

MARCO ANTONIO FENOCCHIO

IL MOMENTO GENETICO E L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI *FURTUM* IN
DIRITTO ROMANO.

'*DETRAHERE ALTERI ALIQUID*'. PER UNA RICOSTRUZIONE STORICA DEL
DELITTO DI FURTO: GENESI, SVILUPPI, VICENDE.

ABSTRACT

The work analyzes the original notion of theft in Roman law at the time of twelve tables (450 B.C.) and its subsequent extentions (in a phase of this development several facts were submitted to the punishment provided for theft, such as damage, receiving of stolen goods, fraud, robbery and many others). The author deals also with the principal facets related to juristic elaboration of furtum until the 3rd century.

Il lavoro analizza la nozione originaria di furto in diritto romano al tempo delle dodici tavole (450 a.C.), e le sue successive estensioni (in una certa fase di questo sviluppo diversi fatti erano puniti con la sanzione prevista per il furto, come ad esempio danneggiamento, ricettazione, truffa, rapina e ancora molti altri). L'autore tratta anche i principali aspetti relativi alla elaborazione giuridica del furtum fino al III secolo d.C.

CAPITOLO PRIMO

PROFILI IDENTITARI E DISCRIMINANTI DEI FATTI DI FURTO

IN DIRITTO ROMANO.

PROBLEMI DI FONDO.

SOMMARIO: 1. Tutela dell'integrità del patrimonio e nozione originaria del furto. L'originaria indistinzione delle *causae delicti* nei mezzi di tutela processuali rappresenta un indice della notevole inclusività della prima nozione di *furtum*. - 2. Recezione del *ius naturale*. Valenza ricognitiva della disciplina giuridica del *furtum*. In particolare, l'innaturalità del '*detrahere alteri aliquid*' nel sistema di valori di Cic. de off. 3.5.21-23 rispetto ad ogni altra offesa che possa '*corpori accidere*'. - 3. Il *furtum* come delitto antipatrimoniale. Rapporti con la *nox* in contrapposizione ai delitti contro la persona. - 4. La primitiva interferenza con ipotesi di '*Sachbeschädigung*'. - 5. *Furta* e fatti di frode. Riflessioni sulle ipotesi ricostruttive di F. Haymann. - 6. Ricettazione e furto. Specifica considerazione dei due ambiti nell' '*Eigentum und Besitz*' di M. Kaser. - 7. La rapina e il *furtum*, due cerchi concentrici. Cenni alla '*regola di Dernburg*' nella ricostruzione fornita da O. Behrends - 8. Cenni sul '*Schutzgut*' nel delitto privato di *furtum*. Considerazioni sulla tesi di O. Behrends: in particolare le due polarità della '*custodia - Haftung*' e dell' '*eigene Nutzungsinteresse an der Sache*'. Le tesi di S. Perozzi e R. Astolfi sulla lesione di una situazione possessoria giuridicamente rilevante. - 9. Continua: la '*Lösung*' del *furtum* in due azioni nel passo di Giavoleno 4 *ep.* D. 47.2.75(74), in confronto a Gai 3.203. - 10. La dicotomia è confermata da Giuliano 3 *ex Minicio* D. 47.2.60(59). Il fatto che il comodatario potesse eccezionalmente tutelarsi contro il comodante ladro presuppone la dicotomia tra '*Sachwert*' e '*Nutzungsinteresse*', essendo pregiudiziale alla separata considerazione dei due ambiti l'aver ritagliato autonomi e giuridicamente rilevanti '*Verwendungen*' di uno specifico interesse alla conservazione. - 11. Il discorso è corroborato dal notissimo passo di Pomponio D. 47.2.77.1, relativo a un furto commesso ai danni di un ladro. Nell'ottica serviana il *prior fur* è abilitato all'esperimento dell'*actio furti* anche in assenza di una *honestas causa*.

1. Tutela dell'integrità del patrimonio e nozione originaria del furto.
L'originaria indistinzione delle *causae delicti* nei mezzi di tutela processuali rappresenta un indice della notevole inclusività della prima nozione di *furtum*.

Il concetto di *furtum*¹ si è sviluppato in diritto romano lungo linee di significato eterogenee, rendendo difficile la delimitazione dell'esatto perimetro di questa importante fattispecie delittuosa.

□

¹) Per la configurazione generale del *furtum*, uno dei quattro *delicta* perseguibili con gli strumenti offerti dal processo privato, e ciononostante implicante rilevanti momenti di importanza pubblicistica, si vedano P. RÜTTELIUS, *De furtis et vi bonorum raptorum*, Tubingae, 1589, J. M. CRONENBURGER, C. KNIPPINCK, *Positiones ex Tit. ff. C. et Inst. de furtis et vi bonorum raptorum*, Coloniae Agrippinae, 1590, che sono forse, almeno a quanto ci consta, le prime monografie di diritto romano sullo specifico argomento dell'età moderna, seppure con riferimento al *Codex* e alle *Institutiones* giustiniane, A. FABER, *Obiecti iuris secundi, disputatio XVII de furtis, vi bonorum raptorum et l. Aquilia*, Halae Saxonum, 1597, J. BARTER, Z. OPPERMANN, *Disputatio nona de actionibus furti, conditione furtiva, et vi bonorum raptorum*, Helmstedt, 1600, J. STELLWAG, H. SALMUTH, *De furtis*, Altorfii, 1612, L. ISEL, *Conclusiones de furtis*, in «Volumen disputationum iuridicarum selectorum», II, Basileae, 1617, J. G. SCHILL, *Positiones iuridicae de furtis*, Argentorati, 1622, W. BONAVENTURA, *De privatis delictis et nominatim de furtis*, Tubingae, 1628, S. FLACH, J. L. MIEG, *De furtis*, Argentorati, 1629, J. H. SPRENGER, *De poena furti*, Groningae, 1637, M. PAPKE, *Disputatio iuridica de furtis*, Rostock, 1638, M. ROEVER, *De furtis*, Jenae, 1638, J. MEHLBAUM, *Disputatio inauguralis de delictis et imprimis de furtis*, Helmestadii, 1651, C. S. HENNING, *Dissertatio iuridica: de furtis*, Jenae, 1657, J. C. FALCKNER, J.-D. FEYERABEND, *Disputatio iuridica de furtis in genere*, Jenae, 1664, P. F. ROMANUS, J. F. LISCHKE, *De furtis*, Lipsiae, 1670, A. G. HIENTZKEN, *Disputatio iuridica inauguralis: de furtis*, Rinteln, 1673, C. YPELAER, *Disputatio iuridica inauguralis de furtis*, Lugduni Batavorum, 1697, N. DE JONGH, *Disputatio iuridica inauguralis de furtis*, Franequerae, 1700, T. HAYDRICH, *Disputatio iuridica inauguralis de furtis*, Duisburg, 1709, H. PRINS, *Disputatio iuridica inauguralis de furtis*, Lugduni Batavorum, 1713, C. WILDVOGEL, *Disputatio inauguralis iuridica de furtis impropriis*, Jena, 1714, J. B. BUSCH, *Disputatio iuridica de furtis*, Heidelberg, 1717, G. BLAEUHULK, *Disputatio de furtis*, Lugduni Batavorum, 1718, M. GRASS, S. J. VON KAPFF, *De delictis privatis in specie furtis eorumque poenis*, Tubingae, 1718, E. R. HUYGHENS, *Disputatio iuridica de furtis*, Lugduni Batavorum, 1723, J. C. SALIG, C. C. JACOBI, *De poena furti rei incertae aestimationis*, Lipsiae, 1726, J. H. VAN PANHUIJS, *De furtis*, Lugduni Batavorum, 1731, A. V. LEYSER, *De actione furti prohibiti*, Eichsfeld, 1734, J. C. VAN DEN STEEN, *Disputatio iuridica inauguralis de furtis*, Harderovici, 1739, B. DUTRY, *De furto rei minimae*, Lugduni Batavorum, 1750, G. N. OLDENZELL, *Disputatio iuridica inaugurale de furtis*, Lugduni Batavorum, 1751, J. G. HEINECCIUS, *Antiquitatum romanarum iurisprudentiam illustrantium syntagma secundum ordinem institutionum Iustiniani*, Basileae, 1752, p. 616 ss., J. LULOFS, J. MIDDELBEEK, *Dissertatio iuridica inaugurale de*

□

furtis, Lugduni Batavorum, 1755, P. W. SCHMID, *De effectu possessionis et custodiae circa furtum illiusque poenam ad illustrandum articul. CLXX. Const. Crim. Caroli V*, Jena, 1756, A. MATTHAEUS, *Commentarius ad libros XLVII et XLVIII Dig. De criminibus*, Antwerp, 1761 (facilmente accessibile, nell'edizione indicata, per la traduzione in inglese con testo originale a fronte *A. Matthaei, On crimes: a commentary on books 47 and 48 of the Digest, edited and translated by M. L. HEWETT e B. C. STOOP*, Pretoria, 1993), G. S. WIESAND, C. A. SCHLOCKWERDER, *De poena furti varia*, Vitebergae, 1789, G. A. K. KLEINSCHROD, *Specimen inaugurale de furti vere talis notis characteristicis, consummatione atque supplicio*, Wirceburgi, 1792, A. F. J. THIBAUT, *Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts*, I, Jena, 1798, p. 35 ss., C. D. ERHARD, C. F. GÜNTHER, *De furti notione per leges constituta adcuratius definienda*, Leipzig (Tauchnitz Verlag), 1806, E. KLIEN, *Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls*, I, Nordhausen, 1806, J. L. BECK, *De vera furti consummati notione*, Lipsiae (Ackermann Verlag), 1809, D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones in libros XLVII et XLVIII Digestorum exhibentes jurisprudentiam criminalem ad usum fori batavi applicatam (duce Cornelio Van Eck) et in novum codicem criminalem*, 1809, I, curr. B. BEINART, P. VAN WARMELO, rist. Cape Town-Wynberg-Johannesburg, 1969, p. 42 ss., J. J. U. STERLING, *De furtis*, Lugduni Batavorum, 1809, P. G. SEVENSTERN, *Specimen juridicum inaugurale, quo constituatur atque illustretur furti notio*, Groningae (Römenlingh), 1810, C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, XIII, Erlangen, 1811, p. 211 ss., J. G. RANFT, *Spicilegium ad legem decemviralem de poena furti concepti*, Lipsiae, 1819, F. K. ROSSHIRT, *Über den Begriff des römischen furtum und des deutschen Diebstahl*, in «Neues Archiv des Kriminalrechts», III, Halle, 1820, p. 73 ss., K. A. BREHM, *De furtis impropriis*, ohne Ort, 1822, G. G. H. VAN IMHOFF, *De furtis ad XII Tabulas et Institutiones, cum Gaii tum Iustiniani*, Groningae, 1824, TH. MAREZOLL, *Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen aus dem Gebiete des Civilrechts, § 1 I.4.4 (furtum possessionis)*, in «Archiv für die civilistische Praxis», Heidelberg, VIII, 1825, pp. 284-285, C. G. V. WÄCHTER, *Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts*, II, Stuttgart, 1826, p. 265 ss., Æ. FORCELLINI, *Totius Latinitatis Lexicon*, Patavii, 1827, p. 458 sv. 'furtum', TH. HEPP, *Versuche über einzelne Lehren des Criminalrechts*, Heidelberg, 1827, p. 116 ss., R. HUBE, *De furtis doctrina ex iure romano explicata*, Warschau, 1828, K. BUCHER, *Das Recht der Forderungen nach den Grundsätzen des justinianeischen Rechts*, Leipzig, 1830, p. 428 ss., H. LUDEN, *De furti notione secundum ius romanum*, Jena, 1831, A. A. V. BUCHHOLTZ, *Über den Begriff des possessionis furtum*, in «Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechts», nr. 26, Königsberg, 1833, W. ABEGG, *Beiträge zur Lehre vom manifestum furtum*, in «Neues Archiv des Kriminalrechts», XIV, Halle, 1834, p. 430 ss., C. F. DOLLMANN, *Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts*, Kempten, 1834, A. C. HOLTJUS, *Over de ware definitie van furtum in het Romeinsch regt*, in «Bydragen tot regtsgeleerdheid», I, 1834, p. 34 ss., W. ABEGG, *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt an der Orla, 1836, p. 448 ss., A. TH. WÖNIGER, *Prinzip des justinianischen Rechts vom furtum*, Berlin, 1838, A. G. DRABBE, *De furto domestico*, Lugduni Batavorum, 1838, J. F. L. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, II, Göttingen, 1839, p. 547 ss., F. K. ROSSHIRT, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, II, Stuttgart, 1839, p. 273 ss., ZIRKLER, in «Neues Archiv des Kriminalrechts», Neue Folge, 1840, p. 509 ss., J. D. H. TEMME, *Die Lehre vom Diebstahl nach preussischem Recht mit einem Anhang enthaltend die Bestrafung des Diebstahls nach der Praxis des königlichen Criminal-Gerichts der Residenz Berlin*, Berlin, 1840, G. W. WETZELL, *Lex XII Tabularum de rerum furtivarum usucapione*, diss.

□

Marburg, München, 1840, P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechtes*¹³, Giessen, 1840, p. 436 ss., ZIRKLER, in «Neues Archiv des Kriminalrechts», 1841, p. 497 ss., A. TH. WÖNIGER, *Die Theorie des römisch-justinianischen Rechts vom furtum*, Berlin (Neudorff), 1841, TH. MAREZOLL, *De vera natura furti actionis adversus nautas, caupones et stabularios*, Lipsiae, 1842, I. M. F. BIRNBAUM, *Beiträge zur näheren Erörterung des römischen Begriffs von furtum*, in «Neues Archiv des Kriminalrechts», Neue Folge, 1843, p. 1-26, 149-169, W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, Leipzig, 1844, p. 293 ss., C. G. VON WÄCHTER, Artikel ‚Diebstahl‘, in «Julius Weiske’s Rechtslexikon», III, Leipzig, 1844, p. 354 ss., M. DES AMORIE VAN DER HOEVEN, *De furtis ex iure XII tabularum*, Amstel, 1845, F. PRINZ, *De notione furti*, Berlin, 1848, A. G. HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Braunschweig, 1854, p. 497 ss., C. W. BLEICH, *Doctrina furtorum servilium iure Romano*, diss. Halle-Wittenberg, 1857, N. HANDJERY, *De furtis pro diversitate probationum varie punitis*, Leipzig, 1857, C. R. KÖSTLIN, *Abhandlungen aus dem Strafrechte* (besprochen von GESSLER), Tübingen, 1858, p. 192 ss. e 221 ss., G. H. E. HEYDEN-LINDEN, *De furti notione et generibus*, Bonn, 1865, E. S. GRABOWSKI, *Furtum secundum diversas in iure romano disciplinas quomodo tractandum sit, exponitur*, Berlin, 1865, H. MOLL, *De natura furti ex iure romano. Dissertatio inauguralis*, Berlin, 1865, K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, III, Marburg-Leipzig, 1863, § 679, F. L. V. KELLER, *Pandekten. Vorlesungen*², II, Leipzig, 1867, p. 133 ss., E. ULLMANN, *Über den dolus beim Diebstahl*, Mannheim, 1870, K. DICKEL, *Thatbestand des Diebstahls*, Berlin, 1877, A. ROSENBERGER, *Über das furtum nach klassischen römischen Recht, insbesondere über das animus lucri faciendi*, Zürich, 1879, C. BACHEM, *Der Unterschied zwischen dem furtum des römischen Recht und deutschen Diebstahl*, Köln, 1880, F. P. GULLI, *Del furto manifesto nel diritto romano*, in «AG.», 25, 1880, pp. 46-87, J. E. KUNTZE, *Exkurse über römisches Recht*, Leipzig, 1880, p. 146 ss., M. COHN, *Beiträge zum römischen Recht*, II, 1880, p. 1 ss., C. G. V. WÄCHTER, *Pandekten*, II, Leipzig, 1881, p. 488 ss., A. DESJARDINS, *Traité du vol dans les principales législations de l’antiquité et spécialement dans le droit romain*, Paris, 1881, TH. MAREZOLL, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, 1881, p. 364 ss., M. PAMPALONI, *Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto*, in «AG.», 28, 1883, p. 156 ss., R. PASCAUD, *Du furtum en droit romain: de la récidive en droit français*, Paris (Sancerre), 1883, TH. SCHIRMER, *Zur Lehre vom furtum*, in «ZSS.», 5, 1884, p. 207 ss., G. LEVY, *De l’action furti: droit romain*, Paris, 1885, A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung furtum rei ipsius furtum usus furtum possessionis*, Tübingen, 1886, E. PFERSCHÉ, *Privatrechtliche Abhandlungen*, Erlangen (Deichert), 1886, *passim*, A. VERALLI, *Le istituzioni del diritto romano*, Napoli, 1887, p. 326 ss., F. P. GULLI, *Del furtum conceptum secondo le XII Tavole e la legislazione posteriore*, in «AG.», 33, 1888, pp. 107-159, E. LANDSBERG, *Das furtum des bösgläubigen Besitzers. Eine kritische Studie*, Bonn, 1888, E. STAMPE, *rec. a LANDSBERG, Das furtum*, cit., in «ZSS.», 9, 1888, pp. 432-436, M. PAMPALONI, *La complicità nel delitto di furto*, in «Studi senesi», XIV, 1889, pp. 19 ss. e 197 ss., É-M. BÉCHET, *Des actions furti et vi bonorum raptorum*, Paris, 1891, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano ne’ suoi rapporti colla teoria del possesso*, in «AG.», 47, 1891, p. 423 ss., M. PAMPALONI, *Il furto improprio e la teoria del possesso*, in «Studi senesi», IX, 1892, pp. 235 ss. e 311 ss., ID., *Continuazione e ripetizione di furto*, in «Studi senesi», IX, cit., p. 371 ss., ID., *Furto di possesso e furto di uso*, in «Studi senesi», X, 1893, p. 145 ss., E. HÖLDER, *Institutionen des römischen Rechtes*³, Freiburg-Leipzig, 1893, p. 233 ss., H. LAMMASCH, *Diebstahl und Beleidigung*, Wien, 1893, B. TÖBBEN, *Diebstahl an Erbschaftsachen*, Göttingen,

□
 1893, C. H. MONRO, *De furtis: translated with notes*, Cambridge university press, 1893 (=ID., *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge, 1927), G. LABICHE, *De l'action furti*, diss. Paris, 1893, CH. H. BRINCK, *Das furtum usus*, diss. Erlangen, Bonn, 1895, C. R. v. CZYHLARZ, *Lehrbuch der Institutiones des römischen Rechtes*³, Prag-Wien-Leipzig, 1895, p. 201 ss., P. W. HALLENSLEBEN, *Das vitium furti und seine purgatio im römischen Recht*, diss. Erlangen, 1895, J. BARON, *Pandekten*⁹, Leipzig, 1896, p. 569 ss., CH. DAREMBERG, E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, II, Paris, 1896, p. 1421 ss. sv. 'furtum', H. F. HITZIG, in «Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht», IX, 1896, p. 23 ss., H. LEZIUS, *Zur Lehre von furtum usus (inwieweit ist auf einzelne Fälle des furtum usus die actio iniuriarum anwendbar?)*, Greifswald, 1897, S. SCHLOSSMANN, *Zur Erklärung von l. 33 de a. v. o. poss. 41,2 : ein Beitrag zur Lehre vom furtum*, in «ZSS.», 18, 1897, p. 196 ss., TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, rist. Graz, 1955, p. 733 ss., M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Stuttgart, 1899, p. 966 ss., E. EWALD, *Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung*, Rostock, 1900, M. PAMPALONI, *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto: 'actiones furti utiles'*, in «Studi senesi», XVII, 1900, pp. 149 ss. e 253 ss., O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 774 ss., C. FERRINI, sv. *Esposizione storica del diritto penale romano*, in «Enciclopedia del diritto penale italiano a cura di E. PESSINA», I, 1902, p. 177 ss., H. F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom furtum*, in «ZSS.», 23, 1902, p. 315 ss., A. QUARITSCH, *Institutionen und Rechtsgeschichte. Kompendium des römischen Privatrechts und Zivilprozesses*, Berlin, 1904, p. 233 ss., M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. IV. Das Gesetz der Zwölftafeln über den fur manifestus*, in «ZSS.», 25, 1904, p. 95 ss., M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, in «BIDR.», XII, 1908, pp. 205-211, F. MESSINA VITRANO, *Note intorno alle azioni 'in factum' di danno e di furto, contro il nauta il caupo lo stabularius*, Palermo, 1909, H. F. HITZIG, sv. *Furtum*, in «PWRE.», VII.1, Stuttgart, 1910, p. 384 ss., E. DAMEROW, *Das furtum possessionis im römischen und heutigen Recht*, Bromberg, 1912, W. MERTENS, *Die Einwirkung des furtum usus auf die Besitzverhältnisse*, Halle, 1912, G. KLEINFELLER, sv. *Rapina*, in «PWRE.», I.1, 2 Reihe, Stuttgart, 1914, p. 233 ss., per quanto di ragione, F. OLLENDORFF, *Die Wegnahme von Sparkassenbüchern zum Zwecke der Erhebung von Teilbeträgen (Ein Beitrag zur Lehre vom Diebstahl, insbesondere vom furtum usus, vom Betrüge und von der Verbrechenkonkurrenz)*, Breslau, 1914, P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain I. Les sources*, Lyon-Paris, 1915, ID., *L' 'animus lucri faciendi' dans la théorie romaine du vol*, in «NRH.», 42, 1918, p. 73 ss., L. DEBRAY, rec. a HUVELIN, *Études*, cit., in «NRH.», 45, 1921, pp. 292-312, F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, in «RHD.», 46, 1922, p. 442 ss.= ID., *Études de droit romain*, Paris, 1931, p. 137 ss., 217 ss., E. RABEL, rec. a DE VISSCHER, *Études*, cit., in «ZSS.», 52, 1932, p. 473 ss., M. BUURMANN, *Die Strafbarkeit des furtum usus (Gebrauchsanmassung)*, diss. Göttingen, 1923, C. ARNÒ, *L'elaborazione della teorica del furto nella scuola serviana*, in «Rivista di diritto e procedura penale», Milano, 1924, p. 5 ss., V. ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*, in «Al Qanoun Wal Iqtisad», II, 1932, p. 109 ss. (= *Rariora*, Roma, 1946, rist. Camerino 1970, p. 197 ss. e *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, p. 371 ss.), VIR, II, Berlin, 1933, c. 975 ss., F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Recht*, München, 1934, pp. 32 e 47, A. STEINSIEK, *Das furtum usus*, diss. Erlangen, Düsseldorf, 1936, S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1938, p. 390 ss., E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandmerkmal des furtum*, in «SDHI.», 4, 1938, p. 99 ss., E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, in «AUBA.», II, 1939, p. 107 ss., F. H. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2*

□

De furtis, Cambridge, 1940, G. FRANKE, *Das furtum possessionis* (§ 289 RStGB.). *Eine rechtshistorische Studie*, Berlin, 1941, diss. Breslau, 1943, M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar, 1943, p. 36 ss., K. KAGAN, *Furtum and usufructus*, in «Tulane Law Review», 21, 1946-1947, p. 390 ss., R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, II Les obligations*⁴, Paris, 1948, p. 46 ss., M. KASER, *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 213 ss., J. P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Diefstal en, in verband daarmee, bedrog in die Romeins-hollandse Reg*, 1949, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, in «ZSS.», 67, 1950, p. 185 ss., F. HERNANDEZ TEJERO, *Sobre la represión del 'furtum'*, in «Información jurídica», 28, 1950, p. 317 ss., H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1952, p. 170 ss., B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in «AUPA.», 23, 1953, p. 5 ss., citato nel testo come *La nozione I*, A. BERGER, sv. *Furtum*, in «Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Transactions of the American Philosophical Society», Philadelphia, 1953, p. 480, W. W. BUCKLAND, *A Manual of Roman Private Law*², Cambridge, 1953, p. 318 ss., P. W. DUFF, *Furtum and larceny*, in «The Cambridge Law Journal», 1954, pp. 86-88, R. TAUBENSCHLAG, *The Law of greco-roman Egypt in the Light of the Papyri*², Warszawa, 1955, p. 452 ss., R. W. LEE, *The Elements of Roman Law with a translation of the Institutes of Justinian*⁴, London, 1956, pp. 378 e 385, GIANN. LONGO, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, in «Studi P. De Francisci», III, Milano, 1956, p. 249 ss. (=ID., *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, p. 571 ss.), B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in «AUPA.», 25, 1957, p. 5 ss., citato nel testo come *La nozione II*, ID., *La nozione del furtum nell'elaborazione dei giuristi romani*, in «Jus», 9, 1958, p. 315 ss., R. POWELL, *Furtum by a finder*, in «Tulane Law Review», 33, 1959, p. 509 ss., A. WATSON, *The definition of furtum and the trichotomy*, in «TR.», 28, 1960, p. 197 ss., R. BONINI, *D. 48.19.6 (Claudius Saturninus 'de poenis paganorum')*, in «RISG.», 1961, p. 119 ss., J. GAUDEMET, *À propos du 'furtum' a l'époque classique*, in «Labeo», 7, 1961, p. 7 ss., W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, Cambridge, 1963, p. 576 ss., J. A. C. THOMAS, *Some observations on furtum*, in «RTK.», 10, 1963 (Mélanges Płodzień), p. 153 ss., A. WATSON, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 220 ss., G. FLORIS MARGADANT S., *El Derecho Privado Romano como introduccion a la cultura juridica contemporanea*³, México, 1968, p. 420 ss., C. ST. TOMULESCU, *Die Rolle der actio furti concepti in F. De Visschers Anschauung*, in «RIDA.», 15, 1968, p. 445 ss., D. PUGSLEY, *Furtum in the XII Tables*, in «The Irish Jurist», 4, 1969, p. 139 ss., A. WATSON, *The Law of the ancient Romans*, Dallas, 1970, p. 76 ss., H. J. WOLFF, *Condictio ob causam datorum, furtum, aquilische Haftung: ein exegetischer Versuch*, in «Sein und Werden im Recht. Festgabe Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag», Berlin, 1970, p. 537 ss., M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, p. 157 ss. e 614 ss., D. PUGSLEY, *The plaintiff in the 'actio furti'*, in «Acta juridica», 1971, *passim*, P. J. VERDAM, *D. 13.7.13 pr. – a case of furtum?*, in «Flores legum H. J. Scheltema oblati», Groningen, 1971, pp. 193-199, C. R. SNYMAN, *Die animus lucri faciendi en die toe-eieningsbegrip by diefstal: n' regvergeelykende studie*, Bloemfontein, 1972, B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, rist. 1972, Milano, p. 523 ss., H. F. JOLOWICZ, B. NICHOLAS, *Historical introduction to the study of roman law*³, Cambridge, 1972, p. 167 ss. e 274 ss., P. BIRKS, *A note on the development of furtum*, in «The Irish Jurist», 8, 1973, p. 349 ss., GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e complicità*, in «Studi in memoria di Orazio Condorelli», II, Milano, 1974, p. 787 ss., A. BURDESE, *Manuale di diritto privato*

□ romano³, Torino, 1975, rist. 1985, p. 516 ss., J. A. C. THOMAS, *Furtum and locatio conductio*, in «The Irish jurist», 11, 1976, pp. 170-174, ID., *Textbook of Roman Law*, Amsterdam-New York-Oxford, 1976, p. 353 ss., R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Paris, 1977, p. 407 ss., P. FUENTESCA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 321 ss., A. M. PERALES ALCALA, *El fur manifestus en los textos conservados del jurista Casio Longino*, in «Sodalitas. Sección granadina de la sociedad española de estudios clásicos», I, Granada, 1980, pp. 135-144, J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Romano*⁷, Barcelona, 1982, p. 492 ss., J. BURILLO, *La desprivatización del 'furtum' en el derecho postclásico*, in «AHDE.», 1982, p. 697 ss. (=ID., in «Revista de estudios histórico-jurídicos», 7, 1982, p. 13 ss. da cui si cita), R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden, 1984, p. 149 ss., W. OSUCHOWSKI, *Rzymskie Prawo Prywatne. Zarys wykladu*, Warszawa, 1986, p. 389 ss., E. PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, México, 1986, p. 456 ss., R. IPPOLITO, *Istituzioni di diritto romano*, Bari, 1986, p. 193 ss., B. KRAMER, *P. Strasb. inv. 1265 recto: Eingabe wegen andrapodismos (=plagium) und sylesis (=furtum)*, in «ZPE.», 69, 1987, pp. 143-161, F. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*², Milano, 1988, p. 667 ss., M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 621 ss., R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, p. 922 ss. (ID., in «On. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 753 ss.), D. FLORIA HIDALGO, *La casuística del 'furtum' en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1991, A. WATSON, *Studies in Roman Private Law*, London-Rio Grande, 1991, p. 309 ss., M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, in «ACOP.», 5, 1992, p. 49 ss., H. STIEGLER, *Servus fructuarius subreptus*, in «Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3 juni 1992», Graz, 1992, pp. 467-479, J. C. PESO DE OJEDA, *Legitimación activa en el furtum possessionis*, Jaén, 1994, B. SANTALUCIA, 'Crimen furti'. *La repressione straordinaria del furto nell'età del Principato*, in «On. Murga Gener», Madrid, 1994, pp. 785-797, O. BEHRENDTS, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, in AA.VV., *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens. VI Symposium der Kommission 'Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart* (curr. O. BEHRENDTS, W. SELLERT), Göttingen, 1995, p. 225 ss., C. M. MOSCHETTI, *Furtum commissum a nautis dicitur casus fortuitus. La responsabilità dell'armatore per i delitti commessi dall'equipaggio*, in «Miscellanea Domenico Maffei dicata», IV, 1995, p. 337 ss., O. F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore, 1995, p. 23 ss., C. RASCÓN GARCÍA, *Manual de derecho romano*², Madrid, 1996, p. 219 ss., P. VOICI, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano, 1996, p. 481 ss., M. GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos acciones instituciones*⁷, Madrid, 1997, p. 484 ss., A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, Santiago del Chile, 1997, p. 242 ss., A. FERNÁNDEZ BARREIRO, J. PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*³, Madrid, 1997, p. 431 ss., M. DUCOS, *Roma e il diritto*, Bologna, 1998, trad. it. R. FERRARA, p. 87 ss., J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Paris, 1998, pp. 16-17 e 271, V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*², Napoli, 1998, p. 509 ss., J. IGLESIAS, *Derecho Romano*¹², Barcelona, 1999, p. 292 ss., M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, rist. 1999, p. 522 ss., P. G. STEIN, *Il diritto romano nella storia europea* (trad. it. L. GAGLIARDI), Milano, 2001, pp. 7-8, 9, 24 e 48, R. MARTINI, *Appunti di diritto romano privato*, Padova, 2000, p. 154 ss., F. AMARELLI, L. DE GIOVANNI, P. GARBARINO, A. SCHIAVONE, U. VINCENTI, *Storia del diritto romano*, Torino, 2000, pp. 261 ss. e 271, D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 2001, p. 386 ss., A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 985 ss., A. D.

Necessario punto di partenza è la considerazione della prima disciplina normativa riguardante il furto, attuata con la normazione delle XII Tavole², nella quale non si fa cenno alla materialità della condotta richiesta ai fini dell'integrazione del delitto³. La circostanza sembrerebbe porre un primo ostacolo all'attribuzione di un significato decemvirale di furto rigidamente concepito come sottrazione di mobili. E' stato tuttavia possibile rintracciare, secondo alcuni, l'originaria area semantica del segno *furtum*, che nel sistema decemvirale (e anche pre-decemvirale?) avrebbe essenzialmente avuto il significato di 'refurtiva' (furto-cosa)⁴, non indicando ancora la condotta o atto

□

MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 2001, p. 401 ss., V. GIUFFRÈ, *Istituzioni di diritto romano. Corso*, Napoli, 2001, p. 201 ss., L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano, 2004, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006, L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2006, pp. 138-140 e 417 ss., P. APATHY, *Commodatum und furtum*, in «Festschrift für Herbert Hausmaninger», 2006, pp. 15-24.

²) Chiarissimi sul punto H. HONSELL, T. MAYER-MALY, W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin-Heidelberg-New York, 1987, p. 358: «unsere Kenntnis vom Recht des *furtum* beginnt mit den Zwölf Tafeln, deren Vorschriften zwar in der späteren Praxis modernisiert wurden».

³) In questi termini, cito solo A. W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik I. Die Beamten und Volksgerichte*, Berlin, 1865, p. 374: 'Der Begriff von Diebstahl wurde in den Zwölf Tafeln nicht näher bestimmt: das überliess man der Kunst der Rechtskundigen und dem Gebrauche', L. LANDUCCI, *Storia del diritto romano dalle origini fino alla morte di Giustiniano*, I², Verona-Padova, 1898, p. 908: «non abbiamo traccia né di leggi relative al furto né del concetto che se ne aveva, anteriori alle XII Tavole» e P. STEIN, *School attitudes in the law of delicts*, in «Studi in onore di Arnaldo Biscardi», II, Milano, 1982, p. 281 ('The twelve Tables contained no analysis of what constituted theft'), che si appoggia anche sul conforme parere di W. W. BUCKLAND, *The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge, 1931, p. 327, a detta del quale il 'precepto in bianco' «untrammelled by legislation» avrebbe garantito un maggior *spatium operandi* ai giuristi in sede interpretativa. Altri autori hanno pensato alla mancanza di una definizione (o come minimo dell'indicazione delle caratteristiche strutturali più salienti) del furto nelle XII Tavole motivata non dal fatto che in tal modo si sarebbe lasciata maggiore libertà di ricostruzione esegetica del delitto, ma adducendo piuttosto l'ovvietà e l'intuitività del nucleo centrale della condotta vietata; così A. WATSON, *The origins of usus*, in «RIDA.», 23, 1976, p. 266 ('the basic law of theft was not set out in the XII Tables. This is in line with the view that a fundamental rule may be regarded as so obvious that it can be taken for granted and not set out'), che rinvia anche alle considerazioni di ordine più generale fornite da D. DAUBE, *The Self-understood in Legal History* in «Juridical Review», 18, 1973, p. 126 ss.

⁴) Si tratta di un'idea che risale perlomeno a R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*⁴, II, *Les obligations*, cit., p. 49: 'Primitivement le mot *furtum* avait exclusivement

di sottrazione che invece finirà col soppiantare la prima declinazione semantica nel corso del tempo. Lelio Lantella ha assunto la riferita evoluzione come esempio in grado di spiegare una ben precisa angolazione di ricerca in chiave di valorizzazione della ‘selezione semantica’⁵, la quale operazione comporta, nelle parole dello studioso, ‘una segmentazione del mondo; e cioè viene selezionato, nel mondo, un frammento di esso che viene posto al centro dell’attenzione’⁶: nel caso del *furtum*, a deporre per l’originario significato di furto-cosa, militerebbero diversi elementi, tutti in qualche modo convergenti: gli esempi addotti in proposito dal Lantella sono quelli che derivano dal ‘contesto di Gai 3.188: *qui furtum quaerere volentem prohibuerit* (chi impedisce la ricerca del furto, cioè della refurtiva)’⁷, ma soprattutto, e ancora più pianamente, da espressioni come ‘*furtum conceptum*’ e ‘*furtum oblatum*’, considerati da Servio Sulpicio e Sabino ‘*genera furtorum*’; in tal caso, ha ulteriormente osservato il Lantella, la ricomprensione nei *genera* del *furtum manifestum* (espressione in apparenza sbilanciata verso il polo della condotta furtiva) non dovrebbe portare alla luce controindicazioni di rilievo, perché ‘si potrà replicare che anche qui è possibile intendere l’espressione in un senso originario, che è diverso rispetto al concetto di furto flagrante cui oggi verrebbe di pensare: in senso etimologico, infatti, *manifestus* potrebbe riferirsi all’operazione del prendere con la mano, o del portare tra le mani; e quindi l’espressione *furtum manifestum* poteva benissimo fare riferimento a «la cosa

□

servi à désigner la chose volée: à une époque où l’on se préoccupait seulement de la décuverte d’une chose appartenant à autrui, aux mains du voleur ou dans la maison du recéleur, la question de savoir s’il avait été commis un acte entrant dans la notion du délit de *furtum* ne se posait même pas’. A proposito del presunto significato primigenio di furto-cosa l’Arangio Ruiz ha però giustamente affermato: ‘Je n’exclus pas que *furtum*...ait été employé quelquefois dans le sens de chose volée...mais dans les textes le sens abstrait, où *furtum*=délit de vol, est de beaucoup le plus fréquent’ (V. ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et du non flagrant*, cit., p. 117 nt. 2, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 379 nt. 2).

⁵ Cfr. L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, p. 40.

⁶ L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico*, cit., ibidem.

⁷ L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico*, cit., p. 42.

rubata, proprio mentre la si porta via tra le mani»⁸. In proposito si potrebbe affermare che fin dall'origine coesistevano anche significati indicativi dell'atto o comportamento tenuto: si pensi al fatto che per i *veteres* era ammissibile il *furtum* di fondi ed *aedes*, per i quali non avrebbe avuto significato la ricerca della 'refurtiva' di cui a Gai 3.188, e che il senso di 'furto-cosa' affiancherà sempre quello con portata individuatrice del comportamento furtivo. Il furto non manifesto è poi tale riguardo alla condotta, perché se così non fosse tutti i furti, una volta che si sia scoperta la refurtiva, sarebbero manifesti. Supponendo per ora, e con riserva di successive incursioni nei gangli del problema, la precognizione della basilare distinzione tra furto manifesto⁹ e non

□

⁸) L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico*, cit., p. 44. Non ci si è nascosti peraltro una notevole criticità, relativa alla possibile duplice interpretazione, in senso attivo e passivo, di *manifestus* (ibidem): è ovvio che l'esegesi offerta non potrebbe pienamente conciliarsi con il significato attivo individuato nella condotta posta in essere dal ladro. Ma la preponderanza di un significato passivo patrocinata dal Lantella potrebbe essere corroborata dalle osservazioni di M. KASER, *Das altrömische ius*, cit., pp. 213-214, a detta del quale con riferimento alla fattispecie di reato del ladro manifesto è vero che potrebbe individuarsi un significato attivo, ma sarebbe molto più verosimile uno passivo ('...mag man von einer aktivischen Bedeutung ausgehen, weil der Täter die Beute oder das Mittel seiner Tat noch mit der Hand ergriffen hat, oder sehr viel wahrscheinlicher von einer passivischen, weil man den Täter mit der Hand ergriffen hat oder ergreifen kann').

⁹) Nei confronti del *fur manifestus*, per alcuni autori, era senz'altro 'prevista l'applicazione della *manus iniectio* a fini soddisfattivi' (così, *ex multis*, C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano, 1996, p. 25 nt. 15). Questa opinione, in base alla quale vi sarebbe stata applicazione di una tecnica *legis actio per manus iniectio* avverso il *fur manifestus*, non ha riscosso consensi univoci. Come noto il punto di partenza è dato dal racconto gaiano contenuto in Gai 3.189 (per il testo e i relativi commenti v. *infra*) in cui si parla di *addictio* del ladro. L'*addictio*, si è detto, potrebbe solo a prima vista coincidere con l'omonima misura prevista contro il debitore risultato incapiente, potendosi solo in via di congettura produrre argomenti a favore, come opportunamente ricordato da A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e iniuria nelle XII Tavole*, in «Parti e giudici nel processo dai diritti antichi all'attualità. Pubblicazioni del dipartimento di diritto romano e storia della scienza romanistica dell'Università degli studi di Napoli 'Federico II'» (curr. C. CASCIONE, E. GERMINO, C. MASI DORIA), Napoli, 2006, p. 57 nt. 33, la quale annota sinteticamente: «Notevoli problemi suscita l'ipotesi relativa al *fur manifestus* c.d. 'semplice', con riguardo alla quale non è attestata l'espressione *manus iniectio* ma Gaio e Gellio riferiscono che il ladro era *verberatus* e *addictus* al derubato. Intorno alla procedura dell'apprensione del ladro colto in flagrante si possono solo fare congetture (costituiva l'esercizio di una vera e propria *legis actio per manus iniectio* ?), così come non è possibile stabilire se l'*addictio* di cui parlano le fonti per questo caso...fosse originariamente prevista nelle XII Tavole...o invece il risultato di uno svolgimento storico'. La studiosa, consapevole di uno stato di obiettiva

manifesto (per la prima forma era previsto che il pretore addicesse il *fur* al derubato, se persona libera, mentre l'uomo di condizione servile era fustigato e precipitato dal *saxum Tarpeium*¹⁰ anche se in prosieguo si pervenne a una pena del *quadruplum*¹¹ *'tam ex servi persona quam ex liberi'*; per la seconda era

□

incertezza difficilmente superabile, si mostra certa soltanto di un dato: comunque stessero le cose in quanto a natura e effetti dell'*addictio*, 'il derubato poteva trarre *oborto collo* in giudizio il *fur manifestus* disattendendo le prescrizioni normative della *in ius vocatio*' (così *verbatim* A. DE FRANCESCO, *Autodifesa*, cit., p. 58 nt. 35).

¹⁰) Sulla storia e sui significati della rupe Tarpea, da cui venivano precipitati anche e generalmente i responsabili di delitti contro lo stato, v. H. SANDERS, *Roman historical Sources and Institutions*, New York-London, 1904, p. 33 ss. In particolare, la precipitazione dal *Tarpeium saxum* era espressamente prevista per coloro che avessero prestato falsa testimonianza (Tab. VIII.23 *apud* Gell. *noct. att.* 20.1.53 *'qui falsum testimonium dixisse conuictus, e saxo Tarpeio deiceretur'*: si veda, per le complesse questioni di onomastica, E. PERUZZI, *Origini di Roma I. La famiglia*, Firenze, 1970, p. 38 ss.). Su falsa testimonianza e *deiectio* dalla rupe Tarpea, è necessaria la consultazione di U. VINCENTI, *'Falsum testimonium dicere'* (Tab. 8,23) e il processo di Marco Volscio Fittore (Liv. 3,29,6), in «Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano», Padova, 1998, p. 23 ss. Secondo Varrone la rupe si sarebbe chiamata così dalla vergine vestale Tarpea, uccisa dai Sabini nelle fasi dello scontro tra Roma e Alba Longa; in precedenza, sulla sommità della rocca sarebbe sorta la città di Saturnia, ricordata da edifici eretti sul posto nel corso del tempo, e in *primis* dalla *Porta Saturnia* o *Pandana* (Varr. *ling. lat.* V.7.41-42: *'Hinc mons ante Tarpeius dictus a virgine Vestale Tarpeia, quae ibi ab Sabinis necata armis et sepulta: cuius nominis monimentum relictum, quod etiam nunc eius rupes Tarpeium appellatur saxum. Hunc ante montem Saturnium appellatum prodiderunt et ab eo late Saturniam terram, ut etiam Ennius appellat. Antiquum oppidum in hoc fuisse Saturniam scribitur. Eius vestigia etiam nunc manent tria, quod Saturni fanum in faucibus, quod Saturnia Porta quam Iunius scribit ibi, quam nunc vocant Pandana*).

¹¹) Da non intendersi però, verosimilmente, come *'Litiskrescenzdoppelung des furtum'* (W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, in «Abhandlungen des bayerischen Akademie der Wissenschaft», München, 1962, pp. 66 nt. 249 e 253 nt. 5), come pure hanno ritenuto studiosi eminentissimi, tra cui Ugo Brasiello e Vincenzo Arangio Ruiz. Il primo ha pensato 'che la pena del quadruplo venisse raggiunta qualora il ladro colto in flagrante, il quale, in quanto ladro, per una norma delle XII Tavole, doveva già essere condannato al *duplum* del valore della cosa, invece di riconoscere il delitto commesso, si opponesse all'azione del danneggiato. In tale ipotesi, pel principio generale del raddoppiamento del valore della lite *adversus infitiantem*, cioè *adversus eum qui negat*, la pena si raddoppiava ancora, raggiungendo il quadruplo' (U. BRASIELLO, *sv. Furto (dir. rom.)*, in «NNDI.», VII, Torino, 1957, p. 692). Il secondo aveva già confermato come il ladro fosse 'objet d'une mainmise pour le quadruple' in quanto la pena 'va être redoublée par effet de l'*infittatio*' (V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., p. 129 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 391). Non si sa bene quando il *quadruplum* soppiantò le antiche pene della fustigazione e dell'*addictio*. Certo è che l'*addictio* era ancora applicata nel II sec. a.C., ai tempi di Marco Porcio Catone, come rivela Gell. *noct. Att.* 11.18.8: *'Sed enim M. Cato in oratione, quam de praeda militibus dividenda scripsit, vehementibus et inlustribus verbis*

ritenuta sufficiente la pena del doppio del valore della cosa sottratta)¹², va subito detto che in molti hanno rinunciato a ricostruire i termini dello *status quaestionis* concernente il furto in epoca predecemvirale¹³; il tentativo forse

□

de impunitate peculatus atque licentia conqueritur. Ea verba, quoniam nobis intense placuerunt, adscripsimus. 'Fures' inquit 'privatorum furtorum in nervo atque in conpedibus aetatem agunt, fures publici in auro et in purpura'. É. CUQ, *Les institutions juridiques des romains envisagées dans leur rapport avec l'état social et avec le progrès de la jurisprudence*, Paris, 1902, p. 470, ha parlato di una 'innovation antérieure à Quintilien (VII, 6: *fur quadruplum solvat*) et peut être à Caton (ap. Gell. XI, 18)'. Per il Karlowa l'innovazione dovrebbe invece risalire ai tempi di Plauto, tra III e II sec. a.C., impostazione non condivisa da G. DEMELIUS, *Plautinische Studien*, in «Zeitschrift für Rechtsgeschichte», I, Weimar, 1861, p. 359 ss. Il Carrelli ha poi pensato a un'epoca meno risalente, collocando l'azione pretoria nel quadruplo 'fra la fine del II e il principio del primo secolo a. Chr., in un'epoca quindi in cui solo da pochi decenni era apparsa la *bonorum venditio*' (E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, cit., p. 111). Il punto di partenza obbligato per analizzare il momento di transizione dall'*addictio* del ladro manifesto alla sua punizione nella misura del *quadruplum* è stato originariamente spiegato da Hermann Hitzig. Per lo studioso, anche se risulta incerto – e tutto sommato non decisivo – in quale preciso momento storico si sia passati al quadruplo, è da ritenere che il passo sia stato compiuto per consentire l'*actio furti noxalis* anche in caso di furto flagrante, dato che in origine la responsabilità nossale non poteva che essere limitata ai casi di *furtum nec manifestum*, i soli a prevedere un multiplo come *summa condemnationis*; infatti 'sollte die Grundidee der Noxalklage bei der *actio furti manifesti* durchgeführt werden, so müsste der Gewalthaber für den Gewaltunterworfenen die Capitalstrafe, die dieser verwirkt hat, tragen', cosa naturalmente non concepibile (H. F. HITZIG, *Beiträge*, cit., p. 324). Il Birks ha peraltro notato, a proposito della nuova azione pretoria nel quadruplo, che essa, lungi dal contraddire o anche solo dallo stravolgere il *ius civile*, si situava in realtà 'within the lines of the older action' in quanto 'the fourfold penalty was attractive, and if it could not be paid *manus iniectio* would give the plaintiff his main again' (P. BIRKS, *Lucius Veratius and the 'lex Aebutia'*, in «Daube noster. Essays in legal history for David Daube», Edinburgh-London, 1974, pp. 40 e 46 nt. 17).

¹²) Fondamentale la lettura del citato lavoro di V. ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et non flagrant dans l'ancien droit romain*, cit., pp. 109-135 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., pp. 371-397) e G. I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, p. 148 ss. Informazioni dettagliate in L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII tavole e nel diritto attico*, cit., p. 55 ss.

¹³) Per tutti, si rimanda a R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 46, che non azzarda ricostruzioni predecemvirali atteso che 'avant la loi des Douze Tables...la notion abstraite du délit de *furtum* est encore inconnue' e B. ALBANESE, *Furto (storia)*, in «ED.», XVIII, Milano, 1958, p. 313 (=ID., *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, p. 573); *contra*, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 60 ss. Vi è chi ha ritenuto che prima delle XII Tavole il furto flagrante fosse trattato alla stregua del non flagrante, così che le severe disposizioni sulle misure poi cristallizzate nel codice decemvirale per la punizione del ladro manifesto (pena capitale in origine intesa come pena di morte) avrebbero dovuto avere validità generale anche oltre i casi propriamente definibili come *furta manifesta*; in tal senso TH.

più noto ed originale per dar conto della discriminazione diarchica *manifestum/nec manifestum* era stato avanzato dal Perozzi, secondo cui il *furtum manifestum* altro non sarebbe stato che il retaggio di un'epoca anteriore alla formazione della *civitas* romana, epoca dominata dalla contrapposizione dei gruppi gentilizi o *gentes* dalla cui fusione sarebbe poi scaturita la città (c.d. teoria gentilizia)¹⁴: il furto flagrante, nella prospettiva perozziana, doveva allora coincidere con l'attacco sferrato da una *gens* nei confronti di un'altra¹⁵, cosa che spiegherebbe lo scrupolo di una regolamentazione che aveva cura di assicurare la non punibilità dei membri del gruppo aggredito che si fossero difesi con *tela*¹⁶. Lo sforzo del Perozzi, per certi versi meritorio, non riuscirebbe però, come rilevato dall'Arangio Ruiz, a 'expliquer le système de l'*addictio*, qui est le véritable sanction du délit'¹⁷, a tacere poi del fatto che l'atto di guerra intrapreso da una *gens* 'n'a rien de commun avec le vol'¹⁸. La circostanza ulteriore che i *testes* che accompagnavano il derubato nella ricerca della refurtiva fossero per lo più i 'Sippegenossen' – evidentemente, in primo luogo i *congentiles* – non dovrebbe essere d'altro canto sopravvalutata secondo

□

MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 750 nt. 3, rispetto alla cui posizione H. F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom furtum*, cit., p. 320 ha solo notato come 'diese Annahme nicht die einzig mögliche ist', potendosi anche ritenere che 'erst die zwölf Tafeln überhaupt die Verfolgung des nicht manifesten Diebstahls eingeführt haben'. Per lo stesso autore non sarebbe comunque provato che il 'Selbsttötungsrecht' sia stato mai accordato, in epoca predecemvirale, 'auch gegenüber dem fur *nec manifestus*' (op.cit., ibidem).

¹⁴) Teoria gentilizia che ha avuto uno dei suoi maggiori e più autorevoli sostenitori in P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, spec. p. 162 ss.

¹⁵) S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², Roma, 1928, pp. 326, in cui si legge che 'il furto primitivo non era che la preda delle cose mobili o l'usurpazione di territorio compiuta da una gente contro un'altra gente. Era in altri termini, ciò che nel periodo storico di Roma era l'occupazione bellica e quella di *res hostiles*' e 328 nt. 2, dove si dice che la gravità delle sanzioni previste per il furto si spiegherebbe 'come residuo del tempo in cui essendo il furto intergentilizio, il furto manifesto si riduceva ad un assalto collettivo o individuale contro una gente a cui l'assalto (gente ancora o individuo) reagiva con le armi'.

¹⁶) La tesi del Perozzi, concederà in proposito E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, cit., p. 108, 'potrebbe giustificare la norma che legittima l'uccisione del ladro *qui se telo defendit*, ma non la pena capitale'.

¹⁷) V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., p. 109 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 371).

il Kaser, per cui, di conseguenza, ‘bedenklich erscheint...Perozzis Ansicht...der das *furtum* nur als intergentilizisches Delikt auffaßt’¹⁹. Si è comunque concordi nel ritenere che le disposizioni dei decemviri possano utilmente collocarsi in un processo di graduale mitigazione delle situazioni di sfavore (non solo in un’ottica giuridica) conseguenti alla commissione del delitto, costituendo così un ‘tratto di andamento’ storico in cui anche le ragioni dell’autotutela privata²⁰, comunque la si voglia concretamente intendere, trovano ormai spazio solo in poche e determinate ipotesi²¹.

Credo che l’essenza del processo sia stata colta alla perfezione da quanti, dopo aver considerato in chiave di limitazione della vendetta del derubato i due casi in cui sarebbe stata possibile, nel codice decemvirale, l’uccisione del ladro (le due evenienze contemplate erano quelle del *fur diurnus* che avesse adoperato un *telum* per procurarsi l’impunità²² e del *fur*²³ sorpreso a rubare

□

¹⁸) V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., ibidem.

¹⁹) M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 39 nt. 21.

²⁰) Sul concetto di tutela e difesa privata si veda per tutti L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in «AUPA.», 15, 1936, p. 119 ss.

²¹) Il Giuffrè ha addirittura ipotizzato, per il *furtum manifestum*, una specie di ‘declassamento’ operato con la legge delle XII Tavole, e questo proprio perché con ogni probabilità in epoca predecemvirale la relativa fattispecie ‘era verosimilmente trattata da *capitale crimen* in un senso che noi riteniamo proprio: era quindi possibile mettere senz’altro le mani addosso al *fur* a proprio arbitrio’ (V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana. Profili*⁴, Napoli, 1997, p. 27).

²²) L’ipotesi del *furtum interdarium* presupponente l’opposizione di resistenza da parte di un *fur* (cfr. G. A. CANNEMANN, *De furto nocturno*, Groningae, 1825, p. 1 ss. e *passim*) armato di *telum* (strumento di offesa descritto in D. 50.16.233.2, Gai. 1 *ad XII Tab.* – in argomento, v. pure R. A. BAUMAN, *Crime and punishment in ancient Rome*, London-New York, 1996, p. 193 nt. 2 oltre a A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata*, cit., p. 61 nt. 40 – e in D. 47.2.55-54.2 Gai. 13 *ad Ed. prov.*, come rilevato da A. VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 88 nt. 6 e M. MIGLIETTA, ‘*Servus dolo occisus*’. *Contributo allo studio del concorso tra ‘actio legis Aquiliae’ e ‘iudicium ex lege Cornelia de sicariis*’, Napoli, 2001, p. 215 nt. 55, il quale nota come nessun dubbio sia stato mosso alla sostanza del passo nell’*Index interpolationum*; i due passi gaiani sono ricordati anche da L. PEPE, *Furto e giustizia privata nelle XII Tavole e nel diritto attico: un’indagine comparativa*, in «Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio», Milano, 2004, p. 275 nt.6, che non ha però considerato le altre importanti menzioni del *telum* puntualmente individuate da M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminalrechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, II, Leipzig, 1883, p. 560 nt. 29) venne regolata da un precetto decemvirale attribuito alla tavola numero otto, che oggi viene comunemente

□

ricostruito ‘*luci...si se telo defendit...endoque plorato*’ (Tab. VIII.13); per questo testo (sul quale, tra gli altri, v. G. I. LUZZATTO, *Per un’ipotesi*, cit., p. 163, M. BOHÁČEK, ‘*Si se telo defendit*’, in «Onoranze Arangio Ruiz», I, 1953, p. 147 ss., R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 245 nt. 291, A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in AA.VV., *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, p. 214 nt. 15, A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, p. 105, O. BEHREND, *Der Zwölfafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, p. 55 nt. 137, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 388 nt. 209, G. NICOSIA, *Il processo privato romano I Le origini (Corso di diritto romano)*, Catania, 1980, p. 84, C. A. CANNATA, rec. a NICOSIA, *Il processo*, cit., in «IURA.», 31, 1980, p. 241, dove si ravvisa contro il ladro diurno una ‘punizione capitale’ e non una ‘reazione giustificata da un’idea di legittima difesa’, P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in «IURA.», 31, 1980, p. 58 nt. 107, B. ALBANESE, ‘*Sacer esto*’, in «BIDR.», 91, 1988, p. 153 nt. 25, dove si istituisce un rapporto di equivalenza semantica tra l’*endoplorare* del derubato nella norma in commento e il *plorare* del *parens* percosso dal *puer* di una nota legge serviana (sulla quale vedi oltre), J. M. GARCÍA GONZALEZ, C. RASCÓN GARCÍA, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, traducción y observaciones*, Madrid, 1993, p. 88, L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, p. 24 nt. 94, VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung*, cit., ibidem, H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1999, p. 106, secondo cui la condotta dell’uccisore del ladro diurno ‘*war keine Notwehrhandlung, sondern ein Akt staatlich sanktionierter Selbstjustiz*’, O. F. ROBINSON, *Polybius on Exile*, in «IURA.», 52, 2001, p. 21 nt. 8, M. ZABŁOCKA, *Le XII Tavole - Forme dei principi del diritto contemporaneo*, in «IURA.», 53, 2002, p. 14, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 34 ss. e 45 ss., A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un’analisi comparata*, Padova, 2003, p. 16 ss. e E. CANTARELLA, *Diritto romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gaius: recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in «Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio», cit., p. 110, per la quale la *ploratio* qui attestata era ‘originariamente invocazione magica’, che solo ‘con il tempo’ diventerà ‘chiamata di testimoni’) è possibile trarre salde conferme da Cic. *pro Tull.* 20.47, ‘*Atque ille legem mihi de XII Tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere, et luci, si se telo defendit, et legem antiquam de legibus sacratis, quae iubeat impune occidi eum qui tribunum plebis pulsaverit*, che costituirebbe peraltro notevole testimonianza per ritenere che ‘importanti principi costituzionali sanciti dalle XII Tavole avessero già costituito l’oggetto di *leges sacratae* – così *verbatim* A. DI PORTO, *Il colpo di mano di Sutri e il plebiscitum de populo non sevocando (A proposito della lex Manilia de vicensima manumissionum)*, in «Legge e società nella repubblica romana», Napoli, 1981, p. 354 nt. 72, il quale sottolinea ulteriormente che proprio il *l.c.* fa assumere alla *lex sacrata* sull’intangibilità dei tribuni un carattere individuo e specifico rispetto alla congerie di tutte le leggi sacrate precedenti, p. 355 dell’*op.cit.*, ma per analoghe considerazioni v. pure F. SERRAO, *Cicerone e la lex publica*, in «Legge e società nella repubblica romana», cit., pp. 413 nt. 32 e 414 nt. 37 – oltre che da Cic. *pro Tull.* 21.50, ‘*Furem, hoc est praedonem et latronem, luce occidi vetant XII Tabulae; cum intra parietes tuos hostem certissimus teneas, nisi se telo defendit, inquit, etiam si cum telo venerit, nisi utetur telo eo ac repugnabit, non occides; quod si repugnat, endoplorato, hoc est conclamato, ut aliqui audiant et conveniant. Quid ad hanc clementiam addi potest, qui ne hoc quidem permiserint, ut domi suae caput suum sine testibus et arbitris ferro defendere liceret?*’ (Entrambe le fonti ciceroniane sono state valutate pure da J. JUNCKER,

□

Haftung und Prozeßbegründung im altrömischen Rechtsgang, in «Gedächtnisschrift für Emil Seckel», Berlin, I, 1927, p. 229 nt. 2, G. I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi*, cit., p. 163 nt. 2, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 47 nt. 4, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum*, cit., p. 215 nt. 17, G. L. FALCHI, *L'onere della prova nella 'legis actio sacramento in rem'*, in «SDHI.», 38, 1972, pp. 255-256, J. ARIAS RAMOS, J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II. Obligaciones familia sucesiones*¹⁸, Madrid, 1988, p. 1006, A. GUARINO, *L'«endoploratio»*, in «Pagine di diritto romano», IV, Napoli, 1994, p. 181, A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, cit., p. 248 nt. 1037, H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta*, p. 106 nt. 19, A. LINTOTT, *Violence in republican Rome*, Oxford, 1999, rist. 2004, p. 24 nt. 2, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., p. 12 nt. 8, mentre il solo Cic. *pro Tullio* 21.50 è stato collegato a *Tab. VIII.13* da M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino, 1996, p. 168 e A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata*, cit., p. 59). E' interessante notare come nel secondo dei due passi citati Cicerone chiarisca come il ladro penetrato in uno spazio domestico che non si difenda con uno strumento come il *telum*, o, pur detenendolo, non ne faccia uso, non possa essere ucciso. La recente modifica apportata all'art. 52 del nostro codice penale, ad opera della legge 13 febbraio 2006 n. 59 consente invece di qualificare come 'proporzionata' (e quindi giustificata e scriminabile) la legittima difesa in ogni caso in cui, al di là di una reazione violenta del ladro, vi sia anche soltanto 'un pericolo di aggressione' e non ci sia un'apparente desistenza dall'azione criminosa, anche se il suddetto pericolo di aggressione – secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata – non potrebbe che riguardare la sola incolumità fisica del derubato e dei suoi familiari, e non trovare applicazione nel caso, per es., di fuga del ladro con la refurtiva quando risulti inattuale il pericolo all'integrità fisica (in tal senso i primi commenti della dottrina: cfr. G. MARRA, *Legittima difesa: troppa discrezionalità. Non chiamiamola licenza di uccidere*, in «Diritto e giustizia», 2006, fasc. 5, p. 97 e T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in «Guida al diritto», 13/2006, p. 52 ss.). Per Antonio Guarino Cic. *pro Tullio* 21.50 avrebbe un significato ancora più importante: quello di farci capire che l'*endoploratio* non prevedeva e non esigeva che delle persone realmente accorressero ai richiami di aiuto del derubato, posto che il *plorare* avrebbe più semplicemente dovuto essere idoneo a tale scopo; la frase '*ut aliqui audiant et convenient*' indicherebbe allora l'intrinseca idoneità e adeguatezza del *plorare*, fatto in modo che *sia reso possibile* l'afflusso di persone in aiuto della vittima, anche se lo studioso non interpreta l'*endoploratio* come un urlo per richiamare il vicinato (A. GUARINO, *op.ult.cit.*, *ibidem*, ma vedi *amplius* nel prosieguo). L'importanza dell'accertamento della fattispecie del *furtum diurnum* si farebbe sentire nell'età del Principato, in quanto secondo una discussa opinione (Mommsen) si è voluto dedurre da alcune fonti che contro il *fur diurnus* non sarebbe stato possibile suscitare forme di repressione pubblica, stante l'inderogabilità del foro civile (e a differenza di quanto accadeva per il *fur nocturnus*: in argomento si veda S. GIGLIO, *Teodoro Mommsen e la repressione penale nell'impero romano*, in «SDHI.», 72, 2006, p. 360. Per la dicotomia giudizio pubblico d'ufficio - giudizio privato su domanda di parte, ritagliata bzw. sulla distinzione *furtum nocturnum-furtum diurnum*, nelle fonti seriori testimoniata soprattutto da Coll. 7.4.1 '*Fures ad forum remittendi sunt diurni, nocturnique extra ordinem audiendi et causa cognita puniendi, dummodo in poena eorum sciamus operis publici temporali modum non egrediendum*, v. già A. DELL'ORO, *I Libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano, 1960, p. 179 nt. 290). Alle notizie relative al *fur diurnus* non sono comunque mai disgiunti i profili della disciplina sanzionatoria prevista per il *fur nocturnus*, che poteva sfociare nella lecita uccisione del ladro. Ai passi riportati si

□
 possono infatti aggiungere Cic. *pro Mil.* 3.9 ‘*Quodsi duodecim Tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, poeniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?*’ (Sul passo v., J. GAUDEMET, *Le problème de la responsabilité penale dans l’antiquité*, in «Studi in onore di Emilio Betti», II, Milano, 1962, p. 502, M. MIGLIETTA, ‘*Servus dolo occisus*’, cit., pp. 72 nt. 163 e 99 nt. 243 e da ultima, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 18 nt. 18, 19 nt. 20 e 48 nt. 90. Ricordo che con la *pro Milone* l’Arpinate aveva assunto il patrocinio di Milone, accusato di aver ucciso il cesariano Clodio, tribuno della Plebe, il quale aveva condotto nel periodo delle campagne militari in Gallia di Cesare una dura lotta contro la classe senatoria; per più ampi ragguagli sull’interessante vicenda, v. *ex ceteris* R. W. HUSBAND, *The Prosecution of Milo: a Case of Homicide with plea of Self-defense*, in «CW.», VIII, 1914-1915, p. 146 ss. e M. RAVIZZA, *Il processo contro Milone del 56 a.C.*, in «Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca», VII, Napoli, 2001, p. 31 ss.), il già citato D. 47.2.55(54).2 [Gai. 13 *ad Ed. prov.*, su cui cfr. ancora A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 7 nt. 2, G. IMPALLOMENI, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica in Claudio Saturnino (D. 48,19,6)*, in «Studi in onore di A. Biscardi», II, Milano, 1982, p. 195 nt. 63, ora in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 465 nt. 63, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 12 nt. 6 e 17 nt. 18 e di recente anche A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e iniuria*, cit., p. 61 nt. 39] ‘*Furem interdum deprehensum non aliter occidere lex duodecim Tabularum permisit, quam si telo se defendat*’ e Coll. 7.3.2 (Ulp. 8 *ad Ed.*), ‘*Sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit, non videbitur iniuria occidissee. Proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim Tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur? Et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu*’ (si v. la bibliografia sul testo della *Collatio* in E. STOLFI, *Studi sui ‘libri ad Edictum’ di Pomponio I. Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 174 nt. 397, cui adde A. MAGDELAIN, *Le problème*, cit., p. 502 nt. 53). Per questa e altre citazioni sarà utile rinviare alla dettagliata rassegna di R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004, p. 58 nt. 21, che può completarsi aggiungendo un passo poco noto delle *Pauli Sententiae* (P.S. 5.23.9), pur sempre relativo all’intervento omicidiario contro il *fur nocturnus*. Coll. 7.3.2 è stato confrontato dal M. MIGLIETTA, ‘*Servus dolo occisus*’, cit., p. 214 con D. 9.2.5 pr. (‘*Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidissee: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur*’) permettendo allo studioso di considerare come ‘nella versione esterna alle Pandette, l’ipotesi (venga) amplificata dall’origine decemvirale della «causa scusante», nella duplice manifestazione del furto diurno e notturno, nonché dal ricordo del dubbio pomponiano’, quest’ultimo evidentemente relativo alla problematica della permanenza in vigore della scriminante in ipotesi di danno ingiusto. L’interpolazione di D. 9.2.5 pr. è stata in effetti proprio ricavata da un confronto con Coll. 7.3.2 z. B. da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 776 nt. 2 e F. H. LAWSON, *Negligence in the civil law: introduction and select texts*, Oxford, 1950, p. 82, perché le circostanze riferite nel codice decemvirale – e ricordate nel testo di epoca diocleziana – sembrerebbero essere state sviluppate (nel Digesto) da un discorso germinato sul terreno della proporzionalità e inevitabilità della reazione del soggetto aggredito, con la fraseologia introdotta dal ‘*Sin autem*’. Parimenti, il raffronto tra Coll. 7.3.2 e D. 9.2.5 pr. permetterebbe anche di rinvenire una omogeneità decisionale in

□

relazione all'ammissibilità della scusante della difesa legittima, tanto che Giannetto Longo ha motivatamente rammentato che in entrambi i passi 'è ribadito il principio della liceità della difesa legittima' (GIANN. LONGO, *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, in «Festgabe Ulrich von Lübtow», cit., p. 322). Per l'esegesi di D. 9.2.5 pr. si leggano i puntuali rilievi di S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche I. Furto di notte e desuetudine della legge*, in «Studi in memoria di A. Albertoni», I, Padova, 1935, p. 38 ss. e J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im römischen Reich*, Stuttgart, 1996, p. 40 nt. 75. Altra importante fonte è D. 9.2.4.1: *Lex duodecim Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdium autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur* (in proposito cfr. M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System*, II, cit., p. 560 nt. 25, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 33 nt. 2, dove, rilevata la difficoltà di pronunciarsi 'catégoriquement' sull'aporia consistente nella menzione dell'*endoploratio* per il ladro notturno, di cui gli altri testi non fanno cenno, sembra alla fine propendersi per l'ammissione del fatto che 'le mots *ut tamen id ipsum cum clamore testificetur* proviennent d'une interpolation: cette interpolation admise, le témoignage de Gaius concorde avec celui d'Aulu-Gelle', p. 34, A. BERGER, *Dig. IX 2,4 § 1 und das 'endoploratio' der Zwölftafeln*, in «Studi Albertoni», I, Padova, 1935, p. 379 ss., F. WIEACKER, *Endoplorare. Diebstahlsverfolgung und Gerüft im altrömischen Recht*, in «Festschrift für Leopold Wenger», I, München, 1944, p. 138 ss., H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum*, cit., p. 215 nt. 117, H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, cit., p. 172 nt. 5, G. L. FALCHI, *L'onere della prova nella 'legis actio sacramento in rem'*, cit., p. 256, convinto del fatto che il testo dimostrerebbe 'l'esigenza della garanzia sociale per il *civis* a carico del quale vi è una presunzione di furto', sul presupposto che tutta la normativa sul *furtum* sarebbe anche e soprattutto diretta ad assicurare ponderazione procedurale e di giudizio in favore degli accusati, E. PÓLAY, '*Iniuria dicitur omne, quod non iure fit*', in «BIDR.», 88, 1985, p. 75, M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*⁷, cit., p. 485 nt. 6, ID., *Observaciones sobre delictum y crimen furti*, in «Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano», Napoli, 1993, p. 266 nt. 9, J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 40 nt. 74, C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.C.)*, Paris, 1999, pp. 39 nt. 210 e 60 nt. 391, H. L. W. NELSON, U. MANTHE, *Gai institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen*, Berlin, 1999, p. 326, H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta*, cit., p. 106 nt. 18, deciso nel dichiarare 'unbegründet' i dubbi sulla valenza testuale dell'*endoqueplorato* e da ultima A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e iniuria nelle XII Tavole*, cit., p. 59 ma soprattutto p. 72, dove si puntualizza riguardo alla situazione di chi abbia ucciso il ladro in presenza di testimoni che 'il diritto di difendere se stessi o le proprie cose è un'esigenza imprescindibile ma viene bilanciato dalla necessità di verificarne il corretto esercizio', dove la verifica passa nella specie attraverso la speciale *endoploratio* di cui alla legge). Cfr. ulteriormente l'accurata discussione dei testi riportati (soprattutto D. 9.2.5 pr., Coll. 7.3.2, '*Proinde et si furem nocturnum quem lex XII Tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita demum si se telo defendat, videamus an lege Aquilia teneatur*', e D. 48.8.9, '*Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit*') in A. WATSON, *Two Studies in Textual History*, in «TR.», 30, 1962, p. 209 ss. e 218 ss. e ID., *Roman Private Law around 200 BC*, cit., p. 150 nt. 7, cui *adde* le notazioni incidentali di A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*', p. 254, C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort*, cit., p. 38 nt. 203 e M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno*

*noctu*²⁴) hanno potuto verosimilmente inferire che in epoca antecedente alla *lex duodecim Tabularum* l'uccisione del ladro *illico et immediate* costituisse la regola²⁵.

□

aquiliano, Milano, 2002, p. 90 nt. 13. Non devono essere poi trascurate nemmeno le importanti testimonianze contenute in Coll. 7.1.1 (*Quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se audeat telo defendere, interfici iubent*), Coll. 7.2.1 (*Si quis furem nocturnum vel diurnum, cum se telo defenderet, occiderit, hac quidam lege non tenentur; sed melius fecerit qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistralibus optulerit*), Gell. n. att. 11.18.6-7 (*Decemviri autem nostri...furem, qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdiu telo se, cum prenderetur, defenderet*), Quint., inst. orat. 5.14.18 (*Et a ratione fas est incidere, deinde concludere, ut ibidem: 'quod si duodecim Tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui quoquo modo – quis – interfectus sit puniendum putet?*) e August. *Quaest. in heptat.* 2.84 (*hoc et in legibus antiquis secularibus...invenitur, impune occidi nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderit*).

²³) Si veda per questa qualifica, in generale, M. BALZARINI, G. BROCCIA, sv. 'Fur', in «Encicl. Verg.», Roma, 1985, p. 685 ss.

²⁴) Del furto perpetrato nottetempo aveva parlato anche Seneca retore nelle sue *Controversiae*, facendo notare come l'odio per i ladri notturni fosse del tutto meritato, non allontanandosi questi di molto dai traditori: '*Lex, quae nocturnum furem occidi quoquo modo iubet, non de damnato tantum sed de fure loquitur; odit hoc vitium nec immerito: non multum abest a proditore*' [Sen. Rh. contr. 10.6.2, cfr. M. WINTERBOTTOM, cur., *The elder Seneca declamations in two volumes*, II, London, MCMLXXIV, p. 476 e P. HUVELIN, *Études*, cit., p. 30. Per F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938, p. 416 nt. 2 e 3, l'*excerptum* sarebbe comunque da intendere 'a scopo di completamento' rispetto a un discorso in cui non si voleva affrontare il *furtum nocturnum* se non *per incidens*, posto che 'la questione principale, per i retori (era) se potesse ammettersi nella fattispecie l'*actio iniuriarum* contro il magistrato', così che dovremmo prendere questa digressione con la consapevolezza del contesto in cui venne prodotta]. Il relativo precetto si attribuisce correntemente a Tab. VIII.12: '*Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*' (su questa repressione del ladro notturno si vedano F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, cit., p. 479 nt. 1= *Études de droit romain*, cit., p. 175 nt. 2, versetto a detta dello studioso 'très remarquable', in quanto conterrebbe la subordinazione dell'uccisione 'à une *deprehensio* du voleur *in faciendo*', e l'essere presi *in faciendo* avrebbe poi costituito 'la conception...de la flagrance sur laquelle devait se fonder plus tard la définition du *furtum manifestum*', G. I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi*, cit., p. 162 nt. 1, L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 367 nt. 167, che sottolinea l'influenza del diritto greco, secondo quanto evidenzia Demostene, *In Timocr.* 113, da cui apprendiamo che una legge di Solone avrebbe permesso di portare tramite *apagogé* il ladro notturno davanti agli Undici, qualora il derubato non si fosse avvalso del diritto di uccidere il ladro, J. GAUDEMET, *Le problème*, cit., p. 501, G. GROSSO, *Brevi note sull'antico diritto e processo penale romano*, in «Studi F. Antolisei», II, Milano, 1963, p. 110, poi riedito in ID., *Scritti storico giuridici I Storia diritto società*, Torino, 2000, p. 765, per il quale 'la legittima difesa, presunta in caso di *fur nocturnus*' avrebbe avuto la

□

forza di eliminare ‘l’antigiuridicità dell’uccisione del ladro da parte del derubato’, D. COHEN, *Theft in the Athenian Law*, München, 1983, che ha condotto un’accurata analisi con particolare riferimento ai concetti di ‘*aposterein*’ e ‘*kleptein*’; ma sul punto v. anche O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess*, cit., p. 124 nt. 55, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, cit., p. 519 nt. 12, ID., *Riflessioni sulla repressione penale romana*, cit., p. 214 nt. 14, B. ALBANESE, *Le persone*, cit., ibidem, D. NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München, 1986, p. 135, R. BRUNO SIOLA, *La nozione di ‘oblio’ nella comunità omerica (Od. 24, 472—486) e gli accordi di pacificazione nel mondo antico*, in «Atti del III Seminario romanistico gardesano promosso dall’Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi, 22-25 Ottobre 1985», Milano, 1988, p. 11 nt. 42, J. M. GARCÍA GONZALEZ, C. RASCÓN GARCÍA, *Ley de las XII Tablas*, cit., p. 87, H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta*, cit., p. 105 nt. 14, F. DE MARINI AVONZO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Padova, 1999, p. 59, L. GAGLIARDI, ‘*Iure caesus esto*’, in «Labeo», 45, 1999, p. 425, O. F. ROBINSON, *Polybius on exile*, cit., ibidem, M. ZABŁOCKA, *Le XII Tavole*, cit., ibidem, PEPE, *Furto e giustizia privata nelle XII Tavole*, p. 275 nt. 5, che ricorda come già Macrobio avesse evidenziato l’arcaismo dell’avverbio *nox*, indicativo del tempo in cui venne emanato il codice decemvirale: *Macr. Sat. 1.4.19, Decemviri in XII Tabulis inusitate nox pro noctu dixerunt; verba haec sunt: si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto. In quibus verbis id etiam notandum, quod ab eo, quod est is, non eum casu accusativo, sed im dixerunt*, e da ultimi L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 23 ss., A. SCHIAVONE, *Jus. L’invenzione del diritto in occidente*, Torino, 2005, p. 87, A. CADOPPI, ‘*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*’. *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in «Studi in onore di Giorgio Marinucci. Teoria della pena teoria del reato», II, Milano, 2006, pp. 1382-1383, il quale ha pensato nel caso di specie ma anche per il furto diurno sempre ad applicazioni della legittima difesa, il cui presupposto, consistente nel pericolo di aggressione, era *presunto* per la fattispecie notturna, in quanto si riteneva che ‘il ladro notturno, che irrompesse in una privata abitazione, portasse con sé, quasi implicitamente, un ragionevole pericolo per gli abitanti della casa, oltre che per le cose in essa contenute’ e A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e iniuria*, cit., p. 59 *in fine*, dove una precisazione sul significato dell’ablativo *iure* nella locazione *iure caesus esto*). Il disposto precettivo riferito a *Tab. VIII.12* (ricordato anche in Plaut. *Trin. IV.2.20*, dove il ladro notturno viene ‘wohl scherzhaft als *dormitator* bezeichnet’, M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, cit., p. 560 nt. 28: *adde pure G. PADELLETTI, Storia del diritto romano*², Firenze, 1886, p. 126) è stato scerverato di recente da A. CORBINO, ‘*Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*’, in «Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano», cur. DILIBERTO, Napoli, 1993, p. 246 ss., che ha voluto riconoscere nella frase condizionata un principio di legittima difesa. Lorenzo Gagliardi, nel citato articolo del 1999, ha appuntato la sua attenzione sull’ablativo ‘*iure*’ e sui suoi possibili significati, non tralasciando di prendere in rassegna le posizioni precedentemente sostenute dalla giusromanistica: il discorso non si biforcerebbe semplicemente nelle due alternative legittima difesa/sanzione privata o autotutela, perché ‘*iure*’ è stato variamente interpretato ricollegandovi una portata che varia dal diritto dell’ordinamento in senso generale, all’atto applicativo di una decisione già deliberata, piuttosto che a un velato riferimento alla sanzione negativa della sacertà (quest’ultima opinione è stata avanzata, com’è noto, dal Magdelain). Il Gagliardi sceglie invece in via pregiudiziale di delibare la questione se nel versetto ‘*Si nox furtum faxsit*’ usw. il *ius* debba essere inteso come antitetico alla *lex*, cercando di scoprire come mai la fonte della autorizzazione presidiata da circostanze di fatto e di tempo non abbia recato ‘ad esempio, *lege caesus esto* invece di *iure caesus esto*’ (L. GAGLIARDI, ‘*Iure caesus*

□
 esto', cit., p. 427). La risposta che ci viene fornita conclusivamente è che il *ius* del versetto decemvirale altro non possa indicare che 'il diritto in senso oggettivo' (op.cit., p.433). Il punto della situazione, per quanto riguarda il combinato disposto di *Tab. VIII.12-13*, si deve però a Roberto Scevola, che nell'ambito di una articolata e informata ricerca intorno al *Leitmotiv* della responsabilità del giudice privato in diritto romano, ha dedicato a queste problematiche un ampio interesse. Lo Scevola, manifestando la convinzione che i precetti in questione siano 'da riesaminare *ab imis*' (R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 59 nt. 21), soprattutto se si pone mente alla mancanza tra il '*luci*' (per la forma avverbiale *luci* considerata in uno con quella *nox*, si v. pure Prisc., *inst. gr.* 6.93, '*Si luci, si nox, si mox, si iam data sit frux*', frase a sua volta desunta da Enn. *Ann. frag.* 16.431, ed. J. VAHLEN, 1903, p. 77, dove tra l'altro il *frux* è aggettivale per *utilis*, nel senso di *frux* o *utilis occasio*: per una puntuale disamina dell'antico frammento, probabilmente riferentesi a una comunicazione militare, si v. P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 25 nt. 1) e il '*si se telo*' di *Tab. VIII.13*, ha notato come tale mancanza potrebbe essere colmata inserendo una congiunzione copulativa affermativa ovvero una disgiuntiva; tuttavia, a seconda dell'opzione ermeneutica prescelta, cambierebbe radicalmente il significato riportabile al 'dover essere' normativo: «La lacuna...potrebbe...essere colmata alternativamente da una congiunzione come da una disgiunzione, con conseguenze radicalmente diverse circa l'individuazione del soggetto attivo dell'illecito. Laddove infatti si ipotizzasse una restituzione del testo mediante '*et*', la fattispecie aggravata sarebbe integrata in presenza di un presupposto diacronico (*luci*) e di un comportamento materiale (*se telo defendit*), sicché risulterebbe perseguibile colui il quale avesse agito durante il giorno e, davanti alla reazione del derubato, avesse fatto uso delle armi» (SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., *ibidem*). Lo studioso finisce con l'optare per il riconoscimento e l'inserimento di una congiuntiva, posto che ragionando diversamente il risultato sarebbe quello di allargare oltre misura lo spettro applicativo della norma: ma in tal senso sembrerebbe condurre anche l'espressione ciceroniana nella *pro Milone* '*diurnum autem, si se telo defenderet*', dove i due requisiti dovrebbero essere simultaneamente soddisfatti. Se questo approdo non pare giuridicamente attaccabile, le vedute degli Autori divergono quando si tratta di considerare il fondamento della scriminante consistente nel *ius occidendi*. R. Scevola ha infatti creduto di doversi distanziare da quegli studiosi che mantengono distinzioni tra le due fattispecie del *furtum interdarium* e di quello *nocturnum*. Aderendo a quella che Scevola chiama 'dottrina maggioritaria', ci sarebbe un altro nodo da sciogliere, perché «si porrebbe infatti l'ulteriore questione del concorso tra le due fattispecie aggravate..., in ordine al furto avvenuto di notte e nel corso del quale l'agente avesse utilizzato strumenti d'offesa» (SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 60). Occorre in effetti far presente che già nella letteratura più risalente sono state agitate due diverse concezioni: l'una tendente a considerare *separatim* le due ipotesi del *fur diurnus* e di quello *nocturnus* (si veda in proposito il contributo di Q. BRUINIER, *Disputatio iuridica inauguralis de differentia inter poenam furti diurni et nocturni*, Trajecti ad Rhenum, 1746, *passim*), l'altra, invece, mirante a ricondurre a un comune denominatore le due pur distinte fenomenologie. In seno alla prima tesi si è poi detto che il *ius occidendi* accordato contro il *fur nocturnus* sarebbe stata la proiezione di un riflesso della generale vendetta privata, potendosi parlare di 'causa scusante o esimente' soltanto nel caso del *fur diurnus* (per queste osservazioni v. W. ABEGG, *Untersuchungen aus dem Gebiet der Strafrechtswissenschaft*, Breslau, 1830, p. 141 ss., part. p. 144). L'importanza di un approccio non atomistico nell'esame del problema esposto, e la possibilità di ricorrere in chiave esplicativa a un includente 'principio di difesa legittima' (Prinzip der Notwehr) erano state rimarcate, dal lato

□

opposto (e in aperta e dichiarata polemica con l'Abegg), da E. PLATNER, *Quaestiones de iure criminum romano praesertim de criminibus extraordinariis*, Marburg-Leipzig, 1842, p. 70: 'Furem nocturnum, et diurnum qui se telo defendat, eadem regula censeri, et utrumque ideo occidi posse, quod cuilibet concessum est, pericula vitae et bonis imminetia propulsare, omnes loci satis evincunt, quibus de furtis manifestis agitur. Abegg itaque frustra laborat in discrimine constituendo inter furem nocturnum et diurnum'. Sembra che sia alla fine prevalsa la tesi platneriana sulla identità di *ratio* dell'uccisione del ladro *nocturnus* e di quello *telo se defendens*: dovrebbe infatti scorgersi in entrambe le ipotesi, come ha acutamente osservato M. KASER, *Das altrömische ius*, cit., p. 215, la sopravvivenza di un ultimo 'Überrest der ursprünglich rein privaten Diebstahlsverfolgung'. Per altri riferimenti, nonché per i termini generali della questione, rinvio a W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer*, cit., p. 298 alla nota contrassegnata dai due asterischi. Un dato mi sembra difficilmente confutabile: nella misura in cui la protasi *si nox furtum faxsit* non fa che riferimento a un pericolo presunto, è obbligato ritenere la facoltà di uccidere il ladro come forma di giustizia privata (il termine *ius* di Tab. VIII.12, si è detto – P. LAMBRINI, *rec.* a C. LOVISI, *Contribution*, cit., in «IURA.», 50, 1999, p. 282 – potrebbe anche interpretarsi come sentenza di morte deliberata ed eseguita da persona autocostituitasi giudice in un permanente 'Spielraum' della sfera extra-statuale), mentre anche la costruzione di Tab. VIII.13, in cui pure si prevede espressamente la situazione di pericolo, è parametrata sulla condotta del ladro, in modo che il *ius occidendi* assicurato nell'apodosi parrebbe essere – ancora una volta – sanzione privata di una condotta polarizzata sull'utilizzo del *telum* da parte del ladro; la previsione di una scriminante avrebbe forse reso più agevole e naturale una diversa polarizzazione, sul soggetto 'agredito' e non su quello 'aggressore' (C. LOVISI, *Contribution*, cit., p. 39: 'En effet, aux termes du verset 8,13, celui qui apparaît sur la défensive est le voleur et non pas le volé'), con previsione delle condizioni '*sine qua non*' per sfuggire all'altrimenti inevitabile incriminazione per omicidio. Com'è noto, il grande problema che così si solleva è quello relativo alla natura autentica del *ius occidendi*: vendetta privata, seppure circoscritta, o causa di giustificazione? Entrambe le tesi sono state sostenute con copia di argomenti; per Louis Gernet, anche se a prima vista potrebbe considerarsi prevalente l'«*instinct de vengeance*», anche e soprattutto per quanto concerne il ladro notturno, dovrebbe dirsi che l'impunità dell'uccisore 'c'est un cas nettement conçu comme exceptionnel et qui donne lieu, aussi bien, à l'*excuse de meurtre*' (L. GERNET, *Note sur la notion de délit privé en droit grec*, in «*Mélanges Henri Lévy-Bruhl*», Paris, 1959, p. 394), anche se è innegabile che 'dans les espèces communes du vol flagrant, la mise à mort procède au contraire du groupe, et on peut déjà dire qu'elle est une peine' (ibidem). Il Gaudemet, invece, ha pensato che la disposizione che permette l'*occisio* del ladro notturno 'ne se presente pas...comme fondée sur l'*excuse de légitime défense*', in quanto in essa 'l'aspect objectif reste prépondérant', prevedendosi soltanto le condizioni obiettive per l'integrazione 'd'un délit particulier, le *fur nocturnus*' (J. GAUDEMET, *Le problème*, cit., ibidem). Se si considera che la natura delle cause esimenti risiede nel 'togliere' l'antigiuridicità di un comportamento che rimane generalmente vietato, mentre l'autotulela è solitamente strutturata come facoltà legittima o addirittura *ius* inteso come diritto a tenere l'azione reattiva, si potrebbero allora trarre diversi argomenti dal discorso di Gellio che riporta i *relata verba* di una discussione tra il giurista Sesto Cecilio e il filosofo Favorino di Arles, svoltasi dopo la cerimonia della *salutatio* all'Imperatore nella piazza palatina; in essa, Sesto Cecilio replica alle osservazioni 'metagiuridiche' di Favorino facendogli notare come le leggi delle XII Tavole non possano essere tacciate di crudeltà, perché non sono crudeli le leggi che dispongono

□

l'*addictio* in qualità di servo del *fur manifestus* e che riconoscono il diritto di uccidere il ladro notturno. Il giurista si esprime quindi richiamando l'idea del diritto, o facoltà legittima – appunto, *ius occidendi* – di uccidere il ladro notturno (chiamato *grassator nocturnus*), a causa della sua intollerabile *insidiosa violentia*, senza richiamo di un avverbio come *impune* (Gell. *noct. att.* XX.1.7-8: '*Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur; aut quae furem manifestum ei cui furtum factum est in servitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non digna esse capitis poenae existumes*'). E' però indubbio il rischio di cadere nel nominalismo, se si pensa alla possibile configurazione di un diritto non tanto all'attuazione di un castigo privato quanto alla realizzazione della difesa personale in termini di *ius defensionis* o *defendendi* (come postulato in antico da D. G. VAN DER KEESEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 100, dove a proposito della distinzione tra furto notturno e diurno si annota: '*quae divisio insigne discrimen inducit in iure defensionis adversus furem domino competentis*'). A favore della tesi della scriminante, invece, cioè di una causa impeditiva rispetto ad una altrimenti ineluttabile condanna per l'uccisione, tesi già fatta propria da M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 158 nt. 34 – per cui la stessa chiamata a raccolta dei vicini non serviva ad altro che permettere all'uccisore di '*sich dem Mordverdacht entziehen*' – militerebbe un dato ricavabile dal senso generale dell'espressione '*iure caesus esto*'. La stessa espressione è attribuita da Livio a Publio Orazio, padre dell'Orazio superstite, per giustificare l'omicidio di quest'ultimo ai danni della sorella, che al ritorno dalla lotta con i Curiazi era stata trovata in lacrime per la morte del suo fidanzato, o meglio era scoppiata in un pianto diretto comprendendo che il fidanzato, che era proprio un Curiazio, aveva avuto la peggio nel cruento agone (in argomento si v. R. M. OGILVIE, *A commentary on Livy, books 1-5*, Oxford, rist. 1984, p. 116, secondo cui l'*Horatia* era stata *iure caesa* in quanto il fidanzamento con un nemico pubblico era da considerare senza mezzi termini come *proditio*, e F. RAMACCI, *Reo e vittima*, in «Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca», VII, cit., pp. 17-18); non vi sarebbe stata pacifica esplicazione di un potere sanzionatorio 'familiare' perché l'Orazio, come racconta Tito Livio, andò incontro ad un processo per *perduellio* (su questa composita figura di reato, multiforme ma caratterizzata dalla sempre presente carica lesiva di interessi dello stato, si v. i classici lavori di C. R. KÖSTLIN, *Die perduellio unter den römischen Königen*, Tübingen, 1841 e CH. H. BRECHT, *Perduellio: eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, München, 1938, senza peraltro dimenticare G. GROSSO, *Provocatio per la perduellio, provocatio sacramento e ordalia*, Milano, 1960) e fu condannato dai *duoviri perduellionis*, salvo poi appellarsi all'estrema garanzia della *provocatio* per sfuggire alla battitura '*vel intra pomerium vel extra pomerium*', nonché alla messa a morte per *suspensio* all'*arbor infelix* (Liv. *urb. cond.* 1.26.9: *Moti homines sunt in eo iudicio maxime P. Horatio patre proclamante se filiam iure caesam iudicare; ni ita esset, patrio iure in filium animadversurum fuisse*, parole che ci illuminano ancora sulla illimitata estensione, ai tempi cui si riferisce la narrazione liviana, del *ius vitae ac necis* del padre: il passo è citato incidentalmente in A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*', cit., p. 252 e L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., p. 437 nt. 74; sul racconto liviano in generale, cfr. C. ST. TOMULESCU, *Les ordalies, le sacramentum et la lex Pinaria*, in «RIDA.», 21, 1974, p. 327 ss. e C. CASCIONE, *Lege*

□
agere e poena capitis: qualche spunto ricostruttivo, in «Iuris vincula», I, cit., p. 523). Si potrebbe poi considerare che disposizioni normative dell'antichità nell'area greca prevedevano di solito l'impunità di chi avesse ucciso un ladro in determinate circostanze di tempo: si pensi allora, e soprattutto, al sintagma 'katharòs ésto' ('sia puro', indenne da conseguenze, cioè non condannabile per omicidio) riferito all'uccisore di un rapinatore così come riprodotto da Platone *Leg.* 874b – e la legge di Platone non a caso è stata assunta da F. WIEACKER, *Endoplorare*, cit., p. 169 nt. 2, come ipotesi di 'Notwehrtötung' – ma anche e più opportunamente ci si potrebbe rifare al frequente uso di un avverbio come *impune* nei testi latini (su tutti quello di Agostino, citato, tratto dalle *Quaestiones in heptateucum* 2.84). Da questi assunti è implicitamente partito anche Walter Selb nell'aderire alla tesi dell'esclusione della punibilità, discorrendo di una '*ungestrafte – corsivo mio – Tötung des nächtlichen oder bewaffneten Diebes*', negando che l'aggredito potesse invece comminare una autentica 'Todesstrafe' (W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex in der legis actio*, in «Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel», Frankfurt am Main, 1984, p. 422). Alla fattispecie del *fur nocturnus* il Lintott ha voluto estendere, seguendo un indirizzo estensivo del dato letterale, l'obbligo di *endoploratio* (chiamata a raccolta del vicinato, cfr. *Fest. de verb. sign., sv. endoplorato*, LINDSAY, p. 26, '*Endoplorato implorato, quod est cum quaestione inclamare. Implorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis*', cui si deve aggiungere la glossa 'epikáleson' in G. GÖTZ, *De glossariorum latinorum origine et fatis*, Leipzig-Berlin, mdcccxxiii, rist. anast. Amsterdam, 1965, I, p. 29, e si tenga presente che il *cum quaestione inclamare* di Festo/Verrio Flacco potrebbe condurre a pensare, così come ha ritenuto A. DE FRANCESCO, *Autodifesa*, cit., p. 60, «che la pratica prevista dalla legge avesse il valore 'tecnico' di una chiamata di testimoni») testualmente previsto soltanto in *Tab.* VIII.13. Per lo studioso anglosassone in effetti la forma antica *endoploro* avrebbe avuto il significato di *fidem implorare*, identico a quello attribuibile al medesimo segno adoperato nella legge di Servio Tullio (sulla cui figura v. V. E. VERNOLE, *Servius Tullius*, Roma, 2002, p. 49 ss.; alla sua persona sono correntemente attribuite due importantissime innovazioni nella storia romana, cioè la riforma dei *comitia* base per la coscrizione militare in senso censitario – c.d. 'ordinamento serviano' – e l'introduzione della moneta coniata: su quest'ultimo punto cfr. M. SEHLMAYER, *Origo gentis romanae. Die Ursprünge des römischen Volkes*, Darmstadt, 2004, p. 74, 'die Annalistik hielt Servius Tullius für den Erfinder der Münze') '*Si parentem puer verberit, ast olle plorassit, puer divis parentum sacer esto*' (per questa legge, cfr. per tutti O. SZEMERÉNYI, *Si parentem puer verberit, ast olle plorassit*, in «Beiträge zur alten Geschichte und deren Nachleben. Festschrift Altheim», I, Berlin, 1969, *passim*, S. TONDO, *Introduzione alle 'leges regiae'*, in «SDHI.», 37, 1971, p. 7, A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas' I. Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, p. 46 e relativa recensione di A. CORBINO, in «IURA.», 31, 1980, pp. 184-185, A. RUGGIERO, *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in «Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino», IV, Napoli, 1984, p. 1600, per il quale 'la solidarietà dei vicini chiamati come testimoni dal *pater* sembra ricordare la più antica solidarietà gentilizia', B. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., pp. 151-152, A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in «RIDA.», 37, 1990, p. 220 nt. 39, ove l'evidenziazione del ritmo ternario già proprio delle XII Tavole, utile per un apprendimento mnemonico della legge); la prescrizione dell'*endoploratio* sarebbe stata applicata 'both by day and by night' (A. LINTOTT, *Violence in republican Rome*, cit., p. 13), rendendo possibile ipotizzare che la chiamata fosse preordinata alla costituzione di un 'council of neighbours' di fronte al quale escutere il ladro. Vero è che non solo il Lintott, ma molti

□

altri autorevoli studiosi, da J. E. KUNTZE, *Exkurse*, cit., p. 146 ('dieses *ploratio* als Vorschrift für beide Fälle aufgestellt ist') a J. L. PARRONDO PARDO, *En torno a los delitos y las penas en la ley de las XII Tablas*, in «Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias», III, Madrid, 1988, p. 1528 – nettissimo nel predicare l'obbligo di *endoploratio* 'en ambos supuestos antedichos', e quindi di notte come di giorno – hanno voluto estendere l'obbligo dell'*endoploratio* anche al caso del *furtum nocturnum* (tale posizione è stata da noi particolarmente difesa, *ex ceteris*, da A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, p. 97). Basti dire che anche Frederick Lawson prendeva atto (nel 1950) di una dottrina ormai e già allora monoliticamente schierata per l'estensione del requisito; il Lawson, pur riconoscendo che 'Cicero pro Tullio 21,50 mentions shouting...in connexion only with daylight encounters' – LAWSON, *Negligence in civil law*, cit., p. 81 – conclude alla fine per la bontà degli sforzi estensivi e per la necessità di ritenere l'*endoploratio* 'an indispensable formality'. Gli argomenti sono sostanzialmente due: in D. 9.2.4.1 si dice che la legge decemvirale ha permesso di uccidere il ladro nottetempo a patto che la situazione sia stata certiorata dal vicinato accorso alle grida di aiuto, proprio come nel caso ('*aeque*') del *furtum diurnum*; in secondo luogo, come ha ritenuto anche SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 64, sarebbe oscuro il motivo per cui il *plorare* non avrebbe dovuto interessare anche il furto commesso di notte, dove pure si trattava di accertare una situazione legittimante l'uccisione del ladro. Quanto al dato significato da D. 9.2.4.1, esso è già apparso ad A. BERGER, *Dig. IX 2, 4 § 1 und das 'endoploratio' der Zwölftafeln*, cit., p. 378 ss. nonché G. I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi*, cit., p. 162, non affidante, stanti i pesanti difetti costituenti più che un insieme indiziario per ritenerne la natura glossematica, ma anche Franz Wieacker ha ammesso trattarsi di una fonte 'mindestens formal anstößige' (WIEACKER, *Endoplorare*, cit., p. 131), potendo anzi tradursi l'estensione in discorso in un ingiustificato vantaggio per il ladro diurno a fronte di un sicuramente 'schwerer Nachtdiebstahl' (rispolverando per tale via la tesi, da alcuni mai sconfessata, riassunta nell'equazione furto notturno=furto aggravato): il *clamor* (su cui L. L. HAMMERICH, *Clamor. Eine rechtsgeschichtliche Studie*, Kopenhagen, 1941, p. 206 ss.) era in realtà, per lo studioso tedesco, una '*clementia legum*' che aveva il compito di fissare i 'subjektive Grenzen der Notwehr', e in principio non poteva che essere estranea ('fremd') alla 'öffentliche Wahrnehmbarkeit der Tat', dove non si trattava per nulla di disquisire della scusabilità dell'agredito, 'Entschuldbarkeit des Angegriffenen' (F. WIEACKER, *Endoplorare*, cit., p. 136). Anche chi, come Scevola, propenderebbe per l'estensione dell'atto dell'*endoploratio* oltre il caso contemplato in *Tab. VIII.13*, non può fare a meno quindi di rilevare che a vantaggio della tesi estensiva vi siano 'ragioni di ordine logico-giuridico più che testuale' (SCEVOLA, *op.cit.*, ibidem). Ma quali sarebbero queste ragioni? Le fonti in realtà ci dicono, e in maniera ricorrente, che il *fur nocturnus* poteva esser ucciso '*quoquo modo*', rendendo il fatto omicidiario lecito a prescindere da una certificazione *ab externo*: non si deve infatti credere che il *quoquo modo* dei testi sia da correlare al *si telo defendit* e quindi sia da intendere come allusione al fatto che il ladro notturno avrebbe anche potuto non difendersi con un *telum*. E' da sottolineare piuttosto che la necessità di costituire un immediato tribunale (sostanzialmente di questo si trattava, perché nel *iure caesus* riferito al ladro notturno viene in campo – come ha rilevato J. JUNCKER, *Haftung und Prozeßbegründung im altrömischen Rechtsgang*, cit., ibidem, una 'Hausgerichtbarkeit' di carattere penale-sacrale che 'hat also mit dem Zivilprozeß nicht zu tun', anche se B. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., p. 154, ha negato che potesse instaurarsi, 'nella drammaticità estrema delle circostanze', un autentico 'processo domestico' con i vicini a fungere da giudici dello stesso, mentre KASER, *Das altrömische*

□
ius, cit., p. 215, ha addirittura ritenuto fuori luogo credere a un ‘Notgericht’, perché il ‘Gerüft’ con cui si richiamavano i vicini interveniva ‘erst nach der Tötung’, soltanto *dopo* l’uccisione, ‘die sich...auf Grund der Notwehrlage als einzige Tatfolge erhält’) in tanto poteva giustificarsi in quanto l’attività di giudizio fosse urgente e necessaria, ad esempio per decidere se davvero, di giorno, il ladro avesse usato resistenza e se l’avesse usata con il *telum* di cui alla legge, facendo pertanto emergere l’importanza di un consenso di giudicanti che non erano chiamati alla mera constatazione di fatti autoevidenti (come sarebbe stato, accettando la tesi qui criticata, la mera constatazione dell’ora notturna in cui poteva avvenire la per il resto incondizionata uccisione del ladro). Per il GUARINO, *L’endoploratio*, cit., p. 181, il *plorare* non dovrebbe essere riferito che al *fur diurnus qui se telo defendit*, senza nemmeno dover per forza ipotizzare l’interpolazione di D. 9.2.4.1 ma al più supponendo un equivoco di Gaio dovuto alla sopravvenuta profonda differenza di mentalità giuridica: in questa fattispecie l’*endoploratio*, secondo l’illustre studioso campano, ‘consisteva nell’esigenza che, in caso di furto diurno, il derubato, prima di dare addosso al ladro (pronto a ricorrere a sua volta alle armi) si rivolgesse direttamente a lui, ed a lui soltanto, per implorarlo di desistere dalla sua azione e di non fargli torto: comportamento, *quod est proprie vapulantis*’ (op.cit., p. 182). Opinione intermedia può essere considerata quella di H. F. JOLOWICZ, B. NICHOLAS, *Historical introduction*, cit., p. 169 nt. 9; i due studiosi, pur dovendo ammettere che D. 9.2.4.1 ‘is with reason suspect’, non hanno escluso che nei primi tempi l’obbligo di *endoploratio* potesse valere per il furto diurno come per quello notturno, ‘since *endoplorare* seems originally to have denoted a formal call to neighbours to attest the guilt of the culprit before the injured party resorted to self-help’. In verità sembrerebbe più corretto ipotizzare che proprio in origine il requisito dell’*endoploratio* non riguardasse che i furti diurni, per i quali soltanto era previsto *expressis verbis*, ma tuttavia nel corso del tempo il presupposto sarebbe stato esteso anche alle ipotesi di furto notturno, forse nel momento in cui cominciava a sbiadirsi la primitiva differenza di fondamenti legali delle due forme di manifestazione del furto (l’uccisione del ladro notturno costituisce forse un residuo del diritto-dovere alla vendetta, mentre il furto diurno è già sensibilmente conformato alle neonate esigenze di controllo dello stato su condotte per l’innanzi percepite come diritti non conculcabili dei *patres familias*). In quest’ottica, credo a ragione, si è posta M. F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p. 91, che ha creduto che il *plorare* fosse limitato in origine al *fur diurnus* ma che venne *medio tempore* esteso ‘al *fur nocturnus* per garantire un maggior controllo della comunità, chiamata a testimoniare circa le condizioni del furto e la legittimità dell’uccisione’. Si è fatto cenno alla presenza del *plorare* anche in una antica legge di Servio Tullio, relativa al *puer* che avesse verberato il *parens*, con l’inevitabile radicazione della severa fase di condanna espressa con la sanzione del *sacer esto* (sacertà in senso negativo), dove il *puer* diventava *sacer* non agli Dei familiari ma a quelli cui solitamente erano rivolte le preghiere del *pater* (H. WAGENVOORT, *Studies in roman Literature, Culture and Religion*, Leiden, 1956, p. 290 ss.). Roberto Fiori, in una vasta ricerca sull’*homo sacer*, ha allora ritenuto di dover prendere in considerazione nuovamente e *funditus* le possibili relazioni tra il *plorare* riferito per il caso del *fur nocturnus* e del *fur diurnus* agente con un *telum* rispetto alla *sacrosanctitas* la cui comminazione non era in realtà espressamente prevista per le condotte furtive, almeno nelle XII Tavole, dove la sanzione generica del *sacer esto* era disposta solo per il patrono che avesse architettato una *fraus* ai danni del cliente (Tab. VIII.21: *Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*, sul cui precetto cfr. tra gli altri H. FUGIER, *Recherches sur l’expression du sacré dans la langue latine*, Paris, 1963, p. 243 ss., B. ALBANESE, ‘*Sacer esto*’, cit., p. 149, A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, cit., p.

□

218 e da ultimo l'americano G. A. SHEETS, *Distinguishing cases in Roman legislation*, in «RIDA», 52, 2005, p. 360), mentre da Dione Cassio apprendiamo che il *sacer esto* era anche inflitto al soggetto che avesse immutato a suo vantaggio i confini fondiari (Dion. Arch. Rom. 2.74). Dopo aver richiamato le ben note fonti ciceroniane (Cic. Tull. 20.47 e 21.50: cfr. R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, p.481) lo studioso ha ritenuto di poter individuare, credo con successo, due diversi e successivi significati attribuibili alla *ploratio* o *clamor*. Per il primo di essi il senso complessivo dell'espressione sarebbe equivalso «ad (*in-*/*con*)clamare, ossia *ad auxilium vocare*, ma anche *conviciis et maledictis insectari*» (R. FIORI, *Homo sacer*, cit., p. 482), ricavando queste conclusioni dalle definizioni di Festo/Verrio Flacco alle voci '*sub vos placo*', '*implorare*', '*inclamare*'; mentre in questo primo stadio il segno indicherebbe la richiesta di 'ausilio e maledizione' (in questo terreno si situerebbe la legge di Servio Tullio), nel secondo, che più propriamente interesserebbe il furto, la previsione dell'*endoplorare* avrebbe «il valore di un necessario atto di pubblicità che renda nota alla comunità l'adozione di misure violente di giustizia privata» (R. FIORI, *Homo sacer*, cit., ibidem). Nonostante il richiamo alla 'giustizia privata' il Fiori ha però al contempo parlato di 'urgenza di una autodifesa', mostrando alla fine di non annettere eccessiva importanza all'annoso dibattito che vede contrapposte le opposte tesi dei sostenitori della difesa legittima e della sanzione privata. Secondo il Fiori, quindi, in alcuni casi vi sarebbe stata *impunità*, cioè uccisione *iure* del trasgressore, in altri un vero e proprio processo costituito da privati cittadini, autorizzati ad applicare essi stessi la sanzione pur prevista dalle norme della *civitas*. Forse la stessa presenza dell'*endoploratio* potrebbe già di per sé essere un elemento rafforzativo della tesi della difesa legittima, perché la necessità di richiamarsi alla presenza e alla constatazione del fatto da parte di altre persone poteva spiegarsi con il *favor* accordato dalla legge, ovviamente, al derubato, che aveva impellenza di poter sostenere in caso di contestazioni l'avvenuta uccisione *iure* del ladro; ragionando in questo modo l'*endoploratio* avrebbe accordato il vantaggio per il derubato consistente nel 'fare provvista di prova preconstituita della legittima difesa' (G. L. FALCHI, *L'onere della prova nella 'legis actio sacramento in rem'*, cit., p. 257) anche se 'ciò non esclude che in un'epoca più antica le persone accorse in seguito alle invocazioni del derubato svolgessero al funzione di *testes atque arbitri* della procedura di repressione' (op.cit.). Quella del Falchi sembra essere una contestazione rispetto a quanto sostenuto dal Brogginì (in V. ARANGIO RUIZ, E. LONGI, G. BROGGINI, cur., *Cicero, Marcus Tullius – Le orazioni per Publio Quinzio*, Verona, 1964, 1, p. 444), per il quale l'*endoplorato* sarebbe stata prevista nell'interesse del derubato e non del ladro presunto, fatto negato da Falchi, che ha voluto soppesare maggiormente il variegato strumentario di garanzie apprestato per i presunti responsabili di furto. Altro tribunale domestico era contemplato nei casi in cui al *pater familias* era riconosciuto un *ius occidendi* nei confronti della moglie adultera, costituito però non da estranei ma dai membri della famiglia del marito 'che, in quanto membri del gruppo, in un certo senso erano stati anch'essi offesi dal reato commesso dalla donna' (E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, p. 177 nt. 17); d'altro canto, il marito che avesse venduto la moglie, secondo Plut. Rom. 22, diveniva *sacer* e veniva sacrificato alle divinità infernali (su questa antica sanzione rammentata da Plutarco e sui rapporti con la primitiva repressione del *furtum* si può rimandare a F. WIEACKER, *Endoplorare*, cit., p. 161).

²⁵) Emblematicamente, v. E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, cit., pp. 120-121, per la verosimiglianza storica di 'una fase, anteriore a quella in cui si pone la distinzione fra *fur man.* e *nec man.*, nella quale il ladro, comunque colto

Secondo la *communis opinio*, seguita e accettata dalla maggior parte degli studiosi, la disciplina decemvirale presupporrebbe una nozione non troppo dissimile da quella presente negli odierni ordinamenti positivi, individuata nella sottrazione (*amotio*) di una cosa mobile dall'altrui sfera dispositiva²⁶.

□

sarebbe stato abbandonato senz'altro nelle mani della vittima, cui sarebbe stato riconosciuto il diritto di ucciderlo anche all'istante', e L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale I. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981, p. 118: 'E' credibile l'ipotesi che prima delle XII Tavole, in età arcaica, fosse prevista la morte per qualsiasi tipo di furto, non solo quello notturno o a mano armata'. Cfr. inoltre M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 157-158, ID., *Das altrömische ius*, cit., p. 215 (dove è cenno al 'sofortiger Tötung') ma anche U. BRASIELLO, *Furto (dir. rom.)*, in «NNDI.», VII, cit., p. 691. L'uccisione era per certo considerata lecita nelle ore notturne, a prescindere da qualsiasi pericolo, e la regola fu riprodotta dai Decemviri: cfr. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer*, cit., p. 298: 'Fur manifestus durfte nämlich zur Nachtzeit ohne weiteres (*impune*) erschlagen werden, auch wenn er nicht bewaffnet war und sich nicht zur Wehre setzte' e ZUMPT, *Das Criminalrecht*, cit., p. 376-377. Si vedano inoltre E. BRUNNENMEISTER, *Tötungsverbrechen im altrömischen Recht*, Leipzig, 1887, p. 141 ss. e A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechtes im vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, I, Leipzig, s.d., p. 59 ss., entrambi ricordati da H. F. HITZIG, *sv. Furtum*, cit., p. 391.

²⁶) Per questa preminente configurazione del *furtum* in epoca decemvirale si vedano ad esempio C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 423 ('originariamente, come anco l'etimologia insegna, l'essenza del furto stava nella amozione della cosa altrui a scopo di impadronirsene'), B. KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts*, Leipzig, 1925, p. 53, B. ALBANESE, *La nozione I*, p. 8: «le poche testimonianze rimasteci per la legislazione decemvirale si riferiscono indubbiamente ad una concezione di *furtum* corrispondente esclusivamente alla ristretta ipotesi della sottrazione dell'altrui *res mobile*», J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 354, J. BURILLO, *La desprivatización del 'furtum'*, cit., p. 14 ('al principio el *furtum* tiene una acepción restringida de sustracción de cosa ajena'), P. STEIN, *Roman law and English jurisprudence yesterday and today*, in *The Character and Influence of Roman civil law. Historical Essays*, London-Ronceverte, 1988, p. 159, che pur col beneficio del dubbio afferma: 'at the time of twelve tables, theft was probably regarded – as the etymology of *furtum* from *ferre* suggests – as the carrying away or asportation of another's goods' e F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma I. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, 2006, p. 368. All'estremo opposto si può invece individuare la tesi che tende ad attribuire al *furtum* anche nel periodo decemvirale una ben più ampia comprensività, idonea a racchiudere nel campo applicativo del delitto pressoché ogni atto antipatrimoniale diretto contro un bene mobile altrui. Capofila di tale concezione può essere considerato, a detta dell'Albanese, P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, II, Paris, 1929, p. 20 (cfr. infatti ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 10), le cui considerazioni (non esplicitamente formulate, come rileva Albanese, nei più importanti e ponderosi *Études*) sono poi state oggetto di critica da parte di non pochi autori. Prima di andare a vedere quali dati sostantivi possa recare al dibattito un famoso testo di Plinio il Vecchio, occorre pregiudizialmente rilevare che il richiamo al semplice concetto di sottrazione di cosa mobile non sembra l'unico adeguato al diritto decemvirale, nella

□

misura in cui questo prende in considerazione condotte concretizzatesi nel rifiuto di restituzione di cose date in prestito o in deposito, o per altre cause consegnate, per le quali era prevista una sanzione analoga a quella comminata per il *furtum nec manifestum*; nel diritto della metà del V se. A.C., come ha giustamente rilevato H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, cit., p. 166, ‘the man who refused to return a thing he had hired would have to give it up on vindication by the owner and could very possibly be treated as a thief’. Certamente se poteva e doveva, in via primaria, venire in gioco la ‘sottrazione’, è altrettanto vero che anche una condotta teleologicamente orientata nella direzione della sottrazione veniva valutata come tale secondo parametri oggettivi, fissati dall’effetto *normalmente* – oggi tireremmo forse in causa l’*id quod plerumque accidit* – conseguente a un rifiuto di restituzione, che avrebbe comunque importato l’effetto finale della privazione di un’utilità; come ha ancora spiegato H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction*, cit., p. 173 nt. 2, «Primitive law has ‘objective’ standards, i.e. it lets certain consequences follow from certain outward facts because it regards those facts as proof of the other facts with which it seeks to deal. If a man refuses to give up a thing lent to him it is generally because he has taken the thing away or at least hidden it with the intention of keeping it to himself; that is enough to make the law say that *everyone who acts similarly is a thief* (n.d.a. corsivo mio)». Occorre tenere presente che il *duplum* non era – nella valutazione di sintesi dei decemviri – una sanzione ‘qualsiasi’, magari traslabile a fattispecie totalmente diverse, perché noi sappiamo da Gellio che la pena del doppio fu espressamente ritenuta adeguata per i furti non manifesti e in genere per tutti i fatti che concretamente, in quanto a modalità attuative e risultato dannoso, vi si avvicinassero (Gell. n. att. XI.18.15, «*Aliis deinde furtis omnibus quae ‘nec manifesta’ appellatur, decemviri poenam imposuerunt dupli*»). Non si parla di un canonico furto non manifesto coincidente con la sola sottrazione non flagrante, ma si declina il discorso al plurale parlando di diversi fatti concreti che – probabilmente per intensi profili di somiglianza con l’ipotesi paradigmatica della sottrazione di cosa mobile – correntemente venivano concepiti come *furta* (*melius*, li si considerava come se fossero furti). Anche se la dottrina sul punto è divisa, vorrei qui ricordare che non potrebbe essere una mera coincidenza o casualità il fatto che il diritto decemvirale conoscesse ipotesi delittuose nominate ‘dem *furtum nec manifestum* ähnlich, indem sie mit ihm die wissentliche Entziehung oder Vorenthaltung fremder Sachen gemein haben und zumeist ebenfalls eine Buße im doppelten Sachwert nach sich ziehen’ (M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 160), di ipotesi, cioè, che avevano in comune ben due elementi, l’impossessamento o rifiuto di restituzione o appropriazione indebita di una *res aliena* che veniva immancabilmente sanzionata con la pena del doppio. Lo stesso grande studioso tedesco ha elencato queste relevantissime fattispecie, che erano come minimo ben cinque, e forse sei se si considera anche l’*actio auctoritatis* che sorge per la ricezione della somma della compravendita sborsata per la cosa mancata altrui. Ed è significativo che al riscontro di una innegabile ‘Ähnlichkeit’ delle fattispecie qui all’attenzione, il Kaser sia giunto smorzando le nette prese di posizione dei suoi scritti precedenti, per cui le azioni elencate nel manuale venivano ritenute semplicemente ‘nicht gleichsetzen’ con l’*actio furti nec manifesti*, in quanto la nozione decemvirale di furto sarebbe coincisa con una *amotio rei* (cfr. M. KASER, *Das altrömische ius*, cit., p. 219 nt. 39). Se appare corretto, come vedremo in appresso, rifiutare l’idea della ‘Gleichsetzung’, è evidente come soltanto seriormente, nella letteratura romanistica in generale e non solo in Kaser, si sia percepita in pieno l’unicità di disvalore di una costellazione di azioni relative a offese tra di loro strettamente interrelate, considerabili nella sostanza come dei furti. Gli altri casi ben più rilevanti,

□

erano quelli del *tignum furtivum* (da cui l'*actio de tigno iuncto* nel doppio, possibile solo se il *tignum* fosse stato rubato e non altrimenti, Tab. VI.8, sul cui argomento rinvio ai basilari lavori di J. SCHUMACHER, *Über tignum und tignum iunctum*, Bonn, 1882, G. MELILLO, *Tignum iunctum*, Napoli, 1964 e F. MUSUMECI, *Vicenda storica del 'tignum iunctum'*, in «BIDR.», 81, 1978, *passim*), per cui è estremamente difficile affermare un'alienità rispetto all'area di rilevanza del *furtum*, l'*actio rationibus distrahendis* che certamente copriva per lo più fatti di ingiusta appropriazione di beni pupillari da parte del tutore, l'*actio in duplum ex causa depositi* (Tab. VII.19), direttamente testimoniata in Coll. 10.7.11 (*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum*: per riferimenti rinvio a R. EVANS-JONES, *The action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, in «Labeo», 34, 1988, p. 188 ss.), la ben nota azione relativa a colui che *vindiciam falsam tulit*, in Tab. XII.3, che addirittura con la sua chiusa *duplione decidito* ha permesso l'integrazione proprio del versetto decemvirale sul *furtum nec manifestum* di cui a Tab. VIII.16, che *si chiudeva con le stesse parole* (appunto, '*duplione...decidito*') salvo per la specificazione del peculiare oggetto materiale della condotta, che in Tab. XII.3 consisteva nei frutti della cosa litigiosa in contestazione, senza peraltro dimenticare l'azione sulla *dedicatio in sacrum* di una *res litigiosa*. E' possibile parlare di autonomi e distinti delitti, a compartimenti stagni, oppure non ci sono sufficienti elementi per riconoscere varianti 'nominate' del *furtum nec manifestum*? Non sembra troppo difficile rispondere, in special modo se si pone mente alla circostanza dell'atteggiarsi di condotte che hanno tutte un segno distintivo, quello di non poter essere flagranti o manifeste. Così, per esempio, il depositario che si appropria della cosa depositata non potrà che commettere un fatto speciale di *furtum nec manifestum* (e in effetti dall'età repubblicana andrà sviluppandosi il concetto di *furtum usus*, che è statutariamente un furto non manifesto), mentre contro il tutore dell'impubere responsabile di *mala gestio* e appropriazione di beni, l'ex pupillo diventato pubere potrà agire con l'*actio rationibus distrahendis* in relazione a fatti passati, non scoperti e contestualmente denunciati *temporibus*, nel momento in cui accadevano. Occorre tuttavia precisare che tutte le azioni poco fa considerate sono da considerare importanti e speciali varianti di un nucleo di disvalore che è proprio del fatto tipico represso con la vera e propria *actio furti nec manifesti*, soprattutto in chiave repressiva di furti senza sottrazione o impropri, ma non sono da *identificare* con quell'azione (così esattamente P. L. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano, 1983, p. 134), non risultando fungibile rispetto ad essa a motivo di diversi fattori specializzanti, tali da suggerire una considerazione atomistica di comportamenti che comunque – ripeto ancora una volta – portavano allo stesso detrimento e per questo venivano considerati, in quanto alla *poena*, con lo stesso criterio dosimetrico. Anche lo Zannini, nella sostanza, si è mostrato incline a valutare l'*actio in duplum ex causa depositi* come *azione penale speciale* in larga misura tributaria del sistema repressivo del furto non flagrante, essendo 'innegabile – non foss'altro che per la corrispondente misura della pena – il rapporto di affinità storica e logica che intercorre tra questo mezzo processuale e l'*actio furti nec manifesti* (in questi termini, a ragione, P. L. ZANNINI, *Spunti critici*, cit., p. 135). E d'altronde la stessa piana interpretazione era già stata avanzata da Charles Appleton, per il quale 'on ne saurait voir une contradiction...dans le fait que l'ancien droit romain avait, dans plusieurs hypothèses d'abus de confiance (*furtum improprium*)...donné au volé une action spéciale et non celle du vol', perché al colpevole avrebbe fatto capo la proprietà formale o sostanziale 'de la chose détournée' (CH. APPLETON, *Le trésor et la iusta causa usucapionis*, in «Studi in onore di Pietro Bonfante», III, Milano, 1930, p. 17 nt. 36). In definitiva presso i Romani trovavano riconoscimento, come ha lucidamente pensato M. VOIGT, *Die XII Tafeln*.

