

MARIO VARVARO

OSSERVAZIONI SULLA PRETESA ESISTENZA
DI UNA *LEGIS ACTIO PER MANUS INIECTIONEM*
IN RELAZIONE AL *FURTUM MANIFESTUM**

* Il presente contributo è in corso di pubblicazione negli *Scritti per Giovanni Nicosia*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le fonti: Gai 3.189 e Gell. 11.18.7-8. – 3. Continua: il *Poenulus* di Plauto. – 4. Ragioni di dubbio che depongono contro l'idea tradizionale. – 5. Anomalie della pretesa applicazione della *legis actio per manus iniectioem* contro il *fur manifestus* di condizione libera. – 6. Continua: la mancanza del carattere della litiscrescenza nell'*actio furti manifesti* al quadruplo. – 7. L'*addictio* del *fur manifestus* come *poena capitalis*. – 8. Conclusioni.

1. È piuttosto diffusa l'idea secondo cui nel sistema sanzionatorio previsto dalle Dodici Tavole contro il ladro colto in flagrante (*fur manifestus*),¹ che fosse pubere e di condizione libera, il derubato potesse esercitare la *legis actio per manus iniectioem*.²

Tale convincimento si fonda sul presupposto che la casistica delle applicazioni di questa *legis actio* fornita nel quarto commentario delle Istituzioni di Gaio³ sia incompleta, e possa, di

¹ La distinzione fra i vari tipi di furto, risalente alle Dodici Tavole, è tracciata, com'è noto, in Gai 3.183-187. Per un quadro delle opinioni avanzate dalla dottrina sull'etimologia dell'aggettivo latino *manifestus* v., da ultima, PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico* (s.l. e s.d., ma Milano 2004) 63 ss., con bibliografia.

² Si vedano, fra gli altri, ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Al Qanoun Wal Iqtisad* 2 (1932) 115 ss. [= *Rariora* (Roma 1946) 201 ss. = *Scritti di diritto romano* II (Napoli 1974) 377 ss.]; LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II. *Le legis actiones* (Bologna 1948) 74; CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, in *AUBA* 2 (1939) 111 s.; LÉVY-BRUHL, *Nouvelles Etudes sur le Très Ancien Droit Romain* (Paris 1947) 147 ss.; PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones* (Roma s.d., ma 1962) 303 s.; v. anche il cenno in ID., *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di E. Albertario* I (Milano 1953) 268, nt. 1; ALBANESE, voce "Illecito" (storia), in *ED XX* (1970) 57 [= *Scritti giuridici* I (Palermo 1991) 800 s.], e ivi nt. 8; ID., *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) 389, nt. 209; ID., *Il processo privato romano delle 'legis actiones'* (Palermo 1987) 47 s.; KASER, *Das römische Privatrecht*, I² (München 1971) 152 e 158, nt. 27 [ma v., in senso diverso, ID., 'Unmittelbare Vollstreckbarkeit' und Bürgenregreß, in *ZSS* 100 (1983) 94, e ivi nt. 49]; CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I: *Le legis actiones* (Torino 1980) 42; ID., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II,1 (Torino 2003) 57 e 59; NICOSIA, *Il processo privato romano*, I. *Le origini. Corso di diritto romano* (Catania 1980; rist. Torino 1986) 83 ss.; ID., *Il processo privato romano*, II. *La regolamentazione decemvirale. Corso di diritto romano* (Catania 1984; rist. Torino 1986) 37 e 164; ID., *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, I (rist. Catania 1989) 114; ID., *La 'manus iniectio': dal regime originario a quello della 'manus iniectio pura'*, in AA. VV., 'Praesidia libertatis'. *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana*, in *Atti Copanello 1992* (Napoli 1994) 164 [= *Silloge. Scritti 1956-1996* II (Catania 1998) 640]; ID., *Nuovi profili essenziali di diritto romano*⁴ (Catania 2005) 213; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴ (Torino 1993) 83; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*² (Palermo 1994) 71, nt. 30, e 525; VALDITARA, *Sulle origini del concetto di 'damnum'*² (Torino 1998) 49 s. e 66 s.; FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*³ (Torino 2000) 398; R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica. 'Manus iniectio' e 'duplione damnum decidere'* (Napoli 1990) 59 e 128 ss.; PEPE, *Ricerche sul furto* cit., 61, nt. 24, e 150; PESARESI, *Studi sul processo penale in età repubblicana. Dai tribunali rivoluzionari alla difesa della legalità democratica* (Napoli 2005) 171 s.

Diversa è l'opinione di BRASIELLO, voce "Furto" (*diritto romano*), in *NNDI VII* (1961) 691, secondo cui l'*addictio* avveniva «attraverso una procedura analoga alla *manus iniectio*».

conseguenza, essere integrata. In effetti lo stesso Gaio ricorda che oltre ai casi di *manus iniectio pro iudicato* da lui espressamente menzionati – quelli stabiliti dalla *lex Publilia* e dalla *lex Furia de sponsu* – ve ne erano taluni previsti da *complures aliae leges*,⁴ e, poco dopo, lascia chiaramente intendere che vi erano anche altre leggi introduttive di casi di *manus iniectio* cosiddetta *pura* oltre alle due da lui indicate, e cioè la *lex Furia testamentaria* e la *lex Marcia*.⁵

Traendo vari spunti dal complesso delle fonti a nostra disposizione, quindi, la dottrina ha cercato di individuare altre applicazioni della *manus iniectio*. Tali sarebbero fondamentalmente, oltre quella prevista in apertura delle Dodici Tavole contro il *vocatus in ius* recalcitrante,⁶ la *legis actio per manus iniectioem* in caso di inadempimento di obbligazioni nascenti da legato *per damnationem* avente per oggetto un *certum* o da *damnum iniuria datum*,⁷ quella dell'*actio de modo agri*,⁸ quella nei confronti dei *nexi* insolventi,⁹ e quella, appunto, contro il *fur manifestus* libero e pubere.¹⁰

³ Gai 4.21-25. Sulla *legis actio per manus iniectioem* siamo informati da due autori del II secolo d.C.: il giurista Gaio e l'antiquario Gellio. Dalle Istituzioni di Gaio si traggono informazioni sulla prima parte del procedimento e sul formulario, e non si parla dell'*addictio*. Le Notti Attiche, invece, nel riferire i versetti decemvirali sulla *manus iniectio* posti dai moderni editori in XII tab. 3.1-4 (ed. Riccobono), ci danno notizie preziose per la ricostruzione del procedimento successivo all'*addictio* del debitore insolvente al creditore da parte del magistrato. Sulla *legis actio per manus iniectioem* restano sempre valide le trattazioni di insieme offerte da LUZZATTO, *Proc. civ. rom.*, II, cit., 29 ss.; PUGLIESE, *Il proc. civ. rom.*, I, cit., 309 ss., NICOSIA, *Il proc. priv. rom.*, I, cit., 78 ss.; ALBANESE, *Il proc. priv. rom. cit.*, 36 ss.

⁴ Gai 4.22: *...et denique complures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt.*

⁵ Gai 4.23: *Et quibus legibus et si quae aliae similes essent rell.*

⁶ XII tab. 1.1-3 (ed. Riccobono). In relazione a XII tab. 1.2, dove si parla di un *manum endo iacere*, la dottrina – è noto – ha discorso di *manus iniectio vocati*, per distinguerla dalla cosiddetta *manus iniectio iudicati* e da quella cosiddetta *damnati* (per cui v. nt. seguente) di cui si parla in Gai 4.21 ss. La *manus iniectio* contro il *vocatus in ius*, comunque, non può considerarsi una *legis actio per manus iniectioem*, come già correttamente rilevato da LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (Paris 1960) 283 ss. Sul punto v. anche NICOSIA, *Il proc. priv. rom.*, I, cit., 77 ss.; ID., *Il proc. priv. rom.*, II, cit., 29 ss.; TALAMANCA, voce "Processo civile" (*diritto romano*), in *ED XXXVI* (1987) 11 s., nt. 81.

⁷ Pur in mancanza di dirette attestazioni nelle fonti (cfr. *infra*, § 6, nt. 67), infatti, la dottrina ha fatto perno sulla presenza dell'alternativa *IUDICATVS siue DAMNATVS* nella prima parte del formulario della *legis actio per manus iniectioem* riferito in Gai 4.21 (su cui v. *infra*, § 3, nt. 42) per congetturare l'esistenza di una *manus iniectio damnati* esperibile contro soggetti che fossero stati *damnati*, e, in particolare, contro l'erede che non avesse adempiuto l'obbligazione nascente da legato *per damnationem* di un *certum* (con cui il testatore disponeva un *HERES MEVS DARE DAMNAS ESTO*: cfr. Gai 2.201; Tit. Ulp. 24.4) o di chi si fosse reso responsabile di un illecito punito dalla *lex Aquilia de damno*, che nel primo capitolo stabiliva a carico dell'autore del danneggiamento un *DARE DOMINO DAMNAS ESTO*: cfr. D. 9.2.2 pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*).

Tale idea, peraltro, sarebbe rafforzata dalla constatazione che nel sistema del processo formulare l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio legatorum nomine* diretta a un *certum* sono caratterizzate dalla cosiddetta litiscrescenza (Gai 4.9 e 4.171; PS. 1.19.1; I. 3.27.7; PT. 3.27.7; per l'*actio legatorum nomine* v. anche Gai 2.282, e, per l'*actio legis Aquiliae*, Gai. 7 *ad ed. prov.* in D. 9.2.2.1; Ulp. 18 *ad ed.* in D. 9.2.23.10), proprio come l'*actio iudicati* e l'*actio depensi* (Gai 4.9 e 4.171; PS. 1.19.1; I. 3.27.7; per l'*actio depensi* v. anche Gai 3.127, dove, però, la condanna al doppio non è connessa all'ipotesi di *infittatio*), che sicuramente derivano dalla *legis actio per manus iniectioem* (Gai 4.22-23 e 27).

Contro l'idea, da tempo consolidata, secondo cui in età più antica l'azione nascente dal plebiscito aquilio legittimasse il danneggiato all'esercizio della *legis actio per manus iniectioem*, tuttavia, sono state recentemente sollevate alcune obiezioni (v. *infra*, § 5, nt. 49).

⁸ Anche in questo caso gli studiosi hanno tratto argomento dalla sua inclusione nella lista delle azioni *quae infittiatione duplantur* in PS. 1.19.1. La sua assenza dall'elenco fornito nel manuale gaiano (Gai 4.9 e 4.171), che ha tutta l'aria di essere tassativo (cfr. *infra*, § 6, nt. 70), ha fatto dubitare della classicità del riferimento a quest'azione nel passo delle *Pauli sententiae*. Così BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I (Erlangen 1876) 248, nt. 3; RUDORFF, *Ueber die Litiscrescenz*, in *ZgRW* 14 (1847; rist. 1968) 417 ss.; LENEL, *Quellenforschungen in den Edictencommentaren*, in *ZSS* 3 (1882) 191, nt. 52; ID., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (Leipzig 1927; rist. Aalen 1985) 194, nt. 11; GIRARD-SENN, *Textes de droit romain*⁶ (Paris 1937) 390, nt. 1; PAOLI, *Lis infittiano crescit in duplum* (Paris 1933) 175-180, a parere del quale il brano delle *Pauli sententiae* rifletterebe concezioni di età postclassica, perché in esso si confonderebbe fra azioni con litiscrescenza e azioni che sono al doppio sin dall'inizio; v. anche TALAMANCA, voce "Processo

A parte qualche voce che ha espresso incidentalmente il proprio dissenso,¹¹ quest'ultima applicazione è generalmente considerata sicura dalla dottrina e dalla manualistica. Anzi, si è sostenuto che in origine la *legis actio per manus iniectio* potesse esercitarsi anche contro i *fures nec manifesti*, ai quali sarebbe stata però accordata la possibilità di evitarla ricorrendo al *duplione damnum decidere*.¹²

A nostro avviso, tuttavia, sulla base di una riconsiderazione critica degli elementi desumibili dalle fonti sembra possibile formulare qualche riserva nei confronti dell'idea secondo cui le Dodici Tavole avrebbero accordato al derubato la *legis actio per manus iniectio* contro il ladro colto in flagrante, a meno che non si trattasse di furto notturno o di furto diurno compiuto da un ladro armato.¹³

2. L'idea in esame si regge fondamentalmente su

Gai 3.189: *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber uerberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem seruus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, ueteres quaerebant. In seruum aeque uerberatum animaduertebatur. Sed postea inprobata est asperitas poenae et tam ex serui persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.*¹⁴

e su

Gell. 11.18.7-8: [7] *Nam furem qui manifesto furto prensus esset tum demum occidi permiserunt [scil. Xviri] si aut, cum faceret furtum, nox esset aut interdiu telo se cum*

civile" cit., 11, nt. 77. In senso contrario: MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine* (Paris 1930) 8, che ha rivalutato la genuinità del testo leggendolo insieme a Cic., *off.* 3.16.65; KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen 1949) 130; ALBANESE, *Il proc. priv. rom.* cit., 50, nt. 172.

