

Prof. dr Giovanni Brandi Cordasco Salmena

Già Docente di Diritto Romano Ellenistico presso l'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo" - Dipartimento di Scienze Giuridiche (Collegio dei Dottori 1506); Docente di Diritto Romano Cristiano presso la Libera Università di Pistoia "San Gregorio Magno" - Facoltà Teologica (Corsi di Licenza Teologica); variamente incaricato per il diritto antico anche come Visitor Professor a Ginevra, Cuneo, Sarajevo East e Durazzo.

**NOXA, PAUPERIES E MAGIA NELLA
LEGISLAZIONE DECEMVIRALE: CONDANNE
DI FALSA NOSSALITÀ IN ORDINE ALLA
DIFFERENTE CONFIGURAZIONE DELLA
RESPONSABILITÀ DEL *PATER* PER IL DANNO
PROVOCATO DAL SOTTOPOSTO RISPETTO A
QUELLO DELL'ANIMALE**

Già la legislazione delle XII Tavole consacrò, nel corso di una difficile evoluzione degli atti illeciti, mezzi di tutela in caso di responsabilità del pater per il danno causato dai suoi sottoposti o dai suoi animali nonché a difesa di alcuni illeciti "magici". Le considerazioni poste a fondamento di una diversa ricostruzione dell'abbandono nossale, rispetto a quella proposta dalla dottrina successiva al Biondi, permettono di avanzare l'ipotesi per la quale, sia il filius che lo schiavo, nel compiere un atto illecito, possano rimanere obbligati civiliter ex delicto. Ne consegue una responsabilità personale ed una condanna confortate dall'antica vendetta privata, essendo l'actio noxalis strutturata come una vindictio del colpevole. Il pater o dominus non sarà condannato sulla base di una responsabilità diretta verso il danneggiato ma in ragione del rapporto potestativo con il sottoposto. In sintesi, il capofamiglia quando vorrà assumersi le conseguenze dell'atto illecito commesso da chi ricada nella sua potestà, interverrà nel giudizio e se soccombente pagherà una somma di denaro. Viceversa, interverrà nel giudizio solo per compiere la noxae deditio. Posto questo meccanismo, l'actio de pauperie ed i mezzi che ne richiamano la disciplina si fondano sul dominium vantato dal padrone dell'animale e per il quale risponde quasi sempre in modo oggettivo. L'equiparazione tra le sanzioni (a volte addirittura gravissime) previste per il

Giovanni Brandi Cordasco Salmena, g.brandicordasco@libero.it - giovanni.brandi@uni.urb.it

danno provocato dall'animale e quelle previste dalla normale procedura nossale è solamente esteriore, operata dai compilatori sulla base di un diverso significato della noxa (ormai solo corpus quod nocuit) riferibile indifferentemente sia all'atto illecito del sottoposto che al danno dell'animale.

Parole chiave: Falsa nossalità; *Incantamenta*; Danno dell'animale; Legislazione decemvirale.

1. PREMESSA: L'“*ILLICITUM*” NEL LINGUAGGIO DELLA GIURISPRUDENZA

Suscita curiosità la presenza nelle fonti di termini diversi, con significati molto simili, per qualificare l'atto illecito come fonte delle obbligazioni: *crimen, delictum, admissum, facinus, flagitum, illicitum, maleficium, noxa, peccatum, probrum, scelus. Illicitum* vi compare sia nella forma del sostantivo (per la verità una sola volta) sia nella forma dell'avverbio o dell'aggettivo. Come sostantivo lo si rinviene in D. 1.1.1.1, nell'esordio di Ulpiano alle Istituzioni.

Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

Egli, presentando la figura del giureconsulto, annovera tra i suoi compiti quello di «coltivare la giustizia e professare la conoscenza del buono e dell'equo», «separando l'equo dall'iniquo», «distinguendo il lecito dall'illecito». Si coglie dal testo un'evidente portata penalistica non solo nello scorcio in cui è richiamata la «minaccia delle pene» ma anche a proposito dell'«incentivo dei premi» per rendere gli uomini migliori. Come avverbio o come aggettivo, invece, *illicitus* è impiegato in numerosi luoghi¹; sempre con portata giuridica. Al riguardo rilevano particolarmente due luoghi dei *libri opinionum*. In D. 1.18.6 Ulpiano discorre circa «le esazioni illecite, fatte con violenza, le vendite e le cauzioni estorte con intimidazione».

illicitas excationes et violentia factas, et extortas metu venditiones et cautiones vel sine pretii numeratione prohibeat praeses provinciae. item ne quis iniquum lucrum aut damnum sentiat, praeses provinciae provideat

e «gli incarichi illeciti diretti, con il pretesto di aiutare i militari, a ves-

¹ V. D. 1.12.1.14; D. 1.18.6 pr.; D. 8.2.13 pr.; D. 12.2.5.3; D. 13.7.11.3; D. 19.1.13.26 (= Frag. Vat. 11); D. 19.5.15; D. 22.1.20; D. 22.1.29; D. 23.2.60.6; D. 23.2.61; D. 24.1.21.1; D. 27.9.10; D. 27.11.2; D. 28.3.6.10; D. 32.11.14; D. 33.2.27; D. 34.6.1; D. 34.9.1; D. 34.9.2.2; D. 34.9.26; D. 38.16.3.5; D. 39.1.1.1; D. 39.2.13.7; D. 39.4.6; D. 39.4.9.5; D. 39.4.11.2.3; D. 39.4.16.11; D. 43.8.2.15; D. 43.16.18 pr.; D. 47.10.15.13; D. 47.11.2; D. 47.22.1 pr., 1; D. 47.22.2; D. 47.22.3pr.; D. 48.5.39(38).1,3,4,7; D. 48.10.14.1; D. 48.10.27.2; D. 48.13.8(6,1). 1(2); D. 48.18.20; D. 49.16.9; D. 50.8.2.5; Coll. 4.3.6.

sare le persone»; ed ancora, circa «le esazioni illecite, carpite con la scusa dei tributi

illicita ministeria sub praetextu adiuvantium militares viros ad concutiendos nomine procedentia prohibere et deprehensa coercere praeses provinciae curet, et sub specie tributorum illicita exactiones fieri prohibeat.

In D. 3.6.8, per condannare il comportamento di chi abbia «estorto illecitamente del denaro, allo scopo di indurre a compiere o a non compiere un’attività giuridicamente rilevante (fattispecie sanzionata dall’editto con una pena irrogata in misura proporzionale al delitto) non manca di precisare.

Si ab eo, qui innocens fuit, sub specie crimini alicuius, quod in eo probatum non est, pecuniam acceptam is cuius de ea re notio est edoctus fuerit: id quod illicite extortum est secundum edicti formam, quod de his est, qui pecuniam ut negotium facerent aut non facerent accepisse dicerentur, restitui iubeat et ei, qui id commissit, pro modo delicti poenam irroget.

Nel testo l’avverbio (*illicite*) rimarca l’antigiuridicità di una condotta, quale l’estorsione, che già di per sè è un atto illecito (come si deduce dal verbo *extorquere*), al quale il giurista si rivolge sia con il termine *crimen* che con quello di *delictum*. Ne consegue che *crimen* e *delictum* si trovino adoperati in modo indifferenziato, come se non indicassero illeciti diversi:² nonostante il primo conduca alla persecuzione pubblica mentre il secondo ad una pena privata prevista dallo *ius civile*. L’alternanza tra le due espressioni ricorre anche in altre occasioni, a riprova di una indiscussa duttilità linguistica.³ Si tratta di un’incertezza⁴ che permane anche nell’uso di vocaboli estremamente tecnici,⁵ quali sono, per l’appunto, *crimen* e *delictum* ma anche *noxa (noxia)*,⁶ e, col passare del tempo, *maleficium*.⁷

² In tal senso cfr. A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 2.1², Halle 1985 (rist. fot. Aalen 1963), 13 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* (estr. dall’*Enciclopedia del Diritto Penale*), Roma 1976, 19 e B. ALBANESE, *Illecito (storia)*, ED, XX, Milano 1970, 70. Per contro E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, in *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, 149 ss., assume una posizione molto critica, liquidando come interpolati tutti i testi che «equiparano espressamente *delictum* e *crimen*»; posizione contestata da M. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, in *SDHI* 4 (1938), 186 ss. e da G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano 1976, 7 ss. Più di recente cfr. M.F. CURSI-L. CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli 2008, con particolare riferimento al contributo di M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, 41 ss.

³ Cfr. A. PERNICE, *op. cit.*, 13 ss., parla di un andamento “ondeggante ed incerto” mentre B. ALBANESE, *op. cit.*, 69 di una “fluttuazione terminologica”.

⁴ Cfr. A. PERNICE, *op. cit.*, 11.

⁵ Cfr. G. CRIFÒ, *Illecito (Diritto romano)*, in *NNDI*, 8, Torino 1962, 160.

⁶ Cfr. G. BRANDI CORDASCO SALMENA, *L’actio iniuriarum noxalis: su alcune peculiarità della condanna nossale*, Fano 2012, 22 ss.

⁷ Sostengono l’impiego tecnico di *delictum* e *crimen* E. ALBERTARIO, *op. cit.*, 147 e E. VOLTERRA, “*Delinquere*” nelle fonti giuridiche romane, in *RISG* 5 (1930), 144 ss. In particolare per

In in D. 3.6.5 pr., il giurista aggiunge

in heredem autem competit in id quod ad eum pervenit. nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extrorqueri, licet crimina extinguantur: ut puta ob falsum vel iudici ob gratiosam sententiam datum et heredi extorquebitur et si quid aliud scelere quaesitum.

Nei testi di Ulpiano *crimen*, è adoperato insieme a *scelus* (il quale qualifica comunemente una “cattiva azione”) quando si sostiene che possa essere tolto all’erede ciò che gli sia pervenuto per effetto di un’estorsione. Poco importa che la locuzione sia tecnicamente imprecisa, com’è quella che si riferisce ad un altro gruppo di “termini generalissimi”: *peccatum*, *probrum*, *facinus*, *flagitum* e simili,⁸ accomunati da una medesima connotazione etica.⁹ Essi compaiono nelle fonti in maniera indistinta, come si evince dai riferimenti della giurisprudenza, nella quale si avvicendano vocaboli più propriamente tecnici con altri di contenuto neutro.¹⁰ Il giurista fa pure coesistere *crimen* con *facinus* in D. 48.19.5 pr.

absentem in criminibus damnari non debere divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus Traianus Adsidio Severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinquere facinus nocentis quam innocentem damnari

ALBERTARIO, *op. cit.*, 199, il termine *maleficium* assume un significato tecnico “oscuratosi soltanto nella tarda epoca”, alludendo, “come *delictum*”, all’“atto illecito generatore di *obligatio*, punito dal *ius civile* con pena privata”. Di diverso avviso sono M. LAURIA, *op. cit.*, 186 ss. e G. LONGO, *op. cit.*, 170 ss. Per U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto lecito pena e risarcimento del danno*, Milano 1957, 8 ss., il “tipo di persecuzione” è ciò che distingue gli illeciti appartenenti al campo del diritto privato (che furono detti “delicta” o meno tecnicamente “maleficia”) dai reati veri e propri, chiamati tecnicamente “crimina”. Sull’utilizzazione tecnica dei termini *noxa* e *noxia* cfr. B. ALBANESE, *op. cit.*, 69 ss., il quale ritiene che, sebbene *maleficium* e *delictum* «tendano ad applicarsi tecnicamente alla sfera degli atti illeciti penali del *ius civile*» e *crimen* a quella «degli atti illeciti penali di diritto pubblico», «nessuno di essi raggiunge, neppure in età classica, un’applicazione tecnica ed esclusiva alle rispettive sfere indicate». Per qualche rilievo più recente cfr. F. PULITANÒ, *Sull’“autonomia” del diritto penale romano. Prime considerazioni*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 11 (2018); S. GALEOTTI, *Delictum e crimen: la qualificazione dell’illecito nell’esperienza giuridica romana*, in *Legal Roots* 7 (2018), 3 ss.; L. GAROFALO (a cura di), *Crimina e delicta. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, Napoli 2019. Per un confronto con il diritto del tardo impero, rinvio per tutti a F.M. LUCREZI-G. MANCINI (a cura di), *Crimina e Delicta nel Tardo Antico, Atti del seminario di studi*, Teramo 19 - 21 gennaio 2001, Milano 2003.

⁸ Cfr. B. ALBANESE, *op. cit.*, 69.

⁹ A questo proposito cfr. A. PERNICE, *op. cit.*, 11, per il quale le parole che nel linguaggio comune «indicano e riprovano l’illecito», soprattutto sul piano morale, sono *facinus*, *flagitum*, *maleficium*, *peccatum*, *scelus*. Cfr. anche TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899 (rist. fot. Graz 1955), 9 nt. 4, che tra le espressioni “sacralen oder ethischen” annovera *scelus*, *probrum*, *flagitum*, *peccatum*, *maleficium*, *facinus*.

¹⁰ Cfr. P. CERAMI - G. PURPURA, *Profilo storico giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino 2007.

e in D. 49.7.1.5

ne quid pendente appellatione novetur. Si quis ex pluribus facinoribus condemnatus propter quaedam appellavit, propter quaedam non: utrum differenda poena eius sit an non, quaeritur. et si quidem graviora sint crimina, ob quae appellatio interposita est, levius autem id, propter quod non appellavit, recipienda est omnimodo appellatio et differenda poena: si vero gravio-rem sententiam meruit ex ea specie, ex qua non est appellatum, omnimodo poena iuponenda est.

Inoltre fa coesistere *nox*a con *facinus* in D. 43.24.11.7

Et ad noxam an ignoscitur servo, qui obtemperavit tutori aut curatori? nam ad quaedam quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his, qui vice dominorum sunt, obtemperaverint e con ulteriori varianti in D. 43.24.11.7

et ad noxam an ignoscitur servo, qui obtemperavit tutori aut curatori? nam ad quaedam, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his, qui vice domino rum sunt, obtemperaverint.

Allo stesso modo Paolo adopera *crimen e delictum* insieme a *facinus* in D. 40.9.15 pr.

Quaesitum est, an is, qui maiestatis crimine reus factus sit, manumittere possit, quoniam ante damnationem dominus est. Et imperator Antoninus Calpurnio Critoni rescripsit ex eo tempore, quo quis propter facinorum suorum cogitationem iam de poena sua certus esse poterat, multo prius conscientia delictorum, quam damnatione ius dandae libertatis eum amisisset.

e *scelus* con *flagitum* in D. 47.11.1

sollicitatores alienarum nuptiarum itemque matrimoniorum interpellatores et si effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur. Fit iniuria contra bonos mores, veluti si quis fimo corrupto aliquem perfuderit, caeno luto oblinierit, aquas spurcaverit, fistulas lacus quidve aliud ad iniuriam publicam contaminaverit: in quos graviter animadverti solet. Qui puero stuprum abducto ab eo vel corrupto comite persuaserit aut mulierem puellamve interpellaverit quidve impudicitiae gratia fecerit, donum praebuerit pertiumve, quo is persuadeat, dederit: perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur: corrupti comites summo supplicio adficiuntur.

Marciano ricorre a *maleficium* insieme con *facinus* in D. 37.10.2

Licet mulier, quae partum subiecisse dicitur, decesserit, tamen, si participes maleficii sint, in praesenti cognoscendum est. Si autem nemo sit qui puniri possit, quia omnes participes facinoris forte decesserint, secundum Carbonianum edictum in tempus pubertatis differenda cognitio est

e a *crimen* insieme con *scelus* in D. 48.21.3 pr.

Qui rei postulati vel qui in scelere deprehensi metu criminis imminenti mortem sibi consciverunt, heredem non habent. Papinianus tamen libro sexto decimo digestorum responsorum ita scripsit, ut qui rei criminis non postulati manus sibi intulerint, bona eorum fisco non vindicentur: non enim facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit. Ergo aut postulati esse debent aut in scelere deprehensi, ut, si se interfecerint, bona eorum confiscentur.

Anche Saturnino avvicenda *maleficium* a *scelus* in D. 48.19.16. 9-10

evenit, ut eadem scelera in quibusdam provinciis gravius plectantur, ut in Africa messium incensores, in Mysia vitium, ubi metalla sunt adulteratores monetae. Nonnumquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimium multis personis grassantibus exemplo opus sit.

Raramente, invece, un vocabolario più propriamente tecnico si confonde con termini quali *peccatum* e *probrum*: Ulpiano fa coesistere *crimen* e *delictum* con *peccatum* in D. 50.16.131.1

inter 'multam' autem et 'poenam' multum interest, cum poena generale sit nomen omnium delictorum coercitio, multa speciali peccati, cuius animadversio hodie pecuniaria est: poena autem non tantum pecuniaria, verum capitis et existimationis irrogari solet. Et multa quidem ex arbitrio eius venit, qui multam dicit: poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est: quin immo multa ibi dicitur, ubi specialis poena non est imposita. Item multam is dicere potest, cui iudicatio data est: magistratus solos et praesides provinciarum posse multam dicere mandatis permissum est. Poenam autem unusquisque inrogare potest, cui huius criminis sive delicti executio competit.

In D. 34.6.1. Africano riporta *probrum* nella formula avverbiale (*probrose*) in alternativa (*vel*) ad *illicite*

Filio familias vel servo herede instituto etiam si in patris dominive poenam illicite vel probrose datum est, nullius momenti legatum esse respondit: non enim id solum, quod in erede, sed omne, quod in cuiusque lucrum aliquid ex ultima voluntate sentientis talem poenam in testamento scriptum sit, nullius momenti habendum.

Comunque sia, è interessante notare, l'affinità semantica tra questi termini, i quali pur mantenendo differenze sottili, risultano quasi sinonimi. Non a caso, Ulpiano, in un passo del commentario *ad edictum*,¹¹ lega *facinus* e *scelus* con la congiunzione *vel*, utilizzandoli congiuntamente per qualificare l'illecito.

¹¹ V. D. 43.24.11.7 [...] ad quaedam, quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris.

Bisogna però rilevare come a questo atteggiamento della giurisprudenza¹² faccia eccezione Gaio,¹³ il quale non ricorre mai ad una terminologia atecnica o variegata: non utilizza *illicitus*, termine che non compare nei suoi passi raccolti nel Digesto,¹⁴ né come sostantivo né come aggettivo o avverbio; né *scelus*, *facinus*, *probrum*, *flagitum* e *peccatum*. Nelle *Institutiones* ricorre a *maleficium*. Il rilievo non è di poco momento. Volendovi prendere parte, seppure nei limiti di questa conferenza, non si può liquidare la questione alla stregua di una coincidenza. Probabilmente il giurista avrà voluto sfoltire un lessico ambiguo, in funzione della sistematica delle obbligazioni da lui proposta, incentrata sul binomio *contractus - delictum*. Da questo punto di vista il termine *maleficium* è quello che meglio degli altri si presta ad una "concettualizzazione dell'illecito".¹⁵

Molte sono le difficoltà che si incontrano quando bisogna analizzare la portata originaria dell'illecito romano; non soltanto per la divergenza di opinioni che permane in dottrina ma soprattutto per il contrasto che vizia lo stato delle fonti.

È, forse, per questa ragione che gli studiosi¹⁶ che si sono occupati del tema *ex professo*, non solo gli storici del diritto ma anche i positivisti, abbiano preferito delineare un quadro accurato delle radici giuridiche sulle quali ne riposa la prospettazione, anche nella configurazione attuale, anziché limitarsi ad una ricostruzione analitica dell'esperienza giuridica romana.

Non posso indugiare ulteriormente sulla questione, limitando ad un inciso, la fondamentale distinzione che separa in proposito l'esperienza romana da quella moderna: come osserva Albanese¹⁷ a Roma l'illiceità e l'antigiuridicità non coincidono. Il *licere* e il *non licere* attengono fondamentalmente alla sfera dei comportamenti umani (alla sfera dei comportamenti suscettibili di un giudizio di valore); a ragion veduta restano fuori dai contorni di una certa previsione i fenomeni assunti dall'ordinamento come situazioni obiettive o come eventi naturali (tali, cioè, da non essere suscetti-

¹² V. D. 17.1.50.1 di Celso; D. 49.15.2.2 di Marcello; D. 45.1.123 di Papiniano; D. 21.1.43.4; D. 47.11.1.2; D. 48.20.7.4 di Paolo; D. 48.19.16 pr., 9; D. 48.19.16.3 di Saturnino; D. 11.7.35 di Marcello; D. 34.4.31.2 di Scevola; D. 44.7.20 di Alfeno Varo; D. 12.4.15; D. 24.3.10.1 di Pomponio; D. 45.1.96 di Marcello.

¹³ Cfr. A. ARNESE, *Maleficium. Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari 2011, 28 ss.

¹⁴ Per i testi gaiani riportati nel Digesto cfr. per tutti L. LABRUNA-E. DE SIMONE-S. DI SALVO, *Lessico di Gaio*, Napoli 1985.

¹⁵ Sulla formazione del concetto di illecito cfr. B. ALBANESE, *op. cit.*, 69 ss.; C. MASI DORIA, *L'illecito e le sue sanzioni*, in *Index* 35 (2007), 219 ss.; T. DALLA MASSARA, *Quid enim municipes dolo facere possunt? Illecito del singolo e responsabilità collettiva nel diritto romano*, in *LR* 7 (2018), 168 ss.

¹⁶ Cfr. B. ALBANESE, *op. cit.*, 52 ss.

¹⁷ Cfr. B. ALBANESE, *op. cit.*, 55.

bili di un giudizio di valore).¹⁸ Autorevole dottrina¹⁹ sostiene che ai primordi della storia giuridica di Roma prevalessse una perfetta corrispondenza tra i fenomeni avvertiti come illeciti e le conseguenze afflittive. Lo dimostra il noto atteggiarsi della pena già nelle forme più antiche del processo privato: la *legis actio per sacramentum* e la *legis actio per manus iniectionem*.²⁰ I due moduli conterrebbero, chiari, i segni di un meccanismo di realizzazione del diritto privato sostanzialmente coincidente con l'idea punitiva. Si pensi ad esempio al *vindicare iniuria*: *iniuria* è la formula avverbale con cui parti contrapposte lamentano reciprocamente come illecito il comportamento processuale di cui si accusano a vicenda. Si pensi ancora alla *poena sacramenti*. È assai probabile che il *sacramentum* originariamente consistesse in qualcosa di diverso dalla semplice scommessa di una somma di denaro. Almeno due argomenti muovono in questo senso: da un lato, la coincidenza tra la radice della parola *sacramentum* e quella della terribile sanzione *sacer esto*, che espone il destinatario alla possibilità di essere *impune occisus*; da un altro lato, la circostanza che i magistrati preposti all'esazione della *summa sacramenti* fossero i *tresviri capitales*, i quali inducono a pensare ad una funzione molto più severa rispetto alla semplice esazione di una pena pecuniaria.²¹ Riflettendo sul regime della *manus iniectio*, il carattere totalmente penale della sua formulazione primitiva emerge già dal nome, certamente sintomatico di un'afflizione corporale. Quando si tratta di violazioni private che non presuppongano un accertamento in contraddittorio, la natura penale della reazione dell'ordinamento primitivo è senz'altro evidente: sino al punto di parlare a proposito della *legis actio per manus iniectionem* come di una vera e propria pena.²² Né può essere taciuto che la *manus iniectio* sia accolta nel sistema decemvirale attraverso la struttura formale di un precetto "penale". Il riferimento è a *XII tab.*, I, 2, che riporta, a proposito della *in ius vocatio* «*Si calvitur pedemve struit, manum endo iacito*». Si tratterebbe, per l'appunto, del precetto di una *legis actio per manus iniectionem* assunta come sanzione di un comportamento riprovato, confrontato con un altro precedente (*XII tab.*, I, 1 «*Si in ius vocat, ito. Ni, it, antestamino: igitur em capito*») per il quale è usata la diversa locuzione «*em capito*» onde significa-

¹⁸ Sarebbe come affermare che l'ambito dell'illecito coincida con la sfera di quelli che oggi chiamiamo atti giuridici in senso stretto, se l'ordinamento romano non obbligasse a riferire l'illecito anche ad eventi passibili di un giudizio di valore (si pensi a certi comportamenti dei servi, degli incapaci e degli animali).

¹⁹ Cfr. B. ALBANESE, *op. cit.*, 55 ss.

²⁰ Cfr. L. FRANCHINI, *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I, Padova 2012, 161-172; cfr. anche G. COPPOLA BISAZZA, *Poteri, negotia, actiones nell'esperienza romana arcaica. Cronaca Convegno Copanello 12-15 maggio 1982*, in *IURA* 33 (1982), 250-254.

²¹ Cfr. per tutti C. CASCIONE, *Tresviri Capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999.

²² Cfr. ALBANESE, *Illecito cit.* 56.

re il fatto di «mettere le mani addosso». È lecito concludere che la locuzione «*manum endo iacito*» rappresenti la pena dell'illecito.²³ L'ambito primitivo dell'illecito privato, assorbito totalmente dagli archetipi del *sacramentum* e della *manus inectio*, si è dunque formato sull'idea della pena.²⁴ L'evoluzione successiva appare invece ispirata da un sempre maggiore affievolimento della sanzione. L'introduzione dei nuovi mezzi processuali per ipotesi di illecito privato costrinse sempre più frequentemente all'accertamento in contraddittorio: la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* nella legge decemvirale e la successiva *legis actio per condictionem* si contrappongono al *sacramentum* proprio per il fatto di essere strutturalmente prive di pena. Ciò non significa che sia svanita del tutto una prospettiva di questo genere; tuttavia è innegabile che per la prima volta si compie quella piena distinzione tra processo di accertamento e procedimento afflittivo che il regime precedente ha lasciato sotteso allo schema del processo.²⁵ In funzione di una patrimonializzazione della pena, va pure segnalata l'introduzione, ampiamente rintracciabile nelle XII Tavole, di pene pecuniarie in un multiplo (generalmente nel doppio); non è semplice dimostrare che tali sanzioni pecuniarie rappresentino l'evoluzione di precedenti pene corporali; ciò nondimeno, possono essere riscontrate pene pecuniarie decemvirali che rendono conto di questa trasformazione.²⁶

La tendenza a sostituire la pena corporale con quella pecuniaria è rintracciabile, ad esempio, nel delitto di *frugem [...] aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse*,²⁷ di cui dirò da qui a breve. La legislazione decemvirale prevedeva la pena di morte per l'autore, se pubere; se impubere, invece, coesistevano la sanzione afflittiva corporale e quella patrimoniale (*praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni*). Tanto basta

²³ Il procedimento è simile a quello, di cui si ha notizia nello stesso sistema decemvirale, a proposito del *furtum manifestum luci* (*XII tab.*, VIII, 13 e 14), quando, per difendersi contro il ladro a mano armata, la pena dell'uccisione immediata poteva aver luogo solo dopo aver chiamato testimoni nella contestualità del fatto. Cfr. L. FRANCHINI, *op. cit.*, 165 ss.

²⁴ Cfr. per tutti A.M. GIOMARO, *La tipicità delle legis actiones e la nominatio causa*, Milano 1988.

²⁵ Di diverso avviso mi sembra G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz 1957, 60 ss. Di certo, si assiste ad una progressiva mitigazione della *manus iniectio* che si traduce pian piano nella possibilità di salvarsi dall'afflizione corporale mediante il pagamento di una somma di denaro. Cfr. sul punto J. Zablocki, *Procedura esecutiva nella Legge delle XII Tavole*, in (a cura di Carmela Russo Ruggeri), *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, Napoli 2010, 510-538.

²⁶ Cfr. *XII tab.*, VIII, 2: nell'ipotesi del *membrum ruptum*, la pena corporale del taglione è sostituita, eventualmente, da una composizione pecuniaria («*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*»). Questo precetto è considerato come una preziosa testimonianza del passaggio storico dall'afflizione corporale a quella patrimoniale. Testimonianza che fa presumere un analogo processo storico per altre ipotesi, come ad esempio quelle di pena pecuniaria fissa nei delitti di *os fractum* (*XII tab.*, VIII, 3) e di *uniuria* (semplice percossa: *XII tab.*, VIII, 4). Cfr. S. VIARO, *Danni punitivi e diritto romano*, in (a cura di L. Garofalo), *op. cit.*, 185-195.

²⁷ V. *XII tab.*, VIII, 9.

per riconoscere con Franchini²⁸ le tracce persuasive di una profonda modificazione della struttura e della funzione della pena già nella legge delle XII Tavole. L'evoluzione appena accennata prosegue nel diritto postdecemvirale. È nota l'abolizione del *nexum* per mezzo della *lex Poetelia Papiria*, promulgata circa un secolo dopo la codificazione decemvirale.²⁹ Lo spirito della legge è tutto nella famosa enunciazione di Livio, in quell'*aliud initium libertatis* a partire dal quale nessun debitore avrebbe più risposto dei propri debiti con il corpo ma solo con il patrimonio. Anche in altri fattori è possibile cogliere le tracce di questa generale tendenza. L'affermazione del procedimento formulare con l'introduzione della *condemnatio pecuniaria* rende l'idea della pena in termini meramente risarcitori, quale esito per una violazione di diritto privato. Si collocano nello stesso contesto altre forme tipiche nate dall'attività creatrice del pretore: la *bonorum venditio*³⁰ come strumento di esecuzione del giudicato testimonia più di altri mezzi la definitiva affermazione dell'afflizione patrimoniale su quella corporale. Ma vi è di più. Procedono nella stessa direzione le azioni penali *in factum* e l'emanazione, in una data molto prossima al II secolo a.C., della *lex Aquilia*, estranea all'opera innovatrice del pretore ma condizionata comunque profondamente dalla stessa: una coscienza ormai giuridicamente progredita tradisce a proposito del danneggiamento materiale l'intolleranza nei confronti di un concetto di pena con carattere afflittivo. Una prima riflessione è suggerita dal dato meramente formale della struttura della norma che, come è noto, accomuna ipotesi tipiche di danneggiamento materiale ed il comportamento illecito dell'*adstipulator*. Accanto a chi ritiene che l'inserimento nel medesimo quadro normativo di fattispecie diverse si spieghi con il richiamo all'uso romano delle *leges saturae* (contenenti, cioè, disposi-

²⁸ Cfr. L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole nell'età arcaica*, Milano 2005, il quale affronta il tema sempre attuale del difficile rapporto fra la norma di legge e l'uso ad essa contrario. Ciò con riferimento alla prima fase dell'esperienza giuridica romana, quando nonostante fosse entrata in vigore la codificazione decemvirale, alcuni precetti furono ben presto disapplicati dalla prassi dei consociati. Alla *consuetudo contra legem*, sembra mancare quasi sempre il requisito della spontaneità, imponendosi pratiche etero indotte dalla giurisprudenza, il cui contributo appare indispensabile ai fini della caduta in disuso di norme che dettassero la disciplina di riti solenni negoziali e processuali. Un esempio per tutti e per l'apunto legata all'*agere sacramento*. Il precetto che nell'ambito della *legis actio in rem*, imponeva alle parti di svolgere il rito del *manum conserere* davanti al magistrato, è modificato successivamente contro il dettato della legge decemvirale; modifica che non si spiega se non utilizzando l'apporto tecnico dei giuristi-pontefici, i quali per l'occasione si pronunciarono mezzo *decretum* dell'intero collegio.

²⁹ Cfr. le riflessioni sempre attuali di L. PEPE, *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano 1981.

³⁰ V. per tutti Gai 4,35. Cfr. L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in (a cura di) L. GAROFALO, *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, Padova 2011, 851-914.

zioni disparate), si pone chi³¹ scorge nella connessione, la disapprovazione sociale verso l'applicazione di una sanzione penale ad un illecito che si consuma nel danneggiamento materiale di cose altrui; da qui la collocazione del danneggiamento materiale nella stessa sede in cui si pone il comportamento fraudolento dell'*adstipulator*. Anche per questi la legge prevede come pena il semplice risarcimento in *quanti ea res est*.³² La *lex Aquilia*, pertanto, si pone come un momento fondamentale nel percorso evolutivo della pena verso la sua natura esclusivamente risarcitoria, per quanto congiunga, all'idea ormai prevalente della riparazione, aspetti afflittivi ancora molto tenaci.³³ Si è pure cercato nella *lex Aquilia* un precedente significativo della creazione di azioni penali *in simplum* da parte del pretore: azioni *in factum* (nel senso che contrastano con i principi che il pretore andava via via riconoscendo) connesse a comportamenti illeciti pregiudizievoli per i privati; azioni di natura penale, attese le loro peculiari caratteristiche di essere esperibili in forma cumulativa, intrasmissibili passivamente per eredità, concedibili in forma nossale e concorrenti con altre. Salvo i casi di condanne in un multiplo o in una somma prefissata, generalmente le azioni di questo tipo sono concepite con *condemnatio* al *quanti ea res est (fuerit, erat)*, vale a dire con una finalità chiaramente risarcitoria. Ne deriva un'idea di *poena* profondamente mutata: dall'antica afflizione personale del reo, si è passati ad una concezione della pena commisurata ad un vero risarcimento. Da qui le basi per la moderna risarcibilità di ogni danno ingiusto, seppure nella difficoltà dogmatica di inquadrare l'illecito giuridico.

³¹ Cfr. B. ALBANESE, *op. cit.*, 63

³² Cfr. per tutti, di recente, M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, edizione aggiornata, Napoli, 2021, cui rinvio integralmente. Cfr. spunti interessanti in R. CARDILLI, “*Damnus esto*” e “*manus iniectio*” nella *lex Aquilia*: un indizio paleografico?, in *Fundamina* 20 (1-2014), 110-124; A. CORBINO, *Danno, lesioni patrimoniali e lex Aquilia nell'esperienza romana*, in *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*, 1, Napoli 2007, 607-626. Sulla scorta dell'antica prospettiva afflittiva, è rintracciabile una tendenza a considerare particolarmente riprovevoli i casi di danneggiamento materiali previsti dalla norma: la *condemnatio (poena)* prevista non è, infatti, al semplice *quanti ea res est* ma al *quanti plurimi in eo anno* (o *in triginta diebus proximis ea res fuit*). Non c'è dubbio che nel danno aquiliano prevalga una concezione risarcitoria, come si evince anche da altre due circostanze: 1) la riserva di legittimazione attiva al solo *dominus* della cosa danneggiata; 2) la connessione della responsabilità aquiliana all'agire *iniurie* (e non al dolo, come avveniva di regola sino a quel momento). L'*actio legis Aquiliae* è, comunque, un'azione penale con i caratteri tipici della nossalità, dell'intrasmissibilità ereditaria passiva, dell'esperibilità cumulativa contro più responsabili e del concorso con altre azioni: caratteri, questi, che tradiscono chiaramente una concezione vendicativa e afflittiva strettamente personale.

³³ Cfr. F. DE VISSCHER, *Études de droit romain: l'origine de l'obligatio ex delicto*, Paris 1931, 261 ss.; e per qualche spunto in rapporto all'aspetto nossale G. BRANDI CORDASCO SALMENA, *op. cit.* e M.F. CURSI, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta “exceptio noxalis”*, in *Philia. Scritti per G. Franciosi cit.*, 657-681.

Bisogna concludere sul punto. Dall'illecito primitivo, coincidente con l'idea di *poena* afflittiva personale, i Romani sono giunti, in età classica, ad un illecito corrispondente all'afflizione patrimoniale o soltanto al risarcimento e alla neutralizzazione dei suoi effetti. L'ultimo passo che rimaneva da compiere sarebbe stato quello di eliminare dal sistema ogni residua concezione penale. Tale risultato, però, non è mai stato raggiunto; e del resto nemmeno il diritto moderno mi sembra che abbia sgomberato del tutto il terreno del diritto privato dalla portata afflittiva della pena.³⁴ Sulla base di quanto detto per il diritto privato è necessario riferirsi, seppure brevemente, all'evoluzione della struttura e della funzione della pena nel processo criminale, dove l'idea dell'illecito sanzionato risulta esclusiva; è inutile precisare che la più remota distinzione tra l'illecito privato e quello pubblico, non può essere operata che in base alla natura della lesione o dell'accertamento azionato (ammesso che sia esistito) per l'irrogazione della pena.³⁵ Anche nel diritto pubblico, comunque, è possibile notare un'evoluzione parallela rispetto a quella del diritto privato. Un'innovazione rilevante è certo quella della *multa*, una pena patrimoniale originariamente concepita in capi di bestiame, onde sostituire al *caput* umano quello animale: il capro espiatorio verso cui deviare la vendetta della vittima. L'introduzione nel diritto pubblico di una pena diversa dall'afflizione corporale, attesta a più riprese quel fenomeno di mitigazione sanzionatoria generalmente avvertita durante l'evoluzione della città antica. Lo stesso vale, a maggior ragione, per l'ulteriore spiritualizzarsi della pena, quando la dazione dei capi di bestiame fu sostituita da una somma di denaro commisurata. Si comprende allora la specializzazione, già affermata in epoca decemvirale, del procedimento di reazione predisposto dall'ordinamento all'illecito considerato di diritto pubblico: l'attività magistratuale, l'intervento comiziale, l'istituzione di una vera procedura penale pubblica testimoniano una precoce distinzione tecnica tra l'illecito privato e quello pubblico. Intorno alla metà del II secolo a.C. vennero istituite le *quaestiones perpetuae*: nella loro orbita finiscono con l'essere attratte anche alcune fattispecie tipiche del diritto privato ma l'autonomia tra gli illeciti di diritto privato e quelli di diritto pubblico è ormai netta. Con la *extraordinaria cognitio* anche in materia criminale, si assiste, ormai nell'età del principato, all'ulteriore assorbimento di figure privatistiche nella sfera del diritto pubblico, attraverso la nascita di molteplici ipotesi di *crimina extraordinaria*. Infatti, se da un lato cominciano ad essere sanzionati come illeciti pubblici comportamenti finora indifferenti all'attenzione dello Stato, dall'altro, alcuni illeciti di di-

³⁴ Cfr. P. CERAMI-G. PURPURA, *op. cit.*

³⁵ Sulla questione in generale cfr. per tutti B. SANTALUCIA, *Il processo nelle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale* (Atti del convegno di diritto romano, Copanello 1984), Napoli 1988, 236 ss.

ritto privato, vengono interessanti dalla repressione pubblica sotto forma di *crimina* (mentre paradossalmente è ripristinata per essi la sanzione sulla persona). In un tale disordine sono puniti, ad esempio, alcuni degli illeciti penali privati (*delicta*) più frequenti: l'*iniuria*, il furto, la rapina e il danneggiamento materiale. Le ipotesi di *iniuria* furono attratte man mano nella sfera del diritto pubblico, a partire dalla *lex Cornelia de iniuriis* (di Silla) e dalla *lex Iulia de vi* (di Cesare o di Augusto); così come la *lex Cornelia de falsis* (di Silla) prevede come suscettibili di repressione pubblica ipotesi di danneggiamento già contemplate dalla *lex Aquilia* e, quindi, sanzionate con pena privata (come la distruzione o l'alterazione del testamento). La *lex Fabia*³⁶ prevede la repressione pubblica di varie ipotesi di illecito, tra cui quella di induzione del servo altrui alla fuga: questa ipotesi era già inclusa nella sfera privata del *furtum* e poi dell'*actio servi corrupti*. Nella repressione pubblica dell'omicidio venne inclusa l'uccisione dello schiavo altrui, prima ricompresa nel danno aquiliano. Ed ancora la rapina, tipico *delictum* di diritto privato, è assorbita dal *crimen vis*. Si costituisce anche un'ipotesi nuova, il *crimen stellionatus*, che le fonti tramandano come il corrispondente pubblico del *dolus* nel diritto privato: poco importa qui se i contorni troppo vaghi dell'illecito prestarono spesso il fianco ad abusi, facendo rientrare nella sua disciplina figure illecite non sufficientemente determinate. Si spiega allora come nel Digesto taluni luoghi affermino con chiarezza il fenomeno di una certa duplicazione (privato e pubblico) nella repressione penale dell'illecito (D. 47, 1, 3)

Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi: si quidem pecuniariter agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit nec cogendus erit in crimen subscribere: enimvero si extra ordinem eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit

mentre altri, riferiscano senza riserve la prevalenza della repressione pubblica (D. 47,2,93)

Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tam minus, si qui velit, poterit civiliste agere.

2. ALLE RADICI DELLA REPRESSIONE CRIMINALE

Per meglio afferrare i caratteri del processo criminale delle XII Tavole è necessario partire dal processo penale dell'età regia, perché le informazioni che si possiedono sull'epoca decemvirale sono lacunose e frammentarie.

³⁶ Cfr. F. CONTIN, *Tra ius antiquum, lex iulia e lex papia: il complesso destinodei caduca in età augustea*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 12 (2019).

Cicerone attesta che nelle XII Tavole era enunciata la norma *de capite civis nisi per maximum comitatum ne ferunto*³⁷ e si faceva menzione della *provocatio ad populum*;³⁸ Pomponio ricorda i *quaestores parricidii* che erano preposti alle *res capitales*;³⁹ Salviano parla di un generale divieto di mettere a morte il *civis indemnatus*.⁴⁰ Non si conservano altri riferimenti a tal proposito. Non vi è dubbio che in origine la comunità intervenisse di rado nella repressione dei crimini, che era devoluta in ampia parte alla reazione degli offesi, specie per i crimini di sangue, lasciati alla vendetta privata. Vi sono tracce nelle *leges regiae*, invece, di un intervento repressivo del re per i crimini di diversa natura, fondato sul concetto dell'espiazione sacrale (intervento che gradualmente va a sovrapporsi a quello autosatisfattorio). Non è il caso di soffermarmi sulla divergenza di opinioni in ordine alla attendibilità di tali leggi e alla loro stessa riferibilità all'epoca monarchica, rimettendomi, all'opinione di chi, anche attraverso il recente supporto della ricerca archeologica,⁴¹ ha offerto una ricostruzione della legislazione regia e delle istituzioni giuridiche primitive il più possibile vicina al dato proveniente dallo stato delle fonti.⁴² In tal senso, è interessante notare che la *Regia* dei sovrani etruschi si presenti come un edificio sacrale:⁴³ il rinvenimento dei resti di un altare antichissimo o, soprattutto, la precisa individuazione degli ambienti nei quali sono ospitati i culti connessi con la persona del sovrano e delle strutture che a tali culti si riferiscono; il sacrario di Marte, dove erano custoditi gli *ancilia* e le sacre lance; il sacrario di *Ops Consiva*, dove si conservavano gli attrezzi delle pratiche sacrificali relative alla dea portano tutti allo stesso risultato. La *Regia* dell'età monarchica è, dunque, un'abitazione sacra, che ospita tra le sue mura il re - sacerdote, ovvero un sovrano che cumula in sé la funzione di sommo sacerdote e quella di capo politico:

³⁷ V. Cic. *leg.* 3.4.11; *rep.* 2.36.61. Cfr. O. DILIBERTO, *Lex de magistratibus. Cicerone, il diritto immaginato e il diritto reale nella tradizione palinogenetica delle XII Tavole*, in (a cura di) C. CASCIONE-M.P. BACCARI, *Tradizione romanistica e costituzione*, 2, Napoli 2006, 1469-1482; G. FALCONE, *XII tavole, civilis scientia e philosophia in Cic., de Orat. 1.193-195. Un'esegesi*, in *Carmina Iuris, Mélanges en honneur de Michel Humbert*, Paris 2012, 275-286; ID., *Un'ipotesi sulla nozione ulpiana di ius publicum*, in CASCIONE C.-BACCARI M.P. (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione cit.*, 1167-1195.

³⁸ V. Cic. *rep.* 2.31.54.

³⁹ V. Pomp. *l.s. ench.* D. 1.2.2.23.

