s., nt. 165; B. Albanese, *Il processo privato romano*, cit., 37; C.A. Cannata, *Profilo istituzionale*, I, cit., 56, 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).

[54] Atteso che la natura delle sentenze nel sistema delle *legis actiones* è meramente dichiarativa e, dunque, nella procedura sacramentale *in rem* il dovere di restituire da parte nel *non-dominus* possessore non trova fondamento nel giudicato, ma nel 'di-

bato nei confronti del ladro[55]. Si potrebbe così pensare che la pena – sempre che non fosse stato sottratto o danaro o un *corpus aliquod* mo-

ritto sostanziale accertato incontrovertibilmente nel *iudicatum*' (cfr. M. Marrone, *'Agere lege', 'formulae', e preclusione processuale*, in *AUPA*, XLII, 1992, 210 ss.; v., sul punto, anche R. Fiori, '*Ea res agatur*', cit., 107), l'ipotesi più probabile rimane quella dell'autotutela esecutiva: se poi si tiene a mente il fatto che il processo era in una prima fase storica monofasico, nei casi in cui questo si celebrava in presenza della cosa (e non di un suo simulacro), allora l'esercizio dell'autotutela avrebbe addirittura avuto luogo in un numero non esiguo di casi dinanzi il magistrato stesso. Verificatasi poi la scissione tra fase *in iure* e fase *apud iudicem* (prima della *lex Pinaria*), non essendo necessariamente presente la cosa al momento della pronuncia della sentenza da parte del giudice privato (il quale, peraltro, se non aveva il potere di *addicere* in caso di assenza, è probabile che neppure avesse l'autorità per autorizzare forme di auto-satisfazione), la parte vittoriosa che non avesse prima ottenuto il possesso interinale della cosa a seguito dell'atto magistratuale di *vindicias dicere* avrà iniziato ad agire, in caso di non spontanea restituzione da parte del possessore, non contro questi, ma direttamente contro quegli stessi *praedes litis (et) vindiciarum* che garantivano la restituzione della cosa controversa per il *quantum* verisimilmente già stabilito (C.A. Cannata, *Profilo istituzionale*, I, cit., 53; v., altresì, per l'applicabilità della regola di cui a Tab. 3.1, anche a seguito di *legis actio sacramento in rem*, ma limitatamente alla persecuzione dei *praedes litis [et] vindiciarum*, A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 196 s.).

[55] Con riguardo a Tab. 3.1, dunque, la norma non si applicherebbe ove si trattasse della *confessio* avente ad oggetto entità diversa dall'*aes*. Per esempio, in caso di ammissione di un delitto, se la pena fosse fissa, sarebbe possibile accedere a una immediata *manus iniectio*, mentre se la pena fosse un multiplo pecuniario rispetto a cose fungibili, sarebbe necessario procedere alla valorizzazione prima della *manus iniectio* (cfr. A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria*, cit., 189; O. Behrends, *Der Zwölftafelprozess*, cit., 129 ss.). Oppure, in caso di ammissione di un debito di *facere* – sempre che esso fosse tutelato con *legis actiones* –, in vista della *manus iniectio* sarebbe implicato l'atto ulteriore della liquidazione, ma non anche il *favor* del termine dei *XXX dies*. Oppure, in caso di ammissione di un debito di dare una *certa res*, giusta quanto può inferirsi da Gai 4.48, sarebbe qui implicita l'autorizzazione all'autotutela immediata e, se la cosa fosse perita, la legittimazione alla *manus iniectio* per il valore della cosa già previamente determinato in vista della sfida sacramentale (cfr., sulla necessità logica che tale stima avvenga in modo preciso e non sommario, A. Corbino, *Gai 4.48*, cit., 78, contro il pensiero di A. Magdelain, *Aspects arbitraux*, cit., 212, nt. 17). Analogamente, in ipotesi di *iudicatio*, il termine dei *XXX dieci iusti pro iudicato* in vista dell'esperimento della *manus iniectio pro creditore* non opererebbe in tutti i casi in cui l'autotutela immediata fosse resa possibile dall'accertamento sacramentale del dominio quiritario della cosa litigiosa a favore del non possessore oppure dell'obbligazione avente a oggetto un *corpus aliquod* (*velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum*), come per il caso di obbligo originario a dare una cosa specifica non perita o un certo numero di cose fungibili, oppure come per il caso di pena determinabile 'in natura' attraverso la moltiplicazione 'reale' senza monetizzazione della refurtiva.

bile di per sé infungibile e, quindi, presupponente di necessità la sua valorizzazione – non fosse pecuniaria, bensì 'in natura', benché ancorata al criterio moltiplicativo stabilito legislativamente nel doppio già a far tempo dalla metà del V secolo a.C.

5. *Il significato di 'noxia' nelle XII Tavole per Servio Sulpicio Rufo: una perimetrazione in negativo di 'damnum'.*

Se pur è vero che la terminologia rappresenta la prima forma di dogmatica giuridica[56], altrettanto vero è che nel caso che ci occupa, come già si osservava alcune pagine indietro, l'etimologia del sostantivo *damnum* preso in considerazione di per sé non pare soccorrere in modo determinante per acclarare il significato della locuzione decemvirale '*duplione damnum decidere*' e, quindi, precisare in termini giuridici il rapporto esistente tra derubato e ladro a seguito della commissione di furto non manifesto. '*Duplione damnum decidere*' sta per 'comporre la vertenza mediante il pagamento di una ammenda', 'eliminare la posizione di soggezione adempiendo l'onere di pagamento del doppio', o 'eliminare la perdita adempiendo l'obbligo di pagamento del doppio'? Ciascuna soluzione, come si è avuto modo di appurare, non è esente da critiche, non solo sul piano linguistico, ma altresì su quello del regime giuridico determinato dalla previa scelta etimologica operata.

È invece dal confronto tra *damnum* e *noxia*[57] che, a mio credere, possono trarsi maggiori spunti per una più puntuale decifrazione del te-

---

[56] B. Biondi, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953, 73 ss.

[57] *Noxia* è un termine derivante dalla radice indoeuropea **nek/nak* che evoca il significato di perimento e morte violenta (al pari di *nex* e del verbo *necare*): forse un originario aggettivo, poi sostantivato, che sottintende il sostantivo *res* o *causa* (cfr. Z. Lisowski, *'Noxa'*, cit., 587). Per F. De Visscher, *'Vindicta' et 'noxa'*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano, 1930, 240 s.; Id., *Il sistema romano della nossalità*, in *Iura*, XI, 1960, 20 ss., l'unica contrapposizione interna al diritto decemvirale sarebbe quella tra *noxa* (qualsivoglia danno arrecato ai beni) e *vindicta* (delitto contro la persona); *contra*, v. D. Daube, *'Nocere' and 'noxa'*, in *Cambridge Law Journal*, VII, 1939, 54 (nonché in *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt a.M., 1991, 75 ss.), che è incline a immaginare un rapporto di *genus* (*noxa* come delitto) a *species* (*noxia* come danneggiamento materiale). Su *noxia/noxa* intesi come originari sinonimi, oltre ai lessici (ad esempio A. Ernout - A. Meillet, voce *noxa*, in *Dictionnaire étymologique*, cit.; C.T. Lewis - C. Short, voce *noxia*, in *A Latin Dictionary*, cit.), e ai due

sto incluso in Tab. 8.16. Secondo i più il rapporto individuabile tra *noxia* e *damnum* nei carmi decemvirali sarebbe descrivibile in termini di due *species* tra loro omogenee e attinenti, sul piano del diritto sostanziale, a fattispecie illecite: il primo sostantivo, da contrapporsi ai casi di furto, originariamente contraddistinguerebbe «il risultato negativo di una lesione materiale», ossia il pregiudizio cagionato solo con distruzione o con danneggiamento, mentre *damnum* dovrebbe designare «sino almeno nel linguaggio decemvirale, la pura perdita patrimoniale» derivata da «sottrazione fraudolenta o da mancato guadagno» (e quindi, *in primis* se non esclusivamente, il pregiudizio connesso alla commissione di un furto)[58].

---

studi testé citati (di Lisowski e Daube), cfr. T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, cit., 7 s.; M. Kaser, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 221 ss.; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 128 n. 561; A. Castresana Herrero, *La responsabilidad aquiliana*, cit., 291 s.; M.A. Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi, sviluppi, vicende*, Napoli, 2008, 149; S. Galeotti, *'Rupit'*, cit., 257 ss.; per un tentativo di differenziazione, cfr. L. Ceci, *Le etimologie dei giureconsulti romani raccolte ed illustrate con introduzione storico-critica*, Torino, 1892, 93, nt. 5; T. Giménez-Candela, *El regimen pretorio subsidiario de la action noxal*, Pamplona, 1981, 115 ss.; M.V. Giangrieco Pessi, *Ricerche sull'actio de pauperie'. Dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Napoli, 1995, 97 ss.; M. Voigt, *Über den Bedeutungswechsel*, cit., 129; A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff*, cit., 479; Z. Lisowski, *'Noxa' und 'noxia'*, cit., 587 ss.; cfr., inoltre, C. Pelloso, *Studi*, cit., 199 s., ntt. 146 s. Il termine *noxia* presenta, anche nel suo divenire in rapporto a *damnum*, una storia linguistica particolarmente complessa, che rende difficile indicare «una linea di derivazione ed un momento interno di passaggio da termine a termine, da *noxia* a *damnum*» (G. Crifò, voce *Danno*, cit., 616). Per esempio, Voigt ha distinto tre periodi: secondo lo studioso la prima fase temporale si estenderebbe dalle origini sino alla *lex Aquilia*, la quale avrebbe operato la sostituzione di *noxia* ('schuldbare Eigenthumbeschädigung' e 'Schaden') con *damnum*, vocabolo che, invero, nel terzo *caput* '*de omni cetero damno cavetur*' (Gai 3.217) significherebbe 'perdita patrimoniale' patita dal titolare del diritto di proprietà; il secondo momento andrebbe dalla *lex Aquilia* sino al principato di Adriano (II secolo d.C.) quando *noxia* avrebbe acquisito il senso di 'Verschuldung'-*culpa*. Infine, da Adriano in poi *noxia* sarebbe stata parificabile a 'Delict', 'Missethat'-*delictum* (M. Voigt, *Über den Bedeutungwechsel*, cit., 129).

[58] In questi termini v. S. Tondo, *'Leges regiae'*, cit., 96, 98, il quale, peraltro, a mente di A. Kuhn, ha collegato *damnum* al sanscrito *dabh-no-ti*, rilevando che «la radice *dabh-* (av. *Dab-*) si palesa portatrice, quale valore primario, della nozione di 'privare (diminuire) con frode'»; cfr. D. Liebs, *'Damnum'*, cit., 195, che, valorizzando l'antitesi tra Tab. 8.9 e Tab. 8.16, contrappone il pregiudizio «durch Sachbeschädigung oder Zerstörung» (*noxia*, come per il caso di *pavisse ac secuisse*) e quello recato attraverso «Entzug» (*damnum*, come nel caso di furto non manifesto); v., inoltre,

Talora, invece, si è pensato in letteratura, seppur in modo non sempre espresso, a un rapporto di *genus* a *species*. Da un lato, *noxia* indicherebbe, del tutto vagamente e lungi dall'essere l'equivalente decemvirale delle fattispecie qualificabili *ex lege Aquilia* come *damnum iniuria datum*, vuoi una condotta, vuoi una conseguenza di tipo pregiudizievole – ma non solo economica – posta in essere o cagionata anzitutto dall'uomo (in opposizione, pertanto, alla *pauperies*), capace di ricomprendere nella sua ampia sfera semantica (oltre a ipotesi come l'uccisione di uno schiavo altrui, il taglio di piantagioni, il furto, l'incendio non doloso di case o covoni, il pascolo su fondi altrui) anche il concetto, ben più limitato e netto, di *furtum* e quello di *damnum*. Dall'altro, quest'ultimo segno linguistico, come già si è precisato, verrebbe impiegato in antico, e anche dai decemviri, per rappresentare sia – nell'accezione primitiva – la 'distruzione illecita' (anzitutto mediante l'atto di *rumpere*), sia – come derivato – la 'perdita patrimoniale quale sanzione sostitutiva della distruzione'[59].

M. Voigt, *Über den Bedeutungswechsel*, cit., 129, nonché A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff*, cit., 479, 481 ss., e Z. Lisowski, *'Noxa'*, cit., 595 s. (che, a fronte soprattutto di Tab. 12.2a e di Liv. 9.10.9, differenziano ulteriormente tra *noxa* e *noxia*, limitando il primo ad ogni danno o ad ogni danno non materiale, il secondo al solo danno materiale); in termini non dissimili v., inoltre, D. Daube, *'Nocere'*, cit., 29, 53, nt. 6 (secondo cui, se si considera un illecito dalla prospettiva della vittima, non è contraddittorio che *noxia* venga associata al *furtum* in Tab. 8.14 e vengano invece i due termini contrapposti in Tab. 12.2a: nel primo carme il furto è descritto come 'subito dalla vittima' e, così, quando «his property is affected, he is wronged, und under certain circumstances the person responsible must make good the damage, must *noxiam sarcire*»; nel secondo il furto è considerato nel suo essere perfezionato dal ladro ed è quindi tenuto separato da *noxia*). Contro la tesi che contrappone *furtum* a *noxia*, v., ampiamente, M.A. Fenocchio, *Sulle tracce*, cit., 150 ss.

[59] Cfr. G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 33: «orbene noi sappiamo che nelle XII Tavole erano contenute norme specifiche riguardanti illeciti che pur dovevano rientrare nel concetto ampio di *noxa/noxia* così come questo appare dalle fonti: è dunque inverosimile che ci fosse una norma sulla *noxia* intesa come figura generale di danni. A questo riguardo è tra l'altro significativo come da D. 9.4.2.1 risulti che entro il concetto di *noxia/noxa* fosse ricompreso pure il furto». Analogamente, S. Galeotti, *'Rupit'*, cit., 259, ritiene che «assimilato alla pena pecuniaria cui soggiace chi ha provocato il 'Verlust', la perdita, *damnum* ('perdita' e 'decremento patrimoniale scontato a titolo di pena per il fatto proprio') tradisca «una connotazione 'patrimoniale', che caratterizza solo in parte il contenuto della macro-categoria *noxia*».

Talaltra, infine, per evitare perimetrazioni eccessivamente rigide incapaci di spiegare la fluidità del lessico del V secolo a.C., si è pensato a una sostanziale sinonimia[60], mentre da parte di qualche autore, fermo restando il comune significato fondamentale di pregiudizio, si è voluta inferire, dall'uso differenziato nei carmi decemvirali dei due sostantivi, una modulazione prospettica variabile, atteso che *noxia* sarebbe «il danno individuato osservando il soggetto attivo», laddove *damnum* coinciderebbe col «danno individuato osservando il soggetto passivo»[61].

Al netto delle summenzionate proposte dottrinali, anzitutto va ricordato come il lessico di Festo e l'epitome paolina, alla voce '*noxia*', permettano di equiparare il dominio semantico del sostantivo in questione, nella sua accezione tecnico-giuridica (la quale si affianca all'uso poetico e retorico quale sinonimo di *culpa*) al senso recenziore assunto da *damnum*[62], ma non certo di omologare esattamente la *noxia* decem-

---

[60] Cfr. M.A. Fenocchio, *Sulle tracce*, cit., 147 ss. (che enfatizza i passi in cui *noxa* e *damnum* assumono significati identici, e in particolare D. 47.9.9 che riporta il testo di Tab. 8.10 e D. 50.16.238.3).

[61] Cfr. C.A. Cannata, *Delitto*, cit., 594. La prospettiva è stata approfondita (e invertita nei termini, sulla scorta di D. Daube, *'Nocere'*, cit., 29 e di T.J. Gerke, *Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche aus der 'Lex Aquilia' [mit einem vergleichenden Ausblick auf die geschichtliche Entwicklung der Ansprüche aus 'furtum']*, in *SDHI*, XXIII, 1957, 110) da S. Galeotti, *'Rupit'*, cit., 260, secondo cui «adottare 'il punto di vista della vittima' consente … di spiegare perché, nella *lex antiqua*, un caso di danneggiamento materiale, quale quello descritto in Tab. 8.9, sia considerato un'ipotesi speciale di *furtum*, o perché quest'ultimo sia ricompreso nel più generale concetto di *noxia/noxa*, come risulta da D. 9.4.2.1», passo che include un *dictum* celsino che riformula il versetto decemvirale di Tab.12.2; infatti, per la studiosa, «al soggetto che soffre le conseguenze di una lesione patrimoniale procurata dal fatto del terzo, poco importa che quest'ultima discenda da una sottrazione (*furtum*) o da una distruzione (totale o parziale: *damnum*, nell'accezione aquiliana) della *res*», lesione che, da questa angolatura, sarà denominata *noxia/noxa.*

[62] Fest. voce '*noxia*' (Lindsay 180): *Noxia, ut Ser. Sulpicius Ru<fus 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 Hypobolimaeo Chaerestrato: «Nam ista quidem noxa muliebrest, magis quam viri*; Paul.-Fest. voce '*noxia*' (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.* Cfr. Corn. Fron. *de nom. verb. diff.* voce '*noxam et noxiam*' (Keil 7.524); *Noxa poena est, noxia culpa*; Serv. *in Verg. Aen*. 1.41: *Noxam pro noxiam. Et hoc interest inter noxam et noxiam, quod noxia culpa est, noxa autem poena. Quidam noxa quae nocuit, noxia id quod nocitum accipiunt.*

virale al *damnum iniuria datum* del plebiscito aquiliano[63]. Più esattamente, secondo il pensiero di Servio Sulpicio Rufo, limitatamente alla sfera del diritto, ciò che significherà *damnum* dopo la *lex Aquilia* veniva coperto nelle XII Tavole da *noxia* (ossia, generalmente, 'effetto' consistente in una 'perdita' prodotta da una condotta umana illecita meritevole di sanzione o da un contegno animale impossibile da qualificare in termini delittuali)[64]. Ne conseguirebbe, allora, la scarsa probabilità di poter rintracciare, con riguardo al V secolo a.C. e per di più entro la medesima cornice legislativa, nell'impiego del sostantivo *damnum* valori sinonimici rispetto a *noxia*: in altre parole, da una prospettiva sincronica, nella lingua dei decemviri *noxia* si imporrebbe come altro rispetto a *damnum*, così come, da una prospettiva diacronica, il *damnum* della legge Aquilia risulterebbe essere non solo assimilabile a *noxia*, ma anche altro rispetto al *damnum* delle XII Tavole.