□

Geschichte und System des Civil- und Criminalrechtes, II, cit., p. 548, una ‘Mehrzahl von Sondergestalten’ di *actiones furti* generalmente considerate e tali nella sostanza, la cui *summa divisio* avrebbe previsto i due fondamentali raggruppamenti delle ‘Klagen aus dem *furtum* selbst’, comportanti una ‘Entwendung’, e delle azioni incentrate invece sulle ‘Beförderungshandlungen’: nel primo gruppo sarebbero rientrate non solo le classiche e tipiche *actiones furti manifesti et nec manifesti* ma anche ‘als Spezialklage’ l’*actio rationibus distrahendis*, diversa dalle prime due ma comunque ricompresa nelle ‘Diebstahlsklagen im Allgemeinen’, mentre la fattispecie del *tignum furtivum* dovrebbe più naturalmente inserirsi nel concetto di ‘Bergung der *res furtiva*’, proprio come il *furtum conceptum*. Quest’ultimo abbinamento offre un appoggio ulteriore all’intero discorso: infatti se si ragionasse in termini di alterità tra azioni penali speciali e concetto generale di *furtum*, nel senso che alle azioni speciali debbano per forza corrispondere altrettanti reati tra di loro autonomi e ontologicamente diversi, non si comprende come il *furtum conceptum* possa esser considerato un furto e non un delitto inconciliabilmente differente, solo perché l’ordinamento apprestava una speciale *actio furti concepti*, per di più con pena diversa dall’ipotesi base di furto non flagrante. Passando poi all’altra direttrice argomentativa, l’ipotesi presa in considerazione per affermare la sussumibilità di fatti di danneggiamento entro la nozione decemvirale di *furtum* è stata formulata a partire dai dati che ci vengono da Plin. *hist. nat.* XVIII.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, impuberem praetoris arbitrato verberari noxiamve decerni* (sul passo, v. A. W. ZUMPT, *Das Criminalrecht*, cit., p. 379 nt. b, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 722 nt. 4, che senz’altro vi riconosceva uno specifico ‘Erntediebstahl’, l’unico caso in cui sarebbe attestata una pena pubblica per furti di cose in proprietà a privati, G. WISSOWA, *sv. Ceres*, in «PWRE.», III, Stuttgart, 1899, c. 1972, che implicitamente parla di sacrilegio o empietà chiamando il colpevole ‘Saatfrevler’, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 61 ss., dove esattamente si mette in luce che ‘le fait de couper des moissons sans se les approprier ne tombe pas sous le coup de l’action *furti*. Mais, au temps des Douze Tables, il en est autrement’, non potendosi sottacere, peraltro, che ‘on sait...de source sûre que l’Edit du préteur range l’action *arborum furtim caesarum* parmi les actions relatives au vol’, illazione che non escluderebbe che il delitto fosse stato commentato da Gaio con trasposizione in termini moderni in D. 47.7.2 Gai I *ad leg. duod. Tab.*, ‘*Sciendum est autem eos qui arbores et maxime vites ceciderint, etiam tamquam latrones puniri*’ – testo sul quale è intervenuta con un contributo chiarificatore S. MORGESE, *Taglio di alberi e ‘latrocinium’: D. 47,7,2*, in «SDHI.», 49, 1983, p. 147 – non ponendosi ostacoli di sorta per concludere che ‘la classification de notre délit parmi les *furta* résulte assez clairement des textes’, p. 62, A. FLINIAUX, *Une vieille action du droit romain: l’action de pastu*, in «Mélanges Cornil», 1926, I, p. 273, E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit*, cit., p. 100, secondo cui la fattispecie in discorso riferentesi a un ‘nächtliche Getreidediebstahl’ avrebbe comportato come *in se* il requisito della segretezza e furtività dela condotta al pari della fattispecie del taglio furtivo di alberi, pur importando questi due delitti un’eccezione rispetto alla regola della inessenzialità della ‘Heimlichkeit’ nella realizzazione di atti appropriativi, posto che ‘blieb in Rom das Merkmal der Heimlichkeit fremd und zwar bis in die klassische Zeit hinein’, E. CARRELLI, *Plinio nat. hist. XVIII,3,12 e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII Tavole*, in «AUBA.», II, 1939, p. 1 ss., M. KASER, *Das altrömische ius*, cit., p. 219 nt. 5, in cui si propone di leggere *decidere* in luogo del *decerni* inteso come *sarcire*, e dove si fanno presenti altri ‘Herstellugsversuche’ dottrinali, ma si leggano anche G. I. LUZZATTO, *Per un’ipotesi*, cit., p. 173, B. ALBANESE, *La nozione I*,

□
 cit., p. 13 ss., B. PERRIN, *Le délit décemviral de destruction de récoltes sur pied (Pline Hist. Nat. XVIII.3.12)*, in «Annales Universitatis Saraviensis. Droit-economie», II, 1953, p. 34 ss., ID., *La consécration à Cérès*, in «Studi in memoria di Emilio Albertario», II, Milano, 1953, p. 389 ss., spec. 399-400, che tuttavia ha voluto individuare non solo nella punizione dell'adulto ma anche in quella dell'impubere niente più che una 'via legale' per sfuggire ad una *verberatio* ancora ammantata di sacralità e ha supposto che 'le délit de *frugem pavisse ac secuisse* a été sanctionné alors que la propriété privée de champs cultivés n'existait pas encore, c'est à dire à l'époque, bien antérieure aux XII Tables, où le système politique des gentes n'avait pas encore fait place à l'économie privée des familles', H. NIEDERLÄNDER, *rec. a ALBANESE, La nozione del furtum fino a Nerazio*, in «IURA», 5, 1954, p. 344, dove si rimarca che la diversità tra il *furari* e il *frugem furtim pavisse ac secuisse* non è più grande di quella tra furto manifesto e non manifesto, e d'altro canto il delitto di cui parla Plinio doveva riguardare 'eine stark abgesonderte Art des *furtum*' la cui 'Besonderheit' sarebbe stata fin troppo negletta negli studi di Paul Huvelin, mentre pure l'Albanese avrebbe attribuito alla codificazione decemvirale una pur minima delimitazione concettuale del furto, che tuttavia andrà a puntualizzarsi soltanto in 'spätere Epochen des römischen Rechts' (op.cit., p. 345), C. GIOFFREDI, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana (per la definizione del concetto di 'ius')*, in «SDHI.», 20, 1954, p. 266 nt. 15, che pensa per il caso di furto notturno di messi a una pena eminentemente sacrale, non però in quanto l'oggetto dell'aggressione fosse di per sé sacro, quanto piuttosto perché 'particolari considerazioni sociali inducevano a farlo ritenere tale', J. REINACH, *Cérès ou Céréale? Comment les XII Tables châtiaient les dégradations rurales*, in «Mnemosine Vizoukidis», Tessalonica, 1960-1963, p. 1 ss., A. WATSON, *The Law of Obligations*, cit., p. 224 nt. 4, G. GROSSO, *Ancora sulla genesi del processo criminale romano*, in «Mélanges d'archéologie et d'histoire offerts à A. Piganiol», III, Paris, 1966, p. 1439 poi ried. in ID., *Scritti storico giuridici I, Storia diritto società*, cit., p. 849, che acutamente rinveniva nella '*suspensio* a Cerere', al di là dei pur patenti 'legami religiosi', 'un processo di individuazione del contenuto della pena, che rappresenta un avviamento alla separazione dell'elemento sacrale', A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, Paris, 1967, p. 42, A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana arcaica*, cit., pp. 214 nt. 12 e 220 nt. 41, per il quale la consacrazione a Cerere 'di chi rubi di notte le messi' costituisce 'giustificazione religiosa di originari atti di vendetta privata', K. LATTE, *Kleine Schriften zu Religion, Recht, Literatur und Sprache der Griechen und Römer*, München, 1968, p. 359, S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, in «Memorie Torino», s. II, CXXXI, Torino, 1969, pp. 32 nt. 12, 66 nt. 50 e 85 nt. 96, J. D. CLOUD, *Parricidium: from the lex Numae to the lex Pompeia de parricidiis*, in «ZSS.», 88, 1971, p. 28, F. WIEACKER, *Solon und die XII Tafeln*, in «Studi E. Volterra», III, Milano, 1971, p. 771 nt. 28, S. TONDO, *L'omicidio involontario in età arcaica*, in «Labeo», 18, 1972, p. 300, G. MACCORMACK, *Criminal Liability for fire in early and classical Roman Law*, in «Index», 3, 1972, p. 394 nt. 9, B. W. TYRRELL, *The duumviri in the trials of Horatius, Manlius and Rabirius*, in «ZSS.», 91, 1974, p. 122 nt. 78, A. D'ORS, *Sobre hechizo de cosechas en las doce Tablas*, in «Revista de estudios historico-juridicos», 3, 1978, p. 108 nt. 28 e ss., S. MORGESE, *Taglio di alberi*, cit., p. 150 nt. 10, I. MOLNÁR, *Erfolgshaftung oder typisierter 'dolus malus' im archaischen römischen Recht*, in «BIDR.», 89, 1986, p. 475, B. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., pp. 147 nt. 6 e 157 nt. 37, A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, cit., p. 244, F. SALERNO, *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum'. Forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli, 1990, pp. 22 nt. 41 e 27

□
 nt. 64, D. FLORIA HIDALGO, *La casuistica*, cit., pp. 49 e 51 nt. 4, M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, cit., p. 59, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1993, p. 128 nt. 439, dove si suggerisce che il *praetoris arbitratus* di cui al passo possa ritenersi indicativo di un'ampia discrezionalità nella graduazione della pena già riconosciuta dalle XII Tavole ai magistrati a ciò adibiti, riflettendo una notevole 'libertà magistratuale di stabilire la concreta gravità d'una fustigazione', Á. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, Barcelona, 1993, p. 509 nt. 1618, G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996, p. 3 nt. 3, L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale*, cit., p. 11 nt. 38, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., p. 9 nt. 24 e A. SCHIAVONE, *Jus. L'invenzione del diritto in occidente*, cit., p. 421 nt. 75). Per quanto concerne il *Cereri suspensum necari* cui andava incontro il ladro notturno di messi lo Strachan Davidson ha notato come quello dell'«harvest-thief» sia il solo caso 'in historical times of a normal execution being described as a sacrifice', di talché il precetto già presente nelle XII Tavole 'may likewise have been meant as an offering to the fire-god whose element had been misured' (J. L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, Oxford, I, 1952, p. 2). Wilhelm Rein, peraltro, aveva già parlato della presente fattispecie come di una 'besonders ausgezeichnete Art des Diebstahls', risalente a un periodo in cui il reato era eminentemente visto come incrinatura dei rapporti tra l'uomo e le divinità (W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer*, cit., p. 301). Anche il Valditara, in uno studio in cui si è cercato di individuare l'originario significato di *damnum*, ricollegandolo non alla perdita patrimoniale ma ad una distruzione materiale (v. *infra*), ha discusso, con riferimento al *l.c.*, del rilievo accordato al 'furto notturno delle messi' (G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*², Torino, 1998, p. 33 nt. 165), anche se sulla premessa che tale furto fosse da ricomprendere non entro la nozione di *damnum*, bensì in quella più generica di *noxa/noxia*. E in effetti, l'impubere che avesse furtivamente condotto mandrie al pascolo su un fondo altrui, commetteva una fattispecie per cui più tardi – per esempio sul finire della Repubblica – si sarebbe potuta ammettere un'*actio furti noxalis*. Il Corbino, che in un primo momento aveva riconosciuto nel caso esposto da Plinio una fattispecie di 'furto notturno' (A. CORBINO, 'Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto', p. 247) è poi ritornato sui suoi passi manifestando un avviso contrario (CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padova, 2005, pp. 26-27). Né sembrerebbe opportuno scindere il *pascere* abusivo dal taglio delle messi, nel senso che il primo avrebbe costituito un furto, il secondo un danneggiamento materiale, perché le due evenienze sono unitariamente considerate e sottoposte allo stesso trattamento sanzionatorio. Lo Zuccotti ha poi voluto porre in evidenza come il *furari* storico possa anche essere fatto derivare dal segno *furiosus*, attraverso le tappe intermedie *furvum* e *furere*, a rimarcare come in origine il *furtum* fosse prevalentemente inteso come offesa alle divinità, le quali erano quindi facultate a 'prendere' l'offensore e a 'sottrarlo' al consorzio civile (F. ZUCCOTTI, '...Qui fruges excantassit...'. *Il primigenio significato animistico religioso del verbo 'excanto' e la duplicità delle previsioni di XII Tab. VIII, 8*, Milano, 1988, p. 184 nt. 219). Una identica evidenziazione della 'prospettiva numinosa' a lungo persistente nel diritto criminale romano e nelle sue forme repressive, è stata ribadita dal medesimo autore sottolineando che il *furvus* da cui per Labeone deriverebbe lo stesso segno *furtum* rappresenterebbe un chiaro 'referente ctonico' della delucidazione etimologica connessa alla sfera del divino (ZUCCOTTI, 'Furor' ed 'eterodossia' come categorie sistematiche della repressione criminale romana, in «Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano», Napoli, 1993, p. 299). Ora, l'Albanese ha voluto criticare quelle letture tese alla sopravvalutazione della forma avverbiale *furtim* (ALBANESE, *La nozione*

□
 I, cit., p. 13), anche se per Olivia Robinson l'avverbio era un marcatore semantico per dire che dei soggetti avevano commesso le azioni incriminate 'as though they were thieving', cioè come se stessero rubando, (O. ROBINSON, *The Criminal Law of ancient Rome*, cit., p. 23), senza peraltro dimenticare che per HUVELIN, *Études*, I, cit., p. 62 'le mot *furtim* est étroitement apparenté par la forme et par le sens au mot *furtum*; si étroitement que les jurisconsultes emploient parfois l'expression *per furtum* pour exprimer l'idée qu'il sert plus couramment à rendre'. D'altro canto, già i grammatici latini, nello studio dell'*adverbium*, assumevano il *furtim* come sicuramente derivato da *furtum*, come leggiamo in due passi di Flav. Sos. Char. *Art. gramm.* p. 183 ed. H. KEIL, *Grammatici latini I, Flavii Sosipatri Charisii artis grammaticae libri V*, Lipsiae, 1857, Nachdruck Hildesheim-New York, 1981 ('*Vr litteris terminata nomina faciunt ex se adverbia duobus modis figurata, ut satur saturae, fur furtim*') e p. 199 ('*furax furaciter facere debet, fur furtim, furtivus furtive, furans furanter, facilis facile; sed contra similis similiter, docilis dociliter, agilis agiliter, fortis fortiter*'), che quindi affermava a chiare lettere che il ladro *furtim facere debebat*, e come ancora disvela Prisc. *Inst. gramm.* GL 3.15.2 '*Cicero pro Roscio: indidem ne Ameria? In 'im' denominativa inveniuntur et verbalia sive participalia, ut ...a furto furtim*', da cui si evince caso mai che la criticità maggiormente avvertita consisteva nella variamente discussa derivazione di *furtim*, o da *fur*, come pensava Flavio Carisio, ovvero da *furtum*, come riteneva Prisciano, facendoci comprendere appieno la frase rinvenibile nelle *Regulae Aurelii Augustini*, lin. 34, per cui '*sunt etiam adverbia, quae utrum a nomine transeant an a verbo incertum est, ut furtim*'. Ma per ritenere il *furtim* non banalmente liquidabile, sempre e invariabilmente, come indicazione della furtività o segretezza della condotta, mi sembrerebbero meritevoli di considerazione anche Serv. *Comm. in Verg. Aen.* II.6.24.13, '*SUPPOSTA QUE FURTO hoc est furtim inclusa in vaccam ligneam, quae erat operta eius vaccae corio, quam maxime taurus adpetebat*' e Iun. Phil. (*Filagrius?*), *Expl. in Buc. Verg.* 6.42.11, '*FURTUM PROMETHEI idest dicitur ignem de caelo furtim in ferulam abscondisse atque abstulisse ideoque ab Iove condemnatum in monte Caucasio poenas solvere per consummationem iecoris*'. Non appare poi del tutto convincente la 'controprova' addotta dall'Albanese relativa al trattamento sanzionatorio, che dovrebbe sancire una incompatibilità tra la fattispecie di distruzione del raccolto e quella del *furtum*; è vero, come scrive Albanese, che «si tratta - per la punizione del *pubes* - di una pena di aperto carattere sacrale, del tutto diversa dal genere di sanzione previsto anche per il caso più grave fra quelli classificati espressamente nelle XII Tavole tra i *furta*» (ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 14: e in effetti il *deo necari* di cui dà saggio il racconto pliniano non sarebbe altro che un richiamo a una forma di *consecratio* negativa), ma io credo che non si sia tenuto conto di due dati importantissimi, in grado, forse, di piegare la 'controprova' alla dimostrazione della piena compatibilità giuridica e concettuale delle due fattispecie nel sistema decemvirale: in primo luogo, la completa sussunzione della punizione dell'adulto in un ambito sacrale potrebbe essere negata sulla scorta delle indicazioni di natura storico-comparatistica già evidenziate da A. PERNICE, *Parerga VII. Der verbrecherische Vorsatz im griechisch-römischen Rechte*, in «ZSS.», 17, 1896, p. 213. Innanzitutto lo studioso discorreva apertamente di un 'Getreidedieb' perché la fattispecie dell'abusivo 'Abweiden' altro non era che un pascolo sottrattivo 'des fremden Getreides', sottrattivo, insomma, di cose di altrui proprietà. La *suspensio* dell'adulto, ad ogni modo, non si inquadrava nella sfera del sacro né poteva ridursi completamente ad essa per diverse ragioni; tra queste avrebbe speciale rilievo il confronto con le 'Hinrichtungsarten des griechischen Rechtes' come ad esempio 'Gifttrank, Keuelschlag, Enthauptung, Stossen in den Abgrund', un genere di punizioni che non palesava certo di per sé 'eine sacrale

□
 Hintergrund' (a tal proposito il Pernice ricorda un passo del *Fedone* di Platone, relativo alla condanna a morte per empietà di Socrate, in cui il filosofo avrebbe chiesto al boia se l'ingestione del mortale 'Schierlingsgebräu' avrebbe potuto appagare le divinità adontate, e in tutta risposta avrebbe ricevuto 'die sehr ungeistliche Antwort: es sei gerade Stoff genug, um dran zu sterben', op cit., p. 213 nt. 2). Si potrebbe, è vero, ritenere che il *furtim* del testo sia da intendere come indicazione della segretezza e clandestinità sacrilega e che pertanto l'antico diritto sacrale romano, esorbitante dalla sfera dei delitti 'privati', punisse eminentemente gli 'heimliche Unthaten' (A. PERNICE, *Parerga VII*, cit., p. 214). Senonché è proprio il racconto di Plinio a screditare un simile impianto: il *furtim* non designava un elemento di riprovevolezza 'rinforzata', nel senso che la condotta sfuggita agli occhi degli uomini era pur sempre stata attuata sprezzando la divinità tutelare dell'agricoltura (Cerere, o, secondo alcuni, Tellure), ma più prosaicamente indicava i presupposti naturali della condotta, atteso che un pascolo abusivo indisturbato sarebbe difficilmente ipotizzabile se non attuato segretamente e nelle ore notturne ('Indessen ein ungestörtes Abweiden fremder Felder lässt sich kaum anders denken als heimlich und nachts. Wir haben also mit einer natürlichen Voraussetzung des Vergehens, nicht mit einem Thatbestandmomente zu thun': PERNICE, *Parerga VII*, cit., p. 215). Ne deriva conclusivamente la mancanza di un qualsiasi appoggio per ritenere che alla base del *Cereri necari* vi fosse il fondamento di un ordinamento sacrale estraneo ai delitti penali-privati: 'irgen welchen Anhalt haben wir nicht, dass eine geistliche Satzung zu Grunde liege', op.cit., ibidem): In secondo luogo, Plinio il Vecchio ci dice che se a distruggere le messi fosse stato un impubere, la pena sarebbe stata della *verberatio arbitrata praetoris*, con in più l'obbligo di 'noxiam decerni'. Ebbene, noi sappiamo da Aulo Gellio che la pena applicata agli impuberi per il caso di *furtum manifestum* era esattamente la stessa, come convenientemente ha ricordato H. NIEDERLÄNDER, *rec.* a ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., p. 344 ('Tatsache bleibt...dass die Strafe des *impubes* bei beiden Delikten wohl völlig übereinstimmte: *praetoris arbitrata verberari noxiamve sarciri*'). Risulta allora difficilmente comprensibile la scelta operata da Edoardo Carrelli, che sosteneva l'incompatibilità tra furto e *frugem noctu pavisae ac secuisse*. Per lo studioso sarebbe 'evidente...l'impossibilità di inquadrare le sanzioni indicate da Plinio col complesso delle sanzioni comminate dalle XII Tavole per il delitto di furto' (E. CARRELLI, *Plinio nat. hist. XVIII,3,12*, cit., p. 30). La riflessione svolta in proposito mi sembra tuttavia ardua da seguire, perché il Carrelli misconosce proprio l'identità di pena cui erano soggetti l'impubere ladro manifesto e l'impubere che avesse *frugem noctu pastum* e/o *sectum*, pensando invece che quest'ultimo, per essere considerato ladro e non danneggiatore, dovesse per forza essere parificato al *fur manifestus adulto*, con conseguenti *addictio* e possibilità di riscatto *in quadruplum* (E. CARRELLI, *Plinio nat. hist. XVIII,3,12*, cit., p. 31). Ma le stesse fonti ci dicono chiaramente – e anche il Niederländer, come detto, l'aveva compreso – che il *fur manifestus* impubere era 'semplicemente' fustigato, con l'obbligo di 'noxiam sarcire', proprio come il colpevole del delitto repertoriato da Plinio. Parla da solo, infatti, Gell. *nott. att.* XI.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 impuberes praetoris arbitrata verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri'* (il passo è ora preso in esame anche da R. A. BAUMAN, *Crime and punishment in ancient Rome*, cit., p. 134, C. CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli, 1999, p. 134, J. IGLESIAS, *Derecho Romano*¹², cit., p. 294 nt. 30, B. ALBANESE, *Appunti su XII-Tab. 4.1 (uccisione dei neonati deformati)*, in «Mélanges Fritz Sturm», I,

□
 1999, p. 6, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 525 nt. 236, C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort*, cit., pp. 58 nt. 379 e 86 nt. 163, A. LINTOTT, *Violence in republican Rome*, cit., p. 25 nt. 6, F. P. CASAVOLA, *Sententia legum tra mondo antico e moderno I. Diritto romano*, Napoli, 2000, p. 164 nt. 71, R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, p. 82 nt. 40, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, cit., pp. 57, 140 ss. e A. SCHIAVONE, *Jus. L'invenzione del diritto in occidente*, cit., p. 421 nt. 78). Inoltre, sembra non potersi negare il giusto peso alla testimonianza ulpiana raccolta nell'ultima parte del famosissimo D. 47.2.21 pr., dove la distruzione di messi e il furto sembrano addirittura compenetrarsi in un rapporto di medesimezza: *Sed et qui segetem luce secat et contrectat eius quod sequente nocte asportans deprehenditur manifestus et nec manifestus fur erit*. La ricordata *verberatio* di Gell. *nott. att.* XI.18.8 (sul luogo gelliano cfr. ulteriormente D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 96, A. W. ZUMPT, *Das Criminalrecht*, cit., p. 377 nt. c, H. E. DIRKSEN, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten in den Noctes atticae des A. Gellius*, in «Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen. Römischer Rechtsgeschichte und Althertumskunde», I, Leipzig, 1871, p. 43 nt. 87, che pensa a una sostanziale 'Epitomierung' degli scritti sabiniani sul *furtum*, M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, p. 96, dove si evidenzia come Gellio passi sotto silenzio proprio ciò che in Gai 3.189, sul cui testo v. subito in appresso, 'als das wichtigste voranstellt, die Androhung der Kapitalstrafe', di modo che il suo racconto incentrato sul fatto che i decemviri *iusserunt* una certa punizione potrebbe essere considerato sostanzialmente 'richtig' rendendo 'sein Bericht nur unvollständig', soltanto incompleto ma non inesatto nella restituzione della legge, H. F. HITZIG, *sv. Furtum*, cit., p. 394, G. I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi*, cit., p. 164, U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 32 nt. 37, H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelle études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, p. 148 nt. 17, G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, p. 151 nt. 2, A. WATSON, *The Law of Obligations*, cit., p. 224-225 e p. 230 nt. 8, ID., *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh, 1971, p. 145 nt. 1 e p. 147 nt. 1 e 3, A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana*, cit., pp. 214 nt. 13 e 220 nt. 43, che vede nella punizione dell'impubere precipitato e saxo echi di 'una giustificazione religiosa', M. BALZARINI, *In tema di repressione 'extra ordinem' del furto nel diritto classico*, in «BIDR.», 72, 1969, p. 223, S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'*, cit., p. 126 nt. 15, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 158 nt. 27 e nt. 33, ID., *Das altrömische ius*, cit., p. 214, G. MACCORMACK, *Criminal Liability for fire*, cit., pp. 393 nt. 5 e 394 nt. 10, S. TONDO, *L'omicidio involontario*, cit., ibidem, O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess*, cit., pp. 116 nt. 12 e 118 nt. 21, A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, Princeton, 1975, p. 121 nt. 31, H. L. W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981, p. 181 nt. 32, L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, cit., pp. 118 nt. 70, 192 e 200 nt. 50, E. PETIT, *Tratado*, cit., p. 457 nt. 2, F. PASTORI, *Gli istituti romanistici*, cit., p. 668, G. VALDITARA, *Studi sul magister populi. Dagli ausiliari militari del rex ai primi magistrati repubblicani*, Milano, 1989, p. 336 nt. 148 (ove il riconoscimento dell'impiego del lemma *praetor* nel suo originario significato di *consul*, magistrato supremo che in conformità all'etimo 'andava in testa alle truppe'), R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, cit., pp. 34, 58 e 128, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., pp. 47 nt. 156 e 159 e 128 nt. 439 e, da ultime, le lucide considerazioni di J. GEBHARDT, *Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart*, Köln-Weimar-Wien, 1994, p. 136 ss. e P. FERRETTI, *Complicità e furto*, cit., p. 86 nt. 334. Il '*noxiam duplione sarcire*' conservato nel tratto finale del luogo, in relazione

□
all' *impubes* ladro manifesto, rappresentava per O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, p. 120 una eccezione ad una regola generale, per la quale ' *noxiam sarcire* bedeutet einfachen Ersatz für den angerichteten Schaden leisten', mentre il ricorso all'espressione nel caso di *furtum manifestum* sarebbe stato disposto 'nur ausnahmsweise', adattando una cadenza espressiva schiettamente risarcitoria alla prospettiva della pena del doppio. Con riferimento poi alla *verberatio* inflitta agli imuberi ladri, Jörg Gebhardt ha peraltro ritenuto 'wahrscheinlich, daß auch innerhalb der altersmäßig bestimmten Gruppe der *impuberes* differenziert wurde', nel senso che la *castigatio* corporale si sarebbe potuta anche soltanto minacciare, senza il seguito della sua concreta esecuzione: 'im lateinischen Text steht *voluerunt*, d.h. die Züchtigung droht, muß aber nicht erfolgen', *op.cit.*, p. 137 nt. 343) era d'altronde, al di là del caso particolare del ladro imubere, misura di polizia di carattere generale applicabile dai *tresviri capitales*, una sorta di magistratura minore cui erano demandati compiti di controllo e di mantenimento della sicurezza pubblica nelle ore notturne. Vagabondi, perturbatori della quiete pubblica e di conseguenza ladri e banditi avrebbero rischiato, se individuati dai *tresviri* come sospetti durante le loro ronde notturne (in effetti la denominazione originaria era quella di *tresviri nocturni*, in seguito sostituita da *tresviri capitales*: C. WILLIAMSON, *The Laws of the Roman People. Public Law in the expansion and decline of the Roman Republic*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2005, p. 270), la *verberatio* presso la *columna Maenia* (la quale si trovava presso i *rostra* del Senato: informazioni più precise in C. CASCIONE, ' *Bonorum proscriptio apud columnam Maeniam*', in «Labeo», 42, 1996, p. 446 nt. 10, ove altri riferimenti; per l'esattezza, la colonna era situata a ovest del *Comitium*, a sud del *carcer* e della *Basilica Porcia* e a nord-est del *Senaculum*: F. MILLAR, *The crowd in Rome in the late Republic*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1998, p. 40; non era nemmeno lontana dalla statua di Marsia: v. C. GIOFFREDI, *I tribunali del foro*, in «SDHI.», 9, 1943, p. 227 ss., J. PAOLI, *La statue de Marsyas au Forum romanum*, in «Re et.la.», 23, 1945, p. 150 ss. e T. P. WISEMAN, *Remus. Un mito di Roma*, Roma, 1999, p. 126) oltre ad alcuni giorni di carcere. Il potere di coercire assicurato ai *tresviri* non era assistito tuttavia, come ha bene evidenziato SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, p. 132, da una 'vera e propria *coercitio*, che trovava il suo fondamento nell'*imperium*'. Ritroviamo la *verberatio* come misura afflittiva generale e pubblica, esorbitante dal processo privato e da questo indipendente, anche in un controverso passo dello pseudo Asconio: ' *Vestri ordinis reos rep. Vestra defensione condignos, velut fures et servos nequam, qui apud triumviros capitales ad columnam Maeniam puniri solent*' (Ps. Ascon. *div. in Caec.* 50, p. 201 TH. STANGL) dove evidentemente il *puniri* rimanda a una *castigatio* inflitta ' *flagellis triumviralibus*' (cfr. Horat. *epod.* 4.11-12: su entrambi i passi v. ora C. CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, cit., p. 130 ss. e B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, cit., pp. 132 nt. 8 e 133 nt. 9, e per quello dello pseudo Asconio cfr. anche J. D. CLOUD, *The primary purpose of the lex Cornelia de sicariis*, in «ZSS.», 86, 1969, p. 284 nt. 20, B. SANTALUCIA, *Note sulla repressione dei reati comuni in età repubblicana*, in «BIDR.», 30, 1988, p. 212 anche edito con lo stesso titolo in AA.VV., «Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano», Padova, 1988, p. 9 nt. 9, W. KUNKEL, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*, II, *Die Magistratur*, München, 1995, pp. 110 e 205, che vi ha scorto, notoriamente, la prova patente dell'attribuzione ai triumviri di una 'Funktion der Kriminaljustiz', W. NIPPEL, *Public order in ancient Rome*, Cambridge, 1995, p. 23, J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im römischen Reich*, cit., pp. 16 nt. 39 e 17 nt. 41, F. MILLAR, *The crowd in Rome in the late Republic*, cit., p. 41 nt. 72, C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort*, cit., pp.

□

104 nt. 295 e 109 nt. 337, A. LINTOTT, *Violence in republican Rome*, cit., p. 103 nt. 3, oltre a J. ERMANN, *Strafprozeß, öffentliches Interesse und private Strafverfolgung. Untersuchungen zum Strafrecht der römischen Republik*, Köln-Weimar-Wien, 2000, p. 67 nt. 204). Il problema è di capire come possa essere spiegata una sanzione - *melius* un intervento - di stampo pubblicistico del tutto slegata dall'ambito del diritto penale-privato, entro il quale dovrebbero essere regolate le conseguenze giuridiche del delitto privato di furto (in effetti forme di repressione pubblica risultano implausibili, se si pensa che nei *crimina* contemplanti l'irrogazione di una pena capitale, si sarebbe concesso al cittadino l'appello al popolo o la possibilità di andare in esilio, ma che 'aucune texte ne mentionne un droit du prétendu voleur d'en appeler au peuple ni sa faculté d'échapper à la peine moyennant l'exil', V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., p. 113 = *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 375). In altre parole, come ha sintetizzato CASCIONE, *Tresviri capitales*, cit., p. 131, emerge 'il problema della punibilità di quello che nell'ordinamento repubblicano è considerato un *delictum*, quindi a stretto rigore un illecito di natura privatistica, da parte di organi dello stato'. Cascione ha voluto valorizzare gli aspetti pubblicistici della repressione del *furtum*, prendendo in esame oltre alla *verberatio* e alla incarcerazione (v. Gell. *noct. att.* XI.18.18: '*fures...privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt*') anche l'*addictio*, atto che trova fondamento nella carica magistratuale. Nelle parole di Cascione 'vi è una stretta interdipendenza tra l'attività di *verberatio* e quella di *addictio* (...). E' questo il momento pubblicistico, l'intervento (di controllo) dello stato. Il ladro...subisce una punizione...per ordine del pretore, il quale successivamente addice il ladro al derubato (...). Il rapporto *fur*-derubato è successivo' (CASCIONE, *op.cit.*, p. 135). Lo studioso è allora giunto ad affermare che l'intera fase repressiva avrebbe potuto svolgersi al di fuori del circuito del diritto privato, qualora il derubato avesse demandato *in toto* ad organi dello stato l'applicazione della sanzione prevista, compresa quella dell'uccisione del ladro, tesi che sarebbe confortata dall'iscrizione di Pozzuoli lin. 11 '*Quot supplic(ia) magistrat(us) public(e) sumet*' (per la quale cfr. *amplius* CASCIONE, *op.cit.*, p. 136) dove si parla espressamente di un *sumere supplicia* da parte del magistrato. Secondo Broggin, inoltre, il *furtum*, pur caratterizzandosi come un 'tipico delitto punito su iniziativa privata', che 'tale rimarrà per tutto il corso della storia romana' (G. BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, già in *Jus*, 11, 1960, pp. 348-385, ora in ID., *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, p.144) sarebbe da vedere come illecito non contrastante con l'inserzione dei due momenti pubblicistici (di repressione pubblica) della *addictio* e della *verberatio*. Walter Selb, poste alcune premesse di carattere generale, aveva cercato di spiegare i rapporti tra *addictio* e *verberatio* del ladro ricordando come le *poenae* del diritto più antico non fossero - come comunemente si ritiene - delle sanzioni di un valore base di moltiplicazione, bensì delle somme di denaro il pagamento delle quali avrebbe permesso di sfuggire alle conseguenze sanzionatorie del *furtum*, conseguenza che non poteva che esaurirsi nell'*addictio* del ladro al derubato. Sarebbe allora 'anachronistisch' pensare a una scansione cronologica che avrebbe visto 'einst die *addictio* an den Bestohlenen' e solo più tardi una 'vierfache Buße' (per il caso di furto flagrante), proprio perché l'*addictio*, se interpretato correttamente il pensiero dello studioso tedesco, non conseguiva a una sanzione pecuniaria, ma si rendeva necessaria per il mancato pagamento di una 'ablösende Summe'. Per il Selb l'*addictio* era accompagnata in generale, e quindi non solo nel caso del *furtum manifestum*, da una misura coercitiva del magistrato, la *verberatio*. Vale la pena riportare la sintesi del complesso discorso selbiano: 'Die verschiedenen *poenae* der alten Zeit sind keine Bußen, die der Täter schuldet, sondern Summen, durch deren Zahlung er sich von der Folge des *furtum* lösen konnte. Und diese

□

Folge war nur eine einzige, die *addictio* del Täters an den Bestohlenen. Begleitet war diese *addictio* wohl allgemein, nicht nur im Falle del *furtum manifestum*, von einer magistralischer Koerzitionsmaßnahme, der *verberatio*. Die *addictio* ist nun gewiß die Tätigkeit del Magistrats' (W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex*, cit., pp. 422-423). A ben vedere, però, il ruolo dell'*addictio* del ladro manifesto potrebbe anche essere depurato dal nucleo publicistico e discrezionale che tradizionalmente gli è sempre stato attribuito; il Kaser, per esempio, ha sostenuto che l'*addictio* in discorso non poteva certamente essere, almeno 'zunächst' e fatti salvi i successivi sviluppi, atto discrezionale in grado di 'publicizzare' il momento repressivo del delitto privato, ma doveva invece configurare un mero consenso ricognitivo e un'approvazione nella pratica puramente formale, data l'impossibilità di modificare d'imperio ed *ex auctoritate* un fatto già certiorato privatamente, di modo che l'importante misura di assegnazione non avrebbe intaccato il carattere privato della sanzione contro il *fur manifestus*, sanzione già presa da un extra-statuale 'Notgericht', formato da parenti e vicini, che l'organo pubblico si limitava ad omologare, 'bestätigen': ma l'anomalo tribunale domestico non avrebbe neanche in seguito – sempre per il Kaser – reso un giudizio, per l'impossibilità di negare la lampante patente naturalistica del furto flagrante: ne deriva in conclusione che l'*addictio* 'ist magistratischer Zuspruch...hat jedoch inhaltlich zunächst nur die von den Nachbarn bereits gefällte Entscheidung bestätigt. Aber auch später bedarf es keines Urteils, weil ja der Sachverhalt durch die Offenkundigkeit bereits klar ist' (M. KASER, *Das altrömische ius*, cit., p. 214). Per quanto riguarda invece la *verberatio*, essa – si è detto secondo un primo approccio euristico – denoterebbe «i delitti puniti su iniziativa pubblica, come il 'frugem pavisse ac secuisse' (Plin. N.H. 18,3,12)» (BROGGINI, *La prova nel processo romano arcaico*, cit., ibidem). Un altro sentiero è stato battuto dal Santalucia, per il quale i *fures* di cui parla lo pseudo Asconio sarebbero stati ladri colti in flagranza a rubare nottetempo; di conseguenza 'la punizione a cui accenna lo pseudo Asconio altro non (è) che la *verberatio* che antecedentemente alle riforme pretorie veniva inflitta, a norma delle XII Tavole, ai liberi prima dell'*addictio* e ai servi prima della *deiectio* dalla rupe Tarpea' (SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, cit., p. 133-134), anche se in tal caso l'intervento pubblico finirebbe col far premio completamente sui mezzi di tutela privatistici a disposizione del derubato, e i *tresviri* verrebbero fatti entrare 'a piedi pari', senza il conforto di più sicuri riscontri, in una importante procedura come quella scaturente dalla commissione di un *furtum manifestum*. Si dovrebbe al più considerare che il ladro già castigato dai triumviri e dagli stessi tenuto in vincoli, difficilmente sarebbe stato chiamato a subire ulteriori misure di rigore con una procedura esecutiva privata. Il rischio immanente a tutto il discorso appena svolto è quello di considerare il *furtum manifestum* un delitto punibile *ex officio*, seppure col parallelo riconoscimento della possibilità di continuare ad agire *ex iure privatorum*, mentre ogni residua ipotesi sarebbe stata rimessa all'impulso della parte lesa (a tale conclusione è giunto W. NIPPEL, *Aufruhr und 'Polizei' in der römischen Republik*, Stuttgart, 1988, p. 42 ss.). In realtà lo stato delle cose, a mio avviso, può essere molto più naturalmente spiegato. Il *furtum* era sempre represso su iniziativa del derubato, fosse esso flagrante o non flagrante. Tuttavia, esisteva per l'ordinamento una ipotesi aggravata per cui – originariamente – era prevista la morte, quella del furto notturno flagrante: se la massima punizione poteva essere inflitta dal cittadino, a maggior ragione non la si poteva disconoscere a organi pubblici istituzionalmente preposti all'esecuzione dei supplizi *capitali*. Restavano fuori, a meno di volontarie remissioni *a privato*, testimoniate dall'iscrizione puteolana, furti manifesti semplici non aggravati, furti aggravati e manifesti ma non scoperti dai triumviri nell'esercizio dei loro incumbenti, e ovviamente

□
furti diurni manifesti e tutti i furti non flagranti. Sembrerebbe allora maggiormente rispondente al senso complessivo delle notizie pervenuteci sul pur importante collegio di ufficiali di polizia riconoscere in quest'ultimo non una magistratura fornita di poteri 'tecnici' di natura giurisdizionale, bensì di funzioni ampiamente discrezionali, da collegare in larga misura alle direttive di volta in volta impartite dal potere politico. Questa natura politico-amministrativa emerge con una certa chiarezza da un passo di Tacito tratto dalla *Vita di Agricola*, scritta nel 98 d.C., in cui si racconta un aneddoto molto istruttivo: durante l'autocrazia di Domiziano due biografi, che avevano nelle rispettive opere intessuto elogi all'indirizzo di due liberi pensatori (Trasea Peto e Elvidio Prisco), erano stati per ciò solo condannati a morte; in quell'occasione i *tresviri capitali* non portarono soltanto ad esecuzione – come di regola in casi di condanna a morte – la pena inflitta, ma procedettero pure a bruciare pubblicamente nel Foro gli scritti dei condannati, evidentemente su ordine dell'autocrate cui quegli ultimi erano invisi, manifestando pienamente una esplicazione di potere squisitamente politico (Tac. *Agr.* 2-3, su questo testo e sul significato della distruzione dei 'libri proibiti' cfr. B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 124 nt. 429). Alla *verberatio* del cittadino libero romano colpevole di furto manifesto fa anche riferimento una preziosa testimonianza di Gai 3.189: '*Poena manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cum furtum feceret; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. In servum aequae verberatum animadvertebatur. Sed postea inprobata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est*'. Uno dei contributi più conferenti sul testo, visto in relazione con il racconto di Gellio, si deve senza dubbio a Moritz Wlassak, che ha pensato come possibili due diverse interpretazioni: o la pena era capitale in quanto la legge prevedeva *verberatio* e *addictio*, oppure era capitale proprio 'nach den Worten des Gesetzes', così che non sarebbe stato 'notwendig' il '*nam* beginnende Satz'; se d'altro canto si accettasse la prima 'Auffassung' allora sia Gaio che Gellio sarebbero 'völlig in Einklang' (M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., p. 95). Il Wlassak ha tuttavia nutrito diversi e rilevanti dubbi sulla pretesa 'gemeine Meinung' a mente della quale la legge decemvirale avrebbe disposto semplicemente il precetto '*Verberatus addictor cui furtum factum est*', norma che di per sé avrebbe semplicemente presupposto la natura capitale della sanzione senza un ultroneo 'Beisatz' (op.cit., p. 97). Non fu usata, in realtà, l'espressione *verberatus addicitur* ('indes erweist sich die Fassung *verberatus addictor* selbst dann als unhaltbar') perché l'*addicere* poteva essere impiegato senza ulteriori aggiunte e specificazioni 'um den Verknechtungsanspruch anzuzeigen' e che si chiamassero 'demgemäß auch die Schuldknechte kurzweg *addicti*' (WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., p. 97). Il racconto gaiano è stato inoltre considerato da C. W. BLEICH, *Doctrina furtorum servilium*, cit., p. 3 nt. 2, G. DEMELIUS, *Plautinische Studien*, cit., p. 360, W. KALB, *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*, Nürnberg, 1888, p. 48 nt. 2 *in fine*, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 973 nt. 80, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 56-57, E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, in «Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse», 5, 1930-1931, pp. 11 nt. 36 e 12 nt. 42 (=ID., *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, pp. 330 nt. 36 e 331 nt. 42), P. DEL PRETE, *La responsabilità dello schiavo nel diritto penale romano*, Bari, 1937, p. 64 ss., E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, cit., p. 113, E. SCHEPSES, *Der Rechtsfall des Alypius (Aug. Conf. VI 9, 14 u. 15)*, in «SDHI.», 5, 1939, pp. 147 nt. 27 e 152 nt. 52, dove si proclama la 'Herbeiführung der *addictio*' già un passo in avanti rispetto al diritto di un periodo in cui senz'altro il

□

ladro finiva 'ohne weiteres' nella 'Privathaft' del derubato, e si rimarca la natura di *termini tecnici* del furto manifesto e non manifesto, rilevando peraltro come una simile distinzione non si desse in relazione al *peculatus*, sottrazione di cose pubbliche, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 47, dove si discorre di subordinazione dell'esercizio della giustizia privata al controllo magistratuale, H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, cit., p. 170 nt. 5, S. RICCOBONO, *Humanitas*, in «Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto, Verona 27-29 settembre 1948» (cur. G. MOSCHETTI), Milano, s.d, II, p. 213, F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius, Part II. Commentary*, Oxford, 1953, p. 200, dove una corretta spiegazione dei sensi storicamente assunti dall'attributo *capitalis* ('the term *poena capitalis* would, if it came from the Twelve Tables, mean that the penalty was death. But probably the description is Gaius' own, and in his mouth it implies merely loss of status'), H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles études*, cit., ibidem, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 582 nt. 1, C. GIOFFREDI, *Libertà e cittadinanza*, in «Studi in onore di Emilio Betti», II, Milano, 1962, p. 521, M. SARGENTI, *Per una revisione della nozione dell'auctoritas come effetto della mancipatio*, in «Studi in onore di E. Betti», IV, cit., p. 30 nt. 24, A. WATSON, *Roman Private Law around 200 BC*, cit., p. 149 nt. 2, M. BALZARINI, *In tema di repressione 'extra ordinem' del furto*, cit., p. 224, P. WITT, *Die Übersetzung von Rechtsbegriffen dargestellt am Beispiel der 'in ius vocatio' bei Plautus und Terenz*, in «SDHI.», 37, 1971, p. 240 nt. 61, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Milano, II, 1973, p. 367, U. COLI, *Capitis deminutio*, in *Scritti di diritto romano*, Milano, I, 1973, p. 206, secondo cui la pena era *capitalis* a motivo dell'*addictio* al derubato, C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, p. 132 nt. 27, O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess*, cit., pp. 148 nt. 181 e 164 nt. 258, dove si pensa che la discussione dei *veteres* sullo status dell'*addictus* ladro iniziò quando venne introdotta la sanzione del quadruplo, F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, cit., p. 334 nt. 52, R. G. BÖHM, *Zu Gai inst. 3.187 und 3.189*, in «TR.», 46, 1978, p. 133 ss., che rileva alcune problematichità della tradizione manoscritta del foglio 34r del Gaio veronese, ed in particolare la probabile erronea decifrazione in *adiudicati* di un lemma che in origine avrebbe potuto essere benissimo un *iudicati*, dato che le due lettere –*ad* si trovano al margine estremo di una riga, ospitando peraltro altri segni di non agevole comprensione ('Als problematisch galt schon immer die Stelle, wo die Entzifferer des V statt *iudicati* zum Ärger für juristisch geschulten Leser *ADIUDICATI* gelesen haben. Aber das *AD*, das am Ende der Zeile liegt und als unsicher lesbar hätte ausgewiesen werden müssen, ist wohl unrichtig entziffert worden. Es bliebe zwischen dem angeblichen *A* und dem angeblichen *D* noch ungelesene Spuren übrig, liest man sie mit, so erhalten wir die Lesart *TAT* als Abkürzung für *tantum*'), avanzando anche sospetti sul *nam* in conflitto con un normale svolgimento sintattico, 'daß man nicht aut *ita* lesen könnte', G. L. FALCHI, *Sulla posizione del 'servus obligatus'*, in «SDHI.», XLVI, 1980, p. 498 nt. 33, ID., *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano, 1981, p. 212 nt. 101, T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982, p. 57 nt. 116, M. TALAMANCA, *Forme negoziali e illecito*, in AA. VV., *Poteri negozia actiones nella esperienza romana arcaica* (Atti Copanello 1982), Napoli, 1984, p. 145 secondo cui il *quaerere* degli antichi giuristi sarebbe da spiegare con le difficoltà che emergerebbero dalla riduzione in schiavitù del cittadino romano ladro manifesto, non più in grado di riscattare la propria persona, W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex*, cit., specialmente p. 443, dove si fa presente come il risultato dell'*addictio* fosse per taluni giuristi fin dall'inizio diverso

□

‘als der Erfolg der Schuldknechtschaft aus der wegen einer Geldforderung betriebenen *legis actio per manus iniunctionem* (Gaius Inst. 3,189), H. L. W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, cit., pp. 156 e 181 nt. 33, R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in «IURA.», 37, 1986, p. 5, dove si evidenzia anche in contesto di flagranza nel furto l’incipiente assorbimento nel concetto di *persona* di un elemento prima certamente considerato esclusivamente come entità patrimoniale quale il *servus*, J. ARIAS RAMOS, J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II*, cit., p. 1006, B. SANTALUCIA, *Note sulla repressione dei reati comuni in età repubblicana*, cit., p. 213 nt. 14, dove anche un riferimento a Gell. 11.18.8, D. PUGSLEY, *Americans are aliens and other essays on roman law*, University of Exeter, 1989, p. 94 nt. 31, R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, cit., pp. 58, 60 nt. 14, 62 nt. 18, 90, A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, cit., pp. 213 e 225, che (evidenziata la nozione di *poena capitalis*) ritiene che la condizione conseguente all’*addictio* del ladro manifesto fosse di autentica schiavitù, nonostante la regola che a Roma un cittadino non sarebbe potuto diventare schiavo, M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, cit., p. 56, M. GARCÍA GARRIDO, *Observaciones sobre delictum y crimen furti*, cit., p. 265, K. HACKL, *Gaius 4, 37*, cit., p. 136, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., pp. 11 nt. 13, 37 nt. 105, 44 nt. 142, 47 nt. 155, 48 nt. 160, A. CORBINO, ‘*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*’, cit., p. 250, N. PALAZZOLO, F. ARCARIA, O. LICANDRO, L. MAGGIO, *Ab urbe condita. Fonti per la storia del diritto romano dall’età regia a Giustiniano*, Catania, 1995, p. 39-40, W. KUNKEL, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik*, II, *Die Magistratur*, cit., p. 184, dove peraltro si ipotizza che il ladro manifesto fosse ‘ohne richterlichen Schuldspruch – n.d.a. e quindi del tutto privatamente – dem Kläger addiziert und damit dessen Rache preisgegeben, weil seine Schuld bereits feststand’, e faccio solo notare che si tratta di opinione identica a quella espressa dal Kaser in ‘*Das altrömische ius*’, spiegata *infra*, J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 19 nt. 48, M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*⁷, cit., p. 485 nt. 5, A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, cit., p. 248 nt. 1036, J. IGLESIAS, *Derecho Romano*¹², cit., p. 294 nt. 29, R. MARTINI, *Appunti*, cit., p. 156 nt. 77, P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in «SDHI.», 64, 1998, p. 24 nt. 126, A. CASTRO SAENZ, *Aproximación a la usucapio pro herede*, in «RIDA.», 46, 1999, p. 179 nt. 49, K. HACKL, *Gab es eine provocatio ad populum auch im Zivilprozess*, in «Mélanges Fritz Sturm», I, 1999, p. 186, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 525, A. LINTOTT, *Violence in republican Rome*, cit., p. 33 nt. 2, M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’*, Torino, 2001, p. 343 nt. 18 e G. CRIFÒ, *Riflessioni antiche e nuove in tema di persona*, in «Cunabula iuris. Studi storico-giuridici per Gerardo Brogginì», Milano, 2002, p. 155, R. FIORI, *Servire servitatem*, in «Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca», III, cit., pp. 387 nt. 106, 394 nt. 118 e 397 nt. 126, dove si nota che la qualifica di *capitalis* data alla pena ‘mostra che anche Gaio – come Gellio – considerava l’espressione *capitalis* non inadeguata per l’*addictio*’, ID., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, cit., pp. 81 ss., 109 nt. 135, 111 nt. 136, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 141 ss. e 147 nt. 249, A. CORBINO, *Il danno qualificato*, cit., p. 52 e A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e iniuria nelle XII Tavole*, cit., p. 57 nt. 32. Gai 3.189 riveste un’importanza centrale per la ricostruzione del processo contro il ladro manifesto, e assieme a Gell. n. att. 11.18.8 può essere considerata la testimonianza decisiva per ogni tentativo di analisi delle procedure legali in materia di furto nell’epoca più risalente del diritto romano. I problemi che si presentano, tutti di difficile soluzione, sono essenzialmente tre: perché e come debba intendersi come *capitalis* una pena la cui

□

esplicazione dovrebbe essere garantita dall'impulso del derubato in via privata, senza interessamento dell'area dei crimini perseguiti pubblicamente, vale a dire non *'iure et ordine'* ma *'extra ordinem'*, o da un organo espressione dello stato o da un cittadino in esito a un'azione popolare (giacché questo era il *proprium* del *crimen* in generale, *'au sens propre du mot'*, come ha ricordato V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., cit., p. 374); se – in secondo luogo – l'*addictio* e l'*addici* dei testi siano necessariamente da intendere come allusivi alla applicazione di una vera e propria *legis actio per manus iniectioem*, che notoriamente prevedeva l'*addictio* dell'escusso poi risultato insolvente (e si tratta, diciamolo subito, dell'opinione 'classica' assunta dalla più ampia quota di studiosi, tra i quali per tutti cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 158 nt. 27, nettissimo nel postulare che l'*addictio* 'setzt die förmliche *manus iniectio* voraus'); in quale misura, infine – una volta accettata la teoria classica della *legis actio* esecutiva nominata – la pervasiva misura della *verberatio* potesse conciliarsi con la *manus iniectio*, che era in realtà scandita da altri momenti processuali, come l'eventuale intervento di un *vindex*, non testimoniato per il *furtum manifestum*. Quanto al primo dei problemi evidenziati, a proposito di un possibile intervento repressivo pubblico estraneo all'*ordo iudiciorum privatorum* in materia di furto, è ben noto l'originale pensiero sviluppato da Marco Balzarini già in uno scritto del 1969: il compianto studioso aveva ipotizzato come possibile, già in epoca classica, e almeno in caso di furto manifesto, una repressione *extra ordinem* del furto estranea al processo privato. Il punto di partenza era rappresentato dall'apparentemente inequivoco Gell. *n. att.* 11.18.10, *'Sed nunc a illa decemvirali discessum est. Nam si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur'*, al riguardo del quale lo studioso osservava: 'Il fatto stesso che Gellio specifichi *si qui...iure et ordine experiri velit*, sembra...indicare la possibilità, per il derubato, di perseguire il ladro, oltre – o invece – che *iure et ordine*, in altra forma, vale a dire *extra ordinem*' (M. BALZARINI, *In tema di repressione 'extra ordinem' del furto*, cit., p. 225). L'interpretazione correntemente seguita, tuttavia, sembra essere del tutto divergente, senz'altro a favore della primazia dei modelli offerti dal processo privato (in tal senso, per tutti, già L. DE SARLO, *Sulla repressione penale del falso documentale*, in «Rivista di diritto processuale civile», 14, I, p. 344). Ancora altra questione è quella delle conseguenze dell'*addictio*, se cioè questa misura producesse la caduta in schiavitù [come ha reputato M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in «Praesidia libertatis» (ACOP.) 1992, Napoli, 1994, p. 57 nt. 101, poi ried. in ID., *Scritti giuridici*, I, Palermo, 2003, p. 503 nt. 101, per il quale 'non era impossibile che cittadini romani (quanto meno i *fures manifesti*) divenissero schiavi in patria', e come sembrerebbe indicarci Gellio in *n. att.* XX.1.7, dove il cenno all'*in servitatem tradere*, il tutto in linea con una risalente corrente di pensiero, rappresentata da G. G. H. VAN IMHOFF, *De furtis*, cit., p. 67 ss., che limita però la conclusione soltanto fino all'approvazione della *lex Porcia*, J. E. KUNTZE, *Exkurse*, cit., p. 147, per il quale già la sola *verberatio* dovrebbe deporre per la più aspra e severa conseguenza della riduzione in schiavitù ('die *verberatio* spricht für das Strengere, und dies ist sicherlich die älteste Auffassung'), M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., p. 99, dove si afferma recisamente che 'von den Zehnmännern ist als Strafe des *furtum manifestum* der Eintritt in die Sklaverei verordnet', con la conseguenza che la 'Meinungsverschiedenheit' dei *veteres* con la considerazione di una posizione dell'*addictus adiudicati* e non *servi loco* – cioè una 'mildere Auslegung' – si sarebbe formata soltanto 'um das Prinzip ausnahmslos und als von jeher gegeben durchzuführen, daß der Römer im römischen Rechtskreis nicht Sklave werden könne', ingenerando poi negli interpreti la 'tendenziöse Absicht' di un 'posthume Streit' e E. VOLTERRA, *rec.* a H. LÉVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très*

□ *ancien droit romain*, Paris, 1934, in «BIDR.», 43, 1935, p. 385 ss.) o se invece la situazione personale fosse più sfumata, non potendosi concepire che un ‘Bürger im eigenem Land Sklave werden könne’ (si è rappresentato questa difficoltà M. KASER, *Das altrömische ius*, cit., p. 215 che ha parlato di una situazione di assoluta soggezione servile dell’*addictus* come contropartita del fatto che il danneggiato poteva non chiedere l’applicazione della *poena capitis* contro il ladro, ‘wenn er ihn bloß als seinen Sklaven am Leben lassen wollte’), tesi che avrebbe il pregio di non sfuggire a una criticità: come mai l’*addictus* nella *manus iniectio* potesse essere venduto come schiavo solo *trans Tiberim* e non nel territorio cittadino. Categorico, invece, il Kniep, che bollando ogni discussione sulla caduta in servitù come un ‘ozioso passatempo’ (‘eine müßige Spielerei’) ha affermato senza mezzi termini l’impossibilità di ridurre in schiavitù un cittadino romano nell’ambito territoriale della *civitas* (F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius. Text mit Erklärung und Anhängen*, Jena, 1914, p. 441). Sulla natura del processo contro il ladro colto in flagrante regnano le incertezze più laceranti. In effetti, non siamo assolutamente informati nemmeno su chi addicesse il ladro manifesto al derubato (così H. F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom furtum*, cit., p. 322, che constata come riguardo al processo ‘berichten Gaius und Gellius nichts; sie sagen nur, der freie Dieb werde geprügelt un dem Bestohlenen addizirt; sie sagen nicht, wer die Addiction vornimmt’). Hermann Hitzig ha proposto di fare uso di uno strumentario interpretativo radicalmente diverso da quello – tradizionale negli studi romanistici dei paesi di lingua tedesca – di TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 751, la cui tesi viene sottoposta a dura critica proprio dall’autore svizzero. Come noto, Theodor Mommsen aveva prospettato una divaricazione fondata sullo *status libertatis* del prevenuto: alla pena capitale intesa come pena di morte (‘Hinrichtung’) sarebbe soggiaciuto il solo ladro di condizione servile, mentre per il libero le dodici tavole non avrebbero prescritto alcuna ‘Hinrichtung’, ma soltanto l’*addictio* comportante una *capitis deminutio maxima*, e questo per venire incontro agli interessi patrimoniali del derubato che si sarebbe compiaciuto maggiormente per una pena pecuniaria, l’ottenimento della quale poteva anche aprire la strada alla contropartita dell’assoluzione del ladro condannato solvente e adempiente rispetto al pagamento di una pena. Contro queste argomentazioni, come detto, ha ritenuto di porsi Hitzig, che invece reputa doversi ricostruire lo stato giuridico della procedura nei termini seguenti. Il derubato poteva condurre il ladro, beninteso ‘sofern er sich dessen bemächtigen konnte’, davanti al Magistrato, non diversamente da quanto accadeva in ambito greco con l’istituto dell’*apagogé*, e con la vittima avrebbero fatto la loro comparizione anche i testimoni già corsi in aiuto o intervenuti nella cattura del ladro, per fornire all’organo pubblico una corroborante ‘Auskunft’ circa i caratteri di flagranza e l’identità dell’individuo così appreso (cfr. HITZIG, *Beiträge*, cit., p. 322, dove anche la critica a Mommsen). E qui interviene il *novum* della ricostruzione. Si sarebbe in seguito distinto a seconda della natura liquida o illiquida del ‘Sachverhalt’. Soltanto nella prima ipotesi vi sarebbe stata immediata *addictio*, mentre invece si doveva dar corso ad un autentico *iudicium* cognitorio ‘wenn die Liquidität des Sachverhalts nicht hergestellt war, oder wenn der Beklagte behauptete, der Vorliegende Thatbestand sei kein *furtum manifestum*, oder wenn er ein die Strafverfolgung ausschliessendes Pactum geltend machte’ (HITZIG, *Beiträge*, cit., p. 323). Tra queste ipotesi, significativa è quella per cui, se non intendo male il senso del discorso, il ladro condotto davanti al magistrato, almeno per Hitzig, poteva ancora sperare di convincere e persuadere il ‘Geschworene’ di non essere in realtà colpevole di un fatto qualificabile come *furtum manifestum*, domandando contestualmente l’attivazione di un giudizio di cognizione per chiarire più ponderatamente i fatti. Questo pensiero, apparentemente poco plausibile se si pensa alla

□

comparizione di testimoni a sostegno, non è del tutto fuori dalla realtà; poteva accadere che si portasse con la forza un soggetto, per esempio, nelle cui pertinenze private fosse stata vista la refurtiva (fatto concreto non sussumibile per la giurisprudenza maggioritaria entro il concetto pur composito di furto manifesto, per la non univocità della responsabilità), con l'aiuto di amici più o meno compiacenti. Gai 3.189 è stato di recente preso in considerazione anche da Massimiliano Vinci, che a prescindere dal merito della discussione relativa agli effetti della *adiudicatio* del ladro sorpreso a rubare ha affermato che con il termine *addictus* riferito al ladro «non si sarebbe potuto indicare altro se non l'assegnazione 'costitutiva' derivante dal potere di giudicare ('Rechtsmacht')» (M. VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004, p. 305): quindi l'assegnazione della persona del ladro avrebbe avuto portata costitutiva e non dichiarativa. Da questa testimonianza come da quella proveniente da Gellio, Wolfgang Kunkel ha voluto credere che la *verberatio* inflitta ai *fures manifesti* costituisse autentica esplicazione di una *poena* nell'ambito di una specifica, anche se ristretta, *iurisdictio* criminale dei *triumviri* (anche Howard Scullard ha pensato ad una sia pur sommaria 'jurisdiction over petty offenders': H. H. SCULLARD, *A History of the Roman World: 753-146 B.C.*, London, 1991, p. 125); conseguenza immediata e necessaria sarebbe stata, per il Kunkel, l'estensione della garanzia della *provocatio* prevista da una *lex Valeria* del 300 a.C. (*cum eum qui provocasset virgis caedi securisque necari vetuisset*, secondo il racconto di Tito Livio) e secondo alcuni già da una identica *lex Valeria de provocatione* del 509 a.C. fatta approvare dal console Publio Valerio detto Poplicola o Publicola, figura ritenuta quasi leggendaria prima del ritrovamento nel 1978 della c.d. iscrizione di Sàtrico datata con metodi scientifici al 500 a.C.: '*Iesteterai Popliosio Valesiosio suodales Mamartei*' [sull'iscrizione v. C. DE SIMONE, *Archeologia laziale*, I, 1978, p. 95 ss., H. S. VERSNEL (cur.), *Lapis Satricanus. Archaeological, epigraphical, linguistic and historical aspects*, s' Gravenhage, 1980, *passim*, C. AMPOLO, *La storiografia su Roma arcaica e i documenti*, in «Tria corda. Studi in onore di Arnaldo Momigliano», Como, 1983, p. 13 nt. 15, A. I. NEMIROVSKIJ, *Nadpis' iz Satrika (L'epigrafe di Satrico)*, in «VDI.», 1983.1, p. 40 ss., F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., pp. 145 nt. 19 e 229 nt. 36, H. H. SCULLARD, *A History of the Roman World*, cit., 466 nt. 1, M. A. LEVI, *Il lapis satricanus e le genti romane*, in «RIDA.», XLII, 1995, p. 195 ss., mentre sul significato del termine *suodales* cfr. L. KOFANOV, *I 'sodales' nelle XII Tavole e il carattere della proprietà comune*, in «BIDR.», 39, 1997, pp.457-458 e *passim*, M. A. LEVI, *L'auctoritas di Augusto*, in «RIDA.», 39, 1992, p. 192, che intravede nell'espressione *suodales* contenuta nel *lapis satricanus* dei Valesii 'la originaria realtà del rapporto di clientela', R. FIORI, *Sodales. 'Gefolgschaften' e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.)*, in «Societas-ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao», Napoli, 1999, p. 101 ss.] che invece proverebbe la storicità del personaggio (del resto presente negli scritti di Plutarco e Tito Livio; basti qui dire che anche Massimo Pallottino ha ritenuto che il *Popliosio Valesiosio* possa essere 'identificato con il Publicola della tradizione la cui figura storica risulta comunque accertata', M. PALLOTTINO, *Contributo delle scoperte archeologiche ed epigrafiche allo studio dei problemi socio-politici di Roma arcaica*, in «Atti Accademia nazionale dei Lincei. Bilancio critico su Roma arcaica fra Monarchia e Repubblica, in memoria di Ferdinando Castagnoli, Roma 3-4 giugno 1991», Roma, 1993, p. 26) e forse dell'antica guarentigia della legge del VI sec. a.C (contro la storicità di quest'ultima si esprime la dottrina di gran lunga maggioritaria, che pensa a una delle tante anticipazioni della tradizione: per tutti, v. A. MAGDELAIN, *De la coercion capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple*, in «Labeo», 33, 1987, p. 139 ss. e L. AMIRANTE, *Studi di storia costituzionale romana*, Napoli, 1991, p. 87 ss., ribadendo le opinioni già espresse

□
 in ID., *Sulla provocatio ad populum fino al 300*, in «IURA.», 34, 1983, spec. p. 11 ss., cui si può aggiungere R.-M. RAMPENBERG, *Le citoyen face à la repression capitale des hauts magistrats dans la republique romaine archaique (509-450 avant J. C.)*, in «BIDR.», 96-97, 1993-1994, pp. 192-193 e *passim* ('N'est il pas étrange que Pomponius...ne fasse allusion qu'à la loi de Valerius Publicola de 509, et reste muet sur celles de 449 et de 300? Pourtant, leur existence, et surtout celle de la dernière, paraît de beaucoup mieux fonde, sinon seule digne de foi: au point de conduire à ne voir dans les deux précédents textes que des anticipations, dont l'unique objet aurait été la glorification de la *gens Valeria*'). *Ex adverso*, ha osservato Gaetano Mancuso che anche la prima legge del 509 dovrebbe considerarsi 'storica', perché le sue previsioni erano tra l'altro diverse non solo dalla legge del 300, ma anche da quella Valerio-Orazia del 449: G. MANCUSO, *Profilo pubblicistico del diritto romano*, I, Catania, 2002, pp. 176-177; in sintonia col Mancuso, H. BENGSTON, *Grundriss der römischen Geschichte mit Quellenkunde*, München, I, 1970, p. 56 e K. HACKL, *Gab es eine provocatio ad populum*, cit., p. 183, secondo cui già con Valerio Poplicola sarebbe stato stabilito 'daß kein Magistrat einen römischen Bürger auspeitschen oder töten lassen darf, wenn er *ad populum* provoziert'; Franck Behne ha da parte sua osservato che ritenendo autentica la legge del 509, si comprenderebbe anche la presupposizione della *provocatio* nelle Dodici tavole: F. BEHNE, *Volkssouveränität und verfassungsrechtliche Systematik. Beobachtungen zur Struktur des römischen Staatsrechtes von Theodor Mommsen*, in «Res publica reperta. Festschrift Jochen Bleicken zum 75. Geburtstag», Stuttgart, 2002, p. 132). In questo complesso dibattito, com'è ovvio, non possono più ritenersi conferenti quegli studi anteriori al ritrovamento del *lapis satricanus*, per lo più scettici proprio sulla figura storica di Poplicola (ne è un chiaro esempio lo scritto di M. ELSTER, *Studien zur Gesetzgebung der frühen römischen Republik –Gesetzesanhäufungen und Wiederholungen*, Frankfurt-Bern, 1976, p. 32 ss.). Anche se si respingesse in blocco la tesi kunkeliana sostenendo, come il Santalucia, che non essendo la *verberatio* dei *fures* un'autentica pena non sarebbe stata adeguata la previsione della *provocatio*, io riterrei di poter condividere i rilievi formulati dal De Martino, per il quale comunque già agli inizi del II sec. a.C. con le *leges Porciae* non si sarebbe più potuto verberare un cittadino romano colpevole di furto eludendo la fondamentale garanzia della *provocatio*, indipendentemente dalla qualificazione della *verberatio* come 'atto di polizia' o 'vera e propria pena': E. DE MARTINO, in AA.VV., *Storia di Roma*, IV, Torino, 1989, p. 456-457. Un'ultima notazione è poi possibile in merito al *convictum* conservato nel tratto finale di Plin. *hist. nat. l.c.*: si tratta di espressione simile a quelle usate per descrivere lo stato dell'incarcerato per *furtum*, come risulta evidente dal racconto di Tito Livio relativo al decemviro Appio Claudio: '*Virum honoratissime imaginis futurum ad posteros, legum latorem conditoremque romani iuris, iacere vinctum inter fures nocturnos et latrones*' (Liv. *urb. cond.* 3.58.2: cfr. ancora, sul punto, lo smagliante argomentare del CASCIONE, *op.cit.*, p. 132 ma anche di J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im römischen Reich*, cit., pp. 22 nt. 63 e 108 nt. 79). Ulteriori modalità repressive esorbitanti dalle ricadute applicative dell'*actio furti* venivano in considerazione in ipotesi di *furta domestica*, qualora '*viliora*' (D. 48.19.11.1: sul passo cfr. il già citato e importante studio di C. W. BLEICH, *Doctrina furtorum servilium*, cit., p. 16 nt. 1, M. BALZARINI, *In tema di repressione 'extra ordinem' del furto*, cit., pp. 226-227, dove l'osservazione che 'se la repressione criminale non era ammessa per i *furta domestica*, da ciò sembra si possa desumere, e *contrario*, per ogni altro genere di furto', illazione che forse proverebbe troppo se si considera che l'esclusione dall'area del *publice vindicare* sembra essere stata espressa nel passo con riferimento ai *furta domestica* non *viliora*, senza una estrema generalizzazione, B. SANTALUCIA, '*Crimen*

Peraltro, anche gli studiosi che hanno imboccato questo tragitto interpretativo non hanno potuto eludere le difficoltà e le contraddizioni di una ricostruzione che fa risalire ai primordi un concetto giuridico particolarmente ristretto; mentre ognuno si può rendere conto, come ha fatto anche il Daube proprio *in subiecta materia*, che ‘it is exactly in primitive times that the range of a word is comparatively wide, words representing a certain complex of ideas, a set of circumstances rather than a particular concrete thing’²⁷. Si afferma spesso che *furtum*, nel sistema decemvirale, sarebbe stato un marcatore semantico

□

furti. La repressione straordinaria del furto nell’età del principato, cit., p. 792, J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse*, cit., p. 47 nt. 20 e H. L. W. NELSON, U. MANTHE, *Gai institutiones*, cit., p. 276). In relazione a questi furti commessi da *servi*, liberti e *mercennarii* (sui quali R. MARTINI, *Mercennarius: contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Milano, 1958, *passim*, F. M. DE ROBERTIS, ‘*Vel mercennarius*’ in *D. 43.16.1.20 (a proposito delle persone ‘loco servorum’)*, in «Mnemeion Siro Solazzi», Napoli, 1964, p. 382 ss., H. BENNER, *Die Politik des P. Clodius Pulcher. Untersuchungen zur Denaturierung des Clientelwesens der ausgehenden römischen Republik*, Stuttgart, 1987, pp. 76, 79, 83 e 122) ai danni del *dominus* (o *ex-dominus* per quanto concerne i liberti) ‘trat eine Züchtigung an die Stelle einer Diebstahlsklage’ (GEBHARDT, *Prügelstrafe*, cit., p. 178). Se nella citata iscrizione di Pozzuoli si parla di ‘*supplicia sumere*’, va detto ora che anche il servo resosi responsabile di furto domestico ai danni del padrone poteva, secondo quando apprendiamo dalla c.d. *lex metallis dicta*, essere consegnato a un ‘*procurator*’ perché fosse battuto e poi venduto alla condizione che rimanesse sempre ‘*in perpetuis vinculis*’ o che morisse durante il lavoro coatto nelle miniere di metallo, Tvip. Il 26: ‘*Ve(nae) furem, si servos erit, procurator flagellis caedito et ea condicione vendito, ut in perpetuis vinculis sit neve in ullis metallis territorisve metallorum moretur*’ (in argomento v. ancora GEBHARDT, *op.cit.*, p. 180 nt. 51, oltre a H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles études*, cit., pp. 35 e 156, M. CARY, *A History of Rome down to the Reign of Constantine*², London-Melbourne-Toronto-New York, p. 625 nt. 8, D. FLACH, *Die Bergwerksordnungen von Vispasca*, in «Chiron», 9, 1979, p. 399 ss., M. R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano, 1981, pp. 150 ss. e 216 ss., M. J. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1992, p. 19 nt. 21 e F. SALERNO, ‘*Ad metalla*’. *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli, 2003, p. 117). Al *procurator* o *praepositus* cui fa riferimento la legge della seconda Tavola di Vipasca (II sec. d. C.) era in effetti attribuito un potere di punire i fatti di furto e danneggiamento verificatisi nelle miniere senza dilazioni, non soltanto quando posti in essere da *servi*, ma anche da persone libere. ‘Al *procurator* – come ha esattamente sintetizzato Francesco Salerno – viene affidato un potere repressivo nei confronti di chi sottragga parte del minerale estratto, danneggi dolosamente i pozzi, alteri lo stato delle gallerie di esplorazione’ (F. SALERNO, ‘*Ad metalla*’, cit., p. 116). Sul *procurator metalli vipascensis* cfr. per tutti S. LAZZARINI, *Lex metallis dicta. Studi sulla seconda Tavola di Vipasca*, Roma, 2001 (e A. MATEO, *Sulla Tavola di Vipasca*, in «Labeo», 48, 2002, p. 280 ss.).

²⁷) D. DAUBE, *Collected Studies in Roman Law* (cur. D. COHEN e D. SIMON), I, Frankfurt am Main, 1991, p. 20.

significativo in quanto deverbale di *ferre*, il cui significato doveva già allora coincidere con il ‘sottrarre’ o ‘portar via’; e che soltanto nel periodo immediatamente postdecemvirale il concetto avrebbe cominciato ad allargarsi sino a comprendere pressoché ogni condotta intromissiva con valenza antipatrimoniale, causativa anche solo di una dispersione, per poi ritornare, grazie all’opera avviata dagli ultimi giuristi repubblicani, poi continuata da quelli classici, all’originario concetto di sottrazione in virtù della intervenuta disponibilità di azioni che sanzionavano comportamenti prima coperti dallo spettro applicativo dell’*actio furti* (si pensi al nuovo meccanismo apprestato con la *lex Aquilia*, al caso dell’*actio de dolo*, in relazione a condotte fraudolente che non fossero sfociate in una autentica appropriazione di cosa, all’*actio servi corrupti*²⁸ e a numerose altre azioni penali pretorie).

Alfiere indiscusso di questa concezione è stato da noi Bernardo Albanese, studioso che al furto e alle tematiche connesse ha dedicato, negli anni cinquanta del secolo ormai trascorso, vaste e accurate ricerche, la cui sintesi più significativa è senza dubbio rinvenibile nella voce ‘Furto (storia)’ redatta nel 1958 per l’Enciclopedia del diritto. In essa il grande studioso siciliano sostiene che la nozione decemvirale del delitto consisteva unicamente nel ‘portar via illecitamente una cosa mobile ad altri (o sottrarre una persona libera sotto altrui potestà), mentre solo nel corso del IV e della prima metà del III sec. a.C. vi sarebbe stata ‘*la grande estensione postdecemvirale*’ (così è espressamente intitolato il secondo paragrafo del citato contributo), per cui poteva essere considerato *furtum* ‘ogni atto doloso...concludentesi, per la parte

□

²⁸) Sull’*actio servi corrupti* nei complessi rapporti col tema del furto, si vedano almeno, e pur nella prospettiva tradizionale, K. EISENBERGER, *Über die actio servi corrupti directa et utilis und die Anwendung der Letzteren im heutigen Recht: inauguralis Dissertation*, München, 1889, A. A. SCHILLER, *The actio servi corrupti*, in «Columbia Law Review», 30, 1930, p. 839 ss., B. ALBANESE, *Actio servi corrupti*, in «AUPA.», 30, 1959, ID., *Actio servi corrupti e actio arborum furtim caesarum*, in «Labeo», 5, 1959, p. 325 ss., W. WARKALLO, *Actio de servo corrupto*, in «Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum», I, Berlin, 1968.

lesa, con la perdita, o con uno svantaggio relativamente ad una cosa (anche immobile)²⁹.

L'Albanese osserva poi che 'la tappa risalente più importante' nella direzione del restringimento della nozione del delitto si ha con l'emanazione della *lex Aquilia*, riconoscendo apertamente che 'la distruzione ed il deterioramento di animali e di cose altrui'³⁰ erano prima sanzionati come furti. Ma è proprio in questa notevolissima notazione che si annida una criticità apparentemente inevasa: complice l'assenza di fonti documentali sufficientemente risalenti, infatti, non riesce facile comprendere perché nel V secolo a.C. dovesse valere la nozione ristrettissima di *amotio rei*, mentre nel IV e fino agli inizi del III secolo (il plebiscito aquiliano viene generalmente fatto risalire al 286 a.C.³¹) si dovrebbe invece ricostruire – ripeto, in assenza di notizie su dibattiti giurisprudenziali in tal senso – una nozione allargata a dismisura e persino coincidente, come si è spinto ad affermare Albanese, 'con il concetto stesso di illecito privato'³².

Contardo Ferrini aveva in proposito osservato, più di mezzo secolo prima, che la stessa presenza di testimonianze estensive del concetto di furto – lo studioso assumeva come paradigmatico Gai 3.19³³ – proverebbe che in origine il furto era strettamente inteso come *amotio*³⁴; tale configurazione, tuttavia, non prende in esame che l'estensione attuata con l'introduzione in

□

²⁹) B. ALBANESE, *sv. Furto (storia)*, cit., p. 314.

³⁰) B. ALBANESE, *sv. Furto (storia)*, cit., p. 315.

³¹) Questa datazione, proposta a partire da A. PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Rechte*, Weimar, 1867, p. 11 ss., è quella comunemente accettata, pure se non sono mancate voci dissonanti. Ai nostri fini, la validità del pensiero espresso nel testo non muterebbe anche accogliendo alcune di queste diverse ricostruzioni, che fisserebbero comunque intorno al 200 a.C. la data del plebiscito (cfr. A. CORBINO, *La lex Aquilia e il danno qualificato*, cit., p. 48). Addirittura sarebbe ancora più favorevole, per le tesi da noi sostenute, la datazione proposta da A. BISCARDI, *Sulla data della lex Aquilia*, in «Studi Giuffrè», I, 1967, p. 77 ss., che colloca il plebiscito in un torno di tempo addirittura antecedente al 286 a.C.

³²) B. ALBANESE, *sv. Furto (storia)*, cit., ibidem.

³³) Dove leggiamo: '*furtum fit non solum cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat*'.

epoca tiberiana del termine *contrectatio*, mentre mancherebbero testi in grado di offrire adeguate configurazioni estensive del furto con la ricomprensione in quest'ultimo di danneggiamenti e sottrazioni violente, circostanza che sembrerebbe sconfiggere per il diritto arcaico l'universalità di una ristretta nozione di sottrazione.

Sembra comunque troppo semplice far assumere alla cennata dinamica evolutiva una portata assolutizzante, nel senso che il concetto si sarebbe progressivamente ristretto soprattutto per l'introduzione dell'*actio de dolo*, in funzione erosiva del prima vastissimo spettro applicativo dell'*actio furti*. Anche uno studioso attento del *furtum*, Manuel García Garrido, nel considerare la tenuta della tesi tradizionale, in parte pure nel solco della stessa, non ha potuto esimersi dal constatare che 'la linea de desarrollo y progreso no siempre es continua, ya que a veces se encuentran en juristas mas avanzados criterios que se consideran superados por sus predecesores'³⁵. Per convincersene, dovrebbe rivelarsi particolarmente utile l'esame del testo tramandato in D. 4.3.7.7 in cui si presuppone l'intervenuta disponibilità dell'*actio de dolo* e di azioni penali *in factum* e ciononostante si discute, in relazione a fattispecie non sottrattiva o appropriativa ma anzi assimilabile a quelle late nozioni della giurisprudenza più remota che considerava furto anche la dispersione antipatrimoniale, se nel caso di specie non debba piuttosto concedersi un'*actio furti*. Non solo: non è il giurista che ancora avrebbe potuto nutrire dubbi sul riscontro di un *furtum*, cioè Labeone, che aveva visto la fine della Repubblica, a porsi il problema, perché sembra anzi che questo giurista si interrogasse soltanto sull'azionabilità dell'*actio de dolo* nel caso in esame; è invece sorprendente che sia un giurista successivo della piena e avanzata epoca classica, nel II sec. d.C., ad aver messo sul tappeto la questione del furto che in realtà, stando alle usuali ipotesi ricostruttive, non avrebbe avuto motivo di

□
³⁴) C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano ne' suoi rapporti colla teoria del possesso*, cit., p. 424.

porsi. Il giurista del passo, ricordato come *Quintus*, aveva scritto annotazioni al corifeo della *secta* proculiana, e quindi non potrebbe essere a questo precedente, come pure ha pensato l'Albanese per ovvie ragioni sistematiche; escludendosi che possa trattarsi di Quinto Mucio, i più accorti e autorevoli studiosi hanno pensato, in alternativa, a tre giuristi del *Beatissimum saeculum*: si sarebbe trattato, per il Kunkel, di Q. Claudio Venuleio Saturnino³⁶, oppure, come ha preferito Krüger, di Quinto Saturnino³⁷, o forse ancora di Cervidio Scevola, consigliere di Marco Aurelio. In altri termini, il testo *de quo* innesca una problematica concreta e ineludibile, perché il giurista seriore sarebbe andato oltre rispetto alle considerazioni labeoniane, limitate alla proponibilità della sola *actio de dolo*.

D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad Ed.*): *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum, ut fugeret³⁸ solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans, si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere³⁹.*

□

³⁵) M. GARCÍA GARRIDO, *Observaciones sobre delictum y crimen furti*, cit., pp. 267 e 268 nt. 12.

³⁶) Si veda W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln, 1967, p. 181 nt. 321, dove si dice che il *Quintus* di D. 4.3.7.7 sarebbe un ‚Verfasser von *notae* zu Labeos Ediktskommentar. Auch diese Zitate hat man auf...Q. Claudius Venuleius Saturninus beziehen wollen’.

³⁷) In tal senso P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*², Leipzig, 1912, p. 200 nt. 73.

³⁸) Questo *ut fugeret* è passibile di una duplice interpretazione. Si potrebbe, secondo un primo approccio, ritenere l'azione scientemente finalizzata a causare la fuga del servo, ma in tal caso il dolo sarebbe *in re ipsa*, ed ogni ulteriore discorso sarebbe stato ultroneo, se non per la determinazione dei confini interni della *prava voluntas*, mentre secondo altra, preferibile lettura, dovremmo intendere l'*ut fugeret* come indicativo di un'azione in primo luogo indirizzata allo scioglimento dai vincoli, con la creazione di una situazione in grado di permettere la fuga. La prima lettura è però quella presente nella Parafrasi di Teofilo, laddove il parafraste afferma espressamente: ‚*veluti si servum meum utpote male versatum in vincula conieci, et alius misericordia ductus, sciens ille evasurum, compeditum solvit*’ (Teoph. *Inst. Par.* 4.3.16).

³⁹) Sulla testimonianza, si vedano in particolare E. V. LÖHR, *Beiträge zu der Theorie der culpa*, Darmstadt, 1808, p. 21, J. C. HASSE, *Die culpa des römischen Rechts: eine zivilistische Abhandlung*², besorgt von A. BETHMANN-HOLLWEG, Bonn, 1838, p. 37 nt. 1, dove si afferma che ‚die *actio doli* kann hier nie Statt finden, denn entweder war der

□

Lösende bestochen, so ist es Diebstahl, oder er that nur aus Mitleid, so findet die *actio utilis legis Aquiliae* Statt', facendo trasparire la convinzione che l'azione utile eventualmente concessa in caso di liberazione del servo motivata dalla compassione fosse *ad exemplum legis Aquiliae*, e che in ogni caso non ci sarebbe stato spazio per l'*actio de dolo*, dovendosi riconoscere un *furtum* nell'ulteriore ipotesi di corruzione del 'Lösende', N. NATALI, *La legge Aquilia ossia il damnum iniuria datum*, Roma, 1896, rist. anast. 1970, p. 78 nt. 8, per la modellazione dell'*actio in factum* su quella *directa* aquiliana, J. C. NABER, *Observatiunculae de jure romano LXXXI: De actionibus utilibus ad exemplum legis Aquiliae*, in «Mnemosyne. Bibliotheca philologica Batava» (Lugduni Batavorum), 26, 1898, p. 275, che salva il testo solo fino all'*ait*, G. ROTONDI, *Teorie postclassiche sull' 'actio legis Aquiliae' (Litiscrecenza e lex Aquilia: actio in factum e actio in duplum: a. legis Aquiliae utilis e actio in factum generalis)*, in «Annali della facoltà di giurisprudenza dell'università di Perugia», XXIX, 1914 (serie III vol. XII), pp. 153-154 e ss., poi riedito in ID., *Scritti giuridici. Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, II, Milano, 1922, pp. 448-449 e ss., convinto che ai fini interpretativi poco rilevi sapere chi fosse in realtà il *Quintus* del testo e che l'*actio in factum* di cui allo stesso non abbia comunque nulla a che vedere con la tutela aquiliana, P. HUVELIN, *Études*, cit., p. 383, P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia, 1916, p. 68 nt. 2, R. TAUBENSCHLAG, sv. 'Lex Aquilia', in «PWRE.», XII.2, Stuttgart, 1925, c. 2328, C. ARNÒ, *Actio in factum accomodata legi Aquiliae*, in CIAPESSONI, *XIV Centenario delle Pandette*, Milano, 1931, p. 83, ID., *Le 'magnae varietates' in tema di 'Lex Aquilia' e di 'concursum actionum'*, in «Studi in onore di Salvatore Riccobono», II, Palermo, 1936, p. 181, che del tutto isolatamente pensa che il *Quintus* fosse Quinto Mucio, cosa che è sembrata impossibile alla maggioranza dei commentatori, posto che Mucio non avrebbe potuto annotare, *ratione temporis*, il successivo Labeone, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum*, cit., p. 233 nt. 195, B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, *La giustizia-le persone*, Milano, 1952, p. 172 nt. 3, che si esprime per la genuinità del testo, B. ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 97, ID., *Studi sulla legge Aquilia*, in «AUPA.», 21, 1950, pp. 85 ss. e specialmente 87-89, ID., *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in «AUPA.», 28, 1961, p. 72, GIANN. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, p. 258 ss., ID., *La complicità nel diritto penale romano*, in «BIDR.», 61, 1958, pp. 126-127, che giudica il testo alterato, in quanto il carattere di sussidiarietà proprio dell'*actio de dolo* non avrebbe consentito il dilungarsi sulla concedibilità di altro rimedio quale l'*actio furti*, che quindi 'non appariva...data la specie, come ipotizzabile e configurabile'; l'annotazione di *Quintus*, poi, 'non poteva discostarsi dalla netta e coerente impostazione del quesito fatta da Labeone e riferita da Ulpiano: estremi di concedibilità dell'*actio de dolo*. Il richiamo alla *miserecordia*, per risolvere, da parte di giuristi pagani, un problema di tecnica delle azioni, non...dà affidamento', ID., *Appunti esegetici e note critiche in tema di lex Aquilia*, in «Annali Università di Macerata», 22, 1958, pp. 73-74 (=Ricerche romanistiche, cit., pp. 731-732), A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in «ZSS.», 78, 1961, p. 393, secondo cui addirittura 'that Quintus made a note on Labeo at all, and that Ulpian should cite it prove that Labeo's decision must have been different', J. A. C. THOMAS, *Contrectatio my last word*, in «IURA», 14, 1963, p. 183, che ravvisa il fattore di maggior rilievo nel fatto che 'the slave was freed *ut fugeret* (and was apparently successful in fleeing). Whether release from his bonds involved physical contact was irrelevant – the master was deprived of his property by the deliberate conduct of the person who freed the slave', ma a fronte di questo puntiforme argomentare viene completamente svalutata la problematica sull'identità del *Quintus*, pur riconoscendo rispetto a questo la recenziarietà di Labeone

□

[‘whether the mysterious Quintus was earlier than Labeo or (as I would with Watson myself accept) later is not awfully important’], U. V. LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende actio*, in «Mélanges Philippe Meylan», I, Lausanne, 1963, pp. 211-223, che espunge, come Giannetto Longo, l’intera parte del brano che fa riferimento alla *misericordia*, ritenendo il tratto che ne fa menzione oggetto di manipolazione da parte di un postclassico ‘Bearbeiter’, al quale dovrebbe quindi ascrivere il cenno alla ‘christliche Gesinnung des Täters’, di modo che il testo, depurato dal cristiano ‘Mitleid’, dovrebbe così essere restituito: ‘*Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit <si non furti faciendi causa feceris>? Et <putat dandam esse, cum dubitetur, an actio in factum dari possit. Sed> ait Quintus apud eum notans [si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia] in factum actionem dari debere*’, D. MEDICUS, *rec.* a U. V. LÜBTOW, *Die bei Befreiung*, cit., in «ZSS.», 82, 1965, p. 453, a detta del quale ‘den Kern dieses Beitrages bilden Ausführungen über die *actio utilis* and the *actio in factum* bei der *lex Aquilia*’, GIANN. LONGO, *Sul regime giustiniano dell’actio de dolo*, in «Studi in onore di Gaetano Zingali», III, Milano, 1965, pp. 474 e 490 (=Ricerche romanistiche, cit., pp. 777 e 790-791), H.-J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte. Unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, Berlin, 1968, p. 5 ss., J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, in «IURA», 19, 1968, p. 5, S. SCHIPANI, *Responsabilità ‘ex lege Aquilia’. Criteri di imputazione e problema della ‘culpa’*, cit., pp. 87 nt. 3 e 167 nt. 2, A. CARCATERRA, *Dolus bonus, dolus malus: esegesi di D. 4.3.1.2-3*, Napoli, 1970, pp. 74, 168 e spec. 177-178, pienamente consapevole della problematicità di un testo ‘proteiforme, per non dire diabolico; che autorizza, come ha autorizzato, tutte le interpretazioni: che Labeone concesse, o che negò l’*actio doli*; che è Labeone ad annotare *Quintus*, o viceversa; che tien conto, o che viceversa non tien conto della *misericordia*; che è genuino, o, al contrario, che è interpolato’; tanto premesso, il Carcaterra, assumendo come genuino il testo, pensa alla concessione di un’*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* motivata dalla *culpa* in cui versava il liberatore, con la conseguenza che *Quintus* considerava la *misericordia* non commendevole, ma anzi rivelatrice di un contegno colposo dell’agente (‘La *misericordia* è tutt’altro che apprezzata da *Quintus*. Il giurista, cioè, ne ha tenuto un conto opposto a quello della società. Tutt’altro che apprezzarla, la considera *culpa*’), H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich*, Wiesbaden, 1971, p. 21 nt. 128, U. V. LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 190 ss., S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino, 1971, pp. 35 nt. 1 e 60 nt. 10 e ss., orientato ad apprezzare ‘l’esigenza di fondo di perseguire il fatto della collaborazione alla fuga di uno schiavo altrui, di cui si percepisce una rilevanza analoga a quella di un delitto’, W. LITEWSKI, *Dolus et misericordia dans le droit romain classique*, in «Archivium Iuridicum Cracoviense», 5, 1972, p. 92 ss., M. MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione passiva alla ‘rei vindicatio’*, in «Studi Scherillo», I, 1972, p. 351 nt. 35, poi edito in ID., *Scritti giuridici*, I, cit., p. 193 nt. 35, F. STURM, *rec.* a S. SCHIPANI, *op.ult.cit.*, in «ZSS.», 90, 1973, p. 442 nt. 9, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell’esperienza romana*, II, Milano, 1973, p. 367 ss., J. L. BARTON, *The lex Aquilia and decretal actions*, in «Daube noster. Essays in legal history for David Daube», cit., p. 15, che non scorge argomenti per ipotizzare che ‘the *actio in factum* given to the plaintiff had anything to do either with the *lex Aquilia* or with any of its praetorian extensions. At the very least, this text is good evidence that the *actio in factum* for the compassionate release of a chained slave was not universally regarded in the classical period as an extension of aquilian liability to cases of *damnum sine laesione*

□
corporis’, mentre riguardo al possibile *furtum* si ipotizza la mancanza delle circostanze minime per poter caratterizzare in tal senso l’atto, forse perché l’agente ‘had no malice towards the plaintiff’, GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e di complicità*, cit., p. 813, che drasticamente, pur senza corroboranti spiegazioni, asseriva: ‘il dubbio sull’esistenza di furto, e della relativa azione, non poté mai sorgere né nel cervello di Labeone, né in quello del giurista Quinto’, G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, in «SDHI.», 41, 1975, p. 33 ss., J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 368 nt. 52, A. WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List (dolus bonus und dolus malus, dolus causam dans und dolus incidens) unter Berücksichtigung der §§ 138 Abs. II und 123 BGB*, in «ZSS.», 94, 1977, pp. 227 nt. 193, ID., *Sul concetto di ‘dolus’ nell’actio de dolo*, in «IURA», 28, 1977, p. 38, ID., *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, in «RIDA.», 27, 1980, p. 385, dove si giunge perfino ad affermare che sebbene il liberatore ‘den Eigentümer des Sklaven...schädigt, wird sein sittlich billigenswertes Motiv anerkannt, da die Gebote der *humanitas* nach *ius naturale* auch Sklaven gegenüber zu wahren sind’, P. PAUW, *Actio in factum and lex Aquilia*, in «The South African Law Journal», 97, 1980, pp. 285-295, G. BOULVERT, M. MORABITO, *Le droit de l’esclavage sous le haut-empire*, in «ANRW.», II 14, 1982, p. 116 nt. 89, P. STEIN, *School attitudes in the law of delicts*, in «Studi in onore di Arnaldo Biscardi», II, Milano, 1982, p. 284, secondo cui Labeone nel caso attenzionato era probabilmente ‘confident that he could repel an argument that the *actio furti* was available in such a case and that consequently the *actio de dolo* was inapplicable’, G. LURASCHI, *Il ‘praemium’ nell’esperienza giuridica romana*, in «Studi in onore di A. Biscardi», IV, cit., pp. 249 nt. 41 e 262 nt. 84, che traduce l’*ut fugeret* come l’azione ‘di chi, per compassione, liberi dai vincoli un servo altrui, propiziandone la fuga’, U. V. LÜBTOW, *Die Aktionen im Umkreis der lex Aquilia*, in «Labeo», 30, 1984, p. 320 ss., G. CARDASCIA, *Le caractère volontaire ou involontaire des atteintes corporelles dans les droits cunéiformes*, in «Studi in onore di Cesare Sanfilippo», VI, Milano, 1985, p. 185 nt. 53, D. NÖRR, *Causa mortis*, cit., p. 151 nt. 26, orientato – seppure dubitativamente – a riconoscere nel *Quintus* il giurista Venuleio, J. M. BLANCH, *Nota a proposito de la ‘actio de dolo’ y su caracter infamante*, in «Estudios Iglesias», III, cit., p. 1152 nt. 10, D. FLORIA HIDALGO, *La casuística*, cit., p. 80, A. D. MANFREDINI, *Misericordia ductus*, in «RIDA.», 39, 1992, p. 206 ss., F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne (Corso di diritto romano)*, II, Torino, 1995, p. 143 nt. 40, per il quale ‘il sospetto che, nel frammento, sia spurio l’intero brano *si non misericordia – si misericordia*...non appare giustificato’, mentre sarebbe ‘in ogni modo sicura la concessione, già nell’età classica (con ogni probabilità già prima della codificazione edittale) di *actiones in factum* in tema di danneggiamento’, G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., p. 30, secondo cui la dispersione del *servus* sanzionata (al massimo) con l’*actio furti* e non – secondo ben noti principi – con l’*actio legis Aquiliae*, evidente portato di una lacuna dell’impianto repressivo aquiliano in casi di dispersione dolosa di una *res*, sarebbe ‘dovuta al fatto che in origine situazioni siffatte dovevano concretare un’ipotesi di furto, secondo l’ampia nozione assunta da questo *delictum* in epoca decemvirale’, L. TER BEEK, *Dolus. Een semantisch-juridische studie*, II, Nijmegen, 1999, pp. 635 e 765 nt. 12, F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum. Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, Bari, 2000, pp. 26 nt. 64 e 42 nt. 148, P. ZILLOTTO, *L’imputazione del danno aquiliano: tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova, 2000, pp. 66 e 190 nt. 18, C. A. CANNATA, *Saturninus*, in «Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca», I, Napoli, 2001, pp. 362 e specialmente 369, che identifica il *Quintus*

La attendibilità delle considerazioni svolte non muta, sia che il giurista seriore fosse Cervidio Scevola, sia che si trattasse invece di Venuleio (o Quinto) Saturnino. In ogni caso ne uscirebbe gravemente compromessa l'opinione tralatizia sul *trend* evolutivo del furto. Ed emerge pure un altro elemento. Il *Quintus* seriore avrebbe riconosciuto il *furtum* non solo in assenza di una appropriazione, ma anche a prescindere dal relativo *animus* o *causa lucri faciendi*, dato che riteneva bastevole un nebuloso e multiforme movente soggettivo, con il solo limite della *miser cordia*, che invece avrebbe traghettato la fattispecie nell'alveo di una azione penale *in factum*. Labeone, invece, già richiedeva una specifica *furti faciendi causa* per poter discutere di furto, ed era

□

in Quinto Saturnino, da non sovrapporre alla diversa figura di Venuleio Saturnino, all'esito di una accurata indagine: 'si tratta...in concreto di riconoscere che a Quinto Saturnino si riferisca...la citazione di *Quintus* in Ulp. D. 4,3,7,7. La proposta in questo senso del Krüger si giustifica di per sé in quanto non si vedrebbe a quale altro giurista riferire tale citazione. Una volta accettata, essa si colora di un significato positivo, perché indicherebbe che Ulpiano riteneva sufficiente, per indicare quel giurista, l'impiego del solo *praenomen* assai comune. La cosa poteva anche dipendere da altri elementi a noi non noti del contesto, ma comunque appare certo che Ulpiano non temeva che i suoi lettori pensassero a Cervidio Scevola o ad altri, se parlava del *Quintus* che aveva annotato i libri *ad Edictum* di Labeone', M. MIGLIETTA, '*Servus dolo occisus*', cit., p. 335 nt. 142, P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin, 2002, p. 22 nt. 28, A. WACKE, *Dig. 19.5.20 pr.: Ein Siegespreis auf fremden Pferden Zur Gewinn-Ablieferungspflicht beim Kauf auf Probe*, in «ZSS», 119, 2002, p. 378 nt. 101, dove si rimarca che il caso di colui che *miser cordia ductus* einen fremden Sklaven losbindet und ihm so zur Flucht verhilft' è giuridicamente affatto diverso dalle azioni dannose produttive di 'Sachbeschädigung', che rimangono tali 'selbst wenn aus (in der Sicht des Täters) vielleicht achtbaren politischen Motiven begangen', cioè anche se commesse per 'rispettabili' motivi politici, A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., pp. 79, 163 e 176, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 52 nt. 183 nonché G. KLINGENBERG, in *Corpus der römischen Rechtsquellen zur Sklaverei (CRRS) Teil X. Juristisch speziell definierte Sklavengruppen. 6: servus fugitivus*, herausgegeben von J. FILIP-FRÖSCHL, M. RAINER, A. SÖLLNER, Stuttgart, 2005, pp. 41 ss., 53 e 211, per cui 'der zweite zitierte Jurist Quintus (Saturninus oder Cervidius Scaevola) sucht daher nach anderen *actiones* und verneint damit implizit die von Labeo aufgeworfene Frage: Da es auch zu einer *contrectatio* gekommen ist, ist an den Tatbestand des *furtum* – hier als dauernde Sachentziehung – zu denken und damit die *actio furti* zuständig', S. KNOCH, *Sklavenfürsorge im Römischen Reich*, Hildesheim-Zürich-New York, 2005, p. 25 nt. 18, D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre. Täterschaft und Teilnahme im römischen Strafrecht*, Berlin, 2006, p. 146, per cui 'das Losbinden des Sklaven war aufgrund der Kontrektation ein Täterhandeln'.

propenso a riconoscere il delitto non di fronte a una qualsiasi attività antipatrimoniale che avesse prodotto una dispersione, dovendosi sempre appurare se alla fine non si fosse realizzata una appropriazione anche ad opera di terzi⁴⁰. Lo prova chiaramente questa testimonianza.

D. 47.2.50.4 (Ulp. 37 ad Ed.): *Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures inciderent, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed etsi non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus; idcirco Labeo scribit, in factum dandam actionem*⁴¹.

□

⁴⁰) Così, a ragione, anche Peter Stein che osserva: 'What Labeo is saying is that deliberate causing of the loss of another's property is no longer to be regarded as sufficient to constitute theft' (P. STEIN, *School attitudes*, cit., ibidem).

⁴¹) In argomento, v. A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., pp. 57 e 76-77, per il riconoscimento del furto dello sventolatore quando questo abbia, anche involontariamente, reso possibile 'einen Eingriff in die Rechte des Eigentümers involvirende Handlung', essendo quindi indifferente 'das Motiv seines Gebahrens', che potrà essere la più svariata ('es kann Gewinnsucht, Hass, Neid sein'), G. ROTONDI, *Teorie postclassiche*, cit., p. 157 (= *Scritti giuridici. Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, II, cit., p. 452), P. DE FRANCISCI, *Synallagma*, II, cit., p. 77, B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, cit., pp. 55-56 e ss., 60-61 e 189, senza dubbi sulla genuinità del testo, ID., *La nozione I*, cit., p. 100, L. CHEVAILLER, *Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain*, in «RH.», 31, 1953, pp. 205 nt. 9, 206 nt. 11 e soprattutto 213 ss., GIANN. LONGO, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, cit., pp. 252 e 275 (= *Ricerche romanistiche*, cit., pp. 571 e 593), ID., *La complicità nel diritto penale romano*, cit., p. 113, dove si ritiene interpolata l'intera parte conclusiva del testo da 'sed et si non furti faciendi causa' in poi, in quanto il tratto incriminato sarebbe 'una evidente deviazione logica dalla trama del ragionamento precedente e dalla impostazione del quesito giuridico precedentemente fatta', mentre la patente di genuinità è riconosciuta alla prima parte, da cui si arguisce che 'l'attività materiale – e cioè l'aver sventolato il panno rosso – è posta...in raffronto ed in rapporto necessario con l'atto che tende a creare la consumazione e con la consumazione realizzata', ID., *Appunti esegetici e note critiche in tema di lex Aquilia*, cit., pp. 52 e 71 (= *Ricerche romanistiche*, cit., pp. 714 e 730), ID., *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e di complicità*, cit., pp. 805-806, del parere, infine, che l'*ut* 'nella frase *ut in fures inciderent*, a differenza di quanto ritenuto, assai verosimilmente non ha valore *finale*', U. V. LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende actio*, cit., pp. 213, 218 nt. 54 e 221, J. A. C. THOMAS, *Contrectatio my last word*, cit., pp. 181-182, S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, cit., pp. 87 nt. 3, 166 nt. 1, 228, 243, 361 e 362, C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., p. 113, G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, cit., p. 32, U. V. LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, cit., p. 183 ss., E. VALIÑO, *Acciones pretorias 'ex lege*

Tornando però alla concezione aurorale del *furtum*, dopo aver visto a quali mende resta esposta la tesi tradizionale, va detto che anche uno studioso come Max Kaser si è tendenzialmente schierato a favore della ricostruzione tradizionale per il diritto più arcaico, seppure con originale supporto esplicativo. Il Kaser ha preso atto dell'intima e stretta connessione 'von Sach- und Diebstahlsverfolgung auch für das römische Recht' e ha ritenuto di poter concludere che 'beide Verfahren auf bewegliche Sachen beschränkt waren': il

□

Aquilia', Pamplona, 1973, pp. 27-29, J. L. BARTON, *The lex Aquilia and decretal actions*, cit., pp. 19-20, P. STEIN, *School attitudes*, cit., p. 284, dove si dice che Labeone era del parere che se l'uso del panno rosso fosse avvenuto *dolo malo* 'the *actio furti* should be granted, while if the act, although deliberate, was merely a *lusus perniciosus*, then an *actio in factum* should be granted', ma spec. p. 292, G. THIELMANN, 'Actio utilis' und 'actio in factum' zu den Klagen im Umfeld der *lex Aquilia*, in «Studi in onore di A. Biscardi», II, cit., pp. 305 nt. 44 e 312 nt. 83, P. VAN WARMELO, *Les actions autour de la loi Aquilie*, in «Studi in onore di A. Biscardi», III, cit., pp. 353 nt. 8, 356 nt. 12 e 357 nt. 17, T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 177, G. MACCORMACK, *Juristic interpretation of the lex Aquilia*, in «Studi Sanfilippo», I, 1982, cit., pp. 270, 272 e 283, U. V. LÜBTOW, *Die Aktionen im Umkreis der lex Aquilia*, cit., p. 322, W. SELB, *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian*, in «Studi Sanfilippo», V, 1984, cit., pp. 735 nt. 20 e spec. 740, D. NÖRR, *Causa mortis*, cit., p. 148 nt. 11 (ma pure p. 151 nt. 24 e 25), del parere che i *veteres* nel caso di concorso in furto attuato facendo finire 'panno rubro' il bestiame nelle mani di un complice avrebbero comunque concesso l'*actio furti*, mentre nessuna azione sarebbe spettata – se non l'*actio in factum* isolatamente concessa da Labeone, contro colui che 'den Diebsathl des Vieh nur leichtsinnig verursacht', che cioè avesse causato il furto dell'armento per leggerezza e non *data opera*; il testo potrebbe poi costituire, per lo studioso tedesco, soltanto un debole indizio, per *argumentum e silentio*, per credere che prima di Labeone non fosse ancora conosciuta l'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* ('Ist das nur ein schwaches Indiz (*e silentio*) für die Hypothese, daß ihnen die *actio in factum* nicht bekannt war'), E. HÖBENREICH, *Überlegungen zur Verfolgung unbeabsichtiger Tötungen von Sulla bis auf Hadrian*, in «ZSS.», 107, 1990, p. 310 nt. 196, F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., ibidem, G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., p. 30 nt. 222 e 228, B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, in «Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano 11-12 maggio 1995», Milano, 1998, p. 202, F. M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum. Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, cit., p. 64 nt. 31, P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, cit., p. 35 nt. 40, A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., pp. 79, 153 e 163 e da ultimi, diffusamente, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 18 nt. 45, 49 nt. 172 (dove il passo è riportato e commentato), 67 nt. 240, 211, 298 e 300 nt. 77, G. KLINGENBERG, in *CRRS, Teil X. Juristisch speziell definierte Sklavengruppen. 6: servus fugitivus*, cit., p. 41 nt. 141, D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, cit., pp. 33, 140, 143, 145, 154, 191, 196 e 206.

furto in quanto sottrazione, certamente non poteva essere anche, e tra l'altro, usurpazione di fondi e più in generale di immobili⁴². Ancora una volta, sarebbe decisivo il semplice dato etimologico, ritenuto idoneo a fornire una prova sicura dell'esclusione di rilevanza, tra l'altro, del furto di immobili, non essendo questi sottraibili⁴³. La *persecutio furis* e quella *rei* sarebbero quindi connesse, ma la *vindicatio*, osserva Kaser, era in origine limitata a mobili e persone soggette a potestà, come reso evidente dalla presenza della *vindicta* e dalla frase '*hanc ego rem*' che non si attaglierebbe a immobili, in quanto tali insuscettibili di essere portati *in ius*⁴⁴. E' vero che ci furono dibattiti giurisprudenziali sulla estensibilità della nozione di furto anche con riguardo a cose immobili, ma si sarebbe trattato di istanze fatte valere 'von einzelnen republikanischen Juristen, vielleicht um Erbschaftsgegenstände aller Art, also auch Grundstücke, der *usucapio pro herede* zu entziehen'; non si potrebbe infine concepire, per Kaser, che fosse pensabile 'in alter Zeit' una 'heimliche Grundstücksentziehung'⁴⁵. Tutte le circostanze così richiamate rimangono tuttavia per la dottrina maggioritaria subvalenti⁴⁶. I più ritengono che il furto non fosse soltanto sottrazione di cose mobili o persone *in potestate* anche in epoca decemvirale, ma potesse anche ricomprendere l'usurpazione di immobili, per cui pure il parametro del *ferre* sarebbe del tutto fuori causa⁴⁷.

Del resto, radicate sono quelle concezioni materialistiche e oggettivistiche in cui si fa leva, per lo studio del furto nel diritto più remoto, su una

□

⁴²) Sul *furtum* di immobili e sulla sua configurabilità si v. le agili osservazioni di S. BELLO, *Observaciones sobre el furtum fundi*, in «ACOP.», 5, 1992, pp. 371-374.

⁴³) Si è quindi espresso in questi termini M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 36: 'Für diese – n.d.a. cioè per negare che i fondi si potessero rubare – bietet uns die Etymologie, die *furtum* von *ferre* ableitet, einen sicheren Beweis; denn wegtragen kann man Grundstücke nicht'.

⁴⁴) M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., ibidem.

⁴⁵) M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., ibidem. Viene quindi fornita una visione riduttiva della problematica, pensando che la materia del contendere fosse originata dalla necessità, avvertita da alcuni giuristi, di sottrarre alla *usucapio pro herede* beni ereditari di ogni genere, e quindi anche immobili.

⁴⁶) Come prende atto lo stesso Kaser: 'Die allgemeine Meinung hält die Erstreckung des *furtum* auf Grundstücke für alt' (M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 36 nt. 5).

⁴⁷) Così, autorevolmente, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Roma, 1928, p. 653.

caratterizzazione interna dell'atto furtivo in una univoca direzione appropriativa, sul presupposto di un comportamento esteriore del ladro in stretta relazione alla sfera del soggetto derubato, in quanto gli unici dati altamente probabili sarebbero stati l'esteriorità di una condotta, l'irrilevanza della 'Gesinnung' dell'agente, l'attuazione della pena legata al volere del derubato, l'esclusione di una lesione ai valori espressi dalla comunità statale; così deve essere inteso il tentativo chiarificatore condotto da Rudolf von Jhering nel *Geist*, allorché si discute della 'materialistische Auffassung des Diebstahls im ältern Recht'⁴⁸. Le pene previste per il *furtum manifestum* e per quello *nec manifestum*, pur diverse, formavano sistema in quanto 'in beiden Fällen ist die Vollziehung der Strafe lediglich dem Bestohlenen gestellt, der äußerlich durch den Diebstahl betroffen ist', e ciò indurrebbe a escludere che in origine anche un ente superindividuale come lo stato potesse essere colpito dal delitto: l'aggressione a interessi statuali non sarebbe consentanea, per Jhering, proprio con la 'materialistische Auffassungsweise' del *furtum* che era originariamente inteso come una 'äußere diebische Ergreifung der Sache (*contrectatio*)', che era per la consumazione del delitto 'unerläßlich'. Ogni comportamento diverso da una 'Ergreifung' non poteva rilevare, e sarebbe stato incluso soltanto da una successiva 'idealere Auffassung' della *contrectatio*, per cui era possibile discutere anche della configurabilità di furti di fondi.

Ma la tradizionale ricostruzione del furto in epoca decemvirale fondata sulla sottrazione, in ulteriore analisi, non soltanto non sembra essere certa, ma presta il fianco a numerose critiche. Si è già accennato al *furtum conceptum*, per il quale la valutazione dei decemviri era stata probabilmente quella di sanzionare non solo l'appropriazione di una *res* mobile ma anche quella di punire, eventualmente, il ricettore di cose derivanti da delitto, che *qua talis* non era normalmente ladro delle stesse. L'osservazione dovrebbe servire a

□
⁴⁸) R. V. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*⁴, Leipzig, II, 1880, p. 424 ss.

ridimensionare l'argomentazione fatta valere solitamente *ex adverso*: come aveva rilevato con scrupolo Erich Damerow in uno scritto del 1912, 'Die Deutung des *furtum aus ferre* hat etwas Bestechendes für sich'⁴⁹ anche per i fautori della primigenia 'Ortsveränderung' in quanto il richiamo al *furtum conceptum* sarebbe spendibile per dimostrare proprio l'originaria ed esclusiva rilevanza di un atto furtivo realizzato tramite un *ferre*; e difatti, non si potrebbe negare che la cosa *concepta* in un luogo diverso da quello del furto non sia costitutivamente asportabile, e quindi movimentabile, e non debba quindi per forza presupporre una *amotio rei* .

La seconda considerazione, più sicura, fa leva su una accertata insufficienza della riferita derivazione etimologica da *ferre*, che non fu l'unica a essere proposta dai giuristi romani: ciò prova che la 'Zurückführung auf *ferre* war...nicht befriedigend'⁵⁰, non risultava certamente appagante, soprattutto perché espungeva condotte di appropriazione indebita già sanzionate in epoca risalente, seppure con azioni penali speciali come l'*actio rationibus distrahendis* e l'*actio in duplum ex causa depositi* con la pena del *duplum* come ogni *furtum nec manifestum* nel sistema decemvirale, fatto che dovrebbe indurre a maggiore cautela nell'escludere che la percezione giuridica oltreché sociale dei furti-sottrazione e dei 'rifiuti di restituzione' o anche 'appropriazioni senza sottrazione' (si pensi al caso del tutore infedele) non fosse riconducibile in realtà a un minimo comune denominatore. Si è già trattato del punto specifico in una nota, in cui risulta di conseguenza approvabile lo sforzo 'anti-nominalistico' di uno studioso come Moritz Voigt, che come noto, non solo nelle '*XII Tafeln*', ma anche e forse ancora più incisivamente nella '*Römische Rechtsgeschichte*', ha rifiutato che le *legis actiones furti manifesti e nec manifesti* potessero considerarsi esaustive del panorama repressivo del furto, posto che anche altre azioni speciali (*in primis*

□

⁴⁹) E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 21.

⁵⁰) E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., ibidem.

quelle richiamate) verrebbero in considerazione come generali ‘Diebstahlsklagen’.

Ne risulterebbe allora, ritornando all’approccio del Damerow, un ‘merkwürdiges Resultat’, non essendo implausibile ritenere che ‘der Begriff des *furtum* schon in den früheren Zeiten Roms *ein ziemlich weiter gewesen ist* (il corsivo è mio)⁵¹, e così, ritornando a considerare le tradizionali linee evolutive della prevalente giusromanistica – postulanti un passaggio dallo specifico al generale e poi nuovamente allo specifico – non sarebbe azzardato supporre che si sia in realtà caduti ‘in dem Wahn der Evolution’, nel senso precisato, così che si sarebbe voluto ‘auf jede Weise aus den damals gebräuchlichen Verben eine allmähliche Entfaltung des *furtum* herauslesen’⁵².

Dalle notizie in nostro possesso sulle azioni e sui rimedi attivabili in caso di furto emerge poi un quadro tutt’altro che nitido, ma a mio avviso due sono gli elementi utili in grado di deporre per una nozione non aprioristicamente e restrittivamente determinata. *In primis*, mette conto di osservare che se in origine il processo introdotto dall’*actio furti* era, secondo la visione più accreditata, la *legis actio sacramenti in personam* (che nel caso specifico da astratta diveniva causale), si è anche ipotizzato da più parti una ‘Geschichte des Übergangs von einer allgemeinen Sakramentsklage aus Delikten zur speziellen *legis actio furti*’ (Hackl)⁵³.

Il momento di passaggio da un generale *agere sacramento* nel campo dei delitti avrebbe lasciato il passo a specifiche declinazioni processuali della *legis actio*, nelle quali veniva contemplata una *expressio causae* (per. es., ‘dico (*ait*) che tu hai commesso furto di una *patera aurea*’), dalla quale, nel precedente regime della ‘allgemeine Sakramentsklage aus Delikten’, era forse possibile prescindere.

□

⁵¹) E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 23.

⁵²) E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., ibidem.

⁵³) K. HACKL, *Gaius 4.37 und die Formeln der actio furti*, in «Festschrift für Wolfgang Waldstein», Stuttgart, 1993, p. 127 nt. 6.

Questo momento di transizione, non implausibile, risulta nelle parole dello stesso Karl Hackl, che riprende un' incisiva espressione del Wieacker, 'schlecht bezeugt'⁵⁴, non in quanto improbabile in un senso assoluto, ma solo nella misura in cui non risulta per noi accertabile con sicurezza quando e con quali modalità la causale *legis actio furti nec manifesti* 'durch ein eigenes Volksgesetz oder Plebiszit eingeführt wurde'⁵⁵. In effetti Franz Wieacker, nella sua poderosa '*Römische Rechtsgeschichte*', ha da un canto posto in evidenza l'astrattezza 'generalizzante' della *legis actio sacramenti in personam*, dall'altro ha parlato delle eccezioni riscontrabili 'bei den dezemviralen *legis actiones per iudicis arbitrive postulationis* und bei den allmählich eine allgemeine *a^o sacramento* aus Delikten ablösenden *legis actiones furti (manifesti und non manifesti), de modo agri, fiduciae, depensi, depositi, tutelae*'⁵⁶; anche qui risulta evidente l'approdo, soltanto gradualmente realizzato ('allmählich') a più recenti 'Spruchformeln', la cui storia evolutiva è 'schlecht bezeugt', solo nella misura in cui esse 'nicht ausnahmsweise...auf ein bestimmtes Gesetz zurückgeführt werden können'⁵⁷. Peraltro, una volta utilizzabile la *illa actio* di cui ci dà notizia Cicerone nel *de natura deorum* 3.30.74 ('*ope consilioque tuo furtum aio factum esse*'), con esplicitazione della causa concreta per cui si agiva, è possibile credere che la *legis actio sacramenti in personam* applicata al caso del furto non manifesto (chiaramente l'*aio* è indicativo di un processo per *legis actiones*, e si riferiva all'affermazione del derubato normalmente contestata dal presunto ladro con la risposta *nego*), si potrebbe anche pensare ad una più rigida delimitazione della pretesa vantata con il mezzo processuale. Tuttavia, sarebbe lecito riconoscere una più marcata delimitazione ai fatti indicati nella *legis actio* solo qualora si ritenga che questi non fossero seguiti dal riferimento a un '*damnum decidere oportere*', espressione che invece avrebbe consentito di valutare ogni *damnum*

□

⁵⁴) HACKL, *op.ult.cit.*, *ibidem*.

⁵⁵) K. HACKL, *Gai 4,37 und die Formeln der actio furti*, cit., p. 135.

⁵⁶) F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München, 1988, pp. 436-437.

che in relazione al furto si fosse prodotto: pensiamo per esempio al danneggiamento di una cosa poi non asportata dal ladro, oppure alla semplice distruzione di beni o alla procurata indisponibilità degli stessi. E' vero che una autorevole dottrina (Kaser) ha affermato che nel processo civile arcaico realtivo al *furtum* si sarebbe indicata 'einfach die vom Beklagten begangene Tat; beispielweise, 'te mihi furtum paterae aurae fecisse aio'⁵⁸, con conseguente estraneità del *pro fure damnum decidere oportere*, espressione che 'gehörte..., obwohl es dem fur nec manifestus schon alters oblag...nicht in die Formel der legis actio', perché solo le azioni formulari *in ius conceptae* avrebbero contenuto 'den Passus neben der Tatbeschreibung in der *intentio*'⁵⁹; ma è pure vero, come ha osservato Otto Karlowa, che 'es scheint dem Wesen der legis actio nicht angemessen, dass nur der Entstehungsgrund der Verpflichtung, das Delict, nicht aber das sich daraus ergebende damnum decidere oportere angegeben sein sollte'⁶⁰. Di identico parere si era detto, d'altronde, uno dei più autorevoli studiosi del processo romano arcaico, il Bethmann-Hollweg⁶¹. Diventa così verosimile la supposizione che in epoca decemvirale la disciplina del *furtum* fosse preordinata a tutelare l'integrità patrimoniale in senso ampio, valutando ai fini della *damni decisio*, pratico corollario del *damnum decidere oportere*, il disvalore prodotto non solo dallo spossessamento di una cosa, ma anche dal suo danneggiamento o dalla sua distruzione: la *legis actio sacramenti* era un rimedio di carattere generale⁶², così come *damnum* risultava essere, già a livello segnico, innegabilmente

□

⁵⁷) F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., p. 437 nt. 39.

⁵⁸) M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, pp. 87-88.

⁵⁹) M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 88 nt. 10.

⁶⁰) O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, cit., p. 115.

⁶¹) M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß I. Legis actiones*, I, Bonn, 1864, p. 172.

⁶²) Così, a ragione, ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma*, in «Synteleia Arangio-Ruiz», 1964, p. 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)'.

polisenso (danno o pregiudizio economico comunque risentito dalla vittima del delitto).

Dei quattro *delicta* riconosciuti nel diritto classico, soltanto due erano quasi sicuramente predecemvirali, il *furtum* e l'*iniuria*⁶³, allora riguardante solo pregiudizi in senso materiale a persone, posto che quelli prodotti su cose inanimate erano coperti dalla primeva nozione di furto: agendo con la formula sacramentale di carattere generale, non aveva in origine importanza decisiva specificare a quale delle due fattispecie di danno fosse da ricondurre il *iudicium*, perché in entrambi i casi poteva sembrare sufficiente l'allegazione di un *damnum*, portato da un soggetto a detrimento di un altro; i continui processi di delimitazione di figure di delitto e l'enucleazione di relative azioni specifiche sono proprie di una mentalità diversa, sensibile alla necessità di esporre la *causa delicti* nell'ambito di una *legis actio* appositamente adattata. Ne è testimonianza il già citato Cic. *Nat. deor.* 3.30.74 che riporta *verbatim* il contenuto di una specifica e ben delimitata forma di manifestazione del *furtum*, quello del complice realizzato *ope consilioque*, per cui sappiamo che si agiva indicando quella precisa circostanza: appare veramente poco probabile ritenere che un simile *modus procedendi* debba risalire agli autentici inizi del diritto processuale romano.

Questo *thema demonstrandum* necessita di chiarimenti ulteriori, che potranno essere sbizzati con un approccio per così dire 'atomistico' nei paragrafi che seguiranno.

Il punto cennato è di una certa importanza e merita una disamina approfondita, in quanto tocca il problema 'topico' del danneggiamento materiale; non è tuttavia mia intenzione, già nella parte isagogica, anticipare temi e questioni che saranno oggetto di specifica trattazione nel prosieguo. Per il momento basti sottolineare come l'originaria astrattezza, prima, e in seguito la latitudine applicativa del *pro fure damnum decidere oportere* possano

□

⁶³) Così esattamente G. L. FALCHI, *Sulla posizione del 'servus obligatus'*, cit., p. 497.

credibilmente sembrare funzionali alla repressione di un novero non ristretto – e comunque non predeterminato – di fatti di aggressione al patrimonio.

Soltanto con riferimento a questo secondo segmento, comunque anch'esso risalente, si può affermare che 'die Klage aus Delikt behauptet einfach die vom Beklagten begangene Tat; beispielweise, *te mihi furtum paterae aureae fecisse aio*'⁶⁴, ovviamente, per le ragioni indicate sopra, da integrare con il *damnum decidere oportere*. L'originaria ampia tutela patrimoniale garantita attraverso la repressione del *furtum*, che non sembra comunque misconosciuta, nonostante l'approccio di cui si è detto e quanto meno con riferimento a certi danneggiamenti, da Max Kaser⁶⁵, può anche desumersi pensando che il termine *damnum*, rinvenibile in *Tab. VIII.3*, che autorizza la seguente integrazione di *Tab. VIII.16* (*si adorat*⁶⁶ *furto, quod nec manifestum erit*⁶⁷,

□

⁶⁴) M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., ibidem.

⁶⁵) In effetti lo studioso tedesco ha affermato che 'die Entwicklung läßt sich so denken, daß die Diebstahlsbuße in früherer Zeit auch den Vermögensschaden decken mußte' (KASER, *Das römische Privatrecht*, II², 1971, p. 433 nt. 5).

⁶⁶) *Adorare* ricorre anche in *Serv. 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*», al cui proposito cfr. P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 72 nt. 2, e in *Apul. M.* 2.29.

⁶⁷) Cfr. F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius*, cit., p. 440, E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, cit., p. 134, D. DAUBE, *On the use of the term damnum*, in «Studi in onore di Siro Solazzi», Napoli, 1948, p. 96 nt. 25, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 159 nt. 36, H. F. JOLOWICZ, B. NICHOLAS, *Historical introduction*, cit., p. 167 nt. 7, O. BEHRENDT, *Der Zwölfstafelprozess*, cit., pp. 79 nt. 271 e 136 nt. 112, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, cit., p. 519 nt. 14, J. ARIAS RAMOS, J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II. Obligaciones familia sucesiones*, cit., p. 1007, F. DE MARINI AVONZO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 115 nt. 28, M. ZABŁOCKA, *Le XII Tavole*, cit., p. 14 nt. 16. Secondo il Diliberto questa norma sarebbe del massimo interesse per il suo chiaro riferimento 'ad ambiti processuali privati', permettendoci di comprendere che 'il termine *adorare* era impiegato nel significato recenziore di *agere*' (O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, p. 356 nt. 1073). Nello stesso senso J. E. KUNTZE, *Exkurse*, cit., p. 147 ('*adorare* ist alter Ausdruck für *agere*, Klage anstellen'), B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², cit., p. 64 nt. 55: « '*adorare*' nella disposizione decemvirale significa 'agere' cfr. *Fest. 17,26 L. Adorare apud antiquos significabat agere*». L'ascendenza semantica individuata da Festo/Verrio Flacco viene affermata anche con riferimento alla forma prima del rafforzativo *ad-*: '*orare antiquos dixisse pro agere*' [*Fest. 218 L.*, sul punto cfr. l'interessante e suggestiva ricerca di A. RUELLE, *Sacrifice, énonciation et actes de langage en droit romain archaïque ('agone?')*, *lege agere, cum populo agere*], in «RIDA.», 49, 2002, p. 204 nt. 6]. Il Lemosse ha invece

□ isolatamente sostenuto che l'*adorare* in questione non indicasse nient'altro che una confessione del colpevole (M. LEMOSSE, *Les actions pénales de vol dans l'ancien droit civil romain*, in «Mélanges Henry Lévy Bruhl», Paris, 1959, p. 184 ss. e sulla confessione in generale N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano I. Diritto classico*, Torino, 1973), mentre Reuven Yaron, rilevando come l'attuale e consueta ricostruzione di *Tab. VIII.16* 'owes its survival merely to a grammarian's interest in the particle *nec*' (R. YARON, *Si adorat furto*, in «TR.», 34, 1966, p. 517), giunge alla conclusione che l'*adorare* avesse la funzione di significare il 'calunnioso accusare' o il consapevole portare un'accusa sfornita del sufficiente apparato probatorio: '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' (R. YARON, *Si adorat furto*, cit., p. 512); lo studioso, inoltre, sulla base di spunti già presenti in P. Krüger e D. Daube, ha ipotizzato che la *actio furti non exhibiti*, citata soltanto in I 4.1.4, fosse in realtà rara se ammessa nel contesto comunemente attribuitole (ladro o ricettatore che *non exhibuit* la refurtiva cercata e trovata in seguito a perquisizione) perché nella stragrande maggioranza dei casi l'escusso avrebbe potuto fare salvi gli effetti della condotta delittuosa prevenendo la *perquisitio*, facendo pensare che anche in questo caso il riferimento dell'azione fosse dato dal non provato 'exhibere' inteso come 'to put forward, produce, display' (op.cit., p. 521). A. WATSON, 'Si adorat furto', in «Labeo», 1975, p. 196, ha da un altro punto di vista pensato che il verbo *adorare* «probably means here something like 'to charge, accuse', which is the sense normally attributed to it in this context». Nel tardo Impero *adorare* acquisterà il significato di 'prostrarsi davanti all'Imperatore' (J. ROUGÉ, *Les institutions romaines de la Rome royale à la Rome chrétienne*², Paris, 1991, p. 219). Su *Tab. VIII.3 v.* ora A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e iniuria nelle Dodici Tavole*, in «Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti», Pavia, 2005, p. 436 nt. 60. Un'ulteriore interpretazione di *adorare*, nel suo primitivo significato recepito nella disposizione di cui a *Tab. VIII.16* è stata infine formulata dal Magdelain, secondo cui 'par *adorare*, il faut entendre, au sens premier du mot, une supplique dont l'initiative revient à celui qu'elle tire d'affaire'; di conseguenza, con riferimento al surriferito precetto, 'la première sentence avait été rendue à la demande du volé, pour établir le vol. Le seconde répond à l'attente du voleur pour estimer la composition' (A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, cit., pp. 230-231). La formula dell'*actio furti nec manifesti* è stata determinata e ricostruita anche sulla scorta dei dati che ci vengono da Gai. 4.37 [*Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum estendi; velut si furti cum peregrino agatur, formula ita concipitur: Iudex esto. Si paret Lucio Titio a Dione Hermaei filio opeve consilio Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret et reliqua; item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat cum eo agatur, ficta civitate Romana iudicium datur*], sul cui testo, oltre all'articolo di Hackl, cfr. H. E. DIRKSEN, *Die Auszüge*, cit., p. 45 nt. 87a, A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., pp. 106 nt. 1 e 129 nt. 4, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., pp. 745 nt. 1 e 749 nt. 8, TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*³, Leipzig, 1909, p. 14 nt. 5, H. F. HITZIG, sv. *Furtum*, cit., p. 389, E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante*, cit., p. 133 nt. 1, F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 197, A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, cit., pp. 398-399, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 578 nt. 6, G. BROGGINI, *Fictio civitatis*

□
strumento dell'arbitrio giurisdizionale di Verre?, in «Synteleia Arangio-Ruiz», II, Napoli, 1964, p. 938 (ora ried. in ID., *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, pp. 335-337 e 342 nt. 20), O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess*, cit., p. 66 nt. 197, W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau*, I, Wien-Köln-Graz, 1974, pp. 11, 18 e 25, E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 335, H. L. W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, cit., p. 37, che inferisce dalla trascrizione manoscritta dei nomi greci facenti riferimento a un Dione *Hermaei filius* una scarsa conoscenza del greco da parte del copista, A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, cit., p. 239, U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, cit., p. 138 nt. 81, W. SELB, *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' am Beispiel Julians*, in «Studi in onore di A. Biscardi», III, cit., pp. 327 e 348, U. V. LÜBTOW, *Die Aufgaben des römischen Prätors auf dem Gebiet der Zivilrechtspflege*, in «Studi in onore di A. Biscardi», IV, p. 359, D. NÖRR, *Causa mortis*, cit., p. 148 nt. 7, G. NOORDRAVEN, *De fiducia in het Romeinse recht*, Arnhem, 1988, p. 415 nt. 180, A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, cit., pp. 228 e 238 nt. 71, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., pp. 18 nt. 37, 99 nt. 337, 101 nt. 142, C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, p. 187-188, B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, cit., pp. 196 nt. 32 e 198, G. MELILLO, V. GIUFFRÈ, A. PALMA (cur.), *Il processo civile romano. Fonti raccolte da C. Pennacchio, I de Falco, M. Penta. Testi latini con traduzione e note*, Napoli, 1998, pp. 70-71, H. L. W. NELSON, U. MANTHE, *Gai institutiones*, cit., p. 269, L. GUTIÉRREZ-MASSON, *'Fictio iuris'-'civitas augetens'*, in «Estudios de derecho romano en memoria de Benito Reimundo Yanes», I, cit., p. 425 ss., F. MERCOGLIANO, *Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, Napoli, 2001, p. 37 ss., L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, p. 445 ss., che dichiara il testo estraneo al contesto delle *legis actiones* ed anzi il discorso avrebbe riguardato la *'actio furti ficticia* formulare, della quale faceva...seguire il testo della formula, e dell'*actio legis Aquiliae*, anch'essa formulare' (L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri*, cit., p. 447), C. MASI DORIA, *Reus magis ex aequo bonoque quam ex iure gentium: il processo di Bomilcare*, in «Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag», Köln-Weimar-Wien, 2002, p. 461 nt. 104, che giustifica la *fictio* per la delicatezza delle azioni coinvolte, quelle di responsabilità penale-privata tra cui l'*actio furti*, nel cui ambito «l'inapplicabilità allo straniero del diritto civile romano, del *ius proprium civitatis*, avrebbe potuto condurre a maggiori 'ingiustizie'», R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 14 nt. 52, S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano, 2003, pp. 114, 115 nt. 51, 116 nt. 52 e G. FALCONE, *Appunti sul IV Commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, pp. 94 nt. 207, dove si ritiene 'non probante' il testo gaiano ove si voglia intendere l'estensione per finzione della cittadinanza al *peregrinus* come portato di un'autonoma valutazione pretoria; al contrario ha ritenuto il Falcone che il costrutto di Gaio sia espressione 'di un regime oggettivo stabilmente assunto dall'ordinamento', ID., *Iuris praecepta, vera philosophia, iuris prudentia. Metodi di ricerca*, in «SDHI.», 73, 2007, p. 380 con ulteriore evidenziazione del *iustum*, prodotto dell'*aequitas*, impiegato da Gaio per sostenere la *fictio*, F. CUENA BOY, *Una storia dell'interpretazione*, in «Index», 33, 2005, p. 65 nt. 104 e P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 11 nt. 19, 75 nt. 282 e 172 nt. 195], in cui apprendiamo che sarebbe stato possibile agire ed essere convenuti nonostante lo *status* di *peregrinus*, fingendo la cittadinanza romana. Non tenendo conto della particolarità della *fictio civitatis*, relativa a un caso ciroscritto, P. Grzimek ha letto nel suo complesso in

□ questo modo il passo di Gaio: *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.* (P. GRZIMEK, *Studien zur taxatio*, München, 2001, p. 175). Evidentemente non si è tenuto conto dell'inciso 'eum, si civis Romanus esset' e si è indicato 'oportet' in luogo di 'oporteret', elemento che però permane nella ricostruzione di HACKL, *Gai. 4.37*, cit., p. 134 e 139, mentre in favore dell'*oportet* si è comunque pronunciato R. STOLMAR, *Die formula der actio furti nec manifesti des Alleintäters*, Sindelfingen, 1989, p. 11. Si discute se con riferimento all'*actio furti nec manifesti* in D. 4.4.9.2 (sul quale, per tutti, v. H. F. HITZIG, *sv. Furtum*, cit., p. 392) ci fosse la dizione *pro fure* oppure *pro furto*; per M. Voigt la lezione *pro fure* sarebbe calzante soprattutto e forse solo limitatamente ai casi di responsabilità nossale, per il furto commesso da un soggetto a potestà: al contrario, 'in Betreff des Diebes selbst...ist die Lesung des *flor. pro fure ganz unangemessen*' (M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, cit., p. 551-552 nt. 8), dovendosi preferire la lezione *pro furto* recata da *Hal.* (quindi da una correzione proposta da Gustav Haloander) e non quella *pro fure* della *littera Florentina*, proprio perché soggetto paciscente è il *fur* stesso. Ha ritenuto superfluo suddistinguere tra *pro fure* e *pro furto* C. F. V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, rist. Aalen, 1974, p. 569 ss., per il quale la lezione corretta è unicamente quella *pro fure* del manoscritto laurenziano. La ricostruzione avanzata da Grzimek è quella generalmente accettata (si veda per es. D. MANTOVANI, *Le Formule nel processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 62-63) essendo già stata proposta con solide motivazioni da O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, p. 328. Maggiori problemi interpretativi sono comunque da riconnettere al significato da affidare all'attacco proposizionale '*Si paret*' e al senso complessivo della frase '*pro fure damnum decidere oportere*'. Quanto al primo problema, per aggredirlo *cognita causa* occorre tenere presente che l'attore che avesse voluto introdurre un *iudicium furti* (in qualsiasi caso, e quindi 'ohne Unterscheidung nach *manifestum* und *nec manifestum*': HACKL, *op.cit.*, p. 137 nt. 64), avrebbe dovuto giurare (la possibilità di prestare giuramento in ambito di *furtum* ricorre molto spesso, come dimostra la discussa valenza dell'esempio virgiliano relativo al furto dei buoi di Ercole operato da Caco, che si avrà modo di esaminare in questo capitolo) circa il valore della cosa sottratta, secondo quanto si può ricavare da D. 12.3.9 Iav. 15 *ex Cassio: cum furti agitur, iurare ita oportet 'tanti rem fuisse cum furtum factum sit, non adici eo plurisve, quia quod res pluris est, utique tanti est* (sul cui testo cfr. C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, Torino, 1886, rist. anast. Roma, 1967, p. 244 nt. 120, K. E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*, in «ZSS.», 8, 1887, p. 208 ss., O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1324, H. F. HITZIG, *Beiträge*, cit., p. 326 nt. 2, ID., *sv. Furtum*, cit., p. 395, H. LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterliche Rechtstheorie*, Münster-Köln, 1955, p. 83 nt. 5, G. BROGGINI, *Sulle origini del ius iurandum in litem*, in «Jus», 12, 1961, in seguito pubblicato negli «Studi in onore di Emilio Betti», II, cit., p. 150, poi ried. in ID., *Coniectanea. Studi di diritto romano*, cit., p. 220, da cui i riferimenti che seguono, A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, Köln-Graz, 1963, p. 58 nt. 14, A. WATSON, *Iusiurandum in litem in the bona fidei iudicia*, in «TR.», 34, 1966, p. 175 nt. 14, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 159 nt. 40, G. SACCONI, *La pluris petitio nel processo formulare*, Milano, 1977, p. 113 ss., B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, Berlin, 1978, p. 177 nt. 65, U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Javolenus Priscus*, Berlin, 1982, pp. 237 nt. 30, dove si propone di intendere che l'espressione *tot plurisve* 'sei unnötig' perché Giavoleno non ha mancato di osservare che

□

«das, was die Sache mehr wert war, ohnehin unter ‘soviel’ falle», ma anche pp. 239, 241 e 305, M. J. SCHERMAIER, *Materia*, cit., p. 282 nt. 41, K. HACKL, *Gaius 4,37*, cit., p. 137 nt. 64 S. TAFARO, *Debito e responsabilità. Profili romanistici*, Bari, 2000, p. 37). Ora, non è chiaro se questa *taxatio* – così denominabile perché il giuramento in discorso ha lo scopo obiettivo di porre un limite dosimetrico al *quantum condemnationis* – fosse da considerare come parte di un vero e proprio *ius iurandum in litem* (per la nozione di *ius iurandum* cfr. G. PROVERA, *Contributo allo studio del ius iurandum in litem*, Torino, 1953, ID., *Lezioni sul processo civile giustiniano*, Torino, 1989, p. 89 ss. e L. CHIAZZESE, *Ius iurandum in litem*, Milano, 1958; per i suoi rapporti col *sacramentum* si veda, da ultimo, A. CALORE, *‘Per Iovem lapidem’, alle origini del giuramento. Sulla presenza del ‘sacro’ nell’esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, p. 130 ss., e soprattutto p. 146-147) ma lo Grzimek si è sentito di escluderlo: ‘Zweifel an diesem Gedanken ergeben sich aber schon daraus, daß Javolen gerade den Gebrauch dieses Zusatzes bei dem von ihm genannten Eid ablehnt. Auch ob es sich bei dem Eid, von dem gesprochen wird, um ein *ius iurandum in litem* handelt, muß keineswegs als sicher gelten’ (GRZIMEK, *op.cit.*, p. 168). Probabilmente, la prima conseguenza di un giuramento sbilanciato ‘per eccesso’ sarebbe stata la perdita della lite per *pluris petitio* (HACKL, *op.cit.*, *ibidem*: ‘wurde so hoch geschworen, führte das zum Prozeßverlust wegen *pluris petitio*’; per approfondimenti sulla *pluris petitio*, è d’obbligo il rinvio a G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano I. Il processo formulare*, Torino, 1958). Discorrendo in generale di furto, anche Moritz Voigt aveva preso posizione sulla *taxatio* di D. 12.3.9, considerandola come del tutto particolare a motivo di due caratteristiche che le sarebbero connaturate: essa sarebbe in primo luogo contenuta tra *intentio* e *condemnatio* e secondariamente porrebbe un limite non per il massimo, bensì per il minimo: ‘Diese *taxatio* ist eigenartig: theils steht sie nicht in der *condemnatio*, sondern, wie auch in *lex Rubria* c. 20, zwischen dieser und der *intentio*, theils setzt sie eine Schranke nicht für das Maximum, sondern für das Minimum’ (VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 974 nt. 87). Pochi anni dopo, Hitzig rilevava come sull’argomento, in realtà, ‘wir sind auf Vermuthungen angewiesen’ (HITZIG, *Beiträge*, cit., p. 326), essendo forse da preferire la tesi che D. 12.3.9 avrebbe solo previsto l’indicazione di un valore indicativo, in chiave meramente propositiva (‘einfach die Summe des Decisionsvorschlag’), potendo poi il giudicante nella fase *apud iudicem* ‘noch höher zu gehen, wenn der Bestohlene im Schätzungseid (vor dem *iudex*) angibt, der den im Decisionsvorschlag (vor dem Prätor) genannten nicht in beträchtlichem Umfang überschreit’ (HITZIG, *op.ult.cit.*, p. 326-327). Riservandomi di ritornare sul punto, anche perché D. 12.3.9 sembrerebbe non conciliarsi con il noto D. 47.2.50 pr. (v. *infra*), si può fin da ora aggiungere un ulteriore elemento fonte di perplessità e incertezze, quello che ci offre Ulpiano in D. 47.2.19 pr.: *In actione furti sufficit rem demonstrari, ut possit intellegi* [cfr. G. BROGGINI, *Sulle origini del ius iurandum in litem*, in *Coniectanea*, cit., p. 221, U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Javolenus Priscus*, cit., p. 240, che convintamente ha ritenuto che il *demonstrari* del testo sia ‘technisch zu verstehen’, da intendere in senso tecnico come indicativo della presenza di una vera e propria *demonstratio*, ‘als Hinweis auf eine *demonstratio*’, A. CARCATERRA, *Semiotica e linguistica dei giuristi romani (Esame di testi)*, in «Studi Sanfilippo», VI, Milano, 1985, p. 153, M. MARRONE, *Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in «Mélanges Fritz Sturm», I, Liège, 1999, p. 375 nt. 30 e SCHERMAIER, *op.cit.*, p. 281]. Con grande acume critico, P. Grzimek ha subito notato come il *demonstrari* in questione sembrerebbe rimandare a una tecnica *demonstratio*, così che si dovrebbe concludere – una volta accettata la premessa – che l’insieme proposizionale che fa seguito al ‘*Si paret*’,

□ nonostante le apparenze (perché il ‘*si paret*’ è usualmente introduttivo di una *intentio*, come troviamo affermato a chiare lettere in Gai 4.41) non conterrebbe altro che una *demonstratio* in senso proprio, e cioè una narrazione dei fatti presupposti in base alla quale il *iudex* sarà chiamato a decidere la lite. Una simile inferenza, accettata non solo, come si è visto, da Ulrich Manthe, ma in precedenza pure da M. WLASSAK, *Exkurs über die actio furti nec manifesti*, in «Rechtshistorische Abhandlungen» (hrsg. von E. SCHÖNBAUER), Wien, 1965, p. 198-200 (va detto pure, con l’autorità del LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, cit., p. 329) è stata però contestata proprio dallo Grzimek: ‘Da die Einleitung eines Formelteils durch die Worte *si paret* regelmäßig Zeichen für die *intentio* ist, könnte man auch hier an das Vorliegen einer *intentio* denken’ (GRZIMEK, *op.cit.*, p. 175). Ha osservato lo studioso che a una *demonstratio* non dovrebbe mancare la sequela della costruzione ‘*quidquid ob eam rem*’ etc.: nel caso di specie, avremmo infatti un costruito ‘*quam ob rem*’ e non ‘*quidquid ob eam rem*’ (ricordiamo che si è anche discusso sulla presenza di un ‘*tum*’ prima di ‘*quidquid ob eam rem*’, come supposta caratteristica delle *actiones ficticiae*; ma per D. NÖRR, *PSI VII 743r fr. e: Fragment einer römischen Prozeßformel? Bemerkungen zum vorhadrianischen Edikt und zu den Hermeneumata Pseudodositheana*, p. 193 nt. 68, in «ZSS.», 117, 2000 proprio la lettura del *l.c.* permetterebbe di escluderlo, dato che ‘so fehlt *tum* bei der *actio ficticia* hinsichtlich eines *furtum*, Gai inst. 4.37’) proprio perché ‘wir hier die übliche Konstruktion einer *intentio* vor uns haben’ (GRZIMEK, *Studien*, cit., p. 176). Tuttavia al di là dei problemi di tassonomia giuridica, Grzimek non è arrivato fino al punto di escludere che ‘dem ersten Satz (n.d.a. cioè alla frase *si paret* etc.) die technische Funktion der *demonstratio* zugestehen müssen, denn nur in diesem war Raum für die klägerische Bezeichnung des Klagegegenstandes’ (*op.cit.*, *ibidem*). Al di là di questi rilievi, è certo che la descrizione dell’oggetto rubato richiesta da D. 47.2.19 pr. poteva variamente atteggiarsi a seconda dei casi: se per gli oggetti infungibili era sufficiente indicare ‘vaso’, ‘piatto’ *et similia*, senza contestuale indicazione del peso, per quantità sfuse di materiale pregiato nonché per le monete occorreva indicare la *massa* e il *pondus*; per le somme di denaro, in particolare, si ricorreva alla formula indicativa del loro numero ‘*aureos tot pluresve*’. In caso di sottrazione di vesti, occorreva indicare il colore del vestito rubato, qualora se ne avesse ricordo, ma dove non possibile la lite si riteneva comunque ritualmente instaurata, forse per non gravare eccessivamente il derubato sul versante dell’*onus probandi*. Ecco la sequenza dei quattro frammenti. D. 47.2.19.1-4: *de pondere autem vasorum non est necesse loqui: sufficiet igitur ita dici ‘lancem’ vel ‘discum’ vel ‘pateram’: sed adscribenda etiam materia est, utrum argentea an aurea an alia quae sit. Quod si quis argentum infectum petat, et massam argenteam dicere et pondus debet ponere. Signati argenti numerum debet complecti, velut aureos tot pluresve furto ei abesse. De veste quaeritur, an color eius dicendus sit. Et verum est, colorem eius dici oportere, ut, quemadmodum in vasis dicitur patera aurea, ita et veste color dicatur. Plane si quis iuret, pro certo se colorem dicere non posse, remitti ei huius rei necessitas debet* (su quest’ultimo frammento, il n. 4, si leggano peraltro le interessanti considerazioni di C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto privato romano*, cit., pp. 260-261, dove secondo l’autore verrebbe in causa un ‘giuramento che mira soltanto a tenere in piedi l’azione ed è ben diverso dal così detto giuramento di quantità (*iuramentum quantitatis*)...pel quale quando era riconosciuta giusta la domanda del creditore contro del (*sic*) debitore e soltanto vi era dubbio sulla comprensione della medesima, il giudice, se mancavano altre prove, deferiva all’attore il giuramento in proposito’ e T. GIARO, *L’art de comparer les cas*, in «SDHI.», 60, 1994, p. 513). Grzimek ha messo in confronto i primi tre frammenti con il contenuto di D. 50.16.192, rilevando come là si trattasse di determinare il valore

<duplione damnum decidito⁶⁸>, arg. ex Tab. XII.3⁶⁹) abbia di fatto reso possibile l'attrazione dei fatti di danneggiamento già affini sul piano

□

della cosa rubata e non, come nel caso presente, e per esempio, il numero di monete sottratte. Certo è che l'attore poteva anche, per evitare di incorrere in *pluris petitio*, allegare il furto di una ‚Mindestsumme‘ dato che il *pluresve* ‚ließe die Möglichkeit zu einer höheren Urteilssumme offen‘ (GRZIMEK, *op.cit.*, p. 183). Per i vari criteri esposti nei frammenti citati, si leggano da ultimi anche A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., p. 130 nt. 1, A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, cit., p. 238 ss., U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Javolenus Priscus*, cit., p. 241 nt. 49, J. M. SCHERMAIER, *Materia*, cit., pp. 282 nt. 43 e 283 nt. 50 e M. MIGLIETTA, *Intorno al ‘certum dicere’ nell’«Edictum ‘generale’ de iniuriis»*, in «Labeo», 48, 2002, p. 216 nt. 27.

⁶⁸) Ha rifiutato l'integrazione H. F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom furtum*, cit., p. 325: «Dagegen ist in keiner Weise festgestellt, dass die Zwölf Tafeln Duplirung und *damni decisio* zu einem ‘duplione damnum decidito’ verbanden, trotzdem diese Worte seit Schöll regelmässig...auf Tafel VII (*sic*) eingesetzt werden». Una ‘Verbindung’ del genere per Hermann Hitzig non solo non troverebbe «keinen Halt in den Quellen», ma sarebbe addirittura contraddetta dalle parole di Ulpiano contenute in D. 4.4.9.2: *ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur*, leggendo il quale ci si dovrebbe convincere che «*damnum decidere* und *actionem dupli pati* zwei verschiedene Dinge sind» (*ibidem*). Si sarebbe ricorsi, secondo André Magdelain, all'espressione *duplione damnum decidere* e non a quella più sintetica di *poena*, perché essendo quest'ultima, e di norma, fissa, o base per calcolo meccanicamente moltiplicatore, non avrebbe permesso una globale valutazione del danno patrimoniale conseguente al delitto: ‘Quand la *poena* n'est pas fixe, une évaluation est nécessaire. Ainsi pour le vol manifeste il faut: *duplione damnum decidere* (XII T. 8,16, Gaius 4,37;45)’ (A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, cit., p. 228). Si può ulteriormente aggiungere che il ricorso al modello della *poena* nemmeno avrebbe potuto venire incontro ad esigenze transattive, nell'interesse stesso del derubato ad una più celere definizione del pendente.

⁶⁹) Festo, sv. *nec*, Lindsay, p. 158: ‘*Nec coniunctionem Grammatici fere dicunt esse disiunctivam, ut nec legit, nec scribit, cum si diligentius inspiciatur, ut fecit Sennius Capito, intellegi 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. Et apud Plautum in Plasmate: nec recte si illi dixeris. Et Turpilium in Demetrio: nec recte te dici mihi quae iam dudum audio*’. Si può anche consultare oggi M. VARVARO, *Manu(m) conserere e omnibus verbis vindicare*, in «Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti», cit., p. 269 nt.2 e p. 282 nt. 52. L'espressione *manum conserere* (letteralmente, ‘congiungere la mano’) sembra essere stata utilizzata, nell'ambito dell'*agere sacramento* del diritto processuale arcaico delle *legis actiones*, per la rivendica di immobili e in particolare di fondi e come tale è attestato in un testo di Aulo Gellio, Gell. *n. att.* 20.10.7-9 (‘*Manum conserere*’. *Nam de qua re disceptatur in iure in re presenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est ‘vindicia’*. *Correptio manus in re atque in loco presenti apud praetorem ex duodecim tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est: ‘Si qui in iure manum conserunt’*), dove, come osservato da M. MARRONE, *Rivendicazione (dir. rom.)*, in «ED.», Milano, 41, 1989, p. 3 nt. 13, l'inciso per cui si sarebbe agito con riferimento *sive ager sive quid aliud* potrebbe confortare la tesi di quanti (R. SANTORO, *Manum conserere*, in «AUPA.», 32, 1971, p.

semiologico-semantico (il successivo *damnum* della *lex Aquilia*), legittimanti la richiesta di una rifusione monetaria necessaria per ogni ‘dommage causé aux biens’⁷⁰.

