

# La formazione delle obbligazioni *ex delicto*\*

M. Floriana CURSI  
(*Université de Teramo*)

## 1. Alcune premesse

Il tema delle *obligationes ex delicto* richiede un paio di precisazioni preliminari che ritengo utili a impostare la trattazione successiva.

a) La distinzione tra *crimina* e *delicta* all'epoca delle XII tavole

Innanzitutto, occorre affrontare, sia pur rapidamente, la distinzione tra *crimina* e *delicta*. Può suonare banale soffermarsi su una distinzione tanto nota, tuttavia essa non appare affatto scontata nella fase più antica nella quale si sono poste le condizioni per la nascita dell'obbligazione da delitto. Mi riferisco evidentemente al periodo della codificazione decemvirale — prima del quale il confine tra la disciplina degli illeciti privati e quella degli illeciti pubblici, comprendendo in questa accezione anche il riferimento alla comunità gentilizia, appare assai incerto e le interferenze tra le due sfere di azione sono continue. Nelle *leges regiae* il baricentro è spostato decisamente su illeciti la cui gravità è tale da coinvolgere l'intera comunità, anche se la norma sull'omicidio involontario<sup>1</sup> fa riferimento a una vendetta privata che sembrerebbe prefigurare al contrario i caratteri dell'illecito privato.

Nelle XII tavole i danni arrecati al patrimonio del singolo, attraverso la sottrazione del bene o la sua distruzione, oltre alle lesioni

---

\* Pubblico qui, con qualche integrazione e modifica, il testo della conferenza d'apertura tenuta alla SIHDA di Liegi su *L'obligation dans le droits de l'Antiquité, de la source à l'exécution* (19-24 settembre 2011).

<sup>1</sup> Serv. in Verg. ecl. 4.43 (= Numa, 17): *in Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offeret arietem.*

inflitte alla sua persona aprono le porte all'iniziativa diretta del danneggiato, lasciando in secondo piano il ruolo della comunità. Ma non siamo ancora di fronte a una definizione netta del confine tra *crimina* e *delicta*: nelle stesse norme decemvirali vi sono almeno due esempi di interferenza tra disciplina pubblica e privata rispetto alla medesima fattispecie. Il primo è il caso dell'incendio di un fabbricato o di covoni di frumento, all'interno del quale si distingue tra una fattispecie dolosa, nella quale la sanzione è interna al diritto criminale — la *verberatio* con la vivicombustione — e una non dolosa, nella quale il fatto si è realizzato *casu, id est negligentia* ed è sanzionato con il solo risarcimento del danno (*noxiam sarcire*<sup>2</sup>). Il secondo esempio è offerto dalla previsione di un'*actio de pastu* contro chi avesse furtivamente e di notte fatto pascolare il proprio bestiame nel fondo altrui oppure distrutto le messi di un campo coltivato<sup>3</sup>. Pure in questo caso, la medesima fattispecie poteva determinare il risarcimento del danno e conseguenze di diritto criminale — la fustigazione dell'impubere —: conseguenze, queste ultime, che parrebbero essere invece le uniche previste — ma in forma ben più grave: la *suspensio Cereri* — per il caso dell'illecito commesso dal pubere.

La valutazione di elementi soggettivi — quali l'involontarietà della condotta (*casu, id est negligentia*), nel primo caso e lo *status* personale dell'agente (*impubes*), nel secondo — permette di sottrarre alla sanzione criminale condotte lesive che evidentemente non appaiono al legislatore tali da sollecitare un'iniziativa da parte degli organi della comunità, rimettendola invece direttamente al privato danneggiato, secondo una differenziazione che trova una prima attestazione proprio nelle XII tavole.

---

<sup>2</sup> Gai. 4 ad l. XII tab. D.47.9.9 (= XII Tab.8.10): *qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur.*

<sup>3</sup> Plin. nat. hist. 18.3.12 (= XII Tab.8.9): *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 arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni.*

b) L'*obligatio* in età decemvirale

Il secondo profilo che intendo precisare riguarda i contorni della nozione di *obligatio* in età decemvirale, evitando il condizionamento del modello classico conservato nelle Istituzioni giustinianee<sup>4</sup>. Il riferimento è a prototipi di obbligazione che — seguendo il suggerimento di Max Kaser<sup>5</sup> — sarebbe più corretto definire, con un'espressione più sfumata, *Haftungsverhältnisse*, pensando a rapporti che saranno poi identificati nella sostanza con le più tarde *obligationes*. L'elemento di continuità con la *poenae obligatio* classica consiste nell'assicurare l'aspettativa del creditore, avente ad oggetto l'avverarsi di un avvenimento futuro, attraverso la soggezione dell'obbligato (responsabile) a conseguenze svantaggiose ove l'avvenimento non si dovesse verificare.

Mi rendo conto che la proiezione all'indietro del modello obbligatorio classico, sia pure con i dovuti adattamenti e correttivi<sup>6</sup>, è una scelta interpretativa che orienta necessariamente la ricostruzione. È pur vero però che in mancanza di elementi di riferimento certi che possano indirizzare verso un modello obbligatorio alternativo, lo schema classico non può che costituire un termine di confronto costante — senza per questo risolvere il confronto in una continuità imm modificata, ma aprendo a una prospettiva che favorisca l'emergere delle differenze specifiche legate ai diversi contesti storici.

## 2. Le differenti sanzioni per le lesioni personali

a) L'esclusione del modello obbligatorio nella *pactio* prevista per il *membrum ruptum*

L'esame delle sanzioni fissate dalle norme decemvirali in materia di lesioni personali lascia emergere un quadro ricco e piuttosto articolato. Come è noto, il *membrum ruptum* conserva una pena afflittiva — la *talio* — che può essere scongiurata tramite l'accordo

<sup>4</sup> I.3.13pr.: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*.

<sup>5</sup> M.KASER, *Das Römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, München 1971, p.474.

<sup>6</sup> Così facendo, non intendo negare né l'esistenza di diverse *obligationes* né la creazione giurisprudenziale di un modello unitario — l'*obligatio* appunto — che ravvisi nel vincolo giuridico il comun denominatore dei diversi rapporti di responsabilità. In altri termini, mi pare oggi superata la contrapposizione tra *obligationes* e *obligatio* esasperata tra i tanti da S.PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma 1928, p.1ss.

sul prezzo del riscatto<sup>7</sup>. La norma, pur registrando la sanzione corporale, apre uno spiraglio alla pena pecuniaria, innestando per il tramite della *pactio* un meccanismo giuridico che non appare tuttavia facilmente decifrabile rispetto alla configurazione di un eventuale modello obbligatorio. Mi sembra si possano avanzare almeno due ipotesi interpretative:

- si può ritenere che l'accordo sulla pena — assimilata da alcuni al prezzo del riscatto (*poena/poinē*<sup>8</sup>) — spiegasse un'efficacia estintiva della *vindicta* solo a condizione che il pagamento della somma fosse effettivamente eseguito, senza produrre perciò alcuna obbligazione. Il mancato pagamento della pena infatti avrebbe comportato la soggezione alla pena afflittiva che, nel caso del *membrum ruptum*, consisteva nel taglione. Siamo ancora lontani dal meccanismo obbligatorio che si perfeziona soltanto quando si passa dall'onere del riscatto al debito della

---

<sup>7</sup> XII Tab.8.2: *si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto*. Non mi sembra di poter condividere la posizione di B.BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, p.27ss., la quale scoraggia «la tentazione di assegnare a *pacere* il significato tecnico di 'accordarsi'», sulla base del tenore letterale della norma in questione: l'uso del verbo al singolare che sottolineerebbe l'azione unilaterale del reo a ricomporre la pace turbata. A me pare che dall'uso del verbo al singolare non si possa ricavare una simile conclusione: la norma enfatizza il ruolo del danneggiante al quale è rimesso l'onere di cercare la *pactio* per evitare la *talio*. Non c'è dubbio infatti che solo la concorde volontà delle due parti possa creare un'effettiva alternativa alla *talio*, richiedendo l'accordo volto a ristabilire l'equilibrio attraverso lo scambio. Questa necessaria adesione della parte lesa porta la Biscotti a immaginare un meccanismo causale che concepisce quale effetto del *pacere* (atto di colui che può e deve ristabilire gli equilibri preesistenti) la costituzione di un rapporto giuridico con la parte lesa che entra in gioco prestando l'adesione alla proposta del danneggiante.

<sup>8</sup> Cfr. M.TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in M.F.CURSI – L.CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Napoli 2008, p.80ss., che distingue la *poena/poinē*, quale prezzo del riscatto, dalla *poenae obligatio* classica, configurabile solo in un momento successivo rispetto alla normativa decemvirale. L'a., per la verità, in *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.505s., ha ipotizzato che qualora la composizione per il prezzo del riscatto non potesse essere immediatamente pagata, la vittima, per dar modo all'offensore di procurarsi i mezzi per il pagamento, richiedesse a garanzia della propria aspettativa degli ostaggi (*vades, praedes*), come figure di *obligati*, tracciando una continuità tra questa forma di rapporto e quello obbligatorio classico, rispetto alla soggezione dell'ostaggio destinata a cessare quando l'aspettativa del creditore sia soddisfatta. Definisce la condizione del colpevole una 'soggezione' alla sanzione prevista dalla comunità, intervenuta sull'antica vendetta, la BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., p.30, escludendo la configurazione di qualsiasi vincolo obbligatorio.

riparazione pecuniaria fissata autoritativamente in una somma fissa o proporzionata al danno arrecato — la *poenae obligatio* di Giuliano<sup>9</sup> — azionabile, in assenza di spontaneo adempimento, per ottenere una condanna nei termini fissati nella legge.

- Si può ritenere, in senso diametralmente opposto, che la *pactio* fosse un accordo produttivo di *obligatio* con i caratteri della *poenae obligatio* classica appena ricordata, consistente nel pagamento di una somma di denaro sostitutiva della *talis*. Il mancato adempimento dell'impegno assunto avrebbe comportato l'azionabilità della pretesa dell'offeso secondo le forme proprie dell'obbligazione negoziale.