⁹ Anche su tale applicazione, generalmente riconosciuta dalla dottrina (anche da quella recente: v., per esempio, NICOSIA, *La 'manus iniectio'* cit., 164 s. [= *Silloge*, II, cit., 640 s.]), non sono però mancati dubbi: v., in breve, TALAMANCA, voce "Obbligazioni" (*diritto romano*), in *ED XXIX* (1979) 8, nt. 44.

¹⁰ Altri casi ipotizzati dalla dottrina sono quelli contro i *praedes*, contro i *vades* e contro l'*indefensus* nell'*actio in personam*: cfr., per tutti, PUGLIESE, *Il proc. civ. rom.*, I, cit., 320 s.

¹¹ Si vedano gli autori citati *infra*, § 4, nt. 44.

¹² Questa è l'idea sostenuta da R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 113 ss. (e spec. 146 ss. per le conclusioni), che, sulla base di un riesame delle informazioni desumibili dalle commedie plautine e da altri testi, ha pensato a una *manus iniectio pura* (*op. cit.*, 150 s., nt. 98). Per una critica di questa opinione e degli argomenti su cui si fonda v. GUARINO, *Il «furtum» nelle «XII Tabulae»*, in *Pagine di diritto romano IV* (Napoli 1994) 183 ss., nonché quanto si avrà modo di osservare *infra*, § 3, nel testo.

¹³ Nel caso di furto notturno (*si nox furtum faxsit*), infatti, le Dodici Tavole consentivano l'uccisione immediata del ladro colto in flagrante: v. Plaut., *Trin.* 864; Cic., *pro Tull.* 20.47; *pro Mil.* 3.9; Gell. 11.18.6 e 20.1.7; Aug., *Quaest. in Hept.* 2.84; v. anche D. 9.2.4.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*), D. 48.8.9 (Ulp. 37 *ad ed.*); Coll. 7.2.1. La disposizione, riferita da Macr., *saturn.* 1.4.19, è stata posta dagli editori del testo decemvirale nell'ottava o nella prima tavola: XII tab. 8.12 (ed. Riccobono) = 1.17 (ed. Crawford). Nel caso di furto diurno (*luci*) commesso da un ladro che si fosse difeso a mano armata con un *telum* (*si se telo defendit*), invece, una norma decemvirale collocata dagli editori in XII tab. 8.13 (ed. Riccobono) = 1.18 (ed. Crawford), stabiliva che dovesse procedersi a un *endo plorare* (per cui v. Cic., *pro Tull.* 21.50; Fest.-Paul., s.v. *Endoplorato* [L. 67]; Fest. s.v. *Sub vos placo* [L. 402]), e cioè all'invocazione solenne di testimoni da parte del derubato: v. Cic., *pro Tull.* 20.47 e 21.50; *pro Mil.* 3.9; Gell. 11.18.7-8; Aug., *Quaest. in Hept.* 2.84; v. pure D. 9.2.4.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 47.2.55.2 (Gai. 13 *ad ed. prov.*); D. 50.16.233.2 (Gai. 1 *ad leg. XII tab.*); Coll. 7.2.1. Sulla cosiddetta *endoploratio* v. la letteratura richiamata da KASER-HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (München 1996) 120, nt. 44, cui *adde* PEPE, *Ricerche sul furto* cit., 45 ss. [= *Furto e giustizia privata nelle XII tavole e nel diritto attico: un'indagine comparativa*, in AA. VV., *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio* (Milano 2004) 303 ss.].

¹⁴ Per le questioni che riguardano l'edizione di questo passo delle Istituzioni e le proposte di emendazione del testo v. *infra*, § 7, nt. 77.

*prenderetur defenderet. [8] Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prensos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri.*¹⁵

Questi due brani sono richiamati dai moderni editori del testo decemvirale per ricostruire il versetto, posto tradizionalmente nell'ottava tavola,¹⁶ che disciplinava le varie ipotesi di *furtum manifestum*.

Tanto Gaio quanto Gellio,¹⁷ nel ricordare le pene previste dalle Dodici Tavole contro il *fur manifestus*, distinguono la posizione del ladro libero da quella del ladro schiavo. Il libero, infatti, dopo esser stato fustigato, veniva *addictus* al derubato.¹⁸ Lo schiavo, invece, veniva fustigato e precipitato dalla rupe Tarpea se fosse stato pubere, perché l'impubere, come ricorda Gellio, dopo essere stato fustigato *praetoris arbitrato*, avrebbe dovuto *noxiam factam sarcire*.¹⁹ La pena capitale fissata dalle Dodici Tavole per il *fur manifestus*, con il passare del tempo, fu giudicata troppo aspra, e fu pertanto sostituita a opera del pretore con l'*actio furti manifesti*, con condanna a una pena pecuniaria al quadruplo.²⁰

¹⁵ Cfr. anche Gell. 20.1.7: *...nisi duram esse legem putas, ... quae furem manifestum ei cui furtum factum est in servitutum tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit*. Il passo è tratto dal celebre dialogo fra il filosofo Favorino e il giurista Sesto Cecilio Africano che ha per tema la crudeltà delle pene previste dalle Dodici Tavole.

¹⁶ XII tab. 8.14 (ed. Riccobono) = 1.19 (ed. Crawford). Sui tentativi di ricostruzione della norma decemvirale e sulla sua collocazione nella palingenesi del testo delle Dodici Tavole v. DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente* (Leipzig 1824) 579-581, ove sono riferite le proposte più antiche (Rivallius, Contius, Rittershus, Ursinus, Hotomannus, Sigonius, Gothofredus, Pithou); VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I (Leipzig 1883) 716, che ha collocato la norma in XII tab. 7.2, ipotizzando una formulazione del genere: *Si hominem liberum nanxitur, verberatus addictor, cui furtum factus est, si servum, verberatus e saxo praecipitator*; WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS 25 (1904) 96 s.; HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I. *Les sources* (Lyon-Paris 1915) 18 s., che aveva pensato a una collocazione della disposizione nella seconda tavola.

Gli studi più recenti, invece, tendono a collocare le norme sul *furtum*, come quelle sull'*iniuria*, nelle prime tavole: v. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I (Cagliari, 1992) 346 ss.; ID., *Una palingenesi 'aperta'*, in AA. VV., *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti* (Pavia 2005) 224 e 232; CRAWFORD, in *Roman Statutes*, II (London 1996) 613-615. Tale idea troverebbe una conferma nella circostanza che Gaio tratta della repressione del *furtum* nel primo libro del suo commento alle Dodici Tavole.

¹⁷ Ricordiamo che a parere di HUVELIN, *Études*, I, cit., 57 ss. e 666, il parallelismo fra il testo di Gaio e quello di Gellio si spiegherebbe immaginando una fonte comune, che potrebbe identificarsi con il trattato *de furtis* di Masurio Sabino o con i *Libri ad XII tabulas* di Labeone; nello stesso senso v. anche CARRELLI, *La repressione del furto flagrante* cit., 112, e, più di recente, PEPE, *Ricerche sul furto* cit., 141, nt. 231.

¹⁸ Forse la celebre *lex Poetelia Papiria* alludeva a una situazione del genere quando stabiliva che nessuno potesse essere tenuto in ceppi o in catene, tranne che per le ipotesi di responsabilità nascente da delitto, finché non avesse scontato la pena (Liv. 8.29.8: *Victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei, iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret in compedibus aut in nervo tenerentur*).

¹⁹ Le Dodici Tavole distinguevano fra puberi e impuberi (ma non fra liberi e schiavi) anche in relazione alle sanzioni previste dalla norma collocata dagli editori del testo decemvirale in XII tab. 8.9 (ed. Riccobono) contro quanti, di notte, avessero raccolto frutti o mietuto le messi altrui, secondo quanto riferito da Plin., *Nat. hist.* 18.3.12. I puberi erano passibili di pena capitale, mentre gli impuberi sarebbero stati fustigati *praetoris arbitrato* e avrebbero dovuto risarcire il danno nella misura del doppio.

Una *verberatio* era prevista, in alternativa al pagamento della pena o alla *noxae deditio*, anche contro lo schiavo che avesse commesso *iniuria*, secondo quanto attestato da D. 47.10.17.4-6 (Ulp. 57 *ad ed.*), su cui v. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Actio iniuriarium noxalis*», in *Labeo* 15 (1969) 33 ss., con letteratura. In questo caso, però, la fustigazione, secondo quanto previsto dal pretore nel proprio editto, andava effettuata *arbitratu iudicis*.

²⁰ Si legga anche Gai 4.111: *...Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione procifiscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit*; PT. 4.12 pr. (Reitz: *Lex XII. Tab. furti actionem introducens, capitale adversus furem statuit poenam, Praetor autem pecuniariam*); v. pure Gell. 6.15.1: *Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa iudicia de furtis habita*

Ebbene, poiché nei due passi appena trascritti viene menzionata, come sanzione per il ladro di condizione libera,²¹ un'*addictio* da cui derivava uno stato di soggezione personale, se ne è tratta la conclusione che quest'atto fosse proprio quello della *legis actio per manus iniectioem*, e che dunque anche contro il *fur manifestus*, a partire dall'età decemvirale, si applicasse tale *modus agendi*. Si avrebbe, qui, una manifestazione del carattere afflittivo proprio di questa *legis actio*, ancora nitidamente riflesso nel sistema decemvirale, che parrebbe tradurre l'idea della vendetta privata, consentendo al danneggiato di impadronirsi materialmente del corpo dell'autore dell'illecito.²²

3. Cenni all'*addictio* come sanzione per il ladro si trovano anche nel *Poenulus* di Plauto.²³ Le vicende di questa commedia sono state prese in considerazione dalla dottrina romanistica perché una delle due azioni principali su cui si basa l'intreccio del testo plautino riguarda un furto inscenato dall'*adulescens* Agorastocle per sottrarre al lenone Lico l'amata Adelfasio. L'altra azione riguarda invece il ritrovamento e la liberazione, da parte del padre Annone, delle due sorelle, Adelfasio e Anterastile, che erano state rapite a Cartagine in tenera età insieme alla loro nutrice Giddenide, e poi vendute come schiave per diciotto mine al lenone Lico, che le teneva in casa sua come cortigiane.²⁴

L'astuto piano ordito dal suo schiavo Milfione (vv. 174-187), infatti, prevede che il giovane mandi il proprio schiavo Collibisco, sotto mentite spoglie, nella casa di Lico con una borsa contenente trecento filippi d'oro, perché, fingendosi forestiero, offra il denaro al lenone per godere delle grazie di una cortigiana. Attratto dal facile guadagno, il lenone si metterà in casa il sedicente straniero e i trecento filippi. Agorastocle dovrà poi recarsi da Lico, chiedendogli se un suo schiavo si trovi presso di lui. Il lenone, credendo che il giovane si riferisca allo schiavo Milfione, risponderà di no. A questo punto la trappola sarà già scattata, perché Agorastocle lo accuserà all'istante di avergli rubato l'oro (i trecento filippi) e lo schiavo (Collibisco), e il pretore pronuncerà in suo favore *addictio* dell'intera *familia* del lenone accusato di furto. L'idea piace ad Agorastocle (vv. 181 e 188), che, procuratosi dietro

esse apud veteres scripsit rell.; 11.18.10: Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est. Nam si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur. Si vedano, inoltre, una glossa di Servio e una di Isidoro, assai simili fra loro, che molto probabilmente sono ispirate alla medesima fonte (Varrone, secondo HUVÉLIN, *Études*, I, cit., 56 e 433 s.): Serv., *ad Verg. Aen.* 8.205: *pro ingenti scelere furis nomen posuit; capitale enim crimen apud maiores fuit ante poenam quadrupli*; Isid., *etym.* 5.26.18: *furtum autem capitale crimen apud maiores fuit ante poenam quadrupli.*

²¹ Alcuni autori, invece, tendono a interpretare il passo delle Notti Attiche nel senso che la pena della fustigazione *arbitratu praetoris* seguita dal risarcimento del danno fosse prevista contro i liberi impuberi, e, di conseguenza, inclinano a pensare che la sanzione dell'*addictio* fosse esclusivamente riservata al *fur manifestus* libero e pubere. Come ha giustamente osservato BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, in AA. VV., *Illecito e pena privata in età repubblicana*, in *Atti Copanello 1990* (Napoli 1992) 57, la dottrina non ha dedicato molta attenzione al problema che riguarda il modo con cui intendere il riferimento, nel passo gelliano, ai *pueri impuberes*: se esclusivamente agli schiavi, o anche ai liberi.