⁴⁰ V. Salv. *Gub.* 8.5.

⁴¹ Cfr. F.E. BROWN, *La protostoria della Regia*, in *Rendiconti della Pontificia Accademia Romana di Archeologia* 47 (1974-75), 15 ss.

⁴² Cfr. B. SANTALUCIA, *op. cit.*, 242 ss.

⁴³ In tal senso cfr. F.E. BROWN, *op. cit.*, 237 ss., secondo cui «ciò che contraddistingue la casa di un uomo qualunque da quella del suo re non sono tanto le dimensioni in sé stesse dei singoli elementi, quanto proprio la decorazione di quest'ultima che, insieme al suo grande cortile cinto da mura, esprime le doti e i poteri sovrumani del suo possessore».

un “signore del sacro” come ebbe efficacemente a definirlo John Scheid in un suo lavoro sulla religione romana.⁴⁴ Un altro dato oramai pacifico in dottrina è quello relativo all’esistenza di *leges regiae* non consistenti in mere enunciazioni verbali bensì in autentiche norme scritte.⁴⁵ Il rinvenimento del cippo arcaico sotto il *lapis niger* nel comizio, scoperto nel 1899, il quale com’è noto conserva i resti di un’antichissima ordinanza sacrale, conferma senza meno la menzione del *rex* e la clausola *sakros esed* (*sacer esto*) che si legge chiaramente su uno dei quattro lati della stele.⁴⁶ Sebbene l’arcaicità della lingua e le gravi lacune che la viziano non consentano un’interpretazione sicura, più elementi permettono di affermare che il *rex* di cui si parla sia il re politico dell’età monarchica e non il *rex sacrorum* della prima età repubblicana e, inoltre, che la statuizione sia l’ordinanza sacrale di un sovrano etrusco: vi ricorrono parole sul cui significato non possono sorgere dubbi, come *recei* (al re), *kalatorem* (l’araldo che convoca i comizi), *iouxmenta* (carri) e *sakros esed* (*sacer esto*). Quest’ultima più delle altre è di particolare interesse: l’antichissima legge preconizzava per la sua violazione la *consecratio* del trasgressore agli dei infernali. La medesima sanzione la si trova in una serie di *leges regiae* trasmesse da Alicarnasso, da Plutarco e da Festo; l’infrazione del dovere di fedeltà fra patrono e cliente, la rimozione delle pietre di confine tra fondi, la vendita della moglie da parte del marito, sono tutte trasgressioni colpite con la sanzione della sacertà.⁴⁷ Non a caso il più antico diritto criminale si è fondato su minacce sacrali di questo tipo: solo impropriamente si può parlare, riferendosi all’età regia, di punizione di un

⁴⁴ Cfr. J. SCHEID, *La religione a Roma*, Bari, 1983, 78 ss.; S. ALIČIĆ, *Res divini iuris* (Note e riflessioni su un libro recente di Antun Malenica), in *Diritto@Storia* 12 (2014).

⁴⁵ Cfr. recentemente G.M. OLIVIERO NIGLIO, «Il diritto di famiglia» delle *leges regiae*, in *SDHI* 74 (2020), ss.; cfr. anche S. TONDO, *Introduzione alle leges regiae*, Firenze 1940; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*, Torino 1967, 280 ss.; G. VALDITARA, *Studi sul magister populi: dagli ausiliari militari del res ai primi magistrati repubblicani*, II, Milano 1989, 435 ss.; P. GIUNTI, *Adulterio e leggi regie un reato fra storia e propaganda*, Milano 1990; N. PALAZZOLO-F. ARCARIA-O. LICANDRO-L. MAGGIO, *Ab urbe condita. Fonti per la storia del diritto romano dall’età regia a Giustiniano*, Catania 2002.

⁴⁶ Studi recenti sulle fasi costruttive del comizio (cfr. F. COARELLI, *Il Foro Romano. Il periodo arcaico*, I, Roma 1983, 178 ss.; ID., *Il Foro romano. Da Augusto al tardo impero*, III, Roma 2020) hanno dimostrato l’appartenenza dell’iscrizione alla seconda pavimentazione dell’area, databile intorno al secondo quarto del VI secolo. Dunque la stele risale all’età regia, conservando con ogni verosimiglianza, la statuizione di un sovrano etrusco. Ciò permette di dubitare sull’attendibilità della tesi, diffusa dalla moderna letteratura (cfr. R. ORESTANO, *I fatti di formazione nell’esperienza romana arcaica* cit., 72), secondo cui le *leges regiae* sarebbero una mera «formulazione verbale [...] di precetti consuetudinari, soprattutto di carattere religioso». L’epigrafe del comizio prova l’esistenza di leggi scritte, e la circostanza che esse si presentino sotto l’aspetto di precetti religiosi, non solo non contrasta ma si armonizza con la figura di un re «profondamente inserito nella sfera del sacro» (cfr. J. SCHEID, *op. cit.*, 79).

⁴⁷ V. Dion. Hal. 2.10.3 (cfr. Serv. *Aen.* 6.609); Dion. Hal. 2.74.3 (cfr. Paul. Fest. 505 L.; Plut. *Rom.* 22.3); Fest. 260.

crimine, perché la sanzione colpisce non tanto il reato quanto la trasgressione religiosa e, compito del re come sommo sacerdote, è appunto quello di purificare la *civitas* da una contaminazione che può mettere in forse la *pax deorum*. In alcuni casi è sufficiente il *piaculum* per placare il dio; per i crimini più gravi, però, è necessaria la consacrazione dello stesso trasgressore al dio oltraggiato.⁴⁸ Come osserva giustamente Santalucia⁴⁹ la sorte dell'*homo sacer* è dunque simile nella sostanza a quella degli animali sfuggiti al sacrificio, i quali potevano essere soppressi da chiunque, dovunque si trovassero, per evitare che fossero causa di contaminazione.⁵⁰ A chi, per accreditare la tesi secondo cui la *sacertà* comportasse una vera e propria sanzione capitale, si richiama alla disposizione delle XII Tavole (forse già enunciata in una *lex regia*) che prevedeva la sospensione del ladro di messi ad un albero quale vittima a Cerere,⁵¹ può di certo obiettarsi che nella fattispecie non ci si trovi di fronte ad una *consecratio*, atteso che nella legge non figura la clausola *sacer esto* ma l'altra *Cereri necari*. Bisogna inoltre rilevare che già nel corso dell'età regia, accanto ai più antichi illeciti di carattere strettamente religioso, vennero delineandosi altri fatti criminosi considerati lesivi al tempo stesso della religione e della *societas civium*, puniti in quanto tali col sacrificio del colpevole ad opera degli organi della comunità (e non con la consacrazione). Oltre al furto di messi, si può ricordare la *perduellio*, delitto ritenuto allo stesso tempo oltraggioso degli dei protettori e commesso contro il *populus*, che secondo le fonti era sanzionato con la *suspensio* del colpevole a un albero sterile e con la sua fustigazione sino alla morte.⁵² Si assiste così al passaggio da una fase in cui lo Stato è totalmente estraneo alla realizzazione delle conseguenze concrete dell'offesa alla divinità ad un'altra in cui, invece, pur non ripudiando la concezione della repressione penale come esigenza religiosa, si provvede pubblicamente a perseguire il crimine e ad eliminare fisicamente il reo. Nella persecuzione di tali illeciti il re non

⁴⁸ Ampiamente diffusa nella romanistica è la concezione, risalente a Mommsen, secondo cui la *consecratio* comportasse l'obbligo da parte del re di mettere a morte l'*homo sacer*, alla stregua di una vittima sacrificale, così facendosi ministro della maledizione divina. Cfr. TH. MOMMSEN, *op. cit.*, 902. Non manca chi non condivide questa impostazione, ritenendo che la sanzione si consumasse nel bando del colpevole dalla comunità. Comunque sia, nel rapporto tra *sacertà* e processo criminale (regio e comiziale), gioca un ruolo principale il mutamento di regime che il precetto *de capite civis* avrebbe introdotto anche con riguardo alla libera uccisione dell'*homo sacer*. Sul tema rinvio a C. PELLOSO, *Sacertà e garanzie processuali in età regia e proto-repubblicana*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma antica* (a cura di) L. GAROFALO, Napoli 2013, 57-144; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale (a proposito della sacertà)*, in *BIDR* 89 (1986), 327.

⁴⁹ Cfr. B. SANTALUCIA, *op. cit.*, 242.

⁵⁰ Il paragone con la *victima fugiens* è esplicito in Macrobio, *Sat.* 3.7.5 ss.

⁵¹ V. Plin. *Nat. Hist.* 18.13.12.

⁵² V. Liv. 1.26.6.

agisce in veste di sacerdote bensì in quella di comandante militare munito d'*imperium*.⁵³

Ma vi è di più. La dottrina si è posta altri interrogativi sul tema: una volta stabilito che la *sacertus* non giustifichi un'immolazione sacrale ma solo un'ideale consegna del colpevole al dio oltraggiato, è lecito chiedersi, ad esempio, se per costituire l'*homo sacer* fosse necessario una pronuncia giudiziale.⁵⁴ La questione più dibattuta è relativa però alla partecipazione del popolo all'esercizio della giurisdizione criminale. Anche se la *provocatio ad populum* rappresenta una caratteristica istituzione dell'età repubblicana, è lecito argomentare che il popolo partecipasse al tempo dei re alla repressione criminale. I dati forniti dall'archeologia⁵⁵ e le testimonianze letterarie⁵⁶ accreditano l'intervento popolare ai giudizi, quanto meno a partire dall'età monarchica etrusca. Sul punto la romanistica moderna è profondamente divisa: Mommsen,⁵⁷ seguito nella sua opinione sino alla prima metà del secolo scorso, ritenne il magistrato repubblicano titolare di un potere, l'*imperium*, derivatogli direttamente dal re; *imperium* che non viene inteso nel senso di comando militare ma come potere sovrano, unitario e illimitato, capace di abbracciare la suprema direzione dello Stato. La giurisdizione criminale sarebbe stata direttamente proporzionale a questo potere fino a quando la *lex Valeria de provocatione* non riconobbe ai *cives* il diritto di appellarsi al popolo contro la sentenza capitale. A seguito della *provocatio*, in altre parole, si sarebbe sviluppato un regolare processo dinanzi ai *comitia*, articolato in un giudizio di primo grado del magistrato e da un giudizio di appello, che si concludeva con la conferma o la cassazione della sentenza. Questa

⁵³ A questo proposito si sono registrate diverse opinioni. Per TH. MOMMSEN, *op. cit.*, 22 ss., l'*imperium* si concreta in un potere originario, unitario ed illimitato, espressione di una piena competenza sovrana; cfr. però A. HEUSS, *Zur Entwicklung des Imperiums der römischen Oberbeamten*, in ZSS 64 (1944), 57 ss., il quale ritiene che in origine si trattò di un potere esclusivamente militare, passato con lo stesso contenuto dal *rex* ai supremi magistrati repubblicani.

⁵⁴ Una famosa norma di Servio Tullio, tramandata da Valerio Flacco per il tramite di Festo (*Fest.* 260 L.), attesta «si parentem puer verberit ast olle clorassi parens [...] puer divis parentum sacer estod». Può ritenersi che per l'irrogazione della sacertà si rendesse necessaria la celebrazione di un giudizio, atteso che la legge fa dipendere la consacrazione non dalle percosse bensì dall'invocazione paterna. Nella stessa direzione può leggersi la disposizione contenuta nella *Tab.* XII, 8.13, la quale consente al derubato di uccidere il ladro diurno che si difende con le armi, a condizione che siano chiamati i vicini a testimoniare il fatto.

⁵⁵ Cfr. C. AMPOLO, *Le origini e la «cité antique»* in MEFRA 92 (1980) 569 ss.; esaminando la cronologia del comizio, l'autore rileva come sia indubitabile che esso sia stato adibito come luogo delle assemblee nel periodo stesso a cui risale la sua prima pavimentazione; realizzata, come evidenziato da recenti ricerche, negli ultimi decenni del VII sec. a.C., vale a dire in coincidenza con la cronologia della pavimentazione della *Regia*.

⁵⁶ V. Varro *ling. Lat.* 6,31.

⁵⁷ Cfr. TH. MOMMSEN, *op. cit.*, 22 ss.

ricostruzione è confutata da Kunkel,⁵⁸ il quale respinge con decisione l'idea che il processo comiziale si fondasse su un appello del condannato al popolo, sostenendo che la *provocatio* era un mezzo che serviva a limitare il potere di coercizione del magistrato, onde impedirgli di mettere a morte un cittadino senza regolare processo, e non, invece, un'impugnazione della decisione magistratuale. La *provocatio*, sorta come istituto politico volto alla tutela del plebeo contro la prepotenza del magistrato patrizio, avrebbe riguardato solo i crimini di carattere politico, che erano gli unici ad essere sottoposti al *iudicium populi* (i delitti comuni sarebbero stati rimessi alla vendetta privata sino ancora al II secolo a.C.). Tra queste posizioni si pone quella di Santalucia,⁵⁹ il quale, rifiutando l'idea di un *imperium* illimitato e sovrano, sostiene che già prima della fine della monarchia coesistessero due distinte sfere di repressione criminale, riservate al re e al popolo: per quel che riguarda il popolo, almeno a partire dal tempo dei re etruschi, l'assemblea delle curie avrebbe esercitato funzioni giudiziarie in materia criminale, non solo per i crimini che turbavano l'ordine religioso ma anche per i reati comuni. Accanto alla giurisdizione del popolo, si sarebbe posta la *coercitio* del re, il cui potere era fondato sull'*imperium*, inteso come comando militare che consentiva al sovrano di procedere coattivamente e senza giudizio non solo contro i soldati, ma contro chiunque contravvenisse ai suoi ordini. Il magistrato repubblicano, dunque, fu titolare di questo potere, derivato direttamente dal re, ma non anche della *iudicatio*, che apparteneva esclusivamente all'assemblea dei *cives*: egli ha il diritto di applicare, in caso di inosservanza dei suoi precetti, un determinato mezzo di costrizione, come la morte, la fustigazione, l'imprigionamento e la multa. È contro gli eccessi di un tale potere, esercitato dal magistrato non come giudice, che viene introdotta la *provocatio ad populum*: di fronte alla minaccia di una misura coercitiva capitale, il cittadino, facendo ricorso all'uso della parola *provoco*, può paralizzare l'iniziativa del magistrato e chiedere un regolare processo dinanzi all'assemblea popolare, a cui soltanto spetta la decisione sulla vita o sulla morte del provocante.

Si può dunque concludere, rilevando che sia un errore qualificare la *provocatio* come un «appello al popolo», poiché un tale mezzo avrebbe presupposto il precedente giudizio di un magistrato, che nel caso manca.⁶⁰ Sostiene questo ragionamento una testimonianza delle fonti a proposito di

⁵⁸ Cfr. W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962.

⁵⁹ Cfr. B. SANTALUCIA, *op. cit.*, 255 ss.

⁶⁰ L'intervento coercitivo che spinge alla *provocatio* sarebbe non un atto di giurisdizione bensì un atto di amministrazione. Sulla questione rinvio, per tutti, a C. PELLOSO, *Provocatio ad populum e poteri magistratuali. Dal processo all'Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro*, in *SDHI* 82 (2016), 219-264.

quanto accadde nel 495 a.C., nel corso di una delle tante agitazioni che precedettero la secessione sul Monte Sacro. Il console, pressato dalla folla in tumulto,⁶¹ ordinò di arrestare, affinché fosse messo a morte, uno dei più facinorosi capi della rivolta plebea, e questi, mentre veniva trascinato dai littori, provocò al popolo.⁶² È evidente come nella vicenda non ci sia nessuna pronuncia giudiziale ma solo un atto di coercizione (l'ordine di arresto) al quale il destinatario si sottrae chiedendo di essere giudicato dal popolo. La *provocatio* è da intendersi, dunque, come il mezzo che consente al destinatario di un atto di coercizione, di ottenere un processo popolare di prima ed unica istanza. Stabilito che i *iudicia populi* sono storicamente indipendenti dalla *provocatio*, appare opportuno ribadire innanzi a quale assemblea nella prima età repubblicana si svolgessero i processi criminali. Anche questo aspetto della questione è sicuramente complesso, in ordine al quale si riscontrano in dottrina opinioni divergenti.⁶³ Credo di potere escludere un'originaria competenza criminale dell'assemblea delle centurie.⁶⁴ Molti elementi inducono a ritenere che la competenza a giudicare sia appartenuta, sino alla codificazione decemvirale, ai *comitia curiata*; nel 450 a.C. le XII Tavole oltre a riaffermare il diritto alla *provocatio*,⁶⁵ sancirono solennemente che l'unica sede competente in cui potesse essere pronunciata la condanna a morte del cittadino fosse l'assemblea delle centurie (*de capite civis nisi per maximum comitiatum ne ferunto*).⁶⁶ I *comitia curiata* erano i comizi dinanzi ai quali il re *ius dicebat*; erano questi i comizi che prendevano parte all'esecuzione dell'omicida ad opera degli agnati dell'ucciso sotto la sovrintendenza del questore. Dovevano essere questi i comizi dinanzi ai quali era rimessa la giurisdizione criminale nei tempi della prima repubblica, e al cui giudizio verosimilmente faceva ricorso la vittima della coercizione magistratuale mediante la *provocatio ad populum*. Tale opinione trova conferma in un passo della *pro Sestio*, dove Cicerone riferisce come «et sacratis legibus et duodecim tabulis sanctum esset [...] ne de capite nisi comitiis centuriatis rogari (liceret)»;⁶⁷ come, cioè, la regola

⁶¹ Cfr. G. BRANDI CORDASCO SALMENA, *Iustitium, senatus consultum ultimum and declaration of hostis publicus in the roman emergency legislation during the civil wars: the clash between Antony and Octavian*, in *Godišnjak Pravnog Fakulteta U Sarajevu* 64 (2021), Sarajevo 87-163.

⁶² V. Liv. 2.27.12.

⁶³ Cfr. A. GUARINO, *La formazione della repubblica romana*, in *RIDA* 1 (1948) 107 ss.; P. DE FRANCISCI, *Per la storia dei «comitia centuriata»*, in *Studi in onore di Vincenzo Arancio-Ruiz* I, Napoli 1953, 11 ss.

⁶⁴ Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano 1989.

⁶⁵ V. Cic. *rep.* 2, 54.

⁶⁶ V. Cic. *leg.* 3,11; *rep.* 2, 61.

⁶⁷ V. Cic. *Sest.* 30. 65.

secondo cui fosse riservata all'assemblea centuriata il diritto di giudicare della vita e della morte dei cittadini, prima ancora di essere sancita dalle XII Tavole, fosse già stata contemplata da una *lex sacrata* plebea. Il testo è significativo, perché lascia intendere che per i plebei i *comitia centuriata* rappresentavano un'alternativa al regime vigente, il quale non poteva che essere quello secondo cui l'assemblea giudicante fosse l'assemblea curiata: alle centurie, appunto, anziché alle curie essi volevano che fosse attribuita la funzione di corte di giustizia in materia capitale.⁶⁸

3. DANNO E RESPONSABILITÀ NELLA NORMATIVA PREAQUILIANA. EVOLUZIONE STORICA E PROSPETTIVE DE IURE CONDENDO

A questo punto è opportuno soffermarsi sulla disciplina del danno⁶⁹ nella legislazione arcaica: sulla legge delle XII Tavole e su quelle successive preaquiliane, la cui portata non può che essere ricostruita su basi prevalentemente congetturali. Ai fini di quanto mi occupa, l'attenzione non può che rivolgersi alle norme che tutelarono il pacifico godimento dei diritti reali e lo svolgimento delle attività agricole, sia per quanto riguarda il fatto dell'uomo che per quanto riguarda quello dell'animale;⁷⁰ si tratta degli aspetti forse, principali di una società caratterizzata, nel dato momento, da un'economia essenzialmente rurale,⁷¹ tanto è che nel generale riordino delle disposizioni

⁶⁸ Cfr. per tutti A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino 2017; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Costituzione e Diritto nell'antica Roma*, Torino 2019 (con particolare riferimento al cap. VI).

⁶⁹ Prescindo dall'analisi terminologica del termine per il quale rinvio a D. DAUBE, *On the Use of the Tern Damnum*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 93 ss., e più di recente a G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, Torino 1998.

⁷⁰ Nella *Tab. 8*, sono espressamente contemplate ipotesi legate al mondo agricolo 1) l'introduzione del bestiame nel terreno altrui per farlo pascolare (8,7); la pena sarebbe stata determinata in concreto; 2) il taglio clandestino degli alberi altrui (8, 11): *actio arborum furtim caesarum*, la quale secondo Gaio, 4,11, sarebbe stata applicata a tutte le altre ipotesi di taglio di piante non proprie; la pena ammontava al pagamento di venticinque assi per ogni albero tagliato secondo l'affermazione di Plinio (N Hist. 17, 1,17); 3) l'incendio non doloso della casa o del frumento accatastato in vicinanza (8,10) (se l'autore fosse stato indigente secondo D. 47. 9.9 la pena sarebbe stata attenuata); se il danno è causato accidentalmente, cioè per negligenza, è prescritto che venga risarcito il danno (*noxiam sarcire*) attraverso una pena privata; 4) la *ossis fractio* di un servo la cui pena è stabilita in centocinquanta assi (8.3).

⁷¹ La letteratura in proposito è vasta per cui non posso renderne conto adeguatamente; rinvio per ogni approfondimento agli studi più recenti di Maria Floriana Cursi e più particolarmente a M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale* cit.; ID., (a cura di) *L'autonomia dei privati nelle XII tavole e nell'interpretatio*, Napoli 2018; ID., *XII Tabulae, I-II, testo e commento*, Napoli 2018; ID., *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008; ID., *Dal danno aquiliano al danno extracontrattuale. Le radici romanistiche* in AA.VV., *Itinerari giuridici per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza*

criminali (e non criminali) vecchie e nuove, le turbative contro la proprietà ed il possesso assunsero un disvalore quasi pari a quello dell'omicidio.⁷² La più antica legislazione di Roma riposa su aspetti tipici⁷³ che vale la pena riassumere con La Torre,⁷⁴ seppure senza alcuna pretesa sistematica: 1) la ti-

dell'Abruzzo, Milano 2007, 215-257; ID., *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006, 23-126; ID., *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'art 2059*, in *Rivista di Diritto Civile* 50 (2004), 865-911; ID., *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002; R. FIORI-M.F. CURSI-P. LAMBRINI-G. SANTUCCI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 5, Napoli 2021; M.F. CURSI-L. CAPOGROSI COLOGNESI (a cura di), *Forme di responsabilità* cit. Sulla collocazione delle norme «penalistiche» nel codice decemvirale cfr. O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992, 346 ss.; ID., *La palingenesi della Legge delle XII Tavole e le codificazioni "a domino"*, in *Dallo Stirone al Tigri, dal Tevere all'Eufrate. Studi in onore di C. Saporetti*, Roma 2009, 119-148; ID., *La responsabilità delle XII Tavole: profili palingenetici*, in *Forme di responsabilità* cit., 1-20; ID., *Una Palingenesi "aperta"*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 326 ss.; ID., *Il diritto penale nel diritto delle XII Tavole*, in *Index* 37 (2009), 9-24. Cfr. anche A. MCCLINTOCK (a cura di), *Virginia e le XII Tavole, Storia mitica del diritto romano*, Bologna 2020, 171-214; G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino 2015; M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, 2, London 1996; C. CASTELLO, *Raffronti testuali in tema di genera poenarum desunti dalle XII Tavole*, in *SRG* 3 (1988), 433 ss.; F. SERRAO, *Dalle XII Tavole all'editto del pretore* in *La Certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, 61 ss.

⁷² Plin. *Nat. Hist.* 18,12, a proposito del ladro notturno di messi, immolato a Cerere, riferisce che la pena inflitta al colpevole fosse più grave di quella prevista per l'omicidio (*gravius quam in homicidio*): considerando che non si riferisca a sanzioni diverse ma alla stessa pena, variamente applicata, si può concludere che l'omicidio fosse ormai qualificato come *crimen* passibile di pena capitale (cfr. M.F. CURSI, *L'uccisione del fur nocturnus e diurnus qui se telo defendit tra norma e interpretatio*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, II, Tricase 2016, 305-320). Per l'omicidio involontario è rinnovata la sanzione primitiva della consegna di un ariete agli agnati dell'ucciso. Le XII Tavole contemplano inoltre nuove figure criminose da assoggettare alla pubblica persecuzione, in quanto considerate lesive degli interessi della comunità cittadina o capaci di recare offesa alla coscienza etico - politica dei consociati. Si possono ricordare, tra questi, alcuni crimini lesivi del supremo interesse all'inviolabilità della giustizia, come la collusione del giudice o dell'arbitro con una delle parti in causa, sanzionata con la pena di morte XII *Tab.* 9,3 (Gell. 20, 1,7) (cfr. R. SCEVOLA, *La collusio nella prospettiva della giurisprudenza classica: origini storiche, aspetti concettuali e profili rimediali*, in *Crimina et delicta* cit., 335-391) o la falsa testimonianza, repressa con la deiezione del colpevole dalla rupe Tarpea XII *Tab.* 8,9 (Plin. *Nat. Hist.* 18,12). Cfr. sul tema in generale P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, Lyon-Paris 1915, 61 ss. (il quale ravvisa nella fattispecie un'ipotesi di furto aggravato). Cfr. anche E. CARRELLI, *Plinio Nat. Hist. XVIII. 3.12 e il delitto di danneggiamento delle messi nel sistema delle XII Tavole*, in *Ann. Bari*, 2 (1940), 1 ss. (il quale riferisce la distruzione e non il furto delle messi); B. ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, in *Ann. Pal.* 23 (1953), 12 ss.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1991, 213 ss.

⁷³ Sul fenomeno della tipicità nell'applicazione del diritto più antico (e delle *legis actiones*), rimangono di molto interesse gli studi di A.M. GIOMARO, *op. cit.*, 25 ss.

⁷⁴ Cfr. A. LA TORRE, *Genesi e metamorfosi della responsabilità civile*, in *Roma e America* 8 (1999), 70 ss.

picità della descrizione dei fatti che rilevano come danni; in effetti non esiste una clausola generale che sanzioni il danno alle cose altrui, causato da un atto umano ma è possibile configurare una serie di ipotesi autonome significative; 2) il numero limitato dei beni protetti: i campi di foraggio, gli alberi, la casa, gli animali, il grano accumulato in prossimità di essa, l'integrità fisica del servo;⁷⁵ 3) l'indifferenza verso un danno patrimoniale qualsiasi e comunque verificatosi, assumendo rilievo solo l'evento materiale tipico (la combustione della casa, il taglio degli alberi, la lesione del servo); 4) il progressivo affermarsi, nell'ambito di una generale prospettiva penale, della pena pecuniaria, preferita rispetto alla consegna del colpevole, sempre di più limitata agli illeciti più gravi.⁷⁶

Furono dunque adottati interventi repressivi contro chi pasceva nottetempo i suoi animali su fondo altrui o ne asportava furtivamente le messi, stabilendo che fosse sacrificato a Cerere, se pubere, o battuto con le verghe e condannato a pagare il doppio del danno arrecato; per chi incendiasse intenzionalmente l'altrui abitazione o i covoni di grano che vi insistevano si prevede che venisse bruciato sul rogo;⁷⁷ probabilmente si punì con la morte chi maledicesse i raccolti o tentasse di attrarre con incantesimi nel proprio campo le messi del vicino.⁷⁸ Quest'ultima norma riflette ancora quella concezione primitiva, magica e superstiziosa del diritto di cui ha detto Laura Pepe,⁷⁹ rinvenendone tracce anche in altre disposizioni del codice decemvirale: statuizioni concernenti la repressione dei sortilegi e delle pratiche di malaugurio, quali l'*occentare* e il *malum carmen incantare* (formule magiche dirette inizialmente a provocare la morte di un uomo).⁸⁰ La previsione

⁷⁵ Cfr. Circa il dibattito sull'*occisio* degli stessi cfr. G. VALDITARA, *Dammum* cit., 826-827.

⁷⁶ Cfr. M. KASER, *Storia del diritto romano*, Milano 1981, 65, il quale non manca di osservare che «anche queste norme penali hanno come scopo di proteggere il responsabile, perché la legge gli assicura con il pagamento della pena, la sottrazione all'impossessamento a scopo di rappresaglia che lo minaccia da parte del danneggiato».

⁷⁷ V. XII Tab. 8, 10 (Gai. D. 47, 9, 9).

⁷⁸ V. XII Tab. 8, 8 a (Plin. *Nat. Hist.* 28, 17-18): «*qui fruges excantassit*»; 8, 8 b (Serv. *In buc.* 8, 99): «*neve alienam segetem pellexeris*». Per un caso (probabilmente leggendario) di incantamento di messi sottoposto al giudizio del popolo, v. Plin. *Nat. Hist.*, 18, 41-43.

⁷⁹ Cfr. L. PEPE, *Illeciti e giustizia popolare nelle XII Tavole. I carmina*, Milano 1999; ID., voce *Excantare, incantare, occentare. Tre reati delle Dodici Tavole*, in Le Garzantine - Antichità classica, Milano 2000, 417-418; ID., *Diritto e magia*, in Umberto Eco (a cura di), *La grande storia - l'Antichità* X, Milano 2011, 360-367.

⁸⁰ V. Tab. XII 8, 1 (Plin. *Nat. Hist.* 28, 17-18): «*qui malum carmen incantassit*»; 8, 1 b (Cic. *Rep.* 4,12 in Aug. *civ. Dei* 2,9): «*si quis occentassit*»; cfr. G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, I, Milano 1941, 22 ss.; N. COMERCI, *Carmen, occentatio ed altre voci magico-diffamatorie dalle XII Tavole a Cicerone*, BSL, 7 (1977), 287 ss.; A.D. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, I, *Età repubblicana*, Milano 1979, 1 ss.; E. CANTARELLA, *op. cit.*, 215 ss.; B. BISCOTTI, *Malum carmen incantare e occentare nelle XII Tavole*, in *Testimonium amicitiae*, Milano 1992, 21 ss.

decemvirale non si limitò a sanzionare taluni comportamenti avvertiti come particolarmente lesivi dall'intera comunità; perciò perseguiti pubblicamente. Anzi vennero attenzionate una serie di ipotesi illecite, che, in quanto considerate lesive dei diritti dei singoli, furono devolute all'iniziativa della parte lesa. Anche da questo punto di vista l'opera dei decemviri è salutata come una svolta fondamentale per il superamento dell'arcaico regime della vendetta privata a favore di più civili composizioni volontarie, frutto dell'accordo tra offensore e offeso. Ma non solo. Accanto ad esse si pone il nuovo sistema delle composizioni legali, ovvero fissate dallo Stato in una somma di denaro determinata per ogni tipo di illecito. In tal senso vanno ricordate le sanzioni previste per alcuni atti di violenza fisica sulla persona (in seguito assorbiti nel più generale concetto di *iniuria*). Per la lesione di una parte del corpo (*membrum ruptum*) è ancora ammesso il taglione, a meno che le parti non si accordassero diversamente⁸¹ ma negli altri casi la composizione è imposta dalla legge: per la frattura di un osso (*os fractum*) la somma è di trecento assi se l'offeso è un libero o in centocinquanta assi se si tratta di uno schiavo;⁸² per gli atti di violenza fisica più lievi la somma è di venticinque assi.⁸³ Meritano ancora di essere segnalate altre ipotesi particolari di danno recato alle cose, generalmente annoverabili tra le attività agricole, sanzionate con una pena pecuniaria, com'è per l'abbattimento di alberi altrui, punito con la pena di venticinque assi per ogni albero tagliato,⁸⁴ il pascolo abusivo sull'altrui fondo (represso come delitto pubblico se posto in essere di notte e clandestinamente)⁸⁵ e i danni causati da quadrupedi domestici senza colpa dell'uomo (per questi ultimi illeciti non sono pervenute tracce sull'ammontare delle pene).⁸⁶ Già prima della *legis Aquilia*, il diritto arcaico conosce, soprattutto attraverso le XII Tavole, la distinzione tra delitti pubblici (detti *crimina*), perseguiti dagli organi statali e sanzionati con pena pubblica, corporale o pecuniaria, e delitti privati (*delicta* o *maleficia*), perseguiti invece dall'offeso nelle forme del processo privato e sanzionati con pena privata sempre pecuniaria, esclusivamente dovuta alla parte lesa.⁸⁷

⁸¹ V. XII Tab. 8, 2 (Fest. 496, 16-17 L., *Talionis*): «*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*»; v. anche Gell. 20, 1, 14; Gai. 3, 223; Paul. Sent. 5, 4, 6.

⁸² V. XII Tab. 8, 3 (Paul. Coll. 2, 5, 5): «*Manu fustive si os fregit libero CCC, si servo CL poenae sunt*»; v. anche Gai. 3, 223; Gell. 20, 1, 32; Paul. Sent. 5, 4, 6.

⁸³ V. XII Tab. 8, 4 (Gell. 20, 1, 12): «*Si iniuriam alteri faxsit, XXV poenae sunt*»; v. anche Gai. 3, 223; Paul. Coll. 2, 5, 5.

⁸⁴ V. XII Tab. 8, 11 (Plin. Nat. Hist. 17, 7); v. anche Gai. 4, 11.

⁸⁵ V. XII Tab. 8, 7 (Ulp. D. 19.5.14.3). Cfr. M.F. CURSI, *Il pascolo abusivo nelle XII tavole*, in M. BASILAVECCHIA-L. PARENTI (a cura di), *Scritti in ricordo di G. Mancini*, I, Lecce 2019, 241-261.

⁸⁶ V. XII Tab. 8, 6 (Ulp. D. 9.1.1 pr.).

⁸⁷ Per le norme "penalistiche" delle XII Tavole cfr. F. SERRAO, *op. cit.*, 61 ss.; A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR*, 69, 1966, 342 ss.

Non può tacersi la difficoltà di stabilire quali fatti illeciti fossero considerati crimini pubblici e, quindi, giudicati e puniti dal *populus*,⁸⁸ e quali, invece, lesivi dei diritti del singolo, per i quali l’offeso era legittimato a perseguire privatamente l’offensore. Il discrimine è da individuare per lo più nella norma *de capite civis*, con cui verosimilmente i decemviri non intesero abolire i tribunali rivoluzionari della plebe ma rivendicare all’assemblea centuriata il diritto di decidere della vita e della morte dei cittadini: in tal senso il carattere capitale della sanzione rappresenta un sicuro indizio della pubblicità dell’illecito.⁸⁹ Il tema rimanda al superamento della fase proto-storica di Roma, quando la repressione dei reati fu lasciata, in una pluralità di situazioni, alla reazione personale dell’offeso: secondo la nota massima del *vim vi repellere licet*. Giova sottolinearlo perché è proprio in questa prospettiva dicotomica tra autotutela e difesa privata, che prende le mosse il percorso evolutivo del processo privato romano, chiamato a conoscere ed a sanzionare quei comportamenti, poi stigmatizzati nei *delicta privata* (furto, rapina, danneggiamento, *iniuria*), che incidavano sugli interessi della persona lesa.⁹⁰ Nella prospettiva di una progressiva repressione dell’esercizio arbitrario della forza e della vendetta privata, come strumenti per tutelare interessi individuali, va segnalata una sempre maggiore ingerenza dello Stato negli interessi della collettività, almeno nella misura in cui la commissione di un fatto illecito diventa un pericolo per il benessere generale: da qui la trasformazione in *crimina* di molti illeciti comuni. È in questa logica che maturò, a partire dall’età repubblicana, la distinzione fra *delicta* e *crimina*, entrambi indirizzati alla punizione per il reo, ma variando la modalità di persecuzione processuale, che nel caso dei *delicta* fu per l’appunto il processo privato mentre per i *crimina* il processo pubblico. Né può essere trascurato, a margine di queste considerazioni, un dato di non poco momento, ovvero l’analisi del contenuto assunto dalla *culpa*, specie della *culpa lata*, durante una così profonda trasformazione del sistema. Già Arangio Ruiz⁹¹ rilevava come

⁸⁸ Cfr. C. PELLOSO, *Provocatio* cit., 265 ss.

⁸⁹ In tal senso non devono stupire le parole di TH. MOMMSEN, *op.cit.*, 525 «la costruzione di un diritto penale romano, concetto che la scienza giuridica romana stessa non ha stabilito, non può che essere realizzata senza un certo arbitrio», cui mi sembra aderire C. FERRINI, *op.cit.*, 9 ss. «il diritto punitivo romano per la mancanza di coesione, per le molteplici lacune, che sotto l’impero lasciavano larga parte all’arbitrio, per la diversa natura della procedura non ha potuto offrire materia ad un’elaborazione scientifica pari a quella del diritto privato e non ha potuto a sua volta risentire in così larga misura l’influsso benefico della scienza». Sul punto cfr. anche G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta* cit., 327, che mette in evidenza come le categorie concettuali moderne siano inadatte per la comprensione del diritto penale romano e U. BRASIELLO, “Diritto penale (*Diritto romano*)”, in *NNDI* 5, Torino 1960, 961.

⁹⁰ Cfr. L. FRANCHINI, *Alle origini di negozio e processo* cit., 165 ss.

⁹¹ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933, 220. Sulla *culpa* in generale rinvio ad A.M. GIOMARO, *Quasi una cronaca su “culpa lata” e colpa grave*, in *Studi Urbinate* 72, 1-2 (2021), 27-71.

il concetto di *culpa lata*, fosse ravvisabile solo nel campo del diritto privato, comprendendovi, nell’ottica romana, sia il torto civile che il torto penale. Rispetto a questa estraneità nel processo criminale, si potrebbe replicare che l’elemento soggettivo richiesto nei *crimina* sarebbe stato sempre e soltanto il dolo; ma se la *culpa lata* deve qualificarsi come un “dolo attenuato” o, per dirla con il diritto intermedio, un “dolo presunto”, non si comprende perché non possa collocarsi anche in ambito criminale. La circostanza è complessa per cui non posso che rimettermi a chi se n’è occupato *ex professo*: ad una recente notazione sistematica di Paola Lambrini.⁹² Ciò nondimeno non mi sottraggo qualche spunto di riflessione sul possibile contenuto “criminale” della *culpa lata*, attraverso la lettura e l’analisi di alcuni testi dei libri 47 e 48 del Digesto, i cosiddetti *libri terribiles*.⁹³

⁹² Cfr. P. LAMBRINI, *La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica*, in *LR 4* (2015), 129-137; ID., *Il paradosso del dolo colposo*, in *Studi Urbinati 3-4* (2020), 579-594; ID., *Raggiro colposo e actio de dolo malo*, in *Tutele rimediale in tema di obbligazioni*, Torino 2015, 327-362; ID., *Il dolo tra Grecia e Roma*, in *Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino 2013, 469-481; ID., *Actio de dolo malo e risarcimento per fatto illecito*, in (a cura di) L. GAROFALO, *Actio in rem e actio in personam* cit., 585-608. Nella prospettiva della studiosa, l’*actio de dolo* non persegua solo ipotesi negoziali connotate da dolo specifico ma tutte le condotte in grado di arrecare un danno, qualora la stesse non fossero altrimenti sanzionate, ove il pretore avesse ritenuto meritevole di tutela la posizione del danneggiato (*si iusta causa esse videbitur*) secondo la clausola di promessa dell’azione. L’*actio de dolo* persegua qualunque violazione della buona fede desse luogo ad un danno altrimenti risarcibile: quindi una responsabilità al confine tra i due tipi tradizionali, da contratto e da delitto. Se dall’analisi dei casi di applicazione dell’azione è maturata un’ulteriore riflessione per la concessione della stessa, sarà stato sufficiente che la condotta fosse oggettivamente scorretta indipendentemente da una volontà specifica a danneggiare. Ciò non vuole dire che l’azione di dolo venisse concessa anche in caso di semplice colpa. Bisogna inoltre rilevare che il pretore dovesse accertare l’esistenza del dolo proprio nella fase *in iure*: il convenuto nei cui confronti fosse intentata l’azione, manifestava proprio allora il suo contegno malizioso, rifiutandosi di risarcire spontaneamente un danno da lui arrecato e non altrimenti sanzionato dal diritto.