Ecco perché, ancora nelle parole del De Visscher, ‘notamment (dans) la formule de l’*actio furti nec manifesti*...le mot *damnum* paraît bien...signifier un genre de composition’⁷¹.

□
513 ss.) hanno ritenuto che il *manum conserere* riguardasse ogni tipo di *vindicatio*, anche di mobili. Il passo di Gellio si inquadra in un contesto di deprecazione della violenza ‘*bellica et cruenta*’ che sarebbe stata sostituita da quella simbolica (*festucaria*) e civile svolgentesi nella sua naturale sede (i tribunali); in esso troviamo una allusione per l’appunto all’usanza di congiungere la mano, fuori dal tribunale, unicamente allo scopo di portare un pezzo significativo della *res* controversa davanti al magistrato, che non avrebbe potuto seguire tutti i contendenti nei più remoti *praedia*: così, nel caso di rivendicazione di un fondo agricolo, a essere portata nel tribunale cittadino era unicamente una *gleba* rappresentativa dell’intero fondo agricolo. In effetti Tab. XII.3, da cui si trasla la porzione di significante ‘*duplione...decidito*’, in quanto riferito a un bene mobile come la *vindicia*, sembrerebbe confortare uno stato di cose per cui la speciale procedura in commento riguardasse ogni genere di *res*, mobile e immobile. L’integrazione finale di Tab. VIII.16 è stata ricavata dal confronto con l’ultima parte di Tab. XII.3, ‘*Si vindiciam falsam tulit, si velit is...tor arbitros tris dato, eorum arbitrio...fructus duplione damnum decidito*’ (per la comprensione della quale P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 75 ss., M. KASER, *Restituire als Prozeßgegenstand. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellrechtlichen Beschaffenheit der in iudicium deduzierten Ansprüche im klassischen römischen Recht*, München, 1932, p. 16 nt. 4 con letteratura, R. SANTORO, *XII Tab. 12.3*, in «AUPA.», 30, 1967, p. 81 ss., M. MARRONE, *Rivendicazione (dir. rom.)*, cit., p. 5 nt. 21, R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, cit., p. 8 nt. 8, A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, cit., p. 231 e ss., il quale istituisce un complesso raffronto tra il *si velit is* di Tab. XII.3 e il *si adorat furto* di Tab. VIII.16, nel senso che sarebbe stato il convenuto soccombente a sollecitare il magistrato per la nomina di tre arbitri per la fissazione della composizione (‘*si velit is* dit le verset décemviral, comme un autre déjà cité dit aussi: *si adorat furto*...en vue de passer à l’*arbitrium* qui fait suite au jugement sur le vol non manifeste’, *op.cit.*, p. 234). B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 99 ss., secondo cui ‘l’avversario di colui che *vindiciam falsam tulit* sollevava *in iure* la questione dell’identità dell’oggetto controverso’, suscitando la nomina di tre arbitri sul cui giudizio si sarebbe poi basato il magistrato nel decidere la lite, A. BURDESE, *rec. a* CARDILLI, *La nozione giuridica di ‘fructus’*, Napoli, 2000, in «IURA.», 51, 2000, p. 148, il quale fornisce la seguente spiegazione di *vindicia falsa*: ‘La disposizione delle XII Tavole...verrebbe ad integrare le preesistenti regole consuetudinarie relative al diretto potere, riconosciuto al vincitore, di apprensione della cosa controversa in sé, costituente *falsa vindicia* per esserne stato assegnato il possesso interinale a chi fosse risultato soccombente nel giudizio’, R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 114 ss., con letteratura in nt. 142).

⁷⁰) F. DE VISSCHER, *Vindicta et noxa*, in «Studi Bonfante», III, p. 240.

⁷¹) DE VISSCHER, *op.ult.cit.*, *ibidem*.

Ancora in epoca relativamente recente, la presenza della fraseologia *pro fure damnum decidere*⁷² *oportere* nella formula della *legis actio* è stata posta in dubbio da Gerardo Brogginì⁷³, ma bisogna sottolineare come una simile posizione abbia subito registrato forti obiezioni, e sia parsa in particolare ‘discutibile’ al Pugliese, il quale – allineandosi alla tradizione del Karlowa e del Bethmann-Hollweg – ha contestato ‘l’idea che la *l.a. sacramento* abbia mirato dapprima al puro e semplice accertamento del fatto delittuoso, senza alcuna considerazione del vincolo giuridico che ne derivava’⁷⁴.

Ancora un punto deve essere sufficientemente evidenziato. Come avrò modo di evidenziare in appresso, prima dell’editto del pretore Lucullo del 76 a.C.⁷⁵ i fatti di rapina non costituivano un *delictum* a sé stante e ricadevano sotto lo spettro applicativo dell’*actio furti*. Ebbene, dall’esame di Cic. *pro Tullio* 7 (*‘Iudicium vestrum est, recuperatores, quantae pecuniae dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisve’*⁷⁶ *damnum datum esse M. Tullio. Eius rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; iudicium datum est in quadruplum’*)⁷⁷ è facile arguire che il *damnum* era ancora considerato,

□

⁷²) Sintagma conservatosi, come ha puntualmente annotato K. HACKL, *Gaius 4, 37 und die Formeln der actio furti*, cit., p. 135, in soli tre passi del Digesto: D. 4.4.9.2, D. 13.1.7 pr. e D. 47.2.46.5.

⁷³) ‘Das ursprüngliche Sakramentsverfahren dient ausschließlich der Feststellung des deliktischen Tatbestandes und der unmittelbaren *damnatio*; erst später wurde die *damni decisio* wesentlicher Bestandteil des Verfahrens’ (G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p. 63 nt. 35).

⁷⁴) G. PUGLIESE, *rec. a* BROGGINI, *Iudex arbiterve, cit.*, in «Iura», IX, 1958, p. 221. Ritiene invece il Magdelain che il ruolo del *sacramentum* fosse quello di acclarare il delitto; una volta fornita la prova, ‘la procédure doit être relancée, parce que à ce point la *manus iniectio* n’est pas encore autorisée contre le délinquant pour le vol non manifeste et les délits obéissant au même régime’ (A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in «RIDA.», 27, 1980, p. 274).

⁷⁵) Sul tema, ampiamente, vedi ora L. TER BEEK, *Dolus. Een semantisch-juridische studie*, I, cit., p. 387 ss.

⁷⁶) Il Niedermayer ha proposto *coactis <armatisve>* (H. NIEDERMAYER, *Ausgewählte Introduktionen zu Ulpian und zu Rechtslehre von der ‘vis’*, in «Studi Riccobono», I, p. 204).

⁷⁷) Cfr. G. BROGGINI, *Cicerone. Le orazioni*, I, Milano, 1964, p. 379, G. MACCORMACK, ‘*Dolus*’ in *Republican Law*, in «BIDR.», 88, 1985, p. 7 ss., TER BEEK, *Dolus*, cit., p. 389 nt. 6, D. NÖRR, *Zur condemnatio cum taxatione im römischen Zivilprozeß*, in «ZSS.», 112, 1995, p. 56 nt. 23 e p. 61 nt. 51 (= ID., *Historiae iuris antiqui*, Goldbach, III, 2003,

nonostante la presenza dell'*actio legis Aquiliae*, come espressione di fatti di sottrazione di cose altrui commessi con violenza (*bona vi rapta*)⁷⁸.

D'altro canto, la duplice considerazione di entrambe le evenienze dannose 'anti-patrimoniali' emerge con chiarezza dalla lettura del testo edittale, così come riprodotto in

D. 47.8.2 pr. (Ulp. 56 ad Ed.): *Praetor ait: Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur, sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo. Item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo*⁷⁹.

□

p. 2034 e 2039) il quale ha particolarmente posto l'accento sulla presenza di una *taxatio* nell'*actio vi bonorum raptorum*, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza nel diritto romano*, Napoli, 1993, p. 15 ss. Per avvicinarsi al testo ciceroniano sarebbe forse opportuno rifarsi al suo ultimo commento (2003) ad opera di Roberto Fiori, che sovverte la lettura che tradizionalmente ne è stata fatta. Per cominciare, lo studioso non si dichiara favorevole alla traduzione dell'attacco del testo in cui si riporta direttamente, per citazione esatta, il testo edittale, essendo più verosimile che sia stato operato un richiamo sulla struttura della formula usata nel processo tra Fabio e Tullio, non riportata *par coeur* (v. FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 61: «Se traduciamo: 'il *iudicium*, che vi è stato presentato, o giudici, è il seguente: *quantae pecuniae*...' immaginiamo ovviamente una trascrizione della formula. Ma possiamo anche tradurre: 'il *iudicium* che vi è stato presentato, o giudici, è relativo a quanto sia l'ammontare del danno arrecato...', pensando che Cicerone stia semplicemente adattando al suo discorso, in modo più o meno libero, le parole della formula»). In ulteriore, ultima istanza, si contesta che la frase introdotta da *quantae pecuniae* sia tecnicamente da intendere come *intentio* formulare, postulando invece una sua ricostruzione in termini di '*demonstratio* unita direttamente ad una *condemnatio*' (FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 62). Quindi, e nonostante le apparenze, non si tratterebbe di una azione *confessoria*, ma di una formula normale di cognizione, non limitata, nonostante l'enfatico *aestimatio vestra est* di Cicerone, alla quantificazione del danno, essendo i giudici chiamati a 'conoscere pienamente della questione, potendo condannare o assolvere' (*op.cit.*, p. 63).

⁷⁸) 'L'editto di Lucullo, secondo quanto sembra emergere da Cic. *pro Tullio* 7...faceva espresso riferimento solo al danno: ma l'ipotesi relativa - com'è probabile - assorbiva quella dei *bona vi rapta*' (così M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1995, p. 528 nt. 241).

⁷⁹) Cfr. Y. BONGERT, *Recherches sur le récupérateurs*, in «Varia. Études de droit romain», Paris, 1952, p. 150 ss., C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 31 nt. 97, SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione*, cit., p. 16 e ss., A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, p. 993 nt. 88.5 e lett. ivi richiamata, tra cui è da segnalare con speciale menzione L. VACCA, *L'editto di Lucullo*, in «ACOP.», 5, 1992, p. 221 ss., S. LONGO, *Filius familias se obligat?*, cit., p. 159 nt. 146.

Storicamente, si deve poi dire che il *subrumpere* spesso ricorrente nelle nostre fonti è termine più antiquato per *subripere*, condotta che designava l'elemento oggettivo del furto. Orbene, uno studioso come Huvelin ha intelligentemente osservato che '*subrumpere* est un composé de *rumpere*. Or on n'ignore pas que *rumpere* est un terme technique du *damnum iniuriae*'⁸⁰.

Ecco che allora diventa possibile ricostruire, per il periodo più antico, una fattispecie di *furtum* per così dire a geometria variabile, all'interno della quale dovevano essere ricomprese diverse tipologie di condotte: da quanto esemplificativamente si è detto sopra, con un attacco di discorso quasi *in medias res*, è facile contare tra l'altro fatti di danneggiamento e di sottrazione violenta di una cosa altrui.

Per quanto riguarda quest'ultimo punto, si può qui anticipare che Marco Balzarini ha ritenuto di mettersi contro l'opinione prevalente in tema di *rapina*, per la quale nell'ambito di operatività dell'editto luculliano si sarebbe potuto sussumere l'elemento della sottrazione violenta di una cosa senza che al contempo ne fosse stato causato il danneggiamento ('*damnum*' nel senso proprio dell'espressione).

Il contributo più originale con il quale il compianto studioso si è manifestato di diverso avviso è comparso sulle pagine degli studi in onore di Giuseppe Grosso, con grande copia di argomentazioni e accurata analisi delle fonti⁸¹; l'assunto da cui sembra muovere il Balzarini è che 'la repressione della rapina intesa in senso classico, vale a dire, della sottrazione violenta di beni altrui attuata da un solo individuo, libero o schiavo, armato o disarmato, non poteva...rientrare in tale sanzione edittale prima della soppressione in essa, quanto meno, dell'espressione «*dolo malo familiae*»⁸². La veduta che così

□

⁸⁰) HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, cit., p. 273 nt. 1. Il concetto si trova maggiormente sviluppato in HUVELIN, *La notion de 'iniuria' dans le très ancien droit romain*, Paris, 1903, p. 1 ss. e *passim*. Si veda pure H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung*, cit., p. 232 nt. 190.

⁸¹) Si tratta di M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio e l'editto di Lucullo*, in «Studi G. Grosso», I, Torino, 1968, p. 321 ss.

⁸²) BALZARINI, *Cic. Pro Tullio*, cit., p. 368-369.

ragionando si intende avversare è quella che fa confluire la rapina nell'iperonimo concettuale del *damnum*, termine che viene ad assumere di conseguenza una maggiore latitudine.

La problematica non è marginale o secondaria, perché '*damnum*' ricorre in contesti e ambiti anche fortemente differenziati⁸³; una preliminare comprensione del suo o dei suoi significati potrà essere d'aiuto nell'opera di distinzione e discriminazione dei delitti di danneggiamento, rapina e furto⁸⁴.

□

⁸³) Così che uno studioso della taglia di Kaser ha dovuto ammettere che 'ist die Ableitung von *damnum* unsicher und umstritten' (M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 159 nt. 38).

⁸⁴) Si può innanzitutto introdurre il problema di quale siano i rapporti tra il *damnum* e la *poena*, quando si consideri il '*damnum*' nel suo significato 'ipostatico'. La *poena*, attestata in *Tab. VIII.4* ('*si iniuriam faxsit, viginti quinque poena sunt*') depone già a livello di mero 'significante' per un 'schon vorhandenen griechischen Einfluß in der Zwölftafelgesetzgebung', essendo da considerare come un vero e proprio 'griechische Lehnwort' (WENGER, *Die Quellen*, cit., p. 367), un prestito linguistico dal greco 'poiné', cioè il prezzo del riscatto (L. LANTELLA, E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino, 2005, p. 67 nt. 114). Leopold Wenger ha notato come l'espressione latina arcaica per indicare il denaro occorrente per il riscatto (das Lösegeld) fosse proprio '*damnum*' autorizzando allora la conclusione per cui 'übrigens ist das Wort *poena* kaum erst durch die Dezemvirn in die Rechtssprache eingeführt worden, sondern schon damals neben *damnum* verständlich gewesen, als die Zwölftafeln erlassen wurden' (WENGER, *Die Quellen*, cit., ibidem). Il Kaser aveva già commentato che in materia di furto i Romani avevano preferito parlare di *damnum decidere* evitando l'impiego di un'espressione come *poena* rimandante agli ambiti della vendetta e del prezzo per il riscatto: 'Der unmittelbar auf Rache deutende Ausdruck *poena* wird also vermieden' (KASER, *Das altrömische ius*, cit., p. 217). Per il Kaser *damnare* afferirebbe al greco δαμάω ed esprimerebbe 'ein Überwältigen'. Di conseguenza avrebbe la funzione di designare una 'selbsthilfweise Bemächtigung' (KASER, *Das altrömische ius*, cit., p. 218); da questo impossessamento ci si potrebbe affrancare pagando una somma di denaro, comportante un'uscita patrimoniale, ed è per questo che *damnum* è passato ad indicare in senso ampio ogni 'danno' o 'svantaggio' patrimoniale. Ecco come si è espresso, con notazioni tutt'altro che cursorie, il Kaser: «und erst dadurch, daß es üblich wird, die Zugriffsgewalt durch Buße abzulösen, erhält *damnum* die Bedeutung 'Buße' und weiterhin 'Schaden, Nachteil', weil die Überwältigung dem davon Betroffenen den Freiheitsverlust und sodann die Bußzahlung auferlegt» (KASER, *Das altrömische ius*, cit., ibidem). Per un ulteriore, approfondito esame dei vari possibili riflessi del termine *damnum*, si vedano D. DAUBE, *On the use of the term damnum*, in «Studi in onore di Siro Solazzi», cit., p. 66 ss., S. TONDO, *L'omicidio involontario in età arcaica*, cit., p. 295 ss., spec. p. 296. Per l'uso decemvirale del termine *poena*, v. G. CIULEI, *Über das Wort poena in lex XII Tabularum*, in «Rheinisches Museum für Philologie», 1942, p. 287 ss. Che *damnum* potesse indicare la perdita patrimoniale derivante da una sottrazione o da un danneggiamento, senza individuare, come ritenuto tra gli altri da Valditara e Corbino, almeno in origine, la sola distruzione materiale, è stato dimostrato da Salvatore Tondo con argomenti che mi sembrano senz'altro notevoli: da Gell. 11.18.8 e da Plin. 18.3.12 ricaviamo che *noxa*

Balzarini non ha recisamente escluso l'ipotesi di lavoro per cui il sintagma che qui ne interessa possa anche richiamare 'il generico significato di «diminuzione patrimoniale subita da un soggetto giuridico»⁸⁵, significato che effettivamente sembrerebbe imporsi con lapalissiana evidenza.

Per entrare nel nucleo vero di questo nodoso problema, si può partire dall'ultima e più completa analisi dedicata al lemma da Renato La Rosa, peraltro nell'ambito di uno studio espressamente centrato sulla più ampia tematica del *furtum* e sulla sua relativa repressione nel diritto romano più risalente⁸⁶. Tre sono i significati enucleati dalla dottrina giusromanistica. Secondo il primo di essi *damnum* sarebbe il participio passato del verbo *dare*, dovendosi ricollegare al greco 'τό δίδόμενον', ossia, come ha chiarito La Rosa, ciò che viene dato (anche e tra l'altro) a titolo di 'multa, ammenda e risarcimento'⁸⁷. La perdita economica associa quindi tutti i delitti 'anti-patrimoniali', il che non viene negato nemmeno dal Balzarini, che pure ha sviluppato il suo discorso in materia lungo altre direttrici. Non sembra fuori luogo riportare un testo assai significativo in tal senso, con riserva di chiarire successivamente il peso da affidare alle non poche testimonianze contrastanti:

D. 35.2.20 pr.: *In ratione legis Falcidiae mortes servorum ceterorumque animalium, furta, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium*

□

indicava 'in quanto formata sul causativo *nocere*...il risultato negativo di una lesione materiale' (S. TONDO, *Leges regiae e paricidas*, Firenze, 1973, p. 96), elemento che fa pensare che 'originariamente *damnum* dovesse designare, sino almeno nel linguaggio decemvirale, la pura perdita patrimoniale, in quanto cioè dovuta a s o t t r a z i o n e f r a u d o l e n t a (n.d.a. lo spaziato è mio) o a mancato guadagno' (TONDO, *Leges regiae*, cit., ibidem). Anche i dati etimologici, spesso poco in linea con questa spiegazione di *damnum*, posson in realtà condurre alle conclusioni tracciate dal Tondo, che seguendo uno spunto di Adalbert Kuhn, ha rinvenuto il nucleo originario di *damnum* nel sanscrito *dabh-no-ti*; ora, come giustamente si è messo in luce, «la radice *dabh-* (av. *Dab-*) si palesa portatrice, quale valore primario, della nozione di 'privare (diminuire) con frode'» (TONDO, *Leges regiae e paricidas*, cit., p. 98).

⁸⁵) BALZARINI, *Cic. Pro Tullio*, cit., p. 369.

⁸⁶) Mi riferisco evidentemente a R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli, 1990, p. 1ss.

⁸⁷) Così, letteralmente, LA ROSA, *op.cit.*, p. 8.

*praedonum latronum, debitorum facta peiora nomina, in summa quodcumque damnum...heredi pereunt*⁸⁸.

La tesi suesposta è stata sostanzialmente sostenuta da Theodor Mommsen⁸⁹ e Moritz Wlassak, a detta del quale ‘*damnare* (ist) vermutlich, wie *damnum*, mit *dare* zusammenhängend’⁹⁰, ma al suo indirizzo sono state mosse obiezioni già dal Voigt⁹¹, che ha preferito scorgere in *damnum* un legame, o vincolo, intendendo la *damni decisio*⁹² come scioglimento del vincolo⁹³.

□

⁸⁸) Cfr. D. SCHANBACHER, *Ratio legis Falcidiaae. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand*, Berlin, 1995, p. 220 nt. 9.’

⁸⁹) TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 12-13.

⁹⁰) WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung und vom gerichtlichen Anerkenntnis*, cit., p. 177.

⁹¹) Si veda VOIGT, *Die XII Tafeln*, cit., p. 324 ss.

⁹²) Alla *damni decisio* ha dedicato un breve ma denso *excursus* anche Philipp Grzimek; lo studioso è partito dalla comune considerazione (cfr. *exempli gratia* D. LIEBS, *Damnum, damnare und damnas*, in «ZSS.», 85, 1968, p. 179 ss.) per cui il *damnum decidere* è ‘ein neben der Klage stehender Weg, einen Ausgleich zwischen Dieb und Bestohlenem zu erzielen’ (GRZIMEK, *op.cit.*, p. 177). E tuttavia non si sa bene quale valore giuridico sia da attribuire a tale *decisio*, potendosi percorrere due alternative; sia che la si consideri come una mera forma di accordo preprocessuale oppure che la si ritenga la ‘fase calda’ di una vera e propria *editio actionis*, si pone il quesito della effettività o meno dei caratteri di coattività e cogenza della *decisio* stessa (in sostanza, ed eventualmente, il problema sul come far valere ‘eine Verpflichtung zur *damni decisio*’: *ibidem*). La ricostruzione di Grzimek è di un certo rilievo perché, lungi dal fermarsi a una pura e incidentale ricognizione di campo (nonostante si tratti di un’*Exkurs*!), si capisce che lo studioso ha voluto porre l’accento sul significato dei singoli lemmi di cui si compone l’espressione ‘*pro fure damnum decidere oportere*’. In particolare, sembra necessario considerare separatamente il *damnum decidere* e l’*oportere*: se ad una vista d’insieme potrebbe perfino ravvisarsi ‘eine einseitige Obligation’, vale a dire una obbligazione *ex uno latere* che il ladro ‘dem Opfer gegenüber zu erfüllen hätte’ (p. 177), le cose cambiano non di poco se si segue l’impostazione del DE VISSCHER, *Études de droit romain*, cit., p. 292, e condivisa dallo Grzimek, per cui essendo in origine il *damnum decidere* (al di là di un qualsiasi *oportere*) un modo per ‘sich der Rache zu entziehen’ (GRZIMEK, *op.cit.*, p. 178), non avrebbe potuto esserci alcuna traccia di un elemento obbligatorio. E’ facile convincersi della giustezza di un simile approccio se si pone mente - come convenientemente ricordato da Grzimek (p. 178) - al filo conduttore di un’acuta intuizione del Kelly: la *damni decisio* aveva un senso solo per il *furtum nec manifestum*, perché era in tale evenienza che il supporto probatorio sarebbe potuto mancare, o essere contraddittorio o di difficile accertamento: ecco che allora lo straprocessuale *pacisci* tra ladro e derubato avrebbe potuto fungere da valida e per entrambi conveniente ‘stanza di compensazione’ di confliggenti (e ancora non provate) istanze: J. M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, p. 141 ss. Tuttavia, il fatto che tale tesi del Kelly porti

Una seconda spiegazione riporterebbe al greco δαμάω, cioè, come ha spiegato il Valditara, a «una radice allusiva a *domare*, e dunque con un significato di ‘sottomettere, sopraffare’»⁹⁴, ma oggi il significato che comunemente è ritenuto più plausibile sarebbe da scorgere nella radice indoeuropea *dap-*, da cui il sostantivo latino *daps*, da intendere come ‘offerta votiva agli Dei’, e quindi ‘cibo consacrato’ agli stessi⁹⁵.

In generale, come si è di recente rilevato, la opzione di fondo relativa a *damnum*, anche restringendo il campo al solo ‘danneggiamento’, è in definitiva quella di scegliere di concentrarsi sulla distruzione fisica ovvero sulla perdita patrimoniale⁹⁶.

Il Bove ha voluto valorizzare il collegamento tra *furtum* e *damnum* presente in Tab.VIII.16, per concludere che il senso primitivo del *damnum* altro non fosse se non ‘perdita che subisce un soggetto...e non invece...danneggiamento materiale di un oggetto’⁹⁷, ma dovrebbe in primo luogo considerarsi che la distruzione totale di una cosa – che è ancora un di più rispetto al danneggiamento – sarebbe stata a questa stregua da qualificare come ‘perdita totale’ di una *res*.

Non è certamente necessario, a questo punto, prendere una posizione netta in merito al pur annoso dibattito. Stanti i dati appena enunciati, si capisce tuttavia come l’espunzione dal novero dei possibili significati della

□

all’identificazione concettuale furto non manifesto=furto processualmente non provato ha suscitato le critiche del SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*², cit., p. 64 nt. 55, che ha giudicato le congetture di Kelly ‘improbabili e non documentate’. Si è diffusamente occupato del sintagma ‘*damnum decidere*’ anche S. TONDO, *L’omicidio involontario in età arcaica*, cit., p. 299.

⁹³) Ulteriori riferimenti in LA ROSA, *op.cit.*, p. 10 ss.

⁹⁴) G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, cit., p. 23.

⁹⁵) G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, cit., p. 24 ss. Cfr. Fest. s.v. *daps* (Lindsay p. 68): *Daps apud antiquos significabat res divina quae fiebat aut hiberna sementi aut verna. Quod vocabulum ex Graeco deducitur, apud quos id genus epularum δαίς dicitur.*

⁹⁶) Così M. F. CURSI, *Damnum e iniuria nella Collatio*, in «Crimina e delicta nel tardo antico. Atti del seminario di studi, Teramo 19-20 Gennaio 2001», curr. F. LUCREZI e G. MANCINI, Milano, 2003, p. 43 con bibliografia in nota 13.

⁹⁷) L. BOVE, s.v. *Danno (diritto romano)*, in «NNDI.», V, Torino, 1957, p. 144.

mommseniana ‘Deutung’ in senso patrimonialistico, di cui si è parlato, possa apparire quantomeno azzardata e frettolosa. Avremo modo di tornare sul punto.

Comunque sia, se le svolte considerazioni sembrano cogliere (almeno in parte) nel segno, è doveroso far presente che in questo studio come in altri condotti sul medesimo argomento si è soliti seguire un angolo visuale ‘tradizionale’ in punto di definizione dei concetti giuridici: è quindi da approvare la preziosa indicazione di metodo fornita dal Wächter, che ha fatto notare come spesso si traduca (quasi con un automatismo mentale) *furtum* con ‘furto’, trascurando il fatto che il diritto penale continentale odierno è strutturato su una serie di ipotesi delittuose fortemente tipicizzate e delimitate, nel rispetto del fondamentale principio di legalità e tassatività delle fattispecie; il *furtum* dei Romani è stato invece interpretato nel corso della storia in senso estensivo, per dare risposta ad esigenze di repressione che altrimenti sarebbero rimaste insoddisfatte⁹⁸.

2. *Recezione del ius naturale. Valenza ricognitiva della disciplina giuridica del furtum. In particolare, l’innaturalità del ‘detrahere alteri aliquid’ nel sistema di valori di Cic. de off. 3.5.21-23 rispetto ad ogni altra offesa che possa ‘corpori accidere’.*

Dai giuristi, prima sacerdoti e poi laici, come dagli scrittori non giuridici, è generalmente delineata una concezione del *furtum* inteso come delitto ‘inclusivo’, in grado di offendere il singolo e per suo tramite la pacifica convivenza sociale, la cui repressione non era prevalentemente dovuta alla ‘positività’ del diritto creato dagli uomini, bensì dalla ‘naturalità’ del divieto di

□
⁹⁸) C. G. VON WÄCHTER, *Pandekten*, II, Leipzig, 1881, p. 488: ‘Von vielen wird *furtum* durch Diebstahl übersetzt. Allein dies ist falsch; denn das *furtum* hat einen viel weiteren Umfang, als der deutsche Diebstahl’.

sottrarre beni e diminuire gli averi altrui, radicato *'intus et in cute'* in ogni uomo in quanto essere senziente.

Nonostante questo dato, e la peritanza dei giuristi romani nel fornire definizioni di portata generale, razionalmente motivata dalla pericolosità di eccessive astrazioni, nel primo dei due *libri terribiles* ci è stata conservata – in posizione di spicco nell'economia degli stessi – una delle più celebri definizioni 'generali', dovuta a Paolo, nella quale si chiarisce che l'apparato di sanzioni e la presupposizione dei comportamenti vietati promanavano da un precetto sancito *'lege naturali'*⁹⁹.

D. 47.2.1.3 (Paul. 39 ad Ed.): *Furtum est contrectatio*¹⁰⁰ *fraudulosa lucri faciendi gratia*¹⁰¹ *vel ipsius rei vel etiam*¹⁰² *usus eius possessionis*¹⁰³.
Quod lege naturali prohibitum est admittere.

□

⁹⁹) Per i precedenti greci di elaborazione del 'diritto di natura', v. per tutti F. CANCELLI, *Le leggi divine di Antigone e il diritto naturale*, Roma, 2000, p. 155 ss. Sulla figura di Antigone e sulle 'leggi divine', cfr. pure H. GRZIWOTZ, W. DÖBERTIN, *Spaziergang durch die Antike. Denkanstöße für ein modernes Europa*, Darmstadt, 2002, p. 57 ss.

¹⁰⁰) Quando si fa riferimento all'elemento oggettivo del delitto di furto, non è infrequente imbattersi in ricostruzioni che partendo dal dato definitorio fornito da Paolo, per cui il furto è la *'contrectatio fraudulosa'* (D. 47.2.1.3), giungono all'affermazione della sostanziale sinonimia tra il concetto di 'sottrazione materiale' e quello veicolato dal segno *'contrectatio'* (di qui, poi, il conseguente impiego della parola nella scienza penalistica contemporanea: *'contrectare quae scilicet fit cum res movetur loco...contrectare nihil aliud est quam loco movere'*: G. MARINI, *Delitti contro il patrimonio*, Torino, 1999, p. 89 nt. 10). Nella ovvia quanto necessaria consapevolezza dell'elasticità concettuale insita nel segno *contrectatio*, soprattutto se quest'ultimo viene rivisitato nel suo svolgimento storico, è sembrato corretto a J. F. L. GÖSCHEN, *Vorlesungen*, cit., p. 548, non prescindere da una *'körperliche Einwirkung auf eine Sache'* postulante la necessità di un movimento della cosa stessa (*'die Sache dadurch in Bewegung gesetzt wird'*), anche se la pur riscontrata necessità di una movimentazione non involgerebbe una più intensa attività di amozione della cosa (*'Diemnach ist nun zwar ein movere nöthig, aber nicht gerade ein amovere'*). La concezione göscheniana di *contrectatio* vorrebbe essenzialmente fondarsi sulla piana lettura di D. 41.2.3.18: *Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere; sed si eam loco non moveris, et infitiandi animum habeas, plerisque veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non possit, nec animo furtum admittatur. A prima vista, è vero, è come se si ponesse l'equivalenza concettuale tra il *loco movere* e il *contrectare*; ma sarebbe forse azzardato trarne una integrale identificazione, soprattutto se si pensa che il significato del passo è quello di negare rilievo al *furtum solo animo*, non accompagnato da una sottrazione: prova ne è l'associazione stretta che viene proposta tra*

□

loco movere e *animus infitiandi*, per significare un comprensibile contrasto tra elemento oggettivo (a paradigma del quale è stato portato l'esempio 'forte' dell'*amotio rei*) e soggettiva e interiore intenzione concretantesi in un *infitiandi animus*. Non sembra scorretto affermare che la parola *contrectatio* è usata nel lessico giuridico solo a partire dal II sec. d.C.; *adtrectatio* è conio dottrinale di Sabino, I sec. d.C., mentre dal III sec. a.C. al I sec. a.C. sono indifferentemente usati predicati come *detrahere*, *furari*, *subripere*, *subrumpere*, *aufferre*. Come può essere ricostruito il percorso evolutivo dei predicati 'veicolanti' la nozione di *furtum*? Innanzitutto si deve dire che a parte le discusse interferenze con il concetto di danneggiamento, nel III sec. a.C. e soprattutto nel II, il predicato verbale aveva eminentemente la funzione di indicare la sottrazione vera e propria, lo spossessamento (*temporibus* anche violento, come prova l'uso endiadico che di *furari* faceva ancora Cicerone, '*solet haec quae rapuit et furatus est, dicere se emisse*'), per le cui condotte, tuttavia, non troviamo quasi mai il verbo, successivamente molto più diffuso, di *amovere*, né il correlativo deverbio *amotio*. Si preferiva parlare di *subripere/subrumpere*, come oggettivamente testimoniato dal testo della *lex Atinia* degli inizi del II sec. a.C., dove il senso della sottrazione traspare chiaramente, con argomento *a contrario*, se si pensa all'introdotta sanatoria richiedente un ritorno materiale della cosa al *dominus*, cioè al soggetto cui la cosa stessa era stata sottratta. Tra III e II sec. a.C. *subrumpere* non poteva che avere –fatte salve le cennate interferenze con altri eventi di danno – precipuamente il significato appena riferito, come provano ulteriormente due passi di Plaut. *Curc.* IV.4.28 (Tetrapontigono: *Qui est is homo?*, Cappadoce: '*Tuum libertum sese aiebat esse Summanum*', T.: '*Meum? Attat, Curculio hercle verba mihi dedit, cum cogito; is mihi anulum subripuit*') e *Aul.* IV.10.42 (Lyconides: '*Quid tibi ego referam?*', Euclio: '*Quod surripuisti meum*', L.: '*Surripio ego tuum? Unde aut quid id est?*', E.: '*Ita te amabit Iuppiter ut te nescis*'). Del massimo rilievo, e proprio a conferma del fatto che la sottrazione a quei tempi era indicata facendo ricorso a molte espressioni predicative, è che nello stesso luogo della menzionata commedia '*Aulularia*' Plauto utilizza senza difficoltà anche il verbo *aufferre*: non si tratta di idioletti plautini, ma del sintomo di una risalente e generalizzata interscambiabilità verbale (Plaut. *Aul.* IV.10.43: Str., *Quid agam?*, Euc.: *Aufferre non potes*). L'*aufferre*, da intendere come 'portare via', è preferito nel I sec. a.C. da Cicerone in due passi delle Verrine e in uno della *Epistula ad Quintum Fratrem* (Cic. *In Verr.* II.1.4.11, III.10.25, *ad Quint. Fr.* I.1.21). Ma nel I sec. a.C., è vero, cominciano a esserci decisioni giurisprudenziali che non soppesano più tanto la sottrazione, ma anche altre interferenze dolose che hanno comunque causato un danno patrimoniale. Si tratta però di approcci ancora comprensibilmente casistici e idiografici, carenti di un momento di più serena ponderazione della descrizione di un generalmente valido 'elemento oggettivo' della fattispecie di furto. Anche quando Bruto e Manilio, già nel II sec. a.C., avevano condannato per furto il mero utilizzatore della cosa al di là dei limiti consentiti, non si erano spinti a riflessioni generalizzanti e non avevano approfondito la problematicità insita nei modelli descrittivi della condotta furtiva. La giuridicizzazione, con l'introduzione di un apposito modulo descrittivo, avvenne con la riflessione di Masurio Sabino, il quale per primo – come ha riconosciuto Fritz Schulz – parlò di *adtrectare* per richiamarsi a quelle condotte di *destinatio* illecita di cosa già detenuta, ritardo nella restituzione della stessa o sua utilizzazione indebita e abusiva; la prova più palese in chiave dimostrativa è data dall'immane accompagnarsi del termine *adtrectare* alla locuzione *invito domino*, supponente per forza di cose una previa disponibilità materiale dell'oggetto della condotta, perché in caso contrario il *dolus* sarebbe *in re ipsa*, oppure, anche supponendo il consenso del proprietario a vedersi sottrarre *d'amblye* una cosa, dovrebbe più opportunamente parlarsi di *derelectio* e di

□
eventuale occupazione di una *res nullius*. Questi dati possono essere evinti da Gell. *noct. Att.* XI.18.20 (*‘Verba sunt Sabini ex libro iuris civili secundo: qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino iudicare facere deberet, furti tenetur’*), sulle cui implicazioni cfr. A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., pp. 13 e 32 nt. 3, TH. SCHIRMER, *Zur Lehre vom furtum*, cit., p. 207, che tuttavia vi vorrebbe scorgere un tipo di definizione generale al pari di quella, celeberrima, di cui a D. 47.2.1.3, rinvenendo così un motivo per credere che la definizione ‘astratta’ del delitto avesse ‘verschiedene Wandelungen erlitten’, E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des furtum*, cit., pp. 109 nt. 42 e 118 nt. 74, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung*, cit., p. 239, F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius Part II. Commentary*, cit., pp. 203 nt. 2 e 204 nt. 3, F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 278 nt. 5, P. STEIN, *School attitudes*, cit., p. 286 oltre a O. MILELLA, *Il consenso*, cit., p. 400 nt. 34 con altri riferimenti. L’ascendenza sabiniana di una simile coniazione terminologica traspare chiaramente da un ulteriore testo, del commentario ulpiano *ad Sabinum*, dove, se non mi sbaglio, è un ‘calo di vigilanza’ del giurista severiano a restituirci la parola più antica *adtrectare*, sempre in combinato con l’*invito domino*, nonostante l’acquisizione alla scienza giuridica del più recente verbo *contrectare*: D. 47.2.46.7 (*‘Recte dictum est, qui putabit, se domini voluntate rem attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat, dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit’*), la cui importanza nevralgica per la dottrina del *furtum* era già stata percepita da C. L. CRELL, J. C. HEINSDORFF, *Observationes de delictis quae iure familiaritatis excusantur: ad l. 46 § 7 D. de furtis*, in «Dissertationum atque programmatum crellianorum fasc.», 9, 1778, pp. 1482-1505, purtroppo per me irraggiungibile; per riferimenti possono vedersi C. W. BLEICH, *Doctrina furtorum servilium*, cit., p. 1 nt. 4, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 424 nt. 3, O. MILELLA, *Il consenso*, cit., p. 404 nt. 48, cui si rimanda per ulteriore bibliografia e D. PUGSLEY, *Americans are aliens*, cit., p. 90 nt. 6, mentre da ultimi sono tornati sui problemi aperti dal testo A. VÖLKL, *Mangelndes Eigentum des Vormanns als Grundlage des Eigentumserwerb?*, in «Jurisprudentia universalis», cit., p. 799 nt. 22 e P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, cit., p. 272 nt. 348). Contro la ricostruzione appena riferita ha ritenuto di porsi il Damerow, secondo cui non ci sarebbe stata differenza tra *adtrectare* e *contrectare*, di modo che il secondo termine, rispetto al primo, veniva in realtà ‘daneben – nicht erst danach – verwendet’ (E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 24). Si tratta di una considerazione che non valorizza la specificità del discorso sabiniano sviluppato in Gell. *noct. Att.* XI.18.20; né sembra conferente, da parte del Damerow, esporre tutta la serie di giuristi per i quali sarebbe testimoniato l’uso di *adtrectare* in piena epoca classica, dato che non potrebbe dare smentita alla sequenza temporale *adtrectatio-contrectatio*, in quanto in un passo come quello di Ulpiano, per es., vengono pur sempre impiegati materiali tratti dall’opera giuridica di Sabino. Si potrebbe dire a questo punto che i due significati potrebbero semanticamente equivalere e coincidere, ma altre notizie confermano che *contrectatio* è termine di impiego successivo, più ampio e lato rispetto ad *adtrectatio*. Gaio, infatti, afferma a chiare lettere che il furto non è soltanto *amotio*, ma *generaliter* anche *contrectatio*, il che logicamente vuol dire che *amotio* può anche essere *contrectatio*, ma che *contrectatio* non si identifica con *amotio* indicando positivamente il *quid pluris*, che io penso possa essere costituito dall’*adtrectatio*: Gai 3.195, *‘Furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat’* (nella cui economia classificatoria spiccherrebbe, secondo B. SIRKS, *Observations on the Theodosian code: lex generalis, validity of laws*, in «AAC.», 14, Napoli, 2003, p. 146,

□
soprattutto l'avverbio *generaliter*; ma per altri inquadramenti *vide* W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 578 nt. 1 e D. PUGSLEY, *Americans are aliens*, cit., p. 93 nt. 27). Semplificando, si potrebbe dire che la *contrectatio* comprende *amotio* e *adtrectatio*, materialità della sottrazione e più spiritualizzate forme di interferenze patrimoniali, in quanto rappresentanti un *minus* rispetto alla sottrazione, in questo riflettendo il duplice significato di *contrectatio* nel linguaggio corrente. In effetti *contrectatio* anche nell'uso comune designava il tocco e maneggiamento (Sen. rh. *contr.* I.2.3 '*Castam te putas, quia invita meretrix es? Nuda in litore stetit ad fastidium emptoris: omnes partes corporis inspectae et contrectatae sunt*', Corn. Cels. *De med.* II.8 '*Ipsa autem deiectio sine ulla noxa est, quae sine febre est; si celeriter desinit; si contrectato ventre nullus motus eius sentitur; si extremam alvum spiritus sequitur*'), derivando come *adtrectatio* dal verbo *tractare*, di segno identico (cfr. Verg. *georg.* III.500: '*...Incertus ibidem sudor et ille quidam moriturus frigidus; aret pellis et ad tactum tractanti dura resistit*'), come lasciano ulteriormente dedurre Ovid., *met.* VIII.606 ('*contrectare pectora*') e Suet. *Cal.* 42 ('*Contrectandae pecuniae cupido*'), ma fa capolino anche un significato più 'spiritualizzato', attestato per esempio in Cicerone e in Tacito, dove il verbo non indica tanto il tocco fisico e il concreto maneggiare, ma un atto che può anche compiersi nella sola psiche, senza proiezioni nel mondo esterno empiricamente verificabili: Cic. *Tusc.* III.33 ('*Mente varias voluptates contrectare*'= 'pregustare con il solo pensiero diversi piaceri') e in maniera ancora più evidente Tac. *Ann.* III.12 ('*Corpus contrectandum vulgi oculis permittere*'= 'permettere che un corpo sia impudicamente guardato con gli occhi dal popolo'), dove si riprende un'accezione del sostantivo aliena dal significato di contatto fisico, ancora incentrata sull'evenienza che è possibile *contrectare* un essere umano anche solo con gli occhi, con il semplice sguardo, determinando nondimeno una pesante invasione dell'altrui sfera personale (è chiarissimo Sen. rh. *Contr.* I.2.13: '*an casta sit, in haec divisit: utrum castitas tantum ad virginitatem referatur an ad omnium turpium et obscenarum rerum aestimationem: puta enim virginem quidam esse te sed contrectatam oculis omnium; etiamsi citra stuprum, cum viris tamen volutatam: es casta talis, qualis videri potest cui lex nocere vult matre quoque incestam?*'). I due significati, comunque, coesistevano, come prova nello stesso Tacito l'uso del lessema *contrectatio* nel senso (altro rispetto a quello del terzo libro degli *Annali*) di tocco o 'Berührung' (Tac. *Ann.* XIV.35: '*Sed tunc non ut tantis maioribus ortam regnum et opes, verum ut unam e vulgo libertatem amissam, confectum verberibus corpus, contrectatam filiarum pudicitiam ulcisci*). Per gli svolgimenti sistematici del segno *contrectatio*, si vedano W. W. BUCKLAND, '*Contrectatio*', in «LQR.», 57, 1941, p. 467 ss., B. COHEN, *Contrectatio in jewish and roman law*, in «Mélanges De Visscher», I, 1949-1950, p. 133 ss., poi edito in ID., *Jewish and roman law. A comparative study*, II, New York, 1966, p. 409 ss., A. BERGER, *sv. Contrectatio*, in «Encyclopedic Dictionary of Roman Law», cit., p. 415, A. WATSON, *The Definition of furtum and the Trichotomy*, cit., p. 198, incline a rifiutare la lettura di quanti vorrebbero scorgere nella *contrectatio* un 'meddling whether or not there is actual touching or handling', in quanto non verrebbe prodotta alcuna prova ('evidence') in tal senso, mentre in alcune fonti soprattutto extragiuridiche '*contrectatio* usually has a more restricted sense and means a handling or touching which is improper in some way, whether illicit, immoral, illegal or merely disgusting', ID., *Contrectatio as an essential of furtum*, in «LQR.», 77, 1961, p. 526 ss., ID., *Contrectatio again*, in «SDHL.», 28, 1962, p. 331 ss., J. A. C. THOMAS, *Contrectatio my last word*, cit., p. 180 ss., Z. VÉGH, *sv. Contrectare, contrectatio*, in «PWRE.», XII, Stuttgart, 1970, c. 162 ss., C. R. SNYMAN, *Die Vereistes*

□

van contrectatio o en lucrum by furtum in die Romeinse reg, in «Acta juridica», 1973, pp. 271-289, G. MACCORMACK, *Definitions: 'furtum' and 'contrectatio'*, in «Essays Beinart», II, 1979, p. 129 ss., D. PUGSLEY, *Americans are aliens*, cit., p. 89 ss. Per alcune correlazioni della *contrectatio fraudulosa* in relazione alla *pro herede gestio*, si veda G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio. II La valutazione dell'animus nel 'gerere pro herede'*, Napoli, 1999, p. 17.

¹⁰¹) Il requisito soggettivo condensato nella locuzione *lucri faciendi causa* deve essere correttamente considerato. Alla tesi secondo la quale l'intenzione di lucrare sulla cosa sottratta sarebbe sostanzialmente un requisito estraneo al diritto classico (è la ben nota opinione di Emilio Albertario, esposta in diversi scritti) si contrappone la diversa veduta di quanti ritengono fosse indefettibile la verifica del *dolus* nel ladro, una volta accertati gli elementi costitutivi della fattispecie di furto a livello oggettivo. Ma anche accettata quest'ultima soluzione, l'elemento soggettivo era comunque passibile di una duplice configurazione: poteva essere inteso come intenzione appropriativa *tout court* ('*animus furti*', '*animus furandi*') oppure e più specificamente come volontà di ritrarre un indebito vantaggio economico, un lucro, dal possesso della cosa sottratta ('*animus lucri faciendi*'). Su questa duplice configurazione non è possibile nutrire dubbi. Ma il discorso sull'elemento soggettivo diventa complesso se si pensa che entrambe le tesi – quella dell'*animus furandi* *tout court* e dell'*animus lucri faciendi* – sono state di volta in volta sostenute, soprattutto in passato, negando possibili commistioni e coesistenze nella pratica applicativa. Per una prima corrente di pensiero il *fur* avrebbe dovuto ripromettersi il conseguimento di un autentico *lucrum*, di un vantaggio di natura eminentemente economica (per questa concezione, si v. A. ROSENBERGER, *Über das furtum nach klassischen römischen Recht*, cit., p. 68, A. F. BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*¹⁵, Leipzig, 1888, p. 539 ss. e TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 741 nt. 3), mentre altri hanno opinato nel senso che sarebbe stata sufficiente l'ingiusta intenzione di appropriarsi di una cosa, un puro *animus furandi* obiettivizzato e monodirezionale (tra i sostenitori, citati anche da K. PRÜHB, *Das verletzte Schutzobjekt beim Diebstahl*, diss. Freiburg in Breisgau, Berlin, 1902, p. 33 nt. 2, ricordiamo E. KLIEN, *Revision der Grundsätze*, cit., p. 305, C. R. KÖSTLIN, *Abhandlungen*, cit., p. 343 e E. ULLMANN, *Über den dolus beim Diebstahl*, cit., p. 14). Una terza via sembra essere stata percorsa in dottrina da Ernst Landsberg, il quale ci fa notare che l'*animus* deve sempre essere obiettivabile, non dovendosi puntare i riflettori esclusivamente sull'«Endzweck», evidentemente il più delle volte appropriativo – e non potrebbe essere altrimenti – ma sul risultato concreto dell'appropriazione che contiene in sé e racchiude come *proprium* un 'Vermögensvorteil' (cfr. E. LANDSBERG, *Das furtum des bösgläubigen Besitzers*, cit., p. 53 ss.). Credo sia più naturale ricostruire gli esatti termini del problema richiamando i dati positivi già attenzionati, più di un secolo fa, da Karl Prühß. Constatata l'assenza di una formulazione univoca dell'*animus lucri faciendi* ('was die Quellen unter *animus lucri faciendi* verstanden wissen wollen, ist nirgends zu ersehen', *op.cit.*, ibidem) si accetta senza difficoltà il fatto che entrambe le tesi sull'elemento soggettivo erano alternativamente sostenute dai giuristi romani; i *loca* concernenti il *furtum* si dividerebbero allora in due gruppi, 'nämlich in die, bei denen der *animus lucri faciendi* als gewinnsüchtige Absicht beim *furtum* vorausgesetzt wird, und solche, in denen der *animus lucri faciendi* nicht anderes bedeutet, als *animus rem sibi habendi*' (K. PRÜHB, *Das verletzte Schutzobjekt*, cit., p. 34). In questo secondo gruppo, in particolare, confluirebbero tutti quei fatti in cui sarebbe impossibile ravvisare un'intenzione lucrativa in capo al *fur* al contempo proprietario della *res furata*, come il comodante che si riappropria intempestivamente e abusivamente della cosa comodata, e anche quei casi nei

□
 quali non sarebbe comunque possibile far questione di *animus lucri faciendi* ‘wegen der eigentümlichen Natur des Falles’, a causa della natura caratteristica e peculiare di alcune fattispecie, irriducibili ai due gruppi appena menzionati (così *verbatim* ancora K. PRÜHß, *op.cit.*, ibidem, che cita adesivamente E. ULLMANN, *Über den dolus beim Diebstahl*, cit., p. 17 e A. ROSENBERGER, *Über das furtum nach klassischen römischen Recht*, cit., p. 52). Risulta allora assolutamente probabile la ‘Verschiedenheit der Meinungen’ in tema di elemento soggettivo nel furto in diritto classico, permessa, per Prühss, ‘noch zur Zeit der Kodifikation des Rechts’. Ne deriva – e la conclusione mi sembra assolutamente condivisibile – che ‘ist daher...unrichtig, wenn man diese Frage ausschließlich nach der einen oder anderen Richtung hin zu lösen versucht’ (op.cit.). E’ da notare che la ragionevolezza dell’impostazione è stata alla fine riconosciuta, con qualche contraddizione motivazionale, pure dall’Ullmann, laddove si è posto un raffronto tra D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*, *Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit quis, vel celavit, furtum non esse; nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi, causa autem faciendi libido fuit, non furtum*), sul cui testo cfr. anche C. WILDVOGEL, *Disputatio inauguralis iuridica de furtis impropriis*, cit., p. 35 ss., L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, p. 396 nt. 3, P. HUVELIN, *L’animus lucri faciendi dans la theorie romaine du vol*, in «NRH.», 42, 1918, pp. 99-101, GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali*, cit., p. 814, P. FERRETTI, *Complicità e furto*, cit., pp. 227 nt. 200 e 230, D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte*, cit., p. 140 ss. e D. 47.2.28 (Paul. 9 *ad Sab.*, *Sed si subripuit, priusquam deleat, tanto tenetur, quanti domini interfuit non subripi; delendo enim nihil ad poenam adicit*). Ora, Ulpiano sembrerebbe esigere ‘das Vorhandensein wahrer Gewinnsucht (eines *lucrum* in Vermögensrechtlicher Beziehung) als notwendiges Erfordernis’ (E. ULLMANN, *Über den dolus beim Diebstahl*, cit., p. 18), vale a dire l’esistenza di un’intenzione lucrativa come requisito necessario, ma ciò non toglie che Paolo, riconosce sempre lo studioso germanico, ‘auch beim Vorhandensein eines anderen, als das streng gewinnsüchtigen Motivs furtum zugerechnet wissen will’ (op.cit.). Un’unica osservazione può essere fatta alla meritoria tesi coerenziatrice del Prühß. Quando si richiamano le due contrapposte tesi, non sembra corretto parlare di *animus furandi/furti* come sinonimo di *animus rem sibi habendi*, ricostruendo una conflittuale diarchia tra *animus lucri faciendi* e *animus rem sibi habendi*. Lo scrutinio delle fonti rivela infatti che per l’ottica romana era furto anche il fatto del comodante che si fosse ripreso la *res commodata* per donarla ad altri o prestarla a un terzo ‘ohne Entgelt’. Proprio a tale proposito va approvata la chiarificazione proposta in dottrina dal giurista svizzero Curt Tuchs Schmid, il quale si è basato essenzialmente su D. 47.2.54.1 (*...species enim lucri est, ex alieno largiri, et beneficium debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet*) per affermare la diversità tra *animus furandi* (presente nel soggetto che ruba per donare ad altri) e *animus rem sibi habendi* (in quella stessa ipotesi non presente): ‘Aus dieser Stelle – si annota allora – geht auch hervor, dass der *animus furandi* und der *animus rem sibi habendi* nicht identisch sind’ (C. TUCHSCHMID, *Furtum usus. Gebrauchsannahme*, diss. Bern, Heerbrugg, 1946, p. 11 nt. 32). Il passo sarebbe interpolato in ragione del riferimento all’elemento soggettivo secondo P. HUVELIN, *L’animus lucri faciendi dans la theorie romaine du vol*, cit., p. 76 ss., che ricostruisce lo stato di cose originario in cui ‘le *furtum* peut exister sans *animus lucri faciendi*’ (p. 77).

¹⁰²⁾ Sull’impiego del *vel etiam* nella definizione cfr. l’approccio, forse troppo drastico, di F. DE MARTINO, *Vel etiam nelle fonti giuridiche romane*, estr. da «Atti Accademia Napoli», 58, 1938, p. 45, ora in ID., *Diritto e società nell’antica Roma. Scritti di diritto romano*, II, Roma, 1982, p. 417, che sulla definizione di Paolo annotava: ‘stilisticamente,

□

vel ipsius è poco corretto, perché introduce una distinzione, dopo che già si era definito il furto come *contrectatio rei vel etiam usus eius*: non è concepibile una *contrectatio usus*, ma sempre una *contrectatio rei usus causa*! *Possessionisve* è assurdo per le medesime ragioni'. Per il De Martino la definizione classica di *furtum* sarebbe quella contenuta in PS. 2.31.1=Coll. 7.5.1: *fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*, mentre a un livello generale la locuzione *vel etiam*, che sarebbe, per l'illustre studioso, di per sé 'innocua' nelle fonti non giuridiche, 'è però nei giuristi sempre sospetta' (ID., *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 382).

¹⁰³) E' questa la famosa tricotomia del *furtum*, che si sarebbe potuto manifestare come sottrazione della cosa in sé (*furtum rei ipsius*), come indebito o non autorizzato uso della cosa stessa (*furtum usus*), e infine come *furtum possessionis*, letteralmente 'furto del possesso', almeno assumendo che i tre genitivi siano in rapporto con il referente della *contrectatio* (per questo parere, attestato anche nel c.d. *Brachylogus* 3.20.1=*furtum est contrectatio fraudulosa, quae fit invito domino, alienae rei, usus possessionisve*, cfr. B. BRISSONIUS, *De verborum quae ad ius pertinet significatione libri XIX*, VI, Frankfurt, 1578, c. 244 sv. *furtum*, C. W. BLEICH, *Doctrina furtorum servilium*, cit., p. 2 secondo cui 'cum enim vel rem ipsam vel usum vel possessionem contrectari posse doceamur, tria furti genera esse sequitur', W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer*, cit., p. 305, WÄCHTER, Artikel 'Diebstahl', cit., p. 358 nt. 26 e E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 19 per cui sarebbe 'sprachlich wie sachlich ein Unding' opinare diversamente) e non con il costrutto *lucri faciendi causa*, come invece hanno preferito credere W. LAUTERBACH, *Collegium theoretico-practicum ad L Pandectarum libros*, III, Tubingae, 1784, p. 907, H. DONELLUS, *Commentariorum de iure civili*, IX, Norimbergae, 1826, p. 245, J. D. H. TEMME, *Die Lehre vom Diebstahl*, cit., p. 8, TH. SCHIRMER, *Zur Lehre vom furtum*, cit., p. 209, che invece qualifica la dipendenza dall'intenzione lucrativa dei tre genitivi 'die einzig mögliche Construction'; Theodor Schirmer, ritenendo di dover valutare come assorbente la direzione 'in welcher die *fraudulosa contrectatio* erfolgt', ha affrontato di petto la più seria delle argomentazioni wächteriane, che si fonda sulla lettura di I. 4.1.1, dove si qualifica il furto *contrectatio rei fraudulosa*, e poi, senza frapporre la locuzione *lucri faciendi gratia*, si afferma la contrettazione come possibile *vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve*. Tuttavia, secondo lo studioso germanico il peso dell'*argumentum e silentio* andrebbe ridimensionato fino al punto da non tenerne conto, in quanto la formulazione del passo delle Istituzioni giustiniane sarebbe stata 'bloss aus der L. 1 § 3 D. de furt. herübergenommen', quindi semplicemente ripresa da quella pauliana, e d'altro canto non si potrebbe ragionevolmente pretendere di rivendicare a Giustiniano una autonoma presa di posizione interpretativa in merito alla definizione classica: la valenza contenutistica di I. 4.1.1, invero, 'eine selbständige Bedeutung nicht beanspruchen darf, zudem auch kritisch nicht ganz sicher ist' (TH. SCHIRMER, *Zur Lehre*, cit., ibidem). Anche Huvelin confrontando il testo del Digesto e quello delle Istituzioni, si era domandato, circa l'omissione del *lucri faciendi causa*, quale delle due formulazioni rappresentasse in realtà il testo originale di Paolo: quest'ultimo fu 'allongé par les redacteurs du Digeste' ovvero 'raccourci par ceux des Institutes?' (P. HUVELIN, *L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol*, cit., p. 73). La risposta data dallo studioso è netta: sarebbe stato il testo delle Istituzioni a tenersi 'le plus près de l'original', con la conseguenza che 'le passage correspondant du Digeste est probablement interpolé' (op. cit., p. 74). Più interessante è far notare, in questa sede, che numerosi studiosi hanno rifiutato di accettare come classica la tricotomia, ritenendo che il furto fosse solo ed esclusivamente possibile sulla *res ipsa* (così, tra gli altri, P. G. SEVENSTERN, *Specimen juridicum inaugurale, quo constituatur atque illustretur furti notio*, cit., pp. 13-14, che

□
 individuava come unici oggetti materiali della condotta le *res* mobili, chiarendo ulteriormente che la '*laesio*', per 'incidere in *furti* crimen' deve appuntarsi 'in re ipsa', C. F. DOLLMANN, *Die Entwendung*, cit., p. 8, J. D. H. TEMME, *Die Lehre vom Diebstahl nach preussischen Recht*, cit., p. 8, e I. M. F. BIRNBAUM, *Beiträge zur näheren Erörterung des römischen Begriff von furtum*, cit., p. 18 ss.), proprio basandosi sulla ermeneusi schirmeriana; se i tre genitivi pertengono soltanto all'intenzione lucrativa dell'agente, è evidente come sul piano oggettivo il furto venga pur sempre consumato con l'appropriazione di una *res*, risultando indifferente quale sia stata la concreta intenzione antipatrimoniale del ladro (per una ricognizione critica della tesi, nonché per una strenua difesa della classica tripartizione pauliana, cfr. TUCHSCHMID, *Furtum usus. Gebrauchsannassung*, cit., p. 2). Ancora più radicale è stata l'opinione del Perozzi, che ha ritenuto interpolato l'intero tratto '*vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*', di modo che i Romani avrebbero conosciuto esclusivamente il *furtum rei*; con la conclusione che 'i giustinianeî intorbidarono il concetto di furto e ne infransero l'unità, parlando di *furtum usus*, dove il detentore o possessore della cosa ne usa senza aver diritto all'uso che ne fa, e parlando di *furtum possessionis*, dove il possessore per certe cause o il detentore di una cosa si trasmuta, commettendo furto, in possessore *ad omnes causas*' (S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 325 nt. 1). Per l'interpolazione dell'inciso '*vel ipsius-possessionisve*' si espressero successivamente F. H. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, cit., p. 2 e dopo di lui A. WATSON, *The Definition of furtum and the Trichotomy*, cit., p. 200, per il quale le parole sotto esame sarebbero 'undoubtedly an interpolation, whether post-classical or justinianic'. Alan Watson osserva che anche il discorso sulla dipendenza del tratto da *contractatio* oppure da *lucri faciendi gratia* lo dimostrerebbe, in quanto la dipendenza da *contractatio* sarebbe 'logically absurd, since one cannot handle the use or possession of anything', mentre nella seconda ipotesi il risultato sarebbe addirittura 'ungrammatical', essendo linguisticamente più corrette forme come '*lucrum facere ex re*' o '*lucri facere rem*'. Comunque secondo il Watson i commissari di Giustiniano misero pesantemente mano sul testo per ricordare il nuovo inserimento '*vel ipsius-possessionisve*' alla locuzione *lucri faciendi gratia*; l'unico ostacolo che verrebbe a porsi contro una simile ipotesi ricostruttiva 'is that the words *lucri faciendi gratia* are not in the Institutes' (op.cit., ibidem). I dubbi maggiormente consistenti sono tuttavia stati nutriti con riferimento alla polisensa nozione di *furtum possessionis*. Già Arthur Hückel, occupandosi del tema, constatava la difficoltà di individuarne una valenza precisa, e si mostrava convinto che, a motivo della '*Vieldeutigkeit des Wortes possessio*', il concetto del furto di possesso fosse addirittura '*viel bestrittener und unsicherer als der Begriff des furtum usus*', già di per sé di non facile delimitazione (A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung*, cit., p. 30 e §4). Un decisivo contributo di chiarezza era tuttavia già venuto, a ben vedere, da Theodor Marezoll, in un breve ma denso articolo del 1825, stranamente trascurato dalla dottrina di lingua tedesca, secondo cui nel concetto in discorso afferirebbero, almeno in astratto, due possibili significati, dei quali soltanto uno avrebbe il valore di individuare un autentico *furtum possessionis*. Il Marezoll ha constatato che negli studi romanistici si è posto tradizionalmente il problema circa il riconoscimento di un furto di possesso in relazione al fatto, per esempio, del creditore pignoratizio che abbia cominciato a comportarsi come *dominus* della cosa a lui oppignorata (una simile concezione è stata difesa anche da E. PAGENSTECHE, *Pandekten-Praktikum zu Puchta's Pandekten*, Heidelberg, 1860, p. 552, allorché viene valorizzata la definizione di furto di possesso data nella parafrasi di Teofilo) ma giustamente viene fatto notare come simili fattispecie andrebbero più correttamente inquadrare nella nozione di *furtum rei ipsius*: 'Erstens würde, nach der

Potremmo quasi parlare, metaforicamente, di un ‘fiume carsico’ per descrivere il procedere della regola di diritto naturale nel corso del tempo: difatti, come ha chiarito Behrends, la disciplina decemvirale era già pianamente considerata dai *fundatores* del *ius civile* ‘als einen Hinweis auf Naturrecht, nämlich auf einen schon vom Naturrecht verbotenen, tatbestandlich extrem weitgefaßten Diebstahlsbegriff’¹⁰⁴, e l’idea di fondo sarebbe stata recepita nel commento di Paolo all’Editto ‘vermittelt durch die Rückkehr der vorklassischen Ansichten im Laufe des Prinzipats’¹⁰⁵. Quali sono le basi per queste affermazioni? Possiamo innanzitutto considerare, risalendo ai primi anni del I sec. a.C., che sia un giurista repubblicano come Quinto Mucio sia un non giurista come Cicerone, suo contemporaneo, avevano appurato la contrarietà di simili condotte con quanto richiamato dall’aggettivale ‘*honestum*’, identificato con il moralmente giusto e innato, e quindi in definitiva come una ‘*naturalis notio*’ (Cic. *fin.* 1.31), da rispettare sopra ogni altra cosa. Sulla scorta di premesse largamente debitorie delle istanze di diritto naturale¹⁰⁶, Quinto Mucio aveva

□

gewöhnlicher Ansicht, der Fall, wenn Jemand eine ihm als depositum oder Pfand anvertraute Sache dolos als Eigentümer besitzt, zu den *furtum rei ipsius* gezählt werden müssen’ (TH. MAREZOLL, *Bemerkungen, Zweifel und Vermuthungen*, cit., p. 285): ragionevolmente non si può credere che il creditore pignoratizio voglia soltanto operare, e operi di fatto, una ‘chirurgica’ appropriazione del possesso, perché normalmente la sua intenzione sarà per l’appunto quella di non restituire più la cosa (*furtum rei*), o al minimo di usarla al di fuori delle possibilità riconosciute dal diritto (*furtum usus*). Altre considerazioni valgono invece qualora sia proprio l’ordinamento a tutelare un possesso nei confronti anche del proprietario (*possessio ad interdicta*), in modo che una eventuale sottrazione dello stesso non potrà che configurare un ‘furto di possesso’, evidentemente meno grave rispetto al furto di cosa in sé ma pur sempre autonomamente rilevante: di qui il pacifico riconoscimento del c.d. *furtum rei suae*, e la sua sussunzione – tra l’altro con pratico esaurimento della categoria – nel novero dei *furta possessionis*, cioè di quei ‘Fälle, wenn man seine eigene Sache auf fremden Besitz entwende’ (TH. MAREZOLL, *Bemerkungen*, cit., p. 284).

¹⁰⁴) O. BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 226.

¹⁰⁵) BEHREND, *op.ult.cit.*, ibidem.

¹⁰⁶) Vi è chi sostiene che fino a tutta l’epoca repubblicana non vi sarebbe stata, da parte di giuristi come di scrittori non giuridici, una effettiva e reale elaborazione del diritto naturale con la produzione di portati teoretici utili per fondare o comprendere principi del diritto positivo. Tale pensiero si giova dell’autorevole presa di posizione di F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, p. 72. I dati riportati nel testo dovrebbero

negato la legittimazione attiva all'*actio furti* del ladro a sua volta derubato proprio perché sarebbe stata per lui insussistente una '*honestas causa*'¹⁰⁷, mentre Cicerone aveva negli stessi anni chiarito la fusione indissolubile tra sfera patrimoniale e sfera personale, redigendo nel *De officiis* una 'scala di valori' sensibilmente sbilanciata verso la considerazione dei detrimenti di natura patrimoniale, moralmente più dannosi e '*contra naturam*', letteralmente, 'della morte, della povertà, del dolore, e di quant'altro possa accadere alla persona fisica o ai beni esteriori':

Cic. *de off.* 3.5.21: *Sed redeo ad formulam. Detrahare igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum commodo augere magis est contra naturam quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cetera, quae possunt aut corpori accidere aut rebus externis; nam principio tollit convictum humanum et societatem*¹⁰⁸.

□

tuttavia bastare per essere di contrario avviso, non potendosi sminuire la considerazione del *ius naturale* come semplice rielaborazione acritica di concetti di origine greca.

¹⁰⁷) Quinto Mucio risolveva questioni giuridiche alla luce dei precetti del diritto naturale, e lo faceva postulando le stesse tesi esposte dal contemporaneo Cicerone nel *de officiis*; egli fondava pure su un diritto delle genti largamente tributario ai fondamenti naturalistici del diritto lo stesso canone della *bona fides*, come ampiamente dimostrato dagli studi di Okko Behrends (cfr. C. MÖLLER, *Okko Behrends als akademischer Lehrer*, in «Index», 33, 2005, p. 206).

¹⁰⁸) W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer*, cit., p. 306, M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, cit., p. 555 nt. 11, H. ASHTON HOLDEN, *M. Tulli Ciceronis de officiis libri tres with introduction analysis and commentary*, Cambridge, 1899, unchanged reprint Amsterdam, 1966, p. 362 ss., H. COING, *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in «ZSS.», 69, 1952, p. 42, A. BERGER, sv. *Naturalis lex*, in «Encyclopedic Dictionary of Roman Law», cit., p. 592, che non per nulla mette in relazione il '*contra naturam*' con il '*lege naturali*' di D. 47.2.1.3, G. BROGGINI, *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica*, in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, p. 386 nt. 100, P. FEDELI, *Il De officiis di Cicerone. Problemi e atteggiamenti della critica moderna*, in «ANRW.» 1.4, Berlin-New York, 1973, p. 388, D. NÖRR, *Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen. Zur Bedeutung literarischer Zitate bei den Juristen und zur Wirkungsgeschichte Ciceros*, in «Ciceroniana III. Atti III Colloquium Tullianum 1976», Roma, 1978, p. 145 nt. 129, A. MANTELLO, '*Beneficium servile – debitum naturale. Sen. de ben. 3.18.1 ss. – D. 35.1.40.3 (Iav. 2 ex post Lab.)*', Milano, 1979, p. 157, in cui si afferma che Cicerone discorreva, in seno alla *societas secundum naturam*, essenzialmente dei '*plures gradus del momento aggregativo*', O. BEHREND, *Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit. Die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr.*, in «Das Profil des Juristen in der

Per Cicerone anche il pragmatismo e l'importanza riconosciuta al 'fine', al di là della strumentalità dell'azione, e cioè in definitiva l'*utilitas* o l'*utile*¹⁰⁹, non potevano mai andare disgiunti dall'*honestum*, dovendosi anzi compenetrare a

□
europäischer Tradition. Symposion aus Anlass des 70. Geburtstages von Franz Wieacker», Ebelsbach, 1980, p. 44 nt. 44, dove il valore giuridico della ‚Vorstellung‘ ciceroniana risiede alla fine nella possibilità ‚Lücken, die in den positiven Rechtsordnungen im Hinblick auf die Verwirklichung dieses Prinzips auftreten, durch in ius civile transformiertes ius gentium zu erfüllen‘, C. WOLLSCHLÄGER, *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft*, in «Symposion Wieacker», 1985, p. 46 ss., J. PLESCIA, *The doctrine of boni mores in Roman Law*, in «RIDA.», 34, 1987, p. 280 nt. 65 e 67, M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, p. 140 ma soprattutto, e diffusamente, p. 163: «Schon Aristoteles hat vom Bereicherungsverbot ein ‘Urmodell’ aufgestellt mit dem Satz, daß der Richter dem Täter durch Wegnahme des Gewinns oder durch eine Schadenbuße einen Ausgleich auferlegt. Er hat aber den Satz noch nicht auf die wirtschaftliche Schädigung angewandt. Erst die (mittlere) *Stoa* hat diesen Schritt getan, und Cicero hat ihn von seinem stoischen Lehrer Poseidonios übernommen». Il divieto di arricchimento ingiustificato avrebbe quindi già assunto valore fondamentale nella filosofia aristotelica, ma sarebbe stata la *Stoa*, grazie all'impulso di Poseidonio, a compiere il passo successivo, quello di indirizzarsi anche alla considerazione di generali detrimenti di natura economica. Su altra lunghezza d'onda, argomenta A. R. DYCK, *A commentary on Cicero, De Officiis*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1996, p. 523: ‘Cicero begins by stating his *formula*, which disallows depriving others for one’s own advantage, and then advances the following arguments in its favour: 1) ...Otherwise the human *convictus* and *societas* are destroyed; 2)...the *formula* agrees with the *leges populorum*, which provide sanctions against such behaviour; 3)...The virtues, especially *magnitudo animi* and *iustitia*, are in accord with Nature, not so the pursuit of pleasure and the external goods’. Si leggano ulteriormente anche L. V. CIFERRI, *Conoscenza e concezione del diritto in Cicerone*, in «RIDA.», XLI, 1994, p. 150 nt. 16, D. SCHANBACHER, *Die Gegenwart der Geschichte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in «Iurisprudentia universalis», cit., p. 652 nt. 85, G. FALCONE, ‘*Obligatio est iuris vinculum*’, Torino, 2003, p. 150 nt. 403, G. VALDITARA, *Attualità del pensiero politico di Cicerone*, in AA.VV., *Cicerone e la politica. Atti del convegno di diritto romano, Arpino 29 gennaio 2004* (cur. F. SALERNO), Napoli, 2004, p. 88 nt. 9, secondo cui ‘quando...si attenta alla proprietà sistematicamente, per Cicerone il rischio è che si dissolva la stessa società, che è poi quella su cui si fonda lo stato’, C. D’ALOJA, *Legge di natura e lotta politica nell’opera di Cicerone*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano» (curr. D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE), Pavia, 2007, p. 157 nt. 123, G. TURELLI, *Societas quam ingeneravit natura. Brevi considerazioni sul concetto di societas in Cicerone*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., p. 171 nt. 34.

¹⁰⁹) Per le amplificazioni concettuali, cfr. M. VIELBERG, *Pflichte, Werte, Ideale. Eine Untersuchung zu den Wertvorstellungen des Tacitus*, Stuttgart, 1987, p. 22 ss.

vicenda secondo l'insegnamento della *Stoa*¹¹⁰, la scuola filosofica fondata ad Atene nel III sec. a.C. da Zenone di Cizio¹¹¹.

Con riferimento al furto e alle altre sottrazioni patrimoniali la reiezione dell'opposto avviso manifestato dai Peripatetici e dagli Scolarchi dell'Accademia aveva una sua indubbia giustificazione: l'*utile* non poteva offuscare l'*honestum*. Sotto altri riguardi, tuttavia, l'autorizzazione ad effettuare l'operazione inversa, scambiando l'*utile* con l'*honestum*, poteva portare a considerare '*pulcherrimum*' (dal punto di vista dell'ideologo) un fatto cruento come l'uccisione di Giulio Cesare, invisibile a molti come attentatore delle libertà repubblicane (e difatti l'implicito riferimento è contenuto proprio in Cic. *de off.* 3.5.19).

Accanto all'attività ordinatrice e di conformazione della natura, e cioè del diritto naturale, si spiegano gli analoghi regolamenti del *ius gentium*¹¹², che hanno poi irradiato la totalità degli ordinamenti positivi, le '*leges populorum*'¹¹³, facendoli risultare per Cicerone perfettamente conformi a natura¹¹⁴, ad una '*naturalis ratio*' identificata con una '*lex divina et humana*'¹¹⁵.

□

¹¹⁰) Per i rapporti tra pensiero giuridico romano e *Stoa* v. O. SACCHI, *Le nozioni di stato e di proprietà in Panezio e l'influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell'epoca scipionico-cesariana*, in «RIDA.», 52, 2005, p. 327 nt. 6.

¹¹¹) Per gli influssi esercitati dallo stoicismo greco su Cicerone, v. *praecipue* K. SCHINDLER, *Die stoische Lehre von den Seelenteilen und Seelenvermögen insbesondere bei Panaitios und Poseidonios und ihre Verwendung bei Cicero*, München, 1934, J. VOGT, *Römische Geschichte I. Die römische Republik*, Freiburg, 1951, pp. 188 ss. e 333, e M. POHLENZ, *Antikes Fuhrentum: Cicero de Officiis und das Lebensideal des Panaitios*, Amsterdam, 1967.

¹¹²) M. LAURIA, *Ius gentium*, in «Festschrift Koschaker», I, P. FREZZA, *Ius gentium*, in «Mélanges De Visscher», I, G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946, ID., *Sul concetto di ius gentium*, Milano, 1947, J. BLEICKEN, *Die Verfassung der römischen Republik: Grundlagen und Entwicklung*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1989, p. 174 e soprattutto K.-H. ZIEGLER, *Ius gentium als Völkerrecht in der Spätantike*, in «Collatio iuris romani. Études Hans Ankum», II, 1995, p. 677 ss.

¹¹³) Cicerone considerava difatti il diritto naturale normalmente trasfuso negli ordinamenti positivi: P. L. SCHMIDT, *Die Abfassungszeit von Ciceros Schrift über die Gesetze*, (=Collana di studi ciceroniani, IV), Roma, 1969 (1970), p. 206.

¹¹⁴) Per la specifica considerazione del diritto naturale nell'opera di Cicerone, cfr. per tutti TH. MAYER-MALY, *Gemeinwohl und Naturrecht bei Cicero*, in «Völkerrecht und

Cic. *de off.* 3.5.23: *Neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est*¹¹⁶, *ut non liceat sui commodi causa*

□

rechtliches Weltbild. Festschrift Verdross», Wien, 1960 (ID., *Das neue Cicerobild*, Darmstadt, 1971, p. 371 ss.), U. KNOCH, *Ciceros Verbindung der Lehre vom Naturrecht mit dem römischen Recht und Gesetz*, in AA.VV., *Cicero – Ein Mensch seiner Zeit*, Berlin, 1968, p. 38 ss., R. A. HORSLEY, *The Law of Nature in Philo und Cicero*, in «HThR.», 71, 1978, p. 35 ss., K. GIRARDET, *Die Ordnung der Welt. Ein Beitrag zur philosophischen und politischen Interpretation von Ciceros Schrift de legibus*, Wiesbaden, 1983, G. HAMZA, *Bemerkungen über den Begriff des Naturrecht bei Cicero*, in «Studi Gallo», I, 1997, p. 349 ss., A. SCHIAVONE, *Leggi di natura o convenzione sociale? Aristotele, Cicerone, Ulpiano sulla schiavitù merce*, in «Schiavi e dipendenti nell'ambito dell'oikos e della familia», cur. M. MOGGI e G. CORDIANO, Pisa, 1997, p. 179 ss. Una speciale menzione merita J. DAZA MARTÍNEZ, *Ius naturale en el derecho romano clásico*, in «Estudios de derecho romano en memoria de Benito Remando Yanes», I, Burgos, 2000, p. 142 ss.

¹¹⁵) Ha allora esattamente osservato P. CERAMI, *'Lex aeterna' e 'ius naturale': alle origini della giuridicità*, in «Index», 34, 2006, p. 78 che 'il diritto naturale ed, in particolare, la *naturae ratio* (che sta a fondamento non soltanto della *lex aeterna* o *divina* e della *lex naturalis*, ma anche della *lex humana: de off.* 3.5.29), non è una entità metafisica e metastorica, sibbene una entità positiva e storica'.

¹¹⁶) Interessante si rivela l'impiego da parte di Cicerone del costrutto '*constitutum est*', con allusione chiara alla *receptio* giurisprudenziale di soluzioni e impostazioni procedenti da una *naturae ratio*, e mediatamente dal *ius gentium*, cui l'Arpinate tende anzi a sovrapporre lo stesso *ius naturale*, come denota l'impostazione discorsiva ('*natura, id est iure gentium*') secondo assunzioni che verranno fatte proprie anche da Gaio, nel manuale di Istituzioni, ponendo a base del *ius gentium* la stessa '*naturalis ratio*': '*Quos vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocatur ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*' (Gai. 1.1: sul tema v. TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*³, cit., pp. 14 nt. 5 e 16 nt. 9, da cui si è voluto ricavare il preciso messaggio che 'das *ius gentium* tritt mit der Präention auf ein Recht zu sein, das bei allen Völkern gelte', G. LOMBARDI, *Diritto romano e 'ius gentium*', in «SDHI.», 16, 1950, p. 259, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano. Introduzione allo studio del diritto romano*³, Napoli, 1959, pp. 39-40, 172, 189, 244, 302, 418, 452, 512, B. SCHMIEDEL, *Consuetudo im klassischem und nachklassischen römischen Recht*, Graz-Köln, 1966, pp. 12 e 107 nt. 1, G. GROSSO, *Riflessioni su 'ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium' nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma*, in «Studi G. Donatuti», I, Milano, 1973, p.444, J. E. SPRUIT, *Enchiridium. Overzicht van de geschiedenis van het Romeins privaatrecht*, Deventer, 1975, p. 75 ss., F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, cit., p. 345, N. SCAPINI, *Influenza del fattore storico e della tradizione nella sistematica classica e giustiniana*, p. 387 nt. 7, in AA.VV., *Prospettive*, cit., H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius, Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Amsterdam, 1978, p. 84 ss., A. MANTELLO, *'Beneficium'servile'-'debitum naturale*, cit., p. 197 nt. 16, W.

□

WALDSTEIN, *Gewohnheitsrecht und Juristenrecht in Rom*, in «De iustitia et iure. Festgabe Ulrich von Lübtow», Berlin, 1980, pp. 113-114 e 119, PH. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel (II^e et III^e siècles)*, in «SDHI.», 47, 1981, p. 205 ss., V. ILARI, *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano tra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, Milano, 1981, p. 75, G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, in «AUPA.», 39, 1987, p. 151 ss., in cui addirittura si scorge un anticipo e in fase germinale un principio di differenziazione tra *ius publicum* e *ius privatum*, illazione apparsa subito esagerata a F. GALLO, *rec. a ARICÒ ANSELMO, Partes iuris*, cit., in «IURA.», 38, 1987, p. 200, J. DAZA, *'Aequitas et humanitas'*, in «Estudios Iglesias», III, cit., pp. 1219 e 1220 nt. 38, V. M. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politico-finanziaria sotto i Severi*, Napoli, 1988, p. 53 nt. 69, che annota la completa fusione nell'ottica gaiana di *populus* e *civitas*, in contrasto con altri passi dello stesso Gaio, L. C. WINKEL, *Einige Bemerkungen über ius naturale und ius gentium*, in «Festschrift Wolfgang Waldstein», Stuttgart, 1993, pp. 448-449, G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, p. 55, F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., p. 26 nt. 42, R. LAMBERTINI, *Sull'esordio delle Istituzioni di Marciano*, in «SDHI.», 61, 1995, p. 272 nt. 3, M. BRETONI, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, p. 134 nt. 33, L. LABRUNA, *'Natura debere'*, in «Tradere ed altri studii», Napoli, 1998, p. 156 nt. 24, H. L. W. NELSON, U. MANTHE, *Gai institutiones*, cit., pp. 220, 323, 325 ss., R. KNÜTEL, *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, in «Mélanges F. Sturm», I, 1999, p. 246 nt. 16, L. WINKEL, *Quelques remarques sur les traités d'assistance juridique et sur l'existence du droit international privé dans l'antiquité*, in «Mélanges Sturm», cit., p. 573, dove si nota come in effetti per Gaio 'le *ius gentium* repose sur la *naturalis ratio* qui est accessible à tous les êtres humains', S. SCHIPANI, *Il contratto e il sistema giuridico latinoamericano*, in «Mélanges Sturm», II, cit., p. 1293, J. DAZA MARTÍNEZ, *Ius naturale*, cit., pp. 147 nt. 43 e 156 nt. 104, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Conceptos y dicotomías del ius*, in «Estudios de derecho romano en memoria de Benito Reimundo Yanes», I, cit., pp. 254 nt. 31, 264 nt. 89, 265 nt. 95, TH. MAYER-MALY, *Juristische Reflexionen über ius I*, in «ZSS.», 117, 2000, p. 14 nt. 66, G. FALCONE, *'Obligatio est iuris vinculum'*, cit., p. 159, S. LONGO, *Filius familias se obligat?*, cit., pp. 89 nt. 95 e 155 nt. 129, A. CASTRESANA, *Algunas notas para un ensayo de ius gentium hoy en Europa: el valor de la palabra en el derecho romano*, in «Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo», Barcelona, 2006, p. 227 nt. 9, L. ATZERI, *Natura e ius naturale fra tradizione interna ed esterna al Corpus Iuris giustiniano*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., p. 731 ss.). Sembra allora da escludere che l'espressione '*constitutum est*' rimandi sempre e necessariamente all'atto di imperio e alla regolamentazione autoritativa, adducendo la natura spuria del *constituere* e del *constitutum est* ogni qual volta lo si trovi usato in epoca anteriore al principato, come ha ritenuto F. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva all'actio furti. I Sulla questione 'an furti agere potest'*, in «AUBA.», 10, 1949, p. 55 ss. (=ID., *Scritti varii di diritto romano*, III, Bari, 1987, p. 307 ss.), con riferimento a D. 47.2.14.4, '*Iulianus quoque libro vicensimo secundo digestorum scribit: quia in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sunt, non habebit furti actionem is, apud quem res deposita est, quamvis periculo eius esse res coeperit qui eam contrectavit*'; già il G. KLINGENBERG, '*Constitutum est* in D. 47.2.14.4', in «RIDA.», 46, 1999, p. 247, ha infatti efficacemente replicato che occorre vedere nel passaggio '*quia in omnium furum persona constitutum est*' «nicht einen Verweis auf eine kaiserrechtliche Normierung, sondern auf Juristenrecht», e il *constituere* come argomento di adattamento e ricevimento di *input* da

nocere alteri. Hoc enim spectant leges, hoc volunt, incolumem esse civium coniunctionem, quam qui dirimunt, eos morte, esilio, vinclis, damno coercent. Atque hoc multo magis efficit ipsa naturae ratio, quae est lex divina et humana; cui parere qui velit – omnes autem parebunt, qui secundum naturam volent vivere – numquam committet ut alienum appetat et id, quod alteri detraxerit, sibi adsumat ¹¹⁷.

□

parte della scienza giuridica, al di là di eteroimposizioni da parte di organi del potere pubblico, risulta ulteriormente attestato ancora in Cic. *pro Caec.* 40, ‘*ius nobis...constituere*’ (‘istituire per noi una giurisprudenza’).

¹¹⁷) V. M. VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, I, Leipzig, 1856, rist. Aalen 1966, pp. 65 e 67, 70, HEINZE, *Archiv der latein. Lex.* 15, 1908, p. 97, TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*³, cit., p. 5 nt. 3, D. DAUBE, *On the use of the term damnus*, cit., p. 128 nt. 166, G. GROSSO, *Gai III, 133: riflessioni sul concetto del ius gentium*, in «Mélanges F. De Visscher», in RIDA. n.s. 2, 1949, p. 397, ora edito pure in ID., *Scritti storico giuridici I Storia diritto società*, cit., p. 231, H. A. RABIE, *L’acte juridique ‘post mortem’ en droit romain: validité et fonction*, Milano, 1955, p. 371 nt. 5, J. MICHEL, *Sur les origines du ‘ius gentium’*, in «RIDA.», 3, 1956, p. 339, H. STRASBURGER, *Poseidonios on problems of the Roman Empire*, in «The Journal of Roman Studies» (JRS.), 55, 1965, p. 51 nt. 88, D. LIEBS, *Damnus, damnare und damnas*, cit., p. 186 nt. 51, M. BALZARINI, *Cic. Pro Tullio e l’editto di Lucullo*, cit., p. 370 nt. 141, C. GIOFFREDI, *Sulla concezione romana della pena*, in «Studi E. Volterra», II, cit., p. 336 nt. 11, E. J. H. SCHRAGE, *Libertas est facultas naturalis. Menselijke vrijheid in een tekst van de romeinse jurist Florentinus*, Leiden, 1975, p. 45 nt. 16, D. NÖRR, *Pomponius oder ‘Zum Geschichtverständnis der römischen Juristen*, in «ANRW.», II 15, Berlin, 1976, p. 591 nt. 422, L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, cit., p. 260, in cui si individua non tanto la problematicità del binomio diritto naturale-*ius gentium*, quanto piuttosto, e forse più perspicuamente, ‘la tricotomia naturale-gentium-civile, e si può dire in generale che i primi due termini vengono utilizzati come richiamo extra-giuridico per avvalorare principi di comportamento: un caso tipico è offerto in tal senso da Cic. *De off.* 3,5,23 ove si dice che il principio, secondo cui *non liceat sui commodi causa nocere alteri* è sancito contemporaneamente dalla natura, cioè dal diritto delle genti, e dalle leggi dei popoli’, H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius*, cit., p. 173, PH. DIDIER, *Les diverses conceptions*, cit., pp. 199 nt. 12 e 205 nt. 61, TH. MAYER-MALY, *Das ius gentium bei den späteren Klassikern*, in «IURA.», 34, 1983, p. 100 nt. 65, P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, 1990, p. 43 nt. 90, R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, cit., p. 13 nt. 37 e 14 nt. 40, W. WALDSTEIN, *Cicero, Servius und die ‘Neue Jurisprudenz’*, in «IURA.», XLIV, 1993, p. 138, L. V. CIFERRI, *Conoscenza e concezione del diritto in Cicerone*, cit., p. 144 nt. 7 e soprattutto e più nello specifico p. 167 nt. 56, dove si parla della contestazione kaseriana della tesi di O. Behrends che vede in questo passo ‘una recezione muciana di origine stoica’, H. L. W. NELSON, U. MANTHE, *Gai institutiones*, cit., p. 323, A. R. DYCK, *A commentary on Cicero, de officiis*, cit., p. 527 ss., J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im römischen Reich*, cit., p. 21 nt. 58, O. BEHRENDTS, *Die Lebendige Natur eines Baumes und*

A conferma di quanto più sopra rappresentato, anche Giuseppe Falcone, occupandosi recentemente della testimonianza, ha potuto definirla ‘assai rilevante, non solo in quanto i comportamenti riassunti in termini di *detrahere alteri aliquid* e *appetere alienum* sono predicati come contrari alla *naturae ratio*, ma anche perché è compiuta una esplicita giustapposizione tra *natura/ius gentium* e statuizioni positive di singole *civitates*’¹¹⁸.

Il rapporto di tensione tra *natura* e *lex* si appalesa con le considerazioni di Gaio circa il referente del carattere di flagranza nel furto, così come riprodotte nel paragrafo 194 del terzo libro delle Istituzioni: ci viene detto che solo la *natura* può concorrere a chiarire e determinare positivamente condotte criminose e qualifiche soggettive attribuite ai trasgressori delle grandi figure di crimini, le quali rinvergono un sostrato naturalisticamente intuitivo (*furtum*, ma anche, ad evidenza, *homicidium* e *adulterium*), non potendo la *lex* in alcun modo immutare quelle nozioni e quelle qualifiche: la *lex* non può far sì che un ladro non flagrante (situazione naturalistica non modellabile secondo schemi nomologici) sia da considerare come *fur manifestus*, così, come non può elidere i dati fattuali per cui taluno, in presenza di omicidio o adulterio, possa e debba essere chiamato *homicida* o *adulter*. La *lex* quindi non solo deve tollerare il limite del rispetto del *ius*, come noto, ma è anche ancorata ad una ulteriore necessità di rispetto conformativo, quello sorgente dalla *natura*; la *lex* potrà invece istituire e estendere sanzioni a fattispecie pur strutturalmente

□

die menschliche Struktur eines Bauwerks. Eine dualistische Entscheidungsbegründung aus dem vorklassischen Servitutenrecht und ihre theoretische Begründung nebst dem klassischen Gegenbild, in «Quaestiones iuris. Fs. für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag», hergestellt von U. MANTHE und C. KRAMPE, Berlin, 2000, p. 8 nt. 10, F. J. ANDRÉS SANTOS, ‘*Ius gentium*’ en la ombra de Tácito, in «Labeo», 2001, p. 441 nt. 15, L. LANTELLA, E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, cit., p. 35 nt. 30, C. D’ALOJA, *Legge di natura e lotta politica*, cit., ibidem, J.-L. FERRARY, *Le droit naturel dans les exposés sur les parties du droit des traités de rhétorique*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., p. 94 nt. 59-60, G. MANCINETTI, *La naturalis ratio e la critica degli ordinamenti particolari in Gaio. La nulla pretiosa ratio dei Romani e la lex dei Bitini in tema di tutela mulierum*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., pp. 479 nt. 12 e 491 nt. 28.

diverse, e tanto farà esclusivamente *quoad poenam*, procedendo in maniera inevitabilmente fattizia e sovrastrutturale. Nello specifico, come opportunamente rilevato da Laura Pepe, l'istituzionista classico non avrebbe creduto a una equiparazione '*natura*' tra l'ipotesi della refurtiva ritrovata di seguito a *quaestio lance licioque* e quella del furto manifesto, essendo soltanto ordinata 'una punizione pari a quella prevista per il *furtum manifestum*'¹¹⁹.

Gai 3.194: *Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt qui scribunt furtum manifestum aut lege intellegi aut natura: lege id ipsum de quo loquimur, natura illu de quo superius exposuimus. Sed verius est natura tantum manifestum furtum intellegi. Neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit. At illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admiserit*¹²⁰.

3. Il *furtum* come delitto antipatrimoniale. Rapporti con la *nox* in contrapposizione ai delitti contro la persona.

Da quanto si è detto nel primo paragrafo, e da quanto verrà più specificamente precisato nel seguente, potrebbe ritenersi – e senza dubbio, *prima facie*, a ragione – che l'unitaria considerazione di un comprensivo illecito antipatrimoniale dovrebbe trovare un appiglio nelle fonti.

La specificità di un simile illecito dovrebbe essere puntualizzata e 'messa a fuoco' in contrapposizione agli illeciti di diversa natura, comportanti una

□

¹¹⁸) G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., ibidem.

¹¹⁹) L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, cit., p. 95 nt. 130.

¹²⁰) Su questa distinzione tra flagranza naturale e flagranza legale si veda E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, cit., p. 109 nt. 2. Sul testo è da

lesione della sfera personale dei soggetti offesi. Al riguardo, è nota la contrapposizione formulata dal De Visscher tra *vindicta* e *noxa*, termini che designerebbero rispettivamente ‘les lésions corporelles ou *iniuriae*’¹²¹ e ‘les atteintes au patrimoine’¹²².

La differenziazione proposta è stata forse presa ‘di peso’ da chi ha avuto modo di studiarla, senza avvertire le ineludibili problematicità con cui lo stesso De Visscher ha dovuto fare i conti.

Tanto per proporre un esempio, Giuseppe Grosso, nel discorrere di questa ‘distinzione primitiva’¹²³ ha chiarito che ‘le varie sanzioni dello stesso *furtum manifestum*...e...il livellamento con cui tali concetti ci si presentano nello sviluppo dell’epoca storica mostrano che, se anche la distinzione coglie un nucleo originario, in realtà si trattava di atteggiamenti concreti di un concetto generico di esposizione e abbandono alla vendetta privata’¹²⁴.

Forse si dovrebbe prendere in considerazione, prima di tutto, il fatto che lo stesso De Visscher non elude una criticità fondamentale emersa nello studio della citata bipartizione, e cioè che ‘un fragment des XII Tables nous avertit qu’au sens propre *noxa* n’embrasse pas le *furtum*’.

In D. 9.4.2.1¹²⁵ leggiamo in effetti:

□

ultimo intervenuto G. MANCINETTI, *La naturalis ratio e la critica degli ordinamenti particolari in Gaio*, cit., p. 495 nt. 32.

¹²¹) DE VISSCHER, *Vindicta et noxa*, cit., p. 240.

¹²²) DE VISSCHER, *Vindicta et noxa*, cit., p. 241.

¹²³) G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 151.

¹²⁴) GROSSO, *op.ult.cit.*, p. 152.

¹²⁵) Cfr. E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystem²*, I, Bonn, 1853, (§ 105), p. 355 nt. 11, W. KALB, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig, 1890, p. 48, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 98, B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, I, Palermo, 1920, p. 208, F. PRINGSHEIM, *Die archaistische Tendenz Justinians*, in «Studi in onore di P. Bonfante», I, 1929, p. 567 nt. 96 (= ID., *Gesammelte Abhandlungen*, II, Heidelberg, 1961, p. 22 nt. 96), F. H. LAWSON, *Negligence in the civil law and select texts*, cit., p. 14 nt. 2 e 4, L. CHEVAILLER, *Contribution à l’étude de la complicité*, cit., p. 221 nt. 66, B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in «BIDR.», 70, 1967, p. 149 ss., B. VONGLIS, *Sententia legis. Recherches sur l’interprétation de la loi dans la jurisprudence classique*, Paris, 1967, p. 172 nt. 1 (il quale considera il passo inquinato da un intervento interpolatorio, soluzione apparsa tuttavia ‘ungerechtfertig’ a H. HAUSMANINGER, *rec. a VONGLIS, Sententia legis*, cit., in «ZSS.», 85, 1968, p. 485 ; a p.

D. 9.4.2.1 (Ulp. 8 *ad Ed.*): *Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi.*

□

488 l'Hausmaninger nota semplicemente che in D. 9.4.2.1 'Celsus...über die *ratio* und *voluntas* der *lex Aquilia* im Verhältnis zur *lex duodecim Tabularum* spricht'), GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., p. 121-122, D. NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, in «ZSS.», 89, 1972, p. 66 nt. 223, J. GAUDEMET, *Le droit privé romain*, Paris, 1974, p. 318 ss. (recensito da R. WITTMANN, in «ZSS.», 92, 1975, p. 460), A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*, cit., p. 85 nt. 20, F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel II secolo d.C.; il senso del passato*, in «ANRW.», XIV, 1976, p. 33 ss. (anche se la concezione estrapolata da D. 9.4.2.1 è parsa a WIEACKER, *Juristen und Jurisprudenz im Prinzipat*, in «ZSS.», 94, 1977, p. 327 'vielleicht zu subtil'; comunque sia, si leggano anche i commenti di U. MANTHE, *rec. a CASAVOLA, Giuristi adrianei, con note di prosopografia e bibliografia su giuristi del II sec. d.C.*, Napoli, 1980, in «ZSS.», 99, 1982, p. 423), G. L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano, 1976, p. 79, F. WIEACKER, *Offene Wertungen bei den römischen juristen*, in «ZSS.», 94, 1977, p. 30 nt. 105, G. TILLI, 'Dominus sciens' e 'servus agens', in «Labeo», 23, 1977, p. 22 ss., B. W. FRIER, *Tenant's Liability for Damage to Landlord's Property in Classical Roman Law*, in «ZSS.», 95, 1978, p. 256 nt. 69 e p. 259 nt. 75 ('the dominus is fully liable on his own account for the act of his slave'), A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht (III. Züricher Studien zur Rechtsgeschichte)*, Zürich, 1979, p. 59 nt. 215, H. P. BENÖHR, *Zur Haftung für Sklavendelikte*, in «ZSS.», 97, 1980, p. 275 ss., T. GIMENEZ-CANDELA, *Sobre la 'scientia domini' y la acción de la ley Aquilia*, in «IURA», 31, 1980, p. 128 ss., R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in «ZSS.», 100, 1983, p. 414 nt. 310, Á. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces de la responsabilidad por culpa*, cit., p. 189 nt. 571, H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*⁵, Wien, 1996, pp. 41 e 100, G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., p. 56 nt. 428 (seppure soltanto in riferimento alla nossalità dell'*actio legis Aquiliae*), A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, cit., p. 240 nt. 1024, B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine. Damnum iniuria datum*, Bâle-Francfort-sur-le-Main, 1997, pp. 79 nt. 171 e 152 nt. 16, B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, cit., pp. 212 e 225, M. POLOJAC, *Nature of noxal actions and noxal liability*, in «Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies», VI, Brno-Trnava, 2000, p. 161 ss., C. A. CANNATA, *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in «Cunabula iuris. Scritti storico giuridici per Gerardo Brogginì», cit., pp. 71 e 72 nt. 63, F. CUENA BOY, *Una storia dell'interpretazione*, cit., p. 69 nt. 152, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 245 nt. 10 e ss., M. T. FÖGEN, *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*, trad. it., Bologna, 2005, p. 172, S. KNOCH, *Sklavenfürsorge*, cit., pp. 199 nt. 5 e 200 nt. 6.

A seguire, si riporta anche il relativo versetto decemvirale¹²⁶, trådito nell'ottantaseiesimo libro *digestorum* di Salvio Giuliano:

Sed si placeat, quod Iulianus libro octagensimo sexto scribit, 'si servus furtum faxit noxiamve nocuit' etiam ad posteriores leges pertinere, potest dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio.

Ora, non ci interessa tanto l'introduttivo *dictum* celsino, per cui qualora un servo abbia commesso un furto o causato un altro danno il suo *dominus* non sarebbe comunque tenuto *nomine proprio*, giusta la normativa decemvirale (e a differenza di quanto previsto *ex lege Aquilia*), ma sarebbe semplicemente convenibile con un'*actio noxalis* intentata *servi nomine*.

Qui preme infatti sottolineare l'inciso '*si servus...furtum fecit vel aliam noxam commisit*': è vero che si potrebbe addirittura ritenerlo un ulteriore conforto alla tesi per cui il furto è una *nox*, ma la legge avrebbe considerato anche altre *noxae* diverse dal furto¹²⁷; tuttavia si dovrebbe comprendere come mai la formula tralatizia decemvirale abbia voluto far emergere il *furtum* in maniera separata rispetto ad ogni altra *nox* (tenendo presente che nel testo della *lex antiqua* sarebbe comparsa una enclitica *-ve* e non una disgiuntiva *vel*), dando quindi ragione del complesso rapporto intercorrente - almeno a prima vista - tra il *furtum* e la *nox*¹²⁸, tanto più significativo in quanto affonderebbe le sue origini in epoca decemvirale.

□

¹²⁶) Che è *Tab. XII.2.a.*: '*Si servus furtum faxit noxiamve no[x]it*' (a proposito del quale v. P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 249 nt. 25).

¹²⁷) In quest'ottica, cfr. lo stesso G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, cit., p. 33: 'Orbene noi sappiamo che nelle XII Tavole erano contenute norme specifiche riguardanti illeciti che pur dovevano rientrare nel concetto ampio di *nox*/*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/nox* fosse ricompreso pure il furto: «*si servus furtum fecit vel aliam noxam commisit*», ove *alia* è chiarificatrice'.

¹²⁸) Sulla *nox*, cfr. C. R. DE LISOWSKI, *sv. Noxa und noxia*, in «PWRE.», suppl. VII, c. 587 ss. e E. GINTOWT, *rec. a DE LISOWSKI, sv. Noxa*, cit., in «Annales d'histoire du droit», Poznan, 1948, p. 155 ss.

Il *'furtum facere'* e il *'noxiam nocere'* potrebbero rappresentare, per dirla in breve, anche due entità distinte. Tuttavia l'argomentare del De Visscher si arricchisce di ulteriori notazioni. In D. 9.4.2.1, come in tutti gli altri passi in cui ricorre analoga espressione (penso soprattutto al famosissimo D. 19.1.11.8 Ulp. 32 *ad Ed.*¹²⁹, dove Nerazio, giurista di epoca adrianea, considera inclusa nell'*actio ex empto*, forse per la prima volta, la garanzia che il servo venduto sia *'furtis noxisque solutum'*¹³⁰) *furtum* e *noxa* indicano l'atto illecito, non le sue appendici sanzionatorie, che ad un più attento esame potrebbero risultare identiche.

Esiste infatti un principio caratteristico del diritto romano, per cui *'noxa caput sequitur'*¹³¹, in cui *noxa* non esprime l'atto illecito produttivo di danno,

□

¹²⁹) Per alcune implicazioni di sistema sollevate da D. 19.1.11.8 cfr. D. NÖRR, *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19.1.43 sq.)*, München, 2005, p.52 nt. 168.

¹³⁰) La produzione di un *damnum* e la commissione di un furto – riecheggianti il disposto decemvirale – ricorrono spesso entrambi in un'unica espressione endiadica, come in un altro noto passo in cui pure è riferita una presa di posizione del giurista sannita: D. 15.1.9.1 (Ulp. 29 *ad Ed.*), *'Plane si conservus dedit damnum vel subripuit, in peculium videtur haberi, et ita Pomponius libro undecimo scribit: nam et si quid dominus a beo qui rem peculiarem subripuit vel consecutus est vel consequi potest, in peculium esse ei imputandum Neratius libro secundo responsorum scribit'* [per uno studio recente del passo, si veda M. A. LIGIOS, *'Ademptio peculii' e revoca implicita del legato: riflessioni su D. 34.4.31.3 (Scaev. 14 Dig.)*, in «Index», 34, 2006, p. 544]

¹³¹) La proposizione *noxa caput sequitur* è stata studiata con particolare attenzione nella dottrina giusromanistica a partire da F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle*, Bruxelles, 1947, *passim*, secondo il quale in essa *'caput'* avrebbe designato la persona fisica, in base a quelli che Milena Polojac ha definito *'convincing arguments'* (POLOJAC, *Nature of noxal actions*, cit., p. 154). Sul principio *noxa caput sequitur*, cfr. ancora POLOJAC, *op.cit.*, p. 153 ss. Il principio per cui *'il danno segue il capo'* si trova esplicitato in un frammento ulpiano tolto dal libro 41 su Sabino: *'Quamdiu vivit is, qui furtum fecit, non perit furti actio; aut enim sui iuris est is, qui furtum fecit, et cum ipso actio est aut alicui iuris esse coepit et actio furti cum eo est, cuius potestati subiectus est; et hoc est, quod dicitur: noxa caput sequitur'* (D. 47.2.41.2: sul passo v. S. LONGO, *Filius familias se obligat?*, cit., pp. 2 nt. 2, 3 nt. 3 e 281 nt. 31). Coloro che, come il Valditara, ritengono la *noxa* un *aliud* rispetto al *damnum*, perché quest'ultimo –almeno in origine – avrebbe designato la distruzione materiale di un bene e non un comprensivo danno patrimoniale, non tengono forse in debita considerazione tutta una serie di passi in cui *noxa* e *damnum* assumono significati identici, in particolare D. 47.9.9 (che riporta il testo di Tab. VIII.10) e D. 50.16.238.3 (cfr. sul punto, con cenni a tutto un conforme filone dottrinale, F. M. D'IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli, 2003, p. 134).

ma il diritto che sorge in seguito alla sua commissione¹³². Questo passaggio dall'atto al diritto consiste in una operazione di natura giurisprudenziale recentemente indagata da Stolfi; lo studioso toscano ha messo in luce quelle che dovevano essere le tecniche di costruzione dei concetti giuridici romani, e segnatamente la metodica di ragionamento lungo un 'asse metonimico'¹³³, nel quale mi sembra possa inserirsi la veduta trasposizione.

Ecco le parole con cui l'illustre professore di Lovanio esprime il nucleo centrale di questo ragionamento:

‘Seulement, par une de ces images familières au langage primitif et populaire, le mot *noxa* indique au même temps le droit qui naît du délit, comme dans l'adage fameux ‘*noxa caput sequitur*’: le délit, c'est à dire la réaction sociale qu'il provoque, s'attache à la tête du coupable. Pris en ce sens, le mot *noxa* semble désigner indifféremment le droit qui naît d'un dégât matériel ou du *furtum*'¹³⁴.

Ecco perché se da un punto di vista sostanziale i concetti di furto e danneggiamento non sembrano avere molte coordinate in comune, pare proprio che, *re melius perpensa*, quelle stesse coordinate possano essere

□

¹³²) La fondamentale esigenza di rinvenire un orizzonte dogmatico entro cui condurre la lettura di D. 9.4.2.1 dipende proprio, in ultima analisi, dalla corretta interpretazione del segno 'noxa'. Non poteva che accorgersene uno studioso della taglia di NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, cit., p. 67 nt. 233: 'hierbei (n.d.a., cioè nel *l.c.*) geht es primär um die Auslegung des Wortes *noxa*'. Ora, il fatto che la frase '*noxa caput sequitur*' sia stata considerata come una vera e propria regola soltanto in un periodo relativamente tardivo, potrebbe fornire più di un indizio per concludere che il significato tecnico ad essa correntemente attribuito non potè che affermarsi dopo un lungo percorso (sul piano logico) di tappe intermedie. Il Nörr sul punto è stato ancora più chiaro e preciso: 'Daß gerade sie niemals als *regula* bezeichnet wurde, ist nur ein weiteres Indiz für die erst sehr spät erreichte Technizität dieses Ausdrucks' (NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, cit., p. 66). Lo studioso tedesco ha in effetti notato come la pretesa regola venga spesso introdotta nelle fonti giuridiche antepoendo espressioni come '*quod dicitur*', interpretabile come sostanzialmente corrispondente al generico e 'metagiuridico' '*vulgo dicitur*'.

¹³³) L. LANTELLA, E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, cit., p. 172 ss.

¹³⁴) DE VISSCHER, *Vindicta et noxa*, cit., p. 239.

rintracciate considerando il cennato trasferimento di significato, permettendoci quindi di sottoscrivere l'affermazione mommseniana per cui nel pur sedimentato linguaggio giuridico 'die *noxa* das *furtum* einschliesst'¹³⁵.

4. La primitiva interferenza con ipotesi di 'Sachbeschädigung'.

La lettura di D. 9.4.2.1 si presta, secondo un'altra chiave di lettura, a fornire elementi di sostegno a quanti sono propensi a credere che prima dell'approvazione della *lex Aquilia* potesse valere una nozione ampia di 'illecito antipatrimoniale', comprensiva del furto propriamente inteso così come del danneggiamento materiale o deterioramento di una cosa mobile. Nel testo, in effetti, Celso ha voluto soltanto parlare della differenza di regime tra la *lex XII Tabularum* e la legge Aquilia: ma quando fa riferimento al regime della legge 'antiqua' (cioè delle Dodici Tavole), egli richiama inopinatamente il *furtum facere* in accostamento al *noxam committere*, mentre nel prosieguo, chiaramente, l'accenno allo stato di cose derivante *ex lege Aquilia* escluderebbe *ex se* un qualsiasi rilievo del *furari*, ovviamente escluso dal catalogo delle condotte incriminate dal plebiscito del 286 a.C.

In breve, ci si aspetterebbe di leggere: '*nam in lege antiqua, si servus sciente domino damnum commisit etc.*', perché il richiamo al *furtum facere* sembrerebbe distonico rispetto al contesto; una delle soluzioni potrebbe essere quella di ritenere che tra V e IV sec. a.C., e comunque fino al varo del plebiscito aquiliano, le ipotesi di sottrazione e danneggiamento potessero interferire l'una con l'altra, rendendo tutt'altro che infrequente e innaturale la loro riconduzione *quoad poenam* nell'allora più elastico sistema repressivo dell'*actio furti* (in quella *nec manifesti*, ricordiamolo sempre, si faceva riferimento a un '*duplione damnum decidere*', e in antico per il furto si richiamava anche la condotta consistente nel *subrumpere*, derivato dal *rumpere*, cioè dal danneggiare). D'altronde, come ha rilevato Theodor J.

□
¹³⁵) TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 741 nt. 4.

Gerke, e soprattutto per l'epoca più antica, 'für den Eigentümer macht es schliesslich keinen grossen Unterschied, auf welche Weise der Gegenstand seinem Vermögen entzogen wird, ob durch Zerstörung oder Diebstahl'¹³⁶, per la vittima del delitto non faceva alcuna pratica differenza in quale modo la cosa fosse stata sottratta al patrimonio, se attraverso un danneggiamento oppure tramite un furto, essendo evidente che in entrambi i casi 'trifft ihn der gleiche Vermögensverlust'¹³⁷.

Non solo: anche presupponendo la *lex Aquilia*, l'esame delle fonti rivela che identiche fattispecie potevano essere ricondotte, sul piano oggettivo, o al *furtum* o al *damnum iniuria datum*, dipendendo poi la pratica discriminazione da criteri puramente soggettivi (ma il cui giudizio passava attraverso una valutazione certamente opinabile¹³⁸). Per esempio, da passi come D. 9.2.41.1 deriva che la condotta di cancellazione di scritti su una tavoletta era furto solo se commessa '*animo furti*', e che quindi, su un piano meramente oggettivo, 'konnte die Handlung sowohl ein *furtum*, als auch ein *damnum iniuria* darstellen'¹³⁹.

D. 9.2.41.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta*

□

¹³⁶) TH. 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.», 23, 1957, p. 110.

¹³⁷) Cfr. sempre GERKE, *Geschichtliche Entwicklung*, cit., ibidem.

¹³⁸) Questa possibile duplice qualificazione sarà ancora presente, come ha sottolineato Alexander Beck, addirittura al 'Verfasser' della *Lex Romana Curiensis*: 'Nur RC 22,13 i.f. variiert dahin, dass die Sache verloren geht; es ist die Version (dort Fallen ins Meer), die Gaius 3,202, Ulp.-Sabinus D. 9,2,27,21 für die erweiterte der lex Aquilia überliefern - ein Schulfall, bei dem man um das Vorliegen von Diebstahl oder Sachbeschädigung stritt. Der Verfasser von RC oder seine Vorlage kennt die Kontroverse' (A. BECK, *Itinera iuris. Arbeiten zum römischen recht und seinem Fortleben*, hrg. von P. CARONI und J. HOFSTETTER, Bern, 1980, p. 407 nt. 88).

¹³⁹) GERKE, *Geschichtliche Entwicklung*, cit., p. 112.

*si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit: nam furti non tenebitur: cum facto enim etiam animum furis furtum exigit*¹⁴⁰.

□
¹⁴⁰) Il passo ha notoriamente catalizzato le critiche e i sospetti di interpolazione da parte di una non indifferente quota di studiosi, tra i quali spicca su tutti E. ALBERTARIO, *Animus furandi*, Milano, 1923, p. 18 ss., ora in ID., *Studi di diritto romano*, 3, Milano, 1936, p. 221 ss. (per un più compiuto sguardo d'assieme alle varie tesi formulate circa la genuinità o meno del luogo sarà utile rimandare a GERKE, *op.cit.*, p. 112, che ha preso in esame le deduzioni di Levy, Pringsheim, Berger e Guarneri Citati). Franz Wieacker, cui si deve il superamento della critica interpolazionistica grazie agli studi sui 'Textstufen' dei passi giuridici più controversi, non ha voluto prendere posizione in merito: 'Die Echtheit dieser Lehre (n.d.a. ossia della dottrina esposta da Pomponio) ist bekanntlich längst umstritten; für unser besonderes Problem gibt die Stelle nichts aus' (F. WIEACKER, 'Furtum tabularum', in «Synteleia Arangio-Ruiz», I, Napoli, 1964, p. 569). Theodor Gerke ha da parte sua seguito l'insegnamento del Guarneri-Citati, ritenendo che 'die Stelle habe zuerst die Sachbeschädigung und anschliessend den Diebstahl behandelt' (GERKE, *op.cit.*, p. 113): infatti la menzione del *furtum* non si porrebbe 'den vorangehenden Ausführungen Ulpian's...entgegen', ma varrebbe a costituire un semplice collegamento logico ('eine logische Anknüpfung'), risultando anzi la menzione quasi necessitata per la 'Aehnlichkeit der Tathandlungen beider Delikte' (cioè del furto e del *damnum iniuria datum*: GERKE, *op.cit.*, ibidem). Il Thomas ha d'altronde pensato che l'originaria formulazione della questione poi raccolta in D. 9.2.41.1 contenesse riferimenti al rapporto di ordinazione tra *actio furti* e *actio legis Aquiliae*, intendendo quest'ultima come soltanto eventuale e sussidiaria (J.A.C. THOMAS, *Furtum of documents*, in «RIDA.», 15, 1968, p. 441). Secondo Josef Menner, tuttavia, densa di significato si presenterebbe la locuzione '*tantum damni dandi*', che non avrebbe tanto il compito di mettere in luce la tipologia di ordinazione delle due azioni, quanto piuttosto quello di mettere in mostra il chiaro ruolo svolto dall'*animus* furtivo: 'Aufschlussreich ist hier besonders die Wendung *tantum damni dandi*, die nicht so sehr ein Licht auf die Rangordnung der beiden Klagen wirft, sondern ganz klar die Rolle des *animus* in den Vordergrund stellt' (J. MENNER, *Tatbilder bei Delikten an Urkunden und Beweismitteln*, in «Viva vox iuris romani. Essays in honour of Johannes Emil Spruit», Amsterdam, 2002, p. 324). Per ulteriori riferimenti cfr. D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 78, J. C. HASSE, *Die Culpa*, cit., p. 35, E. GRUEBER, *The Roman Law of damage to property: being a commentary on the title of the Digest ad legem Aquilianam (9.2), with an introduction to the study of the Corpus Iuris Civilis*, Oxford, 1886, p. 150, A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung*, cit., p. 15 nt. 2, C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, 1889, p. 151, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 741 nt. 4, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 967 nt. 50, H. F. HITZIG, sv. *Furtum*, cit., p. 386, E. LEVY, *Zur Lehre von der sogenannten actiones arbitrarie*, in «ZSS.», 36, 1915, p. 57 nt. 6, F. PRINGSHEIM, *Animus donandi*, in «ZSS.», 42, 1921, p. 273 (= ID., *Gesammelte Abhandlungen*, I, cit., p. 253 nt. 9), A. BERGER, *In tema di derelizione. Osservazioni critico-esegetiche*, in «BIDR.», 32, 1922, p. 183 nt. 3, pienamente convinto del carattere spurio dell'accenno all'*animus furis* (se c'è un *fur* c'è sempre un *animus furis*!) J. B. THAYER, *Lex Aquilia (Digest 9,2 ad legem Aquilianam): text, translation and commentary*, Cambridge, 1929, p. 109, A. A. SCHILLER, *Trade secrets and the Roman Law*, in «Studi in onore di Salvatore Riccobono», IV, Palermo, 1936, p. 85 nt. 55, B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, cit., p. 93 nt. 2, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum*, cit., p. 248 nt. 253, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 129 ss., che per una volta non muove accuse di interpolazione al testo, J. GAUDEMET, *A*

Se in questo caso si distingue pur sempre tra le due oggettività giuridiche dei delitti, emerge in altri passi un'autentica parificazione tra le condotte di sottrazione e danneggiamento, ricondotte alla figura d'illecito del *furtum*. Basta passare all'esame di D. 47.2.31.1, passo nel quale apprendiamo che Labeone considerava come furto sia l'*interlinere* che il *subripere* le *tabulae instrumentorum rei publicae municipii*.

D. 47.2.31.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subriperit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus*¹⁴¹.

□

propos du 'furtum', cit., p. 9 nt. 12, J.A.C. THOMAS, *Animus furandi*, in «IURA», 19, 1968, p. 10, ove ulteriore bibliografia, G. G. ARCHI, *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura del testamento romano (storia di una vicenda)*, in «IURA», 20, 1969, p. 390 nt. 131, R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972, p. 42 nt. 18, H. ANKUM, *Towards a rehabilitation of Pomponius*, in «Daube noster», cit., p. 8, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 928 nt. 45, H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*⁵, cit., p. 43, B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne*, cit., p. 85 nt. 194, D. CLOUD, *The Stoic πάθη, Affectus and the Roman jurists*, in «ZSS.», 123, 2006, p. 38 nt. 53.

¹⁴¹) Cfr. A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 53, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 431, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 967 nt. 51, H. F. HITZIG, *sv. Furtum*, cit., ibidem, A. A. SCHILLER, *Trade secrets and the Roman Law*, cit., p. 86 nt. 61, E. SCHEPSES, *Der Rechtsfall des Alypius (Aug. Conf. VI 9, 14 u. 15)*, cit., pp. 142, 144 e 148, dove si ritiene che Labeone abbia discusso di *furtum* e non di *peculatus* – ad onta della natura pubblica dell'oggetto della condotta – perché già ai tempi del giurista la sottrazione di ,Gegenstände durch den Beamten, *cuius periculo* diese Sachen waren, nicht *peculatus*, sondern *furtum* war', B. ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 117 nt. 80, J. GAUDEMET, *À propos du 'furtum'*, cit., pp. 9 nt. 12 e 12 nt. 49, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 616 nt. 32, G. KLINGENBERG, *Das Beweisproblem beim Urkundendiebstahl*, in «ZSS.», 96, 1979, p. 239 nt. 32, L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale de publicanis*, Torino, 2002, p. 250, U. MALMENDIER, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln-Weimar-Wien, 2002, che dall'inciso finale '*deque societatibus*' deduce il carattere corporativo delle società di Publicani, le quali potevano 'die *actio furti* wegen Diebstahls oder Veruntreuung erheben', J. MENNER, *Tatbilder bei Delikten an Urkunden und Beweismitteln*, cit., p. 323, che giustamente, dopo aver attribuito a Labeone la parificazione tra l'*interlinere* e la 'Sachentziehung', osserva che in entrambi i casi il proprietario delle *tabulae* avrebbe risentito lo stesso danno, l'impossibilità di spendere in giudizio il documento probatorio ('Für den Eigentümer der Urkunden kommt es dasselbe hinaus, ob er in Beweisnotstand gerät, weil ihm die Urkunde selbst entwendet wurde oder weil er zwar die Urkunde noch hat, sie aber wegen

L' oggetto materiale della condotta è quindi un *instrumentum*¹⁴² pubblico, e il furto dello stesso viene considerato realizzato già per una condotta afferente all'*interlinere*¹⁴³, e non solo alla materiale sottrazione dei supporti documentali. L'ottica è senza dubbio generalizzabile, perché il ladro di documenti poteva normalmente, per conseguire i suoi scopi illeciti, anche accontentarsi di raschiare superficialmente delle *tabulae ceraeque* rappresentative di credito, quando non le avesse addirittura distrutte, senza poi avere la necessità di portare via oggetti che non potevano essere più di alcuna utilità per il creditore di una somma asseverata dal contenuto delle tavolette. Chi vuole sottrarre *tabulae*, detto in altre parole, non lo fa per lucrare sulla sottrazione di *res* che sono prive di un valore venale se non per il soggetto danneggiato che potrebbe in base alle stesse far valere il diritto incorporato nel chirografo. E' sufficiente, per 'sottrarle' ad ogni possibilità di utilizzo del 'derubato', procurarne la distruzione o l'illeggibilità definitiva.

Di questa importante realtà logica si è reso bene conto Franz Wieacker, il quale ha ulteriormente fatto notare come anche da un punto di vista strettamente giuridico l'*interlinere* possa rientrare nel contenente 'contractatio', non necessariamente comportante una *amotio rei*. 'Bei Schuldurkunden – ha quindi mirabilmente riassunto il grande studioso tedesco – lag es näher als bei anderen Gegenständen, dass sich der Dieb mit Vernichtung oder Unkenntlichmachung des Instruments begnüge, ohne sie wegzunehmen (n.d.a. l'italico è mio). Diese Handlungen setzten aber immer

□
Unleserlichkeit nicht gebrauchen kann') nonché E. PENDÓN MELÉNDEZ, *Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en derecho romano*, Madrid, 2002, p. 154 nt. 448 e P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 52 nt. 183, per il quale è verosimile che il giurista romano 'equiparasse *subripere* e *interlinere*, in quanto il cancellare la scrittura delle *tabulae instrumentorum* gli sarebbe parso come una sottrazione delle *tabulae* stesse'.

¹⁴²) Per il valore degli *instrumenta* nel diritto romano, si v. F.-W. KRAUSE, *Zum Urkundenbeweis im Strafprozeß*, Hamburg, 1966, p. 87 ss.

¹⁴³) Chiarimenti sull'*interlinere* in F. MARINO, *Il falso testamentario nel diritto romano*, in «ZSS», 105, 1988, p. 652 ss.

schon eine *contrectatio* voraus. Dies ist der Hauptgrund dafür, dass wenigstens Ulpian und Paulus diese Fälle im Zusammenhang des Furtum und nicht bei der *lex Aquilia* erörtern¹⁴⁴.

Va anzi detto che nell'ottica di questo romanista il già visto D. 9.2.41.1 si porrebbe come isolato riconoscimento da parte di un solo giurista (Pomponio) della necessità di verificare un *animus furis* nelle condotte di *interlinere*, perché la necessità di quella verifica era negata da personalità come Giuliano e Ulpiano secondo i quali la distruzione o abrasione di documenti costituiva sempre anche un furto¹⁴⁵.

Ciò non toglie, tuttavia, che l'*interlinere*, obiettivamente considerato, continuasse a integrare anche un *corrumpere*, rilevante ai sensi del terzo capitolo della *lex Aquilia*: ne derivava un regime di astratta cumulabilità delle diverse azioni nascenti da delitto, il cui reciproco rapporto poteva risentire delle concrete modalità di realizzazzione del fatto illecito. Per esempio, se l'agente avesse sottratto il documento e solo in seguito l'avesse distrutto, si riteneva equo prendere a base per la valutazione del *quantum condemnationis* l'interesse del proprietario a che la cosa non venisse sottratta, in quanto '*delendo nihil ad poenam adicit*'.

D. 47.2.28 (Ulp. 9 *ad Sab.*): *Sed si subripuit, priusquam delet, tanto tenetur quanti domini interfuit non subripi: delendo enim nihil ad poenam adicit*¹⁴⁶.

□

¹⁴⁴) Cfr. F. WIEACKER, '*Furtum tabularum*', cit., ibidem.

¹⁴⁵) ,Die Vernichtung einer Urkunde (der Julian und Ulpian ausdrücklich das *interlevere – sic – gleichstellen*) war immer auch Furtum (in der vedächtigen Pomponiusstelle – n.d.a. il riferimento è a D. 9.2.41.1 – nur bei *animus furis*). Das war folgerichtig: solche Eingriffe setzten notwendig die *contrectatio* voraus, mit welcher das Furtum vollendet ist' (F. WIEACKER, '*Furtum tabularum*', cit., p. 570).

¹⁴⁶) Su questo testo, cfr. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in «BIDR.», 16, 1904, p. 240 nt. 2 e J. A. C. THOMAS, *Furtum of documents*, cit., pp. 442-443.

Il successivo *delere* attuato dal ladro, allora, non dovrebbe essere visto come un postfatto non punibile, e quindi come una ‘*straflose Nachtat*’ (postfatto non punibile), perché pur essendo il *furtum* – come si è visto – un ‘*Dauerdelikt*’, è ovvio come nell’interesse del proprietario a che la sua *res* non gli venga sottratta sia presente ogni conseguenza pregiudizievole, perché la sottrazione è perdita totale e un *minus* come la cancellazione nulla potrebbe aggiungere in termini di maggior danno¹⁴⁷.

5. *Furta e fatti di frode. Riflessioni sulle ipotesi ricostruttive di F. Haymann.*

Il diritto romano conosceva ipotesi di furto nelle quali il momento saliente della condotta o dell’elemento oggettivo non era tanto rappresentato dalla sottrazione di una *res aliena* ma da condotte che oggi non esiteremmo a qualificare come ‘*fraudolente*’¹⁴⁸.

Non sempre risulta chiaro, tuttavia, il motivo per cui il momento della sottrazione (anche ‘*consensuale*’, seppure solo all’apparenza) debba essere considerato subvalente rispetto alle (eventualmente) concorrenti attività decettive dirette alla sottrazione stessa.

Si osserva in genere che la truffa consiste nel porre in essere un’attività mirante a produrre una falsa rappresentazione della realtà nel foro interiore della vittima, e cioè, in sostanza, un errore; questo errore prepara il campo per il compimento di un altrimenti ingiustificato ‘atto dispositivo’ (come usano esprimersi i nostri penalisti) produttivo di una *deminutio patrimonii* (e anche

□
¹⁴⁷) Così, condivisibilmente, ancora F. WIEACKER, ‘*Furtum tabularum*’, cit., ibidem: «Auch Paulus (D. 47.2.28) ‘*delendo enim nihil ad poenam adicit*’ schliesst, wie Levy gezeigt hat, die Zuständigkeit der *a. legis Aquiliae* nicht etwa gleichsam als ‘*straflose Nachtat*’ aus (sie wird vielmehr mit *tanto teneatur* gerade vorausgesetzt), sondern nur die zusätzliche Berücksichtigung des nachfolgenden *delere* in dem vorausgehenden Interesse *non subripi*. Obwohl das *Furtum* *Dauerdelikt* ist, wurde die nachfolgende Substanz-Zerstörung nicht noch einmal in Rechnung gestellt, weil sie da einmal verwirkte Interesse *non subripi* nicht mehr berühren konnte».

quest'ultima è una terminologia ricorrente nei lavori degli studiosi di diritto positivo che hanno affrontato il tema, irto di difficoltà, del *genus* 'truffa'¹⁴⁹.

In alcuni casi, è bene precisarlo, ci si può 'limitare' a sfruttare un errore non artatamente ingenerato, mirando pur sempre a procurare un proprio arricchimento, con sostanziale *locupletatio* della persona lesa dal delitto. Osservazioni simili hanno una grande utilità, perché suggeriscono di approcciare le problematiche sottese al rapporto *furtum*/truffa con grande cautela e di produrre eventuali obiezioni alle ricostruzioni prevalenti solo dopo un attento scrutinio delle fonti.

Si eviterà in tal modo, sperabilmente, di 'far parlare' i giuristi romani nella direzione più consona al c.d. amore della tesi, producendo i distorsivi effetti di ogni 'wishful thinking': una consolatoria semplificazione del reale e una innaturale conciliazione di testimonianze spesso divergenti l'una dall'altra.

Per iniziare il nostro studio, sarà utile valersi di alcune schematizzazioni e di alcuni risultati proposti nella dottrina giusromanistica da Franz Haymann, al quale dobbiamo le osservazioni forse più incisive che siano state spese in argomento: faccio riferimento alla ricerca (apparsa postuma sulle pagine del *Bullettino*) con la quale lo studioso tedesco ha gettato una viva luce su un gran numero di testi riguardanti i '*furta*' messi in atto attraverso contegni *lato sensu* fraudolenti. Non è difficile comprendere da quale assunto abbia preso il via l'indagine di Haymann; nel discorso che egli ha voluto sviluppare gioca un ruolo notevole la volontà del soggetto che compie l'atto dismissorio a lui sfavorevole. Nel *furtum* propriamente inteso sfuma completamente – e comunque sarebbe totalmente 'fuori causa', al lume della stretta logica – un qualsiasi momento 'partecipativo' o 'collaborativo', mentre nei casi che ci accingiamo ad esaminare (o almeno per una parte consistente di essi) si riconosce il furto realizzato attraverso comportamenti 'truffaldini' 'obwohl der

□
¹⁴⁸) In epoca repubblicana è senz'altro vera l'affermazione per cui il concetto di furto 'schließt auch Tatbestände der Sachvernichtung und des Betruges' (M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 616 nt. 22).

Schädiger scheinbar mit dem Willen des Berechtigten empfängt¹⁵⁰. Risulta poi degna di pregio la schematica divisione in sei ‘sottogruppi’ delle fattispecie che astrattamente potrebbero ricadere nel campo della nostra indagine. Nelle prime due prospettazioni, si parla essenzialmente dei casi in cui interviene un *falsus procurator*, vuoi perché viene pagato un indebito oggettivo (‘Empfang einer Nichtschuld’), vuoi perché viene simulata la sussistenza di una procura da parte dell’interessato (‘Vortäuschung einer Vollmacht des Berechtigten’), in realtà inesistente.

Nelle due tipizzazioni che seguono, sul presupposto dell’errore in cui è incorso chi procede a una dazione, si fa il caso in cui l’errore *de quo* consista nella falsa credenza che il destinatario della dazione, *scilicet* di una cosa, ne sia il proprietario (mentre la proprietà spetta proprio a colui che esegue la prestazione), e si prende in considerazione il malizioso approfittamento di un errore del ‘Geber’ circa l’esatta quantità oggetto di una specifica prestazione.

La casistica di Haymann si conclude con il possibile inganno del mutuante circa l’identità del mutuatario e con le varie possibilità di estrinsecazione pratica dei fatti antipatrimoniali riguardanti le cose e i beni che siano stati costituiti in pegno¹⁵¹.

Lo Haymann ha anche fornito un sintetico richiamo delle principali dottrine che sono state sviluppate per tentare di inquadrare dogmaticamente le diverse fattispecie. Le dottrine sembrano essere tre, e non presentano a prima vista, per la categoricità delle loro assunzioni, possibili punti di mediazione e integrazione.

Gli studiosi più antichi come il Cujacio hanno voluto valorizzare forse riduttivamente le sole ‘Täuschungshandlungen auf Seiten des Empfänger’¹⁵², vale a dire le manovre fraudolente ascrivibili al truffatore, mentre su un altro

□

¹⁴⁹) M. SBRICCIOLI, *sv. ‘Truffa’*, in «ED.», XLV, Milano, 1992, p. 236-243.

¹⁵⁰) F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachübergabe im römischen Recht*, in «BIDR.», 59-60, 1956, p. 1.

¹⁵¹) HAYMANN, *Grenzen*, cit., *ibidem*.

¹⁵²) HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 2.

versante (Vangerow¹⁵³) si è apprezzato quasi unicamente il dato dell'acquisizione di una cosa o di una somma di denaro non dovute. A tale proposito non è molto comprensibile la citazione del Ferrini asseritamente proposta in chiave di 'Erklärung' della prima tesi.

Il fatto che Ferrini abbia anche preso in considerazione l'errore del tradente a prescindere dalla attività ingannatoria eventualmente spesa dal soggetto attivo, porterebbe ad avvicinare la sua posizione ai fautori dell'altra, più risalente concezione. La terza tesi di cui dà conto Haymann potrebbe definirsi a buon diritto come 'realistica' ed è stata formulata per primo da F. Fitting¹⁵⁴, per poi essere ripresa da F. Jolowicz. Non sarebbe inappropriato parlare di ragionevolezza, più semplicemente, dato che la veduta di Fitting si risolve nell'enunciazione – appunto 'ragionevole' – della necessità di dover procedere alla lettura delle fonti con la consapevolezza che nemmeno i giuristi romani avevano raggiunto soluzioni definitive e largamente condivise.

Il primo testo passato al vaglio da Haymann, nel quadro della prima 'Untergruppe', è il controverso

D. 13.1.18 (Scaev. 4 quaest.): *Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. Et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. Sed altera conditione altera tollitur*¹⁵⁵.

□

¹⁵³) K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, III, cit., p. 398 ss.

¹⁵⁴) F. FITTING, *Sciens indebitum accipere*, Lausanne, 1926, p. 1 ss. e *passim*.

¹⁵⁵) In generale, si vedano D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 66, che non mostra di confidare troppo sulla possibilità di concedere una *condictio furtiva* perché 'nummi accipientis non fiunt, rei enim furtivae dominium non transit in furem', K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, III, cit., p. 399, A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*², II, Erlangen, 1879, p. 527 nt. 29, secondo cui *condictio furtiva* e *indebiti* venivano entrambe concesse, 'aber jene dem Prokurator (der suos nummos solvat), diese dem Prinzipal (der ratihabirt); und altera conditione altera tollitur', C. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, I, Roma, 1889, pp. 60 e 61 nt. 4, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 738 nt. 4, J. V. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, II,

Dato che commette furto colui che consapevolmente (*sciens*) riceve un pagamento non dovuto (*indebitos nummos*), ci si chiede che cosa accada dal punto di vista giuridico qualora un *procurator* paghi con denaro proprio ad un soggetto come il *sciens*, soltanto apparentemente legittimato; dovrà dirsi che il *furtum* è stato perpetrato direttamente ai suoi danni, oppure nei confronti di colui per il quale agisce? E quale forma di tutela viene apprestata per

□

Weimar, 1907, p. 255 nt. 4, C. SALKOWSKI, *Institutionen. Grundzüge des Systems und der Geschichte des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1907, p. 408, F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in «ZSS.», 40, 1919, p. 283 nt. 1, ID., *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl*, cit., p.3, J. B. THAYER, *Correality in Roman Law*, in «Seminar. Annual extraordinary number of the jurist», I, Lancaster-Washington, 1943, p. 19 nt. 24, F. SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947, p. 98, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., pp. 229 nt. 7 e 577 nt. 8, H. HAUSMANINGER, *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien, 1964, p. 47, A. CALONGE, *Ratihabitio mandato comparatur*, in «Estudios de derecho romano, homenaje al profesor don Carlos Sanchez del Rio y Peguero», 1967, p. 253 ss., J. A. C. THOMAS, *A note on 'falsus procurator'*, in «Studi in onore di Giuseppe Grosso», II, Torino, 1968, p. 419, secondo il quale non si accenna minimamente alla qualificazione della ‚potential liability of *falsus procurator*‘, P. BREMER, *Leistung an einen Nichtberechtigten im klassischen römischen Recht*, diss. Freiburg, 1969, p. 1 ss. e *passim*, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 615 nt. 15, P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, Milano, 1971, pp. 214 nt. 150, 216, 128 nt. 166, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, p. 132, A. CLAUS, *Gewillkurte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, 1973, p. 297 ss., M. KASER, *Stellvertretung und 'notwendige Entgeltlichkeit'*, in «ZSS.», 91, 1974, p. 202 nt. 216 (ma cfr. anche ID., *Durchgangserwerb*, in «Labeo», 26, 1980, p. 42 nt. 83 e ID., *Römisches Recht*¹², München, 1981, p. 203), P. VAN WARMELO, *'Justa causa traditionis'*, in «Studi Sanfilippo», Milano, I, 1982, p. 637 ss., A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, cit., p. 518 nt. 8, W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988, pp. 16 nt. 12, 20 nt. 7 e spec. p. 53 ss., S. WEYAND, *Der Durchgangserwerb in der juristische Sekunde: Systemdenken oder Problemdenken im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1989, *passim*, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 924 nt. 21, M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*⁷, cit., p. 488 nt. 15, A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, cit., p. 246, M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuldung zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln-Weimar-Wien, 1998, p. 95, «In fr. 18 ist der vermeintliche Gläubiger der Empfänger (objektives *indebitum*)..., der Zahlende ist...*procurator* des vermeintliches Schuldners», H. L. W. NELSON, U. MANTHE, *Gai institutiones*, cit., p. 83, T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, p. 198 ss., H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta*, cit., p. 53 nt. 108, M. DE FILIPPI, *Ratihabitio*, Bari, 2002, pp. 139, 150 e per l'esegesi specificatamente p. 151, I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, cit., pp. 41 ss. e 255 ss.

quest'ultimo? Secondo Pomponio il *procurator* può domandare la restituzione con la *condictio ex causa furtiva*, ma può richiederla anche l'*ego* interessato, se ratifica l'operazione; soltanto, opererà il principio di 'prevenzione', nel senso che la prima domanda sarà assorbita dall'altra.