È *noxia* il danno cagionato – senza colpa del *dominus* o di terzi – da un animale, la cui *aestimatio* è alternativa alla dazione di quest'ultimo[65]. È *noxia* il danno che l'impubere ha cagionato integrando, mediante la duplice condotta notturna e furtiva di '*frugem pavisse ac secuisse*', un illecito laico per cui il *praetor* ha il potere di *decernere* alternativamente alla pena

---

[63] Cfr., da ultima, S. Galeotti, *'Rupit'*, cit., 239 ss.

[64] Sui frammenti serviani in tema di XII Tavole, v. O. Lenel, *'Palingenesia iuris civilis'*, II, Leipzig, 1889, fr. 86, 92, 93, 95, 96; cfr., sulla possibilità di una autonoma riflessione del giurista sulle XII Tavole, F.-P. Bremer, *Jurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, Leipzig, 1896, 22; R. Schneider, *Questionum de Servio Sulpicio Rufo iurisconsulto romano*, I, Lipsiae, 1834, 78 s.; R. Schoell, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Lipsiae, 1866, 34: ad avviso di F. D'Ippolito, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, 157, è possibile che Servio abbia dedicato alle XII Tavole uno studio siffatto prendendo le mosse dall'opera di Sesto Elio.

[65] Tab. 8.6 (Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.1.1 pr.: *Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege XII tab. descendit; quae lex voluit aut dari id quod nocuit [id est animal quod noxiam commisit,] aut aestimationem noxiae offerri. noxia autem est ipsum delictum*; cfr. D. 9.1.1.3; I. 4.9). Cfr. C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura*, XLIII, 1992, 22 s., nt. 100; H. Ankum, *L'actio de pauperie' et l'actio legis Aquiliae' dans le droit romain classique*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, 13 ss.; M.V. Giangrieco Pessi, *Appunti in tema di danneggiamento causato da animali in diritto romano dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Roma, 1994, *passim*; Ead., *Ricerche sull'actio de pauperie'*, cit., *passim*; M. Polojac, *L'actio de pauperie' ed altri mezzi processuali nel caso di danneggiamento provocato dall'animale nel diritto romano*, in *Ius antiquum*, VIII, 2001, 1 ss.

della *duplio* il mero risarcimento (o comunque una pena nel *simplum*)[66].

[66] Tab. 8.9 (Plin. *nat. hist.* 18.3.12: *frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, inpubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni*). La fattispecie è qualificata come un'ipotesi di 'danno qualificato' da E. Carrelli, *Plinio 'nat. hist'. 18.3.12 e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII Tavole*, in *AUBA*, II, 1940, 1 ss.; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 797; A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff*, cit., 479 ss.; B. Albanese, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, in *AUPA*, XXIII, 1953, 8 ss.; A. Corbino, *Il danno qualificato*[2], cit., 36 s.; di contro, P. Huvelin, *Études*, cit., 61 ss., ipotizza una forma aggravata di furto e, sulla sua scorta, anche M.A. Fenocchio, *Sulle tracce*, cit., 144 ss. ha pensato – seguito da S. Galeotti, *'Rupit'*, cit., 260 – a un caso di danneggiamento (ma da ricomprendere comunque nella nozione ampissima di 'furto' decemvirale). Tale disputa vale, a mio credere, solo per il caso di offensore impubere: il tipo di sanzione comminata dai decemviri al pubere è invece sintomatica della protezione di un interesse – trascendente quello meramente economico e privato – diverso da quello alla base della repressione del furto o del danneggiamento (e quindi eterogeneo anche alla pena capitale, ma laica, di Tab. 8.14); discorrerei di una ipotesi di *scelus inexpiabile* sanzionato dal *supplicium* della messa a morte in nome della divinità offesa (*deo necari*): v. B. Perrin, *Le délit décemvirale de destruction de récoltes sur pied (Pline hist. nat. 18.3.12)*, in *AUSDE*, II, 1953, 173 ss. Sulle diverse proposte di lettura della sanzione per l'impubere a partire dal testo pliniano (*noxiamve duplionemve decerni*; *noxiamve duplione decerni*; *duplione decidi*), v. S. Riccobono, *'Leges'*, cit., 56. Il carme, classificato non come Tab. 8.9, ma come Tab. 8.5, viene ricostruito nei seguenti termini da M.H. Crawford, *Roman Statutes*, II, London, 1996, 684 s. (sulla scorta di R. Schoell, *Legis Duodecim Tabularum Reliquiae*, Leipzig, 1866, *sub* Tab. 8.5, che pensa, con enfasi all'analoga disposizione in tema di furto manifesto, solo alla *damni decisio* nella *duplio* oltre la *verberatio*): *si nox segetem pauerit secueritue, Cereri suspensus esto. si impubes, uerberato duplioneque damnum decidit*. E così viene giustificata tale lettura: «the '*codex Lucensis*', to which Riccobono attributes the reading *duplione decerni*, appears to be a phantom, like the anonymous MSS cited by Hardouin III, p. 646»; «Schoell argued, rightly in our view, that *decerni* has been substituted for *decidi* by Pliny or by a copyist»; «Pliny will have substituted *noxiam* for *damnum*»; «in the penalty for an *impubes*, there is no reason to attach any significant disjunctive force to Pliny's *-ue*; and we have supposed that *-que* stood in the original text. The magistrate presumably has the discretion not to flog» (v., analogamente, A. Fliniaux, *Une vieille action du droit romain: l''actio de pastu'*, in *Mélanges Cornil*, I, 1926, 273, nt. 4); in senso sostanzialmente adesivo, ossia per un cumulo tra la *verberatio* e la *duplio*, v. M.A. Fenocchio, *Sulle tracce*, cit., 44, nt. 72, 76 (ma con alcune contraddizioni interne che lo portano ora ad ascrivere al regime sanzionatorio previsto per il furto manifesto dell'impubere di Tab. 8.14, una pena ora al *simplum* ora al *duplum*); da ultima, v. M.F. Cursi, *Gli atti illeciti*, cit., 615. Per la lettura, che ritiene la *duplio* alternativa alla *verberatio* (*noxiamve duplione decerni*), v. S. Tondo, *'Leges regiae'*, cit., 96. Altri hanno addirittura preferito omologare *in toto* le sanzioni per l'impubere di Tab. 8.9 e Tab. 8.16 (espungendo, dunque, il riferimento alla *duplio* nella prima delle due *leges*): cfr.

È *noxia* il danno da risarcire conseguente all'incendio non doloso[67]. È *noxia facta* – e non *damnum datum* – il danno che il ladro, se impubere e colto in flagranza, deve risarcire al derubato[68]. È *noxia*, con riguardo alla previsione di dazione a nossa dello schiavo delinquente, il nocumento conseguente alla commissione del furto oppure, secondo una lettura alternativa di Tab. 12.2a, il danneggiamento in sé considerato come ipotesi diversificata dalla sottrazione furtiva (sempre a voler aderire al pensiero di Servio Sulpicio Rufo che non pare, però, coincidere con quello di Celso e di Gaio, i quali tendono a includere il *furtum* in un ampio significato 'delittuale' di *noxia*, da impiegare come sinonimo di *noxa*)[69].

H. Niederländer, *Recensione* a B. Albanese, *La nozione del 'furtum'*, cit., in *Iura*, V, 1954, 344; v., in termini simili, anche D. Mantovani, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum*, LXVIII, 1990, 36, nt. 58. Altri ancora hanno preferito prestar fede, quanto a Tab. 8.9, all'alternativa pliniana tra risarcimento del danno e pena del doppio a discrezione del magistrato: cfr., in questo senso, C.A. Cannata, *Su alcuni problemi in materia di azioni nossali*, in *Scritti scelti di diritto romano*, III, Torino, 2014, 306 (che ipotizza un'alternativa formale, sincopata da Plinio, tra *noxiam sarcire* e *duplione damnum decidere*); R. Düll, *Das Zwölftafelgesetz. Text, Übersetzung und Erläuterung*[4], hrsgg. H. Färber und M. Faltner, München, 1971, 48 s.

[67] Tab. 8.10 (Gai. 4 *ad l. XII Tab.* D. 47.9.9: *Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur*).

[68] 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 prensos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri*). Sulla fonte v., oltre, § 6.

[69] Tab. 12.2a: *si servus furtum faxit noxiamve no[x]it, noxiae datus esto* (secondo l'integrazione di M.H. Crawford, *Roman Statutes*, II, cit., 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 C.A. Cannata, *Su alcuni problemi*, cit., 307, che ascrive a *noxiam nocere* il senso di nuocere a qualcuno «cagionando uno dei danni che costituiscono una *noxia*»). In entrambe le ricostruzioni appena riportate, che assumono per l'enclitica *-ve* un valore disgiuntivo, *noxia* è da ritenersi segno evocativo di un illecito diverso da *furtum* e corrispondente vuoi al solo danneggiamento patrimoniale, se non materiale (v., in questo senso, M. Voigt, *Über den Bedeutungswechsel*, cit., 129; A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff*, cit., 479, 481 ss.; D. Liebs, *'Damnum'*, cit., 195; Z. Lisowski, *'Noxa'*, cit., 595 s.; cfr. anche M. Kaser, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 221 s.), vuoi anche alla lesione fisica (come è per C.A. Cannata, *Su alcuni problemi*, cit., 307, che discorre

6. *'Damnum decidere' nelle XII Tavole: una prima precisazione contenutistica.*

Dal quadro emergente nel pregresso paragrafo, mi pare ben plausibile ritenere che nella locuzione '*damnum decidere*' comunemente reputata inclusa in Tab. 8.16 non vi sia un riferimento al danno subito dal derubato a seguito della commissione del furto: se l'espressione *noxiam facere* allude in modo costante al cagionamento di un nocumento patrimoniale tale da essere sanzionato in forme apparentemente non afflittive (e ciò al netto della condotta lesiva che è causa del detrimento), laddove *noxiam sarcire* rimanda al ristoro del pregiudizio economico patito, allora *damnum decidere* – nella stringatezza e nella nettezza del linguaggio decemvirale che generalmente non ama indulgere in equivoci o cedere a forme pletoriche – deve attenere ad altra sfera tanto concettuale quanto operativa[70].

Il caso del *furtum manifestum*, già sopra oggetto di un rapido cenno in una con le altre attestazioni decemvirali del sostantivo *noxia*, è

---

di *noxia* paradigmaticamente là ove uno «ha fatto del male ad un uomo libero ma senza ucciderlo»; cfr., inoltre, D. Daube, *'Nocere'*, cit., 53, nt. 6, 54). Non può certo essere questa, come si scrive in testo, la lettura gaiana o quella celsina del versetto riportato testualmente da Giuliano (D. 9.4.2.1). Se *noxia* è intesa non come ipotesi contrapposta a *furtum*, ma come 'Oberbegriff' capace di includere in sé il *furtum* (ossia come segno linguistico generale per 'illecito'), fermo restando che *-ve* vada letto come sinonimo di *vel*, allora il versetto prevedrebbe la dazione a nossa per i casi o di furto (da ritenere, in tal contesto, il caso di *noxia* per eccellenza) o di una *noxia* diversa (*alia*) dal furto: cfr. Gai. 6 *ad l. XII tab.* D. 50.16.238.3 (*'Noxiae' appellatione omne delictum continetur*); Ulp. 18 *ad ed*. D. 9.4.2.1 (*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*; cfr., inoltre, Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.1.1.1: *noxia autem est ipsum delictum*; I. 4.8.1: *noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, iniuria*). Attribuendo, invece, con riguardo a Tab. 12.2a, a *noxia* il significato ('effettuale') ampio serviano di '*damnum* arrecato al patrimonio della vittima' (possibile conseguenza non solo di sottrazioni come è in Tab. 8.14, ma anche di varie forme di danneggiamento come in Tab. 8.9, Tab. 8.10, oltre che in Tab. 8.6) e attribuendo a *-ve* un valore non disgiuntivo ma copulativo, la disposizione risulterebbe allusiva della sola 'nossalità' per il furto e del suo effetto (*noxia*), non presupponendo una distinta considerazione di *furtum* e altri fatti delittuosi: «se il servo ha commesso furto e abbia a tale titolo dato causa a un detrimento»: cfr., in questi termini, M.A. Fenocchio, *Sulle tracce*, cit., 160, sulla scorta implicita di P. Huvelin, *Études*, cit., 98 ss.

[70] O. Karlowa, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, 120: «*noxiam sarcire* bedeutet einfachen Ersatz für den angerichteten Schaden leisten».

quanto mai eloquente. Dalle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio si apprende che i *ceteri fures* (ossia 'tutti gli altri ladri' non direttamente uccidibili, *iure*, dal derubato o in quanto erano stati colti di notte nell'atto di commissione dell'illecito, o in quanto, seppure nelle ore diurne, avevano posto resistenza al derubato con un *telum*)[71] erano differentemente sanzionati a seconda dello *status* e dell'età. Da un lato, condotti dinanzi al magistrato, i 'liberi puberi' venivano – nell'ambito di un *iter* procedimentale che non sembra affatto integrare gli estremi della *manus iniectio* storica secondo il rito delle *legis actiones* – prima *verberati* e poi *addicti*[72], mentre gli 'schiavi puberi' dopo la *verberatio* erano *praeci-*

[71] Tab. 8.14 (Gell. 11.18.8; per il testo v., sopra, alla nt. 69). La disposizione è catalogata *sub* Tab. 1.19, sulle orme dello stesso Gotofredo e analogamente a P. Huvelin, *Études*, cit., 18 s., da M. Crawford, *Roman Statutes*, II, cit., 613 ss.; opzione recentemente criticata da M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 20, secondo cui «affirmer que le *furtum* et l'*iniuria* avaient leur place nécessaire dans la table qui organisait le procès, parce que chacun de ces faits illicites appelait une sanction judiciaire, c'est méconnaître la nature et la vocation du code décemviral, qui est un code d'organisation judiciaire ou processuelle». Anche O. Diliberto, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, 240, 270, 346 ss., è propenso a collocare (con valorizzazione del cd. ordine gelliano) la materia in una delle prime tavole. Così anche L. Amirante, *Per una palingenesi delle XII Tavole*, in *Index*, XVIII, 1990, 391 ss.; M. Lauria, *'Ius Romanum'*, I.1, Napoli, 1963, 22, i quali rimettono a frutto il criterio 'gotofrediano' – parzialmente disatteso dal Dirksen e dai suoi epigoni – secondo cui la successione dei frammenti del commento di Gaio alle XII Tavole segue l'ordine stesso dell'opera commentata, di talché, se il giurista antoniniano tratta della repressione del *furtum* nel primo libro, mentre Labeone nel secondo del suo commento, si deve procedere all'abbandono dell'ordine delle moderne edizioni delle XII Tavole che, per l'appunto, riportano la disciplina del furto alla tavola ottava (e quindi il *fur nocturnus* in Tab. 8.12, il *fur diurnus qui se telo defendit* in Tab. 8.13, il *fur manifestus* non ulteriormente aggravato in Tab. 8.14, il *fur* reso *manifestus* con la *quaestio lance et licio* in Tab. 8.15a, e il *fur nec manifestus* in Tab. 8.16: cfr., per tutti, S. Riccobono, *'Leges'*, cit., 57 ss.). Di contro, v. M. Voigt, *Die XII Tafeln*, I, cit., 716, che collocava il versetto in Tab. 7.2 con il seguente tenore: *si hominem liberum nanxitur, verberatus addicitor, cui furtum factus est, si servum, verberatus e saxo praecipitator*; cfr., inoltre, H.E. Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente*, Leipzig, 1824, 579 ss., che inseriva il frammento nell'ottava tavola '*de delictis*' (e ciò al pari di Schoell, Bruns e dello stesso Riccobono).

[72] L'*addictio* del ladro colto in flagrante non era parte di una *legis actio per manus iniectionem*, ma una sanzione concernente il *caput* del ladro, purché libero e pubere: tale sanzione avrebbe determinato uno stato di assoggettamento personale che i giuristi avrebbero ritenuto o del tutto assimilabile a quello servile o analogo a quello in cui versava il debitore insolvente che, in seguito a *legis actio per manus iniectionem*,

pitati e saxo. Dall'altro lato, con esclusione delle pene 'capitali' appena ricordate (e quindi in assenza di provvedimenti condannatori che intaccassero lo *status*, se non la vita stessa dell'offensore)[73], i *pueri* impuberi (i minori di diciassette anni non ancora puberi a prescindere dallo *status libertatis*)[74], pur rimanendo ferma la costante della fustigazione,

---

fosse stato parenteticamente *addictus* al creditore, rimanendo libero (v. Gai 3.199; Gell. 20.1.45). Cfr. Gai 3.189: *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. in servum aeque verberatum animadvertebatur. sed postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est* (Gell. 20.1.7: *… nisi duram esse legem putas, … quae furem manifestum ei cui furtum factum est in servitutem tradit rell*; Non. voce '*fures*' [Lindsay 484]: *Fures etiam servi sunt dicti*). Su questi due differenti tipi di *addictio*, mi permetto di rinviare a C. Pelloso, *Studi*, cit., 192 ss., 197 ss., 202 ss., 237 ss., ma a mente delle puntualizzazioni circa la inconciliabilità tra i fini di una procedura autenticamente esecutiva e quelli della *manus iniectio iudicati* quale *iter* procedimentale 'sanzionatorio' che si rinvengono in L. Peppe, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *AUPA*, LIII, 2009, 115 ss., il quale, a ragione, mi rimprovera la inappropriatezza dell'espressione '*agere in executivis*' impiegata per individuare una procedura non direttamente tesa alla satisfazione dell'agente, ma volta alla coazione indiretta all'adempimento, nonché all'afflizione di colui *cum quo actum est*. Imprescindibile sul punto è la lettura di M. Varvaro, *Osservazioni*, cit., 351 ss., contro la consolidata opinione che ascrive tanto il caso del *iudicatus*, tanto quello del *fur manifestus* allo strumento della *legis actio per manus iniectionem* (ribadita anche da J. Zablocki, *Procedura esecutiva nella legge delle XII tavole*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, VI, Milano, 2009-2010, 513 ss.); a favore di una differenziazione tra le due *addictiones* pare essere, più di recentemente, M.F. Cursi, *Gli atti illeciti*, cit., 594 s., insieme a R. Cardilli, *'Damnatio'*, cit., 96 s.; pare fraintendere la ipotizzata differenziazione tra *addictio* del *fur* e *manus iniectio* contro il *iudicatus* M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 535, là ove assume che gli effetti sarebbero comunque i medesimi.