²² In questo senso v., per tutti, ALBANESE, voce "*Illecito*" cit., 57 s. [= *Scritti giuridici*, I, cit., 800 s.], a parere del quale, in tale ordine di idee, si potrebbe supporre l'esercizio di una *manus iniectio* anche per l'ipotesi del *membrum ruptum* (XII tab. 8.2), per quella di *pavisse ac secuisse fruges aratro quaesitas* (XII tab. 8.9), e per quella di incendio doloso della casa e delle messi (XII tab. 8.10).

²³ Plaut., *Poen.* 1341: (LY.) *...ne addicam Agorastocli*. Altri accenni all'*addictio* si ritrovano anche in Plaut., *Poen.* 186: (MI.) *addicet praetor familiam totam tibi*; 564: (ADV.) *...leno addicetur tibi*; 1362: (LY.) *quin egomet tibi me addico*.

²⁴ Nel seguito della commedia si scoprirà che pure Agorastocle era stato rapito a Cartagine quando aveva sei anni (vv. 903-904; 987), e che, in realtà, è nipote di Annone e cugino di Adelfasio (vv. 1064 ss. e 1256-1257). Per un riassunto del complicato intreccio della commedia v. R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 113 ss., ove altra bibliografia; CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano* (Milano 2002) 250 ss. Per la sua datazione fra il 195 e il 189 a.C. v. MAURACH, *Der Poenulus des Plautus* (Heidelberg 1988) 33 (n.v.); sulla datazione delle commedie plautine si possono vedere anche gli autori citati da FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di 'interdicta'*, in *AUPA* 40 (1988) 181, nt. 13.

suggerimento di Milfione alcuni testimoni compiacenti (v. 424), che poi riferiscano l'accaduto innanzi al pretore, la mette in atto dinanzi agli occhi di questi ultimi. Tutto si svolge secondo il piano prestabilito (vv. 746 ss.). Il lenone, però, vuole evitare l'*addictio*, e si dà prontamente alla fuga (vv. 798-799). Subito dopo Milfione viene a sapere da Sincerasto, schiavo di Lico, che Adelfasio e Anterastile, in realtà, sono originarie di Cartagine e libere di nascita (vv. 894-895), e pensa di far riconoscere lo stato delle due sorelle in un giudizio di libertà promosso dal suo padrone (vv. 905-906 e 964). Nel frattempo giunge il cartaginese Annone, in cerca delle figlie e del nipote (vv. 950 ss.), e Milfione gli propone di rivendicare in libertà le due sorelle (vv. 1099-1103). Agorastocle si fa promettere Adelfasio da Annone (vv. 1155-1157; 1268; 1278-1279; 1357), e quest'ultimo infine riconosce le figlie (vv. 1251-1261). Ricomparso Lico sulla scena, Annone lo cita in tribunale per rivendicare in libertà le due sorelle (vv. 1343-1346), ma il lenone ammette subito che le due sono libere. Agorastocle, dal canto suo, gli ricorda che gli deve il doppio per il furto (v. 1351), e Lico gli chiede di accontentarsi del *simplum*, implorandolo di dargli il tempo per raggranellare con un'asta entro l'indomani la somma di trecento filippi (vv. 1363-1364). Agorastocle accetta la proposta, a condizione di rinchiuderlo nel frattempo in una gabbia di legno presso di sé (vv. 1364-1365). In seguito il ruffiano promette nuovamente ad Agorastocle di dargli indietro il suo oro (vv. 1393-1394; 1417), e quest'ultimo, alla fine, si accontenterà della sua restituzione (vv. 1408 e 1418).

Ebbene, anche con riferimento all'*addictio* di cui si parla nel testo di questa commedia si è dato generalmente per scontato che essa avesse luogo nell'ambito di una *legis actio per manus iniectioem* contro il ladro.²⁵

Gli studiosi che si sono occupati dell'analisi del *Poenulus*, tuttavia, non sono concordi sulla qualificazione dell'illecito rappresentato come *furtum manifestum*, *furtum nec manifestum*, oppure *furtum conceptum*.²⁶

Da un lato, infatti, è stato individuato un riferimento a un *furtum manifestum* nell'accusa rivolta da Agorastocle nei confronti di Lico (v. 785: *manifesto fur es*), che ben si coordinerebbe con la sanzione dell'*addictio* più volte menzionata nella commedia, e prevista dalle Dodici Tavole, come sappiamo, proprio contro il *fur manifestus* di condizione libera. Sembra, però, che nell'ambito del verso in cui quest'accusa è espressa il termine *manifesto* vada inteso con valore avverbiale («sei palesemente un ladro»); sicché non potrebbe costituire, di per sé, un saldo appiglio per qualificare la sottrazione in questione come un *furtum manifestum*.²⁷

²⁵ Su questi presupposti, anzi, in dottrina non si è mancato di discutere sulla natura di tale *manus iniectio*, e si è anche pensato che si trattasse di una *manus iniectio iudicati* o di una *manus iniectio damnati*. Su tale idea v., diversamente fra loro, PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I. *Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana* (Milano 1981) 193 s., nt. 31; R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 126 s. e 131 ss. Per VALDITARA, *Sulle origini*² cit., 67, invece, quella contro il *fur manifestus* sarebbe stata con ogni probabilità una *manus iniectio damnati*.

Ricordiamo che a giudizio di CURSI, *Iniuria cum damno* cit., 252 s., nt. 123, tuttavia, il riferimento dei vv. 186 e 169 non riguarderebbe il *furtum manifestum*, ma piuttosto la «*manus iniectio* successiva ad una *iudicatio* derivante, a sua volta, da una *legis actio sacramenti*»; si potrebbe infatti pensare che al momento dell'ideazione del piano tramato da Milfione ai danni di Lico si prevedesse la possibilità di accusarlo di *furtum nec manifestum*, mentre all'atto della sua realizzazione si sarebbe pensato di cogliere il lenone in flagrante.

²⁶ In relazione ai problemi interpretativi ai quali hanno dato vita questi riferimenti alla figura del *furtum* e alla loro attendibilità per la ricostruzione del regime sanzionatorio in materia di furto v. la letteratura citata in COSTA, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto* (Torino 1890) 407, nt. 229, e in R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 113 ss., con letteratura, cui adde GUARINO, *Il «furtum» nelle «XII Tabulae»* cit., 183 ss.

²⁷ Così R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 129, e ivi nt. 41. Nel senso di scorgere nel verso un'accusa di furto flagrante, invece, v. ancora, di recente, ZWIERLEIN, *Zur Kritik und Exegese des Plautus I Poenulus und Curculius* (Stuttgart 1990) 112; CURSI, *Iniuria cum damno* cit., 252 s., e ivi nt. 123; DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle Dodici Tavole*, in AA. VV., *Le Dodici Tavole* cit., 429, nt. 35.

Né possono dirsi riusciti i tentativi di ravvisare nel testo plautino allusioni a una *quaestio lancio licioque*, che avrebbe condotto all'irrogazione delle sanzioni previste per il *furtum manifestum*,²⁸ o a un *furtum conceptum*,²⁹ che, come si ricorderà, avrebbe dovuto comportare la pena del *triplum*,³⁰ ma alla quale non si trova alcun'allusione nel *Poenulus*.

D'altra parte, la pena del doppio richiamata nella stessa commedia (v. 1351),³¹ e attestata dalle altre fonti esclusivamente in relazione al *furtum nec manifestum*,³² induce a escludere che la sottrazione di denaro lamentata da Agorastocle possa considerarsi come un caso di *furtum conceptum*, per cui era prevista la pena del *triplum*,³³ e dovrebbe orientare, piuttosto, verso l'idea che Plauto avesse in mente un caso di *furtum nec manifestum*.³⁴

Le informazioni che si traggono dalla lettura del *Poenulus*, comunque, non sono facilmente conciliabili fra loro, perché, come si è visto, sembrano attestare in relazione al furto di cui è accusato Lico sanzioni che, secondo il regime decemvirale tratteggiato nelle altre fonti di cui complessivamente disponiamo, dovrebbero essere previste, in realtà, per fattispecie diverse. Da un lato, infatti, si parla dell'*addictio*, comminata come pena per il *furtum manifestum*; da un altro lato si discorre della *poena dupli*, prevista per il *furtum nec manifestum*; e, da un altro ancora, il fatto che Agorastocle avesse ritrovato il proprio schiavo e la borsa con il denaro in casa del lenone alla presenza di testimoni potrebbe far pensare a un *furtum conceptum*.

²⁸ Gai 3.192: ...*Hoc solum praecipit (scil. lex XII tabularum), ut qui quaerere uelit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse.*

²⁹ Come si legge in Gai 3.186, si configurava *furtum conceptum* quando la cosa rubata fosse stata ricercata e ritrovata presso taluno in presenza di testimoni. E, in effetti, nella vicenda rappresentata sulla scena Agorastocle si reca da Lico in presenza di *advocati* ricercando il proprio schiavo e il proprio oro, e, trovati in casa sua, accusa il lenone di furto. Questo dato, insieme all'uso del verbo *quaero* che ricorre in alcuni versi della commedia ha costituito la base per qualificare come *conceptum* il furto rappresentato nel *Poenulus*. Sul punto v. criticamente le osservazioni di COSTA, *Il diritto privato* cit., 407 s., e, più di recente, di R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 117, 124, e 128 s., con indicazione delle fonti.

³⁰ Gai 3.191: *Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore seruatur*; v. anche Gai 4.173.

³¹ Plaut., *Poen.* 1351: (AG.) *duplum pro furto mi opus est*. Solitamente la dottrina ha richiamato a tale proposito anche i vv. 183-184: (MI.) ...*Quid tu dubitas, qui extempulo / dupli tibi, auri et hominis, fur leno siet?* In questo senso v., per esempio, VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechtes, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, II. *Das Civil- und Criminalrecht der XII Tafeln* (Leipzig, 1883) 569, nt. 10; COSTA, *Il diritto privato* cit., 408; HUVELIN, *Études*, I, cit., 188; R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 117 s.; 127 s.

Tuttavia, come correttamente osservato da CURSI, *Iniuria cum damno* cit., 254, nt. 132, in questo passaggio della prima scena del primo atto lo schiavo Milfione, illustrando ad Agorastocle il proprio piano, non fa alcun riferimento al doppio della pena per il furto da inscenare ai danni di Lico, ma prospetta la possibilità di accusarlo immediatamente di un doppio furto, e cioè di quello dello schiavo di Agorastocle (il fattore Collibisco) e di quello del denaro (i trecento filippi d'oro offerti da Collibisco al lenone per godere in casa sua dei favori delle fanciulle).

Lo stesso deve ripetersi per il v. 564: (ADV.) *Id duplicabit omne furtum*. Pure in questo verso, che fa riscontro al v. 184, infatti, uno dei testimoni che Agorastocle si è procurato riepiloga, all'inizio del terzo atto, il piano architettato contro Lico, e si riferisce all'accusa di doppio furto (dello schiavo e del denaro) che potrà rivolgersi contro il lenone dopo che questi avrà negato che in casa sua si trovi lo schiavo cercato dal giovane. Nel seguito della commedia, però, si parlerà soltanto del furto dell'oro (vv. 1383 e 1393).

Ebbene, tale precisazione assume rilievo perché consente di stabilire che solamente nel quinto atto, al termine della commedia, Agorastocle pretende dal lenone una pena del doppio (dell'oro), mentre prima di allora, ancora nel terzo atto, il suo scopo è quello di ottenere l'*addictio* del ladro da parte del magistrato.

³² Gai 3.190; 4.37e 4.45, dove sono riferiti i termini dell'*intentio* dell'*actio furti nec manifesti*, dove, com'è noto, si discorre di PRO FVRE DAMNVM DECIDERE OPORTERE; D. 4.4.9.2 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 13.1.7 pr. (Ulp. 42 *ad Sab.*); D. 47.2.46.5 (Ulp. 42 *ad Sab.*).

³³ Cfr. *supra*, nt. 30.

³⁴ In questo senso v. R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 117 s., e ivi nt. 12.

