



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
“COLLEGIO DEI DOTTORI 1506”

Giovanni Brandi Cordasco Salmena

L'actio iniuriarum noxaris.
Su alcune peculiarità della
condanna nossale





Dipartimento di Scienze Giuridiche “*Collegio dei Dottori 1506*”
Università di Urbino

10

*Questo testo è stato sottoposto all'approvazione di due referees
secondo la normativa vigente.*

Giovanni Brandi Cordasco Salmena

L'actio iniuriarum noxalis.
Su alcune peculiarità
della condanna nossale



TUTTI I DIRITTI RISERVATI

Vietata la riproduzione anche parziale

© Aras Edizioni 2012

edizione rivista e aggiornata 2023

ISBN 978-88-96378-779

Aras Edizioni srl, Fano (PU)

www.arasedizioni.com –

info@arasedizioni.com

*Alla Professoressa ANNA MARIA GIOMARO,
guida costante di tutto il mio studio*

*Tutto ciò che noi chiamiamo sentimenti – sensibili
fra i più primitivi o spirituali fra i più elevati – sono
elementi costitutivi nei quali la persona vive il suo
vivere, nei quali qualcosa d'essa viene attualizzata.*
(EDITH STEIN, *Potenz und Akt*, pp. 128-129)

PREFAZIONE

Ho intrapreso lo studio della nossalità, quale particolare aspetto delle azioni penali, già dai primi anni del duemila nella eccellente tradizione della Scuola di dottorato di Catanzaro e degli incontri romanistici di Capanello.

Ricordo ancora, con non poco timore, la guida severissima di Mario Talamanca e di Bernardo Santalucia, e poi di Giorgio Barone Adesi e di Giuseppe Giliberti, quando, già da subito decisi di accogliere alcune opinioni che non rispondevano all'orientamento condiviso dalla dottrina maggioritaria.

Un approccio ampio e meditato ai contenuti dell'abbandono esercitato dall'avente potestà per liberarsi dalle conseguenze dell'illecito compiuto dal sottoposto, il quale ancora attualmente rimane incerto sotto diversi profili, mi ha portato a lunghi periodi di studio in Germania, inizialmente a Monaco di Baviera presso il Leopold Wenger Institut für Rechtsgeschichte dove con Dietrich Nörr e Alfons Bürge ho imparato a parlare di falsa nossalità, qualora il danno della vittima fosse causato dall'animale, e successivamente a Münster e ad Amburgo dove per prima mi sono interrogato sul carattere proprio del fenomeno, qualora il danno si esaurisse nell'*iniuria* commessa dal servo.

Frutto di queste esperienze sono le pagine che seguono, caratterizzate dal sincero tentativo di cogliere elementi utili all'analisi fenomenologica dell'abbandono nossale e di disporli in una coerente successione, di comprenderne insomma le sottili consonanze nei suoi aspetti più particolari (quali l'*exhibitio ad verberandum* prevista solo per il *servus* e solo nel caso dell'*iniuria*); non tanto per la soddisfazione di rintracciare un percorso quanto per la volontà di mostrare la validità teoretica di un indirizzo sostenuto.

Nell'ambito di una ricostruzione puntuale di tale cammino, ma più in generale nel complesso di tutto il mio impegno accademico,

non mi è mancato, neanche per un momento, il sostegno di Anna Maria Giomaro, mio Maestro, senza i cui consigli di certo non avrei visto le stampe. Ciò non toglie che *teneat peccata sua auctor*.

Alla fine di questo lavoro, rivolgo a ognuno i miei più profondi sentimenti e una grata memoria per Chi non è più.

Allo stesso modo, nel doppio versante dell'inesaurito abisso dell'interiorità e dei rapporti più personali, per dirla con pensieri cari al Carmelo di Echt, pensieri che mi appartengono intimamente, non posso dimenticare quanti mi sono presenti più da vicino, i miei Nonni, mio Padre e mia Madre, Carmela, Stefania, Rossella e Leonardo, e da circa due anni, Irene e Vito, le gioie più grandi di questo nostro tempo più recente; solo l'innocenza dei loro sorrisi generosi nel chiasso dei colori al tramonto, mi ha ripreso dallo scoraggiamento di tante giornate faticose.

Un sentito ringraziamento rivolgo al Dipartimento di Scienze Giuridiche "Collegio dei Dottori 1506" dell'Università di Urbino, che ha voluto comprendere il mio libro tra quelli della sua Collana.