[73] Sulla nozione di pena capitale v., per tutti, M. Voigt, *Die XII Tafeln*, I, cit., 485 s., a parere del quale 'pena capitale' sarebbe stata quella attinente all'esistenza cittadina dell'individuo, ossia *ex qua causa damnato vel mors vel etiam civitatis amissio vel servitus contingit* (D. 48.19.2 pr.; cfr., altresì, Gai 4.111; D. 50.16.103); v., di recente, anche M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 536 s.

[74] Cfr., in proposito, Gell. 10.28.1. La precisa definizione della categoria dei *pueri inpuberes* non è tanto piana quanto, *prima facie*, sembra. Si potrebbe pensare, infatti, che Gell. 11.18.8 contempli una tricotomia così strutturata: liberi puberi (*verberatio* e *addictio*); liberi impuberi (*verberatio* e *noxiam sarcire*); schiavi (*verberatio* e *praecipitatio*), come sembrerebbe ricostruire L. Pepe, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano, 2004, 140. Altresì plausibile è, del resto, una teorica ricostruzione di tal fatta: liberi puberi e impuberi (*verberatio* e *addictio*); schiavi puberi (*verberatio* e *praecipitatio*); schiavi impuberi (*verberatio* e *noxiam sarcire*), come intende M. Varvaro, *Osservazioni*, 355. A me pare che, almeno stante al testo gel-

praetoris arbitratu (ossia in forza di un provvedimento rimesso alla valutazione discrezionale del magistrato) e a valle della *noxia ab his facta* (ossia a valle dello 'strappo' patrimoniale arrecato a seguito della commissione del furto)[75], erano condannati solamente al *sarcire* (ossia al

liano, la soluzione più razionale, così da evitare, tra l'altro, trattamenti o troppo strenui contro alcuni *pueri*, o troppo benevoli verso gli schiavi rispetto a quelli riservati ai liberi, sia quella di concepire la categoria dei *pueri inpuberes* come comprensiva sia di schiavi sia di liberi. Ciò, troverebbe conforto, a mio modo di vedere anche in Tab. 8.9 ove, ferma la distinzione solo tra puberi e impuberi, questi ultimi (senza alcuna interna distinzione tra chi versa in *status libertatis* o in *status servitutis*) erano passibili di fustigazione sempre *praetoris arbitratu*, oltre a essere tenuti al doppio per l'ipotesi in cui fossero stati integrati gli estremi dell'illecito di raccolta di frutto e/o mietitura di messi altrui (Plin. *nat. hist.* 18.3.12).

[75] '*Noxiam facere*', ossia 'cagionare un danno' già al tempo dei decemviri risulta essere una locuzione diametralmente opposta, semanticamente, a '*damnum facere*' che significa, sicuramente ai tempi di Servio e in epoca successiva alla *lex Aquilia*, 'subire un danno' (cfr. C. De Meo, *Lingue tecniche del latino*[3], Bologna, 2005, 122). A totale omologazione avvenuta tra i due sostantivi in questione, '*damnum facere*' non andava a significare 'arrecare danno', ma, quale espressione antitetica a '*lucrum facere*', stava per 'subire una conseguenza patrimonialmente negativa' (cfr., ad esempio, Plaut. *capt.* 327; per una tale accezione di *damnum facere*, v., altresì, Plut. *asin.* 182, *Bacch.* 1032, *merc.* 422, *Pseud.* 440; v., inoltre, Plut. *men.* 133, *cist.* 106). Se, dunque, già alla fine del III secolo a.C. *damnum* poteva indicare la 'perdita economica' (oltre alla 'Sachbeschädigung') e veniva usato con evocazione del senso portato sin da tempi più remoti da *noxia* (*rectius*: *damnum* andava ad occupare, con mutamento rispetto alla sua originaria accezione, la sfera semantica di *noxia*), è palese come 'storicamente' assuma un certo peso la divergenza di significato dei due termini se retti in accusativo dal medesimo verbo (*facere*). Atteso che nulla esclude che l'espressione *damnum facere* sia indicativa di un più risalente significato del sostantivo rispetto al differenziato *damnum dare*, locuzione tecnica successiva e legata all'interpretazione della *lex Aquilia* (in cui, al terzo capo, compare '*alteri damnum faxit*': cfr. D. 9.27.5) che può rendersi con 'cagionare un danno', una soluzione soddisfacente non mi pare quella che consiste – tenendo ferma la 'recente' sinonimia dei due sostantivi – nel tradurre *facere* con 'subire' o 'arrecare', a seconda del suo complemento oggetto (*damnum*/*noxiam*). Di contro, mi parrebbe maggiormente opportuno intendere tale verbo come foriero sempre di un medesimo significato (ossia: 'integrare', 'porre in essere una condotta materiale tale da determinare …'), nonché ascrivere a *damnum* e *noxia* due orbite semantiche differenti, ossia quelle più antiche – ma persistenti – rispetto alla fase post-aquiliana di omologazione. Così facendo, si attribuirebbe a *damnum* il senso di 'conseguenza negativa che ricade sullo stesso soggetto che *facit*', ovvero, per dire altrimenti, di 'conseguenza negativa subita per il mantenimento di una propria condotta'; laddove *noxia* avrebbe il senso di 'conseguenza patrimonialmente negativa che ricade su altri rispetto a colui che *facit*', ovvero di 'conseguenza negativa subita a seguito di una altrui condotta' (cfr. C. Pelloso, *Studi*, cit., 201, nt. 147; sul punto v., altresì, C.A. Cannata, *Il terzo capo della 'lex Aquilia'*,

'rammendare', al 'ricucire' il vuoto patrimoniale arrecato)[76]: ovviamente sempre che nel tratto gelliano '*pueros inpuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri*' non sia saltata una qualche menzione della *duplio*[77]. Dunque, non una *obligatio poenae*; non

in *Scritti scelti di diritto romano*, II, cit., 242 ss. [già in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1995-1996, 111 ss.]; A. Castresana Herrero, *La responsabilidad aquiliana*, cit., 295).

[76] Sotto il profilo etimologico la perifrasi '*noxiam factam sarcire*' risulta antitetica a '*decidere damnum*' (*contra*, v. C.A. Cannata, *Delitto*, cit., 594 s., seguito da S. Galeotti, *'Rupit'*, cit., 247, 264, secondo cui nelle XII Tavole «i sintagmi *noxiam sarcire* e *damnum decidere* designano sì una medesima situazione, ma valutata da poli opposti», anche se al contempo, e – mi pare – con contraddizione interna, la studiosa ritiene essenzialmente che *noxia* sia 'la perdita subita dall'offeso', mentre *damnum* sia 'la conseguenza cui è astretto l'offensore'). In origine, si sarebbe opportunamente detto '*noxiam sarcire*' in quanto detta *noxia*, 'conseguenza negativa' arrecata dal soggetto attivo dell'illecito, doveva essere 'ricomposta', enfatizzando, così, l'espressione il ristabilimento dell'ordine nell'interesse del soggetto passivo dell'illecito e il suo ristoro, piuttosto che il patimento di una sanzione afflittiva da parte del soggetto attivo dell'illecito. Il verbo *sarcire* richiama «nel suo senso proprio un'attività materiale esplicata su un corpo 'rotto' e destinata a … riparare fisicamente il bene al fine di ricostruirne l'integrità» (G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 38, nt. 188), ossia evoca l'atto di ricucire uno 'strappo' prodotto nel 'tessuto patrimoniale' dell'offeso (cfr. O. Karlowa, *Der römische Civilprozess*, cit., 120; C. Pelloso, *Studi*, cit., 199 s. e nt. 147, 250 s. e nt. 266 s.), richiamando un principio generale secondo il quale «the damage done is to be compensated *in natura* whether by repairing the thing injured or by giving another of the same quality» (E. Grüber, *The Roman Law of Damage to Property. Being a Commentary on the Title of the Digest Ad Legem Aquiliam [IX.2]: With an Introduction to the Study of the 'Corpus Iuris Civilis'*, Oxford, 1886, 188; v., inoltre, N. Natali, *La legge Aquilia: ossia il 'damnum iniuria datum'*, Roma, 1896, 10 s.).

[77] Rilevo, infatti, come il semplice risarcimento per i *fures manifesti liberi inpuberes* sia, sotto certi versi, di per sé problematico nel più ampio contesto decemvirale di persecuzione dei ladri (non affronta, ma cita soltanto, il problema della sanzione per gli impuberi M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 537): un libero impubere colto sul fatto sarebbe stato condannabile nei limiti dell'interesse negativo del derubato, a differenza del libero pubere assoggettabile alla *addictio*; un impubere, ladro non flagrante, in forza del regime ricavabile almeno da Gai 3.189 e Gell. 11.18.15, avrebbe rischiato il doppio, al pari di un pubere. È evidente la irrazionalità e la contraddittorietà di un sistema così strutturato, in cui le norme sanzionatorie al contempo considererebbero la medesima fattispecie, il furto flagrante del libero impubere, meno grave del furto non flagrante del libero impubere, laddove il furto flagrante del pubere sarebbe stato inteso come più grave del furto flagrante dell'impubere. Se si tiene ferma la tesi del duplice regime sanzionatorio per i *liberi fures manifesti*, o si ritiene che la regola decemvirale della pena del doppio concerna solo i liberi puberi autori di furto non flagrante, o si ritiene – e ciò anche a mente di Tab. 8.9 (leggendo, però, Plinio '*noxiamve duplione decerni*') – che il testo gelliano sia cor-

una sanzione afflittiva; bensì un 'obbligo di risarcimento del danno' (vuoi in forma specifica, vuoi per equivalente), come il verbo *sarcire* suggerisce nella lettura serviana delle XII Tavole[78], gravava per volontà del legislatore in capo al ladro impubere manifesto (se *sui iuris*; in capo all'avente potestà se *alieni iuris*), in un'ottica 'credito-centrica' e 'ristoratrice', ossia tale da preporre l'interesse del soggetto *cui furtum factum est* ad essere risarcito della *noxia* subita a quello – trascendente la sfera privata dell'offeso – di colpire penalmente l'offensore.

Se, quindi, *damnum* non è da ritenere sinonimo decemvirale di *noxia*, *damnum decidere* non può coincidere con l'atto di 'risarcire il *damnum*' o di 'comporre pattiziamente il *damnum*' (pagando il doppio, o nei limiti del doppio). Lo stesso verbo *decidere*, pur nella sua discussa portata originaria, non sottintende il 'mettere insieme' e il 'comporre', ma – tutt'al contrario – rimanda all'atto di 'tagliare', di 'recidere', palesando così una sua qualche omologabilità al verbo *solvere*, oltre che una sua netta antiteticità rispetto al verbo *sarcire*, ferma rimanendo, per ragioni tanto di grammatica quanto di etimo, l'intraducibilità di *damnum decidere* almeno nei versetti delle XII Tavole con '*pacisci*' o '*transigere*'[79].

---

rotto e che anche per i *fures manifesti inpuberes* sia prevista la *poena dupli*: cfr., sul punto, M. Talamanca, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, a cura di M.F. Cursi e L. Capogrossi Colognesi, Napoli, 2008, 79, nt. 111. Ovviamente tale problema potrebbe sterilizzarsi alla radice ove si opponesse, quanto a furto manifesto, un regime sanzionatorio unitario previsto per i liberi (*verberatio* e *addictio*) a uno bipartito per gli schiavi (se puberi, *verberatio* e *praecipitatio*; se impuberi *verberatio* e *noxiam sarcire*), cui corrisponderebbe il regime, altrettanto unitario, previsto in termini di *poena dupli* per i *fures nec manifesti*: ma v., sopra, nt. 75.

[78] Fest. voce '*sarcito*' (Lindsay 430): *Sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato*; Fest. voce '*sarte*' (Lindsay 430): *sarcire est integra facere*.

[79] Il verbo *de-cidere* è composto di *de-* e *caedo*. Il verbo *caedo* è «terme rural» per «tailler (les arbres), abattre en coupant, … puis 'entailler'»; come «terme militaire» si rifersice a «tailler en pieces … frapper avec un instrument tranchant (en parlant, par exemple, des victimes) et par suite 'frapper a mort, tuer'»; il suo composto *decidere* significa «trancher, d'où au sens moral 'décider' (souvent, dans la langue du droit, 'trancher un différend' (cf. *secare lites*, *dirimere*), d'où *decisio*» (A. Ernout - A. Meillet, voce *caedo*, in *Dictionnaire étymologique*, cit.). A voler seguire Semerano, invece, il preverbo *de-* ricalcherebbe fedelmente l'antica particella sumera *da*, e in origine (nei dialetti italici antichi) avrebbe denotato solo l'idea di separazione e allontanamento (essendo il significato di 'dall'alto al basso' un derivato); *caedo*, invece si riallaccerebbe, tra l'altro, all'accadico *qaṣāṣu*, *kaṣāṣu*, *kâsu*, *gazāzu* (tagliare, distruggere), all'ugaritico *qṣ* (tagliare), all'arabo *qūd* (recidere): G. Semerano, voce *caedo*, in *Le*

Che *damnum decidere* possa evocare o suggerire anche una 'composizione tra le parti', piuttosto che indicarla direttamente[80], è ben attestato nelle fonti giuridiche[81]. Si tratta, tuttavia, di contesti del tutto altri rispetto a quelli del V secolo a.C., ovverosia di contesti in cui i *prudentes* impiegano il sostantivo *damnum* per esprimere ciò che invece i decemviri catalogavano sotto l'etichetta di *noxia* e in cui essi, contrariamente a quanto accadeva nella legislazione alto-repubblicana, giammai procedevano a connettere la conseguenza della *duplio*, logicamente (come modalità attuativa) e grammaticalmente (come ablativo di mezzo), all'atto del '*damnum decidere*'[82]. Invece, tale ultima locuzione, sovente precisata nei testi dei giuristi del principato dalla controversa clausola di stile '*pro fure*'[83], quando non sia usata impersonalmente (*damnum de-*

---

origini della cultura europea, II.2, cit. La difficoltà di vedere nel *decidere* decemvirale il senso di *pacisci/transigere* si trae anche dalla presenza del complemento oggetto (in accusativo) *damnum*, atteso che è con l'ablativo soltanto che si rinviene tale seconda accezione. Sul significato originario di *decidere*, cfr. R. Santoro, *'XII Tab.' 12.3*, cit., 71 s., nt. 200; D. Liebs, *'Damnum'*, cit., 188 s.; R. La Rosa, *La repressione*, cit., 40 ss.; C.A. Cannata, *Delitto*, cit., 594; C. Pelloso, *Studi*, cit., 199 s., in particolare ntt. 146 s., 244 ss. e nt. 256; M.F. Cursi, *Gli atti illeciti*, cit., 592 s.

[80] Come rileva R. Santoro, *'XII Tab.' 12.3*, cit., 70 nt. 200, infatti, è solo il verbo *decidere* che assume il significato derivato di 'transigere', 'accordarsi'; v. D. Liebs, *'Damnum'*, cit., 188 s.

[81] Cfr., per una rassegna, B. Albanese, voce *Illecito*, cit., 60 s. nt. 14.

[82] Anche se per pura ipotesi, si potrebbe connettere il verbo *decidere* usato nelle XII Tavole non a *caedo* (taglio) ma *cado* (perisco). Il precetto di Tab. 8.16 e di Tab. 12.3 verrebbe letteralmente a significare: 'il *damnum* caduchi mediante il doppio'. Quindi, dal legislativamente imposto *de-cĭdere* (verbo intransitivo) si sarebbe passati al *de-cīdere* (verbo transitivo) con *dissolutio*, convenzionalmente prevista dalle parti (D. 2.14.7.14), dell'azione penale di furto testimoniata dalle fonti più avanzate: in queste talora il verbo in parola è usato in diatesi attiva con il *fur* come soggetto (cfr. D. 4.4.9.2), talaltra ancora con il derubato come soggetto (cfr. D. 47.2.46.5), talaltra ancora in forma impersonale e passiva (cfr. D. 13.1.7 pr.).

[83] V., per differenti rese dell'espressione *pro fure damnum decidere*, i seguenti autori: P. Huvelin, *Études*, cit., 75 ss., secondo cui essa sarebbe evocativa di una 'composizione pecuniaria volontaria ad ammontare discrezionale', in opposizione alla composizione imposta dalla legge in modo predeterminato; H. Hitzig, *Beiträge zur Lehre vom 'Furtum'*, in *ZSS*, XXIII, 1902, 325 s., 329 s. (ma v. anche Id., voce '*Furtum*', in *RE*, XIII, Stuttgart, 1910, 393), che rimarca, per escludere la consueta integrazione di Tab. 8.16, come «*damnum decidere* und *actionem dupli pati* zwei verschiedene Dinge sind», e come nell'*intentio* dell'*actio furti* vi sia menzione di un obbligo del *fur* di composizione della vertenza *in iure*; O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig, 1927, 328, nt. 8, che ritiene – fondando così la *communis opinio* – che *pro fure* stia semplicemente per 'in

cidi)[84], suggerisce una previa attività pattizia pre-processuale promuovibile ora dal ladro (purché gli elementi a favore della tesi del derubato non siano tanto evanescenti da far prefigurare una assoluzione giudiziale certa e, quindi, preferibile per il *fur* l'*actione teneri* in qualità di *reus*)[85],

---

qualità di ladro'; F. De Visscher, *Les origines de l'obligation 'ex delicto'*, cit., 373, per il quale si tratterebbe di un «dévoir général de composer … pour la personne du voleur»; J.M. Kelly, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, 141 ss., a cui credere '*pro fure*' avrebbe il senso di 'a vantaggio, seppur relativo, del ladro' (cfr. anche P. Grzimek, *Studien zur 'taxatio'*, München, 2001, 177 s.); R. La Rosa, *La repressione*, cit., 72, 82 s., 104, 108, che legge *pro fure* come sintagma generalmente significante «come (se fosse) un ladro» (ma v. C. Pelloso, *Studi*, cit., 209, nt. 166, 246 s., nt. 259, 249 s., nt. 262; cfr., A. Burdese, *Recensione* a P. Ferretti, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, in *SDHI*, LXXIII, 2007, 534 s.). Diversamente, v. M. Voigt, *Die XII Tafeln*, II, cit., 551 e nt. 8, che limita la lezione *pro fure* (inteso come 'in sostituzione del ladro') ai casi di responsabilità nossale, mentre «in Betreff des Diebes selbst … ist die Lesung des *Flor. pro fure* ganz unangemessen», con preferenza, quindi, per la lezione *pro furto* proposta da Gustav Haloander. Non si rinviene '*pro fure*', ma solo '*decidere damnum*' in D. 47.2.62(61). 1-2 (*aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas*; *vel damnum decidere vel pro noxae deditione hominem relinquere cogatur*; D. 47.2.62(61).5 (*ut nihilo minus tamen damnum decidere cogatur*), frammenti connessi alla problematica questione della *noxae deditio* del *servus fur* (v., con ampia indicazione bibliografica, R. La Rosa, *La repressione*, cit., 105, ntt. 151-152).