⁹³ Nella settima ed ultima parte del Digesto, che comprende i cinque libri che vanno dal 45 al 50, trovano spazio i due *libri terribiles*. Essi trattano diverse fattispecie di reato, tendenzialmente criminali, tuttavia non mancano i riferimenti ai *delicta*. In C. 1.17.2.8a si legge: *Imperator Justinianus [...] Et post hoc duo terribiles libri positi sunt pro delictis privatis et extraordinari nec non publicis criminibus, qui omnem continent severitatem poenarumque atrocitatem. Quibus permixta sunt et ea quae de audacibus hominibus cauta sunt, qui se celare conantur et contumaces existunt: et de poenis, quae condemnatis infliguntur vel conceduntur, nec non de eorum substantiis (Data septimo decimo kalendas ianuarius Constantinopoli dn. Iustiniano PP. A. III consule)*. Dopo il titolo D. 47.1 dedicato ai delitti privati (*De privatis delictis*), sono annoverati molti reati, tra cui alcune figure che potrebbero rispondere a fattispecie più propriamente “civili”: il furto (47.2, *De furtis*), il danneggiamento di edifici o della vigna (47.3, *De tigno iuncto*), la sottrazione dell’eredità prima dell’adizione da parte dello schiavo, chiamato alla libertà per testamento (D. 47.4, *Si is, qui testamento liber esse iussus erit, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicitur*); e ancora il furto commesso da armatori, locandieri e titolari della stazione di cambio degli animali o da loro sottoposti (D. 47.5, *Furtis adversus nautas caupones stabularios*); il furto commesso dai servi (D. 47.6,

È allora lecito concludere sulla questione, argomentando come, più o meno compiutamente, il diritto dei decemviri ebbe ad imbattersi nelle figure embrionali del danno e della responsabilità extracontrattuale, le quali, con le cautele evidenziate, si sono estese sino al diritto vigente. La storia degli istituti ne rivela le differenze, o quanto meno, le peculiarità interpretative che ciascuna esperienza ha fornito; certo è che all'azione aquiliana, si sono affiancati rimedi che già la precedettero: l'azione per il danno prodotto da un animale (*actio de pauperie*), l'azione contro il danno causato da una condotta immateriale e fraudolenta del danneggiante (*actio de dolo*), il mezzo per il danno subito da chi si trovi a passare per una strada di normale transito, derivante dal contatto con cose gettate da un'abitazione che affaccia sulla stessa (*actio de effusis vel deiectis*). Sono tutte ipotesi che lasciano scorgere

Si familia furtum fecisse dicitur; l'abbattimento furtivo di alberi (D. 47.7, *Arborum furtim caesarum*). La rassegna continua con la rapina (D. 47.8, *Vi bonorum raptorum et de turba*), l'incendio della nave (D. 47.9, *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*), l'ingiuria (47.10, *De iniuriis et famosis libellis*). Seguono reati straordinari (D. 47.11, *De extraordinariis criminibus*): la violazione del sepolcro (D. 47.12, *De sepulchro violato*); la concussione (D. 47.13, *De concussione*); il furto di bestiame (47.14, *De abigeis*); la *praevaricatio* (D. 47.15, *De praevaricatione*); la *receptatio* (D. 47.16, *De receptatoribus*); il furto nei bagni (D. 47.17, *De furibus balneariis*); l'effrazione (D. 47.18, *De effractoribus et expilatoribus*); il furto dell'eredità giacente (D. 47.19, *Expilatae hereditatis*); lo stellionato (D. 47.20, *Stellionatus*); il *crimen termini moti* (D. 47.21, *De termino moto*); le associazioni illecite (D. 47.22, *De collegiis et corporibus*). Chiude il libro, il titolo *De popularibus actionibus* (D. 47.23). Il libro 48 si apre con la rubrica *De publicis iudiciis* (D. 48.1) in cui vengono fissate le prime nozioni sulla natura degli illeciti e dei giudizi pubblici, cui segue la descrizione di specifiche e particolari figure criminali che erano state disciplinate dalle leggi repubblicane, per poi passare in rassegna una serie di elementi più strettamente processuali. Si dice anzitutto degli atti che precedono il giudizio, ovvero dell'accusa e dell'iscrizione della causa (D. 48.2, *De accusationibus et inscriptionibus*), della custodia e della presentazione del reo (D. 48.3, *De custodia et exhibitione reorum*). Non manca la previsione tematica di alcuni crimini, disciplinati nei titoli che riguardano la lesa maestà (D. 48.4, *Ad legem Iuliam maiestatis*); l'adulterio (D. 48.5, *Ad legem Iuliam de adulteriis coercendis*); la violenza pubblica (D. 48.6, *Ad legem Iuliam de vi publica*); la violenza privata (D. 48.7, *Ad legem Iuliam de vi privata*); l'omicidio e il veneficio (D. 48.8, *Ad legem Cornelianam de sicaris et veneficis*); il parricidio (D. 48.9, *De lege Pompeia de parricidiis*); il falso (D. 48.10, *De lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano*); il *crimen repetundarum* (D. 48.11, *De lege Iulia repetundarum*); l'incetta di generi alimentari (D. 48.12, *De lege Iulia de annonae*); il peculato (D. 48.13, *Ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegis et de residuis*); il *crimen ambitus* (D. 48.14, *De lege Iulia ambitus*); il plagio (D. 48.15, *De lege Fabia de plagiaris*). Tre titoli sono dedicati al procedimento criminale: *Ad senatus consultum Turpilianum et de abolitionibus criminum* (D. 48.16); *De requirendis vel absentibus damnandis* (D. 48.17); *De quaestionibus* (D. 48.18) ed altrettante rubriche alle pene criminali con le relative conseguenze per il patrimonio del reo: D. 48.19, *De poenis*; D. 48.20, *De bonis damnatorum*; D. 48.21, *De bonis eorum, qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt vel accusatorem corruerunt*. Un titolo a parte riguarda la pena dell'interdizione e della relegazione (D. 48.22, *De interdictis et relegatis et deportatis*). Concludono la serie i titoli sulla *restitutio* del condannato, anche sotto il profilo patrimoniale (D. 48.23, *De sententiam passis et restitutis*) e sulla sepoltura dei cadaveri dei condannati (D. 48.24, *De cadaveribus punitorum*).

la tipicità dell'approccio romano, il quale non si adopera con clausole generali di danno ma enfatizza la peculiarità delle singole fattispecie, strutturandole diversamente rispetto a quella aquiliana;⁹⁴ l'ultima, in particolare, innova sotto due profili: da una parte, dilata la nozione di danno anche al ferimento o all'uccisione di un uomo libero, dall'altra supera la logica della responsabilità soggettiva, introducendo quella oggettiva di chi abita la casa dalla quale sia stato gettato qualcosa.⁹⁵

⁹⁴ La vicenda successiva, dai glossatori fino agli umanisti, è ispirata alla tendenziale conservazione delle scelte romane da cui i giuristi prendono spunto per estendere l'ambito di applicazione dell'azione aquiliana. È ciò che accade per il risarcimento del danno da uccisione dell'uomo libero. È noto che i Romani si siano spinti fino a riparare con l'*actio de effusis vel deiectis* la morte e il ferimento di un uomo libero, introducendo un parametro fisso di quantificazione per la morte e una misura ispirata all'equità per il ferimento, sempre nel rispetto del divieto di quantificazione del corpo dell'uomo libero. Anche l'azione aquiliana era stata estesa a tutelare il ferimento di un *filius familias*, riconoscendo al padre il rimborso delle spese mediche e della diminuita capacità lavorativa del figlio (*operae*). Sarà quest'ultimo caso a ispirare i glossatori prima, i commentatori e gli umanisti poi, nell'usare i medesimi criteri per risarcire il danno derivante dall'uccisione di un uomo libero: le *operae*, le attività che l'ucciso avrebbe potuto realizzare nella sua vita e di cui gli stretti congiunti, ma non solo: la prassi giudiziale apre anche al socio d'opera o di mestiere, vengono privati. Una maggiore autonomia dalle fonti romane si può leggere nella scelta di valorizzare, nel risarcimento del danno, gli interessi particolari del danneggiato in relazione allo specifico bene distrutto. Nasce la nozione di "*interesse singulare*" che, in prospettiva, apre la strada al risarcimento di danni non patrimoniali. Quanto alle altre azioni di danno, va registrata la rilettura degli umanisti dell'*actio de dolo* in chiave sostanziale, ponendo le premesse per la creazione del dolo come vizio della volontà negoziale. Cfr. P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e risarcimento per fatto illecito* cit., 585 ss.; S. ALIČIĆ, *The Legitimacy of Raising Aquiliana Claim in the Case of Destruction of an Obligation Relation Object*, in *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2 (2011), 359-380.

⁹⁵ La riflessione dei giusnaturalisti è di gran lunga più autonoma dalle fonti romane di quella dei giuristi precedenti, anzi in alcuni casi si registra un'aperta opposizione all'impostazione romana. Questo è il motivo per cui gli antichi istituti romani vengono ridisegnati con forme e contenuti nuovi e in questa veste vengono consegnati ai legislatori europei. Il precursore di questa tendenza è senz'altro Grozio, il quale che nella sua definizione di *maleficium* la perfetta sintesi del passato e del futuro. Il danneggiamento aquiliano viene inserito all'interno di una categoria generale, il *maleficium* appunto, che supera la tipizzazione romana anticipando le clausole generali dei codici moderni. Anche la centralità della condotta colposa del danneggiante costituisce un modello per le moderne definizioni di danno extracontrattuale, così come l'attenzione per gli interessi non patrimoniali del danneggiato, quali il corpo, l'onore, la libertà della persona, porrà le premesse per il moderno danno alla persona. Il vero punto di svolta è rappresentato dai contributi dei giusnaturalisti più tardi che hanno ridisegnato la configurazione del danno e della responsabilità extracontrattuale prendendo le distanze dal modello romano, talora in maniera polemica, si pensi a Christian Thomasius che rifiuta il riferimento alla colpa nella condotta dannosa, creando la moderna responsabilità oggettiva come responsabilità senza colpa, talora in nuove sintesi che favoriscono la configurazione risarcitoria dell'azione di danno, legandola strettamente alla tutela proprietaria. Pur nella differenza delle soluzioni specifiche adottate dai codici europei, i grandi dibattiti della tradizione giuridica intermedia, mediati dalla rilettura del giusnaturalismo, sottendono la stesura delle disposizioni sul danno e sulla responsabilità extracontrattuale. Sono gli stessi giusnaturalisti a lavorare a fianco del legislatore e, in alcuni casi, a divenire loro stessi codificatori, concen-

Alcuni attuali esiti normativi, mutuati direttamente dal diritto romano, forniscono una chiave interpretativa per affrontare certi dubbi irrisolti in materia di danno e responsabilità extracontrattuale circa i quali continuano a confrontarsi la dottrina e la giurisprudenza europee. Ne vanno segnalate tre in particolare: 1) il risarcimento del danno meramente patrimoniale; 2) la configurazione del danno non patrimoniale; 3) la natura della responsabilità per fatto altrui. In Italia, nonostante il legislatore abbia scelto una clausola generale di responsabilità, gli interpreti hanno inizialmente limitato l’ambito di applicazione della norma alla tutela dei diritti assoluti. Solo attraverso una serie di ampliamenti successivi si è giunti all’ultima frontiera del risarcimento del danno extracontrattuale, rappresentata dal danno meramente patrimoniale, ovvero sia un danno disancorato da qualsiasi lesione alla proprietà o all’integrità fisica di un bene. L’assenza del danno in senso tradizionale ha condotto la dottrina e la giurisprudenza a preferire il risarcimento nelle forme della responsabilità contrattuale, introducendo la nozione di “obbligazione senza prestazione” che trova la sua fonte nel contatto sociale, per giustificare un regime risarcitorio più favorevole al danneggiato. A ben vedere, però, la scelta della clausola generale di responsabilità, nella quale sono confluite (durante la tradizione intermedia) perdite meramente patrimoniali, che i Romani sanzionavano con l’azione di dolo, fa sì che l’art. 2043 del codice civile sia in grado di assicurare per sua natura la tutela di queste forme di danno. Ma vi è di più. Non senza asimmetria e parziali contraddizioni, accanto alla clausola generale di responsabilità civile il legislatore italiano del 1942 ha introdotto un nuovo articolo sul danno non patrimoniale (art. 2059 codice civile) che ha finito per raccogliere tutti i danni alla persona, dal danno morale, al danno biologico e, con alterne vicende,

trandosi su tre profili in particolare: 1) una nozione ampia di danno, in modo tale da assicurare al danneggiato una riparazione esaustiva delle perdite subite; 2) il criterio soggettivo della responsabilità; 3) il risarcimento del danno non patrimoniale. Mentre in Francia e in Italia viene preferita la soluzione della clausola generale di responsabilità, ispirata al precetto di diritto naturale del *neminem laedere* dalla cui violazione nasce l’obbligo al risarcimento del danno, in Germania viene scelta una soluzione intermedia tra la clausola generale e la tipizzazione delle fattispecie di danno — soluzione che garantisce in ogni caso la più ampia risarcibilità. Allo stesso modo, il criterio soggettivo della responsabilità (dolo o colpa) è uniformemente recepito come criterio cardine del danneggiamento extracontrattuale, pur non escludendo ipotesi di responsabilità oggettiva — penso soprattutto ad alcune forme di responsabilità per fatto altrui. Anche il risarcimento del danno non patrimoniale — figura faticosamente emersa nella tradizione intermedia che il giusnaturalismo consacra come autonoma voce di danno — è recepito nei moderni codici, divenendo la sede naturale della tutela del danno alla persona. Nei codici europei la responsabilità extracontrattuale ha natura risarcitoria, anche se l’originaria componente sanzionatoria del danno aquiliano e delle lesioni alla persona (*iniuriae*), queste ultime ricomprese nella nozione di danno grazie alla riflessione intermedia, non è andata completamente perduta. È proprio la riparazione del danno non patrimoniale, per sua natura non quantificabile secondo parametri certi, a conservare questo profilo sanzionatorio, tema oggi di grande attualità in rapporto ai *punitive damages* di matrice anglosassone.

quello esistenziale, portando a compimento la linea che il giusnaturalismo ha tracciato nitidamente. Infine, sulla difficoltà di definire la natura della responsabilità per fatto altrui pesa l’eredità del paradigma romano che la dottrina giusnaturalistica non abbandona ma modifica, senza però rispettarne la logica. Si viene così a creare un modello ibrido che giustifica la moderna ambiguità interpretativa della responsabilità indiretta. Una tale ricostruzione, consente di evidenziare le linee di continuità e i momenti di rottura nella tradizione civilistica, utili sia a contestualizzare e comprendere meglio alcuni problemi attuali in materia di responsabilità civile, sia a superare il rischio di sovrapposizioni concettuali che possono alterare l’interpretazione dei fenomeni giuridici più antichi.

4. ILLECITI E SANZIONI NELL’ESERCIZIO DELL’AGRICOLTURA E DELLA PASTORIZIA

Le informazioni offerte dalle fonti antiche sulla successione e la collocazione delle norme nelle XII Tavole sono così esigue (pur a fronte delle numerose citazioni pervenute) da implicare un notevole sforzo ermeneutico ai fini di qualsiasi ricostruzione. Sono state avanzate nel corso degli anni diverse proposte palinogenetiche, caratterizzate per la maggior parte da singolare originalità, mi riferisco soprattutto a quelle di Oliviero Diliberto, Maria Floriana Corsi, Ulrico Agnati, Lorenzo Franchini ed altri ancora.⁹⁶ In tale ottica, assume un particolare rilievo la lettura giustificata dall’esame del quarto libro del commento di Gaio alle XII Tavole. Vi risultano trattati l’incendio della casa e/o dei covoni, puniti con la *vivicombussio*⁹⁷ di cui già ho accennato relativamente alle ipotesi attenuate; la disciplina dei *collegia* e delle *sodalitates*;⁹⁸ l’analisi del lemma ‘*venenum*’, legato alla norma concernente il *malum carmen* e gli incantesimi contro il raccolto;⁹⁹ l’*actio finium regundorum*;¹⁰⁰ la definizione di *glans*¹⁰¹ (presumibilmente

⁹⁶ Cfr. per tutti O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi* cit.; M.F. CURSI (a cura di), *L’autonomia dei privati nelle XII tavole e nell’interpretatio*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento* (801-816), Napoli 2018; U. AGNATI, *Le dodici tavole: il versetto VII, 8 a l’actio aquae pluviae arcendae*, Cagliari 2000; Id., *Legis Duodecim tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari 2002.

⁹⁷ V. D. 47.9.9; D 48.19.28.12. Se l’incendio fosse stato volontario e premeditato, secondo le regole del processo privato sarebbe stata inflitta una pena severa: l’autore era legato, malmenato e bruciato sul rogo. Cfr., per tutti, i rilievi ancora attuali di V. RAGUSA, *Le XII Tavole*, Roma 1925.

⁹⁸ V. D. 47.22.4.

⁹⁹ V. D. 50.16.236. Per le fonti sul testo cfr. 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, 100 ss.; nt. 26.

¹⁰⁰ V. D. 10.1.13.

¹⁰¹ V. D. 50.16.236.1.

te a proposito dell’*actio de glande legenda*). Si tratta di cinque riferimenti ad altrettante norme decemvirali che sembrano presentare un unico comune denominatore: il legame a vario titolo con la regolamentazione di interessi legati alla terra ed all’esercizio dell’agricoltura (tutt’al più si potrebbe cogliere qualche incongruenza a proposito dell’inserimento dei *sodales* in questo novero). Tali norme prevedono anche la difesa, con le relative sanzioni, sotto un profilo che si è già definito “penalistico”: si pensi alla pena dell’incendiario del raccolto. Il dato non è di poco momento: le norme criminali delle XII Tavole non sarebbero state collocate sotto il profilo unitario dei divieti e delle relative sanzioni bensì sotto il profilo degli interessi reali e dei diritti di volta in volta protetti. Un altro elemento può essere correlato a questo ragionamento. Nella decima tavola (l’ultima del codice, prima delle due del secondo decemvirato) sono disciplinati i funerali.¹⁰² Sulla base delle testimonianze ciceroniane tratte dal *De legibus*, la materia era trattata anche prevedendo espliciti divieti e le sanzioni conseguenti (il dato non è posto in discussione dalla dottrina maggioritaria). Da queste considerazioni si può trarre una conclusione: le norme concernenti le proibizioni e le relative pene sono state poste nel codice decemvirale non già in un’unica tavola ma in ambiti diversi sulla base, di volta in volta, delle materie disciplinate, degli interessi da tutelare e delle contravvenzioni da reprimere. In tal modo sarà stato più semplice per i codificatori rispondere alle esigenze di un’età che non conosce ancora lo schema *genus-species* e nella quale, pertanto, sarà stato problematico ragionare in termini di “diritto penale” quale categoria unitaria e distinta rispetto alle altre materie (né lo stato delle cose, riuscirà a mutare nei secoli immediatamente successivi).

5. GLI ILLECITI “MAGICI” CONTRO LE ATTIVITÀ AGRICOLE (TAB. VIII, 8)

Una ricostruzione compiuta dei criteri che radicano lo *ius sacrum* nel diritto delle XII Tavole, a tutela del patrimonio agricolo contro la magia,¹⁰³ richiederebbe uno studio che non può essere contenuto nei limiti di questa conferenza. Mi limiterò a qualche dato problematico che suggeriscono la

¹⁰² Cfr. M.F. CURSI, *Le norme in materia di sepoltura*, in M.F. CURSI (a cura di), *XII Tabulae testo e commento* cit., II, 703-720; L. D’AMATI, *Dis manibus (sacrum). La sepoltura nel diritto della Roma pagana*, Bari 2021.

¹⁰³ Cfr. DRIEDIGER MURPHI L.-EIDINOW E., *Antica Divinazione ed esperienza*, Oxford 2019; E. EIDINOW, *Modelli di persecuzione: processi di “stregoneria” nell’Atene classica*, in *P&P* 208 (2010), 9-35; ID., *Oracoli, maledizioni e rischi tra gli antichi Greci*, Oxford 2007; C. ORTIZ CARCÍA, *Malum carmen incantare*, in *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo X (Derecho Penal)*, Madrid 2021, 430-440, cui rinvio per la più recente letteratura. Cfr. anche L. PEPE, voce *Excantare, incantare, occentare. Tre reati delle Dodici Tavole* cit., 417-418; ID., *Diritto e magia* cit., 360 ss.

Tab. VIII, 8 a e la *Tab. VIII, 8 b* (ma anche la *Tab. VIII, 9* e la *Tab. VIII, 10*). I precetti decemvirali relativi agli *incantamenta* sulle messi (*traductio segetum*), sono riferiti da numerosi testi letterari, i quali però hanno indotto parte della dottrina a negare la duplicità delle previsioni enunciate dalla *Tab. VIII, 8*; ciò soprattutto sulla base di una più attenta analisi del significato del verbo *excanto*. Da qui l’ausilio degli eruditi latini circa l’utilizzo di locuzioni quali “*excantare significat excludere*” e “*excantare magicis carminibus obligare*”, le quali convergono, per l’appunto con *excanto*, nel riferire complessi rapporti tra spirito e materia, propri delle più antiche credenze animistiche, sottolineando elementi da cui sarebbe lecito trarre che la previsione “*qui fruges excantassit*”, diversamente da quanto è consacrato nella *Tab. VIII, 8 b* che vieta la “*pellectio alienae segetis*”, si riferirebbe all’*incantamentum* volto a distruggere i raccolti (privando la pianta della sua “volontà vitale”). È chiaro che una simile conclusione vada accolta con cautela, atteso che una definitiva interpretazione del significato della *Tab. VIII, 8*, nelle sue complesse implicazioni giuridico-sacrali, postula una più accurata disamina circa il generale sistema posto dai decemviri a tutela del patrimonio cerealicolo. È allora bene procedere con ordine.

La *Tab. VIII, 8 a* e la *Tab. VIII 8 b* attestano contro le messi due diverse fattispecie:

1. *QUI FRUGES EXCANTASSIT*
2. *NEVE ALIENAM SEGETEM PELLEGERIS*

delle quali però non aggiungono altro. Le due ipotesi si differenziano per le condotte che integrano e gli scopi a cui si rivolgono: la prima (*Tab. VIII, 8 a*) all’“*incantare malum carmen*” (*quid? Non et legum ipsarum in duodecim tabulis verba sunt: qui fruges excantassit, et alibi: qui malum carmen incantassit?*);¹⁰⁴ l’altra (*Tab. VIII, 8 b*) all’*incantamentum* finalizza-

¹⁰⁴ V. Plin. *Nat. Hist.* 28, 2,4. La norma pone la stura ad un vivace dibattito tra gli studiosi, circa la natura dell’illecito che si intese reprimere. Una parte della dottrina ha colto nella fattispecie, sulla base di antiche testimonianze letterarie e di un passo delle *Pauli Sententiae* (PS 5, 4,6; AUG., *civ. Dei* 2, 9), il reato di diffamazione verbale, punito, secondo quanto afferma Cicerone (Cic. *De rep.* 4, 12), con la pena capitale, probabilmente a causa del totale isolamento sociale al quale la vittima è costretta. Cfr. TH. MOMMSEN, *op. cit.*, 794 ss.; CH. BRECHT, sv. *Occentatio*, in RE 34, Stuttgart 1937, col. 1752 ss.; A. MOMIGLIANO, *recensione* a L. ROBINSON, *Freedom of Speech in the Roman Republic*, in *The Journal of Roman Studies* 32 (1942), 120 ss.; K. LEONHARD, sv. *Carmen famosum*, in RE 6, Stuttgart 1899, col. 1593; I. PFAFF, sv. *Libellus famosus*, in RE 13, Stuttgart 1926, col. 28 ss.; E. CUQ, sv. *Injuria*, in DS 3.1, Paris 1900, 519 ss.; A. BERGER, sv. *Occentare*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, 606; G. CRIFÒ, *Diffamazione e ingiuria*, in ED 12, Milano, 1964, 470; A.M. TUPET, *La magie dans la poésie latine*, Paris 1976, 166 ss.; G. LEPOINTE, *L’occentatio de la loi des XII Tables d’après Saint Augustin et Cicéron*, in *Revue internationale des droits de l’antiquité* 2 (1955), 287 ss.; H. USENER, *Italische Volksjustiz*, in *Rheinisches Museum für Philologie* 61 (1901), 2 ss.; E. FRAENKEL, *recensione* a F. BECKMANN, *Zauberei und Recht in Romsfrühzeit*, in *Gnomon* 1(1925), 185

to a una «*traductio segetem*»: *magicis quibusdam artibus hoc fiebat: unde est in XII Tabulis neve alienam segetem pellixeris*». ¹⁰⁵ Nell’incertezza delle lacune decemvirali, si ritiene comunemente ¹⁰⁶ che il *qui fruges excantassit* riferisca un rito magico mentre l’*alienam segetem pellicere un lucrum facere*, un furto perpetrato attraverso pratiche magiche. La pena prevista in generale per tali pratiche sarebbe stata la *sacertas*. ¹⁰⁷

Nel *qui fruges excantassit* va quindi ravvisata un’operazione magica: attraverso il *maleficium*, le *fruges* sono liberate dalla *spica* prima che giungano a maturazione, cadendo al suolo e marcendo. ¹⁰⁸ Questo ragionamento non regge ad un più attento esame del significato di *excanto*, soprattutto sulla base di quei testi che, pur prescindendo dallo stesso, ricorrono ad un’altra terminologia per descrivere magie di tal genere: sulla scorta di diversi dati,

ss. L’altra opinione è più recente. L’illecito sarebbe stato integrato dall’esercizio di pratiche magiche nocive, parallelamente all’altra fattispecie, riportata sempre da Plinio (*Nat. Hist.* 28, 2, 4, 17), circa l’incantamento delle messi. Cfr. R. MASHKE, *Die Persönlichkeitsrechte des Römischen Iniuriensystems*, Breslau 1903, 11 ss.; P. HUVELIN, *La notion de l’‘iniuria’ dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1903 (rist. Roma 1971), 18 ss.; F. BECKAMANN, *Zauberei und Recht in Romsfrühzeit*, Osnabrück, 1923, 40 ss.; T. FRANK, *Naevius and Free Speech*, in *American Journal of Philology*, 48 (1927), 105 ss.; L. DE SARLO, *La prigionia di Nevio*, in *Studi italiani di filologia classica*, 12 (1935), 215 ss. Le due ipotesi contrastanti si fondano su due testimonianze parimenti importanti; se da un lato Plinio (*Nat. Hist.* 28, 2,4,18) cita la norma decemvirale attribuendole indubitabilmente un significato magico, dall’altro Cicerone (*De rep.* 4, 12) adduce, anch’egli, una norma decemvirale che per alcuni aspetti potrebbe sembrare la stessa richiamata da Plinio ma in un contesto che non lascia incertezze sulla natura diffamatoria dell’illecito. Sicchè, come osserva B. BISCOTTI, *Malum carmen incantare e occentare nelle XII Tavole* cit., 21 ss., bisogna ormai riconoscere la natura magica dell’illecito avanzata da Plinio, anche grazie ai nuovi apporti sulla previsione parallela relativa alle *fruges*.

¹⁰⁵ V. Serv. *Comm. in Verg. Buc.* 8, 99.

¹⁰⁶ In particolare K.G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, Gradenwitz-Tübingen 1909, 330 ss.

¹⁰⁷ L. PEPE, *Diritto e magia* cit., 360 ss.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta* cit., 327 ss.

¹⁰⁸ In particolare P. HUVELIN, *La notion de l’‘iniuria’* cit., 38 ss.; L. LANDUCCI, *Storia del diritto romano*, 2 ed., Verona-Padova 1898, III, 1002 ss. (il quale, ponendo in risalto il carattere religioso e pubblico di questi delitti, individua due fattispecie, distinguendo tra «magie contro i frutti e le messi altrui»); C. FERRINI, *op. cit.*, 223 nt. 3; ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, 7 ed., Napoli 1975, 74 ss. («a danno delle messi hanno natura magica il “*fruges excantare*”, diretto a impedire che la messe maturi, e l’“*alienam segetem pellicere*”, opera di stregoneria con la quale si pretendeva che i cereali del campo preso di mira potessero trasferirsi nel fondo dell’incantatore»); B. SANTALUCIA, in *Lineamenti di storia del diritto romano (sotto la direzione di M. Talamanca)*, Milano 1979, 131: «chi maledice i raccolti o tenta di attrarre con incantesimi nel proprio campo le messi del vicino è punito (probabilmente) con la morte». È opportuno notare come la mancata corrispondenza tra le forme verbali con cui vengono testimoniati i due divieti previsti da *Tab. VIII, 8 a e b* alimenta i dubbi degli interpreti circa la forma “*pellixeris*” riportata da Servio, in quanto, a differenza di “*excantassit*”, risulta espressa (nel modo congiuntivo e non in quello imperativo) con la seconda persona singolare anziché con la terza. Cfr. R. SCHOELL, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Lipsiae 1866, 49 ss.; J. WORDSWORTH, *Fragments and specimens of early latin*, Oxford 1874, 527.

per lo più, non giuridici, il verbo renderebbe il senso di *traducere* (*magicis carminibus*) o, in ogni caso, quello di una traslazione fisica delle messi, oggetto della stessa magia. Nel *Lexicon Totius Latinitatis* di Forcellini, alla voce *excanto* si legge: «[...] excanto est incantationibus, veneficiis et magicis artibus elicio, evoco, exire facio, traduco, transfero: nam incantamenta plerumque carminibus et cantionibus fiunt». E ancora più avanti si aggiunge: «[...] legum in duodecim Tabulis verba sunt: Qui fruges excantassit. h. e. ex agro vicini in suum incantationibus transtulisset; id enim carminibus posse fieri, vulgo credebant».¹⁰⁹ Il *Thesaurus Linguae Latinae* reca invece una portata fisicamente meno accentuata del verbo «[...] i.q. carmine, incantatione usum foras citare, exire iubere, evocare (hic illic sic ut evocatum quasi evanidum reddatur) e con riferimento alla previsione “*qui fruges excantassit*” precisa «[...] i.cantando mag. carmine “foras”, e loco suo ciere ita, ut evanescant».¹¹⁰ In tal modo non è confortata l’interpretazione tradizionale del precetto decemvirale, nel senso di una mera magia, ma neanche l’apprensione materiale, tradotta da Forcellini («fruges ex alieno in suum agrum c. m. traducere»)¹¹¹ Gravata da una tale difficoltà interpretativa la dottrina maggioritaria ritiene, allora, di sovrapporre il significato del verbo *pellicere* a quello di *excantare*, interpretandolo nel senso di un trasferimento (materiale) delle messi altrui nel proprio campo: come se i due illeciti distinti fossero ricondotti ad un’unica previsione criminosa.¹¹² Rapportando “*fruges excantare*” a “*foras, e loco suo ciere ita, ut evanescant*”, si spiega come le *fruges*, una volta *e loco suo citae et evanidae*, possano essere trasferite nel campo dell’*incantator*.¹¹³ La nozione di “*foras e loco suo ciere ita,*

¹⁰⁹ V. E. FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis* Padova, 1940 (1864-1890), II, sv. ‘excanto’, 333: «EXCANTO, as, āvi, ātum, are, a. 1 (ex et canto).

¹¹⁰ V. Th. L.L., V,2, sv. “excanto”, 1202, 1 ss. «excanto, - āvi, - ātum, - āre. ab ex et canto».

¹¹¹ In tal senso cfr. anche A.D. MANFREDINI, *La diffamazione* cit., 27 nt. 94.

¹¹² Cfr. A.D. MANFREDINI, *La diffamazione* cit., 27 ss., secondo cui il significato di “*excantare*” potrebbe contenere entrambe le fattispecie (rovina e sottrazione del raccolto) in quanto l’espressione “*alienam segetem pellicere*” andrebbe ridotta ad un’«interpretazione volgare e corrente della locuzione originaria *fruges excantare*, la quale descrive, degli incantamenti ai frutti, quello occasionalmente prevalente, cioè quello che guadagna all’autore i frutti del vicino». A sostegno di questa ricostruzione, Manfredini cita la definizione di “*excanto*” confutata, come si è visto, dal *Thesaurus*, ma ancora presente nel *Lexicon* di Forcellini «excanto est incantationibus, veneficiis et magicis artibus elicio, evoco, exire facio, traduco, transfero». Su tali basi è possibile sostenere che «*excantare* non significa fare un incantamento volto a distruggere qualcosa ma a sottrarre qualcosa e, nelle XII Tavole, a sottrarre i frutti altrui»; per cui «tanto il caso in cui il mago voglia trasferire a proprio profitto i frutti da un campo nel proprio, quanto il caso che voglia lasciare il campo spoglio di frutti, rientrano entrambi concettualmente nell’*excantare*».

¹¹³ La definizione del *Thesaurus* si discosta da quella di Forcellini (pur senza rifiutarla in modo esplicito) soprattutto nel momento in cui disattende qualsiasi portata materiale degli effetti dell’operazione «magica» resa con il verbo “*excanto*” (portata materiale che è invece

ut evanescent” riferita a “*fruges excantare*” non tradisce alcuna bizzarria tra gli effetti di un tale *incantamentum* e quelli descritti con “*alienam segetem pellicere*”: se *excanto* è inteso in senso più o meno fisico, il divieto di “*fruges excantare*” ricomprenderà anche, e soprattutto, l’*incantamentum* diretto all’impossessamento dell’altrui raccolto. Seguendo questa impostazione, anche la testimonianza di Servio,¹¹⁴ circa l’esistenza nella legislazione decemvirale di un’espressa proibizione di “*alienam segetem pellicere*” (*Tab. VIII, 8 b*) non risulterebbe più attendibile.¹¹⁵ L’interpretazione del verbo *excanto* nel senso di una traslazione fisica, troverebbe fondamento in alcuni passi, in massima parte poetici, che, al fine di esemplificare gli effetti sensibili dei *carmina magica*, descrivono, o, comunque, menzionano, accadimenti sovranaturali relativi, in particolare, alle messi.¹¹⁶ Si tratta, però, di testi in cui non compare il verbo *excanto*, per cui, secondo un’impostazione rigorosa, andrebbero anch’essi riferiti al significato esoterico del verbo *pellicio*: sono trattati *incantamenta* diretti a trasferire altrove le messi oggetto dell’operazione magica, ponendosi di tal guisa sotto il regime della *Tab. VIII, 8 b* più che sotto quello della *Tab. VIII, 8 a*¹¹⁷ dove la relazione si rivela sez’altro forzata. Non si può mettere a confronto “*traducere messis*” con “*qui fruges excantassit*” di *Tab. VIII, 8 a*, nonché attraverso l’analisi di altri passi poetici simili, onde spiegare il concetto tecnico-esoterico espresso da *excanto*. In realtà, se l’uso di verbi quali *traduco*, *transfero* o *transeo* dovesse assumere un qualche rilievo ai fini di una ricostruzione antiquaria, ciò troverebbe senso solo in rapporto al “*neve alienam segetem pellexeris*” di *Tab. VIII, 8 b*. La descrizione degli effetti dei *carmina magica*, contenuta negli stessi testi, appartiene ad un medesimo luogo retorico: si tratta di uno stereotipo dei poteri magici che ha molteplici riscontri nella letteratura latina e che si incentra in alcuni temi ricorrenti: quello delle messi, del serpente, del sepolcro, della luna o degli astri, nonché degli *incantamenta* sulle nubi e sulla pioggia, sul suolo, ed altri fenomeni ancora.¹¹⁸ Nella semplificazione

implicita nell’uso di verbi quali “*traduco*” e “*transfero*”, i quali rimandano ad una traslazione spaziale dell’entità fisica oggetto dell’incantamento nella sua consistenza corporea). Non può quindi escludersi che anche il *Thesaurus Linguae Latinae* interpreti il verbo “*excanto*” nel senso di “traslare” (*magicis carminibus*), da un luogo all’altro, l’entità (persona, animale o cosa) oggetto dell’*incantamentum*.

¹¹⁴ V. Serv. *Comm. in Verg. Buc.* 8,99.

¹¹⁵ In tal senso cfr. A.D. MANFREDINI, *La diffamazione* cit., 27 ss.

¹¹⁶ V. Verg. *Ecl.* 8,99 (“*satas alio vidi traducere messis*”); Ovid. *Rem. Am.* 255 (“*non seges ex aliis alios transibit in agros*”); Tib. *El.* 1, 8,19 (“*cantus vicinis fruges traducit ab agris*”); Nemes. *Ecl.* 4, 70ss (“*cantavit [...] quo migrant satas*”).

¹¹⁷ K.G. BRUNS, *op.cit.*, 30 ss.

¹¹⁸ Per una lettura critica dell’apologia di Apuleo mi limito a segnalare, C. MARCHESI (a cura di), *Apuleo, Della magia*, Sellerio, 1992; R. PARADISO-M. MANCINI-E. FILIGRANA, *Saggi sull’argomentazione giuridica*, Torino 2017.

del loro contenuto è possibile scorgere l'intenzione di rifarsi a fattori codificati quanto alla definizione delle pratiche magiche; tanto da far ritenere che le loro variazioni non siano dovute a più approfondite conoscenze esoteriche quanto alla ricerca di un'originalità estetica. Ne consegue l'irrelevanza in rapporto alle primigenie concezioni animistico-religiose latine e, dunque, la scarsa possibilità di trarre da essi elementi filologici su cui radicare il significato tecnico di un termine legato ad istituti tanto antichi, quale risulta quello del verbo *excanto* (che peraltro, giova ripeterlo, in tali passi non compare affatto). Tali testi sono ispirati ad una comune matrice retorico-letteraria che nulla aggiunge alla conoscenza delle antiche concezioni magiche: non offrono spunti d'indagine né per una ricostruzione più esatta delle modalità con cui fu concepita originariamente l'azione contro i *mala carmina* né, tantomeno, per meglio interpretare il significato del verbo *excanto* che vi risulta estraneo. La sola prova che pare fornire una giustificazione plausibile della locuzione “*traducere messis*” si trova nel *commentarius* di Servio, il quale non pone la locuzione in relazione con il verbo “*excanto*” (e quindi con la previsione decemvirale “*qui fruges excantassit*” della *Tab. VIII, 8 a* ma ne fornisce la spiegazione sulla base del “*neve alienam segetem pellexeris*” della *Tab. VIII, 8 b*).

La testimonianza serviana, dove la locuzione “*traducere messis*” non è messa in relazione al verbo “*excanto*” ma al verbo “*pellicio*”, non è isolata: muovono nella stessa direzione altri testi, i quali, sebbene in maniera meno esplicita, confermano la netta differenziazione tra la previsione di *Tab. VIII, 8 a* ed il divieto di “*alienam segetem pellicere*” (*Tab. VIII, 8 b*).¹¹⁹ Ciò nondimeno, mi sento di escludere che la “*pellectio alienae segetis*” e l'atto di “*excantare magicis carminibus*”, possano essere identificati in un unico illecito, qualificando alla stregua di una bizzarra duplicazione le pratiche magiche descritte da *Tab. VIII, 8 a* e *Tab. VIII, 8 b*. Le fonti non attestano che nel concetto di “*excantare*” rientri, oltre al danneggiamento del raccolto, anche la sottrazione delle messi altrui; esse si limitano a riferire che, tanto nella fattispecie consistente nell’ “*excantare fruges*” quanto nella “*pellectio alienae segetis*” l'illecito è compiuto *magicis carminibus*. Altri fattori sostengono questo ragionamento. L'esame di alcuni testi latini¹²⁰ appaiono ben lontani dal fornire del verbo “*excanto*” quella

¹¹⁹ V. *Apol.* 47 [...] magia ista, quantum ego audio, res et legibus delegata, iam inde antiquitas XII tabulis propter incredundas frugum inlecebras interdica, igitur et occulta non minus quam tetra et horribilis, plerumque noctibus vigilata et tenebris abstrusa et arbitris solitaria et carminibus murmurata.

¹²⁰ È opportuno segnalare la scarsa attenzione prestata dagli studiosi moderni alle definizioni del verbo *excanto*, tramandate dalle fonti latine: nel *Thesaurus*, per esempio, viene trascurata l'espressione «EXCANTARE devocare cantando» (Adnot. Lucan. 6, 686) ovvero quella che, tra le tante definizioni pervenute, potrebbe suffragare la definizione “*foras citare, exire iubere, evocare*” recata appunto dal *Thesaurus*. Cfr. F. ZUCCOTTI, *op. cit.*, 82 ss.

nozione di “*foras citare*” o addirittura di “*traducere*”. “*excantare*” è definito da Servio, nel già citato passo del *commentarius*, come “*obligare*”, ossia “legare a sé”, e quindi «impadronirsi» (in senso non propriamente fisico) di qualcuno o di qualcosa:¹²¹ in pratica, un concetto molto vicino a quello espresso dal verbo «ammaliare» («*incantare*» per l’appunto). Altrettanto lontana dalle definizioni dei moderni vocabolari è la definizione di “*excanto*” recata da Nonio Marcello:¹²² l’affermazione “*excantare significat excludere*” si può interpretare agevolmente se si considera, innanzitutto, come in essa l’accezione in cui viene inteso il verbo “*excludo*” sia spiegata attraverso la citazione del verso plautino (“*excantare cor*”),¹²³ riportato immediatamente di seguito alla definizione stessa: citazione che è la medesima cui ricorre Servio per suffragare l’asserzione secondo cui “*excantare est magicis carminibus obligare*”. Ciò dimostra come ogni ipotetica discordanza tra le due definizioni sia da considerare, verosimilmente, apparente. Sulla scorta dell’equiparazione che Nonio Marcello pone tra il significato di “*excanto*” e quello di “*excludo*”, è bene verificare con attenzione il significato in cui viene inteso il secondo, muovendo dall’altra definizione contenuta nella medesima opera lessicografica¹²⁴ «excludere dicitur eicere. Terentius in Eunuchis: *exclúsit. Revocat. Rédeam? Excludere, liberare. Lucilius lib. XXVII: *primum quá virtute sérvitute exclúserit**». La locuzione “*excantare significat excludere*” rende il secondo verbo nel senso di “*eicere*”, “*liberare*”, “*exigere*”: ovvero nel senso di “*separare*” (per un verso, liberando, e per un altro, impossessandosene) qualcosa di materiale o di spirituale dal corpo che lo contiene.¹²⁷ Un tale significato di sottrazione (separazione), proprio del verbo “*excludo*”, lo si ritrova anche nella terminologia medica, dove appunto “*exclusio*” significa “*emissio*”, “*egestio*”.¹²⁸ La prova più evidente che la definizione “*excantare significat excludere*” sia fondata, riposa inoltre nella concezione che il mondo latino ebbe della follia: non posso che limitarne gli accenni a ciò che la lega al significato del verbo “*excanto*”.¹²⁹ Il “*furor*”

¹²¹ V. Serv. *Comm. in Verg. Buc.* 8, 71 (*excantare [...] magicis carminibus obligare*).

¹²² V. Non. Marc. *De comp. Doctr.* II (*excantare significat excludere*).

¹²³ V. Plaut. *Bacch.* Frag. 27.

¹²⁴ V. Non. Marc. *De Comp. Doctr.* IV.

¹²⁵ V. Ter. *Eun.* 1, 1, 4.

¹²⁶ V. Lucil. *Sat.* XXVII, 49.

¹²⁷ Intendendo qui l’entità in maniera *lato sensu* animistica (*excludere* in riferimento a *mens, cor, virtus*). Sulla separazione tra anima e corpo nelle concezioni religiose antiche, cfr. E.R. DODDS, *The Greeks and the irrational*, Berkeley-Los Angeles 1951 (trad. it. *I greci e l’irrazionale*), Firenze 1973, 360 ss.

¹²⁸ Cael. Aur. *Chron. siv. tard. pass.* 5, 10, 117 (dove si parla di “*exclusio liquidorum*”).

¹²⁹ Non posso affrontare, nemmeno *per incides*, gli svariati aspetti della concezione latina dell’anomalia mentale, rinviando integralmente ai rilievi sempre interessanti di F. ZUCCOTTI,

appare ispirato, per l'appunto, alle più antiche concezioni animistiche latine: «vix pauca furenti subicio: insani doloris muliebris immoderatione ab statu mentis exclusus vix, inquit, etiam ipse paucis respondi, vel quod essem turbatus vel quod scirem illam plura audire non posse».¹³⁰ Il tenore di quanto vado dicendo, non è relegato a questo luogo, il quale non può essere liquidato come un episodio occasionale. Il ricorso di Claudio Donato alla locuzione "*ab statu mentis exclusus*" per definire il "*furiosus*" ("*fruens*"), è frequente nelle fonti. I Romani, spiegano l'anomalia mentale qualificando la follia come una sorta di separazione e, nel caso, di sottrazione dello spirito (*animus, mens*) dal corpo: una privazione concepita non solo staticamente come risultato ma nella sua dinamicità; in altri termini si tratta di un divenire che priva, che libera dal corpo (*excere, liberare*); ovvero, specularmente, di un impossessamento magico (*obligare*).¹³¹ Sulla base di tali argomentazioni, che rendono conto del verbo "*excanto*" alla stregua di un rapimento spirituale,¹³² è lecito cogliere nelle fonti gli elementi che descrivono il fenomeno in rapporto a concezioni animistiche di sottrazione o separazione dello spirito dalla persona¹³³ o, per ciò che qui viene maggiormente in rilievo, dalle cose. La definizione di Nonio Marcello va letta nel senso che l'azione indicata dal verbo "*excanto*" è, in un contesto animistico-religioso (*magicis carminibus*), la stessa cui rimanda, nell'accezione di cui si è detto, il verbo "*excludo*": per cui, in particolare, "*excantare animam*" significa, in un ambito *lato sensu* magico, "sottrarre" lo spirito (e specificamente il senno: *ab statu mentis excludere*). Ne consegue che, se il più delle volte certe dinamiche si risolvono nella follia del soggetto,¹³⁴ ad un'ulteriore analisi è dato rilevare come si estrinsechino in altre manifestazioni, dalla semplice perdita di conoscenza¹³⁵ sino alla morte del soggetto. Quanto dice Nonio Marcello, "*excantare significat excludere*", va letto come una separazione e, quindi, in senso lato, come un impossessamento: unico comune denominatore dei casi in cui nelle fonti compare il verbo "*excanto*". I problemi interpretativi, derivano dalla

Furor Hereticorum: studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del tardo impero romano, Milano 1992.

¹³⁰ Tib. Cl. Donat. *Interpret. Verg. ad Aen.* 3, 314.

¹³¹ Sul tema della follia di origine «magica» cfr. E. MASSONNEAU, *Le magie dans l'antiquité romaine. La magie dans la littérature et les moeurs romaines. La répression de la magie*, Paris 1934, 81 ss.

¹³² Lucan. *De bell. civ.* 6, 457 (*mens [...] excantata perit*) e Dracont. *De laud. Dei* 2, 336 (*excantavit [...] animam*).

¹³³ V. Verg. *Ecl.* 8, 66 ss. «coniugis ut magicis sanos avertere sacris experiar sensus; nihil hic nisi carmina desunt». Le modalità con cui effettivamente i *carmina magica* riporteranno l'amato all'incantatrice vengono spiegate ricorrendo alla separazione tra spirito e materia.