Pur potendosi ravvisare, in quest'ultima ipotesi interpretativa, un'*obligatio* non ritengo comunque vi si possa leggere una forma di originaria obbligazione da delitto: nella configurazione della fattispecie infatti l'*obligatio* non discende immediatamente dal fatto illecito, bensì dal negozio sostitutivo della pena afflittiva. Così facendo, l'accordo delle parti surroga la *vindicta*, superando il legame genetico con il delitto.

In conclusione, nessuna delle due ipotesi, sia pure per motivi differenti, consente di ravvisare una forma di *obligatio* da delitto nel meccanismo sanzionatorio previsto per il *membrum ruptum*.

b) Modello obbligatorio e pena pecuniaria nell'*os fractum* e nell'*iniuria facere*

La norma sull'*os fractum*<sup>10</sup>, come quella sull'*iniuria facere*<sup>11</sup>, prevedono soltanto una pena pecuniaria fissata autoritativamente in una somma fissa di denaro, secondo un modello identificabile con quello obbligatorio prima descritto.

Di recente, Mario Talamanca<sup>12</sup> ha posto in dubbio un simile schema interpretativo, riconoscendo la natura di prezzo del riscatto emergente dalla *pactio* anche alla pena pecuniaria fissa prevista per l'*os fractum* in XII Tab.8.3. La forte differenza tra la forma usata in XII Tab.8.4 (*viginti quinque poenae sunt*), probabilmente impiegata anche in XII Tab.8.3 in relazione all'*os fractum*, da una parte, e il

<sup>9</sup> Iul. 22 dig. D.47.2.57pr.

<sup>10</sup> Paul. lib. sing. et tit. de iniuriis Coll.2.5.5 (= XII Tab.8.3): *legitima ex lege duodecim tabularum: 'qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito'. Quae lex generalis fuit. fuerunt et speciales, velut illa: 'si os fregit libero, CCC si servo, CL poenam subito sestertiorum'*.

<sup>11</sup> XII Tab.8.4: *si iniuriam (alteri) faxsit, viginti quinque poenae sunt*.

<sup>12</sup> TALAMANCA, *Delitti e pena privata*, cit., p.82s.

*damnas esto dare* della *lex Aquilia*<sup>13</sup>, dall'altra, indirizzerebbe verso una sostanziale distinzione tra la natura della pena dell'*os fractum* e quella del danneggiamento aquiliano, non assimilabili alla stregua della *poenae obligatio*. Avvalorerebbe una simile ipotesi un passaggio delle *origines* di Catone<sup>14</sup>, nel quale, diversamente da quanto testimoniano le XII tavole, si ricorda che la sanzione del taglione viene applicata anche all'*os fractum*. Lo studioso ne deduce che al momento dell'emanazione del codice decemvirale le pene pecuniarie fissate in XII Tab.8.3 (*os fractum*), non dovevano funzionare come fonte di una *poenae obligatio*, bensì integravano una *poena* fissa che l'offensore doveva pagare quale prezzo del riscatto, qualora intendesse richiedere la *pactio* per non incorrere nel taglione che lo studioso ritiene funzionante anche rispetto all'*os fractum*, nonostante il testo decemvirale non ne faccia menzione.

L'ipotesi appare sicuramente suggestiva, anche se un'evidente difficoltà discende dall'assenza nella norma sull'*os fractum* dell'espresso richiamo alla *talio* che invece compare nella disposizione sul *membrum ruptum*. E proprio l'assenza della previsione del taglione, unitamente al fatto che la norma non introduce la possibilità della composizione pecuniaria ma impone senz'altro il pagamento della pena pecuniaria, porta a presumere l'azionabilità della pretesa della pena fissa, aprendo la prospettiva della *poenae obligatio*. Analoghe considerazioni possono farsi rispetto alla previsione di XII Tab.8.4 relativamente all'*iniuria facere*.

Sebbene le XII tavole testimonino una concezione frammentata dell'*iniuria* (la considerazione unitaria delle fattispecie di *iniuria* è tarda e forse, in questa chiave, può trovare una spiegazione l'unitario riferimento di Catone alla *talio* sia per il *membrum ruptum* che per l'*os fractum*), viene da chiedersi la *ratio* di scelte sanzionatorie così distanti — pena afflittiva, prezzo del riscatto, *poenae obligatio*.

Alcuni tentano di giustificare la differente sanzione relativa al *membrum ruptum* e all'*os fractum* inquadrandola nella più generale vicenda di formazione della normativa decemvirale: ipotizzando l'inesistenza della norma decemvirale sull'*os fractum* e ammettendo la prassi predecemvirale del taglione sia per il *membrum ruptum* che

<sup>13</sup> Cfr. Gai. 7 *ad ed. prov.* D.9.2.2*pr.*

<sup>14</sup> Cat. *orig.* 4, fig. 5 (JORDAN): *si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur.*

per l'*os fractum*, la pena del taglione per l'*os fractum* sarebbe stata superata per la diffusione della prassi di fare ricorso agli organi della *civitas* per ottenere un'*equa aestimatio*, sulla base dell'interpretazione analogica della norma decemvirale sul *membrum ruptum*<sup>15</sup>.

Altri, invece, ipotizzano che alla base della diversa sanzione sia da porre la differenza strutturale e non evolutiva tra le due fattispecie: la figura del *membrum ruptum* appare così ampia e diversificata da non consentire l'individuazione di una pena pecuniaria fissa, mentre al contrario quella dell'*os fractum* presenta una sfera di applicazione al suo confronto più ristretta e omogenea, più facilmente suscettibile di valutazione predeterminata<sup>16</sup>.

Altri ancora pensano che, mentre il problema posto dalla fattispecie di XII Tab.8.2 sia di ordine sociale — e in particolare di una comunità nella quale il diritto si limita a ristabilire l'equilibrio rotto dall'atto lesivo, regolamentando la risposta, parimenti violenta —, lo scopo perseguito da XII Tab.8.3 sia invece quello di reprimere comportamenti violenti attraverso una sanzione patrimoniale e non più personale<sup>17</sup>.

Infine, vi è chi<sup>18</sup> ricorda la diversità delle pene alla differente gravità del delitto — il *membrum ruptum* sarebbe stato più grave dell'*os fractum* e per questo punito con maggiore severità, sempre che si ammetta che il taglione sia pena più severa di quella pecuniaria.

Al di là della bontà delle singole soluzioni, mi sembra che questa disamina valorizzi le differenze più che i punti di contatto tra le fattispecie decemvirali di lesioni personali. Differenze nella struttura, nelle tappe evolutive cristallizzate nelle XII tavole, nelle scelte di politica legislativa, nella natura della pena, tutte concorrenti nella configurazione delle diverse previsioni normative. Insomma, che per l'*os fractum* e per l'*iniuria facere* il legislatore abbia ritenuto, magari sulla base della specificità o della minore gravità delle fattispecie al

<sup>15</sup> A.D.MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977, p.68ss.

<sup>16</sup> Cfr. CH.APPLETON, *Notre enseignement du droit romain: ses ennemis et ses défauts*, in *Mélanges G. Cornil*, I, Gand-Paris 1926, p.56s.; G.PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, Milano 1940, p.32ss.

<sup>17</sup> A.BIGNARDI, *Frangere e rumpere nel lessico normativo e nella interpretatio prudentium*, in *Studi F. Gallo*, I, Napoli 1997, p.25.

<sup>18</sup> DI PAOLA, *La genesi storica del delitto di iniuria*, in *Annali Catania I* (1946-47), p.283.

confronto con la più ampia e lesiva figura del *membrum ruptum*, di prevedere una pena pecuniaria fissa superando il taglione mi sembra un percorso possibile. Non può sfuggire che così facendo si ammette che il legislatore decemvirale abbia usato, accanto a forme di sanzione afflittiva o pecuniaria concepita quale prezzo del riscatto, il modello della *poenae obligatio* che più tardi troverà una sua definizione dogmatica nelle sistematiche classiche.

### 3. Pene corporali e pene pecuniarie per il furto

Non è diverso il quadro che si apre in materia di *furtum*. Independentemente dal contenuto del furto decemvirale — circoscritto da alcuni al «portar via illecitamente una cosa mobile ad altri (o sottrarre una persona libera sotto altrui potestà<sup>19</sup>)», concepito invece da altri in termini più ampi fino a ricomprendere forme di danneggiamento<sup>20</sup> —, il profilo di somiglianza con le ipotesi di lesioni personali sta nella compresenza di sanzioni di natura diversa previste per differenti ipotesi di furto.

A voler prescindere dalla possibilità di mettere a morte il *fur nocturnus*<sup>21</sup> e il *fur qui se telo defendit*<sup>22</sup> — fattispecie in cui l'interpretazione dell'uccisione del ladro segue due vie: o vera e propria sanzione rimessa all'iniziativa privata, o espressione della legittima difesa del derubato —, vanno senza dubbio ricordate come esempio di pena afflittiva la *verberatio* e l'*addictio* immediata del libero e la *verberatio* e la *praecipitatio e saxo* dello schiavo, per le ipotesi di furto manifesto diurno senza armi<sup>23</sup>.

Con le pene corporali si combinano le pene pecuniarie: l'ipotesi del furto manifesto diurno senza armi commesso da impuberi (XII Tab.8.14<sup>24</sup>) fa coesistere la pena della *verberatio* con il *noxiam*

<sup>19</sup> B.ALBANESE, s. v. *Furto (storia)*, in ED, XVIII, 1969, 313 = *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, p.573.

<sup>20</sup> M.A.FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli 2008, p.1ss.

<sup>21</sup> XII Tab.8.12: *si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto.*

<sup>22</sup> XII Tab.8.13: *luci ... si se telo defendit, ... endoqueplorato.*

<sup>23</sup> Gell. *noctes Att.*, 11.18.8 (= XII Tab.8.14): *ex ceteris — manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendisset; servos — verberibus affici et e saxo praecipitari; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri.*

<sup>24</sup> Cfr. nt. precedente.