[84] In D. 13.1.7 pr. Ulpiano, nel libro 42 *ad Sabinum*, indica come 'alternativa' all'*actio furti* la *decisio furti* che, per l'appunto, '*tollit*' al derubato la legittimazione ad *agere* per la pena privata, ma non a *condicere* per la restituzione, giacché il *damnum decidi pro fure* corrisponde al tacitarsi delle pretese creditorie fondate *ex furto* della parte offesa attraverso la composizione della vertenza e la previsione di un *quantum* pecuniario inferiore alla pena *ex lege*, di modo che *pro fure* (a vantaggio del ladro) non può che intendersi, stando così le cose, in senso relativo: *si pro fure damnum decisum sit, condictionem non impediri verissimum est: decisione enim furti quidem actio, non autem condictio tallitur*. Per una critica alla lettura proposta da R. La Rosa, *La repressione*, cit., 104, 109, dell'espressione '*pro fure*', v., oltre, nt. 85.

[85] Cfr. Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.9.2: *et placet in delictis minoribus non subveniri. nec hic itaque subvenietur. nam et si furtum fecit vel damnum iniuria dedit, non ei subvenietur. sed si, cum ex damno dato confiteri possit ne dupli teneatur, maluit negare: in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur.* Il passo è stato oggetto di un esame attento da parte di R. La Rosa, *La repressione*, cit., 72, 82 s., 104, 108 (laddove in letteratura è soprattutto citato cursoriamente). Secondo lo studioso, Ulpiano, nel passo appena riportato, farebbe riferimento al concorrente nel delitto di furto che, avendo partecipato alla commissione, sarebbe stato obbligato a *damnum decidere*, per l'appunto, *pro fure*, come se fosse stato il ladro (pur non essendo, formalmente e sostanzialmente, il *fur*). Tale lettura suscita, a mio credere, qualche riserva. Da un lato, non mi pare supportato argomentativamente il ritenere «non per-

ora dal derubato stesso (massimamente, come è naturale, là ove il furto non risulti circostanziato dalla flagranza o, comunque, là ove l'esito di

---

suasivo» da parte dello studioso che la locuzione tecnica '*pro fure damnum decidere*' alluda a «una composizione volontaria ad ammontare discrezionale» (ossia al '*de furto pacisci*' di D. 2.14.7.14), e che quindi essa sia da distinguere da '*duplionem damnum decidere*', quale sintagma espressivo di una «composizione volontaria imposta dalla legge in un tasso predeterminato». Dall'altro, non credo sia corretto assumere che «non può negarsi che il *pro fure damnum decidere* sia descritto come l'oggetto di un obbligo senz'altro meno gravoso … di quello sanzionato con l'*actio furti*», giacché anzitutto nel testo del giurista severiano non viene affatto concepito il *damnum decidere* in termini di 'obbligo', bensì di 'potere'. Dall'altro ancora, va sottolineato come il passo ulpianeo paia contemplare, ponendoli sullo stesso piano, il *damnum iniuria datum* e il *furtum* quali *delicta* posti in essere sempre in proprio e non da parte di un *minor* di anni venticinque come complice, giacché è solo leggendo *a priori pro fure* «come (se fosse) un ladro» che può ipotizzarsi la commissione di un furto con il contributo di un complice. A me pare, invece, che il giurista tenda a omologare la *confessio* del minore avente ad oggetto il primo dei due menzionati delitti al *pro fure damnum decidere* quali ipotesi più vantaggiose per il delinquente stesso dell'*accipere iudicium* nella *litis contestatio*, sostenendo che a favore del minore, vuoi danneggiante vuoi ladro (ma sempre autore principale), sia da concedere una *restitutio in integrum propter aetatem* per cui sia considerato come '*confessus*' (pur avendo egli negato il danneggiamento) o come '*decidens*' (pur non avendo composto la vertenza con un volente derubato). Egli, in altre parole, assimila la negazione della responsabilità in un giudizio, quello aquiliano, implicante litiscrescenza (Gai 4.9; cfr. Gai 4.171; D. 9.2.2.1; D. 9.2.23.10; I. 3.27.7; Par. Theoph. 3.27.7; Paul. Sent. 1.19.1), al subire l'*actio furti* o per il doppio o per il quadruplo (azione che però mai è connotata, a differenza dell'*actio ex lege Aquilia*, da litiscrescenza). Ulpiano con l'espressione *pro fure damnum decidere* parrebbe quindi riferirsi non ad un'ipotesi attinente al momento della fase *apud iudicem*, ma al raggiungimento di un accordo tra soggetto attivo del delitto e parte lesa, ossia alla composizione volontaria pecuniaria *ante litem contestatam* alternativa e sostitutiva dell'azione penale (come la volontaria *confessio* del *damnum iniuria dans* preclude la crescita della *lis in duplum*). In D. 4.4.9.2 '*pro fure damnum decidere*', quindi, non implica che il minore (complice) sia condannato 'come se fosse il *fur*', bensì quanto segue: chi ha agito illecitamente in proprio, volendo evitare i rischi di una difficile e pericolosa 'difesa' e, quindi, l'esito negativo del processo, riconosce di essere *fur* e con il derubato 'patteggia' un importo inferiore al doppio o al quadruplo (ossia *pro fure*). Insomma, l'assimilazione ulpianea si comprende, a mio modo di vedere, solo se si fa riferimento a due condotte volontarie dell'offensore (*confiteri*/*decidere*) che si collocano in un momento pregresso alla fissazione definitiva dei termini della controversia e permettono di evitare la condanna piena o, comunque, più grave prevista per il caso in cui detti contegni non siano tenuti. Tuttavia – precisa esplicitamente Ulpiano – se, pur potendo patteggiare (atteso che il derubato era, in effetti, orientato in tal senso e aveva proposto al ladro di corrispondere un'entità minore della pena legale), non si è addivenuti alla *decisio* convenzionale del *damnum* (con l'assunzione dell'impegno in capo al *fur* di pagare il

un eventuale processo non sia altamente prevedibile *contra furem* e, dunque, il derubato non abbia alcun interesse a *pacisci*)[86]. E l'accordo concluso dalle parti dell'*obligatio ex delicto* non poteva che essere 'ragione' e 'titolo' di una *damni decisio*, ossia di una 'estinzione del pregiudizio patrimoniale (causato o subito, a seconda della prospettiva)'. A valle di una 'composizione tacitante ogni pretesa *ex delicto* sostenibile dal creditore-derubato nei confronti del debitore-ladro', ossia a valle della previsione pattizia di un 'pagamento decidente', il derubato si doveva soddisfare solo con l'esatta esecuzione *a fure* di una prestazione convenzionale di valore inferiore alla *poena* parametrata *ex lege* o al doppio o al quadruplo dell'*aestimatio* della refurtiva a seconda del tipo di furto (*nec manifestum* o *manifestum*), e per questo detta *pro fure*[87].

---

quantum alternativo alla *poena*), il minore che si sia fatto convenire con *actio furti* viene *restitutus in integrum propter aetatem* e, quindi, considerato, ai fini della condanna, come patteggiante (*restitutio*, invece, da escludersi ove il minore ladro non avesse potuto *damnum decidere pro fure*, non volendo ciò, per l'appunto, il derubato).

[86] In D. 47.2.46.5, Ulpiano, sempre nel libro 42 *ad Sabinum*, prende in esame il caso di un furto avente ad oggetto un *servus communis* con uno solo dei più proprietari che *pro fure damnum decidit*: *usque adeo autem diversae sunt actiones, quae eis competunt, ut, si quis eorum pro fure damnum deciderit, dici oporteat solummodo actionem sibi competentem amisisse eum, ceteris vero superesse. nam et si proponas communem servum subreptum et alium ex dominis pro fure damnum decidisse, is qui non decidit habebit furti actionem*. Se questo condomino è destinato ad *amittere* l'*actio furti*, gli altri, scrive il giurista, sono invece legittimati ad *agere*: ancora una volta, a mio credere, non può che essere ad una composizione pecuniaria '*pro fure*' nel senso di accordo concluso 'a vantaggio, relativo, del ladro' (che evita un'azione protesa al doppio del valore dello schiavo rubato, mentre il derubato si risparmia il peso di sostenere un'azione, con il relativo onere probatorio, dall'esito comunque incerto). V., per il riferimento al derubato della *damni decisio*, R. Santoro, *'XII Tab.' 12.3*, cit., 74 s., nt. 200; A. Magdelain, *Aspects arbitraux*, cit., 266 s.; *contra*, v. R. La Rosa, *La repressione*, cit., 38, nt. 137. È vero che precisare che il derubato (e non il ladro) è colui che *decidit* non significa letteralmente che è il derubato a promuovere l'accordo (ma solo che 'egli tacita le sue pretese', 'estingue la perdita'); tuttavia, atteso che talora il *decidere* è riferito grammaticalmente al ladro (come in D. 4.4.9.2, ove il ladro 'estingue la perdita subita dal derubato', tacitando le pretese di quest'ultimo con il patto di pagamento decisorio), mentre in D. 47.2.46.5 lo è al derubato, e atteso che in entrambe le ipotesi *damnum decidere* è altro dall'*actio furti* e anzi estingue l'*actio furti*, nulla esclude che, nella prassi, a promuovere la composizione fosse, a seconda delle circostanze, ora l'una ora l'altra parte dell'*obligatio ex delicto*, pur rimanendo ferma la percezione della *damni decisio* sempre come *pro fure*, evitando il ladro, per l'appunto, di essere convenuto in un giudizio penale.

[87] Cfr. Gell. 11.18.15; Gai 3.190 (per la *poena dupli*); Gai 4.111; Gell. 6.15.1, 11.18.10; Par. Theoph. 4.12 pr.; Isid. *etym.* 5.26.18; Serv. *in Verg. Aen.* 8.205 (per la

7. *'Damnum' nei 'genera poenarum' di Cicerone e Agostino.*

Non poteva essere quello delineato alla fine del precedente paragrafo con riguardo al diritto classico (che peraltro, come visto, integra la locuzione '*damnum decidere*' con *pro fure* e non con *duplione*), però, il senso implicato dalla apodosi comunemente inclusa nel precetto di Tab. 8.16. Come si è avuto già modo di osservare, *damnum* nel codice decemvirale non indicava il pregiudizio subito dalla parte offesa, così come non indicava una ammenda cui era tenuto *ex lege* l'offensore o un vincolo di assoggettamento del secondo al primo (tutti significati invero compatibili, almeno in teoria, con il senso attribuito alla più tarda locuzione '*damnum decidere pro fure*').

Che di una realtà giuridicamente altra sia foriero il sostantivo in questione, si ricava anche dalla rielaborazione da parte di Sant'Agostino di due passi di Cicerone: *octo genera poenarum in legibus esse scribit Tullius, damnum, vincla, verbera, talionem, ignominiam, exilium, mortem, servitutem*[88]. Invero, il catalogo elaborato dall'Arpinate per bocca di

---

poena quadrupli). Da ultimo, v., sulla differenziazione sanzionatoria, M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 539 s.

[88] Aug. *civ. Dei* 21.11: *octo genera poenarum in legibus esse scribit Tullius, damnum, vincla, verbera, talionem, ignominiam, exilium, mortem, servitutem*; cfr. Isid. *etym.* 5.27.4: *Octo genera poenarum in legibus contineri Tullius scribit: id est damnum, vincula, verbera, talionem, ignominiam, exilium, servitutem et mortem. His namque poenis vindicatur omne perpetratum peccatum*. V. S. Riccobono, *'Leges'*, cit., 62, per una collocazione del passo agostiniano tra i *fragmenta incertae sedis*; ma v., correttamente, M.H. Crawford, *Roman Statutes*, II, cit., 574: «Augustine does not claim that his list occurs in the Twelve Tables; it is in any case an expanded version of that in Cicero … which is not attributed to the Twelve Tables either»; v., inoltre, nello stesso senso, e con ampio approfondimento, O. Di Ottavio, *'Octo genera poenarum' (a margine di August., 'civ. Dei' 21.11 e Isid., 'etym.' 5.27.1 ss.)*, in *AUPA*, LVII, 2014, 321 ss., che conclude, con riguardo al passo di Isidoro, che il vescovo non solo «rinviene l'elenco degli *octo genera poenarum in legibus* in Agostino», ma altresì «sembra rifarsi ad una tradizione storiografica che si consolida probabilmente nel Cronografo a. 354» là ove, con riguardo a *lautumiae*, *tormenta*, *fustes*, *metalla*, *exsilia*, «l'introduzione delle pene è attribuita … non genericamente *legibus*, ma esplicitamente a Tarquinio». Per una espunzione totale dei passi in oggetto dal corpo delle XII Tavole, v. C.G. Bruns, *'Fontes iuris Romani'*, cit., 39 nt. 1. Il Padre della Chiesa (ripreso pedissequamente, pur in altro contesto, dal Vescovo di Siviglia), citando *Tullius* (o forse, date le differenze tra i cataloghi, a mente di un più tardo commento a Cicerone: v. U. Brasiello, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 71 e nt. 35), affronta il tema della durata della pena e, a titolo esemplificativo, riporta quelle previste nelle leggi (e non nelle sole XII Tavole), per metterne in luce il loro – pur

Crasso risulta sia più conciso nell'indicazione delle singole pene (ossia '*damna, ignominiae, vincla, verbera, exsilia, mors*'), tralasciando egli la menzione del taglione e della schiavitù (sanzioni che è certo fossero irrogate in Roma repubblicana già in forza delle XII Tavole)[89], sia più

---

variegato – perdurare, il loro essere iterativo in contrapposizione alla puntualità temporale della commessione del crimine, con la sola espressa esclusione della pena del taglione. Se, dunque, anche *damnum* è una sanzione durativa, allora ciò pare escludere che essa in Cicerone e in Agostino possa corrispondere al pagamento di una sanzione pecuniaria (come, invece, vuole G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 51, 55). La fonte, diretta o indiretta, di Agostino è – come si scriveva poco sopra – l'Arpinate, e più precisamente un passaggio del discorso del primo libro del *de oratore* in cui Crasso sottolinea, in generale, l'importanza dello studio del *ius civile* per l'arte oratoria e per la *philosophia moralis*, atteso che, in particolare, dalle *leges* emerge come la *dignitas* sia valore da tenere in altissima considerazione. Crasso, quindi, consiglia a quelli interessati alla *praepotens et gloriosa philosophia* di dedicarsi al *ius civile* e alle *leges*, fonte di ogni *disputatio*; è da queste branche del sistema – si precisa – che derivano onori, premi e gloria per le azioni virtuose, da una parte, e pene per quelle fraudolente, dall'altra (Cic. *de or.* 1.43.194: *sive quem ista praepotens et gloriosa philosophia delectat, – dicam audacius – hosce habet fontis omnium disputationum suarum, qui iure civili et legibus continentur: ex his enim et dignitatem maxime expetendam videmus, cum vera virtus atque honestus labor honoribus, praemiis, splendore decoratur, vitia autem hominum atque fraudes damnis, ignominiis, vinclis, verberibus, exsiliis, morte multantur; et docemur non infinitis concertationumque plenis disputationibus, sed auctoritate nutuque legum domitas habere libidines, coercere omnis cupiditates, nostra tueri, ab alienis mentis, oculos, manus abstinere*; v., in modo analogo, Cic. *off.* 3.5.23: *hoc enim spectant leges, hoc volunt: incolumen esse civium coniunctionem, quam qui dirimunt morte, exsilio, vinclis, damno coercent*). Per il contesto del passo ciceroniano, v. G. Falcone, *'Ius suum cuique tribuere'*, in *AUPA*, LII, 2007-2008, 159 s.