Questi dati contrastanti hanno affannato non poco gli studiosi, che, dal canto loro, hanno provato a spiegarli o scorgendovi modelli greci³⁵ o ingegnandosi nel tentativo di trovare soluzioni appaganti, nel quadro delle quali conciliare tali dati.³⁶ Come si accennava, anzi, si è giunti addirittura a pensare che anche contro il *fur nec manifestus* fosse possibile esercitare la *legis actio per manus iniectioem*, che il ladro avrebbe potuto però evitare pagando la pena del doppio. Il *Poenulus* rifletterebbe appunto questo più antico regime sanzionatorio.³⁷

La questione si riallaccia, più in generale, al problema della attendibilità delle informazioni fornite dai testi plautini per la ricostruzione del diritto romano.³⁸

Tuttavia, l'apparente contraddittorietà fra la pena dell'*addictio*, cui si allude chiaramente nella prima parte della commedia, e la pena del doppio dell'oro, che Agorastocle reclama alla fine dal lenone, si potrebbe risolvere ove si riconsideri l'intera trama del *Poenulus* ponendosi dal punto di vista dello scopo cui l'intero piano ordito da Milfione è preordinato prima, e realizzato poi. Non bisogna dimenticare, infatti, che Agorastocle vuol avere per sé Adelfasio, che è schiava di Lico. All'inizio della commedia il furto è inscenato allo scopo di ottenere dal pretore l'*addictio*, in favore di Agorastocle, dell'intera *familia* del lenone, di cui fa parte, appunto, anche Adelfasio (v. 186: *addicet praetor familiam totam tibi*). Ma dopo che si è scoperto che le due sorelle, in realtà, sono libere, e che Annone ha ottenuto il riconoscimento del loro stato, non vi è più motivo di perseguire tale scopo, e si potrebbe allora capire come mai il giovane, senza far più alcun riferimento al furto dello schiavo Collibisco, pretenda dal lenone il doppio del valore dell'oro sottratto, e finisca per accontentarsi, infine, della restituzione dei trecento filippi.³⁹

La circostanza che nel *Poenulus*, così come pure nell'*Aulularia*, Plauto sembrerebbe alludere a un atto con cui il ladro può esser trascinato contro la propria volontà innanzi al pretore,⁴⁰ in ogni caso, non legittima una lettura che vi scorge l'esercizio di una *legis actio per manus iniectioem* destinata a sfociare in un provvedimento di *addictio* in favore del derubato. Se vediamo bene, infatti, in tali riferimenti potrebbe ravvisarsi tutt'al più una *manus iniectio* contro il ladro che si rifiuta di seguire il derubato innanzi al pretore,⁴¹ perché nella *legis actio per manus iniectioem* il gesto di apprensione di una parte del corpo del *reus* avveniva quando costui era già innanzi al magistrato, nell'atto in cui era pronunciato il formulario con cui si indicava anche il titolo in base al quale veniva effettuata la *manus iniectio*, come risulta inequivocabilmente dal resoconto gaiano.⁴²

³⁵ Cfr. R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 120-124, e gli autori ivi citati. Sulla questione relativa al rapporto fra le scene di vita quotidiana rappresentate nel teatro del Sarsinate e il diritto greco v. anche la bibliografia citata in FALCONE, *Testimonianze plautine* cit., 182, nt. 15.

³⁶ Si vedano le opinioni criticamente richiamate, a tale proposito, in R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 124-128, nonché quella di CURSI, *Iniuria cum damno* cit., 52 s., nt. 123.

³⁷ È l'idea sostenuta da Renato La Rosa e ricordata *supra*, § 1, nt. 12.

³⁸ In generale v. TREVES FRANCHETTI, voce "Plauto", in *NNDI XIII* (1966) 130 ss.; LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'emptio consensuale*, in *Labeo* 14 (1968) 25 ss. [= AA. VV., *Studi in onore di E. Volterra V* (Milano 1971) 24 ss.], con bibliografia; DI SALVO, *Lex Laetoria* (Napoli 1979) 24 ss., nonché l'altra letteratura richiamata al riguardo da A. ROMANO, *Condanna «in ipsam rem» e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, in *Labeo* 8 (1982) 131, ntt. 1-5, cui *adde* GUARINO, *Il «furtum» nelle «XII Tabulae»* cit., 183; MARTINI, *'Tresviri' e 'manus iniectio' in Plauto*, in AA. VV., *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca V* (Napoli 2001) 293-313.

³⁹ In questo senso v. CURSI, *Iniuria cum damno* cit., 256.

⁴⁰ Plaut., *Poen.* 790: (LY.) *prius quam hinc optorto collo ad praetorem trahor?*; aul. 759: *Iam quidem hercle ad praetorem rapiam rell.*

⁴¹ In tal senso v. DEMELIUS, *Plautinische Studien*, in *ZRG I* (1861) 365 s.

⁴² Gai 4.21: *...Quae actio talis erat: qui agebat sic dicebat QVOD TV MIHI IVDICATVS (sive DAMNATVS) ES SESTERTIVM X MILIA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius prehendebat rell.*

A partire da BESELER, *Romanistische Bausteine*, in AA. VV., *Studi in memoria di A. Albertoni I* (Padova 1935) 436, l'inciso 'sive DAMNATVS' è stato ritenuto, di origine glossematica: cfr. LUZZATTO, *Proc. civ. rom.*, II, cit., 58 s.; LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit., 281; BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des*

4. Nei passi di Gaio e di Gellio, dunque, si parla solamente di un'*addictio* del ladro di condizione libera colto in flagrante previa fustigazione. Non si trova, invece, alcun riferimento diretto all'esercizio di una *manus iniectio*. Lo stesso può ripetersi per il *Poenulus*, dove si discorre sì, e più volte, di *addictio*, ma non si parla mai esplicitamente di *manus iniectio* o di *manum inicere*.

Anche se l'*addictio* menzionata da tali fonti avrebbe prodotto indubbiamente uno stato di asservimento, della cui natura – lo ricorda Gaio – i *veteres* discutevano,⁴³ non vi sono dati testuali che costringono a concludere che essa fosse preceduta, oltre che dalla *verberatio*, dal complesso verbale-gestuale della *legis actio per manus iniectioem*.⁴⁴

Per quel che può valere, inoltre, contro l'idea secondo cui nei confronti del *fur manifestus* libero potesse agirsi con *legis actio per manus iniectioem* può richiamarsi anche un *argumentum e silentio*. Infatti, se Gaio avesse avuto in mente l'applicazione della *legis actio per manus iniectioem* quando, riferendo nel terzo commentario le sanzioni contro il *fur manifestus*, parlava di *addictio*, avrebbe potuto effettuare un rinvio al prosieguo dell'esposizione. Questo rinvio, invece, manca.

Più in generale, appare strano che Gaio abbia ommesso la menzione di un caso di applicazione della *legis actio per manus iniectioem* previsto proprio dalla *Lex XII Tabularum*. Anche la trattazione di questo *modus agendi*, infatti, è svolta dal punto di vista, affermato in apertura dell'*excursus* sulle *legis actiones*, che muove dal significato di *legis actio* come 'azione introdotta da una legge'.⁴⁵ Ne costituisce una prima riprova già l'attacco del discorso in

römischen Privatrichters (Köln-Graz 1957) 159, nt. 119; LIEBS, *Damnum, damnare, und damnas. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischen Rechtswörter*, in ZSS 85 (1968) 230 s.; SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des 'iudex' in der 'legis actio'*, in AA. VV., *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel* (Frankfurt am Main 1984) 436, nt. 176, ha pensato a una 'Synonymenhäufung'; R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 43 s. Oggi, invece, si tende a rivalutarne la genuinità: v. gli autori richiamati a tale proposito da VALDITARA, *Sulle origini*² cit., 63, nt. 311, cui *adde* CORBINO, *La struttura dell'affermazione contenziosa nell'agere sacramento in rem*, in AA. VV., *Studi in onore di C. Sanfilippo VII* (Milano 1987) 160, nt. 61; BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano I* (1990) 185. Sulla base di tale alternativa, anzi, alcuni editori delle Istituzioni gaiane hanno ricostruito la lacuna del palinsesto veronese corrispondente al punto in cui è riportato il formulario della *solutio per aes et libram*. A giudizio di BEHREND, *Der Zwölfstafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts* (Göttingen 1974) 126, nt. 61, «Die in den Gaiusausgaben verbreitete Kleinschreibung: *sive ist paläographisch unbegründet*».

⁴³ Cfr. *infra*, § 7, e ivi nt. 77.

⁴⁴ In questo senso v. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel* cit., 443, seguito da KASER, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit* cit., 94, e ivi nt. 49; TALAMANCA, voce "Processo civile" cit., 11 s., nt. 81; v. ora anche FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano* (Milano 2003) 111, nt. 136; DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria'* cit., 428; CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano* (Padova 2005) 52.

Sarà bene ricordare, inoltre, che secondo alcuni studiosi l'*addictio* sarebbe stata inserita nel procedimento della *legis actio per manus iniectioem* solamente in un momento successivo: in questo senso v. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., 33 ss. (spec. 37; ma v. pure 108); SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA* 39 (1967) 223-225, per il quale il regime decemvirale avrebbe introdotto, con la previsione dell'*addictio*, un controllo del magistrato, con funzione garantistica, sull'autotutela esercitata dal privato contro il ladro; NICOSIA, *Il proc. priv. rom.*, I, cit., 87 ss. (con cui concorda ora anche PEPE, *Ricerche sul furto* cit., 151 s.), secondo cui l'*addictio* non sarebbe stata prevista nella struttura originaria della *manus iniectio*, ma vi sarebbe stata inserita solamente in un secondo momento, quando in seguito alle *leges Liciniae Sextiae* il magistrato fu chiamato a effettuare un controllo di merito nell'irrogazione delle pene previste dalle Dodici Tavole.

⁴⁵ Gai 4.11: *Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur ... quod legibus proditae erant rell.*

Gai 4.21: *Per manus iniunctionem aequae <de> his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, ueluti iudicati lege XII tabularum rell.*

Dopo aver trattato della *legis actio per conditionem*, Gaio passa a illustrare la *legis actio per manus iniunctionem* precisando subito che questo *modus agendi* trovava applicazione quando qualche legge lo avesse stabilito, come nel caso del *iudicatus*, secondo quanto disposto dalla legge delle Dodici Tavole.

Tutto il seguito del resoconto dedicato a questa *legis actio* è svolto nella stessa prospettiva, dove le altre applicazioni di *legis actio per manus iniunctionem* ricordate sono sempre riconnesse alle leggi che le avevano disposte. Così per il caso delle applicazioni *pro iudicato*, introdotte dalla *lex Publilia*, dalla *lex Furia de sponsu* e da altre *conplures leges*, come si dice in

Gai 4.22: *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniunctionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu aduersus eum, qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset; et denique conplures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt.*

Lo stesso può ripetersi per i casi di *manus iniectio pura* ricordati subito dopo in

Gai 4.23: *Sed aliae leges ex quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniunctionem, sed puram, id est non pro iudicato: ueluti lex <Furia> testamentaria aduersus eum, qui legatorum nomine mortis causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia aduersus faeneratores, ut si usuras exegisset, de his reddendis per manus iniunctionem cum eis ageretur.*

Anche queste applicazioni della *legis actio per manus iniunctionem*, dove era consentita al *reus* la possibilità di *manum sibi depellere et pro se lege agere*,⁴⁶ sono infatti ricondotte a interventi legislativi: la *lex Furia testamentaria*, e la *lex Marcia* contro i *feneratores*.⁴⁷

Stando così le cose, il silenzio su questa ipotetica applicazione della *legis actio per manus iniunctionem* può indurre a dubitare che del fatto che Gaio, pur avendo avuto ben presente tale caso quando si occupava delle sanzioni introdotte dalle Dodici Tavole contro il ladro libero colto in flagrante, se ne fosse poi dimenticato quando passò a trattare della *legis actio per manus iniunctionem*.

5. Nelle fonti giuridiche e letterarie, dunque, mancano del tutto prove testuali dirette dell'applicazione della *legis actio per manus iniunctionem* contro il *fur manifestus* libero, perché non si parla mai esplicitamente di una *manus iniectio*.

Ulteriori motivi di dubbio, poi, sono costituiti dalle anomalie che tale applicazione della *legis actio per manus iniunctionem* presenterebbe rispetto alle altre che conosciamo grazie al racconto gaiano.

Nelle fonti, infatti, non è ricordata per il *fur manifestus* la possibilità di ricorrere all'intervento di un *vindex*.⁴⁸

⁴⁶ Gai 4.24.