Quanto alla enunciazione con cui principia il testo, occorre dire che la responsabilità a titolo di *furtum* di chi avesse ricevuto scientemente un indebito, benché non indisputata¹⁵⁶, veniva il più delle volte riconosciuta senza particolari difficoltà¹⁵⁷.

□

¹⁵⁶) Qualche riserva è stata espressa da FITTING, *op.cit.*, p. 20 ss.

¹⁵⁷) W. PIKA, *Ex causa furtiva condictio*, cit., p. 53: 'die Annahme nichtgeschuldetes Geldes ein *furtum* darstellt, wenn der Empfänger weiß, daß die Schuld nicht besteht', cui si possono aggiungere E. SCHÖNBAUER, *Die causa bei Eigentumserwerbe durch traditio*, in «Kritische Vierteljaresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», 61, 1932, p. 202 e J. G. FUCHS, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952, p. 220, M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., ibidem (,die Annahme einer nichtgeschuldeten Leistung in Kenntnis der Nichtschuld als *furtum* geahndet wurde'), I. FARGNOLI, *'Alius solvit alius repetit'*. *Studi in tema di indebitum condictio*, Milano, 2001, p. 93 nt. 66. Per D. MEDICUS, *Zur Leistungsannahme durch den 'falsus procurator'*, in «Synteleia Arangio Ruiz», 1964, I, p. 214 l'accettazione consapevole di una prestazione non dovuta costituiva irrimediabilmente furto, tant'è che nessun giurista provò anche soltanto a giustificare una simile soluzione fornendo una specifica 'Begründung': 'Ihre Geltung (*n.d.a.* sott. della regola affermata in D. 13.1.18, ma anche in D. 47.2.43 pr.) scheint, zumal sich nirgendwo auch nur der Versuch einer Begründung findet, unbestritten gewesen zu sein'. Su D. 47.2.43 pr. (*'falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fiant'*) si vedano D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., ibidem, A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*², II, cit., p. 524 nt. 9, C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 155 nt. 2, ID., *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 446 nt. 1, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., ibidem, FALCHI, *Diritto penale romano (i singoli reati)*, Padova, 1932, p. 45, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 51, J. GAUDEMET, *À propos du 'furtum'*, cit., p. 10 nt. 26, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., pp. 229 nt. 8 e 418 nt. 1, R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, cit., p. 324, B. W. MITTELSTEN SCHEID, *Die Vorliebe des L. Neratius Priscus für das Subjektive*, Heidelberg, 1976, p. 4 nt.1, M. KASER, *Durchgangserwerb*, cit., p. 42 nt. 83, W. PIKA, *Ex causa furtiva condictio*, cit., p. 54, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 924 nt. 20, M. RAINER, J. FILIP-FRÖSCHL, *Texte zum Römischen Recht*, Wien-New York, 1998, p. 228, M. WIMMER, *Zum Leistungserfolg bei der Anweisung zum Zahlen an einen Nichtberechtigten*, in «OIR.», 4, 1998, p. 122 nt. 15 e I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, cit., p. 20 ss.

Il caso, che evidentemente ci parla di un *furtum* ‘in der Form des Betruges’¹⁵⁸, alla domanda più sopra proposta (*‘an ipsi furtum fiat’*) non sembra però aver dato una risposta convincente¹⁵⁹.

Le dispute più accese sono sorte a riguardo della seconda parte del testo, che molti hanno ritenuto insiticia. Il punto di maggiore perplessità, a detta del Pika, è che Cervidio Scevola non avrebbe distinto, nei suoi *Responsa*¹⁶⁰, tra *condictio ex causa furtiva* e *condictio indebiti* (in apparente contraddizione con un noto testo di Papiniano, D. 47.2.81.7, di cui parlerò in appresso), quando dovrebbe risultare lampante la differenza della posizione del *procurator qui suos nummos solvit*, rispetto al *dominus negotii*, che non ha direttamente fornito il denaro per il pagamento ma per conto del quale, cionondimeno, si agisce¹⁶¹. Iole Fagnoli, nell’esaminare il passo, ha prestato una estrema attenzione proprio a questi profili differenziali, osservando preliminarmente come al *procurator* spetti la *condictio furtiva* e non quella *indebiti*, perché, appurata la mala fede dell’accipiente, si tratta di fare applicazione della regola

□

¹⁵⁸) PIKA, *op.cit.*, p. 53.

¹⁵⁹) Fa notare il PIKA, *op.cit.*, p. 54 che ‘die bejahende Beantwortung dieser Frage scheint nicht unbestritten gewesen zu sein, worauf die unterstützende Zitierung des Pomponius hinweist’.

¹⁶⁰) In verità è oggi diffusa la convinzione, con ogni probabilità rispondente al vero, per cui «i Giustinianeî utilizzarono, nella compilazione del Digesto, due diverse raccolte di *Responsa* di Scevola: la prima, più ampia, era intitolata *Digesta*, la seconda, più sintetica, *Responsa*. Tuttavia nessuna delle due è opera originale di quel giureconsulto; si tratta, invece, di epitomi compilate presumibilmente agli inizi dell’epoca postclassica: sulle vicende di tali raccolte F. SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, in ‘Symbolae friburgenses in memoriam Ottonis Lenel’, Leipzig, 1935, p. 143 ss.» (così, espressamente, G. PROVERA, *Visuali romanistiche in tema di patti di non concorrenza*, in «AUCA.», 31, 1965, p. 232 nt. 14). Vi è chi distingue le *Quaestiones* dai *Responsa* e *Digesta* (qualificando globalmente queste ultime due raccolte *Responsa*), e sostiene che soltanto le *Quaestiones* siano state direttamente elaborate da Quinto Cervidio Scevola (cfr. e.g. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*², Göttingen, 1967, p. 190-191: ‘Von den Falllösungen aus seiner reichen Gutachterpraxis - n.d.a. sott. di Cervidio - wurden die *quaestiones* noch von ihm selbst herausgegeben, die *responsa* und *digesta* dagegen erst viel später in verwässerten Auszügen’).

¹⁶¹) PIKA, *op.ult.cit.*, *ibidem*.

generale per cui la *condictio furtiva* spetta esclusivamente al *dominus*, in questo caso al *procurator* che ha impiegato mezzi propri¹⁶².

Non consta nemmeno, d'altro canto, quale sia l'esatta natura della *condictio* concessa al *dominus negotii*; si potrebbe addirittura ritenere, con Peter Apathy, che ai fini della legittimazione attiva alla *condictio* (ma sulla base dell'autorità del solo D. 13.1.18) non sia tutto sommato nemmeno 'notwendig, weiter zu differenzieren'¹⁶³, e che la *vexata quaestio* circa la qualificazione della seconda *condictio* concessa al *dominus* debba essere risolta nel modo più naturale, dando il giusto peso all'inciso '*quod indebitum datum sit*' e ai contenuti di D. 47.2.81.7, optando conseguentemente per il riconoscimento di una *condictio indebiti*¹⁶⁴.

E a questo punto bisogna volgersi a considerare la testimonianza raccolta in

D. 47.2.81.7 (Pap. 12 *quaest.*): *Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. Sed conductionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur*¹⁶⁵.

□

¹⁶²) FARGNOLI, '*Alius solvit alius repetit*', cit., p. 94: 'nel passo in questione, la precisazione che si trattasse di *nummi sui* era necessaria, visto che, solo se il *procurator* fosse stato proprietario della somma indebitamente pagata, avrebbe potuto esperire la *condictio furtiva* contro il *fur*'.

¹⁶³) P. APATHY, *Procurator und solutio*, in «ZSS.», 96, 1979, p. 77.

¹⁶⁴) APATHY, *Procurator*, cit., p. 78: 'er stellt aber gegen den Dieb nicht die *condictio ex causa furtiva* an, wie Levy meint, sondern die *condictio indebiti*'. *Contra*, tuttavia, E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, I, Berlin, 1918, p. 389 e HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl*, cit., p. 4.

¹⁶⁵) Oltre alle referenze di cui alle note che seguono, cfr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*², II, cit., p. 526 nt. 23, A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., p. 147 nt. 3, C. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici*, cit., pp. 60-61, E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 65, F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, cit., pp. 281 e 308, F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 98, J. GAUDEMET, *À propos du furtum*, cit., p. 10 nt. 25, H. H. SEILER, *Der Tatbestand der*

Abbiamo un soggetto che gestisce un affare per conto dell'assente Tizio; un *falsus procurator* di un creditore di Tizio si presenta al gestore per ottenere il pagamento del debito, il gestore paga (non ci viene detto se con *nummi sui*, come chiaramente affermato in D. 13.1.18) ma successivamente l'interessato Tizio ratifica e approva l'intero operato del *gestor*.

A colui che '*pecuniam dedit*', cioè al gestore, viene data la *condictio furtiva*, mentre al gerito Tizio è accordata la *condictio indebiti*. Ora, come si è detto poco sopra, proprio la concessione della *condictio indebiti* in una simile ipotesi ha fatto pensare a molti che la *condictio* assicurata al *dominus* in D. 13.1.18 non fosse (non potesse essere) *ex causa furtiva*, e che fosse quindi più rispondente alla logica pensare a una *condictio indebiti*. La Fagnoli ha tuttavia obiettato – anche se nessuno sembra avere colto il punto specifico che la studiosa ha invece voluto affrontare – che accogliendo *sic et simpliciter* questa interpretazione si avrebbe poi il problema di spiegare come possa trovare applicazione la *condictio indebiti* (che presuppone la *bona fides* dell'accipiente) in un caso in cui la *mala fides* è più che acclarata, essendo stato portato a compimento un *furtum*¹⁶⁶. La risposta della Fagnoli, presentata

□
negotiorum gestio im römischen Recht, Köln-Graz, 1968, p. 66 ss. (in cui si propende a riconoscere una *condictio indebiti* e non *furtiva* a favore del debitore che ha proceduto alla ratifica e contro il falso *procurator*: 'erhält der ratihabierende Schuldner die *condictio indebiti* gegen den *falsus procurator*'), M. TALAMANCA, *La fattispecie dell'actio negotiorum gestorum*, rec. a SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, cit., in «Labeo», 17, 1971, p. 242 nt. 37, P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, cit., p. 229 ss., D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 132, A. BURDESE, *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in «SDHI.», 37, 1971, p. 315, A. BÜRGE, *Retentio*, cit., p. 31 nt. 100, M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in «De iustitia et iure. Festgabe Ulrich von Lübtow», Berlin, 1980, p. 311, W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 55, T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, cit., p. 201, M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio*, cit., p. 95, che ha parlato di indebito soggettivo e ha scorto il riconoscimento della *condictio ex causa furtiva*, in assonanza con D. 13.1.18 ('räumen beide Texte dem Zahlenden als Eigentümer des Geldes die *condictio ex causa furtiva* ein'), I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, cit., p. 92 ss. e 119 nt. 185, J. WACKE, *Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagezession*, in «ZSS.», 124, 2007, p. 124 nt. 34.

¹⁶⁶) Per i termini del problema rimando a FARGNOLI, '*Alius solvit alius repetit*', cit., p. 97.

come semplice ‘congettura’¹⁶⁷ è che lo ‘stato di *inscientia* rilevasse solo nel rapporto tra l’*accipiens* e il *solvens*. Infatti se l’accipiente sapeva che il pagamento del *solvens* non gli era dovuto, inevitabilmente non si trattava di indebitum ricevuto in buona fede, ma di furto e il *solvens* poteva ripetere solo con la *condictio furtiva*’¹⁶⁸.

Io credo che sia importante, per prima cosa, la comprensione di un dato: in D. 13.1.18 non è presupposto un debito, la cui effettiva presenza in D. 47.2.81.7, come anche in D. 47.2.81.6 (tratto sempre dal dodicesimo libro delle *Quaestiones* papiniane: lo esaminerò tra poco) sembra essere invece fuori discussione¹⁶⁹. In D. 47.2.81.7 abbiamo un *quivis* che si spaccia come *procurator* di un creditore effettivo, in D. 13.1.18 non si parla né si potrebbe parlare di *debitor* e di *creditor*, perché un *verus procurator* ha pensato di pagare nelle mani di un soggetto che *creditor* non era.

Proprio perché è presupposta l’assenza del debito, la ratifica appare francamente poco probabile: mentre della ratifica si discute ampiamente nei casi in cui il credito sussiste, in D. 13.1.18 Pomponio prende in considerazione la (remota) evenienza forse soltanto per aver modo di chiarire che è possibile agire solo con una *condictio*, dato che ‘*altera conditione altera tollitur*’. Come si è detto, anche D. 47.2.81.6 presuppone la presenza di un debito.

D. 47.2.81.6 (Pap. 12 *quaest.*): *Falsus autem procurator ita demum furtum pecuniae faciet, si nomine quoque veri procuratoris, quem creditor habuit, adsumpto debitorem alienum circumvenerit. Quod aequè probatur et in eo,*

□

¹⁶⁷) FARGNOLI, ‘*Alius solvit*’, cit., *ibidem*.

¹⁶⁸) FARGNOLI, ‘*Alius solvit*’, cit., p. 98.

¹⁶⁹) Cfr. però anche le ossevazioni di W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, p.94: ‘In den Entscheidungen von Scaevola und Papinian geht es nicht...um den gewöhnlichen Fall der Zahlung eines *indebitum*’ (si noti l’opinione diametralmente opposta da quella nutrita dalla Müller-Ehlen, che ha invece espressamente riconosciuto un ‘subjektives *indebitum*’). Per il Flume sarebbe evidente che nel caso raccolto in D. 47.2.81.7 ‘vor der *consumptio* des von dem *procurator* gezahlten Geldes durch den Empfänger hat’ (*ibidem*).

*qui sibi deberi pecuniam ut heredi Sempronii creditoris adseveravit, cum esset alius*¹⁷⁰.

Papinianus si è addentrato nel campo in cui il caso del *furtum pecuniae* realizzato dal *falsus procurator* sembra assumere un ruolo di centralità assoluta, e tuttavia la formulazione del *decisum* non sembra aver raggiunto, per i commentatori, un grado accettabile di chiarezza.

Da un lato, infatti, come ha compreso Dieter Medicus (che si è occupato di D.47.2.81.6, seppure giudicandolo poco ‘ergiebig’), sembrerebbe doversi riconoscere un *furtum* soltanto alla condizione (*ita demum*) che vi sia stato un ‘Identitätvortauschung’ in un caso di debito effettivamente sussistente; dall’altro lato dovrebbe conseguentemente escludersi il *furtum* qualora non sussista alcun debito oppure non ci sia alcun *verus procurator creditoris*: il che sarebbe già, secondo il Medicus, fin troppo ‘merkwürdig’¹⁷¹.

□

¹⁷⁰) Per la testimonianza papiniana cfr. C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 443, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 738 nt. 4, W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (de furtis) and the Methods of the Compilers*, in «TR.», 10, 1930, p. 133 e ID., *A Manual of Roman Private Law*², cit., p. 319 nt. 2, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 183, U. ZILLETI, *La dottrina dell’errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, p. 105 nt. 26, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 229 n. 9 *in fine*, J. A. C. THOMAS, *A note on ‘falsus procurator’*, cit., p. 409, dove recisamente si qualifica il testo ‘probably a completely post-Papinian fabrication’, P. ANGELINI, *Il ‘procurator’*, cit., p. 230 ss. e I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., pp. 119 ss., 233-234.

¹⁷¹) Il commento è così sinteticamente espresso dall’autore: ‘So gesehen beschränkt der Text das *furtum* also auf den Fall der Identitätvortauschung bei wirklich vorhandener Schuld (*creditum; debitorem alienum*). Dagegen müsste ein *furtum* ausgeschlossen sein, wenn keine Schuld besteht oder der Gläubiger keinen *verus procurator* hat’ (MEDICUS, *Zur Leistungsannahme*, cit., p. 215). D’altro canto, ha soggiunto il Medicus, creerebbe difficoltà di coordinamento anche il *quoque*: risulterebbe infatti che l’inganno sull’identità possa anche avvenire tramite l’assunzione del nome del *verus procurator*. Ma su questo fondamento dovremmo poi dire che il *f.p.* può anche aver speso un altro nome, dovendosi pensare che qualora abbia speso il proprio o quello del creditore non vi sarebbero gli estremi per considerare come realizzata un’autentica ‘Identitätvortauschung’, essendo naturale che ‘der Gebrauch des eigenen Namens verträgt sich nicht mit der Identitätvortauschung’ (MEDICUS, *Zur Leistungsannahme*, cit., *ibidem*, appoggiando le ricostruzioni già offerte da FITTING, *Sciens indebitum accipere*, cit., p. 26 e H. LANGE, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig, 1930, p. 90).

I dubbi sulla coerenza della costruzione di D. 47.2.81.6 non si sciolgono se si considera che l'introduzione di una limitazione alla rilevanza del *furtum* nell'ipotesi considerata contrasterebbe in maniera quasi stridente col contenuto di D. 47.2.81.5¹⁷² e D. 13.1.18, luoghi in cui non è dato di scorgere alcuna pratica limitazione della penale responsabilità per *furtum*. Si tratta di uno snodo sensibile la cui importanza può essere colta anche nell'esegesi di D. 13.1.18, e ha dato lo spunto a F. Haymann per concludere che l'accettazione

□

¹⁷²) Eccone il testo: *Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur. Quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur.* Sul locus, cfr. A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., p. 84 nt. 3, C. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici*, cit., pp. 25 nt. 1, 40, 59 nt. 4, 67 nt. 12-13, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 446, H. F. HITZIG, sv. *Furtum*, cit., p. 386, E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, II.1, Berlin, 1922, p. 115, A. EHRHARDT, *Zum objektiven Tatbestand der negotiorum gestio*, in «Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen», 5, Freiburg, 1935, p. 9 ss., F. SERRAO, *Il procurator*, cit., ibidem, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 182, F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl*, cit., p. 18 ss., J. GAUDEMET, *À propos du 'furtum'*, cit., p. 10 nt. 25, E. LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar 1962, p. 13, J. A. C. THOMAS, *A note on 'falsus procurator'*, cit., p. 417, SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio*, cit., p. 64 ss., M. TALAMANCA, *La fattispecie dell'actio negotiorum gestorum*, rec. a SEILER, *Der Tatbestand*, cit., p. 230, P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, cit., p. 225 ss., A. BURDESE, *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, cit., p. 316, W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 58 ss., FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., p. 91 nt. 40, TER BEEK, *Dolus*, II, cit., p. 1056 nt. 4 e 6, G. FINAZZI, *Ulp. 10 'Disp.' D. 50,17,60: 'Ratihabitio' e natura del rapporto tra gestore e gerito*, in «Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca», III, Napoli, 2001, pp. 275-276, M. DE FILIPPI, *Ratihabitio*, cit., p. 110 nt. 7, I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum*, cit., pp. 86 ss. Agnieszka Kacprzak ha dedicato una certa attenzione al passo, in ragione dei suoi articolati contenuti, mettendolo in relazione con una fattispecie analoga trattata da Pedio in D. 3.5.5.11. La studiosa si interroga in prima battuta sulla natura della mala fede certamente nutrita dal *falsus procurator* che ha riscosso in nome di un terzo una prestazione non dovuta, potendosi optare per due soluzioni: o il *f.p.* era a conoscenza del carattere indebito della prestazione, oppure aveva agito con l'intenzione di trattenere la *pecunia* presso di sé (v. A. KACPRZAK, *La 'ratihabitio' nel diritto romano classico*, Napoli, 2002, p. 69 nt. 33). Secondo la Kacprzak, e sintetizzando, «la differenza tra la fattispecie analizzata da Papiniano e la situazione esaminata da Sesto Pedio sta nel fatto che nel primo caso il gestore aveva l'intenzione di agire nell'interesse del *dominus negotii*, mentre nel testo di Papiniano il *falsus procurator* voleva piuttosto commettere un inganno» (A. KACPRZAK, *La 'ratihabitio'*, cit., p. 70). La reale intenzione del *falsus procurator*, in definitiva, sarebbe stata quella di appropriarsi del denaro non dovuto (*op.cit.*, p. 71).

consapevole di un indebito costituisce furto ‘ohne Einschränkungen’, ed in particolare senza quella limitazione alla rilevanza delle sole condotte poste in essere dall’ ‘Empfänger’, magari anche soltanto suscitando l’errore dello ‘Zahlende’.

D. 13.1.18 presuppone comunque l’esistenza di un debito: è questo uno dei nodi, perché Haymann ha voluto concludere – in sintonia con l’apparente significato di D. 47.2.81.6 – che se lo ‘Zahlende’ avesse saputo della inesistenza di un qualsivoglia debito i classici non avrebbero verosimilmente qualificato come *fur* il (consapevole) beneficiario del trasferimento ‘anomalo’, perché avrebbero scorto nel pagamento una intenzionale rinuncia alla somma di denaro (‘eine Preisgabe des Geldes’¹⁷³).

6. Ricettazione e furto. Specifica considerazione dei due ambiti nell’ ‘Eigentum und Besitz’ di M. Kaser.

Si potrebbe pensare che il soggetto nei cui confronti fosse stata attivata una procedura di perquisizione domiciliare, introdotta ‘trotz vorherigen Leugnens’ dell’escusso, non fosse considerato come un ladro in caso di ritrovamento della refurtiva, dovendosi considerare come irrilevanti gli ‘Indizien der Hehlerei’.

E’ questa l’ipotesi di lavoro che, formulata *ab absurdo* dal Kaser nell’ ‘Eigentum und Besitz’¹⁷⁴, viene subito scartata, essendo sulla base delle attuali conoscenze del tutto inverosimile che già in epoca decemvirale ‘hat man...wirklich schon Diebstahl und Hehlerei nach den Schuldvorwurf unterschieden’¹⁷⁵. Ricettatore potrebbe essere, in astratto, il soggetto che pur

□

¹⁷³) HAYMANN, *Grenzen*, cit., p. 3, oltre all’ivi cit. E. BETTI, *Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts*, in «Festschrift Koschaker», I, p. 322., che cita *ad explicandum* D. 46.3.50: *Si cum aurum tibi promisisses, ignorant quasi aurum aes solverim, non liberabor: sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci*, oltre a numerosi passi in cui ‘die wissentliche Zahlung einer Nichtschuld als Schenkung hinstellen’, per esempio D. 50.17.53.

¹⁷⁴) KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, cit., p. 40 ss.

¹⁷⁵) KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 41.

senza avere materialmente rubato (in tal caso il furto sarebbe del tutto assorbente) abbia nascosto nella propria abitazione la refurtiva.

Ebbene, l'*actio furti concepti* delle XII Tavole trovava applicazione non solo in questo caso ma anche nei confronti del 'Besitzer, der nichts von seinem Gewahrsam wußte', e la conseguenza era che 'galt durch die Haussuchung als des *furtum conceptum* überfullt'.

Per il grande studioso germanico avrebbe cioè assunto rilievo la divaricazione tra responsabilità oggettiva (che sarebbe scattata per il ritrovamento della refurtiva durante la perquisizione, con condanna al triplo, salva facoltà di agire contro il reale autore del furto, se individuato), e dolosità importante una debenza di pena pecuniaria, cioè una furtività vera e propria.

Per comprendere l'iter logico che ha portato a simili conclusioni, sarà utile rifarsi a un incisivo sunto del pensiero kaseriano prodotto da Imre Molnár.

Punto di partenza è il testo di Gai 3.191:

*'Concepti et oblati (furti) poena ex lege XII Tabularum tripli est'*¹⁷⁶.

Le fattispecie erano pertanto caratterizzate, nel caso di *furtum conceptum* come in quello di *furtum oblatum*, da una oggettiva 'Verantwortlichkeit' che comportava la condanna al *tripulum* del valore della cosa ritrovata, condanna deliberata in caso di *conceptio* contro il proprietario della casa a prescindere da un suo *dolus malus*, ed anzi in taluni casi escludendo espressamente anche solo l'ipotesi che l'«Hauseigentümer» potesse essere considerato *fur* della cosa trovata.

Per l'*oblatio*, addirittura era previsto che il condannato per *furtum conceptum* potesse rivalersi '*adversus eum qui optulit*' la refurtiva, anche senza provare che quest'ultimo fosse il vero ladro. Basta leggere

□
¹⁷⁶) Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 330 nt. 3, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus*³, cit., p. 583 nt. 8 e 9, C. ST. TOMULESCU, *Die*

Gai 3.187: *Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit; utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur; nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati*¹⁷⁷.

Il Kaser ha voluto valorizzare soprattutto Gai 3.191 per fare ostensione dei caratteri soggettivi di cui si sarebbe rivestito l'agire del ladro, e ciò ha fatto in uno scritto del 1962¹⁷⁸ in cui ha parlato di 'typisierter *dolus*' con riferimento alle cennate ipotesi di *conceptio* e *oblatio*. E' tuttavia incerto, ha notato il Molnár, 'ob die *decemviri* oder *pontifices* dessen bewußt waren, daß die Vorsätzlichkeit mit dem Diebstahl verbunden ist'¹⁷⁹. Molnár ha però notato che 'ist dadurch unterstützt, daß bei drei Gelegenheiten der dargestellten Fälle der Vorsatz nicht nachgewiesen werden konnte', posto che si trovano casi di comportamenti in cui non si può parlare di dolo tipicizzato ma tuttavia l'agente è nondimeno condannato giusta i precetti del codice decemvirale.

Per esempio, argomenta lo studioso, la punizione dell'impubere testimoniata in Gai 3.189 nonché in Gell. 11.18.8 non potrebbe mai essere fatta orbitare nell'area di un tipicizzato *dolus malus*, perché l'impubere non può essere considerato responsabile in prima persona di un delitto essendo 'deliktunfähig'¹⁸⁰, non potendosi nemmeno sollevare questione di presenza o

□

Rolle der actio furti concepti, cit., pp. 448, 450 nt. 5 e 451 nt. 9 e L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 64 nt. 32, 177 ss. e spec. 179 nt. 35.

¹⁷⁷) Sul testo, v. ora L. PEPE, *Ricerche sul furto*, cit., p. 177 nt. 29.

¹⁷⁸) Si tratta di KASER, *Typisierter 'dolus' im altromischen Recht*, in «BIDR.», 65, 1962, p. 80 e *passim*.

¹⁷⁹) I. MOLNÁR, *Erfolgshaftung oder typisierter 'dolus malus' im archaischen römischen Recht*, cit., p. 471.

¹⁸⁰) MOLNÁR, *Erfolgshaftung*, cit., p. 472: 'Die Strafe des minderjährigen Kindes kann auch keineswegs in den Kreis des typisierten *dolus malus* gezogen werden. Der Minderjährige ist bekannterweise deliktunfähig. So bleibt das Element der Schuld weg'.

meno dell'elemento soggettivo per mancanza delle condizioni stesse di rilevanza dello stato soggettivo¹⁸¹.

Non ci si nasconde però il problema costituito dal fatto che i 'zeitgenössischen Rechtsschöpfer' avevano talora considerato l'impubere come munito di capacità alla commissione di delitti: in una simile evenienza, non si sarebbe potuto distinguere l'elemento soggettivo da quello oggettivo e la pur avvertita discrasia tra la situazione del ladro adulto e di quello impubere avrebbe trovato espressione unicamente a livello di graduazione della condanna.

E' evidente, ritornando al problema della cosa ritrovata nella casa di un preteso 'ricettatore', che nell'impostazione kaseriana la condanna decenvirale al triplo slegata dall'accertamento in concreto del dolo era comprensibilmente stata introdotta per una sorta di presunzione assoluta di compartecipe dolosità: il legislatore del V sec. considerava infatti come 'dolo tipicizzato' quello riportabile alla circostanza che una persona non può non sapere come sia finita la cosa all'interno della sua abitazione; comunque, una cosa normalmente può essere introdotta in uno spazio domestico altrui soltanto con il consenso del proprietario della casa¹⁸². *Ex adverso* ha argomentato il Molnár che 'ist es auch möglich, daß der Gegenstand eingeschmuggelt wurde, wovon der Eigentümer nichts wußte'; in tale caso, che poteva sicuramente presentarsi, la condanna al triplo sanciva allora, e più esattamente, una vera e propria responsabilità oggettiva, perché sarebbe conseguita non alla tipicità legale del dolo ma alla mera constatazione 'topografica' della presenza della refurtiva nella casa dell'inconsapevole escusso¹⁸³.

Sono d'altro canto note le difficoltà emergenti dall'inciso '*quamvis fur non sit*' contenuto, per il caso di *furtum conceptum*, anche in Gai 3.186, se

□

¹⁸¹) Si veda E. PÓLAY, *Iniuria-Tatbestand*, p. 31.

¹⁸²) KASER, *Typisierter dolus*, cit., p. 81 ss. e *passim*.

¹⁸³) E infatti cfr. I. MOLNÁR, *Erfolgshaftung*, cit., p. 473: 'Nicht der Typisiertheit des dolus zufolge, sondern nur weil der Gegenstand bei ihm war. Es wurde nicht untersucht, wie er dahin geraten ist. Es wurde nur das Ergebnis gewertet'.

considerato unitamente alla circostanza, riferita dallo stesso Gaio nel paragrafo 192, per cui il ritrovamento della refurtiva avrebbe comportato per colui che ne fosse risultato possessore o detentore addirittura la parificazione alla condizione del *fur manifestus*. E' noto il tentativo di spiegazione fornito dal De Visscher¹⁸⁴, magistralmente commentato da Erwin Schepeses¹⁸⁵: ladro manifesto poteva essere solo chi fosse stato trovato con la refurtiva ma a condizione che si fosse trattato effettivamente del *fur* della stessa; altrimenti, chi fosse stato trovato nel possesso della refurtiva anche in esito a perquisizione solenne senza esserne effettivamente il ladro, sarebbe stato assoggettato soltanto all'*actio furti concepti* per il *triplum*. Chi rifiutasse di dar corso alla perquisizione, opponendosi al suo espletamento, sarebbe d'altro canto da considerare come *fur manifestus*. Lo Schepeses, a proposito di una simile tesi, ha mosso una prima obiezione: non sempre, ed anzi non nella maggior parte dei casi, la ricusa di una perquisizione era motivata da un ostruzionismo del ladro che non voleva fosse scoperta la refurtiva nella sua abitazione o nelle relative pertinenze, perché si dovrebbe pensare anche all'ipotesi di un soggetto in buona fede, non autore di nessun *furtum*, evidentemente portato a nulla temere dall'invasiva ingerenza di una perquisizione 'contro la persona sbagliata'¹⁸⁶. Una seconda obiezione si ancora ai dati della letteratura non giuridica: nei *Saturnalia* di Macrobio viene in ballo una *quaestio* 'nach einem gestohlenen Schwein', per il furto di un maiale; tuttavia, dato che nulla viene trovato a carico del sospettato Tremellio Scrofa, 'so bleiben alle Folgerungen, die sich aus dem *denegare* und *celare* des Verdächtigen ergeben könnten, offen'¹⁸⁷.

□

¹⁸⁴) F. DE VISSCHER, *Études de droit romain*, cit., p. 228-229.

¹⁸⁵) I punti del dibattito sono esemplarmente fissati in E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des furtum*, cit., p. 101.

¹⁸⁶) Così E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit*, cit., p. 102: 'man müsste denn an den Fall denken, dass der Beschuldigte von dem Vorhandensein der gestohlenen Sache in seinem Hause keine Kenntnis hatte und deshlab guten Glaubens die Haussuchung über sich ergehen liess'.

¹⁸⁷) E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit*, cit., p. 103.

Ma veniamo al contenuto del testo.

Macr. Sat. 1.6.30: *Tremellius vero Scropha cognominatus est eventu tali. Is Tremellius cum familia atque liberis in villa erat. Servi eius, cum de vicino scropha erraret, subreptam conficiunt. Vicinus advocatis custodibus omnia circumvenit, neque efferrī possit: isque ad dominum appellat restitui sibi pecudem. Tremellius qui ex vilico rem comperisset, scrophae cadaver sub centonibus collocat, super quos uxor cubabat. Quaestionem vicino permittit. Cum ventum est ad cubiculum, verba iurationis concipit: nullam esse in villa sua scropham, 'nisi istam, quae in centonibus iacet', lectulum monstrat. Ea facetissima iuratio Tremellio Scrophae cognomentum dedit¹⁸⁸.*

□
¹⁸⁸) Sul colorito episodio di Tremellio Scrofa e sulla controversa identità di quest'ultimo si v. M. VOIGT, *Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer*, III.1, Neudruck Ausgabe Leipzig 1871, Aalen, 1966, p. 54 nt. 93, secondo cui Tremellio nel suo foro interno non avrebbe voluto in alcun modo denigrare la moglie, pensando invece al *cadaver* della scrofa pur sempre sito *in centonibus*, giocando però volutamente sull'ambiguità della sua *iuratio*, posto che 'der Bestohlene sich beruhigt in dem Glauben, Tremellius habe die eigene Gattin durch *scrofa* bezeichnet', ID., *Die XII Tafeln*, II, cit., p. 570 nt. 13, A. ESMEIN, *La poursuite du vol et le serment purgatoire*, in ID., *Mélanges d'histoire du droit et de critique: droit romain*, Paris, 1886, p. 237 ss., dove l'assunto è però che 'ici nous avons une véritable procédure, et il n'est pas nécessaire d'être un savant romaniste pour la reconnaître du premier coup d'oeil; c'est la *quaestio furti per licium et lancem* dont parle Gaius, au commentare III', aggiungendo poi sulle orme di Moritz Voigt che 'Tremellius met d'accord sa conscience et son intérêt en prononçant une formule ambiguë qui, pour les poursuivants, contient sa justification accompagnée d'une grossière plaisanterie, mais qui pour lui exprime l'exacte vérité' (p. 239: ecco la tesi voigtiana della riserva nel foro interno), P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., pp. 52, 72 e soprattutto 299 ss., D. DAUBE, *Some comparative Law – furtum conceptum*, in «TR.», 15, 1937, pp. 53-55 e *passim*, F. MÜNZER, sv. *L. Tremellius Scrofa*, in «PWRE.», 6.12, Stuttgart, 1937, c. 2289, il cui approccio è discusso nel testo, A. EHRARDT, *The 'search'*, in «Studi in onore di E. Betti», III, cit., p. 169 nt. 37 e 38, che stabilisce i punti fermi per la valutazione in chiave giuridica dell'accaduto: 'a) the sow had run away, she was not under the control of the harmed *vicinus*; b) she was apprehended and slaughtered by the slaves of Tremellius; c) Tremellius took the carcass and hid it; d) the *vicinus* surrounded Tremellius' house with *advocati custodes*; e) he obtains leave of Tremellius to search his house (*quaestio*); f) in the women's quarter, where the carcass is in fact hidden, Tremellius purges himself by an ambiguous oath', E. WILLE, *rec.* a EHRARDT, *The 'search'*, cit., in «IURA», 14, 1963, p. 466, C. ST. TOMULESCU, *Die Rolle der actio furti concepti*, cit., p. 449 nt. 4, D. DAUBE, *Studies in Biblical Law*, New York, 1969, p. 220 nt. 77 e ss., che più di tutti si dilunga sull'aneddoto, constatando l'anomalia della vicenda narrata, posto che una matrona romana come la moglie di Tremellio in ogni caso non sarebbe stata chiamata a rispondere di un *furtum* di cui unici responsabili rimanevano i

Un tale Tremellio, poi soprannominato Scrofa per via dell'episodio che si sta per raccontare, si trovava un giorno in villa con i figli e la servitù. I servi di Tremellio, vedendo vagare una scrofa del vicino, la sottraggono pensando di fare un piacere al padrone. Senonché il vicino, avvertito della fuga dell'animale nella proprietà di Tremellio, circonda *'advocatis custodibus'* l'area e si reca subito da quest'ultimo reclamando senza mezzi termini la scrofa. Tremellio, però, che era venuto a sapere della cosa dal *vilicus*, aveva intanto nascosto il cadavere della bestia sotto il materasso del letto¹⁸⁹, o meglio sotto le coperte di stoffa (*centones*) sulle quali era adagiata, in un sonno

□

servi, D. FLORIA HIDALGO, *La casuistica*, cit., p. 35 nt. 13, M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, cit., p. 60, per il quale 'se è vero che l'episodio narrato si svolge e si conclude in forma totalmente privata, nulla sembrerebbe lasciar presumere che esso abbia necessariamente a che vedere con l'antica *quaestio* rituale' nonché, da ultimi, M. TH. FÖGEN, *Memoria. David Daube 8. februar 1909 – 24. februar 1999*, in «Rechtshistorisches Journal» (RJ.), Frankfurt am Main, 18, 1999, p. 202 nt. 23, J. FÜNDLING, *sv. Tremellius Scrofa, L.*, in «Der neue Pauly. Enzyklopädie der Antike», 12/1, Stuttgart-Weimar, 2002, c. 780, che per precisione e concisione è da riportare integralmente: ‚Sohn von T. [1] besiegte als *quaestor* in Macedonia 143/2 v. Chr. einen vorgeblichen Sohn des Perseus [2] (Liv. *per.* 53), wurde wohl vor 135 *praetor* (MRR I,436) und erscheint im SC. für Priene (SCHERK, Nr. 10b, Z. 3). Er soll das cogn. *Scrofa* (wörtl. ‚Sau‘) als Spitznamen erworben haben (Varro *rust.* 2,4,1 f.; gegentradition Macr. 1.6.30)’, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 162 nt. 289 e 173 nt. 19.

¹⁸⁹) Nello stesso nascondiglio, vale a dire sotto un letto, aveva provato a celarsi *sua sponte* ma senza fortuna il servo fuggitivo Gitone per sfuggire alla *quaestio* del suo *dominus* Ascilto, attivata con l'ausilio di un *servus publicus*; il racconto è nel *Satyricon* di Petronio (97 e 98): *'Intrat stabulum praeco cum servo publico aliaque sane modica frequentia, facemque fumosam magis quam lucidam quassans haec proclamavit: 'puer in balneo paulo ante aberravit, annorum circa XVI, crispus, mollis, formosus, nomine Giton. Si quis eum reddere aut commonstrare voluerit, accipiet nummos mille. Nec longe a praecone Ascyltos stabat amictus discoloria veste atque in lance argentea indicium et fidem praeferabat (...). Interim Ascyltos ut pererravit omnes cum viatore cellas, venit ad meam; et hoc quidam plenior spem concepit, quo diligentius oppessulatas invenit fores. Publicus vero servus insertans commissuris secures claustrorum firmitatem laxavit...Ascyltos...nihil aliud quam fugitivum suum dixit quaerere...at non servus publicus tam languide agit, sed raptam cauponi harundinem subter lectum mittit omniaque etiam foramina parietum scrutatur'* (su questa testimonianza, e sui rapporti tra la ricerca di *Ascyltos* e la *quaestio lance licioque* solenne, v. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 749 nt. 1, F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius*, cit., pp. 442-443, L. DEBRAY, *Pétrone et le droit privé romain*, in «NRH.», 43, 1919, p. 138 ss., C. ST. TOMULESCU, *Die Rolle der actio furti concepti*, cit., p. 447 nt. 2, H. BELLEN,

profondo, la moglie; senza timore che il *vicinus* osi destarla, e quindi relativamente sicuro, *'quaestionem permittit'*. I due entrano in casa e giungono proprio nell'ambiente dove stava riposando la moglie di Tremellio; quest'ultimo, allora, giura che nessuna scrofa si trova nella sua villa, se non – dice indicando la povera *uxor* – *'questa, cha sta dormendo sui centoni'*. Il vicino non insiste oltre e Tremellio *'Scrofa'* si salva per la sua *'facetissima iuratio'*.

Anche se Balzarini ha ritenuto attendibile l'intero racconto, dando importanza a quelle che sarebbero state autentiche perquisizioni private (*'custodibus advocatis'*) estranee a forme di solennità pubbliche, dubbi serissimi sulla vera identità di Tremellio Scrofa derivano dalla constatazione di una tradizione completamente diversa sul personaggio, rimontante a Varrone e a Tito Livio; secondo questa diversa tradizione Tremellio Scrofa sarebbe stato in realtà un rispettabile cittadino e glorioso comandante militare, in grado di gerire, come d'altronde già il padre¹⁹⁰, una carica di rilievo come la pretura, assunta verosimilmente, secondo Jörg Fündling, poco prima del 135 a.C.

Il soprannome *Scrofa* gli sarebbe stato dato per un episodio onorevole: nel 143 o 142 a.C., affrontando in uno scontro campale quello che probabilmente era il figlio di Perseo¹⁹¹ e nipote di Filippo V, in terra di Macedonia, avrebbe esortato i suoi uomini a scagliarsi contro le schiere nemiche con queste parole: *'celeriter se illos ut scrofa porcos disiecturum'*¹⁹². Certamente questa seconda

□

Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich, cit., pp. 7 nt. 26, 8 nt. 28 e 10 nt. 46 e L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., p. 176 nt. 26).

¹⁹⁰) Il padre del controverso Tremellio Scrofa, anch'egli di nome Tremellio, era stato tribuno della plebe e in tale veste aveva posto *intercessio* nel 168 a.C. per poi raggiungere la carica di pretore nel 159 a.C. (sulla sua figura, cfr. J. BLEICKEN, *Kollisionen zwischen sacrum und publicum. Eine Studie zum Verfall der altrömischen Religion*, in «Hermes», 85, 1957, pp. 453-454, ora edito in ID., *Gesammelte Schriften*, II, Stuttgart, 1998, pp. 438-439).

¹⁹¹) E' quanto si ricava dalle *Periöchae* od *Epitomi* di Livio, 53 (v. FÜNDLING, *op.cit.*, ibidem).

¹⁹²) La narrazione è in Varr. *de re rust.* 2.4.1 ss. (ed. H. KEIL, Lipsiae, 1889, p. 90): *Sed quis e portu post Italico prodit ac de suillo pecore expedit? Tametsi Scrofam potissimum de ea re dicere oportere cognomen eius significat. Cui Tremellius, Ignorare, inquit, videre, cur appeller Scrofa. Itaque ut etiam hi propter te sciant, conosco meam gentem*

tradizione è, come rilevato da Friedrich Münzer, tanto ricercata e inverosimile ('gesucht und unglaubwürdig') quanto quella che si fonda sulla tarda testimonianza di Macrobio: e la supposizione del Münzer, che ritiene 'der boshafte Witz des Macrobius' forse più confacente 'der derben altrömischen Bauernart' di un peana alla nobiltà della prosapia tremelliana ('als die Familieneitelkeit schmeichelnde')¹⁹³, resta appunto una supposizione.

Un punto mi sembra invece degno di interesse. Era certamente possibile che un privato chiedesse informalmente di intraprendere una *quaestio*, ma era anche possibile per il presunto ladro prestare una *iuratio* che aveva la funzione di asseverarne l'innocenza. Una simile *iuratio*, senza dubbio singolare per la nostra mentalità, era comune nell'esperienza giuridica romana.

Ne è prova, oltre la *iuratio* di Tremellio, anche quella del ladrone italico Caco che aveva osato – nella nota tradizione proposta da Virgilio nell'Eneide – sottrarre i buoi di Ercole, trascinandoli per la coda al fine di confonderne le orme sul terreno nel suo antro sul monte Aventino. Ebbene, Caco aveva negato la responsabilità per furto con falso giuramento, mettendo in essere una condotta tecnicamente descrivibile in termini di *abiurare*: Virgilio ne aveva consapevolezza, pur seguendo, com'è ovvio, la linea della trasfigurazione mitologica.

Verg. *Aen.* 8.262-265: *Panditur extemplo foribus domus atra revolsis,*

□

suillum cognomen non habere, nec me esse ab eumaeo ortum. Avus meus primus appellatus est Scrofa, qui quaestor cum esset Licinio Nervae praetori in Macedonia provincia relictus [esset], qui praeesset exercitui, dum praetor rediret, hostes, arbitrati occasionem se habere victoriae, in pressionem facere coeperunt in castra. Avos, cum cohortaretur milites ut caperent arma atque exirent contra, dixit celeriter se illos ut scrofa porcos disiecturum, id quod fecit. Nam eo proelio hostes ita fudit ac fugavit, ut eo Nerva praetor imperator sit appellatus, avus cognomen invenerit ut diceretur Scrofa (sul passo, v. per tutti P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 302 nt. 3, D. DAUBE, *Studies in Biblical Law*, cit., p. 232 e A. CENDERELLI, *Varroniana: istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1973, p. 64).

¹⁹³) F. MÜNZER, *op.cit.*, ibidem. L'autore si dice certo soltanto di un fatto: il nostro personaggio sarebbe stato il primo a ricevere il soprannome Scrofa, poi tramandato a un successivo Cn. Tremellio; su quest'ultimo discendente cfr. G. PERL, *Cn. Tremellius Scrofa in Gallia cisalpina*, in «AJAH.», 5, 1980, p. 97 ss.

*abstractaeque boves abiurataeque rapinae
caelo ostenduntur, pedibusque informe cadaver
protrahitur*¹⁹⁴.

7. *La rapina e il furtum, due cerchi concentrici. Cenni alla 'regola di Dernburg' nella ricostruzione fornita da O. Behrends.*

Non merita invece dilungarsi su un dato che rappresenta ormai una pacifica acquisizione della giusromanistica: fino all'intervento del pretore Lucullo databile al 76 a.C., l'appropriazione violenta di una cosa altrui, vale a dire la rapina, era ricompresa nel concetto di furto.

Sul punto è però da ricordare una originale posizione dottrinale, dovuta al Behrends (1995). Lo studioso ha pensato che l'emanazione dell'Editto contenente la promessa pretoria si sarebbe resa necessaria per una intervenuta palingenesi giurisprudenziale relativa all'atto furtivo, che nella temperie della prima metà del I sec. a.C. veniva correntemente interpretato come un *rem clam amovere*; tuttavia nel volgere di un breve periodo una simile concezione avrebbe cominciato a mostrare i primi segni di cedimento, anche in considerazione del fatto che in seguito venne coniata l'espressione *contractatio*, con l'effetto di rendere superfluo nel nuovo stato di cose l'editto del pretore, che invece aveva avuto una sua indubbia ragion d'essere – nel momento in cui era intervenuto – per colmare una lacuna normativa. Tuttavia, benché il successivo approdo al polo di riferimento della *contractatio* avesse reso 'das Edikt eigentlich überflüssig', l'editto stesso rimase intatto, 'blieb erhalten', e con esso anche 'die Erklärung, die einst seine Notwendigkeit begründete'.

□
¹⁹⁴) Sul passo virgiliano si vedano P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., pp. 303 ss. e per il testo p. 313, D. DAUBE, *Some comparative Law – furtum conceptum*, cit., p. 57 nt. 3, ID., *Studies in Biblical Law*, cit., p. 228 nt. 94 e ss., A. EHRHARDT, *The 'search'*, cit., p. 176 e G. L. FALCHI, *L'onere della prova nella 'legis actio sacramento in rem'*, cit., pp. 258-259.

Così, per esempio, un giurista classico come Giuliano, pur non potendo negare la presenza nell'ordinamento giuridico dell'editto di Lucullo, riconosceva l'obsolescenza del *clam amovere* come nucleo della condotta furtiva, e configurava rapina e furto come due centri concentrici, dove la rapina altro non era che 'eine besonders verwerfliche Form des Diebstahls'. Il rapinatore è così definito un '*fur improbior*'.

D. 47.8.2.10 (Ulp. 56 *ad Ed.*): *Nam Iulianus scribit eum qui vi rapit furem esse improbiorem.*

Secondo il Behrends, sarebbe anche possibile tirare in causa la cosiddetta regola di Dernburg, dal nome di chi per primo l'ha formulata nella pubblicazione della 'Festgabe Heffter' del 1873; secondo la regola, tutti gli editti contenenti la promessa di tutela giurisdizionale, nei quali il pretore subordina a un ben preciso 'Sachvortrag' la concessione del mezzo processuale, appartengono ad un comune stadio evolutivo, e questo stadio è databile 'durch die Tatsache, daß die von Aquilius Gallus und Servius Sulpicius eingeführte actio de dolo ein solches Rechtsschutzverheißungsedikt hat'.

La tesi del Behrends fa appello a una lacuna normativa, che avrebbe suggerito l'intervento del pretore. Essendo ad un certo punto dello sviluppo storico invalsa una interpretazione restrittiva del *clam amovere*, non sarebbe stato più possibile, senza la 'prätorische Regelung *legis supplendi causa*', continuare a reprimere efficacemente le rapine, che naturalmente non potevano essere *res clam factae*, come invece dovevano essere i normali furti. Lo studioso di Norden trae argomenti da un testo di Ulpiano, in cui il giurista avrebbe preso in considerazione la situazione ordinamentale al momento dell'intervento pretorio.

D. 47.8.2.23 (Ulp. 56 *ad Ed.*): *Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex isdem (Flor. hisdem) causis habere me hanc actionem.*

Lo sforzo ricostruttivo di Ulpiano, ci dice il Behrends, era allora tutto teso alla riscoperta delle ragioni portanti di un editto che pure, alla sua epoca, ma già in quella di giuristi come Gaio¹⁹⁵, aveva perduto la sua ragione d'essere per l'ormai corrente riferimento alla parola *contrectatio*. Cionondimeno, nello sforzo della ricerca storica, Ulpiano ricostruiva la 'ursprungliche Normsituation' nel senso che l'editto pretorio avrebbe trovato applicazione in assenza di 'Heimlichkeit', mentre in caso contrario sarebbe stata concessa la normale *actio furti*. Interessante si presenta allora il successivo riassorbimento entro la nozione del furto della sottrazione violenta, con un importante 'Kompromiß', consistente nella sacrificio ('Aufopferung') della qualifica *clam* in relazione all'*amovere*. Solo espungendo il *clam*, l'*amovere* poteva essere ricompreso nel *contrectare*, ed essere con questo compatibile, permettendo di ricomprendere la rapina nella nuova nozione di furto inteso come *contrectatio*¹⁹⁶.

La tesi, senza dubbio ingegnosa, regge tutta sul presupposto di una prevalente concezione tra i giuristi del *furari* come *rem clam amovere* nello scorcio temporale in cui vide la luce l'editto di Lucullo; sappiamo in realtà che soltanto Labeone, in contrapposizione ad altri giuristi, aveva enucleato il comportamento furtivo tenuto *clam et obscure*, valorizzando sul piano semantico la derivazione di *furtum* da *furvum*, escludendo con ciò le

□

¹⁹⁵) Chiarissimo il senso di Gai 3. 209: '*Qui res alienas rapit, tenetur etiam furti, quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui rapit? Itaque recte dictum est eum improbum furem esse; sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum.*

¹⁹⁶) O. BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 234: 'Und es leuchtet sofort ein, daß nur durch die Aufopferung des *clam*-Erfordernisses das *amovere* mit dem *contrectare* kompatibel wurde. Nur so konnte es zum Kerntatbestand eines Diebstahls werden, der sich im übrigen wieder dem vorklassischen Prinzip öffnete'.

sottrazioni violente dal nucleo fondante della condotta di furto. Senonché da questo dato, certamente significativo della concezione di uno dei più celebrati giuristi, non sembra potersi desumere una conclusione di livello generale sulla disciplina giuridica e sui profili di repressione del furto.

Anche nel diritto giustiniano, infatti, la Novella 134 nel suo capitolo 13 solo superficialmente potrebbe dare argomenti per ritenere una alterità ordinamentale tra rapina e furto, ritenendo che quest'ultimo non potesse essere ricompreso, neppure come iponimo, nell'iperonimo concettuale della rapina: in realtà tale intervento risulta finalizzato, nel contesto di un generalizzato ricorso alle pene mutilanti, ad una mitigazione del principio della *poena* corporale per i casi di furto meno gravi, cioè quelli commessi *occulte* (l'originale greco ha *λάθρα*) *et sine armis*, come recita la traduzione latina nel cosiddetto *Authenticum*, per la repressione dei quali non sembrava congruo il *membrum abscidere* o addirittura il *mori*.

Si tratta di elementi ricavabili dal testo della citata Novella, emanata da Giustiniano il 1° maggio del 556 d.C.¹⁹⁷, che qui riporto per comodità nella traduzione in latino dell'*Authenticum*.

Nov. 134.13.1 (p. 688 Schöll-Kroll): *Pro furto vero nolumus omnino quodlibet membrum abscidi aut mori, sed aliter eum castigari. Fures autem vocamus qui occulte et sine armis huiusmodi delinquant; eos vero qui violenter adgrediuntur aut cum armis aut sine armis, in domo aut in itineribus aut in mari, poenis eos legalibus subdi iubemus*¹⁹⁸.

□

¹⁹⁷) Per questo non epitomata dall'*antecessor Iulianus* la cui *Appendix* prendeva in considerazione costituzioni imperiali fino al 555 d.C. (in tal senso, contro lo Haenel, F. GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, Torino, 1975, p. 55 nt. 59).

¹⁹⁸) Sul capitolo 13 della Novella 134 si vedano W. REIN, *Das Kriminalrecht der Römer*, cit., p. 315, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 738 nt. 1, E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit*, cit., pp. 114-115, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum*, cit., pp. 204-205, F. GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera*, cit., p. 204 nt. 53. Altri dati di contesto ha fornito quest'ultimo autore in ID., *Aspetti della giustizia penale nell'età giustiniana alla luce degli Anekdoti di Procopio*, in «AAC.», XI, 1996, pp. 587-588.

Il precetto non aveva certamente lo scopo di escludere dal concetto di furto le condotte violente attuate con o senza l'uso delle armi, volendo semplicemente introdurre una eccezione nell'applicazione delle misure repressive contro il furto, per cui mentre i ladri *improbiores* venivano pur sempre considerati ladri e sottoposti alle pene legali specificamente previste, quelli che avevano realizzato furti produttivi di un minimo allarme sociale – perché commessi senza ricorso alla violenza – potevano essere puniti *aliter* rispetto ad una altrimenti ineluttabile pena mutilante.

Questa interpretazione, già avanzata da Theodor Mommsen, per il quale una ermeneusi che escludesse dal furto la sottrazione violenta 'würde auch für das späteste Recht nicht zutreffen'¹⁹⁹, è stata poi autorevolmente confermata da Nicolaas Van der Wal, secondo cui la disposizione di Giustiniano aveva il solo scopo di vietare 'la dislocation des joints, la coupure de deux mains ou de deux pieds à la fois et toute mutilation pour le vol sans violence'²⁰⁰.

8. *Cenni sul 'Schutzgut' nel delitto privato di furtum. Considerazioni sulla tesi di O. Behrends: in particolare le due polarità della 'custodia-Haftung' e dell' 'eigene Nutzungsinteresse an der Sache'. Le tesi di S. Perozzi e R. Astolfi sulla lesione di una situazione possessoria giuridicamente rilevante.*

Con il termine 'Schutzgut' il Behrends, nell'importante scritto più volte citato, ha inteso evidentemente richiamare la nozione di bene giuridico oggetto della tutela giurisdizionale²⁰¹. Si potrebbe essere portati a credere che il riferimento

□

¹⁹⁹) TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., ibidem alla nota precedente.

²⁰⁰) N. VAN DER WAL, *Manuale novellarum Justiniani. Aperçu systematique du contenu des Nouvelles de Justinien*, Groningen-Amsterdam, 1964, p. 49 nt. 7.

²⁰¹) Con la migliore dottrina tedesca si richiama più correttamente, in realtà, il concetto di 'oggetto della tutela giuridica' nel delitto di furto ('Schutzobjekt'), piuttosto che richiamare il 'bene giuridico' tutelato, che avrebbe la caratteristica, secondo K. PRÜHB, *Das verletzte Schutzobjekt*, cit., p. 13, di essere 'zu umfassend', e cioè ai fini giuridici fin

a uno specifico studioso sia, ai fini che qui interessano, del tutto superfluo se non addirittura fuori luogo.

□
troppo esteso e comprensivo. La proposta di adottare l'espressione 'Schutzobjekt' risale a Lassa Oppenheim, che ha operato questa scelta anche per evitare di percorrere il 'terreno minato' del bene giuridico di volta in volta concepibile, secondo una lettura soggettivamente sbilanciata, in termini di diritto soggettivo, interesse giuridicamente protetto o possesso immediato sul 'Rechtsgut' (cfr. L. OPPENHEIM, *Die Objekte des Verbrechens*, Basel, 1894, *passim*). Ma si deve pensare che anche uno dei più illustri criminalisti dell'area 'deutschsprachige', Franz von Liszt, aveva creduto corretta la proposizione di una 'Gleichsetzung' di diritti soggettivi e interessi giuridicamente protetti dal punto di vista di un unico 'bene tutelato' (F. v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1900, p. 53), mentre le codificazioni oggi in vigore tanto in Italia quanto in Germania sembrano riecheggiare la fondamentale proposta scientifica di Karl Binding, che aveva scisso l'attacco o aggressione all'oggetto tutelato in una struttura binaria, comprensiva di due momenti ben precisi, la 'sottrazione' e l'impossessamento (vale a dire, rispettivamente, 'Enteignung' e 'Aneignung': v. K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, Leipzig, II, 1896, § 169), verosimilmente in funzione mitigatoria, posto che altrimenti si sarebbe sanzionata a titolo di furto ogni dolosa 'Behandlung'. Il paragrafo 242 dello Strafgesetzbuch tedesco (sulla cui portata sistematica v. in generale A. ESER, § 242 StGB, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 1991, p. 1757 ss.; ricordiamo che il 'besonderer Teil' è rimasto nella sostanza invariato nella originaria formulazione della legge del 15 maggio 1871, mentre la parte generale è stata completamente riformulata) recita testualmente: 'Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls...bestraft', costruito che fa in effetti riferimento ai due diversi momenti individuati da Binding, anche se si cambia il poco comune 'enteignen' con 'wegnehmen'. L'appropriazione deve peraltro essere connotata, nel vigente ordinamento tedesco, dalla 'Rechtswidrigkeit' o 'antigiuridicità', elemento che avvince diverse altre norme incriminatrici che in diritto romano erano considerate, ad un certo stadio dello sviluppo giuridico, tutte ipotesi di *furtum*, vale a dire la truffa (§ 263 Betrug), la appropriazione indebita (§ 246 Unterschlagung), ipotesi che ancora oggi sembrano porre dilemmi di discriminazione alla scienza penalistica tedesca (cfr. sull'affascinante tema L. E. BACKMANN, *Die Abgrenzung des Betrugs von Diebstahl und Unterschlagung*, Köln, 1974), la rapina (§ 249 Raub) e il danneggiamento di cose (§ 303 Sachbeschädigung). Si tratta, effettivamente, di un dato comprensibile alla luce della tradizione romanistica (in argomento si consulti ulteriormente H. HEUBEL, *Grundprobleme des Diebstahlstatbestandes*, in «Juristische Schulung», 1984, *passim*). Il codice Rocco del 1930, all'art. 624, fa una sorta di parafrasi della disposizione codicistica tedesca ('chinque si *impossessa* della cosa mobile altrui, *sottraendola* a chi la detiene...'). La lesione portata allo 'Schutzobjekt' può comunque, sotto altro riguardo, essere vista nella doppia configurazione di lesione al diritto (ordinamento) in senso oggettivo) ovvero lesione di rapporti intersoggettivi, come nel caso proposto dal Prühß, del furto di una cosa comodata che integra la violazione contrattuale ma già attinge l'illecito penale. In generale, la 'Verletzung der Norm' intesa in senso oggettivo, nota ancora K. PRÜHß, *op.cit.*, p. 14 rifacendosi all'insegnamento di E. ULLMANN, *Über den dolus beim Diebstahl*, cit., p. 32 nt. 68, può essere a buon diritto considerata presupposto logico del pregiudizio recato al singolo.

Il mio preciso intento, spero non velleitario, è di dimostrare l'esatto contrario. Non si deve infatti pensare a un concetto 'astorico' di 'bene giuridico', e nemmeno ci si può accontentare di esporre l'ormai radicata convinzione per cui oggetto della tutela penale-privata non sarebbe comunque stato il diritto di proprietà inteso in senso stretto.

Si potrà vedere più avanti come la *potissima pars* di questo articolato scenario abbia trovato pratica traduzione in tentativi di spiegazione esegetica incentrati sul concetto di 'lesione del possesso': è quanto hanno ritenuto, tra i molti, Perozzi e Astolfi, con posizioni ovviamente diversificate e ricche di apprezzabili spunti. E' poi noto che tutta una nutrita letteratura è stata concepita con l'intenzione non velata di agganciare il discorso sul 'bene giuridico' a considerazioni strettamente 'tecnico-giuridiche' condotte e sviluppate nel campo (per più versi insidioso) della responsabilità, per *custodia*²⁰² e secondo gli altri criteri, pure operanti sul piano contrattuale.

In un certo senso, quest'ultimo approccio è quello che maggiormente si intreccia con le tematiche che mi accingo ad esporre.

In '*Gesetz und Sprache*' del Behrends trovano spazio e adeguata considerazione tutti i tentativi di spiegazione a cui si è, sia pur brevemente, accennato. Gli stessi tentativi, tuttavia, hanno valore e si rendono credibili ai nostri occhi su piani diversi l'uno dall'altro.

Prendiamo in esame, per prima, la stessa nozione di custodia nel seno di autonomo controllo: si tratta di un'ipostasi, non certo di una cosa sottraibile; ebbene, nonostante ciò sappiamo che la giurisprudenza repubblicana – che non si sospetterebbe adusa a eccessive sottigliezze – riconobbe come oggetto della aggressione nel delitto privato di *furtum* potesse essere non già il referente empirico rappresentato dalla *res ipsa* bensì, per l'appunto, la generale afferenza a un soggetto in termini di autonomia, intesa in senso ampio: ma dobbiamo subito aggiungere, per evitare fraintendimenti, che questo è solo uno

□
²⁰²) In generale, v. P. KRÜCKMANN, *Versicherungshaftung im römischen Recht*, in «ZSS», 63, 1943, pp. 1-53, ID., *Custodia*, in «ZSS.», 64, 1944, pp. 1-56.

dei poli la cui valutazione può servire a lumeggiare il bene tutelato dalla norma giuridica, assolutamente non esaustivo e onnivalente; vedremo anzi come uno degli errori più comuni sia consistito nella valorizzazione spinta agli estremi del concetto di *custodia*-Haftung, ritenuto decisivo per poter risolvere pressoché ogni questione relativa tanto al piano del diritto sostanziale (integrazione della fattispecie di *furtum*) come a quello del diritto processuale (in punto legittimazione attiva all'*actio furti*).

‘Diese Kasuistik - afferma Behrends in primissima battuta²⁰³ - beruht darauf, daß die *possessio* der *fundatores*...als *custodia* bestimmt war, als Obhut’. Informazione importante, questa. E non già perché entra in scena anche la ‘*possessio*’, quanto piuttosto perché veniamo ragguagliati circa il significato ‘sinonimico’ che *possessio* e *custodia* avevano assunto, nella sistematica già a suo modo complessa idealmente edificata dai giuristi della Repubblica, e anzi nientemeno che dai *fundatores* del *ius civile* di cui ci informa Pomponio in un notissimo passo del *liber singularis enchiridii* (D. 1.2.2.39)²⁰⁴. Di qui si passa a distinguere, già molto presto, tra la principale forma di manifestazione del furto, e cioè la ‘Wegnahme der Sache selbst’ (vera e propria sottrazione) e una più soffusa forma di lesione consistente nella ‘Zerstörung oder Störung der Obhut’²⁰⁵, vale a dire – riducendo il discorso all’osso – la lesione integrale del bene-custodia o un disturbo (o un ostacolo, se si preferisce) frapposto al suo normale estrinsecarsi. *Ad explicandum*, lo studioso di Norden adduce due casi tanto caratteristici quanto significativi:

D. 47.2.67.2 (Paul. 7 ad Plaut.): *Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.*

□

²⁰³) BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 227.

²⁰⁴) Vedilo in M. BRETON, *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Torino, 1974, p. 114.

²⁰⁵) BEHREND, *op.ult.cit.*, *ibidem*.

Gell. *n. att.*, 11.18.14: *Atque id etiam, quod magis inopinabile est*²⁰⁶, *Sabinus dicit, furem esse hominis iudicatum, qui cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amiciens, ne videretur a domino se obstitisset.*

Nel primo passo²⁰⁷, il cui primo nucleo sembra risalire a Plauzio²⁰⁸, un mulattiere è indotto ad abbandonare gli animali che stava custodendo ‘durch

□

²⁰⁶) *Magis inopinabile* rispetto alla vicenda giudiziaria immediatamente precedente, Gell. *n. att.* 11.18.13, del *furtum fundi quoque et aedium*, per descrivere il quale Gellio impiega un sintagma quasi identico (*vulgo inopinatum est*). Sul punto v. H. F. JOLOWICZ, B. NICHOLAS, *Historical introduction*, cit., p. 170 nt. 3 e A. GUARINO, *Inezie di giureconsulti*, Napoli, 1978, p. 199. Per la considerazione sabiniana del furto di immobili, cfr. le dense pagine di R. ASTOLFI, *Sabino e il 'furtum fundi'*, in «SDHI.», 51, 1985, p. 402 e *passim*.

²⁰⁷) Sul quale v. D. G. VAN DER KEESEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 50, ove il non perspicuo riconoscimento di una intenzione di chiamare in giudizio il mulattiere con il preciso intento di causare *interim* il furto delle *mulae* (‘est casus quo quis dolo malo mulionem in ius vocavit ut interim *mulae furto* perirent’), A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 62, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano ne’ suoi rapporti colla teoria del possesso*, cit., p. 425 nt. 2, S. SCHLOSSMANN, *Zur Erklärung*, cit., p. 208, in cui si propone la corretta lettura per cui all’epoca della decisione costituiva *furtum* il mero comportamento doloso che causasse una dispersione, anche senza volontà di impossessamento, a prescindere da eventi successivi, dovendosi contestare il delitto ‘wenn jemand arglistig den Herrn um den Besitz der Sache brachte, ohne ihn für sich selbst zu ergreifen’, fattore che assume rilievo dirimente per affermare che soltanto in un periodo successivo sarà possibile muovere un addebito nel caso in cui una dispersione sia stata prodotta per permettere la sottrazione da parte di un terzo (e correttamente Siegmund Schlossmann colloca nel II sec. d.C. questo affinamento, richiamando le chiare decisioni contenute in D. 47.2.37 e D. 47.2.52.13, dove si fa espresso riferimento all’apprensione della cosa da parte di un terzo, in assenza della quale la semplice pregressa dispersione non risulta più sanzionabile), F. L. V. KELLER, *Pandekten. Vorlesungen*², cit., p. 135 nt. 18, F. SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Rechts*, in «Grünhut’s Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht», 38, 1911, p. 37, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 380-381, per il quale niente proverebbe la presenza di un presunto complice, né tanto meno che ‘l’in ius vocans soit de connivence avec des voleurs qui les (sott. Le mule) auraient enlevées’, dovendosi invece ritenere che ‘en réalité l’in ius vocans commet un vol même si les mules ont péri tout à fait fortuitement, et il est auteur unique de ce vol’, ID., *L’animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol*, cit., pp. 93-94, dove si constata che ‘l’in ius vocans commet...un *furtum* sans qu’on lui impute aucune intention de s’enrichir’, CH. APPLETON, *Le trésor*, cit., pp. 17-18, che senza solidi agganci testuali – se non per quello fornito da *sch. 10 ad Bas. 60.12.66.2* – afferma l’intervento di un altro soggetto rispetto al ‘chicanneur’, postulando l’approfittamento della situazione da parte di un ladro che ‘s’empare de mules et disparaît avec son butin’, interpretando il testo come ipotesi in cui è stata data, anche colposamente, occasione di furto, peraltro senza

□ contestualizzare la decisione e senza sospettare che potesse in realtà trattarsi, come io credo, di una responsabilità oggettiva per la semplice dolosa dispersione, W.W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (de furtis) and the Methods of the Compilers*, cit., p. 128, H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, cit., p. 102 nt. 2, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung*, cit., pp. 193 ss. e 241, B. ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 44 ss., GIANN. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, cit., p. 125, che rileva come ‘la natura logica del frammento non sembr(i) autorizzare la tesi che la decisione sia fondata sulla responsabilità per atti di complicità. La responsabilità, in effetti, quanto all’azione di furto, è ricollegata alla semplice circostanza – non ulteriormente specificata – che le mule sono perite, mentre il mulattiere aveva dovuto abbandonarle incustodite perché *in ius vocatus*’ (la conseguenza, per il Longo, è quella di portare alla ‘sostanziale inutilizzabilità di D. 47.2.67.2 ai fini della determinazione della nozione romana di complicità’: LONGO, *La complicità*, cit., p. 126), D. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, in «ZSS.», 76, 1959, p. 161 nt. 50a, J. A. C. THOMAS, *Contractatio my last word*, cit., pp. 181 e 183, A. WATSON, *The Law of Obligations*, cit., p. 222, C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., pp. 29 nt. 81 e 115, A. WATSON, *Roman Private Law around 200 BC*, cit., p. 145 nt. 5, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², p. 614 nt. 3, GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e di complicità*, cit., p. 801, escludendo che il testo possa investire il tema della complicità, O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess*, cit., p. 16 nt. 35, dove si rimarca che il responso è ‘für die Diebstahlsdogmatik bemerkenswert, da der Tatbestandsbegründende Gewahrsamsbruch nicht durch Sachentzug..., sondern durch Entfernung des Gewahrsamsinhabers begangen wird’, ID., *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*, in «Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen», n. 7, 1976, Göttingen, p. 271 nt. 26 *in fine*, J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 353 nt. 9, D. PUGSLEY, *Contractatio*, cit., p. 353, B. NICHOLAS, *Theophilus and contractatio*, in «Studies J.A.C. Thomas», London, 1983, p. 119, P. STEIN, *School attitudes*, cit., p. 282, D. PUGSLEY, ‘*Animus furandi*’, in «Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino», Napoli, 1984, p. 2424, P. BIRKS, *The case of the filched pedigree*, D. 47.2.52.20, in «Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino», II, cit., p. 741 nt. 15, G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, in «TR.», 51, 1983, p. 272 nt. 6, ID., ‘*Dolus*’ in *Republican Law*, cit., p. 31-32, che condivide l’avviso già espresso dal Pugsley ritenendo che il *dolus malus* del l.c. non debba essere inteso come il proposito che le mule vengano sottratte o subiscano un danno, bensì dovrebbe alludere alla circostanza che ‘the person summoning the mule driver to court knew that there was no real need for the mule driver’s presence and therefore intended to cause him trouble and inconvenience’, D. PUGSLEY, *Americans are aliens*, cit., pp. 100-101 e 109, secondo cui ‘in any case the text says nothing about a subsequent theft, nor anything specific about the malicious plaintiff’s state of mind’, ma il dolo sarebbe intrinseco nel contegno malizioso in quanto l’attore temerario ‘knew that the action was unlikely to be successful’ e pur nella consapevolezza di ciò ‘he wished to cause the muleman inconvenience, loss of time, trouble and expense’, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 925 nt. 24, D. FLORIAN HIDALGO, *La casuistica*, cit., p. 109, V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicitad: estudio historico y jurisprudencial*, Madrid, 1993, p. 40 ss., C. MÖLLER, *Die mercennarii in der römischen Arbeitswelt*, in «ZSS.», 110, 1993, p. 310, B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, cit., p. 206, E. STOLFI, *Studi sui ‘libri ad Edictum’ di Pomponio I. trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 499 nt. 140 contro quel pensiero ferriniano per cui *sententia* sarebbe qui impiegato nel senso tecnico della parola, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 23 nt. 68 e ss., giustamente propenso a ritenere che ‘nel

eine plötzliche Ladung vor Gericht²⁰⁹, ossia venendo maliziosamente chiamato in giudizio con la deliberata intenzione di causare la dispersione dei muli²¹⁰.

Nel secondo²¹¹, è condannato per *furtum* un soggetto che nascondendo agli occhi del padrone un suo *servus fugitivus*, ne ha permesso la fuga: la *ratio decidendi* non può essere scorta, qui come nel caso simile raccolto in D. 13.6.5.6, se non postulando che, semplicemente, ‘dem Diebstahl wurde die

□

frammento non possa scorgersi alcuna ipotesi di complicità’ in quanto *perire* ‘è documentato nelle fonti per indicare ogni ipotesi in cui la cosa sarebbe andata perduta’, D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, cit., pp. 113 ss., 139 e 228.

²⁰⁸) Plauzio operò verosimilmente intorno alla metà del I sec. d.C. (così, tra i tanti, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l’editto*, Milano, 2005, p. 546 nt. 105).

²⁰⁹) BEHREND, *op.ult.cit.*, *ibidem*.

²¹⁰) Il *novum* che nell’ambito della dottrina sul *furtum* dovrebbe connotare il passo, in quanto presentato come semplice ‘Störung der Obhut’ e non come ipotesi di sottrazione di una cosa mobile, risulterebbe quasi del tutto annullato se si seguisse l’opinione di C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furtum in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, cit., p. 495 ss., riedito in *Opere*, Milano, V, 1930, p. 132 ss., per cui l’attività dello *in ius vocans* sarebbe soltanto agevolatrice di una condotta mirante all’impossessamento dei muli da parte di un correo. L’Albanese, a ragione, ha osservato che ‘di una siffatta impostazione nulla si intravede nel testo. Non basta per certo l’accenno intorno al dolo dell’agente: la specifica malvagia intenzione dell’*in ius vocans* può essere considerata indifferentemente o come orientata nel senso di agevolare un’eventuale sottrazione ad opera di terzi, o, invece, nel senso di provocare altrimenti un danno al mulattiere’ (ALBANESE, *La nozione I*, p. 45). Sembra comunque che nel passo *de quo* Paolo si sia mostrato un ‘Vertreter einer überaus weiten Konzeption des *furtum*’ (MEDICUS, *Zur Leistungsannahme*, cit., p. 221 nt. 40).

²¹¹) Cfr. S. SCHLOSSMANN, *Zur Erklärung*, cit., p. 208 nt. 1, ma più incisivamente P. HUVELIN, *Études*, cit., p. 382, che giustamente riconosceva come ‘rien ne prouve’ che il cittadino che aveva parato la vista al *dominus* dello schiavo fuggitivo avesse in realtà concluso con lui un ‘accord préalable’, anzi, ‘peut-être ne se connaissent-ils même pas’, CH. APPLETON, *Le trésor*, cit., pp. 19-20, che quindici anni dopo bollava come inesatta l’interpretazione huveliniana ravvisandovi ‘une erreur certaine’, in quanto per l’Appleton ‘l’action sur laquelle fut condamné l’imprudent sauveteur du fugitif était, soit l’action prétorienne *furti concepti*, appliquée désormais à tous les cas de recel...soit l’action *furti nec manifesti* qui lui succéda dans ce rôle’, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum*, cit., pp. 194-195 e 242, H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht*, cit., pp. 6 nt. 16 e 47, oltre a R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 925 nt. 29, V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, cit., p. 38 ss., M. L. ASTARITA, *La cultura nelle ‘Noctes atticae’*, Catania, 1993, p. 128 e P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 28 nt. 83.

Flucht des Bewachungsbedürftigen Sklaven gleichgestellt²¹². In entrambi i casi, evidentemente, ‘war Gegenstand der ‘Angriffs’ nicht die Sache selbst, sondern die Obhut²¹³.

Questa ‘Obhut’, assunta dai *fundatores* come fungibile rispetto alla *possessio*, deve essere correttamente intesa. Innanzitutto non si intende per *possessio*, in questa sede, il vero e proprio possesso di una *res corporalis*, né la ‘*custodia*’ di cui discorre Behrends dovrà essere concepita nel suo senso convenzionale (è un punto su cui insisterò ancora molto) ma più latamente come ‘eine sehr allgemeine Form des Nutzens und Habens²¹⁴. Può essere perpetrato un furto non solo ai danni di un ‘Eigenbesitzer’, e non solo e soltanto ai danni di un soggetto che è tenuto a rispondere della cosa contrattualmente in suo possesso secondo i canoni della responsabilità per *custodia* (gli esempi li vedremo nel prosieguo).

E qui sta il passaggio più delicato. Infatti è possibile attivare in giudizio nonostante l’unicità del delitto diverse pretese, in ipotesi tante quante sono le forme generali ‘des Nutzens und Habens’, ma non perché debba esserci n e c e s s a r i a m e n t e, per forza, una responsabilità per *custodia* (*stricto sensu* intesa) del derubato non proprietario.

Questa è la visione dei giuristi in piena epoca classica, che spiegano come il derubato non proprietario, nell’ipotesi descritta, possa e debba agire con l’*actio furti* perché è lui a dover rispondere della cosa, ed è lui che conseguentemente deve recuperarla.

□

²¹²) M. BAUER, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin, 1998, p. 61 ss. In generale, per la fattispecie del *servus fugitivus*, cfr. L. SCHUMACHER, *Sklaverei in der Antike. Alltag und Schicksal der unfreien*, München, 2001, p. 284 ss. Più in generale, sulla schiavitù presso i Romani, cfr. F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in «Prospettive sistematiche di diritto romano», Torino, 1976, p. 338 ss., A. POSTIGLIONE, *La schiavitù nella società e nella cultura antica*, Napoli, 1998, p. 187 ss., con riferimenti allo *status* giuridico dei servi.

²¹³) BEHREND, *ibidem*.

²¹⁴) BEHREND, *op.cit.*, p. 229.

Non così per i giuristi dell'epoca preclassica, fortemente imbibiti dalle istanze del 'Naturrecht'. 'Ein solcher Besitzer – leggiamo ancora in Behrends – nach Naturrecht eine eigene *custodia* und ein eigenes Nutzungsinteresse an der Sache hatte'²¹⁵.

Si potrebbe allora fare punto, e attestarci per ora su queste preliminari messe a fuoco. Va però tenuto in conto che nell'insieme degli interessi autonomi al godimento (anche interinale) di una cosa, alcuni studiosi hanno voluto enucleare il 'possesso' così come viene ordinariamente concepito, e cioè in senso tecnico. Esemplare di questo modo di ragionare mi sembra la raffigurazione avanzata da Woldemar Marcusen in un contributo del 1883 riguardante l'eredità giacente; lo studioso elvetico postulava come necessaria 'Voraussetzung' la sussistenza del possesso inteso in senso stretto per la rilevanza giuridica del *furtum*, escludendola invece nei casi di semplice detenzione (si pensi al comodatario e al depositario), in relazione ai quali 'wird...keine *actio furti* gegeben, sondern im Falle des *depositum* oder *commodatum* das interdictum utrubi oder die Contractsklage, im Falle der Verpfändung die Pfandklage'²¹⁶. La tesi, per quanto mi consta, è stata da noi avanzata per primo dal Perozzi²¹⁷, il quale anzi, probabilmente influenzato dalla ricostruzione del possesso offerto dalla pandettistica tedesca in termini di 'Recht'²¹⁸, giungeva ad affermare che 'le varie ipotesi di furto non si riassumono in un concetto unico che presupponendo...che la cosa sia sottoposta a un diritto reale qualsiasi. Equivale a un diritto reale il possesso di

□

²¹⁵) BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 229.

²¹⁶) W. MARCUSEN, *Die Lehre von der hereditas jacens in ihrem Zusammenhange mit der alten usucapio pro herede*, Bern, 1883, Nachdruck Frankfurt am Main 1970, p. 11.

²¹⁷) S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 322 ss., ma cfr. pure C. ARNÒ, *Diritto ereditario*, Torino, 1938, p. 160 ss.

²¹⁸) Per un sintetico *excursus* v. P. G. MONATERI, *Il modello di civil law*², Torino, 1997, p. 105: 'Quando si definisce il diritto soggettivo come un interesse protetto da azione il giurista tedesco si accorgerà che non ha senso escludere il possesso (che è un interesse munito d'azione) dal novero dei diritti soggettivi ed abbandonerà la distinzione romana tra proprietà come situazione di diritto e possesso come situazione di mero fatto'.

buona fede²¹⁹; la tesi sul possesso come presupposto del *furtum* viene ora riproposta in un recentissimo contributo dall'Astolfi²²⁰, anche se già Pasquale Voci si era attestato sulle stesse posizioni²²¹.

E' innanzitutto di forte impatto la testimonianza di Scevola contenuta in D. 47.4.1.15²²²:

□

²¹⁹) S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., ibidem.

²²⁰) R. ASTOLFI, *Sabino e la lex Atinia*, in «SDHI.», LXX, 2004, p. 499 ss.

²²¹) Si veda l'opinione espressa da Voci nel *Diritto ereditario romano*, nella nota relativa a D. 41.3.35.

²²²) C. WILDVOGEL, *Disputatio inauguralis iuridica de furtis impropriis*, cit., p. 32, D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 70 ss., K. L. V. ARNDTS, *Über die usucapio pro herede*, in «Rheinisches Museum für Jurisprudenz», (RhM.), herausgegeben von Blume, Hasse, Puchta und Puggé, II, Bonn, 1828, p. 132 nt. 9, C. F. DOLLMANN, *Die Entwendung*, cit., p. 12, C. G. V. WÄCHTER, Artikel 'Diebstahl', cit., p. 354 nt. 178, E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts*, cit., (§ 123), p. 450 nt. 8, A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., p. 90 nt. 5, TH. SCHIRMER, *Handbuch des römischen Erbrechts: aus den Quellen und mit Rücksicht auf die gemeinrechtliche Praxis*, Leipzig, 1863, p. 20, che interpreta la *possessio* avuta in mente da Scevola come un 'persönlich-faktische Interesse', ID., *Zur Lehre vom furtum*, cit., p. 214, C. BACHEM, *Der Unterschied*, cit., p. 9, J. UNGER, *Das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt*³, Leipzig, 1879, § 7 nt. 15, W. MARCUSEN, *Die Lehre von der hereditas jacens*, cit., p. 10 nt. 13, convinto che alla luce dei dati testuali 'der Begriff des *furtum* ist also auszuschliessen weil derselbe eine *possessio* voraussetzt, welche die Erbschaft nicht hatte, dem Erben ist darum die *actio furti* ebensowenig zu geben, weil die Erbschaft nur dasjenige auf ihn übertragen kann, was ihr selbst zustand', A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung*, cit., p. 42, C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 143, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 736 nt. 2, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 969 nt. 55, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 434, E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., pp. 34-35, con impostazione originale che verrà discussa nel testo, F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, II, Perugia, 1914, p. 33, che elimina il tratto da 'quia possessionem' in poi, G. SCADUTO, *Contributo esegetico alla dottrina romana dell'eredità giacente*, in «AUPA.», VIII, 1921, pp. 10-11, dove si fa salva la sola frase iniziale 'Scaevola-fieri', per i motivi che verranno indicati nel testo, A. HÄGERSTROM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig, 1927, p. 189 nt. 1, W. W. BUCKLAND, *L'intérêt dans l'actio furti ein droit classique*, in «NRH.», 41, 1917, p. 33 nt. 3, CH. APPLETON, *Le trésor*, cit., p. 19 nt. 39, per il quale «l'idée 'possessionis furtum fieri' exprimée par Scaevola...doit s'entendre de la détention matérielle, comme...le faisait Sabinus», FALCHI, *Diritto penale romano (i singoli reati)*, cit., p. 44 nt. 2, H. KRÜGER, *Die usucapio pro herede nach klassischem Recht*, in «ZSS.», 54, 1934, p. 88, A. CARCATERA, *Possessio. Ricerche di storia e di dommatica*, Roma, 1938, rist. an. Roma, 1967, pp. 102-103, F. PRINGSHEIM, *Acquisition of ownership through servus fugitivus*, in «Studi in onore di Siro Solazzi», cit., p. 619, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 55 nt. 1, in cui troviamo l'acritica constatazione che 'Cervidius Scaevola avait fait triompher l'idée que le vol porte toujours sur la possession de la chose et que seul un possesseur peut être victime d'un *furtum*', H. NIEDERLÄNDER, *Die*

□

Entwicklung des furtum, cit., pp. 244 e 247, F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 579, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 145 ss., che ritiene il testo assolutamente non probante, soprattutto perché il principio del previo possesso della vittima richiesto per l'integrazione del delitto non è 'esplicitamente enunciato in nessuna delle opere dedicate al *furtum*', ma sarebbe addirittura 'rinnegato tutte le volte che i giuristi classici ammettono *actio furti* a favore di un non possessore', W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 578 nt. 2, in cui si rileva che il testo, così come formulato, 'merely means that, for the writer, theft is an inroad of possession', J. A. C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, in «TR.», 36, 1968, p. 500-501, C. ST. TOMULESCU, *Gaius 2,55 e l'«usucapio pro herede»*, in «Studi in onore di G. Grosso», IV, cit., pp. 425 nt. 22, 426 nt. 22, 446 nt. 84 e 450 nt. 91, S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, cit., p. 156 nt. 1, U. ROBBE, *La 'hereditas iacet' e il significato della hereditas in diritto romano*, I, Milano, 1975, p. 548 nt. 80, C. BEDUSCHI, *Hereditatis aditio I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*, Milano, 1976, p. 176 nt. 25, G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano, 1976, p. 73, J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 355 nt. 24, B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, cit., p. 201 nt. 5, P. APATHY, *Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die actio publiciana?*, in «Studi Sanfilippo», I, 1982, cit., p. 29 nt. 28, G. L. FALCHI, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, cit., p. 52 nt. 34, E. GÓMEZ-ROYO, *Bona fides und usucapio pro herede*, in «RIDA.», 39, 1992, p. 179-180, secondo cui D. 47.4.1.15 tratterebbe della distinzione 'zwischen hereditas (als res incorporalis aufgefaßt) und der faktischen Handhabung der hereditas; nach der Auffassung der hereditas als res incorporalis können nur die iura, die sie bestimmen, dem heres übertragen werden, in diesem Sinne bleibt der Jurist bei der Ansicht, daß die possessio als faktische Machtausübung über Sachen in der hereditas nicht enthalten ist', M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento. Lettura esegetica del titolo 47.4 del Digesto*, Milano, 1994, p. 116 ss., J. IGLESIAS, *Derecho Romano*¹², cit., p. 293 nt. 16, A. CASTRO SÁENZ, *Aproximación a la usucapio pro herede*, cit., p. 173 nt. 33, U. BABUSIAUX, *Zur Funktion der aequitas naturalis in Ulpian's Ediktslaudationen*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., p. 635 nt. 160. La Scacchetti ha pensato che il termine *possessio* nel *l.c.* debba intendersi in senso lato e atecnico, come comprensivo anche della semplice detenzione, negando validità ai molti tentativi intrapresi per svalutare la portata del luogo nella sua genuinità. Tuttavia G. Coppola ha – pur rifiutando gli strali interpolazionistici – creduto di rinvenire altri presupposti decisionali rispetto a quelli individuati dalla Scacchetti. Il punto di partenza della studiosa è nel senso di considerare la seconda parte del testo come contenitore di una fattispecie ben determinata: quella dell'erede estraneo (e quindi non necessario) che ha già proceduto all'accettazione ma non è ancora entrato nel possesso delle *res hereditariae*. *Ex adverso* Coppola deduce in primo luogo come apodittica la invariabile qualifica di erede attribuita all'*extraneus* solo e soltanto in seguito ad accettazione, perché da diversi luoghi del manuale istituzionale di Gaio risulta che 'l'appellativo di *heres* è attribuito al chiamato a prescindere da una sua eventuale accettazione' (G. COPPOLA, *rec.* a M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., in «IURA.», XLV, 1994, p. 181). In secondo luogo, parrebbe per Coppola incongruo mantenere come assunto del caso in questione la esclusione del *furtum* di *res hereditariae* in quanto *res nullius*, perché non si potrebbe negare che dopo l'accettazione l'impossessamento delle stesse 'sarebbe stato qualificato come furto' (G. COPPOLA, *rec.* a M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 182).

D. 47.4.1.15 (Ulp. 38 *ad Ed.*): *Scaevola ait, possessionis furtum fieri; denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri. Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi; sed nec heredis est possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis; non autem fuit possessio hereditatis.*

Ci si basa poi sull'autorità di D. 41.3.35.

D. 41.3.35 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*): *Si homo, cuius usus fructus legatus erat, ab herede numquam possessus subreptus fuisset, quaesitum est, quia heres furti actionem non haberet, an usucapi possit. Sabinus respondit nulam eius rei usucapionem esse, cuius nomine agi posse, agere autem furti eum, qui frui deberet, posse.*

Il passo²²³, in passato oggetto di critiche da parte dell'Unterholzner²²⁴, è oggi ritenuto sostanzialmente genuino. Quel che ha letto Astolfi ha una sua pertinenza, e un indubitabile nucleo di verità: quando uno schiavo viene sottratto nel periodo in cui l'eredità *iacet*, colui che poi, con l'*aditio*, diverrà erede, non potrà agire con l'*actio furti*. E non potrà farlo perché – questo sembra essere il ragionamento – non è concepibile un furto ai danni di un non possessore (l'erede non ha difatti mai esercitato il possesso sul *servus*, come reso evidente dalla frase '*ab herede numquam possessus*'). La concezione è stata così sunteggiata da Astolfi: 'il furto è sottrazione di possesso. L'erede

□

²²³) Sul quale, in generale, D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 70, K. L. V. ARNDTS, *Über die usucapio pro herede*, cit., p. 127 nt. 3, M. PAMPALONI, *Furto di possesso e furto di uso*, in «Studi senesi», 10, 1893, pp. 77 nt. 2, 78 nt. 3, 81 nt. 23 e soprattutto 92 (=ID., *Studi sopra il delitto di furto*, I, cit., pp. 115 nt. 2, 116 nt. 3, 119 nt. 23 e spec. 130), a detta del quale il principio ivi espresso 'apparisce singolare', in quanto il divieto di usucapione di *res furtiva* resa tale di seguito a furto di cosa troverebbe qui 'una singolare applicazione nell'ipotesi di un furto di possesso commesso da un terzo su cosa rispetto alla quale il *furtum rei* non può sorgere', TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 743 nt. 4, E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 33, W. W. BUCKLAND, *L'intérêt dans l'actio furti*, cit., p. 14, F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 240 nt. 2, FALCHI, *Diritto penale romano*, cit., ibidem, H. KRÜGER, *Die usucapio pro herede*, cit., pp. 86 ss. e spec. 89-90, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 53 nt. 3, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum*, cit., p. 245 nt. 234, J. DÉNOYEZ, *Le défendeur à la pétition d'hérédité privée en droit romain*, Paris, 1953, pp. 83 nt. 26 e 90 nt. 48, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 577 nt. 6, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, p. 216, U. V. LÜBTOW, *Betrachtungen zur 'hereditas iacens'*, in «Studi in onore di G. Grosso», II, Torino, 1968, p. 600 nt. 90, C. ST. TOMULESCU, *Gaius 2,55 e l'«usucapio pro herede»*, cit., pp. 446 nt. 85, 448 nt. 85 e 450 nt. 91, J.A.C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, cit., p. 490-491, ID., *Furtum of documents II*, in «IURA.», 20, 1969, p. 302 nt. 6, I. REICHARD, *Stipulation und Custodiahaftung*, in «ZSS.», 107, 1990, p. 50 nt. 21 (v. anche ID., *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln-Weimar-Wien, 1993, p. 54 nt. 48), I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz im klassischen römischen Recht. Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens*, Köln-Weimar-Wien, 2001, p. 478 nt. 12 e R. ASTOLFI, *Sabino e la lex Atinia*, cit., p. 500, dove l'individuazione di due parti del testo, dovute la prima ad Urseio Feroce – che altro non avrebbe fatto se non riprodurre il pensiero sabiniano – e la seconda 'costituita dall'annotazione di Giuliano al passo di Urseio Feroce, secondo quanto avviene in altri frammenti della medesima opera'.

²²⁴) K.A.D. UNTERHOLZNER, *Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig, I, 1858, p. 210 nt. 214.

non ha subito il furto dello schiavo, perché non l'ha mai posseduto. Quindi non può esperire l'*actio furti*'²²⁵.

Questa concezione del furto che postula una lesione di una situazione di materiale possesso o semplice detenzione (come hanno pensato l'Appleton e la Scacchetti) sembra tuttavia non molto consentanea con tutto un insieme di dati che valgono a ricostruire i presupposti del furto in maniera indipendente rispetto all'impossessamento di una cosa detenuta o posseduta. Basterà far riferimento, su tutte, alla nota fattispecie per cui l'animale selvatico ferito ma non ancora fatto oggetto di apprensione può essere da altri sottratto determinando un danno diretto al primo cacciatore, nonostante la fiera fosse rimasta nella sua naturale, anche se provvisoria, *laxitas* (D. 41.1.5.1, su cui torneremo ancora). Deve allora escludersi, come già evidenziato da Theodor Schirmer, che una previa *possessio* (*ad usucapionem* o anche solo *ad interdica*) della *res* poi sottratta fosse requisito necessario per l'integrazione del delitto, perché lo stesso Scevola del '*furtum possessionis fieri*' di D. 47.4.1.15, riteneva altrove (D. 47.2.70) bastevole una semplice detenzione, riconoscendo possibile il furto su una cosa '*in qua ususfructus alienus est*'²²⁶; Friedrich Vering si era spinto ancora oltre – credo a ragione, stando all'insegnamento di D. 41.1.5.1 – osservando come tanto il 'Besitz des Bestohlenen' quanto il 'Wegbringen aus dessen Gewahrsam', e cioè tanto il possesso quanto la mera detenzione, non fossero assolutamente 'wesentlich' 'zum Begriffe des römischen *furtum*'²²⁷.

□

²²⁵) ASTOLFI, *Sabino e la lex Atinia*, cit., ibidem.

²²⁶) 'Ja sogar von Scävola selbst wird die Begehung eines *furtum* für einen Fall anerkannt, in welchem zwar eine Detention, aber wenigstens kein juristischer Besitz an dem bestohlenen Gegenstande besteht (L. 70 D. de furt.)' (TH. SCHIRMER, *Zur Lehre vom furtum*, cit., p. 212). Di conseguenza, lo studioso tedesco non poteva che constatare l'impossibilità che 'ein Römischer Jurist den Besitz des Bestohlenen für ein Requisit des Diebstahls gehalten habe, wenn man sich erinnert, dass schon die wissentliche Veräußerung einer fremden Sache als *furtum* galt' (op.cit., ibidem).

²²⁷) Cfr. F. H. VERING, *Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen gemeinen Privatrechts*⁵, Mainz, 1887, p. 584.

Del tutto particolare si presenta il commento del Damerow a proposito di D. 41.3.35, che agogna in realtà ad una lettura incrociata di entrambi i passi sopra riportati. Il *Gerichtsreferendar* di Bromberg/Bydgoszcz parte dalla considerazione per cui *furta possessionis* sono non soltanto i casi di furto di cosa propria, benché senz'altro 'diese Fälle dazu zu zählen sind', ma anche quelli in cui un terzo lede il 'Recht des Besitzes'. Il testo giuliano ne sarebbe la prova più evidente, perché qui si può dire con certezza che autore dell'appropriazione non è stato il *dominus rei*, come dimostra la circostanza che si discutesse se all'erede potesse spettare l'*actio furti*, discussione che non si sarebbe posta in caso di furto da parte del proprietario²²⁸. Si esclude allora il *furtum rei*, adducendo la regola per cui se non c'è possesso, nemmeno si darebbe un *furtum rei ipsius*, interpretando il principio dell'inconfigurabilità del furto 'si nullus sit possessor' come ristretto unicamente al *furtum rei*²²⁹, con esclusione delle fattispecie di furto di possesso e furto d'uso. Anche la regola enunciata da Sabino, secondo la quale non si può usucapire una cosa al cui titolo sarebbe possibile proporre *actio furti*, è da riferire al *furtum rei*, anche se ciò non escluderebbe la legittimazione attiva di un altro soggetto ('*agere autem furti eum et rel.*'), cioè l'usufruttuario che avrebbe patito una lesione del 'Besitzrecht' inteso come '*ius in re aliena*'.

Ne deriva la necessità di coordinare simili conclusioni con la frase '*Scaevola ait possessionis furtum fieri*', contenuta in D. 47.4.1.15, che potrebbe *prima facie* creare notevoli difficoltà. Infatti, in D. 41.3.35 si dice che il possesso non è mai stato conseguito dall'*heres* ma comunque si riconosce il furto di possesso a danno dell'usufruttuario, mentre in Scevola l'esclusione del

□

²²⁸) In questi termini E. DAMEROW, *op.cit.*, p. 33: 'Jedenfalls kann man mit Gewißheit sagen, daß Subjekt der widerrechtlichen Aneignung nicht der Eigentümer gewesen ist. Anderenfalls wäre nicht auch für den *heres* die Frage nach der *actio furti* aufgeworfen worden'.

²²⁹) Ancora E. DAMEROW, *op.cit.*, *ibidem*, che così prosegue: 'Ein *furtum rei* liegt nicht vor; denn wir wissen, si nullus sit possessor, *furtum (rei)* negat fieri. Der Erbe hatte nie den Besitz des Sklaven erlangt. Die Möglichkeit eines *furtum suae rei* ist ausgeschlossen, weil in obigem Falle der homo zu einer res furtiva wird und damit – nach Sabinus – die Ersitzung desselben abgeschlossen ist'.

furto quando la *res furata* non sia stata posseduta sembra incondizionata. Damerow scioglie il problema facendo appello alla necessità di contestualizzare la frase ‘*Scaevola-feri*’, rapportandola all’esplicazione discorsiva che ne precede l’enunciazione. In questo discorso precedente (in D. 47.4.1.10) si dice a chiare lettere di che cosa ‘*Sacevola plenius tractat*’: anche qui, un non proprietario – addirittura un *servus* – ruba una cosa ‘*quam defunctus pignori acceperat*’: Cervidio Scevola aveva quindi discorso di un *furtum possessionis* ai danni di un creditore pignoratizio poi defunto; la frase sarebbe poi stata tolta dal contesto e presa come *incipit* di un discorso in cui si accenna addirittura alla personificazione dell’*hereditas*, traendo inaccettabili conseguenze generali. Ecco che allora la frase ‘*Scaevola-feri*’, fin troppo *tranchant* e categorica qualora ‘für sich allein betrachtete’²³⁰, potrebbe più correttamente interpretarsi come proposizione aforistica da ascrivere allo sforzo riassuntivo di Ulpiano, che aveva in mente non il *furtum rei (propriae)* ma il caso in cui una situazione possessoria fossa stata lesa. L’ ‘aphoristische Satz’ ulpiano deve allora ‘auf das Vorhergehende zu beziehen’ (essere cioè rapportato alla trattazione pratica che precede la frase in questione)²³¹. Che Ulpiano avesse in mente il caso della lesione del possesso da parte di un terzo risulta allora *per tabulas*, poiché in effetti ‘daß hier der Täter nicht der Eigentümer ist, braucht nicht erst betont zu werden’.

D’altronde, negare valore alla lettura tradizionale di D. 47.4.1.15 secondo cui il possesso era requisito necessario per l’integrazione del delitto non pone ostacoli per riconoscere che nel contesto originario del discorso si discutesse in realtà di uno specifico caso di *furtum possessionis*. Così, per esempio, Gioachino Scaduto, che con vigore si opponeva ‘a richiedere normalmente per potere sperimentare l’*actio furti* il possesso, quasi non bastasse il dominio sulla cosa sottratta’²³², ritenendo postclassico l’uso del *transfundere* nel discorso

□

²³⁰) E. DAMEROW, *op.cit.*, p. 34.

²³¹) E. DAMEROW, *op.cit.*, p. 35.

²³²) G. SCADUTO, *Contributo esegetico*, cit., p. 10.

relativo alla personificazione dell'eredità²³³, ipotizzava cionondimeno la trattazione originaria di uno specifico caso di *furtum possessionis*: 'forse il testo si occupava del problema se fosse ammissibile il furto di un immobile, rispetto al quale si parla di *furtum possessionis*'²³⁴.

Ancora prima di Damerow, la lettura di D. 41.3.35 era senz'altro più riduttiva. In un commento risalente del Carl, solo per proporre un esempio, si annota più semplicemente che 'der Erbe hat keine *furti actio*, ihm gegenüber ist kein *furtum* verübt worden, wohl aber gegenüber dem Usufructuar'²³⁵.

L'erede sconta una sottovalutazione delle sue potenziali pretese perché è il solo usufruttuario – è quanto ci si dice nel passo che ne occupa – ad aver subito furto e a poter agire con l'*actio furti*: così che non sarebbe dato scorgere traccia di un 'Nutzunginteresse' differenziato e minore rispetto a quello 'sommo' del *dominus*. Quello che voglio dire è però un'altra cosa. Astolfi commenta giustamente il passo, ma occorre rilevare che esso è sostanzialmente costituito dall'opera di commento di Salvio Giuliano. Precedentemente, ripeto invece con il Behrends, trovavano prevalentemente ingresso le considerazioni di cui *supra*.

E' allora interessante notare come una '*possessio*' dai contorni più 'vischiosi' (nel senso precisato) venga nuovamente in ballo in un passo del 'vorjulianischen sabinianers' Giavoleno, al cui esame sarà opportuno dedicarsi nel prossimo paragrafo.

9. La '*Lösung*' del *furtum* in due azioni nel passo di Giavoleno 4 ep. D. 47.2.75(74), in confronto a Gai 3.203.

□

²³³) Seri dubbi sulla classicità del *transfundere* venivano già mossi da G. SEGRÈ, *Scritti giuridici*, I, Cortona, 1930, p. 161 nt. 1.

²³⁴) G. SCADUTO, *Contributo esegetico*, cit., p. 11.

²³⁵) W. CARL, *Das furtum usus. Ein Beitrag zur Lehre des römischen furtum*, diss. Erlangen, Sankt Johann an der Saar, 1891, p. 66.

E' altamente istruttivo, giunti a questo punto della trattazione, scendere all'esame di D. 47.2.75(74), in cui emerge con nitore la differenziazione tra l'interesse autonomamente valutabile di un non proprietario (nel caso di specie, un possessore di buona fede²³⁶) e quello del *dominus*, entrambi rivolti all'esazione di una *poena dupli*.

Viene sottratta un'*ancilla furtiva* a un *possessor bonae fidei*; sia il *possessor* che il proprietario agiscono con l'*actio furti* nei confronti del ladro *Attius*. Al possessore sarà dovuto il doppio del valore '*quanti eius interest*', al proprietario, invece, il doppio del valore della *mulier* ('*quanti ea mulier fuerit*'). Ma diamo la parola a Giavoleno.

□
²³⁶) Nessuna *actio furti* sarebbe invece potuta spettare, per Ulpiano, a un *possessor malae fidei*, anche qualora fosse stato in astratto configurabile un suo autonomo interesse a che la cosa non gli venisse sottratta, perché, come leggiamo in D. 47.2.12.1, '*nemo de improbitate sua consequitur actionem*': *Sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius, rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit. Sed nemo de improbitate sua consequitur actionem; et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur* (sul punto, tra gli altri, F. L. V. KELLER, *Pandekten. Vorlesungen*⁷, cit., p. 134 nt. 9, J. BARON, *Pandekten*⁹, cit., p. 572 nt. 42, E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 41, che circoscrive la argomentazione ulpiana, nel senso che al *malae fidei possessor* sarebbe stata negata la sola *actio furti*, mentre '*andere Rechte des malae fidei possessor bleiben unberührt*', cioè ogni altro diritto resta impregiudicato, perché altrimenti il giurista finirebbe in contraddizione con le sue stesse parole ('*sonst geriete der Jurist mit seinen eigenen Worten in Widerspruch*'), avendo egli concesso al *fur* – parificabile al possessore di mala fede – una *actio pigneraticia* nel caso tramandato in D. 13.7.22.2 Ulp. 30 *ad Ed.* '*Si predo (=fur) rem pignori dederit competit ei et de fructibus pigneraticia actio*', S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 332 nt. 4 *in fine*, che giustifica l'esclusione dell'azione 'al ladro derubato e al possessore di mala fede' fondandola su 'motivi d'ordine morale', W. W. BUCKLAND, *L'intérêt dan l'actio furti*, cit., pp. 23 nt. 2 e 26 nt. 1, F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938, p. 617 nt. 1, H. NIEDERLÄNDER, *rec.* a F. M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, in «ZSS.», 70, 1953, p. 492, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 134 nt. 11, A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., p. 127 nt. 18, R. BACKHAUS, *Casus perplexus*, cit., p. 144 nt. 24, L. FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, p. 161 nt. 73, J. ARIAS RAMOS, J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II. Obligaciones familia sucesiones*, cit., p. 1003, J. IGLESIAS, *Derecho Romano*¹², cit., p. 293 nt. 18 e M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum 'aktionenrechtlichen Denken' im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2000, p. 390 nt. 96).

D. 47.2.75(74) (Iav. 4 ep.): *Furtivam ancillam bona fide duorum aureorum emptam cum possiderem, subripuit mihi Attius, cum quo et ego et dominus furti agimus: quaero, quanta aestimatio pro utroque fieri debet. Respondit: emptori duplo, quanti eius interest, aestimari debet, domino autem duplo, quanti ea mulier fuerit. Nec nos movere debet, quod duobus poena furti praestabitur, quippe, cum eiusdem rei nomine praestetur, emptori eius possessionis, domino ipsius proprietatis causa praestanda est*²³⁷.

□
²³⁷) Sul passo, in generale, W. KALB, *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*, cit., p. 77 che rinviene nel testo un'interpolazione, in quanto 'würden wir die Worte Jav. 47,2,75 ancillam duorum aureorum emptam wegen des unlateinischen Genitivs als geändert erkennen, wenn auch noch nicht nachgewiesen wäre, dass Tribonian statt 1000 Sestertien einen Aureus einzusetzen pflegte', A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., pp. 84 nt. 2 e 166 nt. 2, M. PAMPALONI, *Furto di possesso e furto di uso*, cit., pp. 78 nt. 6, 79 nt. 12 e 85 nt. 37 (=ID., *Studi sopra il delitto di furto*, I, cit., pp. 116 nt. 6, 117 nt. 12 e 123 nt. 37), dove sarebbe 'benissimo contrapposto il valore relativo cui si riporta la pena del furto di possesso al *rei verum pretium* cui si riporta quella del furto di cosa', A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 16 nt. 2, TH. MOMMSEN, *Römisches Recht*, cit., p. 743 nt. 4, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 967 nt. 47, H. F. HITZIG, *sv. Furtum*, cit., p. 396, F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 242 nt. 4, P. VOGLI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 39 ss., E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 40, D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz, 1962, p. 236-237 e 301 nt. 5, A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., p. 127 nt. 18, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 131 nt. 259, G. FLORIS MARGADANT S., *El Derecho Privado Romano*³, cit., p. 422 nt. 186, A. WACKE, *Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers. Grenzen prozessualistischer Betrachtungsweise der römischen Rechtsquellen*, in «Festgabe für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag», Köln, 1975, p. 198 ss., U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, cit., p. 137, secondo il quale il testo sarebbe da leggere nel senso che al *pro herede possessor*, già titolare, in quanto possibile usucapiente, della migliore posizione giuridica soggettiva, spettò per tale motivo l'*actio furti*, anche se la fraseologia adottata fa tuttavia comprendere che 'fällt Javolen seine Entscheidung ausdrücklich gegen den Gesichtspunkt der Ersitzungsmöglichkeit', aggiungendo da ultimo che il diritto di ritenzione poteva essere vantato soltanto da un soggetto in buona fede, posto che quello per avventura in mala fede avrebbe potuto sì usucapire, ma non opporre una *retentio* come quella assicurata nel caso di specie, B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, cit., p. 41 ss., A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, cit., p. 521 nt. 25, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 615 nt. 17 e 617 nt. 40, ID., *Die actio furti des Verkäufers*, in «ZSS.», 96, 1979, p. 103 nt. 56, ID., *Besitzpfand und ‚besitzloses‘ Pfand*, cit., p. 68 nt. 235, ID., *‚Furtum pignoris‘ und ‚furtum fiduciae‘*, cit., p. 257 nt. 42, ID., *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in «Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode», Wien-Köln-Graz, 1986, p. 216 nt. 8 (ma il contributo era già stato pubblicato in «Festgabe v. Lübtow», Berlin, 1980, p. 291-324), LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, I, cit., p. 402 ss., ID., *Die Konkurrenz*, II.1, cit., p. 98, ID., *Nachträge*, cit., p. 59, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, p. 296 ss., A. L.

Ai danni del non proprietario è stato perpetrato un furto; egli, in quanto acquirente possessore dell'*ancilla*, è tutelato con l'*actio furti*, ma questa non è secondaria o derivata rispetto a quella spettante, per la lesione della *proprietas*, al *dominus* venditore. La posizione dell'acquirente, sembra affermare Giavoleno, è autonoma perché a suo carico sarebbe stato realizzato, a prescindere dai rapporti con il dante causa venditore, un *furtum possessionis*: il furto, come si vedrà meglio in seguito, anche se rimane un fatto storico unitario, giuridicamente si scinde permettendo di apprezzare due distinte lesioni, vale a dire un *furtum possessionis* e un *furtum rei*, ai quali poi corrispondono – sul versante dei mezzi rimediali – due paritetiche *actiones furti*. Il fatto che ci fosse una duplice *poena* '*nec nos movere debet*', si affretta a chiarire il giurista, proprio perché il delitto a danno del *bonae fidei possessor* è indipendente da ogni elemento di rimando a eventuali legami di natura contrattuale.

Non pochi sono i *puncta prurientia* sollevati dalla testimonianza del giurista. Comincio a segnalare che il '*praestanda est*' della chiusa non è espressione 'di stile': il Cannata, in un accurato studio, ha rilevato come 'l'impiego più frequente di *praestare* (alluda) alla esecuzione di una prestazione dovuta o di prestazioni dovute'²³⁸, e nello stesso senso va

□

OLDE KALTER, *Condictio ex causa furtiva und dominium*, in «TR.», 38, 1970, p. 120 ss., E. PETIT, *Tratado*, cit., p. 458, W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 17 nt. 19, M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente*, cit., p. 108 nt. 174, O. BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 229 nt. 181, M. GARCÍA GARRIDO, *Responsa: cien casos prácticos de derecho romano, planteados y resueltos*², Madrid, 1990, p. 89 ss., ID., *La 'actio furti' del 'fur'*, in «Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernandez-Tejero», Madrid, 1992 (publ. 1994), pp. 249-250, D. FLORIA HIDALGO, *La casuística*, cit., p. 171, A. LOVATO, *Sulle azioni di furto e di rapina nell'esperienza giustiniana*, in «AAC.», 11, 1996, p. 663 nt. 57, GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*⁷, cit., pp. 496 e 499, A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, cit., p. 250 nt. 1048.

²³⁸) C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità in diritto privato romano*, in «IURA.», XLIV, 1993, p. 23.

interpretata ‘la locuzione gerundiva *praestanda*’²³⁹, che ricorre proprio nel nostro passo.

Si può poi osservare come l’opera di Giavoleno sia molto caratterizzata: il testo qui all’esame è tratto dal quarto libro delle *epistulae*, genere prediletto dal giurista, studiato in un contributo di Bernd Eckardt²⁴⁰, in cui vengono sapientemente delineati i formanti ‘strutturali’ della prescelta ‘Literaturgattung’.

Nella sua recensione a Eckardt, Karl-Heinz Misera ha notato come D. 47.2.75(74) si collochi in un’usuale ‘Dreileitung’ scandita dai tre momenti della proposizione della fattispecie (Sachverhaltsschilderung), della *quaestio* e della decisione del giurista (Entscheidung).

D. 47.2.75(74) è precisamente strutturata secondo lo schema ‘Sachverhalt-*quaestio-responsum*’²⁴¹. Per quanto riguarda i contenuti, ha correttamente commentato il Misera, dopo aver definito il luogo ‘korrekt und verständlich’, che ‘Javolen hier beim Käufer auf die Nutzung, beim Eigentümer auf das Eigentum - das nicht die *nuda proprietas* ist - abstellt’²⁴². Qui non c’entra nulla, come ognuno può rendersi conto, la *custodia* del non proprietario: o meglio, quanto ha affermato lo Schulz²⁴³, e cioè che il *bonae fidei possessor* avrebbe avuto l’*actio furti* perché *post litem contestatam* avrebbe dovuto rispondere per *custodia*, benché ‘nicht völlig abwegig’²⁴⁴, potrebbe anche non avere informato la decisione concretamente adottata. Anche il Kaser ha evidenziato che il possessore di buona fede nel caso in rassegna ‘nicht für

□

²³⁹) CANNATA, *Sul problema*, cit., p. 24 nt. 262.

²⁴⁰) Si tratta dell’importante B. ECKARDT, *Javoleni epistulae*, cit., ibidem.

²⁴¹) K.H. MISERA, *rec.* a ECKARDT, *Javoleni epistulae*, cit., in «ZSS.», 98, 1981, p. 458.

²⁴²) MISERA, *op.ult.cit.*, p. 464.

²⁴³) F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», 32, 1911, p. 97 ss. Il ragionamento di Schulz è stato considerato poco convincente già da Levy, dato che ‘Das Gebrauchsinteresse reicht für die Aktivlegitimation zur *actio furti* überall zu, wo eine *custodia*-Haftung nicht in Frage kommt’ (E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, I, cit., pp. 402 nt. 4 e 408 ss.).

custodia gehaftet hat, bei dem aber die Teilung in Besitzinteresse und Eigentumsinteresse in anderem Zusammenhang überliefert ist²⁴⁵.

L'insegnamento ricavabile è tuttavia, in buona sostanza, d'altro peso e valore: il furto è per sua natura un *quid* unitariamente considerabile, ma solo come fatto storico in concreto realizzato; giuridicamente si 'spezza' o fraziona (ecco il significato della 'Lösung' del *furtum* cui è intitolato questo paragrafo) in furto di proprietà e in furto di uso o possesso, facendo poi scaturire due diverse e non interrelate *actiones furti*. Non bisogna quindi sempre assumere che ogni legittimato all'*actio furti*, nonostante le apparenze, sia immancabilmente vittima (anche solo indiretta) del delitto. A tale affermazione conclusiva era giunto lo Schirmer, che nello studiare D. 47.2.75, aveva già a suo tempo tratto due importanti corollari: a noi non interessa qui tanto il primo di essi (per cui la sola 'Klageberechtigung des *malae fidei possessor*'²⁴⁶ doveva essere esclusa), quanto il secondo, in forza del quale si appalesa una regola altrimenti latente ma in qualche misura consequenziale, per la quale 'das *furari* weiter greift als die *actio furti*'²⁴⁷, ponendosi i due termini di riferimento del *furtum* e dell'*actio furti* quasi su 'piani sfalsati'. La notazione è certamente utile per lumeggiare alcuni aspetti della tematica dell'*actio furti*, ma non può dirsi operante come regola a livello generale. Riflessioni solo in apparenza più accettabili sono state avanzate dall'Eckardt. Lo studioso si è lamentato delle prese di posizione in cui si è voluto magnificare il dogma della concessione, in relazione a ogni singolo furto, di un'unica *actio furti*²⁴⁸, dogma a suo dire derivato da D. 47.2.12 pr., con conseguente negazione della pluralità

□

²⁴⁴) Il giudizio è di KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, cit., p. 89 ss., dove si riprendono i fili del discorso già imbastito in ID., *Besitz und Verschulden bei dem dinglichen Klagen*, in «ZSS.», 51, 1931, p. 110 ss.

²⁴⁵) KASER, *Die actio furti*, cit., p. 103.

²⁴⁶) TH. SCHIRMER, *Zur Lehre vom furtum*, cit., p. 215.

²⁴⁷) SCHIRMER, *Zur Lehre*, cit., *ibidem*.

²⁴⁸) Egli critica così apertamente il 'Dogma, daß die *actio furti* jeweils nur e i n e m zustehe', in quanto la riprova dei dati testuali ci porterebbe chiaramente a riconoscere che 'Abweichende Fallgestaltungen mögen...abweichende Lösungen rechtfertigen' (cfr. B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, cit., p. 42).

di azioni pure qui attestata in relazione a un singolo fatto di furto. Nella prospettiva dell'Eckardt, per esempio, sarebbe stato traviato da questo 'dogma' anche Ernst Landsberg, in quanto la 'Prolepsis' proposta da quell'autore per spiegare il senso del passo condurrebbe al sostanziale riconoscimento di un unico furto dell'*ancilla*, senza tener conto della posizione del possessore di buona fede²⁴⁹. Tuttavia, almeno a prima vista, le stesse mende attribuite ai sostenitori del ricordato 'dogma' potrebbero essere rivolte all'interpretazione eckardtiana, che sembrerebbe introdurre a sua volta un nuovo dogma: nel caso di specie, l'*actio furti* spetterebbe anche al *bonae fidei possessor* non già in virtù dell'autonomia della sua posizione, ma solo perché, in realtà, l'*ancilla* sarebbe stata sottratta due volte, e da due diversi ladri²⁵⁰. Di questa duplice sottrazione non mi sembra vi sia parola nel testo, e certamente accettare i presupposti di un simile ragionamento varrebbe a negare l'autonoma difendibilità di situazioni soggettive di carattere non dominicale.

Alcune notevoli precisazioni sono di recente venute da Andrea Lovato. Si è messo in evidenza come la regola generale sulla determinazione della condanna pecuniaria nell'*actio furti*, in astratto basata sulla quantificazione del *pretium rei* (D. 47.2.50 pr.²⁵¹), fosse poi suscettibile di soffrire varie eccezioni, anche di una certa consistenza.

□
²⁴⁹) E' così che lo studioso tedesco articola la sua critica: 'Landsberg sah in dem Wort *furtivam* eine Prolepsis, ging also davon aus, daß die *ancilla* überhaupt nur einmal geraubt worden war' (ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, cit., ibidem).

²⁵⁰) Così, in effetti, ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, cit., ibidem: 'Wir entnehmen dem Text unserer Stelle, daß die *ancilla* zweimal geraubt war, und zwar von verschiedener Tätern; die Worte *furtivam ancilla bona fide...emptam* zu Anfang haben dann vor allem die Funktion, das Verhältnis des *ego* zum *dominus* sowie die (mindere) Art des verletzten Besitzes zu kennzeichnen'.

²⁵¹) D. 47.2.50 pr.: *In furti actione non quod interest quadruplatur vel duplatur, sed rei verum pretium. Sed et si res in rebus humanis esse desierit, cum iudicatur, nihilo minus condemnatio facienda est. Itemque et si nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, quo furtum factum est, quod si pretiosior facta sit, eius duplum, quanti tunc, cum pretiosior facta est, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse verius est.* Su questo testo si possono trovare ragguagli in D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 104, F. L. V. KELLER, *Pandekten. Vorlesungen*², cit., p. 135 nt. 18, A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., pp. 139 nt. 4 e 141-143, J. BARON, *Pandekten*⁹, cit., p. 573 nt. 50, A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung*, cit., p. 60, M. PAMPALONI, *Continuazione e ripetizione di*

Il ‘Sachwert’ più volte richiamato, per Lovato, ‘rappresentava...già per lo stesso proprietario del bene oggetto di furto, solo uno dei criteri cui riferire l’*utilitas* posta a fondamento dell’*actio furti*; criterio valido e operante, ma sformito di validità assoluta’²⁵².

□

furto, in «Studi senesi», 9, 1892, p. 372-373, poi ed. in ID., *Studi sopra il delitto di furto*, I, Torino, 1894, pp. 100-101, TH. MOMMSEN, *Römisches Recht*, cit., pp. 736 nt. 1 e specialmente 754 nt. 1, A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, cit., p. 232 nt. 2, F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius*, cit., p. 470, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 331 nt. 3, per cui ‘essendo il furto un reato permanente, si poneva per base il massimo valore raggiunto dalla cosa durante la permanenza del delitto’, M. KASER, *Quanti ea res*, cit., p. 134 ss., R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 53, J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, in «ZSS.», 68, 1951, p. 254, F. PRINGSHEIM, *Servus fugitivus sui furtum facit*, in «Festschrift Schulz», I, 1951, p. 291 nt. 1 (= ID., *Gesammelte Abhandlungen*, II, cit., p. 161 nt. 47), TH. J. GERKE, *Geschichtliche Entwicklung*, cit., p. 114 nt. 242, D. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, cit., p. 161 nt. 51, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 584 nt. 11, K.-H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 47, che elimina dal testo come aggiunta posteriore l’inciso *quadruplabitur vel*, A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., p. 58 nt. 14, D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 232 e 237, B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, in «BIDR.», 72, 1969, p. 100 nt. 37, con ulteriori riferimenti alla letteratura, J.A.C. THOMAS, *Furtum of documents II*, cit., p. 309, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 102 nt. 82, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, cit., p. 522 nt. 29, J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 359 nt. 61, B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, cit., p. 177 nt. 65, B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 389 nt. 211, M. KASER, *Besitzpfand und ‘besitzloses’ Pfand*, in «SDHI», 1979, p. 74 nt. 254, MURGA GENER, in «AHDE.», 1982, p. 804, K. HACKL, *rec. a TAFARO, La interpretatio*, cit., in «ZSS.», 102, 1985, p. 684, E. PETIT, *Tratado*, cit., p. 458, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 48 nt. 162, K. HACKL, *Gaius 4,37*, cit., p. 137 nt. 62, T. GIARO, *Echtheitsindizien. Eine Fallstudie zu verus, verius, verissimus*, in «OIR.», I, 1995, pp. 88 nt. 84 e 96 nt. 135, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., pp. 317 e 318 nt. 45, in cui si trova l’affermazione che poiché il furto è considerato delitto di durata – dauernd – fin dal momento della ‘Sachentziehung’, bisogna coerentemente affermare che ‘der höchste Wert’ andrà valutato ‘seit der Wegnahme’, A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, cit., p. 249 nt. 1042, B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milano, 1998, p. 119 nt. 9, J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin, 1999, p. 35, S. TAFARO, *Debito e responsabilità*, cit., p. 38, F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca de la posible extension del concepto de furtum usus*, in «Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca», II, Napoli, 2001, p. 407, P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, cit., p. 268 nt. 324, P. CERAMI, ‘Continuatio furti’ e ‘litis aestimatio’ in *Cels. 47.2.68(67).2*, in «AUPA.», L, 2005, p. 16 nt. 17, P. FERRETTI, *Complicità e furto*, cit., p. 212 nt. 146 e da ultimo G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln-Weimar-Wien, 2007, p. 221 nt. 32.

²⁵²) A. LOVATO, *Sulle azioni di furto e di rapina nell’esperienza giustiniana*, cit., p. 662.

Il Lovato è giunto persino a contestare la generale e tendenziale assolutezza del criterio enunciato in D. 47.2.50 pr., in ciò ponendosi in netta antitesi rispetto alle tesi propugnate dal De Robertis²⁵³, secondo il quale in D. 47.2.50 pr. sarebbe contenuta una regola generalmente applicabile salvo specifica deroga imposta in via normativa²⁵⁴.

Con maggiore cautela, Tafaro²⁵⁵ ha spiegato come in realtà il ‘Nutzunginteresse’ possa costituire per lo stesso *dominus* una voce per la determinazione del ‘Sachwert’, con il limite implicito e naturale che in nessun

□

²⁵³) F.M. DE ROBERTIS, ‘*Quanti res est-id quod interest*’ nel sistema della grande compilazione, in «SDHI.», 32, 1966, p. 125.

²⁵⁴) Si è accinto a considerare D. 47.2.50 pr. sul piano dogmatico anche P. Grzimek, segnalando come il testo raccolto nei Digesta contenga un serio ‘Einwand’ contro la tesi, sostenuta dalla prevalente dottrina, che il ‘giuramento’ testimoniato nel cit. D. 12.3.9 (per il cui testo v. *supra*) non sia da qualificare come un *ius iurandum in litem*, dato che ‘zieht eine besondere Art des Prozeßeides, der sich vor dem Verfahren *in iure* abspielte, in Betracht’ (GRZIMEK, *op.cit.*, p. 169). A questo modo di ragionare lo Grzimek ha voluto opporre altre considerazioni, valorizzando soprattutto l’ultima ‘Aussage’ del frammento, in cui si dice che qualora la cosa rubata tra il momento della sottrazione e quello del giudizio abbia subito un incremento di valore (divenendo *pretiosior facta*), questo stesso incremento dovrà necessariamente venire in considerazione ai fini dell’*aestimatio*. Il ‘*quanti ea res fuit, cum furtum factum est*’ dell’azione dovrà allora interpretarsi in un senso apparentemente antitetico a quello dell’enunciazione formulare (v. R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München, 1981, p. 145 nt. 31: «die Formel geht auf ‘*quanti ea res fuit, cum furtum factum est*’,...und das meint, daß das Interesse gerade nicht gewährt wird»), perché sarà possibile considerare il protrarsi degli effetti del ‘Vermögensverlust’ conseguente al *furtum*, permettendo una sua qualificazione in termini di ‘Dauerdelikt’ (così GRZIMEK, *op.cit.*, p. 170, ‘dies entspricht dem Charakter des Diebstahls als eines Dauerdelikt’, BACKHAUS, *Casus perplexus*, cit., p. 152 nt. 67, ‘die Klage...setzt damit ein Beweisinteresse...nur zu irgendeinem Zeitpunkt während der Dauer der Sachentziehung - Dauerdelikt -, nicht aber zum Zeitpunkt der *litis contestatio* voraus’, CERAMI, ‘*Continuatio furti*’, cit., p. 18, il quale ci mette però in guardia dal pericolo di considerare il principio ricavabile dall’ultima parte di D. 47.2.50 pr. come il riflesso di un ‘Dauerdelikt’ romano inteso come «un precedente dell’odierna locuzione ‘reato continuato’», KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, p. 134). Sul *furtum* come ‘Dauerdelikt’, in contrapposizione al *damnum iniuria datum*, cfr. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, I, cit., pp. 472-473, in cui si approda alla netta conclusione per cui ‘Das *furtum*, aber nicht das *damnum iniuria datum*, als Dauerdelikt galt’ e M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 616 nt. 22: ‘Das *furtum* als Dauerdelikt gilt in jedem Augenblick seit der Kontrektation als begangen, darum sind spätere Werterhöhungen zu berücksichtigen’.

²⁵⁵) S. TAFARO, *La interpretatio ai verba ‘quanti ea res est’ nella giurisprudenza romana. L’analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, p. 160 ss.

caso il *dominus* potrà ritrarre un ristoro economico che sopravanzi il valore della *res ipsa* nella sua materialità²⁵⁶.

Il Kaser, invece, attestato su posizioni non proprio assimilabili a quelle suesposte, ha indagato la testimonianza tramandata in D. 47.2.75(74) in un importante scritto giovanile, ma ha in proposito mostrato di nutrire non pochi dubbi sulla sua genuinità: il che è forse spiegabile se si pensa che i contenuti di D. 47.2.75(74) non riflettono tesi e principi di portata generale, come quelli a cui si è accennato nelle pagine precedenti e di cui si avrà ancora occasione di discorrere. Per cominciare, il Kaser, a differenza di Misera, ma anche di Lovato, ha pensato che il senso complessivo di questo brano ‘poco chiaro’ fosse quello di attribuire al *dominus* il doppio del corrispettivo della *nuda proprietas*, e non della intera ‘Eigentum’ sulla cosa sottratta²⁵⁷. Al dubbio, che subito si pone, che il possessore di buona fede potesse essere il principale legittimato all’esperienza dell’*actio furti*, si dà soluzione spiegando che ‘für *custodia* haftete er nicht, ein Haftungsinteresse könnte also die Aktivlegitimation nicht rechtfertigen. Andererseits ist die Stelle offenkundig verfälscht’²⁵⁸. Proprio in una simile affermazione si condensa, in ultima analisi, il senso di tutto il discorso, perché a mio parere l’*actio furti* veniva concessa al non proprietario in via autonoma, senza vedere se dovesse rispondere per *custodia*, e avesse perciò soltanto una azione ‘derivata’ e secondaria rispetto a quella del proprietario; non ponendosi in quest’ottica, che per me è invece da privilegiare, discende come ovvio il giudizio kaseriano sulla non chiarezza e addirittura sulla probabile ‘Verfälschung’ del testo.

□

²⁵⁶) TAFARO, *La interpretatio*, cit., p. 161, a cui dedica una certa attenzione lo stesso A. LOVATO, *Sulle azioni di furto e di rapina*, cit., p. 663 nt. 56.

²⁵⁷) KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 155-156: ‘Der Sinn dieser nicht sehr klaren Stelle ist offenbar der, daß der *bonae fidei possessor* das Gebrauchs und Nutzungs-interesse, der Eigentümer den Wert der *nuda proprietas in duplo* bekommen sollen’.

²⁵⁸) KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 156. Se poi si volesse credere che in origine la questione autentica avrebbe riguardato gli effetti dell’obbligo di pagare la *poena* ‘gegenüber dem wahren Eigentümer’, si dovrebbe addirittura concludere che ‘in diesem Falle wäre die Stelle...ohne Bedeutung’ (*ibidem*).

Il panorama delle fonti, comunque sia, presenta ulteriori casi pratici che ci permettono di mettere a fuoco la considerazione che i giuristi romani avevano della ‘Lösung’ sostanziale e processuale del *furtum*. Per ora è possibile aggiungere a quanto si è già detto che in un passo apparentemente analogo a D. 47.2.75(74), Ulpiano ha fornito una soluzione in cui la scissione sembrerebbe operare in seno ad un’unica *actio furti*, come a prima vista potrebbe suggerire il ‘*dividetur igitur actio*’, con la conseguenza che ci si discosterebbe non poco dal senso degli asserti fatti propri da Giavoleno, secondo quanto denota il contenuto stesso di D. 47.2.46.1, tratto dal libro 42 del commentario *ad Sabinum*²⁵⁹.

□
²⁵⁹) Vedi, oltre agli scrittori citati in appresso nel testo, J. C. HASSE, *Die culpa des römischen Rechts*, cit., pp. 307 nt. 5 e specialmente, per un esame a largo raggio, 354-355, J. D. H. TEMME, *Die Lehre vom Diebstahl*, cit., p. 62, nel senso della necessità della contestazione di un furto d’uso ai danni del *fructuarius*, C. W. BLEICH, *Doctrina furtorum servilium*, cit., pp. 6 nt. 10 e 8 nt. 24, A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., p. 151, che già aveva percepito di essere di fronte ad una ipotesi ‘où le détenteur exerce l’action *furti* en vertu d’un droit propre’, J. BARON, *Pandekten*⁹, cit., p. 573 nt. 49, A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung*, cit., pp. 12, 52 e spec. 53 nt. 1, non equivoco nell’affermare la natura unitaria del furto storicamente realizzato, desumibile dal fatto che è soltanto l’*actio* ad essere divisa tra due fruitori [‘die Worte *dividetur igitur actio* sprechen sogar dafür, dass der Verfasser der Stelle (Ulpian) hier nur ein einziges *furtum* annimmt’], M. PAMPALONI, *Furto di possesso e furto di uso*, cit., pp. 78 nt. 10, 85 nt. 39 e 90 nt. 53 (=ID., *Studi sopra il delitto di furto*, I, cit., pp. 116 nt. 10, 123 nt. 39 e 128 nt. 53), TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 743 nt. 4, A. DE MEDIO, *La legittimazione attiva nell’actio legis aquiliae in diritto romano classico*, in «Studi di diritto pubblicati in onore di V. Scialoja», I, Milano, 1905, p. 67 in nota, E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 56 ss., F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius*, cit., p. 471, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 715 ss., W. W. BUCKLAND, *L’intérêt dans l’actio furti*, cit., pp. 9-10, F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., pp. 240 nt. 2 e 242 nt. 4, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik*, cit., IV, p. 295, E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des furtum*, cit., p. 112 nt. 59, H.F. JOLOWICZ, *Digest XLVII De furtis*, cit., p. 38 ss., J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, in «ZSS.», 68, 1951, p. 253, D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 236-237 e p. 301 nt. 5, J.A.C. THOMAS, *Furtum of documents II*, cit., p. 302 nt. 6, p. 303 nt. 11, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 967 nt. 45, G. FLORIS MARGADANT S., *El Derecho Privado Romano*³, cit., ibidem, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 617 nt. 39, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, cit., p. 521 nt. 24, A. WATSON, *Roman Private Law around 200 BC*, cit., p. 148 nt. 4, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 76 nt. 202, J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 356 nt. 37, B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, cit., p. 177 nt. 65, A. KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, cit., p. 103 nt. 54, ID., *Besitzpfand und ‘besitzloses’ Pfand*, cit., pp. 65 nt. 223, 68 nt. 235, 73 nt. 249, G. NEGRI, *Diritto minerario romano. I: Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei*

D. 47.2.46.1 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus actionem furti habet. Dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium; fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse, eius dupli; proprietarius vero aget, quod interfuit eius, proprietatem non esse subtractam.*

Un servo dato in usufrutto²⁶⁰ viene sottratto, e in relazione a questo fatto sia colui *qui fruebatur* che il *dominus* avranno l'*actio furti* a loro disposizione. Benché ancora recentemente (1992), Herwig Stiegler abbia voluto spiegare la 'Teilung' dell'*actio furti* ricorrendo all'inflazionato criterio della *custodia-Haftung*, nel senso che l'azione sarebbe stata divisa tra usufruttuario e proprietario 'mit einer *custodia*-Haftung des ersteren durchaus vereinbar'²⁶¹, credo sia possibile privilegiare un meno acritico approccio. La perplessità nasce probabilmente dall'espressione di Ulpiano il quale afferma che '*dividetur actio*', con ciò fornendo una interpretazione monistica del furto – che sarebbe anche giuridicamente uno solo – in cui la posizione dell'usufruttuario non proprietario dovrebbe dirsi secondaria e derivata, quindi non autonomamente difendibile. Tuttavia, se una interpretazione monistica è possibile, molto più naturale si presenta l'interpretazione dualistica, conforme

□

giuristi classici, Milano, 1985, pp. 294 nt. 104 e 296, D. PUGSLEY, *Americans are aliens*, cit., p. 95 nt. 34, I. REICHARD, *Stipulation und Custodiahaftung*, cit., p. 49, ID., *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 54 nt. 48, E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, I, cit., p. 404-405, S. TONDO, *L'omicidio involontario*, cit., p. 299, J. A. C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, cit., p. 503 nt. 62, S. TAFARO, *La interpretatio ai verba 'quanti ea res est'*, cit., pp. 177-178, G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquilano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 216 ss., H. STIEGLER, *Servus fructuarius supreptus*, cit., p. 467 ss., A. LOVATO, *Sulle azioni di furto e di rapina*, cit., p. 664 nt. 58, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 102 nt. 404.

²⁶⁰) Per l'esame della cui posizione giuridica cfr. J. E. KUNTZE, *Der servus fructuarius des römischen Rechts*, Leipzig, 1889.