[89] La *talio* è prevista in Tab. 8.2 (per il *membrum ruptum*), mentre la schiavitù è suggerita in termini di *addictio* da Tab. 8.14 come sanzione per il *liber* che abbia commesso furto manifesto, tant'è che Gell. 11.18.18 ricorda come i ladri di beni privati *in nervo atque in compedibus aetatem agunt* (T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, cit., 751; H. Hitzig, *Beiträge zur Lehre vom 'Furtum'*, cit., 323; E. Levy, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg 1931, 43 s.; A. Magdelain, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 213, 225). Non è la caduta in schiavitù, invece, connessa fisiologicamente all'*addictio* relativa alla *manus iniectio iudicati* ancorché questa sia una procedura non teleologicamente satisfattiva rispetto all'interesse attoreo fatto valere: l'eventuale vendita in terra etrusca (e, in tempi preistorici, forse l'uccisione) ne mette in luce la natura preminentemente afflittiva e la finalità di 'coazione indiretta', ma non ne denuncia la natura 'capitale', pur sempre risolvendosi anche tale *manus iniectio* in una «sanzione penale definitiva» (v., in questi termini, M. Talamanca, *Forme negoziali e illecito*, in *Poteri, 'Negotia', 'Actiones' nella esperienza romana arcaica. Atti del convegno internazionale di diritto romano [Copanello, 12-15 maggio 1982]*, Napoli, 1984, 125 ss., 135 ss.; v., altresì, più di recente, G. Valditara, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino,

puntuale quanto alle fonti, richiamando egli oltre alle *leges* anche, e più generalmente, il *ius civile*. Se si assume che i due cataloghi, pur nelle indubbie differenze, si equivalgano nella sostanza e, quindi, se si suppone che quello redatto da Cicerone non sia affatto lacunoso rispetto a quello proposto da Agostino (bensì più breviloquente quanto alle pene e più analitico e preciso quanto alle fonti delle pene), allora il riferimento – rimasto formalmente inespresso, piuttosto che omesso, nel *De oratore* – alla *talio* e alla *servitus* è giocoforza ritenere sia da considerare ricompreso in una, o più d'una, delle sei tipologie di pene (contro le otto agostiniane) elencate. Quindi, se si considerano le pene della *ignominia*, dei *vincla*, dei *verbera*, dell'*exsilium*, e della *mors*, ciascuna di esse – come è oltremodo ovvio – è da scartare come *genus* delle due *species* appena ricordate (ossia taglione e riduzione in schiavitù): per esclusione, non resta che rivolgere l'attenzione alla pena del *damnum*. Così inteso, tale sostantivo sarebbe evocativo, nell'intento dello stesso Cicerone, non solo di una sanzione da irrogare al soggetto attivo di un illecito – e non, invece, al pregiudizio subito dal soggetto passivo di un illecito –, ma per di più di una sanzione di carattere afflittivo – e non di una conseguenza di natura patrimoniale – incidente ora sul corpo dell'offensore (*talio*), ora sul suo stato (*servitus* implicata, secondo alcuni dei *veteres*, dalla *addictio*)[90]. Ne consegue che la compresenza di *talio* e

2015, 30 ss.; cfr., *contra*, R. Fiori, *'Ea res agatur'*, cit., 84, nt. 51; per un approfondimento sul tema, cfr. M. Varvaro, *Osservazioni*, cit., 351 ss.; C. Pelloso, *Studi*, cit., 192 ss., 197 ss., 202 ss., 237 ss.).

[90] Con riguardo a Cic. *de or.* 1.43.194 e Cic. *off.* 3.5.23, la menzione della pena del *damnum* – suggestiva implicitamente della *talio* e della *addictio* previste da Tab. 8.2 e da Tab. 8.14 – si rinviene, quale oggetto del *decidere* ('caducazione') e connessa alla *duplio* (criterio del 'doppio') in Tab. 8.16 (*furtum nec manifestum*), e in Tab. 12.3 (*vindicia falsa*). Quanto alle ulteriori pene del catalogo ciceroniano, i *vincla* rimandano a Tab. 8.10 (che reprime l'incendio doloso di edifici o covoni), i *verbera* a Tab. 8.9, 8.10 e 8.14 (che contemplano le ipotesi di *frugem quidem aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse*, di incendio doloso di edifici e di covoni, e di furto manifesto); per la pena di morte, infine, sono da considerare le *perpaucae res* (Cic. *rep.* 4.12; Aug. *civ. Dei* 2.9) di cui a Tab. 3.5, 8.1b., 8.9, 8.10, 8.21, 8.23, 8.24 b., 9.3-5. La presenza dell'esilio nel catalogo è relativamente problematica: non solo, infatti, nessuno dei *carmina* decemvirali a noi noti lo contempla, ma è lo stesso Cicerone a suggerire altrove che «unlike other states, the Romans had no laws employing banishment as a penalty», atteso che «for a Roman citizen, exile was a method of avoiding punishment» (G.P. Kelly, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge, 2006, 19, sulla base di Cic. *Caec.* 100; cfr. sulla frequenza della pratica dell'esilio in età repub-

servitus accanto a *damnum* nel catalogo agostiniano delle otto pene presuppone o una rilettura attualizzante della portata del segno *damnum* per come implicata in Cicerone (come parrebbe ricavarsi da un passo di Isidoro che, nel ricopiare il Padre della Chiesa sul punto, discorre, quanto a *damnum*, di una diminuzione patrimoniale, alludendo così a una pena pecuniaria)[91] o una sua pleonastica conservazione, comunque non foriera del senso di pena di indole pecuniaria, come parrebbe ricavarsi, invece, dal contesto in cui va inserito il brano del *De civitate Dei* in cui Agostino, muovendo da Cicerone più che citandolo testualmente, intende contrapporre alla puntualità dell'illecito la durata delle diverse tipologie di pena elencate (con l'espressa esclusione della sola *talio*), tra le quali, per l'appunto, è annoverato il *damnum*.

Se, insomma, quest'ultimo indica una delle sanzioni afflittive decemvirali, ossia è 'conseguenza' in funzione sanzionatorio-afflittiva che ricade – per volontà del legislatore – entro la sfera di colui che con la commissione dell'illecito viene 'astretto' alla necessità di subire detta conseguenza istituzionalizzata, emerge la totale incompatibilità di prospettiva sotto il profilo soggettivo, oggettivo e temporale tra le sfere della *noxia* e del *damnum*, pur rimanendo esse accomunate da una inequivocabile sfumatura di 'negatività': l'una si risolve nella perdita patrimoniale subita dall'offeso che sta a monte dell'irrogazione della sanzione (come è in Tab. 8.14 ove i *pueri inpuberes* sono chiamati a 'ricomporre, anzitutto mediante il pagamento di una somma di danaro, la perdita altrui da loro stessi cagionata'), l'altro è la conseguenza corpo-

blicana, cui seguiva l'*aqua et igni interdictio*, M. Jońca, *The Scope of 'Exsilium Voluntarium' in the Roman Republic*, in *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, a cura di B. Santalucia, Pavia, 2009, 78; ma v., altresì, Isid. *etym.* 5.27.23: *Est et latomia supplicii genus ad verberandum aptum, inventum a Tarquinio Superbo ad poenam sceleratorum. Iste enim prior latomias, tormenta, fustes, metalla atque exilia adinvenit, et ipse prior regibus exilium meruit*). È però probabile che nel I secolo a.C. quand'anche nel sistema delle *quaestiones* in assenza dell'accusato si emetteva una condanna cui si aggiungeva – senza sostituirla, come era, invece, nei *iudicia populi* – il provvedimento di *aqua et igni interdictio*, l'esilio abbia iniziato ad esser considerato come una pena autonoma (v. E. Levy, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., 30 ss.; G. Crifò, *Ricerche sull'exsilium. L'origine dell'istituto e gli elementi della sua evoluzione*, in *Studi in onore di E. Betti*, Milano 1960, 262 ss.; D. Mantovani, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio [vv. 784-790 M. = fr. XXVIII 29 Ch.]*, in *La repressione criminale*, cit., 54 ss.). Il che è prova che Cicerone non stia trattando delle sole *leges* decemvirali.

[91] Isid. *etym.* 5.27.5: *damnum a diminutione rei vocatum*.

rale o personale che grava in capo all'offensore a valle della commissione dell'illecito.

Per concludere, '*damnum decidere*' è sintagma decemvirale che evoca, connettendole, l'idea dell'estinzione (e non quella dell'accordo), e l'idea della sanzione afflittiva (e non quella della perdita patrimoniale). È sintagma decemvirale che evoca il ristabilimento dell'ordine sia attraverso la soggezione dell'offensore alla sanzione, sia a seguito della venuta meno della soggezione alla sanzione. Per comprendere meglio il senso di quanto precisato nelle ultime righe di testo con riguardo all'imperativo legislativo '*damnum decideto*' è necessario considerare sia l'ablativo *duplione* che completa l'apodosi di Tab. 8.16 e di Tab. 12.3, sia i termini della fattispecie descritta nella protasi del primo dei due versetti appena ricordati.

8. *Alcune note preliminari al testo di Tab. 8.16.*

Diversamente dalla sfaccettata disciplina riservata alle diverse sottocategorie di *fures manifesti* da Tab. 8.14, il trattamento unitario che i decemviri previdero con riguardo ai *fures nec manifesti*, secondo l'opinione dominante (e, quindi, una volta esclusa l'immediata esperibilità della *manus iniectio* nelle sue più arcaiche, e congetturali, forme di espressione ritualizzate)[92],

[92] Cfr., sopra, §§ 2-3, contro la tesi che vede nel pagamento del doppio un onere (se non una facoltà) del *fur* e in Tab. 8.16 il riferimento formale o a tale onere (con *damnum* nel senso di pena afflittiva) o all'obbligo in capo al derubato di accettare il pagamento (con *damnum* nel senso di perdita pecuniaria). Tuttavia, se il ricorso immediato alla *manus iniectio* risulta poco convincente, può – con i sostenitori di questo avversato orientamento – pensarsi di certo a uno stadio pregresso in cui anche per il furto non manifesto si sarebbe proceduto alla irrogazione di sanzioni di carattere afflittivo (cfr. R. La Rosa, *La repressione*, cit., 113 ss., 126 s. e 131 ss., 146 ss., 150 s. e nt. 98; G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 67; R. Cardilli, *'Damnatio'*, cit., 84 ss.). E ciò nel quadro di una 'scansione sanzionatoria discendente' (v. B. Albanese, voce *Illecito*, cit., 69 s. e nt. 14) tale per cui se, nel V secolo a.C., per il *furtum manifestum* si riteneva necessaria unicamente una delibazione magistratuale per l'irrogazione di una sanzione afflittiva (rappresentata principalmente dalla *addictio*, oltre la pena accessoria della *verberatio*), per il *furtum nec manifestum* nulla osta a congetturare uno stadio pre-decemvirale in cui era ancora previsto un *damnum* (vale a dire una 'conseguenza negativa afflittiva su corpo o *status* dell'offensore'), ovviamente sempre previa cognizione, e uno stadio attestato dal codice decemvirale in cui, sempre fermo restando il necessario ricorso a previe forme di cognizione, si era sostituita

sarebbe quello della *poena dupli*[93]. Ciò verrebbe attestato non solo da

---

la sanzione afflittiva con una pena pecuniaria la cui «Höhe» si stabiliva «nicht in einem Vergleich, sondern in einem regülaren Gerichtsverfahren» (D. Liebs, *'Damnum'*, cit., 188). Se questo è un quadro generalmente convincente, tuttavia, ove si concepisca la disposizione contenuta in Tab. 8.16, per come comunemente integrata, proprio in termini di 'prova storica' dell'ultimo passaggio di tale scansione (ossia si intenda il *duplione damnum decidere* come il sintomo di una autentica *obligatio poenae*), si è rilevato come sia giocoforza ritenere o che «bei *damnum* = 'Buße' paßt also für *decidere* genau genommen nur 'entrichten, begleichen'» o che *damnum* stia solo per «durch Entzug zugefügter Schaden» (ancora D. Liebs, *'Damnum'*, cit., 194 s. e nt. 92, a favore della seconda delle due alternative). Ma in Tab. 8.16, come si è visto sopra, §§ 2-7, *damnum* non parrebbe essere né 'Buße' né 'Schaden' (ma 'conseguenza negativa di tipo afflittivo'), così come *decidere* non recherebbe di per sé né l'idea dell'accordo né quella della decisione giudiziale (ma della 'eliminazione' e della 'sostituzione'). Proprio per questo in C. Pelloso, *Studi*, cit., 250, 253, scrivevo che, a voler rintracciare in Tab. 8.16 «la consacrazione decemvirale della responsabilità conseguente la condotta illecita del *fur* e avente ad oggetto il pagamento al derubato di una pena pecuniaria a tasso predeterminato», *damnum decidere* sarebbe stata una «espressione tecnica». Quest'ultima, dal significato assunto nelle XII Tavole di «comminazione della pena privata pecuniaria in luogo della sanzione afflittiva» (ossia di «imposizione *ex lege* al derubato di 'evitare il ricorso a sanzioni di carattere afflittivo', e – quindi – al *fur* di 'liberarsi dalle conseguenze personalmente negative previste per l'illecito perpetrato' … con, rispettivamente, l'accettare e il pagare la *duplio*, quale composizione obbligatoria»), sarebbe passata ad indicare presso i giuristi classici «la convenzionale sostituzione di un'originaria forma di conseguenza negativa con un'altra», ossia «dal decemvirale *damnum decidere duplione* come … sostituzione della *duplio* al *damnum*, verisimilmente poi cristallizzatasi nella formula dell'*actio furti nec manifesti* … al *damnum decidere* (eventualmente detto *pro fure*) significativo della preclusione per il derubato della stessa *actio furti* a fronte di un pagamento *a fure* (sostituzione della pena legale fissata nel multiplo con una volontaria composizione)». Tale mia interpretazione implicava, pur nel variare semantico della locuzione *damnum decidere* nel corso dei secoli, l'idea costante della 'sostituzione di una conseguenza negativa con un'altra' (vale a dire sia della sostituzione della sanzione 'tradizionale' con quella 'legale', sia della sostituzione della sanzione 'legale' con quella 'convenzionale'): se ancora sono fermamente convinto di questo dato (come lo sono della configurabilità del *fur nec manifestus* come vero *obligatus* per la pena del doppio), non sono invece più così certo che Tab. 8.16 possa definirsi, nei termini sopraddetti, 'prova' diretta dell'ultimo passaggio della già menzionata scansione storica attraverso l'uso decemvirale della locuzione *duplione damnum decidere*, ben potendo tale *carmen* – grazie al riferimento alla sola *duplio* – presupporlo (v., diversamente, C. Pelloso, *Studi*, cit., 261, nt. 293, ove non si esclude «la portata più generale del '*damnum decidere*' … inseribile, altresì, in un ipotetico precetto decemvirale ove, direttamente, si contempli l'esperimento di un *lege agere sacramento* in prima battuta per la *duplio*»).

[93] V., tra i contributi più recenti, M. Talamanca, *Delitti*, cit., 53, 80 ss.; C. Pelloso, *Studi*, cit., 244 ss.; M.F. Cursi, *Gli atti illeciti*, cit., 576, 592.

Gellio e da Gaio[94], ma sulla base dell'integrazione della voce '*nec*' accolta – come già innumerevoli volte segnalato – dalla *communis opinio* (*duplione damnum decideto*), anche da Festo[95].

---

[94] Gell. 11.18.15: *Aliis deinde furtis omnibus, quae 'nec manifesta' appellantur, poenam imposuerunt dupli*; Gai 3.190: *Nec manifesti furti poena per legem XII Tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat*. Gellio riporta la notizia secondo cui il collegio decemvirale avrebbe comminato per i furti semplici una sanzione di carattere patrimoniale pari al doppio del valore della refurtiva, mentre Gaio informa che la *poena dupli* era stata conservata dal pretore. Sin dalle origini della repubblica, quindi, la sanzione per le due manifestazioni di illecito sarebbe stata differente: da un lato, per il *furtum manifestum*, una procedura immediatamente sfociante nell'*addictio*, dall'altro, per il *furtum nec manifestum*, una procedura necessariamente cognitiva (ché il furto non poteva dirsi *in re ipsa* evidente con riguardo all'*an*, al *quomodo*, al *quantum*) seguita, se del caso, da quella di cd. 'esecuzione'.

[95] Fest. voce '*nec*' (Lindsay 158): … *si adorat furto, quod nec manifestum erit, <duplione damnum decidito>*. Che la pena da determinarsi del doppio (sintomo di *obligatio poenae*), cui il giurista adrianeo e l'erudito romano del II secolo fanno espresso riferimento, fosse formulata nei termini decemvirali di '*duplione damnum decidere*' è opinione sostenuta dalla dottrina maggioritaria che, costantemente, integra per l'appunto la voce festina '*si adorat furto, quod nec manifestum erit*' con '*duplione damnum decideto*' o '*duplione damnum decidito*', come già si è avuto modo di ribadire (v., sopra, § 1), anzitutto a mente di Tab. 12.3 (*si vindiciam falsam tulit, si velit is…tor arbitros tris dato, eorum arbitrio…fructus duplione damnum decidito*): cfr. P. Huvelin, *Études*, cit., 75 ss., M. Kaser, *'Restituere' als Prozeßgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der meteriellrechtlichen Beshaffenheit der 'in iudicium' deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, München, 1932, 16, nt. 4; G. Broggini, *'Iudex arbiterve'*, cit., 127 ss.; R. Santoro, *XII Tab. 12.3*, cit., 81 ss.; D. Liebs, *'Damnum'*, cit., 173 ss., 188; R. La Rosa, *La repressione*, cit., 8 e nt. 8, 70 ss.; A. Magdelain, *Esquisse*, cit., 231 e ss.; C.A. Cannata, *Delitto*, cit., 593; G. Valditara, *Sulle origini*, cit., 50, nt. 252; M. Talamanca, *Delitti*, cit., 53, 85 ss.; M.A. Fenocchio, *Sulle tracce*, cit., 116 ss. e ntt. 230 ss.; C. Pelloso, *Studi*, cit., 244 ss.; R. Cardilli, *'Damnatio'*, cit., 98 s., 124, 265 e nt. 101; M.F. Cursi, *Gli atti illeciti*, cit., 576, 592. Contro tale integrazione, v., tra i pochi, H.F. Hitzig, *Beiträge*, cit., 325, per cui «ist in keiner Weise festgestellt, dass die Zwölf Tafeln Duplirung und *damni decisio* zu einem '*duplione damnum decidito*' verbanden» e l'associazione non solo non avrebbe «keinen Halt in den Quellen», ma sarebbe addirittura contraddetta da D. 4.4.9.2 (ma v., sopra, nt. 85, per il probabile significato da attribuire alla locuzione '*pro fure damnum decidere*', almeno nel passo ulpianeo testé ricordato). Cfr., inoltre, in critica alla comune integrazione, D. Pugsley, *'Furtum' in the XII Tables*, in *The Irish Jurist*, IV, 1969, 152, nt. 78 («the traditional ending *duplione damnum decidito* occurs in the corrupt table XII.3, but otherwise has no authority whatsoever»), che ipotizza per Tab. 8.16 la seguente *conceptio*: '*si adorat furto quod nec manifestum erit … poena tripli edto*'. Anche A. Watson, *'Si adorat furto'*, in *Labeo*, XXI, 1975, 193 ss., si è mostrato scettico, essendo convinto che la voce festina '*nec*' debba essere integrata con '*manifestum esto*', giacché il precetto citato si riferirebbe al furto non

Qualora non fossero stati integrati gli estremi della flagranza (o, forse, anche se il derubato, nonostante la flagranza, avesse preferito all'*addictio* per qualsivoglia motivo la composizione pecuniaria obbligatoria alla sanzione di natura afflittiva[96]), sarebbe stata da esperire la *legis actio sacramento in personam*, anzitutto – in difetto dell'incontrovertibilità dell'illecito – al fine di ottenere un accertamento giudiziale del fatto illecito nei termini dedotti dall'attore, preteso derubato e creditore della *duplio*[97]. Una volta provata la giustezza del *sacramentum* prestato da

---

manifesto divenuto manifesto a seguito della rituale ispezione della *quaestio lance et licio.* Infine, ad avviso di M.H. Crawford, *Roman Statutes*, II, cit., 618, se «the Twelve Tables imposed a double penalty for *furtum nec manifestum*», tuttavia non è incontroverso che «they imposed it with the words *duplione damnum decidito*», essendo questa «the language of the classical law … while our sources for the clause of the Twelve Tables talk of a *poena*»: per l'autore, allora, sarebbe preferibile integrare con *duplum poenae esto*. Tuttavia per l'implausibilità dell'uso, quantomeno nelle XII Tavole, dell'imperativo '*poenae esto*' – così come della formula '*damnas esto dare*', segno inequivocabile di una *obligatio poenae* nell'accezione pre-classica e classica – per indicare l'esistenza in capo al *fur nec manifestus* di un obbligo di pagamento di pena pecuniaria, v. M. Talamanca, *Delitti*, cit., 80 ss., 84 s. (a cui ora si rifà, con mutamento di pensiero rispetto al passato, pure M.F. Cursi, *Gli atti illeciti*, cit., 573) e, seppur cursoriamente, C. Pelloso, *Studi*, cit., 243 s.: vero è, infatti, che ben potrebbe *poena* coincidere con il greco ποινή e quindi significare 'prezzo del riscatto' (v. già L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, cit., 367).