*sarcire*, ovvero sia la riparazione pecuniaria del danno — la medesima pena azionabile con l'*actio de pastu* contro l'impubere che avesse furtivamente e di notte fatto pascolare il proprio bestiame nel fondo altrui oppure distrutto le messi di un campo coltivato<sup>25</sup>.

a) La pena pecuniaria per il *furtum non manifestum*: *poenae obligatio* o prezzo del riscatto?

Diversamente dal *furtum manifestum*, la sanzione prevista per il *furtum nec manifestum* è soltanto pecuniaria, pari al doppio del valore della cosa rubata<sup>26</sup>. Analogamente per le ipotesi di *furtum conceptum et oblatum*, sanzionate con una pena pecuniaria al triplo del danno inflitto all'offeso<sup>27</sup>.

Sul modello della pena prevista per il *membrum ruptum*, Bernardo Albanese<sup>28</sup> ha sostenuto che anche la pena pecuniaria testimoniata dalle XII tavole per il furto non manifesto sia da concepirsi come il frutto di una composizione — in questo caso obbligatoria e non facoltativa — per scongiurare una pena afflittiva più antica (*verberatio* e *addictio*). Lo studioso allude a un fenomeno transattivo in ragione della terminologia usata: *duplione damnum decidito* — integrazione che viene ricavata dal confronto con la parte iussiva della norma decemvirale sulla *vindicia falsa*<sup>29</sup>. E a riprova dell'avvenuta sostituzione dell'afflizione corporale con quella patrimoniale riporta l'introduzione pretoria della *poena quadrupli* per il *furtum manifestum*<sup>30</sup>.

A prescindere dal fatto che la vicenda del *furtum manifestum*, per la differenza strutturale che lo distingue dal furto non manifesto, non dimostra necessariamente un analogo passaggio dall'*addictio* alla pena pecuniaria in quest'ultimo tipo di furto, va rilevato che la terminologia usata nella norma non depone senz'altro in favore di una

<sup>25</sup> Cfr. *supra*, nt.3.

<sup>26</sup> XII Tab.8.16: *si adorat furto, quod nec manifestum erit — [duplione damnum decidito]*.

<sup>27</sup> Gai.3.191 (= XII Tab.8.15a): *concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur*.

<sup>28</sup> B.ALBANESE, s.v. *Illecito (storia)*, in ED, XX, 1970, p.60s. nt.14 = *Scritti giuridici*, cit., p.803s. nt.14.

<sup>29</sup> XII Tab.12.3. Cfr. *infra*, nt.72.

<sup>30</sup> Cfr. Gai.3.189: *postea inprobata est asperitas poenae et ... quadrupli actio praetoris edicto constituta est*.

attuazione: il significato dell'espressione *duplione damnum decidere* è per la verità assai controverso.

A un iniziale orientamento favorevole a leggere nella locuzione il riferimento a una transazione pagando una composizione pecuniaria, si è contrapposta più di recente una diversa posizione che, facendo leva sul significato materiale del verbo *decidere* quale tagliare, sciogliere, ha inteso *damnum decidere* come la causa dello scioglimento di un legame cui alluderebbe l'espressione *damnum*<sup>31</sup>. Vincolo che una parte della dottrina ha identificato con la soggezione all'*addictio* — pronunciata in occasione della *manus iniectio* cui sarebbe andato incontro il *fur nec manifestus* —, che sarebbe stata commutata nel pagamento del doppio del valore della cosa rubata, proprio attraverso il meccanismo del *damnum decidere*<sup>32</sup>. Da una diversa prospettiva, è stato più di recente posto in discussione il significato di *damnum* quale soggezione di carattere personale, recuperando l'ipotesi dell'imposizione ad accettare il pagamento<sup>33</sup>, effettuato dall'autore del *furtum nec manifestum*, di una sanzione pecuniaria pari al doppio del valore del bene sottratto: ipotesi che ravvisa nel *damnum* una perdita di natura economica<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Rinvio per la letteratura e l'analisi delle diverse posizioni in dottrina all'approfondita disamina di R.LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli 1990, *passim*.

<sup>32</sup> L'ipotesi è stata elaborata, su spunti di Albanese e De Visscher, da LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, cit., p.132ss. Lo studioso ritiene che il pagamento del doppio del valore della refurtiva non costituisse l'oggetto di una *poena dupli* ma piuttosto un onere del ladro — a fronte del quale non si configurava un corrispondente diritto di credito della vittima — il cui ottemperamento consentiva al *fur nec manifestus* di distogliere la soggezione della *manus iniectio*. Una simile esposizione alla *manus iniectio* sarebbe confermata da alcuni passaggi plautini in cui il regime del furto non sembra seguire il diverso regime che emerge dalle norme decemvirali.

<sup>33</sup> Si veda in particolare D.LIEBS, *Damnum, damnare und damnas. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in ZSS 85 (1968), p.173ss., sulla scorta di M.KASER, *Vindicia falsa und fructus duplio*, in IVRA 13 (1962), p.22ss.

<sup>34</sup> È questa la proposta interpretativa avanzata da G.VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*<sup>2</sup>, Torino 1998, p.50ss. Analogamente — anche se la trattazione è incentrata sull'interpretazione della norma di XII Tab.12.3, relativa alla *vindicia falsa*, la cui parte iussiva (*duplione damnum decideto*) integra la norma sul *furtum nec manifestum* — R.SANTORO, *XII tab. 12. 3*, in Ann. Palermo 30 (1967), p.60s. = ID., *Scritti minori*, Torino 2009, p.64s., il quale ritiene che la norma, innovando rispetto a un regime precedente, abbia consentito la liberazione dei *praedes* previo pagamento

Ho sintetizzato, non senza forzature, le numerose proposte interpretative sul significato dell'espressione *damnum decidere*. Non intendo in questa sede discutere della verisimiglianza o meno delle singole ipotesi: mi preme però rilevare come nessuno degli argomenti addotti a sostegno dell'una o dell'altra teoria possa considerarsi effettivamente decisivo per essere fondato sul valore semantico di espressioni quali *damnum* e *decidere* che, soprattutto all'epoca delle XII tavole, appare difficile ricostruire con certezza.

Indipendentemente dunque dall'orientamento che si voglia seguire sul significato dell'espressione *damnum decidere*, credo che un minimo risultato si possa considerare raggiunto: mettere in dubbio la lettura transattiva. E non solo per le divergenze della dottrina, ma per due ordini di motivi: uno logico-sistematico, l'altro grammaticale.

Se leggiamo la norma decemvirale, essa indica nel *duplum* la misura del pagamento cui è tenuto il ladro<sup>35</sup>. Una simile indicazione rende il margine per l'accordo estremamente ridotto, e forse inesistente. Su cosa le parti dovrebbero convenire se la misura del pagamento è già fissata? Il *damnum*, se concepito come perdita patrimoniale o come risarcimento della *res* rubata, appare eventualmente determinabile da terzi — come si evince dal riferimento al collegio arbitrale richiamato nella norma sulla *vindicia falsa* per la determinazione della *res* e dei frutti —, ma una simile operazione non si attaglia al *damnum decidere* che pare interessare esclusivamente le parti<sup>36</sup>.

---

di una *poena* del doppio della *res* e dei suoi frutti, determinata attraverso un apposito procedimento arbitrale di stima.

<sup>35</sup> L'osservazione è già di LIEBS, *Damnum*, cit., p.188, con riferimento alla norma sulla *vindicia falsa*: «... wie die Bestimmung selbst sagt, die Höhe der Buße nicht in einem Vergleich, sondern in einem regulären Gerichtsverfahren festzustellen ist. Dann aber muß auch in 8, 16 *decidere* die Entrichtung einer gerichtlich festgestellten Buße zumindest mit umfassen. Bei *damnum* = 'Buße' paßt also für *decidere* genau genommen nur 'entrichten, begleichen'.».

<sup>36</sup> Non ritengo decisivo l'argomento proposto da LA ROSA, *La respresione del furtum*, cit., p.12s., il quale osserva che l'interpretazione di *damnum decidere* come allusiva a un fenomeno transattivo avrebbe comportato l'uso della forma plurale e non singolare dell'imperativo futuro: *decidunto* e non *decidito*, sottolineandone la necessità ai fini dell'imperatività della norma. Come ha rilevato esattamente VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, cit., p.54s., l'espressione può alludere a un'imposizione fatta all'offeso di accettare il pagamento del doppio del valore del bene.

Si è rilevata poi, a livello grammaticale, la difficoltà di interpretare *decidere* nel senso di *pacisci* che mal si accorda con un accusativo quale è *damnum*<sup>37</sup>. Nel *Thesaurus linguae Latinae*<sup>38</sup> si trova infatti riportata l'espressione in esame sotto il significato traslato di *transigere*, *pacisci* non connessa all'accusativo *damnum*, quanto piuttosto all'ablativo, come nel nostro caso *duplione*, nel senso di 'accordarsi per il doppio'. Ma se *duplione decidere* appare sintagma grammaticalmente corretto, non può dirsi lo stesso per *duplione damnum decidere*, rimanendo inspiegabile la presenza di *damnum* nella costruzione in esame.

Tenendo in considerazione i due argomenti ora riportati, si sarebbe portati a escludere che l'espressione *duplione damnum decido* sia riferibile a un accordo tra le parti, confermando la lettura avanzata in dottrina<sup>39</sup> circa l'imposizione normativa ad accettare il pagamento, effettuato dal ladro, di una sanzione pecuniaria pari al doppio del valore del bene sottratto. E in questo senso suonano sia un passaggio delle istituzioni gaiane<sup>40</sup> sia la testimonianza di Gellio<sup>41</sup> che fanno riferimento espressamente a un'imposizione normativa circa la pena del *duplum*.

Senonché altre testimonianze, anch'esse successive alla norma decemvirale, sembrano confermare l'opposta lettura fondata sull'accordo tra le parti. Mi riferisco in particolare a un paio di testimonianze — un passaggio di Ulpiano tratto dal suo commentario all'editto<sup>42</sup> e una costituzione imperiale di Diocleziano e Massimiano<sup>43</sup>

<sup>37</sup> Sempre LIEBS, *Damnum*, cit., p.188s.

<sup>38</sup> ThLL, s. v. *decido*, V.1, Lipsiae 1909-34, p.166s.