²⁶¹) Come ha magistralmente riassunto R. ZIMMERMANN, *rec. a AA.VV., Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag*, cit., in «ZSS.», 111, 1994, p. 671.

ai principi ricevuti da Giavoleno, secondo la quale ‘das *dividetur* will Ulpianus nicht strikt auf die eine actio furti bezogen wissen, sondern auf die actio furti, welche als Oberbegriff die actio furti rei und die actio furti possessionis in sich aufnimmt’²⁶².

Bisogna invece ribadire che il *furtum* era uno solo come fatto storico, e che nella riflessione giuridica potevano essere apprezzati diversi *furta* intesi come lesioni di beni diversi (nel nostro caso, *furtum rei* e *possessionis*). Si potrebbe obiettare che un simile ragionamento non sia in realtà che una sottile, ma arbitraria, interpretazione moderna, non rinvenendosi nelle fonti una precisa enunciazione della ‘Lösung’ del *furtum*: ma così non è. Sappiamo infatti che Giuvenzio Celso, nel trattare un caso di furto di servo infante poi divenuto *adulescens apud furem*²⁶³, aveva inequivocamente espresso questo stato di cose: egli aveva giuridicamente scisso la fattispecie in un *furtum infantis* e in un *furtum adulescentis* (‘*tam adulescentis furtum fecit ille quam infantis*’), pur riconoscendo l’unicità del fatto storico (‘*et unum tamen furtum est*’). E’ naturale che non apprezzando la *ratio* del raffinato ragionamento celsino, molti autorevoli commentatori abbiano rifiutato persino di attribuire allo stesso Celso il principio di diritto così espresso.

Tornando però a D. 47.2.46.1, va detto che, seguendo Schulz²⁶⁴, Ingo Reichard ha pensato che nella proposizione esordiale si possa verosimilmente riconoscere un *Sabinianum*²⁶⁵, il cui contenuto decisivo sarebbe quindi attribuibile a Ulpiano soltanto in via mediata, ma a differenza dello Schulz, il quale ha negato la genuinità del frammento²⁶⁶, ha dimostrato qualche apertura

□

²⁶²) Questa l’acuta e condivisibile spiegazione di E. DAMEROW, *Das furtum possessionis*, cit., p. 57 nt. 1.

²⁶³) Si tratta di D. 47.2.68(67).2 (Cels. 12 Dig.): ‘*Infans apud furem adolevit: tam adulescentis furtum fecit ille quam infantis, et unum tamen furtum est: ideoque dupli tenetur, quanti unquam apud eum plurimi fuit (...)*’.

²⁶⁴) SCHULZ, *Sabinusfragmente in Ulpianus Sabinuskommentar*, Halle, 1906, p. 82 (rist. in «Labeo», 10, 1964).

²⁶⁵) I. REICHARD, *Stipulation und Custodiahaftung*, cit., p. 49 nt. 15: ‘der Eingangssatz dürfte von Sabinus stammen’.

²⁶⁶) SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti*, cit., p. 46 ss.

nei confronti dei rilievi già formulati da Gunter Wesener²⁶⁷, per il quale nel caso di *furtum* della cosa su cui fosse stato costituito il diritto di *uti frui* l'*actio furti* sarebbe sempre stata concessa tanto all'usufruttuario quanto al nudo proprietario; ma se così fosse, ha aggiunto il Reichard, 'so erwiese es zwingend, daß der Usufruktuar nicht für *custodia* haftete, würde also die eigene Meinung Weseners widerlegen'²⁶⁸. Il Lovato, allora, ha potuto motivatamente chiosare che 'Giavoleno attribuiva al proprietario tutto il valore della cosa, e al compratore in buona fede un valore diverso; Ulpiano ipotizzava una divisione dell'*actio furti* tra *dominus* e *fructuarius* rispetto all'intero valore della cosa, spettando a ciascuno di costoro una quota del valore dello schiavo'²⁶⁹.

E' interessante, per chiudere questa parte del discorso, riportare lo stato giuridico della questione così come riprodotto nel manuale istituzionale di Gaio, e soprattutto in

Gai 3. 203: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire*²⁷⁰.

□

²⁶⁷) G. WESENER, 'Custodia'-Haftung des Usufruktuars, in «Synteleia Arangio Ruiz», I, 1964, p. 192.

²⁶⁸) REICHARD, *Stipulation*, cit., p. 50, sarebbe cioè evidente che l'usufruttuario non risponderebbe per *custodia*, creando sul punto una contraddizione con lo stesso pensiero di Wesener.

²⁶⁹) LOVATO, *Sulle azioni di furto e di rapina*, ibidem, dove non si trascurano nemmeno le importanti puntualizzazioni formulate in proposito da G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei*, cit., ibidem.

²⁷⁰) Su questo passo, su cui esiste una letteratura pressoché sterminata, è necessario rimandare alla recentissima messa a punto di I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz*, cit., p. 475 ss. Nonostante il costante approccio interpretativo di cui subito nel testo, la stessa Kropfenberg ha riconosciuto che l'interesse richiamato in Gai. 3.203 potrebbe anche riflettere una varietà di significati e sfumature, posto che «die Garantiehaftung des Kustodienten kein 'Patentrezept' zur monokausalen Begründung seiner Klageberechtigung aus der Diebstahlsklage ist», la responsabilità per *custodia* non può rappresentare la soluzione ideale ed esclusiva per determinare la legittimazione attiva all'*actio furti* di un non proprietario. Il pensiero tradizionale fa invece perno, per risolvere i problemi di legittimazione processuale, sul criterio della responsabilità per *custodia* (la concezione, radicata e risalente, trova già espressione in W. KUNKEL, *Diligentia*, in

□

«ZSS.», 45, 1925 e rappresenta, come rilevato da M. HARDER, *Commudum eius esse debet*, cit., p. 353, la ‘herrschende Meinung’ sul cui fondamento si è tra l’altro affermata la legittimazione attiva all’*actio furti* del venditore *ante traditionem*, giustificando tale soluzione proprio con il richiamo a Gai 3.203 e D. 47.2.10). Hanno d’altro canto negato che il venditore possa dirsi attivamente legittimato in forza della sua *Custodia*-Haftung F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 167 ss., H. NIEDERLÄNDER, *rec.* a DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva*, cit., in «ZSS.», 70, 1953, p. 484 ss. (il quale annota che sostanzialmente il proprietario dovrà agire in giudizio proprio perché la cosa era nella sua sfera di pertinenza dominicale), DE ROBERTIS, *rec.* a ROSENTHAL, *Custodia*, cit., in «IURA», 1953, p. 344 ss., M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in «SDHI.», 20, 1954, p. 211 ss. e M. HARDER, *op.cit.*, p. 354, cui si deve la recisa affermazione per cui ‘die Aktivlegitimation des Verkäufers zur *actio furti* hat jedoch mit seiner *custodia*-Haftung nichts zu tun’. Va detto che Harder ha vivamente avvertito l’ascrizione a Gaio dell’opposto principio, come invece reputato da W. Kunkel, anche perché un passo che suole esser addotto a suffragio della tesi maggioritaria, D. 18.1.35.4, ‘gilt seit langem als schwer interpoliert’ (*op.cit.*, p. 356). Nella fonte assunta come rimaneggiata, teoricamente estratta dal libro X del commentario gaiano all’editto provinciale, leggiamo: ‘*Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus pater familias suis rebus adhibet*’ (cfr. in proposito W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 560 nt. 9, dove l’evidenziazione di una ‘*diligentia maxima* applied to the care of of the thing against thieves’, M. BAUER, *Periculum emptoris*, cit., p. 173, L. MANNA, *Spunti per una indagine dei criteri della responsabilità contrattuale in diritto postclassico*, in «Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano 11-12 Maggio 1995», Milano, 1998, pp. 452-453 cui *adde* M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae*, cit., p. 385 ss.); risulterebbe come minimo ‘schleierhaft’, per Harder, l’assenza di un qualsivoglia riferimento all’*actio furti*, sebbene ‘es um ein *furtum* der beim Verkäufer befindlichen Kaufsache geht’ (*op.cit.*, p. 357). Altre contestualizzazioni di Gai. 3.203 in W. W. BUCKLAND, *L’intérêt dans l’actio furti*, cit., p. 10 nt. 2 ma soprattutto pp. 36-37, ID., *Digest XLVII.2 (de furtis)*, cit., p. 136, G. SCHERILLO, *Postilla a c. 22 C. 6,2*, in «Rendiconti. Istituto lombardo di scienze e lettere. Classe di lettere scienze morali e storiche», 63, 1930, p. 705 ss. (ID., *Scritti giuridici II.2 Studi di diritto romano*, Milano, 1995, p. 490 ss.), A. BISCARDI, *La ‘lex commissoria’ nel sistema delle garanzie reali*, in «Studi in onore di E. Betti», II, cit., p. 582, C. A. MASCHI, *Tutela, fedecommissi, contratti reali (omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in «Studi E. Volterra», IV, cit., pp. 694-695, F. M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell’actio furti*, cit., p. 89 ss., H. NIEDERLÄNDER, *rec.* a F. M. DE ROBERTIS, *La legittimazione*, cit., pp. 486 nt. 10, 489 e 491, J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 356 nt. 34, C. RASCÓN, *Pignus y custodia en el derecho romano clásico*, Oviedo, 1976, p. 159 ss., G. IMPALLOMENI, *rec.* a RASCÓN, *Pignus*, cit., in «BIDR.», 82, 1979, pp. 201-202 (=ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 423-424), M. KASER, *Besitzpfand und ‘besitzloses’ Pfand*, cit., p. 63 e ID., *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in «De iustitia et iure. Festgabe Ulrich von Lübtow», cit., pp. 291, 306 e 308, H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in «Studi in onore di A. Biscardi», IV, cit., pp. 603 e 605-606, M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in «Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano 7-9 aprile 1987», I, Milano, 1988, p. 117 nt. 74, R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen*, cit., p. 152, V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y*

Il periodare gaiano è stato comunemente interpretato nel senso che legittimato all'*actio furti* sia solo colui il quale ha un interesse a che la cosa non gli sia sottratta. E ritorniamo qui ineluttabilmente alla *custodia*-Haftung²⁷¹, perché colui '*cuius interfuit non subripi*' (come si legge in D. 47.2.10²⁷²) deve poi rispondere anche per la cessata disponibilità della *res*²⁷³.

Quindi, secondo la tesi così attribuita a Gaio, non saremmo più nell'ottica per cui ogni interesse giuridicamente apprezzabile e rilevante può dirsi azionabile in giudizio o 'diebstahlgeschützt'. Così, solo per fare un esempio relativo alla compravendita, la questione 'ob bei einem *furtum ante traditionem* der Verkäufer oder der Käufer mit der *actio furti* vorgehen

□

complicidad, cit., p. 43, M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 108, J. DE BIE LEUVELING TJEENK, *Gerechtigden tot schadevergoeding bij zaakschade. Voorafgegaan door beschouwingen omtrent de positive va de houder en de bailee in het Romeinse recht en in de common law*, Deventer, 1997, p. 51 ss., M. WIMMER, *Zum Leistungserfolg*, cit., p. 134, L. MANNA, *Spunti per una indagine dei criteri della responsabilità contrattuale in diritto postclassico*, cit., pp. 461 nt. 64 e 508, M. RAINER, J. FILIP-FRÖSCHL, *Texte zum Römischen Recht*, cit., p. 235, T. MAYER-MALY, *Römisches Recht*², Wien-New York, 1999, p. 163, P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, cit., p. 71 nt. 142, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 80 nt. 306.

²⁷¹) E infatti cfr. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti*, cit., p. 71 ss.

²⁷²) Sul passo, si vedano le precisazioni di J. BARON, *Pandekten*⁹, cit., p. 572 nt. 40, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 744 nt. 6, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 332 nt. 4, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 46 nt. 46, U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, cit., p. 171, dove riferimenti ai criteri gaiani di cui a Gai 3.203 ss., K. H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz, 1964, p. 204 nt. 30, I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 99, M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae*, cit., p. 390 nt. 96, G. KLINGENBERG, '*Constitutum est*' in D. 47,2,14,4, cit., p. 244 e BEHRENDTS, *Das Gewaltmonopol der Magistratur der klassischen Republik in einer Fallentscheidung des Servius Sulpicius Rufus*, in «Viva vox iuris romani. Essays in honour of Johannes Emil Spruit», Amsterdam, 2002, p. 289 nt. 19, che interpreta il '*cuius interfuit*' nel senso di richiedere semplicemente 'ein faktisches Interesse am Behalten der Sache', interpretazione di cui, a detta del Behrends, non si dovrebbe dubitare ('nicht zu bezweifeln', *ibidem*), D. NÖRR, *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19.1.43 sq.)*, cit., p. 60 nt. 204.

²⁷³) Si trova in I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz*, cit., p. 478, l'affermazione per cui l'*actio furti* sarebbe spettata al non proprietario 'weil er dem Eigentümer *custodia*-pflichtig war'.

konnte²⁷⁴, è stata risolta in maniera *tranchant* e senza dar conto dei mutamenti di prospettiva precedenti, nel senso che ‘nach dem Grundsatz in D. 47.2.10 muß folglich dem Verkäufer und nicht dem Käufer zustehen’²⁷⁵.

10. La dicotomia è confermata da Giuliano 3 ex Minicio D. 47.2.60(59). Il fatto che il comodatario potesse eccezionalmente tutelarsi contro il comodante ladro presuppone la dicotomia tra ‘Sachwert’ e ‘Nutzunginteresse’, essendo pregiudiziale alla separata considerazione dei due ambiti l’aver ritagliato autonomi e giuridicamente rilevanti ‘Verwendungen’ di uno specifico interesse alla conservazione.

Nelle pagine precedenti si è posto l’accento sui tratti che valgono a connotare le due diverse polarità del ‘Sachwert’ e del ‘Nutzunginteresse’, puntualizzando e precisando in modo particolare il concetto di ‘autonomo interesse’ di un proprietario rivolto al ‘*rem salvam esse*’, da individuarsi in maniera tendenzialmente indipendente dai fondamenti della responsabilità per *custodia*. E’ necessario ora spostare il fuoco dell’attenzione su una serie di ipotesi in cui le cennate differenze sembrano alquanto attenuate, e precisamente quelle in cui ‘der Eigentümer selbst wegen Diebstahls haftete, weil er dem Pfandgläubiger oder dem Entleiher die Sache entwendet hatte’²⁷⁶.

Ciò che si deve prendere a riferimento è, in altri termini, il complesso modularsi dei rapporti tra l’interesse astrattamente positivo del *dominus* e quello che un non proprietario possa talora vantare di rimando in un ipotetico conflitto, seppure in casi che rimangono sempre circoscritti e definiti. Portare il discorso sul furto del debitore pignoratizio o del comodante non deve però

□

²⁷⁴) Questione così impostata da M. HARDER, *Commodum esse debet, cuius periculum est. Über die actio furti als stellvertretendes commodum beim kauf*, in «Festschrift Kaser», 1976, p. 353.

²⁷⁵) Così H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensalkontrakten des klassischen römischen Recht (Hamburger Rechtsstudien, Heft 54)*, Hamburg, 1965, p. 41, cit. in puncto da HARDER, *Commodum*, cit., *ibidem*.

²⁷⁶) BEHRENDTS, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 229-230.

rappresentare , già da subito, un'occasione per cimentarsi col delicato problema della natura del *furtum suae rei*²⁷⁷.

Non solo, come si è in qualche modo teorizzato, il *furtum* non dà sempre adito all'*actio furti* e l'*actio furti* non presuppone sempre un *furtum*, ma in un alveo già squisitamente ed esclusivamente 'sostanzialistico' non tutte le volte si è potuto registrare un accordo circa il riconoscimento di un vero e proprio *furtum* ogniqualvolta il *dominus* si sia riappropriato dell'oggetto del suo diritto. I termini della questione possono essere diversamente ricostruiti a seconda che si prenda in esame la sottrazione perpetrata ai danni di un creditore pignoratizio oppure di un comodatario, solo per prendere gli esempi più significativi. Le differenze non sono certo trascurabili; P. Bělovský è riuscito a tracciarne un agile quadro sintetico con queste parole, che costituiscono più che altro una 'presa d'atto' descrittiva di alcuni essenziali principi del diritto romano: 'the two (n.d.a. creditore pignoratizio e comodatario) are in a very different legal position as far as the thing they control are concerned...The borrower is deemed to have *possessio naturalis* in the sense of a *detentio* over the thing while the creditor pigneraticius is considered to be *possessor ad interdicta*'²⁷⁸.

Prendiamo rapidamente in considerazione D. 41.3.4.21, che sarà oggetto di approfondita analisi nel capitolo relativo alla *lex Atinia*. In questo passo un debitore pignoratizio ruba al creditore il *pignus* per poi venderlo. Non ci viene detto esplicitamente se in questo modo si sia realizzato un *furtum*, ma sarei portato ad esprimere più di una riserva visto che Cassio, giurista rispondente, afferma che la cosa è ritornata nonostante tutto nella potestà dispositiva del suo legittimo proprietario; e questo anche ai fini della riacquisita usucapibilità della medesima, nonostante che il debitore sia convenibile con l'*actio furti*.

□

²⁷⁷) In argomento, vedere G. SCIASCIA, *Furtum rei suae*, in «AP.», 3, 1947, p. 319 ss. e P. BĚLOVSKÝ, *Usucapio of stolen things and slave children*, in «RIDA.», 49, 2002, p. 65 ss.

²⁷⁸) BĚLOVSKÝ, *Usucapio of stolen things*, cit., p. 62-63.

Tutto, insomma, sembrerebbe parafisiologico. E tuttavia, per quello ‘sfasamento’ tra *furtum* (propriamente inteso) e *actio furti*, di cui si sono già forniti numerosi esempi, si è ritenuto opportuno concedere nel caso *de quo* anche un’*actio furti*, con la conseguenza singolare che il *debitor pigneraticius* potrebbe definirsi come semi-delinquente ‘a metà del guado’ (ladro perché esposto all’*actio furti*, non ladro perché fautore di una *reversio in potestatem domini* con tutti i crismi prescritti dall’ordinamento al fine della *purgatio* della *res furtiva*).

Per il comodatario, se possibile, l’intera vicenda della sottrazione attuata dal proprietario assume contorni ancora più sfumati e di non facile chiarificazione. Il più delle volte, scopriamo che i giuristi romani ritenevano quasi inconsistente la sfera di interessi facenti capo al *commodatarius*, perché negavano sostanzialmente che il comodante, sottraendo la *res commodata*, fosse da ritenere responsabile di *furtum*.

Paolo, proprio il giurista a cui dobbiamo quella fine ed importantissima precisazione per cui, se prima della concessione del beneficio l’aspirante beneficiario/comodatario non gode di alcuna protezione, dopo si crea una ‘*suscepta obligatio inter dandum accipiendumque*’ (D. 13.6.17.3)²⁷⁹ che lo mette al riparo da ogni gratuito arbitrio del comodante (come la privazione inconsulta della cosa prestata), Paolo, dicevo, non ha esitato in altri casi a calcare percorsi di valorizzazione delle sole istanze formali, senza approfondire l’eventuale rilievo delle esigenze legittime del comodatario, e

□
²⁷⁹) Sul passo si vedano i fondamentali contributi di A. D’ORS, *Sobre el ‘Edictum de rebus creditis’*, in «SDHI.», 19, 1953, p. 189, NÖRR, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad Ed.) D. 13.6.17.3*, in «Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein», Stuttgart, 1993, p. 267 ss., ora riedito in ID., *Historiae iuris antiqui. Gesammelte Schriften* (herausgegeben von T. J. CHIUSI, W. KAISER, H. D. SPENGLER), II, Goldbach, 2003, p. 1991 ss., G. NEGRI, *La gestione d’affari nel diritto romano*, in «On. Murga Gener», Madrid, 1994, pp. 671, 674 e 681, D. NÖRR, *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19.1.43 sq.)*, cit., p. 69 nt. 230, dove si parla di ‘ein anschauliches Beispiel für den Umgang des Paulus mit Normen verschiedener Herkunft’ e P. L. ZANNINI, *Comodato, precario, comodato-precario: maneggiare con cura*, in «Rivista di diritto civile», LII, 2006, n.1 p. 87 nt. 9, dove ulteriori cenni alla letteratura.

accreditando peraltro su questa strada un precedente insegnamento di Pomponio (D. 47.2.15.2).

D. 47.2.15.2 (Paul. 5 ad Sab.): *Sed eum qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis. Ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebit furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit*²⁸⁰.

□

²⁸⁰) Hanno riflettuto su questa testimonianza D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 86, J. C. HASSE, *Die culpa des römischen Rechts*, cit., pp. 307 e 314 nt. 1, A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., p. 91 nt. 8, A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung*, cit., p. 38, M. PAMPALONI, *Furto di possesso e furto di uso*, cit., p. 79 nt. 13 (=ID., *Studi sopra il delitto di furto*, I, cit., p. 117 nt. 13), che concentrandosi sulla parte terminale del passo e sul controverso *pignoris loco*, aveva pensato che la concessione dell'*actio furti* agli aventi un diritto di ritenzione fosse 'sorta per analogia del caso del creditore pignoratizio', TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 735 nt. 5, per cui il testo dimostrerebbe seppure 'unter Umständen' che anche un comodante può commettere furto ai danni di un comodatario, F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 215 nt. 2, forse troppo categorico nel tirare le somme del discorso ('Ist in konkret der Kommodatar nicht regreßpflichtig, z.B. bei *furtum* des Commodans, so kann sein Gebrauchsinteresse als Fundament einer *actio furti* nicht ausreichen, sondern höchstens ein wegen Wervendungen bei ihm stehendes Sicherheitsinteresse'), CH. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895, p. 421 nt. 2 e p. 492 nt. 1, H. F. HITZIG, *sv. Furtum*, cit., p. 395, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 322 nt. 3 in particolare sull'inciso '*quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit*', W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (de furtis) and the Methods of the Compilers*, cit., p. 139, che muove pesanti giudizi sulla logicità dell'andamento sintattico del luogo ('the *ergo* is absurd...The Compilers struck out the restrictive observation which justified the last sentence, but were too hurried to alter *ergo* into *sed* which their alteration required'), E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano I. Fonti e casi*, Milano, 1947, p. 417 ss., J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti*, cit., p. 252 nt. 96 (in cui si rileva l'illogicità formale dell'*Ergo* introduttivo del secondo periodo, al posto del quale avrebbe dovuto esserci un *autem*), D'ORS, *Sobre el 'Edictum de rebus creditis'*, cit., p. 193 ss., M. MARRONE, *D. 14.2.2 pr.: 'retentio' e 'iudicia bonae fidei'*, in «IURA», 1, 1955, p. 176 nt. 26 (=ID., *Scritti giuridici*, I, cit., p. 61 nt. 26), G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, in «Festschrift Artur Steinwenter zum 70. Geburtstag», Graz-Köln, 1958, p. 112, che segue la piana e tradizionale lettura per cui in caso di sottrazione della cosa propria da parte del comodante non vi sarebbe giuridica responsabilità per furto, 'da das Haftungsinteresse des Entleiher dadurch nicht beeinträchtigt wird', G. SCHERILLO, *sv. Comodato*, in «ED.», 7, Milano, 1960, pp. 990 nt. 10 e 991 nt. 115 (=ID., *Scritti giuridici II.2*, cit., pp. 482 nt. 110 e 483 nt. 115), A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., pp. 82 nt. 22 e 83 nt. 27, E. BUND, *Untersuchungen*

Fritz Schwarz, in uno studio sulle azioni contrarie, si è soffermato sul contenuto di D. 47.2.15.2²⁸¹, e non ha potuto sottacere la cesura tra prima e seconda parte: soltanto se il comodatario può vantare nello specifico caso concreto un *ius retentionis*²⁸², potrà agire contro il comodante ladro; è questa un modo di ragionare dei giuristi classici, che accomuna Pomponio a Gaio, e viene accettato anche da Paolo, ma non rappresenta di certo un punto fermo in tema di *furtum suae rei*. Nel caso rappresentato nella parte finale, oltre tutto, si dice che la cosa comodata è *'quasi pignoris loco'*²⁸³, e questo per consentire

□

zur *Methode Julians*, Köln-Graz, 1965, p. 137 nt. 62 ('Vom Diebstahl der entliehenen Sache durch den Verlehier sprechend sagt Paulus...eo casu quasi pignoris loco ea res fuit'), J. A. C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, cit., p. 503 nt. 63, C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., pp. 203-204, A. BÜRGE, *Retentio*, cit., p. 145 ('unter dem Aspekt des *furtum* betrachtet, ist jedoch bei all diesen Stellen die Substanz der *retentio* die gleiche: ein durch Impensen begründetes Retentionsinteresse gegenüber dem Anspruch des Eigentümers') e p. 176 ss., KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, cit., pp. 104 nt. 58 e 123 nt. 135 (ma anche ID., *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand*, cit., p. 64 nt. 221b e ID., *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in «De iustitia et iure. Festgabe Ulrich von Lübtow», cit., p. 292 nt. 10), R. BACKHAUS, *rec. a BÜRGE, Retentio*, cit., in «ZSS.», 98, 1981, p. 504, KASER, '*Furtum pignoris*' und '*furtum fiduciae*', in «ZSS.», 99, 1982, p. 252 nt. 19, H. ANKUM, '*Furtum pignoris*' dans le texte d'Ulpien, *D. 47,2,12,2*, in «BIDR.», 90, 1987, p. 174 nt. 22, E. NARDI, *sv. 'Ritenzione' (Dir. rom.)*, in «ED.», XL, Milano, 1989, pp. 1365, 1367 (il quale ha affermato che nei casi di perdita della *naturalis possessio* di una cosa in ordine alla quale si sarebbe potuta esercitare la *retentio* 'il mancato *retentor* (avrebbe potuto) rifarsi con l'*actio furti*'), Á. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, cit., p. 196 nt. 595, M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 108 nt. 173, M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*⁷, cit., p. 485 nt. 3, J. IGLESIAS, *Derecho Romano*¹², cit., p. 293 nt. 22, M. RAINER, J. FILIP-FRÖSCHL, *Texte zum Römischen Recht*, cit., p. 236, P. PICHONNAZ, *L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt*, in «RIDA.», 46, 1999, p. 404 nt. 33, F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca*, cit., p. 397-398, L. D'AMATI, *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Milano, 2004, p. 80 nt. 231, M. BRETONE, *Labeone e l'ordine della natura*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., p. 261 nt. 34.

²⁸¹) F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in «ZSS.», 71, 1954, p. 124.

²⁸²) La *retentio* del diritto romano, ha avuto cura di precisare recentemente W. ERNST, *Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozess*, Berlin, 2000, p. 48, 'ist kein «Leistungsverweigerungsrecht», mit dem eine Leistungspflicht bis zur Erfüllung eines gegenläufigen Anspruchs zu suspendieren wäre'.

²⁸³) Ha notato lo Schwarz che 'ist der Gedanke vom pfandartigen Charakter des Zurückbehaltungsrecht eine vortreffliche juristische konstruktion' (SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, cit., p. 125). L'Ernst ha interpretato il '*pignoris loco*' (rinvenibile anche

una soluzione complessiva non discordante rispetto alla generalizzata regola (allora ormai indiscussa) per cui il creditore pignoratizio aveva l'*actio furti* anche nei riguardi del debitore-proprietario, assolutamente 'ohne Einschränkungen' (D. 47.2.12.2)²⁸⁴. Date queste circostanze, osserva Schwarz,

□

in D. 21.1.31.8) come un *quid* linguistico che avrebbe funto da sostitutivo all'espressione '*quasi pignus*' (ERNST, *Die Einrede*, cit., p. 47 nt. 133-134). Laura D'Amati, poi, concentrando la propria attenzione sul singolo lessema *loco*, nell'ambito di un pregevole studio dedicato alle problematiche connesse al *civis romanus* catturato dai nemici, ha potuto motivatamente commentare che 'l'atto di assimilazione affidato al termine *loco*...ricorre assai frequentemente nel linguaggio dei giuristi romani, e di Paolo in particolare' (L. D'AMATI, *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, cit., ibidem). Enzo Nardi ha per converso ritenuto la figura del *quasi pignus* di cui parla D. 47.2.15.2 'sicuramente spuria' per il contesto (E. NARDI, *Sulla ritenzione in diritto romano*, in «AG.», 127, 1940, p. 65 ss. e ID., *Studi sulla ritenzione in diritto romano I. Fonti e casi*, cit., p. 418).

²⁸⁴) Un cenno alle implicazioni involte da D. 47.2.12.2 si trova anche in D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., pp. 86 e 88 con indicazioni della letteratura più antica, J. F. L. GÖSCHEN, *Vorlesungen*, cit., pp. 551 nt. 6 e 552 nt. 7, F. L. V. KELLER, *Pandekten. Vorlesungen*², II, cit., pp. 133 nt. 6 e 134 nt. 11, A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*², II, cit., p. 526 nt. 23, A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung*, cit., pp. 22 ma soprattutto 64, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 744 nt. 2, W. W. BUCKLAND, *L'intérêt dans l'actio furti*, cit., pp. 39-40, V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli, 1933, p. 141, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 51, A. METRO, *La 'lex Aelia Sentia' e le manomissioni fraudolente*, in «Labeo», 1961, p. 163 nt. 38 e J. A. C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, cit., p. 503 nt. 60. In generale, e *amplius*, v. M. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand*, cit., p. 65 ss., D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 75 nt. 201, H. WAGNER, *Die Entwicklung der Legalthypothen am Schuldnervermögen im römischen Recht (bis zur Zeit Diokletians)*, Köln-Wien, 1974, p. 12 nt. 37, M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in «De iustitia et iure. Festgabe Ulrich von Lübtow», cit., p. 318 nt. 133, H. ANKUM, '*Furtum pignoris*' dans le texte d'Ulpian, D. 47,2,12,2, cit., p. 175 ss. e *passim*, T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., pp. 63 nt. 231, 71 nt. 401 e 80 nt. 712, L. ROTA, *Contrasti dottrinari e ipotesi di studio in tema di responsabilità del creditore pignoratizio*, in «Studi in onore di A. Biscardi», V, cit., p. 342 nt. 59 e soprattutto 62, H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio*, cit., pp. 600-601 e 603 R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, pp. 223 ss. e 226 ss., H. ANKUM, E. POOL, *Rem in bonis meis esse and rem in bonis meam esse: Traces of the Development of Roman Double Ownership*, in «New perspectives in the roman law of property. Essays for Barry Nicholas», Oxford, 1989, p. 30, J. DE CHURRUCA, '*Pignus*', in «On. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 373 nt. 252, M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae*, cit., p. 394 nt. 109, I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz*, cit., p. 494 ss. e da ultimo G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, pp. 5 nt. 19 e 200 nt. 123. Il caso è così descritto: *Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. Nec non et ipso domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur furti et agat. Ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. Sed utrum semper creditoris*

dovremmo conclusivamente affermare di essere di fronte a un caso in cui a rilevare veramente non è tanto un generico ‘Haftungsinteresse’, quanto piuttosto un vero e proprio ‘Sicherungsinteresse’²⁸⁵.

Spiegazione, questa, tutta basata sulla responsabilità cui è tenuto il comodatario, anche se non si comprende appieno perché la soluzione sia stata fatta derivare ‘a tamburo battente’ dal solito canone della responsabilità per

□

interest an ita demum, si debitor solvendo non est? Et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita Iulianus saepissime scripsit. Si discuteva se al creditore pignoratizio potesse spettare l’*actio furti* benché il *pignus* non fosse di sua proprietà. Era senza dubbio possibile una contemporanea legittimazione di proprietario e creditore come conseguenza, secondo la Kroppenberg, ‘di un duplice furto’: il primo avrebbe avuto luogo presso il creditore pignoratizio, a cui la cosa sarebbe stata rubata dal proprietario oppignorante; tuttavia un *extraneus* avrebbe poi rubato la cosa al *dominus*. Ecco che allora si dava al creditore azione contro il debitore pignoratizio, e a questo contro la terza persona, delucidando l’*utriusque interest* del testo. In questi termini si è espressa la studiosa: ‘Die gleichzeitige Klageberechtigung des Eigentümers und des Pfandgläubigers *quamvis in bonis eius res non sit* wurden als Folge eines doppelten Diebstahls einer *res pignori data* gedeutet. Der erste hat beim Pfandgläubiger stattgefunden. Die Sache wird hier vom Verpfänder und *dominus* entwendet, dem die Pfandsache seinerseits von einem Dritten (*extraneus*) gestohlen wird. Der Pfandgläubiger hat die Diebstahlsklage gegen den Verpfänder und dieser gegen die dritte Person’ (I. KROPPEBERG, *op.cit.*, p. 495). Dopo aver confermato la spettanza dell’azione, eventualmente anche contro il proprietario, si apriva il problema sul fondamento di una simile attribuzione: ancora una volta, semplice conseguenza di una sostanziale *custodia*-Haftung, o non invece concreta e autonoma ‘Eigenberechtigung’ slegata dalla responsabilità per *custodia*? Era questo il bivio concettuale, come chiaramente fa capire la frase ‘*sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est?*’, in quanto il criterio della solvibilità avrebbe come corollario il rispondere per *custodia* di una *res* o del suo valore. Ebbene, nella seconda fattispecie di furto (*extraneus* che ruba al *dominus*) vi sarebbe unicamente spazio per ravvisare come fondamento della legittimazione un autonomo interesse del derubato proprietario, indipendente dalla *custodia*-Haftung, che eventualmente poteva essere addotta come presupposto dell’*actio furti* esercitata dal creditore pignoratizio. A questo risultato è giunto uno studioso come H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum fiduciae II*, in «RIDA.», 27, 1980, p. 105. Ma io ritengo che anche per il creditore pignoratizio potesse valere un autonomo interesse, a prescindere dalla valorialità del diritto reale di pegno, come proverebbe incisivamente D. 47.2.15 pr., pure considerato dalla KROPPEBERG, *op.cit.*, p. 496 nt. 90, in cui il creditore derubato può agire con l’azione di furto non solo per il valore del credito, salva l’eventualità di riversare la somma eccedente nelle mani del debitore: ‘*Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneraticia actione id quod debitum excedit debitori praestabit*’. Su quest’ultimo testo, si vedano inoltre H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio*, cit., pp. 596 nt. 46 e 619 nt. 124 e G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., p. 200 nt. 123.

custodia, fondativo dell'interesse alla conservazione della cosa contrattualmente dedotta.

Sembra quasi che i problemi del *furtum* e dell'*actio furti* siano secondari e subordinati rispetto al profilo di una riscontrata irregolarità contrattuale della parte che sarebbe *iure privatorum* chiamata a risponderne (nell'esempio proposto, con l'*actio commodati*).

Il luogo intorno al quale si addensano le problematiche di maggior spessore è però

D. 47.2.60 (59) (Iul. 3 ex Minicio): *Si is, qui rem commodasset, eam rem [clam]²⁸⁶ abstulisset, furti cum eo agi non potest, quia suum recepisset et ille commodati liberatus esset. Hoc tamen ita²⁸⁷ accipiendum est, si nullas retinendi causas is cui commodata res erat habuit: nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultro²⁸⁸ commodati agere, ideoque furti actionem habebit²⁸⁹.*

□

²⁸⁵) SCHWARZ, *op.ult.cit.*, p. 124.

²⁸⁶) Questo *clam* è da considerare aggiunta postclassica, come ha bene spiegato E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal*, cit., p. 108: 'in diesem übrigen denkbar sparsam mitgeteilten Tatbestand ist das *clam* nicht am Platz. Für die Entscheidung des Falles konnte es nicht bedeuten, dass der Eigentümer gerade heimlich vorgegangen ist. Ausschlaggebend ist, dass der Eigentümer gegen den Willen des Entleihers *abstulit*. Die Kompilatoren haben ein *invito eo qui commodatum accepit* oder *dolo malo* durch das Blickfeld verschiebende *clam* ersetzt, wie sie diese und ähnliche Wendungen auch sonst beseitigt haben, etwa um den *animus furandi* an ihre Stelle zu setzen, da hier freilich nicht gepasst hätte'.

²⁸⁷) Come noto, il sintagma *ita tamen* è stato spesso impiegato da giuristi come Pomponio, Giuliano e Ulpiano, e ritenerlo una spia linguistica di un possibile rimaneggiamento, ci porterebbe senza alcuna ragione veramente decisiva, come ha fatto notare il Fino, 'a dare ripetizioni di latino ai giuristi del II sec. d.C.' [M. A. FINO, *L'origine della transactio. Pluralità di prospettive nella riflessione dei giuristi antoniniani*, Milano, 2004, p. 177; nella nota 27 si cita esplicitamente D. 47.2.60(59)].

²⁸⁸) L'espressione *ultro* è da intendersi sostanzialmente equivalente ad un '*etiam*': cfr. A. WACKE, *Paulus Dig. 10.2.29: zur Pfand-Adjudikation im Erbteilungsprozess und zur Entwicklung der sog. Hypothekarischen Sukzession*, in «Festschrift Kaser», München, 1976, p. 525 nt. 129.

²⁸⁹) Il passo è preso in considerazione anche da D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., pp. 84 ss., J. C. HASSE, *Die culpa des römischen Rechts*, cit., p. 328 nt. 3, A.

□
 DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., pp. 91 nt. 7 e 171 nt. 2, A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung*, cit., pp. 33 e 36, M. PAMPALONI, *Furto di possesso e furto di uso*, cit., p. 79 nt. 13 (=ID., *Studi sopra il delitto di furto*, I, cit., p. 117 nt. 13), S. SCHLOSSMANN, *Zur Erklärung*, cit., p. 209, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 742 nt. 3, J. V. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die conditio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht*, I, Weimar, 1903, p. 97, H. F. HITZIG, sv. *Furtum*, cit., p. 388, F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., pp. 243 nt. 2 e 215 nt. 2, B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, I, cit., p. 136 ss., J. PARTSCH, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931, p. 64 nt. 169, L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, cit., p. 174, che addirittura espunge tutto il tratto conclusivo da ‘*nam si impensas*’ in avanti, probabilmente per la difficoltà di riconoscere, anche se in via eccezionale, come giuridicamente possibile un furto del comodante ai danni del comodatario, E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano I Fonti e casi*, cit., p. 418 ss., che ha dimostrato nella sostanza solo qualche sospetto per il tratto ‘*ideoque furti actionem habebit*’ concludendo che debba trattarsi di una ‘aggiunta formale di completamento, col beneficio del dubbio’ (op.cit., p. 419), H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum*, cit., p. 199, A. D’ORS, *Sobre el ‘Edictum de rebus creditis*’, cit., p. 194, piuttosto netto nello svalutare la classicità del passo (‘pues en este caso hay un quasi pignus y cabe apreciar el furtum possessionis...También este texto refleja la mentalidad justiniana, pero no la clásica’), J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, cit., ibidem (in cui si adduce come ‘anständig’ il congiuntivo *quia recepisset*, e dove si fa notare come sia strano, ‘auffällig’, che per il *fullo*, il *sarcinator* e il *nauta* non sia fatta alcuna menzione dell’interesse alla ritenzione contro le ‘Gegenforderungen’ di parte avversa), M. MARRONE, *D. 14.2.2 pr.: ‘retentio’ e ‘iudicia bonae fidei*’, cit., p. 175 nt. 23, ora in ID., *Scritti giuridici*, I, cit., p. 60 nt. 23, G. WESENER, *Offensive Selbsthilfe*, cit., ibidem, dove si dice che Giuliano avrebbe affermato lo stesso ‘Standpunkt’ poi ammesso da Paolo in D. 47.2.15.2, e si ribadisce la prospettiva contrattualistica della responsabilità per furto, posto che ‘wird die *actio furti* mangels eines Haftungsinteresses des Kommodatars nicht gegeben, *quia...ille commodati liberatus esset*’, G. SCHERILLO, sv. *Comodato*, cit., ibidem, A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., ibidem, KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, cit., p. 216 nt. 10 (ma vedi anche ID., *Die actio furti des Verkäufers*, cit., p. 123 nt. 135, ID., ‘*Furtum pignoris*’ und ‘*furtum fiduciae*’, cit., p. 252 nt. 19 e ID., *Besitzpfand und ‘besitzloses’ Pfand*, cit., p. 67 nt. 231), SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, cit., p. 125 ss., BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., p. 39 ss., E. SEIDL, *Römisches Privatrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1963, rn. 505, A. BÜRGE, *Retentio*, cit., p. 145, 176 ss., BACKHAUS, rec. a BÜRGE, *Retentio*, cit., ibidem, G. NOORDRAVEN, *De fiducia in het Romeinse recht*, cit., p. 198 nt. 13, I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 134 nt. 18, Á. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, cit., p. 196 nt. 594, M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 108 nt. 173, O. BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 230 nt. 182, P. BELOVSKÝ, *Usucapio of stolen things and slave children*, cit., p. 67 nt. 43, E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano. 2. Profilo storico*, Milano, 1957, p. 76 ss., il quale, considerando unitamente D. 47.2.60(59) e D. 47.2.15.2, ha notato che il *iudicium contrarium* proponibile quasi in via riconvenzionale menzionato nei due passi avrebbe giocoforza dovuto concretarsi nelle forme di un’*actio in factum*, e non di una *in ius ex fide bona* (in senso conforme, almeno per quanto riguarda questa osservazione del Nardi, A. BURDESE, rec. a NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., in «IURA.», 9, 1958, p. 190). Il Nardi, sul presupposto della recenziarietà della compensazione e dei *iudicia contraria* rispetto alla

Nessuna sorpresa, perlomeno riguardo alla forma, per l'affermazione iniziale di Minicio²⁹⁰, dal contenuto identico al parere di Pomponio raccolto in D. 47.2.15.2, per cui si reputa di non ritenere integrato un *furtum suae rei* del comodante. Si aggiunge però che tale soluzione è da tenere ferma solo se il comodatario non aveva nessun interesse a trattenere la cosa rubata; per esempio, se sono state erogate delle *impensae necessariae*, importa all'interesse del comodatario farle valere *per retentionem*²⁹¹ piuttosto che *ultra*

□

retentio, negando la compatibilità del primo istituto con il ritenere, si è invece servito di D. 47.2.60(59) per affermare come possibile la compresenza del rimedio della ritenzione con quello concretizzantesi nel giudizio contrario; il tratto '*interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultra commodato agere*' avrebbe quindi la funzione di marcare 'la maggior convenienza della ritenzione rispetto all'azione': NARDI, sv. 'Ritenzione' (*Dir. rom.*), in «ED.», cit., p. 1364 nt. 17. Nardi ha poi voluto richiamare, accanto a D. 47.2.60(59), un ulteriore caso in cui la vittima del furto avrebbe potuto esperire l'*actio furti* qualora avesse dovuto affrontare per il *servus* rubato spese per resistere in un giudizio nossale o per cure mediche (NARDI, sv. 'Ritenzione', cit., p. 1367-1368: si tratta di D. 47.2.54-53.4). La considerazione congiunta di D. 47.2.69(59) e D. 47.2.15.2, riguardati quasi alla stregua di due passi 'paralleli', ha costituito la tappa ineludibile dei percorsi di studio di numerosi studiosi, da più di un secolo e mezzo. Per l'evidenziazione di queste colleganze si vedano per tutti K. ZIEBARTH, *Die Realexecution und die Obligation mit besonderer Rücksicht auf die Miethe erörtert nach römischem und deutschem Recht in Vergleich mit dem preussischem*, Halle, 1866, p. 134 ss. e M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, in «TR.», 44, 1976, p. 272 nt. 240. Per lo Scherillo, infine, il testo in questione avrebbe la funzione di delimitare la nozione di illecito, entro la quale non dovrebbe mai entrare la mera 'lesione di un interesse', ma soltanto 'la lesione di un precetto giuridico' (cfr. G. SCHERILLO, *Corso di istituzioni di diritto romano*², Milano, 1962, p. 549 nt. 3).

²⁹⁰) Sulla figura di Minicio cfr. H. J. ROBY, *An introduction to the Study of Justinian's Digest containing an account of its composition and of the jurists used or referred to therein together with a full commentary on one title (de usufructu)*, Cambridge, 1884, p. clvii.

²⁹¹) L'interpretazione sul modo pratico di far valere la ritenzione secondo quanto affermato da Giuliano nel *l.c.* non è certamente indisputata; riscuote generalmente apprezzamenti la tesi secondo la quale il giurista avrebbe voluto richiamare l'*actio commodati in factum* (per questo modo di vedere cfr. ad es. M. MARRONE, *D. 14.2.2 pr.: 'retentio' e 'iudicia bonae fidei*, cit., p. 176, riedito in ID., *Scritti giuridici*, I, cit., p. 61: 'I commentari classici sul comodato, a noi noti attraverso la compilazione di Giustiniano, concernevano prevalentemente l'*actio in factum*. Non crediamo quindi arbitrario supporre che anche Giuliano, nel fr. 60 cit., alludesse all'*actio commodati in factum*, rispetto a cui l'*exceptio doli* e la *retentio* non destano alcuna perplessità'). Per approfondimenti sulla ritenzione del comodatario cfr. J. M. COMA FORT, *Sobre la retentio del comodatario*, in «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid», 89, 1998, p. 35 ss.

commodati agere; comunque sia, si soggiunge in modo sibillino che ‘*ideoque furti actionem habebit*’.

D. 47.2.60(59) è di un certo interesse perché coinvolge tra l’altro profili attinenti alla *retentio*, e proprio per questo è stato preso in esame anche da Alfons Bürge in una sua nota monografia²⁹²; pur senza parlare *ex professo* della sostanza del commento proposto da Bürge, posso già anticipare che tutto il suo pensiero ruota intorno al fatto fondamentale in forza del quale, come ha già rilevato Apathy, ‘das Retentionsrecht nicht durch *actiones*, sondern «nur unselbständig» geltend gemacht werden konnte²⁹³. Prima di qualsiasi altra questione, però, troverei opportuno fare il punto sugli interessanti rilievi formulati da Rolf Knütel sul nostro passo nell’ambito di un contributo riguardante la ‘Haftung für Hilfspersonen’.

Nonostante la pluralità di contenuti e l’usuale ‘aggiunta correttiva’ che caratterizza non poche delle trattazioni elaborate in funzione di commento delle opere di giureconsulti più antichi (ricordiamo che oltre ai libri di commentari a Minicio, Giuliano ne scrisse sulla medesima falsariga diversi altri), bisogna dar conto della descrittiva ‘Vorbemerkung’ da cui è partito il Knütel. Sebbene rifletta, come bisogna riconoscere, le opinioni prevalenti dei giuristi, oltre che l’obiettivo contenuto della prima parte del passo, con essa non sembra essere stata sufficientemente evidenziata la portata della seconda parte del frammento (da ‘*hoc tamen ita*’).

A scanso di equivoci, proverò subito a spiegarmi meglio. Per comprendere le ragioni di quanto appena affermato, si possono utilmente riprendere le parole riassuntive di Knütel, che mette ‘sotto i riflettori’ prevalentemente l’effetto di liberazione del comodatario, conseguente al *furtum* del comodante: ‘Vorauszuschicken ist, daß der Verleiher, wenn er selbst dem Kommodatar die geliehene Sache heimlich wegnimmt, grundsätzlich der *actio furti* nicht

□

²⁹²) A. BÜRGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht*, cit., p. 176 ss., dove si prendono congiuntamente in considerazione D. 47.2.15.2 e D. 47.2.60(59).

ausgesetzt ist; d e r K o m m o d a t a r w i r d f r e i (n.d.a. la spaziatura è mia). Dies zeigt D. 47.2.60(59)²⁹⁴. Tuttavia, in una nota con cui Knütel ha meglio precisato il suo pensiero, trovano spazio anche alcune considerazioni sul successivo chiarimento giuliano. Il comodante ha deciso di riprendersi indietro la *res* concessa in prestito gratuito? Il comodatario ‘wird frei’, non sarà più conveniente in giudizio con l’*actio commodati*. Ma a onore del vero nella ‘Anmerkung’ 166 Knütel riconosce la ‘Ausnahme, daß der Verleiher dem Entleiher ein Zurückbehaltungsrecht aus der Hand schlägt’. Prima di continuare si potrebbe avanzare una prima considerazione ‘interlocutoria’, sperando di non uscire troppo al di fuori del seminato.

E’ un fatto che, in alcuni casi, l’esistenza stessa di un *furtum* e la soggezione all’*actio furti* potevano in pratica risultare non agevolmente accertabili (soprattutto rispetto a regole su contratti e azioni contrattuali già sufficientemente cristallizzate). C’è da chiedersi, comunque, se il comodatario non sia stato a tal punto ‘svalutato’ come possibile centro di imputazione di interessi e facoltà, in modo da degradarne la figura e da rimuovere ogni residuo ostacolo all’inammissibile avvicinamento a figure radicalmente diverse, come quella del precarista²⁹⁵. Un limite, una linea di confine, dovranno pur esserci.

Va dato atto a P. Zannini di aver recentemente affrontato e risolto questo problema²⁹⁶. Senza poterci qui soffermare sui molti argomenti prodotti dallo studioso veronese, va da sé che *nemo sanus* potrà mai attaccare questo argomento ‘principe’: da un lato, il comodatario ha una vera e propria posizione autonoma e rilevante anche nei riguardi del *dominus*-comodante e anche quando non sia stata determinata la durata del beneficio; dall’altro lato, c’è un precarista in favore del quale è da escludere in radice il sorgere ‘anche

□

²⁹³) APATHY, *rec.* a H.H. JAKOBS, E. PICKER, J. WILHELM (cur.), *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag*, Berlin-Heidelberg, 1998, in «ZSS.», 117, 2000, p. 709 nt. 12.

²⁹⁴) R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, cit., p. 378.

²⁹⁵) Sul precario in generale, si veda l’esauriente studio di P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, Milano, 2006, *passim*.

soltanto di un'aspettativa giuridicamente rilevante' circa l'utilizzo della cosa²⁹⁷.

E' comunque evidente che spingendo fino ai limiti la cogenza o imperatività delle regole così come enunciate a livello generale, si finisce con il ritenere genuino un passo come D. 47.2.54(53).1, in cui l'autonoma considerazione di una fattispecie di furto cede completamente il campo ai sottili ed esaustivi meccanismi dell'*actio commodati*, e dove addirittura l'ipotetica soggezione all'*actio furti* e il tendenziale riconoscimento di un *furtum rei suae* sembrano in ultima istanza dipendere dalla scelta del comodante di restituire o meno in via stragiudiziale quanto precedentemente sottratto²⁹⁸.

D. 47.2.54(53).1 (Paul. 39 *ad Ed.*): *Si servus commodatoris rem subripuerit et solvendo sit is cui subreptum est, Sabinus ait posse commodati agi cum eo et contra dominum furti servi nomine: sed si pecuniam, quam dominus exegit, reddat, evanescere furti actionem: idem et si remittat commodati actionem*²⁹⁹.

Il *dominus* ha sottratto una cosa che aveva concesso in prestito servendosi callidamente di un *servus*. Sabino avrebbe concesso al *dominus* di agire con

□

²⁹⁶) ZANNINI, *Comodato, precario, comodato-precario*, cit., p. 83 ss.

²⁹⁷) ZANNINI, *Comodato, precario, comodato-precario*, cit., p. 86.

²⁹⁸) Nonostante queste difficoltà, e quelle che verranno espone nel prosieguo, lo Schindler ha ritenuto che 'ein kompilatorischer Eingriff ist sehr unwahrscheinlich' (SCHINDLER, *Justinians Haltung*, cit., p. 205 nt. 33), potendosi al più rilevare l'andamento stilistico non proprio regolare della fraseologia '*sed si dominus pecuniam quam exegit reddat*, rilievo che però, sempre a detta dello studioso, 'eine Interpolationsannahme rechtfertigt...noch nicht' (SCHINDLER, *op.cit.*, *ibidem*).

²⁹⁹) Sul testo, cfr. *ex multis* D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 123 ss. Secondo I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz*, cit., p. 490, il brano avrebbe la funzione di mostrare che «die Diebstahlsklage auch in spätclassischer Zeit keine 'reine' Pönalklage war (Privatstrafe), sondern zugleich den Verlust des Sachwerts zu kompensieren hatte (Schadensersatz)». Sulla valenza del *remittere actionem* cfr. ulteriormente F. LANFRANCHI, *Il diritto dei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, cit., p. 511 nt. 9.

l'*actio commodati* (ragionamento rigorosamente fondato sulla *custodia*-Haftung del comodatario, secondo un approccio imperniato sulla responsabilità contrattuale³⁰⁰), e contemporaneamente non avrebbe ricusato al comodatario un'azione di furto, da intentarsi '*servi nomine*'.

Il bello è che l'*actio furti* può essere messa nel nulla qualora il comodante abbia ripianato ogni danno, o anche solo quando abbia formalmente rinunciato a esercitare l'azione contrattuale ('*idem et si remittat commodati actionem*'): neanche Knütel, a questo punto, ha potuto esimersi dal constatare che 'diese Begünstigung des Verleihers, der dem Vertragspartner damit die regelmäßig höherwertige *actio furti* noch aus der Hand schlagen kann, ist auffällig und hat Schwierigkeiten bereitet'³⁰¹.

Già: l'*actio furti*, che è evidentemente 'höherwertige', può venir meno³⁰², pur restando immutata la fattispecie storica, rendendo ancora più smaccatamente inopportuna (*ne quid amplius dicetur!*) la rilevata 'Begünstigung des Verleihers'. Ma tant'è, se si ritiene di dover far sempre riferimento al tipo di responsabilità in cui incorre il non proprietario contro il quale sia stato realizzato un *furtum*³⁰³.

□

³⁰⁰) E infatti v. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., p. 379: 'dann kann Sabinus die *actio commodati* gegen den Kommodatar durchgesetzt werden - nämlich aufgrund von dessen *custodia*-Haftung'.

³⁰¹) KNÜTEL, *op. ult.cit.*, *ibidem*. Per questo motivo, evidentemente, il tratto '*sed si pecuniam-remittat commodati actionem*' è stato ritenuto spurio: cfr. F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti*, cit., p. 42 nonché G. BESELER, in «ZSS.», 52, 1932, p. 55.

³⁰²) Non è questo, evidentemente, l'unico motivo per cui D. 47.2.54(53).1 è stato ritenuto interpolato. Il fatto che possa esserci una 'Schwebe-Zeit' in cui l'*actio furti* è momentaneamente indisponibile, potendo la stessa azione successivamente 'rivivere' una volta cessati alcuni impedimenti di natura oggettiva, non deve essere considerato un segnale di sicuro rimaneggiamento, perché è testimoniato in un passo testualmente inattaccabile come D. 47.2.41.3 (cfr. H. D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure*, München, 1994, p. 119 nt. 19: 'der Gedanke, die *actio* könne wieder aufleben, klingt auch in Ulp./Pomp. D. 47.2.41.3: *Si quis post noxam admissam hostium servus fuerit factus, videndum est, an extinguatur actio. Et Pomponius scripsit extingui actionem, et si fuerit reversus postliminio vel quo alio iure, renasci eam actionem debere: et ita utimur*').

³⁰³) Contro l'alterazione di D. 47.2.54(53).1 si è invece recentemente pronunciata I. KROPPENBERG, *Die Insolvenz*, cit., p. 491. A Knütel la Kroppenberg ha replicato che il 'Befund' consistente nell'*evanescere furti actionem* si spiegherebbe semplicemente

Ancora una volta, è stato invece il Behrends ad aver proceduto con maggiore acribia al commento del testo che ci sta occupando. Il supporto fornito da D. 47.2.60(59) dovrebbe infatti permettere una sufficiente discriminazione dei due inquadramenti proposti da Minicio (allievo di Sabino) e da Giuliano.

La precedente opinione espressa da Minicio, con cui si negava al comodatario una qualsivoglia azione (essendosi il proprietario riappropriato di una cosa già sua) viene riveduta da Giuliano alla luce di una prospettiva dogmatica le cui ascendenze preclassiche non sembrano discutibili, e in forza della quale avrebbe potuto trovare applicazione un interesse a permanere nel godimento della *res commodata*.

E' già possibile anticipare, con una prolessi, le possibili obiezioni a un simile modo di ragionare. Si potrebbe dire che, in D. 47.2.60(59) come in D. 47.2.15.2, si tratta in realtà di ipotesi che sembrerebbero ridursi all'area della ritenzione così come viene ordinariamente intesa³⁰⁴, senza permettere alcuna

□

ricordando come fosse propria dell'*actio furti* anche una funzione di composizione, che rimase connaturata ad essa anche quando – come sicuramente al tempo di Paolo – si era già completamente delineato il carattere punitivo dell'azione, con la previsione di una responsabilità del *duplum* ('der Befund sich aus der bereits erwähnten Ausgleichsfunktion der Diebstahlsklage, die dieser noch zu einem Zeitpunkt eigen war, als sich der Sühnecharakter der *actio* mit der Haftung auf das *duplum* bereits voll ausgeprägt hatte'). In chiave esplicativa, e al di là di questa critica, la studiosa ha poi creduto di individuare il motivo per cui l'intera vicenda si sarebbe potuta esaurire nell'ambito della responsabilità contrattuale: la vicenda in questione ha avuto il suo svolgimento soltanto tra due persone, non avendo lo schiavo capacità giuridica, e le due parti pienamente capaci non potrebbero che fronteggiarsi sul livello di una 'vertragliche Haftung' ('die Abwicklung nicht wie im Regelfall zwischen drei, sondern aufgrund der Rechtsunfähigkeit des servus unter zwei Personen stattfindet, die sich gegenseitig verklagen').

³⁰⁴) Colgo l'occasione per ricordare che anche Matteo Marrone, in una recensione alla citata monografia del Nardi, ha preso posizione su questi due passi: il Nardi, come noto, ha pensato che la *retentio* potesse essere disponibile anche nei casi di possibile *compensatio*, traendo argomenti proprio da D. 47.2.15.2 e D. 47.2.60(59). In contrario, il Marrone ha osservato che «accanto alla *compensatio*, la *retentio* non poteva sussistere...: ammetterla – come fa il Nardi – avrebbe significato dare al giudice, in circostanze identiche, il potere discrezionale di assolvere (ritenzione) o di condannare in misura ridotta (compensazione); quindi, o privare del tutto l'attore di quanto gli spettava o soddisfarlo nella misura del giusto. Di questa singolare alternativa non riusciamo a convincerci» (MARRONE, *rec. a NARDI, Studi sulla ritenzione*, cit., in «Labeo», 4, 1958, p. 87, ora ried. in ID., *Scritti giuridici*, II, cit., p. 927).

generalizzazione. E' però facile convincersi del contrario se solo si voglia leggere con la dovuta attenzione la parte centrale di D. 47.2.60(59). E' vero che in quella conclusiva si parla di *impensae necessariae*, che garantirebbero una *retentio* del tipo di quella riconosciuta in D. 47.2.15.2, ma è anche vero che poco prima era stata posta un'importantissima premessa: le spese necessarie fondative della facoltà di ritenzione non esauriscono, come è naturale, l'intera gamma delle '*retinendi causae*'.

Ora, visto che l'illazione che potrebbe trarsi è che ci sono '*causae retinendi*' non riportabili al fatto che il comodatario abbia dovuto subire dei danni o incontrare delle spese in ordine alla cosa comodata (il '*nam*' introduttivo dell'ultima proposizione ci introduce soltanto a una chiarificazione *per exempla*), ciò significa che la posizione del comodatario possa e debba, a determinate condizioni, essere riguardata come autonoma e difendibile anche nei confronti del proprietario della cosa³⁰⁵.

Fino allo scadere del termine contrattualmente stabilito, o fino a quando – in assenza di una precisa pattuizione in merito – non possa dirsi ormai maturato il diritto del comodante di riavere indietro la cosa prestata, non si vorrà di certo affermare che il comodatario sarà costretto a sobbarcarsi i rischi connessi a un inconsulto reimpossessamento da parte del comodante proprietario, tanto più che in un caso del genere non solo dovremmo accontentarci del ruolo a dir poco ancillare di un'eventuale azione contraria³⁰⁶,

□

³⁰⁵) D'altronde già BURDESE, *rec. a NARDI, Studi sulla ritenzione*, cit., *ibidem*, ha seguito il Nardi nell'accettazione della premessa per cui i termini *retinere* e *retentio* sono da considerare 'come è pacifico, affatto tecnici'. Si aggiunga anche NARDI, *sv. 'Ritenzione' (Dir. rom.)*, in «ED.», cit., p. 1363: 'Il moderno diritto di ritenzione affonda senz'altro le sue radici...in un *retinere* delle fonti giuridiche romane, in cui, però, il raro sostantivo e il più frequente verbo...indicano a volta a volta realtà disparate, spesso non tecniche'.

³⁰⁶) Ha argomentato il BÜRGE, *Retentio*, cit., p. 177: 'Der Entlehner kann den Schaden, der ihm dadurch entsteht, dass er die Sache nicht während der ganzen vertraglich vereinbarten Frist gebrauchen konnte, nur mit der *actio contraria* geltend machen'. Secondo il Bürge il comodatario non avrebbe in linea di principio alcuna pretesa giuridicamente opponibile al proprietario, in grado di fondare un suo autonomo interesse alla ritenzione, se non nei casi in cui si aggiunga un '*zusätzliches Element*', quando il comodatario ha compiuto '*Verwendungen*' in ordine alla cosa: se questi non venissero in qualche modo ripagati, potendo mancare un accordo spontaneo successivo alla consegna

ma saremmo costretti a replicare al comodatario, in caso di furto del *dominus*, di non lagnarsi più di tanto facendogli presente che (nelle parole di R. Knütel, proprio a commento di D.47.2.60-59)... ‘wird frei’.

Le considerazioni che ho tentato di abbozzare non devono sembrare puramente ‘assertive’. E non si deve nemmeno dire che la situazione giuridica del derubato debba venire eminentemente in rilievo solo per stabilire la legittimazione attiva all’*actio furti*, allegando con ciò la necessità di non trascendere i profili più propriamente ‘sostanziali’ concernenti il *furtum*. La decisiva importanza degli argomenti trattati in queste pagine anche ai fini della chiarificazione del *proprium* concettuale del furto era già stata intuita nel XIX sec. da due pandettisti tedeschi della taglia di Von Keller e, anche se in misura minore, di Göschen. Keller, in specie, ha chiarito che l’interesse del derubato può venire in considerazione proprio per determinare un addebito di responsabilità a titolo di furto. Facendo presente che tale interesse non sempre è costretto a scontare la colleganza con la *custodia*-Haftung (ed essere cioè ‘ein abgeleitetes Interesse’), potendosi ammettere la rilevanza di un interesse autonomo ed indipendente rispetto a quello, eventuale, del *dominus*.

Ci si affretterà a constatare, a questo punto, come la ‘Trennung’ kelleriana non presenti elementi, se così posso esprimermi, di novità dirimpente. In effetti, tutto sta nel verificare in quale delle due categorie di interesse debba essere collocato il comodatario.

In omaggio alla tradizione, e seguendo l’usuale interpretazione per cui *is, cuius interest rem salvam esse* è in pratica il comodatario, soggetto che deve rispondere contrattualmente per *custodia* della *res rubata*³⁰⁷, si potrebbe anche essere portati a includere il *commodatarius* tra i latori di un interesse semplicemente ‘abgeleitete’, nel senso che in caso di furto l’*actio furti* sarebbe

□ della *res* comodata, il comodante *dominus* risulterebbe ‘ungerechtfertigt bereichert’ (loc.cit.).

³⁰⁷) Cfr. Gai 3.206: ‘*Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus. Nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare*’.

concessa solo per recuperare la cosa e non essere responsabili verso il *dominus* per inadempimento contrattuale, *ergo* qualora sia il *dominus*-comodante a rubare non accadrebbe nulla: e così sembra credere anche il Keller, quando elenca le figure del conduttore, del comodatario e del creditore pignoratorio.

Eppure, poco oltre, il Keller chiarisce e corregge in una ‘Anmerkung’ – ma si tratta di un’asserzione estremamente importante – che ‘mehr selbständig als abgeleitet erscheint übrigens die *actio furti* in der Hand des Commodatars insofern, als sie ihm auch da zusteht, wo sie dem Commodans gar nicht zustehen könnte, zum Beispiel wenn der Sklave des Commodans die commodirten Sachen gestohlen hat, in welchem Falle die *actio furti noxalis* sogar dem Commodatar gegen dem Commodans zugeschrieben wird’³⁰⁸.

Il discorso, come risulta evidente, riproduce il caso raccolto in D. 47.2.54(53).1, dove il servo del comodante sottrae la cosa prestata al comodatario e Sabino concede un’*actio furti*, ma i principi che se ne possono ricavare sembrano essere suscettibili di una più generale applicazione (il Keller, comunque, non ha preso posizione sul successivo ‘*evanescere furti actionem*’, che invece ha destato parecchie perplessità nella dottrina).

Ma già il Göschen, comunque, aveva proposto di distinguere ‘diejenigen, welche ein selbständiges Interesse haben’³⁰⁹, rispetto a quanti non potevano che avere un interesse ‘di secondo grado’: e qui si precisa, però, che l’«abgeleitete» di Keller altro non indicherebbe se non la presenza di una responsabilità per ‘*custodia* im eminentem Sinne’³¹⁰, senza tuttavia procedere all’inquadramento del *commodatarius* in una delle due classi.

Il fatto che un *furtum* possa riconoscersi come commesso ai danni di un soggetto non per il solo fatto (per esempio) che quest’ultimo sia un non proprietario responsabile per *custodia* risulta quindi predicabile alla luce dei dati emersi, così che coglieva veramente nel segno Ferdinand Kniep quando

□

³⁰⁸) F.L. V. KELLER, *Pandekten. Vorlesungen*², II, cit., p. 134 nt. 12.

³⁰⁹) J.F.L. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, II, cit., p. 554.

³¹⁰) GÖSCHEN, *Vorlesungen*, cit., p. 555.

affermeva che ‘es läßt sich...nicht behaupten, daß die Römer diese Haftung bei allen Nichteigentümern verlangt hätten’³¹¹; ma già qualcosa di simile, invero solo in relazione alla posizione del proprietario (si pensi alla posizione del venditore prima della consegna della cosa; ma si tratta già di affermazione importantissima) veniva affermato da Gerhard von Beseler. In questi casi, ha affermato il Beseler, nonostante il contrario avviso espresso da Schulz³¹², ‘beruht...die Aktivlegitimation des Eigentümers selbstverständlich auf der Eigentümerschaft, nicht auf der *custodia*-Haftung’³¹³.

Sembrano rivestire un’importanza particolare, in proposito, D. 47.2.13 (*Is cui ex stipulatu res debetur furti actionem non habet, si ea subrepta sit, cum per debitorem stetisset, quo minus eam daret*³¹⁴) e soprattutto D. 47.2.81.2, non a caso citati dal Beseler in funzione di chiarimento alla tesi esposta³¹⁵.

D. 47.2.81.2 (Pap. 12 *quaest.*): *Si ad exhibendum egissem optaturus servum mihi legatum et unus ex familia servus subreptus esset, heres furti habebit actionem eius interest, nihil enim refert, cur praestari custodia debeat*³¹⁶.

□

³¹¹) F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius*, cit., p. 469.

³¹²) SCHULZ, *Die Aktivlegitimation*, cit., p. 26.

³¹³) G. V. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 190.

³¹⁴) ‘Aus dieser Stelle – ha annotato F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, cit., p. 276 – folgt zwingend, daß Paulus vor der Perpetuierung der Schuld durch *mora* des Schuldners dem Gläubiger die *actio furti* gegeben hat’. Su D. 47.2.13 si vedano inoltre TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 744 nt. 7, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, cit., p. 522 nt. 28, J. ARIAS RAMOS, J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano II. Obligaciones familia sucesiones*, cit., p. 1001, J. IGLESIAS, *Derecho Romano*¹², cit., p. 293 nt. 19 e M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae*, cit., p. 391 nt. 98. D. 47.2.13 anche su *iurisprudencia universalis*.

³¹⁵) BESELER, *Beiträge*, III, cit., *ibidem*.

³¹⁶) Per ulteriori riferimenti utili alla comprensione del testo, cfr. W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (De furtis) and the Methods of the Compilers*, cit., p. 140, M. KASER, *Restituere als Prozeßgegenstand*, cit., p. 88 nt. 1, G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, in «ZSS.», 89, 1972, p. 162, KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in «De iustitia et iure. Festgabe Ulrich von Lübtow», cit., pp. 296 e 300, M. SAGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, cit., p. 109 nt. 44 e M. WIMMER, *Besitz und Haftung des Vindikationsbeklagten*, Köln-Weimar-Wien, 1995, p. 81 nt. 360.

Avviandomi alla conclusione, mi sia consentito riportare integralmente il succinto e condivisibile discorso behrendiano, relativo al fondamentale D. 47.2.60: ‘Julian kritisiert...eine ältere (ersichtlich klassische) Ansicht, die wohl die des Minicius ist, daß der Entleiher niemals eine Klage hat, weil der Verleiher, der stiehlt, sein Eigentum genommen habe (*suum recepisset*) mit dem (vorklassischen) Gesichtspunkt, daß der vom Verleiher bestohlene Entleiher ja im Falle von Verwendungen ein Retentionsinteresse haben könne. In jedem Fall ist klar, daß dann, wenn der Eigentümer stiehlt, diesem nicht wegen Verletzung der *custodia* wird’³¹⁷.

Volendo, l’attendibilità dell’ascrizione a Giuliano della riferita posizione, potrebbe anche essere rafforzata dal suffragio di un ulteriore elemento, secondo quanto sembra disvelare D. 47.2.14.1.

D. 47.2.14.1 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Adeo autem emptor ante traditionem furti non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur. Et Iulianus libro vicensimo tertio digestorum scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subriperit, furti actione non tenetur. Plane si antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset*³¹⁸.

□

³¹⁷) BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 230. La spaziatura è mia.

³¹⁸) Cfr. J. C. HASSE, *Die culpa des römischen Rechts*, cit., p. 314 nt. 1, D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 68, C. FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., p. 152 (in cui è evidenziato ‘il previo consenso insito nel contratto’), W. W. BUCKLAND, *L’intérêt dans l’actio furti en droit classique*, cit., pp. 30-31, secondo il quale il diritto all’azione di furto riconosciuto al venditore ‘repose, ici comme ailleurs, sur son *dominium*. S’il n’a pas d’action à raison du vol, quand un acheteur qui a payé ce qu’il devait prend la chose sans son consentement, ce n’est point parce qu’il n’a pas d’intérêt, ce parce qu’il n’y a pas eu du vol’, J. PARTSCH, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, cit., p. 32 nt. 67, E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano I Fonti e casi*, cit., p. 266 ss., A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., p. 83 nt. 27, E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, cit., p. 137, 162, 192, H. P. BENHÖR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., p. 41 ss., G. MACCORMACK, in «ZSS.», 89, 1972, p. 189 ss., A. BÜRGE, *Retentio*, cit., p. 187 ss., M. KASER, *Die actio furti des Verkäufers*, cit., p. 189, H. ANKUM, ‘*Furtum pignoris*’ dans le texte d’Ulpian, D. 47.2.12.2, cit., p. 185, E. NARDI, sv. ‘Ritenzione’ (*Dir. rom.*), in «ED.», cit., p. 1364 nt. 12 (che non si dimostra propenso a sussumere la facoltà di ritenzione del *quasi pignus* di D. 47.2.14.1 nell’alveo applicativo di un *retinere* inteso in

Il testo non parla di un *furtum suae rei*, ma della sottrazione al venditore, da parte del compratore, della cosa compravenduta (evidentemente, prima della consegna). Ora, se noi dovessimo porci nello stesso ordine di idee fatto proprio, tra i molti giuristi classici, da Gaio (si veda, almeno nella interpretazione che ne viene correntemente data, il già riportato Gai 3.203) e adducessimo cioè la necessità di andare a vedere se il venditore avesse avuto nello specifico una *custodia*-Haftung, e quindi la legittimazione all'*actio furti*, in caso di sottrazione della cosa prima della consegna al compratore, la soluzione pratica sarebbe a portata di mano.

Visto che infatti 'der Verkäufer vor der Übergabe die *actio furti* gehabt (hat)³¹⁹, il discrimine per sciogliere l'alternativa *furtum* o non *furtum* dovrebbe tendenzialmente essere basato sulla presenza della *custodia*-Haftung. Ma si potrebbe subito aggiungere che il caso *de quo* non sarebbe così facilmente riducibile agli schemi interpretativi correnti: difatti, la *res* compravenduta viene sottratta dallo stesso compratore e non da un terzo, sicché si potrebbe anche considerare il '*furti actione non tenetur*' del tutto in linea con la *ratio* giustificatrice di decisioni rese in casi analoghi (ma concernenti, comunque, *furta rei suae*): D. 47.2.15.2, tra i molti, soprattutto se riguardato in contrapposto a D. 47.2.54(53).1, luogo in cui – anche a volergli tributare ancora credito – si passa dalla negazione al riconoscimento del *furtum* a seconda che il *dominus* si risolva a commettere furto da solo oppure

□
senso tecnico, dovendosi più opportunamente riconoscere, se del caso, una *exceptio inadimpleti contractus*), M. HARDER, *Commodum esse debet*, cit., p. 359 ss., M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in «De iustitia et iure. Festgabe Ulrich von Lübtow», cit., p. 292 nt. 10, J. IGLESIAS, *Derecho Romano*¹², cit., p. 293 nt. 19, L. MANNA, *Spunti per una indagine dei criteri della responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 494, M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae*, cit., pp. 391 nt. 98 e 394 nt. 112 e 114, W. ERNST, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages*, cit., p. 45 nt. 127, p. 47 nt. 132, pp. 134, 135, 137, p. 49 nt. 150, I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz*, cit., p. 476 nt. 4, L. SALOMÓN, *Sine vitio nancisci possessionem. La adquisición de la posesión de los legados en el derecho romano clásico*, Madrid, 2003, p. 79 ss. e M. HUMBERT, *Equité et raison naturelle dans les oeuvres de Celse et de Julien*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., p. 434 nt. 31.

avvalendosi di un terzo soggetto a potestà. Ma tale obiezione non coglie nel segno.

Infatti in D. 47.2.14.1 la *ratio* fondativa della soluzione pratica non è direttamente fondata sul rilievo dell'identità del *subripiens*, e nemmeno, per quello che più ci interessa, è in qualche modo collegata alla *custodia*-Haftung (la frase '*cuius custodiam venditorem praestare oportebat*' costituisce una precisazione tutto sommato superflua, ché anzi se ne potrebbero trarre argomenti di prova *a contrario*³²⁰).

Autentico criterio discretivo sembra essere stato un altro, e cioè l'imposizione di una verifica circa l'avvenuto pagamento del prezzo. Se il compratore, escluso ogni altro profilo, ha pagato il prezzo, si prenda pure la *res* compravenduta senza tante cerimonie: non c'è *furtum*.

Ma Giuliano ci fa anche presente l'altro 'lato della medaglia': se non è stato pagato il prezzo, il venditore ha un 'interesse' a trattenere presso di sé la cosa contrattualmente dedotta, un interesse diverso da quello collegato alla *custodia*, e nemmeno assimilabile a un 'Sicherungsinteresse'. Un interesse autonomo tanto più significativo in quanto riferentesi a un *dominus*, e che può benissimo ricondursi a quelle '*causae retinendi*' menzionate in D. 47.2.60(59),

□

³¹⁹) KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 617.

³²⁰) Elmar Bund ha anzi opportunamente espunto, nella restituzione di D. 47.2.14.1, il tratto '*cuius custodiam-oportebat*' (in questo accogliendo i citati suggerimenti di ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, cit., p. 253) affermando quanto segue: 'Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt, so liegt kein Grund mehr vor, das Interesse des Verkäufers an der Zurückhaltung der Sache mit der *actio furti* zu schützen. Mit *custodia* hat die Versagung der *actio furti* in diesem Falle nichts zu tun' (BUND, *Untersuchungen*, cit., p. 137 nt. 61). Per l'interpolazione della parte '*cuius custodiam venditorem prestare oportebat*' cfr. anche F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, cit., p. 306, W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2*, cit., p. 139 ('the words *cuius custodiam prestare oportebat* cannot have any significance, for, even if he was liable for *custodia*, this can be of no importance where the buyer is the thief'), E. NARDI, *Studi sulla ritenzione I. Fonti e casi*, cit., p. 267. Per Manfred Harder la porzione di significato '*cuius custodiam oportebat*' potrebbe anche essere intesa 'als Hinweis auf den dispositiven Charakter der *custodia*' (M. HARDER, *Commodum eius esse debet*, cit., p. 352 nt. 6).

senza dover per forza scomodare i tecnicismi del processo o l'intera teoria dei diversi tipi di responsabilità contrattuale³²¹.

Questo non significa che Giuliano non riconoscesse che in linea di principio legittimato all'*actio furti* fosse colui il quale avrebbe poi dovuto rispondere per *custodia*. Una tale affermazione di principio si trova anzi in D. 47.2.14.10³²², e anche in termini piuttosto netti e inequivocabili; ciò che dobbiamo realmente comprendere è che su questo criterio generale poteva far premio un criterio diverso, che giustificava la soluzione della legittimazione attiva all'*actio furti*, per esempio del comodatario, in maniera indipendente dai canoni della responsabilità contrattuale.

□

³²¹) Sulla responsabilità contrattuale, si veda la recente messa a punto di R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C.-II sec. D.C.)*, Milano, 1995, *passim*.

³²²) D. 47.2.14.10: *An pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur; et Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat, sicuti, inquit, is qui pro eo, cui commodata res erat, fideiusserit, non habet furti actionem. Neque enim inquit is, cuiuscumque interierit, rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit. Quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat.* Sul testo cfr. J. BARON, *Pandekten*⁹, cit., p. 572 nt. 41, J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, cit., p. 247, C. A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966, pp. 39-44, J. A. C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, cit., p. 504 nt. 67, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 46 ss., REICHARD, *Stipulation und Custodiahaftung*, cit., p. 69 nt. 105, ma si vedano, sempre in argomento, anche E. KALINKA, *Digestenkritik und Philologie*, in «ZSS.», 47, 1927, p. 327 e soprattutto F. M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, cit., p. 119 ss. oltre a V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², cit., p. 87 ss., M. KASER, *Grenzfragen zur Aktivlegitimation zur actio furti*, in «De iustitia et iure. Festabe Ulrich von Lübtow», cit., pp. 305, 320-321, R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., pp. 186 e 268-269, M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, cit., pp. 109 nt. 45 e 111, e I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz*, cit., p. 477 nt. 7, con letteratura. Disponiamo oggi anche di un contributo esclusivamente e specificatamente centrato sul nostro passo, ad opera di A. VALIÑO, *El hurto de la cosa dada en comodato al filius in potestate: a propósito de D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 ad Sab.)*, in «Scritti in onore di Barbara Bonfiglio», Milano, 2004, p. 391 ss.

Così, anche in un passo come D. 47.2.14 pr.³²³ si corre il rischio di assolutizzare una regola, che proprio in quanto tale subisce delle eccezioni (guarda caso, nella citata ‘Anmerkung’ knüteliana si parla proprio di una ‘Ausnahme’): non sembra comunque che in questo passo l’ultima frase sia di derivazione giuliana, essendo riferito l’«*et ita et Iulianus*» alla necessità che, nel caso di furto, il compratore debba prestare al venditore tutto ciò che abbia potuto conseguire con le azioni personale, restitutoria e vindicatoria.

Wolfgang Ernst, in un recente studio sull’*exceptio inadimpleti contractus*, ha mostrato di escludere da un lato che la sola sottrazione extra-processuale di una cosa avrebbe permesso la considerazione del danno da lesione del possesso e la concessione dell’*actio furti*, ma dall’altro lato non ha neppure pensato che si dovesse pretendere – affinché il ‘Verkäufer’ potesse far valere il suo diritto al pagamento del prezzo – una autentica ‘prozessuale Sachwegnahme’³²⁴.

Semmai, qualche perplessità potrebbe essere nutrita con riguardo alla chiusa ‘*perinde ac si pignus subtraxisset*’, ma si tratta di specificazione chiaramente esorbitante nell’economia della fattispecie, operata (forse da

□
³²³) ‘*Eum, qui emit, si non tradita est ei res furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem; et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est et ita et Iulianus*’. V. F. STELLA MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso*, Roma, 1915, p. 74, W. W. BUCKLAND, *L’interet dans l’actio furti en droit classique*, in «NRH.», 41, 1917, p. 28 ss., C. A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, cit., p. 136 nt. 55, G. MACCORMACK, *Custodia und culpa*, cit., p. 189 ss., R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen*, cit., p. 204, F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari, 1982, p. 934 ss., W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., pp. 43-44, D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Afrika mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin, 1993, p. 103 nt. 254, L. MANNA, *Spunti per una indagine dei criteri della responsabilità contrattuale in diritto postclassico*, cit., p. 493 ss., M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae*, cit., pp. 115 nt. 40, 391 ss., 408 ss, 411 nt. 177 e 180, 419 nt. 216, I. KROPFENBERG, *Die Insolvenz*, cit., p. 476 nt. 4 e da ultima U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München, 2006, p. 213 nt. 1018 (‘die Unterscheidung hinsichtlich des Fruchtserwerb durch Trennung oder Besitzergreifung scheint hier keine Bedeutung zu haben’).

³²⁴) ERNST, *Die Einrede*, cit., p. 45-46.

Ulpiano, forse, ma meno probabilmente, riprendendo un principio di formulazione sabiniana) per istituire un parallelo rispetto a una regola affermata con riferimento al furto del debitore pignoratizio proprio da Ulpiano (il che rende altamente verosimile, sul punto, l'ipotesi che saremmo di fronte a un 'Zusatz' del giurista severiano).

11. Il discorso è corroborato dal notissimo passo di Pomponio D. 47.2.77.1 relativo a un furto commesso ai danni di un ladro. Nell'ottica serviana il prior fur è abilitato all'esperimento dell'actio furti anche in assenza di una honesta causa.

La spiegata divaricazione tra polarità diverse ed autonome, quelle dell'interesse autonomo e della facoltà di tenere una cosa *pleno iure*, con specifica emersione del valore di un semplice interesse di fatto addirittura indipendente dalla buona fede o da una derivativa *honestata causa* del detentore, si coglie in modo quasi plastico nella ben nota fattispecie in cui un ladro di una *res* viene a sua volta spossessato della stessa, dove sorge il quesito se il primo ladro possa intentare l'*actio furti* contro il secondo, oppure sia a ciò impossibilitato per la preminenza del disvalore connesso alla prima sottrazione.

D. 47.2.77.1 (Pomp. 38 ad Quint.): Si quis alteri furtum fecerit, et id, quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest; ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id, quod subreptum est, salvum esset. Haec Quintus Mucius refert, et vera sunt; nam licet intersit furis rem salvam esse, quia conditione tenetur, tamen cum eo is, cuius interest, furti habet actionem, si honesta ex causa interest. Nec utimur Servii sententia, qui putabat, si rei subreptae dominus nemo extaret, nec extiturus esse, furem habere furti actionem; non magis enim tunc eius esse intelligitur, qui lucrus facturum sit. Dominus

*igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilominus duret; sed et condictionem, quia ex diversis factis tenentur*³²⁵.

□
³²⁵) Sul testo esiste una vastissima letteratura; mi limito qui a citare H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest containing an account of its composition and of the jurists used or referred to therein together with a full commentary on one title (de usufructu)*, cit., p. xcvi, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 966 nt. 43, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 782, J. V. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die conditio als Bereicherungsklage*, I, cit., p. 41 nt. 2, F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius*, cit., p. 469, F. BOSSOWSKI, *De condictione ex causa furtiva*, in «AUPA.», 13, 1927, p. 417 ss., W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (de furtis)*, cit., p. 127, H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 de furtis*, cit., p. 113, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 53 nt. 2, F. M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti. I: sulla questione 'an fur furti agere potest'*, cit., p. 74 ss., H. NIEDERLÄNDER, *rec. a F. M. DE ROBERTIS, La legittimazione attiva nell'actio furti*, cit., pp. 487 e 492, A. WATSON, *The Law of Obligations in the later Roman republic*, cit., p. 228, E. SEIDL, 'Prolegomena zu einer Methodenlehre der Römer', *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte*, in «Gedächtnisschrift Rudolf Schmidt», Berlin, 1966, p. 366 ss., P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966, p. 46 ss., F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbergündungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, cit., pp. 69 nt. 18, 112 nt. 27 e 118, M. BRETONE, *La tecnica del responso serviano*, in «Labeo», 1970, p. 14 nt. 15, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 617 nt. 45, D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 133 ss., G. MACCORMACK, *Custodia und culpa*, cit., p. 211, P. STEIN, *The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of the Roman legal science*, in «Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag», Göttingen, 1978, pp. 180-181, che addirittura ipotizza che la soluzione di Servio, abilitante il *prior fur* all'esperimento dell'azione, sia stata sposata per il solo gusto di contraddire Quinto Mucio, notando criticamente che tanti altri assetti di interessi potevano essere ricostruiti ('To allow one thief to sue another is surprising and Servius may have taken the view that it was important that B should be sued and that A despite his bad faith had some interest, but it is tempting to argue that he was disagreeing with Mucius almost for the sake of disagreement, to show that another view was quite possible'), U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Javolenus Priscus*, cit., pp. 138-139, secondo cui 'es handelt sich hier um eine schulmässige Definition des *interesse rem salvam esse*, welche mehr oder weniger wörtlich tradiert wurde', H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio*, cit., p. 602, O. BEHRENDTS, *Le due giurispresenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in «Index», 12, 1983-1984, pp. 204 e 221 nt. 86, ID., *Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht*, in «Studi Sanfilippo», V, 1984, cit., p. 7 nt. 10, ID., *Das Gewaltmonopol der Magistratur der klassischen Republik*, cit., p. 290 nt. 19, T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in «BIDR.», 90, 1987, pp. 79-81, W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., pp. 20 nt. 12, 21 nt. 8 e 36-37, T. GIARO, 'De ponte' oder 'de monte'? *Banalitäten in der römischen Jurisprudenz*, in «Labeo», 36, 1990, p. 207 nt. 103, dove si assume il resoconto pomponiano come «ein ‚Wahreitsurteil‘ mit der darauffolgenden abweichenden Begründung», D. FLORIA HIDALGO, *La casuistica*, cit., p. 172, M. GARCÍA GARRIDO, *La 'actio furti' del 'fur'*, cit., pp. 247-248, O. BEHRENDTS, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 230, sicuro che la visione presente quasi

Nel testo, Pomponio riporta per prima la soluzione data da Quinto Mucio al *moot case*. Il giurista repubblicano dice che sarà il *dominus* l'unico legittimato all'esperimento dell'*actio furti*, non certamente il ladro; tuttavia, la decisione viene a fondarsi sul rilievo che la funzione rimediale esplicita dall'azione penale-privata non potrebbe non accordarsi, secondo le regole, che a colui il quale aveva un interesse a che la cosa non venisse portata via; anche il primo ladro, però, ha un 'interesse a che la cosa non gli venga sottratta', e forse Mucio non aveva espresso il discrimine decisivo della *honestas causa* – carente nel ladro – per averlo considerato come ovvio e incontestabile³²⁶.

Sta di fatto che Pomponio, nell'aderire alla veduta muciana, non ritiene ultroneo esplicitarlo, ed anzi egli precisa che anche al primo ladro importa che la cosa non sia rubata '*quia condictione tenetur*', perché è tenuto alla classica azione restitutoria nella forma di una *condictio*, volta alla restituzione del maltolto; ma aggiunge al contempo che tale situazione di potenziale vantaggio è inficiata dal rilievo che per nessun ladro di un oggetto può dirsi sussistente una *honestas causa*, così che in nessun caso potrà essere ritenuta la legittimazione del ladro all'*actio furti*.

□

sottotraccia nel ragionamento di Servio ,in dem Eigenbesitzer den Eigentümer schützen wollte, notfalls aber auch den faktischen Eigenbesitz allein ausreichen lassen konnte', V. SCARANO USSANI, *L'ars dei giuristi: considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, pp. 34 e 53, J. D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, cit., p. 36 nt. 128, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 526 nt. 237, G. KLINGENBERG, '*Constitutum est*' in D. 47.2.14.4, cit., p. 248 ss. con ampia letteratura in nt. 13, O. BEHREND, *Die lebendige Natur eines Baumes*, cit., p. 49 nt. 88, ID., *Fremdbestimmte und eigenverantwortliche Arbeit. Die rechtstheoretischen und rechtsethischen Grundlagen des Arbeitsvertrags und des Auftrags im römischen Recht*, in «Jurisprudentia universalis», cit., p. 30 nt. 23, G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., p. 60 nt. 163, K. TUORI, *The myth of Quintus Mucius Scaevola: founding father of legal science?*, in «TR.», 72, 2004, p. 251 nt. 38 e A. SCHIAVONE, *Jus. L'invenzione del diritto in occidente*, cit., p. 438 nt. 23.

³²⁶) Valuta diversamente le cose G. KLINGENBERG, '*Constitutum est*', cit., p. 251, del parere che soltanto il successivo Pomponio avesse in mente il parametro della *honestas causa*; di qui l'affermazione che '(der) Hinweis auf die *honestas causa* stammt in der Stelle freilich erst aus der Feder des Pomponius'.

Che il fondamento decisionale fosse basato sul rilievo di una *honestia causa* è però negato da quanti ritengono che l'*interesse* di cui al testo fosse presente solo nel caso in cui il derubato potesse risentirne un immediato *damnum emergens*, non anche quando l'unica conseguenza sarebbe stata il venir meno di un *lucrum*; così ha pensato Ulrich Manthe³²⁷. Ma Giaro ha osservato che in tal caso sarebbe difficilmente comprensibile il motivo per cui Pomponio avrebbe dovuto porsi in polemica con quanto espresso nell'ultima parte del brano³²⁸.

Le cose non dovevano essere viste negli stessi termini, invece, da Servio Sulpicio (Pomponio, nel riferirne il parere, evoca un netto e ormai pacifico superamento della visuale da lui espressa, con l'uso del sintagma '*nec utimur Servii sententia*'), il quale non aveva però sostenuto tesi 'temerarie', come spesso corrvamente si ritiene, dando incondizionatamente al ladro l'azione di furto per la invariabile pregnanza da riconoscersi a un suo mero interesse di fatto, peraltro nemmeno assistito dalla buona fede. Il giurista in realtà considerava che nei casi in cui non constasse l'identità dell'autentico *dominus* della cosa in contestazione, oppure non fosse assolutamente diagnosticabile una sua futura comparsa³²⁹, si sarebbe dispiegato una sorta di principio d'indifferenza, per la sostanziale inutilità di un giudizio comparativo tra due condotte, quelle del *fur prior* e del *posterior* ugualmente riprovevoli (posto che '*non magis enim tunc eius esse intelligitur, qui lucrum facturus sit*'): doveva sembrare allora una soluzione obbligata 'avvantaggiare' (stante il divieto del *non liquet*) il primo ladro, per il semplice fatto che per primo era venuto nel possesso della *res*. Altrimenti, si sarebbe creata una situazione di paralisi francamente difficile da accettare: assente o non più identificabile il *dominus*, veniva negata la possibilità stessa di consentire un *iudicium* contro il *fur*

□

³²⁷) U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus Priscus*, cit., p. 139.

³²⁸) T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit*, cit., pp. 80-81.

³²⁹) Cfr. G. KLINGENBERG, '*Constitutum est*', cit., ibidem: 'Servius hält den *prior fur* dann für aktivlegitimiert, wenn niemand als Eigentümer auftritt oder mit seinem

posterior perché a poterla intentare era rimasto un soggetto non legittimato come il *fur prior*, e con questa *impasse* il secondo ladro sarebbe stato *securus* ed altrettanto indisturbata sarebbe rimasta, presso di lui, la refurtiva.

□
Aufreten nicht zu rechnen ist, etwa weil der *dominus* ohne Rechtsnachfolger gestorben ist’.

CAPITOLO SECONDO

I GENERA FURTORUM

SOMMARIO: 1. Gai 3.183: autonomia o accessorietà delle varianti di furto e discussione sui *genera furtorum*. -2. Il *furtum manifestum*: aspetti e problemi connessi alla flagranza.- 3. Tesi tradizionale sul carattere della flagranza nel *furtum manifestum*, per la quale il fondamento originario del delitto risiedeva nella necessità immediata del ricorso alla vendetta privata.- 4. *Furtum conceptum* e perquisizioni domiciliari. La tesi di P. Krüger.

1. Gai 3.183: autonomia o accessorietà delle varianti di furto e discussione sui genera furtorum.

Il più notevole e significativo influsso di dottrine di origine greca sulla scienza giuridica romana, per quanto riguarda la riflessione giuridica sul furto, trova espressione nei termini del dibattito ricordato dal passo delle Istituzioni gaiane in cui si propone una partizione concettuale del delitto fondata sui *genera*, in ragione della quale sarebbe stato possibile considerare i furti o autonomamente, nel presupposto dell'autonomia di ciascun *genus* di furto, ovvero come specie '*cohaerentes*' all'azione senza la rivelazione di un sotteso genere indipendente.

Gai 3.183: *Furtorum autem genera Servius Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum et nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit*³³⁰.

□
³³⁰) Cfr. A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 8 nt. 1, F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius*, cit., p. 437 ss., F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, cit., p. 466 nt. 1= *Études de droit romain*, cit., p. 162 nt. 1, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II²,

Per una volta, il senso del discorso giuridico, almeno per ciò che concerne la determinazione delle posizioni assunte da ciascun giurista, non desta difficoltà di lettura. Servio Sulpicio Rufo e Masurio Sabino riconoscevano dunque quattro generi di *furtum*, il manifesto e il non manifesto, il *conceptum* e l'*oblatum*, mentre Labeone preferiva attribuire la qualità di *genus* soltanto al furto flagrante e a quello non flagrante; gli altri, secondo questo modo di ragionare, sarebbero stati soltanto '*species actionis furto cohaerentes*'.

Gaio, nel ricordare gli estremi della discussione e della non velata polemica, asserisce essere 'più vero' il punto di vista labeoniano, promettendo *inferius*, nei successivi paragrafi, conferme della bontà del riconoscimento di un unico dualismo fondato sulla *summa divisio* furto flagrante/non flagrante.

La scelta della concezione quadripartita comporta l'autonomia di ciascun genere, mentre quella bipartita potrebbe creare difficoltà, in quanto le

□
cit., p. 327 nt. 1, V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., p. 132 nt. 2 = *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 394 nt. 2, D. DAUBE, *Some comparative Law – furtum conceptum*, cit., p. 69, M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, in «ZSS.», 70, 1953, pp. 138 e 139 nt. 26, che adotta il punto di vista della 'Einwirkung der griechischen Denkslehre' cui si dovrebbe già presso i *veteres* la 'Ordnung der Rechtsbegriffe in *genera* und *species*', e l'evidenziazione particolare di un ricorso a questo criterio partitorio in Quinto Mucio, cui si deve la proposta di distinzione della tutela in cinque *genera* (Gai 1.188), D. NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, cit., p. 85 nt. 315, a detta del quale 'ist die Einteilung des *furtum* in *furtum manifestum* und *nec manifestum* durch Labeo...als kontradiktorische Diarese (s. nur Arist. *de part. anim.* I.3.642b) gerade der Prototyp einer vollständigen (wenn auch wenig aussagekräftigen) *divisio*', F. BONIFACIO, *Ius quod ad actiones pertinet*, in «Studi in onore di E. Betti», II, cit., p. 105 nt. 22, D. DAUBE, *Studies in Biblical Law*, cit., p. 260, C. A. MASCHI, *Tutela, fedecommissi, contratti reali (omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, cit., p. 760 nt. 204, J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 357 nt. 44, M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in «Colloquio italo-francese: la filosofia greca e il diritto romano. II. Accademia nazionale dei lincei», 1977, p. 249 ss., A. GUZMÁN, *Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana*, in «Revista de estudios historico-juridicos», 5, 1980, p. 26 nt. 30, E. BUND, *rec. a TALAMANCA, Lo schema*, cit., in «ZSS.», 100, 1983, p. 612, F. REINOSO, *La autonomia de la jurisprudencia romana frente al pensamiento filosófico griego*, in «Estudios Iglesias», II, cit., p. 1037, O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., pp. 230 e 234 nt. 737, H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta*, cit., p. 146 nt. 51, H.-D. SPENGLER, *Der Beginn des Digestentitels 24,2. Bemerkungen zur Verwendung von Paulus-Texten durch die Kompilatoren*, in «Jurisprudentia universalis», cit., p. 741 nt. 36 e L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, cit., p. 55 nt. 1.

particolarità di carattere eidetico proprie del *furtum conceptum* e di quello *oblatum* dovrebbero essere limitate ad uno spazio veramente angusto, quello disegnato dalla dosimetria sanzionatoria. L'*actio furto cohaerens* sembra in effetti costituire una azione che esaurisce la sua funzione con l'applicazione di una sanzione diversa da quella che verrebbe inflitta in considerazione del riscontro o meno di un carattere flagrante della sottrazione.

In tal modo, non essendoci vera autonomia di *genus* attribuibile – sempre nell'ottica bipartita di matrice labeoniana – alla *conceptio* e alla *oblatio furti*, queste ipotesi potrebbero anche non risalire, in ogni caso, a un furto vero e proprio, dovendosi a volte riconoscere l'attivazione di un'azione relativa al furto, ma non diretta alla repressione del fatto storico della sottrazione furtiva.

Il discorso allora diventa più comprensibile e ci permette di ipotizzare che per Labeone il *furtum conceptum* e quello *oblatum* normalmente non punivano i ladri, ma soggetti che avessero per esempio ricettato una cosa derivante da delitto o nella cui abitazione fosse stata trovata la refurtiva. Qualche autore – come abbiamo visto nel primo capitolo – ha parlato persino di dolo tipicizzato e presunto perché risulta che il semplice fatto del ritrovamento comportasse la soggezione alle *actiones furti oblatae et conceptae*.

Labeone, dobbiamo allora credere, aveva avvertito la differenza tra un ladro manifesto e non manifesto, autentici *fures*, vale a dire autori di autentici *furta*, e soggetti anche diversi dai *fures* ma cionondomeneo soggetti all'*actio furti*. L'ipotesi, credo, può trovare conferma dalle parole di Gaio: quest'ultimo aveva aderito alla concezione bipartita proposta da Labeone, e lo aveva fatto proprio sulla base del ragionamento che ho appena esposto. Lo prova il fatto che in Gai 3.186 (relativo al *furtum conceptum*) e 3.187 (riguardante il *furtum oblatum*) il giurista antoniniano affermasse per ben due volte la soggezione all'*actio furti* nei confronti di un soggetto '*quamvis fur non sit*', sebbene non ladro.

2. Il *furtum manifestum*: aspetti e problemi connessi alla flagranza.

Per il furto manifesto non sono attestate nelle XII Tavole indicazioni precise per una sua puntuale perimetrazione. Come non esiste una definizione della fattispecie, così sembra anche che la distinzione tra furto flagrante e non flagrante sia rimasta in sottinteso, rendendo anche in questo campo più libera l'attività interpretativa dei giuristi, e spiegando così i vari tentativi, in epoca preclassica e classica, di estensione dei casi di flagranza, oltre alla mera rilevazione del furto scoperto nel momento in cui si sta realizzando³³¹.

Un primo punto da affrontare sarebbe quello relativo alla *ratio* della *divisio*, con necessità di modulare la risposta sanzionatoria a seconda della circostanza di una riscontrata fragranza o meno nella commissione del delitto. Al Cuiacius, che pensava a una maggiore considerazione legislativa per le ragioni della vittima di un furto manifesto, in quanto presumibilmente più vigile e attenta nella custodia e vigilanza delle proprie cose³³², aveva già replicato il Van der Keessel, con argomentazioni effettivamente poco discutibili dal punto di vista della logica: quando, per esempio, a rubare fosse stato un *servus*, in origine – se colto in flagranza – la pena sarebbe stata quella dell'uccisione del trasgressore, senza pratica utilità per il derubato, mentre in caso di non flagranza si sarebbe comunque ottenuta una somma di denaro pari al doppio del valore della cosa sottratta³³³. Altra spiegazione era stata fornita dal Carpzovio, per cui se gli atti di sottrazione sono temerari e vergognosi anche se non scoperti, lo sono *a fortiori* quando vengono commessi alla luce del sole,

□

³³¹) Basti citare qui la corretta considerazione di A. WATSON, *The origins of usus*, cit., p. 266: 'Indeed it can be positively demonstrated that the distinction between *furtum manifestum* and *furtum nec manifestum* was not explained in the code'.

³³²) J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum libri XXVIII*, Cologne, 1596, l. 19 cap. 12.

³³³) Mette conto di riportarne per intero il discorso: 'immo, si ad originem respiciamus huius distinctionis, quae, ut ante dictum, est in lege XII Tabularum, apparet hanc non esse veram rationem, nam furti nec manifesti iis legibus poena erat pecuniaria dupli, manifesti in liberis hominibus verberatio et in servitutum addictio, in servis mors. Ergo nullum domini in ea poena erat lucrum vel saltem lucrum levius esse poterat quam si duplum pro furto rei pretiosae penderetur' (D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 100).

magari davanti a più testimoni³³⁴. Sembra probabile che il fondamento della distinzione, peraltro comune a molti sistemi giuridici dell'antichità, fosse molto più semplice: i furti flagranti sono molto più insidiosi e creano maggiore allarme sociale, assumendo una dimensione di offesa non solo degli interessi del singolo ma dell'intera comunità, insidiata e minacciata nel suo insieme. Da questo punto di vista, il furto flagrante non è solo faccenda tra privati, ma esplica una generalizzata 'Drittwirkung', che tocca tutti i membri della collettività (ricordiamo il *tollere humanum convictum* ciceroniano).

D'altro canto, la celebre concezione di matrice carrariana imperniata su una pretesa inammissibile audacia del *fur manifestus*, sostenuta con particolare vigore anche da Johannes Emil Kuntze, che si appellava a una pretesa 'Frechheit' del ladro manifesto³³⁵, è stata giustamente respinta dall'Arangio Ruiz, il quale ha condivisibilmente considerato che il ladro scoperto sul fatto denota non 'audacia' e maggiore intensità del dolo e della temerarietà, ma semplicemente inesperienza e ingenuità³³⁶.

Le considerazioni appena svolte non devono però farci smarrire la percezione che allora si aveva dei requisiti *sine qua non* per poter parlare di flagranza. Sembra allora che il riferimento esclusivo all'«essere colti sul fatto», nel mentre si stia ponendo in essere un fatto di sottrazione, debba essere compreso senza automatismi, nel senso di considerare tale condotta nucleo fondativo della flagranza. Così sembra aver ragionato Guarino nel breve ma denso contributo del 1992; si è sostenuto che per il derubato era più vantaggioso tentare di accusare qualcuno di furto manifesto, e che di conseguenza si cercasse di estendere con qualche snaturamento dello statuto intrinseco della realtà fattuale l'area della flagranza, determinando

□

³³⁴) B. CARPZOVIVS, *Pratica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes tres divisa*, Wittenberg, 1635, quaest. 77 nr. 3.

³³⁵) J. E. KUNTZE, *Exkurse über römisches Recht*, cit., p. 565.

³³⁶) V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., p. 110 (= *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 372): 'Mais est-ce que l'on peut toujours considérer particulièrement audacieux un voleur qui s'est laissé prendre sur le fait? On dirait plutôt qu'il est particulièrement novice'.

‘comprensibili sfrenatezze’ da parte dei soggetti che lamentavano di aver subito il reato.

Il ragionamento è senza dubbio logico, ma parte dal presupposto che anche *illo tempore*, come nel nostro ordinamento processuale penale, vi fossero sostanzialmente due tipi di flagranza, seppure livellati *quoad effectum* nell’ottica del legislatore: quella vera e propria, relativa al ladro ‘*qui deprehenditur cum furto*’, di immediata pregnanza ‘naturalistica’, e la quasi flagranza o flagranza impropria, che sbilancia l’asse del favore legislativo a vantaggio delle vittime di reati con probabile sacrificio delle garanzie di applicazione ponderata di leggi di natura afflittiva.

Per comprendere anche le elaborazioni che seguiranno, torna in questo momento utile riportare i termini di un’accesa discussione, dove traluce chiaramente l’acuirsi del problema consistente nella ricerca di accettabili punti di delimitazione della nozione di flagranza, per cui vanno visti

Gai 3.184: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, veluti si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. Alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit. Sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatium id terminandum sit. Quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant*

*fures perferre. Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur ; magis tamen plerique posteriorem probant*³³⁷

e

D. 47.2.3.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*) : *Sed utrum ita demum fur sit manifestus, si in faciendo deprehendatur, an vero et si alicubi fuerit deprehensus ? Et magis est, ut et Iulianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, attamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat.*

I due racconti possono essere considerati complementari. Gaio ci riferisce almeno quattro concezioni elaborate per descrivere l'essenza del furto manifesto, senza peraltro parlare *nominatim* dei relativi sostenitori, mentre nel brano del Digesto viene fornito il nome di chi aveva sostenuto la terza delle concezioni ricordate dallo stesso Gaio (si tratta di Salvo Giuliano); ne deriva

□
³³⁷) Su Gai 3.184 si vedano M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System*, cit., II, p. 559 nt. 24, A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung*, cit., p. 21 nt. 1, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 327 nt. 2, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 52 nt. 3, F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius Part II. Commentary*, cit., p. 199 nt. 5, dove si legge che 'it is symptomatic that Gaius (§ 184) mentions as tenable four views of the test of flagrancy. We regard it as proved that the primitive test was that the thief should have been apprehended (*deprehensus*, not merely *visus*, in spite of *Inst.* 4,1,3) with the thing before he had taken it to its destination, and this is the test adopted by Justinian, not that stated by Gaius to be the most popular (apprehension *eo loco ubi fit*)', F. WIEACKER, *Textstufen klassischer juristen*, cit., pp. 196 e 273 nt. 276, J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 357 nt. 45 e 46, A. GUZMÁN, *Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana*, cit., p. 27 nt. 31, M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, cit., pp. 53-54 e ss., O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., p. 231, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 524 nt. 235, R. WILLVONSEDER, *Roms Juristen und der Wein*, in «*Iurisprudentia universalis*», cit., p. 883 nt. 51, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 68 ss., 69 nt. 43, 80 nt. 67, 92, 94 nt. 125, 95 nt. 130, 134-135, e P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 156 nt. 139. Varianti non significative in Coll. 7.5.3: '*Manifestus fur est, qui in faciendo deprehensus est, et qui intra terminos eius loci, unde furatus est, comprehensus est, et qui intra terminos eius loci, unde furatus est, comprehensus est, vel antequam ad eum locum, quo destinaverat, pervenerit. Nec manifestus est fur, qui in rapiendo quidem comprehensus non est, sed eum fecisse negari non potest (!)*'.

che in epoca classica matura (seconda metà del II sec d.C) ancora non si era raggiunto un consenso circa la giustezza delle declinazioni refluenti nell'unico concetto di *furtum manifestum* rammentate nel manuale istituzionale gaiano: Gaio disapprovava l'attribuzione dello *status* di ladro manifesto a chi fosse stato colto con la refurtiva prima di averla portata 'eo quo destinasset'³³⁸, in quanto in una simile evenienza una incontrovertibile attribuzione di responsabilità – e quindi una lampante sostenibilità probatoria – sarebbe stata poco plausibile: l'attività di trasporto della refurtiva, difatti, poteva protrarsi anche per diversi giorni, comportando magari molteplici passaggi di mano, con la conseguenza indesiderata (e non rispondente alla *ratio* del furto manifesto come prova lampante, univoca e irrefragabile di responsabilità) che un ultimo accipiente in buona fede della *res*, magari acquirente della stessa in una remota provincia dell'Impero, avrebbe rischiato la severa procedura prevista a carico del *fur manifestus*. Giuliano, d'altro canto, mostra di dissentire dagli assunti gaiani, postulando lo spiegamento della sanzione più grave contro colui che fosse stato preso con la refurtiva prima di averla potuta portare nel luogo *ex ante* predestinato. Anche se non vengono portate motivazioni a sostegno, non è improbabile che si ritenesse in tal modo di scoraggiare incaute ricezioni di *res* di dubbia provenienza.

La chiave di lettura scelta per chiarire lo statuto logico-giuridico del *furtum manifestum* non ne riceve alcuna clamorosa smentita. Per fornire un ulteriore dato, si pensi solo che nelle Istituzioni di Giustiniano si rispolvera addirittura l'ultima delle tesi riportate da Gaio, che in precedenza 'non optinuit', quella per cui si considerava ladro colto in flagrante anche il soggetto che fosse stato semplicemente visto con la refurtiva, magari da lontano, senza neanche necessità di fermarlo o bloccarlo, o anche solo inseguirlo con l'aiuto di più persone.

□
³³⁸) Per questa concezione di flagranza, cfr. già le datate riflessioni di G. S. WIESAND, *Licet fur rem in locum, in quem destinavit, nondum pertulerit, tamen furtum iam est consummatum*, Leipzig, 1790.

I. 4.1.3: ...*Immo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit sive in publico sive in privato vel a domino vel ab alio (...)*³³⁹.

Più che di smentita alla tesi che si cerca di affermare, sembra anzi di poter ricavare una conferma proprio dalla prospettazione dell'ipotesi del soggetto che sia stato soltanto visto con il bottino o la refurtiva, e che si pretenda di chiamare, nonostante la non univocità della responsabilità per furto – tutta da dimostrare in un processo dall'esito certo non scontato – ladro manifesto; risulta in realtà ovvio dal testo delle Istituzioni di Giustiniano che una vera e propria *estensione* dei presupposti della flagranza, se effettivamente intervenuta, si è avuta di certo non nel diritto classico e tardo-classico, ma soltanto con l'etero-regolamentazione dei Bizantini in epoca post-classica: lo prova quel perentorio '*ulterius...extendendum est*' di Giustiniano che ci consegna due chiari messaggi: a) dire 'bisogna estendere' un concetto oltre ai suoi connaturati confini da sempre riconosciuti equivale a riconoscere che si sta aggiungendo una concettuologia ricorrendo ad una imposizione legale in grado di allargare, per espressa volontà del legislatore, le ipotesi naturalmente, o meglio, ragionevolmente sussumibili nell'alveo di un *furtum manifestum* rimandante ovviamente a un fatto conclamato, non passibile di controprova; b) la negazione di un qualsivoglia rilievo di carattere 'flagrante' in relazione alla semplice vista di un tale con la refurtiva veniva coerentemente affermata tanto da Gaio quanto da Giuliano, che pure dissentivano apertamente sul concreto modo di intendere la non sovvertibile evidenza probatoria, ma si mostravano naturalmente concordi su un punto: sarebbe stato assurdo riconoscere un furto manifesto in un fatto suscettibile di disparate valutazioni. Il furto manifesto

□

³³⁹) Dal confronto di I. 4.1.3 con Gai 3.184 il H. F. JOLOWICZ, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, cit., p. 170 nt. 4 ha dedotto che 'in later times there were differences of opinion as to the exact definition of *furtum manifestum*'.

non era in diritto romano configurato come reato di possesso, incriminante la mera ingiustificata detenzione di una cosa che un tale si fosse visto rubare, perché in quella direzione poteva soccorrere il rimedio strutturalmente e funzionalmente diverso dell'*actio furti concepti*, né poteva prendere forma una sorta di antesignano 'reato di sospetto', proprio perché questi lasciano soltanto presumere 'la commissione *non accertata* di un reato'³⁴⁰, mentre scopo fondativo del *furtum manifestum* era quello di consentire una non disputabile e palese attribuzione di responsabilità, che non per caso il soggetto di volta in volta prevenuto non poteva *infitiare* o mettere in discussione.

Così, per esempio, l'art. 382 del c.p.p. italiano dispone doversi riconoscere flagranza non solo per l'ipotesi di 'chi viene colto nell'atto di commettere il reato', ma anche per quello di 'chi, subito dopo il reato, è inseguito...dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o con tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima'.

Questi presupposti non sono da intendere come la base per la descrizione di 'strappi' in senso estensivo della regola per cui ladro manifesto è chi viene colto nel momento del furto, perché anche le altre ipotesi (e quelle di cui al citato art. 382 – l'abbiamo visto poco sopra – riflettono un dibattito già svolto dai giuristi romani) non erano estensioni normative, ma rientravano in una *eadem ratio*: quella di attribuire la qualifica di *fur manifestus* a chi potesse essere considerato attore di una fattispecie dalla quale 'emerga inequivocabilmente il fatto' (come non a caso si è espresso il nostro legislatore in una legge penale speciale, art. 8 c. 1-ter l. 401/1989).

In altri termini, la emersione di un fatto inequivocabilmente attribuibile ad un soggetto non esprime altro che la preponderante valenza di una non controvertibile evidenza probatoria, ovvero, come icasticamente si è espresso il Kaser, un fatto che risulta 'kundbar, unbestreitbar, also durch keinen Gegenbeweis widerleglich'³⁴¹. Non siamo di fronte, quindi, a nessuno strappo

□

³⁴⁰) R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano, 2006, p. 391.

³⁴¹) M. KASER, *Das altrömische ius*, cit., p. 213.

estensivo, a nessuna surrettizia estensione di una presunta nozione base, naturalistica, di furto flagrante o manifesto. Il furto era manifesto per la presenza di uno schiacciante apparato probatorio quasi in grado di autoimporsi e di sostenere la grave accusa che avrebbe comportato la condanna al *quadruplum*; prima di andare a vedere il senso del dibattito giurisprudenziale romano – che sembra collimare con la spiegazione fornita – non è allora fuori luogo riportare passi di scrittori latini in cui la tesi della flagranza intesa come incontrovertibile evidenza probatoria rinviene una limpida conferma.

Cicerone, notoriamente attento al fenomeno giuridico, non ci dice per esempio che la natura del *furtum manifestum* risiedeva nel contesto cronologico-spaziale in cui fosse stato sorpreso il *fur*, ma ci riporta al dato dell'evidenza del fatto di furto rappresentabile e sostenibile in un processo, così nitida da non dare ingresso al benché minimo timore che l'accusato di furto possa farla franca ed evitare una condanna.

Cic. *Pro Rosc. com.* 9.26: *'Pactionem enim' inquit, 'mecum fecerat'. Idcirco videlicet ne condemnaretur. Quid erat causae, cur metueret ne condemnaretur? Res erat manifesta, furtum erat apertum*³⁴².

Notevole, a tacer d'altro, è la struttura chiasmica conclusiva, dove si afferma che il furto è di per sé *apertum*, concretandosi in un fatto ('*res*') manifesto. Ancora, se è vero che la inattaccabile prova processuale di un furto può spesso

□
³⁴²) Da Cic. *Pro Rosc. com.* 9.26 si è voluto pensare alla proposizione di un'*actio furti* da parte di Fannio contro Roscio, azione a detta di Cicerone calunniosa, perché, come leggiamo nella narrativa defensionale, in realtà Fannio si sarebbe recato da Roscio per porgergli le sue scuse e per rinunciare alla causa. In questo modo Roscio era stato assolto, ma tuttavia Fannio, in ritrattazione di quanto affermato, era tornato a sostenere di aver concluso una *pactio* con il preteso ladro Roscio. Cicerone, ironizzando sulla circostanza a dir poco improbabile, ci dice: certo, che Roscio si era reso paciscente venendo incontro alle pretese di Fannio: per non essere condannato...(*idcirco videlicet ne condemnaretur*). Ma, aggiunge il difensore, 'quale motivo aveva per temere la condanna? Il fatto era manifesto, il furto era evidente'. Del testo si sono occupati A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., p. 211 nt. 5, solo per notare che 'la transaction semblaît un aveu du voleur', e H. H.

consistere in un documento o comunque in uno strumentario di natura cartacea, Marziale ci dice che la mediocre imitazione degli scritti altrui da parte di un *quivis* è plagio e furto intellettuale, e – per quello che qui più importa – una patente prova del furto manifesto delle altrui intelligenze, risultante *per tabulas* grazie a un semplice confronto tra i *libelli* incriminati.

Mart. epigr. I.53: *‘Una est in nostris tua, Fidentine, libellis
pagina, sed certa domini signata figura
quae tua traducit manifesto carmina furto.*

Sembra che un tale Fidentino avesse copiato un libro di componimenti di Marziale, e che andasse in giro ad affermarne la propria paternità; tuttavia, avendo aggiunto alcune sue poesie al *corpus* plagiato, aveva reso conclamato, per la stridente differenza di capacità e stile, il furto intellettuale perpetrato ai danni di Marziale³⁴³. Questo carattere conclamato del *furtum* non ha addirittura bisogno di giuridicizzarsi tramite una formale denuncia o l’istituzione di un apposito giudice incaricato di appurare la questione perché *res ipsa loquitur* ed è come se la pagina sotto accusa dicesse senza mezzi termini al contraffattore ‘sei un ladro’:

*Indice non opus est nostris nec iudice libris
stat contra dicitque tibi tua pagina ‘fur es’.*

□

PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo, rechtlich beleuchtet und verwertet*, Leipzig, 1904, pp. 111-113 e 131 nt. 207.

³⁴³) Cfr. L. FRIEDLÄNDER, *M. Valerii Martialis epigrammaton libri mit erklärenden Anmerkungen*, Amsterdam, 1967, p. 199 nt. 2: ‘Fidentinus hat den Gedichten M.’s, die er für die seinigen ausgiebt, eine Seite eigener Poesie hinzugefügt und sich dadurch als Plagiator verrathen, denn diese Seite, der sein (geistiges) Bild wie ein Stempel aufgedrückt ist, zeigt durch ihre Werthlosigkeit, dass er unmöglich der Verfasser der übrigen Gedichte sein kann’.

Ne deriva una concezione del furto manifesto provvista di uno statuto ontologico ben caratterizzato, in cui il c.d. ‘Anscheinbeweis’ non può essere rivoltato e diretto dal momento giuridico in senso contrario alle evidenze certo senz’altro naturalistiche, ma anche e soprattutto logiche.

Ancora lo stesso Cicerone, d’altronde, ci rappresenta che a volte i furti più insidiosi non sono quelli ‘ordinari’ che rimangono nell’ombra, ma quelli scoperti ‘manifesto’ sulla base di una *coniuratio* contro lo stato come quella che aveva ordito Catilina.

Cic. in Cat. or. 3.17.2: Quae nunc illo absente sic gesta sunt, ut nullum in privata domo furtum umquam sit tam palam inventum, quam haec tanta in re publica coniuratio manifesto inventa atque deprehensa est.

Testimone del carattere manifesto, che apre la strada per una esemplare condanna in un processo pubblico, è allora l’intero popolo, facendo assumere al reato la portata di un fatto manifestamente e scandalosamente avvertito da ciascun consociato.

Cic. in Verr. II.48.164.2: Nostis³⁴⁴ os hominis, nostis audaciam; tamen tum rumore et clamore populi et manifesto furto grandis pecuniae perturbatus est.

Le obiezioni di tempra più spessa che possono muoversi contro questo impianto argomentativo si incentrano di solito sulla circostanza che soltanto alcuni giuristi, come in parte già anticipato dall’esame di D. 47.2.3.2 (segnatamente, Giuliano, Ulpiano, Sabino) avrebbero considerato l’evidenza di fatti altri rispetto alla scoperta del ladro sul fatto, con ciò dando argomenti a quanti hanno pensato alle tesi dell’estensione di una ipotesi base di furto

□
³⁴⁴) Il *nostis* è forma sincopata del verbo *nosco*. La frase *nostis os hominis* è allora da intendere: ‘Conoscete l’impudenza (o sfacciataggine) dell’uomo’.

manifesto; oltre a ricordare la prima confutazione svolta in proposito poco più sopra, bisogna qui rimarcare che l'esame del già visto D. 47.2.3.2, che sembrerebbe accreditare un approccio multifocale dei giuristi, non riconducibile ad unità di *ratio*, può invece condurci a pensare che alcuni giuristi (la maggioranza, in realtà) abbiano anche avvertito che l'enfasi posta sull'evidenza probatoria dovesse essere opportunamente controbilanciata da una seria e delicata operazione di delimitazione dei casi rilevanti: così, se il *fur* ha già compiutamente trasportato la refurtiva in luogo a ciò adibito, non se ne potrà far constare la flagranza furtiva, nonostante la contiguità spaziale tra ladro e cosa, per la non patente colleganza tra atto ed autore.

D. 47.2.5.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur*³⁴⁵.

E bisognava ancora scongiurare probabili calunnie e false testimonianze, scoraggiando in radice l'intrapresa di processi per *furtum manifestum* che avrebbero comportato il rischio di far condannare un innocente, con lo stratagemma dell'asserire di aver subito un furto in casa ma di non essere intervenuti per paura di essere uccisi: anzi, se posso dirla tutta, in questo caso direttamente riferito da Pomponio trova conclusiva e ulteriore conferma la prospettiva qui difesa, perché vi si afferma non essere manifesto il furto di chi è stato colto e visto sul fatto, ma non interrotto e/o inseguito, così rendendo non processualmente non dimostrabile (con certezza) la semplice parola 'postuma' del sedicente derubato.

D. 47.2.7.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Idem Pomponius eleganter scripsit, deprehensione fieri manifestum furem. Ceterum si, cum tibi furtum facerem*

□
³⁴⁵) Sul passo, v. da ultimo A. WATSON, *The Spirit of Justinian's Law*, in «Iuris Vincula», VIII, cit., p. 388.

de domo tua, abscondisti te, ne te occidam, etiamsi vidisti furtum fieri, attamen non est manifestum.

La presupposizione dei principi appena enucleati rimane sullo sfondo anche di un ulteriore asserto di Paolo contenuto in D. 47.2.6, rilevante in termini generali e già attenzionato in uno studio di Ottorino Clerici risalente al 1902³⁴⁶, in cui si dice, sempre per scongiurare immutazioni pretestuose della realtà fattuale, che nel giudicare se il furto è manifesto o non manifesto si deve aver riguardo al tempo in cui il furto fu commesso; così, nel caso del fr. 5, si comprende appieno l'impossibilità di considerare flagrante un furto, in caso di cattura del ladro in un momento intervallare, quando questi non venne colto sul fatto al momento della sottrazione.

D. 47.2.6 (Paul. 9 ad Sab.): *Quamvis enim saepe furtum contrectando fiat tamen initio, id est faciendi furti, constituere visum est, manifestus, nec ne fur esset*³⁴⁷.

3. *Tesi tradizionale sul carattere della flagranza nel furtum manifestum, per la quale il fondamento originario del delitto risiedeva nella necessità immediata del ricorso alla vendetta privata. Critiche di V. Arangio Ruiz.*

Secondo un diffuso convincimento, che Arangio Ruiz definiva già nel 1932 come 'l'opinion la plus répandue parmi les romanistes', nella sostanza non coincidente con quello proposto nel paragrafo precedente, il discrimine tra furto manifesto e non manifesto dovrebbe essere ricercato, risalendo ai periodi

□
³⁴⁶) Cfr. O. CLERICI, *Commento al fr. 6, D. de furtis (47,2): appunti di diritto romano*, Torino, 1902.

³⁴⁷) Su questo frammento, si vedano B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 221, D. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, cit., p. 161 nt. 48 e da ultimo P. CERAMI, 'Continuatio furti' e 'litis aestimatio' in *Cels. D. 47.2.68(67).2*, cit., p. 13, secondo cui 'nell'enunciato del frammento paolino si è creduto di poter ravvisare un *Sabinianum*, ma questa supposizione non può ritenersi sicura'.

più remoti in cui erano minime le intromissioni della comunità cittadina nella sfera personale dei privati, nella possibilità di ricorrere, o meno, a una immediata reazione, da parte della vittima del furto, suscitando se del caso una forma di vendetta privata.

Nell'ipotesi di furto flagrante la vendetta si sarebbe esplicata in tutta la sua forza, diversamente dai casi di *furtum nec manifestum*, per i quali l'esplicazione della vendetta non sarebbe stata possibile nella sua pienezza. La concezione riposa, in definitiva, su un elemento di natura psicologica³⁴⁸.

Tra i tanti autori che hanno sostenuto questa concezione, anche se con diverse e importanti sfumature, può essere citato per tutti Max Kaser, che pur non disconoscendo la certezza del fatto formalmente connessa al furto manifesto, ha fornito una spiegazione della differenza tra furto manifesto e non manifesto incentrata sostanzialmente sulla 'Rache', che solo nel caso di furto non flagrante si 'raffredderebbe' a causa del tempo normalmente necessario per la ricerca delle prove; di conseguenza il trattamento più mite del furto non flagrante 'erklärt sich vornehmlich damit, daß die Beibringung mittelbarer Beweise Zeit kostet, in der sich die Rache abkühlt'³⁴⁹.

Il comune modo di ragionare così sinteticamente riassunto non è stato unanimemente condiviso, tanto che uno studioso del livello di Arangio Ruiz ha ritenuto di dover spendere, *ex adverso*, diverse considerazioni critiche.

La più importante, se non risolutiva, risiede in questo rilievo peraltro difficilmente superabile: colui che avesse sospettato taluno di furto ai suoi danni, avrebbe potuto attivare una perquisizione solenne *lance licioque*, e in caso di ritrovamento della refurtiva, l'escusso sarebbe stato sanzionato – giusta

□
³⁴⁸) Anche Edoardo Carrelli considerava questa tesi del tutto maggioritaria; lo studioso riassumeva esemplarmente che secondo simile diffuso convincimento la distinzione tra furto manifesto e non manifesto andava 'ricercata in un motivo di ordine psicologico, e cioè nel fatto che la vendetta privata, che era in origine la sanzione normale dei delitti, si esercitava in modo più violento nei casi in cui l'autore del delitto veniva colto in flagrante, che nel caso in cui la sua colpevolezza era accertata solo più tardi per mezzo di testimoni' (E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, cit., p. 108 nt. 3).

³⁴⁹) M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 159 nt. 35.

quanto previsto da Gai 3.194 – con la stessa pena prevista per il furto manifesto. L'Arangio Ruiz ha allora potuto constatare che 'on ne conçoit pas qu'une vengeance irréfléchie se déchaîne contre un voleur vis-à-vis duquel la victime est passée graduellement du soupçon à la certitude, et l'on ne saurait démêler une différence psychologique appréciable entre cette situation et celle de quelq'un qui aurait prouvé par témoignages la culpabilité du voleur'³⁵⁰.

Il problema di maggior spessore si pone tuttavia allorché l'illustre romanista sviluppa la propria tesi sulla natura del furto manifesto, ritenendo che quest'ultimo altro non fosse che il primo atto della procedura iniziata su iniziativa del derubato (letteralmente 'le premier acte de la procédure initiée par le volé'³⁵¹); in una simile ottica, furto manifesto e non manifesto non si sarebbero differenziati sensibilmente in quanto alla sanzione conclusivamente inflitta al ladro, perché – così ci viene detto – il *fur nec manifestus*, spinto a rubare dal bisogno di procurarsi oggetti che non avrebbe potuto acquistare per povertà, ben difficilmente avrebbe potuto pagare addirittura il *duplum* del valore della cosa sottratta. Ecco che allora, non pagando, e trascorsi trenta giorni, egli sarebbe stato *addictus* proprio come il ladro manifesto, differenziandosi da quest'ultimo appunto perché lì l'*addictio* era anticipata quale 'premier acte de la procédure'.

Su questa ricostruzione mi sembra possibile proporre qualche osservazione. Lo studioso, scegliendo di adottare un criterio di normalità, suppone che il ladro fosse spinto dal bisogno, e che in caso di condanna non avrebbe potuto pagare, per indigenza, la pena del doppio. Di qui l'affermazione che furto manifesto e non manifesto, nella maggioranza dei casi pratici, portavano alle stesse conseguenze. Ma si potrebbe d'altronde adottare un altro e diverso criterio di normalità: il ladro non manifesto era un soggetto nei cui confronti non sussistevano prove evidenti, e quindi la ricerca di queste ultime

□
³⁵⁰) V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., p. 111 (=ID., *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 373).

comportava incertezze: non sempre il preteso derubato, probabilmente, riusciva a portare le prove di un atto che non era stato scoperto al momento della sua commissione. Con una conseguenza ovvia: l'accusato di *furtum nec manifestum* non avrebbe, in un non trascurabile numero di casi, fatto la fine di un ladro manifesto, come vorrebbe Arangio Ruiz, ma addirittura sarebbe andato esente da una qualsivoglia responsabilità. Oltre a questo, bisogna considerare che proprio la posizione del preteso derubato, su cui incombeva una non facile prova, avrebbe potuto produrre ancora un altro effetto: convenire una composizione con il presunto ladro, nella consapevolezza del difficile e non scontato *iter* processuale. Anche in questo caso, evidentemente, nessuno diventava *addictus* né scontava una sostanziale parificazione con il *furtum manifestum*.

4. *Furtum conceptum e perquisizioni domiciliari. La tesi di P. Krüger.*

Apparentemente non del tutto armonizzata si presenta, dal punto di vista giuridico, la disciplina dettata per il ritrovamento della refurtiva presso un soggetto nei cui confronti si fosse proceduto a perquisizione del domicilio.

La perquisizione poteva in effetti essere di diversa natura e comportare diverse conseguenze a seconda della relativa forma di assunzione procedurale, dato che soltanto nel caso di attivazione delle formalità solenni richieste dalla *quaestio lance licioque* (durante la quale il sospettato doveva far sì che il derubato, nudo se non per le *puenda – partes necessariae* – coperte da una fascia e con in mano un piatto, potesse ricercare la refurtiva³⁵²) l'eventuale

□

³⁵¹) V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., p. 118 (=ID., *Scritti di diritto romano*, II, cit., p. 380).

³⁵²) Sulla complessa e arcaica procedura della *quaestio lance licioque* si vedano M. T. ALPINUS, *M. Tatii Alpini epistula, in qua furtum per lancem et licium conceptum quid sit, aliter quam hactenus explicatur*, Basel, 1545, non potuto consultare, E. WEIB, *Lance et licio*, in «ZSS.», 43, 1922, p. 455 ss., C. F. VON SCHWERIN, *Die Formen der Haussuchung in indogermanischen Rechten*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1924, E.

ritrovamento della *res furata* avrebbe comportato la parificazione all'ipotesi di *furtum manifestum*.

Gai 3.192: *Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta ; lex autem eo nomine nullam poenam constituit. Hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens ; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse*³⁵³.

La parificazione è stata quindi sostenuta da Gaio, secondo cui le XII Tavole avrebbero comunque regolamentato il rito agli effetti dell'equipollenza di trattamento rispetto al caso del furto flagrante.

Gai 3.193: *Quid sit linteum quaesitum est. Sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur. Quae res [lex] tota ridicula est*³⁵⁴.

Diversamente, era prevista nel codice decemvirale (Tab. VIII.15a) un'apposita azione ('*propria actio constituta est*') per il caso in cui la *perquisitio* fosse stata condotta con testimoni ma senza le solennità richieste dalla 'feierliche Haussuchung'.

□

GOLDMANN, *rec.* a SCHWERIN, *Die Formen*, cit., in «ZSS.» germanistische Abteilung, 45, 1925, p. 457 ss., A. EHRHARDT, *The search*, cit., p. 157 ss. ma specialmente 170 ss., E. PERUZZI, *La quaestio cum lance et licio, ovvero la nudità dei Romani e la pudicizia dei Sabini*, in «La cultura», 6, 1968, p. 161 ss., J. G. WOLF, 'Lanx und licium'. *Das Ritual der Haussuchung im altrömischen Recht*, in «Symptica Franz Wieacker», 1970, p. 59 ss., M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 158 nt. 28 e 30, C. SOFO, 'Partes necessariae', in «Index», 2, 1971, p. 433 ss., P. G. MAXWELL STUART, *Per lancem et licium: a Note*, in «G&R», 1976, pp. 1-4, A. GUARINO, *Partes necessariae*, in «PDR.», 4, 1994, p. 198 ss. e M. ZABLOCKA, *Quaestio cum lance et licio*, in «IURA.», 54, 2003, p. 109 ss.

³⁵³) Cfr. E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, cit., p. 132 nt. 1, G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955, p. 11 nt. 1, C. ST. TOMULESCU, *Die Rolle der actio furti concepti*, cit., pp. 451 e 459, D. DAUBE, *Studies in Biblical Law*, cit., p. 259, H. L. W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, cit., pp. 180 nt. 31 e 181 e L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 167 ss., 174, 179, 181 e 183.

In tal caso, sempre stando al racconto di Gaio, del resto conforme a quanto attestato da Gell. *noct. att.* 11.18.12 (*'Furti concepti, item oblati, tripli poena est'*) la pena sarebbe stata del triplo del valore della cosa sottratta, e la relativa ipotesi andava sotto il nome di *furtum conceptum*.

Gai. 3.186 *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti*³⁵⁵.

Secondo Paul Krüger, non particolarmente a fuoco risulterebbero le ragioni e le finalità della compresenza di due differenti modalità di perquisizione (*'unklar bleibt bei dieser Darstellung, zu welchem Zweck zwei Arten der Haussuchung aufgestellt'*³⁵⁶).

Lo stesso Gaio, ha ulteriormente annotato Krüger, si è dovuto preoccupare di fornire una delucidazione sulla apparente incongruità determinata dal fatto che il soggetto sottrattosi alla perquisizione *'unfeierliche'* normalmente avrebbe evitato anche la *perquisitio lance licioque*, comportante il rischio di soggiacere ad una pena ben altrimenti severa, e ciò avrebbe potuto fare senza scontare conseguenze dato che le XII Tavole non contenevano sanzioni per la *'Verweigerung'* della perquisizione.

La lacuna così emersa sarebbe stata colmata, per Gaio, soltanto con l'intervento del pretore, che avrebbe introdotto un'*actio furti prohibiti*; senonché lo stesso studioso ha ritenuto questa ricostruzione ovviamente

□
³⁵⁴) Sul testo nello specifico v. C. ST. TOMULESCU, *Die Rolle der actio furti concepti*, cit., p. 452 e L. PEPE, *Ricerche sul furto*, cit., pp. 168-169, 179 e 181.

³⁵⁵) Cfr. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 329 nt. 1, J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 358 nt. 54 e 55, C. ST. TOMULESCU, *Die Rolle der actio furti concepti*, cit., pp. 449, 453 nt. 13 e 455, D. DAUBE, *Studies in Biblical Law*, cit., p. 261, M. SARGENTI, *Per una revisione della nozione dell'auctoritas*, cit., p. 30 nt. 25 e da ultima L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole*, cit., pp. 56 nt. 6, 64 nt. 32, 83 nt. 80 e 177 ss.

³⁵⁶) P. KRÜGER, *Über furtum conceptum prohibitum und non exhibitum*, in «ZSS.», 5, 1884, p. 220.

impossibile ('dass dies eine Unmöglichkeit ist, liegt auf der Hand'³⁵⁷), determinando e spiegando al contempo i diversi tentativi di spiegazione avanzati da una nutrita schiera di romanisti.

La validità dei gruppi di pensiero individuati dal Krüger può esser ai nostri fini di grande importanza, raccogliendo i diversi filoni con testi caratterizzati e tra di loro poco compenetrabili, preziosi per risalire al pensiero della scuola romanista di fine Ottocento che si è esercitata sul tema con ricchezza di risultati.

Krüger divide e riconosce essenzialmente quattro impostazioni, due delle quali attente alle conseguenze di un eventuale rifiuto di dar corso alla procedura, le altre mirate a far quadrare il cerchio attinente alla maggiore o minore ponderosità della pena da applicare per il *furtum conceptum* e il *furtum parificato* a quello *manifestum* in caso di effettivo ritrovamento della *res furata* di seguito a *quaestio lance licioque*.

Così, mentre Haubold³⁵⁸ ha pensato che le XII Tavole non potevano che prevedere per il *furtum conceptum* la stessa pena prevista per il *furtum manifestum* e solo il pretore avrebbe introdotto la *poena tripli*, Puchta e Schweppe³⁵⁹ hanno riconosciuto come sicuramente decemvirale solo la perquisizione solenne: in quest'ottica rinvenendosi la cosa presso il ladro stesso ci sarebbe stato *furtum manifestum*, e *furtum conceptum* per il caso di ritrovamento presso un terzo.