¹³⁴ V. Lucan. *De bell. civ.* 6, 458; Dracont. *De laud. Dei* 2, 336; Plaut. *Bacch. Fragm.* 27 e Propert. *El.* 3, 3,49.

¹³⁵ Liv. *Ab. Urbe cond.* 34, 38, 7.

volontà di cercare il significato di “*excantare*” secondo un’ottica moderna tendenzialmente materialistica, capace di cogliere pienamente gli effetti che i *carmina magica* possono riversare nel mondo sensibile: da qui la difficoltà di attribuire al verbo un significato semplice e, soprattutto, univoco. In definitiva deve parlarsi di impossessamento in relazione all’entità *excantata*, semplicemente in quanto questa è stata dall’*incantator* privata della propria volontà vitale: egli, cioè, si è impadronito dell’oggetto dell’operazione magica, il quale, in relazione all’intensità dell’*incantamentum*, non potrà che dissolversi. Ciò non toglie che l’*incantator* possa, al di là della cosa *excantata*, volgere a suo vantaggio l’*incantamentum* nel modo desiderato, agendo sul proprietario della stessa, ad esempio provocandogli smarrimento o altri stati d’animo; si tratterebbe di un impossessamento di secondo grado. Tali considerazioni permettono di superare l’apparente sfasatura, sicuramente rilevabile ad una prima lettura, tra la definizione di Nonio Marcello (“*excantare significat excludere*”) e quella di Servio (“*excantare est magicis carminibus obligare*”). Il ricorso di Servio al verbo “*obligo*” interpreta il senso di un’entità *excantata*, in quanto priva della sua volontà vitale, la quale si trova in completo potere dell’*incantator* che se n’è impadronito, disponendone nel modo che vuole.¹³⁶ Definito esattamente il tenore del verbo “*excanto*” attraverso l’analisi, tra le altre, delle attestazioni di Nonio e del *commentarius* serviano - come attività volta ad “*excludere (magicis carminibus)*”, l’aspetto *lato sensu* spirituale dell’entità oggetto dell’azione esoterica e a renderne possibile l’impossessamento ad opera dell’*incantator* (“*obligare*”) - può essere agevolmente confutata la lettura di “*excanto*”, la quale esclude la duplicità delle previsioni decemvirali: esse nella *Tab. VIII, 8 a* hanno configurato autonomamente l’illecito “*qui fruges excantassit*”, punendo gli *incantamenta* finalizzati a distruggere tramite la magia il raccolto prossimo alla maturazione, senza che tale precetto rimanesse assorbito da quant’altro stabilito nella *Tab. VIII, 8 b*.

6. IL DANNO DELL’ANIMALE NELLA LEGISLAZIONE DECEMVirALE TRA CONDANNE DI AUTENTICA E FALSA NOSSALITÀ. L’*ACTIO DE PAUPERIE*. SVILUPPI E PROSPETTIVE

Ulpiano fornisce in D.9.1.1 (Ulp. 18 *ad ed.*) un riferimento prezioso circa la disciplina decemvirale del danno causato dall’animale.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerre.

¹³⁶ F. ZUCCOTTI, «... *Qui fruges excantassit* ...» cit., 115 ss.

Il brano attesta che sin dal tempo delle XII Tavole, l’ordinamento romano regolò l’ipotesi dell’animale che avesse provocato danni, stabilendo che in tal caso il proprietario ne rispondesse: o consegnando a *nox* il quadrupede o pagando una somma di denaro.¹³⁷ È più che verosimile che in una società pastorale-agricola come quella romana, anche in epoca antecedente al V sec. a.C. si sia affrontato il problema ma le prime testimonianze relativamente certe possono farsi risalire soltanto al codice decemvirale. L’*actio de pauperie* andò dunque ad inserirsi nel sistema più generale, che gradualmente si costituirà, delle azioni di responsabilità per fatto non proprio.¹³⁸ Evidentemente, ancor prima dell’unità protourbana, l’ordinamento romano ha avvertito la necessità di accostare alle ipotesi di responsabilità *ex delicto* del sottoposto (*filius* o *servus*) quella per il danneggiamento causato da un animale: come il *dominus* si liberava dalla sanzione penale abbandonando il sottoposto alla parte offesa¹³⁹ così poteva fare il proprietario per evitare la condanna al pagamento delle ammende pecuniarie previste per il danno (*pauperies*) causato alla parte offesa dal suo animale (inizialmente solo quadrupede). Seppure non si possa dire con certezza perché venga usato tecnicamente per indicare soltanto gli atti dannosi causati da un animale, il termine *pauperies*¹⁴⁰ descrive l’impoverimento del danneggiato. Come notano Maria Vittoria Giangrieco Pessi¹⁴¹ e

¹³⁷ Sul complesso fenomeno della nossalità in generale e sulla peculiare natura dell’abbandono nossale, con la prevista alternativa della doppia condanna rinvio a G. BRANDI CORDASCO SALMENA, *L’actio iniuriarum* cit.; G. D’ANGELO, Il concetto di “*potestas*” nell’editto de “*noxalibus actionibus*”. Per una ricostruzione della fase *in iure* del processo nossale classico, Torino 2017.

¹³⁸ Cfr. M.F. CURSI, *Tra responsabilità* cit., 659 ss. La disposizione delle XII Tavole, quindi, testimoniarebbe l’evoluzione del concetto di delitto privato e della conseguente vendetta sul colpevole, che va oltre una pura soggezione ad una pena corporale che la vittima dell’atto illecito era autorizzata a comminare personalmente all’autore: siamo di fronte, infatti, ad una norma giuridica che disciplina la possibilità di una pattuizione in denaro (e, quindi, la possibilità di un risarcimento) o la dazione a noxa da parte del soggetto che rispondeva dell’illecito. Cfr. B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in *Storia di Roma, I, Roma in Italia* (a cura di) A. MOMIGLIANO e A. SCHIAVONE, Torino 1988, 427 ss.

¹³⁹ Sul meccanismo dell’abbandono nossale, anche con riferimento all’ulteriore alternativa della *verberatio* dell’*actio iniuriarum noxalis*, cfr. BRANDI CORDASCO SALMENA G., *L’actio iniuriarum* cit., 125 ss.; nonché sulla capacità o meno del *filius* di obbligarsi *civiliter ex delicto* cfr. R. LONGO, *Filius familias se obligat?: Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano 2003, cui rinvio per ogni ulteriore approfondimento.

¹⁴⁰ Per quanto riguarda l’etimologia del termine cfr. A. WALDE-J.B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, 3, 2, Heidelberg 1954, 268; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, 4, 2, Paris 1960, 490; A. WATSON, *The original meaning of pauperies* cit., 361; O. HEX, *Semasiologische Studien*, in *Jahrb. Für classische Philologie*, suppl. B, 18, Leipzig 1892, 188 ss.

¹⁴¹ Cfr. recentemente N. EL BEHEIRI, *Actio de pauperie: el caso del oso escapado. Un análisis en clave fenomenológica*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 2021, 39-55; ID., *Actio de Pauperie: Rugdosò lovak, tàmadó, okrok ès egy kiszokott medve*, in *Vox generationum fu-*

Milena Polojac,¹⁴² l'etimologia di *pauperies* deriva da *pauper*, *paucos*, per significare l'impovertimento, o comunque la diminuzione, delle sostanze del danneggiato, indicando successivamente, secondo la testimonianza di Festo, il *damnum quod quadrupes facit*: entrambi i concetti sarebbero pienamente conformi al fondamento giuridico della relativa *actio*. In senso difforme Mommsen,¹⁴³ vede l'origine del termine nell'unione di *opi* – *parus* «*weidenlassen*», traducendolo come «lasciar pascolare»; a Robbe¹⁴⁴ però non sfugge che la stessa parola non possa riposare su due distinte etimologie «avendo usi diversi basati sullo stesso significato cioè povertà e danno dell'animale». Inoltre una tale traduzione contrasta con il rilievo logico secondo cui il pascolare, già di per sé, non è pericoloso; di conseguenza non è scontato che comporti un danno. Walde Hofman fa risalire *pauper* a *paucos* – *pars* («*wenig erwerbend, wenig sich schaffend*») e *pauperies* a *paupero* – *pars*.¹⁴⁵ Nel senso del depauperamento il termine *pauperies* è utilizzato da Ulpiano in D. 9.1.1.3 (Ulp. 18 ad ed.)¹⁴⁶

urarum, Budapest, 2021; P. KLAUSBERGER, *Vom Tierdelikt zur Gefährdungshaftung – Überlegungen zur Haftungsstruktur bei der actio de pauperie und dem edictum de feris*, in TSDP 4 (2011), 1-16; P. THOMAS, *Actio de pauperie: A loose Horse on the Road*, in E. CHEVREAU-C. MASI DORIA-J.M. RAINER, *Liber amicorum* cit., 967 ss. Cfr. anche M.V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Napoli 1995, 101 ss.; nello stesso senso B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., 12 ss; U. ROBBE, *L'actio de pauperie*, in *Riv. Ital. per le sc. giur.*, s. VII (1932), 330 ss; A. WATSON, *op. cit.*, 357 ss. (con le particolarità che dirò in seguito). Sostanzialmente in modo simile M. KASER, *Das altrömische* cit., 224, secondo cui "auch pauperies ist der angerichtete Schaden, der ärmer macht", in quanto non esisterebbe nel termine in questione nessun riferimento al comparativo *pauperior*, ossia più povero.

¹⁴² Cfr. M. POLOJAC, *Actio de Pauperie and liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Belgrado 2003; cfr. anche ID., *L'actio de pauperie ed altri mezzi processuali nel caso di danneggiamento provocato dall'animale nel diritto romano*, in *Diritto@Storia* 8 (2001); ID., *Actio de pauperie: Anthropomorphism and rationalism*, in *Fundamina* 18 (2) 2012.

¹⁴³ Cfr. TH. MOMMSEN, *op. cit.*, 834 e nt. 4.

¹⁴⁴ Cfr. U. ROBBE, *op. cit.*, 330 ss.

¹⁴⁵ Successivamente il termine avrebbe assunto il significato di improduttività. Per ERNOUT e MEILLET, nel loro *Dictionnaire étymologique* cit., 490, il primitivo significato del termine fu senz'altro quello di *pau* – *per* – *os* "qui produit peu". Concordano in questo senso anche WATSON, *op. cit.*, 360 ss., il quale, nel tentare una precisa ricostruzione lessicale del significato da attribuire al termine, avanza l'ipotesi che esso fu creato proprio in un periodo (epoca arcaica) in cui l'aggettivo di derivazione *pauper* significava *producinc little* o ancora più propriamente, il cui intrinseco ed originale significato era "... to have been something like the state of producinc little or of being unproductive." Il termine in tale accezione sarebbe stato poi recepito dalle XII Tavole, le quali avrebbero pertanto regolato l'ipotesi "fourfooted animal causet the state of being unproductive", limitandola "only inyuries to the instruments of production, primarily slaves and *pecudes*". La delimitazione ai soli schiavi e *pecudes* sarebbe giustificata dalla stretta connessione tra l'*actio de puperie* e i capitoli I e III della *Lex Aquilia*. Sul linguaggio delle XII Tavole v. di nuovo G. CRIFO', *La legge delle XII Tavole* cit., 127 ss.

¹⁴⁶ Per quanto riguarda Ulpiano v. in particolare O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae 1889, 605-609. Per le fonti letterarie il termine *pauperies* appare per la prima volta

[...] *pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria ferisse quod sensu caret.*

È bene notare che il termine *pauperies* si riferisca soltanto ai danni patrimoniali. La famosa regola *liberum corpus aestimationem non recipiat*¹⁴⁷ non può che intendersi come danno alla persona libera: vanno considerate da questo punto di vista solamente le spese mediche anche nella valutazione di una diminuita capacità di guadagno. Quanto invece al genere di animale capace di causare un danno rilevante ai fini dell’esperimento e della successiva condanna dell’*actio de pauperie*, le fonti mi sembrano confermare che debba trattarsi di un quadrupede. Salvo quanto approfondirò, il termine *quadrupes* nel senso più ampio riguarda tutti gli animali quadrupedi: domestici e anche selvaggi; in quello più ristretto è riferito solamente agli animali domestici. *Quadrupes* (così come il plurale *quadrupedes*) è usato generalmente come *genus proximus* per indicare le specie di animali domestici (*pecora, iumenta*) più vicini agli animali da tiro e da soma (*animalia quae collo dorsove domantur*) ricompresi nelle *res Mancipi*;¹⁴⁸ viceversa per gli animali feroci l’uso corrente è quello di *fera* oppure di *fera bestia*. È dunque corretto pensare che il *dominus* responsabile sia stato condannato inizialmente solo per il danno causato dagli animali appartenenti al ristretto novero delle *res Mancipi*¹⁴⁹ ma che successivamente, già dall’epoca classica, la sanzione sia stata estesa al danno causato da tutti gli animali quadrupedi domestici.¹⁵⁰

in Ennio, *Hecuba*, in *Nonius*, 792 L (esattamente *pauperies pro paupertate*) [...] Senex sum: utinam mortem oppetam, prius quam evenat quod in pauperie mea senex graviter gemam; ed ancora in Plauto, *Aulularia*, 190 [...] meam pauperiam conqueror. Virginem habeo grandem, dote cassam atque in locabilem e 722 [...] tantum gemiti et mali maiestitiaequae hic dies mi optulit famem et pauperiem. Così in *Truculentus* 573 [...] velut haec meretrix meum erum miserum sua blanditia intulit in pauperiem: privabit bonis, luce honore atque amicis; ed ancora in *Stichus*, 174 [...] Gelasimo nomen mi indidit paruo pater “propter pauperiem hoc adeo nomen repperi” quia indiam a pusillo puero ridiculus forem.

¹⁴⁷ V. D. 9.1.3 (Gaius 7 ad ed. prov.).

¹⁴⁸ Cfr. P.P. ONIDA., *Studi sulla condizione dell’animale degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002, 95 ss.; Id., Dall’animale vivo all’animale morto: modelli filosofici-giuridici di relazioni fra gli esseri animati, in *Diritto@Storia* 7 (2008), cui rinvio per ogni approfondimento ed una più esatta disamina delle fonti in proposito.

¹⁴⁹ Cfr. *Oxford latin dictionary* P.G.W., Oxford 1968, 1532. Nello stesso senso ASHTON CROSS, *op. cit.*, 397 e ZIMMERMANN, *The law of obligations (Roman foundation of the civilian tradition)*, Johannesburg 1990, 1102. *Contra* HAYMANNA, *Textkritische studien zum römischen obligationenrecht, III: Zur Haftung für tierschaden (actio de pauperie)*, in *ZSS* 42 (1921), 374; KERR-WYLIE, *Actio de pauperie*, in *Studi Riccobono*, 4 (1936), 465, 471; B. NICHOLAS, *Liability for animals in Roman law*, in *Acta Juridica*, 1958, 188; M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 120-121; HONORÈ, *Liability for animals; Ulpian and the compilers*, in *Satura Robert Freenstra oblata*, Fribourg Suisse 1985, 249 ss.

¹⁵⁰ La dottrina maggioritaria ritiene che l’introduzione dell’*actio utilis* non abbia cambiato quel principio. L’azione sarebbe stata estesa solamente agli animali domestici bipedi.

Per identificare l'esatta natura dell'*actio de pauperie* bisogna muovere, ancora una volta, da Ulpiano «et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit». L'azione sarebbe stata concessa solo se l'animale avesse causato il danno *contra naturam*. Ciò comporta la necessità di stabilire se il passo risponda al suo contenuto originale, ed in tal caso, se tale espressione sia da riferire direttamente alle XII Tavole o ad un periodo successivo; inoltre, è necessario individuare l'esatto significato da attribuire ad una tale locuzione.¹⁵¹ La dottrina propende per l'autenticità del

¹⁵¹ A questo punto appare opportuno individuare il preciso significato da attribuire all'espressione *contra naturam*, dopo averne accertato la genuinità e la possibile datazione. A tal proposito è utile esaminare il passo di Ulpiano, contenuto al paragrafo 4 del libro 9 tit. 1 fr. 1 ove si legge: [...] Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur. In questo passo Ulpiano riferisce il pensiero espresso da Servio riguardo ad uno dei presupposti fondamentali per l'applicabilità dell'*actio de pauperie*: un primo problema è stato quello di stabilire se effettivamente Ulpiano riportasse il pensiero di Servio oppure quello riportato nel passo fosse il suo pensiero sull'argomento. La ricostruzione generalmente accettata porta a sostenere che il passo, pur suscitando qualche perplessità su di una sicura paternità serviana, possa comunque riportare sostanzialmente il pensiero del giurista repubblicano. Sull'argomento in particolare si è pronunciato Schipani (cfr. S. SCHIPANI, *Lex Aquilia, culpa e responsabilità. Illecito e pena privata in età repubblicana*, in *Atti del Convegno Internazionale di diritto romano, Copanello 4-7 giugno*, Napoli 1992, 159 ss.) il quale, pur notando una frattura nello svolgimento del discorso riportato da Ulpiano e da questi riferito a Servio (fa notare l'autore come il giurista severiano, dopo aver riferito il parere di Servio, «esemplifichi *puta*» senza aggiungere o specificare se quanto enunciato sia ancora da attribuire a quest'ultimo o meno e prosegua riprendendo la costruzione diretta senza precisare quale pensiero stia riferendo in merito), ritiene sicura la paternità serviana, adottando a conforto di una simile considerazione «l'andamento generale del discorso nei paragrafi 4-7»; in particolare fa notare l'A. come nell'ultimo di essi si riprenderebbe il precedente discorso «... sia nella formulazione generale che nella casistica e ciò costituirebbe una ripetizione inspiegabile, se non fosse attribuibile al fatto che nella parte precedente Ulpiano si era limitato a riportare il punto di vista degli altri». Appare evidente come nel passo sopra riportato la contrapposizione sia operata tra comportamento prevedibile ed imprevedibile dell'animale e come, ancora, la prevedibilità sia ancora riferita in maniera evidentemente pragmatica alla fisicità dei comportamenti. Risulta pertanto evidente come da una parte il richiamo alla *loci iniquitas*, alla *culpa mulionis*, al *plus iusto onerata*, evocando il nesso causale tra evento e comportamento dannoso, rimandi ad azioni omissive o commissive; ed appare altrettanto evidente come il rinvio alla *commota feritate* (o alla *lasciva*, al *fervor*, alla *feritas*) evochi l'imprevedibilità del comportamento, sia rispetto alle attitudini della specie che alle condizioni concrete dell'animale addomesticato. Ad ulteriore conferma dell'attribuibilità del brano in esame al pensiero di Servio, si possono richiamare alcuni studi recenti che hanno esaminato proprio lo stile del giurista Servio Sulpicio Rufo, uno stile caratterizzato dalla «semplificazione del caso», attraverso l'isolamento degli «elementi qualificanti al fine di proporre, sia pure in forma ipotetica, una soluzione generalizzabile ...»; ed ancora evidenziano come nel responso serviano il momento «pratico» e quello «teorico» si saldano l'uno all'altro, senza nemmeno formalmente distinguersi in due zone autonome. Queste caratteristiche sono presenti proprio nel passo contenuto in D. 9, 1, 1, 4, dove Servio utilizza l'esem-

contra naturam;¹⁵² soprattutto in base al confronto con I. 4,9 pr.

Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est (quae animalia si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia

plificazione proprio per rimarcare, rispetto alla regola generale che è quella della concessione dell'*actio* quando il danneggiamento sia avvenuto *commota feritate*, come rientrano in questa ipotesi anche quelle in cui l'animale abbia un vizio congenito (*calcitrosus*, *cornu petere solitus*, *nimia ferocia*) non usuale per la specie. Ciò denota l'ingresso nell'ordinamento di una percezione della responsabilità oggettiva, propria dell'*actio de pauperie*, che non può che essere collegata all'affidamento del terzo, di guisa che non può che considerarsi innaturale il comportamento dell'animale che il terzo, appunto, non può aspettarsi. Si può concludere agevolmente nel senso che il richiamo al *contra naturam* è tutto riferito al comportamento dell'animale rispetto al normale atteggiarsi della specie; ed anche dove manchi, come nel passo di Servio, il richiamo esplicito al comportamento *contra naturam*, sia ugualmente possibile affermare che la responsabilità del *dominus* va individuata nella imprevedibilità per i terzi di comportamenti non usuali degli animali di questa o di quella specie (così come conosciuta in quel periodo dall'uomo). Di conseguenza è possibile affermare che il riferimento fatto in D. 9, 1, 1, 4 alla *natura animalis* è compiuto in termini oggettivi e non soggettivi: la regola generale è, dunque, quella della concessione dell'*actio de pauperie* in quei casi in cui il danneggiamento sia stato determinato da un comportamento *contra naturam* dell'animale, rispetto ai comportamenti naturali della specie, causato dalla *commota feritate* (dove per *feritas commota* deve intendersi un impulso imprevisto ed imprevedibile dell'animale che lo porta a porre in essere un comportamento che, non rientrando nei comportamenti abituali della specie, non appare ricollegabile alla situazione in cui viene a determinarsi così da porsi come innaturale). Il riferimento è oggettivo ed è alla specie ed alla sua percezione nell'ambiente sociale in cui vive: è innaturale, dunque, il comportamento che il terzo non può attendersi dall'animale in quanto inusuale per l'atteggiarsi di questa specie nell'ambiente di vita comune (il vizio congenito dell'animale - *calcitrosus*, *cornu petere solitus*, *nimia ferocia* - non assume rilevanza per il terzo perché da lui non conosciuto né conoscibile). In conclusione si può affermare che il danno provocato dal quadrupede deve essere stato causato dalla *commota feritate*: il senso di tale espressione viene chiarito sia dalle Istituzioni di Giustiniano che dalla Parafrasi di Teofilo, che riconoscono la sussistenza dell'*actio de pauperie* quando il danno sia provocato da *lasciva aut fervor aut feritas*, precisando altresì che quando la *feritas genitalis esset* (dove il *genitalis* è ovviamente riferito alla specie), l'*actio* cessa e dovrà farsi ricorso ad un'altra azione rispondente alla nuova fattispecie. Resta da esaminare la responsabilità del proprietario dell'animale: si tratta di una responsabilità oggettiva, ad ambito ridotto, in quanto limitata all'ipotesi di un comportamento imprevisto ed imprevedibile dell'animale; comportamento che in ogni caso viene imputato al proprietario prescindendo da qualsiasi valutazione di diligenza o meno nella custodia (rilevando a tal fine semplicemente l'affidamento del terzo), tanto che per l'identificazione del responsabile non si guarda al *dominus* del momento del danneggiamento, bensì a quello del momento in cui l'*actio* viene promossa.

¹⁵² Premetto che già riguardo a D. 9.1.1.7 sono stati avanzati sospetti d'interpolazione; sul punto, invece, B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia, I: actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia; II, Le estensioni della legittimazione attiva aquiliana*; in *AUPA* 21 (1950), 100 ss. ritiene che tali interpolazioni, seppure ammissibili, abbiano un valore puramente formale (tali, cioè, da non inficiare la sostanza del pensiero ulpiano). Da segnalare, inoltre, l'opinione del A. WATSON, *The law of obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 281, il quale ritiene la sostanza del paragrafo in questione attribuibile ad un periodo addirittura anteriore a quello di Servio. Sul punto v. anche G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, 1989, 322 ss.

ita lex duodecim tabularum scripta est): puta si equus calcitrosus calce percusserit aut bos cornu petere solitus petierit. Haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet: ceterum si genitalis sit feritas, cessat.

Il brano riporta il pensiero espresso da Ulpiano in D. 9.1.1; inoltre, vi compare il *contra naturam* come fattore che qualifica la fattispecie. Il cavallo non è naturalmente *calcitrosus* né il bue è solito *cornu petere*: l'*actio* dunque sarà concessa quando un cavallo o un bue assumeranno comportamenti non connaturali alla loro specie. Il riscontro tra le due testimonianze si rivela ancora più significativo se si considera che, secondo l'opinione più comune, la compilazione delle Istituzioni giustiniane sia avvenuta non attraverso un uso diretto dei *Digesta*¹⁵³ ma utilizzando prevalentemente le opere di Gaio e degli altri giuristi successivi.¹⁵⁴ Ferrini ha notato, proprio con riferimento al Titolo IX del IV libro, come lo stesso sia stato composto servendosi dei brani tratti dal libro 18 *ad ed.* di Ulpiano.¹⁵⁵ La classicità del *contra naturam* andrebbe dunque confermata, per lo meno nel senso della sua attribuibilità al giurista severiano e non ad un compilatore giustiniano. Allo stesso modo, tenendo sempre per fermo che i compilatori delle Istituzioni giustiniane abbiano utilizzato in via prevalente le Istituzioni e le *Res cottidiane* di Gaio, andrebbe confermata la classicità delle espressioni *lasciva*, *fervor*, *feritas*. La riprova è in *Frag. Aug.*, 4, 81, il quale riporta il pensiero del giurista nei termini che seguono

(pauperies) committitur si per lasciviam aut fervorem aut feritatem damnum (factum est).¹⁵⁶

Con la classicità del *contra naturam* è riscontrata l'identificazione del comportamento innaturale dell'animale, inteso come difforme rispetto alle attitudini della specie, in quanto indotto da improvvisi ed imprevedibili (per il terzo danneggiato) stimoli provocati da *lasciva*, *fervor* o *feritas*.¹⁵⁷ Come giustamente nota Giangrieco Pessi,¹⁵⁸ il fondamento ed il limite della responsabilità non sono dunque rinvenibili in un elemento soggettivo,

¹⁵³ In ordine agli studi intorno alle fonti e al metodo utilizzato dai compilatori per redigere il *Corpus Iuris Civilis* giustiniano cfr. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR*, 13, 1901, 101-207; si veda anche V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (Da Ferrini a noi)*, in *Scritti in on. di C. Ferrini*, Milano 1946, 83.

¹⁵⁴ Sia le *Institutiones* che le *Res cottidianae*, oltre che altre opere di giureconsulti classici, soprattutto manuali istituzionali di fiorentino, Paolo, Ulpiano, Marciano e Callistrato: in tal senso, si veda sempre C. FERRINI, *Sulle fonti cit.*, 310 ss.

¹⁵⁵ Ancora C. FERRINI, *Sulle fonti cit.*, 412 ss.

¹⁵⁶ Ulteriori conferme nel senso della classicità dell'espressione *contra naturam* e della sua connotazione di elemento caratterizzante della fattispecie possono trarsi dal confronto del testo dei brani precedenti con quello delle Parafrasi di Teofilo: *Theoph. Paraphr.*, 4, 9 pr.

¹⁵⁷ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 19 ss.

¹⁵⁸ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI., *op. cit.*, 120 ss.

il quale non può essere colto in un animale; vanno, invece, ricercati nella *natura animalis*, intesa come metro di comportamento. In altre parole, bisogna guardare al rapporto tra comportamento atteso o inatteso dell'animale e comportamento attivo (o omissivo) e passivo dell'uomo (sia del *dominus* che del danneggiato) anche in relazione alle possibili cause del *contra naturam* e al nesso di causalità tra l'evento dannoso e l'atto materiale che lo ha generato. Questo principio, nota ancora Giangrieco Pessi, va però collocato in un'epoca successiva a quella delle XII Tavole, ascrivendolo al pensiero della giurisprudenza classica, quando l'*actio de pauperie* avrebbe trovato il suo limite nella naturalità o meno dell'atto del quadrupede.¹⁵⁹

Ma vi è di più. In D. 9.1.1.3 (Ulp. 18 *ad ed.*) si legge [...] *pauperies est damnum sine iniuria facientis datum*; inoltre è precisato che [...] *ne enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*.¹⁶⁰ ciò porta ad escludere qualsiasi inflessione psicologica nella qualificazione del danno perpetrato dall'animale. Lo stesso contenuto si trova in I. 4,9 pr. e nella Parafrasi di Teofilo. Il principio è che l'animale, in quanto privo di ragione, non può essere considerato colpevole e, quindi, imputabile per il fatto dannoso da lui compiuto.¹⁶¹ Per Ulpiano, del resto, gli animali sono del tutto privi di

¹⁵⁹ In assenza di riscontri testuali certi, parte della dottrina, ragionando su basi meramente deduttive, ha ritenuto che in una comunità quale quella esistente all'epoca delle XII Tavole, fondata esclusivamente - dal punto di vista economico - sull'agricoltura e sulla pastorizia, il danneggiamento, anche da animali, dovesse essere trattato con particolare rigore. È facile pensare che in una società di questo tipo, fortemente caratterizzata dalla rilevanza riconosciuta alle necessità correlate alla coltivazione della terra, fonte primaria di sostentamento, il danneggiamento da animale (alle sementi o alle derrate, nonché agli strumenti ed attrezzi da lavoro o agli stessi animali da lavoro o da pascolo), in qualunque modo provocato, determinasse in ogni caso il diritto del soggetto offeso ad una reazione e ad un risarcimento. Sembra possibile concludere, quindi, nel senso che l'*actio de pauperie*, alle origini, non era caratterizzata da una distinzione circa il comportamento naturale o innaturale dell'animale, secondo un'accentuata manifestazione della responsabilità oggettiva; ed ancora al tempo delle XII Tavole, la fattispecie era delineata con particolare rigore ed incentrata sulla responsabilità oggettiva del *dominus* dell'animale. Soltanto in seguito, grazie all'*interpretatio prudentium*, si avvertirà l'esigenza di porre una limitazione della responsabilità connessa alla naturalità o meno del comportamento dell'animale (limitazione che, come abbiamo visto, può ritenersi ormai acquisita e definita in Ulpiano e resterà sostanzialmente inalterata sino alle Istituzioni giustiniane).

¹⁶⁰ Si osserva che la differenza fra il danneggiamento da *iniuria* e quello configurato dalle *pauperies* consisterebbe, appunto, nel differente «... atteggiamento psicologico del danneggiante», aggiungendo che, infatti, tale convinzione sarebbe avvalorata nei successivi paragrafi 4-7, ove il giurista - riportando anche il pensiero di parte della precedente giurisprudenza sul punto - afferma che tutte le volte che il danno dell'animale sia stato cagionato dall'istigazione o dalla semplice colpa di un terzo, il quale o lo custodisse o lo guidasse, l'*actio de pauperie* non sarebbe stata esperibile, trovando invece spazio, in questi ultimi casi, o l'*actio damni iniuriae*, ovvero un'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*: A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano*, I, Milano 1966, 97 nt. 27.

¹⁶¹ L'animale non comprende il diritto e, quindi, non può violarlo. Già Seneca (*De ira*, 2, 16) aveva evidenziato l'irrazionalità degli animali rispetto agli esseri umani.

ragione. In D. 9.2.5.2 tratto sempre dal suo commento all'editto, ma con riferimento all'*actio legis Aquiliae*, il giurista paragona l'atto dannoso del pazzo a quello, per l'appunto, compiuto dall'animale

Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit.

Del resto le fonti, testimoniano variamente che il dolo o la colpa, nella misura e con le peculiarità di cui si è detto, devono sussistere ai fini dell'elemento soggettivo dell'*iniuria*. Valga in proposito la chiara lettura di Gai. 3.211

[...] Iniuria autem occidere intelligitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.

Solo gli atti dannosi compiuti dagli uomini non possono prescindere da una valutazione soggettiva; solo questi integrano illeciti in cui è valutabile la componente psicologica dell'*iniuria*.¹⁶² Per questa ragione, la giurisprudenza classica avrebbe introdotto nella fattispecie dell'*actio de pauperie* l'indicazione del *contra naturam*: di fronte all'impossibilità di procedere ad una valutazione soggettiva in termini di colpa, per causa del comportamento dell'animale, i *prudentes* avrebbero ritenuto giusto identificare un'ipotesi di responsabilità in qualche modo connessa ad un comportamento colpevole, non individuabile, ovviamente, in termini di imputazione soggettiva, ma nel senso dell'oggettiva possibilità di identificarlo come innaturale. Anche se questo ragionamento suggerisce qualche soluzione per affrontare ermeneuticamente aporie che diversamente resterebbero non spiegate, non mi sembra che per questa via si riesca a rendere conto dei molti dubbi che ancora affaticano una corretta ricostruzione dell'abbandono nossale del *dominus* in rapporto al danno causato dall'animale; né della sua intima natura. Riprendendo quanto già si è detto diffusamente, guardando all'epoca storica in cui nasce l'*actio de pauperie*, giova ripetere che non è possibile distinguere, sul piano concettuale, la pena come sanzione punitiva, purificatrice e sacrale, irrogata a difesa dell'ordine sociale e religioso, da quella invece applicata con il controllo dell'ordinamento e intesa come alternativa all'autosatisfattoria

¹⁶² È opportuno precisare che con una simile affermazione non si esclude che anche l'animale potesse compiere atti dannosi che, alla stregua di quelli compiuti dagli esseri umani, implicassero un delitto e la conseguente pena, o meglio la responsabilità del *dominus* a rispondere verso il terzo danneggiato e a risarcirlo della perdita patrimoniale eventualmente subita: in questo caso, però, si tratterebbe di una ipotesi di responsabilità oggettiva, dalla quale esulerebbe l'elemento della *culpa*, indipendentemente dal significato che ad essa si voglia attribuire (sul rapporto dell'*iniuria* con il concetto di *culpa*, cfr. S. SCHIPANI, *op. cit.*, 159 ss.

vendetta privata. La dottrina più recente ha ritenuto sul punto che le *leges regiae* offrano testimonianze abbastanza attendibili di un sistema punitivo fondato prevalentemente sull'espiazione sacrale in cui «l'interesse laico costituiva un interesse soltanto secondario e indiretto rispetto a quello di ripristinare l'equilibrio fra la comunità e il mondo divino o, tutt'al più, si confondeva con quest'ultimo».¹⁶³ Una tale dicotomia sarà stata colta, intuitivamente, soltanto in relazione alle modalità dell'irrogazione della punizione, ritenendo che in alcuni casi l'iniziativa sanzionatoria, e l'esecuzione della pena, fosse lasciata al privato offeso, salvo il controllo sociale sul giudizio di colpevolezza. Successivamente gli illeciti più gravi (con l'emersione della categoria dei *crimina*) sarebbero ricaduti nell'ambito dell'intervento diretto della comunità. La dottrina maggioritaria non crede sia possibile ravvisare nel periodo predecemvirale una sostanziale distinzione tra l'illecito privato e quello pubblico, cogliendo, invece, evidenti commistioni tra gli elementi sacrali, privati e pubblici, in relazione ai concetti di reato e di sanzione ed alle modalità che riguardarono il loro procedimento di applicazione. È opinione diffusa che solamente in età repubblicana le singole figure cominciarono ad assumere caratteri omogenei, astraendoli dalla confusione in cui il codice decemvirale dovette "adombrarle".¹⁶⁴ In tale contesto l'*actio de pauperie* si sarebbe affermata sul terreno della responsabilità oggettiva *ex delicto*, non limitata in origine dalla restrizione ai soli comportamenti *contra naturam* (in coerenza con quel carattere sacrale che poteva far ritenere coincidente l'ordine sociale con l'ordine naturale); com'è per le altre azioni penali private, si sarebbe differenziata dalle *actiones in personam* sulla base della responsabilità *ex delicto* cui volse l'accertamento; e della stessa responsabilità avrebbe conservato tutti i caratteri: l'intrasmissibilità dell'azione; l'estensibilità *in solidum* contro tutti i correi; e soprattutto la nossalità, di cui avrebbe recato l'identica alternativa dell'abbandono.¹⁶⁵ Si tratterebbe

¹⁶³ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 2 ss.

¹⁶⁴ B. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione romana in età arcaica*, in *Conferenze romanistiche Univ. di Trieste*, II, 1967, 593 ss. È possibile affermare che già in epoca anteriore alle XII Tavole si era venuta formando la categoria dei delitti privati come illeciti che si differenziavano sia dai reati, che davano luogo a sanzione punitiva mediante intervento diretto dello stesso ordinamento, sia da quelle situazioni nelle quali il *paterfamilias* chiedeva a titolo di pena la reintegrazione patrimoniale, e non l'irrogazione di una pena sostitutiva del suo diritto alla vendetta. Sul punto cfr. M. TALAMANCA, *Forme negoziali e illecito, Poteri, negotia, actiones nella esperienza romana arcaica*, in *Atti del Convegno di diritto romano, Copanello 12-15 maggio 1982*, Napoli 1984, 146 ss., il quale afferma che in quest'epoca, per quanto riguarda la pena privata, la sanzione tenda a patrimonializzarsi, anche se questo fenomeno debba essere considerato in questo periodo ancora in via di sviluppo, perché si concluderà soltanto negli ultimi due secoli della repubblica.

¹⁶⁵ Questa la connotazione dell'*actio de pauperie* all'epoca delle XII Tavole, ma anche durante lo stesso diritto decemvirale, dove pure si tenta di restringere il numero degli illeciti penali privati, tendendo ad ampliare sia la tutela penale nella forma della repressione pub-

dunque di un'azione penale con finalità risarcitoria, proponibile, per la particolare natura dell'autore del danneggiamento (ovvero un animale e non un essere umano), contro chiunque ne risultasse *dominus*; anzi, è opportuno sottolineare che il proprietario, il quale subisce la *vocatio* (per essere condannato al pagamento del danno o alla *datio a noxa*), è colui che risulti proprietario dell'animale al momento della proposizione dell'azione, indipendentemente dal fatto che lo fosse stato anche al momento dell'avvenuto danneggiamento. Concentrandosi sul carattere nossale dell'*actio de pauperie* - la quale ne conserverebbe tutti gli elementi, compreso, in primo luogo, quello particolare dell'efficacia reale, *noxa caput sequitur*, escluso per le azioni nossali ordinarie - riposano in questa prospettiva, le riflessioni di Girard, Lenel, De Visscher e, recentemente, di Giangrieco Pessi e Onida.¹⁶⁶

Girard¹⁶⁷ fa nascere le azioni nossali, in generale, dai delitti che commettono gli uomini e gli animali: per punire il danneggiamento dell'animale sarebbe stato previsto l'esperimento dell'*actio de pauperie* e dell'*actio de pastu pecuris*. Sulla base di D. 9.1.1.pr., egli asserisce che mentre «[...] *dans le droit récent*» sarebbe stata concessa l'*actio de pauperie* solo se i danni fossero stati causati dal quadrupede *contra naturam*, invece «[...] *dans le droit plus ancien, farait avoir été donnée distinction*». Diversamente, i danni provocati dagli animali feroci «[...] *qui agissent secundum naturam auraient toujours été exclus par là même*». La riprova riposerebbe già nell'opinione dei giuristi più antichi: Servio Sulpicio Rufo (D. 9.1.1.4) e Quinto Mucio Scevola (D. 9.1.1.10); nonché nella più attenta analisi della formula, analizzata attraverso il capitolo XXII della *Lex Rubria*. In linea con questa interpretazione, si pone Lenel, il quale ricostruisce l'*intentio* delle azioni nossali proprio sulla scorta della parte finale di D. 9.1.1.11 «[...] *quam ab rem eum sibi aut noxiam sarcire, aut in noxam dedere oportere*», assumendola che il campo delle azioni dirette alla reintegrazione patrimoniale; l'*actio de pauperie* manterrà la sua originaria collocazione anche nelle epoche successive, anche se con un più ristretto ambito di applicabilità dovuto all'emersione della nozione di *contra naturam*.

¹⁶⁶ M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 211 (capitolo *actio de pauperie* e nossalità) che, tra i pochi riscontri, richiama G. BRANCA, *Danno temuto cit.*, 471 ss. e *La struttura costante della responsabilità cit.*, 104-106, il quale tuttavia dopo una prima ammissione circa l'asserita natura nossale di questi mezzi, si è radicalmente ricreduto; P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione dell'animale cit.*, 95 ss. Cfr. anche O. LENEL, *Die formeln der actiones noxales* in *ZZS* 47, Lipsiae 1927, 16 ss.; F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, in *L'Antiquité Classique*, 18-1, Bruxelles 1949, 212-214; Z. LISOWSKI, *Noxalis actio cit.*, 604; G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova 1950, 115-156; ID., *Obbligazione del capo famiglia cit.*, 236 ss; U. ROBBE, *L'actio de pauperie cit.*, 369 ss; KERR-WYLIE, *Actio de pauperie cit.*, 467. In senso contrario M. SARGENTI, *Riflessioni sui problemi della responsabilità nossale*, in *Labeo* 23 (1977), 323-343; e sicuramente B. BIONDI., *op. cit.*

¹⁶⁷ Cfr. P.F. GIRARD, *Les actiones noxales, NRHDFE II*, Paris 1887, 427 ss., in part. 35 ss. e nt. 2

do l'*actio de pauperie* come paradigma. Anche nel caso dell'animale, così come per il *filius* ed il *servus*, la *noxae deditio* consisterebbe nell'attività positiva (di trasmissione della proprietà) di colui che risponde per l'atto illecito, presupponendo un *oportere* alternativo (pagare la pena o ricorrere all'abbandono) del medesimo proprietario, contemplato non solo nella *condemnatio* bensì anche nell'*intentio* riferita all'*oportere* stesso. Solo una collaborazione di questo genere renderebbe indenne il *dominus* dalla sanzione prevista per l'*indefensio*.¹⁶⁸ Allo stesso modo De Visscher,¹⁶⁹ anche se non così perentoriamente, sembra accogliere le caratteristiche nosali dell'*actio de pauperie*. Pur negando la proponibilità dell'azione direttamente contro il capo famiglia, egli riconosce a Lenel di aver individuato l'unico testo contenente il frammento di una formula nosale: il già detto D. 9.1.1.11. Viene

¹⁶⁸ L'opinione di Lenel riguardo a tutto il problema può dunque essere così riassunta: l'azione nosale, più in generale, sarebbe un'azione personale, alla quale si applicherebbe la sanzione per l'*indefensio*; in essa, sussisterebbe un *oportere* alternativo, a carico dello stesso padrone dello schiavo che ha commesso il delitto; l'*actio de pauperie*, in particolare, sarebbe un'azione civile con alternativa nosale. In questo senso, l'Autore verrebbe ad affermare l'autenticità di D. 9.1.1.14, dove si parla di *actio noxalis*, nonché di I. 4.9 pr. e di Gai. 4.82, che testimonierebbero, inequivocabilmente, come questa azione è sempre nosale sebbene gli animali non si obblighino. La formula dell'*actio de pauperie* è civile e la sua esistenza non dipende dall'editto del pretore (egli, infatti, come si è detto considera interpolata la frase *ait praetor*, contenuta in D. 9.1.1.3); pertanto tale *intentio* civile prevederebbe un *oportere* alternativo: o si paga la pena o si compie una *noxae deditio*. Questo carattere alternativo dell'*intentio* troverebbe il suo appoggio testuale, proprio nel già letto passo ulpiano contenuto in D. 9.1.1.11 che rappresenterebbe una citazione testuale della formula nosale, interpolata dai Compilatori, i quali avrebbero sostituito la menzione originale di *Nm. Nm. A°. A°* con lo stesso *eum sibi*. Inoltre, detta menzione della formula, così ricostruita, non dovrebbe essere collocata nel finale del paragrafo 11 di D. 9.1.1 ma all'inizio di D. 9.1.1.12; ciò risulterebbe chiaramente da un esame globale ed analitico dell'intero commentario ulpiano: mentre i paragrafi, difatti, dall'1 all'11 si riferirebbero solo alla parte iniziale della formula (cioè il fatto presupposto dall'azione si *paret quadrupedem pauperiem fecisse*), i paragrafi seguenti (dal 12 al 16) sarebbero il vero commento all'*intentio*. Il paragrafo 12, in particolare, stabilirebbe il principio fondamentale in tema di nosalità, precisamente *noxam caput sequitur*, che verrebbe ad aggiungersi perfettamente all'espressione *quam ob rem ... oportere*; l'*oportere*, poi, si fonderebbe sul *dominium* che il proprietario ha sul suo animale, sicché necessariamente lo stesso sarebbe l'unico obbligato. Da tutto ciò, lo studioso tedesco trae la formula dell'azione già riferita nelle pagine precedenti nei termini che seguono: [...] *Si paret quadrupedem pauperiem fecisse qua de re agitur, quam ob rem Nm. Nm. A°. A°. aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex Nm. Nm. A°. A°. c.s.n.p.a.*

¹⁶⁹ Per F. DE VISSCHER, l'*intentio* dell'*actio noxalis* (e *de pauperie* in particolare), così come risulterebbe dal testo di Ulpiano, sarebbe opera di un glossatore. Infatti sarebbe più opportuno ricostruire come segue l'*intentio* dell'*actio de pauperie*: *quam ob rem aut noxiam sarcire aut noxae dedere oportet*. Cfr. F. DE VISSCHER, *Le Régime romain de la noxalité cit.*, 8 ss; ID., *Les actions noxales cit.*, 325 ss; ID., *La nature iuridique de l'abandon noxal cit.*, 411 ss.; ID., *L'action noxale d'injures cit.*, 399 ss; ID., *Solidarité et responsabilité cit.*, 857 ss; ID., *Les origines du principe de la responsabilité cit.*, 442 ss; ID., *Il sistema romano della nosalità cit.*, 1 ss.

dunque condivisa l’idea che anche per la condanna maturata nell’*actio de pauperie*, la *nox*a segua la testa del colpevole, cioè l’individualità fisica di chi ha commesso il fatto. La sanzione si rivolgerà non al *dominus* che ha in possesso l’animale al momento dell’atto dannoso ma a colui che lo possiede al momento della richiesta. Così come nel sistema nossale in generale, anche nel caso dell’*actio de pauperie*, l’efficacia liberatoria della *noxae delictio* eviterebbe la condanna in un qualsiasi momento della procedura. Anzi l’abbandono dell’animale alla vittima potrebbe avvenire addirittura dopo la condanna. Ciò sarebbe tanto vero che se il *dominus* avesse perso la possibilità dell’abbandono nossale per la morte o l’alienazione dell’animale, sarebbe stato libero da qualsiasi dovere. La condanna però non potrebbe mai prescindere da una condizione di mancata *culpa* da parte del responsabile per l’atto dannoso compiuto dal suo animale.