<sup>39</sup> Cfr. nt.32 e da ultimo VALDITARA, *Sulle origini del concetto di damnum*, cit., p.57.

<sup>40</sup> Gai.3.190: *nec manifesti furti poena per legem <XII> tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat.*

<sup>41</sup> Gell. noct. Att.11.18.15: *... furtis omnibus, quae nec manifesta appellantur, poenam imposuerunt dupli.*

<sup>42</sup> Ulp. 4 ad ed. D.2.14.7.14: *si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit.*

<sup>43</sup> *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Domno C.6.2.13: post decisionem furti leges agi prohibent. quod si non transegisti, sed de sublati partem tantum accepisti, residuam vindicare vel condicere et actione furti apud praesidem agere potest.*

— nelle quali l'espressione *damnum decidere* viene resa in un caso con *pacisci*, nell'altro con *transigere*.

Viene il dubbio che a partire dalla norma decemvirale si siano sviluppate due linee interpretative differenti: l'una, quella gaiana<sup>44</sup>, mette in rilievo l'imposizione del pagamento della pena; l'altra, quella ulpiana<sup>45</sup>, enfatizza invece il profilo transattivo tra le parti<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> In questa prospettiva credo si debba collocare anche Gai.4.37: SI PARET <L. TITIO OPE> CONSILIOVE DIONIS HERMAEI FILII FURTUM FACTUM ESSE PATERAE AUREAE, QUAM OB REM EUM, SI CIVIS ROMANUS T, ESSEPRO FURE DAMNUM DECIDERE OPORTERET et reliqua. Gaio riporta la formula per un caso di furto su istigazione nella quale compare l'espressione *pro fure damnum decidere oporteret*. Rispetto al testo decemvirale la locuzione presenta qualche modifica: *pro fure*, spiegato in maniera convincente da LA ROSA, *La respresione del furtum*, cit., p.108s., con riferimento al complice che avesse partecipato al furto ed era tenuto come se fosse un ladro; *oportere* che enfatizza il carattere impositivo del *damnum decidere*, in questa sede privo del riferimento al *duplum* che, per quanto detto in testo, rende ancora più ingiustificata l'interpretazione come *pacisci*. *Contra* ALBANESE, s.v. *Illecito (storia)*, cit., p.803 nt.14.

<sup>45</sup> Così Ulp. 11 *ad ed.* D.4.4.9.2: *nunc videndum minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? et placet in delictis minoribus non subveniri. nec hic itaque subvenietur. nam et si furtum fecit vel damnum iniuria dedit, non ei subvenietur. sed si, cum ex damno dato confiteri possit ne dupli teneatur, maluit negare: in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli uel quadrupli pati, ei subvenietur*, ove la possibilità dell'accordo viene collocata, sia pure rispetto all'ipotesi eccezionale in esame, su un piano alternativo rispetto alla pena del doppio o del quadruplo; Ulp. 42 *ad Sab.* D.13.1.7pr.: *si pro fure damnum decisum sit, conditionem non impediri verissimum est: decisione enim furti quidem actio, non autem conditio tollitur*; e ancora Ulp. 42 *ad Sab.* D.47.2.46.5: *usque adeo autem diversae sunt actiones, quae eis competunt, ut, si quis eorum pro fure damnum deciderit, dici oporteat solummodo actionem sibi competentem amisisse eum, ceteris vero superesse. nam et si proponas communem servum subreptum et alium ex dominis pro fure damnum decidisse, is qui non decidit habebit furti actionem*.

<sup>46</sup> In mancanza di elementi certi non ritengo che le seguenti testimonianze riportate dall'ALBANESE, s.v. *Illecito (storia)*, cit., p.803 nt.14, come esempio del significato transattivo di *damnum decidere*, possano essere interpretate senz'altro in questo senso: Paul. 9 *ad Sab.* D.47.2.42.1: *interdum et manumissus et qui eum manumissit, ob furtum tenetur, si ideo manumissit, ne furti cum eo agi possit: sed si cum domino actum fuerit, ipso iure manumissum liberari Sabinus respondit, quasi decisum sit*; Afr. 8 *quaest.* D.47.2.62.2: *idem dicendum de eo, quem convenisset in causa redhibitionis esse, uti, quemadmodum accessiones et fructus emptor restituere cogitur, ita et e contrario venditor quoque vel damnum decidere vel pro noxae deditioe hominem relinquere cogatur*.

Quest'ultima linea interpretativa rafforza evidentemente la lettura di Albanese, ma non mi sembra che possa senz'altro deporre per una vicenda che dalla composizione pecuniaria volontaria conduca alla 'composizione obbligatoria' recepita in termini autoritativi nelle XII tavole. Le perplessità formali generate dall'accezione del verbo *decidere* nel senso di *pacisci*, unitamente alla recenziorità delle testimonianze che attestano tale ultima lettura possono, al contrario, indurre a ritenere che l'interpretazione transattiva sia il frutto di un orientamento della giurisprudenza successiva, poggiante su uno dei significati del verbo *decidere* (= *pacisci*) che resta comunque difficile da accordare con l'accusativo *damnum* pure presente nell'espressione.

b) *Furtum manifestum* e *furtum nec manifestum*: un tentativo di cancellare le differenze attraverso il riferimento a un comune esito sanzionatorio

Da una diversa prospettiva, Vincenzo Arangio-Ruiz<sup>47</sup> ha tentato di avvicinare *furtum manifestum* e *furtum nec manifestum* quanto alla sanzione conclusivamente irrogata al ladro — l'*addictio*. Criticando la dottrina tradizionale che riconduce la differente forma di repressione del furto al diverso fondamento psicologico che alimenta l'impulso della vendetta immediata nel furto manifesto e che al contrario raffredda la reazione nel furto non manifesto, l'Arangio-Ruiz sostiene che l'espressione *furtum manifestum* non indicherebbe l'elemento caratteristico del delitto, ma il primo atto della procedura esecutiva iniziata contro il ladro — l'*addictio* — legata alla manifesta fondatezza dell'azione, e che sempre l'*addictio* sarebbe anche l'esito conclusivo della procedura riservata al ladro non colto in flagranza. Infatti, fondandosi sull'indigenza che spinge il ladro a rubare, lo studioso immagina che, una volta accertato il fatto nella *legis actio sacramenti in personam*, il ladro, non potendo pagare, venga sottoposto all'esecuzione nelle forme dell'*addictio*. Ci si troverebbe, in altre parole, di fronte al medesimo esito sanzionatorio: in un caso immediato, in ragione dell'evidenza del fatto; nell'altro differito, alla fine del processo di accertamento che apre all'*addictio*. Solo più tardi le XII tavole avrebbero introdotto una sanzione generale per il furto<sup>48</sup> nella misura del doppio del valore della cosa rubata, limitata però

<sup>47</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*, in «Al Qanoun Wal Iqtisad», II, 1932, p.109ss. = *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1974, p.371 ss.

<sup>48</sup> ARANGIO-RUIZ, *La répression du vol flagrant*, cit., p.386.

dagli interpreti al furto non manifesto, dalla quale sarebbe derivata la pena del quadruplo a seguito di *infitiatio* del ladro flagrante che nega la flagranza<sup>49</sup>, sul modello del *damnum iniuria datum*<sup>50</sup>.

L'ipotesi, sebbene suggestiva, lascia però emergere una serie di perplessità che indirizzano verso profili di differenza più che di somiglianza tra le due ipotesi di furto. Innanzitutto nel caso del *furtum nec manifestum*, l'*addictio* non è scontata, visto che il ladro o un suo garante possono ben pagare il doppio del valore della cosa rubata, evitando così l'esecuzione<sup>51</sup>.

Ancora, la previsione delle XII tavole<sup>52</sup> relativa all'individuazione di una somma di denaro cui ancorare la procedura della *manus iniectio* crea un'obiettivo difficoltà per il ricorso all'*addictio* nel furto flagrante, in assenza di qualsiasi riferimento a una determinata somma di denaro. L'Arangio-Ruiz tenta di superare la difficoltà pensando a un'originaria configurazione della *manus iniectio* priva di tale riferimento, la cui necessità sarebbe sorta solo più tardi con la composizione pecuniaria favorita dall'intervento degli organi della *civitas*<sup>53</sup>.

L'impossibilità di ricostruire in maniera certa il fenomeno in una fase così risalente rende possibile la soluzione proposta dall'Arangio-Ruiz, senza tuttavia escludere diverse proposte interpretative.

Abbandonando la strada dell'evoluzione interna alla *manus iniectio*, può ben ritenersi infatti che l'*addictio* per il furto flagrante avesse una natura diversa da quella collegata al processo esecutivo. Questa ipotesi mi sembra trovare una conferma testuale nella perplessità dei *veteres* testimoniata da Gaio<sup>54</sup> circa lo *status* del *fur manifestus*, se cioè diventasse uno schiavo<sup>55</sup> a seguito dell'*addictio* o se fosse piuttosto *adiudicati loco*. Perplessità che lascia evidentemente presumere una condizione dell'*adiudicatus* distinta da

<sup>49</sup> ARANGIO-RUIZ, *La répression du vol flagrant*, cit., p.391.

<sup>50</sup> ARANGIO-RUIZ, *La répression du vol flagrant*, cit., p.387ss.

<sup>51</sup> Analoghe considerazioni in FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, cit., p.286s.

<sup>52</sup> XII Tab.3.1.

<sup>53</sup> ARANGIO-RUIZ, *La répression du vol flagrant*, cit., p.384s., p.387.

<sup>54</sup> Gai.3.189: *poena manifesti furti ex lege xii tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant ...*

<sup>55</sup> Questa sembra essere la conclusione di Gell. *noct. Att.*20.1.7: *... aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitatem tradit ...*

quella del *servus tout court*, come in effetti emerge anche da Quintiliano<sup>56</sup> che oppone il *servus* al *qui servitutem servit* — categoria, quest'ultima, comprensiva anche dell'*addictus* —, tracciando il confine tra le due figure<sup>57</sup>.