Ancora, pur accettando la originaria compresenza dei due *modus operandi*, il Vangerow ha sostenuto che l'impedimento od ostacolo frapposto alla loro esplicazione avrebbe costituito *ipso facto* furto manifesto; per finire, Krüger dà anche conto degli assunti da cui muoveva Ihering nel suo celebre *Geist*, per il

□

³⁵⁷) P. KRÜGER, *Über furtum conceptum*, cit., ibidem.

³⁵⁸) C. G. HAUBOLD, *Institutionum iuris romani privati historico-dogmaticarum lineamenta*, Leipzig, 1826, *passim* e J.G. HEINECCIUS, *Antiquitatum romanarum iurisprudentiam illustrantium Syntagma*⁵, Straßburg, 1741, 4,1, § 22.

³⁵⁹) A. SCHWEPPE, *Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer: mit einer vollstandiger Rücksicht auf Gaius und die vaticanischen Fragmente*, Göttingen, 1832, § 328.

quale si sarebbe riconosciuta l'esecuzione coattiva contro ogni opposizione, proprio come oggi si procede ad alcuni atti, se necessario, col ricorso alla forza pubblica.

Come si colloca, in questo quadro, il pensiero del Krüger? Egli avversa senz'altro l'impostazione vangerowiana, posto che 'von Gehässigkeit kann dem gegenüber, den der Bestohlene wegen der Verweigerung einer Haussuchung vor Zeugen für einen wissentlichen Hehler halten wird, nicht die Rede sein'³⁶⁰: non resta allora altro ‚Ausweg‘ (via d'uscita) da imboccare, se non quello di assegnare al codice decemvirale la *perquisitio lance licioque*, all'editto pretorio la perquisizione semplice con l'ausilio di testimoni.

CAPITOLO TERZO

ALCUNE RIFLESSIONI SUL DIVIETO DI USUCAPIRE LE *RES FURTIVAE* E SUL REQUISITO DELLA ‘*REVERSIO IN POTESTATEM DOMINI*’ *EX LEGE ATINIA*

SOMMARIO: 1. La *lex Atinia de rebus subreptis*. Ricostruzione del testo normativo. - 2. Rapporti e differenze tra normazione decemvirale (*Tab. VIII.17*) e *lex Atinia*. - 3. Problemi inerenti alla *reversio*. I principi espressi nel già visto D. 41.3.4.6, confermati da D. 41.3.4.21, sembrerebbero confliggere con quelli evincibili da D. 41.3.49. - 4. Segue: trattazione dell'apparente contrasto. Il concetto di ‘*res quasi furtiva*’ come desumibile da altre fonti (C. 7.26.6 e D. 47.2.20.1). 5. Segue: la tesi, già sostenuta da Mancaleoni, Ferrini e Biondi, e recentemente riproposta da H. Ankum, per cui in D. 41.3.49 Paolo si sarebbe occupato della *fiducia cum creditore*. Nostra opinione sulla soluzione del discusso contrasto. - 6. Ancora sulla ‘*res quasi furtiva*’. - 7. Il problema della purgazione del vizio di furtività in caso di specificazione di ‘*materia et substantia*’ rubata. Il *fur* acquista il dominio della *nova species*? (D. 13.1.13, D. 41.3.4.20, D. 47.2.52.14).

1. La lex Atinia de rebus subreptis. Ricostruzione del testo normativo.

Come noto, già la legge delle dodici Tavole³⁶¹ avrebbe³⁶² contenuto un generale divieto di usucapire³⁶³ le *res furtivae*³⁶⁴, cui si sarebbe aggiunto –

□

³⁶⁰) KRÜGER, *Über furtum conceptum*, cit., p. 221.

³⁶¹) Cfr. *Tab. VIII.17*. Per chi, come Michel Humbert, ritiene possibile ricostruire in forma attendibile il relativo versetto decemvirale (v. *infra*, n. 368) assumono un'importanza centrale l'asindeto ‘*usus auctoritas*’, attestato in *Tab. VI.3* (su cui v. F. LEIFER, *Mancipium und auctoritas*, in «ZSS.», 57, 1937, p. 135), e soprattutto il segno ‘*auctoritas*’: se *Tab. VI.4* prevedeva infatti un’*aeterna auctoritas* nei confronti dello straniero (*hostis*), si è indotti a pensare che anche la disposizione decemvirale sulla inusucapibilità delle *res furtivae* avrebbe dovuto fare ricorso alla stessa espressione, implicante un obbligo di garanzia *sine die* (v. M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo di interpretazione*, in «Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli umanisti», Pavia, 2005, p. 39).

□³⁶²) Il condizionale è d'obbligo perché non sono mancate, specialmente in passato, voci dottrinali che hanno addirittura negato l'esistenza stessa nel codice decemvirale di disposizioni relative all'*usus* delle *res furtivae*. Il maggiore e più autorevole sostenitore di questa opinione è stato l'Huvelin (vide P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain*, I, *Les sources*, cit., p. 291 ss.), il quale ha in primo luogo notato come del supposto divieto, che si vuole sia stato introdotto dai decemviri, si parli in realtà in fonti relativamente tarde, risalenti al II sec. d.C.: Gai. 2.45 [*furtivam (rem) lex XII Tabularum usucapi prohibet*] e D. 41.3.33 pr. (...*ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum et lex Atinia inhihet usucapionem*...). Il divieto è persino ricordato in I. 2.6.2 (...*nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum vel Atinia inhihet usucapionem*) e nel corrispondente passo della Parafrasi di Teofilo. Da fonti coeve ma relative a testimonianze più antiche, che a rigore di logica avrebbero dovuto tenere presente questa importante 'Grundnorm', risulta che i '*fundatores*' del *ius civile* si erano soltanto occupati, nel II sec. a.C., del problema della retroattività della *lex Atinia* (O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, I, cit., p. 138 e nt. 431, H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, Berlin, 1928, p. 10) senza accennare ai pur rilevanti problemi collegati alla portata applicativa della nuova legge in relazione al divieto codificato dai decemviri (cfr. Gell. *n. Att.* 17.7.3: *Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaesisse ait dubitasseque utrumne in post facta modo furta lex valeret an etiam in ante facta; quoniam subruptum erit utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum*, al riguardo del quale F. BONA, *Cicerone tra diritto e oratoria. Saggi su retorica e giurisprudenza nella tarda repubblica*, Roma, 1984, p. 43, ha individuato una 'questione di esclusiva spettanza del *ius civile*', ma per altro verso cfr. pure p. 44 nt. 120 sul rapporto tra *lex Atinia* e XII Tavole; sul punto cfr. pure H. E. DIRKSEN, *Die Auszüge aus den Schriften der römischen Rechtsgelehrten*, cit., p. 47 nt. 96, T. MAYER-MALY, *Studien zur Elementarliteratur über die usucapio*, in «Studi in onore di Emilio Betti», III, cit., p. 482 nt. 108, S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in «IURA.», 30, 1979, p. 44 nt. 29, F. DE MARINI AVONZO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Padova, 1999, p. 152, M. L. ASTARITA, *La cultura nelle 'Noctes atticae'*, cit., pp. 122-124, C. MASI DORIA, *Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli, 1993, p. 95 nt. 25, K. TUORI, *The myth of Quintus Mucius Scaevola: founding father of legal science?*, cit., p. 257 nt. 75, F. CUENA BOY, *Una storia dell'interpretazione*, cit., pp. 11 e 58 nt. 28, cui preme soprattutto sottolineare l'importanza della 'referida al tempo verbal' nella interpretazione della legge); aprendo una breve parentesi, si deve peraltro dire che un simile dibattito si è probabilmente articolato a partire da un dato, quello della eccezionalità di una legge in grado di spiegare efficacia retroattiva, eccezionalità facilmente spiegabile secondo il Wenger se si pensa che la '*rückwirkende Kraft*' può essere considerata consustanziale a quelle leggi che '*ein Ethisches Gebot durchführen wollen*', L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, cit., p. 482 nt. 92). Inoltre, sempre secondo Huvelin, le fonti che riferiscono del divieto decemvirale sarebbero stranamente evasive, reticenti e generiche, soprattutto se paragonate alle citazioni precise dei *verba* della *lex Atinia*, sulla cui esatta interpretazione erano peraltro sorti numerosi e fecondi dibattiti. Su queste premesse, l'illustre studioso francese ha potuto affermare che «la prétendue règle des XII Tables n'était qu'une anticipation de la *lex Atinia*» (HUVELIN, *op.cit.*, p. 290). Gli argomenti addotti da Huvelin, sebbene già sottoposti a una critica stringente da parte di M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, cit., p. 95 ss. (dove si è espressamente parlato di un «*Mißverständnis*») sono senza dubbio di un certo peso, ma per obliterare quell'ineludibile «*dualité des sources*» già rimarcata da F.

verosimilmente nel corso della prima metà del II sec. a.C.³⁶⁵ – il disposto di una *lex Atinia*³⁶⁶ *de rebus subreptis*³⁶⁷, sul tenore della quale sarà utile prospettare, più in avanti, alcuni rilievi.

□

DE VISSCHER, *De la défense d'usucaper les choses volées*, in «RIDA.», 5, 1958, p. 480, e cioè l'incontestabile presenza nel panorama delle fonti della norma delle XII Tavole e della *lex Atinia*, ancora molto resta da dire e soprattutto da dimostrare. Secondo il De Visscher, comunque, le XII Tavole non avrebbero potuto disciplinare l'usucapione (*rectius l'usus*) che con riferimento alle *res Mancipi* (come ampiamente dimostrato dalla risalenza dell'*usureceptio fiduciae* e *servitutis* nonché dal divieto di usucapire le *res Mancipi* vendute dalla donna senza la tutela del tutore muliebre, facilmente spiegabile perché la donna non poteva avere alcuna *auctoritas*: p. 474), sicché risulterebbe incomprensibile un generale divieto decemvirale di usucapire le *res furtivae*; cionondimeno, è possibile che tale precetto sia stato dedotto in via interpretativa 'le jour où le *res nec Mancipi* elles-mêmes ont été susceptibles d'usucapion' (p. 480). Per una completa discussione del problema, e per la trattazione dei luoghi citati in nota, rimando alle pagine esemplari di M. H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, London, II, 1996, p. 619 ss.

³⁶³) A rigore: acquistare in forza di un *usus* (tecnicamente inteso) sufficientemente prolungato nel tempo. Per il significato tecnico di *usus* nelle XII Tavole v. G. NICOSIA, *Il possesso*, I, Catania, 1997, p. 47 ss.

³⁶⁴) *Res subreptae* sarebbe espressione forse più calzante e aderente al contenuto dei precetti qui all'esame; si è scelto tuttavia – del resto confortati dalla migliore e prevalente dottrina – di parlare più semplicemente di *res furtivae*, in senso volutamente atecnico (cfr. *ex pluribus*, seppure con riferimento alla legge Atinia, P. STEIN, *Lex Atinia*, in «Athenaeum», 62, 1984, p. 597: «The usual view is that *quod subruptum erit* refers to *res furtivae*, stolen things»), con la necessaria avvertenza che in determinati contesti (basti pensare alla teorica huveliniana fondata sulla contrapposizione dicotomica *res furtiva/res subrepta*, di cui si dirà nella nota 12) '*res furtiva*' assume connotati semantici del tutto particolari.

³⁶⁵) Si veda l'informata ricognizione di M. FRUNZIO GIANCOLI, *La «lex Atinia de rebus subreptis»: un'ipotesi sulla datazione*, in «Labeo», 43, 1997, p. 259 ss., la quale non ha però individuato nel 131 a.C. l'anno di emanazione della legge, contrariamente a quanto ha ritenuto P. BĚLOVSKÝ, *Usucapio of stolen things and slave children*, in «RIDA.», 49, 2002, p. 59 nt. 6. Per la letteratura precedente si vedano, senza pretese di esaustività, G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, p. 291, che però è restio a fornire una data precisa, dato che «data e autore...sono ignoti», HUVELIN, *op.cit.*, p. 255 ss., G. BORGNA, *La lex Atinia*, Cagliari, 1897, p.6 ss., DE VISSCHER, *De la défense*, cit., p. 485 ss., A. BERGER, sv. '*Lex Atinia de rebus subreptis*', in «PW.», 12.2, 1925, c. 2331 ss., KASER, *Altrömisches Eigentum und 'usucapio'*, in «ZSS.», 105, 1988, p. 138 (dove si indica come *terminus ante quem* il 149 a.C.), E. GANDOLFO, *La reversio ad dominum delle cose furtive*, in «AG.», 35, 1885, p. 165, T. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der usucapio III*, in «ZSS.», 79, 1962, p. 100 ss., A. SÖLLNER, *Einführung in die römische Rechtsgeschichte*², München, 1980, p. 54 (in cui si propone, in alternativa, la fine del III sec. a.C.), H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, cit., p. 189 (in cui si configura la legge Atinia come una «Ausnahme» rispetto alla «*usus-auctoritas* Regel»), E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, p. 347 (dove si indica come data probabile il 197 a.C.), M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., p. 246 (secondo cui 'la *lex*

□

Atinia fu emanata probabilmente...poco tempo prima della discussione registrata in Gell. 17.7.1-3. Questa discussione si è svolta, al più presto, intorno al 150 a.C., e al più tardi negli anni venti'), R. YARON, *Reflections on usucapio*, in «TR.», 35, 1967, p. 216-217, dove si propende per la metà del II sec a.C. (lo Yaron ha anche dato conto di due tentativi eccentrici di datazione, quello di G. CORNIL, *Ancien droit romain*, Paris, 1930, p. 69-70, che ha pensato al 60 a.C., e di J.M. NAP, *Zum römischen Rechtsgeschichte im dritten Jahrhundert v. Chr.*, in «TR.», 13, 1934, p. 179, che ha indicato il 240 a.C. sulla scorta della testimonianza contenuta in Gell. *n.att.* 14.8.2: *nam et tribunis...plebis senatus habendi ius erat, quamquam senatores non essent ante Atinium plebiscitum*, mettendo in rilievo il fatto che 'das Atinium plebiscitum, das die Volkstribunen in den senatorischen Rang erhob, mit dem Gesetze v. J. 240 identifizieren', e ritenendo quindi che la *lex Atinia* fosse un provvedimento *per saturam*, il quale aveva anche previsto l'elevazione dei tribuni della plebe al rango di senatori; lo Yaron non è invece del tutto preciso quando associa la posizione del Nap a quella di Tommaso Marky, che, pur contestando la datazione tradizionale, si è più che altro occupato di profili attinenti alla discussa retroattività della legge : T. MARKY, *Appunti sul problema della retroattività delle norme giuridiche nel diritto romano*, in «BIDR.», XII-XIII, 1948, p. 244); maggiori precauzioni in *Fontes iuris romani antejustiniani* (cur. S. RICCOBONO), Florentiae, MCMVIII, p. 69: 'Aetatis incertae: neque enim probabile quid colligi potest ex Gelli verbis' e P.F. GIRARD, *Textes de droit romain*⁴, Paris, 1913, p. 32, che però non dubita del valore della testimonianza di Gell. XVII.7. Il panorama delle opinioni risulta ancora più variegato se si pensa che alcuni hanno voluto collocare la *lex Atinia* solo 'nella prima metà del I sec. a.C.' (così, espressamente, V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su 'ius civile'/'ius honorarium'*, Napoli, 1993, p. 14 nt. 4, pur senza fornire spiegazioni).

³⁶⁶) In argomento, cfr. già le risalenti ma acute indagini di A. POULVÉ, *Ad legem Atiniam sive de rei furtivae usucapione prohibita liber singularis*, in AA.VV., *Triga libellorum, quibus iura usucapionis vindicantur. Historia usucapionum et longis temporis praescriptionum praemisit, annotavit passim et praefatus est F. C. Conradi*, Lipsiae, 1728, *passim*, S. BOOGAERT, *Dissertatio iuridica inauguralis de lege Atinia rerum furtivarum usucapionem prohibente*, Lugduni Batavorum (Vander), 1743 e F. DE RETES, *Ad legem Atiniam*, Meerman, Thes. VII, p. 478. Con ogni probabilità la legge in questione era un *plebiscitum* (cfr. in proposito FRUNZIO GIANCOLI, *op.cit.*, p.262, che trae diversi argomenti da Cic. *Verr.* 2.1.42.109 e dal paragone ivi formulato con le leggi *Furia*, *Fusia* e *Voconia*, ma vedi anche NAP, *Zum römischen Rechtsgeschichte*, cit., p. 180, e, seppure con qualche cautela, ROTONDI, *op.cit.*, *ibidem*). Nel passo delle Verrine (subito dopo al riferimento alla repressione del falso, sulla quale F. MARINO, *Cic. Verr. II,1,42,108 e la repressione del falso*, in «Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano», Padova, 1988, *passim*) leggiamo quanto segue: 'De iure vero civili si quis novi quid instituit, is non omnia quae antea acta sunt rata esse patietur? Credo mihi leges Atinias, Furias, Fusia ipsam, ut dixi, Voconiam, omnis praeterea de iure civili: hoc reperies in omnibus statui ius, quo post eam legem populus utatur' [su Cic. *In Verr.* 2.1.42.109 si vedano M. BARTOŠEK, *Variazioni metodologiche su tema ciceroniano (Lex Voconia, ius novum, retroattività)*, in «Studi in onore di Gaetano Scherillo», II, Milano, 1972, p. 653, M. BRETONNE, *Il giureconsulto interprete della legge*, in «Labeo», 15, 1969, p. 304, ID., *La storia del diritto romano fra scienza giuridica e antichistica*, in «IURA.», 39, 1988, p. 12 nt. 13]. A parte il rotacismo per indicare la *lex Furia testamentaria*, Cicerone accosta la legge Atinia ad altri provvedimenti, chiedendosi retoricamente se il legislatore che abbia voluto introdurre un *quid novi*, non debba poi coerentemente riconoscere come 'rata' tutti i fatti 'antea acta'. Ancora una volta ci si colloca nell'angolo visuale dell'efficacia

Mentre l'esatta ricostruzione del versetto decemvirale non può essere acquisita al nostro patrimonio conoscitivo, se non in base a rilievi che non riescono a

□

retroattiva della *lex Atinia*, che però non fornisce elementi decisivi per chiarire il rapporto con la regola del divieto di usucapione contenuta nelle XII Tavole. Ma un dato è possibile ritrarre da questa testimonianza: dato che la *purgatio* consistente nella *reversio* era il *quid novi* della legge, probabilmente ci furono molti casi di soggetti che ne invocarono in giudizio il disposto, per far salve le posizioni acquisite sotto l'impero della sola normativa decemvirale. Brogginì ne ha tratto un'ulteriore illazione: i furti della cui rilevanza si discuteva non dovevano essere troppo antichi, perché 'se i grandi *qui fundaverunt ius civile* discutono sulla retroattività o meno di questa legge (n.d.a. scilicet della legge *Atinia*), ciò deve indurre a credere che i furti perpetrati prima della sua entrata in vigore fossero ancora rilevanti, non fossero cioè tanto remoti' (BROGGINI, *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica*, in *Coniectanea*, cit., p. 363). Secondo Gerardo Brogginì il citato passo delle Verrine potrebbe sembrare anche a prima vista, ma erroneamente, una prova del mantenuto rispetto del principio di irretroattività e un indizio per ritenere che 'la *lex Atinia* si sarebbe limitata a corroborare il principio decemvirale della *aeterna auctoritas* per le *res subreptae*' (G. BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 365 nt. 59). Secondo il Brogginì Cicerone sarebbe incorso in un calo attenzionale nella discriminazione di ipotesi diverse, pensando come attinente al problema della retroattività o meno di una legge anche la diversa *quaestio* in cui è solo in causa il *terminus post quem* per l'inizio di vigenza di una disposizione normativa; in altri termini 'Cicerone non distingue, nella sua esemplificazione, fra vigenza nel tempo e campo di applicazione temporale, fra *Geltungsbereich* e *Anwendungsbereich*' (BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 366 in nota). Anche il Guarino, d'altronde, ha pensato che la vera materia del contendere, in riferimento alla legge, dovesse per forza riguardare fatti di furto recenti se non recentissimi, in relazione ai quali molti avevano preteso un'applicazione sanante della nuova normativa 'in corso d'opera', e cioè anche ai casi in cui l'usucapione fosse ancora risultata in corso. Nelle parole del grande studioso campano, allora, 'la discussione intorno alla *lex Atinia* è dipesa, più precisamente, dal grande interesse pratico che doveva avere, nel secondo secolo anticristo, la possibilità di contestare la validità anche di usucapioni verificatesi prima dell'emanazione del plebiscito, o quanto meno la possibilità di considerare nulle le usucapioni ancora in corso di compimento al momento della sua entrata in vigore. E siccome la formulazione della legge (che parlava di '*quod subruptum erit*') collima con la notizia che a quell'epoca il *furtum* si riferiva anche ai beni immobili e avvalorava l'ipotesi che l'azione delittuosa ('*sub*' e '*rapio*') non si limitasse agli spossessamenti di carattere '*stricto sensu*' furtivo, cioè di carattere clandestino, ma includesse allora anche lo spossessamento violento della vittima' (A. GUARINO, *La coerenza di Publio Mucio*, Napoli, 1981, p. 93).

³⁶⁷) Parlando di una legge *de rebus subreptis*, abbiamo seguito l'indicazione di metodo proposta dalla Frunzio Giancoli, essenzialmente perché in grado di riflettere «in maniera più fedele il dettato della legge, così come ci è stato tramandato da Gell. n. Att. 17.7.1» (FRUNZIO GIANCOLI, *op.cit.*, p. 259 nt.1). Ma già Adolf Berger aveva specificamente intitolato '*lex Atinia de rebus subreptis*' la sua voce scritta per la «Pauly-Wissowa Real Encyclopädie» nel 1925.

superare il livello della congettura³⁶⁸, regna una generale consonanza di vedute circa la restituzione letterale del testo normativo più recente.

A partire da Huvelin³⁶⁹, la visione di sintesi è stata raggiunta combinando le diverse informazioni in nostro possesso, quali desumibili essenzialmente da D. 41.3.4.6 (Paul. 54 *ad Ed.*) e da Gell., *n. Att.* 17.7.1. In quest'ultimo passo viene riportato il 'core' vero della legge:

Gell. *n. Att.* 17.7.1: *Legis veteris Atiniae verba sunt: 'quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto'*³⁷⁰.

□

³⁶⁸) Recentemente, si è invece dimostrato ottimista circa la possibilità di fornire una plausibile ricostruzione di *Tab.* VIII.17 Humbert, il cui discorso è forse qui opportuno riprodurre integralmente: «(il) versetto decemvirale (è) conosciuto attraverso un'allusione di Gai 2.45 (*furtivam rem lex XII Tabularum usucapi prohibet*)...E' molto probabile che la formulazione attribuita alla *lex Atinia* (II sec. a.C.) da Gell. 17.7 sia molto più vicina al modello decemvirale. Gli interpreti successivi, di fatto, faranno molta fatica nel differenziare il precetto decemvirale dalla norma della *lex Atinia*; ciò prova, se ce ne fosse bisogno, che i termini adoperati non si distinguevano molto dal meccanismo decemvirale. Dunque considereremo come testo possibile del versetto decemvirale il seguente: '*Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*'» (HUMBERT, *Il valore semantico e giuridico di 'usus' nelle dodici Tavole*, in «Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli umanisti», cit., Pavia, 2005, p. 397). Sembra di un'opinione non dissimile L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, cit., p. 186 nt. 49, dove per stabilire il contenuto di *Tab.* VIII.17 si cita direttamente *Gai. inst.* 2.45; si aggiunga anche H.F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom furtum*, cit., p. 317: 'bezüglich des Ersitzungsverbotes wird übrigens durch den Bericht des Gellius (XVII 7,3) über den Wortlaut der *lex Atinia* wahrscheinlich gemacht, dass auch die Zwölf Tafeln von *res subrupta* sprachen'. Come già detto, tuttavia, in assenza di riscontri realmente probanti, ritengo che sia da condividere l'opinione espressa da NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung*, cit., p. 191: «Da die XII Tafeln...von *id quod subruptum* oder von *res furivae* sprachen, läßt sich nicht entscheiden, da der Wortlaut dieser Bestimmung nicht überliefert ist», cui si può aggiungere, per la letteratura precedente, A. ESMEIN, *Mélanges de droit et de critique. Droit romain*, Paris, 1886, p. 181: «nous n'avons pas le texte...de la loi et il est difficile de dire quels en étaient les termes. Il est certain qu'une interprétation fort ancienne vit là un vice inhérent à l'objet volé, qui le soustrayait à l'usucapion entre les mains non seulement du voleur mais de tout possesseur». Per quest'ultima precisazione dell'Esmein vedi *infra*, nt. 398.

³⁶⁹) HUVELIN, *op.cit.*, p. 270-272.

³⁷⁰) Orientativamente, si comincino a vedere A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 10 nt. 4, H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, cit., p. xcvi, che tratta congiuntamente D. 41.3.4.6 e Gell. *n. att.* XVII.7, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 423 nt. 3 in una con l'esame di D. 41.3.4.6, V. MANNINO, *L'auctoritas patrum*, Milano, 1979, p. VI, O. BEHREND, *Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit*, cit., p. 66 nt. 94, dove si legge che 'die Sprachlich jedenfalls kaum zu

Secondo quanto si afferma poi comunemente, con l'ulteriore conforto di testimonianze univoche e concordanti³⁷¹, la *lex Atinia* avrebbe anche introdotto l'istituto della *purgatio*, in funzione sanante della inusucapibilità delle *res furtivae*³⁷², per effetto della *reversio* della refurtiva nella materiale disponibilità del derubato (interpretata, come si avrà modo di precisare, come *reversio in potestatem domini*).

La proposizione esordiale contenuta in D. 41.3.4.6 non lascia in proposito adito a dubbi:

D. 41.3.4.6 (Paul. 54 *ad Ed.*): *Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiva non usucapiatur nisi in potestatem eius, cui subrepta est revertatur, sic acceptum est ut in domini potestatem debeat reverti, non in eius utique, cui subreptum est. Igitur creditori subrepta, et ei cui commodata est, in potestatem domini redire debet*³⁷³.

□

rechtfertigende...Erstreckung auf furta antea facta wäre nach unserer Interpretation von dem Wunsch hervorgerufen, die Folgen der Interpretation nun auch gerechterweise für alle *res furtivae*, auf die man noch stoßen würde, wieder zu beseitigen", D. NÖRR, *Causa mortis*, cit., p. 129 nt. 5, A. CASTRESANA, *En busca de un significado unitario del término 'auctoritas'*, in «Estudios Iglesias», II, cit., p. 189, L. WINKEL, *Usucapio pro suo and the classification of the causae usucapionis by the Roman Law of Property*, in «Essays for Barry Nicholas», Oxford, 1989, p. 219 nt. 18, A. GUARINO, *La coerenza*, cit., pp. 92 e 176 nt. 182 e T. J. CHIUSI, *Res. Realität und Vorstellung*, in «Jurisprudentia universalis», cit., p. 103 nt. 4, secondo la quale il termine *res* è «eben...als ‚nome generale‘ benutzt».

³⁷¹) Si possono leggere, oltre ai passi che verranno riportati nel testo, quelli citati da NICOSIA, *Acquisto del possesso 'per procuratorem' e 'reversio in potestatem domini' delle 'res furtivae'*, in «IURA.», 11, 1960, p. 189 nt. 2, ora riedito in *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania, 1998, p. 137-138, e cioè D. 47.8.6 e D. 50.16.215: *In lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt* (su cui v. DE VISSCHER, *De la défense*, cit., p. 478 nt. 19).

³⁷²) Cito per tutti U. KRENZ, *Der Besitzerwerb 'per procuratorem'*, in «Labeo», 43, 1997, p. 347: «Nach der *lex Atinia* tilgt die *reversio in potestatem* den Makel der Furtivität, so daß die Sache ersessen werden kann».

³⁷³) Il testo è adesso riportato – e riguardato sotto nuove angolazioni di ricerca – anche in C. W. BLEICH, *Doctrina furtorum servilium*, cit., p. 9 nt. 1, F. TRAMPEDACH, *Die conditio incerti*, in «ZSS.», 17, 1896, p. 109, M. PENNITZ, *Der 'Enteignungsfall' im römischen Recht der Republik und des Prinzipats. Eine funktional-rechtsvergleichende*

Il passo, apparentemente di agevole lettura, contiene affermazioni di non poco momento e una notevolissima precisazione di carattere interpretativo, relativa ai caratteri che la *reversio* deve assumere per poter sanare la ‘macchia’ che altrimenti graverebbe sulla *res furtiva*, impedendone l’usucapione; per il momento, limitiamoci però a prendere atto della clausola ‘*res furtiva non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est revertatur*’, che Paolo ci dice introdotta dalla legge Atinia (si può dire che parli da solo l’incipit ‘*Quod autem dicit lex Atinia*’).

Questi dati, della cui autenticità non sembra possibile dubitare, ci suggeriscono quasi *de plano* tutti i *verba legis* contenuti nel provvedimento legislativo in discorso: è quindi da approvare, come hanno fatto anche gli studiosi che hanno in parte contestato la genuinità di D. 41.3.4.6 (penso soprattutto a Bernardo Albanese³⁷⁴) la restituzione oggi più accreditata, che suona in questi termini:

‘*Quod subruptum erit*³⁷⁵, <*nisi in potestatem*³⁷⁶ *eius, cui subruptum est, revertatur*>, *eius rei aeterna auctoritas*³⁷⁷ *esto*’³⁷⁸.

□

Problemstellung, Wien-Köln-Weimar, 1991, p. 311 nt. 268, M. RAINER, J. FILIP-FRÖSCHL, *Texte zum Römischen Recht*, cit., p. 53, H. ANKUM, *L’application de la loi Atinia aux cas de furtum pignoris et de furtum fiduciae*, in «Auctoritas. Mélanges offerts au professor Olivier Guillot», Publications de l’Université Paris Sorbonne (PUPS.), 2006, p. 20 nt. 19 e G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., pp. 209 nt. 147 e 274 nt. 83.

³⁷⁴) Una contestazione dell’autenticità di D. 41.3.4.6 si trova già in B. ALBANESE, *Un problema in tema di lex Atinia*, in «Studi G. Salemi», Milano, 1961, p. 28 ss.

³⁷⁵) Il participio *subruptum* è forma arcaica per *subreptum* (HUVELIN, *Études*, cit., p. 271, NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung*, cit., p. 190, E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890, p. 403 ss.) e sarebbe comparso nella costruzione perifrastica ‘*quod subruptum erit*’ per indicare ‘das heimliche Wegnehmen’ (NIEDERLÄNDER, *op.ult.cit.*, *ibidem*, E. SECKEL, *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena, 1907, p. 561-562), essendo evidente che alla locuzione in questione non si potrebbe attribuire una diversa portata («das Wort ‘*subripere*’ heißt nicht anderes als ‘heimlich wegnehmen’», aveva già annotato U. V. LÜBTOW, *Die Ersitzung gestohlener Sachen nach dem Rechte der XII Tafeln und der lex Atinia*, in «Festschrift Schulz», I, Weimar, 1951, p. 267 nt. 4). Per Filippo Gallo, invece, l’attacco ‘*quod subruptum erit*’ sarebbe ‘espressione generica...rispondente all’antica concezione secondo cui non solo le cose, ma anche le persone sottoposte...risultavano suscettibili di

□
 furto' (F. GALLO, 'Potestas' e 'dominium' nell'esperienza giuridica romana, in «Labeo», 16, 1970, p. 56). Del 'subruptum erit' si sarebbero occupati, secondo Gell. XVII.7.3, il padre di Quinto Mucio Scevola nonché i giuristi Marco Giunio Bruto e Marco Manilio, i quali si erano posti la domanda se una simile espressione intendesse richiamare soltanto i furti commessi successivamente all'approvazione della *lex Atinia* o anche quelli compiuti in precedenza. La questione, secondo quanto apprendiamo da Gell. *n. Att.* XVII.7.4-8, aveva attirato anche l'attenzione di un erudito esperto di grammatica, un Publio Nigidio autore di ponderosi *Commentari grammaticali: Itaque P. Nigidius, civitatis Romanae doctissimus, super dubitatione hac eorum scripsit in tertio vicesimo grammaticorum commentariorum. Atque ipse quoque idem putat incertam esse temporis demonstrationem, sed anguste perquam et obscure disserit, ut signa rerum ponere videas ad subsidium magis memoriae suae quam ad legentium disciplinam. Videbatur tamen hoc dicere suum verbum et 'est' esse et 'erit': quando per sese ponuntur, habent atque retinent tempus suum; cum vero praeterito iunguntur, vim temporis sui amittunt et in praeteritum contendunt. Cum enim dico 'in campo est' et 'in comitio est', tempus instans significo; item cum dico 'in campo erit', tempus futurum demonstro; at cum dico: 'factum est', 'scriptum est', 'subruptum est', quamquam 'est' verbum temporis est praesentis, confunditur tamen cum praeterito et praesens esse desinit. 'Sic igitur' inquit 'etiam istud, quod in lege est: si divides separeque duo verba haec 'subruptum' et 'erit', ut sic audias 'subruptum erit' tamquam 'certamen erit', aut 'sacrificium erit', tum videbitur lex in postfuturum loqui; si vero copulate permixteque dictum intellegas, ut 'subruptum erit' non duo, sed unum verbum sit idque unitum patiendi declinatione sit, tum hoc verbo non minus praeteritum tempus ostenditur quam futurum.* Secondo Publio Nigidio, quindi, per dare una risposta ai dubbi interpretativi occorrerebbe accertare se il 'subruptum' (come parte della perifrasi 'quod subruptum erit') sia stato inteso in senso sostantivale, come ad esempio nelle espressioni 'in campo est' e 'in comitio est', oppure in senso predicativo come participio passato, come accade per 'factum est' e 'scriptum est'; se si propende per il riconoscimento di un participio sostantivato, la locuzione 'subruptum erit' dovrebbe valere esclusivamente *pro futuro*, ma in caso contrario il passato *subruptum* ci farebbe intendere l'intera espressione come facente riferimento ai furti avvenuti sia prima che dopo l'approvazione della legge. Il laborioso ragionamento di Nigidio, forse riportato alla lettera o con pochissime varianti da Gellio, come ipotizzato da A. SWOBODA, *P. Nigidii Figuli operum reliquiae*, Amsterdam, 1964, Nachdruck der Ausgabe Wien-Prag, 1889, p. 73 nt. 4, anche se 'probabiliter', è stato contestato dai moderni, che hanno per lo più fatto notare come 'subruptum erit' debba la sua strutturazione al fatto di doversi coordinare all'imperativo 'esto' della frase principale, usato nei testi di legge senza connotazioni di carattere temporale (per il significato del riferimento gelliano – 17.7.4 – a Nigidio, si veda, oltre al citato scritto dello Swoboda, anche B. BALDWIN, *Studies in Aulus Gellius*, Coronado Press, Lawrence, 1975, p. 76). L'interpretazione data dai giuristi per delucidare la portata 'cronologica' del *subruptum erit* legislativo (riferimento al tempo passato o a quello futuro?) potrebbe essere recata come esempio, per Uwe Wesel, di una classica 'identifizierende Interpretation' assunta come scandaglio della valenza di significante dei *verba legis* (si leggano in proposito le pagine dedicate all'argomento in U. WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, p. 73 ss.). Comunque sia, è noto come Huvelin abbia proposto di differenziare tra il *subripere* e il *furari*, tra *res subrepta* e *res furtiva*, intendendo per *subreptio* ogni fatto di sottrazione comportante una 'Ortsveränderung' (in pratica, la nozione intuitivamente presente a ciascuno quando si richiama il concetto di furto) e per *furtum*, all'opposto, tutte le ipotesi di furto senza sottrazione per le quali è oggi invalsa la

□ denominazione di conio dottrinale *'furtum improprium'*. L'Huvelin enumera in particolare tra i *'furta sans soustraction'* fatti concernenti *'détournements, abus de confiance, usurpation d'immeubles'* (HUVELIN, *op.cit.*, p. 272). Ora, secondo il giusromanista francese la *lex Atinia* si sarebbe applicata soltanto con riferimento alle *res subreptae*, con il conseguente corollario per cui *'dans le furtum sans subreptio, l'usucapion reste possible malgré la loi Atinia'* (p. 276), essendo il *furtum improprium* un valido titolo di acquisizione della proprietà, anche soltanto bonitaria (p. 277). Prima ancora di andare a vedere su quali argomenti tragga la sua forza la tesi di Huvelin, si possono avanzare alcune osservazioni preliminari. E' certo assai improbabile, anche al lume della stretta logica, che l'ipotesi paradigmatica di furto consistente nella sottrazione di una cosa mobile, peraltro ampiamente testimoniata nelle fonti, non sia in realtà...*furtum*, perché questo *nomen* spetterebbe ad ipotesi più complesse e caratterizzate, come l'uso improprio di una cosa già detenuta e addirittura l'invasione di fondi e l'occupazione di immobili: cosa che risulta ancora più improbabile se si pensa che la stessa radice etimologica di *'furtum'*, fatta derivare dal verbo *'ferre'* (*'portar via'*) dovrebbe semmai deporre in senso contrario. Nelle stesse fonti, poi, mentre è attestato l'impiego frequente del predicato *subripere* per individuare l'elemento oggettivo del furto, non si fa analogo impiego del deverbale *subreptio*, che anzi è parola raramente usata nei testi giuridici, venendo addirittura adoperata dagli scrittori non giuristi in un'accezione sinonimica rispetto a quella del *furtum*; in un passo del *De compendiosa doctrina* di Nonio Marcello leggiamo infatti che *'furtum est occulta subreptio'* (Non. Marc., *comp. doctr.* 310.8), sul cui significato si v. C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 423 nt. 4. La citata distinzione si gioverebbe tuttavia, secondo Huvelin, del supporto recato da D. 41.2.3.3 (Paul. 54 *ad Ed.*): *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos adquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. Sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam putant Sabini sententiam veriolem esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.* Huvelin si è concentrato esclusivamente sul responso di Bruto e Manilio, ha voluto espungere il riferimento alla *longi temporis praescriptio* (sicché i due giuristi avrebbero parlato di *'usu cepit'* e non di *'longa possessione cepit'*) e ha ritenuto aliena alla mentalità dei giuristi repubblicani la precisazione *'quamvis nesciat in fundo esse'*, che invece sarebbe da ascrivere a Paolo. Bruto e Manilio si sarebbero misurati con uno specifico problema interpretativo: il fondo, che non può essere *'res subrepta'*, è *qua talis* una *'res furtiva'* usucapibile ad ogni condizione e a prescindere dalla *bona fides*; il tesoro sotterrato nel fondo dovrebbe essere considerato una *'res subrepta'*, in quanto astrattamente movimentabile, o dovrebbe seguire in quanto accessorio il regime del fondo-*res furtiva*? Per Bruto e Manilio sarebbe stata preferibile questa seconda opzione interpretativa. La tesi, che è stata mutuata, per ammissione dello stesso Huvelin (HUVELIN, *op.cit.*, p. 275) da F. D. SANIO, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Königsberg, 1858, p. 36 nt. 56, non ha avuto seguito. Sarebbe forse già sufficiente notare che in D. 41.2.3.3 non solo non si parla (o si accenna anche solo implicitamente) a *res furtivae* o *subreptae*, ma sulla base di una pura intuizione si suppone che nel testo sia considerato un *'fundus furtivus'*, cosa che, come avrebbe detto Giuseppe Grosso, richiederebbe francamente un eccessivo sforzo della fantasia

□

(NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung*, cit., p. 190 nt. 22: 'in D. 41.2.3.3 wird nichts von einem *fundus furtivus* gesagt, dessen Ersitzbarkeit zusammen mit der des als Zubehör geltenden Schatzes Brutus und Manilius bejahen'). Ma un'induzione non testualmente giustificata è anche quella che esclude dal ragionamento di Bruto e Manilio un qualsivoglia interessamento all'elemento soggettivo, interessamento che sarebbe stato nutrito, forse perché la *bona fides* venne riconosciuta come requisito per l'usucapione solo sul finire della Repubblica, dal solo Paolo. Credo poi che un ulteriore elemento debba essere preso in considerazione, e cioè che in D. 47.2.77.1 (Pomp. 38 *ad Quint. Muc.*) – testo su cui ci siamo già soffermati – un giurista repubblicano come Quinto Mucio Scevola non solo non abbia differenziato tra *furari* e *subripere*, ma li avrebbe anzi collocati sullo stesso piano (la prima parte del brano, '*si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset*' viene in effetti correntemente attribuita a Quinto Mucio (F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 253). Si noti che Quinto Mucio ha addirittura ripreso quasi alla lettera la frase contenuta nella *lex Atinia* (*quod subreptum est/erit*), tant'è che G. KLINGENBERG, '*Constitutum est*' in D. 47.2.14.4, cit., p. 250 ha potuto motivatamente affermare che 'die Passage *id quod subreptum est* sich stark an die Terminologie der *lex Atinia* anlehnt', e cionondimeno il giurista ha voluto al contempo parlare di *fur*, *furtum* e *furti agere*. Altre letture di D. 41.2.3.3 hanno fornito H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, cit., p. xcvi, A. CARCATERRA, *Possessio. Ricerche di storia e di dommatica*, cit., p. 161 ss., M. LAURIA, *Dal possessore del tesoro all'inventor* (D. 41.2.3.3), in «Labeo», 1, 1955, p. 21 ss., C. A. CANNATA, *L'animo possidere nel diritto romano classico*, in «SDHI.», 26, 1960, p. 79, S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, cit., p. 44 nt. 34, A. GUARINO, *La coerenza*, cit., pp. 92 e 176 nt. 181, nonché A. CASTRO SÁENZ, *Concepciones jurisprudenciales sobre el acto posesorio: un ensayo sobre la evolución del 'animus' en derecho romano*, in «IURA», 52, 2001, p. 81 e I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare, rem 'corpore' possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004, p. 355 ss.

³⁷⁶) Nonostante l'importanza del lessema '*potestas*' ai fini dell'esatta interpretazione della *lex Atinia*, in pochi hanno ritenuto di doverne indagare il significato originario. Filippo Gallo, in un contributo del 1970, ha formulato l'ipotesi che 'nel testo della *lex Atinia* il termine *potestas* indicasse precisamente la signoria (o potere) del *pater familias* sopra persone e cose, in coerenza col fatto che le une e le altre potevano formare oggetto di furto' (GALLO, '*Potestas*' e '*dominium*', cit., *ibidem*). Occorreva quindi, per assicurare il raggiungimento degli scopi voluti dalla legge, il ritorno nella signoria del proprietario, da non intendersi come possesso o disponibilità materiale. Il Gallo ha spiegato che ragionando diversamente 'anche un ladro, rientrato nel possesso della cosa da lui rubata e poi sottrattagli, avrebbe potuto usucapire' (GALLO, *op.ult.cit.*, *ibidem*). Petr Bělovský, affrontando *ex professo* il tema, ha affermato invece che 'in order for the reversio to be effective the owner must have the *corporalis possessio* as well as the *animus possidendi*' (BĚLOVSKÝ, *op.cit.*, p. 71) fondando questo giudizio su D. 41.3.4.12: *Tunc in potestatem domini rem redisse dicendum est, cum possessionem eius nactus sit iuste, ut avelli non possit, sed et tamquam suae rei*, in cui Paolo parla espressamente di *possessio*, seppure '*ut avelli non possit*' e '*tamquam suae rei*'. Martin Zimmermann ha potuto considerare, tra l'altro, che 'nicht behandelt wird Paulus...weil dort zwar eine *emptio rei suae* vorkommt, über ihre Wirksamkeit aber nichts ausgesagt wird' (M. ZIMMERMANN, *Der*

□

Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachen. Rei suae sive de re sua contractum consistere non potest, Berlin, 2001, p. 109 nt. 379; ma sul passo si vedano anche gli ivi citati F. CUENA BOY, *Estudios sobre la imposibilidad de la prestación*, Valladolid, 1992, p. 101 e C. RUSSO RUGGERI, 'Suae rei emptio consistere non potest', in «Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino», VI, Napoli, 1984, p. 2847 ss.). In un altro testo relativo ai caratteri della *potestas*, in correlazione alla *reversio*, è riprodotto un punto di vista più antico, quello di Sabino e Cassio: *in lege Atinia in potestatem domini rem furtivam venisse videri, et si eius vindicandae potestatem habuerit* (D. 50.16.215). Il Bělovský, tuttavia, non ha forse inteso correttamente il significato dell'inciso 'et si eius vindicandae potestatem habuerit', che non pare corrispondere alla traduzione inglese 'if he has reacquired it through *vindicatio*' (p. 72), dato che sembra alludere piuttosto allo stato giuridico di chi può esercitare la *rei vindicatio* su una cosa. In questo senso, effettivamente, ha potuto esprimersi Uwe Krenz, che ha notato che 'aus der komplexen Quellenlage hierzu folgt aber auch, daß sich das Institut der *reversio* von dem Begriff der *possessio* im Sinne der materiellen Verfügbarkeit gelöst und auf Fälle erstreckt hat, in denen der Eigentümer die *potestas vindicandi* hat' (KRENZ, *Der Besitzerwerb*, cit., *ibidem*). Io credo comunque che si debbano tenere separati i piani dell'originario intendimento sotteso al disposto legislativo per quanto concerne il segno *potestas* e la successiva e costante opera di *interpretatio* dei giuristi. E' certamente possibile, se non addirittura altamente probabile, che nel testo della legge si fosse indicato 'in potestatem' per richiedere il ritorno alla signoria del *pater familias*, come ha ritenuto il Gallo; soltanto, occorre tenere presente la successiva interpretazione 'antiletterale' di Paolo, a cui si giunse dopo una fase intermedia, ancora testimoniata da D. 50.16.215, in cui si richiedeva il ritorno alla *potestas* del *dominus*, di colui quindi che avrebbe potuto esperire la rivendica. Secondo il Gallo, anzi, ancora in questa fase si sarebbe conservato nella sostanza il senso originario, secondo quanto denoterebbe il principio enunciato da Labeone in D. 41.3.49 (*Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit*); per l'illustre studioso piemontese il giurista non avrebbe proposto un'interpretazione antitetica al nucleo di significato originario della *lex Atinia*. Labeone, ci dice lo studioso, 'intese al contrario assicurarne l'esatta interpretazione, in ordine alle cose, mediante una mera precisazione di ordine terminologico. Precisazione che era resa necessaria dal fatto che, al suo tempo, *potestas* indicava solo più, nella sfera del diritto privato, il potere sopra i figli e sopra gli schiavi' (GALLO, *op.cit.*, p. 57). Per comprendere l'elasticità di Paolo nella considerazione del profilo della *reversio in potestatem* si può prendere in esame anche D. 41.3.4.10: *Si rem, quam apud te deposueram, lucri faciendi causa vendideris, deinde ex paenitentia redemeris et eodem statu habeas: sive ignorante me sive sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam redisse secundum Proculi sententia, quae et vera est*. Un depositario ha venduto la cosa datagli in deposito per ricavarne un profitto illegittimo ma poi, pentendosene, decide di riacquistarla. La *proposita quaestio* analizzata da Paolo, ma già affrontata da Proculo (cfr. J. GAUDEMET, *À propos du 'furtum' a l'époque classique*, cit., p. 12 nt. 48.) conferma le conclusioni a cui sono giunto e che saranno esposte nella parte conclusiva del presente contributo. La cosa data in deposito non è una *res quasi furtiva*, nonostante venga distratta allo scopo di ritrarre un indebito lucro e vengano coinvolti tre soggetti (deponente, depositario e acquirente della cosa). In D. 41.3.4.10 (sul quale, *generaliter*, si veda GAUDEMET, *op.ult.cit.*, p. 10 nt. 18) Paolo ci dice sostanzialmente che la *reversio* può validamente attuarsi col ritorno alla *potestas* di un non proprietario, che addirittura aveva commesso furto vendendo la cosa affidatagli. E questo perché il giurista differenziava tra *res furtiva* (la cosa rubata dal proprietario al non proprietario avente un interesse momentaneo alla

□

conservazione - D. 41.3.49 - o la cosa rubata dal non proprietario al proprietario, purché permanga alla fine nella sfera dispositiva del non proprietario, pur dopo una patologica e momentanea distrazione: D. 41.3.4.10) e *res quasi furtiva* (*dominus* che ruba e che vende a un terzo la *res sua* - D. 41.3.4.21 - o *alius* che ruba una cosa a un non proprietario per farla avere al *dominus*: D. 47.2.20.1). Nel primo caso, come si avrà modo di vedere, la *reversio* potrà essere attuata dal non proprietario, nel secondo caso dal proprietario, sebbene la questione della riacquisita usucapibilità sia da tenere distinta rispetto ai profili della responsabilità per soggezione all'*actio furti*. Da questo punto di vista, trattando D. 41.3.4.10 di una *res furtiva*, la *reversio* potrà essere attuata da un non proprietario, per il quale la sopravvenuta resipiscenza sembra aver cancellato il *furtum* commesso in precedenza. La concezione di *potestas* di Bělovský appare nitida quando lo studioso, postulando la coincidenza *reversio in potestatem-possessio*, è costretto a spiegare D. 41.3.4.10 affermando che 'the physical element of *possessio* has in this case been mediated by the depositor (*corpore alieno*)' (BĚLOVSKÝ, *op.cit.*, p. 73). Per altre discussioni intorno ai diversi significati di *potestas*, cfr. R. DÜLL, *Iudicium domesticum, abdicatio und apokeryxis*, in «ZSS.», 63, 1943, p. 54 ss., F. DE VISSCHER, *La notion de puissance dans l'organisation de l'ancien droit romain*, in «Bull. Acad. roy. de Belgique, Lettres», 5, 1945, p. 159 ss. e F. HERNANDEZ TEJERO, *Potestas*, in «AHDE.», 17, 1947, p. 605 ss.

³⁷⁷) Sul corretto significato del termine *auctoritas* nel contesto che qui interessa, si può utilmente consultare A. MAGDELAIN, '*Auctoritas rerum*', in «Jus Imperium Auctoritas. Études de droit romain», Paris-Roma, 1990, p. 701 : «Il n'y a pas lieu d'insister sur les raisons de ne pas traduire *auctoritas* par garantie (...). Cette traduction réduirait la portée de la loi Atinia au cercle assez restreint des *res Mancipi*». Per lo studioso francese sarebbe più congruo parlare di un 'titre éternel' spettante, più che all'acquirente della *res furtiva*, alla persona del derubato. La linea di pensiero espressa dal Magdelain è stata condivisa anche dal Bretone, per il quale '*aeterna auctoritas* non significa altro che l'interdizione di usucapire, è un modo diverso di formularla. Essa non allude al titolo dell'acquirente, ma al titolo del derubato (compresa la sua eventuale usucapione): titolo eterno perché nessuna usucapione gli è opponibile' (M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, cit., p. 25). Sul segno *auctoritas* nel diritto privato e quindi anche in relazione all'usucapione e problemi connessi, vedi le ampie trattazioni di M. GIFFARD, *Le sens du mot auctoritas dans les lois relatives à l'usucapion*, in «RHD.», 17, 1938, p. 339 ss., P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi 1941-1942*, Paris, 1949, p. 236 ss. e da ultima A. CASTRESANA, *En busca de un significado unitario del término 'auctoritas'*, cit., p. 183 ss. Secondo Pierre Noailles la legge Atinia avrebbe soltanto voluto garantire il medesimo favore per il cittadino romano così come presente nella norma decemvirale riguardante l'*hostis*; per il derubato sarà sempre possibile agire senza fornire la prova della proprietà, ma allegando il semplice fatto del furto e identificando chiaramente l'oggetto rubato, e questo perché potrà utilmente valersi della testimonianza del suo *auctor* (ed è chiaro che in questa declinazione *auctoritas* vorrà dire facoltà di acclarare il titolo dominicale e non richiamerà minimamente il concetto di responsabilità): 'La loi Atinia a voulu ménager au citoyen romain contre le voleur la même faveur que contre l'*hostis*; elle a entendu conserver éternellement au volé la possibilité de recourir au titre qu'il tient de son *auctor* (...). Il ne s'agit pas pour le volé de faire contre le voleur la preuve de sa propriété, mais la preuve du vol et de reconnaître l'objet volé. Dans cette difficile reconnaissance, le témoignage de son *auctor* lui apportera un secours définitif pour convaincre le voleur et surtout le juge. Cette *auctoritas* qui est invoquée est bien l'auctorité du vendeur, la faculté qu'il a de fournir le

□

titre de son acquéreur et non pas sa responsabilité' (P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, cit., p. 269). Il Lévy-Bruhl è invece partito dall'assunto per cui il termine *auctoritas* avrebbe lo stesso significato in tutte le disposizioni delle XII Tavole in cui compare (H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, p. 15) e assume come decisivo punto d'appoggio la parola *usus* del versetto decemvirale relativo all'usucapione di fondi; il termine significherebbe il possesso, e l'*auctoritas* dovrebbe essere lumeggiata in maniera ben diversa che considerando l'etimologia più accreditata, da *auctor*, posto che il segno avrebbe anche assunto la valenza di individuare 'tout autorité, influence, pouvoir moral', da cui poi sarebbe germinato 'un sens plus spécial, plus technique, dans certaines domaines du droit public ou privé' (op.cit., p.21). *Auctoritas* dovrebbe allora indicare 'un pouvoir de droit sur une chose' (p. 27), e di conseguenza la versione 'più naturale' del noto Gell. *n. att.* 17.7.1 sarà che 'l'*auctoritas* demeure toujours entre le mains du volé', il quale giuridicamente non ha mai perso il potere sulla cosa sottratta (H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelle études*, cit., p. 28). Altri riferimenti al segno *auctoritas*, anche al di fuori del diritto privato, si possono trovare in E. STAEDLER, *Zum Rechtsbegriff der Augustischen auctoritas*, in «ZSS.», 63, 1943, p. 384 ss., M. GRANT, *From imperium to auctoritas. A historical study of aes coinage in the Roman Empire, 49 B.C.-14 A.D.*, New York, 1946, *passim*, C. TOMULESCU, *Auctoritas in mancipatione*, in «Revista clasică, sect. Drept rom.», III-V, p. 91 ss., A. MAGDELAIN, *De l'auctoritas patrum à l'auctoritas senatus*, in «IURA», 33, 1982, p. 25 ss., W. DAHLHEIM, *Geschichte der römischen Kaiserzeit*, München, 1989, pp. 13 e 21.

³⁷⁸) Così, ottimamente, e accettando la «Ergänzung» proposta da Huvelin, v. LÜBTOW, *Die Ersitzung*, cit., p. 264, aderendo all'avviso già espresso da D. DAUBE, *Furtum proprium and furtum improprium*, in «Cambridge Law Journal», VI, 1937, p. 217, ora riedito in ID., *Collected Studies in Roman Law* (curr. D. COHEN e D. SIMON), I, Frankfurt am Main, 1991, p. 19, per il quale «this reconstruction is no doubt fairly accurate». Non ha ritenuto di inserire l'integrazione il Riccobono (*Fontes iuris romani antejustiniani*, cit., *ibidem*). Tra le pochissime voci contrarie quella del Berger, che ha recisamente affermato che «Der *ut*-Satz ist zweifellos iustinianische Paraphrase des authentischen Gesetzestextes» (BERGER, *op.cit.*, c. 2332), arrivando persino ad insinuare il dubbio (in parte con l'appoggio di A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II², Halle, 1895, p. 338) che «die *lex Atinia* in ihrem Urtext von der Rückkehr *in potestatem domini*, nicht des Bestohlenen sprach» (BERGER, *op.cit.*, c. 2333); già l'Albanese ha però dimostrato il «totale arbitrio» e il «frintendimento di tutte le testimonianze» che connotano una simile concezione (si veda il giudizio espresso in B. ALBANESE, *Contributo alla storia dell'interpretazione della «lex Atinia»*, in «Labeo», 12, 1966, p. 19 nt. 2). Dal punto di vista della sintassi, P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà romana*, Milano, 1952, p. 164 ha voluto poi posporre nella parte finale del testo la clausola *nisi-revertatur*, con supposizione che Albanese stesso ha definito «non arbitraria» (ALBANESE, *op.ult.cit.*, *ibidem*); il Solazzi ha invece destituito di ogni fondamento la proposta di Voci: «L'argomento è privo di qualsiasi valore tanto per chi creda che l'omissione sia casuale quanto per chi la stimi volontaria. Nella prima ipotesi l'infortunio di una svista può capitare in ogni tratto del testo che si copia; per il punto finale non vi sono maggiori probabilità che per il punto di mezzo» (S. SOLAZZI, *Sulla «lex Atinia de rebus subreptis»*, in «AG.», 144, 1953, § 6, ora in «Scritti di diritto romano», V, Napoli, 1972 p. 484-485). Nello stesso senso di cui al testo, *adde* J.A.C. THOMAS, *The theftuous pledgor and the lex Atinia*, in «Studi in onore di G. Scherillo», I, Milano, 1972, p. 396 e F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge, 1940, p. lxxxix. Il Thomas ha peraltro creduto di inferire che la legge, così come formulata, risalga

2. *Rapporti e differenze tra normazione decemvirale (Tab. VIII.17) e lex Atinia.*

Volendo procedere con un certo ordine nella esposizione degli argomenti che ci siamo proposti di trattare, parrebbe pregiudiziale rispetto ad ogni altra questione tentare di ricostruire il significato delle due fonti nelle quali viene fatto risalire al periodo decemvirale il divieto di usucapire le *res furtivae*. Si tratta di Gai 2.45³⁷⁹ e 2.49³⁸⁰, che occorre ora esaminare partitamente.

Gai. 2.45: *Sed aliquando etiamsi maxime³⁸¹ quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam rem lex XII Tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia.*

□

a un periodo in cui vittima dell'illecito avrebbe dovuto essere il proprietario della cosa sottratta, postulando così un successivo riconoscimento giurisprudenziale del *furtum suae rei*. Notazione, quest'ultima, già avanzata da HITZIG, *Beiträge*, cit., p. 319: 'auch die Bestimmung der *lex Atinia* über das *reverti in potestatem domini* setzt einen Diebstahlsbegriff voraus, der das *furtum rei suae* nicht umspannt'. Peter Stein ha invece voluto ricalcare le orme del Berger: 'it seems more likely that the statute spoke of return to the *dominus*, and that when the *actio furti* became available to others than the owner some jurists tried to widen the prohibition (D. 41.3.49)' (STEIN, *Lex Atinia*, cit., p. 598).

³⁷⁹) Sul quale SIBER, *Römisches Recht*, cit., p. 11 e TH. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, Köln-Graz, 1962, p. 143, ma pure ID., *Studien zur Elementarliteratur über die usucapio*, cit., p. 482 nt. 106.

³⁸⁰) I due passi sono sempre stati considerati, in verità, in stretta correlazione. Prova ne sia la trattazione ad essi ripetutamente dedicata dal Mayer-Maly, in cui trova posto anche la sintetica precisazione reperibile in MAYER-MALY, *Zur Textgestalt von Gai. 2.41-61*, in «IURA.», 11, 1960, p. 206, in cui si avanza l'ipotesi, oggetto di confutazione nella nostra trattazione, che sul presupposto della 'klare Unterscheidung' contenuta in *Gai.inst.* 2.45 il successivo § 49 'so Unrecht habe' (*ibidem*). Per un ulteriore unitaria considerazione dei due paragrafi, cfr. da ultimi G. NOORDRAVEN, *De fiducia in het Romeinse recht*, cit., p. 229 e A. ABRAMENKO, *Eine übersehene Stellungnahme des Trebatius zum Eigentumserwerb am partus ancillare furtivae*, in «ZSS.», 114, 1997, p. 424 nt. 6. Per confronti su Gai 2.49, si possono consultare MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der Usucapio I*, cit., p. 31 nt. 69 e H. P. MEINCKE, *Superficies solo cedit*, in «ZSS.», 88, 1971, p. 173 nt. 180, ove anche un parallelo con il paragrafo 45.

³⁸¹) Il 'maxime', ha voluto precisare Ferdinand Kniep, 'in der Bedeutung von *utique, scilicet*, nämlich ist kein allzu häufiger Sprachgebrauch' (F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius secundus*, Jena, 1912, p. 15 nt. 3).

Gai. 2.49: *Quod ergo vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII Tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet); sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat*³⁸².

Che cosa ci dice Gaio nel § 45 ? Che l'usucapione viene preclusa anche a un possessore di buona fede, del tutto ignaro della provenienza furtiva della cosa³⁸³. Il Bělovský, in un recente contributo, ha creduto di scorgere ulteriori illazioni dal paragrafo, attribuendole allo stesso giurista dell'età degli Antonini.

□

³⁸²) Sul passo, si vedano anche PERNICE, *Parerga VII. Der verbrecherische Vorsatz im griechisch-römischen Rechte*, cit., p. 217, TH. MAYER-MALY, *Studien zur Elementarliteratur über die usucapio*, cit., pp. 483 e 484 nt. 114, dove il rilievo che 'der Fehler in Gai 2.49 ist nicht Gaius, sondern einem unkundigen Glossator anzulasten und erbringt daher auch keinen Gegenbeweis' e I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, cit., p. 46 nt. 129.

³⁸³) E in effetti siamo di fronte a uno dei due casi in cui si pone una eccezione alla regola della necessaria presenza della *bona fides* ai fini dell'usucapione. Ha spiegato con grande precisione il Wubbe, per dare conto delle 'zwei Seiten' in cui si articola l'eccezione in parola: «einmal ist in gewissen Fällen trotz der Gutgläubigkeit des Erwerbers die usucapio ausgeschlossen (§§ 45-51); andererseits steht, in gewissen anderen Fällen, die usucapio auch einem Erwerber offen, der nicht gutgläubig war (§§ 52-61)» (F. WUBBE, *Usureceptio und relatives Eigentum*, in «TR.», 28, 1960, p. 15, ora anche in ID., *Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften/Oeuvres choisies*, Freiburg, 2003, p. 5). Da Gai 2.45 il Mommsen ha voluto trarre argomenti per supporre che 'das Zwölftafelverbot bloss gegen den besitzenden Dieb gerichtet war...und dass das atinische Gesetz unter Ausschluss der Verjährung die Vindication gegen jeden Besitzer der gestohlenen Sache freigab' (TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 756 nt.1), pensando quindi che scopo precipuo della legge fosse quello di permettere ad ogni possessore di *vindicare* la *res furtiva*, anche una volta maturata la 'prescrizione acquisitiva'. In altri termini, i Romani avrebbero dovuto elaborare la legge Atinia per evitare che, decorso il termine previsto per l'usucapione, il *fur* potesse ugualmente diventare proprietario della cosa sottratta, colmando così una lacuna dei decemviri e sopperendo a un loro marchio 'Versehen'; opinione, questa, che ha raccolto l'adesione di V. LÜBTOW, *Die Ersitzung*, cit., p. 265 ss. Tuttavia, per un'altra letteratura non ci sarebbe stata alcuna lacuna da colmare, perché già le XII Tavole avrebbero garantito il funzionamento del meccanismo della illimitata possibilità di agire con la rivendica per il derubato; questa concezione è oggi vigorosamente avversata da HUMBERT, *Il valore semantico*, cit., p. 398, dove si citano le opinioni dissenzienti (ma conformi al pensiero humbertiano) di L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, Leipzig, 1908, p. 120 nt. 29 e KASER, *Altrömisches Eigentum*, cit., p. 137 ss.

Lo studioso praghese deduce per un verso che ‘the prohibition is to be understood as referring expressly...to the acquirer of stolen goods who acts *bona fide*’³⁸⁴, posto che ‘the incapacity of the thief to usucapt is obvious’³⁸⁵. A conforto di questa interpretazione, che sembrerebbe anche *prima facie* la più ragionevole, sono stati adottati nella sostanza due ordini di argomentazioni.

In primis, il ruolo della normazione decemvirale era sostanzialmente quello di soddisfare un’esigenza di certezza, formulando *expressis verbis* disposizioni di carattere consuetudinario che precedentemente non risultavano essere, in tutto o in parte, abbastanza chiare e precise. Non avrebbe avuto senso, se questo modo di ragionare è esatto o anche solo plausibile, la ripetizione di una regola indisputata oltre che ovvia per il suo contenuto precettivo. In secondo luogo mette conto di osservare, seguendo sempre il Bělovský, che l’approccio esegetico espresso da Gaio potrebbe anche rimontare a giuristi più antichi, giustificando e dando forza a un continuo e progressivo processo di ‘*legal education*’.

Se quelli appena esposti sono i punti fermi, altre sono le discongruenze che saltano all’occhio anche ad un superficiale raffronto dei due brani; vediamo di esporli con ordine.

Gaio, innanzitutto, dice nel primo passo che il divieto di usucapire le *res furtivae* sarebbe stato contenuto nelle XII Tavole, mentre un analogo e parallelo divieto sarebbe stato introdotto (o puntualizzato?), per le *res vi possessae*, da una *lex Plautia de vi*³⁸⁶; il ‘problema’ è che Gaio non menziona per nulla la *lex Atinia*³⁸⁷, sulla quale invece ci sono state tramandate da molti

□

³⁸⁴) BĚLOVSKÝ, *op.cit.*, p. 58.

³⁸⁵) BĚLOVSKÝ, *op.ult.cit.*, *ibidem*.

³⁸⁶) Con ogni probabilità, si trattò di due leggi distinte, tant’è che Gaio parla di una *lex Iulia et Plautia*; in argomento si possono consultare PERNICE, *Parerga VII*, cit., *ibidem*, U. EBERT, *Die Geschichte des Edikts de hominibus armatis coactisve*, in «HRWA.», 23, 1968, *passim* e W. VITZTHUM, *Untersuchungen zum materiellen Inhalt der lex Plautia et Iulia de vi*, München, 1966, p. 1 ss.

³⁸⁷) Il Mayer-Maly è giunto persino ad affermare che ‘ist es auffallend, daß Gaius von der *lex Atinia* nichts weiß’ (MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte des usucapio II*, in «ZSS.», 78, 1961, p. 267.

giuristi numerose altre testimonianze, per di più coeve e in parte addirittura recenziori. Ma l'aporia più grave, a quanto sembra, è quella contenuta nel § 49, in cui il giurista pare cadere in una flagrante contraddizione, associando alle XII Tavole il divieto di usucapire le *res vi possessae*, e smentendo in tal modo quanto aveva poco prima affermato.

I giusromanisti si sono sforzati, con qualche risultato, di fornire una valida spiegazione per tutte queste criticità. Il Solazzi, stante il contenuto di Gai 2.45, ha tratto la conclusione che le espressioni leggibili nel passo successivo [*et vi possessarum*] e [*quive per vim possidet*] sarebbero quasi sicuramente da considerare come dei glossemi.

L'illustre maestro ha infatti fatto notare che Gaio 'avrebbe smentito se stesso o per lo meno, supponendo che la proibizione fosse contenuta in entrambe le fonti, avrebbe offuscato la mente dei lettori, i quali non saprebbero se l'usucapione delle *res vi possessae* sia stata proibita dalla legge *Iulia et Plautia* o dalla legge delle XII Tavole o da entrambe'³⁸⁸.

Il Beseler ha d'altro canto pensato che Gai 2.49 costituisca un'aggiunta del tutto superflua al corpo delle Istituzioni³⁸⁹, mentre a Pietro Bonfante si deve il tentativo di soluzione che a tutt'oggi rimane, come si argomenterà subito in appresso, il più convincente e originale: nessuna patente contraddizione dovrebbe ricavarsi dall'esame delle fonti che qui interessano, sostiene

□
³⁸⁸) SOLAZZI, *Glosse a Gaio II*, in «Scritti di diritto romano», cit., VI, p. 324. Nello stesso ordine di idee MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte des usucapio II*, cit., p. 266 (il quale ha sostenuto che per quanto concerne l'inciso '*et vi possessarum*' di cui a *Gai. inst.* 2.49 «der Veroneser Text...schlechtin Falsches enthält», KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., p. 97 nt. 47, v. LÜBTOW, *Die Ersitzung*, cit., p. 268, che ha ipotizzato l'intervento di un «archaistischen Tendenzen huldigender Glossator». Per il von Lübtow, se si ritiene che il contenuto della *lex Atinia* abbia previsto per le *res furtivae* una «ewige Gewährschaftspflicht», dovremmo credere che nessuna fraseologia del genere sia stata contenuta nelle XII Tavole, perché altrimenti la *lex Atinia* sarebbe stata «überflüssig». Lo studioso tedesco ha quindi pensato che la scure della sanzione decemvirale sarebbe caduta sulla persona del ladro, senza determinare un *vitium rei furtivae*; spostando l'attenzione dal *fur* alla *res furtiva* si sarebbe passati invece da un piano soggettivo a un altro puramente oggettivo, nel quale la differenziazione «von *bona* und *mala fides* spielt kein Rolle» (v. LÜBTOW, *Die Ersitzung*, cit., p. 269).

Bonfante³⁹⁰, dato che le *res vi possessae* erano riguardate, fino all'autonoma considerazione del delitto privato di *rapina* ad opera del pretore Lucullo nel 76 a.C., alla stregua di *res furtivae*³⁹¹. In seguito all'intervento luculliano si può allora dire che da nessuna fonte scritta constava un espresso divieto di usucapire le *res vi possessae*, che non erano più, evidentemente, *furtivae*. Con la creazione dell'autonoma figura delittuosa di *rapina* era stato operato il distacco dall'iperonimo concettuale della *res furtiva* dell'iponimo rappresentato dalla *res vi possessa*. Coerentemente, la *lex Iulia et Plautia*, viene collocata dagli studiosi negli anni immediatamente successivi all'innovativo editto di Lucullo³⁹².

Si comprende allora l'elasticità di Gaio nella esposizione dei dati. Nel § 45 si fa capire come sia stata necessaria l'approvazione di una legge confermativa dei principi vigenti anteriormente all'emersione della nuova figura di illecito, mentre nel § 49 si farebbe riferimento allo stato di cose originario, perfettamente conciliabile nel quadro del descritto sviluppo storico; le due categorie di *res* che vengono in considerazione non si pongono certamente in un rapporto di radicale e inconciliabile alterità, proprio perché si sono differenziate tra di loro *medio tempore*. Quel che si può rimproverare a Gaio è semmai un uso ambiguo delle parole, che ha dato la stura a troppi dibattiti rivelatisi, nell'insieme, inconducenti. Tanto rappresentato, e confermata l'ipotesi di lavoro per cui il divieto di *usucapere* le cose rapinate e derubate sarebbe stato regolato dalla legge delle XII Tavole e dalla successiva *lex*

□

³⁸⁹) G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, Tübingen, 1920, p. 3.

³⁹⁰) P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, 2, *La proprietà*, Roma, 1926, rist. Milano 1966-1968, 2, p. 208.

³⁹¹) E' questo il pensiero corrente dei giusromanisti; tra i tanti, cfr. KNIEP, *op.cit.*, p. 17 nt. 2: 'Daß die mit Gewalt entrieffenen Sachen einmal den *res furtivae* untergeordnet wurden, will ich gerne glauben'.

³⁹²) Per la dimostrazione dell'assunto si vedano le belle pagine di O. BEHRENDTS, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, cit., p. 223: «der Normwandel, der den Raub zunächst einmal aus dem Diebstahl ausgliederte, erzwang im übrigen nicht nur ein neues Edikt, sondern, wie schon bemerkt,

Atinia, si tratta di capire in quali termini si sia potuto atteggiare il rapporto tra le due leggi.

Da quanto detto sinora risulta innanzitutto che la *purgatio* conseguente alla *reversio in potestatem domini* è istituto innovativo della *lex Atinia*: e questo è un primo punto da tenere fermo, se è sotto gli occhi di tutti, come credo, il fatto che nessuna delle testimonianze relative al divieto decemvirale menzioni l'aggiunta specificativa in questione. Se quindi non si vuol far strame delle diverse fonti testuali sopra riportate³⁹³, sembrerebbe riduttivo parlare di una 'bloße Wiederholung', come pure ha fatto A. Pernice³⁹⁴. L'argomento decisivo che ci permette di escludere l'ipotesi della ripetizione legislativa è stato formulato per la prima volta con grande acume dal Magdelain³⁹⁵ in un contributo apparso nei 'Mélanges De Visscher'; le semplici e chiare affermazioni dello studioso francese sono state richiamate anche dal Solazzi³⁹⁶, che ne ha voluto sottolineare l'indubitabile nucleo di verità.

In che consiste il chiaro elemento messo in luce dal Magdelain? I giureconsulti richiamati in Gell., *n. att.* 17.7 non avrebbero avuto alcuna necessità di 'strologare' intorno al problema della retroattività di una legge dal contenuto identico a quello di un disposto delle XII Tavole. Il 'peso' di tale argomento logico, *si parva licet*, non mi sembra revocabile in dubbio. Tuttavia non risulta possibile seguire il Magdelain quando afferma che le XII Tavole non avrebbero contenuto alcun divieto di usucapire le *res furtivae*,

□

ein neues Gesetz». E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, *Testi*, Milano, 1973, p. 36, fa risalire la *lex Plautia* a un periodo compreso tra il 78 e il 63 a.C.

³⁹³) Si veda per esempio BONFANTE, *La proprietà*, 2, cit., p. 229, per il quale 'le mitigazioni relative alla possibile purgazione della furtività' risulterebbero 'dalle fonti' (e in specie da D. 41.3.4.6, cit. in nota 1).

³⁹⁴) PERNICE, *Labeo*, cit., *ibidem*, nella 'Anmerkung' numero 2, citato sul punto da V. LÜBTOW, *Die Ersitzung*, cit., p. 264, cui *adde* R. STINTZING, *Das Wesen von bona fide und titulus in der römischen Usucapionslehre: historisch-dogmatischer Versuch*, Heidelberg, 1852, p. 10.

³⁹⁵) MAGDELAIN, 'Auctoritas rerum' in «Mélanges De Visscher», IV, p. 152 (ora in *Jus imperium auctoritas. Études de droit romain*, Paris-Roma, p. 705): 'Il n'aurait pas pu être question de faire rétroagir un texte qui se serait borné à reproduire une règle déjà en vigueur'.

³⁹⁶) SOLAZZI, *op.cit.*, p. 480.

argomentando dal ‘*vulgo dicitur*’ gaiano di Gai 2.49: l’espressione non è verosimilmente da intendere come introduzione ad una testimonianza *de relato*, e semmai la sede più opportuna per il sintagma avrebbe dovuto essere il precedente § 45, dove si mettono sullo stesso livello *res furtivae* e *vi possessae*³⁹⁷. Secondo un altro pensiero la *lex Atinia* avrebbe introdotto una precisazione o ‘Ergänzung’: secondo le regole contenute in *Tab. 8.17* l’effetto della ‘prescrizione acquisitiva’ (come i nostri civilisti, con termine forse un po’ inelegante, chiamano l’usucapione) non si sarebbe potuto produrre in favore del *fur*, mentre la legge successiva avrebbe stabilito l’inusucapibilità per qualunque successivo acquirente della *res furtiva*, fosse o non fosse il ladro della cosa. Questa spiegazione è stata riproposta in ultimo da Richard Böhr, che ha potuto concisamente affermare: ‘die Zwölftafelnorm über gestohlene Sachen (XII Tab. 8,17) wird seit republikanischer Zeit durch eine *lex Atinia* ergänzt. Nach ihr sind *res furtivae* für alle Erwerber, nicht nur für den Dieb, unersitzbar’³⁹⁸. A ben vedere, non sembra si discosti molto da questa

□

³⁹⁷) Con il che viene privata di sostanziale fondamento la tesi (sostenuta *ex multis* anche da V. LÜBTOW, *Studien zum altrömischen Kaufrecht*, in «Festschrift P. Koschaker», II, Weimar, 1939, p. 118) secondo la quale soltanto la legge Atinia avrebbe introdotto il divieto di usucapire le cose illecitamente sottratte, non venendo in alcun modo in considerazione il codice decemvirale. Per il resto, l’identica concezione fatta propria da Huvelin è già stata confutata con dovizia di argomenti (sul punto v. *supra*, nt. 2).

³⁹⁸) R. BÖHR, *Das Verbot des eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchregelforschung*, München-Leipzig, 2002, p. 80 nt. 244. Meno perspicuamente si afferma subito dopo che ‘eine *lex Plautia de vi*...aus dem I Jahrh. V. Chr. schließlich stellt geraubte Sachen (*res vi possessae*) den gestohlenen Sachen gleich’. Il modo di esprimersi del Böhr non è molto felice. Infatti fino all’editto del 76 a.C. nel *furtum* si ricomprendeva la rapina (opinione pressoché unanime in dottrina. Qualche dubbio di una certa consistenza è stato avanzato in passato da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, II, 1901, p. 785 ss.); la cosa violentemente sottratta prima di allora era *res furtiva*, come tale insuscettibile di essere usucapita. Ecco perché è quantomeno curioso parlare di una parificazione (Gleichstellung) delle *res vi possessae* rispetto a quelle *furtivae*. Da quando la rapina era diventata una figura autonoma di delitto, occorre ribadire la inusucapibilità per le *res vi possessae*, che non erano più considerabili come *res furtivae*. Stesso punto di vista in YARON, *Reflections*, cit., p. 221, che ha parlato della necessità di un ristabilimento della regola decemvirale, per svariati motivi depotenziata prima dell’approvazione della legge Atinia: ‘Um gleichwohl der Regel wieder den alten Sinn zu geben, daß alle gestohlenen Sachen der Ersitzung entzogen sein sollte, mußte sie neu gefaßt werden. Das geschah mit der *lex Atinia*, die nicht mehr auf die person des *fur* abstellte, sondern auf die Furtivität

posizione il Pugsley, a detta del quale l'interpretazione giustiniana della legge Atinia (attestata in I 2.6.2³⁹⁹) per cui la *res furtiva, sic et simpliciter*, non potrebbe essere usucapita, non corrisponderebbe al vero. Lo studioso anglosassone ha rilevato come l'usuale interpretazione della legge sollevi diverse difficoltà⁴⁰⁰, e ha avanzato l'ipotesi che in seguito all'approvazione della legge «the rules of usucapio were reformulated so as to require possession, so that the statutory provision merged with the wider general rule and its original purpose was forgotten»⁴⁰¹. Per suffragare la sua tesi, Pugsley ha fatto leva su D. 47.2.85⁴⁰², passo in cui leggiamo che nonostante la normale

□

der Sache (*subruptum*)', oltre a GALLO, '*Potestas*' e '*dominium*', cit., p. 56 nt. 99, che ha sottolineato come scopo fondamentale della *lex Atinia* fosse proprio quello di 'riaffermare, in presenza di un forte indirizzo contrario, il carattere rigorosamente obiettivo del vizio di furtività'. Cfr. pure F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, 1988, p. 284, per il quale la *lex Atinia* die 'Ersitzung von *res furtivae* auch durch Dritte ausschloß' e STEIN, cit., p. 600: 'the Twelve Tables simply prohibited usucapion by the thief, whereas the *lex Atinia* extended the prohibition to forbid usucapion of *res furtivae* generally by anyone'.

³⁹⁹) I. 2.6.2: *Furtivae quoque res et quae vi possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt, nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhibet usucapionem, vi possessorum lex Iulia et Plautia*. Per quanto riguarda le fonti utilizzate per la redazione di I. 2.6.2 C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1890, p. 23 ha pensato a un impiego da parte dei commissari di Giustiniano di testi oggi perduti delle *Res cottidianae*. L'Huvelin, *melius re perpensa*, ha contestato l'ipotesi ferriniana (HUVELIN, *Études*, cit., p. 257), approvando invece quella di M. ZOCCO-ROSA, *Imperatoris Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I, Catania, 1908, p. 299 ss.

⁴⁰⁰) Segnatamente, ne vengono ricordate tre: 1) sia la legge delle Dodici Tavole sia la legge Atinia avrebbero proibito l'usucapione di *res furtivae*; 2) Gaio parla solo del divieto contenuto nella *lex XII Tab.* (*Gai.inst.* 2.45); 3) la legge fa riferimento a *quod subruptum erit* e non semplicemente alla *res furtiva* (e infatti, cfr. D. PUGSLEY, *The misinterpretation of the lex Atinia*, in «RIDA.», 17, 1970, p. 260).

⁴⁰¹) PUGSLEY, *op.cit.*, *ibidem*.

⁴⁰²) Su D. 47.2.85 si leggano, tra gli altri, soprattutto J. BARON, *Pandekten*⁹, cit., p. 572 nt. 41, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 756 nt. 3, E. CARRELLI, *L'acquisto della proprietà per 'litis aestimatio' nel processo civile romano*, Milano, 1934, p. 113, ERHARDT, *Litis aestimatio im römischen Formularprozeß. Eine Untersuchung der materiellrechtlichen Folgen der Geldverurteilung*, München-Berlin, 1934, p. 170 ss., TH. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, Köln-Graz, 1962, p. 134 nt. 33, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 248 nt. 9, G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 297 nt. 7, M. PENNITZ, *Der 'Enteignungsfall'*, cit., p. 311 e T. GIARO, *L'art de comparer les cas*, cit., p. 523.

inusucapibilità della *res furtiva* quest'ultima può tornare ad essere usucapibile se è stata fatta la *litis aestimatio* o se il proprietario l'ha venduta al ladro. Il succo del discorso incardinato da Pugsley sta nella valorizzazione dell'inciso «*non interpellari iam usucapionis ius dicendum est*» («si deve dire che l'usucapione non è interrotta»). Ebbene, dall'inciso l'Autore arguisce che se il corso dell'usucapione non è interrotto, ciò vuol dire che qualcuno stava possedendo la cosa in vista dell'usucapione; questo qualcuno, per ovvie ragioni, non poteva essere il proprietario, ma evidentemente un possessore di buona fede. Di qui la regola, forse già ricavabile da Gai 2.45, che «when goods are stolen from a *bona fide possessor* he cannot acquire them by *usucapio* unless they are returned to the owner»⁴⁰³. Con grande cautela, il Talamanca ha però notato come in realtà non esistano 'seri motivi per escludere che già i Decemviri avessero sancito un'inidoneità oggettiva, la quale impediva l'usucapione di qualsiasi ulteriore acquirente (nonostante che quest'ultimo avesse acquistato *ex iusta causa* ed in buona fede)'⁴⁰⁴.

Si può quindi accedere alla 'Überwiegende Meinung' ottimamente espressa dallo stesso Talamanca, per cui 'fu la *lex Atinia* che, oltre a ribadire il divieto fissò invece definitivamente, secondo l'ipotesi più verosimile, che l'inusucapibilità era purgata attraverso la *reversio ad dominum*'⁴⁰⁵. Accettata la storicità dell'istituto della purgazione, bisogna però scendere all'esame delle fonti relative, che tenteremo di leggere in prima battuta mantenendoci il più possibile fedeli al dato letterale.

3. *Problemi inerenti alla reversio. I principi espressi nel già visto D. 41.3.4.6, confermati da D. 41.3.4.21, sembrerebbero entrare in conflitto con quelli evincibili da D. 41.3.49.*

□

⁴⁰³) PUGSLEY, *op.cit.*, p. 261.

⁴⁰⁴) M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 422.

⁴⁰⁵) TALAMANCA, *op.cit.*, *ibidem*.

Occorre prendere le mosse dal fondamentale D. 41.3.4.6, già riportato *supra*, che ora viene in considerazione nella sua interezza. Paolo, nel passo escerpito dal libro 54 del commento all'Editto, ci dice che la clausola della *lex Atinia*, a mente della quale la cosa rubata non è usucapibile a meno che non ritorni nella disponibilità del derubato, è stata interpretata (*'sic acceptum est'*) nel senso di richiedere un ritorno nella sfera dispositiva del *dominus*, non sempre e necessariamente (*'utique'*) in quella di colui al quale la cosa è stata materialmente portata via⁴⁰⁶. Così, se una *res* viene sottratta a un creditore pignoratizio o a un comodatario (entrambi non proprietari), l'usucapione potrà prodursi non quando la cosa sarà ritornata nelle loro mani, bensì in quelle dell'effettivo proprietario (*'igitur creditoribus subrepta, et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet'*).

Il principio così icasticamente espresso da Paolo trova ulteriore conferma, per quel che è dato di vedere in prima rassegna, in

D. 41.3.4.21 (Paul. 54 *ad Ed.*): *Si rem pignori datam debitor subripuerit et vendiderit, usucapi eam posse Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dederit, quamvis cum eo furti agi potest: quod puto rectius dici*⁴⁰⁷.

□
⁴⁰⁶) Ancora altra questione, di cui non possiamo qui occuparci in tutte le sue complesse implicazioni, è quella relativa alla possibilità che la *reversio* sia validamente realizzata per il tramite di un *procurator*: questione risolta comunque in senso negativo da Nerazio in D. 41.3.41 (*'Si rem subreptam mihi procurator meus adprehendit, quamvis per procuratorem possessionem apisci nos iam fere conveniat, nihilo magis eam in potestatem meam - n.d.a. cioè del proprietario - redisse usuque capi posse existimandum est, quia contra statui captiosum erit'*). Sul punto, faccio rinvio all'accurato studio del NICOSIA, *Acquisto del possesso*, cit., p. 190 ss., cui tuttavia si è opposto, con una originale rilettura delle fonti concernenti la *reversio* - e quindi nel senso della sostanziale corruzione dell'originario *dictum* neraziano - M. BRETONE, *Adquisitio per procuratorem?*, in «Labeo», 1, 1955, p. 280 ss. In proposito è da segnalare il recente contributo di KRENZ, *Der Besitzerwerb*, cit., p. 345 ss., in cui è seguito il punto di vista del Nicosia, che si giova d'altronde della chiara testimonianza neraziana. Sul passo si veda anche W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, p. 89.

⁴⁰⁷) Cfr. H. HAUSMANINGER, *Casebook zum römischem Sachenrecht*², Wien, 1976, p. 112. Sul testo sono da ultimi intervenuti H. ANKUM, *L'application de la loi Atinia aux cas de*

Un debitore pignoratizio dopo aver consegnato il *pignus* nelle mani del creditore, glielo sottrae (così realizzando un *furtum rei suae*⁴⁰⁸) e addirittura lo vende a un terzo. Si faccia attenzione a quello che segue: Cassio, giurista di scuola sabiniana, è del parere che la cosa già *pignerata* possa essere usucapita, dal momento che, nei fatti, essa è ritornata nelle mani del suo legittimo proprietario, e cioè il debitore pignoratizio⁴⁰⁹. Contro quest'ultimo, cionondimeno, potrà utilmente essere esperita l'*actio furti*.

E' altamente significativo l'inciso '*quamvis cum eo furti agi potest*' ('sebbene contro di lui si possa agire con l'*actio furti*') con cui si vorrebbe giustificare e dare conto di una eccezione rispetto ad una regola altrimenti valida in linea di massima, e ricostruibile *a contrario* in questi termini: quando è esperibile l'*actio furti*, la *res furtiva* non può essere usucapita.

A questa regola, già incisivamente valutata in un prezioso intervento dello Schröter⁴¹⁰, ha rivolto la sua attenzione Riccardo Astolfi in un recentissimo

□
furtum pignoris et de furtum fiduciae, cit., p. 21 nt. 22 e G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., pp. 78 nt. 74, 274-275 e 356.

⁴⁰⁸) Sul *furtum rei suae*, in generale, si veda KASER, *Die 'vindictio pignoris' zwischen 'ius civile' und 'ius praetorium'*, in «Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode», Wien-Köln-Graz, 1986, p. 337 ss. (già edito in «Festschrift Hübner», Berlin, 1984, p. 63-84). Lo Schirmer, nel considerare questa ipotesi di 'Erweiterung' del concetto di furto di chiara ascendenza cassiana, ha voluto soltanto rimarcare l'inservibilità del ricorso al canone valutativo rappresentato dalle parole '*invito domino contrectare*', per ovvi motivi non applicabile al caso sottoposto all'attenzione del giureconsulto: 'natürlich, dass nun auch das *invito domino contrectare* nicht mehr passt' (TH. SCHIRMER, *Zur Lehre vom furtum*, cit., p. 209).

⁴⁰⁹) Nonostante l'illecito, consistente nel *furtum suae rei*, la cosa torna quasi paradossalmente ad essere usucapibile. Si veda in proposito il lucido commento di R. ASTOLFI, *Sabino e la lex Atinia*, cit., p. 501: «Il punto di vista di Cassio è piuttosto ardito. Nel momento in cui si compie il furto, si impedisce anche alla cosa di assumere la natura di *res furtiva*. Perciò tutti non ne furono convinti. Non lo fu Filippo l'Arabo (C. 7.26.6). Paolo stesso ebbe delle perplessità (D. 41.3.49). Lo rivela il *rectius* con cui, nel testo in esame, aderisce all'opinione di Cassio».

⁴¹⁰) J. C. SCHRÖTER, '*Nullam eius rei usucapionem esse, pro qua furti agi possit*', Jenae, 1815.

intervento, nel quale si analizza anche il passo contenente l'enunciazione della *regula* da parte di Sabino ⁴¹¹.

Non è questo, comunque, il più nodoso dei problemi aperti da D. 41.3.4.21.

Possiamo qui anticipare, prima di esporre i punti perplessi, che il contenuto di D. 41.3.4.21 sembra essere confermato quasi alla lettera da

D. 47.2.19.5 (Ulp. 40 *ad Sab.*): *Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur.*

Il punto vero è che nell'insieme delle fonti riguardanti la *reversio* trova spazio anche un passo in cui Paolo, aderendo nello specifico ad una opinione espressa da Labeone, sembra invece contraddire sé stesso, perché si espone che qualora un *tu*, debitore pignoratizio, abbia sottratto il pegno a un *ego* creditore, la *res* sarà di nuovo usucapibile una volta ritornata nelle mani di *ego*, e non di *tu*, come invece affermato 'schwarz über weiß' in D. 41.3.4.6 e D. 41.3.4.21. Il luogo è così formulato:

□
⁴¹¹) Vide ASTOLFI, *op.cit.*, p. 500, in cui si cita D. 41.3.35 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*), dove è possibile leggere testualmente: '*Sabinus respondit nullam eius rei usucapionem esse, cuius nomine agi possit, agere autem furti eum, qui frui deberet, posse*'. Mi sia consentito aggiungere che il passo *de quo* offre all'Astolfi il destro per esporre la sua peculiare concezione del furto inteso, probabilmente sulle orme di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., p. 322 ss., come 'sottrazione di possesso' (ASTOLFI, *op.cit.*, p. 499). Nel passo uno schiavo legato in usufrutto viene sottratto quando l'eredità è ancora *iacens* e il soggetto istituito come erede volontario non ha ancora adito l'eredità. Si afferma non esservi stato furto perché quest'ultimo è sottrazione di possesso e l'erede non ha mai posseduto lo schiavo (cfr. I. REICHARD, *Stipulation und Custodiahaftung*, in «ZSS.», 107, 1990, p. 50 nt. 21, ove ulteriori riferimenti bibliografici). A riprova della bontà di una simile concezione si riportano ulteriori passi, D. 47.2.20 pr. (su cui vide TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 737 nt. 2, U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nel diritto romano*, Milano, 1961, p. 107 e M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht II*, in «TR.», 47, 1979, p. 223) e D. 13.7.36 pr. (cfr. M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht II*, cit., p. 222), in cui non viene riconosciuto il furto consumato in assenza di una lesione del possesso. Un conto, infatti, è promettere di costituire in pegno dell'oro e al momento della dazione consegnare del bronzo (cosa che senz'altro '*turpiter fit*', ma non vale *ipso facto* a integrare un furto), altra cosa è sostituire fraudolentemente il bronzo all'oro successivamente alla *datio pignoris*, vero e proprio *furtum rei suae*.

D. 41.3.49 (Lab. 5 pith. a Paul. epit.): *Si quid est subreptum, id usucapi non potest, antequam in domini potestatem pervenerit. Immo forsitan et contra: nam si id quod mihi pignoris dederis, subriperis, erit ea res furtiva facta: sed simul atque in meam potestatem venerit, usucapi poterit*⁴¹².

Sembra sia stato proprio Labeone il primo giurista ad aver affacciato una specifica interpretazione dei caratteri che la *reversio* avrebbe dovuto assumere per produrre l'effetto sanante di cui si sta discutendo; il che risulta, con palmare evidenza, dalla prima parte del passo (fino a 'in domini potestatem pervenerit'), cui segue l'opinione di Paolo. Tuttavia, per avere un quadro chiaro dello stato delle fonti, è necessario soggiungere adesso che D. 41.3.49 appare relativamente isolato, perché l'insegnamento ricavabile da D. 41.3.4.6 e D. 41.3.4.21 risulta corroborato dall'esame di D. 41.4.5 e D. 47.2.20.1, in apparenza confliggenti con il solo D. 41.3.49, nonché, nonostante le apparenze, anche da CI. 7.26.6.

4. *Segue: trattazione dell'apparente contrasto. Il concetto di 'res quasi furtiva' come desumibile da altre fonti (C. 7.26.6 e D. 47.2.20.1).*

La costituzione appena citata, emanata da Filippo l'Arabo (e quindi databile tra il 244 e il 249 d.C.), non può infatti recare conforto a quanti sostengono che in essa si darebbe una soluzione analoga a quella proposta da Paolo in D.

□
⁴¹²) Il frammento aveva già suscitato l'attenzione di F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti*, cit., ibidem e F. MANCALEONI, *Il fr. 49 de usurp. e usuc. 41,3 e la reversio da dominum nel furtum possessionis*, Milano, 1898, estr. da «Il Filangieri», 9, 1898, *passim*. Su questo testo, v. anche C. TUCHSCHMID, *Furtum usus. Gebrauchsanmassung*, cit., p. 16, dove si avanzano dubbi sulla tenuta della regola della 'Ausschliessung der Ersitzung' con riferimento alla fattispecie del *furtum usus*, dubbi comunque risolvibili se si pensa che anche in caso di sfruttamento temporaneo di una cosa per un uso non consentito 'muss die durch ein furtum usus entwendete Sache für die Dauer des unerlaubten Gebrauchs als res furtiva bezeichnet werden' (*op.cit.*, p. 17), ma specialmente W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 248 nt. 8, R. ASTOLFI, *Sabino e la lex Atinia*, cit., p. 501 nt. 7, H. ANKUM, *L'application de la loi*

41.3.49⁴¹³. Non si è infatti considerato – e non mi sembra un sofisma – che D. 41.3.49 parla di un puro *furtum rei suae* e quindi suppone la presenza di una *res furtiva*, mentre in CI. 7.26.6 si parla a chiare lettere di una *res quasi furtiva*, perché è intervenuto un terzo, beneficiario dell'attività distrattiva⁴¹⁴. Le fattispecie sono diverse, e il fatto che in CI. 7.26.6 si dia una soluzione diversa rispetto a quella presa in D. 41.4.5 e D. 47.2.20.1 è soltanto indicativo, come chiariremo nelle ultime battute di questo contributo, di una difformità di vedute dei giuristi a proposito di fattispecie in cui la cosa rubata fosse stata 'quasi furtiva facta'; di ciò è forse indicativo il fatto che proprio in via autoritativa, e cioè con una costituzione, si sia voluto porre fine a un perdurante stato di incertezza⁴¹⁵. Ma vediamo i passi.

□

Atinia aux cas de furtum pignoris et de furtum fiduciae, cit., p. 25 nt. 36 e G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., pp. 78 nt. 74 e 274.

⁴¹³) ALBANESE, *Contributo*, cit., p. 27.

⁴¹⁴) Risulta quindi ingiustificato ritenere che una *res quasi furtiva* sia tale a causa dell'assenza del requisito dell'altruità della cosa (trattandosi di un *furtum rei propriae*) nonché a causa dell'assenza di un vero e proprio atto di appropriazione, come ha corrvamente ritenuto H. WAGNER, *rec.* a G. SCHLICHTING, *Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht*, Karlsruhe, 1973, in «ZSS.», 94, 1977, p. 438 nt. 27: 'nur «quasi» wegen des Fehlens der Fremdheit der Sache und eines entwendenden Ergreifungsaktes'. Infatti, da queste parole si dovrebbe concludere che la *res pignerata* rubata dal proprietario-debitore pignoratizio dovrebbe invariabilmente essere qualificata come *quasi furtiva*, il che è contraddetto da D. 41.3.49 ('*erit ea res furtiva facta*'). E d'altronde D. 47.2.20.1 parla apertamente di *res quasi furtiva* anche se c'è stata una vera e propria sottrazione ('*subripuero*') della *res pignori data*: sembra allora insostenibile ritenere, come ha fatto il Wagner, che la locuzione *res quasi furtiva* possa essere impiegata solo con riferimento alle fattispecie di *conventio pignoris* o *hypotheca*, nelle quali la distrazione non integra una effettiva 'Ortsveränderung' della cosa, dato che 'eine körperliche Wegnahme vom Pfandgläubiger nicht in Betracht kommt' (*ibidem*).

⁴¹⁵) Resta il fatto che nella costituzione di Filippo l'Arabo si avversa comunque la soluzione seguita da Paolo, Cassio e Modestino, che ritenevano usucapibile la *res quasi furtiva*; è questo forse il motivo per cui Gerhard Schlichting l'ha definita senza mezzi termini 'erstaunliche' ('sorprendente'): SCHLICHTING, *Die Verfügungsbeschränkung*, cit., p. 66.

CI. 7.26.6 (Phil. *cum cons. colloc. dix.*): *Cum sit probatum rem pignori fuisse obligatam et postea a debitore distractam, palam est non potuisse eam quasi furtivam usucapi* ⁴¹⁶.

□
⁴¹⁶) Ad una prima lettura, si potrebbe credere che la costituzione di Filippo l'Arabo facesse riferimento a un caso di *hypotheca* o *conventio pignoris* (è questa l'opinione di Max Kaser, confortata dai dati testuali e dall'espresso concetto di '*res pignori obligata*'); non si deve dire, però, che la distrazione del *pignus conventum* non avrebbe comunque potuto interessare la tematica del furto, atteso che la costituzione in discorso è 'even supposing, with Ankum and Kaser, a distinction between *res pignori data* and *pignori obligata*, the only text which clearly suggests that the debtor's disposal of the thing could be regarded as theftuous' (J. A. C. THOMAS, '*Furtum pignoris: a Commentary on the Commentaries*', in «Studi Sanfilippo», I, Milano, 1982, p. 599). Semmai il riferimento alla *res quasi furtiva* ci può permettere conclusioni simili a quelle tracciate dal Thomas, che ha giustamente argomentato: 'I accepted and accept that, in time and before Justinian, hypothec was treated on a footing with pledge in respect of *furtum*' (J. A. C. THOMAS, '*Furtum pignoris: a Commentary*', cit., ibidem). Su CI. 7.26.6 v. pure B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 113, M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, p. 189 nt. 247, che nota la contraddittorietà della soluzione fornita da Filippo l'Arabo se raffrontata con una stessa fattispecie raccolta nelle Pandette in cui si ammette l'usucapione, D. 41.2.43, testo che originariamente, a detta dell'Amelotti, doveva far riferimento all'usucapione, B. ALBANESE, *Contributo*, cit., p. 27, M. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand*, in SDHL., XLV, 1979, p. 80 nt. 279 ma soprattutto ID., *Studien zum römisches Pfandrecht*, in «TR.», 44, 1976, p. 271 e ID., '*Furtum pignoris*' und '*furtum fiduciae*', in «ZSS.», 99, 1982, p. 274 nt. 111 *in fine*, H. ANKUM, *L'application de la loi Atinia*, cit., p. 24 nt. 34 e G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., pp. 274-275. Va poi tenuto presente che la costituzione di Filippo l'Arabo era stata oggetto di particolare esegesi anche da parte di Johann Jakob Bachofen, nella sua ben nota opera sul pegno in diritto romano. Dopo aver constatato che l'intervento dell'Imperatore era stato 'Gegenstand vieles Streites' (J. J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, I, Basel, 1847, p. 61 nt. 9), lo studioso non si esimeva dal muovere una critica analisi al pensiero messo in circolo al riguardo da K. A. D. UNTERHOLZNER, *Die Verjährungslehre*, I, p. 240, il quale per non creare un contrasto con quanto affermato da D. 41.3.4.21 e D. 41.4.5 aveva ritenuto che il 'Verpfänder' che avesse commesso la distrazione non potesse diventare *dominus* della *res* oppignorata; altrimenti, se si dovesse guardare alla 'Veräußerung der Pfandsache' come alla base giustificativa per riconoscere la furtività di una cosa, si dovrebbe ammettere la sanatoria nello stesso momento di attuazione della *distractio*. Ma il Bachofen ha voluto ritenere che la *distractio* di una cosa convenuta in pegno 'ohne Besitzesübertragung' non possa essere trattata alla stregua della *res pignori data*, con la conseguenza che il 'Widerspruch' che Unterholzner aveva cercato di 'entfernen' dalle fonti nella loro credibile restituzione, in merito specialmente ad una pretesa discrasia tra la costituzione di Filippo e i due passi del Digesto, viene invece pienamente anche se problematicamente riconosciuta dallo studioso, che afferma: 'Dieser Unterschied zwischen Pfändern mit oder ohne Besitzesübertragung hebt auch allen Widerspruch zwischen l. 6 C. und den Fragmenten des Paulus und Modestin. Jene spricht von einer bloss obligirten Sache, diese von Faustpfändern' (J. J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, I, cit., p. 62 nt. 9). Ma la conclusione del Bachofen è per più versi singolare, dato che si afferma conclusivamente potersi produrre furtività della cosa solo

D. 41.4.5 (Mod. 10 *pand.*): *Si rem quam tibi pigneravi, subripiuero eamque distraxero de usucapione dubitatum est: et verius est utiliter cedere tempora usucapionis* ⁴¹⁷.

D. 47.2.20.1 (Paul. 9 *ad Sab.*): *Si bona fide rem meam emeris eamque ego subripiuero, vel etiam tuus ususfructus sit et eam contrectaueo, tenebor tibi furti actione, etsi dominus rei sum. Sed his casibus usucapio quasi furtivae rei non impiedetur, quoniam et si alius subripiat et in meam potestatem reuersa res fuerit, usucapiebatur* ⁴¹⁸.

L'insieme di queste testimonianze dovrebbe porsi in (apparente) sintonia con D. 41.3.4.6 e 21 e in (altrettanto apparente: il perché tenterò di spiegarlo in appresso) contrasto con D. 41.3.49. Segnalo subito che l'Albanese ha fatto salvo soltanto il contenuto di D. 41.3.49, nonché, per quanto di ragione, quello di CI. 7.26.6: tutti gli altri (tutti, nessuno escluso) risulterebbero spuri o comunque gravemente corrotti. Anche se si vuole ritenere che i contrasti tra le fonti siano reali ed effettivi, è perlomeno singolare che i numerosi passi relativi alla *reversio* – *grosso modo* conformi in quanto a stile, contenuto e soprattutto in quanto alla concreta 'Sachverhaltschilderung' presupposta 'a monte' – debbano risultare tutti, con le eccezioni ricordate, interpolati, solo per poter dimostrare la genuinità di D. 41.3.49, e cioè dell'unico passo ritenuto distonico

□

nel caso di *res pignori obligata*: 'so kann also der Verpfänder eine *res obligata*, nicht aber eine *res pignori data* furtiv machen und der Usucapion entziehen' (*op.cit.*, ibidem), affermazione che non sembra giustificata dato che non si è mai discusso sulla possibilità che l'oppignorante potesse rendere *furtiva* la cosa consegnata in pegno.

⁴¹⁷) Cfr. H. ANKUM, *L'application de la loi Atinia*, cit., p. 23 nt. 30 e G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit., p. 78 nt. 74.

⁴¹⁸) Al riguardo, si vedano J. F. L. GÖSCHEN, *Vorlesungen*, cit., p. 551 nt. 8, C. W. BLEICH, *Doctrina furtorum seruilium*, cit., p. 2 nt. 15, A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 52, J. BARON, *Pandekten*⁹, cit., p. 572 nt. 42, C. FERRINI, 'Furtum usus possessionisve'. *Contributo alla dottrina del furto*, in «Rivista penale», 23, 1886, p. 5 nt. 3 (ora in ID., *Opere*, V, Milano, 1930, p. 107 nt. 3), TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 743 nt. 3, A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., p. 126 nt. 18 e F. WUBBE, *Der gute Glaube des Nachbarn (Ulp. D. 39.2.11 und 13 pr./9)*, in C. KRAMPE, U. MANTHE (herausgegeben von), 'Quaestiones iuris', cit., p. 288 e H. ANKUM, *L'application de la loi Atinia*, cit., p. 22 nt. 27.

rispetto agli altri. E' forte il dubbio che si sia incorsi in una petizione di principio, perché si parte dall'assunto della autenticità di D. 41.3.49 – quasi alla stregua di una certezza 'granitica' – per 'smontare' *in toto* ogni testimonianza confliggente⁴¹⁹. Per esempio, passando a commentare D. 41.3.4.21, lo studioso siciliano ha affermato: 'già in base alla semplice autorità di D. 41.3.49...è possibile affermare recisamente...che D. 41.3.4.21 è sostanzialmente alterato'⁴²⁰.

Se poi ci si sforza di rintracciare elementi più consistenti di confutazione, si produce l'argomento che Cassio, in D. 41.3.4.21, non avrebbe di certo seguito l'insegnamento del proculiano Labeone e non sarebbe altrettanto certamente incorso in esternazioni così «sofistiche e paradossali»⁴²¹, in forza delle quali la *reversio* si realizzerebbe nello stesso istante in cui viene realizzato il *furtum*. Quanto al primo argomento, il Thomas ha osservato che «whatever the differences which developed among their successors, in general Labeo and Sabinus - and therefore Cassius - followed the same course»⁴²². Quanto al secondo argomento l'Astolfi ha acutamente scritto che «dal punto di vista della sostanza il modo di ragionare di Cassio è ardito, ma non erroneo. Ha convinto la maggior parte della giurisprudenza classica. Si afferma che Cassio segue Sabino. Questo avviene spesso, ma non sempre. Se fosse avvenuto anche in questo caso se ne dovrebbe arguire che Sabino, come Cassio, era per l'usucapibilità e non viceversa»⁴²³.

□

⁴¹⁹) E le perplessità non si smorzano di certo se pensiamo che nemmeno un alfiere della critica interpolazionistica come Gerhard Beseler ha ritenuto di attaccare nella sostanza (e ripeto nella sostanza) un passo di cruciale importanza, il più volte ricordato D. 41.3.4.6, attestante la necessità della *reversio in potestatem domini* ai fini della *purgatio*.

⁴²⁰) ALBANESE, *Contributo*, cit., p. 30 e *passim*.

⁴²¹) ALBANESE, *Contributo*, cit., p. 20.

⁴²²) THOMAS, *The theftuous pledgor*, cit., p. 397, cui *adde* ID., *Non solet locatio dominium mutare*, in «Mélanges Philippe Meylan», I, Lausanne, 1963, p. 339 ss., ma il rilievo risale già all'ivi citato PERNICE, *Labeo*, cit., p. 88 nt. 30.

⁴²³) ASTOLFI, *Sabino*, cit., p. 502.

5. *Segue: la tesi, già sostenuta da Mancaleari, Ferrini e Biondi, recentemente riproposta da H. Ankum, per cui in D. 41.3.49 Paolo si sarebbe occupato della fiducia cum creditore. Nostra opinione sulla soluzione del discusso contrasto.*

Ma come risolvere, allora, l'intricato 'Paul's puzzle'⁴²⁴? Il problema, giova ripeterlo, si concretizza perché Paolo in D. 41.3.49 sembra richiedere la *reversio* nelle mani di un non proprietario (il creditore pignoratizio), mentre in D. 41.3.4.21 lo stesso giurista afferma che la *reversio* si attua con la commissione del furto da parte del debitore pignoratizio. Secondo Walter Erbe⁴²⁵, il giureconsulto avrebbe semplicemente cambiato opinione, aderendo nel commentario all'Editto – scritto successivamente rispetto alla epitome dei *Pithana* labeoniani – all'opinione maggioritaria per cui la *reversio* va sempre interpretata come *reversio in potestatem domini*, come affermato, appunto, in D. 41.3.4.21. Altri autori, hanno creduto che originariamente D. 41.3.49 facesse riferimento alla *fiducia cum creditore*, e che quindi la *reversio* fosse attuabile con il ritorno della *res* nelle mani del 'proprietario formale' e provvisorio, vale a dire del fiduciario⁴²⁶. Si tratta di una concezione risalente al

□

⁴²⁴) La suggestiva espressione è del BĚLOVSKÝ, *op.cit.*, p. 65.

⁴²⁵) W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, p. 35.

⁴²⁶) In ordine di tempo, deve essere segnalato quello che ancora rimane l'ultimo tentativo di spiegazione prodotto nella nostra letteratura, ossia quello di Bernardo Albanese, ampiamente e per certi versi acutamente argomentato nel più volte citato scritto del 1966 apparso sulle pagine di «Labeo». Abbiamo già detto come Albanese sia partito dall'assunto della totale genuinità di D. 41.3.49, sconfessando la tesi di quanti hanno ritenuto che in origine il *l.c.* riguardasse un caso di *fiducia cum creditore* e non di *pignus* (in tal senso, *ex pluribus*, B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in «AUPA.», 7, 1918, p. 133-134): se così fosse stato il supposto fiduciante, avendo trasferito la proprietà della *res fiduciae data*, avrebbe commesso un *furtum rei alienae*, non già *rei suae*, così che Paolo non avrebbe in realtà emendato il parere labeoniano ma l'avrebbe al contrario approvato *in toto* (richiedendo contraddittoriamente una *reversio in potestatem domini*: ALBANESE, *Contributo*, cit., p. 24). Sulla scorta di simili premesse, l'Albanese ha dovuto contestare la genuinità di D. 41.3.4.6 e soprattutto di D. 41.3.4.21, in cui Cassio dice che se il debitore pignoratizio ha rubato il *pignus* per poi venderlo la cosa è nuovamente usucapibile; e anzi Paolo approvava Cassio dicendo '*quod puto rectius dici*'. Albanese ritiene che Cassio non avrebbe mai potuto affermare nulla di simile, e vorrebbe trarre spunti in tal senso dalla lettura di D. 41.3.4.25: *Si dominus fundi possessorem vi deiecerit, Cassius ait non videri in potestatem eius redisse, quando interdicto unde vi restitutus sit possessionem.*

Mühlenbruch, che ha avuto un cospicuo stuolo di sostenitori, tra i quali possiamo ricordare Mancaleoni, Ferrini e Biondi. L'osservazione comunemente mossa in senso contrario è quella per cui seguendo una simile interpretazione in D. 41.3.49 Paolo richiederebbe la *reversio* nelle mani del fiduciario, proprietario della cosa *fiduciae data*, cosicché lungi dal porsi in contrasto con l'asserto significato da D. 41.3.4.21, lo approverebbe invece completamente. A questa concreta difficoltà si era restii a rispondere, soprattutto in passato. In un recentissimo contributo (2006) apparso nei 'Mélanges Guillot' Hans Ankum, riprendendo la tesi della *res fiduciae data*, ha invece espressamente affrontato anche questo nodo problematico. L'Ankum ha osservato che nelle fonti classiche spesso il fiduciante ex proprietario viene ad onta dell'avvenuta *mancipatio* chiamato ancora *dominus*, postulando con ciò una considerazione della sua posizione giuridica in termini di 'dominio sostanziale', in quanto il 'formale' spettava ovviamente al fiduciario. L'importanza di questo punto era già stata avvertita, nella dottrina specialistica, dal Noordraven⁴²⁷ e dal Dunand⁴²⁸. Ora, secondo Ankum, Paolo si sarebbe ricordato di questa frequente qualificazione del fiduciante come *dominus*, sollevando il problema della *reversio* in caso di *fiducia cum creditore*. Bisognava valorizzare il 'dominio sostanziale' del fiduciante,

□

Il *dominus fundi* che si è reimpossessato del fondo scacciando con la forza il possessore non può aver prodotto un ritorno '*in potestatem eius*', quindi parrebbe incongruo che il *dominus rei* che si sia reimpossessato della *res pignori data* ne possa attuare la *reversio* in suo favore, come risulterebbe da D. 41.3.4.21. Tuttavia, i passi su cui si intendono puntellare le tesi vanno letti per intero e non in modo parziale. In particolare deve essere attribuito il giusto peso alla frase '*quando interdicto unde vi restitutus sit possessionem*': il *dominus fundi* non può aver attuato una valida *reversio* solo ed esclusivamente perché, avendo agito con violenza, è soggetto all'*interdictum unde vi* esperibile da parte del soggetto spossessato. Come ha efficacemente rilevato il Thomas, 'since *dominus* has wrongfully retaken control, he is, through the interdict de vi - which is applicable, of course, only to immovables - liable to be ousted and so cannot be regarded as effectively in control. This is an issue entirely different from that of § 4,21' (THOMAS, *The theftuous pledgor*, cit., p. 398).

⁴²⁷) G. NOORDRAVEN, *De fiducia in het Romeinse recht*, cit., p. 221.

⁴²⁸) J.-PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: 'donner pour reprendre'*. *Mancipio dare ut remancipietur. Analyse historique et comparatiste de la fiducia-gestion*, thèse Genève, Bâle-Genève-Munich, 2000, p. 244.

considerando quindi attuata la *reversio* nelle sue mani, oppure era preferibile richiedere il ritorno al ‘*dominus*’ formale anche se provvisorio, il fiduciario? Il giurista avrebbe sciolto l’enigma aderendo a questa seconda impostazione, seppure, come testimoniato dal *forsitan*, in via prudenziale⁴²⁹. Io sarei tuttavia dell’opinione che il tanto singolare contrasto ravvisato in seno ai *dicta* paolini debba essere rimeditato alla luce di tutte le testimonianze più sopra addotte.

Innanzitutto, è lecito chiedersi se il suddetto contrasto sia veramente tale o se non debba piuttosto essere confinato nell’area liminare delle antinomie soltanto apparenti.

Paolo, in D. 41.3.49 non contesta (proprio perché l’aveva affermato in D. 41.3.4.6) che la regola generale debba risultare nei termini descritti e fissati da Labeone (‘*si quid est subreptum...pervenerit*’): tanto è vero che ne riporta il parere, comunemente ‘*acceptum*’, senza restringerne in linea di massima la portata. E tuttavia, si è sentito in dovere di esprimere anche una riserva sulla permanente validità della regola, peraltro in forma cautamente dubitativa (e comunque perplessa), allorquando un debitore pignoratizio abbia sottratto il *pignus* al creditore, perpetrando un *furtum rei propriae*.

Il caso è particolare perché parla di una *subreptio* realizzata dal *dominus* e lì si ferma. In altre parole, il *debitor pigneraticius* non ha sottratto il pegno per aprire un traffico giuridico illecito con terzi, per esempio per vendere a un altro soggetto il *pignus* illegalmente sottratto. Niente di tutto ciò. Il debitore ha semplicemente voluto ritornare nel possesso della cosa originariamente destinata al soddisfacimento della funzione di garanzia, senza andare alla ricerca di un più corposo guadagno: se così non fosse, non si capisce perché D.

□
⁴²⁹) H. ANKUM, *L’application de la loi Atinia aux cas de furtum pignoris et de furtum fiduciae*, cit., p. 27 : ‘Paul s’est souvenu que dans la terminologie juridique on indiquait parfois en cas de fiducie par ce mot le fiduciaire est s’est demandé prudemment (*forsitan*) s’il n’y a pas aussi des cas où la *reversio* ne doit pas être dans le pouvoir du *dominus* (Paul a pensé au fiduciaire) mais d’une autre personne (Paul a pensé au créancier fiduciaire). Paul s’est souvenu pourtant qu’on appelait parfois le fiduciaire *dominus*, mais que le vrai propriétaire au moment du vol était le créancier fiduciaire. Son objection était une objection semblante et c’était donc conforme à la règle formulée par Labeon’.

41.3.49 non dovrebbe contenere espliciti riferimenti, oltre che alla *subreptio*, anche alla successiva *venditio* o *distractio* della *res* (già) *pignerata*. Di un *emere* o di un *distrahere* parlano invece tutte le altre fonti, e cioè D. 41.3.4.21 (*‘subriperit et vendiderit’*), CI. 7.26.6 (*‘rem...obligatam et postea a debitore distractam’*), D. 41.4.5 (*‘subriperero eamque distraxero’*) nonché D. 47.2.20.1 (*‘emeris eamque ego subriperero’*). E questo non deve essere, credo, solo un particolare.

Il problema che alcuni giuristi sentivano di dover affrontare era quindi di diversa natura, a seconda della fattispecie storicamente realizzata.

E a quel che pare, mentre nella semplice ipotesi di un puro *furtum rei suae* (D. 41.3.49) si deduce che ‘forse’ (*‘immo forsitan’*) non risponde molto alla logica consentire proprio al *debitor* ladro di andare esente da conseguenze sfavorevoli, permettendogli di riaprire i termini per l’*usucapio*, *similiter* non è di certo a dirsi nelle ipotesi che le fonti identificano con il lessema *‘res quasi furtiva’*, caratterizzate dal fatto che il debitore ha distratto o venduto a un terzo la cosa rubata: per Gaio, l’abbiamo visto, anche la riapertura dell’*usucapione* in favore del terzo si sarebbe dovuta escludere (soluzione che Filippo l’Arabo intese ribadire in CI. 7.26.6, ma sia Cassio (D. 41.3.4.21) che Paolo (in un passo molto caratterizzato: D. 47.2.20.1) nonché Modestino (D. 41.4.5) hanno invece opinato diversamente (con esegesi forse contraria alla stessa *voluntas* del legislatore, prima ancora che alla *littera legis*⁴³⁰), affermando che la *usucapione* della *‘res quasi furtiva’* non è impedita dal pregresso furto (il tuziorismo di Modestino, con cui si fa presente il *‘dubitatum est’*, sia detto per inciso, è appunto indicativo della mancanza di una vera e propria *‘Übereinstimmung’* in materia).

□
⁴³⁰) L’ermeneusi richiedente la *reversio* al *dominus* che prese piede a partire da Labeone (*arg. ex* D. 41.3.49) era in effetti palesemente antiletterale; si tratta invero di una interpretazione che, come rimarcato da M. BRETONE, *Il giureconsulto interprete della legge*, cit., p. 304, « ‘forza’...il testo della legge e ne abbandona i termini letterali sotto la

6. Ancora sulla 'res quasi furtiva'.

Occorre ora aprire una breve parentesi sul sintagma 'quasi furtiva' con riferimento ad una *res* oggetto di traffici giuridici: in particolare, è sembrato a molti che il significato principale dell'espressione dovesse prevalentemente rimandare alla fattispecie del *furtum rei suae*, nel senso che al furto della cosa propria da parte del *dominus* dovrebbe riconnettersi la qualificazione dell'oggetto materiale della condotta in termini di *res quasi furtiva* (è questa, per esempio, l'opinione dello Schichtling). In realtà dai passi che abbiamo visto emerge che la locuzione era impiegata in caso di intervento di un soggetto beneficiario di un'attività distrattiva, nel presupposto di una più ampia dinamica giuridica soggettivamente complessa, il più delle volte trilatera. Questa diversa e in parte inedita ricostruzione di significato sembra essere confermata dall'uso che si fa delle parole 'quasi furtiva' in altri due passi del Digesto, D. 18.1.29 e 19.1.30 pr.

Nel primo testo, abbiamo tre soggetti, un proprietario *distrahens*, il *servus* distratto (per il quale si fa questione se possa essere considerato con l'accessorio del *peculium*) che sottrae una *res* peculiare e un terzo beneficiario; il *dominus* vende lo schiavo al terzo ma tale vendita non risulta abbracciare anche il peculio come accessorio dello schiavo, indipendentemente dalla *expressio* di una riserva in tal senso, e in tal modo – avendo il terzo fatto atto di apprensione del peculio non contrattualmente dedotto – la *res* peculiare sottratta dal servo e ora passata di mano sarà passibile di essere qualificata 'quasi furtiva', con la condizione decisiva, si ripete, dell'introito delle stesse da parte del compratore.

D. 18.1.29 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Quotiens servus venit, non cum peculio distrahitur; et ideo sive non sit exceptum, sive exceptum sit, ne cum peculio*

□

spinta di esigenze pratiche assai rilevanti'». Su queste 'esigenze pratiche' si leggano le osservazioni di cui subito nel testo.

veneatur, non cum peculio distractus videtur. Unde si qua res fuerit peculiaris a servo surrepta, condici potest, videlicet quasi furtiva; hoc ita si res ad emptorem pervenit.

Il compratore, nelle circostanze poste, sarà soggetto all'azione di ripetizione da parte del *venditor*; mancano, come si vede, elementi per suggerire che la *res quasi furtiva* sia quella di proprietà del *dominus*; infatti è stato lo schiavo a sottrarre la cosa, che peraltro perviene a un terzo, seppure non *optimo iure*; e tanto basta per rilevare la particolarità dell'uso dell'espressione allo studio, non automaticamente riconducibile alla fattispecie del *furtum rei propriae*.

Altra e più articolata fattispecie è quella che ci presenta Africano nell'ottavo libro delle *Quaestiones*.

D. 19.1.30 pr. (Afr. 8 quaest.): *Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res, quam surripuit, interierit, nihilominus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait, id est ipso iure ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa conditionis sit factus; nam licet, si iam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino conditionem eo nomine de peculio non haberem aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum, et si omne peculium penes te sis, vel, quasi plus debito solverim, posse me condicere. Secundum quae dicendum, si nummos, quos servos iste mihi subriperat, tu ignorans, furtivos esse, quasi peculiare ademeris, et consumpseris, conditio eo nomine mihi adversus te competat, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.*

L'esordio del brano ci dice di una fattispecie analoga, ma non coincidente, con quella vista poco sopra. Un servo, che un *tu* ha acquistato *unitamente al peculio* da *ego*, ha commesso un furto ai danni del venditore. Qualora la cosa

sia nel frattempo venuta a mancare, non per questo il venditore *ego* perderà il diritto a vantare un titolo di ritenzione gravante sul peculio, e di conseguenza non perderà il diritto di agire con la *condictio* contro un soggetto che è da considerare, proprio per la soggezione all'azione personale, debitore del *venditor*. Dato che la vendita si è perfezionata con espressa ricomprensione contrattuale del peculio, la soluzione appena descritta non è più da tenere ferma qualora sia già avvenuta la *traditio* dello schiavo e del suo peculio (in tal caso *ego* non può vantare nessuna pretesa ulteriore). Ma non a caso, la dichiarata mancata scissione tra servo e peculio non permette una strutturazione del caso nei termini poco fa visti, e si parla di una *res furtiva* proprio perché è comunque il *tu* a dover globalmente rispondere *retentionis nomine* avendo comprato anche il peculio; in tal modo, se il *tu ignorans* ha speso del denaro già sottratto al venditore ex titolare giuridico del peculio, competerà ugualmente, *eo nomine*, la classica azione di ripetizione.

L'esigenza di un correttivo da introdurre in via giurisprudenziale (perché, ripeto ancora una volta, forse lo scopo della legge Atinia era proprio quello di assicurare un oggettivo *vitium rei*, connesso al *furtum*, insuperabile non solo per il *fur*, ma anche per l'acquirente di buona fede⁴³¹) è stato colto alla perfezione dallo studioso ceco Petr Bělovský, che ha giustamente affermato: 'The owner-thief of a *res quasi furtiva* must be allowed to make an effective *reversio*, since otherwise there would be no other person to do so. Disabling the thief from relieving the stolen thing of its delictual effects and insisting on

□

⁴³¹) Punto di vista recentemente ribadito da Wojciech Dajczak, secondo cui è 'mit der *lex Atinia* konform' ogni tentativo esegetico che escluda comunque e invariabilmente anche solo la possibilità che una cosa rubata possa, con successivi passaggi, essere usucapita; quindi la legge di cui ci occupiamo 'gänzlich (n.d.a.: cioè totalmente, a prescindere dalla buona fede di un successivo ignaro possessore) die Möglichkeit ausschloss, Eigentum an gestohlenen Sachen zu erwerben' [W. DAJCZAK, *Erwägungen des Pomponius zur Natur des corpus im dreißigsten Buch des Kommentars ad Sabinum (D. 41.3.30 pr.)*. *Inspirationsquelle für die historisch-vergleichende Diskussion über den Eigentumsgegenstand*, in «RIDA.», 52, 2005, p. 128 nt. 52].

his incapacity to reopen usucapio would lead to a perpetual impossibility of usucapio, which would be clearly undesirable⁴³².

Non credo che si possa onestamente escludere che una simile considerazione sia stata presente alla mente di Cassio e di Paolo nell'affrontare il caso raccolto in D. 41.3.4.21.

La sostanza di queste argomentazioni può in particolare trovare conforto dall'esegesi di D. 47.2.20.1. Nella prima parte del brano si parla di una *res furtiva*: infatti il proprietario quiritario commette un puro *furtum rei suae* ai danni di un usufruttuario o di un *possessor bonae fidei*.

Nella seconda parte, però, che inizia dal '*sed*' e introduce la messa a fuoco di Paolo, interviene un terzo soggetto, a cui si deve la commissione del delitto: nel testo riportato da Astolfi compare il refuso '*quondam*' ma bisogna intendere che la lezione corretta sia '*quoniam et si alius subripiat*'⁴³³, altrimenti cambierebbe leggermente il senso dell'esempio sull'*alius* interveniente. Superato questo dubbio, si dice che se la cosa viene sottratta da un terzo ma poi torna nella disponibilità del *dominus* (complice del terzo? La domanda è legittima se si considera la *sedes materiae*), '*his casibus usucapi quasi furtivae rei non impeditur*'.

Il '*sed*' farebbe inoltre pensare a un contrasto di soluzioni rispetto alla prima parte, attribuita a Sabino, nel senso che quest'ultimo non sarebbe stato per la soluzione dell'usucapibilità: ma se pensassimo entro simili coordinate non faremmo onore alla necessità di differenziare il caso della *res furtiva* (prima parte del *l.c.*) da quello della *res quasi furtiva* (seconda parte).

Dobbiamo però precisare che la complicità o meno dell'*alius* è un profilo tutt'altro che secondario: si può ragionevolmente credere che l'*interpretatio* equitativa ma pragmatica accettata e seguita da Paolo, Modestino e Cassio in ordine all'usucapibilità della *res quasi furtiva* fosse giustificata solo nella

□
⁴³²) BĚLOVSKÝ, *op.cit.*, p. 69.

misura in cui il *subripiens* (*dominus* ma anche non *dominus*, come in D. 47.2.20.1) e il terzo non fossero d'accordo: in tal caso, infatti, l'*alius* avrebbe funto da *longa manus* del *dominus* ladro, così che la relativa fattispecie dovrebbe ricadere nell'ambito del *furtum rei suae* in senso stretto. Il tentativo dell'Albanese di dimostrare l'inautenticità di D. 47.2.20.1 non può poi dirsi riuscito, per la debolezza dei due argomenti prodotti: per il primo di essi, si è voluto richiamare Jolowicz, che avrebbe criticato il passo dal punto di vista della forma; ma lo stesso studioso siciliano ha dovuto ammettere che il Jolowicz, per il resto, ha accordato «piena fede alla sostanza del passo nella sua seconda parte»⁴³⁴. Quanto al secondo argomento, esso si basa su un elemento che appare già *ictu oculi* poco convincente: Paolo nel nono libro *ad Sabinum* sul furto non si sarebbe mai occupato di problematiche connesse all'usucapione, il che, secondo Albanese, dovrebbe farci propendere per ritenere l'intera seconda parte (da '*Sed his casibus*' a '*usucapiebatur*') una zeppa introdotta dai commissari giustiniane. A questa osservazione ha tuttavia efficacemente replicato l'Astolfi, mettendo in evidenza come sia ingiustificato «arguire la scarsa possibilità che Paolo si interessasse, in quel titolo, di usucapione. Ad esempio non rimane alcuna traccia del commento di Paolo a due lemmi di Sabino relativi al furto e testimoniati da Gell. 11.18.20 e 21. Tuttavia è certo che il titolo *de furtis* del IX libro di Paolo a Sabino conteneva il loro commento»⁴³⁵.

Credo allora conclusivamente che se di contrasto si vuole parlare, questo si sia verificato soltanto con riferimento alle diverse opinioni nutrite dai giuristi romani a proposito di fattispecie in cui venivano in considerazione '*res quasi furtivae*', senza dover addebitare a Paolo una mancanza di coerenza nella considerazione dei presupposti per la decisione di un'identica fattispecie

□

⁴³³) Tutte le restituzioni portano '*quoniam*': cfr. per es. *Corpus Iuris Civilis, volumen primum, Institutiones* (rec P. KRÜGER) *et Digesta* (rec. TH. MOMMSEN), rist. Dublin-Zürich, 1968, p. 816.

⁴³⁴) ALBANESE, *Contributo*, cit., p. 35.

⁴³⁵) ASTOLFI, *Sabino*, cit., p. 504.

(l'*immo forsitan* di D. 41.3.49 riguarda un puro *furtum suae rei*; all'opposto, il '*quod puto rectius dici*' di D. 41.3.4.21 e l'insieme proposizionale introdotto in D. 47.2.20.1 con le parole '*Sed his casibus*' rientrano in una ipotesi in cui la cosa sottratta è esplicitamente chiamata '*quasi furtiva*').

7. *Il problema della purgazione del vizio di furtività in caso di specificazione di 'materia et substantia' rubata. Il fur acquista il dominio della nova species? (D. 13.1.13, D. 41.3.4.20, D. 47.2.52.14).*

'La specificazione, come l'accessione, è intesa come un fenomeno naturale: lo specificatore acquista anche se commette furto'⁴³⁶. Con queste parole Pasquale Voci ha inteso esprimere un giudizio certamente non inedito nel pur vasto panorama giuridico, da valutare attentamente perché si tratta di asserto non ulteriormente motivato se non col ricorso all'indicazione di quattro luoghi che confermerebbero l'acquisto naturale del *fur* e quindi l'assenza di una macchia oggettiva della *substantia* specificata comunicabile alla *nova species*, a sua volta e *a fortiori* acquistata dal ladro: si tratterebbe di Gai 2.79, D. 13.1.13, D. 41.3.4.20 e D. 47.2.52.14.

Conviene partire dall'analisi del primo, per capire se davvero potesse configurarsi, in via eccezionale, un acquisto anche solo temporaneo della *nova species* in seguito a un furto della *materia et substantia*.

Il testo di Gaio fornisce qualche prima indicazione. Siamo informati del fatto che in alcuni casi poteva prodursi una *adquisitio naturalis* – cioè basata sulla *naturalis ratio* – come quando taluno dall'uva produca vino; sappiamo che in proposito si fronteggiavano pareri diametralmente opposti, dato che i sabiniani attribuivano la *res quae facta sit* al proprietario della materia, mentre i *diversae scholae auctores* (con questa espressione Gaio, come noto, indicava i proculiani) ritenevano di dover premiare l'impulso di trasformazione impresso alla cosa dallo specificatore.

Ma di qualche utilità può rivelarsi, ai fini di questa indagine, soltanto l'ultima parte del brano, in cui si fa espressa menzione del furto della materia prima.

Gai 2.79: *...Sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subriperit habere actionem; nec minus adversus eundem conditionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt*⁴³⁷.

□

⁴³⁶) P. VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano, 1996, p. 279 nt. 6.

⁴³⁷) Sul quale E. G. A. KOCH, *De iure eius, qui speciem ex aliena materia fecit*, Marburgi, 1829, p. 7 nt. 1, A. BECHMANN, *Über den Rechtsgrund des Eigentumserwerbs durch Specification*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 47, 1864, pp. 40 nt. 23 e 42 nt. 27, H. FITTING, *Die Specification*, in «Archiv für die civilistische Praxis», 48, 1865, pp. 14 nt. 11, 16 nt. 13, 20 nt. 19-20 ma soprattutto pp. 151-152 e 178, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., pp. 456 e 463, J. V. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die conditio als Bereicherungsklage*, I, cit., pp. 38 nt. 4, 39 nt. 6, 41 nt. 3 e 129 nt. 3, ID., *Die conditio*, II, cit., pp. 74 nt. 3, 304 nt. 4 e 314 nt. 5, G. BORTOLUCCI, *Nota a Gaio, Inst. II.78*, in «BIDR.», 33, 1923, p. 157, dove si afferma che Gaio 'dà contro lo specificatore colpevole di furto della materia prima non solo l'*actio furti*, ma anche la *conditio furtiva*', GIANN. LONGO, *Questioni esegetiche*, in «Studi in memoria di E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 696, W. OSUCHOWSKI, *Des études sur les modes d'acquisition de la propriété en droit romain. Recherche sur l'auteur de la théorie éclectique en matière de la spécification*, in «Studi in onore di V. Arangio Ruiz», III, Napoli, 1953, pp. 39 nt. 1 e 44, A. MOZZILLO, *Note in tema di specificazione*, in «Scritti giuridici per il centenario della casa editrice Jovene», Napoli, 1954, *passim*, F. WIEACKER, *Spezifikation: Schulprobleme und Sachprobleme*, in «Festschrift Rabel», II, Tübingen, 1954, pp. 264 nt. 6, 266 e 282, T. MAYER-MALY, *Spezifikation: Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut*, in «ZSS.», 73, 1956, p. 122, J. A. C. THOMAS, *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, in «ZSS.», 81, 1964, pp. 112 nt. 5, 123 nt. 30, 125 e 128 A. CALONGE, *Breve exegesis en materia de especificacion*, in «Studi Grosso», II, cit., p. 197, B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, cit., p. 95 nt. 24 ma specialmente p. 96 ss., che afferma chiaramente che 'la materia prima, anche se furtiva, è ritenuta – secondo il punto di vista proculiano – perita a seguito della specificazione (Gaio parla appunto di *res extincta*): in luogo di questa è subentrata una cosa nuova, il cui dominio spetta non più all'originario proprietario, bensì allo specificatore', D. DAUBE, *Das Selbstverständliche in der Rechtsgeschichte*, in «ZSS.», 90, 1973, p. 4 nt. 15, P. STEIN, *The development of the notion of 'naturalis ratio'*, in «Daube noster», cit., p. 307, F. BENEDEK, *Zur Frage des 'diabolischen Beweises'*, in «Studi in onore di A. Biscardi», IV, p. 453 nt. 36, M. G. SCACCHETTI, *Note sulle differenze di metodo fra Sabiniani e Proculiani*, in «Studi in onore di A. Biscardi», V, cit., pp. 381 e 383 nt. 43, T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 54 nt. 76, R. STOLMAR, *Actio utilis. Grundlagen, Wesen, Voraussetzungen, Anwendungen, Wirkungen I. Die genesis der utilis actio aus der celsinischen Durchgangstheorie*, Sindelfingen, 1984, pp. 24 nt. 355 ss., W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 39 ss., P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, cit., p. 199 nt. 10, S. TONDO,

Gaio afferma dunque che anche colui al quale venne portata via la *materia et substantia* dispone dell'*actio furti* contro il ladro, anche se non viene chiarito con riferimento a quale oggetto (materia rubata o *nova species* risultante, problema che curerà di sciogliere Paolo in D. 41.3.4.20, che vedremo tra poco), ma viene pure riconosciuta la spettanza di una *condictio*, evidentemente *ex causa furtiva*; e la *condictio* assolverebbe qui ad una funzione inabdicabile, quella di garantire un'azione con finalità reipersecutoria attesa l'impossibilità di agire con la *rei vindicatio*. La rivendica, ammette infatti il giurista antoniniano, non è più possibile perché *materia et substantia*, oggetto del furto originario, sono oramai '*extinctae*'⁴³⁸.

Peraltro, la negazione della rivendica della cosa originaria è stata in dottrina ridimensionata dal Koch, il quale, in un risalente ma circostanziato contributo del 1829, riconosceva che l'azione potesse darsi quanto meno in via utile, ammettendo che '*contra eum, qui mala fide speciem fecit, non solum ex furto actiones, sed quoque rei vindicatio utiliter competit, licet alter dominus factus sit*'⁴³⁹. L'applicazione in tali casi di una *vindicatio utilis*, tema indagato dal von Mayr⁴⁴⁰, ha fornito un primo argomento per sostenere che la proprietà del *dominus* derubato fosse ormai irrimediabilmente estinta⁴⁴¹.