⁴⁷ La legge in questione è stata datata da ALBANESE, *Il proc. priv. rom. cit.*, 43, nt. 135, al 352 a.C.

⁴⁸ Ciò è stato osservato da TALAMANCA, voce "Processo civile" cit., 12, nt. 81; in questo senso v. anche PUGLIESE, *Intervento*, in AA. VV., 'Praesidia libertatis' cit., 209. Più sfumata la posizione di ALBANESE, *Il proc. priv. rom. cit.*, 47, secondo cui «non si sa se fosse possibile l'intervento d'un *vindex*, che però pare improbabile, dato che il *fur manifestus* era trattato più duramente del *iudicatus*».

Inoltre, qualora oggetto del furto non fosse stata una somma determinata di denaro, sarebbe mancato il carattere della ‘liquidità’⁴⁹ della somma per cui si agiva con *legis actio per manus iniunctionem*. Chi, in forza di un *iudicatum* o di una *damnatio* era assoggettato a un vincolo personale, infatti, poteva esser liberato con *solutio per aes et libram* grazie alla corresponsione di una quantità di denaro, in età più antica non coniato, il cui ammontare era determinato con una o più pesature da parte del *libripens*.⁵⁰ Proprio la mancata *solutio*, infatti, era uno degli elementi menzionati nel formulario della *legis actio per manus iniunctionem* contro il *iudicatus* inadempiente (QVANDOC NON SOLVISTI).

La *legis actio per manus iniunctionem*, dunque, poteva esperirsi per pretese non contestabili sotto un duplice aspetto, e cioè, si direbbe oggi, né in relazione al *quantum* né in relazione all’*an debeatur*.⁵¹

⁴⁹ Che questa *legis actio* presupponesse la liquidità del debito per cui si procedeva, almeno nell’applicazione contro il *iudicatus* e contro il *confessus*, è già stato osservato da lungo tempo in dottrina: v., fra gli altri, BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozeß*, I. *Legis actiones* (Bonn 1864) 196; GUGINO, *Trattato storico della procedura civile romana* (Palermo 1873) 120; COLLINET, *Contributions à l’histoire du droit romain*. III. *L’histoire de la confessio in iure*, in *RHD* 29 (1905) 171 s. e 174; PAOLI, *Lis infitiando* cit., 40; LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit., 284; VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, in *ZSS* 68 (1951) 352; KASER, *Das altröm. Ius* cit., 155; THORMANN, *Der doppelte Ursprung der Mancipatio*² (München 1969) 219 s., nt. 12; BEHREND, *Der Zwölftafelprozess* cit., 129 ss. (spec. 133); ALBANESE, *Il proc. priv. rom.* cit., 140. In senso contrario v. però EHRHARDT, *Litis aestimatio in der Zeit vor den leges Juliae iudicariae*, in *ZSS* 55 (1935) 46.

Più di recente anche CORBINO, *Il danno qualificato* cit., 51 s., riprendendo alcune osservazioni già formulate da CANNATA, *Delitto e obbligazione*, in *AA. VV., Illecito e pena privata* cit., 43, ha negato per queste e altre ragioni che prima dell’introduzione del processo formulare per il danneggiamento sanzionato dalla *lex Aquilia* dovesse ricorrersi alla *legis actio per manus iniunctionem*. Ma l’argomento non è nuovo in dottrina: v. PAOLI, *Lis infitiando* cit., 40 s.; LUZZATTO, *Proc. civ. rom.*, II, cit., 41. Per conto nostro rileviamo che al riguardo viene in considerazione un passo ulpiano dal quale si desume che l’azione esercitata *adversus confitentem* richiedesse comunque la determinazione successiva dell’ammontare per cui procedere. Si tratta di D. 9.2.25.2 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Notandum, quod in hac actionem, quae adversus confitentem datur, iudex non rei iudicandae, sed aestimandae datur: nam nullae partes sunt iudicandi in confitentes*. Questo passo (su cui v. la letteratura più antica citata da PAOLI, *Lis infitiando* cit., 92, nt. 2) mostra che si trattava di un’azione *incerta*, e, dunque, non rispondente al requisito della ‘certezza’ e della ‘liquidità’ presupposto nel regime della *legis actio per manus iniunctionem* che conosciamo dalla trattazione gaiana. L’opinione tradizionale, tuttavia, è stata riaffermata da VALDITARA, *Sulle origini*² cit., 41 ss. e 61 ss.

⁵⁰ Nel rituale della *solutio per aes et libram* la pesatura era diretta, in origine, a determinare la quantità dell’*aes* menzionata nel formulario pronunciato dal *solvens* (Gai 3.174). L’atto si configurava, nel suo complesso, come diretto a sciogliere il vincolo di natura personale cui si fa espresso riferimento nelle parole pronunciate dal *solvens*, in virtù della pesatura dell’*aes* (ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA). Si può discutere se, in origine, si trattasse di un eteroriscatto (sul punto v., sinteticamente, KASER, *Das röm. Privatrecht*, I², cit., 172). Ma nell’età in cui quest’atto librato non era ancora divenuto una *imaginaria quaedam solutio* (Gai 3.173), può ritenersi sicuro che la liberazione presupponesse un effettivo pagamento mediante la consegna di una quantità di *aes* (non monetato) determinata dal *libripens* con le pesature cui rinvia il formulario (HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQVE EXPENDO SECUNDVM LEGEM PVBLICAM), in seno all’atto stesso e alla presenza di un idoneo numero di testimoni puberi e cittadini romani. L’effetto liberatorio, comunque, sarebbe conseguito alla pesatura (effettiva in origine, come si è detto) della quantità di *aes* che era dovuta in base al titolo menzionato nella prima parte del formulario, ed esplicitamente indicata nel suo ammontare (QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS CONDEMNAVVS SVM). Ciò è confermato dalla notizia secondo cui l’erede poteva liberarsi dall’obbligazione nascente da un legato *per damnationem* solamente quando questo avesse avuto per oggetto una quantità di beni fungibili determinata nel suo ammontare (Gai 3.175).

⁵¹ Anche l’esercizio della *legis actio per manus iniunctionem*, dunque, sembra presupporre l’idea del *certum*. Più in generale, si può pensare che, in età più antica, la nozione di *certum* rilevante nel mondo del diritto, quando riguardasse il denaro, richiedesse una determinazione in base alla pesatura. Anche il formulario della *mancipatio* presupponeva, in origine, l’acquisto del potere su un bene o su una persona da parte del *mancipio accipiens* verso il pagamento di una quantità di *aes*, che era quella pesata dal *libripens* e poi consegnata al *mancipio dans*. In quest’epoca più risalente, si sa, l’*aes* non era ancora coniato, e la sua quantità poteva essere dunque determinata esclusivamente ricorrendo alla pesatura (cfr. Gai 1.122). Solamente con l’introduzione della moneta coniato, infatti, alla pesatura potrà sostituirsi la *numeratio*, e, prima che la *mancipatio* diventi una *imaginaria quaedam venditio* (Gai 119; v. anche Gai 1.113), il pagamento, poi divenuto simbolico, potrà esser fatto con

Infatti, con riguardo al primo aspetto – quello che per ora ci interessa – le Istituzioni di Gaio ci fanno sapere che colui che voleva *manum inicere* doveva menzionare sia il titolo (nell'esempio di Gaio: QVOD TV MIHI IVDICATVS siue DAMNATVS ES) sia l'ammontare della somma (nell'esempio riferito da Gaio: SESTERTIVM X MILIA) per cui procedeva,⁵² richiamando la mancata *solutio* (QVANDOC NON SOLVISTI), e ripetendo ancora una volta l'ammontare di quella stessa somma e del fondamento dell'azione nella seconda parte del formulario corrispondente al gesto di apprensione dell'avversario, riferendosi a quanto detto in precedenza.⁵³

Il secondo aspetto, invece, si manifestava anche nella struttura non dialogica del formulario della *legis actio per manus iniectioem*, che si articolava su una doppia affermazione marcatamente assertiva: la prima, introdotta da QVOD,⁵⁴ e la seconda da QVANDOC.⁵⁵ Mentre,

pecunia numerata, prescindendosi dalla pesatura dell'*aes*. L'effetto di acquisto in seno alla *mancipatio* era dunque originariamente riconnesso, oltre che alla pronuncia delle parole solenni in presenza di un adeguato numero di testimoni, alla pesatura da parte del *libripens* e alla consegna dell'*aes* pesato con la *aenea libra* (in progresso di tempo, del *raudusculum*), menzionati nel formulario (ISQVE MIHI EMPTVS ESTO HOC AERE AENAEQVE LIBRA), al soggetto *qui mancipio dat*, secondo quanto può ricavarsi da Gai 1.119 e 3.167 (per la *mancipatio familiae* v., invece, Gai 2.104). La pesatura svolgeva una analoga funzione, come si è visto, anche nel rituale della *solutio* librare (v. nt. precedente).

⁵² Almeno a partire dall'epoca in cui fu introdotta la moneta a Roma. Sul punto v. LEVY-BRUHL, *Recherches* cit., 284: «Tout d'abord, à partir d'une certain époque, postérieure aux XII Tables, la *Manus Iniectio* suppose une dette liquide qui s'exprime en argent». Al riguardo v. anche NICOSIA, *La 'manus iniectio'* cit., 172 [= *Silloge*, II, cit., 651], il quale ha notato che Gaio riporta un esempio in chiave attualizzante, perché in età decemvirale non c'erano ancora i sesterzi, ma gli assi.

Come è stato osservato da BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 99 (1982) 128 ss. (spec. 130 ss.), il fatto che in alcuni versetti delle Dodici Tavole (come in XII tab. 2.1a = Gai 4.14) si parli di *as* non implica necessariamente che il testo decemvirale si riferisse alla moneta coniata, perché il termine avrebbe potuto alludere all'*aes rude* in circolazione con un marchio che ne indicava l'origine. Nello stesso senso v. già KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1. *Privatrecht* (Leipzig 1901) 365. Analoga osservazione è stata svolta, con riferimento specifico al versetto posto dai moderni editori in XII tab. 3.1, da ALBANESE, *Il proc. priv. rom.* cit., 37, nt. 106. Ciò consente di scalzare alla base le osservazioni di quanti hanno pensato che le disposizioni decemvirali in cui è menzionato l'*aes* siano frutto di rammodernamenti, come sostenuto per esempio da LÉVY-BRUHL, *Recherches* cit., 282, in relazione a XII tab. 3.1, o da FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano* (Napoli 1961) 8 s., in relazione alla norma per cui la *summa sacramenti* per le liti di libertà era fissata in cinquanta assi, secondo quanto si ricorda in Gai 4.14. Al riguardo, infatti, appare condivisibile la critica di MARRONE, *Rec. di FRANCIOSI, Il processo di libertà*, in *IVRA* 13 (1962) 261, e ivi nt. 10 [= *Scritti giuridici* II (Palermo 2003) 940, e ivi nt. 10], secondo cui «le XII Tavole, parlando di assi, avrebbero fatto riferimento non a moneta coniata, ma a metallo destinato ad essere pesato»; v. anche PUGLIESE, *Il proc. priv. rom.*, I, cit., 306, nt. 149. In proposito va ricordato che BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria* cit., 182 s., ha mostrato la propria fiducia nella credibilità delle notizie fornite dalle fonti, desumendone che «in età decemvirale fosse corrente la determinazione in denaro (*aes signatum*) sia di multe comminate, a sanzione di illeciti a carattere pubblicistico, da organi cittadini, sia della *summa sacramenti*».

⁵³ Gai 4.21: *...qui agebat sic dicebat QVOD TV MIHI IVDICATVS (siue DAMNATVS) ES SESTERTIVM X MILIA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius prehendebat* rell. Nel caso di *manus iniectio pro iudicato*, invece, si inserivano le parole PRO IVDICATO, mentre nel caso di *manus iniectio pura* l'attore avrebbe dovuto indicare nel formulario il titolo in base al quale agiva, come risulta dalla lettura di Gai 4.24: *...nam et actor in ipsa legis actione non adiciebat hoc uerbum PRO IVDICATO, sed nominata causa ex qua agebat ita dicebat OB EAM REM EGO TIBI MANVM INICIO* rell.