Urbino 12 novembre 2012

G. B. C. S.

I

L'ABBANDONO NOSSALE NELLE FONTI E NELLA LETTERATURA

1. Premessa. Natura e funzioni dell'abbandono nossale. Le alternative alla condanna

Quale particolare caratteristica delle *actiones ex delicto* la nossalità è istituito comune ai vari diritti dell'antichità e riguarda il delitto compiuto da uno schiavo o da un *filius familias* nonché, con le precisazioni che seguiranno, il danno causato dagli animali¹. La parte

¹ È noto che l'azione per il danno causato dagli animali è l'*actio de pauperie*. L'assimilazione tra *noxa* e *pauperies* è praticata dai compilatori giustinianeici su una base puramente esteriore e formale. Ormai i due istituti hanno in comune solamente un concetto di *noxa* che non è più quello classico nel senso di *delictum* o di *poena* per un *delictum* ma di *corpus nocens*: oggetto dell'azione è tanto lo schiavo che commette il delitto quanto l'animale che reca il danno. I. 4,8,1; D. 9,3,1 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 43,24,7,1 (Ulp. 71 *ad ed.*). Cfr. in proposito B. BIONDI, *Actiones noxales*, Cortona 1925, p. 23 ss.; ID., *Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales*, in BIDR 36 (1928), pp. 99-126; ID., *rec. a F. De Visscher, Études de Droit Romain*, in BIDR 40 (1932), pp. 225-241; ID., *Scritti giuridici*, 3, Milano, 1965, p. 369 ss.; ID., *Sistema della nossalità ed azioni nossali (rec. a F. De Visscher, Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle)*, in BIDR 53-54 (1948), pp. 404-416; ID., *Scritti giuridici*, 3, Milano, 1965, pp. 393-408; G.I. LUZZATTO, *rec. a F. De Visscher, Le régime romain de la noxalité*, in SDHI 13-14 (1947-48), p. 412 ss.; M. SARGENTI,

lesa può agire con l'*actio noxalis* contro il rispettivo *dominus* o *pater*, il quale può liberarsi effettuando la consegna del sottoposto ovvero, in alternativa, può sottostare alla condanna prevista per il singolo tipo di delitto (*litis aestimationem sufferre*).

Nell'ambito della procedura formulare, a prima vista, lo schema dell'azione nossale indicherebbe, nella *demonstratio*, come autore del fatto il soggetto a potestà e, nell'*intentio*, come obbligato l'avenente potestà, mentre la *condemnatio*, secondo una parte della dottrina, apparirebbe concepita anziché in una somma di denaro, nella doppia possibilità di *dedere* (*tantam pecuniam aut noxae dedere*) sì da lasciare al convenuto la scelta, durante il giudizio o addirittura dopo la condanna, di liberarsi tramite *noxae deditio*:

D. 42,1,6,1 (Ulp. 66 *ad ed.*) ... Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit

L'esatta portata di questa alternativa (prevista o meno - come io ritengo - nella *condemnatio*) ha diviso la dottrina ed ancora nelle fonti ²

rec. a F. De Visscher, Le régime romain de la noxalité, in IURA 1 (1950), p. 447 ss. *Contra* O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, in ZSS 47 (1927), p. 127 e nt. 1, il quale trova nelle fonti citate da B. BRONDI, *Actiones noxales* cit., p. 23 ss., errori piuttosto gravi di trascrizione, e soprattutto, per quanto riguarda il passo delle Istituzioni, egli ritiene che vi sia uno stridente contrasto rispetto all'uso linguistico di tutte le fonti classiche. Sul punto, confutato anche da F. SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in BIDR 12 (1970), p. 164 ss., e più di recente da M.V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Napoli 1995, p. 100 e nt. 96, ritornerò più approfonditamente in seguito.

² La base testuale per lo studio di qualsiasi questione relativa alla nossalità rimane conservata in due luoghi del Digesto, il titolo 9,4, contenente la rubrica *De noxalibus actionibus*, ed il titolo 2,9, contenente la rubrica *Si ex noxali causa agatur quemadmodum caveatur*. D. 9,4 si compone di quarantatré frammenti distribuiti in tre gruppi. Il primo ne contiene venti e costituisce la base sistematica di tutta la materia: definizione delle azioni nossali (1), casi in cui viene accordata l'azione nossale (2-6), legittimazione passiva (7-13), abbandono

ed allo stato delle nostre conoscenze rimane più di un dubbio irrisolto.