[96] V., sul punto, persuasivamente, L. Pepe, *Ricerche*, cit., 137 s. (che pur parla in termini di pura ipotesi); *contra*, M. Balzarini, *Il furto manifesto*, cit., 57 ss.; R. La Rosa, *La repressione*, cit., 120, nt. 17.

[97] Cfr. Cic. *nat. deor.* 3.30.74 (*inde illa actio 'ope consilioque tuo furtum aio factum esse'*), attestante un formulario in cui l'uso di *aio* è, ineluttabilmente, segno linguistico di un processo per *legis actiones*, introduttivo dell'affermazione del derubato contestata dal ladro con la risposta *nego* e che, anzi, ad avviso di U. Manthe, *'Agere' und 'aio': Sprechakttheorie und Legisaktionen*, in *'Iurisprudentia universalis'. Festschrift für T. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln, 2002, 437, nt. 21, è da contestualizzare, data la *conceptio* tutta fattuale (e non in termini di *oportere*), nella più ancestrale realtà processuale romana. Il passo, secondo il pensiero di P. Huvelin, *Études*, cit., 483 ss., 492 ss., che alquanto valorizza D. 50.16.53 pr. (ripreso e ampliato, in modo convincente, sia da B. Albanese, *La nozione del 'furtum'*, cit., 160 ss. sia, più di recente, da P. Ferretti, *Complicità*, cit., 10 s.; v., in senso adesivo alla tesi della «piena responsabilità personale dell'unico o del principale responsabile del fatto», anche C. Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 112, nt. 11), concernerebbe per l'esattezza una *legis actio* dichiarativa (strutturalmente simile a quella *in rem* con *sacramentum* cui fa riferimento Gai 4.16) avente ad oggetto l'accertamento di un *furtum* che, non essendo qualificato da nessuna ulteriore 'flagranza' aggravante, non necessita di essere più precisamente qualificato e che viene descritto come ille-

questi in contraddittorio con il convenuto e dunque una volta provata la responsabilità penale di quest'ultimo, il *iudicatum*, implicando il riconoscimento irremeabile della *obligatio poenae*, avrebbe costituito titolo esecutivo per l'attore vittorioso[98]. La concezione implicata, al livello di

---

cito *factum* (commesso) non solo *ope* (ossia, per lo stadio originario antecedente alla vasta dilatazione concettuale repubblicana, a mezzo di una *amotio* o di una *contrectatio*), ma anche *consilio* (ossia deliberatamente): e, cioè, un'azione per la persecuzione di un furto commesso in proprio, non trattandosi, nello specifico, di un'ipotesi di complicità (cfr., per l'impiego congiuntivo, presso i *veteres* o *antiqui*, del nesso asindetico *ope consilio* con plausibile riferimento agli elementi costitutivi del delitto i seguenti passi, su cui v. P. Ferretti, *Complicità*, cit., 19 ss.: D. 9.2.27.21; D. 47.2.67[66].2; D. 47.2.37; D. 50.16.53.2; Gell. 11.18.14); la locuzione *ope consilio*, infatti, sarebbe stata intesa disgiuntamente per indicare la 'collaborazione' solo a partire da Labeone, seguito poi dallo stesso Sabino (cfr. D. 50.16.53.2, D. 47.2.36.2-3, con A. Burdese, *Recensione* a P. Ferretti, *Complicità*, cit., 536). Cfr., inoltre, R. La Rosa, *La repressione*, cit., 98, contro l'idea che «anche nell'*actio* cui fa riferimento Cic. *nat. deor.* 3.30.74 i termini *ops* e *consilium* avrebbero indicato gli elementi costitutivi … del delitto principale di *furtum*»: in verità, anche nell'ipotesi in cui si volesse negare, con il La Rosa, al formulario attestato da Cicerone il riferimento al furto commesso in proprio, io credo che, pur *rebus sic stantibus*, la logica stessa impedirebbe di ritenere il furto non aggravato dalla flagranza immediatamente sanzionabile con *manus iniectio* (v., sopra, § 3), senza alcun accertamento se non una mera sommaria valutazione dei fatti: come potrebbe giustificarsi che un tale accertamento precluso per il fatto principale, fosse invece e al contempo previsto per il fatto dei concorrenti? Inoltre, come ha inteso ben enfatizzare B. Albanese, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, in *Synteleia Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 106, «la *legis actio per sacramentum* è qualificata da Gaio come *generalis*, quindi applicabile a tutti i rapporti giuridici privati (per quel che qui ci interessa: a tutti gli illeciti privati)».

[98] Ma v., sopra, il § 4 sul possibile ridimensionamento della trafila procedimentale 'azione di accertamento (della commissione del furto non manifesto) / *arbitrium liti aestimandae* (per la valorizzazione del doppio del danno) / *manus iniectio iudicati*' sottesa alla diffusa convinzione che la *duplio* sia sempre e solo una 'sanzione penale di natura pecuniaria', a fronte sia della nostra totale ignoranza in tema di *arbitrium liti aestimandae* sia della valorizzazione di Tab. 1.6-8, Tab. 3.1, oltre che di Gai 4.48. Che il furto non flagrante fosse perseguito da principio previo accertamento mediante una *legis actio sacramento in personam* è opinione largamente diffusa nella letteratura romanistica (che quindi presuppone, sul piano della sostanza, un modello di tipo obbligatorio): cfr., per tutti, M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 159; v., inoltre, per il supposto passaggio da una *legis actio generalis* e astratta a una *legis actio furti* con *expressio causae*, K. Hackl, *Gaius 4.37 und die Formeln der 'actio furti'*, in *Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart, 1993, 127, nt. 6 (nel senso di una «Geschichte des Übergangs von einer allgemeinen Sakramentsklage aus Delikten zur speziellen *legis actio furti*»), a mente di F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München,

diritto sostanziale, dalle XII Tavole, con riguardo all'ipotesi di *furtum* non aggravato dalla flagranza, proverebbe così il trapasso completo da uno stadio storico ipotetico in cui dall'illecito, totalmente laico, sarebbe scaturita solo 'responsabilità penale', intesa come mera soggezione afflittiva (eventualmente connessa alla facoltà per l'offensore di chiedere, ma non pretendere, un *pacere*), a quella in cui il *furtum*, quale *delictum*, si imporrebbe come autentica fonte di *obligatio* e la *poena* da 'prezzo del riscatto' assurgerebbe a composizione pecuniaria legale.

In verità, assai controverso è il significato da attribuire complessivamente al dettato del versetto decemvirale catalogato *sub* Tab. 8.16: *si adorat furto, quod nec manifestum erit, <duplione damnum decideto>*. Anzitutto, problematico risulta l'uso nella voce festina, che riproduce la protasi della disposizione in questione (sebbene interessata ai valori della congiunzione *nec* più che ai contenuti normativi della citazione), di una forma verbale singolarissima (*adorare*). Inoltre, oscura non può che definirsi la sintassi del versetto, stravagantemente 'complessa' rispetto alla struttura – peraltro solo assai di rado ipotattica nel latino giuridico arcaico – che si riviene nelle altre disposizioni decemvirali, le quali non fanno impiego di proposizioni aggettive proprie come, comunemente, si reputa sia nel caso di specie, contraddistinto inoltre da un tempo verbale, il futuro *erit*, in funzione di copula, di difficile decifrazione.

9. *'Adorare furto' e 'duplione damnum decidere' in Tab. 8.16.*

A voler considerare la connotazione del verbo *adorare* nel contesto di Tab. 8.16, è noto come in letteratura si siano avvicendate le tesi più

1988, 436 s. A prescindere dal costante richiamo nelle fonti ad una originaria *poena dupli* per il furto non aggravato dalla flagranza in antitesi alla *poena capitis* irrogabile per il *furtum manifestum*, sono essenzialmente questi i dati su cui si basa tale convinzione: anzitutto il celebre passo di Cicerone già sopra citato (Cic. *nat. deor.* 3.30.74) che, tra l'altro, attesterebbe la battuta iniziale dell'*agere sacramento in personam* relativamente al furto non manifesto (con notevoli aspetti di equivalenza rispetto a Gai 4.16, che riproduce la formula iniziale del *vindicans*); in secondo luogo, la estrema somiglianza tra le strutture delle azioni di furto di Cic. *nat. deor.* 3.30.74 e quella di Gai 4.37, quale formula fittizia dell'*actio furti nec manifesti*, la cui peculiare *conceptio* l'avrebbe resa esperibile anche, e non solo, nei confronti del complice. V., oltre, nt. 120.

disparate: v'è chi ha pensato a un'ipotesi di 'falsa accusa di furto' perseguita autonomamente nella norma incriminatrice[99]; chi ha ipotizzato il caso di una 'confessione in giudizio' in materia di furto[100]; chi ha valorizzato l'equivalenza tra il verbo in questione e il più consueto *agere*, sostenendo che la protasi del versetto contempli l'ipotesi dell'esperimento di un'azione o la proposizione di un'accusa di furto non manifesto[101]; chi non ha negato la possibilità di una richiesta stragiudiziale[102]; chi,

---

[99] Ad avviso di Yaron, infatti, posto che la *Tabula* 8 contempla sempre 'illeciti' (il cui elemento oggettivo si esplica nella protasi introdotta da *si*), il verbo *adorare* deve riferirsi all'illecito e non all'accertamento dell'illecito: *adorare*, in tal contesto, significherebbe accusare falsamente di furto, di modo che il versetto sarebbe da intendere non come volto a perseguire la condotta del ladro, a prescindere dal modo di integrarlo: «the topic considered and provided for is not *furtum* itself, rather an allegation of *furtum*, one which the accuser has failed to establish. The passage will probably have continued with words to that effect, such as '*ni probat*'» (E. Yaron, *'Si adorat furto'*, in *RHD*, XXXIV, 1966, 510 ss.; v., in adesione, R. Westbrook, *The Nature and Origins of the Twelve Tables*, in *ZSS*, CV, 1988, 74 ss.).

[100] M. Lemosse, *Les actions pénales de vol dans l'ancien droit civil roman*, in *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, 184 ss., sulla scorta di Tab. 1.6; *contra*, v. L. Pepe, *Ricerche*, cit., 83, nt. 47.

[101] Per O. Diliberto, *Materiali*, cit., 356, nt. 1073, «il termine *adorare* era impiegato nel significato recenziore di *agere*»; nello stesso senso, v., a titolo di esempio, già J.E. Kuntze, *Exkurse über römisches Recht*, Leipzig, 1880, 147; cfr., inoltre, M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 158 s.; G. MacCormack, *Revenge and Compensation in Early Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, XXI, 1973, 84; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*[2], Milano, 1998, 64, nt. 55; v., inoltre, L. Pepe, *Ricerche*, cit., 165, secondo cui «per giustificare la proposizione *quod nec manifestum erit*, … pare opportuno innanzitutto attribuire ad *adorare-agere* un valore più ampio, postulando che esso non alluda di necessità ad una procedura di accertamento, ma più in generale a una qualsiasi attività iniziata dal derubato, purché configurabile come *lege agere*».

[102] Se si è costantemente riferito il verbo all'ambito processuale (di talché la protasi della disposizione normativa dovrebbe tradursi con «si une personne en accuse une autre de vol»), tuttavia, non si è esclusa una sfumatura tale da far pensare a una «réclamation extrajudiciaire» (P. Huvelin, *Études*, cit., 72; cfr., parimenti, E.H. Warmington, *The Twelve Tables*, in *Remains of Old Latin*, III, London - Cambridge, 1961, 487 e nt. D). Lo stesso A. Watson, *'Si adorat furto'*, cit., 196, ha pensato che il verbo *adorare* «probably means here something like 'to charge, accuse', which is the sense normally attributed to it in this context», ma ha altresì ritenuto che la disposizione concernesse la *quaestio lance et licio* (di cui a Gai 3.192, 194) ossia la ricerca formale tesa a rendere per legge *manifestum* ciò che per natura *manifestum* non è. V., inoltre, D. Pugsley, *'Furtum'*, cit., 147, che ipotizza – a valle di una distinzione, improntata sulla dicotomia '*res mancipi* / *res nec mancipi*', tra *furtum manifestum* e *fur-*

nella divaricazione di interessi rappresentati dai due tratti della disposizione, ha inteso comprimere il senso della protasi a una supplica da parte del derubato[103].

Una volta constatata, a mente di non poche e non irrilevanti fonti, la (almeno parziale) sovrapponibilità di *adorare* con *agere* nel lessico giuridico della lingua latina più antica (con esclusione, quindi, per il primo dei due verbi, di connotazioni intrinsecamente illecite o di riferimenti a contesti non processuali)[104], nonché una volta valorizzata la

---

tum nec manifestum, nonché tra *quaestio lance et licio* e *quaestio testibus praesentibus* – quanto segue: se il derubato ritiene che la refurtiva sia «hidden in the defendant's house», allora, «after the accusation of theft the next step is that there should be a search», di talché «the occupier … may either defend the *actio furti nec manifesti*, in which case he can argue the case on its merits and may be liable to a double penalty; or he can submit to a search, in which case if anything is found he will not be allowed to deny his liability (*quamvis fur non sit*) and the penalty will be increased to threefold».

[103] Per A. Magdelain, *Esquisse*, cit., 230 s. «par *adorare*, il faut entendre, au sens premier du mot, une supplique dont l'initiative revient à celui qu'elle tire d'affaire» di modo che «la première sentence avait été rendue à la demande du volé, pour établir le vol», laddove «la seconde répond a l'attente du voleur pour estimer la composition».

[104] Paul.-Fest. voce '*adorare*' (Lindsay 17): *adorare apud antiquos significabat agere; unde et legati oratores dicuntur, quia mandata poplui agunt*; Serv. *in Verg. Aen.* 10.677: *Turnus adoro, id est iuxta veteres qui adorare adloqui dicebant; nam ideo et adorea laus bellica, quod omnes eum cum gratulatione adloquebantur, qui in bello fortiter fecit*; cfr., inoltre, Apul. *metam.* 2.29. *Adorare* è composto di *orare* che «nella lingua religiosa e giuridica» sta per «'pronunziare una formula rituale' (con connotazione di solennità)» (C. De Meo, *Lingue tecniche*, cit., 76, che cita *Rhet. Her.* 2.13.20), cui si prefigge il preverbio «perfettivizzante» *ad-* che, oltre a mantenere il significato originario (locativo), aggiunge al verbo valore aspettuale ingressivo (A. Traina - G.B. Bernardi Perini, *Propedeutica al latino universitario*[4], Bologna, 1992, 214 ss.): *adorare* è, quindi, l'iniziare a intraprendere il rituale solenne e formale di un *agere*. V., per l'equazione *orare* = *agere*, Paul.-Fest. voce '*orare*' (Lindsay 218): *orare antiquos dixisse pro agere, testimonio sunt quod et oratores, et i qui nunc quidem legati, tunc vero oratores, quod reipublicae mandatas partis agebant*; Paul.-Fest. voce '*oratores*' (Lindsay 196): *alias pro disertis et eloquentibus, ab eo quod antiqui orare dicebant pro agere: ob quam causam orationes quoque eorum vocantur*; cfr., altresì, Varro *l.L.* 6.42: *Sed et cum cogitamus quid et eam rem agitamus in mente, agimus, et cum pronuntiamus, agimus. Itaque ab eo orator agere dicitur causam et augures augurium agere dicuntur, quom in eo plura dicant quam faciant*. Cfr. A. Ernout - A. Meillet, voce *ago*, in *Dictionnaire étymologique*, cit.; G. Semerano, voce *ago*, in *Le origini della cultura europea*, II.2, cit.; S. Lopez Moreda, *Los grupos lexemáticos de 'facio' y 'ago' en el latín arcaico y clásico. Estudio Estructural*, Salamanca, 1987, 156; R. Santoro, *'Actio' in diritto antico*,

pertinenza del lemma, non solo all'idea di ingressività suggerita dal preverbio *ad-*, ma anche alla sfera dell'oralità sacrale-giuridica cui, come noto, è tenuto soprattutto nel diritto romano arcaico chi esperisce l'azione e come tale *orat*[105], di necessità il soggetto sottinteso della protasi di Tab. 8.16 va individuato nel derubato che, per l'appunto, mette in moto il processo 'convenendo in giudizio' il *fur* (che rimane nel testo latino oggetto sottinteso) e 'facendo valere in giudizio' il *furtum* (che risulta espresso in caso ablativo). Dunque, si potrebbe azzardare una parafrasi latina ammodernante della protasi nei termini seguenti: '*si lege agere sacramento in furem incipit is cui furtum factum est*'. Il riferimento, dunque, sarebbe alla fase iniziale dell'agire processuale per furto con impostazione della lite da parte dell'attore-derubato a mezzo di *sacramentum* contro la persona del convenuto-ladro[106]. Il carme, così ritenendo, sarebbe evocativo proprio dell'esperimento di quella *legis actio sacramento in personam* che doveva rappresentare il normale rito processuale per dedurre l'*obligatio poenae* esistente tra creditore-offeso e debitore-offensore. Il che, tuttavia, a mente dello stile conciso e allusivo delle XII Tavole[107], nonché della predilezione per la paratassi (pur non essendo affatto sconosciuto ai decemviri un impianto ipotattico ipotetico)[108], la-

---

in *Poteri, 'negotia', 'actiones'*, cit., 202; A. Ruelle, *Sacrifice, énonciation et actes de langage en droit romain archaïque* in *RIDA*, XLIX, 2002, 203 ss.; U. Manthe, *'Agere'*, cit., 431 ss.; M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 562.