⁵⁴ Questo stesso QVOD si riscontra anche, con lo stesso valore, nel formulario della *cretio* (Gai 2.166), in quello della *solutio per aes et libram* (Gai 3.174) e in quello della *cognitoris datio* (Gai 4.83). Si veda anche la formula della *belli indicio* pronunciata dal feziale, alla presenza di almeno tre testimoni puberi (verosimilmente stranieri), sui confini del popolo al quale dichiarare guerra, scagliando un'asta di corniolo dalla punta indurita dal fuoco, secondo quanto riferito da Liv. 1.32.12. Come è stato recentemente ricordato da ALBANESE, «*Res repetere*» e «*bellum indicere*» nel rito feziale (Liv. 1,32,5-14), in *AUPA* 46 (2000) 44 [= *Scritti giuridici* IV (Palermo 2006) 756], infatti, la struttura sintattica di questa formula è perfettamente identica a quella della *legis actio per manus iniectioem*, della *solutio per aes et libram*, della *cretio* e della *cognitoris datio* riferite nelle Istituzioni di Gaio.

⁵⁵ Sul valore causale di questo *quandoc* v. KALB, *Wegweiser in die römische Rechtsprache* (Leipzig 1912; 2^a rist. Aalen 1984) 111 s.

però, il QVANDOC, come in altri formulari di *legis actiones* contenziose,⁵⁶ introduce la seconda parte del formulario dopo che entrambe le parti hanno parlato, evidenziando una situazione di contrasto da risolvere, il QVOD del formulario della *legis actio per manus iniectioem* non ammette replica.⁵⁷

È proprio questo duplice carattere della ‘certezza’ relativo all’*an* e al *quantum debeatur*, anzi, che accomuna tutte le ipotesi di applicazione di questa *legis actio* trattate da Gaio.⁵⁸

In relazione al caso del *fur manifestus*, tuttavia, l’aspetto della liquidità della somma per cui si agisce manca ogni qual volta la refurtiva sia diversa da una somma determinata di denaro. Né risulta attestata, per il ladro *addictus*, la possibilità di liberarsi dal vincolo con *solutio per aes et libram*.⁵⁹

Per superare un’obiezione di questo genere si è allora congetturata l’applicazione dell’*arbitrium liti aestimandae*,⁶⁰ senza forse tener debito conto del fatto che nelle fonti non si rinviene alcun elemento che suffraghi in qualche modo questa ipotesi.⁶¹

6. Si è anche affermato⁶² che nel campo dei delitti, in età più antica, sarebbe stata ammessa la *manus iniectio* indipendentemente dalle difficoltà che sarebbero potute derivare dalla determinazione di una composizione pecuniaria. Ciò sarebbe provato dal fatto che anche nel caso di *damnum iniuria datum* la *lex Aquilia* avrebbe accordato la *legis actio per manus iniectioem*, come dimostrerebbe la circostanza che nel processo formulare l’*actio legis Aquiliae* è caratterizzata dalla cosiddetta litiscrescenza in caso di *infittatio* da parte del convenuto.⁶³

Secondo quanto si ritiene comunemente, infatti, il regime delle altre azioni che nel sistema del processo *per formulas* avevano preso il posto della antica *legis actio per manus iniectioem* obbediva al principio per cui *lis infittando crescit in duplum*.⁶⁴ Questo gruppo di azioni è ricordato in

⁵⁶ Cfr. Gai 4.16 per la *legis actio sacramento in rem*; Gai 4.17a-b per la *legis actio per iudicis postulationem* e per la *legis actio per conductionem*.

⁵⁷ In argomento v. le osservazioni svolte con la consueta chiarezza da ALBANESE, *Riflessioni in tema di ‘legis actiones’*, in AA. VV., *Studi in onore di E. Volterra II* (Milano 1971) 212 ss. [= *Scritti giuridici*, I, cit., 1024 ss.].

⁵⁸ E cioè, volendo riassumere: i casi di *manus iniectio iudicati* (Gai 4.21); quelli di *manus iniectio pro iudicato* nei casi previsti dalla *lex Publilia*, dalla *lex Furia de sponsu* e da *conplures aliae leges* non meglio specificate (Gai 4.22); e, infine, quelli di *manus iniectio pura* introdotti dalla *lex Furia testamentaria* e dalla *lex Marcia* (Gai 4.23).

⁵⁹ Ciò è stato notato da CANNATA, *Corso*, II,1, cit., 59, il quale ha pure osservato che in questo caso «il *fur manifestus* non subiva la *manus iniectio* per una somma di denaro».

⁶⁰ V., per esempio, ALBANESE, *Il proc. priv. rom.* cit., 48 e 109, in ciò seguito da BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria* cit., 191, nt. 62. Il problema dell’applicabilità della *manus iniectio* per pretese non liquidate in denaro, con possibilità di ricorrere a un *arbitrium liti aestimandae* svolto nelle forme della *legis actio per arbitri postulationem*, è stato posto, più in generale, da TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 295; sul punto v., analogamente, KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*² cit., 135.

⁶¹ Di questo *arbitrium*, ricordato in una nota di Valerio Probo (Prob. 4.10: *A.L.A. arbitrium liti aestimandae*), infatti, conosciamo solamente il nome e la sua risalenza al sistema delle *legis actiones*.

⁶² Da parte di ARANGIO RUIZ, *La répression* cit., 125 s. [= *Scritti giuridici*, II, cit., 387 s.]. In senso analogo v. anche KASER, *Das röm. Privatrecht*, I², cit., 147 s.; VALDITARA, *Sulle origini*² cit., 49 s.

⁶³ Gai 4.9; 4.171; PS. 1.19.1; I. 3.27.7; PT. 3.27.7; con specifico riferimento all’*actio legis Aquiliae*: D. 9.2.2.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 9.2.23.10 (Ulp. 18 *ad ed.*).

⁶⁴ In argomento v. anche RUDORFF, *Ueber die Litiscrescenz* cit., 403 ss.; PAOLI, *Lis infittando* cit., 135 ss.; KASER, *Das altröm. Ius* cit., 118 ss.; ID., *Unmittelbare Vollstreckbarkeit* cit., 85 s.; R. LA ROSA, *La repressione del ‘furtum’* cit., 18.

Gai 4.9: *Rem uero et poenam persequimur uelut ex his causis, ex quibus aduersus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt* rell.⁶⁵

e in

PS. 1.19.1: *Quaedam actiones si a reo infitiantur, duplantur, uelut iudicati, depensi, legati per damnationem relictis, damni iniuriarum legis Aquiliae, [item de modo agri, cum a uenditore emptor deceptus est].*⁶⁶

Il particolare regime che prevedeva la condanna al doppio in caso di *infitiatio* è stato riconnesso dalla moderna dottrina al rischio di condanna al doppio cui sarebbe andato incontro il *vindex* che avesse contestato infondatamente la pretesa per la quale si era agito con *legis actio per manus iniunctionem*.⁶⁷ Ma proprio in relazione al *fur manifestus* non risulta attestata, come si diceva, la possibilità di dare un *vindex*.⁶⁸

⁶⁵ Le stesse azioni sono elencate, nel medesimo ordine, anche in Gai 4.171: ... *aduersus infitiantem ex quibusdam causis dupli actio constituitur, ueluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur* rell. (quest'ultimo passo lacunoso del palinsesto veronese è stato integrato *ad sensum* dagli editori in base a quanto si legge in I. 4.16.1); v. anche I. 3.27.7: ...*sic namque definiverunt veteres: ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, ueluti ex lege Aquilia, item ex legato. quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicumque fuerant legata* rell.

⁶⁶ Cfr. PS. 2.17.4: *Distraeto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta conuenitur.*

⁶⁷ L'opinione della riconducibilità di tutti i casi di litiscrescenza a una fonte comune è stata affermata da KASER, *Das altröm. Ius* cit., 122, nt. 19; v., in modo più sfumato, anche KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*² cit., 139 s. Nella manualistica italiana il nesso originario fra la cosiddetta litiscrescenza e la *legis actio per manus iniunctionem* è stato riconosciuto da TALAMANCA, *Istituzioni* cit., 295 e 337; MARRONE, *Istituzioni*² cit., 71 s., ntt. 27 e 32; SPAGNUOLO VIGORITA, in AA. VV., *Diritto privato romano. Un profilo storico* (Torino 2003) 116. In senso contrario v. però MITTEIS, *Ueber das Nexum* cit., 116 s.; PAOLI, *Lis infitiando* cit., 32 ss.; LUZZATTO, *Proc. civ. rom.*, II, cit., 41, nt. 1; nonché, più di recente, SELB, *Vom geschichtlichen Wandel* cit., 444, nt. 210, a parere del quale non tutti i casi di litiscrescenza «sind ... gleich der Vollstreckungsverweigerung zuzuordnen».

In realtà, poiché Gaio non parla affatto della condanna al doppio del *vindex* (cfr. *supra*, § 1, nt. 7), la dottrina ha trovato un appiglio testuale in quanto si legge in *lex Ursonensis* (FIRA I² n. 21), cap. 61: *Si quis in eo uim faciet, ast eius uincitur, dupli damnas esto colonis(que) eius colon(iae) HS CCCLXXX d(are) d(amnas) esto, eiusque pecuniae cui uolet petitio, Ihuir(o) quieue i(ure) d(icundo) p(raerit) exactio iudicatioque esto*. In tal senso v. CRUZ, *Da «solutio»*. Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins, I. *Épocas arcaica e clássica* (Coimbra 1962), 51; KASER, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit* cit., 92 s., nt. 43; KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*² cit., 139, nt. 57; CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I (Torino 2001) 119, e ivi nt. 140. In un primo momento, invece, richiamandosi a EXNER, *Zur Stelle über die 'Manus Iniectio' in der 'Lex Coloniae Iuliae Genetivae'*, in ZRG 13 (1878) 394-398, KASER, *Das altröm. Ius* cit., 196 s., nt. 25 (v. anche *op. cit.*, 123, nt. 21), aveva negato che questo passo del cap. 61 della *lex Ursonensis* facesse riferimento alla responsabilità del *vindex* soccombente, riguardando piuttosto quella di chi avesse esercitato violenza nei confronti del *iudicatus* che si trovasse in condizione di *Schuld knecht*, sottraendolo illecitamente al creditore. Seguendo questa interpretazione del brano della *lex Ursonensis*, però, verrebbe a mancare l'unica prova testuale del fatto che il *vindex* intervenuto a *manum depellere* nel procedimento della *legis actio per manus iniunctionem* fosse condannato al doppio in caso di soccombenza. La dottrina, nondimeno, ha ricavato la convinzione che in caso di soccombenza del *vindex* vi fosse una condanna al doppio dalla circostanza che nel processo formulare due delle azioni che presentano il carattere della cosiddetta litiscrescenza, ossia l'*actio iudicati* e l'*actio depensi*, derivano sicuramente dalla *legis actio per manus iniunctionem* (rispettivamente *iudicati* e *pro iudicato*); sul punto v. PUGLIESE, *Il proc. priv. rom.*, I, cit., 309 e 313; ALBANESE, *Il proc. priv. rom.* cit., 46 s.

⁶⁸ Non si capisce bene su quali basi si regga l'affermazione di PEPPE, *Studi*, I, cit., 193 s., nt. 31, secondo cui ove «il *fur manifestus* non si fosse opposto in giudizio al derubato» si sarebbe trovato nella situazione del *confessus*, mentre nel caso di opposizione si sarebbe giunti a una sentenza con un raddoppiamento della *poena*.

D'altra parte, considerando che il riferimento all'*actio de modo agri* può ritenersi spurio nel testo delle *Pauli sententiae*,⁶⁹ e che all'elencazione gaiana deve riconoscersi carattere tassativo,⁷⁰ si può subito notare che l'*actio furti manifesti* al quadruplo sicuramente non appartiene alla famiglia delle azioni in cui l'*infittatio* del convenuto determina il raddoppio della condanna. In questa azione, infatti, la condanna era commisurata sin dall'inizio in un multiplo, e cioè a prescindere dall'atteggiamento tenuto dal convenuto, come è esplicitamente precisato dallo stesso Gaio in

Gai 4.173: *Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est ueluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli. Nam ex his causis et aliis quibusdam, siue quis neget siue fateatur, pluris quam simpli est actio.*⁷¹

È questa la ragione per cui all'*actio furti manifesti* non si applicava la regola, propria delle azioni caratterizzate da litiscrescenza, in virtù della quale era esclusa la ripetizione dell'indebito a mezzo di *condictio*.⁷² Come si puntualizza in un passo del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, infatti, tale regola non avrebbe trovato applicazione nei casi in cui l'azione fosse stata al doppio o al quadruplo sin dall'inizio,⁷³ e cioè a prescindere dall'eventuale *infittatio* del convenuto.

Stando così le cose, non può concludersi con piena tranquillità che in età più antica fosse possibile esperire la *legis actio per manus iniunctionem* in caso di *furtum manifestum* così come avveniva in caso di *damnum iniuria datum*. Per quanto seducente, infatti, questo argomento non riesce a convincere, e si espone a più di una critica.