Non è da escludere dunque che lo *status* del *fur manifestus* si avvicinasse maggiormente a quello del *servus*<sup>58</sup> piuttosto che a quello dell'*adiudicatus* — che peraltro in età tardo-repubblicana migliora ulteriormente la sua condizione, visto che il creditore non può più ucciderlo o venderlo e anzi ne è previsto il riscatto<sup>59</sup> — sottolineando una differenza strutturale tra l'*addictio* quale conseguenza del furto flagrante e l'*addictio* seguente al processo di cognizione<sup>60</sup>. Se così fosse, la pena per il *furtum manifestum* e la conseguenza eventuale del mancato pagamento del *duplum* nel *furtum nec manifestum* appaiono molto distanti<sup>61</sup>: distanza conservata nella misura della sanzione anche nel successivo passaggio alla pena pecuniaria anche per il furto manifesto (non mi sembra percorribile l'ipotesi avanzata da Arangio-Ruiz che sfuma la differenza tra le due forme di furto prendendo a

<sup>56</sup> Quint. *inst. or.* 7.3.26: *circa propria ac differentia magna subtilitas, ut, cum quaeritur an addictus, quem lex servire donec solverit iubet, servus sit. altera pars finit ita: 'servus est qui est iure in servitute', altera: 'qui in servitute est eo iure quo servus', aut, ut antiqui dixerunt: 'qui servitutem servit'. quae finitio etiam si distat aliquo, nisi tamen propriis et differentibus adiuvatur, inanis est.*

<sup>57</sup> Quint. *inst. or.* 7.3.27: *dicet enim adversarius servire eum servitutem aut eo iure quo servum. videamus ergo propria et differentia, quae libro quinto leviter in transitu attigeram. servus cum manu mittitur fit libertinus, addictus recepta libertate ingenuus: servus invito domino libertatem non consequetur, <addictus consequetur:> ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet: propria liberi, quod nemo habet nisi liber, praenomen nomen cognomen tribum; habet haec addictus.*

<sup>58</sup> In questo senso cfr. P.HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I.2, Lyon-Paris 1915, p.368s.; F.DE VISSCHER, *Le fur manifestus*, in RHD 1922 = *Études de droit romain*, Paris 1931, p.137ss.; E.BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, p.180. Parla di servitù di fatto C.A.CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino 2003, p.59, con riferimento a un'*addictio* magistratuale.

<sup>59</sup> Cfr. R.FIORI, *Servire servitutem*, in AA. VV., *Iuris vincula*, Studi M. Talamanca, Napoli 2002, p.399ss.

<sup>60</sup> Si veda in questo senso M.VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniunctionem in relazione al furtum manifestum*, Ann. Palermo 51 (2006), p.351ss., che pone in dubbio con una serie di valide considerazioni l'idea che il derubato potesse agire con la *legis actio per manus iniunctionem* contro il *fur manifestus* di condizione libera.

<sup>61</sup> Cfr. L.PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, Milano 1981, p.117ss. nt.70.



modello l'*infittatio* del danneggiamento aquiliano — accostamento quest'ultimo che non appare sorretto da alcun elemento di prova). Che il *fur manifestus* rappresentasse una maggiore pericolosità sociale e che fosse dunque destinatario di una pena più grave di quella irrogata al *fur nec manifestus* è un dato di fatto che emerge non solo dall'antica *poena capitalis*, ma anche dalla più recente pena del quadruplo riservata al furto flagrante, a confronto di quella del doppio prevista per il furto non flagrante. Non solo. L'assenza di una sanzione afflittiva per quest'ultimo tipo di furto lascia ipotizzare, come per le lesioni fisiche, una più recente enucleazione della figura rispetto al furto manifesto, segnalando una vicenda del furto articolata e complessa in cui i profili di differenza vanno adeguatamente valorizzati piuttosto che forzatamente omologati in una prospettiva uniformante.

#### 4. Pene pecuniarie e ipotesi di danneggiamento

##### a) Risarcimento del danno e modello obbligatorio

Per concludere il quadro decemvirale dei delitti è necessario concentrarsi su singole ipotesi di lesioni al patrimonio riconducibili ora al furto ora al danneggiamento. Le notizie sono assai frammentarie, ma il quadro che se ne ricava testimonia numerosi interventi negli ambiti più disparati e con soluzioni che riflettono la molteplicità degli strumenti sinora analizzati.

Si sono già ricordate le due testimonianze che combinano pena criminale e sanzione privata in relazione alla differente connotazione della condotta illecita.

L'una di Gaio<sup>62</sup> che riporta il caso dell'incendio di un fabbricato o di covoni di frumento, distinguendo tra una fattispecie dolosa e una non dolosa. Nella prima, la sanzione è interna al diritto criminale, nella seconda, nella quale il fatto si è realizzato *casu, id est negligentia*, è previsto il risarcimento del danno (*noxiam sarcire*). Possono nutrirsi perplessità sulla rispondenza letterale del passo al testo decemvirale, e in particolare sull'autenticità del richiamo alla negligenza per spiegare il termine *casus*, ma pur con le dovute riserve non può mettersi in dubbio la distinzione tra incendio doloso e incendio fortuito con le relative sanzioni. E la previsione del

---

<sup>62</sup> Cfr. *supra*, nt.2.

risarcimento del danno nell'ipotesi dell'incendio non doloso offre — mi sembra — una testimonianza significativa della definizione di un'area sottratta alla sanzione criminale nella quale assume rilievo l'esigenza di risarcire la perdita patrimoniale subita.

L'altra di Plinio che testimonia nel modo più completo<sup>63</sup> la previsione decemvirale di un'*actio de pastu* contro l'impubere che avesse furtivamente e di notte fatto pascolare il proprio bestiame nel fondo altrui oppure distrutto le messi di un campo coltivato, con la conseguenza del risarcimento del danno<sup>64</sup>. Come già ricordato, la medesima fattispecie poteva determinare anche conseguenze di diritto criminale, la fustigazione, che unitamente alla *suspensio Cereri* rappresentava l'unica sanzione prevista per il pubere.

Le rimanenti fattispecie indirizzano verso la pena privata, la cui configurazione desta però, in alcune situazioni, qualche perplessità.

Nella maggior parte dei casi la sanzione per la condotta illecita è una somma di denaro oggetto di *obligatio*: così la *nox* nel caso in cui l'acquedotto che passi per un luogo pubblico cagioni un danno a un privato<sup>65</sup>; la sanzione, testimoniata da Plinio con maggiori dettagli<sup>66</sup>, consistente in una pena pecuniaria pari a venticinque assi, per il taglio di alberi altrui realizzato *iniuria*<sup>67</sup>; la *poena dupli* per punire la *consecratio* della *res litigiosa*<sup>68</sup>; l'*actio in duplum* per le malversazioni

<sup>63</sup> Vi è anche un rapido accenno, solo per escluderne l'applicabilità, in Ulp. 41 *ad Sab.* D.19.5.14.3, il quale si interroga sull'azione più adeguata per tutelare il danno che il proprietario di un albero, i cui frutti siano caduti nel fondo confinante, abbia subito a causa del pascolo del gregge appartenente al proprietario di quest'ultimo fondo.

<sup>64</sup> Cfr. *supra*, nt.3.

<sup>65</sup> Paul. 16 *ad Sab.* D.43.8.5 (= XII Tab.7.8b): *si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino sarciatur.*

<sup>66</sup> Front. *ep. am.* 2.7.14 non la riconduce neppure alle XII tavole; in tutti gli altri casi non si specifica l'ammontare della pena o il fatto che il taglio doveva essere realizzato *iniuria* (in Gai.4.11; Paul. 18 *ad ed.* D.12.2.28.6; Paul. 22 *ad ed.* D.47.7.11, si trova semplicemente *arbores succidere*; in Gai. 10 *ad ed. prov.* D.19.2.25.4-5, si parla di *excidere*; in Paul. 9 *ad Sab.* D.47.7.1, di *furtim caedere*; in Ulp. 71 *ad ed.* D.43.27.1.8, di *rami arboris circumcidere*).

<sup>67</sup> Plin. *nat. hist.* 17.1.7 (= XII Tab.8.11): *fuit et arborum cura legibus priscis, cautumque est XII tabulis ut, qui iniuria cecidisset alienas, lueret in singulas aeris XXV.*

<sup>68</sup> Gai. 6 *ad leg. XII tab.* D.44.6.3 (= XII Tab.12.4): *rem de qua controversia est prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patitur ...*

del tutore<sup>69</sup>, identificata in dottrina con l'*actio rationibus distrahendis*; l'*actio in duplum* nel *tignum furtivum iunctum*<sup>70</sup>, con caratteristiche analoghe nei presupposti e nella sanzione alla disciplina del *furtum nec manifestum*; ancora un'azione al *duplum* viene prevista per la mancata restituzione della cosa depositata contro il depositario infedele<sup>71</sup>.

b) *Vindicia falsa* e *poenae obligatio*

Maggiori difficoltà di inquadramento crea la fattispecie della *vindicia falsa* di XII Tab.12.3<sup>72</sup> dove colui che *vindiciam falsam tulit* deve *fructus duplione damnum decidere*, a seguito di un procedimento arbitrale di incerta natura. La dottrina prevalente ritiene che la condotta, pur nella varietà delle figure ipotizzate — si va dal doloso ottenimento, nel processo, di un ingiustificato possesso interinale associato all'indebita percezione dei frutti; alla mancata o differente restituzione della *res* oggetto di possesso interinale e dei frutti o alla produzione *in iure* di una *res* diversa da quella rivendicata dall'attore

<sup>69</sup> Tryph. 14 disp. D.26.7.55.1 (= XII Tab.8.20): *sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est. sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere: nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione praestare et quasi specie conditionis aut ipsam rem aut eius aestimationem.*

<sup>70</sup> Ulp. 37 ad ed. D.47.3.1pr. (= XII Tab.6.8): *lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.*

<sup>71</sup> Coll.10.7.11 (= XII Tab.8.19): *ex causa depositi lege XII tab. in duplum actio datur.*

<sup>72</sup> Fest. verb. sign. s.v. *vindiciae* (Lindsay, 516): *vindiciae appellantur res eae, de quibus controversia est: quod potius dicitur ius quia fit inter eos qui contendunt. [M.] Cato in ea quam scripsit L. Furio de aqua: '... s praetores secundum populus vindicias dicunt' ... Lucilius: 'nemo hic vindicias neque sacra ... en veretur.' de quo verbo Cincius sic ait: 'vindiciae olim dicebantur illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant.' At Ser. Sulpicius [518] ... iam singulariter formato vindiciam esse ait ... <g>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur ... XII: si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato; eorum arbitrio ... fructus duplione damnum decidito.*

—, configuri un illecito<sup>73</sup>, altri, al contrario, escludono tale connotazione<sup>74</sup>.