Gran parte di questi rilievi, i quali, a mio parere, soffrono delle consuete contraddizioni che affaticano l’esatta ricostruzione dell’abbandono nossale, non mi trovano d’accordo.¹⁷⁰ Quanto alla struttura, mentre la condanna che radica l’*actio noxalis* conserva nella sua genesi storica e nella sua essenza tutto il carattere di una *vindicatio* del colpevole, la condanna del *dominus* per il danno dell’animale è la conseguenza di una precisa *obligatio* a carico dello stesso.¹⁷¹ Quanto alla funzione, l’*actio de pauperie* si radica sul *dominium* quale elementare esigenza di giustizia: il proprietario che si avvantaggia dell’animale deve rispondere dei danni che lo stesso gli produce¹⁷² secondo il noto brocardo *cuius commoda eius et incommoda*. L’*actio noxalis* invece trova fondamento nel *delictum* dello schiavo e nella responsabilità penale del colpevole, attuata contro colui che al momento dell’azione è in condizione di poter consegnare il sottoposto. Pertanto, mentre l’*actio de pauperie* deduce una responsabilità autonoma ed indipendente a carico del *dominus*, l’*actio noxalis* importa una responsabilità subordinata al *delictum servi*. Gaio dopo aver riferito in Inst. 4. 75 l’introduzione delle *actiones noxales* per il danno causato dai figli di famiglia e dai servi

[...] ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae

¹⁷⁰ Per quanto mi riguarda, salvo quanto dirò in seguito a proposito dell’*actio de pauperie*, quale condanna di falsa nossalità, rinvio per il momento al già citato capitolo di M.V. GIANGRIECO PESSI (*actio de pauperie* e nossalità 211 e ss., *op. cit.*), e quindi alle fonti ed alla copiosa letteratura ivi menzionata.

¹⁷¹ Nell’*actio noxalis*, come nella *vindicatio*, il *dominus* o *pater* è libero di assumere la *defensio* del colpevole, nel senso di *servi vel filii nomine iudicium accipere*, mentre ciò è escluso nell’*actio de pauperie* come in tutte le formule che enunciano un *oportere*.

¹⁷² Ne deriva che il *dominus* resta obbligato nonostante l’alienazione dell’animale, appunto perché l’azione è basata sul *dominium* al momento in cui il danno è prodotto.

dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora
parentibus dominisve damnosam esse

aggiunge in 4. 77

[...] omnes autem noxae actiones caput sequuntur. Nam si filius
tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, te-
cum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit
actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et
noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis
esse incipit. Nam si pater familias noxam commiserit, et is se in
adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, quod qui-
busdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit te-
cum noxalis actio esse quae ante directa fuit.

Il giurista parla preliminarmente di *omnes noxae actiones* riportando
accuratamente nel seguito le due ipotesi «*filius servusve*».

Non trovano dunque giustificazione le osservazioni di Lenel¹⁷³ circa
l'irrilevanza probatoria del passo, il quale non consacrerrebbe un principio
generale in materia di azioni noxali ma solo la responsabilità del *pater* o
del *dominus* per gli atti dei loro sottoposti.¹⁷⁴ Né quella di Gaio è un'ipotesi
isolata se già la legislazione decemvirale mentre per i delitti dello schiavo
parla di *noxia*, per i danni causati dagli animali adopera il termine *pauperies*:¹⁷⁵ distinzione che non sfugge a quanto rileva Ulpiano in D. 9.1.3 (Ulp.
18 ad ed.).¹⁷⁶

[...] pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim
potest animal iniuria ferisse quod sensu caret.¹⁷⁷

¹⁷³ Cfr. O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxae*, in ZSS 47, Lipsiae 1927, 16 ss.

¹⁷⁴ Cfr. O. LENEL, *Die Formeln* cit., 3 ss., trascura il seguito di Gaio dove è scritto «[...] omnes autem noxae actiones caput secuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit». Si parla di *omnes noxae actiones* e subito dopo con accuratezza si riportano le due ipotesi *filius servusve*.

¹⁷⁵ Cfr. in senso contrario TH. MOMMSEN, *op. cit.*, 834 il quale esclude che il termine pro-
venga dalla legislazione decemvirale.

¹⁷⁶ Il passo è riportato fedelmente in Inst. 4. 9. pr.

¹⁷⁷ La disciplina romana del danno causato dall'animale, sembrerebbe recepita, con le pre-
vedibili innovazioni, in molti sistemi giuridici attuali. Il codice civile italiano all'art. 2052
stabilisce «il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è
responsabile dei danni cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse
smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito». L'evoluzione storica della responsabilità
dell'*actio de pauperie* sarebbe approdata alla *culpa in vigilando* e, quindi, alla negligenza
nella custodia (cfr. qualche spunto in M.F. CURSI, *L'eredità del modello romano della respon-
sabilità per colpa nella configurazione della responsabilità civile dei genitori* e G. GRILLONE,
*A margine di Cass. pen. sez. III, Ord. 24 Gennaio 2020, n. 2888: brevi note sull'abuso di
autorità dell'insegnante privato in prospettiva storica*, *Storia Cultura*, in *Osservatorio sul
diritto di famiglia*, maggio-agosto 2020). Pur tuttavia, l'interpretazione della norma continua

7. ANCORA SULL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'*ACTIO DE PAUPERIE*. IDENTIFICAZIONE DELLE SPECIE ANIMALI. LE SANZIONI DELL'*EDICTUM DE FERIS E DELLA LEX PESOLANIA DE CANE*

L'applicazione dell'*actio de pauperie* comporta ulteriori interrogativi anche con riferimento all'identificazione delle specie animali per il cui danno il *dominus* può essere condannato. Se cioè l'esperibilità stessa dell'azione e di conseguenza la condanna possano essere rapportate solo ai quadrupedi, ovvero solo agli animali domestici o ancora a quelli selvatici o selvaggi (*ferae bestiae*). In particolare se e in che misura possa essere escluso il cane per il quale sembra valere una disposizione speciale.¹⁷⁸ In proposito la questione affrontata quasi prevalentemente sulla base di D. 9.1.1.10 (Ulp. 8 ad *ed.*) non può prescindere dalle soluzioni cui la dottrina è pervenuta relativamente all'espressione *contra naturam*. Così alcuni autori, tra cui Hayman e De Ruggiero,¹⁷⁹ hanno sostenuto che l'*actio de pauperie* non potesse essere utilizzata nell'ipotesi di danni cagionati da animali feroci, perché i danni

a dividere gli studiosi. Alcuni continuano a cogliervi una responsabilità oggettiva, basata sul dato per cui chi usa determinate cose deve accollarsene i rischi; altri continuano a cogliervi una presunzione relativa di colpa a carico del proprietario o della persona che abbia il possesso dell'animale, superabile con la prova del caso fortuito, ovvero di «un accadimento imprevedibile che si verifica al di fuori dell'ordinario e calcolabile decorso dei fatti giuridicamente rilevanti». Al di là delle diverse opinioni, mi sembra chiaro che non possa prescindersi in proposito da una valutazione soggettiva del comportamento, da mettere in relazione con l'accadimento imprevedibile, la quale richiama necessariamente la diligenza, da parte di colui che si trova di fronte all'imprevisto, nell'adeguarsi nel modo migliore all'avvenimento. Ciò in relazione alla probabilità ed alla gravità dei pericoli causati dalle sue azioni o da quelle dei terzi (la lettura fornita del caso fortuito è di un fatto indipendente dalla volontà del soggetto, e, quindi, capace di escludere la colpa, in quanto l'evento dannoso non sarebbe stato evitabile neanche usando la diligenza richiesta). Per questa via l'articolo 2052 del codice civile non opera alcuna distinzione tra gli animali, perché l'elemento della pericolosità non è essenziale alla fattispecie: l'inevitabilità non assume una connotazione assoluta ma è tracciata relativamente, in base alla sua idoneità nel provare l'assenza di colpa nella custodia. È dunque poco congruente relazionare, *sic et simpliciter*, la disciplina romana dell'*actio de pauperie* con quella dell'articolo 2052 del codice civile italiano. Vi osta in particolare la previsione storica dell'imprevedibilità e dell'impossibilità di evitare il comportamento dell'animale (in quanto *contra naturam*) e l'automatica imputazione della responsabilità al *dominus* quale vantaggio esclusivo del danneggiato. L'origine storica dell'attuale disciplina del danno provocato dall'animale, va rintracciato, piuttosto, nelle azioni concorrenti con l'*actio de pauperie*; in particolare nell'ambito applicativo dell'*actio utilis ex lege Aquilia* dove maturò la responsabilità per *culpa*; è sotto quel regime che possono essere ricondotti tutti quei casi in cui il comportamento dannoso deve essere imputato al suo autore «al di fuori del *dolus* ed, eventualmente, della *custodia*, sulla base di una mancata diligenza, del prevedibile non previsto».

¹⁷⁸ Cfr. di recente M.F. CURSI, *La lex pesolania de cane un fraintendimento o una previsione specifica sui cani pericolosi?* in *Index* 45 (2017), 495-520.

¹⁷⁹ In tal senso si sono già espressi in passato il F. GLUCK, *op. cit.*, 14 ss; F. EISELE, *op. cit.*, 493 ss; R. DE RUGGIERO, *op. cit.*, 462.

provocati da questi non potrebbero essere mai causati (o valutati) *contra naturam*, bensì *propter naturalem feritatem*. Per contro la dottrina più antica¹⁸⁰ ha, invece, ritenuto possibile l'esperibilità dell'*actio de pauperie* nel caso di animali feroci o selvaggi purchè addomesticati. Ciò perché gli stessi, una volta addomesticati, perderebbero la loro *feritas*; così che una loro improvvisa ed inattesa esplosione di ferocia non potrebbe più essere considerata *naturalis*.¹⁸¹ Tuttavia ho già osservato come l'espressione *contra naturam* non possa offrire elementi utili per la risposta. Infatti, con ogni probabilità, essa non è classica e nella diversa coloritura assunta nel diritto giustiniano poco rilievo può spiegare ai fini di una precisa comprensione della fattispecie. Semmai, più utili appaiono le riflessioni di Kerr-Wylie, le quali ricordano come all'iniziale, probabile applicabilità dell'*actio de pauperie* ai soli quadrupedi rientranti nella categoria delle *res Mancipi*, ebbe a seguire una graduale estensione, ad opera della giurisprudenza classica, a tutte le fattispecie in cui a cagionare un danno fosse stato un quadrupede.¹⁸² Viene ribadito per questa via, da un lato la necessità che l'animale (ovviamente quello non domestico) sia *in dominium*, dall'altro l'analoga rilevanza (o irrilevanza) del *contra naturam* per tutti i *quadrupes*.¹⁸³ È infatti evidente che sia gli animali domestici che quelli considerati feroci possono porre in essere comportamenti innaturali e che la non naturalità vada riferita alla difformità rispetto ai comportamenti normali propri di ciascuna specie. Pertanto liberando l'indagine dai tentativi più comuni della dottrina che ha commentato il brano di Ulpiano, modificandone il testo per piegarlo alla lettura desidera-

¹⁸⁰ Cfr. per tutti S.W. ZIMMERN, *Noxalklagen* cit., 103 ss., il quale ha ritenuto che un'esplosione di ferocia da parte di animali selvaggi addomesticati è altrettanto inaspettata di quella delle bestie domestiche. In questo stesso senso anche VANGEROW, *op. cit.*, 111.

¹⁸¹ H. LITTEN, *Jherings Jahrbücher* cit., 427, sulla base di D. 9.1.1.pr. e 2 giustificerebbe l'estensione dell'*actio de pauperie* ai danni provocati da bestie feroci, purchè queste abbiano un proprietario e purchè rientrino nella categoria dei quadrupedi. *Contra* U. ROBBE, *L'actio de pauperie* cit., 352 ss., il quale la ritiene ammissibile per i soli animali domestici quadrupedi (359), in quanto tutti i passi contenenti i vocaboli *fera* e *animal* sarebbero stati interpolati.

¹⁸² Cfr. J.F.KERR -AH WYLLIE, *op. cit.*, 465, il quale, sulla base del paragrafo 10 di D. 9.1.1 che egli considera profondamente rimaneggiato (491 ss.), sostiene che la giurisprudenza classica avrebbe ritenuto l'*actio de pauperiae* applicabile a tutte le fattispecie in cui a cagionare un danno fosse stato un *quadrupes*; un'*actio utilis* supplementare sarebbe stata concessa successivamente in tutti quei casi in cui a danneggiare un terzo fosse stato un non quadrupede, indipendentemente dall'essere questo addomesticato o selvaggio per natura. L'unica condizione necessaria sarebbe stata per questo Autore che l'animale fosse in proprietà di un soggetto; se, altrimenti, la bestia fosse stata una *res nullius*, nessuno avrebbe potuto essere chiamato in causa come responsabile. Alle stesse conclusioni mi sembra che pervengano anche S. PEROZZI, *Istituzioni 2*, cit., 396 nt. 3 e KERR-WYLLIE, *op. cit.*, 225 ss.

¹⁸³ *Contra* ASHTON-CROSS, *op. cit.*, 396 ss., il quale ritiene possibile la concessione di tale azione solo nei casi in cui il danneggiamento fosse stato provocato da animali addomesticati. L'editto edilizio sarebbe intervenuto a disciplinare le fattispecie nelle quali l'autore del danno a persone o cose, su di una pubblica via, fosse stato un cane o un animale selvaggio; solo successivamente, l'azione sarebbe stata estesa a tutti gli animali domestici in generale.

ta,¹⁸⁴ è senz'altro possibile trarre dallo stesso alcune importanti conclusioni.

Il giurista sembra esplicitare una sostanziale indifferenza circa il carattere domestico o selvaggio dell'animale. Ciò è dimostrato anzitutto dai vocaboli utilizzati: *animal, fera, bestia*;¹⁸⁵ in secondo luogo, dall'uso di analoghe espressioni sia per gli animali c.d. domestici, che per gli animali c.d. selvaggi; in terzo luogo, dall'implicita previsione dell'applicabilità dell'*actio de pauperie* all'orso, con la contestuale eccezione determinata dalla perdita di proprietà dell'animale, a seguito della fuga.¹⁸⁶ Il richiamo al frammento di Ulpiano risolve dunque di per sé tutti i dubbi circa l'applicabilità dell'*actio de pauperie* anche agli animali selvaggi; chiarendone anche l'ambito di riferimento necessariamente legato al sussistere o meno della proprietà.

L'obiezione che potrebbe essere avanzata con riferimento a D. 9.1.1.10 può essere superata ricordando che proprio la già esaminata Parafrasi di Teofilo identifica, nella perdita della proprietà il motivo della mancata concessione dell'azione.¹⁸⁷ Pertanto concluderei nel senso che in una prima fase

¹⁸⁴ In particolare con riferimento al paragrafo 10 di D. 9.1.1 è interessante notare l'opinione di A. HEYMANN, *op. cit.*, 373 ss., il quale ritiene interpolata la prima parte del passo (da [...] *in bestiis autem propter naturalem a [...] actio locum non habet*) ma non il seguito (precisamente da [...] *et ideo a [...] meum corpus est*). B. BIONDI, *Actiones noxales cit.*, 36, invece, pur notando vari rimaneggiamenti del testo propende per l'autenticità del pensiero del giurista. Ulpiano avrebbe giustificato la sua risposta sulla base del fatto che il *dominus* non aveva la proprietà dell'orso al momento in cui il danno è stato causato. In tal modo è venuta meno una condizione essenziale della responsabilità derivante dalla *pauperies*.

¹⁸⁵ Il termine *animal* appare anche in altre opere di giuristi di epoca anteriore ad Ulpiano (si pensi per tutti a Gaio). Ma una tale considerazione è smentita dalle fonti, le quali a un primo generico significato di *animal* fanno seguire un concetto più specifico, che, in effetti va ad indicare solitamente gli animali domestici. Il termine *bestia o fera bestia* sta invece ad indicare gli animali selvaggi, anche se è interessante notare come il *Lexicon Tot. Lat.* (s.v. *Bestia*, I, 1858-60, 552 ss.) richiamando Isidoro (*Orig.* 12.2.1) e Ulpiano (D. 3.1.1) viene, poi, ad aggiungere: [...] *sed domari tamen possunt, ut cameli: elephanti; quadrupedum aut pecudum nomine, postquam domita sunt, contineri possunt*. Recentemente, su tutta questa problematica, con particolare riguardo al termine *quadrupes* (così come risulterebbe dalle testimonianze delle XII Tavole, collegandolo con quanto riportato da Gaio a proposito del cap. I della *lex Aquilia*) e alle varie tipologie di animali che potrebbero o meno rientrare in tale definizione, v. B.J. JACKSON, *op. cit.*, 125 ss., e CANNATA, *Sul testo originale della lex Aquilia cit.*, 207 ss.

¹⁸⁶ In tal senso depone il paragrafo di D. 9.1.1.10. Le *ferae bestiae*, così come gli animali domestici o mansueti e le *res* in genere, possono essere oggetto di proprietà ma quelle come questi, una volta sottrattisi al controllo del proprio *dominus* diventano *res nullius*. Di conseguenza il proprietario non sarebbe mai stato condannato qualora un suo animale avesse provocato un danneggiamento ad un terzo durante la fuga. Del resto, la stessa fattispecie, con l'esempio sempre dell'orso svincolatosi dalla custodia del padrone e che causa danni ad altri durante la fuga, è presente anche in I. 4.9.pr. ... *denique si ursus fugit a domino et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit*. Sul punto cfr. anche B.J. JACKSON, *op. cit.*, 126, nt. 31; 135 ss.

¹⁸⁷ Theoph. Paraph., 4.9.2 [...] *αἰμέλει εαν ἄρκτος φύγη και ἕτερον βλάβη, ο γεγονως αυτης δεσπότης ου κατέχεται τη noxalia δια τουτο δε είπον <ό γεγονως>, επειδη φυγουσα αύτη εις την φυσικην ανέδραμεν ελευθερίαν και επαύσατο του δεσπόζεσθαι*.

storica, l'*actio de pauperie* non riguardasse gli animali feroci; ma ciò non perché la sua fattispecie originaria ne prevedesse un'esplicita esclusione, quanto, assai più semplicemente, perché alle origini gli animali feroci o selvaggi non erano in cattività,¹⁸⁸ per cui, difettando la proprietà del *dominus*, poca rilevanza avrebbero potuto assumerne ai fini di un eventuale danno per il quale questi sarebbe stato chiamato a rispondere. La ricostruzione sin qui prospettata, tutta centrata sulla qualificazione dell'animale come domestico o selvaggio per identificare la responsabilità del *dominus* (in relazione alla proprietà ed alla naturalità del comportamento dell'animale), chiarisce anche i diversi equivoci rimasti insoluti nella dottrina circa i rapporti¹⁸⁹ tra le sanzioni previste dall'*actio de pauperie* e quelle dell'*edictum de feris*.

L'editto *de feris*¹⁹⁰ è una classica norma di ordine pubblico¹⁹¹ resasi indispensabile con l'affermarsi a Roma della moda esotica di allevare animali pericolosi e feroci (cane, cinghiale, maiale, lupo, orso, pantera, leone) se

¹⁸⁸ Cfr. C. FERRINI, *Diritto penale cit.*, 328 ss., e A. PERNICE, *op. cit.*, 325.

¹⁸⁹ Secondo un'ipotesi recentemente avanzata da parte della dottrina, tra cui per tutti G. PROVERA, *op. cit.*, 327 ss., con l'evoluzione del concetto e delle funzioni proprie della pena privata da un periodo all'altro il cumulo tra due azioni penali apparve sempre meno possibile e giustificabile. Pertanto, si sarebbe giunti alla conclusione che, in caso di concorrenza fra due azioni private ovvero anche fra una penale con funzione risarcitoria ed una puramente risarcitoria, si potesse agire, dopo aver esperito la prima, anche una seconda volta, con lo scopo unico di conseguire una condanna all'eventuale differenza "risarcitoria" a favore dell'attore senza cadere nella *pluris petitio*. La testimonianza giustiniana legittimerebbe un'applicazione di questo genere anche nella fattispecie in esame: infatti, sia l'*actio de pauperie* che l'azione edilizia sono azioni penali con funzione risarcitoria. La vittima del danneggiamento avrebbe potuto agire, nei casi in esame, con entrambe le azioni, per ottenere la condanna del *dominus* a una pena maggiore, data dalla differenza tra l'azione più favorevole e quella meno. Un possibile ostacolo, l'Autore lo fonderebbe sulla considerazione che l'*actio de pauperie*, sarebbe esperibile solo nei casi di danneggiamento da animali domestici al contrario dell'azione edilizia, che nascerebbe ogni qualvolta il danno fosse provocato dalle *ferae bestiae*. Le due azioni non potrebbero essere considerate concorrenti, ma alternative, applicabile ciascuna ad una diversa fattispecie. Le cose sarebbero diverse nel caso in cui si trattasse di una *fera bestia* addestrata, quale, ad es., un cane da guardia. Da ultimo sui rapporti tra l'editto e l'*actio de pauperie* cfr. RODRIGUEZ-ENNES, *Estudio sobre el «edictum de feris»*, Madrid 1992, 50 ss., in part. 51-55.

¹⁹⁰ Cfr. B.J. JACKSON, *op. cit.*, 132 ss.; Y. THOMAS, *op. cit.*, 307 ss.; L. RODRIGUEZ-ENNES, *op. cit.*, 50 ss.; A. HEYMANN, *op. cit.*, 376; D. PUGSLEY, *The aedilician edit* cit., 253 ss.; C. FERRINI, *Sulle fonti cit.*, 418; G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, in *Scritti in on. U. BORSI*, Padova 1955, 19 ss.; ID., *Ancora sull'editto degli edili curuli*, in *IURA* 7 (1956), 141 ss.; V. SCIALOJA, *Fragmenta interpretationis Gai Institutionum*, in *BIDR* 13 (1900), 75 ss.

¹⁹¹ Come nota G. IMPALLOMENE, *op. cit.*, 87, la pena era privata e l'azione che gli edili concedevano, con ogni verosimiglianza, era popolare, come si arguisce per l'analogia con l'*actio de effusis et deiectis*. Tanto è vero che la prima parte del testo avrebbe presentato lo stile solito delle disposizioni di polizia. Cfr. anche F.P. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»*, Napoli, 1957, 20 nt. 54, il quale ritiene che tale editto, come anche quello *ne quis in suggrunda protectove* (D. 9.5.8) che Ulpiano (23 ad ed.) qualificherebbe come *portio* di quello *de his qui effuderint vel deiecerint*, risponderebbe ad esigenze di sicurezza viarie.

non addirittura di esibirli sulle porte e nei vestiboli delle abitazioni e di condurli al guinzaglio. Fu quindi necessario che gli edili, ai quali era concessa la *cura urbis*, emanassero un tale provvedimento per proteggere i cittadini dalla massiccia presenza di animali feroci in città, importati dalle province per essere usati nei ludi o *venationes*, oppure per soddisfare i desideri eccentrici dei cittadini più facoltosi.¹⁹² È Ulpiano stesso che parla dell’editto in un lungo frammento¹⁹³ del quale manca il commento.¹⁹⁴

D. 21.1.40 (Ulp. 2 ad *ed. cur.*) [...] deinde aiunt aediles: “ne quid canem verrem vel minorem aprum, lupum ursum, pantheram, leonem”.

D. 21.1.41 (Paul. 2 ad *ed. cur.*) [...] et generaliter aliudve quod noceret animal, sive soluta sint, sive alligata ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint.

D. 21.1.42 (Ulp. 2 ad *ed. cur.*) [...] qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit, si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli.

¹⁹² Cfr. G. JENNISON, *Animals for show and pleasure, in Ancient Rome*, Manchester 1937, 42 ss.; A.J. TOYNBEE, *Animals in life and art*, London 1973, 16 ss.

¹⁹³ È interessante notare come il presente testo dell’editto sia stato riportato, pur se incompleto, anche nelle Istituzioni giustinianee accanto all’*actio de pauperie* e precisamente in I. 4.9.1 [...] ceterum sciendum est aedilicio edicto prohiberi nos canem verrem aprum ursum leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: et si adversus ea factum erit et nocitum homini libero esse dicetur; quod bonum et aequum iudici videtur; tanti dominus condemnetur; ceterarum rerum, quanti’ damnum datum sit, dupli praeter has autem aedilicias actiones et de pauperie locum habebit: numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit.

¹⁹⁴ Cfr. O. LENEL, *Edictum Perpetuum*, Lipsiae 1927, 566; A.F. RUDORFF, *De iuris dictione Edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig 1869, 266 ss.; D. PUGSLEY, *The Aedilician edict*, in *Daube noster cit.*, 253 ss., (bib. *ivi cit.*). Per quanto più in generale riguarda l’editto edilizio, G. IMPALLOMENE, *L’editto degli edili curuli*, Padova 1955, 19 ss.; E. VOLTERRA, *Intorno all’editto degli edili curuli*, in *Scritti in on. Borsi*, Padova 1955, 19 ss., e ID., *Ancora sull’editto degli edili curuli*, in *Iura* 7 (1956), 141 ss.; A. GUARINO, *L’editto edilizio e il diritto onorario*, in *Labeo* 1 (1955), 295 ss.; ID., *Ancora sull’editto edilizio*, in *Labeo* 2 (1956), 352 ss.; A. PEZZANA, *rc. a IMPALLOMENE e VOLTERRA*, in *Iura* 7 (1956), 249 ss. In particolare con riferimento al diritto nascente dall’editto edilizio in generale M. TALAMANCA, *Processo Civile (dir. rom.)*, in *ED* 36 (1987), 51 ss., e nt. 363, cui si rimanda per letteratura più saliente sul tema. Nel più ampio quadro dell’evoluzione della responsabilità penale nei secoli, v. anche G. CARDASCIA, *La responsabilità cit.*, 18 e nt. 3; 24 ss; mentre con specifico riferimento al testo dell’editto degli edili curuli (sia come riportato dal lungo frammento ulpiano di commento allo stesso, contenuto in D. 21.1. pr. e 1, sia, in forma più ridotta, nel passo di GELLIO in *Noct. Att.* 4. 2. 1) v. G. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell’editto de mancipis vendundis*, Milano 1994, 1 ss.

L'azione edilizia sarebbe concessa solo nei casi di danneggiamento causato da animali prevalentemente feroci, quando essi sono stati tenuti in luoghi pubblici accessibili ai passanti. La lista di animali contiene come si è detto un cane, un maiale, un cinghiale, un lupo, un orso, una pantera, un leone, e finisce con una clausola generale "*et generaliter aliudve quod noceret animal*".¹⁹⁵

Ma questa clausola, secondo la maggior parte della romanistica¹⁹⁶ non comprenderebbe in modo generalizzato tutti gli animali domestici, per i quali soccorrevano gli altri mezzi già esaminati. Ai fini della condanna risulta fondamentale la lettura della seconda parte della norma dove sono previste le sanzioni secondo il tipo di danno causato: a) per la morte dell'uomo libero duecento soldi in diritto giustiniano, duecentomila sesterzi in epoca classica; b) per il ferimento dell'uomo libero [...] *quanti bonum et aequum iudici videbitur*; c) nel caso di danno patrimoniale, una pena raddoppiata rispetto al danno subito.¹⁹⁷ Questa disciplina sanzionatoria confrontata con quanto si è andato dicendo, mi sembra che per un verso confermi l'applicabilità delle ammende dell'*actio de pauperie* anche alle ipotesi di danno procurato da animali feroci (ciò prima dell'emanazione dell'editto, il quale reagì in modo più specifico ed incisivo alle mutate esigenze della realtà romana rispetto al *ius civile*) e che per altro verso dimostri l'insufficienza dell'*actio* stessa a tutelare il terzo danneggiato nella fattispecie considerata, per l'evidente difficoltà di supportare la condanna

¹⁹⁵ Rimangono i dubbi circa l'originalità di questa clausola generale. In questo senso soprattutto O. LENEL, *op. cit.*, 566; B.J. JACKSON, *op. cit.*, 132. Le varie specie di animali in tale elencazione sono esaminate da B.J. JACKSON, *op. cit.*, 132 ss., cui si rimanda per la bibliografia precedente e le fonti sul tema. Sul punto anche THOMAS, *op. cit.*, 307.

¹⁹⁶ Cfr. U. ROBBE, *op. cit.*, 355 ss; HAYMANN, *op. cit.*, 376 ss; G. PROVERA, *op. cit.*, 326 ss; KERR WILYE, *op. cit.*, 474 ss., il quale in particolare trae queste conclusioni: a) nel caso di infortunio fatale a uomo libero, l'*actio de pauperie* non sarebbe esperibile; b) molto probabilmente in epoca più antica, tale *actio* non era esperibile neanche nel caso di infortuni non fatali, e questo doveva essere ancora lo stato della normativa al momento della promulgazione dell'*edictum de feris*; c) in terzo luogo l'azione permetteva la *noxae deditio* dell'animale colpevole, evitando così, eventuali future responsabilità; l'editto invece non solo non avrebbe previsto la *noxae deditio*, ma nel caso di danni alla proprietà, avrebbe raddoppiato l'entità della pena; d) infine l'*actio de pauperie* non poteva essere esperita quando l'animale danneggiatore fosse risultato senza padrone al momento del danneggiamento stesso (ad es. nel caso di animale selvaggio, tenuto in cattività che scappasse e durante la fuga cagionasse un danno a qualcuno o qualcosa). *Contra* ASHTON-CROSS, *op. cit.* 397 e M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 151 nt. 89, la quale ritiene tali congetture in aperto contrasto con la testimonianza già esaminata di Ulpiano.

¹⁹⁷ Cfr. su questo importante aspetto J.B. JACKSON, *op. cit.*, 134, il quale sostiene che gli edili avrebbero eliminato il rischio per l'uomo libero ferito o danneggiato dall'animale di ottenere la pena per l'intero, sia in base al principio equitativo del *bonum et aequum*, sia potendo evitare di accontentarsi della *noxae deditio* dell'animale danneggiatore o feritore, al posto della somma di denaro.

con la effettiva prova che il comportamento dell'animale feroce fosse stato posto in essere *contra naturam*. Ecco allora la necessità di una tutela sanzionatoria più efficace, con una presunzione di responsabilità a carico del proprietario dell'animale feroce che lo tiene in cattività a contatto con il pubblico, ulteriormente rafforzata con una predeterminazione legale del danno da punire, utilizzata a fini preventivi.¹⁹⁸ Da tale angolatura è forse forzata l'opinione di una parte della dottrina circa l'utilizzazione dell'*edictum de feris* quale limitazione del campo di applicazione dell'*actio de pauperie*: come se, in altre parole, l'azione edilizia fosse spettata solo nel caso di *ferae bestiae*, mentre l'*actio de pauperie* fosse concessa solo nel caso di danneggiamento compiuto da animali domestici.¹⁹⁹ Del resto, se anche si dovesse convenire con chi ritiene che il divieto di condurre cani per le pubbliche vie sarebbe derivato dall'interpretazione che i Bizantini avrebbero dato dell'editto *de feris*, così come risulterebbe da D. 21.1.40 e 42, non si può non rilevare come questo tipo di precetto sia del tutto al di fuori della portata propria dell'*actio de pauperie*, riferendosi piuttosto a quelle tipiche disposizioni di ordine pubblico volte a prevenire quei comportamenti che si pongono come fonti di pericolo socialmente rilevanti.²⁰⁰ Tutto ciò conferma ulteriormente come la disciplina sanzionatoria predisposta dagli edili curuli, fosse tutta diversa da quella dell'*actio de pauperie* ed attendesse, in via preventiva a garantire l'incolumità dei passanti. Anche Levy e Provera osservano che in realtà l'azione edilizia e quella dell'*actio de pauperie* si riferiscono a fattispecie diverse; certo poteva avvenire che il singolo danneggiato si potesse trovare nella situazione di poter agire con ambedue le azioni, qualora il comportamento della *fera bestia*, in quanto addomesticata, potesse essere classificato *contra naturam*.²⁰¹ In proposito, si può notare, che il cumulo tra le due azioni, è confermato da D. 50.17.130 (Ulp. 18 ad *ed.*) [...] *numquam actiones praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit* e da D. 44.7.60 (Ulp. 1. 17 ad *ed.*) [...] *numquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit*. Successivamente, quando con l'attivazione della seconda azione necessaria per conseguire una condanna all'eventuale differenza in più che l'attore avrebbe potuto ottenere rispetto alla prima già esperita,²⁰² tale

¹⁹⁸ Cfr. J. JACKSON, *op. cit.*, 134 parla di «a strict liability remedy, without the opinion of noxal surrender», richiamandosi anche a quanto già espresso sul punto da ASHTON-CROSS, *op. cit.*, 397.

¹⁹⁹ Cfr. U. ROBBE, *op. ul. cit.*, 355 ss; HAYMANN, *op. cit.*, 376 ss; KERR WILYE, *op. cit.*, 474 ss.

²⁰⁰ Cfr. J. MACQUERON, *Les dommages causes par chiens*, in *Flores legum H.J. Schelmeta antecessori groningano oblata*, Groningen, 1971, 133 ss.

²⁰¹ Cfr. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* cit., 225 ss; e più recentemente con specifico riferimento al problema, G. PROVERA, *op. cit.*, 328 ss.

²⁰² Sul punto G. PROVERA, *op. cit.*, 328 ss.

cumulo si andò sempre più attenuando. Peraltro giova sottolineare il fatto che qui l'interesse del danneggiato poteva sussistere proprio in quanto l'*edictum de feris* operava una predeterminazione legale del danno subito; confermando, con questo, come la sua finalità fosse non tanto quella di garantire una riparazione del danno, quanto di utilizzare anche in funzione preventiva la sanzione pecuniaria come pena affittiva. Il richiamo all'editto *de feris*, che nell'elencazione seppure frettolosa delle bestie pericolose assimila il cane²⁰³ all'orso e al leone,²⁰⁴ consente di affrontare un'altra questione: se e in che misura il cane fosse o meno inizialmente escluso dall'ambito di applicazione dell'*actio de pauperie*.²⁰⁵ Nell'epoca classica, come risulta sempre dal brano di Ulpiano, l'*actio de pauperie* sembra applicarsi ai cani. Ma questa applicazione non sarebbe stata originaria, bensì derivata da un'esplicita estensione della stessa operata tramite una misteriosa *lex Pesolania*, ricordata esclusivamente nelle *Pauli Sententiae*.²⁰⁶

Paul. Sent. 1.15.1 [...] si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat: quod etiam lege Pesolania de cane cavetur.²⁰⁷

Se si ammette che l'ambito di applicazione dell'*actio de pauperie* non è generale e che, anzi, per l'applicazione della stessa ai danni eventualmente

²⁰³ L'ambivalenza della natura attribuita dai Romani ai cani, testimoniata da altre fonti, verrebbe ad essere ulteriormente confermata proprio dalla presenza anche del cane nell'elencazione delle *ferae bestiae* presenti in questo editto. Cfr. J. MACQUERON, *op. cit.*, 136 ss; *contra* B.J. JACKSON, *op. cit.*, 129 ss.

²⁰⁴ Un brano di Paolo testimonierebbe la non tassatività dell'elenco delle bestie da controllare: D. 21.1.41 (Paul. 2 ad *aed. cur.*) [...] et generaliter aliudve quod noceret animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint. La giurisprudenza avrebbe inteso la disposizione in maniera estensiva, ricomprendendovi tutti quegli animali che potessero essere considerati pericolosi. Cfr. A.F. RUDORFF, *De iuris dictione Edictum*, Lipsiae 1869, 266; O. LENEL, *op. cit.*, 566; G. PROVERA, *op. cit.*, 327.

²⁰⁵ Cfr. J. MACQUERON, *op. cit.*, 133 ss.

²⁰⁶ Numerosi dubbi permangono sulla paternità paolina dell'opera, la quale è pervenuta attraverso estratti della *lex Romana Wisigothorum*, nonché attraverso alcune testimonianze del Digesto e della *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* (su quest'ultima v. per tutti G. BARONE-ADESI, *L'età della Lex Dei*, Napoli, 1992), nonché attraverso brani della *Consultatio* e della *lex Romana Burgundionum*. Cfr. C.A. MASCHI, *Iulius Paulus*, in *ANWR* 2, 15 (1976), cui rinvio per l'ulteriore bibliografia.

²⁰⁷ La *lex Pesolania* è ricordata solo in questo unico testo di Paolo; per A. FLINIAUX, *Une vieille action*, in *Revue Historique de droit français et étranger*, 4 (1925) 266 ss., non sarebbe genuina l'intera frase “*damnumve ... sit*”, ragione per cui verrebbe a negare la nossalità di tale *actio*. Sembrano concordare sostanzialmente con questi, anche E. CARRELLI, *op. cit.*, 14 nt. 2 e KERR-WYLIE, *op. cit.*, 520; J. MACQUERON, *op. cit.*, 136 ss; B.J. JACKSON, *op. cit.*, 130 ss., nt. 52. Pure G. ROTONDI, *Leges publica*, Milano 1912, 472, dubita della sua esistenza.

causati da un cane è necessaria un'esplicita previsione normativa,²⁰⁸ cade tutta la ricostruzione prospettata nelle pagine precedenti.²⁰⁹ La dottrina, dunque, dubitando dell'esistenza della legge Pesolania, ha tentato, modificandone il nome (ad es. *Pesolania* in *Soloniana*),²¹⁰ di spostarne il significato da citazione di un precedente normativo dell'ordinamento romano ad un richiamo di diritto comparato di un precedente normativo dell'ordinamento greco.²¹¹ Per contro sarei portato a credere che il passo sia autentico e che la legge sia attribuibile all'ordinamento romano (probabilmente posteriore alla *lex Aquilia* ed antecedente all'editto *de feris*) anche se deformata, in quanto al nome, dai copisti.²¹² Il fatto è che la legge Pesolania presenta caratteristiche analoghe all'editto *de feris*; essa, cioè, risponde all'esigenza, avvertita in un periodo in cui i cani, molto probabilmente, erano divenuti a Roma animali da guardia e da compagnia particolarmente diffusi, di prevedere una normativa con sanzioni specifiche più incisive ed efficienti di quelle già contemplate con l'*actio de pauperie*, rivolta a tutelare i terzi. È plausibile allora ritenere che non ci troviamo di fronte ad un'estensione dell'*actio de pauperie* ai cani (estensione non necessaria, stante la dimostrata applicabilità ge-

²⁰⁸ Da ultimo, mi sembra propendere in tal senso G. PROVERA, *op. cit.*, 324 ss., il quale segnala come «... da un brano delle Sentenze di Paolo (1.15.1) risulta che una non meglio conosciuta *lex Pesolania* aveva esteso ai cani il regime dell'*actio de pauperie*, forse perché in epoca antica essi erano considerati *ferae bestiae*».

²⁰⁹ Lo stesso Gaio (3. 217) qualifica il cane, opponendolo alle c.d. *ferae bestiae*: ... *quadripes quae pecudum numerum non est*. Interessante anche la lettura dello sch. 9 ad Bas. 60. 2. 1 (HEIMBACH V., 257; SCHELTEMA B VIII, 3083) ... *οὐδὲ γὰρ ἔστι τῶν ἀγρίων ὁ κύων, ὡς τῆ β'. διγ. β'. ἦτοι τῆ. γ' κεφ β'*.

²¹⁰ Il primo a proporre la lettura di *Soloniana* al posto di *Pesolania*, fu CUIACIO, *Sent. Paul.*, lib. I, tit. 23 (15), Paris 1658, t. 1, col. 373. Dubbio sul nome, ma non sulla sua esistenza è S. PEROZZI, *Istituzioni cit.*, 396 nt. 3, sulla base delle testimonianze a lui pervenute di una normativa in tema, presente nella legislazione soloniana (in particolare secondo PLUTARCO, *Solon*, 24.3). Sul punto, MODRZEJEWSKI, *Ulpian cit.*, 190 ss., e J. MACQUERON, *op. cit.* 136 ss., il quale osserva che nessuna fonte testimonia con sicurezza l'esistenza di una legge di Solone che avrebbe previsto il caso particolare del danneggiamento del cane; e che, molto probabilmente, il giurista Paolo avrebbe voluto far sfoggio di erudizione segnalando l'esistenza di questa legge *Soloniana*. Non dubita, al contrario, dell'esistenza della *lex Pesolania*, U. ROBBE, *op. cit.*, 56. Da ultimo, G. PROVERA, *op. cit.*, 324 ss.

²¹¹ A. HEYMANN, *op. cit.*, 357, nt. 2, ha espresso per primo questa opinione, cioè che le XII Tavole, ad imitazione di antiche norme greche, avrebbero introdotto tale normativa nel caso di *pauperies* compiuta da un cane.