La questione si complica ulteriormente qualora il fatto del servo in danno della parte offesa sia qualificabile come *iniuria*. In questo solo caso il sistema nossale per i delitti commessi dagli schiavi (o dai *fili familias*) si presenta notevolmente modificato rispetto al regime consueto. Mentre di regola l'avente potestà ha facoltà di scegliere tra il pagamento della pena e la consegna del colpevole, per quanto riguarda l'*iniuria* perpetrata da uno schiavo, un brano di Ulpiano (D. 47,10,17,4-6)³ attesta l'esistenza, ai fini della condanna, di una

nossale e suo effetto liberatorio (14-20). Nel secondo vi sono i testi che trattano del procedimento complementare concesso dal pretore, l'*actio sine noxae deditio* (21-29). I testi dell'ultimo gruppo (30-43) hanno un carattere sussidiario ed approfondiscono aspetti già emersi precedentemente. È così ad esempio per il passo del commentario di Gaio all'Editto del Pretore urbano (30) e per l'Editto monitorio di Callistrato (32).

L'ordine dei tre gruppi rappresenterebbe per V. ARANGIO RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette* 1931, pp. 285-319, ora in *Scritti di diritto romano* 2, Napoli 1974, p. 341 ss., un perfetto esempio del metodo seguito dai compilatori giustiniane e quindi la piena prova delle teorie bluhmiane della divisione in masse. Invece per F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947, pp. 566-578, la sequenza dei frammenti (con brani della massa sabiniana antecedenti a quelli della massa edittale) induce a ritenere che sia stato seguito un criterio logico del tutto estraneo a quello dei compilatori. Anzi lo stesso ordine confermerebbe l'esistenza di una collezione pregiustiniana di testi riferiti alle azioni nossali, utilizzata in seguito dagli stessi compilatori. D'altra parte la teoria di un *Predigesto* era già stata ipotizzata all'inizio del novecento da E. HOFFMAN, *Die Römische krigserklärung an Karthago im Jahre 218*, in *Rheinische Museum f. Philol.* 94 (1951), pp. 69-88, e poi abbandonata completamente dalla romanistica che vi si riferiva.

³ L'unico altro testo in cui è ricordata la particolarità della *verberatio* nell'*actio iniuriarum noxalis* è D. 2,9,5 (Ulp. 47 *ad Sab.*) in tema di vadimonio nossale. È necessario poi soffermarsi su alcuni brani che finora sono stati trascurati dagli studiosi i quali si sono occupati di questa materia. Si tratta di due frammenti D. 47,10,9,3 e D. 48,19,19 che provengono dalla stessa *sedes materiae* di D. 47,10,17,4-6, vale a dire il libro 57 *ad edictum* di Ulpiano. Questi passi, riferiti già da O. LENEL (*Paläogenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, 2, 775 e nt. 1) alla disciplina dell'*actio iniuriarum noxalis*, per quanto non siano utili alla ricostruzione del

terza possibilità, quella cioè di soddisfare la vittima tramite la *verberatio* del colpevole.

L'istituto nonostante la sua duplice applicazione (allo schiavo, anche nelle forme dell'*actio iniuriarum noxalis*, ed al *filius familias*) nasce dal medesimo principio e mantiene, quanto meno fino all'epoca giustiniana, un carattere unitario fondato sulla stessa esigenza pratica, quella di disciplinare il danno causato da soggetti⁴ a cui la legge non riconosce una piena responsabilità giuridica, donde la necessità di un'azione che si possa esercitare contro il *dominus* o l'avente potestà.

Nella terminologia giuridica *noxa* e *noxia* hanno una portata,

meccanismo formulare di quest'azione, possono fornire interessanti spunti sui rapporti tra l'azione privata e la repressione *extra ordinem*. È bene altresì fare attenzione al discorso di Gaio 4,76 nel quale vengono indicate le fonti cui risale la disciplina delle azioni nossali. È importante cercare di chiarire se il giurista, in relazione ai singoli *delicta* del *ius civile*, intenda sottolineare l'emersione della nossalità a partire dalle XII Tavole per il furto, dalla Legge Aquilia per il danneggiamento e grazie all'opera del pretore per l'*iniuria* e la *rapina* o se, viceversa, egli voglia solo evidenziare che l'azione nossale viene compiutamente disciplinata dalle stesse fonti che delineano i precisi contorni di queste fattispecie, senza aggiungere alcunché sull'esistenza o meno di una tale possibilità. Qualche altra considerazione sull'*actio iniuriarum noxalis* emerge dalla testimonianza offerta dal *Fragmentum Atestinum* e dalla *Tabula Heracleensis*. La riflessione su queste fonti trova oggi un importante riscontro nelle *Tabulae Irnitanae*. Questa *lex* informa al cap. 84 sulle competenze dei magistrati municipali, ai quali vengono sottratte le *actiones furti* e *iniuriarum* quando il delitto non sia stato commesso da schiavi. Che si tratti di *actiones furti vel iniuriarum noxales* non è così pacifico, per cui si rende necessario valutare quali siano le vere ragioni, finora non attentamente vagliate, che portano a ritenere la fonte rivolta a queste due azioni e quindi il motivo della loro menzione.