Ma la domanda resta: quali le conseguenze giuridiche in seguito al furto della materia? Il *fur* acquista veramente, come supposto dal Voci, nonostante

□

Appunti sulle 'Institutiones iuris', in «BIDR.», 101-102, 1998-1999 (pubbl. 2005), p. 641, J. D. HARKE, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, in «IURA.», 54, 2003, p. 72 ss. e W. WALDSTEIN, *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I sec. d.C.*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., pp. 301 e spec. 305.

⁴³⁸) Così, per tutti, J. A. C. THOMAS, *Locatio conductio emptio venditio und specificatio*, cit., p. 127: '*eine vindicatio ist dagegen unmöglich, die in den Institutionen hinreichend erklärt werden, Inst. 2.1.15...nam extinctae res licet vindicari non possint*'.

⁴³⁹) E. G. A. KOCH, *De iure eius*, cit., p. 38 nt. 1, in commento a D. 41.3.4.20.

⁴⁴⁰) Cfr. R. V. MAYR, *Vindicatio utilis*, in «ZSS.», 26, 1905, p. 90-91 e *passim*.

⁴⁴¹) E' questo il discutibile approccio di W. PIKA, *Ex causa furtiva condictio*, cit., p. 41: '*Da in der neuen Sache die Materie als vernichtet erscheint, können die mit ihr verbundenen Beziehungen nicht fortbestehen. Durch die Spezifikation erlischt daher das Eigentum an der gestohlenen Sache*'.

la materia debba considerarsi *furtiva* e quindi non solo inacquistabile ma anche inusucapibile a tenore della *lex Atinia*?

A questi quesiti, spinosissimi, sembra doversi dare una risposta necessariamente articolata. E' vero, si potrebbe, secondo l'idea del Voci, dire che il ladro ha rubato ma che specificando ha acquisito la proprietà sulla *nova species*; tuttavia, sarà soggetto per il delitto commesso all'*actio furti* e anche alla *condictio furtiva*: insomma, una proprietà precaria, ma pur sempre proprietà, giustificando l'affermazione di Voci.

Ma il *punctum pruriens* sta proprio nella concessione della *condictio furtiva* al derubato; la *condictio furtiva* spettava in linea di principio al *dominus*, e concederla avrebbe avuto il significato di considerare il ladro non proprietario della cosa rubata e poi specificata.

Che venisse in causa proprio la *condictio furtiva* è *claris verbis* confermato dal secondo dei passi addotti da Voci.

D. 13.1.13 (Paul. 39 *ad Ed.*): *Ex argento subrepto pocula facta condici posse, Fulcinius ait. Ergo in conditionem poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est; quemadmodum si infans subreptus adoleverit, aestimatio fit adolescentis, quamvis cura et sumptibus furis creverit*⁴⁴².

Sulla natura di questa *condictio*, anche e soprattutto *ratione loci* (titolo D.13.1), non è possibile dubitare. Di un dominio transitorio e precario del

□
⁴⁴²) In argomento E. G. A. KOCH, *De iure eius*, cit., p. 29, H. FITTING, *Die Specification*, cit., pp. 168 e 179, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 456, G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898, p. 30, R. V. MAYR, *Die condictio des römischen Privatrechtes*, Leipzig, 1900, pp. 274 nt. 1 e 402 nt. 2, ID., *Condictio incerti*, in «ZSS.», 25, 1904, p. 216 nt. 5, ID., *Vindicatio utilis*, cit., p. 91 nt. 4, B. ALBANESE, *Esegesi minime in tema di specificazione*, in «Labeo», 1, 1955, p. 166, D. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, cit., p. 161 nt. 52, J. PLESCIA, *The case of specification in roman law*, in «IURA.», 24, 1973, p. 219 nt. 29, B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo*, cit., p. 128 ss. e W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., pp. 42 e 107 nt. 36.

ladro si sarebbe potuto parlare solo alla condizione che risultasse applicabile una *condictio indebiti*, qui però completamente fuori causa.

Il Koch, analizzando D. 13.1.13, non ha evidentemente potuto negare che la *condictio* in discorso fosse *furtiva*; in effetti, ‘haud quidam negandum est, hac conditione intelligendam esse conditionem furtivam, quippe quae apud Romanos furtiva non appellatur, sed vel *condictio simpliciter* vel *condictio ex causa furtiva*’⁴⁴³. Nemmeno, di conseguenza, si è negato il chiaro principio per cui la *condictio furtiva*, come si legge in D. 13.1.1 pr., dovrebbe spettare al solo *dominus*. Tuttavia il Koch, dopo queste ammissioni, puntualizza che ‘hoc fragmentum cautius est intelligendum’, in quanto Ulpiano in un altro luogo, D. 13.1.10.2, affermerebbe che la *condictio* può aver luogo fino a quando il *dominium* non sia perso per fatto del proprietario, come ad esempio quando questi abbia alienato la cosa, mentre invece se la proprietà ‘recedit’ ‘sine facto eius’, cioè non per fatto del proprietario, la circostanza di aver perso il dominio non porrebbe un ostacolo all’esperimento della *condictio*⁴⁴⁴. Di talché, sempre secondo il Koch, ‘corrui’, crollerebbe completamente, l’ ‘argumentum ex natura conditionis furtivae repetitum’⁴⁴⁵.

Anche Wolfram Pika, nel suo noto scritto del 1988 sulla *condictio furtiva*, ha voluto seguire la medesima impostazione, distinguendo a seconda dei casi in cui il ‘Vermögensverlust’ avvenga in modo ‘freiwillig’ (volontario) ovvero ‘unfreiwillig’ (involontario). Sulla base di questo criterio il Pika ha spiegato non solo l’appena visto D. 13.1.13 ma anche il più ‘generale’ Gai 2.79. Con riferimento al testo di Gaio, lo studioso evidenzia, come il Koch, che trattandosi di una perdita di proprietà avvenuta non per fatto e volere

□

⁴⁴³) E. G. A. KOCH, *De iure eius*, cit., p. 30.

⁴⁴⁴) Così si era spiegato lo studioso: «Ulpianus enim ipsa sua verba interpretatur in l. 10 § 2 eod., ubi haec leguntur: ‘tamdiu autem *condictioni* locus erit, donec domini facto *dominium eius rei* ab eo recedat, et ideo si eam rem alienaverit, *condicere non poterit*’. Si igitur *dominium* ab eo recedit sine facto eius, veluti consumptione alterius sine domini voluntate facta, amittit quidem *dominium*, sed *condicione* experiri non prohibetur» (E. G. A. KOCH, *op.cit.*, pp. 30-31).

⁴⁴⁵) E. G. A. KOCH, *De iure eius*, cit., p. 31.

dell'originario *dominus*, dovrà considerarsi impregiudicata la legittimazione di quest'ultimo all'esperimento della *condictio furtiva*⁴⁴⁶. Anche per il testo del Digesto varrebbero poi le stesse considerazioni, e allora, secondo lo spiegato approccio euristico, 'auch für fr. 13 gilt, daß der Kläger unfreiwillig das Eigentum am gestohlenen Silber verloren hat'⁴⁴⁷.

La tesi di Koch, poi ripresa da Pika, pur ingegnosa, spiega troppo, perché ogni qualvolta venga commesso un furto si dovrà riconoscere l'assenza di un '*factum domini*', ma nonostante questo, e al contempo, risulterà confermata la regola generale della spettanza della *condictio* in capo al solo proprietario.

Il giurista Fulcinio per il resto non apporta elementi di novità al quadro disegnato, se non per un particolare. Essendo il ladro di *argentum* debitore dei *pocula* per tutto il loro valore, sarà obbligato anche per il valore aggiunto dovuto alle *caelaturae*, cioè agli intarsi e ai motivi incisi sulle coppe per impreziosirli, nonostante che gli stessi siano dovuti alla persona del ladro.

Discorso identico per l'*infans* rubato ma cresciuto presso il ladro: il debito di valore di quest'ultimo sarà proprio riferito all'*adolescens*, '*quamvis cura et sumptibus furis creverit*', sebbene sia stato cresciuto a spese del ladro.

Anche il contenuto di D. 13.1.13, dunque, sembrerebbe provare poco. Poteva forse farsi strada l'ipotesi di un virtuale dibattito scaturente dal frazionamento della fattispecie: scindendo *materia* e *nova species*, si potrebbe affermare che soltanto riguardo alla prima potesse essere riconosciuta la soggezione alla *condictio furtiva*, poiché della stessa il *fur* non sarebbe diventato *ad interim* proprietario; viceversa, la specificazione gli avrebbe fatto guadagnare l'*adquisitio*, e questo spiegherebbe sia l'*actio furti* che la negazione della *rei vindicatio*. Così, hanno ritenuto di dover sostenere l'acquisto della proprietà del *fur* non della cosa rubata, ma di quella nuova

□

⁴⁴⁶) W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 39: 'Hat der Eigentümer das Eigentum am gestohlenen Gegenstand durch Verarbeitung der Sache verloren, berührt dieser unfreiwillige Eigentumsverlust nicht seine Aktivlegitimation zur *condictio*'.

⁴⁴⁷) W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 43.

risultante dalla specificazione Paul Sokolowski⁴⁴⁸, Robert von Mayr⁴⁴⁹ e Wolfram Pika⁴⁵⁰.

Si potrebbero, volendo, trarre suggestioni in tal senso da D. 41.3.4.20 e dal ‘*verius est*’ con cui Paolo tratta del nostro caso pratico, lasciando intendere di giudicare ‘più giusta’, appunto, una soluzione in cui si ritenevano *furtivae*, nella specie, sia la lana rubata che la *vestis* da essa prodotta, così permettendo di trarre con *argumentum e contrario* la conclusione che anche una tesi opposta doveva essere stata sposata da qualche giurista: quella di considerare furtivo almeno uno dei due oggetti.

D. 41.3.4.20 (Paul. 54 *ad Ed.*): *Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus; et ideo vestis furtiva erit*⁴⁵¹.

Theo Mayer Maly non si è accodato alla dottrina dominante (dal Koch a Santalucia e Pika), tutta rivolta al riconoscimento di un avvenuto trasferimento del dominio in capo al ladro della lana, e ha invece sostenuto la preferibile tesi contraria all’acquisto della proprietà in seguito a specificazione di cosa rubata; benché il testo parli di una ‘*Verarbeitung*’ irreversibile – per la quale, forse, con ancora maggior vigore potrebbe sostenersi l’estinzione della proprietà originaria – ‘*doch bespricht Paulus überhaupt nicht die Frage des Eigentumserwerbes*’; in effetti, ci dice a chiare lettere lo stesso studioso tedesco, proprietario della cosa non è né il possessore della lana né il forse da

□

⁴⁴⁸) P. SOKOLOWSKI, *Die Lehre von der Specification. Ein Beispiel römischer Juristenphilosophie in ihrem Verhältniss zur modernen Gesetzgebung*, in «ZSS.», 17, 1896, p. 263, seppure evidenziando stratagemmi per evitare la definitività dell’acquisto da parte del ladro.

⁴⁴⁹) R. V. MAYR, *Die condictio des römischen Privatrechtes*, cit., p. 146.

⁴⁵⁰) W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 41: ‘*der Dieb wird zwar nicht Eigentümer der gestohlenen Sache, wohl aber der ungeformten (neuen) Sache*’.

⁴⁵¹) Sul testo, ampiamente, si vedano H. FITTING, *Die Specification*, cit., p. 169 nt. 50, B. ALBANESE, *Esegesi minime in tema di specificazione*, cit., ibidem, T. MAYER-MALY, *Spezifikation. Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut*, cit., p. 145 ss., e, in senso contrario, B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo*, cit., p. 134 ss.

lui distinto ladro-specificatore, ma il derubato, non discorrendosi in alcun modo dell'acquisto della proprietà da parte del ladro⁴⁵².

Ma tutti gli sforzi cadono ineluttabilmente sotto la scure di D. 47.2.52.14, in cui si afferma a chiare lettere che la *condictio furtiva* era esperibile tanto per la massa argentea quanto per i *pocula* da essa derivati, rendendo insostenibile un ipotetico divario tra materia e *nova species* nell'attribuzione dello status di *res furtiva*, anche ai fini della *lex Atinia*.

D. 47.2.52.14 (Ulp. 37 *ad Ed.*): *Si quis massam argenteam subriperit, et pocula fecerit possum vel poculorum, vel massae furti agere, vel condictione. Idem est et in uvis, et in musto, et in vinaceis; nam et uvarum, et musti, et vinaceorum nomine furti agere potest; sed et condici*⁴⁵³.

□

⁴⁵²) T. MAYER-MALY, *Spezifikation: Leitfälle, Begriffsbildung, Rechtsinstitut*, cit., p. 146: „Eigentümer ist weder der Besitzer der Wolle noch ihr vielleicht von ihm verschiedener Verarbeiter, sondern der Bestohlene. Von einem Eigentumserwerb des Diebes durch Spezifikation ist nirgends die Rede“.

⁴⁵³) E. G. A. KOCH, *De iure eius*, cit., pp. 30, 32 nt. 1, 36 nt. 2-3 e *passim*, C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., p. 457, W. OSUCHOWSKI, *Des études sur les modes d'acquisition*, cit., p. 47 nt. 28, A. MOZZILLO, *Note*, cit., p. 730, B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo*, cit., p. 106 nt. 49 e 108 nt. 54 e W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 42, che offre la stessa ricostruzione già data per tutti i passi prima riportati: ‘auch

CAPITOLO QUARTO

IL MOMENTO GENETICO DEL *FURTUM IMPROPRIUM*. PER UNA IPOTESI SULL'ORIGINE DELLA *CONDICTIO EX CAUSA FURTIVA*

SOMMARIO: 1. Osservazioni in merito a D. 12.5.6: la *iniusta causa* era anche quella scaturente da un *furtum*? - 2. Probabili scaturigini della *condictio ex causa furtiva*. - 3. Il rifiuto di restituzione nel furto improprio: analogie con il *crimen repetundarum*. - 4. Spiegazione sulla derivazione etimologica *furtum a fraude* proposta da Sabino. - 5. La portata sistematica di *Cic. nat. deor.* 3.30.74.

1. Osservazioni in merito a D. 12.5.6: la iniusta causa era anche quella scaturente da un furtum?

Già nel vigore del processo *per legis actiones* la necessità di accordare protezione giuridica a quelle che in seguito saranno riguardate come vere e proprie *causae* di figure contrattuali tipiche – deposito, comodato e pegno – non collimava con una esigenza ulteriore e altrettanto intensamente sentita dagli operatori del diritto: quella di garantire l'applicabilità di un'azione rivolta a '*condicere*' il dato qualora tra le due parti di un negozio (assunto dalle stesse come «fiduciario») non fosse intercorsa *mancipatio fiduciae causa*, ma semplice *traditio* di per sé sola non traslativa della proprietà quiritaria delle *res Mancipi*.

Fino a quando, nell'ultima età repubblicana, il pretore non ritenne di dover promettere nell'editto strumenti di tutela in funzione reipersecutoria dei contratti finalmente tipicizzati di '*commodatum*' e '*depositum*' – ricordo *en passant* come il primo passo verso la giuridicizzazione dei relativi rapporti sia

□

hier gilt, daß der unfreiwillige Eigentumsverlust des Eigentümers aufgrund der erfolgten

stato compiuto introducendo *actiones in factum* – ancora si doveva far ricorso alla *fiducia cum amico*⁴⁵⁴ o *cum creditore*, la quale importava il trasferimento della proprietà della *res fiduciae data* in capo al fiduciario con conseguente impossibilità da parte del fiduciante di poter vittoriosamente esperire l'azione di rivendica. Da un lato, infatti, se non c'erano controindicazioni specifiche per l'estensione dello spettro d'azione della *condictio* formulare (una volta invalso il procedimento basato sui formulari, poi nella forma della *condictio ex causa furtiva*) ai casi di *furta impropria* (e cioè senza sottrazione)⁴⁵⁵ di *res Mancipi* – come attesta tutta una casistica giurisprudenziale su cavalli e giumenti dati in

□

Verarbeitung für die *condictio* nicht ins Gewicht fällt'.

⁴⁵⁴) Che col ricorso alla *fiducia cum amico* si potesse realizzare la causa negoziale del prestito d'uso è ammesso, con diverse sfumature, dalla maggior parte degli studiosi (per la manualistica tradizionale, mi limito a citare V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1993, p. 307-308, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 469-470); condivisibili mi sembrano pure le puntualizzazioni di P. CERAMI, *Il comodato*, in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. Luis Murga Gener», Madrid, 1994, p. 306-307. In un passo di Boezio (Boeth., *ad Cicer. top.* 10) si dà notizia della mancipazione fiduciaria di un fondo in favore di un *amicus potentior*, eseguita *tempus dubium timens*: indipendentemente dai rilievi formulati da C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in «Opere», III, Milano, 1930, p. 101 ss. e da F. PASTORI, *Comodato contratto responsabilità*, Milano, 1981, p. 90 ss. secondo i quali la fattispecie avrebbe riguardato un caso di prestito d'uso atteso che il deposito ha per oggetto esclusivamente cose mobili, è evidente che siamo di fronte a una specifica figura di *fiducia cum amico*, probabilmente non riducibile allo schema del comodato (nel caso di specie vi sarebbe un interesse quasi esclusivo del fiduciante alla traslazione del dominio). Comunque sia, il discorso impostato in questo articolo non può essere attaccato adducendo la non necessità di ricorrere alla *fiducia* per le *res nec Mancipi*: a parte il fatto che *illo tempore* questa applicazione non era esclusa (PASTORI, *op.ult.cit.*, p. 88), nessuno vorrà negare che nella casistica giurisprudenziale più antica ricorressero soprattutto fattispecie di furto improprio di *res pretiosiores*; in effetti «noi sappiamo come nella più remota antichità i beni consistevano (N.d.A. tra l'altro) in bestiame, e il furto più frequente era la sottrazione di capi di bestiame» (S. RICCOBONO, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1910, p. 593).

⁴⁵⁵) La locuzione *furtum improprium*, nonostante la peculiarità di disciplina ad essa riconnessa, è relativamente recente. Biagio Petrocelli (citato sul punto da G. PECORELLA, *Furto (dir.pen.)*, in «ED.», XVIII, 1969, Milano, p. 320) ne ha attribuito una prima formulazione al CARPZOVIO, *Practicae novae rerum criminalium, Pars V*, con *observationes* del BÖJER, Frankfurt an Main, 1758, *quaestio LXXXV*. In materia di furto, come noto, il criterio di discriminazione più antico si fonda sul concetto di flagranza e sulla dicotomia decemvirale *furtum manifestum/nec manifestum* (F. WALTER, *Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*³, II, Bonn, 1861, p. 441) dove la particella *nec* era ancora intesa «im Sinne von 'nicht' (ohne kopulative Kraft)...wie in *negotium*,

prestito d'uso⁴⁵⁶ – notevoli difficoltà sorgevano in relazione alla fattispecie astratta del furto d'uso non extracontrattuale di *res nec Mancipi*.

In quest'ultimo caso, a differenza che nel primo, e ancora in epoca successiva alla legge euzia soppressiva della *l.a. per condictioem*, non si sarebbe potuto reclamare a carico del debitore un '*dare oportere*': deve essere stato questo uno dei motivi che spinsero giuristi come Quinto Mucio Scevola a considerare l'azione di ripetizione come volta a considerare, anche e soprattutto, il disvalore di una cosa che si trovasse presso altri *ex iniusta causa*. Non a caso si è fatto notare da più parti in dottrina come la fraseologia '*furti se obligari*' (Gell., *noct. Att.* 6.15.1-2)⁴⁵⁷ rimandi a una elaborazione concettuale del giurista repubblicano, condotta proprio sul terreno decisivo del *furtum improprium/furtum usus*. Il ricorso *in via extensa* alla *condictio* in ipotesi di furto senza sottrazione, peraltro motivato da altre necessità di natura tecnica sulle quali per ora non mi soffermo, non è in contrasto, ma anzi si concilia col contenuto di D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): '*Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici; in qua sententia etiam Celsus est*'⁴⁵⁸. Secondo una opzione

□

necopinans) (M. FUHRMANN, *Vom Übersetzen lateinischer Rechtstexte*, in «ZSS.», CXI, 1994, p. 373).

⁴⁵⁶) Per una compiuta ricognizione della casistica giurisprudenziale in materia, si veda D. FLORIA HIDALGO, *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, cit., spec. p. 159 ss.

⁴⁵⁷) Vide O. BEHREND, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, cit., p. 227 e *passim*.

⁴⁵⁸) Il passo, seppure notissimo, non è stato preso in considerazione da J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, VII, p. 208 ss. ritenendolo interpolato per l'intero. Secondo il Wolf non dovremmo fare troppo affidamento, con riguardo ad una azione astratta come la *condictio*, alle sue *causae* (che dovrebbero essere irrilevanti proprio a motivo dell'astrattezza formulare); in senso contrario si è espresso, tra i tanti, H. HONSELL, *rec. a WOLF, Causa stipulationis*, cit., in «ZSS.», 92, 1975, p. 330 a detta del quale «an der Echtheit der Stelle sind kein Zweifel möglich» (*ibid.*). Cfr. anche l'ulteriore recensione di C.A. CANNATA, in «SDHI.», 1971, XXXVII, p. 394 ss. I migliori riferimenti a livello sistematico si trovano in J. V. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Die condictio als Bereicherungsklage*, I, cit., pp. 12 nt. 1, 23 nt. 1, 55 e ID., *Die condictio*, II, cit., pp. 35, 130 nt. 5, 228 nt. 1, 230 nt. 2 e 231. Ultimamente, il luogo è stato oggetto di analisi da parte di L. PELLECCI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. 12.6.65. Contributo allo studio della condictio*, in «SDHI.», 64, 1998,

interpretativa (Saccoccio ⁴⁵⁹) il passo permetterebbe di affermare la «non

□

p. 81 nt. 47 e S. HÄNCHEN, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Konditionenrecht*, Berlin, 2003, p. 45 ss.: l'autrice appunta il suo interesse soprattutto sul dibattito sviluppatosi relativamente a due passi di Cicerone (Cic. *Rosc. com.* 4.13 e 5.14: su Cic. *Rosc. com.* 5.14 in particolare, cfr. M. KASER, *Formeln mit 'intentio incerta', 'actio ex stipulatu' und 'condictio'*, in «Labeo», 1976, p. 22 nt. 57 e su entrambe le testimonianze A. D'ORS, *Observaciones sobre el 'Edictum de rebus creditis'*, in «SDHI.», 1953, p. 140 nt. 22, cui adde S. E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, 1964, p. 57 nt. 8, mentre sul processo a Roscio v. J. BARON, *Der Process gegen den Schauspieler Roscius*, in «ZSS.», 1, 1880, p. 116 ss.) che sembrerebbero non prendere in considerazione il *furtum* come *causa condictionis* (nei passi succitati si legge infatti: *...haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit...*). Di qui il quesito, «ob (Ciceros) Zeit aus einem *furtum* mit der *condictio* klagen konnte und ob Cicero in Widerspruch zu Ulpian in D. 12.5.6 steht oder nicht» (*ibid.*). Dopo aver affermato che *in subiecta materia* «gibt es wenig sicheren halt», la Hänchen mostra di dubitare della genuinità del brano, ipotizzando una «Veränderung durch die Kompilatoren» (p. 70). A parte questa notazione, secondo me non condivisibile, si può invece concordare sulla soluzione fornita dalla studiosa tedesca al problema del preteso “Widerspruch” tra Cic. *Rosc. com.* 4.13-5.14 e D.12.5.6: in effetti, se Cicerone avesse effettivamente parlato delle singole cause della *condictio*, avrebbe dovuto menzionare anche quella ‘*ex iniusta causa apud aliquem*’, tanto più che i *veteres* appoggiati da Sabino in D.12.5.6 erano proprio «auch Zeitgenossen Ciceros» (HÄNCHEN, *op.cit.*, p. 70 nt. 286 nonché W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, cit., p. 25). Secondo la ‘Überwiegende Meinung’ Cicerone avrebbe parlato soltanto della *actio/condictio certae creditae pecuniae*, il che è plausibile dato il soggetto ‘*pecunia*’ (p. 71). Per completezza di discorso la Hänchen cita l’opinione parzialmente difforme dello Pflüger (cfr. H. H. PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo, rechtlich beleuchtet und verwertet*, cit., p. 15), il quale ha manifestato la convinzione che «die (fehlende) *condictio ex causa furtiva* sei eine *condictio certae rei*, auch bezüglich bestohlener Geldstücke» (p. 71 nt. 289). Faccio presente, comunque, che il luogo in questione è spesso citato *per incidens* accedendo acriticamente al luogo comune per cui «die Kondiktion einer Sache durch ihren Eigentümer auf den Fall der *condictio furtiva* beschränkt ist» (così, espressamente, J. D. HARKE, *Argumenta iuventiana. Entscheidungs begründungen eines hochklassischen Juristen*, cit., p. 141).

⁴⁵⁹) A. SACCOCCIO, “*Si certum petetur*”. *Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano, 2002, p. 2 ss. In quest’opera il Saccoccio critica la «diarchia *datio/furtum* come base per la *condictio*», diarchia accettata dagli studiosi, a suo dire, fino a R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in «AUPA.», XXXII, 1971, p. 180 ss. e ritiene che in origine il sintagma ‘*dari oportere*’ poteva anche non fare riferimento a un significato tecnico assunto soltanto in progresso di tempo. Un’agevole ricognizione dei problemi sul tappeto si trova in L. PIRO, *Ancora sulla 'condictio'*, in «Labeo», 48, 2002, p. 294 ss., mentre ha rinunciato ad addentrarsi nella «forêt sauvage» (l’espressione è del Van Oven) della *condictio ex causa furtiva* H. F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom furtum*, cit., p. 315-316 («Ich verzichte auf eine Erörterung der *condictio furtiva*, deren Entstehung und praktische Bedeutung nur in Zusammenhang mit der ganzen Conditionenslehre erkannt un begriffen werden kann»). Tutti, comunque, sono d’accordo nel ritenere che perlomeno in Gai 4.4 il ‘*dare*’ sia stato considerato in senso tecnico, indicando un trasferimento della proprietà (cfr. per es. F. PETERS, *Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer*,

necessarietà della *datio* traslativa della proprietà come base della *condictio*»; più semplicemente, esso riferisce del ‘*probare*’ sabiniano relativo a una ‘*opinio veterum existimantium*’, ma ci si dovrebbe allora domandare quale fosse lo *status quaestionis* prima dell’*opinio* dei *veteres*, e si dovrebbe perlomeno ammettere la possibilità che una *datio* nel senso tecnico, prima della suddetta ‘Wandelung’ giurisprudenziale, fosse prevista come necessaria (secondo i principi) per poter poi legittimare all’esperienza della *condictio*.

E poi sorge spontanea un’altra domanda: perché i *veteres* sarebbero stati così innovativi al punto da richiedere ancora una presa di posizione da parte di Sabino? Decisero di andare ‘contro’ i principi fino ad allora implementati, o al contrario rimasero attaccati alle regole, seppure reinterpretandole duttilmente? Si potrebbe in proposito avanzare una congettura.

La *datio* era intesa, anche nell’epoca più risalente, generalmente nel significato tecnico di trasferimento della proprietà. Credo sia sufficiente notare che il ‘*ter venum duit*’ di *Tab. IV.2*⁴⁶⁰ alluda a un *dare* che equivale al vendere o mancipare il *filius familias*: penso che non si debbano allora seguire quelle tesi che svalutano l’importanza della proprietà terminologica proprio da parte degli ‘inventori’ e dei primi elaboratori a livello scientifico di un diritto giurisprudenziale, per i quali, come assume il Saccoccio, *datio* avrebbe assunto un significato non ancora perfettamente formatosi nel senso di richiedere una traslazione del dominio.

A me sembra di poter ricomporre questo complesso mosaico avanzando alcune semplici considerazioni. La *fiducia*, alla quale si ricorreva (anche) per prestare gratuitamente beni a un *amicus*, comincia a cadere in desuetudine

□
in «ZSS.», 96, 1979, p. 190). Sulla rilevanza del ‘*dare oportere*’ in relazione al ‘*pro fure damnum decidi oportere*’ della formula dell’*actio furti* vedi pure F. STURM, ‘*Oportere*’, in «ZSS.», 82, 1965, p. 212-213.

⁴⁶⁰) Sul disposto di *Tab. IV.2*, cfr. S. TONDO, *Introduzione alle ‘leges regiae’*, cit., p. 9, C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem II. Dalla pretesa influenza elleno-cristiana alla riforma giustiniana*, Milano, 1995, pp. 200 nt. 144 e 207 nt. 147 e soprattutto B. STOOP, *The sins of their Fathers: Si pater filium ter venum duit*, in «RIDA.», XLII, 1995, p. 331 ss.

proprio negli anni in cui si andava affermando una prima tutela delle *causae* del prestito d'uso e della custodia. Nel caso di *res Mancipi*, colui che avesse concesso il beneficio del prestito gratuito avrebbe potuto non ricorrere più alla *fiducia*, ma avrebbe fatto affidamento nella tutela apprestata per garantire coerenza al rispetto delle '*causae*' del prestito d'uso, della custodia e della conservazione. Così stando le cose, non sarebbe stato possibile, in caso di furto improprio o di altri abusi nell'utilizzo delle cose, reclamare *sic et simpliciter* le stesse a titolo di proprietario. Ecco che allora i giuristi dell'ultima Repubblica si convinsero della necessità di non lasciare un così eclatante vuoto di tutela, decidendo di muoversi all'interno del concetto di '*causa*'. Così, anche se per esempio un creditore pignoratizio non è fiduciario perché non si è fatto trasmettere con la *fiducia* la cosa oggetto della garanzia, non è conforme alla causa per cui tiene la cosa l'impiego della stessa, *exempli gratia*, per scopi voluttuari o personali. In questo modo, pur restando nel solco dei principi, i *veteres* permisero di agire con l'azione di ripetizione anche contro il ladro di *res Mancipi* non divenuto proprietario delle stesse, invocando la *iniusta causa*, e lo fecero per garantire la continuità di tutela che neanche Sabino ritenne di poter revocare⁴⁶¹.

In D. 12.5.6 non è cristallizzata una *regula iuris*⁴⁶²: i *veteres* cui accenna il passo non possono essere considerati unitariamente perché un primo abbozzo di un regime normativo del furto improprio (o senza sottrazione) non può risalire a un'epoca anteriore a quella in cui visse e operò Quinto Mucio Scevola (console nel 95 a.C., ucciso dai partigiani di Mario nell'82 a.C.); come

□
⁴⁶¹) Il punto è stato compreso da uno studioso attento e di vastissima erudizione, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 668: 'Mais que va devenir alors la *condictio ex causa furtiva* donnée jusque-là, au cas de *furtum improprium*, contre un défendeur propriétaire de la chose volée? Sabinus, respectueux des institutions établies la laisse subsister. Mais il la fonde avec la *condictio ex iniusta causa* admise par un parti de *veteres*'.

⁴⁶²) A meno che non si intenda la *regula* come il prodotto di un lavoro giurisprudenziale e non come una norma autoevidente; il verbo *probare*, infatti, rientra tra quelle «espressioni tipiche di un diritto di carattere giurisprudenziale, in cui la soluzione del

ha dimostrato la dottrina più attenta, il *dictum* di Bruto riferito in Gell., *noct. Att.* 6.15.1, ha ancora sapore casistico ed è inconferente nella costruzione di un organico sistema di azioni tese a reprimere i *furta impropria*. Se con riferimento a D. 12.5.6 sembra perlomeno riduttivo parlare di *condictio indebiti* – seppure *ratione loci* la rubrica di D.12.5 sia intitolata ‘*de condictioe indebiti*’ – non può essere sottaciuto un aspetto ulteriore e forse decisivo ai fini che ne interessano: la nuova interpretazione del ‘*dare oportere*’ poteva solo in parte conciliarsi con l’esigenza di implicare *quolibet modo* una soggezione alla *condictio* del *fur*; e fu così che Sabino si sentì facoltizzato ad estendere i limiti esterni dell’elemento soggettivo del furto improprio, valutando ai fini della sussistenza del delitto anche la supposizione colposamente erronea⁴⁶³ dell’agente circa la presenza o meno del consenso dominicale.

2. Probabili scaturigini della *condictio ex causa furtiva*.

Se per un attimo ci sforziamo di tenere ben presenti gli sviluppi di alcune figure contrattuali reali e gli svolgimenti storici della *l.a. per condictioem/condictio* formulare, avvertiamo che nessuna diacronia della formula linguistica era resa necessaria per il periodo postebuzio e fino a quando non venne accordata tutela *ex iure praetorio* al deposito e al comodato. Non ostava prima di allora nessun impedimento di natura tecnico-giuridica perché il condicente non potesse rettamente reclamare la *remancipatio* della *res fiduciae data*. A partire dalla ben nota promessa editale di Paconio, invece, la *condictio ex causa furtiva*⁴⁶⁴ rischiava di diventare inservibile perché il

□

giurista non vincola, ma piuttosto può prevalere nel dibattito scientifico» (così L. LANTELLA, E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, cit., p. 209).

⁴⁶³) In questi termini F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca de la posible extencion del concepto de furtum usus*, in «Studi in onore di Mario Talamanca», II, cit., p. 401.

⁴⁶⁴) Sulla *condictio furtiva*, oltre al citato lavoro di Wolfram Pika, si leggano le considerazioni di M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 618, P. PAUW, *Historical notes on the nature of the ‘condictio furtiva’*, in «South African Law Journal», 93, 1976, p. 395 ss. e K. BUCHER, *Das Recht der Forderungen*, cit., p. 432 ss. Per gli

condicente – tutelato con le *actiones in factum depositi aut commodati* (v. Gai 4.47) – non aveva più la necessità di ricorrere a *mancipatio* fiduciaria per realizzare, ad es., un prestito d’uso. Già i giuristi dell’ultima repubblica dovettero allora giustificare la perdurante validità e applicabilità di una *condictio* strutturalmente immutata anche nel nuovo quadro normativo, in ossequio a una tradizione consolidata, e lo fecero ricorrendo alla costruzione formulata nel già cit. D. 12.5.6⁴⁶⁵. Questo passo, intorno al quale si condensano i problemi di maggior peso e significato, testimonia in definitiva di un assestamento interpretativo negli asserti giurisprudenziali – soprattutto muciani – concernenti la formula della *condictio*. Il fatto che l’*overruling* sia stato graduale e abbia tratto origine dall’evoluzione storica del sistema giuridico può fornire una spiegazione più che plausibile alle ingenuie constatazioni di Gai 4.4, luogo sul quale, come tutti sanno, è fiorita una nutritissima letteratura⁴⁶⁶. Può allora evidenziarsi come una generalizzazione del discorso, una mancata comprensione e «ambientazione» dei primi casi di applicazione della *condictio ex causa furtiva* nell’ambito del *furtum improprium* (di *res Mancipi*), o furto d’uso senza sottrazione, abbia portato gran parte degli studiosi a trascurare elementi importanti delle vicende giuridiche del furto e delle azioni – penali e reipersecutorie – volte a reprimerlo. Per comprendere come Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6 non sia,

□

sviluppi di diritto postclassico, cfr. E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, p. 302 ss.

⁴⁶⁵) Eloquentemente l’impostazione di O. WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena, 1888, p. 687 § 292: «Dem folgt dann überall die Zuständigkeit einer *condictio* und es heißt ganz allgemein: *id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*», mentre lo Schulin ha creduto bene di ribaltare il processo storico, asserendo che le regole sulla *condictio ex causa furtiva* sono state implementate «seit Ausbildung der Lehre von der *condictiones sine causa*» (F. SCHULIN, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Stuttgart, 1889, p. 324).

⁴⁶⁶) Molto sottile, ma non accettabile, la tesi sviluppata da R. STONE, *Gaius noster und ‘res nostra’*, in «ZSS.», 83, 1966, p. 357 ss.: l’argomento «logico» di Roy Stone mi sembra in realtà...illogico perché in Gai 4.4 (v. *op.cit.* p. 358-359) l’espressione ‘*dare facere praestare oportere*’ fa riferimento a tre possibili contenuti dell’*obligatio*; è arbitrario estrapolare il sintagma ‘*dare facere oportere*’. Cfr. comunque la tesi, condotta

malgrado l'opinione di un'ampia quota di studiosi, la prova di una asserita non necessità della *datio* come base della *condictio*, ma rappresenti piuttosto una svolta di carattere esegetico (appoggiata *ex multis* da Pomponio, Labeone, Celso e Sabino) connessa ai fenomeni evolutivi del *furtum improprium* e di alcune figure contrattuali 'reali', possiamo analizzare il caso contenuto in D. 12.4.15⁴⁶⁷.

In questo passo si parla del *furtum improprium* di una *res Mancipi* (e precisamente un *servus*), e ci si domanda quali azioni possano essere esperite da parte del derubato nei confronti del ladro *Attius*, colpevole di essersi fatto Mancipare una schiavo indiziato di furto ai suoi danni per sottoporlo a tortura e di averlo invece consegnato al *praefectus vigilum* per l'esecuzione della pena capitale (*summum supplicium*).

E' da credere che l'atto di consegna del *servus* rivestisse le forme della *mancipatio fiduciae causa* (in effetti, la c.d. *formula Baetica*⁴⁶⁸ trovata presso le sponde del fiume Guadalquivir nel 1868⁴⁶⁹, testimonia come in ambito provinciale la *mancipatio fiduciaria* di *res Mancipi* quali animali e servi fosse ancora in voga nel I sec d.C.), ma da questo profilo – pur non distonico nell'ordine di idee che sono state espresse – è qui necessario prescindere. Il fatto veramente nodale è che si riporta l'opinione di Proculo, il quale,

□

su fili ancora più sottili, di A. D'ORS, *The 'odium furum' of Gaius 4.4*, in «RIDA.», XII, 1965, p. 453 ss.

⁴⁶⁷) Una puntuale ricostruzione del passo, con segni diacritici, è stata fornita da G. BESELER, *Einzelne stellen*, in «ZSS.», XLVII, 1927, p. 365: <Attio> in quaestionem [sub ea causa ages] Labeo ait posse [etiam] ad exhibendum agi. Sed Proculus <fiduciae iudicio acturum te> ait, si <noxae deditiois causa Mancipaveris ei> hominem. [Sed] si <non Mancipaveris>, etiam-esse. <Item dare eum oportere agere te posse quia et ante mortem dare tibi eum oportere intendere potueris>. Una ulteriore analisi di D. 12.4.15 si trova in D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 76.

⁴⁶⁸) Sul punto N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della 'fiducia' nell'epoca repubblicana I Le 'nuncupationes'*, Napoli, 1979, *passim*.

⁴⁶⁹) 'Ad ostia Baetis fluminis reperta': vedila in K. G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*⁷ (ed. O. GRADENWITZ), Tübingen, 1909, p. 334. Se ne sono occupati *per incidens* anche E. PÓLAY, *Die Zeichen der Wechselwirkungen zwischen dem römischen Reichsrecht und dem Peregrinenrecht im Urkundensmaterial der Siebenbürgischen Wachstafeln*, in «ZSS.», 79, 1962, p.77 e W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Privatsrecht*, in «ZSS.», 90, 1973, p. 158 nt.13.

discostandosi da Sabino e Pomponio, afferma come imprescindibile il dato testuale del *'dare oportere'* nella formula della *condictio*: o c'è stata *datio* traslativa della proprietà (seppure con nuncupazione fiduciaria) oppure è impossibile concedere una *condictio* – comunque la si voglia denominare, se *furtiva*, *ob causam datorum* o *indebiti* – e a concorrere con l'*actio furti* saranno piuttosto altri rimedi reipersecutori, come l'*actio ad exhibendum* e la *rei vindicatio*⁴⁷⁰. L'essenza e il significato del dissidio, perfettamente colti da Riccardo Astolfi⁴⁷¹, ci fanno capire come D. 12.5.6 non possa essere additato come la prova irrefutabile di una realtà g i u r i d i c a consistente nella ritenuta inessenzialità della *datio* ai fini della *condictio*: non è di certo un granitico quadro di riferimento quello in cui ancora un giurista come Proculo manifesta una così importante difformità di vedute.

Ancora, non credo che si possa seriamente dubitare, alla luce dei dati esposti, che collocando D. 12.5.6 al di fuori di una dinamica storica 'di lunga lena', si rischierebbe di confondere il *post hoc* con il *propter hoc*. La *condictio* non è tale a causa di una qualche sua invariante intrinseca e 'data' una volta per tutte, ma è stata giuridicamente costruita, nell'ultima repubblica, in modo coerente rispetto ad una evoluzione giurisprudenziale resasi necessaria per tutti i dirimenti motivi che abbiamo indicato poco sopra⁴⁷². Delle criticità possono

□
⁴⁷⁰) Il punto è stato colto di recente da E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in «SDHI.», 63, 1997, p. 26 nt. 115, ma soprattutto, seppure con varie cautele, nt. 113. E d'altronde già Guido Donatuti, forse forzando il senso del testo, era giunto ad affermare che la *datio* nel significato di trasferimento della proprietà «si deve a Proculo (D.12.4.15)»: G. DONATUTI, *Le 'causae' delle condictiones*, in «Studi parmensi», I, 1951, p. 42 ss. Sul passo si vedano pure A. HÜCKEL, *Über die Dreiteilung furtum rei ipsius, furtum usus, furtum possessionis*, cit., p. 24-25 (in cui si valorizza la chiusa del brano '*sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo etc.*'), A. D'ORS, '*Dare servum in questionem*' y '*datio ex eventu*' (una interpretación de D.12.4.15), in «IURA», XXII, 1971, p. 141, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, cit., p. 190 nt. 22 *in fine* e, infine, in una prospettiva che già attinge il '*criminaliter agere*', G. ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, in «Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova», Padova, 1998, p. 87 ss.

⁴⁷¹) R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 1983, p. 16 s.

⁴⁷²) Susanne Hähnchen ha in effetti ritenuto che D. 12.5.6 '*kein allgemeines Prinzip der veteres und der frühen Sabinianischen wiedergibt, sondern eine seltener und eher*

essere evidenziate, invece, quando si pensi che D.12.5.6 farebbe parte, secondo la maggior parte degli studiosi, di un «quintuple fragment consisting of (...) five tests»⁴⁷³.

Seguendo questo taglio prospettico, e avvalorando i collegamenti palinogenetici già individuati dal Lenel⁴⁷⁴, il passo in esame sarebbe tolto dal XVIII libro del commentario ulpiano *ad Sabinum*, «betreffe Nießbrauchs an verbrauchbaren Sachen»⁴⁷⁵. In effetti, a parte la riconducibilità della maggior parte dei luoghi richiamati alla ‘*massa sabiniana*’ individuata da Heinrich Blume, mi sembra che sia proprio la chiusa di D. 7.9.12⁴⁷⁶ a fornire validi elementi di *corroboration* della tesi che sto tentando di sbizzare⁴⁷⁷.

□

untypische, aber offenbar alte Figur der *condictio* (S. HÄHNCHEN, *Sab.-Ulp. D. 12.5.6 und die condictio ex iniusta causa*, in «ZSS.», 121, 2004, p. 394). Ciò che non condivido è però che questo condicere del l.c. riguardasse solo il caso del soggetto che fosse entrato ingiustificatamente nel possesso di una cosa ‘ohne dass aber tatsächlich ein *furtum* vorlag’ (ibidem). La studiosa ha forse creduto che riconoscendo tale possibilità, si dovesse poi finire col discorrere di un ‘Unterfall der *condictio ex causa furtiva*’, mentre di tale rigidità definitoria non vi sarebbe segno nell’epoca dei *veteres* da cui promanerebbe l’innovazione della comprensiva ‘*iniusta causa*’ legittimante alla *condictio*.

⁴⁷³) Così, espressamente, R. HONORÉ, *The distribution of Digest texts into titles*, in «ZSS.», 89, 1972, p. 353 e nt. 7, dove si riporta la presunta sequenza dei cinque frammenti: D. 7.5.5.1, D. 7.9.12, D. 12.5.6, D. 13.1.1, D. 13.3.2.

⁴⁷⁴) Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, II, c. 1075.

⁴⁷⁵) Così D. DAUBE, *Zur Palinogenesia einiger Klassikerfragmente*, cit., p. 239, il quale dopo aver affermato che in D. 12.5.6 non sarebbe stata modificata «kein oder höchstens ein Wort», fa notare come la menzione della *iniusta causa* stesse particolarmente a cuore ai giustiniani: «Enthält es (...) unklassisches Recht, diesmal vielleicht solches, das gerade den Kompilatoren am Herzen lag» (*loc.ult.cit.*).

⁴⁷⁶) Cfr. D’ORS, *Sobre el Edicto de rebus creditis*, in «SDHL.», XIX, 1953, p. 149 ss., e particolarmente p. 152 nt. 52.

⁴⁷⁷) Il senso di D.7.9.12 è piuttosto chiaro: ‘non diventando proprietà dell’usufruttuario i vasi trasmessi con l’impiego della *traditio*, potranno essere rivendicati dal proprietario, se non gli è stata prestata una cauzione (*cautione non data*): ecco perché, aggiungo io, l’usufruttuario non è considerabile alla stregua di un *fur*, come accadrebbe nella diversa ipotesi di mancata restituzione dei vasi. Nella parte finale del l.c. si dice che ‘nessuno può esercitare l’azione personale per il recupero della cosa propria, fuorché contro il ladro’. Riportiamo per completezza il testo per esteso (Ulp. 18 *ad Sab.*): *Si vasorum ipsorum usufructus relictus sit, non erit cautio Sentusconsulti necessaria, sed illa sola, boni viri arbitrato usurum fruiturum. Si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat, non fieri eius, qui accepit; non enim ideo traduntur, ut dominum recedat ab eo, qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius. Ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data. Videndum est de conditione, an possit locum habere; et proditum est, neminem rem suam, nisi furi condicere posse.*

Per studiosi di vaglia quali Paolo Frezza e Maria Revuelta Salazar, in considerazione di un insieme di fattori considerati, nel loro complesso, affidanti, la frase conclusiva contenuta in D. 7.9.12 ‘*et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse*’ non sarebbe da ascrivere ad alcuno dei *veteres* richiamati in D. 12.5.6. Non è ultroneo notare, credo, come Revuelta Salazar, pur concordando con il Daube circa l’individuazione della tematica sottesa ai cinque passi già individuati da Honoré, affermi *sans nuances* che la chiusa citata «no se remonta a los *veteres*»⁴⁷⁸. Nel passo si dice che nessuno può *condicere* una *res sua* se non nei confronti del ladro; quindi si deve ritenere che in epoca classica, successivamente alla surrogazione della *fiducia* per l’innanzi impiegata per realizzare prestiti di *res pretiosiores*, la *condictio* fosse esperibile anche nei confronti del responsabile di ‘*furtum improprium*’ non divenuto proprietario – nell’ambito delle nuove figure contrattuali quali il comodato, il pegno e il deposito – della *res* imprestata. La nota affermazione contenuta in D. 13.1.1 (lib 18 *ad Sab.*), ‘*In furtiva re soli domino condictio competit*’, deve essere allora intesa *cum grano salis* : ricorrendosi alla *fiducia*, a partire dalla «Umschwung» sabiniana, e ancora in piena epoca classica, essenzialmente per il prestito d’uso di fondi agricoli (posto che per realizzare il deposito e il comodato di beni mobili non era più necessario trasferire la proprietà ai ‘fiduciari’) e ritenendo di conservare la possibilità di agire con *condictio* per il derubato che non avesse cessato di essere il *dominus* delle *res subreptae*, i giuristi cominciarono ad ammettere la peculiarità di una *condictio* irriducibile a tutti gli altri «Anwendungsfällen...in denen Sie gerade nicht dem Eigentümer zusteht» (Pika). Non si può dire, semplicisticamente, che la *condictio* spetti sempre al proprietario della cosa rubata⁴⁷⁹, perché contro tale

□

⁴⁷⁸) M. REVUELTA SALAZAR, *Sobre el regimen juridico del usufructo de cosas quae usu consumuntur: particular importancia de la cautio ex senatusconsulto*, in «SDHI.», LXV, 1999, p. 135 nt. 57.

⁴⁷⁹) Errore in cui è incorso, *ex multis*, É. CUQ, *Les institutions juridiques de romains envisagées dans leur rapports avec l’état social et avec le progrès de la jurisprudence*, cit., p. 472 nt. 6.

principio urterebbero molti altri passi, per lo meno D. 13.1.12.2⁴⁸⁰, D. 13.3.2 e D. 13.1.12 pr. In realtà, come ha messo in luce il Pika, D.13.1.1 «enthält kein Dogma»⁴⁸¹, ma riproduce semmai una «griffige Schulregel um die Aktivlegitimation zur *condictio* lehrsatzartig und einprägsam von derjenigen zur *actio furti* abzugrenzen»⁴⁸², regola consolidatasi a partire dal più volte citato rivolgimento interpretativo. Il ‘*proditum*’ indicherebbe in maniera quasi plastica la convenienza della soluzione adottata, in linea con il ‘*probavit*’ sabiniano, attestante la ragionevolezza della nuova *interpretatio*. D’altronde non si può sottacere che con riferimento a Gai 4.4 non sono pochi gli studiosi che hanno motivato l’introduzione della *condictio ex causa furtiva* con l’esigenza di assicurare al derubato un’azione reipersecutoria qualora non fosse stato possibile agire con la *reivindicatio*⁴⁸³; ebbene, se pensiamo che la vittima di un *furtum improprium* che avesse fatto ricorso alla *fiducia*, perdendo la proprietà della *res*, non avrebbe più potuto agire con la rivendica, si può

□

⁴⁸⁰) M. MÜLLER EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuldung zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, cit., p. 106. La Hänchen (*Die causa condictiois*, cit., p. 120 nt. 571) fa notare la contraddizione tra D. 13.1.1 e D. 13.1.12.2, non occupandosi di D. 13.1.12 pr. Anche Raimondo Santoro, pur glissando in maniera stupefacente su D. 13.1.12.1 e D. 13.1.12 pr., non può non constatare l’incongruenza con D. 13.3.2 e conclude che «con ogni verosimiglianza si tratta di un glossema ispirato all’esigenza di chiarire il cenno alla legittimazione attiva alla *condictio ex causa furtiva* contenuto nella chiusa di D.7.9.12».

⁴⁸¹) PIKA, *op.cit.*, p. 36.

⁴⁸²) PIKA, *op.ult.cit.*, *ibidem*.

⁴⁸³) La spiegazione più comune sul ‘*quia*’ della introduzione della *condictio ex causa furtiva* fa leva sulla asserita necessità di superare i limiti applicativi della rivendica, presupponente «la possession dans le chef du défendeur» (C. MAYNZ, *Cours de droit romain précédé d’une introduction contenant l’histoire de la législation et des institutions politique de Rome*⁴, II, Bruxelles, 1877, p. 452). Tale prospettiva si trova ancora maggiormente sviluppata in P. VAN WETTER, *Pandectes contenant l’histoire du droit romain et la législation de Justinien*², IV, Paris, 1910, p.361-362: «en général le voleur se débarrasse de la chose volée, ou bien la preuve de sa possession est difficile, parce que il cache le produit de son délit; une action personnelle, indépendante de la possession du défendeur, était donc indispensable», ordine di idee, questo, che risale per lo meno a C. F. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, V, cit., p.553, dove la *condictio* era considerata ammissibile «auch wenn die Sache noch vorhanden ist» (*ibid.*); *contra*, ha avuto modo di esprimersi J. BARON, *Abhandlungen aus dem römischen Zivilprozess, I. Die Konditionen*, Berlin, 1881, rist. Aalen, 1986, p. 27-28, che ha parlato – forse riduttivamente – di un «Irrthum des Bestohlenen», semplicemente perché «er hat sibi dari oportere intendit, während er *rem suam esse* intendiren musste» .

comprendere, tenuto conto del *revirement* attestato in D. 12.5.6 a causa della introduzione della *condictio* formulare e dei nuovi contratti reali tra gli anni della fine della repubblica- primi del principato, come per i classici risultasse quasi impossibile dare una spiegazione convincente della presenza di una *condictio ex causa furtiva* (la notissima spiegazione di Gaio, ‘*odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur*’ è stata non a torto ritenuta ‘puerile’ da Franco Bonifacio).

Che la *condictio* sia stata concessa per la prima volta con riferimento a un caso di *furtum improprium*, è dimostrato anche nella poderosa trattazione sul *furtum* di Huvelin, il quale – con accurata ricostruzione storico-esegetica – ha affermato testualmente che «les premiers applications (*scil.* de la *condictio ex c.f.*) se rattachent toutes à des cas de *furtum improprium*, dans lesquels il n’y avait pas de *subreptio* »⁴⁸⁴.

3. Il rifiuto di restituzione nel furto improprio: analogie con il crimen *repetundarum*.

Si è già detto, nel capitolo dedicato alla *lex Atinia*, dell’importante teoria huveliniana sui *furta impropria*, e della correlativa messa a fuoco delle ben note dicotomie *furta/subripere* e *res furtiva/res subrepta*; richiamando i concetti espressi in quella sede, troverei ora opportuno soffermarmi un istante sui diversi elementi in forza dei quali sarebbe possibile ipotizzare una significativa correlazione tra il concetto, storicamente più recente, di furto senza sottrazione e la sua originaria ambientazione – anche se non ancora in fase di emersione – nel campo del *fidem frangere*⁴⁸⁵ (*id est, fraudem facere*) nell’ambito degli antichi negozi fiduciari (*cum amico* e *cum creditore*, *arg. ex* Gai 2.60 e Isid. *etym.* 5.25.23). A questo riguardo, non è azzardato ritenere che

□
⁴⁸⁴) P. HUVELIN, *Études sur le ‘furtum’ dans le très ancien droit romain. Les sources*, cit., p. 279 nt.1.

un *modus agendi* funzionalizzato alla ripetizione del ‘dato’ potesse essere già presente prima del processo *per concepta verba*, non solo tramite il ricorso alla *legis actio per conditionem*, ma soprattutto mediante l’utilizzo di quella *sacramenti*.

L’idea della tutela *sacramento* dei rapporti fiduciari, il fatto che per i furti non manifesti si agisse con *l.a. sacramenti in personam*, la coincidenza del trattamento sanzionatorio individuato nel *duplum* per le condotte di *furtum nec manifestum* e di *ruptio fidei*⁴⁸⁶, portano all’individuazione di elementi comuni sottesi a due ambiti che rimangono distinti, e ad una ricostruzione più che

□

⁴⁸⁵) Espressione, questa, giudicata estranea al diritto classico da G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in «ZSS.», 57, 1937, p. 39 ss.

⁴⁸⁶) Il processo evolutivo sembra già desumibile da D. 26.7.55.1: ‘*si ipsi tutores rem pupilli furati sunt...*’. Un’attenta voce dottrinale (P.L. ZANNINI, *Responsabilità per furto e tutela del deposito e del comodato in età repubblicana*, Milano, 1989, p. 50 nt. 13) ha giustamente evidenziato le analogie, in punto di dosimetria sanzionatoria, tra la condotta del *fur nec manifestus* e quella del soggetto protagonista a vario titolo (depositario infedele, *tutor distrahens*, *arg. ex. Aul. Gell. noct. att. 11.18.15*) di una *ruptio fidei*. L’uso dell’espressione *furati sunt* addirittura già in un senso tecnico è stata ipotizzata da E. LEVY, *Konkurrenz der Aktionen und Personen*, II, 1, p. 252). La testimonianza contenuta in D. 26.7.55.1 è stata passata recentemente al vaglio da Kathrin Fildhaut, nell’ambito di un accurato studio sui *libri disputationum* di Trifonino (il passo è tolto dal libro 14 delle *disputationes*), sia per quanto più da vicino riguarda la *tutela* e l’*actio rationibus distrahendis* (K. FILDHAUT, *Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus. Eine spätclassische Juristenschrift*, Berlin, 2004, p. 27 ss.), sia per quanto riguarda il complesso rapporto tra furto e infedeltà del *tutor distrahens*, e quindi tra *actio furti* e *actio rationibus distrahendis*; la Fildhaut osserva che si potrebbe di primo acchito ritenere che ‘Tryphonin ein *furtum* und damit die Anwendbarkeit der *actio furti* vernein(t)e’ (FILDHAUT, *Die libri*, cit., p. 35). E tuttavia la ‘*gegenteilige Deutung*’ (riconoscimento di un furto nella fattispecie del tutore infedele) è correttamente sostenuta ricorrendo all’interpretazione sistematica e in particolare all’espressione ‘*aliis furibus*’ utilizzata nel frammento successivo. Ora, è chiaro che ‘Hielte Tryphonin ein *furtum* im Rahmen der Vormundschaft für ausgeschlossen, hätte er sich zudem einer leichter verständlichen Ausdrucksweise bedienen können’ (FILDHAUT, *op.cit.*, *ibidem*, nt. 116). La conseguenza è che l’*ex pupillo* avrebbe potuto agire con l’*actio furti*, cumulandosi quest’ultima con l’*actio rationibus distrahendis*. Le azioni, entrambe date nel *duplum*, si differenziano però in questo, che riguardano «in einen Fall auf den Tatbestand der Unterschlagung, im anderen das *tutelam gerere*» (FILDHAUT, *op.cit.*, p. 36). Per Carlo Venturini, invece, D. 26.7.55.1 potrebbe portare argomenti alla tesi che vede nella tutela degli *impuberi* la ‘proiezione di un antichissimo sistema successorio e valutata, nello stesso tempo, come istituto emerso in sintonia con specifiche misure decemvirali predisposte a garanzia del *pupillo*’ (C. VENTURINI, *Note a margine dell’immagine della tutela nell’opera di Giorgio La Pira*, in «Index», 34, 2006, p. 150). Su D. 26.7.55.1 si leggano pure i classici

plausibile, già delineata in un contributo di Rodolfo Ambrosino, rimasto purtroppo isolato nella dottrina giusromanistica, nel quale si legge un'affermazione di questa portata: «poiché primieramente, e nessuno ne dubita, il deposito e il comodato, si potessero realizzare attraverso la *mancipatio fiduciaria*, cioè nuncupativa, l'obbligo di remancipare era *ius* : era *ius* previsto dalle XII tavole ed era perciò *ius quirritium*»⁴⁸⁷.

E' nota, in proposito, l'analogia tra l'originaria disciplina delle *repetundae* e l'individuazione di una nozione 'larga' di *furtum*; questa analogia, curiosamente, è stata rintracciata dal Mommsen solo a livello terminologico: secondo lo studioso germanico i *verba* impiegati in tema di furto non sono utilizzati, in senso giuridico, in nessun altro ambito se non quello delle *repetundae* ('*aufferre*' e '*avertere*'⁴⁸⁸ «unter den Repetundenbegriff gezogen werden»⁴⁸⁹) e del massimo rilievo è che anche in Cicerone nella difesa di Cluenzio Abito abbia messo a fianco il *iudicium furti* e il *iudicium captarum pecuniarum*⁴⁹⁰: in relazione alle *repetundae* lo stesso scrittore ammetteva ancora che si potessero *condicere*, nell'orazione *pro Caecina* scritta intorno al 69 a.C., le *pecuniae repetundae*, nonostante il fatto che una pena afflittiva del *duplum* fosse già stata prevista con la *lex Iunia repetundarum* del 123-122 a.C., in genere identificata con i superstiti frammenti delle c.d. *Tabulae bembinae*⁴⁹¹:

Cic. *pro Cluent.* 42.120: *Nunc si quem Cn. Lentuli aut L. Gelli libertus furti condemnarit, is, omnibus ornamentis omissis, numquam ullam honestatis*

□

commenti di TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 738 nt. 2, e, per altro verso, le recenti riflessioni formulate da P. VOICI, *Azioni penali e azioni miste*, cit., p. 17 nt. 88.

⁴⁸⁷) R. AMBROSINO, *La 'legis actio sacramento in personam' e la tutela dei rapporti fiduciari*, in «Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz», II, s.d. ma 1952, p. 264-265.

⁴⁸⁸) Il predicato si trova usato in senso tecnico in Iul. Vict., *a. rhet.* 16.3.

⁴⁸⁹) TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 735 nt. 2.

⁴⁹⁰) Per questo e altri riferimenti al *furtum* nell'opera dell'Arpinate, vedi il *Lexicon ciceronianum Marii Nizolii*, II, Londini, MDCCCXX, sv. *furtum*, p. 62.

*suae partem reciperabit; quos autem ipse L. Gellius et Cn. Lentulus, duo censores, carissimi viri sapientissimique homines, furti et captarum pecuniarum nomine notaverunt, ei non modo in senatum redierunt sed etiam illarum ipsarum rerum iudicii absoluti sunt*⁴⁹².

Anche se furto e *repetundae* dovrebbero essere considerati come due segmenti paralleli e distinti (si parla di una assoluzione dalle imputazioni relative al plurale), non credo sia fuori dalla realtà ipotizzare che i fatti incriminati, sempre gli stessi, fossero passibili di una duplice qualificazione: furto e *pecuniae captae*. In altri termini, una sorta di concorso formale disomogeneo, appunto perché con gli stessi comportamenti si ritenevano contemporaneamente violati più precetti (e quindi integrate più figure di reato). Ha argomentato comunque Giuffrè che mentre l'*infamia*⁴⁹³ conseguente a una condanna per furto era permanente e irretrattabile, 'la *ignominia* conseguente alla nota censoria non era perpetua, e poteva essere caducata dai censori successivi, da un decreto del *populus*, dalla sentenza emessa in qualche *iudicium* etc.'⁴⁹⁴.

In relazione ad un'altra pretesa reintegratoria lo stesso Cicerone si chiedeva nella *pro Caecina* quale azione apprestasse l'ordinamento indipendentemente dalla repressione del delitto retrostante in seno alle *quaestiones*.

□

⁴⁹¹) Sulle quali C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Milano, 1979, p. 51 ss. e ID., *Uxor socia. Appunti in margine a D. 1.16.4.2*, in «IURA», 32, 1981, pp. 115-119.

⁴⁹²) Vedi per tutti A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 9 nt. 2 e V. GIUFFRÈ, *Imputati avvocati e giudici nella 'pro Cluentio' ciceroniana*, Napoli, 1993, p. 110.

⁴⁹³) Sull'*infamia* in generale, rinvio ai classici lavori di S. J. M. VAN GENNS, *De infamia legibus romanorum constituta*, Traiecti ad Rhenum, 1828, A. H. J. GREENIDGE, *Infamia: its place in roman public and private law*, Oxford, 1894, G. C. MESSA, *Dell'infamia secondo il diritto romano*, Milano, 1901, L. POMMERAY, *Études sur l'infamie en droit romain*, Paris, 1937. Più in generale, si può consultare J. F. GARDNER, *Being a roman citizen*, London-New York, 1993, p. 110 nt. 2 e ss.

⁴⁹⁴) V. GIUFFRÈ, *Imputati avvocati e giudici*, cit., p. 179 nt. 68.

Cic. *pro Caec.* 12.33: *Quod cum ita sit resque eius modi sit ut in primis a magistratibus animadvertenda videatur, iterum quaero sitne eius rei aliqua actio, an nulla.*

E probabilmente Cicerone seguiva il principio generale e immanente al sistema per cui ogni delitto doveva per forza generare per prima cosa una pretesa restitutoria (praticamente, è quanto afferma, salva l'espressa previsione legislativa, l'art. 185 del cod. pen. italiano); il grande avvocato e retore richiamava così il parere di G. Calpurnio Pisone, forse un parente di quel L. Calpurnio Pisone a cui la tradizione assegna il primo intervento normativo repressivo dei fatti di concussione e appropriazione indebita.

Cic. *pro Caec.* 12.35: *Monet amicus meus te, L. Calpurnius, ut idem dicas quod ipse antea dixit, iniuriarum. Quid ad causam possessionis, quid ad restituendum eum, quem oportet restitui*⁴⁹⁵.

Il vertere della controversia su una questione di natura possessoria lascia comunque liberi di apprezzare il *restituere* della domanda fruibile parallelamente a quella fondata sul fatto illecito (*vis*, oppure, secondo Pisone e Cicerone, *iniuria*). Ciò significa che un rimedio 'generale' di carattere restitutorio valevole per es. in caso di furto, concussione, appropriazione indebita coesisteva anche per l'epoca più antica a lato delle eventuali sanzioni penali afflittive; e questo generale rimedio risarcitorio puro era attivato (anche se con notevoli oscillazioni e adattamenti) con la *legis actio sacramenti*, come chiaramente attestato per le somme indebitamente escusse e qualificabili come *repetundae*, dato che, come ha affermato G. Grosso, «nella l. 23 del testo (n.d.a. *scilicet* della *lex Iunia repetundarum*) si ha *quod cum eo lege Calpurnia*

□
⁴⁹⁵) Cfr., da ultima, M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza*, cit., p. 264 ss. (vedine la recensione di M. MIGLIETTA, in «IURA.», 53, 2002, p. 319 nt. 88).

aut lege Iunia sacramento actum siet, dal che si arguirebbe...che per le *repetundae* si utilizzasse la forma della *legis actio sacramento*»⁴⁹⁶.

Ma per altro verso Mommsen deduce che per ragioni strutturali nessun avvicinamento della fattispecie di furto alle *repetundae* sarebbe stato possibile, e proprio questa preclusione – apparsa perlomeno affrettata – ha offerto il destro al Venturini per l'elaborazione di una critica ragionata delle argomentazioni svolte dal Mommsen⁴⁹⁷, che ha voluto incanalare il processo *de repetundis* nel solco giuridico della *condictio ob turpem causam*⁴⁹⁸.

4. Spiegazione sulla derivazione etimologica *furtum a fraude* proposta da Sabino.

Ma a parte questo profilo, comunque non secondario, vorrei ora introdurre una seconda considerazione, appuntando l'interesse sulla derivazione etimologica da '*fraus*' del segno *furtum* ascritta a Sabino dal giureconsulto di età severiana Giulio Paolo in D. 47.2.1 pr. (Paul. 38 *ad ed.*)⁴⁹⁹.

D. 47.2.1 pr. (Paul. 38 *ad Ed.*): *Furtum a furvo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et oscuro fiat, et plerumque nocte; vel a fraude, ut Sabinus*

□

⁴⁹⁶) G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 306 nt. 3 e E. S. GRUEN, *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 B.C.*, Harvard University Press, Cambridge, 1968, p. 13 nt. 12, che ricava l'esclusione dei *peregrini* dalla relativa procedura.

⁴⁹⁷) C. VENTURINI, '*Quaestiones perpetuae constitutae*' (per una riconsiderazione della *lex Calpurnia repetundarum*), in «IURA», XLVIII 1997, p.1 ss. Il Venturini nota acutamente che «l'insigne studioso (Mommsen), mentre imputò a particolare cecità giuridica ogni confusione concettuale tra lo schema del *furtum* e quello delle *repetundae*, ritenne rientrate nella competenza della *quaestio de repetundis* ogni 'Aneignung fremden Gutes, die den Thatbestand des Diebstahls in sich schliesst'» (VENTURINI, *op.cit.*, p.17).

⁴⁹⁸) VENTURINI, *op.cit.*, p. 14.

⁴⁹⁹) Sul punto, F. V. HOLTZENDORFF, *Rechtslexikon herausgegeben unter Mitwirkung vieler Rechtsgelehrter*, I, Leipzig, 1880, sv. *Diebstahl*, pp. 525 e 531, L. CECI, *Le etimologie dei giureconsulti romani raccolte ed illustrate con introduzione storico-critica*, Torino, 1892, p. 114 nt. 2 e A. ZIMMERMANN, *Etymologisches Wörterbuch der lateinischen Sprache*, Hannover, 1915, sv. '*furtum*', p. 102.

*ait; vel a ferendo et auferendo; vel a Graeco sermone qui φώρας appellant fures; immo et Graeci από του φέρειν a ferendo φώρας dixerunt*⁵⁰⁰.

Ebbene, a differenza che per la prima derivazione menzionata nel testo, ‘*furtum a furvo*’⁵⁰¹, la frase ‘*vel a fraude, ut Sabinus ait*’ non può essere assimilata o ricondotta a un tentativo, più o meno rigoroso, del *significatus* del *verbum furti*.

Essendo l’accento alla *fraus* obiettivamente disomogeneo rispetto al contenuto del luogo, il Tabera⁵⁰² ha ritenuto insiticio il ‘*vel a fraude*’, mentre l’Albertario ha fatto salvo il sintagma senza adeguata motivazione⁵⁰³; tuttavia, non mi sembra che il problema possa essere risolto, come si è lamentato un grande studioso, ‘a colpi di interpolazione’. Sabino non ebbe mai a definire il *furtum* in termini generali, ma a lui la tradizione gelliana fa rimontare una ‘Klärung’ relativa all’elemento subiettivo in fatti o situazioni giuridiche riportabili, *grosso modo*, nell’area dei *furta impropria* o senza *subreptio*:

□

⁵⁰⁰) Sul testo v. D. G. VAN DER KEESEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 42, dove criticamente si motiva già la pluralità di etimologie fornite per la parola *furtum* adducendo la funzione strumentale di ogni scelta rispetto alle diverse teorie giuridiche di volta in volta sostenute (‘*quae diversae vocis origines a veteribus adhibitae sunt ad diversas de furto sententias confirmandas*’), E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des furtum*, cit., p. 107, B. COHEN, *Jewish and roman law. A comparative study*, II, cit., p. 416 nt. 32, A. CARCATERA, *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano. Contributi*, Bari, 1968, p. 25, S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, cit., p. 63 nt. 91, F. REINOSO BARBERO, *Definitio periculosa: ¿ Javoleno o Labeōn?*, in «BIDR.», 90, 1987, p. 347, D. PUGSLEY, *Americans are aliens*, cit., p. 93 nt. 25 e specialmente O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., pp. 248-249.

⁵⁰¹) Si tratta di derivazione etimologica priva di reale fondamento, che tuttavia ha trovato credito presso molti scrittori dell’antichità: a partire da Varrone, Serv., *comm. in Verg. Aen.* 9.348, Verg., *georg.* 3.407, Acr., *comm. in Hor. carm.* 2.13.21, Non. Marc., *comp. doct.* 50.9, oltre a numerosi passi di Isidoro di Siviglia.

⁵⁰²) A. TABERA, *La definición de furtum en las ‘Etimologías’ de S. Isidoro*, in «SDHI.», VIII, 1942, p. 36 nt. 32.

⁵⁰³) E. ALBERTARIO, *La definizione di furto in D. 47.2.1*, in «SDHI.», 1936, p. 160-161. L’Albertario è anzi pervenuto alla conclusione – risultante *per tabulas* e che non è frutto di inesatta interpretazione – portante alla individuazione di una «etimologia di Sabino», sulla cui scorta stabilire un’equivalenza di significati tra l’attributo ‘*fraudulosa*’ e il ben noto requisito dell’*invito domino*; per il resto, l’insigne studioso espunge dal testo l’ultima parte, contenente il richiamo alla lingua greca (‘*a graeco sermone, qui appellant*’).

significativo sembra essere il contenuto di Gell. *noct. Att.* 11.18.20⁵⁰⁴, luogo nel quale – come è stato chiarito da un’acuta dottrina⁵⁰⁵ – l’*alienam rem adtrectare*, nella consapevolezza di un virtuale dissenso dominicale, non è il *definiens* di un *thema definiendum* corrvivamente individuato nel concetto di *furtum* in generale. Anzi, di *definiens* e di *definiendum*, nel senso che correntemente viene attribuito a queste parole, non può propriamente parlarsi, visto e considerato che il requisito dell’*agere invito domino* può assumere pregnanza solo in connessione a una tipologia ben individuata di *furta*: furti d’uso, o, più in generale, furti impropri e *sine subreptione*.

Fin qui la *pars destruens*. Per quella *construens*, occorre porsi la seguente domanda: perché mai Paolo ha voluto attribuire a Sabino quel ‘*vel a fraude*’ che tanti grattacapi ha dato agli studiosi? Io credo che il giurista severiano abbia estrapolato dal contesto originario tratteggiato da Gellio la nozione di *adtrectatio-contractatio*, ritenendo che una simile condotta fosse da considerare *naturaliter* come fraudolenta; e di ciò è prova il fatto che nella definizione di *furtum* – questa sì generale e astratta – tramandata in D.47.2.1.3⁵⁰⁶, Paolo impiega il binomio ‘*contractatio fraudulosa*’⁵⁰⁷, dando a credere che ogni *contractatio* sia costitutivamente e necessariamente fraudolenta. Ma l’arbitraria estrapolazione concettuale paolina, in realtà, può, sotto una diversa angolazione, essere letta ‘in controluce’ per apprezzare gli

□
⁵⁰⁴) Sul quale si è soffermato anche HITZIG, *Beiträge*, cit., p. 317. Da ultimo, si può utilmente consultare P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, cit., p. 272.

⁵⁰⁵) F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, p. 580, FERRINI, *Furtum usus possessionisve. Contributo alla dottrina del furto in diritto romano*, in «Opere», V, Milano, 1930, p. 107-108.

⁵⁰⁶) Sul punto la letteratura, inutile dirlo, è sterminata. Tra gli ultimi commenti degni di nota, è possibile segnalare C. ROSENFELD, *Reacción del hombre frente a una acción dañosa en los delictos de injuria, infamia y furtum*, in «La responsabilidad civil de Roma al derecho moderno» (coor. A. MURILLO VILLAR), 2001, p. 734 ss.

⁵⁰⁷) L’attributo ‘*fraudulosa*’ è riferito da alcuni Autori alla ‘sottrazione’: ma ogni sottrazione extra-contrattuale di una cosa altrui postula un *dolus in re ipsa*, e non autorizza a credere che si potessero riconoscere sottrazioni non fraudolente, e quindi non punibili a titolo di furto(come hanno riduttivamente ritenuto, tra i tanti, R. CAGNAT, G. GOYAU (cur.), *Lexique des antiquités romaines*, 1896, sv. *Furtum*, p. 132-133).

echi e i segni di quelli che in origine dovevano essere i prodromi di regolamentazione dei *furta impropria*, quando ancora si doveva parlare di *'fidem frangere'* e non di *'furtum facere'*. Del massimo rilievo è il fatto che in origine la *fraus* indicasse l'appropriazione indebita (di cose già detenute) poi punita nell'ultima repubblica a titolo di *furtum usus aut improprium*, come dimostra l'uso conforme che si faceva del lemma, per esempio, ai tempi di Plauto (III-II sec. a.C.)⁵⁰⁸. Sulle orme del Costa⁵⁰⁹, si capisce come *furtum*, in epoca primigenia e in senso atecnico, abbia indicato anche l'uso di una cosa non consentita dal legittimo proprietario⁵¹⁰; in senso atecnico, ho scritto. In effetti in Plauto ritroviamo e riconosciamo il predicato *subripere-subrumpere*⁵¹¹, ma il vero spunto per l'assimilazione concettuale tra *'furari'* e *'subripere'* potrebbe forse rinvenirsi al più tardi, ma quasi nello stesso torno di tempo, nelle *leges oleae faciundae et legundae* di Marco Porcio Catone; istruttiva è la lettura di *Cat. agr. cult. 145.2*⁵¹², che ci fa comprendere come fino alla metà del II sec. a.C. l'uso indebito o l'appropriazione indebita di una *res fiduciae data* (per le *res pretiosiores* si faceva sicuramente ricorso al rito della mancipazione) ancora non era considerata, in termini di stretto diritto, *'furtum'*; e ancora nel passo catoniano è presente in una fase germinale il processo che porterà al riconoscimento giuridico – per il tramite delle prime applicazioni di Marco Giunio Bruto, quasi contemporaneo di Catone – del

□
⁵⁰⁸) Cfr. A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*⁴, I, Heidelberg, 1972, p. 543 sv. *Fraus*: «Seit XII Tab., Rom vereinzelt, ebenso *fraudo*, *-are*, betrüge, hintergehe, **unterschlage** (N.d.A. : il grassetto è mio) seit Plautus».

⁵⁰⁹) E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, cit., p. 403 ss.

⁵¹⁰) Quindi evidentemente anche l'uso, come affermato dal NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung*, cit., p. 191 nt. 27, «der nicht unmittelbar vom Eigentümer bewachten Sachen».

⁵¹¹) Coglie nel segno, per questo aspetto, il Daube quando critica l'affermazione huveliniana in forza della quale «He (*scil.* Huvelin) says that when Plautus uses *furtum* in the sense of *subreptio*, he is indulging in a colloquialism unknown to the technical language of law and lawyers» (DAUBE, *'Furtum proprium' and 'furtum improprium'*, 1938, ora in «Collected Studies», 1991, cit., p. 21).

⁵¹²) Sulla cui testimonianza si vedano D. FLACH, *Römische Agrargeschichte*, München, 1990, p. 143 nt. 137, P. ROSAFIO, *Studi sul colonato*, Bari, 2002, p. 102 e D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, cit., p. 169.

furtum improprium da parte dei *veteres* della *tarda res publica*. Quindi, se si vuole veramente riesaminare *funditus* e senza indulgere in ‘petizioni di principio’ la questione delle origini e del significato originario della ‘*contrectatio fraudulosa*’, occorrerà ricostruire la sequenza della «Überlieferung» di cui è un precipitato storico D. 47.2.1.3 (oltre che D. 47.2.1 pr.) in questi termini:

- a) ‘*Contrectatio*’ nella lezione contenuta in Gell., *noct. att.* 11.18.20; utilizzazione del segno in senso tecnico da parte di Sabino, con riferimento al furto d’uso;
- b) ‘*Contrectatio fraudulosa*’ nei testi di Paolo, erroneamente riferita alla nozione di *furtum* in generale;
- c) Attribuzione di Paolo a Sabino dell’aggettivo ‘*fraudulosa*’ in funzione caratterizzante del delitto di *furtum*, mentre in realtà Sabino parlava di una fattispecie ben delimitata;
- d) Trasposizione, attestata negli stessi testi indicati *sub b)*, del sintagma in discorso dal livello ‘definitorio’ – che è già una sovrapposizione di Paolo al semplice chiarimento su cui getta luce Gellio – a quello ‘etimologico’;
- e) Ultima tappa è costituita dal formarsi di una opinione tralatizia, ben testimoniata in Isid. *orig.* 5.26.19⁵¹³, in cui le note di disvalore della clandestinità e della frode sono ormai considerate sinonimiche, pur essendo intuitivo che «*fraudulosa... (und) fraus... haben mit Heimlichkeit nichts zu tun*»⁵¹⁴.

□

⁵¹³) Isid. *Orig.* 5.26.19: *Furtum autem capitale crimen enim apud maiores erat ante poenam quadrupli*. Sul punto v. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, cit., p. 62.

⁵¹⁴) NIEDERLÄNDER, *op.cit.*, p. 188. Chiarisce ulteriormente lo studioso, in buona sostanza in senso non difforme dai miei tentativi di spiegazione, che «Die Ableitung von *fraus* der juristischen Konzeption des *furtum* durch Sabinus entsprach und daß damit eine alle Fälle des *furtum* umschließende Definition geschaffen werden sollte» (ID., *op.cit.*, p. 189 nt. 15).

5. La portata sistematica di *Cic nat. deor.* 3.30.74.

Tanto considerato, e ritornando al tema della *condictio furtiva*, va detto che se ne è occupato espressamente anche Pasquale Voci, il quale, in un recentissimo intervento⁵¹⁵, ha affacciato considerazioni innovative sulla nozione stessa di *condictio*, ritenuta non incompatibile con il possesso (di qui lo ‘sdoganamento’ della *condictio incerti* e della *condictio possessionis*, che l’opinione comune ritiene non classiche). Il Voci si è proposto di dimostrare come sia nella *condictio furtiva* sia in quella *ex iniusta causa* si miri sostanzialmente alla «persecuzione del possesso»; in particolare, sul presupposto della diversità delle due *condictiones*, la seconda sarebbe sorta «come figura minore»⁵¹⁶ rispetto alla prima, comportando il superamento di un complesso di regole ancorato al «rapporto necessario tra *datio* e ripetizione del dato»⁵¹⁷. È interessante notare come il Voci riproponga la classica regola sulla legittimazione attiva alla *condictio furtiva*, ma faccia anche rilevare una delle caratteristiche più interessanti del relativo regime giuridico: la *condictio furtiva* non può essere esperita contro il *fur ope consilio*, essendo tale azione proponibile unicamente nei riguardi dell’autore materiale della sottrazione.

Difficile dire a che cosa si debba una simile peculiarità. Sappiamo comunque di un’applicazione della *legis actio sacramenti in personam* nei confronti del correo (compartecipe morale, determinatore o istigatore) grazie al cui *ops* o *consilium* è stata possibile la realizzazione di un furto: questa testimonianza, importantissima, è contenuta in un passo, in verità più che

□

⁵¹⁵) Cfr. P. VOCI, *Conditiones e possesso*, in «SDHI.», LXXI, 2005, p. 17 ss.

⁵¹⁶) VOCI, *op.cit.*, p. 22.

⁵¹⁷) VOCI, *op.cit.*, *ibidem*.

inflazionato, del *De natura deorum* ciceroniano⁵¹⁸, che per le sue implicazioni è necessario qui riportare nella sua interezza:

Cic. nat. deor. 3.30.74: ‘*Sed exeamus de theatro, veniamus in forum. Sessum it praetor. Quid ut iudicetur? Qui tabularium incenderit. Quod facinus occultius? at se Q. Roscius splendidus eques romanus ex agro Piceno fecisse confessus est. Qui transcripserit tabulas publicas? Id quoque L. Alenus fecit, cum chirographum sex primorum imitatus est: quid hoc homine sollertius? Cognosce alias quaestiones, auri Tolossani, coniurationis Iugurthinae; repete superiora, Tubuli de pecunia capta ob rem iudicandam, posteriora, de incensu rogatione Peducea, tum haec cotidiana, sicae veneni peculatus, testamentorum etiam, lege nova quaestiones. Inde illa actio ‘ope consilioque tuo furtum factum esse’, inde tota iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Laetoria⁵¹⁹, inde everriculum malitiarum omnium iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit, quem dolum idem Aquilius tum teneri cum aliud sit simulatum aliud actum...’⁵²⁰.*

□

⁵¹⁸) ‘In Verbindung mit...Cicero nat.deor. 3,74...wird angenommen, daß das...aio aus der Spruchformel der persönlichen Sakramentsklage zur Durchsetzung der poena dupli gegen den nicht handhaften Dieb stammt’ (K. HACKL, *Gaius 4*, 37, cit., p. 127).

⁵¹⁹) Sull’inquadramento del giudizio popolare instaurato dall’*actio legis Laetoriae* nell’ambito del passo ciceroniano, vedi l’ampia analisi di S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra II e II sec. a.C.*, Napoli, 1979, p. 120 ss.

⁵²⁰) Il passo è stato preso in esame anche da B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano, 2002, p. 423 ss. L’autrice, prendendo separatamente in considerazione la prima categoria di *iudicia* (*de fide mala, tutelae* etc.) e la seconda (*iudicia quae contra fidem fiunt*), ha potuto osservare che «sembra apparire chiaro che le fattispecie della seconda specie presentino, rispetto alle prime, un grado di individuazione più approssimativo, frutto...della loro receniorità di *pacta conventa*, come sembra indicare la loro identificazione attraverso goffe locuzioni come ‘cose comprate, cose vendute, ecc.’» (BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., p. 424). Per altre referenze, v. D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 106, A. GASQUY, *Cicéron jurisconsulte*, cit., p. 60 nt. 1, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., pp. 745 nt. 1 e 749 nt. 6, G. BESELER,

□

De iure civili Tullio duce ad naturam revocando, in «BIDR.», 39, 1931, p. 314 ss., L. CHEVAILLER, *Contribution à l'étude de la complicité*, cit., p. 210 nt. 28, G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, cit., p. 108, F. CANCELLI, sv. *Diligenza (dir. rom)*, in «ED.», 13, 1964, p. 519, PIZZANI, *Marco Tullio Cicerone, Sulla natura degli dei, Introduzione*, Milano, 1967, *passim*, A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, cit., pp. 157 e 425, C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., p. 112 nt. 11, dove si afferma che il sintagma *ope consilioque factum* indicherebbe non l'attività del partecipe, ma la 'piena responsabilità personale dell'unico o del principale responsabile del fatto', A. WATSON, *The law of the ancient Romans*, cit., pp. 214 nt. 14, 56 nt. 5 e 81 nt. 14, R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, cit., p. 101, S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'*, cit., p. 34 nt. 14, N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974, p. 64 ss., W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau*, I, cit., p. 55 nt. 89, F. GNOLI, *Cic. Nat. deor. 3,74 e l'origine della quaestio perpetua peculatus*, in «Istituto lombardo – Accademia delle scienze e lettere. Rendiconti», CIX, 1975, p. 331 ss., D. NÖRR, *Causa mortis*, cit., p. 113 nt. 102, J. M. BLANCH, *Nota a proposito de la 'actio de dolo'*, cit., p. 1152 nt. 4, G. NOORDRAVEN, *De fiducia in het Romeinse recht*, cit., pp. 272 nt. 28 e 350 nt. 2, A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, cit., p. 227, D. FLORIA HIDALGO, *La casuistica*, cit., p. 181, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., pp. 14 nt. 22 e 102 nt. 352, G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano I. Famiglia e persone, successioni, diritti reali*, Torino, 1993, p. 47 nt. 168, F. LAMBERTI, *'Tabulae irnitanae'. Municipalità e 'ius romanorum'*, Napoli, 1993, pp. 154 nt. 49 e 159 nt. 68, V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad: estudio historico y jurisprudencial*, cit., pp. 18 nt. 22 e 25, D. NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia*, in «Mandatum und Verwandtes», cit., p. 16 nt. 13, J. BLEICKEN, *Cicero und die Ritter*, Göttingen, 1995, p. 60 nt. 109, F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei pubblica iudicia*, Cagliari, 1996, p. 38 nt. 25, M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht²*, München, 1996, p. 88 nt. 10, L. GAROFALO, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana²*, cit., p. 255 nt. 67, C. R. BEUL, *Si mensor falsum modum dixerit. Untersuchungen zu D. 11,6 zu den Artes liberales und zum dolus malus*, Darmstadt, 1998, p. 83, P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, cit., p. 25 nt. 130, K. AMIELAŃCZYK, *The position of incendium in the legislature of Cornelius Sulla. 'Lex Cornelia de sicariis et veneficiis'*, in «OIR.», 5, 1999, p. 12 nt. 23 ('a man named Q. Soscus from Picenum was accused to setting fire to a Tabularium, probably on Capitol. The trial ended with a condemning sentence'), G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999, p. 169 nt. 16, O. LICANDRO, *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino, 1999, p. 315 nt. 38, F. SALERNO, *'Tacita libertas'*, Napoli, 1999, p. 131 nt. 48, L. GUTIÉRREZ-MASSON, *'Fictio iuris'-'civitas augescens'*, cit., p. 430 nt. 53, C. MASI DORIA, *Reus magis ex aequo bonoque*, cit., p. 453 nt. 59, M. MIGLIETTA, *'Servus dolo occisus'*, cit., pp. 9 nt. 11 e 155 nt. 151, U. MANTHE, *Agere und aio: Sprechakttheorie und Legisaktionen*, in «Jurisprudentia universalis», cit., p. 437 nt. 21, che situa con esattezza la formula nella più primitiva dinamica processuale, in quanto 'die legis actio sacramento in personam verlangte, daß der Kläger die Worte *Aio te mihi dare oportere sprach*', O. BEHREND, *Fremdbestimmte und eigenverantwortliche Arbeit*, cit., p. 26 nt. 14, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, 2002, p. 17 nt. 36, R. FIORI, *Ea res agatur*, cit., p. 128 nt. 28, V. MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero. II. Studi sui libri de officio proconsulis e la*

In argomento, pagine istruttive sono state scritte da Federica Bertoldi⁵²¹ e Renato La Rosa. La Rosa, in particolare, ha svolto un'analisi di segno opposto a quella della dottrina di gran lunga maggioritaria, secondo la quale «in epoca preclassica, e quindi anche nell'*actio* cui fa riferimento Cic. *nat. deor.* 3.30.74 i termini *ops* e *consilium* avrebbero indicato gli elementi costitutivi (oggettivo e soggettivo) del delitto principale di *furtum*»⁵²². Va in effetti tenuto presente, come opportunamente ha sintetizzato Giunio Rizzelli, che nell'ottica di Huvelin «*consilium* sarebbe stato inteso come 'volonté agissante' contrapposta nella giurisprudenza più risalente all'*imprudencia*, al *casus* o alla *necessitas*. La stessa giurisprudenza avrebbe dato però al termine, in alcuni casi, una accezione nuova, corrispondente a quella di *dolus malus*, comprensiva non solo del riferimento alla capacità di agire, ma anche del riferimento alla volontà di nuocere»⁵²³. Il La Rosa ha invece pensato che i due termini potessero indicare, anche e soprattutto, casi di concorso nella realizzazione del delitto di furto, come sembrerebbe indicare un testo di Asconio.

Asc. In Cic. *Scaur.* 22 lin. 5 ss. (CLARK): *Non multo ante, Italico bello extorto, cum ob sociis negatam civitatem nobilitas in invidia esse, Q. Varius tr. pl. legem tulit ut quaeretur de iis quorum ope consiliove socii contra populum romanum arma sumpsisset.*

Credo sia giusto ritenere che la *communis opinio*, benché autorevolmente rappresentata (Huvelin, Jolowicz), non poggi in realtà su solide basi testuali; il

□

loro fortuna tardoantica, Napoli, 2004, p. 203 nt. 51, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, cit., p. 61 nt. 26, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 7, 10-11, 13 nt. 29, 15 nt. 37, 81 nt. 309 e 121 nt. 1, D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte*, cit., p. 52.

⁵²¹) F. BERTOLDI, *La Lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, 2003, p. 142 ss.

⁵²²) R. LA ROSA, *La repressione del furto in età arcaica. 'Manus iniectio' e 'duplione damnum decidere'*, cit., p. 96.

⁵²³) La limpida sintesi si trova in G. RIZZELLI, '*Ope consilio dolo malo*', in «BIDR.», 96-97, 1993-1994, p. 301.

La Rosa è giunto a dimostrare come il testo preso in considerazione da Huvelin a conforto della tesi maggioritaria (D. 50.16.53 pr.)⁵²⁴ non solo non autorizzi «la possibilità di desumere...conseguenze generali»⁵²⁵, ma presenti un andamento sconnesso, tipico dei testi rimaneggiati⁵²⁶. Da qui a supporre, però, che il brano contenga indici rivelatori in grado di demolire «il dogma dell'antico accertamento del fatto di furto mediante il rito dell'*agere lege sacramento in personam*»⁵²⁷, «...*multum refert*, verrebbe da dire, sposando le considerazioni critiche di Guarino⁵²⁸, il quale ha persuasivamente replicato al La Rosa facendo constare la circostanza, a tutti nota, che «l'*addictio* si applicava *in executivis* anche al *fur nec manifestus*, se gli mancava il denaro per pagare il *duplum* della pena a lui inflitta»⁵²⁹, pensiero, questo, già diffusamente presente nell'importante contributo del 1932 dell'Arangio Ruiz sulla repressione del furto flagrante e non flagrante.

Occorrerebbe invece, a mio avviso, considerare più attentamente i contenuti di Cic., *l.c.*, sul presupposto della «stranezza», rilevata dalla Bertoldi, del ricorso all'*agere sacramento* in un periodo in realtà troppo avanzato, essendo il *de natura deorum* stato scritto nella seconda metà del I sec. a.C.

Destano stupore, *in primis*, i cenni a vicende processuali presupponenti, per così dire 'a monte', una rottura della *fides* (eloquente la frase '*inde tota iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae etc.*') e l'avvicinamento della '*illa actio ope consilioque tuo furtum aio factum esse*' alle *legis actiones* intese a reprimere fatti concussivi, nell'ambito delle *pecuniae repetundae*. Le

□
⁵²⁴) Tra le interpretazioni che si discostano sensibilmente da quella huveliana, campeggia quella di P. FERRETTI, *Alle radici di un diritto penale europeo: da Gaio [D. 47.2.55(54).4] al Corpus Juris. Alcune considerazioni in materia di complicità*, in «AUFE.», XV, 2001, p. 110 ss.

⁵²⁵) LA ROSA, *op.cit.*, p.93.

⁵²⁶) Cfr. la letteratura e i riferimenti addotti da LA ROSA, *op.cit.*, p.93 nt. 117, e la decisa presa di posizione di M. PAMPALONI, *La complicità nel delitto di furto*, in «Studi Senesi», 1899, p. 26-28.

⁵²⁷) LA ROSA, *op.cit.*, p. 139.

⁵²⁸) A. GUARINO, '*Ineptiae iuris romani*': X, 4. *I decemviri e il 'fur nec manifestus'*, in «Labeo», 38, 1992, p. 326 ss. (e ora in «PDR.», IV, Napoli, 1994, p. 183 ss.).

⁵²⁹) GUARINO, *op.cit.*, p. 329.

notazioni di cui sopra, con cui ho tentato di spiegare le scaturigini storiche del *furtum improprium*, sembrerebbero trovare conferma dalla evidente non inconciliabilità, per l'epoca più antica, tra l'ambito penal-privato e quello della *fides* (*recte*, della sua patologia). *In secundis*, tuttavia, non possiamo nasconderci che qui si parla di un *furtum ope consilioque factum*, non di un *furtum improprium*, e su questa difficoltà occorre ora discutere. Il punto di partenza è fornito dal dato, non oggetto di contestazioni, in forza del quale (*arg. ex. D. 13.1.6*) «der Teilnehmer mit der *condictio* nicht belangt werden könne»⁵³⁰. Ho tentato di dimostrare come la presenza di un rimedio reipersecutorio generale contro fatti di frode e di furto non manifesto abbia costituito un autentico 'principio cardine' immanente al sistema, anche al di là delle varie e variabili qualificazioni delle concrete fattispecie. Quando ormai era diventata fruibile la *condictio* formulare, poterono essere implementate tutte le regole a cui aveva 'dato la stura' l'innovativo pensiero di Sabino riportato da Ulpiano in *D. 12.5.6* (possibilità di *condicere* una cosa 'non propria' solo nei confronti del ladro, legittimazione attiva tendenzialmente spettante al *dominus*, eventualità che la pretesa di parte attorea si appuntasse su *res* detenute *ex iniusta causa*). In una con l'affermazione dei suddetti principi, si ritenne – anche questo lo si è detto – di escludere il *fur ope consilioque* dal novero dei soggetti convenibili con la *condictio furtiva*.

In *Cic. l.c.* abbiamo notizia di un *agere sacramento* nei confronti del *fur ope consilioque*; cosa che, non più possibile se parliamo di *condictio* formulare, può farci inferire che non lo sia stata nemmeno ricorrendo alla *l.a. per conditionem*, di cui la *condictio* rappresenta lo sviluppo nel processo *per concepta verba*.

Ma qui è il punto: la *l.a. per conditionem* è intervenuta in un ambito per cui non era escluso il ricorso alla *l.a. sacramenti* (*arg. ex Gai 4.20*⁵³¹). Si può

□
⁵³⁰) M. CONRAT (COHN), *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, II, Berlin, 1880, rist. Aalen, 1969, I, *Über das ope consilio der actio furti*, p. 38.

⁵³¹) Cfr. A. D'ORS, *Sobre el 'Edictum de rebus creditis'*, cit., p. 157.

allora ritenere che per ragioni di politica criminale si sia deciso di mantenere in vita una specifica e nominata *actio* (con cui si agiva *sacramento*) per ovviare al vuoto di tutela che altrimenti si sarebbe determinato nell'ordinamento. E a ciò non si replichi che in Cic. *l.c.* si verserebbe in ipotesi di azione penale e non reipersecutoria, perché ben conosciamo la strutturazione affatto particolare di una simile *actio*⁵³², esplicantesi in un *agere sacramento* che recava pur sempre con sé un nucleo squisitamente risarcitorio⁵³³.

□

⁵³²) CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea, I. Dalle origini a Labeone*, Torino, 1997, p. 187-189 e inoltre, seppure con riferimento a Gai 4.37, G. HACKL, *Gai 4.37 und die Formeln der actio furti*, cit., p. 127 ss.

⁵³³) D'altronde anche nell'*actio furti nec manifesti* l'espressione '*damnum decidere*' supposeva in origine, con ogni probabilità, una 'regolazione del danno' che se normalmente preludeva alla irrogazione di una pena, non sempre portava alla stessa come risultato necessitato (CANNATA, *op.ult.cit.*, p. 188 nt. 269, ID., *Delitto e obbligazione*, in «Illecito e pena privata in età repubblicana, Atti Copanello», Napoli, 1992, p. 30, cit. nella nota medesima).

CAPITOLO QUINTO

L'EVOLVERSI DELLA GIURISPRUDENZA SUL *FURTUM* FINO AL III SEC. D.C.

SOMMARIO: 1. L'importanza di Cic. *ad fam.* 7.22 per la ricostruzione di una questione già dibattuta sul finire del III sec. a.C.: la posizione di Sesto Elio Peto Cato, dei *veteres*, e i termini del dibattito giurisprudenziale. - 2. Alfeno Varo e la rimozione di creta da una cava: D. 47.2.58. - 3. Aulo Ofilio e il *furtum totius acervi* (D. 47.2.21 pr.). - 4. Trebazio Testa e il furto di cosa non detenuta né posseduta (D. 41.1.5.1). - 5. Il prestito di pesi contraffatti come ipotesi di furto nella riflessione di Fabio Mela (D. 47.2.52.22). - 6. Labeone e il furto '*per fraudem*' al *siliginarius*. - 7. Cassio Longino e la vendita di *pignus* in assenza di accordo col debitore proprietario. - 8. Proculo. - 9. Correità e concorso nel furto alla luce della dottrina di Sesto Pedio. - 10. I contributi di Nerazio alla dottrina sul *furtum*. - 11. Giuvenzio Celso figlio e l'*infitiatio depositi*. - 12. Sesto Pomponio e la teorizzazione delle varie forme di responsabilità oggettiva. L'ammissibilità del furto putativo e il *furtum ope consilioque factum* come delitto aggravato dall'evento. - 13. Paolo sul furto tentato.

1. *L'importanza di Cic. ad fam. 7.22 per la ricostruzione di una questione già dibattuta sul finire del III sec. a.C.: la posizione di Sesto Elio Peto Cato, dei veteres, e i termini del dibattito giurisprudenziale.*

Lo studio del diritto di origine giurisprudenziale vertente sul *furtum* può avvalersi dei contenuti di una fonte non giuridica, una lettera di Cicerone a

Trebazio Testa scritta a Tuscolo nell'estate del 44 a.C.⁵³⁴, per operare una ricostituzione e ambientazione diacronica dei formanti contenutistici di un ben preciso tema giuridico: l'indagine della posizione dell'erede con riguardo alla possibilità di rivalersi per un furto commesso antecedentemente all'acquisto della qualifica.

Gli anni in cui operarono i giuristi citati da Cicerone, in un modo non neutro, sono quelli più lontani nel tempo a cui è possibile giungere allo stato, stante il dato irrefragabile denunciato da Emil Seckel come 'catastrofe dell'oblio', che impedisce ogni conoscenza precisa delle tematiche agitate nel diritto giurisprudenziale più remoto.

Il testo inizia con l'esposizione della fattispecie, e si conclude, forse senza eccessive soddisfazioni per gli esegeti, assumendo implicitamente il *decisum* di ciascuno dei due gruppi di pensiero contrapposti, che quindi andrà necessariamente individuato *per relationem*.

*Cic. ad fam. 7.22: Illuseras heri inter scyphos, quod dixeram controversiam esse possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere. Itaque, etsi domum bene potus seroque redieram, tamen id caput ubi haec controversia est notavi et descriptum tibi misi: ut scires id quod tu neminem sensisse dicebas, Sex. Aelium, M. Manilium, M. Brutum sensisse. Ego tamen Scevolae et Testae adsentior*⁵³⁵.

□
⁵³⁴) W. S. WATT (cur.), *Epistulae ad familiares, Marcus Tullius Cicero*², Oxonii, 1982 e L. C. PURSER, *M. Tulli Ciceronis epistulae, I. Epistulae ad familiares*, Oxonii, 1961, p. VII.xxii: 'Scriptum in Tusculano m. Iun., ut videtur, a. 710 (44)'.

⁵³⁵) Cfr. C. WILDVOGEL, *Disputatio inauguralis iuridica de furtis impropriis*, cit., p. 32, P. PH. WOLFFHARDT, *Programma de responso Trebatii ad quaestionem Ciceronis possitne heres quod furtum antea factum esset furti recte agere*, Rinteln, 1739, non potuto consultare, D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 68 nt. 21, M. VOIGT, *Über das Aelius- und Sabinus-Systeme*, Leipzig, 1875, p. 326 (8) nt. 11, H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, cit., pp. xcvi-xcvii, PH. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae antejustiniana quae supersunt*⁵, Leipzig, 1886, p. 1, A. GASQUY, *Cicéron juriconsulte avec une table des principaux passages relatifs au droit contenu dans les oeuvres de Cicéron*, Paris, 1887, p. 33 nt. 1 e 295, F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, Leipzig, 1896, p. 16, TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*³, cit., p. 104 nt. 27, E. WEIB, in «ZSS.», 33, 1912, p. 217, P.

Non può escludersi che Cicerone abbia usato espressioni e costrutti acirologici, certamente non in modo deliberato né per carenza di nozioni giuridiche, ma confidando probabilmente nella pronta comprensione dell'amico giurista, cui la lettera era rivolta.

□

HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 321 ss., V. KOROSEČ, *Die Erbenhaftung nach römischen Recht*, Leipzig, 1927, p. 80 ss., F. DE VISSCHER, *Vindicta et noxa*, cit., p. 243 ss., G. LAVAGGI, 'Iniuria' e 'obligatio ex delicto', in «SDHI.», 13-14, 1947-1948, p. 171 nt. 131, convinto «che le parole 'quod furtum antea factum esset' potrebbero alludere sia all'ipotesi di furto perpetrato in vita del *de cuius*, sia all'altra di sottrazione avvenuta dopo la sua morte ma prima dell'adizione dell'eredità», M. KASER, *Das altrömische ius*, cit., p. 218 nt. 34, J. STROUX, *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, Potsdam, 1949, p. 100 nt. 31, F. WIEACKER, *Lebensläufe klassischer Schriften in nachklassischer Zeit*, in «ZSS.», 67, 1950, p. 388 nt. 62, A. B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in «Festschrift F. Schulz», II, Weimar, 1951, pp. 211-212, dove si rinvencono argomenti per ritenere che 'die Vertreter der verschiedenen Ansichten waren also im Nachschlagewerk genau vermerkt', che quindi i sostenitori di tesi contrapposte fossero ricordati in opere di consultazione accessibili come quelle di commento al diritto, e costituissero anzi un sottogenere – quello del *ius controversum* – trattato credibilmente già in un'opera come il *ius civile* di Quinto Mucio Scevola; altrimenti Cicerone non avrebbe potuto affermare, nel *De oratore*, che 'in eo iure, quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori eius partis, quamcumque defendet, auctorem aliquem invenire' (Cic. *de or.* I.57.242), P. DE FRANCISCI, *Cic. ad fam. 7.22 e i libri iuris civilis di Q. Mucio Scevola*, in «BIDR.», 66, 1963, pp. 93-94, che evidenzia soprattutto la suddivisione in *capita* dell'opera consultata da Cicerone, A. WATSON, *The Law of Obligations in the later Roman Republic*, cit., p. 228, ID., *Roman Private Law around 200 BC*, cit., p. 148 nt. 6, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 159 nt. 42, che trae argomenti per affermare che 'nach älterem Recht folgt es vielleicht dem Eigentum an der gestohlenen Sache, nach späterem geht es auf die Erben über', D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., p. 101, S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in «IURA.», 30, 1979, p. 39 nt. 11, R. A. BAUMAN, *Lawyers in roman transitional politics. A study of the Roman jurists in their political setting in the late Republic and Triumvirate*, München, 1985, pp. 124 nt. 346, 126, 135, M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra repubblica e principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli, 1990, p. 111 ss. con ampia letteratura alla nota 21, M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente operato dallo schiavo manomesso nel testamento. Lettura esegetica del titolo 47,4 del Digesto*, cit., p. 145 nt. 265 (dove la studiosa trae ulteriori argomenti da Gai 4,112 per affermare che 'la tendenza a concedere l'azione di furto all'erede del derubato risulta essersi definitivamente affermata in età gaiana'), V. SCARANO USSANI, *L'ars dei giuristi: considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, cit., p. 33 nt. 49, P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, cit., p. 2 nt. 4 e 5, secondo il quale 'furtum antea factum è il furto fatto all'ereditando: non c'è furto finché l'erede non prende possesso delle cose ereditarie', F. DE MARINI AVONZO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., pp. 153-154, M. MIGLIETTA, 'Servus dolo occisus', cit., p. 83 nt. 186, A. SCHIAVONE, *Jus. L'invenzione del diritto in occidente*, cit., p. 158 ss.

I dati di contesto che vengono riferiti, e che ci parlano di arguti commensali seduti sui rispettivi accubiti ‘*inter scyphos*’, letteralmente ‘tra le coppe, a tavola’, consentono senza dubbio di approcciare la testimonianza in modo alquanto più elastico di quanto non si sia fatto finora, senza le ingombranti precomprensioni che ne hanno spesso accompagnato la lettura. Trebazio Testa aveva, a quanto pare, bonariamente preso in giro l’amico Cicerone il quale, da laico del diritto, aveva nell’atmosfera conviviale parlato di una controversia su questione giuridica. Un po’ piccato per l’episodio, e per riaffermare le sue conoscenze giuridiche pure se ‘in der Laiensphäre’, Cicerone era tornato a casa e nonostante le generose bevute (‘*bene potus*’) e l’ora tarda (‘*seroque*’), aveva srotolato il *volumen* in cui era annotata la controversia nei termini riferiti durante il banchetto. La sostanza del resoconto sembrerebbe adeguabile ai commenti più disparati e orientati diversamente a seconda delle urgenze di spiegazione ermeneutica di volta in volta prese di mira. Per essere più chiari, se il Luzzatto aveva portato il *l.c.* come un patente esempio in grado di spiegare ‘a lato dell’intrasmissibilità passiva, l’intrasmissibilità attiva delle cosiddette azioni *vindictam spirantes*’⁵³⁶, mettendo evidentemente sotto la lente di ingrandimento i pareri di Sesto Elio, Bruto e Manilio, il D’Orta, più attento alle dinamiche della giurisprudenza a cavallo tra Repubblica e Principato, ha invece ritenuto di dedurre – sulla scia di Trebazio e dello ‘Scevola’ al quale Cicerone avrebbe assentito – l’ammissione della trasmissibilità attiva dell’azione penale, verificatasi lesione di natura patrimoniale⁵³⁷.

Prima di aggredire il centro nevralgico dei diversi quesiti posti da Cic. *l.c.*, il primo risultato utile che può essere raggiunto è quello di partire dall’inequivoco catalogo di giuristi, che ci permette di risalire alla più antica discussione scientifica in tema di *furtum*, se il *Sextus Aelius* dell’epistola -

□

⁵³⁶) G. I. LUZZATTO, *Per un’ipotesi sull’origine e sulla natura delle obbligazioni romane*, cit., p. 138 nt. 2.

⁵³⁷) M. D’ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato*, cit., p. 112 nt. 23.

ancora antecedente rispetto a Bruto e Manilio - può essere identificato con quel Sesto Elio Peto Cato⁵³⁸ autore di tre volumi di *Tripertita*⁵³⁹, che una tesi forse troppo radicale (Lambert⁵⁴⁰) vorrebbe addirittura redattore del testo delle XII Tavole. La verità è che una simile identificazione risulterebbe tutt'altro che inverosimile, ed anzi plausibile (essendo già stata accettata a partire da Huschke e Bremer), qualora si prenda contezza del fatto che i giuristi vengono usualmente ricordati *a seniore ad iunioem*: Sesto Elio Peto Cato ricoprì il consolato nel 198 a.C., Marco Manilio fu console nel 149 a.C., quasi cinquant'anni dopo, mentre Giunio Bruto non riuscì che a raggiungere la pretura nel 142 a.C.

Come si vede, la menzione di Sesto Elio è decisiva per retrodatare di almeno due generazioni un dibattito giurisprudenziale ('*controversia*', come ricordato dall'Arpinate) il quale altrimenti avrebbe riguardato i soli *fundatores* del *ius civile*, operanti intorno alla metà del II sec. a.C.

La circostanza dell'*adsentior* ciceroniano non deve comunque farci credere alla ragionevolezza intrinseca di una soluzione soltanto perché resa posteriormente e più 'aggiornata': può darsi che il giudizio di dissenso e di dissociazione dai giuristi più antichi abbia tratto origine da alcune malcelate idiosincrasie di Cicerone per l'operato di Marco Giunio Bruto, i cui tre libri sul

□
⁵³⁸) Sulla figura di questo giurista e sui prodotti del suo pensiero, cfr. E. GABBA, D. FORABOSCHI, D. MANTOVANI, E. LO CASCIO, L. TROIANI, *Introduzione alla storia di Roma*, cit., p. 179 ss., W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, rist. 2001, Köln, p. 9, M. T. FÖGEN, *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*, (trad. it.), Bologna, 2005, pp. 75 nt. 123 (per la quale Sesto Elio, nei *Tripertita*, avrebbe soltanto riprodotto il testo delle XII Tavole) e specialmente p. 166. Sesto Elio, console nel 198 a.C., prima di diventare giurista era stato generale e importante – oltretutto accorto – uomo politico: seppe nell'anno del consolato mantenere la pace esortando a ritornare nelle rispettive coloniae le popolazioni di Piacenza e Cremona, che vi erano state allontanate dalle incursioni galliche, con le quali d'altronde non pervenne mai a uno scontro aperto (per questa e altre informazioni, si consultino A. M. ECKSTEIN, *Senate and General. Individual decision making and roman foreign relations, 264-194 B.C.*, Berkeley-Los Angeles-London, 1987, p. 61 e E. BADIEN, *Titus Quinctus Flaminius: Philhellenism and Realpolitik*, Cincinnati, 1970, p. 31.

⁵³⁹) Fondamentale la lettura di A. WATSON, '*Ius Aelianum*' and '*Tripertita*', in «Labeo», 19, 1973, p. 26 ss.

diritto civile vengono in altra occasione, e certamente non a caso, menzionati con un atteggiamento che non è certo di entusiastica approvazione.

La questione dedotta è se ‘*possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere*’, e cioè se l’erede possa intentare l’*actio furti* per un furto commesso prima dell’assunzione di tale qualifica. Certamente il fatto che Cicerone avesse potuto effettuare un ‘*rasches Nachschlagen zu Hause nach abendlicher Disputation*’⁵⁴¹ condotto su un testo giuridico, per poi riferirne da Tuscolo a Trebazio Testa, ha dato controindicazioni a coloro che, come ancora Wieacker, hanno posto l’accento sulla ‘*Strapazierbarkeit*’ delle fonti giuridiche scritte; ma le stesse controindicazioni sono state ritenute superabili pensando all’ ‘*hochgebildeter Besitzer*’⁵⁴² dei libri di diritto civile, che rispondeva al nome di Marco Tullio Cicerone.

La questione cruciale era però, già agli occhi di Sesto Elio Peto, se l’*actio furti* potesse essere esercitata da un attuale *heres*, per un *furtum* commesso in precedenza; apparentemente Sesto Elio, e dopo di lui Bruto e Manilio, non avrebbero consentito la rituale incardinazione di un processo per furto, forse perché l’*hereditas* prima dell’adizione non avrebbe potuto avere alcun titolare giuridico, forse ancora perché la regola sedimentata era nel senso di negare che un’azione penale, per i suoi gravi effetti (tanto più gravi quanto più si va indietro nel tempo) potesse propagare i suoi effetti pregiudizievoli nei confronti o da parte di soggetti *ab origine* estranei al delitto.

Il corollario che se ne trae, per Federico d’Ippolito, è che ‘secondo la convincente ricostruzione della dottrina...per Sesto Elio, e i giuristi che avevano seguito la sua impostazione, l’*actio furti* era ammessa a condizione che la *contractatio* fosse stata effettuata dopo l’*aditio* dell’eredità, non potendo l’*heres* agire per la sola qualità di erede’⁵⁴³.

□

⁵⁴⁰) É. LAMBERT, *La question de l’authenticité des XII Tables et les annales maximi*, in «RHDFE.», 26, 1902, p. 149 ss.

⁵⁴¹) F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 96 nt. 20.

⁵⁴²) F. WIEACKER, *Textstufen*, cit., ibidem.

⁵⁴³) F. M. D’IPPOLITO, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli, 2003, p.118.

Il D'Orta ha però fatto ricorso ad un 'adynaton' per spiegare come possa essere rettammente intesa la forma avverbiale *antea*: si perviene a una conclusione ('*antea*' inteso come riferimento al tempo in cui ancora l'ereditando viveva, e non al posteriore tempo in cui l'*hereditas iacet*) per aver assunto un fatto come giuridicamente impossibile (non si darebbe il caso di furto su una eredità giacente: perché vi sia trasmissione dell'azione occorre un soggetto in grado di trasmetterla).

Occorre tuttavia sempre verificare se tale assunzione fosse realmente l'unica possibile, o se non si debba invece pensare che la soluzione – comunque immutata – sia stata presa discutendo se potesse o no avvenire un *furtum* di una *res hereditaria*, e non soltanto dibattendo se il furto ai danni del *de cuius* potesse o no essere ritenuto produttivo di un danno diretto nei confronti della persona destinata ad assumere la qualifica di erede.

2. *Alfeno Varo e la rimozione di creta da una cava: D. 47.2.58.*

Di uno dei più importanti allievi di Servio Sulpicio, Alfeno Varo, originario di Cremona nella Gallia cisalpina – *consul suffectus* nel 39 a.C. – è uno dei testi che presenta le maggiori implicanze per la ricostruzione storico-dogmatica del concetto di furto. Viene in considerazione la fattispecie concretantesi nella creazione di uno *specus* in una cava di materiale cretaceo, assertivamente prodotta '*cretae fodiundae causa*', allo scopo di sbancare una quantità di argilla; senonché l'autore dello sterro, non limitandosi all'escavazione, finisce con il portare via con sé il materiale cretaceo e per questo diventa agli occhi di Alfeno autore di un vero e proprio *furtum*.

D. 47.2.58 (Alf. 4 dig. a Paul. epit.): *Si cretae fodiundae causa specum quis fecisset et cretam abstulisset, fur est, non quia fodisset, sed quia abstulisset*⁵⁴⁴.

La maggior parte dei commentatori risulta nella sostanza concorde nell'assegnare un ben preciso fondamento all'attribuzione della qualifica di *fur*: saremmo di fronte, si afferma, a una testimonianza che chiarisce – cronologicamente e giuridicamente – il momento di snodo più rilevante nella storia del concetto di furto, sancendo in modo netto la dequotazione della dottrina dell'azione furtiva intesa come illecita ingerenza antipatrimoniale, anche (come nella specie) obiettivamente manipolativa di una *res*, a favore di una *amotio* che una giurisprudenza più avvertita, nei cui ranghi allignerebbe soprattutto il nostro giurista come vero apripista, comincerebbe a valutare come vero nucleo fondativo della condotta delittuosa.

In altre parole sarebbe operata una implicita assimilazione del *fodere* entro un ventaglio di ipotesi di dannosa intromissione su cose di spettanza d'altri, che poi Sabino avrebbe sinteticamente riassunto con il termine tecnico *contrectatio*. Livellando e semplificando al massimo, è stato allora semplice ravvisare una sponsorizzazione alfeniana dell'*amotio* ad un livello generale, nel senso che il *furtum* normalmente avrebbe dovuto richiedere un 'portar via', cioè una amozione, e non – per tornare al micromondo casistico – un semplice scavo di minerale non autorizzato dall'avente diritto.

Così, per esempio, il D'Orta ha pensato che l'aspetto principale nella considerazione di Alfeno riguardasse proprio l'*amotio rei*⁵⁴⁵, e che dal

□
⁵⁴⁴) Si v., oltre alle indicazioni di cui subito nel testo, F. HORAK, *Rationes decidendi*, cit., p. 156 nt. 36 e M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 614 nt. 4, nonché le utili collocazioni dogmatiche del brano entro la più vasta opera del giurista cisalpino in G. NEGRI (cur.), *I frammenti dei Digesti di Alfeno Varo. Testo e traduzione italiana ad uso degli studenti del corso di diritto romano (anno accademico 1988-1989)*, Como, 1989, p. 29 e V. CARRO, *Su Alfeno Varo e i suoi 'Digesta'*, in «Index», 30, 2002, p. 244.

⁵⁴⁵) Di qui l'affermazione per cui 'già con Alfeno la giurisprudenza aveva valutato l'aspetto dell'*amotio rei*' (M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, cit., p. 173).

particulare del caso si potesse abbozzare un quadro generale ‘circa la configurazione di nuovi assetti giuridici per il furto’⁵⁴⁶. Di più: l’ottica retrostante alla decisione di Alfeno non sarebbe dissimile da quella di un ben più famoso caso, discusso da Ofilio (anch’esso allievo di Servio) e Trebazio in D. 47.2.21 pr., che esamineremo tra poco, nel quale per D’Orta la questione sullo sfondo sarebbe pur sempre stata quella dell’*aufferre*: chi sottrae anche un solo moggio da una massa di frumento è come se sottraesse l’intero coacervo per l’impossibilità di considerare il *medium* ‘quale entità autonoma ai fini del furto’⁵⁴⁷. Non sembra emergere il dubbio, prezioso, che nella fattispecie il giurista avesse dovuto misurarsi con una questione estremamente circoscritta, in seno alla quale un peso dirimente avrebbe forse rivestito la natura della *res* oggetto della condotta.

D’altronde si tratta di uno scrupolo non considerato nelle letture che sono state date, ancora più esemplificative dell’interpretazione corrente; così Franz Horak, dopo aver premesso le acquisizioni tratte in tema di sviluppo della nozione di furto (ampliamento della stessa ad opera dei giuristi repubblicani e successivo restringimento)⁵⁴⁸, si è detto del parere che il luogo alfeniano ‘dürfte, chronologisch gesehen, an der Peripetie dieser Entwicklung zu lokalisieren’, ma in una precisa direzione, perché Alfeno con il suo ragguaglio avrebbe – questa l’interpretazione horakiana – elevato l’amozione o sottrazione a caratteristica fondativa del delitto di furto; e che ciò abbia fatto non deve muoverci a dubbi o diffidenze: ‘Daß Alfen das Wegtragen zum begründenden Begriffsmerkmal erhoben haben soll, hat nichts Bedenkliches’. Si tratterebbe per Horak di un passo che non avrebbe potuto compiere Sabino, cui è da riferire, nella sostanza, l’andamento contenutistico di D. 47.2.21 pr.,

□

⁵⁴⁶) Così, *claris verbis*, ancora M. D’ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato*, cit., ibidem.

⁵⁴⁷) V. M. D’ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato*, cit., ibidem.

⁵⁴⁸) F. HORAK, *Rationes decidendi*, p. 157: ‘Es ist genugsam bekannt, wie sehr der *furtum*-Begriff in der römischen Jurisprudenz geschwankt hat, wie sehr er in der jüngeren Republik auf die inhomogensten Tatbestände ausgedehnt worden ist und wie sich erst langsam eine einschränkende Strömung durchsetzte’.

con delle prese di posizione incentrate sul *tangere* e sulla sua autosufficienza ai fini della consumazione del fatto di furto.

La protesta di sconnessione grammaticale degli inesatti congiuntivi, pure tenuta presente, non coinvolgerebbe che l'aspetto formale del testo alfeniano, rendendo al più verosimili cambiamenti particolarmente lucidi nella *consecutio* temporale da parte dei commissari giustiniani.

L'Horak ha quindi sostenuto che con Alfeno Varo sarebbe stata caldeggiata una precisa teorica dell'atto furtivo, visto eminentemente come atto di sottrazione. Di ciò sarebbe testimonianza D. 47.2.58.

Non si è allontanato dal solco tracciato da Horak nemmeno Hans-Jörg Roth, cui si deve la più recente considerazione sistematica del frammento in esame. Il Roth ha anzi analiticamente discusso del senso della 'localizzazione temporale' del testo nella 'peripezia' della storia del furto, da Horak accennata ma non compiutamente sviluppata. La decisione di Alfeno, ci dice allora il Roth, si colloca in un ben preciso frangente cronologico, quello in cui si cominciò a propugnare, in seguito all'introduzione dell'*actio de dolo* e di azioni utili *ad exemplum legis Aquiliae*, un concetto più ristretto di furto riassumibile con la formula dell'*amotio rei*; di talché D. 47.2.58 si collocherebbe a perfezione nel contesto dell'indirizzo antiestensivo e ci permetterebbe di considerare Alfeno come il primo giurista ad aver sposato una interpretazione restrittiva del *furtum*⁵⁴⁹.

Tuttavia dovrebbe sollevare perplessità, quanto meno, il fatto che l'allievo di un giurista repubblicano abbia impresso una svolta restrittiva, quando poi sappiamo che Sabino, in epoca tiberiana, e quindi parecchi decenni dopo,

□
⁵⁴⁹) Ecco la parte saliente della spiegazione dello studioso: 'In der ausgehenden Republik setzt im Gefolge neuer Rechtsinstitute, vor allem der *actio de dolo* und der *actiones utiles* (*ad exemplum legis Aquiliae*) eine gegenläufige Bewegung hin zu einem engeren *furtum*-Begriff ein. Unser Fragment gehört in diesen Kontext: ein Diebstahl liegt nur vor, weil der Täter die Kreide auch fortschafft, während das bloße Ausgraben in diebischer Absicht den Deliktstatbestand nicht verwirklicht hätte (...). Mit ihrer Ablehnung ist Pal. 67 der älteste Beleg für eine restriktive Interpretation des *furtum*' (H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, cit., p. 88).

conierà il termine comprensivo di *contrectatio* e riconoscerà il furto di un soggetto colpevole di mera *adtrectatio* di una cosa già detenuta (Gell. *n. att.* 11.18.21).

Luigi de Sarlo, che si era occupato *funditus* dell'asserto alfeniano nel 1940⁵⁵⁰, da una parte non aveva negato espressamente una plausibilità della tesi huveliniana che vorrebbe scorgervi un'origine triboniana, dall'altra – ammessa in ipotesi la gemmazione in seno al corpo decisionale alfeniano – non aveva parlato di effetti innovativi in un dibattito aperto rispetto ad una precedente 'larga' nozione, ma anzi di ripresa di una concezione molto antica, materialistica, 'per la quale il *furtum* avveniva esclusivamente colla amozione della cosa dal luogo, nel quale ella si trovava'⁵⁵¹. Con la conseguenza che 'è dunque da ritenersi che in questa concezione di carattere materialistico e primitivo si sia lungamente attardato il pensiero e la scienza giuridica, e che lo sviluppo relativo, diretto a una nozione di larga comprensione, sia iniziato da quei più tecnici giuristi imperiali, nei quali l'opera, assunta da quelli precedenti, per una parte almeno fu proseguita con efficienza anche maggiore'⁵⁵². Dire, tuttavia, che Alfeno non sarebbe stato abbastanza 'tecnico', non può avere il significato di una ragione conclusiva; e vien quindi da chiedersi se non debba essere individuata un'idea portante a fondamento del riconoscimento del *furtum cretae*, diversa da quella basata su un frettoloso ricorso all'*amotio rei*, assunta come 'Begriffsmerkmal' del *furtum* in generale.

Io sono persuaso del fatto che alla base della decisione del giureconsulto cremonese ci fosse il bisogno di considerare nella sua urgenza il caso pratico, in particolare con riferimento alla natura della *res furata*. Ed invero, è chiaro che la creta non era una cosa individua, né scorporabile o dividibile, ma anzi si caratterizzava per il suo amorfismo: all'interno della cava di argilla si trova un terreno cretaceo che è indifferenziato, e la sostanza colloidale del materiale è

□

⁵⁵⁰) Cfr. L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, cit., p. 118.

⁵⁵¹) L. DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., ibidem.

⁵⁵²) L. DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., ibidem.

reperibile a mucchi o a strati, che non hanno, in sé e per sé considerati, un valore economico se non al di fuori della cava, una volta trasportati su carro, per esempio, a un artigiano figulino o a un qualsiasi commerciante. Situazione astrattamente analoga è quella di una cava di pietrisco per la produzione di ghiaia: quest'ultima può essere scavata dalla conoide, ma il risultato non sarebbe giuridicamente significativo, se non in quanto propedeutico al furto del materiale inerte.

Invece, ecco che è giuridicamente e materialmente concepibile il furto attuato tramite scavo o picconaggio in una miniera in cui i materiali utili si rinvengono in filoni e devono essere separati dalla ganga: chi si accinge a tali atti in una miniera aurifera commetterà furto anche senza *amotio*.

In definitiva la ragione posta a fondamento della decisione di Alfeno era semplice: il soggetto introdottosi in una cava di argilla non poteva essere ritenuto ladro solo per aver scavato uno *specus*, perché non si trattava di danneggiamento, né di attività antipatrimoniale con impossibilità di mettere le cose nel pristino stato; ma – e qui sta il punto – la soluzione sarebbe stata diversa se si fosse picconato, per esempio, dell'argento, non essendoci elementi per ritenere il contrario: semplicemente, il *tangere*, il *fodere et sim.*, sufficienti a integrare il delitto nella normalità delle ipotesi, qui non lo erano a causa dell'oggetto della condotta dell'agente. E' questa una interpretazione coerenziatrice nella quale non mi trovo fortunatamente isolato. Già Giovanni Negri aveva provato ad imporla all'attenzione dei romanisti, con questa sintesi per più versi esemplare: 'se si tratta di un terreno argilloso, come è da ritenere nel caso in esame, il furto non consiste nello scavo in sé, ma nella sottrazione dell'argilla, di un materiale cioè che non si distingue dal terreno per il mero fatto di essere spostato da un punto all'altro, il che concreta una mera invasione del fondo altrui, che anche per Alfeno non configura un'ipotesi di furto'⁵⁵³.

□
⁵⁵³) G. NEGRI, *Diritto minerario romano I. Studi esegetici sul regime delle cave private*, cit., p. 180.

Che Alfeno respingesse la nozione di *furtum* intesa come *amotio* è limpidamente provato anche da un altro testo del giurista, quello, celeberrimo, in cui un passante aveva sottratto la lucerna collocata su una pietra da un taverniere, il quale rendendosene colto aveva poi inseguito il malvivente per rimpadronirsi del maltolto.

D. 9.2.52.1 (Alf. 2 Dig.): *Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in mano habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere; sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri.*

Se fosse vera l'interpretazione corrente di D. 47.2.58, per cui Alfeno cominciò a individuare nell'*amotio rei* il nucleo della condotta di furto, nessuno riuscirebbe a spiegare come mai nel brano appena riportato lo stesso giurista, in presenza di *amotio* della lucerna avvenuta di notte, che in teoria avrebbe dovuto concretare l'ipotesi aggravata del furto manifesto notturno, non solo non qualificava *furtum* la sottrazione realizzata, ma addirittura richiedeva che il derubato, nel riprendersi la cosa sottratta, non causasse danni al malvivente, peraltro giustificabili alla sola condizione che quest'ultimo '*prior vapulasset*'. Ebbene, nonostante la condotta di colui che *lucernam sustulerat* fosse da considerare come furto, né Alfeno né i compilatori affermano l'esistenza del furto. Anzi: si è accuratamente evitato di qualificare l'agente come un *fur*,

definendolo genericamente ‘*quidam praeteriens*’, e di *furtum* non si parla nemmeno⁵⁵⁴.

La cosa è ancora più sorprendente perché la sottrazione era avvenuta *noctu*, e riconoscendo il *furtum* ben avrebbe potuto il taverniere, giusta il precetto di Tab. VIII.12-13, uccidere il *fur nocturnus* e *manifestus*⁵⁵⁵. Addirittura, si è concesso in dottrina, il *ius occidendi* sarebbe stato facile da giustificare, per la presenza di due circostanze che già prese singolarmente consentivano l’*occisio*: non solo la sottrazione era avvenuta nottetempo, ma il delinquente si era difeso con un *telum* (‘*ille flagello...verberare coeperat*’). Alfeno, quindi, non sponsorizzava affatto l’*amotio*, come ritenuto dalla dottrina prevalente; e se anche appare eccessivo dedurre da D. 9.2.52.1 l’insegnamento che addirittura ‘anciennement la soustraction ne rentrait pas dans la notion technique du *furtum*’⁵⁵⁶, nemmeno si potrà credere, come ha fatto lo Spruit, che l’impossessamento di un piccolo oggetto non fosse considerato dai Romani come un autentico furto⁵⁵⁷. L’unica cosa certa è che il giurista non aveva, evidentemente, inaugurato una interpretazione restrittiva del furto inteso come *amotio rei*.

3. Aulo Ofilio e il *furtum totius acervi* (D. 47.2.21 pr.).

□

⁵⁵⁴) Le distonie indicate sono apparse nella loro evidenza anche a J. E. SPRUIT, *Nocturne. Eine Auslegung von Alfenu D. 9.2.52.1 aus soziologischer Sicht*, in «TR.», 63, 1995, p. 253: ‘Auf den ersten Blick könnte man bezüglich des Tatbestandes auf Diebstahl schließen. Weder Alfenu noch die Kompilatoren haben diese Richtung eingeschlagen. Irgendeine Anspielung, die dazu führen könnte, den Täter als einen Dieb (*fur*) oder das Wegnehmen des Lämpchens als Diebstahl (*furtum*) einzuordnen, wird vermieden; es ist nur von einem Passanten (*praeteriens*), der das Lämpchen wegnimmt, die Rede’.

⁵⁵⁵) Ancora J. E. SPRUIT, *Nocturne*, cit., ibidem: ‘Wäre Diebstahl anzunehmen gewesen, dann hätte der Wirt den auf frischer Tat ertappten Dieb, den *fur nocturnus*, wie er im Zwölftefelgesetz genannt wird, sofort töten dürfen’.

⁵⁵⁶) Così P. HUVELIN, *Sur un texte d’Alfenu Varus (Dig. 9,2, fr. 52,1)*, in «Mélanges Girard», I, Paris, 1912, p. 571.

⁵⁵⁷) J. E. SPRUIT, *Nocturne*, cit., ibidem: ‘Das Wegnahme des kleinen Gegenstandes wäre auch nach römischer Auffassung nicht als echter Diebstahl anzusehen’.

Di Aulo Ofilio⁵⁵⁸ si menziona l'icastica decisione presa sulla *volgaris quaestio* affrontata anche da Trebazio, cui Paolo attribuisce importanti affermazioni epesegetiche, in cui si discute della sottrazione di un solo *modius* da un mucchio di frumento, sollevandosi l'alternativa se considerare avvenuto il furto '*totius rei*' oppure soltanto '*eius modii tantum*'.

Se è chiara e anche molto conosciuta l'asserzione di Ofilio, il quale aveva ritenuto realizzato il furto '*totius acervi*', non è altrettanto chiaro quale possa essere stato il connesso fondamento epistemico, al di là del dato tralatizio per cui la soluzione sarebbe saldamente piantata in una tradizione tardorepubblicana nella quale il *trend* è nel senso del restringimento dell'area sostanziale del furto.

Prima di compiere ulteriori passi, leggiamo direttamente il testo.

D. 47.2.21 pr. (Paul. 40 *ad Sab.*): *Volgaris est quaestio, an is, qui ex acervo frumenti modium sustulit, totius rei furtum faciat an vero eius tantum quod abstulit. Ofilius totius acervi furem esse putat: nam et qui aurem alicuius tetigit, inquit Trebatius totum eum videri tetigisse: proinde et qui dolium aperuit et inde parvum vini abstulit, verum totius videtur fur esse. Sed verum est in tantum eos furti actione teneri, quantum abstulerunt*⁵⁵⁹.

□

⁵⁵⁸) V. W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, cit., p. 29 ss.

⁵⁵⁹) Per gli svolgimenti sistematici, si vedano J. AVENARIUS, *Interpretationum juris libri V*, I, Leiden, 1736, c. 23 n. 20 ss., J. C. ENGELBRONNER, *Ad legem XXI pr. Digest. de furtis*, Harderovici, 1805, non consultato, D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 52 ss. e 92 (per il quale Ofilio avrebbe ritenuto il furto del tutto invece che della parte '*ex disciplina Stoicorum haustam*'), A. DESJARDINS, *Traité du vol*, cit., p. 137 nt. 1, ben consapevole della problematicità di un testo che '*a beaucoup embarrassé les interprètes, et ils ont donné des explications très diverses*', C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., pp. 441 e 452 ss., M. PAMPALONI, *Continuazione e ripetizione di furto*, cit., pp. 381-382 (=ID., *Studi sopra il delitto di furto*, I, cit., pp. 109-110), E. SCHEPSES, *Der Rechtsfall des Alypius (Aug. Conf. VI 9, 14 u. 15)*, cit., pp. 149-150, per il quale sarebbe di tutta evidenza che per l'integrazione del furto sia stato richiesto dal giurista '*neben dem secare offenbar ein weiteres Tun des Diebes, ein contrectare*', H. F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, cit., p. 29, K. OLIVECRONA, *Three Essays in Roman Law*, Copenhagen, 1949, p. 43 ss., E. KADEN, *rec. a OLIVECRONA, Three Essays*, cit., in «ZSS.», 70, 1953, pp. 460-461, J. GAUDEMET, *À propos du 'furtum'*, cit., p. 13 nt. 50, J. A. C. THOMAS, *Contrectatio my last word*, cit., p. 184, ID., *Digest 47.2.21*, in «Synteleia Arangio-Ruiz», II, cit., p. 607

La Masi Doria, rilevando come difficoltosa la percezione della funzione matematica del responso, ‘il cui logico procedere invero appare piuttosto arduo da seguire’⁵⁶⁰, si è recentemente sforzata nella ricerca di un significato complessivo da attribuirsi alla ‘questione volgare’, nel tentativo di superare i rilievi precedentemente formulati dalla romanistica. Accettata l’emendazione dell’*Editio maior* mommseniana, per cui in realtà il racconto del pensiero dei giuristi tardo-repubblicani proverrebbe da Ulpiano, il quale a sua volta avrebbe conosciuto la *querelle* dall’opera di Masurio Sabino, la studiosa ha in sostanza sostenuto l’estraneità della decisione ofiliana rispetto al commento esplicativo di Trebazio. In effetti, essa ha sottolineato che nella pretesa coda epidittica trebaziana ‘di furto non c’è esplicita menzione e forse l’esercizio ermeneutico del giurista tardo-repubblicano era lontano dal *delictum* al proposito del quale, nella stratificazione testuale relativa ai libri *ad Sabinum*, quello che sembra

□

ss., A. WATSON, *The Law of the ancient Romans*, cit., p. 77 nt. 1, ID., *Roman Private Law around 200 BC*, cit., p. 145 nt. 3, J. A. C. THOMAS, *Furtum of documents*, cit., p. 434, F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, cit., pp. 156 nt. 36 e 233 ss., W. M. GORDON, *Studies in the transfer of property by traditio*, Aberdeen, 1970, p. 50, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 614 nt. 4 e 615 nt. 12, G. MACCORMACK, *Definitions: ‘furtum’ and ‘contractatio’*, cit., p. 134 ss. P. STEIN, *School attitudes in the law of delicts*, cit., p. 283, D. PUGSLEY, in «The Irish Jurist», 15, 1980, p. 350 ss., T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., p. 56 nt. 107, P. STEIN, *School attitudes*, cit., pp. 282-283, O. MILELLA, *Il consenso del dominus e l’elemento intenzionale nel furto*, cit., pp. 407 nt. 57 e 412 nt. 71, M. D’ORTA, *La giurisprudenza tra repubblica e principato*, cit., p. 170 ss., R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 929 nt. 60, R. ASTOLFI, *Sabino e il ‘furtum solo animo’*, in «SDHL.», 59, 1993, p. 322, ove una sostanziale identificazione della *contractatio* in un’attività di *tangere*, O. BEHREND, *Gesetz und Sprache*, cit., p. 228 nt. 178, A. WACKE, *Pönalisierung des untauglichen Versuchs?*, in «Études Hans Ankum», II, 1995, p. 593 ss., T. GIARO, *Echtheitsindizien. Eine Fallstudie zu verus, verius, verissimus*, cit., pp. 88 nt. 81, 98 nt. 146 e 109 nt. 218, M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado romano*⁷, cit., p. 494, H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta*, cit., p. 88 nt. 95, R. ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*², Padova, 2001, p. 151 ss., C. MASI DORIA, *Aurem vellere*, in «Vincula Juris. Studi in onore di Mario Talamanca», V, Napoli, 2001, p. 338 ss., A. WACKE, *Dig. 19. 5. 20 pr.: Ein Siegespreis auf fremden Pferden*, cit., p. 376 nt. 94, ID., *Pecunia in arca*, Lecce, 2002, p. 53 nt. 30, R. WILLVONSEDER, *Roms Juristen und der Wein*, in «Jurisprudentia universalis», cit., p. 883 nt. 50 in particolare riguardo al furto di vino, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, cit., p. 77 nt. 61 e P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 104 ss., 106, 107 nt. 415 e 199 nt. 103.