²¹² In questo senso cfr. J. MACQUERON, *op. cit.*, 136. Per quanto attiene ad una probabile datazione dell'*edictum de feris*, sembra accettabile l'ipotesi avanzata da F.P. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari cit.*, 158 ss., sulla base del diverso ammontare della somma stabilita nella *condemnatio*, nel caso di uccisione di uomo libero, dall'editto pretorio rispetto a quello degli edili «di priorità cronologica dell'uno sull'altro». Infatti, l'editto degli edili contemplò una somma pari al quadruplo dell'altra; pertanto, escludendo una rivalutazione della somma originaria nell'editto *de feris*, ne conseguirebbe «... che l'editto edilizio è più recente e dunque modellato sul più antico editto pretorio».

nerale dell'*actio* ai danneggiamenti procurati da qualsivoglia quadrupede), ma alla concorrenza progressiva di altri rimedi specifici (quali, appunto, la *lex Pesolania de cane* e l'editto *de feris* in seguito) introdotti per affrontare in modo più efficace situazioni particolari, di volta in volta verificatesi, con l'evoluzione dei costumi e del diverso contesto economico-sociale.²¹³ Una tale ipotesi trova indiretta conferma, in chiave sistematica, nello stesso D. 9.1.2.1 (Paul. 22 ad *ed.*)

[...] si quis aliquem evitans, magistratum forte, in taberna proxima se immisisset ibique a cane feroce laesus esset, non fuisse agi canis nomine quidam putant: at si solutus fuisse, contra.

Il giurista risolve il caso andando a ricercare quale sia la causa prima che ha provocato il danneggiamento: nella prima ipotesi, questa va ricondotta al danneggiato, che, fuggendo sotto la spinta di un'emozione, si immette in un locale ed entra volontariamente nel raggio di azione del cane da difesa (raggio di azione delimitato dalla corda che lo tiene legato), provocando conseguentemente il morso; nella seconda ipotesi, questa causa va ricondotta al cane, in quanto il terzo doveva necessariamente ritenere, in termini di affidamento, che l'animale non fosse feroce, perché lasciato libero all'interno di una *taberna*, cioè in un luogo normalmente frequentato dal pubblico. Secondo Giangrieco Pessi si tratta del tipico regime della responsabilità,²¹⁴ delineato da Ulpiano nel frammento più volte ricordato per tutti gli altri quadrupedi

D. 9.1.1.5-6 [...] sed et si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit et alicui damnum dederit: si containeri firmitus ab alio poterit vel si per eum locum induci non debuit, haec actio cessabit et tenebitur qui canem tenebat. Sed et si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio.

Se il cane, *sua asperitate*, fugge e causa un danno ad altri, viene ritenuta prevalente la responsabilità del terzo che non è riuscito a trattenerlo o che lo ha condotto nel luogo in cui si è determinato l'evento, pertanto, l'azione cessa; se il cane provoca un danno al terzo perché *istigatus alterius*, l'azione cessa; se il comportamento del danneggiato è identificabile come la causa dell'evento dannoso (per l'appunto fuggendo, a causa di un'emozione, entra nel raggio di azione, opportunamente delimitato da una corda, di un cane da difesa, subendone il morso), l'azione non è concessa. I passi testimoniano, per un verso,

²¹³ Sui rapporti tra l'azione generale e gli altri due rimedi specifici previsti (cioè *l'edictum de feris* e la *lex Pesolania*, riguardanti entrambi i cani, sembra accettabile l'ipotesi avanzata da parte della dottrina la quale sostiene una diversa previsione dell'editto nei casi in cui sarebbe stato l'uomo libero a subire lesioni «fatali o non fatali». Infatti questa eventualità non era stata considerata precedentemente dall'azione *de pauperie*. Cfr. J.B. JACKSON, *op. cit.*, 132 e G. PROVERA, *op. cit.*, 324 ss.

²¹⁴ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 158.

l'applicabilità al cane della disciplina propria del danneggiamento procurato da qualsivoglia quadrupede; per l'altro, la presenza di una disciplina speciale, che si affianca e si cumula a quella generale. Ecco allora il senso dell'affermazione di *Paul. Sent.* 15.1: accanto alle altre *actiones* vi è anche (*etiam*) la *lex Pesolania* de cane, l'indicazione, cioè, di una normativa finalizzata ad assicurare una tutela ancora più incidente ai terzi per i danni provocati dai cani. Il che, del resto, verrebbe puntualmente confermato dall'editto *de feris*, in cui il cane, lungi dall'essere considerato l'animale mansueto «più affezionato all'uomo», viene equiparato, quanto al regime dei danni da lui provocati (tra cui si enumera anche la morte dell'uomo) alle bestie più feroci (*verres, aper, lupus, ursus, panthera, leo*). Risolti i problemi relativi agli animali feroci bisogna adesso verificare se l'*actio de pauperie* e di conseguenza la relativa condanna, fossero riferibili solo ai quadrupedi o anche ad altri animali non quadrupedi, quali, ad esempio, i bipedi.²¹⁵ In proposito, la risposta sembra doversi ritrovare, in due chiare indicazioni contenute nelle fonti pervenute: nel più volte citato brano di Ulpiano (D. 9.1.1.pr.) ed in quello di Paolo, tratto da l. 22 ad *edictum* e riportato in D. 9. 1.4.

Ulpiano al riguardo è chiaro

[...] si quadrupes pauperiem fecisse dicitur; actio ex lege duodecim tabularum descendit.

ed altrettanto lo è Paolo

[...] haec actio utilis competit et si non quadrupes sed aliud animal pauperiem fecit.

I passi confermano dunque che l'*actio de pauperie* è nata con portata generale: essa comprende il danneggiamento provocato da qualsivoglia animale domestico o feroce, purché, nel momento del fatto, ne sia identificabile un proprietario. Pertanto sono esclusi dal suo ambito di applicazione i non quadrupedi, per i quali, tuttavia, il diritto classico provvede con la concessione dell'*actio utilis*. I Romani identificarono la fattispecie originale dandole una "potenzialità espansiva praticamente senza limiti"; nello stesso tempo, proprio in funzione della spiccata concretezza della loro mentalità e del loro linguaggio, la delimitarono con un'indicazione che appariva loro logicamente non superabile (il quadrupede), appunto perché non sembrava assumere rilevanza in termini di conflittualità sociale una proprietà del soggetto su altri tipi di animali (pesci, uccelli, insetti, rettili). In una società nella quale l'ordinamento giuridico viene a formarsi attraverso una fase di sostanziale transizione dall'economia pastorale a quella agricola,²¹⁶ non

²¹⁵ Cfr. numerosi *scholia* dei Basilici: sch. 2 ad Bas. 60.2.1.pr. (V. HEIMBACH, 256; SCHELETTA B VIII, 3082).

²¹⁶ Cfr. F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società*, Napoli, I, 1984 141 ss., e F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma Antica*, I, Firenze 1979, 87 ss. Secondo M.V. GIAN-

appare immaginabile che animali diversi dai quadrupedi che pure potevano essere utilmente posseduti o utilizzati a fini economici od anche a fini ludici o di piacere²¹⁷ potessero essere causa di alterazioni dell'ordine sociale. Quando questo avvenne, si dovette ritenere opportuno non modificare la fattispecie originaria²¹⁸ bensì utilizzare lo strumento pretorio dell'*actio utilis*. Sarà il graduale modificarsi della dimensione abitativa e della proprietà terriera, nonché l'apparire di nuove forme di sfruttamento di risorse animali²¹⁹ che determinerà l'esigenza di provvedere, sia attraverso la giurisprudenza e la giurisdizione pretoria, sia attraverso specifici interventi normativi, a diversificare le nuove ipotesi che la mutata realtà economica e sociale proponeva all'attenzione dell'ordinamento. Ciò è dimostrato dalle fattispecie riportate in Coll. 12.7.10, in cui viene esaminata un'altra ipotesi di sfruttamento di risorse animali che non interessa i quadrupedi, ma che pure è tradizionalmente

GRIECO PESSI, *op. cit.*, 162, lo stesso processo, probabilmente, ha interessato anche alcuni bipedi di cortile (galline, oche, ecc.) i quali, pur presenti certamente da tempo nell'economia romana come ci attesta la stessa tradizione, non furono inizialmente ricompresi nell'*actio de pauperie*, per due ordini di motivi: 1) perché si ritenne improbabile che potessero entrare in diretto contatto con i terzi così da determinare un danno, in quanto la connotazione sia dell'assetto urbano che della proprietà terriera, testimonierebbe che il territorio fosse articolato, oltre che nel grande latifondo, in una piccola proprietà contadina vivente in piccoli appezzamenti (si pensi ai famosi *bina iugera*), tenuta ancora da un regime giuridico di comproprietà. Il cortile, così, dove venivano allocati i bipedi veniva a trovarsi lontano dai confini dell'appezzamento ed a fianco dell'abitazione del proprietario e/o del coltivatore del fondo; ciò anche al fine di preservare questi animali dalle possibili incursioni di animali selvatici (volpi, lupi, cani randagi), portati naturalmente a fare razzia di questi volatili sostanzialmente indifesi; 2) probabilmente (come nella prima ipotesi, si è anche qui nel campo di mere congetture, stante l'inesistenza di fonti o testimonianze certe in proposito) in considerazione della non eccessiva rilevanza economica del danno che questo tipo di animali poteva assumere sia verso gli esseri viventi, che verso altri animali o cose. In particolare, poi, per i problemi legati alla storia di Roma arcaica, alla sua evoluzione nella tarda repubblica e nel principato, connessi principalmente alle questioni agrarie e all'organizzazione fondiaria più in generale, v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra in Roma antica* cit., 89 ss.

²¹⁷ Risalirebbe addirittura a Romolo e poi, in particolare, a Numa Pompilio, la funzione degli auguri a Roma, rivolta ad interpretare il volo degli uccelli. Tale arte, propria sia dei Romani che dei popoli italici osco-umbri caratterizzò profondamente anche la loro religione e la loro politica, raggiungendo una sua profonda qualificazione nel periodo dei re etruschi. Cfr. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino 1960, 10 ss., e DUMÉZIL, *La religione romana arcaica. Con un'appendice sulla religione degli Etruschi* (trad. a cura di TESI), Milano 1977, 1 ss.

²¹⁸ Cfr. VARRONE, *De re rustica*, 1. 10. 2 ed altre fonti citate in P. DE FRANCISCI, *Primordia* cit., 173 nt. 374 e in F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società* cit., 59 ss.

²¹⁹ Cfr. DUREA DE LA MALLE, *L'economia politica dei Romani*, in *Biblioteca di Storia Economica del Pareto*, I, 2, Milano 1905, 131 ss; 244 ss; ROSTOVZEV, *Storia Economica di Roma* (trad. it. LAVAGNINI), Firenze 1924, 84 ss; ID., *Storia economica e sociale dell'impero romano* (trad. it. SANNA), Firenze 1933, 12 ss., e 18 ss; TOYNBEE, *op. cit.*, 65 ss., con particolare riguardo al problema della pastorizia e GABBA-PASQUINUCCI, *Strutture agrarie e allevamento transumante nell'Italia romana* (III - I a. C.), Pisa 1979, 20 ss.

assai diffusa nell'ambito della civiltà contadina. Come si è detto il contrasto tra Celso e Proculo, riportato da Ulpiano su di un «caso di specie»,²²⁰ non pacifico, come quello dell'*exustio* di uno sciame d'api altrui, attiene alla sussistenza o meno del *dominium* sullo stesso motivo, questo, decisivo per l'esperibilità dell'*actio legis Aquiliae*.²²¹ Qui, non interessa entrare nel merito del dibattito tra i due giuristi, cioè stabilire se possa parlarsi di cattività, addomesticamento o, comunque, di allevamento da parte del contadino dello sciame di api. Basti sottolineare la rilevanza economica che acquisiscono animali non quadrupedi, con i connessi problemi dei danni che tali animali possono provocare o subire. L'*actio de pauperie* conservò, quindi, anche in epoca successiva alla sua istituzione, le connotazioni originarie del suo ambito di applicazione, ma venne estesa, in via utile, tutte le volte che se ne determinò l'esigenza, riscontrandosi i relativi presupposti. Intorno ad essa, però, venne ad aggiungersi un reticolato di ulteriori interventi che di volta in volta, coprirono i vuoti normativi provocati dall'ambito della fattispecie originaria.

Poche riflessioni vanno dedicate, infine, all'identificazione del campo di applicazione dell'*actio de pauperie* con riferimento alle *res Mancipi* e *nec Mancipi*. In proposito bisogna dar conto, più approfonditamente, dell'affermazione di alcuni Autori, secondo cui quest'*actio* sarebbe stata inizialmente applicata solo ai danni causati dagli animali, anzi dai quadrupedi, ricompresi nella categoria delle *res Mancipi*. L'affermazione,²²² invero, è stata fatta in forma dubitativa,²²³ con lacunose motivazioni²²⁴ e sulla base di una lettura della distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* che comporta, come autorevolmente osservato, un'esclusione delle *res nec Mancipi* dalla sfera di proprietà, con una soluzione che non può non suscitare fortissimi dubbi per l'assenza di testimonianze dirette nelle stesse fonti romane.²²⁵ Ora, se vice-

²²⁰ Lo definisce così P. CERAMI, *op. cit.*, 154, il quale ritiene che il motivo primario d'indagine seguito da Celso (e sul quale verteva il disaccordo con Proculo) fosse costituito non dall'analisi del «testo aquiliano, ma da un problema giurisprudenziale sollevato da un caso di specie». La confutazione che il primo giurista faceva del pensiero del secondo, aggiunge sempre Cerami, si basava non sul «... profilo meramente esegetico del discorso svolto da Proculo in ordine al testo aquiliano e neppure sulla mera connessione logico formale del ragionamento stesso. In pratica, qui, Celso rimprovererebbe a Proculo una inesatta valutazione di circostanze di fatto (in questo senso *falsum*), che si concreterebbero, nel trascurare la *consuetudo revertendi* propria di entrambe le tipologie di animali non quadrupedi nominati: le api e le colombe. Tale elemento incide profondamente su una conseguente valutazione del concetto di *dominium*, essenziale ai fini della legittimazione ad agire. Cfr. anche B. ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia*, I, cit., 130, e nt. 1; M.F. CURSI, *Lex Pesolania* cit., 498 ss.

²²¹ Cfr. ancora B. ALBANESE, *op. cit.*, 129 ss.

²²² Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI in *La struttura della proprietà*, I, cit., 175 ss., e nt. 49.

²²³ Cfr. KERR-WYLIE, *op. cit.*, 465.

²²⁴ Cfr. KERR-WYLIE, *op. cit.*, 467 ss.

²²⁵ Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, 177, che porta Gaio a testimonianza della pa-

versa, si accoglie la ricostruzione di chi,²²⁶ con ampiezza argomentativa, ha confutato la tesi di coloro che negano la rivendicabilità delle *res nec Mancipi* per mezzo dell'*actio legis sacramento in rem*, mi sembra di potere concludere negando che vi sia nelle fonti alcun riferimento in grado di avvalorare l'ipotesi di una originaria esclusione degli animali non ricompresi nell'elenco delle *res Mancipi* dal campo di applicazione dell'*actio de pauperie*.²²⁷ È stato infatti dimostrato che la situazione rappresentata dalla distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* si concretizza tutta ed esclusivamente nell'applicabilità o meno della *Mancipatio* al trasferimento dei diversi beni.²²⁸ Le due categorie rientrano dunque nello schema generale per cui, anche negli ordinamenti antichi, i beni socialmente ed economicamente più importanti sono sottoposti a più complesse formalità nel loro trasferimento: «formalità che, non diversamente da quanto si verifica ancor oggi per la parallela categoria dei beni immobili, mirano a garantire una più ampia e sicura pubblicità dell'avvenuto trasferimento».²²⁹ Le fonti testimonierebbero, inoltre, che la legislazione decemvirale aveva enucleato, con l'*actio de pauperie* e con le altre azioni concorrenti (si pensi, per tutti, in via esemplificativa, all'*actio de pastu pecoris*), un tessuto normativo idoneo a disciplinare tutte le ipotesi di danneggiamento da animale di rilevanza sociale. Ne consegue che così come tramite l'*interpretatio prudentium* e lo *ius praetorium*,²³⁰ l'ordinamen-

cifica applicazione della *legis actio sacramento in rem* alle *res nec Mancipi*, senza avanzare neppure dubbi per un'epoca precedente alle XII Tavole.

²²⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Donazione possessoria e donazione traslativa*, in BIDR 64 (1961), 251 ss., contro quanto affermato da F.P. CASAVOLA, *Lex Cincia*, Napoli 1960, 135 ss. Sul punto cfr. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. cit.*, 177.

²²⁷ Cfr. U. ROBBE, *op. cit.*, 355 ss. Sotto questo profilo non mi trovo d'accordo con i rilievi dell'Autore che vorrebbe far coincidere la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* con quella tra animali domestici e feroci (spiegando, con l'originaria natura di bestie selvagge, l'esclusione degli elefanti e dei cammelli), salvo poi ricercare, per l'esistenza della *lex Pesolania de cane*, un'improbabile attribuzione del cane ad una sorta di *tertium genus* (da cui la citazione di Accursio *canis non est in numero ferarum nec mansuetorum*), proponendo accanto al meccanismo dell'interpolazione anche l'incertezza dei giureconsulti romani, i quali pure esemplificano, secondo quanto risulta nel Digesto, l'*actio de pauperie* con numerosi riferimenti al cane.

²²⁸ Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, I, cit., 358, il quale pur evidenziando come lo stesso Gaio avesse individuato nel diverso modo di trasferimento della proprietà la distinzione tra le due tipologie di *res*, precisa come il giurista non fosse, poi, in grado di penetrare «il preciso significato storico e la relatività di tale nozione», riferito, appunto, alle *res pretiosiores*.

²²⁹ Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, I, cit., 357.

²³⁰ Per i rapporti tra l'interpretazione e l'intervento pretorio ed i modi di operare degli stessi nel processo di formazione e trasformazione dell'ordinamento giuridico romano, per tutti, GALLO, *Interpretazione e formazione* cit., in part. 144 ss. Per quanto, poi, attiene più direttamente alla figura ed al ruolo svolto dal pretore, cfr. SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., 265 ss., particolarmente 283 ss.

to cominciò ad avere contezza che la differenziazione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* aveva perduto del tutto il significato economico, per cui inizialmente era stata introdotta, equiparando, sul piano delle tutele, la *traditio* alla *Mancipatio*,²³¹ allo stesso modo si atteggiò l'*interpretatio* relativamente all'*actio de pauperie*, superando quegli ostacoli che impedivano la sua piena applicazione, tra i quali per l'appunto il richiamo alla distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. Certo, l'applicabilità dell'*actio de pauperie* poteva trovare ostacoli nel diverso regime di trasferimento della proprietà delle *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, laddove il proprietario dell'animale avesse voluto esaurire la condanna ricorrendo alla *noxae deditio*.²³² Questa distinzione, però, non impediva, comunque, di ritenere ferma l'applicabilità dell'*actio*; anzi, tale sua utilizzazione, certo adesiva alla lettera della norma, concorreva a porre una delle tante condizioni che avrebbero determinato la necessità (nel diritto pretorio) di assimilazione, in via sostanziale, della *traditio* alla *Mancipatio*, con la graduale sostituzione della seconda con la prima.²³³

8. L'ACTIO DE PASTU PECORIS

Sin dalle XII Tavole furono conosciute altre ipotesi di danno provocato dagli animali, per le quali, non essendo applicabile l'*actio de pauperie*, si esperirono altre azioni: tra queste l'*actio de pastu pecoris*.²³⁴ L'esistenza del mezzo²³⁵ già concesso dai decemviri è attestato da Ulpiano in D. 19.5.14.3 (Ulp. 41 ad Sab.)

²³¹ Per una probabile datazione del decadimento di tale distinzione cfr. F. GALLO, *Studi sulla distinzione cit.*, 227-230; ID., *Interpretazione e formazione cit.*, 146. *Contra*, G. NICOSIA, *Animalia cit.*, 52 ss., e M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *AUPA* 42 (1992), 188 nt. 17.

²³² La *noxae deditio* sarà stata realizzata tramite *Mancipatio*. Per le fonti in proposito cfr. G. BRANDI CORDASCO SALMENA, *L'actio iniuriarum cit.*, 100 ss.

²³³ Cfr. ARANGIO RUIZ, *Negozia cit.*, ntt. 136-137. Una conferma in questo senso si trae dal fatto che, dall'esame dei documenti pervenuti, riferentesi al periodo classico, risulta come la *Mancipatio* non fosse più utilizzata, almeno abitualmente, per il trasferimento della proprietà degli animali da tiro e da soma. Sul punto anche P. BONFANTE, *Scritti giuridici*, II, cit., 112 ss., e F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società cit.*, 10.

²³⁴ In questo senso A. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, cit., 12 ss., il quale nega l'applicazione dell'*actio furti* al danneggiamento di animale per l'epoca decemvirale.

²³⁵ Cfr. A. BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Torino 1985, 540; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto Romano cit.*, 528; A. FLINIAUX, *Une veille action cit.*, 247 ss., E. CARRELLI, *Plinio, Nat. Hist. 18.3.12 e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII Tavole*, in *AUPA* (1939), 1 ss; ID., *I delitti di taglio degli alberi e il danneggiamento alle piantagioni nel diritto Romano*, in *SDHI* 28 (1939), 329 ss; C. FERRINI, *Diritto Penale Romano cit.*, 241 ss; A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli 2001, 1039; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, 708. L'*actio de pastu pecoris* aveva fondamento nelle XII Tavole (8. 7) e si dava a favore del proprietario del fondo danneggiato contro la persona che vi avesse fatto pascolare le proprie *pecures*. B.J. JACKSON, *op. cit.*, 128 ss; G. CARDASCIA, *La portée primitive de la Loi Aquilia*, in *Legal History for D. Daube*, Edinburgh-London 1974, 53 ss.

Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.

Il giurista riferisce il pensiero di Aristone circa una controversia relativa alle ghiande cadute da un albero sul terreno del vicino, dove sono state consumate dal gregge fatto pascolare dal proprietario che lo conduce, il quale, allo stesso momento, è anche proprietario del fondo.²³⁶ Nella specie non può trovare luogo l'*actio de pastu pecoris* ma nemmeno l'*actio de pauperie* o l'*actio legis Aquiliae*. Va esclusa la prima, perché non è ravvisabile l'*immissio* di bestiame proprio a scopo di pascolo su fondo altrui, quale requisito necessario per integrare la fattispecie tutelata (*quia non in tuo pascitur*).²³⁷ Va esclusa anche l'*actio de pauperie* ma la spiegazione non è fornita. Si ritiene comunemente che la ragione possa essere trovata (oltre che nell'originaria inapplicabilità dell'azione alle pecore, forse superata successivamente con la sua estensione a tutti i quadrupedi) nella circostanza che il danno sia imputabile al proprietario che ha portato il gregge a cibarsi delle ghiande (*immissio pecore depascum*).²³⁸ Inoltre, il comportamento del gregge non è *contra naturam*, elemento, come si è visto, essenziale, in epoca ulpiana, per riconoscere la tutela dell'*actio de pauperie*. Parimenti va esclusa l'*actio legis Aquiliae* diretta senza che, di nuovo, ne sia data la spiegazione. Rileverebbe il fatto che il danno non sia stato provocato *corpore*²³⁹ (dovendo la necessità di accordare un'*actio in factum*). Come osserva

²³⁶ L'*actio de pastu pecoris*, richiedeva per la sua esperibilità l'*immissio* del gregge nel fondo altrui. Si poneva però il problema della tutela del danneggiamento in quelle ipotesi in cui il pascolo fosse avvenuto su fondo proprio, ma con frutti altrui caduti da alberi del fondo confinante, ipotesi questa assai comune, stante il frazionamento della proprietà terriera e la contiguità degli appezzamenti di terreno. Sul punto cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 195 che qui mi trova d'accordo; A.D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, 15 ss.; ID., *Quod edictum autem praetorem de aestimandis iniuriis*, in *Atti Copanello 1990 cit.*, 65 ss.; G. VALDITARA, *op. cit.*, 149 ss.; B.J. JACKSON, *op. cit.*, 142 ss., il quale ultimo denota un gioco di intrecci tra norme di *ius civile* e di *ius honorarium*, sviluppatasi via via nel tempo per garantire un'adeguata responsabilità, nascente per il proprietario nel caso di danneggiamento di animali.

²³⁷ Sul criterio distintivo dell'*immissio* del proprio bestiame nel campo altrui quale elemento discriminante per la concessione dell'*actio de pastu pecoris* rispetto all'*actio de pauperie*, cfr. A. FLINIAUX, *Une vieille action du droit romain: l'actio de pastu*, in *Mélanges de droit dédiés à G. Cornil*, I, Paris 1926, 281 ss e U. ROBBE, *L'actio de pauperie*, in *RIGS*, 7, 1932, 731.

²³⁸ M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*, 26, 1957, 299 e A. MANTELLO, *'Beneficium' servile - 'Debitum' naturale. Sen. De ben. 3, 18, 1 ss - D. 35, 1, 40, 3 (Iav., 2 ex post. Lab.)*, I, Milano 1979, 109 nt. 152.

²³⁹ M. MARRONE, *Actio ad exhibendum cit.*, 298 e B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I: *Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*; II, *Le estensioni della legittimazione attiva aquiliana*, in *AUPA*, 21, 1950, 77 ss.

Fliniaux,²⁴⁰ l'applicabilità dell'*actio de pastu pecuris*, implica un comportamento volontario del proprietario o del possessore o del detentore del gregge (in quanto per la concessione della tutela al danneggiato è richiesto che vi sia stato l'*immittere pecus*). La percezione esterna del fenomeno è un discrimine fondamentale: gli animali che pascolano arrecano danno, per cui la scelta tra l'*actio de pauperie* e l'*actio de pastu pecoris* dipende dal riscontro dell'imputabilità del comportamento dannoso degli animali all'azione del loro proprietario. Solo in presenza dell'*immissio* (ovvero dell'atto con cui il pastore guida o spinge il suo bestiame) si darebbe luogo all'*actio de pastu pecuris*.²⁴¹ Su queste basi la dottrina maggioritaria,²⁴² nonostante qualche variazione, soprattutto a proposito della stessa *immissio*, mi sembra alienata sulla lettura appena espressa a proposito del ragionamento di Aristone, il quale, seppure attraverso un *argumentum a contrariis*, fornisce le coordinate interpretative per cogliere esattamente il carattere strumentale delle ipotesi di danneggiamento provocate dal pascolo abusivo nel fondo altrui, rispetto alla tutela risarcitoria che viene in essere. Valgano per tutti i rilievi di Giangrieco Pessi:²⁴³ l'ambito di applicazione dell'*actio de pastu pecoris* è stato demarcato (oltre che da una sua prima inapplicabilità per via dell'esclusione delle pecore dal novero dei *quadrupedes res mancipi*) sia dalla responsabilità dell'uomo in relazione al comportamento dell'animale sia, a partire dal periodo severiano, dall'impossibilità di definire il comportamento dell'animale stesso *contra naturam* (essendo il pascolare un modo naturale per alimentarsi). Per questo Ulpiano, riportando Aristone, conclude affermando che non soccorrano l'avente diritto, le azioni concesse in materia: 1) l'*actio de pastu pecoris*; 2) l'*actio de pauperie*; 3) l'*actio legis Aquiliae*. In particolare, non si può esperire la prima perché, avendo il bestiame consumato i frutti (sia pur caduti dall'albero del vicino nel terreno di colui che è contemporaneamente proprietario del gregge e del fondo) non si è concretizzata l'immissione del bestiame a scopo di pascolo

²⁴⁰ Cfr. A. FLINIAUX, *op. cit.*, 245 ss.

²⁴¹ Diversa è la ricostruzione proposta da E. CARRELLI, *Plinio cit.*, 1 ss., secondo cui l'*actio de pastu pecoris* avrebbe trovato applicazione sia nel caso in cui il bestiame fosse penetrato nel fondo del terzo ad opera dello stesso proprietario o di suoi pastori, sia nel caso in cui lo sconfinamento del bestiame fosse avvenuto senza l'intervento di alcuno. Se così non fosse si dovrebbe presupporre inevitabilmente un'azione avvenuta *dolo malo*, quando invece ci troviamo qui solo di fronte ad un'attività svolta *iniuria* nel senso di *quod non iure fit*, cioè "di attività che non trova nel diritto obiettivo un fondamento di liceità". L'opinione per quanto ben suffragata, in particolare sulla base del sopra citato D. 19.5.14.3 non ha convinto la dottrina maggioritaria che rimane di opinione contraria.

²⁴² Cfr. A. MANTELLO, *op. cit.*, 31 ss e 106 ss; A. FLINIAUX, *op. cit.*, 281 ss; U. ROBBE, *L'actio de pauperie cit.*, 344 nt.1; ID., *Pauperies cit.*, 731

²⁴³ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 172; 190 ss.

sul fondo altrui,²⁴⁴ elemento indispensabile, secondo la maggior parte della romanistica:²⁴⁵ «*quia non in tuo pascitur*».²⁴⁶ La decisione di Aristone a favore dell'*actio in factum*²⁴⁷ si spiega dunque imputando l'evento dannoso al proprietario del gregge: egli ha spinto le pecore a cibarsi di ghiande (*immissio pecore depascam*)²⁴⁸ non sue.²⁴⁹ Nello stesso senso muove anche la lettura di un altro passo di Ulpiano, D. 10.4.9.1 (Ulp. 24 *ad ed.*), sul quale mi soffermerò da qui a poco. È dunque lecito argomentare che solo gradualmente sia maturato il processo di confluenza dell'*actio de pastu pecoris* come delle altre azioni di danneggiamento, nell'ambito della *lex Aquilia* cioè dell'azione generale del *damnum iniuria datum*. Questa conclusione mi sembra confermata dal rescritto di Diocleziano e Maximiano del 294 d.C., il quale testimonia la fase di definitivo assorbimento dell'*actio de pastu pecoris* nell'azione generale del danneggiamento.²⁵⁰

²⁴⁴ Insiste sul criterio distintivo dell'*immissio* del proprio bestiame nel campo altrui quale elemento discriminante per la concessione dell'*actio de pastu pecoris* rispetto all'*actio de pauperie*, la maggior parte della dottrina che si è occupata direttamente o indirettamente del tema. Per tutti cfr. A. FLINIAUX, *op. cit.*, 281 ss; U. ROBBE, *L'actio de pauperie* cit., 344 nt.1; ID., *Pauperies* cit., 731.

²⁴⁵ Dal che emerge come osserva GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 174 nt. 16 che tale azione veniva normalmente concessa quando il pascolo avveniva abusivamente su fondi appartenenti ad altri. In questo stesso senso cfr. A. FLINIAUX, *op. cit.*, 281 ss; P.F. GIRARD, *Les actiones noxales* cit., 313 nt. 2; E. CARRELLI, *Plinio* cit., 2 ss; J.B. JACKSON, *op. cit.*, 124 nt. 13; 127 nt. 34; 136 ss., e nt. 99.

²⁴⁶ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 174

²⁴⁷ Per tutti cfr. A. FLINIAUX, *op. cit.*, 255 ss; E. CARRELLI, *Plinio* cit., 2 ss; ALBANESE, *Studi sulla legge Aquiliae* cit., 77 ss; 94 ss; M. MARRONE, *op. cit.*, 298 nt. 35. *Contra* P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, 86 ss., il quale ritiene che l'*actio in factum* sarebbe stata inserita dai compilatori che l'avrebbero sostituita ad un'*actio utilis* concessa per il danno dato *non corpore*. Cfr. anche G. ROTONDI, *Dalla lex Aquilia* cit., 474.

²⁴⁸ È lo stesso meccanismo di ragionamento notato nel passo di D. 9.2.52.2, là dove si distingue tra l'ipotesi in cui l'inizio della successione causale che porta all'evento dannoso è riferibile ad un'azione spontanea delle mule o ad un comportamento dei mulattieri. Cfr. M. MARRONE, *op. cit.*, 299; A. MANTELLO, *op. cit.*, 109 nt. 152.

²⁴⁹ Sulle cause di esclusione di esperibilità dell'*actio de pauperie*, interessanti anche se non interamente condivisibili le notazioni del E. CARRELLI, *op. cit.*, 4 ss.

²⁵⁰ Anche nella costituzione imperiale si affronta il problema della responsabilità del *dominus* del bestiame per il pascolo non consentito su di un fondo di proprietà altrui; il passo sembra ricollegarsi ad una fattispecie per molti versi simile a quella contemplata in D. 19.5.14.3. Si tratta infatti di un rescritto con il quale l'imperatore autorizzava ad agire *ex sententiae legis Aquiliae*, colui che, sino ad allora, doveva avere avuto difficoltà, nella legislazione e nella giurisprudenza a potersi rifare verso un soggetto che avesse fatto pascolare, *per iniuriam* il suo gregge su di un fondo, danneggiandolo. Da questa vera e propria norma di chiusura è possibile trarre alcune prime conclusioni: a) all'iniziale identificazione di alcune azioni, nate da ipotesi sociali tipiche prevalenti di danneggiamenti da animali, è seguito nel tempo un processo finalizzato a garantire una serie di mezzi di difesa appro-

C. 3.35 *De lege Aquilia*, 6 (Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC. Plinio) [...] de his quae per iniuriam de pasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.

Il testo affronta il problema della responsabilità del *dominus* del bestiame per il pascolo non consentito su di un fondo di proprietà altrui; l'imperatore autorizza ad agire *ex sententia legis Aquiliae* un soggetto che sino a quel momento avrà avuto difficoltà a potersi rifare contro chi avesse pascolato, *per iniuriam*, il gregge sul suo fondo, danneggiandolo. Dall'iniziale individuazione di alcune previsioni riconosciute per i casi di danneggiamento da animali, si assiste, nel corso del tempo, ad un processo finalizzato a garantire, in tutti i casi in cui l'animale avesse arrecato un danno, mezzi appropriati di difesa. In quest'ottica, si può sostenere come l'*actio de pastu pecoris*, ebbe, quale azione riconosciuta tra le prime, un ruolo importante nel periodo arcaico, in considerazione della rilevanza sociale della pastorizia. La particolare attenzione riservata in seguito al binomio volontà-responsabilità e l'esigenza di concedere una tutela risarcitoria più ampia nei casi di danneggiamento colposo, avranno portato l'*actio de pastu pecoris*, così come altre azioni decemvirali, a confluire nell'*actio ex lege Aquilia*. Tanto più ove la stessa avesse richiesto, come quasi certamente dovette essere, per la sua proponibilità, l'*immissio* del gregge nel terreno altrui; nel qual caso sarà stato davvero problematico riconoscere una tutela per il danneggiamento nelle ipotesi in cui il pascolo fosse avvenuto su un fondo proprio ma con frutti caduti da alberi del fondo confinante (circostanza, peraltro, abbastanza ricorrente, visto che era comune il frazionamento della proprietà terriera e, quindi, la contiguità degli appezzamenti di terreno).

Le fonti non danno nessuna informazione a proposito del meccanismo sanzionatorio previsto per il pascolo abusivo su fondo altrui. Probabilmente si trattò di una pena pecuniaria fissa. In ogni caso il carattere nossale dell'*actio de pastu pecoris*²⁵¹ viene esclusa dalla maggioranza della dottrina.²⁵² A tal

priati, in tutti i casi in cui l'animale avesse arrecato un danno; b) tra le azioni inizialmente riconosciute dall'ordinamento, l'*actio de pastu pecoris* aveva, specie nel periodo arcaico, un ruolo significativo, in funzione della rilevanza sociale del fenomeno della pastorizia e del suo entrare in contrasto con l'emersione della proprietà agraria; c) come molte delle azioni del periodo delle XII Tavole, la successiva attenzione al binomio volontà-responsabilità ed il conseguente emergere dell'esigenza di una tutela risarcitoria nei confronti dei danneggiamenti colposi farà in modo che l'*actio de pastu pecoris* confluisca nell'*actio ex lege Aquilia*. Per i rapporti «storici» tra l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio de pastu pecoris* cfr. S. SCHIPANI, *op. cit.*, 390 nt. 2.

²⁵¹ La possibile conclusione a proposito di nossalità dell'azione si fonderebbe su *Paul. Sent.* 1.15.1

²⁵² Cfr. A. FLINIAUX, *op. cit.*, 253 ss; ASHTON-CROSS, *Liability in roman law for damage caused by animals*, 401; J.B. JACKSON, *op. cit.*, 128; U. ROBBE, *op. cit.*, 327 ss; M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 198

proposito, è particolarmente interessante riprendere l’analisi di D. 10.4.9.1 (Ulp. 24 ad *ed*).

[...] Glans ex arbore tua in fundum meum decidit, eam ego immesso pecore depasco: qua actione possum teneri? Pomponius scribit competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet: nam et si glans extaret nec petieris me tollere. Ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatum in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet sive consumpta sit.

Il caso è analogo a quello che ha occupato Aristone. Ancora una volta non può essere concessa l’*actio de pastu pecoris* perché manca lo sconfinamento a scopo di pascolo del bestiame su di un fondo altrui (bisogna sempre ragionare *a contrariis*, atteso, oltre tutto, che Pomponio, a differenza di Aristone e di Ulpiano, neanche accenna alla possibilità delle tre azioni menzionate). È sottolineata la responsabilità dolosa del proprietario degli animali (*si dolo pecus immisi*) e conseguentemente si ritiene equo concedere l’*actio ad exhibendum*²⁵³ anziché l’*actio in factum*, prevista da Aristone; proprio perché tale azione è motivata dal comportamento doloso del padrone del fondo, che, accortosi della caduta dei frutti altrui sul proprio terreno, vi ha spinto il gregge allo scopo di farglieli consumare.²⁵⁴ Credo allora di potere concordare con quella parte della dottrina che spiega la concessione dell’*actio ad exhibendum* in relazione alla consapevolezza del *dominus* (del fondo e del bestiame) di far pascolare le proprie pecore con le ghiande altrui («*si dolo pecus immisi, ut glandem comederet*»), prima che il vicino possa esercitare la facoltà di entrare nel terreno e raccoglierle, secondo quanto stabilito dall’interdetto pretorio riportato da Ulpiano nel commento all’editto D. 43.28.1 (Ulp. 71 ad *ed*).²⁵⁵ Muo-

²⁵³ Per M. MARRONE, *op. cit.*, 299, il *dominus fundi* verrebbe qui considerato da Pomponio alla stregua di colui *qui dolo desiit possidere*, e, pertanto, qualificato, a differenza di quanto facesse Aristone, come possessore.

²⁵⁴ In questo senso, per tutti E. CARRELLI, *op. cit.*, 9 ss., e M. MARRONE, *op. cit.*, 299, il quale ultimo ritiene *sciente* il *dominus fundi* della presenza dei frutti caduti dall’albero altrui nel suo fondo, anche se il fatto di aver permesso che le sue bestie li consumassero non identifica una rimozione degli stessi.

²⁵⁵ Non sappiamo per quanto riguarda la norma delle XII Tavole che prevedeva la liceità della raccolta dei frutti caduti nel fondo del vicino – rafforzata nel tempo dell’interdetto pretorio che vietava al proprietario del fondo, nel quale erano caduti i frutti, di opporsi alla raccolta degli stessi, *tertio quoquo die* da parte del proprietario dell’albero, se con il termine *glans* si alludesse originariamente alle sole ghiande o si indicasse qualsiasi frutto. Successivamente, come sembra confermato da numerose opere giurisprudenziali esso sembra aver acquistato questa accezione più lata. Cfr. A. WATSON, *The law cit.*, 120 ss; A. BIGNARDI, *Actio, interdictum, arbores. Contributi allo studio dei rapporti di vicinato*, in *Index 12* (1983-84), 514 ss.

ve in questo senso, l’ulteriore aspetto che tra gli elementi necessari per la concessione dell’*actio de pastu pecoris* debba concorrervi l’*immissio* delle pecore nel fondo altrui, affinché possano “*depascere*”, escludendosi l’ipotesi del “*in tuo pascitur*”. Del resto, la circostanza che a fronte del pascolo abusivo vi siano diverse possibilità di reazione del proprietario, in relazione all’atteggiarsi della fattispecie concreta, è attestata da D. 9.2.39 (Pomp. 17 ad *Q. Mucium*)²⁵⁶

[...] Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno Pasceretur, in co-cendo quod paegnas erat eiecit: quaerebatur, dominus eius possente cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse. Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud espellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quondam si quid ex ae re damnum cepit, habet propias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.

Il problema trattato verte sull’applicabilità o meno dell’*actio legis Aquiliae*. Infatti nella fattispecie si riporta il caso di una cavalla gravida che scacciata dal fondo altrui, in cui stava pascolando, abortisce. Ci si chiede se il *dominus* sia legittimato ad intentare l’*actio ex lege Aquilia* contro colui che, avendo allontanato, probabilmente in modo violento, la cavalla, ne ha provocato l’aborto, causando un danno al suo proprietario. Quinto Mucio opta per l’applicabilità dell’*actio legis Aquiliae*, nel caso che il proprietario del fondo, sul quale pascolava la cavalla, abbia agito in maniera violenta; è sottintesa la volontarietà dell’agire («*si percussisset aut consulto vehementius agisset*») per quanto non rivolta, come osserva Giangrieco Pessi,²⁵⁷ alla realizzazione di quello specifico evento dannoso che può essersi verificato al di là dell’intenzione. Non mi preme approfondire le ragioni per le quali Quinto Mucio concluda per l’esperibilità dell’*actio* quanto piuttosto sottolineare che, nella seconda parte del frammento, Pomponio, sviluppandone il pensiero (attraverso una serie di regole che identificano reazioni legittime a comportamenti illegittimi),²⁵⁸ osserva come a fronte del pascolo abusivo

²⁵⁶ La considerazione che l’elemento della volontarietà fosse rilevante per l’esperibilità dell’*actio de pastu pecoris* è desunta dalla dottrina maggioritaria, oltre che dai passi esaminati, dal processo evolutivo della stessa, la quale venne assorbita (non si può dire esattamente quando) nell’*actio legis Aquiliae*, insieme ai numerosi casi di danneggiamento che precedentemente avevano goduto di un’autonoma tutela nella codificazione decemvirale.

²⁵⁷ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 179. In tal senso anche SCHIPANI, *op. cit.*, 135 ss.

²⁵⁸ Su questa linea di pensiero appare essere S. SCHIPANI, *op. cit.*, 307 ss., il quale oltre a non riconoscere radicali alterazioni del testo, ma solo un “lieve rimaneggiamento” ed

(«*equa cum in alieno pascetur*», ed ancor più «*alienum pecus in agro suo quis deprehendit*») il *dominus* «*habet proprias actiones*».²⁵⁹ Quanto all'identificazione delle *actiones* possibili, si ritiene che Pomponio abbia potuto alludere anche all'esperibilità dell'*actio de pauperie*, ove il comportamento fosse qualificabile *contra naturam* e dell'*actio de pastu pecoris*,²⁶⁰ ove fosse rinvenibile l'elemento dell'*immissio*.