Ammettendo, con la dottrina prevalente, il carattere illecito della condotta, il problema per noi più rilevante riguarda la natura della sanzione prevista. Quanto al significato da attribuire all'espressione *duplione damnum decidere*<sup>75</sup> si sono già prima evidenziate le difficoltà che emergono nel tentativo di interpretarla in maniera coerente. Rispetto al *furtum nec manifestum* si è concluso per un doppio filone interpretativo che nasce dall'applicazione della norma decemvirale: l'uno — come si ricorderà — enfatizza il profilo autoritativo dell'espressione, portando l'attenzione sull'imposizione di accettare il pagamento; l'altra, invece, valorizza l'accordo tra le parti sulla determinazione del prezzo da pagare, pur avendo presente che la transazione, se è mai stata facoltativa, nel testo della norma decemvirale è sicuramente obbligatoria, confermando il carattere obbligatorio della pena. Ora, nel caso della *vindicia falsa*, la questione si complica ulteriormente. Mario Talamanca<sup>76</sup> ha infatti avanzato l'ipotesi che il pagamento del *duplum* sia da concepire come prezzo del riscatto che il danneggiante poteva pagare per evitare la *vindicta*, ribaltando quindi la configurazione come *poenae obligatio*. Ragionando sul tenore della norma decemvirale testimoniata da Festo, e in particolare sulla facoltà di richiedere la procedura arbitrale di fissazione della *poena* da parte di chi *vindiciam falsam tulit — si velit is*, secondo la proposta di divisione delle lettere *sivelitis* che appare preferibile<sup>77</sup> —, lo studioso conclude che la norma decemvirale avrebbe inteso evitare a chi avesse portato la *falsa vindicia* una pena (afflittiva) più grave di quella cui sarebbe andato incontro senza l'intervento degli arbitri. In altre parole, lo studioso ravvisa nella *poena dupli* il prezzo del riscatto per sfuggire alla *vindicta*.

---

<sup>73</sup> Rinvio ai riferimenti bibliografici indicati da R.FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, p.116ss. Segue l'orientamento maggioritario anche TALAMANCA, *Delitti e pena privata*, cit., p.85s.

<sup>74</sup> Cfr. M.KASER – SEHACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München 1996, p.100 nt.72, ma M.KASER, *Das Römische Privatrecht*, I<sup>2</sup>, München 1971, p.160, considera la fattispecie in questione un delitto.

<sup>75</sup> Cfr. *supra*, § 3.

<sup>76</sup> TALAMANCA, *Delitti e pena privata*, cit., p.87s.

<sup>77</sup> Cfr. da ultimo FIORI, *Ea res agatur*, cit., p.115s., nt.143.

Effettivamente, la possibilità lasciata a chi abbia portato la *falsa vindicia* di attivare la procedura arbitrale rinvia a una situazione alternativa, in mancanza della quale si deve presumere una regolamentazione differente i cui contorni tuttavia non sono affatto delineati nella norma. Il silenzio della fonte rende infatti possibile ipotizzare che il mancato intervento degli arbitri non comportasse una pena di natura diversa, ma soltanto una diversa modalità di determinazione della pena pecuniaria cui gli arbitri restano estranei. Soprattutto considerando, sulla base degli argomenti prima addotti, che la locuzione *duplione damnum decidito* all'interno del contesto decemvirale appare meglio traducibile come imposizione autoritativa al risarcimento del danno e non come accordo sul risarcimento. Il che porta senz'altro a ravvisare nella *poena dupli* una fonte di *poenae obligatio*<sup>78</sup>.

##### 5. Il mito dell'*obligatio primigenia*

Al termine di questa disamina sui delitti nelle XII tavole mi sembra possano trarsi alcune conclusioni:

- la consapevolezza di condotte illecite riconducibili all'iniziativa dei privati (*delicta*);
- la previsione di strumenti sanzionatori differenti: pena afflittiva, composizione pecuniaria alternativa alla sanzione corporale, pena pecuniaria che prefigura la *poenae obligatio* classica.

Quest'ultima considerazione consente di affermare che nelle XII tavole fossero presenti alcuni rapporti configurati in termini obbligatori e, considerando gli sviluppi classici delle figure prima

---

<sup>78</sup> Infine, fra le azioni a tutela di illeciti sono tradizionalmente ricomprese l'*actio de pauperie* e l'*actio de pastu pecoris* che Ulpiano riconduce alla normativa decemvirale, senza però precisarne la regolamentazione: Ulp. 18 *ad ed.* D.9.1.1pr. (= XII Tab.8.6): *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 offerre*; Ulp. 41 *ad Sab.* D.19.5.14.3 (= XII Tab.8.7): *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*. Le scarse informazioni sul regime più antico rendono difficile addirittura stabilire se si tratti di un'azione penale o di tipo diverso, imponendo una cauta sospensione del giudizio. Cfr. TALAMANCA, *Delitti e pena privata*, cit., p.61ss.

esaminate, è possibile ritenere che la legislazione decemvirale abbia rappresentato un significativo punto di partenza per la formazione della più tarda categoria delle *obligationes ex delicto*.

Una simile conclusione richiama inevitabilmente l'annosa questione dell'origine dell'*obligatio*: se essa sia sorta nella sfera degli atti illeciti o, invece, dei rapporti obbligatori. L'esistenza nelle XII tavole di forme prodromiche all'*obligatio ex delicto* classica impone di verificare se siano attestati analoghi *Haftungsverhältnisse* in ambito negoziale.

a) L'esistenza di schemi obbligatori nei rapporti negoziali decemvirali

La dottrina ha concordemente ravvisato tracce di figure decemvirali che presentano tratti di continuità con l'*obligatio ex contractu* classica, nella prospettiva, prima ricordata, di assicurare l'aspettativa del creditore mediante la soggezione del titolare della *Haftung* a conseguenze svantaggiose qualora l'avvenimento futuro non si fosse verificato. Non mi soffermerò sulla questione, posta la generale uniformità di vedute sul punto. Basti qui ricordare come di recente, in un'approfondita disamina sui negozi obbligatori nelle XII tavole, Mario Talamanca<sup>79</sup>, pur evidenziando la scarsità di notizie sul tema a confronto delle numerose indicazioni offerte in materia di illeciti, ha richiamato l'attenzione in generale sul verbo *oportere* che, a stare alla testimonianza di Gai.4.17a<sup>80</sup> sulla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, sembrerebbe attestato già all'epoca decemvirale; e in particolare sulla *sponsio* che, attraverso il richiamo all'*agere ex sponsione* tra i casi nei quali si può agire con la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, configura un'*obligatio* virtuale<sup>81</sup> più vicina a quella classica di quanto non lo sia quella che si lega alla condizione di ostaggi dei *vades* e *subvades*, posti da alcune

<sup>79</sup> M.TALAMANCA, *Le Dodici Tavole e i negozi obbligatori*, in M.HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, p.331ss.

<sup>80</sup> Gai.4.17a: *per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur. eaque res talis fere erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIORUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIAS AN NEGES. adversarius dicebat non oportere. actor dicebat: QUANDO TU NEGAS, TE PRAETOR IUDICEM SIVE ARBITRUM POSTULO UTI DES. itaque in eo genere actionis sine poena quisque negabat. item de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit. idem fecit lex Licinnia, si de aliqua re communi dividenda ageretur. itaque nominata causa ex qua agebatur statim arbiter petebatur.*

<sup>81</sup> Cfr. CANNATA, *Corso*, II.1, cit., p.74ss., sulla *sponsio* quale origine dell'*obligatio*.

fonti in diretto contatto con le XII tavole. Più problematico appare invece l'inquadramento dogmatico del *nexum* che nella ricostruzione dello studioso viene posto sul *discrimen* tra le obbligazioni e le situazioni di diritto assoluto. Talamanca ne ritiene comunque legittima la trattazione nei negozi obbligatori in virtù della circostanza che esso non solo funzionava come mezzo soddisfattivo<sup>82</sup>, ma poteva anche porsi in essere indipendentemente da un precedente negozio obbligatorio (la *sponsio*), creando una soggezione sulla persona dell'obbligato volta ad assicurare la soddisfazione del creditore.

Anche a non voler accogliere l'ipotesi del carattere obbligatorio del *nexum* in età decemvirale, appare comunque certo che nella raccolta decemvirale fossero presenti primitive forme di *obligatio*. Il che evidentemente crea, nella prospettiva della ricerca dell'originario schema obbligatorio nei rapporti negoziali o negli atti illeciti, un problema.

b) Le posizioni della dottrina e le principali criticità

Non posso che dar conto molto rapidamente delle principali posizioni della dottrina sul punto. Da un'iniziale tendenza a riconoscere nell'obbligazione da contratto un adattamento dell'obbligazione da delitto, a sua volta sviluppatasi attraverso il riconoscimento legale dell'originaria composizione pecuniaria volta ad evitare la vendetta del danneggiato, si è andata diffondendo nella prima metà dello scorso secolo — non senza autorevoli prese di distanza<sup>83</sup> — la costruzione che vede nel contratto la fonte originaria di obbligazione, sulla base della distinzione della priorità del delitto come tale dalla priorità del delitto che obbliga — figura quest'ultima che sarebbe stata introdotta soltanto più tardi sul modello dell'obbligazione contrattuale<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> In questo caso si tratterebbe di soggezione: cfr. CANNATA, *Corso*, II.1, cit., p.46ss.