⁵⁶⁰) C. MASI DORIA, *Aurem vellere*, cit., ibidem.

avere la struttura di un *responsum* venne ricordato⁵⁶¹. La Masi Doria, pur senza scartare in maniera preconcepita alcuna ipotesi, ha allora suggerito di istituire un parallelo tra l'*aurem tangere* di D. 47.2.21 pr. e un noto passo di Orazio, Hor. sat. 1.9.39⁵⁶².

E' la famosa satira oraziana dello scocciatore, in cui il *garrulus* intento a importunare il poeta viene a un certo punto riconosciuto sulla pubblica strada da un avversario, che chiede quindi a Orazio '*licet antestari?*'; questo, cui non sembra vero di potersi liberare dal seccatore, volentieri '*opponit auriculam*' collaborando alla immediata traduzione in giudizio del menagramo. In generale, al di là di questa suggestiva tesi della Masi Doria e del presunto parallelo tra l'*aurem tangere* e l'*opponere auriculam*, va detto che due sono stati gli inquadramenti dogmatici del responso ofiliano. Mentre alcuni hanno pensato addirittura a una mera esercitazione scolastica (in tal senso si è espresso Olivecrona), un più cospicuo filone interpretativo ha visto nel testo prova dell'applicazione giuridica di una ideale identificazione filosofica della parte con il tutto (*pars pro toto*).

Io vorrei invece rifarmi, ancora una volta, al caso così come ci viene raccontato. Spesso si pensa alla fattispecie come a una ipotesi di sottrazione di un'unica cosa di esiguo valore da un mucchio di cose, lamentando la severità della parificazione della *pars* al tutto.

Ma qui la questione era estremamente circoscritta, e riguardava il furto di un *modius*. Questa era la convenzionale misura di capacità del frumento, l'unità di base, ed equivaleva a 8,75 litri. Il *modius*, quindi, non rappresentava una quantità irrisoria, ma anzi il *furtum modii* poteva venire in considerazione proprio perché la materia asportata era nello specifico certamente significativa. In questo caso, superando la *pars* rappresentata dal *modius* una soglia di offesa

□

⁵⁶¹) C. MASI DORIA, *Aurem vellere*, cit., p. 339.

⁵⁶²) '*Casu venit obivius illi adversarius et quo tu, turpissime? magna inclamat voce, et licet antestari? Ego vero oppono auriculum. Rapit in ius; clamor utriusque, undique concursus. Sic me servavit Apollo*'. La letteratura sul punto è sterminata. Per gli aspetti

verosimilmente importante nel I sec. a.C., il furto era riconosciuto ai danni dell'intera quantità.

Si pensi, infatti, alle distorsioni che sarebbero altrimenti derivate: un soggetto avrebbe potuto accumulare un mucchio di grano con furti separati di *modii* a danno di distinte vittime, correndo rischi minimi in caso di condanna, per la facilità di pagare il *duplum* di un solo moggio anziché dell'intera *coacervatio*.

4. Trebazio Testa e il furto di cosa non detenuta né posseduta (D. 41.1.5.1).

Come ha messo in risalto Maurizio d'Orta in una dettagliata ricerca su Trebazio⁵⁶³ e la giurisprudenza del suo tempo, il *furtum* ha costituito un vero e

□

giuridici, v. quantomeno O. LICANDRO, *'In ius vocatio' e violazione del domicilio*, in «SDHI.», 57, 1991, p. 257 nt. 150.

⁵⁶³) Per l'inquadramento del lavoro di Trebazio si vedano H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, cit., p. cxvii e ss., P. BREMER, *Iurisprudentiae anteadrianae quae supersunt*, I, cit., pp. 418-419, P. SONNET, *Gaius Trebatius Testa*, dissertation Giessen, Jena, 1932, ID., *'C. Trebatius Testa'*, in «PWRE.», VI, Stuttgart, 1937, p. 2251 ss., R. ORESTANO, *'Trebazio Testa'*, in «NNDI.», XIX, 1973, p. 672 ss., M. TALAMANCA, *Trebazio Testa tra retorica e diritto*, in AA. VV., *Questioni di giurisprudenza tardorepubblicana*. Atti di un seminario, Firenze 27-28 Maggio 1983, Milano, 1985, p. 29 ss., H. BELLEN, *Grundzüge der römischen Geschichte von der Königszeit bis zum Übergang der Republik in den Prinzipat*, Darmstadt, 1994, p. 178, W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, cit., p.?, J.-H. MICHEL, *La satire 2,1 à Trébatius ou la consultation du juriste*, in «RIDA.», 46, 1999, p. 385 ss., nonché, per un aspetto del tutto particolare, C. MASI DORIA, *Spretum Imperium*, Napoli, 2000, p. 263 nt. 178. La studiosa, nell'ambito di uno studio sulle forme di disprezzo o avversione verso i simboli del potere pubblico, si è interessata all'atteggiamento assunto da Trebazio nella delicata situazione raccontata da Suet., *Div. Iul.* 78.1: *Verum praecipuam et exitiabilem sibi invidiam hinc maxime movit. Adeuntis se cum plurimis honorificentissimisque decretis universos patres conscriptos sedens pro aede Veneris Genetricis exceptit. Quidam putant retentum a Cornelio Balbo, cum conaretur assurgere; alii, ne conatum quidem omnino, sed etiam admonentem Gaium Trebatium ut assurgeret minus familiari vultu respexisse*. Pare che ricevendo i *patres conscripti* nel tempio di Venere genitrice (sul quale v. C. NEUMEISTER, *Das antike Rom. Ein literarischer Stadtführer*, München, 1997, pp. 95 e 205) Giulio Cesare non si fosse alzato al loro cospetto, suscitando quella 'ostilità esiziale' che portò poi ai fatti delle Idi di Marzo. Vi è chi ha ritenuto, come riferisce Svetonio, che Cesare venne fermato nell'atto di alzarsi da Cornelio Balbo; certo è che Trebazio Testa figura come *admonens* nei riguardi

proprio ‘banco di prova’ per valutare la validità e attendibilità del processo di analisi giuridica⁵⁶⁴. Ne costituisce prova non solo il ben noto e conosciutissimo D. 47.2.21 pr., che abbiamo poco fa esaminato, ma anche un altro passo in cui si analizza compiutamente la serie di problematiche sollevate dal carattere dell’elemento soggettivo ai fini appropriativi, con varie ripercussioni sul tema del possesso e della occupazione. Si tratta di D. 41.1.5.1.

D. 41.1.5.1 (Gai. 1,2 *rer. cott.*): *Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse*⁵⁶⁵.

□

dell’importante uomo politico, avvertendolo di avere maggior riguardo nei confronti dell’ordine senatorio. E’ allora possibile inferire che Trebazio fosse ‘incline a far seguire a Cesare l’antico *mos* sostanziantesi in una manifestazione di *reverentia* nei confronti dell’*ordo* senatorio’ (MASI DORIA, *Spretum Imperium*, cit., ibidem). Bibliografia completa in M. D’ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, cit., p. 37 nt. 1. Un’autentica miniera di informazioni è poi R. A. BAUMAN, *Lawyers in Roman transitional politics*, cit., p. 123 ss.

⁵⁶⁴) V. infatti D’ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, cit., p. 170: ‘Nelle riflessioni della giurisprudenza «di mezzo», e di Trebazio, il furto è contesto nevralgico’.

⁵⁶⁵) V., seppure sotto diversi profili, A. CARCATERRA, *Possessio. Ricerche di storia e di dommatica*, cit., p. 89 nt. 164, che scorge conferme del rapporto ‘politico-sacrale-dinamico’ assunto in principio dalla *possessio*, nella specie sarebbe stato imprescindibile un ‘rapporto dinamico, che sulle fiere non può dirsi costituito dal solo fatto che esse vaghino nel nostro territorio’ (e allora ‘a Trebazio parve sufficiente il fatto dell’inseguimento. Opinione che non attecchì, richiedendosi, in massima, la effettiva apprensione. Ciò che in origine realizzava l’elemento religioso e quello dinamico. Tuttavia, la stessa tesi di Trebazio si spiega, in quanto il fatto che la selvaggina è sul nostro territorio, quel territorio sul quale è attuale e si esercita il nostro potere dinamico, può sembrare in epoca classica e repubblicana di per sé già sufficiente a creare un rapporto con l’animale’), B. ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 84, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 52 nt. 2, F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 279 nt. 6, J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., p. 23 nt. 101, F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, cit., pp. 151-152, A. CARMONA, *Il fine di profitto nel delitto di furto. Presupposti ‘culturali’ e struttura normativa*, Milano, 1983, p. 67 nt. 39, D. FLORIA HIDALGO, *La*

Un animale selvatico è stato ferito in modo da rendere pressoché certa la sua cattura finale: anche se non ci si è ancora impossessati della *fera bestia*, la stessa è del cacciatore, purché questi prosegua nell'inseguimento della selva ferita; in presenza di questi due presupposti (ferimento di un animale in modo che *capi possit*, e protrazione del *persequi*) per Trebazio è sicuramente da affermarsi come già passata la *bestia* nella sfera delle *utilitates* del cacciatore, di modo che un eventuale intervento di un terzo che si impadronisca della selvaggina potrà senz'altro integrare il delitto di *furtum*, pur non portato a ledere attuali situazioni di possesso o detenzione.

Non mi pare possa darsi molto credito alla tesi di Antonio Carcaterra, per cui il cacciatore avrebbe avuto il possesso dell'area di caccia, in modo da traslare quell'elemento di appartenenza anche su tutti gli animali vaganti sul territorio, perché nella fattispecie il dato del diritto di proprietà sul terreno di caccia – che sarebbe importantissimo – non viene esplicitato; più che di

□

casuistica, cit., pp. 111 nt. 7 e 143-144, M. RAINER, J. FILIP-FRÖSCHL, *Texte zum Römischen Recht*, cit., pp. 58-59, i quali notano come la discussione sottesa alla fattispecie, riguardante l'occupazione di un animale in libertà (nella specie, 'ein zahmer Pfau'), abbia fornito materia prima per la stesura del § 960 (2) del BGB del 1896 ('Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgibt', dov'è chiara l'adesione al pensiero di Trebazio sulla caccia di selvaggina recante il riferimento alla necessità di inseguire attualmente l'animale e di non interromperne la ricerca, 'nicht die Verfolgung aufgeben'), A. CASTRO SÁENZ, *Aproximación a la usucapio pro herede*, cit., p. 185 nt. 70, L. SALOMÓN, *Sine vitio sancisci possessionem. La adquisición de la posesión de los legados en el derecho romano clásico*, cit., p. 30 nt. 49, A. ARNESE, *Nancisci in Gaio: la natura e il caso*, in «SDHI.», 67, 2001, p. 70 ss., A. CASTRO SÁENZ, *Concepciones jurisprudenciales sobre el acto posesorio: un ensayo sobre la evolución del 'animus' en derecho romano*, in «IURA», 52, 2001, pp. 89 e 126, che definisce il testo che ne occupa 'por tantos sentidos *esencial*: germinativo', in quanto in grado di dare luce alla 'polémica sobre el carácter espiritualizado o no de la ocupación en materia de caza', ID., *D. 41.7.2: reflexiones sobre la 'traditio in incertam personam' y otras precisiones sobre la 'occupatio'*, in «El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)», Huelva, 2001, p. 356, ID., *El tiempo de Trebazio, ensayo de historia jurídica*, Sevilla, 2002, p. 245 ss., I. PIRO, *Damnum 'corpore suo' dare, rem 'corpore' possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, cit., p. 369 ss., J. FILIP-FRÖSCHL, *Cervi, qui in silvas ire et redire solent. Anmerkungen zu einem exemplum iuris*, in «Iurisprudentia universalis», cit., p. 198 e *passim*.

un'induzione arbitraria, credo si tratti di una forzatura necessitata dal taglio dell'opera che il maestro aveva dedicato al possesso, fatto derivare da *pot-sideo*: anche le proiezioni 'puramente spirituali' al di qua dell'apprensione materiale dovevano essere fatte rientrare, per coerenza di tesi, entro le anguste maglie di quella nozione di *possessio*.

5. *Il prestito di pesi contraffatti come ipotesi di furto nella riflessione di Fabio Mela (D. 47.2.52.22).*

Fabio Mela, giurista sulla cui vita sappiamo pochissimo, se non che probabilmente era contemporaneo di Labeone, aveva trattato del caso in cui un tale, accingendosi a comprare a peso (*emere ad pondus*), si era fatto prestare pesi che non erano giusti ma costituivano un peso maggiore di quello dichiarato (*maiora pondera*).

Ovviamente il comodatario dei pesi 'taroccati' avrebbe poi concluso contratti di compravendita a lui vantaggiosi, acquistando quantità maggiore di merce, rispetto al prezzo convenuto, di quella che sarebbe spettata in assenza di contraffazione dei *pondera*.

D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 *ad Ed.*): *Maiora quis pondera tibi commodavit, cum emeris ad pondus; furti eum venditori teneri Mela scribit, te quoque si scisti; non ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere*⁵⁶⁶.

□
⁵⁶⁶) Cfr. essenzialmente C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto*, cit., pp. 442-443, H. F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom furtum*, cit., p. 318 nt. 4, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 617, F. HAYMANN, *Vom Überlassen falscher Maße und Gewichte in den Digesten*, in «ZSS.», 40, 1919, pp. 352-353, che giudica il passo genuino tranne che per l'inciso *te quoque si scisti* in quanto *die Behandlung des Käufers (tu) erscheint hingegen schon formell (et quoque si scisti. Was und wann?) als anstößiges Flickwerk*, K. HELDRICH, *Das Verschulden bei Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht*, Leipzig, 1924, p. 15, dove ci si pronuncia per la natura spuria del tratto conclusivo *cum erret in pondere*, B. ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 71, ID., *La nozione II*, cit., p. 265, F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl*, cit., p. 29 ss., A. WATSON,

La soluzione fornita da Mela non potrebbe essere più chiara: il comodante dei *maiore pondera* dovrà rispondere di furto ai danni del venditore *ad pondus*. Si tratta di un furto che non trova giustificazione, ovviamente, in una *amotio*, né, a minor ragione, in una attività inerente all'oggetto della condotta sussumibile entro la multiforme nozione di *contractatio*. Si ha in realtà una truffa pura, anche se non sappiamo con certezza se il *furti teneri* sia stato sostenuto in seguito all'atto di acquisto pregiudizievole concluso con il terzo, oppure indipendentemente da esso.

Mela, molto probabilmente, riconosceva il furto versandosi anche soltanto nella prima delle due situazioni. Il comodato di pesi non era fine a sé stesso ma evidentemente veniva concluso per permettere al comodatario di concludere successivamente compravendite *ad pondus*, facendo derivare un pregiudizio certamente diagnosticabile da parte del comodante. E' vero, d'altronde, che il *commodatum* in questione non viene esplicitamente descritto come 'truffa in contratto' con un *dolus malus* del comodante, ma l'intenzione di nuocere doveva sembrare presente, per così dire, *in re ipsa*.

Ulteriore problema investigato da Mela era quello riguardante l'eventuale *scientia* della *fraus* da parte del comodatario-acquirente *ad pondus*. Anche quest'ultimo, precisa allora il giurista, risponderà di furto se a conoscenza della 'particolare' taratura dei pesi.

Ancora una volta, come già si è visto nel corso del primo capitolo, il momento di caratterizzazione del delitto di furto '*per fraudem*' è quello

□
Contractatio as an essential of furtum, cit., p. 532, ID., *Contractatio again*, cit., p. 338 ss., D. MEDICUS, *Zur Leistungsannahme durch den ‚falsus procurator‘*, cit., p. 221 nt. 35, J. A. C. THOMAS, *Furtum of documents*, cit., p. 430 nt. 9, F. HORAK, *Rationes decidendi*, cit., p. 157 nt. 39, che nota solo come il fondamento decisionale sia ‚etwas vag, aber nicht unzutreffend‘ posto che esso ‚zeigt Mela noch ganz als Epigonen der Epoche, die dem *furtum* nicht nur keine genau umschriebenen, sondern fast überhaupt keine Grenzen gesetzt hatte‘, P. L. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, cit., p. 104 nt. 54, D. FLORIAN HIDALGO, *La casuistica*, cit., p. 194, H.-J. ROTH, *Alfeni Digesta*, cit., p. 88 nt. 97 che parla della commissione di un ‚Betrug mit Hilfe gefälschter Gewichte‘ e P.

fondato sulla presenza o meno di una *voluntas* non viziata in grado di sorreggere un atto di trasferimento: soltanto qualora si riesca a provare la sua presenza, si potrà poi negare – secondo quanto lo stesso Mela afferma nel tratto conclusivo del brano – una responsabilità per furto.

6. *Labeone e il furto 'per fraudem' al siliginarius.*

Diversi e preziosi sono stati gli interventi di Labeone sulla materia del furto, e parecchi sono già stati criticamente esaminati. Così, risulta che questo giurista riconosceva soltanto due *genera* di *furtum*, contro l'opinione assolutamente prevalente, e che lo stesso delitto veniva fatto derivare etimologicamente dall'attributo *furvum*, e non dal predicato *ferre*.

Egli si era anche occupato dei cosiddetti furti pubblici, manifestando una tendenza a riconsiderare dei fatti estremamente riprovevoli, che allora spesso non solo non venivano denunciati, ma che non impedivano, come leggiamo in un significativo passo di Gellio, ai loro autori di vivere '*in auro et in purpura*' nell'impunità dei prepotenti.

Per il resto, il rigore scientifico di Labeone non avrebbe permesso la preconstituita fedeltà a determinate impostazioni teoretiche, ma era sempre il caso pratico a sollecitare, senza le sottigliezze della giurisprudenza più tarda, la soluzione giuridica più adeguata. Si tratta di un metodo casistico che potrebbe spiazzare chi si accingesse a valutare, nella loro portata sistematica, le diverse decisioni rese a proposito di fattispecie di *furtum*; e allora, per esempio, mentre sempre Aulo Gellio ricorda come il nostro giurista avesse avuto modo di bollare come '*acria et severa*' le prime condanne per furto decise dai *veteres* a carico di comodatari infedeli, lo stesso si rendeva in altra sede apparentemente più severo dei *veteres* stessi, nel caso già esaminato della procurata fuga di un armento '*panno rubro*' (D. 47.2.50.4). In questo caso, che già abbiamo

□

FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 96 nt. 384, 201 nt. 11, 211 nt. 145, 297 nt. 67-68, 299 nt. 74.

analizzato, Labeone denunciava anzi la sostanziale impunità di quello che veniva definito come un *'lusus perniciosus'* e accordava, andando oltre la dottrina dei giuristi repubblicani, un'*actio in factum*.

In questa sede, credo sufficiente richiamare uno dei suoi più noti responsi sul furto, in grado di lumeggiare aspetti controversi della dottrina generale sul delitto, e quindi di riassumere mirabilmente l'approccio scientifico del giureconsulto campano.

E' il famoso caso del furto ai danni del *siliginarius*.

D. 47.2.52.11 (Ulp. 36 *ad Ed.*): *Apud Labeonem relatum est, si siliginario quis dixerit, ut quisque nomine eius siliginem peteret, ei daret, et quidam ex transeuntibus cum audiret, petiit eius nomine et accepit: furti actionem adversus eum qui suppetet⁵⁶⁷ siliginario competere non mihi, non enim mihi negotium sed sibi siliginarius gessit⁵⁶⁸.*

La fattispecie può essere esposta in questi termini. Un tale, rivolgendosi a un venditore di grano (*siliginarius*), conviene con lo stesso la consegna di *siligo* a tutti quanti l'avessero chiesta *nomine eius*; tuttavia, un *quivis* che per avventura stava passando mentre i due si mettevano d'accordo, sente tutto, e andando in seguito dal *siliginarius* chiede e riceve frumento spendendo il nome dell'altro ignaro contraente.

Le conclusioni da tracciare sono le seguenti. Ancora in epoca augustea, molto dopo le apparenti aperture alfeniane verso l'*amotio*, ipotesi di truffa che non rasentavano nemmeno la *contrectatio* venivano qualificate in termini di furto. Oltre a ciò, Labeone sanzionava condotte antipatrimoniali solo nei

□

⁵⁶⁷) Il Bremer vorrebbe emendare il *'qui suppetet'* con un *'qui sibi petiit'* (F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II, Leipzig, 1898, p. 257).

⁵⁶⁸) Sul testo si possono vedere F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II, cit., pp. 296-297, che però riteneva spurio il tratto conclusivo da *'nam non ex voluntate'* in poi e F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl*, cit., p. 10.

confronti del diretto contraente frodato, in questo caso il *siliginarius*, il quale è il solo a *gerere* il *negotium* con esclusione del suo mandante.

7. *Cassio Longino e la vendita di pignus in assenza di accordo col debitore proprietario.*

Un nucleo decisionale cassiano, con ogni probabilità, risulta predicabile con riferimento a un testo tratto da un'opera di Giavoleno.

D. 47.2.74(73) (Iav. 15 ex Cassio): *Si is, qui pignori rem accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut ante, quam dies venditionis veniret pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat*⁵⁶⁹.

Fermandosi anche solo in modo cursorio sul testo, si ricava una regola seguita da Cassio, e quindi, per tale ragione, forse a base di un più generale pensiero fatto proprio dalla sua scuola giuridica. Il creditore pignoratizio che vende il *pignus*, non avendo al riguardo pattuito alcunché con l'oppignorante, oppure prima ancora della scadenza del *dies* previsto per il pagamento della *pecunia*, deve necessariamente rispondere per furto.

Non è questa, verosimilmente, un'ipotesi di truffa o di comportamento semplicemente scorretto da parte del creditore pignoratizio, e non mi sembrerebbe nemmeno opportuno valorizzare più del dovuto la colleganza con la volontà delle parti espressa a livello contrattuale, per poi affermare una interdipendenza tra responsabilità per furto e responsabilità contrattuale (con soggezione ad *actio furti* e all'*actio pigneraticia*).

Piuttosto, il senso dell'enunciazione cassiana sembra riportare alla nozione di *contrectatio*, e cioè ad una attività in questo caso dismissoria di una cosa

□
⁵⁶⁹) Riguardo a questa testimonianza, cfr. pure L. BOVE, *Documenti di operazioni finanziarie dall'archivio dei Sulpici. Tabulae Pompeianae di Murécine*, Napoli, 1984, p.

della quale il creditore non aveva diritto di disporre per una regola generale prima ancora che per violazione di accordi negoziali con la controparte.

In tal modo, è possibile affermare che ancora con Cassio risultano comuni le condanne per furto dovute a una *contractatio* di cosa già legittimamente nella disponibilità dell'agente, rientrando nel novero dei cosiddetti *furta impropria* o senza sottrazione.

8. Proculo

Proculo⁵⁷⁰, successore di Nerva nella *secta* che da lui prese il nome, aveva analizzato in più di un *locus* delle sue *Epistulae* questioni riguardanti il *furtum* che nella multiformità delle manifestazioni casistiche avevano presentato la necessità di delibare anche altre questioni, connesse all'acquisto della proprietà e alle caratteristiche del possesso. Caso emblematico sembra essere il famoso D. 41.1.55.

D. 41.1.55 (Proc. 2 epist.): *In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? Et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? Et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oportet, quaero. Respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut, si in*

□

97 ss. e A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004, p. 76 nt. 9.

⁵⁷⁰) Sulla figura di Proculo, indicativamente, si v. H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, cit., p. cxlix e ss. e TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*³, cit., p. 119.

*meam potestatem pervenit, meus factus sit, sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset*⁵⁷¹.

□
⁵⁷¹) Cfr. A. CARCATERRA, *Possessio*, cit., ibidem [‘non sarà necessario un *manu capere*, e si intende, perché il cadere dell’animale nella tagliola realizza l’elemento della caduta *in meam potestatem* (sempre che la bestia non possa più fuggire)’], F. H. LAWSON, *Negligence in the civil law and select texts*, cit., pp. 23 nt. 4 e 25 nt. 6, H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum*, cit., p. 233 nt. 195, GIANN. LONGO, *Appunti esegetici e note critiche in tema di lex Aquilia*, cit., p. 58 (=Ricerche romanistiche, cit., p. 719), U. V. LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende actio*, cit., p. 221, W. M. GORDON, *Studies in the Transfer of Property by traditio*, in «Aberdeen university studies», Aberdeen, 151, 1970, p. 59 ss., G. HAMZA, *Az elbirtoklás fejlődése a római császárkorban (Über die Ersitzung in der römischen Kaiserzeit)*, in «Public. Instituti Iuris Romani Budapestinensis», 1970, p. 5 ss., CH. KRAMPE, *Proculi epistulae*, Karlsruhe, 1970, p. 65 ss., G. DIÓSDI, *rec. a GORDON, Studies*, cit., in «ZSS.», 89, 1972, p. 427 nt. 5, D. NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, cit., pp. 91, F. HORAK, *rec. a KRAMPE, Proculi epistulae*, in «ZSS.», 90, 1973, pp. 407-408, J. L. BARTON, *The lex Aquilia and decretal actions*, cit., p. 18, H. HAUSMANINGER, *Casebook zum römischen Sachenrecht*², cit., pp. 29-30, G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, cit., p. 34, U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Javolenus Priscus*, cit., p. 56 nt. 79, P. STEIN, *School attitudes*, cit., p. 292, G. MACCORMACK, *Juristic interpretation of the lex Aquilia*, cit., p. 258, P. VAN WARMELO, *Les actions autour de la loi Aquilie*, cit., p. 356 nt. 12, E. POOL, *De minutulis curat philologus: Was bedeutet videndum/videamus ne?*, in «ZSS.», 100, 1983, p. 456, W. SELB, *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian*, cit., p. 746, CH. DONAHUE, *Animalia ferae naturae: Rome, Bologna, Leyden, Oxford and Queen’s County, N. Y.*, in «Studies in Roman Law in memory of A. Arthur Schiller», Leiden, 1986, p. 45 ss., D. NÖRR, *Causa mortis*, cit., pp. 150 nt. 23 e 151 nt. 27, ID., *Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia*, in «RJ.», 6, 1987, p. 112, D. FLORIA HIDALGO, *La casuística*, cit., pp. 150-151, J.-F. GERKENS, *‘Aeque periturus...’. Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Lausanne, 1997, p. 121 ss., M. RAINER, J. FILIP-FRÖSCHL, *Texte zum Römischen Recht*, cit., p. 37, I. PIRO, *Damnum ‘corpore suo’ dare, rem ‘corpore’ possidere. L’oggettiva riferibilità del comportamento lesivo*, cit., p. 374 ss. e A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., pp. 79 e 161, A. R. MARTÍN MINGUIJÓN, *Acciones pretorias en relación con la ‘actio legis Aquiliae’*, in «Index», 34, 2006, p. 609, seppure con esclusivo riferimento alla parte terminale del passo, R. WILLVONSEDER, *rec. a GERKENS, ‘Aeque periturus...’*, cit., in «ZSS.», 123, 2006, p. 430, che commentando l’approccio del Gerkens imperniato essenzialmente sulle problematiche della causalità (e segnatamente di quella sopravvenuta), nota come la tutela del cacciatore sarebbe stata esclusa quando egli non avrebbe comunque potuto avere la cosa, indipendentemente e anche senza considerare l’appropriazione del cinghiale da parte di un terzo, posto che l’animale avrebbe anche potuto divincolarsi (‘der Betroffene auch ohne das Eingreifen des anderen nicht hätte, weil der Eber sich *diutius lucrando* selbst befreit hätte und die Sachen aus dem Schiffbruch ohnedies verloren – *peritura* – gewesen wären’), D. MANTOVANI, *Il giurista, il retore e le api. Ius*

Il *locus* sembra costituire una prova difficilmente superabile per negare fondamento alle tesi in cui si richiede – perché possa aversi furto – una situazione materiale di detenzione o possesso goduta dalla persona lesa dall'illecito; in effetti, traspare abbastanza chiaramente dalle suddistinzioni proculiane l'eventualità del furto di un cinghiale senza richiedere l'apprensione della *fera bestia* ma anticipando la tutela al momento in cui l'animale è caduto nel *laqueum* predisposto per la sua cattura, purché tale situazione non sia da reputarsi meramente provvisoria potendo ancora l'*aper* divincolarsi dalla trappola predisposta dal cacciatore.

E' vero che si è sostenuto che l'*in potestatem venire* non avrebbe per forza richiesto una 'Inbesitznahme' ma più semplicemente un 'Machtbereich'⁵⁷², e bisogna qui notare come questa e consimili affermazioni siano state bensì prodotte per dirimere la questione dell'intervenuto acquisto del diritto di proprietà sulla belva caduta nella trappola, ma possano anche essere un punto di partenza per altre valutazioni: tant'è che Proculo affronta pregiudizialmente la questione se il cinghiale '*meus factus sit*' e risponde positivamente se possa dirsi fattualmente radicata una *potestas* sull'*aper*, non in modo temporaneo o provvisorio, a prescindere da un attuale e diretto rapporto materiale con la cosa (a prescindere, appunto, dalla 'Inbesitznahme'), e da ciò implicitamente sembra riconoscere come possibile il *furtum* anche se in termini di stretto diritto non vi è stata alcuna presa di possesso da parte dello 'Jäger'.

9. *Correità e concorso nel furto alla luce della dottrina di Sesto Pedio.*

□ *controversum e natura nella Declamatio maior XIII*, in «Testi e problemi del giusnaturalismo romano», cit., pp. 329 nt. 24 e soprattutto 333 nt. 39, per l'equivalenza dell'espressione *naturalis laxitas* con quella poi coniata da Gaio *naturalis libertas*.

⁵⁷²) Cfr. per tutti CH. KRAMPE, *Proculi epistulae*, cit., p. 65-66, citato adesivamente da GERKENS, '*Aeque periturus...*', cit., p. 128.

Il fulcro delle riflessioni condotte da Pedio⁵⁷³ afferenti alla problematica del furto ha per lo più riguardato i vari e diversificati profili della correatità e quindi del concorso di persone nel delitto sotto esame: la relativa caratterizzazione delle opzioni di volta in volta accettate è stata abbozzata a partire da uno studio sull'elemento soggettivo del dolo richiesto per il partecipe (D. 47.2.50.2), nonché sull'approfondimento di alcune questioni legate alla partecipazione di soggetti non punibili, soprattutto in relazione alla fattispecie dell'*amotio rerum* (D. 47.10.16 e D. 25.2.21.1). In un simile contesto non costituisce un 'fuor d'opera' la discriminazione tra furto e taglio furtivo degli alberi evincibile in un noto ma controverso passo, D. 47.7.7.1.

Il brano forse più utile per introdurre il nostro discorso, per le affermazioni induttive e di principio che permette di trarre, è

D. 47.2.50.2 (Ulp. 37 *ad Ed.*): *Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse*⁵⁷⁴.

□

⁵⁷³) Cfr. P. BREMER, *Iurisprudentiae anteadrianae quae supersunt*, II², cit., p. 92.

⁵⁷⁴) Cfr. D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 106, A. A. SCHILLER, *Trade secrets and the Roman Law*, cit., p. 94, G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, p. 314, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 96, dove è messo in evidenza il carattere spurio del passo, J. GAUDEMET, *À propos du furtum*, cit., pp. 12 nt. 49 e 15 nt. 60, C. GIOFFREDI, *I Principi del diritto penale romano*, cit., p. 103 nt. 18 e p. 113, per il quale Pedio avrebbe considerato il dolo coesenziale 'sia nella *ops* che nel *consilium*', pur senza pronunciarsi direttamente sulla loro punibilità, H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht*, cit., p. 52 nt. 358, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 615 nt. 6, G. CRIFÒ, *rec. a GIOFFREDI, I Principi*, cit., in «Labeo», 19, 1973, p. 374 nt. 43, GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e di complicità*, cit., p. 809, J. A. C. THOMAS, *Textbook*, cit., p. 354 nt. 15, A. CENDERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, in «SDHI.», XLIV, 1978, p. 402 nt. 112, F. GNOLI, *Ricerche sul crimen peculatus*, Milano, 1979, p. 139 nt. 3, G. MACCORMACK, '*Ope consilio furtum factum*', in «TR.», 51, 1983, p. 282 ss., W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere*, cit., p. 32 nt. 48, R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, cit., pp. 87 e 94, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 931 nt. 74 e 75, D. FLORIA HIDALGO, *La casuistica*, cit., p. 199, V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad: estudio historico y jurisprudencial*, cit., p. 30, G. RIZZELLI, '*Ope consilio dolo malo*', in «BIDR.», 96-97, 1993-1994, p. 310 nt. 71, A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, cit., p. 246, M. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*⁷, cit., p. 489 nt. 21, B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, cit., p. 24 nt. 40, ID., *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, cit., pp. 200 nt. 50-51 ma soprattutto 202, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Acerca*, cit., p. 400, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., p. 992 nt. 88.4.3, A. WACKE, *Die Menschenwürde von Sklaven im Spiegel*

E' questo un concentrato di affermazioni da mettere, ai nostri fini, nel massimo risalto per diverse ragioni. Si afferma infatti che non possono esistere forme colpose di esecuzione della fattispecie monosoggettiva principale ('*nemo furtum facit sine dolo malo*'); il dolo concorsuale di colui che *consilium vel opem fert* deve poi essere veramente tale (caratterizzazione in termini di '*dolus malus*') non essendo possibile la contestazione di una mera cooperazione colposa nell'altrui delitto doloso; il terzo dato è costituito dal parallelo tra elemento psicologico richiesto per la fattispecie tipica e quello voluto per la fattispecie concorsuale, permettendo di prendere posizione in merito all'annoso dibattito dell'unicità o pluralità 'costitutiva' di un fatto delittuoso pur sempre 'soggettivamente complesso'.

Ad ogni modo, le enunciazioni pediane hanno ricevuto l'avallo di Ulpiano, che si appoggia su di esse manifestando la sua più completa adesione⁵⁷⁵. In merito al requisito del *dolus* esatto per realizzare un *furtum* nell'azione 'tipica' dell'agente principale va però rimarcato quanto segue.

In alcuni casi, è stata riconosciuta la possibilità di muovere un addebito penale con riferimento a condotte non propriamente assistite dal *dolus malus*, bensì da una meno intensa partecipazione psichica, attingente il campo della *culpa*. Intendiamo richiamare i casi di furto improprio, in cui l'agente ha già la detenzione dell'oggetto della futura condotta antidoverosa: un agente che in una simile 'situazione di vita' (per volere usare un'espressione cara a un illustre penalista, Giuliano Marini) ritenga erroneamente di potere destinare la

□

des Umgehungsgeschäfts. Si alii rei homo accedat und D. 21,1,44 pr., in «Jurisprudentia universalis», cit., pp. 828 nt. 79 e 834 nt. 110, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., p. 545, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 112, 137 nt. 56 e 300, D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, cit., p. 139, A. STAFFHORST, *Vorsatztat und Vergleichsverhalten - Gedanken zu D. 50,9,6*, in «ZSS.», 123, 2006, p. 328 nt. 82.

⁵⁷⁵) GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'Editto*, cit., p. 545: 'Nelle poche righe riportate è contenuta un'opinione di Pedio alla quale Ulpiano aderisce con una valutazione nettamente positiva: tale giudizio è affidato ad una forma avverbiale piuttosto comune nel lessico ulpiano: *recte*'.

cosa a un uso personale non previamente assentito risponderà di *furtum*, pur essendo evidente la carenza del dolo e della ‘*malefica voluntas*’ ad esso connessa: tanto è possibile ricavare da Gell. *noct. att.* XI.18.20: ‘*Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur*’⁵⁷⁶, dove il *deberet* è da un lato indicativo dell’assenza di un *dolus malus*, mentre dall’altro è sintomatico di una non esclusione della sanzione prevista per il furto anche in caso di valutazioni poco ragionate e ponderate da parte dell’*adtrectans*⁵⁷⁷, anche in caso, quindi, di furto commesso *per lasciviam*.

I riflessi deducibili da D. 47.2.50.2 sono ancora maggiori se si pone mente all’affermata interdipendenza delle posizioni psicologiche dell’agente principale e del correo; in specie, è necessariamente e per entrambi richiesto il dolo (almeno secondo l’impostazione pediana, e fatte salve le precisazioni appena svolte), dovendosi apparentemente escludere che il concorrente possa anche solo colpevolmente contribuire alla violazione del divieto penale. Il punto è di notevole attualità perché anche nella nostra moderna dottrina penalistica si è posta l’alternativa tra unicità dell’elemento soggettivo di tutti i coattori e, su un altro fronte, possibilità di considerare separatamente la posizione di ciascun soggetto concorrente. Fino a pochi anni fa la soluzione adottata in dottrina (Antolisei, e più di recente Fiandaca-Musco) come in giurisprudenza⁵⁷⁸ era coincidente con quella prescelta dal nostro giurisperito.

Come in D. 47.2.50.2 rifluisce una concezione in cui il delitto principale è messo in rapporto con l’attività cooperativa del complice, così in D. 25.2.21.1 si evidenzia ulteriormente il nesso inscindibile tra i due diversi tipi di apporto o contributo dato alla realizzazione del fatto delittuoso, con una precisazione

□

⁵⁷⁶) M. U. SPERANDIO, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli, 1998, p. 18 nt. 59.

⁵⁷⁷) Minori cautele in GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., p. 546: ‘Il principio secondo il quale deve sussistere il dolo perché si possa configurare il reato di furto era già accettato e condiviso dai giuristi molto prima che Pedio vi riflettesse’.

⁵⁷⁸) Tra le tante sentenze, si può citare Cass. IV sez. pen., Ud. 11 Ottobre 1996, Dep. 7 Novembre 1996, n. 9542.

importante: se il *furtum* non è commissibile da parte del soggetto determinatore o istigatore, a motivo di una sua qualità personale, nemmeno potrà configurarsi una responsabilità per furto del complice esecutore materiale. Il caso raccolto in D. 25.2.21.1 è però particolare perché una *mulier*, in vista del divorzio, ha sottratto cose facenti parte del patrimonio della famiglia servendosi di un suo servo come di un ‘autore mediato’.

D. 25.2.21.1 (Paul. 37 *ad ed.*): *Si servus mulieris iussu dominae divortii causa res amoverit, Pedius putat nec furtum eum facere, quamvis servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat, sed rerum amotarum actio erit, quoniam nihil lucri sui causa contrectet nec videri furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat*⁵⁷⁹.

Non sembra potersi discutere di concorso di persone, proprio perché per Pedio non sarebbe stato confacente ai principi riconoscere una responsabilità unitaria di più partecipi quando anche uno solo di essi fosse stato, per diversi motivi, non punibile; mentre secondo un altro pensiero, che atomizza il fatto già

□
⁵⁷⁹) Cfr. J. BARON, *Pandekten*⁹, cit., p. 572 nt. 37, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*⁴, cit., p. 50 nt. 4, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 93, dove diverse accuse di ‘incoerenza’ del testo, soprattutto per la proposizione ‘*quamvis debeat*’, A. WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., p. 36 ss., J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., p. 23 nt. 103, GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e complicità*, cit., p. 812, A. CENDERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, cit., p. 425 (il quale prende atto della doppia deroga al sistema di regole vigenti nel campo dei delitti, per cui non si considera furto un fatto che oggettivamente ne presenterebbe tutti i requisiti e si manda esente il *servus* da responsabilità penale-privata ad onta del principio riassunto nell’adagio ‘*servus in facinoribus domino dicto audiens esse non debeat*’, e tutto questo per Cenderelli fonderebbe il giudizio per cui il *locus* sarebbe soprattutto indicativo di ‘limiti di utilizzabilità della regola, che sono immediata conseguenza del carattere casistico di essa’), D. FLORIA HIDALGO, *La casuistica*, cit., p. 200, V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, cit., pp. 31, 50 e 113, B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, cit., p. 213, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., ibidem in nt. 88.4.3, A. WACKE, *Die Menschenwürde der Sklaven*, cit., p. 834 nt. 109, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 62 nt. 227, 136 e specialmente 269 nt. 109, 308 e da ultimo D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, cit., pp. 58, 75 e 130.

oggettivamente concorsuale, non dovrebbe porre eccessivi problemi la speciale immunità di un correo, basata su qualifiche personali non estensibili agli altri, Pedio spende ulteriori considerazioni sulla singola condotta del *servus* giudicando quest'ultima inidonea, anche a volerla estrarre dal contesto motivazionale (procurare un vantaggio alla *domina* sul piede di divorziare), alla realizzazione di un furto di cui sarebbe integrato il solo elemento oggettivo, ma non anche quello soggettivo.

Infatti, il servo '*nihil lucri sui causa contrectat*'⁵⁸⁰, non ha agito evidentemente su un piano di parità con chicchessia, ma anzi come persona sottoposta all'altrui autorità, rendendo quindi poco consentanea la fondazione di una responsabilità autonoma per *furtum* (soprattutto a fronte del beneficio di cui godrebbe la *mulier*, che potrebbe essere al più convenuta con l'*actio rerum amotarum*). Annota ulteriormente il giurista, per confermare la soluzione data, come non sia giuridicamente possibile che qualcuno possa '*opem ferre*' per la realizzazione di un furto, quando non sia correlativamente acquisita su un piano generale la possibilità di '*furtum facere*': '*nec videri furtum facienti opem ferre, cum mulier furtum non faciat*'. In altro ambito, può dirsi approfondita non tanto la compartecipazione di più soggetti, quanto piuttosto la progressione criminosa che si ha quando un medesimo agente ha realizzato più violazioni penali: in simile ipotesi, con riferimento al taglio furtivo degli alberi, Pedio ha con ogni probabilità considerato il furto come 'reato complesso', più grave della semplice recisione delle *arbores* perché accompagnato da una inevitabile successiva sottrazione degli stessi.

E' questo, con ogni probabilità, il significato attribuibile al conciso parere pediano conservato in

□
⁵⁸⁰) La genuinità di questo riferimento è stata difesa e sostenuta da WACKE, *Actio rerum amotarum*, cit., ibidem: 'der Sklave nicht zu seinem eigenen Vorteil handelt'. In nota 24 ci si esprime esplicitamente 'gegen die Streichung von *quoniam-contrectet*'.

D. 47.7.7 pr.: *Furtim caesae arbores videntur, quae ignorante domino celandique eius causa caeduntur. Nec esse hanc furti actionem scribit Pedius, cum et sine furto fieri possit, ut quis arbores furtim caedat*⁵⁸¹.

10. I contributi di Nerazio alla dottrina sul furtum.

La produzione scientifica di Nerazio⁵⁸² ha riguardato, com'è noto, anche il *furtum*, trattato in diversi passi in cui il più delle volte il giurista non segue l'impostazione di volta in volta dominante, ma se ne discosta collocandosi in una linea di pensiero per la quale è del tutto assorbente la finalità di far assumere al percorso logico-argomentativo una funzione necessariamente

□

⁵⁸¹) Cfr. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, Halle, 1895, p. 60 nt.2, E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des furtum*, cit., p. 129 nt. 107a, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 97 e J. GAUDEMET, *A propos*, cit., p. 12 nt. 44.

⁵⁸²) In generale, sul giurista e sulla sua opera, cfr. H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, cit., p. clviii, F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II², Leipzig, 1901, p. 286 ss. che lo dice originario di Sepino, piccola cittadina del Sannio (cfr. E. T. SAMBON, *Il Sannio e i sanniti*, Torino, 1985, *passim*) a sud-ovest di Boviano (sul punto G. RADKE, 'Saepinum', in «Der kleine Pauly», IV, 1975, sp. 1495, ma v. pure, per approfondimenti di carattere prosopografico, A. MARCONE, *I giuristi romani di inizio II sec. d.C.: la base prosopografica*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Atti seminario San Marino 12-14 gennaio 1995», Torino, 1996, p. 216 e ss.), *praefectus aerarii Saturni, consul suffectus* sotto l'imperatore Domiziano e alla sua morte legato nella provincia della Pannonia, TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*³, cit., pp. 123-126, N. IORIO, *L. Nerazio Prisco. Saggio di studio storico giuridico*, Bologna, 1913, R. SYME, *The jurist Neratius Priscus*, in «Hermes», 85, 1957, p. 480 ss., R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, W. ECK, 'L. Neratius Priscus', in «PWRE.», sup. XIV, 1974, sp. 286, G. CAMODECA, *La carriera del giurista L. Neratius Priscus*, in «ANA.», 87, 1976, p. 19 ss., V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, R. A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the early roman Empire. A study of relations between the Roman jurists and the emperors from Augustus to Hadrian*, München, 1979, p. 194 ss., H. BELLEN, *Grundzüge der römischen Geschichte. Die Kaiserzeit von Augustus bis Diocletian*, Darmstadt, 1998, p. 127 ss. Anche in un'opera di immaginazione come le 'Memorie di Adriano' di M. Yourcenar, si parla di un particolare prosopografico probabilmente corrispondente al vero; la scrittrice, facendo parlare il futuro imperatore Adriano dei suoi primi anni a Roma spesi nella pratica forense, lo dice affiancato da Nerazio come 'collega in tribunale' nel 96 d.C., anno dell'uccisione del

‘servente’ o ‘funzionale’: ciò che conta è la congruità dell’assetto giuridico finale.

Quello che sembra emergere è quindi un interesse per il raggiungimento di soluzioni concrete eque e razionali, mentre sappiamo che secondo altri e diversi approcci euristici la scelta può anche essere quella di sciogliere immediati quesiti di natura tecnico-giuridica, per poi farne discendere la composizione della controversia, a prescindere da interferenze e mitigazioni di carattere ‘valoriale’.

Si tratta, com’è noto, di un tratto che informa di sé in maniera trasversale l’attività del giurista: Vincenzo Scarano Ussani ha fatto appello in un suo scritto (tra l’altro) ai ‘valori’ neraziani⁵⁸³, mentre un’intera monografia è stata dedicata da Jan Maifeld al ruolo svolto dall’*aequitas* nelle numerose decisioni, rese pressoché in ogni settore del diritto privato⁵⁸⁴.

In linea generale, nonché in prima approssimazione, è possibile enucleare due indirizzi in una chiave di lettura basata sulla problematica del ‘posizionamento’ della soglia del penalmente rilevante: a seconda delle concezioni la cui valenza sia stata riconosciuta (in un dato contesto) maggiormente degna di pregio, è stato possibile per Nerazio suggerire sia un ‘arretramento’ della menzionata soglia (come accade in D. 17.1.26.7 e D. 47.2.84 pr., oltre che in D. 47.2.43.1 per via di una pur discussa *distinctio*) come anche un suo ‘avanzamento’, posto che anche questa opzione trova diritto di asilo quante volte la mancata punibilità avrebbe potuto sortire effetti perniciosi di vuoti di tutela (sarà allora interessante esaminare i casi della gestione maliziosa del tecnicismo processuale, D. 47.2.84.1, e del *servus legatus* resosi responsabile di *furtum* prima dell’*aditio*, D. 47.2.65⁵⁸⁵).

□

‘tirannico’ Domiziano (M. YOURCENAR, *Memorie di Adriano*, trad. it. L. STORONI MAZZOLANI, Bibliotex, Barcellona, 2002, p. 36).

⁵⁸³) SCARANO USSANI, *Ermeneutica diritto e ‘valori’ in L. Nerazio Prisco*, in «Labeo», 23, 1977, p. 146 ss.

⁵⁸⁴) J. MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier, 1991, p. 1 ss.

⁵⁸⁵) Su questo passo si è anche soffermato un giovane studioso, in uno studio volto ad indagare la concezione neraziana di *ius finitum*: v. S. NAPPI, *Ius finitum*, Bari, 2005.

Per accrescere di dati ed elementi l'ordine che si è scelto di privilegiare, si può subito cominciare a ragionare sulla didascalica decisione neraziana contenuta in D. 17.1.26.7, in cui si nega un'apparentemente irrefragabile *actio furti noxalis* anche in presenza di fattori che in astratto varrebbero a connotare negativamente il quoziente di partecipazione psichica del soggetto convenibile, ossia del mandante che abbia incaricato il mandatario di acquistare un servo pur essendo a conoscenza della sua inclinazione a delinquere. Prima di proseguire, sarà bene fare diretto riferimento al testo contenuto nel Digesto.

D. 17.1.26.7 (Paul. 32 *ad Ed.*): *Sed cum servus, quem mandatu meo emeris, furtum tibi fecisset, Neratius ait mandati actionem te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet*⁵⁸⁶.

Ego, come si è in parte anticipato, ha quindi dato mandato a *tu* per l'acquisto di uno schiavo; tuttavia lo schiavo ha commesso un furto ai danni del *tu* mandatario. In prima battuta il nostro giurista concede un'*actio mandati* alla parte danneggiata, una volta che si sia passati per l'accertamento dell'assenza di una qualsivoglia *culpa* del derubato. Ma se l'*ego* era a conoscenza del 'tasso morale' dello schiavo acquisendo, e nonostante questo non abbia proceduto

□
⁵⁸⁶) Cfr. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, cit., pp. 225 nt.1 e 230, B. KÜBLER, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, in «ZSS.», 38, 1917, p. 97 ss., K. HELDRICH, *Das Verschulden bei Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht*, cit., p. 30, K.-H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, cit., p. 116 nt. 3 con ampia letteratura, D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in «ZSS.», 73, 1956, p. 93, H. HONSELL, *Die Risikohaftung des Geschäftsherrn*, cit., pp. 488 e 491, R. NODA, *Die Haftung des Auftraggebers für Schäden des Beauftragten. Zur Entstehung des § 650(3) des japanischen BGB*, in D. NÖRR, S. NISHIMURA, *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg, 1993, pp. 209-211, M. L. NAVARRA, *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in «Labeo», 50, 2004, p. 121 e R. KNÜTEL, *Betrachtungen zur Rechtsfindung der römischen Juristen*, in «Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo», cit., p. 542 nt. 36.

con rituale *praedictio* per renderne edotto il mandatario, sarà tenuto verso il *tu* per il *quanti (eius) interfuit*.

Per l'ipotesi di acclarata assenza di una colpa del mandatario l'azione concessa è diretta ad ottenere la *noxae deditio*⁵⁸⁷ (oppure il risarcimento alternativo del *damnum emergens*⁵⁸⁸) e un risarcimento globale del danno soltanto in caso di consapevolezza del mandante del carattere furtivo del ladro⁵⁸⁹. Nulla viene detto, come acutamente ha notato il Nörr, sui criteri di rifusione in caso di comportamento non doloso del mandante⁵⁹⁰. Ora, ci si chiede come mai il mandante *sciens* non possa e non debba allignare tra i soggetti colpevoli di furto, se si è al corrente delle tendenze furtive del *servus* e deliberatamente non si considera l'elevata probabilità di un furto proprio ai danni dell'incolpevole mandatario. Perlomeno, potrebbe ipotizzarsi l'esperimento di un'*actio furti noxalis*, ma il valore riconnesso al c.d. 'momento giuridico' fa emergere uno scoglio insormontabile: in ipotesi consimili il diritto romano non conosceva che l'operatività degli schemi tipici della c.d. 'rappresentanza indiretta', non potendo in alcun modo l'acquisto del mandatario produrre direttamente e senza soluzione di continuità il relativo diritto di proprietà in testa al mandante. Il *servus* non è ancora del mandante, e quindi difettano gli stessi presupposti della responsabilità nossale⁵⁹¹. Come ha

□

⁵⁸⁷) Leggermente diversa la prospettiva di R. WILLVONSEDER, *Die Verwendung der Denkfigur der 'condicio sine qua non' bei den römischen Juristen*, Wien-Köln-Graz, 1984, p. 48: 'Paulus beschränkt, Neratius folgend, die Ansprüche des Mandatars auf Noxalansprüche, sofern nicht Arglist des Mandanten vorliegt', in cui l'espressione 'Arglist' sembra difficilmente conciliabile con il concetto stesso di colpa, seppure lata.

⁵⁸⁸) H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in «ZSS.», 65, 1947, p. 175.

⁵⁸⁹) 'In diesem Fall gibt Neraz dem Mandatar einen Ersatzanspruch gegen den Mandanten, allerdings nur gerichtet auf *noxae deditio* des Sklaven, auf vollen Schadensersatz nur bei Kenntnis des Mandanten von dem diebischen Charakter' (MAIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 109).

⁵⁹⁰) 'Von einem Ersatz bei nicht dolosem Verhalten ist keine Rede' (NÖRR, *Die Entwicklung*, cit., ibidem).

⁵⁹¹) Questi presupposti della responsabilità nossale vanno correttamente intesi non nel senso che a rispondere per il danno causato dal soggetto a potestà sia sempre e comunque colui che quella potestà di fatto eserciti: può infatti capitare che un *dominus* venda uno schiavo furtivo, o lo renda libero tramite *manumissio*, ma in tal caso, nonostante il cessato

egregiamente spiegato e commentato Jan Maifeld, ‘eine Noxalhaftung des Mandanten und damit eine *actio furti noxalis* scheiterte ja daran, daß er mit dem Kauf durch den Mandatar noch nicht Eigentümer des Sklaven geworden war, da das römische Recht eine unmittelbare Stellvertretung nicht kannte’⁵⁹².

Sempre secondo lo studioso, questa soluzione non sarebbe tanto tributaria dell’insuperabile rilevanza del ricordato ‘momento giuridico’, ma farebbe trasparire per il modo in cui è strutturata la questione, l’originario carattere di caso pratico sottoposto all’attenzione del giurista, cui farebbe pertanto difetto la generale applicabilità di un ‘principio cardine’. Insomma, ‘ein allgemeiner Grundsatz ist für Neraz nicht ersichtlich’⁵⁹³.

Sulla fattispecie del *servus fur*, non sembra però che le concezioni sostenute da Nerazio – seppure senza il supporto, lo si è visto, di un ‘allgemeiner Grundsatz’ – abbiano poi finito col far breccia nella giurisprudenza.

La speciale fattispecie qui sotto l’obiettivo è stata in effetti anche esaminata, in varie declinazioni pratiche, da Africano nei libri VII e VIII delle sue *Quaestiones*; potremmo allora dire con il Goethe degli Epigrammi veneziani, ‘es ist kein Wunder’: infatti è noto che molti di quei passi rimandano a costruzioni giulianee, secondo quanto denotano gli ‘*ait*’ spesso

□

diritto dominicale, sarà possibile rinvenire comunque una responsabilità nossale, pur in assenza di attuali proprietari dell’ex-*servus*. Simili conclusioni possono trarsi da D. 47.2.42 pr., in particolare nel suo tratto finale: ‘*Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi periit, vulgaris formula in dominium danda est, ut quod alter admisit, dumtaxat de peculio quod ipse exercitor adiiciatur, ut noxae dederet. Igitur si manumissus sit, persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum, noxalis ipsum sequetur*’. Sul passo, soprattutto per quanto concerne la *persecutio* nei limiti del valore del peculio, si veda T. J. CHIUSI, *Die actio de in rem verso im römischem Recht*, München, 2001, p. 104 nt. 165. Per la piena comprensione di D. 47.2.42 pr. e dei suoi molteplici riflessi, cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., pp. 308 nt. 1 e 343 nt. 12, ma è ora divenuta fondamentale la lettura di R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell’exercitor. Modelli culturali dell’attribuzione di rischio e ‘regime’ della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, 2002, p. 227 ss.

⁵⁹²) MAIFELD, *Die aequitas*, cit., ibidem.

⁵⁹³) MAIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 110.

inseriti nel discorso⁵⁹⁴, come è altrettanto noto che Nerazio e Giuliano facevano riferimento a due diverse scuole di pensiero: il primo era proculiano⁵⁹⁵, il secondo (attivo in epoca adrianea) rientrava per contro nella *secta* dei Sabiniani o Cassiani. Il fatto che Giuliano prenda in parte le distanze da Nerazio in punto di responsabilità nossale per il *furtum* commesso dal *servus* può forse anzi spiegare il titolo del contributo di J. N. Lambert sull'argomento⁵⁹⁶. L'affinità tematica presentata dai passi di Africano è comunque evidente, e dalla lettura emerge un riferimento implicito ma agevolmente rintracciabile al pensiero neraziano.

Tale implicito confronto si è articolato lungo le direttrici argomentative contenute in

D. 47.2.62.5 (Afr. 8 *quaest.*): *Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aequae dicendum sit omni modo damnum praestare debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur. Iustissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere. Nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa suscepit, damnosum esse. Et sicut in superioribus contractibus*

□
⁵⁹⁴) Tra i tanti, A. LÖFFELMANN, *Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen. Rechtsvergleich zwischen deutschem und römischem Recht*, Köln-Weimar-Wien, 1996, p. 102 nt. 80 con letteratura. Conviene far riferimento, sul punto, all'accurata bibliografia rinvenibile in E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad Edictum' di Pomponio*, I, p. 387 (ma si legga anche ID., 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, p., 64 nt. 86).

⁵⁹⁵) 'Scholae Proculianae princeps successit Iuventio Celso cum filio eius...qui bis consul fuit' (BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II², cit., p. 287).

⁵⁹⁶) J. N. LAMBERT, *Une opposition peu connue entre Sabinien et Proculien*, in «Studi E. Betti», III, Milano, 1962.

*venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere*⁵⁹⁷.

In che cosa divergono, chiediamoci subito, le visuali ricostruttive di Nerazio e Giuliano/Africano? Per Nerazio non dovrà risarcirsi il complessivo pregiudizio

□

⁵⁹⁷) Per una ‘veduta d’assieme’ delle opinioni dottrinali sul passo, v. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, cit., p. 228 ss., B. KÜBLER, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, cit., p. 94 ss., O. LENEL, *Afrikans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in «ZSS.», 51, 1931, p. 47, F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts*, in «ZSS.», 54, 1934, pp. 64-65, W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (De furtis)*, cit., p. 125, D. DAUBE, *On the use of the term damnum*, cit., p. 98, G. DONATUTI, *Verus e falsus procurator*, p. 23, F. SERRAO, *Il procurator*, cit., p. 135, che nega la riferibilità del brano ad Africano da ‘iustissime’ in poi, E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, cit., p. 59 ss., il quale nota come alla base del *l.c.* vi sia una pretesa restitutoria originata dalla commissione di un furto, suscettiva di fondare una responsabilità nossale oppure una di tipo contrattuale. Ma il pur interessante discorso tutto centrato sul ‘Verschulden’ del mandante, con l’istituzione di un paragone con il caso del deponente ‘*similiter*’ colpevole, ‘kann hier nicht nachgegangen werden’, dovendosi conclusivamente ritenere che la discussione sull’elemento colposo sia ‘sicher unecht’ (sempre BUND, *Untersuchungen*, cit., p. 60 nt. 65), K.-H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans*, cit., p. 117-118, D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens*, cit., p. 91 ss., G. IMPALLOMENI, *rec. a K. H. BELOW, Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, in «IURA.», 16, 1965, p. 231 nt. 21 (=ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, cit., p. 120 nt. 21), dove però se ne ritiene il contenuto ‘probabilmente spurio’, H. HONSELL, *Quod interest im bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München, 1969, p. 158 nt. 37 (che definisce il testo ‘sicher formal überarbeitet’), MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 195 ss., con ulteriori riferimenti alla letteratura, G. MACCORMACK, *Culpa*, in «SDHI.», 38, 1972, p. 171, H. HONSELL, *Die Risikohaftung des Geschäftsherrn*, in «De iustitia et iure. Festgabe Ulrich von Lübtow», cit., p. 490, P. L. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, cit., p. 41 nt. 44, G. NOORDRAVEN, *De fiducia in het Romeinse recht*, cit., pp. 64 nt. 34 e 223 nt. 82, R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, cit., pp. 104, 105 nt. 53 e 137, G. CRIFÒ, *Einige Fragen zur Erlöschen des Mandats*, in «Mandatum und Verwandtes», cit., p. 165 nt. 94, R. NODA, *Die Haftung des Auftraggebers*, cit., pp. 217-218 e *passim*, D. NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia*, in «Mandatum und Verwandtes», cit., pp. 15 nt. 8 e 17 nt. 17, ID., *Sulla specificità del mandato romano*, in «SDHI.», 60, 1994, p. 383, G. FALCONE, ‘*Obligatio est iuris vinculum*’, cit., p. 131 nt. 360, M. L. NAVARRA, *Note in tema di ‘utilitas’*, cit., p. 120 nt. 123, S. HÄHNCHEN, *Sab.-Ulp. 12.5.6 und die condictio ex iniusta causa*, cit., p. 389 nt. 23, 390 nt. 25, É. JAKAB, *rec. a A. FÖLDI, A másért való felelősség a római jogban. Jogelméleti és összehasonlító polgári jogi kite kintéssel*, Budapest, 2004, in «ZSS.», 122, 2005, p. 410, R. KNÜTEL, *Betrachtungen zur Rechtsfindung der römischen Juristen*, in «Liber amicorum Juan Miquel», cit., p. 542 e D. NÖRR, *Lex Irnitana c. 84 IXB 9-10:*

patrimoniale, o meglio una tale rifusione potrà essere riconosciuta nel solo caso-limite della non sconoscenza da parte del mandante del carattere furtivo del servo; l'insegnamento di Giuliano, seguito da Africano, è invece nel senso di riconoscere e considerare ogni voce di danno, al di là della semplice *noxae deditio*. Tale presa di posizione viene presentata come più equa rispetto a quella neraziana, dove pure il corredo delle argomentazioni a sostegno risulta essere permeato (e non poco) dai canoni dell'equità⁵⁹⁸. In effetti, nel tratto centrale di D. 47.2.62.5 noi leggiamo che sebbene sembri '*aequum*' che nessuno '*per servum*' abbia a risentire un danno superiore al valore dello stesso servo danneggiante, è tuttavia ancora più equo ('*aequius*') che non risulti dannoso un incarico assunto esclusivamente nell'interesse e per l'utilità di un terzo⁵⁹⁹.

Peraltro, mentre nel passo che tramanda la soluzione di Nerazio si ha ben presente che il mandatario non può agire in nome e per conto del mandante con effetti a lui immediatamente imputabili, nella lunga e laboriosa esposizione di D. 47.2.62.5 il problema è passato completamente sotto silenzio.

Questa e altre difficoltà possono forse spiegare il singolare accanimento critico esercitato sul passo da numerosi studiosi, i quali hanno propenso per il riconoscimento di un intervento dei compilatori⁶⁰⁰.

□

'neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur', in «ZSS.», 124, 2007, p. 10 nt. 39.

⁵⁹⁸) Cfr. infatti MAIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 111: 'Abweichend von Neraz soll jedoch der Mandant nicht nur auf *noxae deditio*, sondern auf vollen Schadensersatz haften'.

⁵⁹⁹) Ha chiosato correttamente R. WILLVONSEDER, *Die Verwendung der Denkfigur der 'condicio sine qua non' bei den römischen Juristen*, cit., p. 47: 'Die Begründung dieser Ersatzpflicht geschieht nach folgendem Gedankengang: Niemand soll aus einem Geschäft, das er im ausschließlichen Interesse des Vertragspartners, nicht im eigenen führt, einen Schaden erleiden', richiamando d'altronde concetti già espressi dal citato NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in «ZSS.», 73, 1956, p. 95.

⁶⁰⁰) Reinhard Willvonseder ha assunto un atteggiamento non del tutto scettico nei confronti del passo; pur ammettendo che 'die Angleichung der beiden Entscheidungen durch die Begründung der Entscheidung in D. 47.2.62.5 mit dem vermuteten Verschulden des Mandanten und durch die Erweiterung der Ausnahme von der bloßen Noxalhaftung

Senza poterci diffondere su questi temi, che ci porterebbero troppo lontano rispetto agli scopi e al tema della ricerca, occorre invece ricordare come ad essere di grande aiuto nella ricostruzione della personalità scientifica di Nerazio sia un altro passo concernente il *furtum*, rivestente un'estrema importanza per la sicura ascendenza neraziana delle argomentazioni che vi sono espresse, nonché per il ricorso a una tecnica argomentativa rara per il contesto temporale, quella della *distinctio*⁶⁰¹.

Il testo, un'autentica miniera di spunti, si è tramandato nel famoso

D. 47.2.43.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Falsus procurator quidem furtum facere videtur. Sed Neratius videndum esse ait, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit*⁶⁰² *nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. Quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo*⁶⁰³.

□

in D. 17.1.26.7 auf alle *culpa*-Fälle dürfte justinianisch sein' (WILLVONSEDER, *Die Verwendung*, cit., p. 48), non si è spinto oltre nella critica, e non ha ritenuto introdotta di sana pianta anche la fraseologia '*iustissime-suscepisset*', come invece supposto dal PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners*, cit., p. 177. D. 47.2.62.5 è stato ritenuto interpolato anche da P. STEIN, *Fault in the formation of contract in Roman Law and Scots Law*, Aberdeen, 1958, p. 154, A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, p. 160 ss., G. MACCORMACK, *The thievish slave*, in «RIDA.», 19, 1972, p. 358 ss., J. MAIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 110 nt. 47, ove altri riferimenti

⁶⁰¹) Per questa tecnica, approfondimenti in O. MILELLA, *Il consenso*, cit., p. 405 nt. 51, per il quale la *distinctio*, 'sinonimo di *divisio*, il cui uso è però assai più frequente, rinvia alle tecniche classificatorie dei giuristi tardo-repubblicani' (si veda pure D. NÖRR, *Diviso und partito*, Berlin, 1972). Per un'accezione particolare di *distinctio*, intesa come attribuzione di più significati a un medesimo significante, dovuta a minime variazioni topologiche e semantiche, cfr. Cic. *de or.* 3.206.

⁶⁰²) Per il significato della fraseologia, v. F. RABER, *Hoc animo dare*, in «TR.», 33, 1965, p. 51 ss.

⁶⁰³) Per la critica testuale, si può rinviare alle accurate ricognizioni di B. CHESIUS, *Jurisprudentia Romana et Attica*, II, Florentia, 1650, p. 191, D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 66, E. ZITELMANN, *Digestenexegese: 20 Fälle aus dem römischen Recht*, Berlin, 1925, p. 14 ss., F. SCHULZ, *Sabinusfragmente in Ulpian*

□

Sabinus Kommentar, cit., p. 79, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 551 ss., G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, cit., p. 60 F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in «Festschrift Lenel», Leipzig, 1921, p. 233 ss. (=ID., *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, p. 411-412: 'jedenfalls Ulpian nicht gesagt ha(t): *an haec sententia cum distinctione vera sit*'), FALCHI, *Diritto penale romano (i singoli reati)*, cit., p. 43, W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (De furtis) and the Methods of the Compilers*, cit., p. 132, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., pp. 86-87, che pur ammettendo una 'vasta rielaborazione formale compilatoria', riteneva corretto credere che Nerazio realmente operasse la *distinctio* tra il caso di pagamento d'indebito con volontà di trasferire i *nummi* al 'vero creditore' e quello in cui il denaro era stato trasferito 'direttamente al procuratore', F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl*, cit., p. 13 ss., il quale ha ritenuto la qualifica '*falsus*' riferita al *procurator* niente più che una malaccorta inserzione in un testo che originariamente non poteva discorrere che di *verus procurator*, generando così un 'fruchtloses Kopfzerbrechen'; Haymann ha poi stralciato dalla restituzione complessiva – come il Pringsheim – anche i tratti '*sine dubio*' e '*voluntate domini eos accipiendo*', ritenendo addirittura che 'auch von Neraz konnte Ulpian nicht gesagt haben' (p. 14), posto che qui si dovrebbe soltanto prendere atto del pensiero, forse risalente a Quinto Mucio, per cui 'der Wille des Zahlers, der einem *falsus procurator* ins Garn ging, als nicht vorhanden gilt, völlig ignoriert' (loc.cit.), J. GAUDEMET, *À propos du furtum*, cit., pp. 10 nt. 25 e 12 nt. 49, J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., p. 24 nt. 109, W. W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, cit., p. 229 nt. 9, U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., 105 nt. 26, D. MEDICUS, *Zue Leistungsannahme*, cit., p. 217 ss., P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, cit., p. 213 ss., secondo cui la *distinctio* neraziana avrebbe dovuto attenuare la severità del principio per cui il *falsus creditor* commetteva sempre furto 'differenziando il *procurator* da ogni altro *f.c.*' e riconoscendo 'come non sempre doloso il comportamento del procuratore che avesse ricevuto il pagamento di un debito dovuto al *dominus*' (op.cit., p. 216), A. BURDESE, *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, cit., p. 326, il quale, contrariamente all'Angelini, ritiene 'genuina la qualifica di *falsus procurator*, usata ad indicare, non diversamente dalla menzione del *falsus creditor* nel precedente pr. del frammento, chi si spaccia per procuratore amministratore, il quale, ricevendo un pagamento da un debitore del *dominus*, in linea di principio commette furto', per cui discende che 'Nerazio si sarebbe limitato a dire che ciò avviene se il *debitor*, com'è normale, gli consegna materialmente i *nummi* con l'intenzione di farne acquistare la proprietà al *dominus*, ma non invece se l'intenzione del debitore fosse quella di trasferire la proprietà dei medesimi all'accipiente', F. GNOLI, *Ricerche sul crimen peculatus*, cit., p. 144 nt. 18, che ritiene peraltro la natura glossematica del tratto '*hoc est, qui se simulat creditorem*', conservato però non nel primo frammento bensì nel *principium*, O. MILELLA, *Il consenso*, cit., p. 403 nt. 45, M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente*, cit., p. 36 nt. 31, H. WIELING, *Drittwirkungen des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse*, in «Mandatum und Verwandtes», cit., p. 259 nt. 161, A. GUZMAN BRITO, *Derecho Privado Romano*, II, cit., p. 246, O. BEHREND, '*Iusta causa traditionis*'. *La trasmissione della proprietà secondo il 'ius gentium' del diritto classico*, in L. LABRUNA (cur.), *Tradere ed altri studii*, Napoli, 1998, p. 64 nt. 42, M. WIMMER, *Zum Leistungserfolg bei der Anweisung zum Zahlen an einen Nichtberechtigten*, cit., p. 122 nt. 15, P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, cit., pp. 270 nt. 341 e 272 nt. 347, A. LOVATO, *Studi sulle disputationes di Ulpiano*, Bari, 2003, p. 376 nt. 212, D. DOZHDEV, *Ulpian et Celse connaissaient-ils la 'Durchgangstheorie' par délégation?*, in 'Discours de la 59ème session de la Société

L'intero passo può essere diviso in tre parti. Nella prima (*'falsus procurator-videtur'*) si espone la regola per cui la simulazione della qualità di *procurator* equivale a un *furtum*, quando il *falsus procurator* abbia introitato con questo stratagemma il denaro destinato al pagamento di un debito.

Nella seconda parte (*'Sed Neratius-furtum facit'*) è contenuto il *distinguishing* di Nerazio, col quale si nega portata generale alla stessa *sententia*, dovendosi meno aprioristicamente verificare (con uno squarcio di chiarezza quanto mai opportuno) con quale *animus* il soggetto vittima dell'inganno abbia proceduto alla consegna del denaro. Ci viene quindi segnalata la necessità di una chiarificazione preliminare, e con questo non si mette in discussione la regola, posto che lo scopo sembra piuttosto essere quello di profilarla come sprovvista di validità assoluta.

E' come se si dicesse: si pensa che il *falsus procurator* commetta *furtum*, ma tale assioma è da seguire soltanto se lo stato psichico si sia in concreto atteggiato in un modo del tutto particolare. La *sententia* sarà vera, ci dice infatti Nerazio, solo quando il debitore si sia determinato al pagamento con l'intenzione e a patto che il denaro fosse prontamente consegnato al creditore, senza determinare un provvisorio passaggio di proprietà dei *nummi* in capo al *procurator*. In una simile situazione, si ha cura di aggiungere, i *nummi* restano del debitore, e il fatto che il *procurator* inopinatamente se ne approprierebbe per il diritto quella *contrectatio invito domino* che numerosi testi presentano come elemento oggettivo del delitto privato di furto.

Per converso, l'indagine può portare a ritagliare concreti spazi di impunità qualora risulti adeguatamente certiorata la volontà del debitore di trasmettere il denaro al *procurator* in modo che questo diventi *statim et sine mora* di sua

□
internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droit de l'Antiquité' (Bochum 20-24 septembre 2005), *passim*, I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, cit., pp. 27 ss. e 237 ss.

proprietà: è quanto si asserisce nella terza e conclusiva parte del passo (*'quod si ita-eos accipiendo'*).

Sullo sfondo, emergerebbe allora come criterio risolutivo quello basato sulla prova nei fatti di una *contrectatio invito domino*; se la sola *contrectatio invito domino* permette l'integrazione di un furto, l'illazione scontata è che per poter parlare del delitto l'impossessamento contro la volontà del *dominus* dovrebbe assurgere al rango di autentico 'requisito generale', ma a questa conclusione è impossibile approdare visto che a Roma era considerato furto anche il sottrarre una cosa da parte dello stesso proprietario. Certo, in merito alla terza parte ci si potrebbe lecitamente domandare se il proposito vero del debitore non fosse comunque quello di trasmettere il denaro al suo naturale destinatario, *id est* il creditore.

Anche se il debitore ha voluto *'ut nummi procuratoris fiant'*, il procuratore può tenersi i denari senza colpo ferire, e senza conseguenze legali? Io sarei orientato a rispondere negativamente, perché un conto è la responsabilità per furto, altra cosa quella che può emergere – come non è vietato arguire nel caso in discorso – dall'inadempimento del mandatario *procurator* nell'ambito di un contratto concluso, per così dire, *rebus ipsis et factis*. Si potrebbe obiettare che anche quando si ammette la responsabilità per furto debba comunque considerarsi come sotteso all'intera dinamica un contratto di mandato: ma il punto, almeno a mio modo di vedere, non è questo.

Il *falsus procurator* non sarebbe gratificato della fiducia del *debitor*, se quest'ultimo non fosse in qualche modo fuorviato circa le sue reali intenzioni; il furto che si va a commettere è per forza di cose una forma di truffa, che in quanto tale suppone una volontà viziata del disponente. Credo che allora la *distinctio* neraziana possa riformularsi in questo modo: se la volontà è viziata, c'è furto (caso descritto nella seconda parte), se la volontà non è viziata e c'è una consapevole consegna di denaro a persona non autorizzata a riceverlo non può riconoscersi un furto (terza e ultima parte).

Meglio ancora, nel primo caso il debitore può aver pensato di avere realmente di fronte a sé un *procurator*, e il fatto che la realtà fosse diversa non permette di escludere il *furtum*; ma nel secondo caso, pur non essendo il procuratore ‘*verus*’, il debitore gli consegna il denaro senza condizionamenti decisivi e il non assolvere agli incumbenti consequenziali potrà sicuramente fondare una soggezione del *procurator* all’*actio mandati directa*. Questa spiegazione può in parte essere avvicinata a quella avanzata da Heinrich Lange⁶⁰⁴, per il quale il debitore può trattare con un *procurator* falso sapendolo tale – infatti *falsus procurator* non è soltanto colui che causa un errore con la trama di un inganno, ma anche colui che non è stato dotato di poteri rappresentativi o li abbia travalicati – decidendo comunque di avvalersene come di un ‘*Bote*’.

Senonché all’indirizzo così proposto sono arrivate numerose critiche, specialmente da parte di Dieter Medicus, che si è lamentato della mancanza di appigli testuali per poter appoggiare una simile tesi. In aggiunta, osterebbe all’accoglimento della proposta del Lange un elemento presentato come decisivo: sia la prestazione al *falsus creditor* come quella al *falsus procurator* presupporrebbero una volontà viziata da un errore, così che non si potrebbe capire come la *distinctio* neraziana possa valere soltanto per il caso del *falsus procurator* (D. 47.2.43.1) e non per quello del *falsus creditor*⁶⁰⁵.

Eppure, se si va a vedere come sia stata possibile, per Medicus, la distinzione formulata in D. 47.2.43.1, si comprende che al di là di questioni meramente nominalistiche, potrebbero anche sussistere concreti punti di convergenza. Per esempio, il Medicus distingue nell’alveo della prima alternativa descritta nella seconda parte un rituale *accipere* dal successivo, illecito *intercipere* il denaro consegnato: sarebbe perciò possibile registrare un

□

⁶⁰⁴) H. LANGE, *Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, cit., p. 87 ss.

⁶⁰⁵) MEDICUS, *Zur Leistungsannahme*, cit., p. 218: ‘Jede Leistung an einen falsus creditor wie an einen falsus procurator beruht auf einem durch Irrtum veranlassten Willen des Leistenden’.

forte iato tra i due momenti, sul piano giuridico nonché logico-cronologico passibili di diversa e autonoma considerazione. Il *procurator* non commette furto, si argomenta, nell'*accipere* ma soltanto col successivo *intercipere* (in effetti il testuale *intercipiat* è inteso come 'Schlüssel zum Verständnis des Meinungs des Neraz' deprecando il fatto che sia stato spesso 'vernachlässigt' in dottrina⁶⁰⁶).

In definitiva il *procurator* commetterebbe un furto solo se non ancora proprietario dei *nummi*, mentre non potrebbe darsi una simile evenienza *in natura rerum* quando egli abbia già acquisito la proprietà del denaro per volontà del debitore⁶⁰⁷.

Il rischio di far cadere il commento esegetico in un campo in cui le valutazioni finiscono con l'essere puramente eidetiche, si presenta tuttavia con acutezza ancora maggiore qualora si voglia procedere all'analisi dei pareri neraziani interessanti il profilo della putatività. Sappiamo innanzitutto che un parere del nostro giurista è stato polemicamente preso in considerazione da Paolo, in chiave confutativa, per parlare della validità di una regola giuridica che altrimenti sarebbe stata disattesa. Aveva affermato infatti Nerazio che chi avesse voluto *subripere* una cosa non essendo però a conoscenza della sua condizione di '*res hereditaria*' avrebbe dovuto essere considerato autore di un *furtum*. Non così, per Paolo, cui invece premeva sottolineare il principio '*rei hereditariae furtum non fit*', presentando il dato oggettivo come inscalfibile da parte di qualsivoglia *existimatio* soggettiva.

D. 47.19.6 (Paul. 1 *ad Ner.*): *Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit. Paulus: rei hereditariae furtum*

□

⁶⁰⁶) MEDICUS, *Zur Leistungsannahme*, cit., p. 219.

⁶⁰⁷) MEDICUS, *Zur Leistungsannahme*, cit., p. 220: 'Denn nur im ersten Fall gehören die *nummi* im Augenblick des *intercipere* nicht bereits dem *f.p.* und sind daher tauglicher Gegenstand eines *furtum*. Im zweiten Fall dagegen hat der *f.p.* die *nummi acipiendo* zu Eigentum erworben'.

*non fit sicut eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripiantis*⁶⁰⁸.

□
⁶⁰⁸) D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 68, F. L. V. KELLER, *Pandekten. Vorlesungen*², II, cit., p. 133 nt. 1, secondo cui nel luogo in questione Nerazio ‘in einem besonderem Falle dafür von Paulus getadelt wird, daß er das Subjective einseitig zur Richtschnur nehmen wollte’, parole suggestive in cui si rimarca che Nerazio nello specifico caso sarebbe stato biasimato da Paolo per aver voluto servirsi di un canone di misurazione – nella specie si usa la metafora della regola, cioè ‘eine Richtschnur’ – tutto fondato su dati della sfera soggettiva, W. MARCUSEN, *Die Lehre von der hereditas jacens in ihrem Zusammenhange mit der alten usucapio pro herede*, cit., pp. 35, 48 e 88, S. SCHLOSSMANN, *Zur Erklärung*, cit., p. 210, P. HUVELIN, *Études sur le furtum*, cit., p. 797, G. SCADUTO, *Contributo esegetico*, cit., pp. 8-9, W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (De furtis) and the Methods of the Compilers*, cit., p. 130, FALCHI, *Diritto penale romano (i singoli reati)*, cit., p. 44 nt. 2, H. KRÜGER, *Die usucapio pro herede*, cit., p. 81, B. ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 195 ss., F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius Part II. Commentary*, cit., p. 204 nt. 4, M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano, 1956, p. 65 ss., J. GAUDEMET, *À propos du furtum*, cit., p. 11 nt. 41, TH. MAYER-MALY, *Studien zur Elementarliteratur über die usucapio*, cit., p. 476 nt. 81, ID., *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, cit., p. 61, secondo cui Nerazio svilupperebbe la tesi per cui la qualità oggettiva di una *res hereditaria* non escluderebbe il riconoscimento del *furtum* in ogni circostanza, richiedendosi la consapevolezza da parte del *subripiens* della sussistenza di quella qualità oggettiva (‘entwickelt Neratius die These, die objektive Qualität einer *res hereditaria* schließe die Annahme eines *furtum* nicht unter allen Umständen aus. Der Entwender einer Sache müsse auch wissen, daß es sich um eine *res hereditaria* handle’), J. A. C. THOMAS, *Rei hereditariae furtum non fit*, cit., p. 498 ss., ID., *Animus furandi*, cit., p. 21 nt. 90, G. MACCORMACK, *Usucapio pro herede, res hereditariae and furtum*, in «RIDA», 25, 1978, p. 298, F. MUSUMECI, *Vicenda storica del ‘tignum iunctum’*, cit., p. 249 nt. 141, V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, cit., pp. 15 nt. 23, 16-17, 20-22 e 46 nt. 83, pronto a inferire l’impossibilità per lo stesso Nerazio di considerare le *res hereditariae* passibili di furto, anche se ‘il giurista valutava in tal misura la volontà dell’agente, da attribuire alla sola intenzione di commettere il furto, il potere di concretarlo, anche dove esso obiettivamente non sarebbe potuto esistere’, G. L. FALCHI, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, cit., p. 52, R. ORESTANO, ‘*Hereditas nondum adita*’, in «IURA», 33, 1982, p. 6, M. KASER, ‘*Pro herede vel pro possessore*’, in «Studi in onore di A. Biscardi», II, cit., p. 240 nt. 70, O. MILELLA, *Il consenso*, cit., p. 411 nt. 67, V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana tra Nerva e Adriano*, Torino, 1989, p. 55 ss., F. GNOLI, *Nerazio e Paolo sul furto di ‘res hereditaria’*, in «Testimonium amicitiae a Franco Pastori», Milano, 1992, p. 172 ss., M. BRETONNE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, cit., p. 149 nt. 69, A. CASTRO SAENZ, *Los elementos personales y materiales en la herencia yacente según los textos de Paulo*, in «Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l’antiquité. Atti 51^a, sessione SIHDA», Catanzaro, 1999, p. 283, S. RICCOBONO, *Lecture londinesi (Maggio 1924). ‘Diritto romano e diritto moderno’*, Torino, 2004, p. 99 nt. 155.

I contenuti del luogo, in sé e per sé non difficoltoso, diventano problematici se si pensa che in altra sede lo stesso Nerazio aveva ritenuto di prosciogliere dall'accusa di furto il soggetto che avesse preso possesso di beni di un *quivis* che '*putabat mortuum*' (di beni, quindi, soggettivamente ritenuti '*res hereditariae*'), mentre in realtà essi appartenevano a uno, *qui vivus erat*.

D. 47.2.84 pr. (Ner. 1 *resp.*): *Si quis ex bonis eius, quem putabat mortuum, qui vivus erat, pro herede res adprehenderit, eum furtum non facere*⁶⁰⁹.

Sembrerebbe potersi affermare che alla stregua dell'indirizzo seguito in D. 47.19.6, anche in questo caso avrebbe dovuto fare aggio la *existimatio subripiantis*: e così, apparentemente, si opinerebbe anche in D. 47.2.84 pr. Tuttavia, nella prima esposizione casistica, la sopravvalutazione dell'*existimatio* è funzionalmente connessa a una scelta punitiva intesa a sanzionare le condotte sorrette da un *animus furtivus*, anche a prescindere da un'eventuale discrasia oggettiva consistente nell'insuscettibilità di una *res* a

□
⁶⁰⁹) Cfr. D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 60, W. W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (De furtis) and the Methods of the Compilers*, cit., ibidem, F. H. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, cit., p. 123, H. KRÜGER, *Die usucapio pro herede*, cit., p. 84 nt. 2, TH. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, cit., p. 62 ('auch hier erscheint das Responsumfragment als Editorenwerk...; der Sache nach weckt es keinerlei Verdacht. Einmal mehr stellt Neratius auf die *existimatio* ab. Wer so nachhaltig wie er auf subjektive Momente achtet, wird diesem wohl auch beim Putativtitelproblem jene Bedeutung zugebilligt haben die ihnen der überlieferte Text von D. 41,10,5 einräumt'), J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., p. 21 nt. 90, V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e 'valori' in L. Nerazio Prisco*, cit., p. 153, ID., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, cit., pp 14-15, chiaro nella evidenziazione della possibilità, insita in questo come in altri passi, di un divario ineliminabile 'tra sfera del diritto e mondo dei fatti, di cui è possibile e compatibile un'errata interpretazione', divario che deriva nel caso sotto esame da una 'errata interpretazione dei fatti, questa volta in chi credeva di trovarsi di fronte a *res hereditariae*', che a sua volta 'veniva, in un caso in cui si dava il massimo risalto all'*existimatio subripiantis*, a giocare un ruolo decisivo all'interno del responso', F. HORAK, *La cultura giuridica tra Nerva e Adriano*, rec. a SCARANO USSANI, *Valori e storia*, cit., in «Labeo», 29, 1983, p. 182, F. SITZIA, *Il conservatorismo di Nerazio*, in «Labeo», 29, 1983, p. 40, R. GREINER, *Opera Neratii*, cit., p. 141 ss., O. MILELLA, *Il consenso*, cit., p. 411 nt. 67, F. GNOLI, *Nerazio e Paolo sul furto di 'res hereditaria'*, cit., p. 175 ss., M. BREONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., ibidem.

essere rubata (come nel caso descritto) oppure al fattuale consenso dell'avente diritto, mentre nel secondo passo non viene meno la volizione dell'appropriazione di beni ritenuti erroneamente di un *de cuius*, ma in realtà di attuale appartenenza di un soggetto ancora vivente. Qui parrebbe *prima facie* difficilmente percorribile il filo rosso che ha legato le argomentazioni in commento, fondato su opzioni omogeneamente seguite per identiche fattispecie, non scevre di considerazioni eticizzanti o comunque possibilmente equitative. Nel primo caso, se quello fosse stato il generale principio informatore, ben avrebbe potuto Nerazio considerare, nel segno di un diritto conragionato, come inoffensiva un'appropriazione di beni ereditari – quindi senza titolare giuridico – nonostante la falsa credenza che tali non fossero. Ma in D. 47.2.84 pr. tali esigenze trovano ingresso, secondo altri risvolti, creando difficoltà di coordinamento; la soluzione mi sembra allora da ricercare a livello soggettivo, in modo tendenzialmente slegato dagli estremi 'oggettivi' del caso.

In effetti, nel primo passo la responsabilità putativa per *furtum* è affermata in modo coerente (si veda d'altronde l'identico *decisum* di Pomponio di D. 47.2.46.8) perché l'agente ha deliberatamente voluto commettere un furto, di talché la spiegazione paolina dell'impunità corroborata dalla regola per cui non si darebbe furto di *res hereditaria*, sarebbe parsa concretamente iniqua – ecco la riconsiderazione, per altra via, del mondo dei valori – oltre che, probabilmente, come una intollerabile scappatoia difensiva.

Nel primo libro dei *Responsa* invece, risulterebbe ingiusto sanzionare un soggetto che non ha voluto commettere furto, ma semplicemente mirare ad 'arrivare a dama' con una *usucapio pro herede*, cominciando a possedere cose falsamente credute 'ereditarie'.

Altrove, e precisamente nel primo libro delle *Membranae*, Nerazio aveva invece affrontato un problema comportante la necessità di amplificazioni nella riflessione giuridica al di fuori della sola tematica relativa al furto; si trattava, infatti, prima di delibare la questione fondamentale relativa all'esperibilità dell'*actio furti* da parte di un erede nei confronti del legatario di un *servus fur*

(ponendo che il furto fosse avvenuto prima dell'adizione su cose appartenenti all'asse ereditario), di decidere se il legatario (beneficiario di un legato con effetti reali: *per vindicationem* o *per praeceptionem*) dovesse essere considerato immediato acquirente di quanto legatogli senza bisogno di accettazione ma con facoltà di rinuncia, o se invece dovesse ritenersi tale soltanto con una (necessaria) accettazione del legato.

Come noto, la prima delle due alternative era sostenuta dalla scuola dei Sabiniani, mentre i Proculiani avevano sostenuto la necessità della manifestazione della volontà di accettare il legato. Nerazio, da proculiano, non poteva quindi che richiedere che il legatario '*legatum ad se pertinere voluerit*', accettasse espressamente un legato di cose che prima di quel momento non sarebbero state ritenute di sua spettanza, in ciò opponendosi chiaramente alla diversa espressione usata dai fautori della tesi opposta, come ad esempio Papiniano che in D. 31.80 parla di un '*non repudiare*' cose e diritti già di spettanza del beneficiario, anche se eventualmente rinunciabili.

Occorre, prima di approfondire l'acuto dibattito così sollevato, precisare che l'immediatezza o meno dell'acquisto del legato era valutata non con riferimento al c.d. *dies cedens* (morte del testatore), ma al *dies veniens*, per cui si aveva riguardo al momento in cui il legato avrebbe avuto efficacia, a partire dall'adizione dell'eredità da parte di un erede volontario; come è noto, se si fosse trattato di legato obbligatorio, l'acquisto del credito da parte del legatario sarebbe stato immediato a partire dal *dies veniens*.

Ci sono a questo punto elementi sufficienti per leggere e tentare di decifrare l'articolato argomentare di Nerazio.

D. 47.2.65 (Ner. I Membr.): *A Titio herede homo Seio legatus ante aditam hereditatem Titio furtum fecit; si adita hereditate Seius legatum ad se pertinere voluerit, furti eius servi nomine aget cum eo Titius, quia neque tunc, cum faceret furtum, eius fuit, et ut maxime quis existimet, si servus esse coeperit eius, cui furtum fecerat, tolli furti actionem ut nec, si alienatus*

*sit, agi possi eo nomine; ne post aditam quidem hereditatem Titii factus est, quia ea, quae legantur, recta via ab eo qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt*⁶¹⁰.

Resta non poche perplessità il fatto che Nerazio da un lato abbia richiesto una esplicita accettazione del legato, ma dall'altro abbia apparentemente riconosciuto la bontà della tesi della *secta* avversaria, considerando comunque trasmesse '*recta via*'⁶¹¹, cioè direttamente e senza soluzione di continuità, le cose legate a Seio: come già parzialmente rappresentato, Papiniano aveva discorso di '*non repudiare*', e logicamente soltanto con questa assunzione si potrebbe poi parlare di un acquisto '*recta via*'.

Se si vuole un'accettazione espressa, ciò significa che prima che questa intervenga le cose legate sono *sine domino*, in quanto tali non suscettibili di furto giudiziariamente perseguibile, come sembrerebbe opinare Giuliano, che pure rimarca la necessità di '*legatum adgnosceret*'.

D. 9.4.40 (Iul. 22 Dig.): *Si servus legatus ante aditam hereditatem rem heredis futuri subtraxerit, poterit is cum legatario qui legatum agnoverit furti agere: sed si idem servus hereditariam rem subtraxerit, furti actio*

□

⁶¹⁰) Sul '*recta via*-Erwerb aus der Verlassenschaft' in questo testo di Nerazio, si v. M. WIMMER, *Das Prälegat*, Wien-Köln-Weimar, 2004, p. 34 nt. 176. Per ulteriori referenze cfr. M. PAMPALONI, *Continuazione e ripetizione di furto*, cit., p. 375 nt. 13 (=ID., *Studi sopra il delitto di furto*, I, cit., p. 103 nt. 13), M. KASER, *Restituere als Prozeßgegenstand*, cit., p. 135 nt. 1 e GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e di complicità*, cit., p. 809. Su D. 47.2.65 v., da ultimi, S. NAPPI, '*Ius finitum*', in «Labeo», 43, 1997, p. 58 ss., R. KNÜTEL, *Betrachtungen zur Rechtsfindung der römischen Juristen*, in «Liber amicorum Juan Miquel», cit., p. 541 e M. T. DUPLÁ MARÍN, *El servus hereditarius y la teoría de la herencia yacente*, Valencia, 2003, p. 42 nt. 32.

⁶¹¹) 'E' da osservare – ha scritto P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, Milano, 1936, p. 53 nt. 89 – che se il *recta via* si trova in D. 47.2.65, appartenente al proculiano Nerazio, v'è tuttavia (n.d.a., con il già visto D. 31.80) questa differenza: Nerazio scrive *velle ad se pertinere*, mentre Papiniano *non repudiare*'.

*cessabit, quia huiusmodi rerum furtum non fit: ad exhibendum autem actio competit*⁶¹².

Il discorso di Giuliano non si presta a fraintendimenti: se il servo legato ha rubato direttamente all'erede, colui che poi diventerà proprietario dello schiavo non potrà credersi al riparo dall'*actio furti* anche se per un fatto anteriore all'adizione della *hereditas*; ma se invece il servo ha sottratto una cosa ereditaria, si garantirebbe massima espansione al principio '*rei hereditariae furtum non fit*', considerando un'eventuale *actio furti* come ormai perenta. Il cedimento di Nerazio, tuttavia, è solo apparente, perché la pur richiesta accettazione avrebbe prodotto effetti retroattivi, anche senza risalire a prima dell'adizione dell'eredità: si badi bene che questo vuol dire che l'accettazione produce effetti retroattivi come se il legato fosse stato acquistato sin dal momento dell'*aditio hereditatis*. Ma prima, la cosa è *sine domino* e questo giustifica la frase neraziana '*quia neque tunc, cum faceret furtum, eius* (n.d.a., cioè di Tizio) *fuit*'; non potendosi obliterare il principio *noxa caput sequitur*, sarà quindi per Nerazio da valorizzare la presenza di una soluzione di continuità consistente in astratto in un '*Zwischenerwerb*': l'opzione prescelta è allora quella di concedere comunque un'*actio furti servi nomine*, perché in realtà Tizio è diventato *dominus* del *servus furtivus* dopo adita l'eredità, e in quello stesso momento, e *ipso facto* per la retroattività dell'accettazione, il legatario Seio ha acquisito '*recta via*' lo schiavo ladro.

Maria Grazia Scacchetti ha per l'appunto voluto distinguere, all'interno del passo, due parti distinte e con spiccati tratti di autonomia: la prima parte ci

□
⁶¹²) Cfr. essenzialmente D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 70, P. VOCI, *Teoria dell'acquisto del legato secondo il diritto romano*, cit., pp. 32-33, secondo cui 'vien qui presupposto il principio *noxa caput sequitur*. Ora i giuristi, negando il dominio all'erede, non l'attribuiscono al legatario, ma solo vogliono far notare che non sia avvenuta quella confusione delle qualità di attore e di reo, la quale estinguerebbe come di regola l'azione senza possibilità di rinascita', B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 123, P. APATHY, *Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die actio publiciana?*, cit., p. 29 nt. 28, M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento dell'eredità giacente*, cit., p. 96 ss. e S. NAPPI, '*Ius finitum*', cit., p. 59.

parlerebbe del furto perpetrato su cose del (futuro) erede, quindi non ereditarie, perpetrato dal *servus legatus*, mentre la seconda parte, come lucidamente e condivisibilmente chiarisce la Scacchetti, verterebbe sulla ‘sottrazione di *res hereditariae* (e non più di cose proprie dell’erede) compiuta dallo stesso servo sempre prima dell’adizione: in questa ipotesi, dice Giuliano, non può sorgere l’*actio furti*, non integrando la sottrazione di beni ereditari gli estremi del *furtum*’⁶¹³.

Come testimonianza di un avanzamento della soglia del penalmente rilevante, si può validamente assumere, oltre alla testimonianza or ora rassegnata, anche quella contenuta in D. 47.2.84.1, tratta dal primo libro dei *responsa neraziani*.

D. 47.2.84.1 (Ner. 1 *resp.*): *Ei, cum quo nomine furti actum est, si servi nomine de alia re adversus eum agatur, non dandam exceptionem furti una facti* ⁶¹⁴.

Nel concentrato *decisum* Nerazio fu probabilmente chiamato a porre un argine alla pretestuosità di un accusato di furto, portato ad eccepire con dolo la perenzione dell’*actio furti* nei suoi riguardi, in quanto asseritamene proposta in unica soluzione (di qui l’opposizione della *exceptio una furti facti*), senza considerare che il *iudicium* aveva avuto il proprio svolgimento, seppure *de alia re*, con proposizione della doglianza *nomine actoris*.

Nella sostanza, alla persona contro cui *nomine proprio* si agisce di furto, se *medio tempore* contro la stessa si agisse *nomine servi* per un’altra cosa, non deve essere concessa la ‘eccezione di furto fatto assieme’; ragionando diversamente, l’autore non esclusivo di una sottrazione potrebbe salvarsi dalla condanna per la pratica impossibilità per parte attorea, il più delle volte, di

□
⁶¹³) M. G. SCACCHETTI, *Il doloso depauperamento*, cit., p. 97.

individuare e indicare tutti i concorrenti nella realizzazione del delitto. Allo stesso tempo, l'agire *servi nomine* non può comportare una ingiustificata preclusione processuale, adducendo la circostanza che il furto è stato commesso da servo e padrone unitamente, piuttosto che valendosi dello schiavo come di un *nudus minister*.

La Cantarella ha spiegato meglio la specificità della fattispecie che ne occupa, mettendo in risalto il fatto che 'una persona ha subito due furti ad opera di due persone diverse: un *pater familias* e uno schiavo di questi. Ambedue le *actiones furti* che ne nascono, dunque, devono essere intentate nei confronti di un unico convenuto: il *dominus*. Ma, come risulta dal passo, il derubato è libero di esperire le due azioni separatamente: nel caso che egli così faccia, dice infatti il giurista, al convenuto non sarà possibile inserire nella formula la *exceptio furti una facti*⁶¹⁵. Affiorano profili di somiglianza con un altro testo, D. 47.2.57.5, nel quale si nega che possano proporsi eccezioni per il fatto che, avendo due servi di un unico *dominus* rubato l'uno una veste, l'altro dell'argento, si sia agito per esempio con una prima azione per il solo furto della veste⁶¹⁶.

Il contenuto del luogo neraziano è stato recentemente oggetto di analisi anche da parte di Tommaso Dalla Massara, nell'ambito di uno studio sulla domanda parziale in diritto romano. Lo studioso, dopo aver considerato le principali opinioni dottrinarie sull'argomento, a tenore delle quali l'eccezione *de qua* altro non sarebbe stata che una *exceptio rei iudicatae* (è la nota convinzione del Bremer), prende posizione sul punto scorgendo nella controversa parte formulare una *exceptio litis dividuae*, avente la precipua

□

⁶¹⁴) Per una generale messa a punto, v. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005, p. 120 ss. e P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 252 nt. 39.

⁶¹⁵) Il piano riassunto della fattispecie è in E. CANTARELLA, *Il 'minus petere' e le sue conseguenze nel processo formulare*, in «SDHI.», 35, 1969, p. 115.

⁶¹⁶) D. 47.2.57.5 (Iul. 22 dig.): *Si duo servi tui vestem et argentum subriperint et alterius nomine tecum de veste actum fuerit, alterius de argento agatur: nulla exceptio dari debet ob eam rem quod iam de veste actum fuerit.*

funzione di deterrente al frazionamento delle domande processuali basate sulla stessa, seppure composita, ‘Rechtslage’⁶¹⁷.

11. Giuvenzio Celso figlio e l’infitiatio depositi.

E’ nota l’importanza dell’elaborazione giurisprudenziale di Giuvenzio Celso figlio⁶¹⁸, la quale ha spaziato lungo tutto l’arco materiale di molti dei diversi aspetti del diritto romano, e ha suscitato il crescente interesse degli studiosi che a lui hanno voluto dedicare diversi studi monografici. Risale al 1976 il fondamentale studio di Herbert Hausmaninger sulla statura scientifica e sui modelli di argomentazione giuridica del giurista proculiano⁶¹⁹, *iterum consul* nel 129 d.C.⁶²⁰, mentre più di recente, nel 1999, è uscito un libro di Jan Dirk

□

⁶¹⁷) Così si spiega il Dalla Massara: ‘Al di là della denominazione che nello specifico avrebbe potuto assumere, in effetti, mi pare che l’eccezione in discussione fosse chiamata a svolgere un ruolo del tutto analogo a quello dell’*exceptio litis dividuae*: si trattava infatti di indurre l’attore a tener un certo comportamento, ossia a non frazionare la domanda che avesse fondamento della – sic – medesima situazione sostanziale (pena la soccombenza nel giudizio, in ordine alla successiva domanda parziale, radicata nell’anno di carica della medesima pretura)’ (T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale*, cit., p. 121).

⁶¹⁸) In generale, v. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II², cit., p. 494 ss., F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze (trad. it.), 1968, p. 190, in cui si ricorda anche la pretura del 106 o 107 d.C. e l’assunzione della carica di governatore della Tracia prima del 114 d.C., M. SCHANZ-C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, II⁴, München, 1959, p. 761, dove si legge che ‘als Jurist steht er außerordentlich hoch’, M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*², Göttingen, 1967, p. 189 (=ID., *Storia del diritto romano*, trad. it., Milano, 1981, p. 204-205), che lo definisce una ‘temperamentvolle Persönlichkeit von ausgeprägter Originalität’, M. AVENARIUS, *Der Pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen, 2005, p. 91, W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*⁶, Köln-Wien, 1972 = ID., *Linee di storia giuridica romana*, Napoli, 1973, p. 159 (in cui si parla di Celso come di ‘un uomo di particolare intelligenza e acume’), G. GILIBERTI, *Elementi di storia del diritto romano*², Torino, 1997, p. 264, secondo il quale il giurista compì studi retorici e fu forse allievo di Quintiliano, R. A. BAUMAN, *Lawyers and Politics in the early Roman Empire*, cit., p. 221 ss.

⁶¹⁹) H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in «ANRW.», II, 15, 1976, p. 382 ss.

⁶²⁰) BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II², cit., p. 495.

Harke, volto a illuminare i complessi profili della produzione scientifica del famoso contemporaneo e principale ‘Gegner’ di Salvo Giuliano⁶²¹.

Anche solo a voler ridurre il discorso ai passi attribuibili a Celso raccolti in *Digesta* 47.2, stupisce la varietà degli angoli visuali sotto cui è riguardato il *furtum*, e desta la nostra attenzione il denso e complesso sostrato di rimandi e interrelazioni con più complesse problematiche; in una rapida carrellata, possiamo qui ricordare il ‘*parvique referre*’ di D. 47.2.7.3, D. 47.2.25 pr., che tocca il tema della *condictio ex causa furtiva*, D. 47.2.43.10⁶²² oltre al fondamentale e problematico D. 47.2.68.2, relativo al furto di uno schiavo che diventa adolescente presso il ladro, con accrescimento ulteriore del pregiudizio economico sofferto dal derubato.

Qui vorrei solo ricordare l’importante presa di posizione tratta dal dodicesimo libro *Digestorum*, in cui Celso nega che la sola ‘*infitiatio depositi*’ possa di per sé sola integrare un’ipotesi di furto.

D. 47.2.68 pr. (Cels. 12 Dig.): *Infitiando depositum nemo facit furtum; nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est. Sed si possessionem eius adpiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec refert, in digito habeat anulum, an dactyliotheca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit*⁶²³.

Nessuno, si dice, può commettere furto per il solo fatto di negare il deposito, perché la semplice negazione, pur avvicinandosi al furto (*‘prope furtum est’*), non lo è concretamente. Intervenendo tuttavia una *interversio*, per cui il depositario cambia *animus* e comincia a possedere la cosa come propria, il *furtum* è realizzato. E non importa, soggiunge Celso, che il soggetto abbia al

□

⁶²¹) J. D. HARKE, *Argumenta iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassisches Juristen*, cit., p. 11 ss.

⁶²²) V. D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 60 e 62 nt. 16.

⁶²³) Cfr. per tutti Á. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, cit., pp. 52 nt. 132 e 143 nt. 444.

dito o nel suo scrigno l'anello dato in deposito, perché ciò che conta è la sua volontà di *destinare pro suo* l'anello stesso.

In questa presa di posizione si considera, in modo netto, l'importanza dello stato psicologico, che diventa ormai punto di valutazione obbligato al di là di un fatto oggettivo astrattamente configurabile come furto. L'*interversio possessionis* sarà allora richiesta per qualificare il fatto come delitto.

12. Sesto Pomponio e la teorizzazione delle varie forme di responsabilità oggettiva. L'ammissibilità del furto putativo e il furtum ope consilioque factum come delitto aggravato dall'evento.

I momenti più salienti di elaborazione pomponiana sul furto si sono concretati a livello generale in un *trend* di tendenziale disfavore giuridico (di segno penale-privato) attribuito a tutte le condotte che, benché non propriamente assistite dal dolo, abbiano determinato un ingiusto decremento dei valori patrimoniali di spettanza della vittima.

In Pomponio⁶²⁴ c'è sì un riguardo assiologico per il rilievo del dolo, e quindi dell'elemento soggettivo, ma la sua considerazione non è stata per nulla funzionale al restringimento dell'area di penale rilevanza delle fattispecie sottoposte ai suoi sforzi attenzionali, essendo anzi servita, all'esito di complessi percorsi interpretativi, a rinfoltire il novero delle condotte sanzionabili come furto.

E' noto che il giurista ammetteva il furto nella forma putativa, e cioè l'apprensione furtiva di una cosa nella supposizione erronea che tale apprensione non potesse essere consentita dal *dominus*, in realtà – e su un piano oggettivo – perfettamente assenziente rispetto alla sua sottrazione,

□
⁶²⁴) Sulla collocazione del giurista in dinamiche di dialettica giurisprudenziale di lungo corso, cfr. H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, cit., p. clxxi e ss., TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*³, cit., pp. 127-128, A. DUCK, *Über Gebrauch und Geltung des ius civile der Römer*, Göttingen, 1993, p. 40 e H.

marcando in termini quasi plastici la scissura ermeneutica con i placidi assunti giurisprudenziali dell'età dei Severi, e di Ulpiano in particolare.

D. 47.2.46.8 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti acto sit. Et ait Pomponius, furtum me facere; verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus*⁶²⁵.

In altra occasione, la necessità di una globale e indifferenziata ricerca del dolo di appropriazione, dovrà necessariamente importare per Pomponio una sorta di 'principio di indifferenza' per la colleganza tra fatto e relativo proposito attuativo: così, se si è rubato un sacco di monete con l'intenzione di portare via il denaro, l'elemento soggettivo si espanderà fino al punto da abbracciare un oggetto come il sacco, ragionevolmente non avuto di mira secondo i normali svolgimenti di un'azione così caratterizzata.

D. 47.2.78(77) (Pomp. 13 *ex var. lect.*): *Qui saccum habentem pecuniam subripuit, furti etiam sacci nomine tenetur, quamvis non sit ei animus sacci subripiendi*⁶²⁶.

□

BELLEN, *Grundzüge der römischen Geschichte. Die Kaiserzeit von Augustus bis Diocletian*, Darmstadt, 1998, p. 128.

⁶²⁵) Cfr. D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 60 ('in qua lege tamen Pomponius in alia versatus fuit sententia creditque eum furem esse, sed Ulpianus hoc negat, vel saltem furti actionem adversus eum institui non posse monet'), J. BARON, *Pandekten*⁹, cit., p. 570 nt. 16, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 136, GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e di complicità*, cit., p. 794, F. MUSUMECI, *Vicenda storica del 'tignum iunctum'*, cit., pp. 248 nt. 140 e 250 nt. 142, T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., pp. 54 nt. 81 e 55 nt. 88, O. MILELLA, *Il consenso*, cit., p. 404 ss. con letteratura in nt. 48, S. RICCOBONO, *Lecture londinesi (Maggio 1924)*, cit., p. 99 nt. 155 e P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 162 nt. 163 e 199 nt. 103.

⁶²⁶) Su questo passo v. C. WILDVOGEL, *Disputatio inauguralis iuridica de furtis impropriis*, cit., pp. 5 e 38, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 133 e A. PETRUCCI,

Non si può di certo sostenere una preterizione pomponiana dei dati di pertinenza della sfera psichica, e tale dato permette di soppesare *cognita causa* un'ulteriore concezione particolarmente venata di severità: se si causa, senza intenzione di appropriazione e tanto meno senza appropriazione naturalistica, la dispersione di un oggetto (nei casi più frequenti, allontanamento di uno schiavo o di un animale, perché il fatto deve lasciare aperta la possibilità di ulteriori vicende) si risponderà a titolo oggettivo di furto qualora un terzo soggetto si sia poi impossessato della *res* dispersa. A titolo oggettivo perché l'incauto soggetto autore della dispersione non è complice del terzo (in tal caso la responsabilità per *furtum* sarebbe stata evidente), ma ciononostante viene qualificato, *ipso facto*, come coautore di un *furtum ope consilioque factum*.

Ancora una volta il divario appreso nelle fonti si cala in un contesto in cui è Ulpiano a restituire lo stato attuale della scienza giuridica in materia, ricordando in coda il diverso pensiero nutrito dal giurista antoniniano.

D. 47.2.36 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Qui servum persuasit, ut fugeret, fur non est; enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit, non magis, quam si ei persuasit, ut se praecipitet, aut manus sibi inferat; haec enim furti non admittunt actionem. Sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is, qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit. Plus Pomponius scripsit, eum, qui persuasit, quamvis interim furti non tenetur, tunc tamen incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio eius furtum factum*⁶²⁷.

□

'*Mensam exercere*'. *Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec. a.C.-metà del III sec. d.C.)*, Napoli, 1991, p. 255 nt. 9

⁶²⁷) Sullo specifico argomento, v. L. DEBRAY, *Pétrone et le droit privé romain*, cit., p. 139 nt. 2, A. A. SCHILLER, *Trade secrets and the Roman Law*, cit., p. 96, E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal des furtum*, cit., p. 120, B. ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 173, GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e di complicità*, cit., p. 790 ss., probabilmente il contributo più importante sul brano, H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht*, cit., p. 47 nt. 335, Á. MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, cit., p. 487 nt. 1512, J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im römischen Recht*, cit., p. 47 nt. 18, B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su*

Risulta chiaro che Pomponio non ha trattato il caso del soggetto che *persuasit, ut alius subriperet*, ma di colui che, inizialmente non responsabile, comincerà ad esserlo per il solo fatto che l'atteggiamento di per sé 'neutro' precedentemente posto in essere ha poi permesso il furto da parte di un terzo: sarà per esempio oggettivamente corresponsabile un custode che non abbia rinchiuso al sicuro tutti gli attrezzi da lavoro, qualora poi succeda che un terzo abbia profittato di quella mancanza di doveri cautelari e abbia commesso furto anche soltanto su uno di essi. Complessivamente, se si istiga un servo a fuggire o gli si indica la strada per la fuga, per Ulpiano ma anche per Marciano⁶²⁸, non si risponde per ciò solo di *furtum*, e tale responsabilità potrà semmai originarsi col concerto di un terzo; ma per Pomponio si comincerà a rispondere per il semplice fatto che qualcuno abbia cominciato a essere ladro del *servus fugitivus*.

Lo stesso ordine di idee è rifranto nelle considerazioni svolte in un noto passo di Pomponio del Commentario *ad Sabinum*.

D. 47.2.37 (Pomp. 19 *ad Sab.*): *Si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus sis, quoad is periit, agere tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit*⁶²⁹.

□
istigazione e complicità, cit., p. 228 ss., A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², cit., p. 985 nt. 88.3, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., soprattutto pp. 123 nt. 9 e ss., ma anche pp. 98 nt. 390, 131-132, 147 nt. 103, 188 nt. 50 e 53, 220, G. KLINGENBERG, in *CRRS, Teil X. Juristisch speziell definierte Sklavengruppen. 6: servus fugitivus*, cit., pp. 130-131, 136, 155 e 193, D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, cit., pp. 124, 139, 143, 154, 159, 162 e 176.

⁶²⁸) D. 47.2.63(62): *Furtum non committit, qui fugitivo iter monstravit*. Per la contestualizzazione, si v. E. SCHEPSES, *Über Heimlichkeit als Tatbestandsmerkmal*, cit., pp. 121 e soprattutto p. 128 nt. 104, oltre a P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 239 nt. 243.

⁶²⁹) L'argomentazione di C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., p. 115, mi sembra una sovrapposizione estranea al pensiero del giurista. Sul passo si vedano inoltre A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 54, P. HUVELIN, *L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol*, cit., p. 94, per cui 'l'homme qui a poursuivi le paon apprivoisé a commis un *furtum* sans animus lucri faciendi, soit au titre d'auteur

Per Pomponio non si risponde di furto concorsuale inseguendo l'altrui pavone addomesticato fino al punto da causarne la dispersione, e quindi il *perire* non è inteso come allusione predicativa alla presenza di un *pactum sceleris* tra due soggetti – come invece ritenuto da non pochi interpreti di D. 47.2.67(66).2 – perché se così fosse verrebbe precluso ogni ulteriore ragionamento e sarebbe *ex necessitate* asseverata la responsabilità per *furtum ope consilioque factum*. Si dice invece che sarà possibile una soggezione all'*actio furti* 'ad orologeria', quando un *aliquis* abbia cominciato a disporre ingiustamente dell'animale decorativo.

□

principale (si le mot sita...*si aliquis – coeperit* proviennent, comme je suis porté à le croire, d'une addition récente), soit au titre de complice (si ces mots figuraient dans le *responsum* original rapporté par Pomponius)', B. ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 51 ss., senza ricollegare al pensiero di Pomponio la parte del brano relativa alla correttezza nel fatto di furto; così facendo, al di fuori di una veduta d'insieme dei luoghi riguardanti la complicità, giunge perfino a concludere che 'la combinazione attuale del testo derivi da un'interpolazione giustiniana', responsabile di aver 'insidiosamente fuso il parere di Sabino con quello di Pomponio', GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e di complicità*, cit., p. 804, D. FLORIA HIDALGO, *La casuistica*, cit., p. 141, V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad*, cit., p. 42 e B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, cit., p. 206, M. RAINER, J. FILIP-FRÖSCHL, *Texte zum Römischen Recht*, cit., p. 230, e ancora J. FILIP-FRÖSCHL, *Cervi, qui in silvas ire et redire solent*, cit., p. 205 nt. 37, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 26 nt. 77 e ss., 130 nt. 29, 145 nt. 94 e 146 nt. 98, D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, cit., pp. 114, 139, 206 e 228. Si è sostenuto che la frase finale del '*si aliquis*' non possa che considerarsi come un'aggiunta, anche malaccorta, ma D. FLORIA HIDALGO, *La casuistica*, cit., p. 111 ha osservato giustamente che 'nada prueba que esta frase esté interpolada (contro l'ivi citata opinione di G. LONGO, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, in «Studi De Francisci», III, cit., p. 365). Anche per Siegmund Schlossmann è stato possibile diagnosticare la genuinità del passo, che chiaramente si presta a essere visto come revisione polemica dell'angolo prospettico sposato dai giuristi più antichi, per i quali costituiva furto anche la semplice dispersione di una cosa senza intenzione appropriativa e senza doloso concerto con terzi (si pensi solo al caso discusso da Plauzio della temeraria chiamata in giudizio di un mulattiere, per il solo gusto di fargli perdere gli animali sotto la sua custodia). In verità, secondo una più matura ottica, ben rappresentata qui da Pomponio, non è più possibile riconoscere un furto per il mero fatto che qualcuno abbia fatto sfuggire un animale – nella specie, un pavone addomesticato – 'aus dem Gewahrsam seines Herrn', ma è necessario provare che 'sein Cadaver in den Besitz eines anderen gelangt ist', e che quindi ci sia stata una cosciente agevolazione strumentale alla sottrazione da parte di un terzo (così, esattamente, S. SCHLOSSMANN, *Zur Erklärung*, cit., p. 208).

I passi riportati ci consentono di trarre un'importante conclusione: ancora nel II sec. d.C. il *furtum ope consilioque factum* era un delitto aggravato dall'evento individuato come *posterius*, per cui si rispondeva oggettivamente soltanto che un terzo si fosse poi impadronito della cosa; soltanto con i giuristi severiani, quasi un secolo più tardi, emergerà la necessità di verificare un *quid* soggettivo in grado di ricoprire, anche solo in termini probabilistici (oggi parleremmo di dolo eventuale) pure il successivo fatto oggettivo per l'innanzi ascritto invece con un rigido automatismo.

Viene in considerazione, innanzitutto, il passo in cui Ulpiano considera ladro soltanto colui che ha posto in essere un'azione, in vista dell'attivarsi successivo di un complice, e in nessun altro caso.

D. 47.2.52.13 (Ulp. 37 ad Ed.): *Si quis de manu alicuius nummos aureos vel argenteos, vel aliam rem excusserit, ita furti tenetur, si ideo fecit, ut alius tolleret, isque sustulerit*⁶³⁰.

Ad essere ancora più chiaro è Paolo, laddove afferma che quando si scassina una porta soltanto per violare un domicilio, se poi dei terzi hanno colto l'occasione per rubare nella casa ormai resa 'vulnerabile', non si risponde per *furtum ope consilioque factum*, essendo necessarie la coscienza e volontà specifiche ('*voluntas et propositum*') anche di quell'ulteriore fatto. Il *gap*

□
⁶³⁰) Si vedano in proposito V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad*, cit., p. 36, D. G. VAN DER KEESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p. 74 nt. 28 e D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, cit., pp. 123, 140 e 143. Anche in questo passo risulta chiaro un principio: chi ha scosso dalle mani di un altro del denaro, e questo è andato perduto, non può essere chiamato a rispondere *ipso facto* di furto. Ma in questo caso, avendo un primo soggetto scosso il denaro perché un altro lo sottraesse, si ravvisano senz'altro gli estremi del *furtum ope consilioque factum* (così S. SCHLOSMANN, *Zur Erklärung*, cit., p. 209, in cui opportunamente si paragona D. 47.2.52.13 al testo relativo al famoso caso del mulattiere intempestivamente chiamato in giudizio, per rammentare ulteriormente la differenza di vedute tra i giuristi chiamati alla discussione delle fattispecie: nel caso del mulattiere il primo soggetto non ha agito per avvantaggiare un terzo – 'und jedenfalls hat der Erstere nicht gehandelt, um dem Letzteren zu ermöglichen' – mentre un simile dolo specifico può senza dubbio diagnosticarsi nel caso qui attenzionato relativo a un *quivis* che *nummos excusserit*).

rispetto alle assunzioni metodologiche pomponiane non potrebbe risultare più marcato:

D. 47.2.53 pr. (Paul. 39 *ad Ed.*): *Qui iniuriae causa ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti; nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit*⁶³¹.

In epoca adrianea, la teorizzazione pomponiana non era isolata, ma rispondeva a un pensiero diffuso, perché anche Celso aveva espresso la convinzione che si rispondesse per furto non soltanto, compiendo un antefatto affinché altri rubasse, ma appunto per quello stesso antefatto, originato dai motivi più disparati: per esempio, quando si fosse causata la dispersione di un oggetto per pura inimicizia o per semplice malanimo.

D. 47.2.50.1: *Ope consilio furtum factum Celsus ait, non solum si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed etsi non ut socii furarentur, inimicitarum tamen causa fecerit*⁶³².

Al di fuori della problematica concorsuale, risulta un'altra importante presa di posizione da parte di Pomponio, quella conservata in D. 41.1.44.

□

⁶³¹) Sul passo cfr. per tutti P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 186 nt. 39 e 42, 187 nt. 43 e 229 nt. 204.

⁶³²) Cfr. A. ROSENBERGER, *Über das furtum*, cit., p. 57, CH. APPLETON, *Le trésor*, cit., p. 18, A. A. SCHILLER, *Trade secrets and the Roman Law*, cit., p. 94, L. CHEVAILLER, *Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain*, cit., p. 243 nt. 175, J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., p. 25, GIANN. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali*, cit., p. 809, V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad*, cit., p. 30, D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., pp. 50 e 82 ('ubi dicitur ope consilio furtum factum non solum si id ideo factum ut socii furarentur, sed inimicitarum causa'), cui adde P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 112, 141 nt. 75, 230 e 231, D. BOCK, *Römischrechtliche Ausgangspunkte der strafrechtlichen Beteiligungslehre*, cit., pp. 117, 144-145.

D. 41.1.44 (Ulp. 19 *ad Ed.*): *Pomponius tractat: cum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit aut canes extorserunt: et cum pastor meus peteret porcos, quaerebatur, utrum eius facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant: nam genere quodam venandi id erant nauti. Cogitabat tamen, quemadmodum terra marique capta, cum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse qui ceperunt, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis set terrestribus desinant nostra esse, cum effugerunt bestiae nostram persecutionem. Quis denique manere nostrum dicit, quod avis transvolans ex area aut ex agro nostro trantulit aut quod nobis eripuit? Si igitur desinit, si fuerit orae bestiae liberatum, occupantis erit, quemadmodum piscis vel aper vel avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit. Sed putat potius nostrum manere tamdiu, quamdiu recipari possit: licet in avibus et piscibus et feris verum sit quod scribit. Idem ait, etsi naufragio quid amissum sit, non statim nostrum esse desinere: denique quadruplo teneri eum qui rapuit. Et sane melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est. Si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem: licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc persecutus sit, tamen cum reposcenti non reddit, suppressere et intercipere videtur. Quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror et vindicari exhibitos ab eo porcos posse*⁶³³.

□
⁶³³) Egesi del testo in R. LAMBERTINI, 'Erepta a bestiis' e occupazione, in «Labeo», 30, 1984, p. 192 ss. Per ulteriori riferimenti, cfr. H. NIEDERLÄNDER, *rec.* a F. M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, cit., p. 488 nt. 14, B. ALBANESE, *La nozione II*, cit., p. 250 ss., D. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, cit., pp. 153 e 164, D. HUGHES, 'Furtum ferarum bestiarum', in «The Irish Jurist», 9, 1974, p. 184, H. HAUSMANINGER, *Casebook zum römischen Sachenrecht*², cit., pp. 136-137, G. MCLEOD, *Wild and Tame Animals and Birds in Roman Law*, in «New perspectives in the roman law of property. Essays for Barry Nicholas», Oxford, 1989, p. 169 nt. 1, D. FLORIA HIDALGO, *La casuistica*, cit., pp. 148-149, D. MANTOVANI, *Il giurista, il retore e le api*, cit., p. 329 nt. 24.

Il caso solleva problematiche non comuni, presentando una molteplicità di riflessioni tutte certamente non cursorie o esornative in chiave di soluzione pratica da fornire nella singola fattispecie.

Renzo Lambertini, che si è accinto a considerare *ex professo* questa testimonianza, ha preliminarmente ritenuto opportuno vagliarne la genuinità, anche in considerazione dell'andamento fin troppo articolato dell'esposizione ulpiana; ma da questo punto di vista quella che sembrerebbe costituire la maggiore menda – ricchezza di particolari estravaganti, ridondanza argomentativa – potrebbe perfettamente conciliarsi con una restituzione di dibattiti realmente svoltisi non su di una simulazione casistica, ma su un caso pratico realmente avvenuto e non partorito dalla mera fantasia dei giuristi⁶³⁴.

13. Paolo sul furto tentato.

La tradizione assegna a Paolo⁶³⁵ alcune notevoli puntualizzazioni sul tentativo di furto. Come è noto il tentativo designa una serie più o meno complessa di atti 'preparatori' e 'di esecuzione' di un proposito criminoso, quando quegli stessi atti non siano poi sfociati nella vera e propria consumazione del reato: *cogitare, agere sed non perficere*⁶³⁶, si dice ripetendo una formula ormai tralatizia.

□

⁶³⁴) R. LAMBERTINI, *'Erepta a bestiis'*, cit., p. 193-194: 'Certo è innegabile un'aura vagamente favolistica – ricordo *per incidens* che, tra l'altro, una *fabula* del già citato Fedro ha come protagonista un lupo che vuol ghermire dei porcellini – e che si indulge alquanto nei particolari; ma è pure vero che ciò può deporre proprio per la realtà dell'accadimento narrato, e d'altro canto non escluderei che il giurista possa talvolta concedersi un piccolissimo svago: il tema si presta anche al divertissement, e pure il misurato Pomponio può averne in qualche misura subito il contagio'.

⁶³⁵) Su Paolo si veda per tutti H. J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, cit., cci e ss.

⁶³⁶) Sul tentativo in generale nel diritto penale romano si leggano W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer*, cit., p. 310, H. SEEGER, *Eine Abhandlung über den Versuch der Verbrechen nach römischem Recht*, Tübingen, 1879, GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., p. 95 ss. e il fondamentale SPERANDIO, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo*, cit., *passim*.

Come risaputo, in diritto romano era totalmente assente un'autonoma configurazione del tentativo⁶³⁷, ma le non poco intense esigenze punitive furono comunque in grado di partorire gli accorgimenti più opportuni per stringere le maglie della rete repressiva. Sembra anzi che sia stata funzionale alla repressione del tentativo l'introduzione nel lessico giuridico del termine tecnico '*contrectatio*' con ruolo descrittivo della condotta incriminata, a quel che pare passibile di più estensive applicazioni⁶³⁸.

Per l'epoca più antica questi accorgimenti potevano invece condurre all'adozione di soluzioni apparentemente rigide, se non addirittura draconiane. Si pensi al caso, già descritto, del furto di una parte ricondotto sotto l'aspetto nomologico al furto del tutto. Oggi, in certi casi 'limite' (si pensi al furto di alcuni acini d'uva) si potrebbe parlare, sulla scorta degli insegnamenti di Marcello Gallo, di 'impossibilità dell'evento dannoso per inidoneità dell'azione' (reato impossibile, art. 49 cpv. cod. pen. italiano), ma nell'ottica dei Romani non esistevano possibilità intermedie tra l'accertamento di un furto consumato e la mera rilevazione di un fatto non considerabile come tale.

Maggiormente orientati a punire anche le minime condotte antisociali, i giuristi ritenevano spesso e volentieri che per certi oggetti e manufatti, aventi natura e destinazione economica particolari, l'attingimento di una *pars rei* avrebbe potuto compromettere e pregiudicare la completa utilizzabilità o fruibilità del tutto, rendendo così necessitata la soluzione propendente per l'incriminazione di un furto della *tota res*.

Chi scende nella mia cantina e inizia a sorseggiare il vino da alcune bottiglie, potrebbe, è vero, essere ritenuto ladro delle sole bottiglie aperte: ma in realtà - così almeno dovevano ragionare giuristi come Trebazio e Ofilio - l'aggressione si è esteriorizzata generalmente sul 'vino custodito in cantina';

□

⁶³⁷) SPERANDIO, *Dolus pro facto*, cit., p. 2 nt. 3.

⁶³⁸) E' questo il giudizio di O. F. ROBINSON, *The Criminal Law of ancient Rome*, Baltimore, 1995, p. 25 ('The doctrine of *contrectatio* (dishonest meddling) could be used to penalize attempted theft'), anche se l'intuizione risale al MOMMSEN, *Römisches*

ancora, chi apre una bottiglia di particolare pregio soltanto per assaggiarne il contenuto, ‘naturalisticamente’ potrebbe addirittura non ‘appropriarsi’ di alcunché, ma è come se causasse al proprietario della bottiglia la sua perdita totale, per motivi agevolmente comprensibili da chiunque.

Furto sì o furto no? Essendo questa l’alternativa ‘secca’, e non essendo contemplata dall’ordinamento la forma tentata del delitto, va da sé che la scelta sanzionatrice si sarebbe il più delle volte imposta nella più totale naturalezza.

Questo punto di vista, che è alla base di decisioni come quella contenuta in D. 47.2.21 pr., è stato completamente abbandonato, a quel che pare, soltanto sullo scorcio dei primi anni del III sec. d. C., benché – secondo quanto tradizionalmente si afferma – il processo di delimitazione della figura del furto fosse già iniziato negli ultimi anni della Repubblica, a causa dell’introduzione di nuovi illeciti prima ricadenti nell’alveo sostanziale del *furtum*.

L’*overruling* può essere essenzialmente colto in due passi di Paolo, D. 47.2.21.7 e D. 47.2.22.1, cui deve essere accostato anche il testo delle *Pauli Sententiae*⁶³⁹ (P.S. 2.31.35⁶⁴⁰) sempre relativo alle stesse problematiche. Sufficiente si rivela già la sola analisi di quello che, tra i passi del Digesto, è forse quello più conosciuto e discusso.

□

Strafrecht, cit., p. 735: ‘Das Recht den Versuch des Diebstahls nicht als solchen bestraft und daher der Moment der Consummation zweckmässig anticipiert wird’.

⁶³⁹) Intorno ad alcuni aspetti relativi al giurista e alle cosiddette *Pauli Sententiae*, in un lavoro in cui si è indagata *praecipue* la *superstitio* romana, vedi M. T. FÖGEN, *Die Enteignung der Wahrsager. Studien zum kaiserlichen Wissenmonopol in der Spätantike*, Frankfurt am Main, 1993, pp. 74-79.

⁶⁴⁰) Su cui D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones*, I, cit., p.46 nt. 4, J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., p. 7 e soprattutto P. GARBARINO, *Un’ipotesi di lettura di D. 47.10.23 (Paul. 4 ad ed.)*. *Brevi note a proposito di in ius vocatio e presunta violazione di domicilio*, in «Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio», cit., p. 232 nt. 8, che rinviene nel testo delle *Sententiae* traccia di un pensiero verosimilmente già proprio del giurista repubblicano Ofilio, cui Paolo aderisce in non pochi altri *loca*.

D. 47.2.21.7 (Paul. 40 ad Sab.): *Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo? Qua actione tenebitur? Utique iniuriarum: aut de vi accusabitur, si per vim introivit*⁶⁴¹.

Ha rilevato esattamente il Licandro che il luogo, riguardante ‘il tentativo di furto non realizzato’⁶⁴², si pone come importante testimonianza per ricostruire gli elementi di pratica discriminazione tra diverse figure di illeciti, e

□
⁶⁴¹) Il luogo ha costituito la tappa di una riflessione non marginale per diversi autori: D. G. VAN DER KESSEL, *Praelectiones in libros XLVII et XLVIII Digestorum exhibentes jurisprudentiam criminalem ad usum fori batavi applicatam*, I, cit., p. 8, dove si riconosce una applicazione del principio per cui ‘si vero conatus remotus consistat in actu per se illicito qui ipse in aliquod delictum incidit, hujus delicti poena reus est coercendus’, e quindi nel caso di specie pur non essendoci furto sussisterà un autonomo spazio di punibilità se gli atti precedentemente commessi costituiscono in se un delitto, TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 743 nt. 1, J. M. POLAK, *The Roman conception of the inviolability of the house*, in «Symbolae Van Oven», Leiden, 1946, pp. 262-263, B. ALBANESE, *La nozione I*, cit., p. 153, J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, cit., p. 8, G. CRIFÒ, *Ricerche sull'exilium. L'origine dell'istituto e gli elementi della sua evoluzione*, in «Studi in onore di Emilio Betti», II, cit., p. 258 nt. 88, C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit., p. 102 nt. 4, J. C. GENIN, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain (contribution à l'étude de la subjectivité répressive à Rome)*, Lyon, 1968, p. 82 ss., che individua nel testo una fattispecie di delitto tentato, F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien-Köln-Graz, 1969, p. 154 ss., R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurenklage* in «ZSS.», 91, 1974, p. 357 ss., F. MUSUMECI, *Vicenda storica del 'tignum iunctum'*, cit., p. 249 nt. 141, J. SANTA CRUZ TEJJEIRO, *La iniuria en derecho romano*, in «Revista de derecho privado», 1980, pp. 347 ss. e 352, poi edito in «Studi in onore di Cesare Sanfilippo», II, Milano, cit., pp. 533 e 538, M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui. Contributo allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padova, 1983, pp. 185 nt. 165-166, 188 nt. 173 e 190 nt. 74, dove si ritiene che l'ipotesi contemplata non sia da ritenere un tentativo di furto, peraltro, nella specie, aggravato dall'effrazione, dovendosi più pianamente ‘parlare di un *crimen extraordinarium* autonomo che consiste precisamente nella violazione di domicilio, che viene represso variamente a seconda delle modalità dell'esecuzione e delle conseguenze e che può venire riguardato, sotto l'aspetto classificatorio o comunque nella sua assimilazione ad altri reati, in maniera varia da parte dell'interprete’, D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Afrika mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin, 1993, pp. 65 e 156, A. GUZMAN BRITO, *Derecho privado Romano*, II, cit., p. 243-244, M. HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln-Weimar-Wien, 1998, p. 108 ss., SPERANDIO, *Dolus pro facto*, cit., p. 20 ss., O. LICANDRO, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino, 2004, p. 440 nt. 128 e anche P. GARBARINO, *Un'ipotesi di lettura di D. 47.10.23 (Paul. 4 ad Ed.)*, cit., pp. 232 nt. 8 e 240 nt. 23 e P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., p. 190 nt. 60.

⁶⁴²) LICANDRO, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, cit., ibidem.

segnatamente il *furtum*, l'*iniuria* e il *domum vi introire* rimandante a una delle tre diverse condotte tipizzate in una *lex Cornelia de iniuriis* (le altre consistevano nel *pulsare* e *verberare*) di incerta datazione⁶⁴³.

Sempre secondo il Licandro, indipendentemente dalla '*furandi causa*' che abbia potuto motivare il soggetto introdottosi in un'abitazione altrui, si potrebbe riconoscere nella serie di atti già posti in essere o una *iniuria* (in caso di mancanza di veri e propri atti violenti) o un *crimen vis* (quando, evidentemente, quegli stessi atti siano stati realizzati dall'agente⁶⁴⁴).

Quel che più conta, però, è che l'ingresso *furti faciendi causa* non può essere ulteriormente represso come *furtum*, perché in tal caso troveranno applicazione apposite azioni penali, in grado di coprire interamente il disvalore dell'ingresso illecito nell'altrui domicilio.

□

⁶⁴³) Su questa *lex Cornelia* e sulle condotte incriminate cfr. J. ERMANN, *Strafprozeß, öffentliches Interesse und private Strafverfolgung. Untersuchungen zum Strafrecht der römischen Republik*, cit., p. 78 ss.

⁶⁴⁴) LICANDRO, *Domicilium habere*, cit., ibidem, ha argomentato che l'intera vicenda 'poteva essere perseguita a prescindere dall'*animus furandi* come *iniuria* o come *vis* a seconda del ricorso o meno ad atti violenti dell'agente. Il che ci permette di trovare ulteriore conforto a quanto si è detto circa la concezione della violazione del domicilio e il suo inquadramento normativo nell'*iniuria* o nella *vis* in base alle modalità della sua realizzazione'.