Prima di concludere sul punto giova allora ricorrere a qualche paragone tra l'*actio de pauperie* e l'*actio de pastu pecoris* ai fini di una più agevole comprensione dell'esatto regime in cui si colloca la rispettiva disciplina. Entrambe le azioni, nel periodo arcaico riguardavano lo stesso tipo di animale, ovvero i quadrupedi delle *res Mancipi* cui col tempo sono state equiparate le pecore. Nel periodo classico invece l'*actio de pauperie* si riferisce a tutti gli animali domestici, quadrupedi e bipedi. Anche il cane fu incluso. L'*actio de pastu pecoris* non ha cambiato il suo ambito di applicazione, continuando a riguardare solo le pecore. Le due azioni sono anche diverse per quanto riguarda il tipo di danno causato. L'*actio de pauperie* si riferisce a tutti i danneggiamenti materiali, l'*actio de pastu pecoris* tiene conto soltanto dei danni causati nel fondo e ai suoi frutti. Un altro criterio di paragone si riferisce al luogo del danneggiamento. Quanto all'azione *de pauperie* esso può consumarsi dovunque. Nel caso dell'*actio de pastu pecoris* invece è necessario che il danneggiamento si consumi sul campo altrui, cioè sul fondo che appartiene alla parte offesa. Nel caso dell'*actio de pauperie*, l'azione è riferibile esclusivamente alla condotta dell'animale, addirittura essa dovrebbe qualificarsi *contra naturam*, quando invece per l'*actio de pastu pecoris*, la causa del danno provocato dal pascolo abusivo del gregge va cercato nell'azione dell'uomo che conduce il gregge ad invadere il fondo altrui. Il fatto di pascolare su di un fondo altrui non manifesta la *feritas* dell'animale né un comportamento *contra naturam*. Quindi a ben vedere il criterio distintivo tra l'*actio de pauperie* e l'*actio de pastu pecoris* è affidato al riscontro dell'imputabilità o

un'elaborazione ulteriore del pensiero di Mucio, ritiene che Pomponio venga qui a condurre ogni azione dannosa, dettando in qualche misura delle regole specifiche di comportamento in positivo, volte a ridurre lo spazio dell'autotutela a quelle sole azioni idonee ad evitare il determinarsi di un danno senza contestualmente arrecarne un altro diverso sia in chiave oggettiva che soggettiva.

²⁵⁹ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 191 ss.; *contra* mi sembrano A. FLINIAUX, *op. cit.*, 260 ss., e E. CARRELLI, *op. cit.*, 12 ss., e ntt. 1 e 2.

²⁶⁰ Del resto che l'elemento della volontarietà fosse rilevante per l'esperibilità dell'*actio de pastu pecoris*, sembra potersi desumere, oltre che dai passi sin qui esaminati, anche dalla considerazione avanzata dalla dottrina, secondo cui tale *actio* venne assorbita, non si sa esattamente quando, nell'*actio legis Aquiliae*, insieme ad altri numerosi casi di danneggiamento, che avevano ricevuto una tutela autonoma nella codificazione decemvirale. Per tutti A. FLINIAUX, *op. cit.*, 262.

meno dell'atteggiamento dannoso dell'animale all'opera dell'uomo. Nel caso in cui il fatto contestato sia ascrivibile solo all'animale, si darà luogo all'*actio de pauperie*; nell'altro caso, essendovi stata l'*immissio*, si darà luogo all'*actio de pastu pecoris*. Milena Polojac²⁶¹ ritiene che nessuna differenziazione tra le due azioni potrà discendere dalla specie animale, la quale rileva in considerazione del fatto che l'*actio de pastu pecoris* è stata concessa per tutte le ipotesi di pascolo di quadrupedi²⁶² e ugualmente, l'*actio de pauperie*, accordata per i quadrupedi è stata estesa in via utile anche al danneggiamento degli animali bipedi che non rientravano nella fattispecie originaria.²⁶³ Secondo Carrelli²⁶⁴ l'*actio de pastu pecoris* avrebbe trovato applicazione sia nel caso in cui il bestiame fosse penetrato nel fondo del terzo ad opera dello stesso proprietario o dei suoi pastori sia nel caso in cui lo sconfinamento del bestiame fosse avvenuto senza l'intervento di alcuno: contestando ipotesi diverse avanzate al riguardo,²⁶⁵ applica l'*actio de pastu* ad ogni sconfinamento su campo altrui con conseguente danneggiamento. Se così non fosse stato, bisognerebbe presupporre un'azione avvenuta *dolo malo*. Questa premessa di Carrelli²⁶⁶ inficerebbe un'ulteriore considerazione avanzata da Fliniaux²⁶⁷ che egli giudica priva di fondamento: la differenza psicologica riguardante l'*immissio* porterebbe alla possibilità di esperire o l'*actio de pastu pecoris* (nel primo caso) o l'*actio de pauperie* nel secondo. In altre parole la *pauperies* sarebbe esistita solamente nei casi in cui il danno si consumasse in un *occidere* o in un *vulnerare*, analogamente a quello della *Lex Aquilia* ma diverso in quanto commesso da un animale «*quod sensu caret*». L'ipotesi sarebbe suffragata dal già letto D. 19.5.14.3. Né può essere invocato l'argomento addotto a proposito dell'«*actio de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur*», poiché se ogni danno commesso dall'animale, anche pascolando, fosse stato *pauperies*, l'aver consumato i frutti al di qua o al di là del confine, sarebbe stato del tutto indifferente ai fini della responsabilità, e, quindi, dell'esperibilità dell'azione: di conseguenza Aristone avrebbe dovuto concludere nel modo opposto, concedendo e non negando l'azione.²⁶⁸ Anche

²⁶¹ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 191.

²⁶² U. ROBBE, *op. cit.*, 365, ritiene che l'*actio de pastu pecoris* si applicasse al solo bestiame minuto.

²⁶³ V. D. 9.1.4 (Paul. 22 ad ed.) [...] Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

²⁶⁴ Cfr. E. CARRELLI, *op. cit.*, 4 ss.

²⁶⁵ Cfr. A. FLINIAUX, *op. cit.*, 281, il quale ritiene l'applicabilità dell'*actio de pastu pecoris* solo nel primo caso. Cfr. anche J.B. JACKSON, *op. cit.*, 124 ss.

²⁶⁶ Cfr. E. CARRELLI, *op. cit.*, 4 ss.

²⁶⁷ Cfr. A. FLINIAUX, *op. cit.*, 281 ss.

²⁶⁸ Cfr. E. CARRELLI, *op. cit.*, 5.

per Giangrieco Pessi²⁶⁹ queste idee non trovano riscontro nelle fonti. Basti pensare al significato stesso da attribuire al termine *pauperies* per rilevare come la determinazione originaria abbia potuto semmai interessare l'entità del danno e non già la qualità dello stesso o quella del soggetto-oggetto danneggiato.²⁷⁰ Né d'altro canto appare rilevante la notazione di Carrelli, il quale ritiene incompatibile lo scopo sanzionatorio dell'*actio de pastu pecoris* per l'*iniuria* rispetto al significato originario del termine quale ingiustizia oggettiva: l'unica presente alla concezione dei decemviri, estranei a qualsiasi valutazione soggettiva che prescindere dalla constatazione di un fatto materiale che non trova nel diritto un fondamento di liceità. In definitiva, la linea di confine tra l'ambito applicativo dell'*actio de pauperie* e quello dell'*actio de pastu pecoris*, resta, già a partire dall'epoca arcaica, l'imputabilità o meno all'uomo del comportamento dell'animale che ha determinato il danno. Il caso esaminato da Aristone è certo fuori dalla portata dell'*actio de pauperie*: anzitutto non si è in presenza dell'*immissio* e ciò solo rende inapplicabile l'azione; in secondo luogo, quand'anche vi fosse stata l'*immissio*, sarebbe stata *secundum naturam* [con un richiamo che Giangrieco Pessi²⁷¹ vede *in nuce* sin dall'epoca repubblicana (D. 9.1.1.4) ed oramai consolidato in epoca severiana].

Entrambe le motivazioni riportate da Ulpiano per spiegare il consulto di Aristone concludono nel senso della coerenza del *responsum* rispetto alla questione originaria rapportata all'*actio de pauperie*: a) il corretto richiamo alla riferibilità o meno del comportamento dell'animale, causa del danno, ad un comportamento umano (primo elemento da considerarsi nella successione di eventi che hanno provocato il danno); b) la successiva introduzione, in termini di temperamento della responsabilità oggettiva, del *contra naturam*, quale criterio di valutazione secondo un processo sostanzialmente parallelo a quello della nascita dell'*iniuria*.²⁷²

Ciò spiega perché anche con riferimento all'*actio de pastu pecoris*, il problema del *noxae dedere* si ponga in modo diverso rispetto al suo carattere consueto, potendosi parlare anche in questa ipotesi di “falsa nossalità”. Risultandovi elemento qualificante l'*immissio*, la responsabilità dell'evento

²⁶⁹ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 193.

²⁷⁰ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 194.

²⁷¹ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 196 ss.

²⁷² Così S. SCHIPANI, *op. cit.*, 89-90, il quale conclude (con specifico riguardo all'*iniuria*, ma anche secondo M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 196 nt 81) «la condotta che non si presenti come giustificata, dal momento in cui arrechi una lesione, secondo le altre modalità richieste, rende il soggetto responsabile». Ne viene così confermata la stessa lettura del rescritto di Diocleziano C.3.35.6 che sia pure di epoca ben più tarda indica, di fatti, il momento del definitivo assorbimento dell'*actio de pastu pecoris* nell'ambito della fattispecie generale della *lex Aquilia*.

dannoso va necessariamente fatto risalire ad un'azione umana per cui, ove l'abbandono nossale fosse stato configurabile, esso avrebbe riguardato non il gregge ma il suo conduttore, cioè colui che ha compiuto l'*immissio*: un soggetto *alieni iuris* o un *servus*.²⁷³ Tali effetti derivano dalla responsabilità per il fatto illecito dei sottoposti (non giuridicamente capaci) e non dalla natura nossale dell'azione²⁷⁴. Le poche testimonianze a disposizione, tutte di difficile lettura, non giustificano la nossalità dell'*actio de pastu pecoris*²⁷⁵ e quindi della condanna cui la stessa conduce.

9. L'AZIONE DECEMVirALE PER IL *FRUGEM PAVISSE AC SECUISSE*. PARTICOLARE SEVERITÀ DEL SISTEMA SANZIONATORIO

Vanno considerate, seppure brevemente, le severissime condanne riferite da Plinio nel caso dell'azione decemvirale per il *frugem pavisse ac secuisse*

Plinio, *Nat. Hist.* 18.3.12) [...] *Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII Tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, impubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni*.²⁷⁶

Lo storico testimonia che le XII Tavole reprimevano il fatto di chi, di notte, furtivamente (tale sembra essere il significato dell'espressione *furtim*, secondo la maggioranza della dottrina)²⁷⁷ avesse fatto pascolare il suo gregge sul fondo altrui, pronto per il raccolto; ovvero di chi avesse

²⁷³ Cfr. F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società cit.*, 141 ss.

²⁷⁴ Cfr. F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, in *BIDR* 66 (1964) 161 ss.

²⁷⁵ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 198; cfr. sul punto anche ASHTON-CROSS, *op. cit.*, 401 ss.; J. MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, *op. cit.*, 179; B.J. JACKSON, *op. cit.*, 128 e nt. 39. *Contra* A.H. MÜLLER, *op. cit.*, 523 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht cit.*, 162 nt. 67.

²⁷⁶ È l'unico testo che Plinio (secondo P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, Lyon-Paris 1915, 74 ss.) avrebbe conosciuto da Masurio Sabino, il quale lo riporta parafrasando una disposizione delle XII Tavole concernenti il pascolo notturno su campo altrui, con conseguente danno allo stesso. Pertanto lo scritto ha aperto notevoli difficoltà a coloro che hanno tentato di delinearne l'esatta portata nonché delimitare i rapporti tra fattispecie delittuose contemplate, precisamente il furto e l'ipotesi di danneggiamento. Cfr. A. FLINIAUX, *op. cit.*, 272 ss.; E. CARRELLI, *Plinio cit.*, 1 ss.; *Contra* TH. MOMMSEN, *Römisches cit.*, 772; P. HUVELIN, *Études cit.*, 61 ss.; B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta alla pena*, in M. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma, I, Roma in Italia*, Torino 1988, 447.

²⁷⁷ Per una completa analisi esegetica della dottrina cfr. E. CARRELLI, *Plinio cit.*, 17 ss. Particolare è l'ipotesi avanzata da D.F. CANCELLI, *Dolo (dir. Rom.)*, in *ED* 18 (1964), 720 ss., il quale riportando una precedente opinione avanzata da A. PERNICE, *op. cit.*, 13 ss., ritiene di poter attribuire al termine *furtum*, il significato di *dolo* (o *dolo malo*).

distrutto le messi.²⁷⁸ Il problema della graduazione della reazione voluta dall'ordinamento, in ragione dei connotati della volontarietà del comportamento posto in essere dal danneggiatore (nella specie il promotore del pascolo abusivo) sembra essere stato già presente nella costruzione normativa propria delle XII Tavole. Peraltro, come osservano Cursi e Giangrieco Pessi,²⁷⁹ la graduazione della volontà, in modo colposo o doloso, sarà stata valutata più che altro richiamandosi ad elementi oggettivi (e quindi oggettivanti) relativi alle modalità temporali o fattuali con cui il comportamento veniva posto in essere, e non affidandosi ad accertamenti riferiti alle reali intenzioni dell'agente; d'altro canto, la reazione veniva ad accrescersi in ragione dell'entità del danno arrecato e della stessa valenza sociale del bene danneggiato.²⁸⁰ In questa disposizione delle XII Tavole, come si evince chiaramente dal brano di Plinio, sono presenti due fattispecie delittuose: la prima consistente nello sconfinamento del bestiame nel campo coltivato a cereali (*frugem aratro quaesitum furtim nocte pavisse*) e l'altra, nel taglio delle messi (*frugem aratro quaesitum furtim nocte secuisse*). Le due ipotesi sono equiparate per quanto riguarda la pena da comminare al colpevole.²⁸¹ L'equiparazione di una particolare ipotesi di

²⁷⁸ L'ipotesi del *furtum* è anch'essa presente nel brano in esame, anche se qui non può essere presa in considerazione se non *incidenter tantum*. È interessante notare, in proposito, che Santalucia (cfr. B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta* cit., 446), scorge in questa norma l'unica ipotesi di immolazione del colpevole come sacrificio espiatorio in onore della dea Cerere, anche se aggiunge che vi sarebbe già presente una concezione sociale prevalente su quella religiosa più antica: il colpevole per quanto sia sacrificato alla dea «non viene abbandonato alla vendetta del dio come avviene nella consacrazione, ma messo a morte dagli organi della repubblica, sia pure sotto forma di sacrificio alla divinità». Al contrario per M. BALZARINI, *op. cit.*, 59, Plinio testimonierebbe nella fattispecie in oggetto (sempre con riguardo all'ipotesi di furto notturno di messi) l'esistenza, per l'epoca arcaica di un semplice controllo della vendetta privata da parte degli organi pubblici, persino nel caso di comminazione di una pena ancora più grave di quella prevista per l'omicidio.

²⁷⁹ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, 183 ss.

²⁸⁰ Nota in proposito B. SANTALUCIA, *Diritto e Processo penale nell'antica Roma*, Milano 1989, 112 ss., come le XII Tavole contemplino una cospicua serie di figure criminose, suscettibili di ledere gli interessi della comunità cittadina, tra le quali assumono particolare rilievo quelle che puniscono i comportamenti di chi, intenzionalmente attenta al proficuo svolgimento della produzione agricola.

²⁸¹ È l'unico testo che riporta, parafrasando, una disposizione delle XII Tavole concernente il pascolo notturno su campo altrui, con conseguente danno allo stesso; pertanto, esso ha determinato notevoli difficoltà a coloro che hanno tentato di delinearne l'esatta portata, nonché i rapporti tra le fattispecie delittuose in esso presenti, precisamente il furto e l'ipotesi di danneggiamento. Le due fattispecie sono equiparate per quanto attiene alla pena da comminare al colpevole. La sanzione, infatti, variava solo in ragione dell'età del colpevole, a seconda che questi fosse o meno pubere: se non lo fosse stato, veniva fustigato nell'entità stabilita dal magistrato e doveva pagare il doppio del danno causato (*noxiamve duplionemve decerni*), altrimenti veniva condannato all'esecuzione capitale, con pene più severe di quelle previste per l'omicidio (semberebbe applicabile nel caso in esame la crocefissione ad un *infelix arbor*).

pascolo abusivo alla distruzione o furto delle messi appare d'altro canto spiegabile dall'esigenza di punire atti legislativamente non previsti come illeciti o previsti, ma collegati a meccanismi sanzionatori non ritenuti adeguati all'illiceità del comportamento.²⁸² A tale riguardo, sembra in ogni caso confermato che il pascolo abusivo potesse rientrare nella disciplina di questo illecito, solo a condizione che il comportamento fosse doloso ed il pascolo si fosse realizzato *frugem quidem aratro quaesitum*. Il carattere doloso del comportamento viene identificato anche attraverso un requisito di ordine temporale (*noctu*)²⁸³ che sottolinea di per sé la coscienza dell'atto illecito e l'utilizzazione di un artificio per evitarne le conseguenze; il che spiega anche la gravità delle sanzioni (plausibilmente per il periodo di tempo limitato a quello immediatamente successivo all'emanazione delle XII Tavole). Proseguendo nell'indagine del testo, sembra plausibile ritenere che l'utilizzo del termine *furtim*, segnali come l'agire dell'animale debba risalire ad un comportamento doloso dell'uomo;²⁸⁴ solo a questa condizione (unitamente alle circostanze 1) che il pascolo sia stato condotto *frugem quidem aratro quaesitam*; 2) che sia avvenuto di notte) l'illecito giustificherà l'azione decemvirale. In altre parole, emergono dalla specie, la coscienza dell'atto illecito e il ricorso ad artifici per evitare le conseguenze la severità delle sanzioni previste. Né può essere trascurato un altro aspetto della questione: l'ipotesi consueta dello sconfinamento sarà stata aggravata dalla distruzione delle messi. L'autore (al di là dell'autonomia previsione) dovette essere condannato oltre che per il fatto in sé, anche in base ad una ragione certamente aggravante, la quale avrà spiegato conseguenze di non poco momento ai fini dell'irrogazione della sanzione. Questa considerazione può indurre a ritenere che ove l'*immissio* fosse avvenuta su di un fondo adibito a pascolo²⁸⁵ anziché coltivato,²⁸⁶ l'azione esperibile sarebbe stata quella dell'*actio de pastu pecoris*.

Il regime sanzionatorio per il *frugem pavisse ac secuisse* fu molto severo e variò solo in ragione dell'età del colpevole, a seconda che que-

²⁸² Sul delitto decemvirale e la sanzione relativa cfr. soprattutto E. CARRELLI, *op. cit.*, 27 ss., e V. PERRIN, *La consécration à Ceres*, in *Studi in On. di E. Albertario*, 2, *cit.*, 387 ss.

²⁸³ Sul punto A. FLINIAUX, *op. cit.*, 283 ss., e B.J. JACKSON, *op. cit.*, 128 nt. 39.

²⁸⁴ B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio* *cit.*, 316.

²⁸⁵ Per quanto concerne la produzione agraria ed i suoi collegamenti con l'allevamento cfr. per tutti L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Max Weber e le società antiche* *cit.*, 59 ss. Sul significato di *pratium*, cfr. E. FORCELLINI, *Lexicon* *cit.*, sv. *Pratum* 225 ss., ove si distingue chiaramente tra allevamento basato su *prata* e quello su terreni da pascolo. D. 50.16.31 (Ulp. 18 ad *ed*) ... *pratium est, in quo ad fructum percipiendum falce dumtaxat opus est: ex eo dictum, quod paratum sit ad fructum capiendum.*

²⁸⁶ Cfr. A. FLINIAUX, *op. cit.*, 283-284; J.B. JACKSON, *op. cit.*, 128 nt. 39; B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta* *cit.*, 38 ss.

sti fosse o meno pubere: se non lo fosse stato veniva fustigato nell’entità stabilita dal magistrato (in funzione arbitrale) e doveva pagare il doppio del danno causato;²⁸⁷ altrimenti sarebbe stato condannato all’esecuzione capitale, con pene più gravi (secondo lo stesso Plinio) di quelle previste per l’omicidio (forse addirittura la crocifissione ad un *infelix arbor*).²⁸⁸ Non tornerò qui sulle opinioni, che ho già espresso, altrove, circa la possibilità di un intervento arbitrale del pretore nell’ambito dei mezzi nossali; vi rinvio pedissequamente. L’ammontare delle pene di “aperto carattere sacrale” rende plausibile il dubbio avanzato dalla dottrina circa la non ricomprensione del delitto nell’ambito *del furtum*²⁸⁹ in ragione della diversità della sanzione (e quindi della inaudita severità). Nel passo esaminato viene equiparata una ipotesi particolare di sconfinamento del bestiame nel campo coltivato a cereali al taglio (o furto) delle messi, prevedendo per tale illecito una sanzione di particolare gravità. La ragione di tale equiparazione viene individuata da parte della dottrina nell’esigenza avvertita di sanzionare atti non previsti dalla legge come illeciti o previsti, ma sanzionati in maniera non adeguata.²⁹⁰ È plausibile²⁹¹ che il delitto di *frugem [...] noctu pavisse ac secuisse* fosse una disposizione introdotta nelle XII Tavole a tutela degli interessi della plebe (lo stesso sacrificio del colpevole a Cerere, sembra testimoniarlo), probabilmente per comporre quei conflitti sociali, determinati dall’esistenza di piccoli appezzamenti di terreno in proprietà dei plebei, disseminati fra i pasco-

²⁸⁷ *Noxiamve duplionemve decerni*. Si è discusso in dottrina se quest’ultimo obbligo fosse comminato al solo *impubes* ovvero ad entrambi. Sul punto cfr. E. CARRELLI, *op. cit.*, 27 ss., cui si rimanda per l’ulteriore letteratura e qualche riflessione in F. ZUCCOTTI, *Qui malam libri censuram obcantassit*, in *Les lois de la république et du haut empire romains*, Lecaudi (2002), 47 ss.

²⁸⁸ Cfr. M. BALZARINI, *op. cit.*, 58.

²⁸⁹ Né qui è il caso di entrare nell’ambito del complesso dibattito dottrinale sulla nozione di furto nelle XII Tavole e della conseguente datazione del momento in cui iniziò quel processo che portò l’ordinamento ad elaborare una nozione di *furtum* capace di assorbire ogni atto doloso. Basti invece considerare che la legislazione decemvirale equipara lo sconfinamento del bestiame nel campo coltivato a cereali al taglio delle messi (secondo parte della dottrina a scopo di furto), prevedendo per tale illecito una sanzione di particolare gravità, come si è detto superiore persino all’omicidio. Cfr. B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio cit.*, 314.

²⁹⁰ E. CARRELLI, *Plinio cit.*, 27 ss.

²⁹¹ Né qui è il caso di entrare nell’ambito del complesso dibattito dottrinale sulla nozione di furto nelle XII Tavole e della conseguente datazione del momento in cui iniziò quel processo che portò l’ordinamento ad elaborare una nozione di *furtum* capace di assorbire ogni atto doloso. Basti invece considerare che la legislazione decemvirale equipara lo sconfinamento del bestiame nel campo coltivato a cereali al taglio delle messi (secondo parte della dottrina a scopo di furto), prevedendo per tale illecito una sanzione di particolare gravità, come si è detto superiore persino all’omicidio.

li dei patrizi.²⁹² In proposito bisogna osservare che solo questi ultimi potevano esercitare, ancora in epoca decemvirale, quasi esclusivamente l'allevamento del bestiame, mentre, plebei e clienti, avrebbero avuto la possibilità di possedere pochi capi di bestiame, necessari per la coltivazione di limitate strisce di terreno, utili per lo più al consumo familiare domestico. Alcuni studiosi hanno ravvisato nella norma l'unica ipotesi di immolazione del colpevole come sacrificio espiatorio in onore di Cerere, nell'ottica di un affievolimento dell'elemento sacrale delle antiche pene del codice decemvirale a favore di una funzione sociale prevalente: il colpevole, seppure sacrificato «non viene abbandonato alla vendetta del dio, come avviene nella consacrazione, ma messo a morte dagli organi della repubblica, sia pure sotto forma di sacrificio alla divinità».²⁹³ Dalle considerazioni sin qui svolte, è possibile trarre queste poche notazioni: a) Il danneggiamento da animali trova tutela nelle XII Tavole e probabilmente nella immediata epoca post decemvirale anche mediante l'utilizzazione dell'*actio* per il *frugem pavisse ac secuisse*. Che fosse il pretore in una particolare veste arbitrale a soprintendere all'esecuzione della pena è una suggestione, cui nella incertezza delle fonti non si può rispondere con sicurezza. Elementi qualificanti della fattispecie sono il carattere doloso del comportamento di colui che consentiva lo sconfinamento nell'altrui campo coltivato, danneggiando le messi dello stesso *furtim* e la realizzazione del pascolo abusivo *frugem quidam aratro que-sitam* e *noctu*. b) Le sanzioni dell'*actio de pastu pecoris* (D. 10.4.9.1)²⁹⁴ sarebbero state applicabili nel caso di specie, sussistendo l'*immissio* ed il pascolo sul fondo altrui, ove il danneggiamento fosse stato operato dal gregge. Quanto all'*actio de pauperie*, risulta evidente come essa venisse ad interessare una fattispecie diversa, in quanto la responsabilità del *dominus* è direttamente correlata al danno provocato dal comportamento dell'animale. Anche a proposito di questo mezzo, si può concludere ricercando il criterio di differenziazione tra la disciplina dell'*actio de pauperie* rispetto a quella degli altri mezzi ad essa più o meno affini, nella riferibilità del fatto al solo comportamento dell'animale stesso. Tale criterio di differenziazione rimarrà invariato anche in epoca successiva, quando le altre azioni per il danneggiamento da animali – con esclusione dell'*actio de pauperie* – confluirono, gradualmente, nell'*actio legis Aquiliae* (che finì col diventare una norma di chiusura). Il danneggiamento da animali, pertanto, poté dirsi ricompreso in due fattispecie sol-

²⁹² Per tutti cfr. F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società* cit., 149 ss., e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Max Weber e le società antiche* cit., 60 ss.

²⁹³ B. SANTALUCIA, *Dalla vendetta* cit., 446.

²⁹⁴ Per JACKSON, *op. cit.*, 136 ss., la volontarietà potrebbe essere sia dolosa che colposa secondo “some liberality in the interpretation of *immittere pecus*”.

tanto: quella propria della responsabilità aquiliana e quella dell'*actio de pauperie*. Un'azione umana che possa considerarsi la causa prima dell'evento dannoso deve essere certamente esclusa.

Tutti questi mezzi riposano su strutture e funzioni assolutamente diverse da quelle che fondano l'abbandono nossale del *filius* o del *servus*. Ciò mi porta a non liquidare come del tutto superata l'idea di Sargenti,²⁹⁵ salvo le varianti sostenute, secondo la quale nel caso delle bestie domestiche potrebbe anche parlarsi di una responsabilità oggettiva, la quale prescinde da qualsiasi valutazione di rilievo intenzionale, legandosi a chi deve rispondere del danno solo in base ad al vincolo potestativo. Comunque sia, nemmeno l'azione decemvirale per il *frugem pavisse ac sequisse*, contiene i caratteri della nossalità. Sia per il procedimento, sia per le pene che vi maturano, non può che parlarsi, come più volte ho fatto, di mezzi che conducono a condanne di falsa nossalità.

10. I MEZZI PER IL TAGLIO DI ALBERI

Le fonti ricordano, per l'età del diritto quiritario e del diritto classico, quattro distinti mezzi a tutela del proprietario di un fondo nel caso che un terzo tagli o altrimenti danneggi gli alberi sorgenti nel fondo stesso: si tratta di tre azioni, di cui due civili, l'*actio de arboribus succisis* e l'*actio legis Aquiliae*, e la terza pretoria, l'*actio arborum furtim caesarum*; e di un interdetto, l'*interdictum quod vi aut clam*.²⁹⁶ La più antica delle due azioni è l'*actio de arboribus succisis*, completamente estranea alle conoscenze degli studiosi, sino alla scoperta del palinsesto veronese, che ne restituisce le tracce in un notissimo passo di Gaio (Gai 4.11)

[...] Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodate erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Unde eum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII Tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

²⁹⁵ Cfr. M. SARGENTI, *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano*, Padova 1950, 67 ss.

²⁹⁶ Il divieto del ricorso all'uso della forza trova un certo riscontro nella disciplina degli interdetti, dove al singolo è data la possibilità di tutelare la propria situazione possessoria da atti violenti altrui, mediante una pronuncia d'interdizione da parte del pretore: «è quello della tutela interdittale, dunque, – in particolare quello degli interdetti più risalenti fra tutti: proprio i proibitori – il settore in cui per la prima volta fu attribuito rilievo giuridico negativo alla vis», L. LABRUNA, *Vim fieri vero. Alcune radici di una ideologia*, Napoli 2012, 13.

Alla luce del passo gaiano si è potuta determinare la precisa destinazione dell'unica fonte extragiuridica in cui il mezzo è ricordato, Plinio, *Nat. Hist.* 17, 1,7:

Fuit et arborum cura legibus priscis: cautumque est duodecim tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas, lueret in singulis aeris.

È evidente che qualsiasi interpretazione di norme deve tener conto della situazione economica esistente in Roma all'epoca della legislazione decemvirale, poiché essa deve necessariamente rispondere alle esigenze dettate dal tipo di coltura maggiormente diffuso nell'*ager romanus*. Due dati emergono con relativa sicurezza per l'epoca in esame. Il primo, legato alla cacciata dei Tarquini, è la recessione economica dovuta alla caduta dell'economia di tipo mercantile propria dell'epoca etrusca; il secondo è rappresentato dall'importanza che torna ad avere la coltivazione della terra, che in questa fase di transizione diviene principale fonte di ricchezza.²⁹⁷ Si assiste in questo settore al passaggio da uno sfruttamento del terreno di tipo estensivo (proprio di un'economia legata alla pastorizia e all'allevamento del bestiame) ad uno di tipo intensivo, caratterizzato dalla messa a coltura dei terreni, grazie anche alla politica di disboscamento dell'*ager romanus* dovuta allo sviluppo cittadino dell'età monarchica. Le colture tipiche, in quest'epoca, sono anche la conseguenza delle esigenze economiche sorte dall'interruzione dei rapporti commerciali di Roma: è quindi propria del V sec. a.C. una coltivazione diffusa di cereali, farro, miglio e di ortaggi, che rappresentavano i generi di prima necessità, rispondenti al fabbisogno alimentare della popolazione urbana. Si può pertanto tentare di ricostruire il sistema del diritto quiritario. La sanzione contro colui che recideva alberi altrui rientrava nelle numerose disposizioni contenute nel codice decemvirale a difesa della proprietà fondiaria; tale sanzione, costituita da una pena fissa di venticinque assi per albero tagliato, colpiva appunto il taglio di alberi, in quanto Gaio dice espressamente che il precetto decemvirale parlava di *arbores*, ma già nel diritto quiritario essa veniva interpretata in senso molto lato, facendovi rientrare tutte le piantagioni legnose, anche se non tali da permettere alla pianta di sostenersi da sola in qualsiasi stadio della sua vita (inclusendo fra le *arbores* anche le *vites*, anche se non si comprende se tale inclusione dipendesse da un'interpretazione estensiva del precetto decemvirale oppure dalle scarse conoscenze di botanica dell'epoca, che non permettevano di distinguere fra colture arboree e piantagioni legnose). La dottrina dominante²⁹⁸ - escludendo che l'*actio de arboribus succisis* sanzionasse un delitto completamente autonomo - ritiene che l'attività illecita, la quale legittima l'esperibilità dell'a-

²⁹⁷ F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Napoli 1980, 12 ss.

²⁹⁸ A. FLINIAUX, *op. cit.*, 540 ss.

zione, sia uno di quei casi particolari di *damnum iniuria datum* (e non, invece, un'ipotesi rientrante nella primitiva nozione del delitto di *iniuria*), che già trovavano riconoscimento nella legge delle XII Tavole e che continueranno ad essere disciplinati dalle disposizioni in essa contenute, sino a quando non saranno regolamentati dalla legge Aquilia, per l'interpretazione sempre più estensiva che la giurisprudenza ha dato a questa legge. Abbiamo visto come il sistema delle XII Tavole prevedesse una serie di disposizioni a difesa della proprietà fondiaria, punendo addirittura con la pena capitale atti di sabotaggio contro il normale sviluppo delle messi e contro la normale destinazione dei raccolti. È di tutta evidenza come, di fronte a tali disposizioni che comminavano sanzioni fierissime, non possa non apparire troppo blanda quella della norma sopra esaminata, che prevede in luogo della pena capitale una pena pecuniaria nemmeno troppo elevata, se si tiene conto dell'ambiente economico in cui la troviamo comminata (e se si pensa che è uguale a quella comminata per l'*iniuria* non produttiva di lesioni). La dottrina spiega tale distonia ammettendo che il precetto decemvirale non si riferisse al caso di chi, penetrando nel fondo altrui, vi operava *sciens prudensque* la distruzione delle piantagioni, bensì a quello di chi recideva, utilizzandoli a proprio uso, uno o più alberi, indipendentemente dalla consapevolezza della proprietà degli stessi.²⁹⁹ Appare chiaro, così, che lo scopo che i decemviri intendevano conseguire con l'introduzione della norma in esame era quello di impedire la reazione diretta del proprietario degli alberi, che, se non si fosse riusciti a giungere ad una conciliazione, avrebbe avuto diritto di applicare il taglione (con evidenti ulteriori danni al patrimonio agrario della *civitas*). Il sistema del diritto quiritario appena prospettato subì le prime modificazioni all'inizio dell'età classica (approssimativamente sul principio del I secolo a.C.), quando il pretore, in connessione a tutte le altre innovazioni apportate al sistema dei delitti privati, riformò anche questa materia. Sulla fine del secondo secolo, infatti, furono introdotte per il *furtum manifestum* e per casi assimilati delle azioni in *quadruplum*: simili azioni pretorie rivoluzionarono il sistema delle pene capitali comminate dalle XII Tavole per i maggiori delitti privati. Più tardi cadde in disuso anche la pena capitale comminata per danneggiamenti provocati *sciens prudensque* alle piantagioni, che viene sostituita con un'azione pretoria *arborum furtim caesarum*, mediante la quale il proprietario della piantagione danneggiata può ottenere il doppio del danno subito. Il testo dell'editto purtroppo non è stato tramandato (e nemmeno il nome del pretore), però è possibile ricostruirlo nei suoi elementi essenziali attraverso l'esame di alcuni dati conservati nelle fonti. Anzitutto D.47.7.5 pr. (Paul. 9 ad Sab.)

²⁹⁹ E. CARRELLI, *op. cit.*, 9 ss.

[...] *Caedere est non solum succidere sed etiam ferire caedendi causa. cingere est deglabare. Subsecare est subsecuisse: non enim poterat cecidisse intellegi, qui serra secuisset.*

E ancora D.47.7.7 pr. 4 (Ulp. 38 *ad ed.*)

«Si quis radicans arborem evellerit vel extirpaverit, hac actione non tenetur: neque enim vel caedit vel succidit vel subsecuit: Aquilia tamen tenetur, quasi ruperit»; «Sive autem quis suis manibus, sive dum imperat servo arbores cingi subsecari caedi hac actione tenetur».

Il confronto tra questi testi, nei quali si trovano usati, con evidente riferimento all'editto, gli stessi termini per indicare i vari modi in cui si poteva svolgere l'attività delittuosa, consente di concludere nel senso che essi venivano usati dal pretore per definire l'attività che egli intendeva colpire con la pena *in duplum*. Mentre l'azione civile *ex lege XII Tabularum* sanzionava soltanto il caso di recisione totale della pianta operata al suo piede, questa nuova azione prevedeva una serie molto più vasta di casi, che andavano dalla recisione integrale operata sia con la scure (*succidere*) che con la sega (*subsecare*), fino alla recisione parziale (*caedere*) e allo scortecciamento (*cingere*). In questo modo si sanzionavano praticamente quasi tutte le attività che potevano in qualsiasi maniera provocare la morte della pianta o ne potevano diminuire la produttività. Si può affermare, inoltre, che quest'attività dovesse essere compiuta *furtim* (e ciò lo si ricava dallo stesso nome dato all'azione), ovvero nel senso di attività svolta intenzionalmente: l'inserimento anche dello scortecciamento tra i casi contemplati, infatti, testimonia che nel *furtim* non si è voluto in alcun modo comprendere un fine di lucro (cioè a scopo di furto, che sarebbe appunto impensabile nello scortecciamento), ma soltanto l'intenzione di arrecare danno ad altri. È opportuno proporre brevi osservazioni sulla possibilità, comunemente accettata in dottrina, di escludere un'identità tra l'azione civile *de arboribus succisis* e l'azione pretoria *arborum furtim caesarum*.³⁰⁰ A testimonianza della opinione sopra riportata viene anzitutto fatto notare che la disposizione del codice decemvirale sopravvive ancora per tutta l'età classica. Ma si può andare ben oltre: non soltanto, infatti, il pretore non operò la sostituzione della pena *in duplum* alla pena fissa prevista dalle XII Tavole, ma non era neanche nelle sue intenzioni, considerato che, come si è avuto modo di vedere, l'attività delittuosa viene sanzionata dal pretore in modo completamente diverso tanto dal lato obiettivo, quanto da quello subiettivo rispetto all'attività delittuosa contemplata dal codice decemvirale. Si è visto, infatti, come per il precetto decemvirale l'ele-

³⁰⁰ Sul rapporto tra i mezzi di difesa disposti dai decemviri e i nuovi mezzi di tutela pretori A. BIGNARDI, *Actio, interdictum, arbores. Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in *Index* 12 (1983-1984), 474 ss.

mento obiettivo del delitto era la *succisio*, ovvero la recisione totale della pianta al suo piede, mentre l'elemento subiettivo era l'*iniuria*, nel senso di *quod non iure fit*, intesa come attività che non trova un fondamento di liceità nel diritto obiettivo («*Si quis alienas arbores iniuria succiderit*»). Rimasero fuori dalla previsione decemvirale tutti i casi di danneggiamento della pianta che non si risolvessero nella *succisio*; ed inoltre lo stato d'animo dell'autore costituì una circostanza del tutto indifferente agli effetti dell'applicazione della sanzione (che veniva comminata anche nel caso in cui l'autore del danneggiamento avesse agito alla luce del giorno e con la ferma convinzione di svolgere un'attività lecita o addirittura di esercitare un proprio diritto). Completamente diversa la formulazione dell'azione pretoria, la quale, dal punto di vista obiettivo, è largamente comprensiva, sino al punto di potervi far rientrare ogni altra forma di danneggiamento alle piante, eccezion fatta per il solo sradicamento; mentre dal punto di vista soggettivo, essa contiene una disciplina molto più restrittiva, in quanto non è più sufficiente che l'attività delittuosa sia svolta *iniuria*, occorrendo invece che essa sia svolta *furtim* (nel senso, come si è detto, di attività svolta intenzionalmente).

11. L'ACTIO AQUAE PLUVIAE ARCENDAE. CENNI

Va infine considerata, quand'anche per cenni, l'*actio aquae pluviae arcendae* per il carattere preventivo generalmente riconosciuto.³⁰¹ Vi si intravede un'innovazione decemvirale, connessa ad un modo più moderno di intendere certi rapporti giuridici: ovvero l'introduzione di un istituto assai più funzionale alle esigenze economiche dell'agricoltura, capace di apprestare un rimedio cautelare al danno nelle coltivazioni. Trascurerò l'esame analitico dei vari contributi che la tradizione letteraria e giuridica ha offerto per ricostruire la *Tabula VII*, 8 (8. a. *SI AQUA PLUVIA NOCET* – b. *Paulus* D.43.8.5 «Si per publicum locum riuus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII tab., ut noxae domino caveatur»). Aderendo a quella parte della dottrina che identifica il contenuto proposto con quello dell'*actio aquae pluviae arcendae*³⁰² è possibile risalirne al contenuto muovendo dall'opinione di chi ritiene che nel diritto più antico l'azione fosse esperibile in seguito al determinarsi di una minaccia di danno a carico del fondo rustico; minaccia non necessariamente conseguente ad un atteggiamento dell'uomo (sarebbe stato sufficiente anche una causa

³⁰¹ Cfr. M.F. CURSI, *Il regime dell'acqua pluvia all'epoca delle XII Tavole*, in (a cura di), E. CHEVREAU-C. MASI DORIA-J.M. RAINER, *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de J.P. Coriat*, Paris 2019, 183-196; cfr. anche F. SITZIA, *Ricerche in tema di "actio aquae pluviae arcendae"*. *Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano 1977, 28 ss.

³⁰² U. AGNATI, *op. cit.*, 54 ss.

naturale, come l’ammucchiarsi di fango e ghiaia).³⁰³ Il *dominus* del fondo dal quale proviene il pericolo sarebbe stato chiamato, soltanto in quanto *dominus*, a rimuovere la causa del pericolo. A seguito dello sviluppo giurisprudenziale del I secolo d.C., dove si collocano le felici intuizioni di Labeone, sarebbe stato richiesto, come requisito necessario, un *opus manu factum* capace di provocare un danno attraverso l’intervento sul naturale decorso dell’acqua. In altre parole il *dominus* risponde non per avere tenuto un comportamento doloso o colposo ma in forza di un criterio assimilabile a quello moderno del rischio (privilegiandosi, di tal guisa, l’aspetto economico a quello giuridico). Per il diritto più antico, si configurerebbe un’ipotesi di gravosa responsabilità oggettiva a carico del *dominus* (temperata solo dagli interventi giurisprudenziali richiamati), per cui il dovere del *dominus* è quello di una cautela amplissima, una diligenza assoluta: in questo modo il *dominus* risulterà obbligato per ogni danno prodottosi. Sittia ha riconosciuto all’*actio aquae pluviae arcendae* la natura di un rimedio preventivo, atto a concedere al proprietario del fondo contiguo la possibilità di difendersi prima che il possibile danno materiale si producesse (pur senza escludere che *ab origine*, nella valutazione dell’*aquam arcere*, si potesse considerare anche il *damnum iam datum*).³⁰⁴ Soccorrono questa ipotesi alcune fonti antiche,³⁰⁵ oltre a quanto offerto da Labeone e Pomponio in merito all’*incipit* (*si aqua pluvia nocet*). La presenza del verbo *arcere*, è commentato favorevolmente da Schönbauer³⁰⁶ «“(iudicem) arbitrum(ve) arcendi postulato”»: pur preferendovi *arcendo*, con il dativo di scopo, e *dato*, con l’imperativo futuro secondo quanto si riscontra in *XII Tab.* 12,3: parimenti si propongono «“(arbitrum aquae arcendae dato)”» e «“(si aqua pluvia nocet, aqua a domino arcetur. Nisi arceat arbitrum dato)”. Secondo un tale ragionamento, alla metà del V secolo a.C. il legislatore riconobbe un obbligo di *aquam arcere*, in base al quale l’azione dovette essere concessa (nel caso in esame la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, perché la necessità dell’*arbiter* discenderebbe dalla necessità dell’ispezione al fondo da parte di persona competente). Ai fini di una migliore comprensione del contesto giuridico delle XII Tavole è utile ricordare, ancora, che si ritiene inverosimile, come da taluni sostenuto,³⁰⁷

³⁰³ M. SARGENTI, *L’actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano 1940, 194 ss.

³⁰⁴ F. SITZIA, *Ricerche cit.*, 3 ss.

³⁰⁵ V. D. 40,7,21 pr. (Pomponius, l. 7 ex Plautio) [...] et quo dita scriptum est «videbitur», pro hoc accipi debet «videri poterit»: sic et verba legis duodecim tabularum veteres interpretati sunt «si aqua pluvia nocet», id est «si nocere poterit».

³⁰⁶ E. SCHÖNBAUER, *Die actio aquae pluviae arcendae. Ein Beitrag zur Geschichte des römischen Agrarrechtes*, in ZSS 54, 1934, 236.