Anzi tutto va ricordato che non è affatto pacifico il presupposto da cui muove, e cioè che la cosiddetta litiscrescenza dell'*actio legis Aquiliae* derivi dalla *legis actio per manus iniunctionem*.⁷⁴

In secondo luogo, se davvero dal carattere della litiscrescenza dell'*actio legis Aquiliae* si dovesse desumere che in caso di danno aquiliano si desse, in età più antica, la *legis actio per*

⁶⁹ Cfr. *supra*, § 1, nt. 8.

⁷⁰ In questo senso MITTEIS, *Ueber das Nexum* cit., 114 s., nt. 5. Hanno invece sostenuto che l'elenco fornito da Gaio fosse solamente esemplificativo ALBANESE, *Il proc. priv. rom.* cit., 50, nt. 172, e SPAGNUOLO VIGORITA, *Dir. priv. rom.* cit., 116, nt. 119.

È vero che al *ueluti* di Gai 4.171 può riconoscersi valore introduttivo di un elenco esemplificativo, secondo un impiego ricorrente nelle Istituzioni gaiane: in tal senso v. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii* (Napoli 1979) 2, nt. 5, seguito da VALDITARA, *Superamento dell'æstimatio rei' nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai 'non domini'* (Milano 1992) 190. La lettura di quanto viene detto in Gai 4.9, nondimeno, non può lasciar spazio a dubbi. Infatti, nell'indicare quali siano le azioni miste, nelle quali *rem et poenam persequimur*, si dice che ciò avviene per esempio (*uelut*) nelle cause in cui *adversus infittantem* si agisce *in duplum*; e subito dopo si precisa che ciò avviene – ma in questo contesto il *uelut* di prima non ha più alcun valore – nell'*actio iudicati*, in quella *depensi*, in quella *damni iniuriae legis Aquiliae* e nell'azione *legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt*. Quest'ultimo elenco, dunque, non può ritenersi esemplificativo.

⁷¹ Lo stesso si ripete in I. 4.16.1: *Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio ueluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli: nam ex his causis et aliis quibusdam, siue quis neget siue fateatur, pluris quam simpli est actio.*

⁷² Tale regola, conosciuta dallo stesso Gaio in D. 4.4.25 pr. (Gai. 4 *ad ed. prov.*), e ricordata in C. 4.5.4 (Imp. Diocl. et Maxim. Heraclio, a. 293), si trova formulata in termini generali anche in I. 3.27.7: *Ex quibusdam causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. sic namque definiverunt veteres: ex quibus causis infittando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, ueluti ex lege Aquilia, item ex legato rell.* Il seguito di questo passo è stato riconosciuto da lungo tempo di fattura compilatoria: nella letteratura più recente v. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle 'Institutiones' di Giustiniano*, in *AUPA* 45.1 (1998) 265, nt. 91.

⁷³ D. 12.6.23.4 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Si qua lex ab initio dupli vel quadrupli statuit actionem, dicendum est solutum ex falsa eius causa repeti posse.*

⁷⁴ Cfr. *supra*, § 5, nt. 49.

manus iniectioem, come nel caso di *furtum manifestum* commesso da un ladro libero, si dovrebbe spiegare come mai l'*actio furti manifesti* non avesse conservato questa peculiarità.

7. A nostro parere l'*addictio* prevista come sanzione per il ladro colto in flagrante di condizione libera non era un momento della *legis actio per manus iniectioem*, ma una gravissima sanzione, preceduta da una misura coercitiva (la *verberatio*),⁷⁵ che avrebbe ridotto il ladro in uno stato di assoggettamento personale, analogo a quello in cui si trovava il *iudicatus* insolvente che in seguito a *legis actio per manus iniectioem* fosse stato *addictus* al creditore.⁷⁶ Lo stesso Gaio⁷⁷ ci fa sapere che i *veteres* discutevano se il ladro, in seguito all'*addictio*, divenisse schiavo o si trovasse nella situazione dell'*adiudicatus*. Si spiega, così, come mai Gellio discorresse senz'altro di *tradere in servitutem* in riferimento al *fur*

⁷⁵ Sul punto v. SANTALUCIA, *Intervento*, in AA. VV., *Illecito e pena privata* cit., 195 s., il quale ha precisato che la fustigazione del ladro colto in flagrante prevista dalle Dodici Tavole non può considerarsi una pena, ma una misura disciplinare che precedeva l'applicazione della pena vera e propria, costituita dall'*addictio*. Nello stesso senso v. già CARRELLI, *La repressione del furto flagrante* cit., 117, che riconduceva la *verberatio* ai poteri di coercizione del magistrato.

⁷⁶ Situazione analoga, ma non identica, perché gli effetti derivanti dall'*addictio* del *iudicatus* (o del *confessus*, che al *iudicatus* era equiparato) erano diversi da quelli che conseguivano all'*addictio* del *fur manifestus*.

A differenza di quello del *iudicatus* insolvente, infatti, lo stato di asservimento del ladro non era predeterminato nella sua durata, tanto che in uno squarcio di un'orazione di Catone il Censore, riferito da Gellio nelle Notti Attiche, si ricordava che i responsabili di furti commessi nei confronti dei privati, a differenza di quanti si fossero macchiati di peculato, *in nervo atque in compedibus aetatem agunt*. Si legga, al riguardo, Gell. 11.18.18: *Sed enim M. Cato in oratione quam de praeda limitibus dividenda scripsit vehementibus et inlustribus verbis de impunitate peculatus atque licentia conqueritur. Ea verba, quoniam nobis impense placuerant, adscripsimus: «Fures – inquit – privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt, fures publici in auro atque in purpuram»*. Benché in questo passo si contrappongano genericamente i *fures publici* ai *fures privati*, sembra plausibile che il riferimento a coloro che, per aver rubato beni privati, trascorrono la vita in ceppi e in catene prendesse spunto dalla situazione di assoggettamento personale in cui si trovava il *fur manifestus* in seguito all'*addictio*.

Il *iudicatus addictus*, inoltre, era persona assoggettata al creditore, ma libera (secondo quanto risulta chiaramente da Gai 3.199, dove si ricorda che poteva configurarsi anche un furto di uomini liberi, come quello che poteva avere per oggetto il *iudicatus*), e poteva amministrare i propri beni per sostentarsi durante la prigionia, come si può ricavare dal versetto riferito in Gell. 20.1.45, e collocato dai moderni editori in XII tab. 3.4: *si volet, suo vivito* (in questo senso v. PEPPE, *Studi*, I, cit., 105, e ivi nt. 45; ALBANESE, *Il proc. priv. rom.* cit., 45; NICOSIA, *Il proc. priv. rom.*, II, cit., 149; KASER-HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*² cit., 143).

⁷⁷ Gai 3.189: *...utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant* rell. Il termine *adiudicatus* è un *hápax legómenon*, nel quale, secondo TALAMANCA, *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori*, in AA. VV., *Le Dodici Tavole* cit., 358, nt. 80, sarebbe «difficile non vedere un *addictus* in seguito all'esperimento della *manus iniectio*». Tale termine era considerato una variante di *addictus* da parte di LEIST, voce "*Addictus*", in *RE I* (1894) 352.

Si è anche pensato che il genitivo '*adiudicati*' potrebbe esser frutto di un errore di un amanuense, e dovrebbe pertanto emendarsi in '*iudicati*'; oppure che i moderni editori delle Istituzioni gaiane abbiano erroneamente interpretato le lettere AD con cui termina la riga del fol. 34r del manoscritto veronese. Nel primo senso v. ALBANESE, *Il proc. priv. rom.* cit., 37, nt. 105 e 48, nt. 160; nel secondo, invece, BÖHM, *Zu Gaius inst. 3, 178 und 189*, in *RHD* 46 (1978) 133 s., a giudizio del quale, in luogo di AD bisognerebbe leggere TAT, abbreviazione di *tantum*.

Ad avviso di LIEBS, *Dammum, damnare und damnas* cit., 236, invece, in questo passo si parlerebbe di *adiudicatus*, perché il termine *addictus* sarebbe stato, in sé, ambiguo, in quanto sulla base di un *iudicatum* avrebbe condotto a una *Schuld knechtschaft* che non avrebbe inciso sulla libertà dell'*addictus*, mentre in base a un giudizio capitale avrebbe costituito titolo per una *servitus poena*; sarebbe per questa ragione, dunque, che in Gai 3.189 l'*addictus* in base a un procedimento capitale sarebbe stato tecnicamente indicato come *adiudicatus*. Tale spiegazione è stata però criticata da FIORI, *Ea res agatur* cit., 84, nt. 51, a giudizio del quale anche il debitore insolvente *addictus* avrebbe subito una *poena capitis*, perdendo la libertà e la cittadinanza romana.

manifestus assegnato al *derubato*,⁷⁸ e perché il grammatico Nonio Marcello potesse dire che i ladri erano detti anche *servi*.⁷⁹

Ci sembra ragionevole credere che la fustigazione fosse effettuata dai subalterni dello stesso magistrato che avrebbe poi effettuato l'*addictio*.⁸⁰ Questo dato, in realtà, non è esplicitamente attestato con riferimento al *fur manifestus* di condizione libera, ma si può desumere dal fatto che le Dodici Tavole, secondo quanto ricordato nelle Notti Attiche,⁸¹ stabilivano che il ladro impubere fosse fustigato *arbitratu praetoris*. E poiché Gellio non parla di pretore con esclusivo riferimento ai magistrati creati dopo le leggi Licinie Sestie,⁸² si può ragionevolmente ritenere che prima del 367 a.C. tale magistrato fosse uno dei due consoli, che, come il pretore, avevano al proprio servizio i littori dotati di fasci, composti da verghe con le quali effettuare la *verberatio*.

La questione va inquadrata, peraltro, nel più ampio contesto repressivo del sistema decemvirale, che prevedeva l'intervento di un organo statutale, come il magistrato, il quale, prima di provvedere all'*addictio* del ladro, avrebbe esercitato nei suoi confronti il proprio potere coercitivo. Analogo intervento si può riscontrare anche in altre fattispecie sanzionate

⁷⁸ Gell. 20.1.7: ... nisi duram esse legem putas, ... quae furem manifestum ei cui furtum factum est in servitute tradit rell.

⁷⁹ Non., *de comp. doctr.* s.v. *Fures* [L. 484 = M. 310]: *Fures etiam servi sunt dicti*. In realtà, anche in ordine ai debitori insolventi che fossero stati *addicti* ci si era chiesti se essi fossero schiavi in senso stretto. Di tale questione siamo informati da un passo di Quintiliano dove è riportata una disputa fra retori sulla definizione del *servus*, e che sembra riferirsi all'*addictio* del debitore insolvente. Dalla lettura di questo passo si desume che era prevalsa la soluzione in base alla quale la posizione dell'*addictus* non era identica a quella dello schiavo propriamente detto. Si tratta di Quint., *Inst. or.* 7.3.26-27: [26] *Circa propria ac differentia magna subtilitas, ut cum quaeritur an addictus, quem lex servire, donec soluerit 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 servitute servit». Quae finitio, etiam si distat aliquo, nisi tamen propriis et differentibus adiuvatur, inanis est. [27] *Dicet enim adversarius servire eum servitute aut eo iure quo servum. Videmus ego propria et differentia, quae libro quinto leuiter 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*. Il riferimento agli *addicti* si ricava dall'allusione alla *lex* che ordina di *servire, donec solverit*. Questa notizia, tuttavia, non è del tutto perspicua, in quanto noi sappiamo che il creditore avrebbe tenuto in stato di assoggettamento il debitore che gli era stato *addictus* dal magistrato per sessanta giorni di tempo, durante i quali avrebbe dovuto condurlo per tre mercati consecutivi nel foro innanzi al magistrato, e successivamente avrebbe potuto ucciderlo o venderlo *trans Tiberim* (XII tab. 3.6 [ed. Riccobono], riferito in Gell. 20.1.47). Anche per questa ragione in dottrina si è svalutato il valore del testo di Quintiliano. Potrebbe allora pensarsi che si tratti del *nexus* insolvente, definito in termini analoghi in Varr., *de lingua Lat.* 7.5.105 (*liber qui suas operas in servitute pro pecunia quam debet dat dum solveret nexus vocatur, ut ab aere obaeratus*). Comunque sia, dal brano di Quintiliano si desume che lo schiavo poteva essere manomesso diventando liberto, mentre l'*addictus* per debiti, una volta riacquistata la propria libertà, sarebbe stato considerato ingenuo. La notizia è confermata anche da Quint., *Inst. or.* 5.10.60: *Quod autem proprium non erit, differens erit, ut, aliud est servum esse, aliud servire; qualis esse in addictis quaestio solet: 'qui servus est, si manu mittatur, fit libertinus, non item addictus', et plura, de quibus alio loco*. Sul punto v., da ultimo, FIORI, *Servire servitute*, in AA. VV., *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca III* (Napoli 2001) 385 ss., con richiami alla precedente letteratura.*

⁸⁰ In questo senso v. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 776 s.; CARRELLI, *La repressione del furto flagrante* cit., 117; BALZARINI, *Il furto manifesto* cit., 57 s. e 61, con cui concorda PEPE, *Ricerche sul furto* cit., 146. A parere di SANTALUCIA, *Intervento* cit., 195 s., la *verberatio* sarebbe stata eseguita dai *tresviri capitales* e, in età più antica, dai *quaestores*; in senso analogo v. anche ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome* (London, 1995) 24; CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore* (Napoli 1999) 135 s. In senso contrario v. NICOSIA, *Intervento*, in AA. VV., *Illecito e pena privata* cit., 191, a giudizio del quale la fustigazione sarebbe stata personalmente effettuata dal *derubato*; PEPE, *Ricerche sul furto* cit., 154, secondo cui la *verberatio* sarebbe stata eseguita dal *derubato*, anche se su ordine del magistrato, conservando, così, il carattere di pubblico castigo.