<sup>83</sup> Cfr. G.I.LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano 1934, p.23ss., p.188ss., il quale ravvisa l'origine dell'obbligazione nella responsabilità diretta e personale di chi ha commesso un delitto. Questi, infatti, sarebbe stato chiamato a pareggiare il delitto con il proprio corpo attraverso la consegna, secondo un principio giuridico religioso comune a molte civiltà antiche, cadendo nel pieno potere dell'offeso che lo esplica o uccidendo o tenendo presso di sé il reo come schiavo.

<sup>84</sup> Rinvio per i riferimenti bibliografici a LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini*, cit., p.8ss.; e a BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., p.90ss., con ampia trattazione delle diverse teorie: da quella che afferma l'originario carattere

A ben vedere, le ragioni portate a sostegno delle due opposte soluzioni non appaiono conclusive. Cominciamo dalla dottrina che ravvisa la priorità delle obbligazioni da contratto. In questo ambito la teoria di Emilio Betti — accolta tra gli altri da De Visscher<sup>85</sup> che pure rifiuta la presupposta omogeneità della nozione di obbligazione nell'applicazione alla sfera dei contratti e dei delitti — appare dominante e se ne possono distinguere due profili: l'uno condivisibile, sulla configurazione della primitiva *obligatio*; l'altro criticabile, sulla priorità dell'obbligazione da contratto.

Per quanto si è premesso<sup>86</sup>, non mi pare si possano sollevare serie perplessità sul fatto che l'*obligatio* si configuri, sul modello dell'obbligazione classica, come la prigionia redimibile di una persona *sui iuris* che si sostanzia nella garanzia per un evento atteso, cui fa riscontro dal lato attivo l'aspettativa per tale evento futuro. Allo stesso modo mi pare convincente, nell'ambito dei delitti, la ricostruzione del passaggio dalla soggezione del reo all'*obligatio ex delicto*. Il *delictum* infatti non aveva altro effetto se non la semplice esposizione del colpevole alla *vindicta* dell'offeso, esulando da questa situazione qualsiasi idea di vincolo di garanzia per evento futuro indicato come caratteristico dell'*obligatio*. Neppure il pagamento del prezzo del riscatto può essere concepito come oggetto di un vincolo di garanzia giuridicamente sanzionato in termini di responsabilità: l'accordo sul pagamento — sostiene l'a. — spiegava infatti soltanto un'efficacia estintiva della *vindicta*, a condizione che fosse effettivamente eseguito. Il *delictum* divenne fonte di obbligazione soltanto quando si realizzò il passaggio dall'onere del riscatto al debito della riparazione pecuniaria<sup>87</sup>.

Non mi sembra invece condivisibile l'idea che, sulla base dell'accezione di *obligatio* prima riportata, si possa affermare che il contratto e non il delitto appaia per sua natura l'atto destinato a costituirla. E ciò sulla base di alcune considerazioni che non appaiono affatto decisive.

---

intergentilizio delle fonti di obbligazione (Perozzi), a quella che sostiene la struttura internazionale e la funzione penale delle obbligazioni primitive (Bonfante).

<sup>85</sup> F.DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation 'ex delicto'*, in RHD 1928 = *Études de droit romain*, Paris 1931, p.257ss., spec. 307ss.

<sup>86</sup> Cfr. *supra*, § 1.b).

<sup>87</sup> E.BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1955-56, p.3.



In primo luogo, un argomento di carattere terminologico: il termine *contractus* nel suo naturale significato di ‘stringere un nodo’ implicherebbe in modo evidente l’idea dell’*obligatio* di cui è fonte<sup>88</sup>, diversamente dal delitto che sarebbe diventato una fonte di obbligazione solo dopo che all’uso di costituirsi in ostaggio per garantire il pagamento di una composizione liberamente contrattata si sostituì il regime delle composizioni legali. Tale sostituzione si sarebbe verificata molto tardi, successivamente alla legge delle XII tavole che attestano ancora l’esistenza del regime delle composizioni volontarie, e comunque solo dopo l’affermarsi dell’*obligatio ex contractu*<sup>89</sup>.

Ancora, sviluppando l’argomento terminologico, Betti rileva come il termine *contractus* non esprima una contrapposizione a *delictum*, desumendo da ciò «che quando i Romani cominciarono a chiamarli con l’espressione *contrahere*, i negozi giuridici fonti di obbligazione, erano l’unico modo, che essi conoscessero, di stringere un legame di responsabilità, di contrarre cioè un’obbligazione<sup>90</sup>».

Ma pur prescindendo da questi «gravi indizi terminologici e strutturali» — come li qualifica Betti —, lo studioso ritiene che la priorità storica dell’obbligazione da contratto si desuma soprattutto dall’ordine della trattazione e dall’esposizione sistematica del diritto delle obbligazioni seguita dai giuristi romani<sup>91</sup>. Il Betti segnala infatti che soprattutto nei lavori di carattere istituzionale le obbligazioni da contratto precedono, con maggiore dovizia di particolari, quelle da delitto e che sulle prime i giuristi avrebbero elaborato la dottrina generale delle obbligazioni.

Conclude infine sostenendo che dalle considerazioni precedenti si evincerebbe la tarda estensione analogica alle obbligazioni da delitto di schemi e costruzioni propri delle obbligazioni da contratto, in origine uniche<sup>92</sup>.

I tre argomenti che Betti riporta, due di carattere terminologico e l’ultimo sistematico, prestano il fianco alle critiche. La maggiore risalenza dell’obbligazione da contratto non può desumersi dalla

<sup>88</sup> BETTI, *Appunti di teoria dell’obbligazione*, cit., p.3s.; e ID., *La struttura dell’obbligazione romana*, cit., p.109.

<sup>89</sup> E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano 1954, p.12ss.

<sup>90</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., p.110.

<sup>91</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., p.110s.

<sup>92</sup> BETTI, *Teoria generale*, cit., p.111.

migliore rispondenza del termine *contractus* a rendere lo schema obbligatorio rispetto all'espressione *delictum*: a prescindere dal fatto che l'espressione *contractus* è tarda rispetto all'origine dell'*obligatio*, la possibilità di stringere un vincolo può esprimersi, linguisticamente parlando, in forme diverse dal *contrahere* in rapporto sia alla specificità delle singole figure negoziali, sia all'imposizione legislativa del vincolo, come nel caso dei delitti. Come ha osservato giustamente Betti, infatti, il *contrahere* non si configura all'origine in termini dicotomici rispetto al delitto, e può ben rappresentare solo una delle possibili fonti di obbligazione che solo più tardi assumerà una collocazione sistematica in alternativa al delitto. Infine, l'argomento sistematico mi pare francamente sopravvalutato: innanzitutto le sistematiche sono tarde e riflettono logiche che difficilmente possono essere ricondotte all'originaria configurazione dell'*obligatio*; in secondo luogo è quantomeno opinabile trarre conclusioni sulla più antica forma di *obligatio* a partire da valutazioni di carattere meramente quantitativo.

Sotto un diverso profilo appaiono criticabili gli argomenti della teoria che ipotizza la priorità delle obbligazioni da delitto: il Luzzatto, che ne è uno dei più convinti assertori, nel tentativo di superare la semplificazione operata dalla dottrina più risalente che riconduceva la priorità dell'obbligazione da delitto alla maggiore risaleza del delitto in sé, ha ravvisato nella responsabilità personale alla consegna, primitivamente agganciata al delitto, l'origine dell'*obligatio*. Non può sfuggire che così facendo lo studioso ha spostato i termini della problematica rispetto all'impostazione seguita dall'opposta dottrina. La configurazione dell'obbligazione originaria non sarebbe da ravvisare nel vincolo alimentato dall'aspettativa del creditore dal quale discende la responsabilità in caso di mancata soddisfazione dell'aspettativa, bensì nell'obbligo giuridico alla consegna della persona del colpevole o all'abbandono alla vendetta — con echi della costruzione del Perozzi e del Bonfante sull'*obligatus-vinctus* come colui che è esposto alla vendetta<sup>93</sup> — quale espressione di una

---

<sup>93</sup> Cfr. S. PEROZZI, *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, in *Memorie Acc. Bologna* 1915-16, *passim*; P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, in G. BONFANTE-G. CRIFÒ (a cura di), *Opere complete di P. Bonfante*, I<sup>2</sup>, Milano 1959, p.191s.

concezione giuridica-religiosa comune ai popoli primitivi<sup>94</sup> e riferibile all'atto illecito.

Come appare evidente, la questione non è più tanto quella dell'originaria fonte di obbligazione, quanto quella, assorbente rispetto alla prima, della primitiva configurazione dell'*obligatio* medesima. In altre parole, la soggezione alla *vindicta*, che ancora le XII tavole testimoniano quale possibilità residuale rispetto alla *pactio* nel *membrum ruptum*, può considerarsi un prototipo di *obligatio*? Ho già prima manifestato le mie perplessità sull'assumere un modello obbligatorio alternativo a quello classico che non appaia fondato su elementi ricostruttivi che garantiscano un certo margine, se non di certezza, quanto meno di verosimiglianza. E a seguire la tesi di Luzzatto non emergono argomenti, neppure testuali, che orientino senz'altro nel senso proposto dallo studioso. Egli infatti avanza questo modello obbligatorio alternativo limitandosi ad affermarne la verisimiglianza, richiamando una prassi comune ai popoli dell'antichità. Che la consegna del colpevole e la sua soggezione personale alla *vindicta* fosse una pratica comune nell'antichità non intendo mettere in dubbio, ciò che mi lascia più perplessa è il passaggio logico successivo che porta a ravvisare in questa consegna una primitiva forma di *obligatio*. Non solo, ma analoghe perplessità emergono rispetto all'ulteriore affermazione dello studioso circa la maggiore risaleza dell'obbligazione da delitto rispetto a quella da contratto. Entrando nel dibattito sulla nota questione, egli rileva la tendenza in età classica a spostare la repressione dei delitti in ambito pubblico. Questa considerazione lo porta a configurare i delitti privati del periodo classico come una specie di fossile che affonda le proprie radici nel periodo più antico e che appare destinato a essere superato<sup>95</sup>. E da questa tendenza l'autore ricava la conseguenza della maggiore risaleza delle obbligazioni da delitto rispetto a quelle negoziali. L'argomento non mi sembra affatto decisivo perché, sebbene il fenomeno rilevato sia reale in età classica, non porta necessariamente alla conclusione prospettata dallo studioso per l'età più antica.