³⁰⁷ M. SARGENTI, *L’actio cit.*, 141 e A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli 1960, 82.

che in un ordinamento già abbastanza evoluto sia permesso al danneggiato l'ingresso nel fondo altrui per compiere i lavori a suo avviso necessari, nel caso in cui il vicino danneggiante non provveda ad *aquam arcere*: le finalità cui mira l'*actio aquae pluviae arcendae* vengono conseguite piuttosto attraverso una condanna pecuniaria. Con ciò implicitamente si riconosce che alla metà del V secolo a.C. tale azione era un'*actio in personam*, diretta a far valere un rapporto obbligatorio nel quale si può individuare (già per le previsioni decemvirali) un dovere del debitore di adempiere la prestazione (circostanza che per il diritto classico è attestato da Ulp., D.39.3.6.5). È evidente che nelle XII Tavole l'azione non accennasse all'obbligo di *noxiam sarcire*, bensì a quello di *aquam arcere* «Il principio a cui si ispira la norma decemvirale sembra dunque essere il seguente: il *dominus* è libero di svolgere qualsiasi attività sul suo fondo, ma se altera il *naturaliter defluere* delle acque piovane è tenuto ad *aquam arcere* e può essere convenuto con l'*actio aquae pluviae arcendae* nell'ipotesi in cui non provveda a ripristinare l'originario deflusso».³⁰⁸

Inoltre Sitzia riconosce, sulla scorta di un originario carattere penale dell'*actio aquae pluviae arcendae*,³⁰⁹ un intervento decemvirale su tale ipotesi, contemplata già nei rapporti obbligatori, che sostituì l'obbligo di *noxiam sarcire*, probabilmente relativo al solo danno verificatosi, con quello di *aquam arcere*; l'azione, così «perdeva il carattere penale ed acquistava quel carattere preventivo che l'avrebbe caratterizzata in modo così singolare nel corso di tutta la sua storia». Le XII Tavole, quindi, contemplavano una *actio aquae pluviae arcendae, in personam*, di carattere reipersecutorio, che sanzionava l'obbligo di *aquam arcere* in capo al *dominus* a seguito di un'attività compiuta sul *fundus* e responsabile di un mutamento del corso naturale delle acque, con conseguenze dannose per il fondo confinante. Si può aggiungere, a questo proposito che il carattere ambulatorio dell'*obligatio* (la legittimazione passiva è sempre in capo al *dominus fundi*) sia frutto dell'elaborazione giurisprudenziale dell'epoca classica, mentre per le XII Tavole pare certo che la norma regolasse solamente la situazione più comune, ovvero quella che vede identità tra *dominus fundi* e *auctor operis*. A seguito di simili considerazioni, va affrontata, anche a questo riguardo la teoria della responsabilità assoluta già richiamata, perché la stessa non è connessa allo *status* di *dominus fundi* ma a una concreta e precisa attività umana svolta sul *fundus* del *dominus*. Considerato che tale attività viene svolta dove il *dominus* è proprietario e, pertanto, con il suo consenso se non nel suo interesse (da ciò deriva verosimilmente l'indifferenza del legislatore decemvirale riguardo alla distin-

³⁰⁸ F. SITZIA, *Ricerche cit.*, 27.

³⁰⁹ D. DAUBE, *Nocere and noxa*, in *Cambridge Law Journal* 7, 1 (1939), 30 ss.

zione tra *dominus auctor* e *dominus non auctor*), è logica la conseguenza che il *dominus* ne sia responsabile: in altre parole, un *facere* è centrale ed essenziale. L'*actio aquae pluviae arcendae*, non contemplerebbe un'*obligatio propter rem*, per la quale il *dominus* è obbligato in base al rapporto intercorrente tra lui e la *res* (rapporto di proprietà) ma in relazione ad un *facere* compiuto sulla *res* di sua proprietà. Le XII Tavole hanno segnato un momento importante nell'evoluzione dell'*actio aquae pluviae arcendae*, in funzione di un nuovo e peculiare carattere preventivo.

Prima dell'intervento decemvirale l'*actio* ha avuto un carattere sanzionatorio di un danno già cagionato tra *domini* di *fundi* con termini. Riprendendo l'ipotesi sostenuta da Sitzia in merito alla ricostruzione del versetto: "*si aqua pluvia nocet arbitrum arcendo dato*", è lecito dire che la protasi, conservata da Labeo-Pomponius, mantenga la struttura originaria, tipica di una norma che sanziona un divieto di nuocere, mentre l'apodosi si riferisca all'obbligo di *aquam arcere* (di allontanare il pericolo dell'acqua) con caratteristica preventiva. Un passaggio ulteriore verso la natura preventiva dell'*actio* fu operata dai *veteres*, quando interpretarono *si aqua pluvia nocet* come *si aqua pluvia necere poterit*, scegliendo così inequivocabilmente per il carattere preventivo dell'obbligo di *aquam arcere*.³¹⁰ Si allinea in tal senso Bretone.³¹¹ Prendendo le mosse da un confronto di Vittorio Scialoja tra i principi contenuti nel terzo titolo del libro 39 del Digesto con quelli del Codice civile italiano del 1865 (art. 536; v. 913 Codice civile del 1942), non trovandovi alcuna sostanziale differenza (individuando, in altri termini, una linea di continuità tra il diritto romano antico nella versione giustiniana, il diritto comune e la legislazione moderna), lo studioso, si concentra sull'avverbio "naturalmente" che ricorre nel testo moderno. Viene subito posta in evidenza una fondamentale differenza del ruolo che svolge il richiamo alla natura nel Codice moderno e nel pensiero antico. Per quest'ultimo evocare la natura non significa un riferimento a un dato di comune esperienza cui l'ordinamento giuridico attribuisce rilievo, facendolo emergere e traendone un criterio direttivo (come avviene nella norma codicistica); si tratta, piuttosto, del richiamo a una *ratio*, diversa da quella positiva,

³¹⁰ L'inadempimento dell'obbligazione va individuato nel mancato provvedere ad *aquam arcere*. Un'obbligazione che con l'interpretazione dei *veteres* non nasce né da contratto né da delitto; ciò non è motivo di opposizione all'ipotesi di ricostruzione, non essendo la divisione gaiana omnicomprensiva ed essendo nell'ordinamento romano, anche in epoca classica, noti istituti nei quali l'*obligatio* nasce da atti unilaterali: a questo proposito F. SITZIA, *Ricerche* cit. 39, menziona la *negotiorum gestio* e i rapporti obbligatori fra condomini nelle ipotesi di *communio incidens* originati da un *quasi contractus* nel diritto giustiniano.

³¹¹ M. BREONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, 100 ss.

che si impone ai suoi destinatari, compresi tra essi i giuristi che se ne fanno interpreti. Analizzando puntualmente alcuni testi, soffermandosi su una situazione che vede il ripristino (a danno di un fondo conterminato) di un regime naturale delle acque modificato precedentemente per opera dell'uomo, e analizzando il significato di *natura agri* (inteso come rinvio a un ordine complessivo che non va alterato), Bretone approda all'idea di natura come latrice di un "dover essere", almeno nel modo di ragionare di Labeone. Il passo di Ulpiano,³¹² si richiama interamente a Labeone, che viene riconosciuto interprete di un principio giurisprudenziale, alla cui base non vi è una legge (nemmeno quella delle XII Tavole), ma la «natura, un ordine delle cose o un loro modo di essere al quale bisogna sottomettersi (almeno se nulla è stato previsto o deciso in contrario)».³¹³ La natura non è solo un fatto, ma ha una forza normativa sua propria anche se viene accolta nel sistema giuridico e in qualche modo legittimata. Dal dato naturalistico può ricavarsi la norma. Bretone esamina a più tratti, fonti pertinenti le acque ma non sono numerosi in realtà i richiami decemvirali. In relazione a questi ultimi, è doveroso precisare come egli, soltanto incidentalmente, osservi che il pensiero dei decemviri non stabilì i presupposti su cui radicare l'*actio aquae pluviae arcendae*.

12. CONCLUSIONI

Quale particolare caratteristica delle *actiones ex delicto* la nossalità è istituto comune ai vari diritti dell'antichità e riguarda il delitto compiuto da uno schiavo o da un *filius familias* nonché, con le precisazioni che s'impongono, il danno causato dagli animali. La parte lesa può agire con l'*actio noxalis* contro il rispettivo *dominus* o *pater*, il quale può liberarsi effettuando la consegna del sottoposto ovvero sottostare alla condanna prevista per il singolo tipo di illecito (*litis aestimationem sufferre*). Nell'ambito della procedura formulare, a prima vista, lo schema dell'azione nossale indicherebbe, nella *demonstratio*, come autore del fatto il soggetto a potestà e, nell'*intentio*, come obbligato l'avente potestà, mentre la *condemnatio*, secondo una parte della dottrina, apparirebbe concepita anziché in una somma di denaro, nella doppia possibilità di «*tantam pecuniam aut noxae dedere*» sì da lasciare al convenuto la scelta, durante il giudizio o addirittura dopo la condanna, di liberarsi tramite *noxae deditio*

D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 *ad ed.*) Decem aut noxae dedere condemnatus indicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit.

L'esatta portata di questa alternativa (prevista o meno nella *condem-*

³¹² V. D. 39, 3, 1, 22-3.

³¹³ BREONE, *I fondamenti* cit., 106.

natio) ha diviso la dottrina ed ancora nelle fonti, ed allo stato delle nostre conoscenze, rimane più di un dubbio irrisolto. L’istituto nonostante la sua duplice applicazione (allo schiavo ed al *filius familias*) nasce dal medesimo principio e mantiene, dai decemviri, quanto meno fino all’epoca giustiniana, un carattere unitario fondato sulla stessa esigenza pratica, quella di disciplinare il danno causato da soggetti a cui la legge non riconosce una piena responsabilità giuridica, donde la necessità di un’azione che si possa esercitare contro il *dominus* o l’avente potestà. Nella terminologia giuridica *noxa* e *noxia* hanno una portata, almeno originaria, assai generale. Entrambe derivano da *noceo* o *neco* ed esprimono il concetto del danno (nella varietà terminologica, soprattutto originaria, di cui si è detto a lungo: danneggiamento, delitto, atto illecito, crimine). È ormai unanimemente accertato il significato di *noxa* come sinonimo di danno, anche se la vicenda semantica di questi stessi termini è tanto complessa da non aver permesso nemmeno alle lucide pagine di Cannata³¹⁴ di determinare il come ed il quando si passò ad indicare il danno anziché con il più antico termine di *noxia* con quello più recente di *damnum*. Le riflessioni di Maria Floriana Cursi e Paola Lambrini ne danno contezza per cui non mi sento di aggiungere altro. Inoltre come osserva Biondi da Cesare ad Ulpiano *noxia* e *noxa* sono sempre intese come *culpa* o *delictum*. Già nella legislazione decemvirale, dove il termine ricorre tecnicamente una sola volta, la nossalità non qualifica un qualsiasi danno oggettivo ma la condotta anti-giuridica posta in essere con uno stato d’animo colpevole

XII. 2: si servus furtum faxit noxiamve nocuit

D.9.4.2.1 (Ulp. 18 ad ed.) si servus furtum faxit noxiamve nocuit” etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur.

Nell’uso comune, e diverse volte anche in quello giuridico, *noxa*, *peccatum*, *delictum* vengono usati indifferentemente. A parte il riferimento a Servio Sulpicio Rufo («noxia apud poetas autem et oratores ponitur pro culpa») Ulpiano in D.9.1.1.1 (18 *ad ed.*) aggiunge

si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, [id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem [noxiae] damni offerre [...]] Noxia autem est ipsum delictum.

Se dunque la nossalità non può essere scissa dai concetti di pena e di colpa, e se in proposito i giuristi parlano tecnicamente di *pauperies*

³¹⁴ Cfr. A. CANNATA, *op. cit.*

per distinguere il danno degli animali dall'*iniuria*, la terminologia ed il contenuto della *nox* e dell'*actio noxalis* non va esteso ai danni causati da questi ultimi. *Noxa* è parola antica e comprensiva degli elementi costitutivi di quelle particolari violazioni di legge che successivamente saranno chiamate *delicta*. Da *nox* deriva *noxius* che nel linguaggio dei giuristi vuol dire colpevole, responsabile in base ad un *delictum* ed è riferito sempre a una persona mentre *innoxius* significa non colpevole, senza responsabilità. *Noxaliter*, *noxalis* è tutto ciò che si riferisce alla *nox* e quindi alla relativa *actio ex delicto* adattata in modo da essere esperita contro il *dominus* o il *pater*

D. 9.1.3.1 (Ulp. 18 ad ed.) Noxia autem est ipsum delictum. Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet. Ait praetor «pauperiem fecisse». Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria ferisse, quod sensu caret.

Nell'ottica di una certa dottrina, per il *ius civile*, la responsabilità nossale graverebbe solo sul *pater familias*, in quanto titolare di una piena posizione giuridica sul colpevole (quindi di un pieno ed incondizionato *dominium*), non trovando rilievo qualsiasi altra posizione; quindi neanche quella possessoria. Difatti, ai fini della legittimazione nossale, a nulla servirebbe che il colpevole della *nox* fosse materialmente in possesso di altri. Come osserva Sargenti il principio che regola tutta la materia, espresso nella massima *nox caput sequitur*, potrebbe significare che l'azione nossale trova solo nel *dominus* quiritario il soggetto passivo contro cui rivolgersi. Ciò almeno per il diritto civile. Il rapporto di *potestas* è chiaramente inteso, nel quadro del *ius civile*, come un rapporto giuridico, che si concreta nella *patria potestas*, per quanto riguarda il *filius familias*, nel *dominium* per quanto riguarda il servo; esso implica una posizione di supremazia verso una persona *alieni iuris*, e non si riduce ad un mero rapporto di fatto e neppure al contenuto di un potere diverso dalla proprietà e dalla potestà familiare. Tanto è vero che lo stesso usufruttuario del servo, il quale è titolare di un diritto ed esercita sul colpevole un potere giuridico, non meramente di fatto, per *ius civile*, non è legittimato passivamente di fronte alle azioni nossali. Nella stessa prospettiva verrebbe ritrovato nelle fonti il contenuto della *noxae deditio* come atto giuridico con effetto traslativo: il colpevole passa nel patrimonio dell'offeso, in altri termini il *dominus* o *pater* è tenuto a compiere in favore di chi ha subito il danno, un atto che secondo la legge è idoneo a trasferire nell'*accipiens* il *dominium* o la *potestas* del sottoposto. L'effetto liberatorio dell'abbandono nossale coinciderebbe, logicamente e cronologicamente, con il trasferimento dello schiavo e del *filius familias*. Al riguardo però devo rilevare come di fronte agli innegabili contrasti esistenti nei testi, gli interpreti abbiano

cercato di superarne le aporie da un'angolatura forse troppo angusta, consequenziale ad una propria concezione sulla natura della responsabilità nossale. La rassegna delle più accreditate opinioni della dottrina dimostra, come ogni questione, relativa ai problemi che sorgono in materia di responsabilità nossale, discenda da un'impostazione principale sulla natura della stessa. Ed anche a questo proposito ogni decisione, relativa al contenuto della condanna nella sua più esatta portata, rimane influenzata dalla *vexata quaestio*.

Per coloro i quali ritengono la responsabilità nossale basata su un'obbligazione del *pater familias*, è necessario che questi abbia la piena proprietà dello schiavo, del *filius* o dell'animale, poiché dovendo egli ottemperare all'obbligo di consegnare il sottoposto colpevole non si può prescindere da una posizione di assoluta signoria sugli stessi. Nella specie non può che emergere un atto traslativo del dominio. Per coloro i quali, l'abbandono nossale non ha carattere obbligatorio ma è una conseguenza reale, la piena signoria del *filius*, dello schiavo o dell'animale non è rilevante, poiché egli nulla deve trasferire ma semplicemente astenersi dal frapporre all'abbandono stesso qualsiasi ostacolo. In definitiva la *noxae deditio* non è che un mezzo per attuare la responsabilità del colpevole. Il diritto dell'offeso di vendicarsi sulla persona del reo trova ostacolo solo nel *dominium* o nella *potestas* che l'avente potestà ha sul colpevole e che lo esclude da qualsiasi attività ed ingerenza estranea. Pertanto è del tutto superfluo che il *dominus* o il *pater* debba trasferire all'offeso alcun diritto sul sottoposto. È necessario soltanto che nessun diaframma si ponga alla realizzazione della vendetta, quindi se il reo è abbandonato in modo che l'offeso possa impadronirsenne, tutta la pretesa derivante dall'illecito è pienamente soddisfatta. Dalle questioni esaminate discendono direttamente altri problemi che ancora allo stato delle attuali conoscenze rimangono parimenti irrisolti. In particolare, la dottrina non ha ancora dato una risposta soddisfacente relativamente al campo di applicazione del regime nossale e quindi dei limiti soggettivi ed oggettivi dell'azione. Per quanto mi riguarda, non è stata spiegata la doppia (e addirittura tripla - per il caso dell'*actio iniuriarum noxalis*, di cui ebbi ad occuparmi in altra sede) possibilità della condanna. Gaio in Inst. 4.75-79 intende il processo nossale come esercizio di un'azione che discende [...] *ex maleficiis filiorum familias servorumque*

Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse. Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris [...]. Omnes autem noxales actiones caput sequuntur. Nam si fi-

lius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si pater familias noxam commiserit, et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse quae ante directa fuit. Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum sit, ne aliter filius de potestate patris exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, et illas tres legis XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere.

Il giurista ritorna sulla questione in D. 9.4.1 (Gai. 2 ad ed. prov.) e aggiunge

Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur.

Emerge dai passi che il sistema delle *actiones noxales* riguarda anzitutto le azioni umane di una particolare categoria di soggetti: «ex maleficiis filiorum familias servorumque [...] noxales actiones proditae sunt». Se la stessa disciplina deve valere per le persone *in manu* ed *in mancipio* è questione cui, nel silenzio delle fonti, non può risponderci con sicurezza. Di certo vi è che Gaio, discorrendo *ex professo* dell'istituto, parla soltanto di schiavi e *filiis familias*. Comunque nella quasi totalità dei testi, anche della compilazione, il termine *actio noxalis* ha sempre lo stesso riferimento, cioè azione che si può esercitare per gli illeciti del *filius* o del *servus*. Le disposizioni contenute nei due titoli edittali *De noxalibus actionibus* e *Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur* sono applicate dai giuristi sempre ed esclusivamente ai delitti del *servus* o del *filius*. È nel diritto giustiniano che il sistema delle *actiones noxales* si restringe solo ai delitti commessi dagli schiavi.

Inst. 4.8.7 Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.

Per i figli, Giustiniano esclude l'esercizio dell'*actio noxalis*, ammettendo invece che contro di loro si possa agire con le ordinarie *actiones ex*

delicto. Contro il pater può essere esercitata de peculio, l'*actio iudicati* nascente dalla condanna del *filius* nell'*actio poenalis*. L'*actio noxalis* continua ad attuare la responsabilità penale del colpevole qualora questa per l'incapacità processuale del sottoposto non possa realizzarsi altrimenti. In proposito rileva la lettura di D. 47.2.36.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*)

Item placuit eum, qui filio vel servo vel uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri, quamvis ipsi furti actione non conveniantur.

Nel brano, dove non può che scorgersi una speciale ed isolata esclusione per il furto, riposerebbe il principio secondo il quale l'*actio poenalis* si potrebbe esercitare contro il sottoposto solo in seguito all'emancipazione del *filius familias*: «si furtum fecerit, deinde emancipetur furti actio in eum datur, quia in omnibus noxa caput sequitur». Tuttavia, va parimenti osservato che da un punto di vista processuale la negazione dell'*actio poenalis* contro il *filius* non ha una giustificazione plausibile specialmente se si prende in considerazione l'opposto regime delle azioni *ex negotio gesto*. Per quanto venga sostenuto che la capacità del *filius* di obbligarsi *civiliter* tanto *ex negotio gesto* che *ex delicto* sia fuori discussione, credo sia lecito sostenere che nel primo caso tale possibilità sia senz'altro ammessa e la stessa supposizione può valere per il secondo. Viceversa nel tardo diritto romano la possibilità di agire *ex delicto* direttamente contro il *filius* è parallela all'esclusione dell'*actio noxalis* contro il *pater*. Caduta ancor prima di Giustiniano la *noxae deditio* dei *fili familias*, si può supporre come conferma peraltro l'editto di Teodorico, che correlativamente allo sviluppo dei *peculia* si sia fatta strada la possibilità di agire contro lo stesso *filius*. Alle stesse conclusioni conduce la lettura delle sentenze di Paolo

Paul. Sent. 2.31.9 [...] filius familias si furtum fecerit, deinde emancipetur, furti actio in eum datur, quia in omnibus noxa caput sequitur.

Ed ancora difficile, è determinare ai fini della condanna i limiti oggettivi della responsabilità nossale, ovvero precisare per quali atti il *filius*, il *servus* o per loro il *pater* o il *dominus* rispondono *noxaliter*. Anche a questo riguardo la dottrina non ha dato esiti unanimi lasciando numerose lacune solo in parte colmate. Mentre da una parte la responsabilità nossale è applicata ad un gran numero di delitti, non sono meno numerosi i casi in cui azioni penali possano essere esperite non *noxaliter*, oppure azioni che nulla hanno in comune con i *delicta* che possano essere esperite *noxaliter* (le azioni contrattuali, l'*actio exercitoria*, l'*actio redhibitoria*, l'*actio ex testamento*, le azioni divisorie, la *hereditas petitio*). Parte della dottrina, tra cui per tutti Voci, distingue la sfera dei *delicta* da quella delle *actiones poenales* ricollegando la nossalità all'origine delittuosa anziché al contenuto penale dell'obbligazione. Il rilievo seppure di certo sottile

non è soddisfacente. I giuristi infatti mentre affermano non essere possibile responsabilità *de peculio in poenalibus causis* negano d'altra parte la nossalità per le azioni che nascono da contratto.

D. 50.17.58 (Ulp. 2 disput.) Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari.

D. 44.7.49 (Paul. 17 ad Plaut.) Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit aut is apud quem depositum est: quo casu etiam cum filius familias aut servus quid tale commisit, de peculio actio datur, non noxalis.

L'azione contrattuale, anche quando l'inadempimento dell'obbligazione è configurato dalla legge come *delictum*, si può esercitare *de peculio* e non *noxaliter*. In questo caso il fatto che dà luogo alla responsabilità è identico, diversa è soltanto l'azione. Tuttavia mentre per l'*actio ex contractu* la responsabilità è *de peculio*, per l'*actio ex delicto* si risponde *noxaliter*. Ciò significa che la responsabilità nossale si applica esclusivamente a quelle *actiones* che configurano come *delictum* il fatto illecito e mirano a punire il colpevole. Per il diritto classico l'*actio* è *poenalis* non per l'ammontare della *praestatio* ma per la fonte da cui deriva e per lo scopo cui è finalizzata la condanna. La stretta connessione fra la nossalità ed i *delicta privata*, oltre che nei numerosi luoghi delle fonti, rimane confermata da alcune considerazioni d'ordine generale, diffusamente svolte nel testo. Poiché la *noxae deditio* non è che il residuo storico dell'antica vendetta privata è chiaro che deve essere applicata ai *delicta privata*, i quali un tempo attribuivano all'offeso la facoltà di vendicarsi sulla persona del colpevole. La connessione fra *noxae deditio* e *delictum* costituisce il fulcro su cui si impenna il sistema classico delle *actiones noxales*. Infatti queste coincidono esattamente con la cerchia delle azioni *ex delicto*: considerando invero tutto lo svolgimento compiuto per opera del Pretore e dei giuristi nel campo delle *actiones noxales*, si può ben affermare che ad ogni *actio ex delicto* corrisponde un'*actio noxalis*. È bene poi ribadire che l'*actio noxalis* ha sempre carattere accessorio, sia per la sostanza che per la forma, rispetto alla corrispondente azione *ex delicto*. Significativa è infine la terminologia. Le *actiones noxales* sono denominate tecnicamente o coll'apposizione della qualifica *noxalis* all'*actio ex delicto* o con la semplice denominazione dell'*actio poenalis* e l'avvertimento che si esercita *servi nomine*. Di *actio noxalis* si parla soltanto laddove i giuristi intendono trattare in generale dell'istituto senza un riferimento concreto.

La lettura delle fonti esaminate nel testo, seppure concentrate sulla legislazione decemvirale in rapporto a taluni illeciti di cui il *pater* o *dominus* ebbe a rispondere per il fatto non proprio, credo possa consoli-

dare alcuni dati sui quali basare l'esatta portata della condanna nossale. Non ci sono dubbi circa il fatto che la stessa, nell'originaria struttura e configurazione del *ius civile*, sia stata rivolta contro il *pater familias* o *dominus* per i danni recati dal *filius familias* e dalle persone *in manu* ed *in mancipio* (almeno congetturalmente fino a quando queste figure di soggezione sussistettero) ovvero per i danni recati dal servo, sulla base del rapporto potestativo che li legò ai propri sottoposti, anche nell'ambito delle reazioni collettive in cui si consumava l'originaria vendetta privata. Questa impostazione primitiva rispondente al formalistico e rigido sistema del *ius civile* e che, sul piano del *ius civile*, rimase immutata per un lungo corso dell'evoluzione del diritto romano, portò senz'altro ad inconvenienti pratici quando con l'arricchirsi delle forme di vita e dei rapporti giuridici si rese non più rispondente alla reale situazione di fatto, e quindi risultò difficile spiegare lo schematico nesso sostanziale e processuale tra danno e *dominus*. Da qui la necessaria opera integratrice del pretore (atta a giustificare l'intervento del *pater* con la creazione di una posizione sostanziale, che in qualche modo ne legittimasse anche fittiziamente la responsabilità) certo guidata da un'elaborazione giurisprudenziale, che non appare in piena evidenza nelle fonti: non solo per effetto dell'opera dei compilatori ma anche perché, appunto, è stata sintetizzata nei provvedimenti pretori. Quest'opera si esplica, tra le altre cose, attraverso un graduale allentamento della esclusiva responsabilità del *dominus* ed un riconoscimento man mano diretto, pieno ed immediato della capacità degli altri titolari di diritti e posizioni sul colpevole (soprattutto del concreto possessore), nella difesa dello stesso. Si tratta dunque, di misure che da un lato vanno attenuando formalmente il principio della legittimazione passiva del *dominus*, forse fino a consentire, come pure alcune fonti giustificerebbero, una responsabilità diretta degli effettivi colpevoli. D'altro lato prendono pur sempre a fondamento dell'estensione della responsabilità ad altri soggetti, la posizione giuridica di questi, il rapporto di diritto in cui essi si trovano con il colpevole mantenendo integro, quindi, il criterio individuatore del soggetto passivo dell'azione, quale era determinato nello *ius civile* per creare una posizione sostanziale, la quale consenta al *pater* di rispondere a causa della qualità di titolare di un potere assoluto sul colpevole ovunque e verso chiunque ne abbia subito un torto, e che costituisce, come chiarirò in seguito, la caratteristica saliente della responsabilità nossale, pur essendo essi stessi i colpevoli primari e diretti. L'opera del pretore, come osserva De Visscher, non si è ridotta, a un sostanziale allargamento dei limiti soggettivi della responsabilità per i fatti dei sottoposti. L'editto pretorio «*si is in cuius potestate esse dicitur*» riportato in D. 9.4.21.2 (Ulp. 23 ad

ed.) offre ampia materia di commento e di elaborazione giurisprudenziale, costituendo un elemento molto importante nel quadro di un processo di superamento del principio ispiratore della responsabilità nossale e di una progressiva affermazione di più moderni criteri di responsabilità personale fondata sull'elemento soggettivo del dolo o della colpa, ovvero del "paradossale" dolo colposo di cui, ancora ha detto Paola Lambrini; processo che può ritenersi largamente avviato nel diritto classico ad opera della giurisprudenza e del pretore, se pure troverà le sue formulazioni più importanti solo nel diritto giustiniano. Così ad un certo punto è sembrato spontaneo, considerare il rapporto potestativo tra il *dominus* e il sottoposto come l'elemento determinante per pervenire alla condanna nossale del colpevole. Né l'attenzione verso la precisa portata della condanna nossale e dell'abbandono che la fonda e la esaurisce, può prescindere, quanto meno, da un cenno agli aspetti che la corredano in talune condizioni peculiari. Mi riferisco ai caratteri dell'*actio iniuriarum noxalis* (di certo nossale), la quale recepisce elementi che solamente fino ad un certo punto dipendono dal giudizio nossale; è noto infatti che alla consueta alternativa, in caso di *iniuria* perpetrata dal servo, sia data al *dominus* la facoltà di liberarsi offrendo la *verberatio*. Poco importa qui se il mezzo nasca o meno dall'azione nossale o dai meccanismi processuali che vi si legano.

È bene dunque riassumere in poche note il risultato di queste letture. Le considerazioni, poste a fondamento di una diversa ricostruzione dell'abbandono nossale, rispetto a quella proposta dalla dottrina successiva al Biondi, permettono di avanzare l'ipotesi per la quale, sia il *filius* che lo schiavo, nel compiere un atto illecito, possano rimanere obbligati *civiliter ex delicto*. Ne conseguono una responsabilità personale ed una condanna confortate dall'antica vendetta privata, essendo l'*actio noxalis* strutturata come una *vindicatio* del colpevole.

In pratica, l'antica *vindicatio* del colpevole, è diventata, in epoca storica, un'azione giudiziaria vera e propria creata nell'interesse dell'attore (vittima dell'illecito), restando al convenuto la sola possibilità della *defensio*. Il *pater* o *dominus* non sarà condannato sulla base di una responsabilità diretta verso il danneggiato, ma indiretta, in ragione ed in funzione del rapporto potestativo con il sottoposto. In sintesi, il capofamiglia, quando vorrà assumersi le conseguenze dell'atto illecito commesso dal suo sottoposto colpevole, interverrà nel giudizio e se soccombente pagherà una somma di denaro (così come potrebbe fare il *filius* colpevole una volta liberato dalla *patria potestas* o lo schiavo una volta manomesso). Viceversa quando il *pater familias* non vorrà assumersi le conseguenze del delitto commesso dal suo sottoposto, interverrà nel giudizio solo per in-

vocare il più arcaico sistema della vendetta e compiere la *noxae deditio*. In tal modo l'abbandono nossale, il quale può realizzarsi anche dopo la condanna, esaurisce completamente il contenuto della stessa. Sulla base di questa responsabilità, il sottoposto colpevole dovrà tenere conto della reazione accordata alla parte offesa. Allo stesso modo degli uomini liberi pienamente capaci e responsabili, esso sarà liberato dall'illecito solo se viene pagata una pena pecuniaria alla vittima quale riparazione per il fatto commesso. Il *filius* ed il *servus* tuttavia non hanno una piena capacità, per cui l'offeso potendo rifarsi sulla loro persona, andrà necessariamente ad incidere, per questa via, sulla sfera di signoria dell'avente potestà, il quale rimarrà pregiudicato nei suoi diritti e nella sua situazione patrimoniale. La doppia possibilità offerta al *dominus* (la quale non riposa sulla struttura di un'obbligazione alternativa), non è prevista dalla *condemnatio* che invece rimane sempre concepita come pecuniaria. Anzi la *noxae deditio* si atteg-gia nel contesto del procedimento nossale come uno strumento per evitare la condanna pecuniaria. La condanna nossale, che non può prescindere in nessun modo dal delitto del sottoposto, riposa allora su due diritti contra-stanti: quello della vittima del danno e quello del *dominus* avente potestà. Il diritto del primo, è da considerarsi senz'altro prioritario; il secondo, per evitare le conseguenze dell'atto illecito compiuto dal sottoposto, se non vuole pagare la pena, è costretto ad abbandonare il colpevole alla vendetta del danneggiato (*aut litis aestimatione sufferre aut noxae dedere*). Sorto nel sistema civilistico, questo meccanismo sarà stato perfezionato, con ogni probabilità, dal pretore, il quale anche attraverso lo strumento dell'*interrogatio* avrà contribuito a rafforzare una posizione di vantaggio capace di giustificare la condanna del *dominus* sulla base del rapporto potestativo che lo lega al sottoposto. Soccorrono questo ragionamento le Tavole di Murecine, le quali hanno fornito un valido termine di paragone relativa-mente alle più note testimonianze dei giuristi classici; lo soccorre anche la nota lettura di D. 44.7.14 del quale non ci si può sbarazzare sulla base della fin troppo semplice considerazione che si tratti di un testo interpo-lato: la questione circa la capacità dei sottoposti di obbligarsi è senz'altro problematica, tuttavia gli sforzi recenti della dottrina, tra cui quelli impor-tanti di Sara Longo, volti ad una soluzione più rispondente a quella che fu l'effettiva realtà dei fatti rispetto a ciò che viene comunemente studiato, confermano a più riprese le opzioni che sono andato proponendo.

Non può parlarsi di condanna nossale e non sono nossali tutte le azioni accordate alla parte offesa, qualora il danno sia stato causato da un animale. Solo il diritto giustiniano ha operato una generale assimilazione tra i delitti commessi dai sottoposti e i danni causati dagli animali ma ciò sul fonda-mento di concetti, funzioni e modelli assolutamente differenti rispetto al

loro contesto originario, a partire, come si è visto, da quello decemvirale³¹⁵. L'*actio de pauperie* ed i mezzi che ne richiamano la disciplina, si fondano sul *dominium* che il padrone del quadrupede vanta sullo stesso; l'*actio noxalis*, invece, nasce da un delitto e mantiene il carattere di una *vindicatio* sul colpevole, motivo per cui, inoltre, anche il possessore deve consegnare il sottoposto. Un'equiparazione tra le sanzioni (a volte addirittura gravissime) previste per il danno provocato dall'animale e quelle previste dalla normale procedura nossale è solamente esteriore, operata dai compilatori sulla base di un diverso significato della *nox* (ormai solo *corpus quod nocuit*) riferibile indifferentemente sia all'atto illecito del sottoposto che al danno dell'animale. In questo contesto risulta più rispondente alla realtà dei fatti, la formula dell'azione così come ricostruita da Robbe

Si paret quadrupedem N.i N.i . A.o A.o pauperiem fecisse, qua de re agitur, quamobrem N.m .N.m. A.o. A.o aut aestimationem pauperiei offerre aut quadrupedem dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut quadrupedem dedere iudex N.m. N.m. A.o. A.o c.s.n.p.s.

rispetto a quella proposta da Lenel, il quale peraltro, anziché relegarla alla sua *sedes materiae*, ne trae giustificazione per argomentare rispetto a tutto il sistema nossale. Di certo l'animale non è capace di *iniuria*, per cui nessuna assimilazione può esservi con il delitto del *filius familias* o dello schiavo. La cessione liberatoria dello stesso, che come nel caso dell'abbandono nossale può esaurire la condanna, rileva alla stregua di una sanzione a scopo esclusivamente satisfattorio, in quanto la consegna può rappresentare per la vittima del danneggiamento il pagamento dell'equivalente economico del danno ma non la realizzazione di una pena. Il principio *nox* *caput sequitur*, affermato dalle fonti anche nei confronti dell'*actio de pauperie* per rivolgere la condanna contro chiunque si trovi nella titolarità dell'animale danneggiatore, trova la sua giustificazione nella titolarità della proprietà del *dominus* sul suo animale e non quindi come, per il sottoposto, nel vincolo potestativo che lo lega al nucleo familiare. D'altra parte la dottrina che ha voluto sostenere una tale identificazione, è stata costretta a riferirla in termini di «sostanziale assimilazione», «rilevanti» o «significative affinità», «non integrale identità», «procedimento analogo». In verità per l'*actio de pauperie* e per i mezzi che ne richiamano l'ambito di applicazione non può che parlarsi di condanne di falsa nossalità. Forse

³¹⁵ Cfr. ancora A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma Repubblicana*, Roma-Bari 1987, 129 e 226, nt. 67; ID., *Il caso e la natura. Un'indagine sul mondo di Servio*, in A. GIARDINA e A. SCHIAVONE (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*, in *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, III, Bari-Roma 1981, 41 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di «prestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A. C.- II sec. D. C.)*, Milano 1995, 242 nt. 28 e 279 ss.; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989, 69 ss.

solo per quella che De Visscher definisce una “politica di compensazione” volta ad evitare l’esercizio delle vendette collettive, gli istituti hanno trovato un retaggio comune nella repressione più antica delle reazioni di gruppo. Ma a prescindere dal fatto che già nelle XII Tavole, si è evoluto un concetto ben definito di responsabilità individuale in forza del *dominium* e/o della *potestas* che lega il *pater familias* all’autore del danneggiamento, e ciò in modo differente rispetto a quello che lo vincola per la *pauperies*, è evidente nella struttura degli istituti, come un tale retaggio primitivo, sia passato al vaglio dei *mores* ed in seguito a quello dell’elaborazione giurisprudenziale, in modo assolutamente differente.

Nel contesto di un’economia fondata essenzialmente sull’agricoltura e la pastorizia qualsiasi lesione, fosse anche perpetrata attraverso pratiche magiche, è punita assai severamente. Così avvenne per i *mala carmina* riconosciuti dai decemviri seppure attraverso la difficile lettura di cui si è dato conto nel testo.

RAGGUAGLIO DELLE PRINCIPALI FONTI CONSULTATE

1. FONTI GIURIDICHE

a. fonti pregiustiniane

Collatio legum mosaicarum et romanarum

2.5.5

4.3.6

Fragmenta gai augustodunensia

4.81

Fragmenta vaticana

11

Gaius

Institutiones

3.211

3.223

4.11

4.35

Lex duodecim tabularum

1.1

1.2

8.1

8.1b

8.2

8.3

8.4

8.6

8.7

8.8

8.8a

8.8b

8.9

8.10

8.11

8.13

8.14

8.23

9.3

12.3

Pauli sententiae

5.4.6

b. fonti giustinianee

Corpus iuris civilis

Codex Iustinianus

3.35.6

Institutiones

4.9 pr.

Digesta

1.1.1.1

1.2.2.23

1.4.9 pr.

1.12.1.14

1.18.3

1.18.6 pr.

1.18.6

3.6.5 pr.

3.6.8

8.2.13 pr.

9.1.1 pr.

9.1.1. 3

9.1.1.4

9.1.1.7

9.2.5.2

10.1.13

10.4.9.1

11.7.35

12.2.5.3

12.4.15

13.7.11.13

17.1.50.1

19.1.13.26
19.5.14.3
19.5.15
21.1.43.4
22.1.20
22.1.29
23.2.60.61
23.2.61
24.1.21.1
24.3.10.1
27.9.10
27.11.2
28.3.6.10
32.11.14
33.2.27
34.4.31.2
34.6.1
34.9.1
34.9.2.2
34.9.26
37.10.2
38.6.1 pr.
38.16.3.5
39.1.1.1
39.2.13.7
39.3.1.22-23
39.3.35.6
39.4.6
39.4.9.5
39.4.11.2-3
39.4.16.11
40.9.15 pr.
40.7.21 pr.
43.8.2.15
43.8.5
43.16.18 pr.
43.24.11.7
44.7.20
45.1.12.3
45.1.96
47.1.3
47.2.93
47.7.5 pr.
47.7.7 pr.-4
47.9.9

47.10.15.13
47.11.1
47.11.1.2
47.11.2
47.22.1 pr.
47.22.2
47.22.3 pr.
47.22.4
48.5.39(38).1
48.5.39(38).3
48.5.39(38).4
48.5.39(38).7
48.10.7.4
48.10.14.1
48.10.27.2
48.13.8(6).1
48.13.8(6).2
48.18.20
48.19.5 pr.
48.19.16 pr.
48.19.16.3
48.19.16.9
48.19.16.10
48.21.3 pr.
49.7.1.5
49.15.2.2
49.16.9
50.8.2.5
50.16.31
50.16.131.1
50.16.236 pr.
50.16.236.1

2. FONTI LETTERARIE

Apuleius
Apologia (de magia)
47
Augustinus
De civitate Dei
2.9
Cicero
a. Orationes
Pro Sestio
30.65
b. Philosophica

De legibus

2.9

3.11

De re publica

2.54

2.61

2.63

4.12

Dionysius halicarnassensis

Antiquitates romanae

2.10.3

2.27.3

2.74.3

4.25.2

Donatus (Tiberius Claudius)

Aeneidos libri

3.314

Dracontius (Blossius Aemilius)

De laudibus Dei

2.336

Festus grammaticus

De verborum significatu cum Pauli Epitome (ed. Lindsay)

[16-17 L.]

[158 L.]

[260 L.]

[336 L.]

[505 L.]

Gellius

Noctes Atticae

6.15.1

20.1.7

20.1.12

20.1.14

20.1.32

20.1.53

Livius

Ab urbe condita libri

1.26.6

2.27.12

34.38.7

Lucanus

Pharsalia (Bellum civile)

6.457

6.458

Lucilius

Saturae
27.49
Macrobius
Saturnalia
1.13.21
3.7.5 ss.
Nemesianus
Eclogae
4.70 s.
Nonius Marcellus
De compendiosa doctrina
2
4
Ovidius
Remedia amoris
255
Plautus
Comoediae
Bacchides
27
Plinius maior
Naturalis historia
17.7
18.12
18.41-43
28.17-18
Plutarchus
Vitae parallelae
Romulus
22.3
Propertius
Elegiae
3.3.49
Salvianus
De gubernatione dei
8.5
Seneca philosophus
De ira
2.16
Servius grammaticus
In Vergilii Aeneida
6.609
In Vergilii Bucolica
8.71
8.99

Terentius
Comoediae
Eunuchus
1.1.4
Tibullus
Carmina
1.8.19
Varro
De lingua Latina
6.31
Vergilius
Bucolica
8.66
8.99

Adjunct Professor Giovanni Brandi Cordasco Salmena, LL.D.

Former Professor of Hellenistic Roman Law at the University of Urbino “Carlo Bo” - Department of Legal Sciences (College of Doctors 1506); Lecturer in Roman Christian Law at the Free University of Pistoia “San Gregorio Magno” - Theological Faculty (Theological Licentiate Courses); variously in charge of Ancient Law in Geneva, Cuneo, Sarajevo East e Durres.

NOXA. PAUPERIES AND MAGIC IN THE DECEMVIRAL LEGISLATION: SENTENCES OF FALSE NOSSALITY IN RELATION TO THE DIFFERENT CONFIGURATION OF LIABILITY OF THE *PATER* FOR THE DAMAGE CAUSED BY THE SUBJECT WITH RESPECT TO THAT OF THE ANIMAL

Summary

Already the legislation of the XII Tables consecrated, in the course of a difficult evolution of the unlawful acts, means of protection in case of liability of the *pater* for the damage caused by his subjects or his animals as well as in defense of some “magical” illicit acts. The considerations underlying a different reconstruction of the nossal abandon, compared to that proposed by the doctrine subsequent to Biondi, allow us to advance the hypothesis that, both the *filius* and the slave, in performing an unlawful act, may remain obligated to *civiliter ex delicto*. The result is a personal responsibility and a condemnation comforted by the ancient private revenge, the *actio noxalis* being structured as a *vindicatio* of the guilty. The *pater* or *dominus* will not be convicted on the basis of a direct responsibility to the injured person but on the basis of the power relationship with the subject. In summary, the head

of the family when he wants to assume the consequences of the illegal act committed by those who fall under his power, will intervene in the judgment and if unsuccessful will pay a sum of money. On the contrary, he will intervene in the judgment only to complete the dedicated *noxae*. Given this mechanism, the *actio de pauperie* and the means that recall its discipline, are based on the dominium that the owner of the animal boasts of the same and for which he responds almost always objectively. The equalization between the penalties (sometimes even very serious) provided for the damage caused by the animal and those provided for by the normal nossal procedure is only external, made by the compilers on the basis of a different meaning of *noxa* (now only *corpus quod nocuit*) attributable indifferently both to the illicit act of the subject and to the damage of the animal.

Key words: *False nossality; Incantamenta; Harm of the animal; Decemviral legislation.*