⁸¹ Gell. 11.18.8, trascritto *supra*, nel testo, § 2.

⁸² Cfr. VARVARO, *'Manu(m) conserere' e 'omnibus verbis vindicare'* (Gell. 20.10.7), in AA. VV., *Le Dodici Tavole* cit., 284; v. anche CANNATA, *Corso*, II,1, cit., 42 s., e ivi nt. 122.

dalle Dodici Tavole, che stabilivano la *verberatio* del colpevole.⁸³ In proposito è opportuno ricordare come, da parte di alcuni studiosi, siano state sottolineate le difficoltà che risulterebbero da una collocazione dell'antico *furtum* nell'ambito della categoria dei *delicta* in senso stretto.⁸⁴ Si comprenderebbe meglio, invece, come mai Gaio discorra più volte di *crimen* in relazione al *furtum*.⁸⁵

Si è anche pensato che, in seguito all'*addictio*, il derubato potesse esercitare sul ladro il *ius vitae ac necis*.⁸⁶ Ma nelle fonti non si trova alcun indizio esplicito in tal senso. D'altra parte, la circostanza che Gaio parli, al riguardo, di *poena capitalis*⁸⁷ non impone certamente la conclusione che essa dovesse comportare, prima o poi, la morte del ladro. Come si è visto, infatti, l'*addictio* determinava uno stato di assoggettamento personale, simile alla schiavitù, che avrebbe avuto come conseguenza la perdita della libertà e della cittadinanza romana, configurandosi come *capitis deminutio*.⁸⁸ Ciò, del resto, è confermato da quanto si legge in un

⁸³ Cfr. XII tab. 8.9 (ed. Riccobono), cui si è accennato più su, § 2, nt. 19; XII tab. 8.10 (ed. Riccobono).

⁸⁴ Sul punto v. BALZARINI, *Il furto manifesto* cit., 56 e 59, seguito da PEPE, *Ricerche sul furto* cit., 146 s., e ivi nt. 247. Al riguardo sarà bene richiamare anche quanto osservato sul piano metodologico da TALAMANCA, *Forme negoziali e illecito*, in *Poteri negotia actiones nella esperienza romana arcaica*, in *Atti Copanello 1982* (Napoli 1984) 138, e cioè che «Nell'ignoranza in cui ci troviamo intorno a tanti particolari sulla normativa decemvirale relativa agli illeciti penalmente rilevanti può apparire più prudente non postulare, incondizionatamente, un'identità totale di struttura e di funzione tra le figure delittuose della tarda repubblica e del principato e gli illeciti penali di diritto privato della metà del V sec. a.C.».

⁸⁵ Gai 3.197; 3.208; 4.178. Di *crimen* e di *scelus* con riferimento al furto si parla anche, rispettivamente, in Isid., *etym.* 5.26.18 e Serv., *ad Verg. Aen.* 8.205.

⁸⁶ Così LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, in *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Phil.-Hist. Klasse*, 21 (1930-1931) 11 s. [= *Gesammelte Schriften* II (Köln-Graz 1963) 330 s.], secondo cui in seguito all'*addictio* sarebbe stato possibile, per il derubato, esercitare il diritto di uccidere (*Tötungsrecht*) il ladro che gli era stato *addictus*, oppure quello di venderlo come schiavo o di tenerlo presso di sé in uno stato di asservimento (come *Schuld knecht*); questa seconda ipotesi sarebbe divenuta la regola, di modo che, parallelamente alla scomparsa del *ius vitae necisque* sul debitore inadempiente, sarebbe venuto meno anche tale diritto nei confronti del ladro colto in flagrante; in quest'ottica, l'azione pretoria al quadruplo avrebbe avuto lo scopo di determinare l'ammontare del riscatto da pagare per liberare lo schiavo *addictus* dalla sua posizione di asservimento. In senso analogo v. pure GULLI, *Del furto manifesto nel diritto romano*, in *AG* 25 (1880) 33. Più di recente anche CANNATA, *Corso*, II, 1, cit., 59, ha ipotizzato che in un certo momento il pretore avrebbe cominciato, nella prassi, a pronunciare l'*addictio* per il quadruplo del valore della refurtiva, imponendo al derubato di accettare tale composizione pecuniaria; nelle fonti, però, mancano del tutto elementi idonei a sostenere tale congettura.

Di un *Tötungsrecht* accordato in età più antica contro il *fur manifestus* senza possibilità di liberazione (*ohne eine Lösung vorzuschreiben*) ha discusso anche KASER, *Das röm. Privatrecht*, I², cit., 148 e 158. Nello stesso senso v. TALAMANCA, voce "*Obbligazioni*" cit., 4, nt. 18; SCHIEMANN, voce "*Furtum*", in *DNP* 4 (Stuttgart-Weimar 1998) 722; VALDITARA, *Sulle origini*² cit., 50, nt. 248, sulla base del presupposto che le fonti parlano di *crimen capitalis* e di *poena capitalis* con riferimento al *furtum manifestum*.

⁸⁷ Gai 3.189 e 4.111.

⁸⁸ Così già MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 751, seguito da HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom Furtum*, in *ZSS* 23 (1902) 323, da LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 43 s. [= *Gesammelte Schriften*, II, cit., 354 s.], e da MAGDELAIN, «*Paricidas*», in *Jus Imperium Auctoritas. Études de droit romain* (Rome 1990) 535. In senso contrario PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 173, e ivi nt. 141. A parere di ARANGIO RUIZ, *La répression* cit., 115 s. [= *Scritti di dir. rom.*, II, cit., 377 s.], la riduzione in schiavitù del ladro colto in flagrante andrebbe incontro a un'obiezione insormontabile, costituita dal principio per cui in età primitiva i romani, al pari di altri popoli dell'antichità, non avrebbero concepito la possibilità che un cittadino potesse cadere in schiavitù nel proprio paese. In tal senso v. pure WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat* cit., 98 s.; LIEBS, *Damnum, damnare und damnas* cit., 236; TALAMANCA, *Le Dodici Tavole* cit., 358.

Ma le fonti che si riferiscono alla condizione del *fur manifestus* dopo l'*addictio*, come si è visto, depongono esplicitamente in senso contrario: Gaio ricorda infatti che secondo alcuni *veteres* l'*addictio* prevista dalle Dodici Tavole riduceva il ladro in schiavitù (Gai 3.189), e Gellio parla senz'altro di *tradere in servitatem* (Gell. 20.1.7). Su queste basi testuali DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo* 20 (1974) 170 s., e ivi nt. 27, in ciò seguito da MARRONE, '*Agere lege*', '*formulae*' e '*preclusione processuale*', in AA. VV., '*Praesidia libertatis*' cit., 57 [= *AUPA* 42 (1992) 250 = *Scritti giuridici* I (Palermo 2003) 503], ha negato che nel mondo romano arcaico vi fosse un principio del genere, e ne ha tratto la conclusione che il *fur manifestus* potesse esser venduto nella stessa Roma. Sul punto v. pure PEPPE, *Studi*, I, cit., 117 ss., nt. 70; PUGLIESE, *Intervento* cit., 209;

passo dal commentario all'editto di Ulpiano⁸⁹ dove si precisa che anche la *capitis deminutio* era considerata pena capitale.⁹⁰

8. Se adesso ricapitoliamo quanto abbiamo avuto modo di osservare, si potrà constatare come l'idea secondo cui in età antica il derubato potesse agire con *legis actio per manus iniunctionem* contro il *fur manifestus* di condizione libera si fondi su una serie di indizi la cui forza probatoria può revocarsi in dubbio.

Infatti, nei brani di Gaio e di Gellio che riferiscono le pene stabilite dalle Dodici Tavole per il *fur manifestus* di condizione libera si parla di una *verberatio* del ladro seguita dalla sua *addictio* in favore del derubato, ma non si fa alcun cenno a una *manus iniectio*. Anche l'*addictio* del ladro cui si accenna nel *Poenulus* di Plauto non costituisce una prova dell'esercizio nei suoi confronti di una *legis actio per manus iniunctionem*.

Stupisce, poi, che Gaio non parli di questa applicazione della *legis actio per manus iniunctionem*, che era stata introdotta da una legge, come gli altri casi menzionati nel suo resoconto su questo *modus agendi*.

Si tratterebbe, comunque, di un'applicazione per più versi anomala della *legis actio per manus iniunctionem*, perché non presuppone una quantità determinata di denaro per cui effettuare la *manus iniectio* e che può essere oggetto di *solutio per aes et libram*. D'altra parte, se davvero contro il *fur manifestus* fosse stato possibile esercitare questa *legis actio*, come nel caso del *damnum iniuria datum*, ci si dovrebbe spiegare come mai nel sistema formulare l'*actio furti manifesti* non fosse caratterizzata dalla cosiddetta litiscrescenza.

Se si condividono i dubbi fin qui prospettati, non può affatto considerarsi sicuro che la *legis actio per manus iniunctionem* trovasse applicazione anche nei confronti del *fur manifestus* libero.

A noi sembra che, in alternativa a tale *communis opinio*, possa piuttosto avanzarsi l'ipotesi secondo cui l'*addictio* del ladro colto in flagrante prevista come sanzione dalle Dodici Tavole fosse in sé una pena capitale, perché comportava una *capitis deminutio maxima*, producendo effetti analoghi, ma non identici, a quelli dell'*addictio* pronunciata nei confronti del *iudicatus*.

R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum'* cit., 61, e ivi nt. 17; FIORI, *Servire servitutum* cit., 406 s.; PEPE, *Ricerche sul furto* cit., 147 s.; TALAMANCA, *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori* cit., 358, secondo cui proprio sulla base di Gai 3.189 si potrebbe escludere «una schiavitù in senso tecnico in patria, e come tale tutelata ... con *legis actio sacramento in rem*».

⁸⁹ D. 48.19.2 pr. (Ulp. 48 *ad ed.*): *Rei capitalis damnatum sic accipere debemus, ex qua causa damnato vel mors vel etiam civitatis amissio vel servitus contingit*. Si legga anche D. 50.16.103 (Mod. 8 *reg.*): *Licet 'capitalis' Latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis mortis vel amissionis civitatis intellegenda est*. Quest'ultimo passo va considerato insieme a B. 2.2.100 (Hb. I 49).

⁹⁰ Sulla nozione di pena capitale v. VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, cit., 485 s., a parere del quale pena capitale sarebbe stata quella che riguardava l'esistenza cittadina: la vita e la libertà, oppure la pena di morte, l'esecrazione e l'*addictio*; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 907 s., e ivi nt. 3; WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat* cit., 100 s., nt. 2; DÜLL, *Rec. di LÉVY-BRUHL, Quelques problèmes du très ancien droit Romain*, in *ZSS* 56 (1936) 290; CARRELLI, *La repressione del furto flagrante* cit., 130; ALBANESE, *Le persone* cit., 10, con fonti alla nt. 12; FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Napoli 1996) 59 s. e 248; ID., *Servire servitutum* cit., 397 s. e ivi nt. 126; ID., *Ea res agatur* cit., 81; CRAWFORD, in *Roman Statutes*, II, cit., 615; PEPE, *Ricerche sul furto* cit., 148 ss.