[105] Non pare seguibile, dunque, né B. Albanese, *'Orare' in XII Tab. 1.6.*, in *Labeo*, XLVI, 2000, 355 ss., allorché associa *orare* a una pronuncia solenne non di parte, né G. Broggini, *'Iudex arbiterve'*, cit., 63 ss., che ritiene il soggetto del verbo *adorare* (Tab. 8.16) il magistrato, né G. Nicosia, *Il processo privato romano*, II, cit., 77 ss., là ove ipotizza che il soggetto sottinteso possa essere anche il giudice (se non, e meglio, la parte).

[106] V., con formulazione più sintetica (*si is agit furti* <*cum fure*>), C. Pelloso, *Studi*, cit., 258.

[107] Cfr., per tutti, S. Boscherini, *La lingua della legge delle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano (Copanello, 3-7 giugno 1984)*, Napoli, 1988, 45 ss., e P. Poccetti, *Latino e diritto: vicende di una specularità*, in *Atti del Convegno Internazionale 'Il latino del diritto' (Perugia, 8-10 ottobre 1992)*, a cura di S. Schipani e N. Scivoletto, Roma, 1994, 12.

[108] Cfr. R. Colemann, *Conditional Clauses in the 'Twelve Tables'*, in *Aspects of Latin. Seventh International 'Colloquium' on Latin Linguistics (Jerusalem, April 1993)*, Innsbruck, 1996, 403 ss. (anche *si* < *sei*, particella di origine pronominale il cui primo significato è l'avverbiale modale 'così', nel cd. 'periodo ipotetico' rivela il valore etimologico essenzialmente paratattico).

scia decisamente insoddisfatti[109], perché non permette di comprendere l'appesantimento formale recato all'economia sintattica della disposizione dalla subordinata introdotta da '*quod*' (comunemente considerato un pronome relativo, ma che ben potrebbe essere anche una congiunzione dal valore causale-ipotetico)[110] e dall'uso del futuro '*erit*'[111], atteso che, stando così le cose, la protasi in questione ben avrebbe potuto concepirsi, senza alcun ricorso alla perifrasi appena rammentata, in questi termini, ben più contratti e consoni alla lingua decemvirale, pur se espressivi di una prospettiva processuale: '*si adorat furto nec manifesto*'.

Invero, a valle di tutto ciò, la stessa integrazione consueta della disposizione con il precetto '*duplione damnum decideto*' si presenterebbe come problematica: il versetto, infatti, considerato nel suo complesso, prevedrebbe – con un evidente salto logico – come conseguenza normativa dell''agire con impostazione della lite a mezzo di *sacramentum* da parte del derubato nei confronti del ladro che risulterà non manifesto', il *damnum decidere duplione* in capo al ladro o al derubato, a seconda del valore attribuito a *damnum* e a *decidere*. In Tab. 8.16 mancherebbe cioè, nell'eccessiva economia del versetto (contrastante al contempo con il pleonasmo della proposizione relativa al futuro sostituibile

[109] E ciò sempre che non si voglia liquidare il tutto come una inelegante e farraginosa glossa: ma è tesi, a mio modo di vedere, assai poco plausibile, atteso che la congiunzione '*nec*' che Festo intende spiegare nella voce del suo 'lessico', ne sarebbe parte integrante.

[110] In teoria i valori ascrivibili a *quod* sono i seguenti: relativo, dichiarativo, causale, ipotetico (A. Traina - T. Bertotti, *Sintassi normativa della lingua latina*[2], Bologna, 1993, 368, 390, 424); v., sull'uso arcaico di *quod* soprattutto con valore ipotetico, M. D'Elia, *Sull'uso di 'quod' con il senso di 'si' nel latino giuridico*, in *Scritti in onore di G. Bonfante*, I, Brescia, 1976, 191 ss.

[111] Sull'uso di *erit* in Tab. 8.16, v. E. Yaron, *'Si adorat furto'*, cit., 513, nt. 13, che lo ritiene, in definitiva, «unexpected»; A. Watson, *'Si adorat furto'*, cit., 193 s., che ritiene il futuro «appropriate» solo se si concepisce Tab. 8.16 con *quod* come «almost conditional» e si integra la protasi '*si adorat furto quod nec manifestum erit*' con l'apodosi '*manifestum esto*', a mente del rilievo secondo cui «in certain circumstances what is *furtum nec manifestum* is to be *furtum manifestum*». Sull'esistenza di «trois niveaux de la *Lex XII tabularum* que l'on peut reconnaître grâce à l'archéologie linguistique, et qui sont corrélés à leur tour dans une chaîne qui est à la fois implicationnelle et chronologique», nonché sulla ascrivibilità al «niveau qui correspond à la rédaction de la moitié du Ve siècl. av. J.-C.» del verbo *adorare* e del sostantivo *duplio* come dell'imperativo *decideto*, v. M. Mancini, *Essai de stratigraphie linguistique*, cit., 30 s.

dall'apposizione all'ablativo '*furto*' dell'aggettivo '*manifesto*' preceduto da '*nec*'), un passaggio fondamentale intermedio richiesto, invece, dalla formulazione in termini di 'esperimento dell'azione' proprio della protasi: mancherebbe, vale a dire, un esplicito riferimento al riconoscimento giudiziale della responsabilità del ladro attraverso sentenza definitiva (e all'*arbitrium* di valorizzazione della refurtiva)[112].

Vertere la brachilogica proposizione '*si adorat furto quod nec manifestum erit* ' nel più disteso '*si lege agere sacramento in furem incipit is cui furtum factum est, quod nec manifestum erit*' ('se esperisce *legis actio sacramento* nei confronti del ladro colui che ha subito un furto che sarà manifesto') e, quindi, concepire allo stesso tempo la disposizione in commento (teleologicamente) come *lex* meramente sanzionatoria del furto non manifesto, nonché (formalmente) come *lex* indicativa del processo di cognizione contro il ladro, pare a me assai poco plausibile.

Se si guarda bene il testo festino, d'altra parte, la protasi precisata dalla proposizione relativa non dice né 'se uno ha commesso furto non manifesto e viene convenuto in giudizio', né 'se uno in quanto abbia commesso furto non manifesto viene convenuto in giudizio'. Tab. 8.16 recita, invece, sempre a mente della succitata sovrapposizione tra il verbo *agere* e il verbo *adorare*: 'se uno viene convenuto in giudizio per un furto *quod nec manifestum erit*'[113]. Di contro, il formulario 'casui-

[112] Tenta, giustamente, di superare questa lacuna M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 559, reputando certa in Tab. 8.16 la presenza della nomina, da parte del pretore, di arbitri chiamati a stimare il valore della refurtiva ai fini della *duplio*.

[113] Ad avviso di E. Yaron, *'Si adorat furto'*, cit., 512, «the topic considered and provided for is not *furtum* itself, rather an allegation of *furtum*», di talché la protasi starebbe, in conclusione, per «if one accuses another falsely of *furtum nec manifestum*» (ma ciò non spiegherebbe, nella sostanza, perché norme analoghe decemvirali non contemplino false accuse aventi ad oggetto altri illeciti, nella forma, perché il versetto sia connotato dalla proposizione relativa al futuro). V., inoltre, G. MacCormack, *Revenge*, cit., 84, che mette in evidenza che «the *lex* does not say: if anyone commits theft which is not manifest, let him pay double the value», bensì «if someone accuses another of theft which is not manifest», per concludere che «this oblique mode of expression suggests that a person who was not caught in the act of theft could not properly be regarded as a thief» e che «non-manifest theft appears to have been treated as a delict different in kind from manifest theft» (ma ciò né tiene conto dei contenuti stessi della proposizione relativa che si riferisce proprio al furto menzionato nella protasi, né valorizza la distinzione, costante nelle fonti, entro il tipo '*furtum*' dei sotto-tipi di *manifestum* e di *nec manifestum*: cfr. R. La Rosa, *La repressione*, cit., 58 ss.; C. Pelloso, *Studi*, cit., 192 ss., 266 ss.).

stico' tanto del codice decemvirale quanto delle stesse *leges regiae*[114], in materia di illeciti, è uso connettere direttamente e immediatamente la fattispecie illecita descritta o menzionata in termini sostanziali (i cui estremi sono esplicati nella protasi introdotta generalmente da *si*) alla 'sanzione'[115]: e ciò sia che la fattispecie vada prima accertata giudizialmente ('*si membrum rupsit … talio esto*'; '*si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque poenae sunto*')[116], sia che non sia necessario un previo processo ('*si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*'; '*si patronus clienti fraudem fecerit, sacer esto*')[117].

Se, quindi, Tab. 8.16 fosse *carmen* sanzionatorio del furto non manifesto, la protasi del periodo ipotetico dovrebbe suonare all'incirca così (senza alcuna menzione del mezzo processuale e senza la presenza di una proposizione, quella relativa introdotta dal *quod*, del tutto superflua): '*si furtum faxit nec manifestum …*'. Nel *carmen* decemvirale in oggetto, invece, l'attenzione viene convogliata non sulla 'oggettività' della commissione di un fatto illecito (o richiamato mediante *nomen iuris* o descritto nei suoi elementi strutturali sostanziali), bensì sull'esperimento di un'azione il cui esito è, per propria natura, incerto, mentre, presentandosi un fatto come avvenuto – negli esempi testé citati: *membrum ruptum*, *iniuria facta*, *furtum factum* e *occisio*, *fraus facta* –, si astrae consapevolmente da qualsivoglia problema procedurale di accertamento. Là ove il legislatore prevede il caso generale e astratto del cittadino che *adorat furto* (nel senso che *agit furti*), la condizione espressa non integra gli estremi di una fattispecie sostanziale certa cui è subordinata l'irrogazione di una pena prevista all'imperativo (*talio esto*; *quinque poenae sunto*) o, comunque, la previsione di una data conseguenza (*iure caesus esto*; *sacer esto*). Per come è stato concepito, il carme incluso

[114] Cfr., sul punto, R. Westbrook, *The Nature*, cit., 75; F. Wieacker, *Die XII Tafeln in ihrem Jahrhundert*, in *Les origines de la République romaine*, Genéve, 1967, 299: Id., *Zwölftafelprobleme*, in *RIDA*, III, 1956, 472.

[115] Cfr. E. Yaron, *'Si adorat furto'*, cit., 511 s.

[116] Sul punto v., con letteratura, R. Fiori, '*Ea res agatur'*, cit., 97 s.

[117] Mi permetto di rinviare a C. Pelloso, *Studi*, cit., 135 ss., 152 ss., per la trattazione analitica delle modalità repressive del *furtum manifestum* aggravato, nonché a C. Pelloso, *Sacertà e garanzie processuali in età regia e proto-repubblicana*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2013, 110 ss., 121 ss., per la tesi secondo cui neppure dopo l'entrata in vigore delle XII Tavole la caduta in sacertà avrebbe implicato un previo giudizio cognitorio popolare.

in Tab. 8.16 non può contemplare, in altre parole, l'ipotesi di un cittadino che abbia subito un *furtum nec manifestum*, anche se ciò non significa affatto che la disposizione decemvirale non sia comunque relata a tale *genus furti*. Proprio per tale ragione, non sarebbe affatto da abbandonare l'integrazione, comunemente sostenuta in letteratura, dell'apodosi mediante la menzione della *duplio* (segno, per l'appunto, corrispondente alla *poena dupli* ricordata da Gellio e da Gaio come co-essenziale al regime sanzionatorio del furto non flagrante) e del *damnum decidere*, locuzione frequentemente impiegata dai giuristi romani classici in materia di *pactum de furto* (ossia di accordo compositivo tra ladro e derubato che *tollit* l'*actio furti* e, dunque, l'*obligatio furti*) e probabilmente indicativa, come già si è ampiamente apprezzato, nella cornice delle XII Tavole, della 'sostituzione (non pattizia) di una data conseguenza sanzionatoria di riferimento (il *damnum*) con un'altra (la pena pecuniaria del doppio)', come anche potrebbe confermare Tab. 12.3, ben noto modello per il superamento della lacuna testuale di Tab. 8.16[118].

Stando così le cose, sono ancora convinto, in definitiva, che sia al-

[118] Tab. 12.3: *si vindiciam falsam tulit, si velit is … tor arbitros tris dato; eorum arbitrio … fructus duplione damnum decidito.* Ora, secondo M. Talamanca, *Delitti*, cit., 87 s., il pagamento del doppio integrava gli estremi del prezzo del riscatto che poteva pagare per evitare conseguenze più gravose qualificabili come *vindicta* colui che *vindiciam falsam tulit* (probabilmente 'colui che produceva *in iure* una *res* diversa da quella rivendicata da controparte': ma v. R. Fiori, *'Ea res agatur'*, cit., 116 ss.). La facoltà di richiedere una procedura arbitrale per la determinazione della *poena* da parte dell'offensore stesso (*si velit is*) avrebbe permesso di sopportare una pena meno grave e pecuniaria di quella afflittiva cui sarebbe andato incontro senza arbitri (*fructus duplione damnum decideto*). Ebbene: se qui si tratta di una sostituzione subordinata alla volontà del delinquente (per esplicita determinazione del legislatore) tale per cui colui che *vindiciam falsam tulit* ottiene che il *damnum* (sanzione afflittiva prevista per il suo contegno illecito) venga meno (in questo senso sta il verbo *decidere*) attraverso la *duplio*, in Tab. 8.16 (che non contempla né una manifestazione di volontà del delinquente in tal senso, né il ricorso ad arbitri) la sostituzione del *damnum* con la *duplio* sarebbe subordinata all'errata qualificazione della fattispecie da parte dell'attore che deve sostituire la richiesta di *damnum* con quella di *duplio*. Come già rilevato, M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 561, ha congetturato una sovrapposizione ancora più ampia tra Tab. 8.16 e Tab. 12.3, assumendo che anche nella prima delle due *leges* si troverebbe, dopo le proposizioni '*si adorat furto*' e '*quod nec manifestum erit*', il tratto '*praetor arbitros tris dato; eorum arbitrio pro fure duplione damnum decidito*'.

quanto inappagante la lettura proposta dalla *communis opinio*, orientata a vedere consacrata nel versetto, nonostante le tortuosità, le peculiarità e le lacune, la disposizione decemvirale sanzionatoria con la *duplio* del *furtum nec manifestum* (in difetto di una composizione volontaria della vertenza)[119], poi dal pretore conservata e convertita formularmente[120].

---

[119] Cfr. M. Humbert, *La Loi des XII Tables*, cit., 560 s., che riassume nei termini espressi nel testo le posizioni di Hotman, Gotofredo e Dirksen, contro l'opzione di Math. Magnus secondo cui, invece, «la loi organise la transaction légale au double à defaut de la transaction volontaire». A questa seconda idea lo studioso sembra più vicino quando scrive che l'*actio furti* funziona come un autentico equivalente di una 'transazione estintiva': ma, dommaticamente, ciò trova grave ostacolo in Gai 3.90 e in Gell. 11.18.15 che, per l'appunto, discorrono – tutto all'opposto – di processo penale.