#### c) Conclusioni

Questa ultima considerazione ci riporta al punto di partenza, ovvero al problema della primitiva forma di *obligatio* romana.

<sup>94</sup> LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini*, cit., p.181.

<sup>95</sup> LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini*, cit., p.21ss.

L'assenza di fonti che possano far concludere definitivamente per la primogenitura dell'una o dell'altra fonte di obbligazione e la conseguente incertezza della dottrina che non riesce a proporre argomenti decisivi a sostegno di qualsivoglia ipotesi rendono difficile prendere posizione.

Ciò che sappiamo è che i pontefici inventarono il modello dell'*obligatio*, probabilmente prima delle XII tavole che ne registrano, come si è visto, l'esistenza. L'utilizzazione del medesimo schema in campi differenti — rapporti negoziali, atti lesivi del patrimonio o della persona — testimonia un'esigenza comune cui è stata fornita la medesima risposta tecnica — l'*obligatio* — per superare da una parte la soggezione al *nexum* o alla *manus iniectio* derivante da rapporti reali; dall'altra la soggezione personale alla *vindicta* o, nella migliore delle ipotesi, l'onere del pagamento del prezzo della vendetta, creando il vincolo dal lato passivo a garantire un comportamento atteso.

Nei rapporti negoziali, si può cogliere probabilmente nella *sponsio* la prima espressione del nuovo modello obbligatorio; nei delitti, la previsione della pena pecuniaria in alcune fattispecie di lesione alla persona (ad es. *os fractum*, *iniuria facere*) o al patrimonio (ad es. *furtum nec manifestum*, *vindicta falsa*, incendio) testimonia l'adozione del medesimo meccanismo obbligatorio.

Di più non mi sembra si possa dire a partire dalle fonti a nostra disposizione. Ma soprattutto, va detto che stabilire la priorità della *sponsio* rispetto alla sanzione per l'*os fractum* o viceversa risponde più a una curiosità dell'interprete moderno alla ricerca di improbabili primogeniture che alla reale comprensione del fenomeno obbligatorio romano la cui omogeneità nei due ambiti viene postulata come un dato di fatto difficilmente contestabile<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> F.SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1, Napoli 2006, p.383 ritiene che la ricerca dell'*obligatio* primigenia sia un mito, non potendosi fornire, allo stato delle fonti, risposte definitive. Il punto fermo che mette in evidenza lo studioso è la pluralità di *obligationes* decemvirali che non si sarebbero uniformate a un modello unitario. Non c'è dubbio che le XII tavole testimonino obbligazioni tipiche con fonti diverse, ciò però non esclude che il modello obbligatorio degli *Haftungverhältnisse* possa costituire un termine di riferimento utile, per la sua duttilità, a rappresentare possibili rapporti obbligatori senza forzarne entro schemi rigidi il contenuto.

### 6. *Delitti e poenae obligatio*

Per completare il quadro delle obbligazioni da delitto, è necessario esaminare, sia pur brevemente, le vicende successive alle XII tavole. Per quanto si è detto, la normativa decemvirale, pur nella complessità derivante dalla cristallizzazione sia di precedenti pratiche sia di più recenti soluzioni tecniche, testimonia la coesistenza di antiche pene afflittive e nuovi schemi obbligatori. Il tempo gioca a favore della *poenae obligatio* che diventerà l'unica forma di sanzione sia nelle figure decemvirali cui il pretore adatterà il modello obbligatorio in modo da renderlo esclusivo, sia nelle più recenti figure di delitto.

Non mi soffermo sulla pena pecuniaria commisurata al *bonum et aequum* nell'*actio iniuriarum aestimatoria* e sulla pena pecuniaria fissata nel multiplo del valore della *res* rubata nell'*actio furti*. In entrambi i casi il pretore, probabilmente tra il IV e il III secolo a.C., sviluppa lo spunto della pena pecuniaria già presente nelle XII in entrambi i delitti e ne estende l'applicazione proporzionandola alla gravità del fatto.

Da queste due forme di lesione alle *res* e alle *personae* si svilupparono i due illeciti che hanno completato il quadro dei *delicta*: il *damnum iniuria datum* e la rapina.

Come è noto, le frammentarie ipotesi di danneggiamento già contenute nel codice decemvirale vengono superate, anche se non del tutto, dall'organica disciplina introdotta dalla *lex Aquilia* che personalmente ritengo più debitrice dell'*iniuria* decemvirale e pretoria che non delle ipotesi di danneggiamento decemvirali<sup>97</sup>.

La legge viene approvata nel corso del III secolo a.C. e recepisce lo schema obbligatorio nel *damnas esto dare* cui è tenuto il danneggiante al maggior valore raggiunto nell'ultimo anno dallo schiavo o dall'animale ucciso nel primo capitolo, al valore del credito estinto in danno del creditore principale nel secondo, e infine al valore che la *res* distrutta ha assunto nell'ultimo mese, nel terzo.

Le fonti avvertono che il secondo capitolo della legge cadde presto in desuetudine anzi, come sembra dire lo stesso Gaio<sup>98</sup> alludendo ad

<sup>97</sup> Cfr. M.F.CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, *passim*.

<sup>98</sup> Gai.3.216: *qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur*.

una svista del legislatore, esso sarebbe stato ultroneamente votato — considerata l'applicabilità dell'*actio mandati* a tutela della fattispecie prevista nel capitolo della legge<sup>99</sup>. Il primo e il terzo capitolo hanno pertanto rappresentato il fulcro della normativa: il primo offre una sanzione al danno prodotto dalla morte dello schiavo e dell'animale a quattro zampe, il terzo capitolo tutela il *dominus* dal danno derivante dalla distruzione parziale o definitiva di tutte le altre *res*, esclusa l'uccisione dello schiavo e dell'animale, ricomprendendo soltanto più tardi, grazie al lavoro di *interpretatio* giurisprudenziale, anche il ferimento di questi ultimi.

Lo schema obbligatorio venne esteso ancora più tardi alla rapina. L'*interpretatio* tardo-repubblicana enucleò dall'editto di Lucullo questa forma aggravata di furto, facendone uno dei quattro delitti elencati da Gaio<sup>100</sup> fra le fonti delle obbligazioni *ex delicto*. La sanzione prevista è una pena pecuniaria al *quadruplum* entro l'anno, al *simplum* oltre l'anno. E non è forse un caso che la sanzione sia identica a quella prevista per il furto in flagranza quale ipotesi più grave del furto non manifesto, sanzionata — come si ricorderà — con il *duplum*.

È infatti probabile che la rapina, prima dell'introduzione dell'editto di Lucullo, fosse punita come un'ipotesi di *furtum nec manifestum* con una sanzione al *duplum*<sup>101</sup>. L'esigenza di prevedere una pena più severa, in ragione della maggiore gravità della condotta lesiva che si sostanzia nella violenza usata per sottrarre le *res*, potrebbe aver offerto il destro per l'introduzione dell'editto che tipizza, a partire dal furto, una figura autonoma di delitto, prendendo a modello la pena del quadruplo che già aveva sostituito l'*addictio* nel furto manifesto — anche quest'ultima ipotesi più grave rispetto al furto non manifesto.

---

<sup>99</sup> È pur vero — ed è lo stesso Gai.3.216 a segnalarlo — che soltanto con questa azione è possibile ottenere il doppio nei confronti dell'*infilians*. Allo stato, appare preferibile pensare ad un'assenza di prospettiva storica da parte del giurista classico, piuttosto che all'ultroneità della legge rispetto alla fattispecie prevista nel secondo *caput*. Cfr. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit., p.181s. nt.53.

<sup>100</sup> Gai.3.182.

<sup>101</sup> Cfr. L.VACCA, *Ricerche in tema di actio vi bonorum raptorum*, Milano 1972, p.145ss.

### 7. Conclusioni: la graduale affermazione del modello obbligatorio

Per quanto si è sinora sostenuto, mi sembra si possa concludere che il prototipo delle *obligationes ex delicto* sia emerso verisimilmente a ridosso della legislazione decemvirale che registra, accanto a sanzioni personali afflittive (non trascurabili nell'applicazione pratica), pene pecuniarie concordate tra le parti per pagare il prezzo del riscatto che, nei limiti dell'effettività della composizione, avrebbero dovuto scongiurare la *vindicta*. Queste pene pecuniarie sono tuttavia ancora lontane dal modello obbligatorio: è soltanto con la previsione di una pena pecuniaria sottratta alla disponibilità delle parti che, nonostante i numerosi tentativi della dottrina di omologare tale figura al pagamento del prezzo del riscatto, è ravvisabile il prototipo dell'*obligatio* da delitto — concepito, secondo l'impostazione tradizionale modellata sulla più tarda figura della *poenae obligatio*, quale vincolo per il danneggiante a garanzia di un comportamento futuro cui corrisponde, dal lato attivo, l'attesa per tale comportamento.

Questo tipo di vincolo non è una prerogativa dell'obbligazione da delitto: la parallela formazione dell'obbligazione negoziale nello stesso lasso di tempo e con analoghe attestazioni nelle leggi delle XII tavole consente di ipotizzare l'invenzione pontificale di un modello obbligatorio unitario declinato in maniera peculiare nei diversi ambiti di applicazione.

Le XII tavole cristallizzano in un determinato momento storico il frutto dell'elaborazione pontificale e delle scelte originali del legislatore e, nel porre sullo stesso piano pene afflittive e pene pecuniarie con struttura e funzione diverse (prezzo del riscatto, *obligatio*), lasciano solo intuire la vicenda che ha condotto alle diverse sanzioni. La profondità dello sguardo si acquista soltanto esaminando la storia successiva nella quale si afferma definitivamente il modello obbligatorio quale unica forma di sanzione nel *damnum iniuria datum* aquiliano e nella rapina — i più recenti illeciti ricordati da Gaio nelle fonti delle *obligationes ex delicto*.