[120] In tal senso, come noto, v., da ultima, M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, cit., 592, nt. 195. Della formula pretoria contenuta in Gai 4.37 offre una dettagliata e convincente interpretazione R. La Rosa, *La repressione*, cit., 74 e nt. 55, 79 ss., 85, 89: *SI PARET <LVCIO TITIO OPE> CONSILIOVE DIONIS HERMAEI FILII FVRTVM FACTVM ESSE PATERAE AVREAE, QVAM OB REM EVM, SI CIVIS ROMANVS ESSET, PRO FVRE DAMNVM DECIDERE OPORTERET*. Attesane la *conceptio* (da integrare, in adesione a G. Baviera, *'Auctores'*, in *FIRA*, II[2], Firenze, 1940, 158, con *<LVCIO TITIO OPE>*, ossia col nome in dativo del derubato e l'ablativo di *ops*; ma v., oltre a O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'*[3], cit., 327, R. Stolmar, *Die 'formula' der 'actio furti nec manifesti' des Alleintäters*, Sindelfingen, 1989, *passim*; D. Mantovani, *Le formule nel processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*[2], Padova, 1999, 62 s.; K. Hackl, *Gaius 4.37*, cit., 134 ss.; P. Grzimek, *Studien*, cit., 175), il testo non sembra tale da permettere un'*interpretatio* per cui l'azione sarebbe indirizzabile sia all'autore del furto, sia al complice, come vuole invece una nutrita schiera di studiosi: cfr. O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'*[3], cit., 324 ss., che, non a caso, integrava il testo gaiano non solo con la menzione del derubato al dativo, *Lucio Titio*, e dell'ablativo *ope*, ma anche con il richiamo del *fur* principale: *a N^o N^o*; pensa, da ultimo, ad una duplice legittimazione passiva, P. Ferretti, *Complicità*, cit., 75 ss. (ma v. le opportune note critiche anche di A. Burdese, *Recensione* a P. Ferretti, *Complicità*, cit., 534 s.); l'impiego dell'azione contro l'autore principale emerge, del resto, anche dalla seguente ricostruzione di P. Grzimek, *Studien*, cit., 175: *si paret <Lucio Titio ope> consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Numerium Negidium pro fure damnum decidere oportet et rel.* Invero, l'uso indubbio dell'enclitica *-ve*, insieme alla forzatura testuale dell'inserzione di '*a N^o N^o*', può escludere nella formula che Gaio tramanda con *fictio civitatis* del *reus* ogni riferimento al caso di furto compiuto in proprio; per di più è Ulpiano in D. 47.2.19 pr. (*in actione furti sufficit rem demonstrari …*) a suggerire che l'azione di furto presenti una formula con *demonstratio* in senso tecnico, laddove se «die Einleitung eines Formelteils durch die Worte *si paret* regelmäßig Zeichen für die *intentio* ist», allora anche in Gai 4.37 «könnte man … an das Vorliegen einer *intentio* denken» (P. Grzimek, *Studien*, cit., 175; *contra*, per un uso tecnico di *demonstrari* in D. 47.2.19 pr. e per una *demostratio* introdotta da *si* in

A fronte delle aporie della voce festina, si potrebbe spiegare la singolare presenza di *adorare* (e non di *orare*), nonché l'uso della proposizione subordinata introdotta da *quod* e connotata dalla presenza del verbo *esse* al futuro indicativo (e non dall'ablativo *nec manifesto*), dandosi rilievo sia alla 'perfettizzazione' in senso momentaneo-ingressivo del composto *ad-orare*[121], sia all'attribuzione di un valore ipotetico-condizionale alla congiunzione *quod* (da non ritenere dunque, in concreto, un semplice

---

Gai 4.37, v. M. Wlassak, *Exkurs über die 'actio furti nec manifesti'*, in *Rechtshistorische Abhandlungen*, hrsg. E. Schönbauer, Wien, 1965, 198 ss.; U. Manthe, *Die 'libri ex Cassio' des Javolenus Priscus*, Berlin, 1982, 240; O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'*[3], cit., 329). Se, quindi, Gai 4.37 pone in alternativa tramite l'enclitica *-ve* i termini in ablativo *ops* e *consilium*, si sta riferendo alla sola ipotesi di concorso nel delitto, diversamente da Cic. *nat. deor.* 3.30.74, passo che, come si è già scritto, appare allusivo dell'antico formulario atto a perseguire più il ladro principale che il complice (*ope consilioque tuo furtum aio factum esse*). Tuttavia, la somiglianza tra le due strutture azionali potrebbe essere un dato idoneo a dimostrare soltanto che l'archetipo della particolare *formula* di *actio furti* riprodotta da Gaio, al netto della *fictio*, ancorché esperibile unicamente contro il complice, sarebbe stato proprio l'antico schema di azione volto a sanzionare il *fur nec manifestus* in proprio: il che sarebbe anche un chiaro indice della volontà del sistema di omologare il trattamento del complice a quello dell'autore principale in ipotesi di concorso materiale o morale. Dunque, pur cadendo uno dei supporti testuali per suffragare la tesi della promozione di una *legis actio sacramento* contro la *persona* del *fur* (ossia il dato della immediata vicinanza tra l'azione di furto citata in Cic. *nat. deor.* 3.30.74 e quella di Gai 4.37, quale *actio furti nec manifesti*, «und nur *nec manifesti*», per l'appunto ritenuta esperibile nei confronti e del complice e del reo principale), vi sarebbero ancora solidi appigli nel solo dettato ciceroniano; del resto, data la forte inverosimiglianza dell'impiego immediato della *manus iniectio* per il caso del *furtum nec manifestum* sostenuta da La Rosa, anche in assenza del passo del *de natura deorum* più volte citato sarebbe arduo pensare ad uno strumento processuale del sistema processuale antico diverso dalla *legis actio* sacramentale per accertare la commissione del furto semplice (illecito privo di quella 'circostanziazione' tale da rendere, in concreto, superflua una sentenza dichiarativa, come sarebbe accaduto, invece, per il *furtum manifestum*): cfr. sopra, nt. 98.

[121] A. Traina - G.B. Bernardi Perini, *Propedeutica*, cit., 214. *Adorare*, insomma, forma composta del semplice *orare*, significherebbe (facendosi leva sul già menzionato valore locativo-ingressivo di *ad-*) non semplicemente 'agire', bensì 'iniziare un'azione' (*ad-*), formulando solennemente (*orare*) dinanzi al (*ad-*) magistrato la solarità (l'essere manifesto) del furto subìto, onde ottenere l'*addictio* (ma l'azione viene solo iniziata in questo senso, donde l'impiego di *ad-*, giacché, in definitiva, il magistrato non ritiene essere integrata la circostanza aggravante): e ciò sarebbe inferibile, altresì, dal tenore dell'intero periodo (anzitutto dalla presenza della relativa e dal futuro *erit*) e dal significato 'esteso' di *agere*.

pronome relativo)[122]. A mente del significato primitivo di *damnum* (eterogeneo rispetto sia al concetto recato da *noxia* nelle XII Tavole sia a quello proprio di *damnum* dopo l'entrata in vigore della *lex Aquilia*)[123], il precetto potrebbe leggersi nei seguenti termini, pur nella consapevole congetturalità della soluzione[124]: 'se il derubato inizia un *iter* processuale preordinato alla repressione di un furto che, però, non risulterà manifesto' (ossia: nell'ipotesi in cui al magistrato la fattispecie dedotta alla sua attenzione appaia meno grave rispetto a quanto originariamente preteso dall'attore, non ritenendo egli integrati gli estremi della flagranza)[125], allora il derubato – non avendo alcun titolo per ottenere, oltre alla *verberatio*, l'*addictio* del ladro (se libero e pubere), oppure la sua *praecipitatio* (se schiavo e pubere) – novi (*decideto*) la richiesta di *damnum* (ossia la richiesta di sanzioni afflittive personali o corporali previste *ex lege* in Tab. 8.14 per il caso di furto flagrante) con quella di pagamento della *duplio* (ossia con quella della sanzione penale prevista *ex lege*, ma non direttamente da Tab. 8.16, per il caso di furto non flagrante)[126]. L'azione non si consumerebbe, ma dovrebbe continuare con

---

[122] F. Stolz - J.H. Schmalz, *Lateinische Grammatik. Laut- und Formenlehre. Syntax und Stilistik. Mit einem Anhang über Lateinische Lexicographie von F. Heerdegen*, München, 1910, 284 ss.; M. D'Elia, *Sull'uso di 'quod'*, cit., 191 ss.; in questo senso v., altresì, A. Watson, *'Si adorat furto'*, cit., 195.

[123] Cfr., sopra, §§ 2-6.

[124] Come già si evidenziava, sopra, al § 1 e, in particolare, alla nt. 5.

[125] Ancorché non si trovi scritto '*quod manifestum nec erit*', ben potrebbe la congiunzione *nec* negare il verbo *erit* e non l'aggettivo *manifestum*, come – avendosi riguardo ai primi esempi offerti in Fest. voce '*nec*' (Lindsay 158) – in *nec legit*, *nec scribit*, *nec escit*: se così è, allora, *furtum nec manifestum* non si troverebbe menzionato in Tab. 8.16 come autonomo «legal concept» o come «technical term» (e ciò contro il pensiero di A. Watson, *'Si adorat furto'*, cit., 194 s.).

[126] Non reputo sia altrettanto plausibile l'alternativa: 'se il derubato inizia un *iter* processuale preordinato alla repressione di un furto che, però, non risulterà manifesto, allora – in forza dello stesso provvedimento magistratuale – il ladro sia assoggettato non al *damnum*, ma alla *duplio*'. *Decidere* potrebbe avere come ipotetico soggetto il ladro, ma ciò non si armonizzerebbe con i significati di *damnum* e dello stesso verbo *decidere* (e, per di più, presupporrebbe che quanto di norma venisse fatto oggetto di una *legis actio sacramento in personam* fosse, a fronte e in forza di una *pluris petitio* attorea, oggetto di una mera cognizione magistratuale). Se così è come congetturato nel testo, ne consegue che risulta ulteriormente corroborata la tesi secondo cui nel processo civile repressivo del *furtum* si sarebbe indicata «einfach die vom Beklagten begangene Tat», senza alcuna menzione del *damnum decidere oportere*, locuzione che «gehörte … nicht in die Formel der *legis actio*», in quanto solo nel

petitum e *causa* mutati e, dunque, anche con forma rituale acconcia alla nuova configurazione della domanda.

10. *Conclusioni.*

Il presente studio ha preso le mosse sia dalla recente riaffermazione della differenza strutturale e funzionale tra *addictio furis* e *addictio iudicati*[127], sia dal dissenso contestualmente espresso circa la lettura congetturale di Tab. 8.16 che, nella mia monografia, avevo proposto in termini non dissimili a quelli rinvenibili alla fine del pregresso paragrafo[128]. Dopo aver qui approfondito il significato decemvirale di *damnum decidere* e di *adorare furto* – a integrazione dei precedenti studi sul furto e al netto di intemperanze, ingenuità ed azzardi che l'attuale rimeditazione del problema mi ha permesso di bypassare –, l'apparato argomentativo, vuoi ribadito vuoi precisato, non mi sembra soverchiamente inadeguato a giustificare i risultati raggiunti ora e allora, così come la connessione tra sostanza e procedura sottesa non mi pare inficiata da falle patenti di incoerenza.

I *carmina* decemvirali delineano un sistema in cui il legislatore getta i semi della dicotomia teorico-pratica 'delitto-crimine'. La pena per il furto manifesto è detta *capitalis* in quanto afferente, a seconda del suo *status*, al *caput* del ladro (inserendosi ciò nel processo storico che dalla

---

processo formulare le azioni *in ius conceptae* avrebbero contenuto «den Passus neben der Tatbeschreibung in der *intentio*» (M. Kaser - K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*[2], cit., 88, nt. 10).

[127] M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, cit., 595; così già C. Pelloso, *Studi*, cit., 135 ss. e, soprattutto, 192 ss.

[128] M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, cit., 595, nt. 223; C. Pelloso, *Studi*, cit., 260 s. Ritengo oggi, invece, eccessivamente azzardato anche solo ipotizzare che «l'impiego di *adorare* in luogo di *agere* faccia riferimento … al fatto che il rito attivato dal derubato non è un *lege agere sacramento*, ma – fuori dai tipi del processo civile – una formale richiesta (*adoratio*) all'autorità cittadina per ottenere in via di *coercitio* (pilotata dalla *notitia furti*) la 'condanna' del *fur*, consistente nella sua *addictio*», e, quindi, che, essendo «una cosa … l'"*adorare furto*', un'altra l'"*agere furti*'», in Cic. *nat. deor.* 3.30.74 si citi il '*furtum*' e non il '*furtum nec manifestum*, in quanto l'oratore, «riproducendo la battuta iniziale della *legis actio (sacramento in personam) furti*» non doveva «specificare ulteriormente il tipo di delitto mediante l'apposizione dell'aggettivo *nec manifestum*», atteso che «menzionare la procedura sopraddetta (e non quella del-

vindicta perviene all'*obligatio poenae*)[129], e il furto stesso è qualificato come *crimen* o come *scelus*[130]: il medesimo magistrato ordina – sempre e comunque per i puberi – la fustigazione, nonché dispone l'*addictio* o fa precipitare lo schiavo, in forza di un potere eterogeneo rispetto a quello afferente all'ipotesi di persecuzione del furto semplice, procedimentalizzata in seno ai riti del *lege agere*[131]. Si tratta, rispetto allo stadio vindicativo puro (purché nel rispetto dei prerequisiti formali stabiliti dal legislatore)[132], di un passo fondamentale lungo il cammino verso un più moderno ordine repressivo; un cammino già iniziato dai decemviri anche con riguardo ad altri illeciti a persecuzione privata e vulnerativi di interessi non collettivi.

Talora, le XII Tavole individuano, infatti, comportamenti meritevoli sia di un interessamento degli organi della *civitas* (diversamente declinabile in termini di delibazione oppure di cognizione), sia di una compressione della primitiva *vindicta* che, attenuata come sanzione afflittiva ad esempio nelle forme della *talio* o della *addictio*, rispettivamente, per la *ruptio membri* e per il *furtum manifestum*, era generalmente qualificata in termini di *damnum* nella terminologia decemvirale ampiamente studiata da Servio Sulpicio Rufo. L'alternativa al *damnum* rappresentata da una *pactio* totalmente libera tra le parti circa l'*an* e circa il *quantum* era espressamente contemplata dai decemviri, ma, se per la *ruptio membri*

---

l'*adorare addictionis causa*) escludeva, in concreto, che si stesse trattando di (una procedura per la persecuzione di) un furto flagrante» (così invece, seppure come mera speculazione, C. Pelloso, *Studi*, cit., 260, nt. 289, 261).

[129] Gai 3.189.

[130] Gai 3.197; 3.208, 4.178; Serv. *in Virg. Aen.* 8.205; Isid. *etym.* 5.26.19.

[131] Il furto manifesto sarebbe da ritenersi un illecito a persecuzione privata represso, non con la pura *vindicta*, non con la *talio* (in eventuale alternativa con la composizione penale), non nelle forme dell'*agere lege*: bensì con una modalità avente caratteri propri sia della più antica 'ragion fattasi' sia del più progredito agire procedimentalizzato. In altre parole, se Tab. 8.2 testimonia l'esercizio della *talio* contro colui che *membrum rupit* (in assenza di composizione volontaria), tacendo in merito ai profili processuali (cognitori ed esecutivi), Tab. 8.14 consacra un caso in cui la natura afflittiva della sanzione è ancora vitale e, pur non essendo ancora del tutto procedimentalizzate in senso privatistico le modalità secondo cui il derubato trova soddisfazione e il ladro è reso responsabile, viene espressamente richiesto un intervento magistratuale di autorizzazione all'esecuzione della *vindicta*, sempre che non intervenga il *de furto pacisci*.

[132] Tab. 8.12-13.

essa ci è stata tradita nella formulazione legislativa[133], per il *furtum* ci giunge solo filtrata dall'opera dei giuristi[134].

Talaltra le XII Tavole prevedono illeciti per cui, in alternativa alla conseguenza legislativa del *damnum*, la *poena* (ossia il convenzionale 'prezzo del riscatto') è ad ammontare predeterminato (come è, verisimilmente, per il caso di *os fractum*)[135].

---

[133] Tab. 8.2. L'idea che «l'accordo sulla pena spiegasse un'efficacia estintiva della *vindicta* solo a condizione che il pagamento della somma fosse effettivamente eseguito, senza produrre perciò alcuna obbligazione», di modo che «il mancato pagamento della pena infatti avrebbe comportato la soggezione alla pena afflittiva» non mi persuade (così M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, cit., 574, seppur in alternativa all'ipotesi secondo cui «la *pactio* fosse un accordo produttivo di *obligatio* con i caratteri della *poenae obligatio* classica … consistente nel pagamento di una somma di denaro sostitutiva della *talio*»; v., nel primo senso, anche R. Cardilli, *'Damnatio'*, cit., 93, nt. 31). Mi sembra infatti che sia lo stesso periodare di Tab. 8.2 ad escludere tale ricostruzione: il taglione è, infatti, previsto come conseguenza del *membrum ruptum* in assenza di *pactum*, di modo che è, almeno dal punto di vista formale, la sola presenza del *pactum* (e non l'esecuzione dello stesso) ad estinguere il diritto dell'offeso alla vendetta limitata e a novarlo con la *poena*-ποινή.

[134] Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.14. E tale silenzio ben può essere indizio a favore della tesi secondo cui Tab. 8.16 non include la disposizione direttamente sanzionatoria del furto non flagrante.

[135] Prendendo in esame l'evoluzione che ha condotto dalla vendetta alla *obligatio poenae* (Iul. 22 *dig.* D. 47.2.57 pr.), con le tappe intermedie della *talio* pura, della *talio* con l'alternativa di una 'composizione pecuniaria non prefissata' (cfr. Tab. 8.2 per il *membrum ruptum*), della composizione obbligatoria (cfr. il riferimento alla *duplio* in Tab. 8.16 per il furto non flagrante), a mente di Cato *orig.* 81 (*si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*), passo assai valorizzato da M. Talamanca, *Delitti*, cit., 82 ss., e riferito al regime decemvirale (ma v., sul punto, anche C. Pelloso, *Studi*, cit., 207 s., 252), allora si potrebbe concepire, con riguardo almeno a Tab. 8.3 (*os fractum*), la *poena* dei trecento e dei centocinquanta assi (Gai 3.223; Gell. 20.1.32; Coll. 2.5.5) non tanto in termini di stadio ultimo della sopraddetta evoluzione, quanto in termini di 'composizione pecuniaria' di entità già prefissata, a differenza del caso di *ruptio membri* e di *furtum* l'ammontare delle cui *poenae* private era invece lasciato interamente al *pactum* delle parti. Se, insomma, lo schema è quello ruotante attorno alla figura di un accordo 'novativo', unitario ancorché differenziato (ossia patto a contenuto libero, patto a contenuto predeterminato: diversamente, v. B. Biscotti, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giulianeo*, Milano, 2002, 27 ss.), allora la recente ricostruzione dommatica proposta da R. Cardilli, *'Damnatio'*, cit., 92 s., e accolta, con qualche riserva, da M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, cit., 574 s., in termini di 'onere di riscatto' in capo all'offensore (ossia di «onere del responsabile se vuole evitare la sanzione corporale prevista») credo sia da sostituire, con riguardo al caso di *os fractum*, con quello di un 'obbligo di accettazione da parte del-

Talaltra ancora gli illeciti decemvirali paiono già funzionare come fonti di una 'composizione pecuniaria obbligatoria', ossia quale *causa* di *obligatio* (come è, quasi certamente, per il furto non manifesto represso con la *duplio*)[136].

In questo contesto generale, Tab. 8.16 non si occuperebbe direttamente, come disposizione sanzionatoria, del furto non flagrante. Il legislatore nella proposizione introdotta da *si* e in quella introdotta da *quod* contemplerebbe – con riguardo all'illecito generale del *furtum* le cui circostanziazioni specifiche impattano sulla severità e sulla natura della pena principale (*addictio*, da un lato, e *duplio*, dall'altro) – il caso particolare di un derubato che, integrando *pluris petitio*, faccia valere dinanzi al *praetor* (*adorat*) un *furtum* che però non viene delibato, contrariamente alle istanze attoree, come flagrante (*quod nec manifestum erit*). Il legislatore allora, stando all'apodosi integrata sulla scorta di Tab. 12.3 (*duplione damnum decideto*), imporrebbe al derubato di convertire dinanzi lo stesso magistrato la procedura tesa alla irrogazione del *damnum* e in prima battuta messa in moto in quella diretta all'accertamento dei fatti e, con impostazione sacramentale della vertenza, alla 'condanna' alla *duplio* del ladro.

---

l'offeso' della proposta compositiva dell'offensore se coincidente con la somma determinata *ex lege*.

[136] Gell. 11.18.15; Gai 3.190; ma v. pure Tab. 8.16.