⁴ Biondi, parla di entità, cose e persone senza responsabilità. L'unità dell'istituto si spiega storicamente pensando che nel diritto più antico era ben possibile esercitare quella vendetta da cui si sviluppò l'*actio poenalis* e tutto il sistema dei *delicta privata*. Cfr. B. BIONDI, *Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales* cit., p. 101 ss. In proposito anche C. FERRINI, *Diritto Penale Romano. Esposizione storica e dottrinale* (estratto dall'Enciclopedia di diritto Penale Italiano diretta dal prof. E. PESSINA), Roma 1902 (ristampa 1976), p. 18 ss., che riprende il pensiero di Mommsen.

almeno originaria, assai generale. Entrambe derivano da *noceo* o *neco* ed esprimono il concetto di danno (danneggiamento, delitto, atto illecito)⁵. È ormai unanimemente accertato il significato di *nox*a come sinonimo di danno, anche se la vicenda linguistica di questi stessi termini è tanto complessa da non aver permesso nemmeno alle lucide pagine di Cannata⁶ di determinare il come ed il quando si sarebbe passati ad indicare quel particolare fatto illecito anziché con il più antico termine di *noxia* con quello più recente di *damnum*.

Inoltre, come osserva Biondi⁷, da Cesare ad Ulpiano *noxia* e *nox*a sono sempre intese come *culpa* o *delictum*.

Già nella legislazione decemvirale, dove il termine ricorre tecnicamente una sola volta, la nossalità non qualifica un qualsiasi danno oggettivo ma la condotta antigiuridica posta in essere con uno stato d'animo colpevole⁸.

⁵ È interessante notare come già nelle XII Tavole, almeno secondo quanto afferma Festo, riportando il pensiero di Servio Sulpicio Rufo, *noxia damnum significat*. Festo, *De verborum significatu* (Ed. Lindsay), 181 *noxia aut Servius Sulpicius Rufus ait, damnum significat «in XII», apud poetas autem et oratores ponitur pro culpa, at noxa peccatum aut pro peccato poenam, ut Accius in Menalippo: «Tete esse huic noxae obnoxium». Item, cum lex iubet noxae dedere, «pro peccato dedi iubet».*

⁶ C.A. CANNATA, *Per lo Studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano 1969, p. 246 ss., e 303 s. Cfr. anche G. CRIFÒ, *Danno (Storia)* in *Enc. del diritto* 11 (1962), p. 616 ss.; M. TALAMANCA, *Colpa civile (Storia)*, in *Enc. del diritto* 7 (1960), p. 522 ss., cui rinvio per l'ampio apparato di fonti e l'ulteriore bibliografia; G.I. LUZZATTO, *Dolo civile (dir. Rom.)* in *Enc. del diritto* 13 (1964), p. 712 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. - II sec. d. C.)*, Milano 1995, p. 103 ss. Per quanto riguarda il concetto di danno in connessione al significato attribuito al termine *nox*a o *noxia* v. Festo, *De verborum significatu*, 181. Sul punto KASER, *Das römische Privatrecht, I: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, p. 162 e nt. 66.

⁷ Cfr. B. BIONDI, *Problemi ed ipotesi* cit., p. 101 ss.

⁸ In questo senso è la dottrina maggioritaria. Per tutti A. WALD, *Lat. Etymologisches Wörterbuch*, Weimar 1910, pp. 511-527. Il termine ritorna in quattro riferimenti indiretti che ne fanno supporre il contenuto decemvirale: VII, 8 (D. 43,8,5 Paul. 16 *ad Sab.*) *si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege duodecim tabularum, ut noxa domino caveatur (caveatur?)*; VIII,

XII. 2: si servus furtum faxit noxiamve nocuit

D. 9,4,2,1 (Ulp. 18 *ad ed.*) ... “si servus furtum faxit noxiamve nocuit” etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur

Nell'uso comune, e diverse volte anche in quello giuridico, *noxia*, *peccatum*, *delictum* vengono usati indifferentemente. A parte il riferimento a Servio Sulpicio Rufo (*noxia apud poetas autem et oratores ponitur pro culpa*) Ulpiano in D. 9,1,1,1 (18 *ad ed.*) aggiunge

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

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

9 (Plinio, *Naturalis Historia* 18,3,12) *frugem aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat ... impubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni*; VIII, 10 (D. 47,9,9, Gai 4 *ad XII Tab.*) *qui aedes acervumque frumenti ... combusserit ... si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur*; VIII, 14 (Gellio, *Noctes Atticae* 2,18,8) *ex ceteris manifestis furibus iusserunt (sc. decemviri) ... sed pueros impuberes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri*. Per tutte le altre citazioni rinvio a A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, 2, Aalen 1963, p. 12 ss. *Contra* mi sembra M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, p. 5 ss., la quale deve evitare ogni riferimento intenzionale all'esperimento dell'azione onde poter considerare nossale anche l'*actio de pauperie*.

ries per distinguere il danno degli animali dalla *iniuria*, la terminologia ed il contenuto della *nox*a e dell'*actio noxalis* non vanno estesi ai danni causati da questi ultimi.

Noxa è parola antica e comprensiva degli elementi costitutivi di quelle particolari violazioni di legge che successivamente saranno chiamate *delicta*. Da *nox*a deriva *noxius* che nel linguaggio dei giuristi vuol dire colpevole, responsabile in base ad un *delictum* ed è riferito sempre a una persona, mentre *innoxius* significa non colpevole, senza responsabilità. *Noxaliter*, *noxalis* è tutto ciò che si riferisce alla *nox*a e quindi alla relativa *actio ex delicto*⁹ adattata in modo da essere esperita contro il *dominus* o il *pater*.

D. 9,1,3,1 (Ulp. 18 *ad ed.*) ... Noxia autem est ipsum delictum. Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet. Ait praetor «pauperiem fecisse». Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria ferisse, quod sensu caret

Sottolineare che la responsabilità del fatto compiuto dal sottoposto sia del *dominus* o sia del *pater* non è cosa di poco momento. Ciò perché, salvo quanto si dirà meglio in seguito, nell'ottica di una certa dottrina, per il *ius civile*, la responsabilità nossale graverebbe

⁹ E se dunque *nox*a e tutti i suoi derivati sono termini che riguardano la sfera di quelle azioni anti giuridiche configurate come *delicta*, cioè degli atti compiuti da esseri capaci di responsabilità giuridica, doveva sembrare impossibile applicare il termine *nox*a per denotare i danni prodotti da cose inanimate. In verità i Romani furono ben lontani dall'usare per tali danni gli stessi termini che adoperarono per i *delicta*. Prescindendo da qualche squarcio letterario in cui si parla di *nox*a nel senso di danno oggettivamente considerato, si può constatare che nel linguaggio tecnico giuridico per eventi puramente naturali o causati da cose si evita il termine *nox*a, per la ragione che in questo è insito l'elemento della *iniuria* cioè dell'*agere contra ius*, che è concepibile solo in confronto di quei soggetti cui la legge attribuisce responsabilità giuridica [per qualche esempio: Ovidio, *Met.* 15,334,2: (*aquae*) *sine noxa luce bibuntur*; Seneca, *Epistulae* 9,19: (*animalia*) *quae per medios ignes sine noxa corporum transeunt*; Columella, *Res rustica*, 6,27,8: *ne (equi) noxam contrahant*; 6,2,2: *noxam capere* (per i vitelli)].

solo sul *pater familias*, in quanto titolare di una piena posizione giuridica sul colpevole (quindi di un pieno ed incondizionato *dominium*), non trovando rilievo qualsiasi altra posizione, quindi neanche quella possessoria. E le stesse motivazioni s'impongono, forse a maggior ragione, nel caso dell'*iniuria* commessa dal servo, associate le particolari caratteristiche del procedimento in cui ne maturerà la punizione, le quali ancora più intrinsecamente legano il *dominus* responsabile alla titolarità di un pieno diritto sul sottoposto colpevole.

Difatti, ai fini della legittimazione nossale, a nulla servirebbe che il colpevole della *nox*a fosse materialmente in possesso di altri.

Come osserva Sargenti¹⁰ il principio che regola tutta la materia, espresso nella massima *nox*a caput sequitur, potrebbe significare che l'azione nossale trova solo nel *dominus* quiritario il soggetto passivo contro cui rivolgersi. Ciò almeno per il diritto civile.

Il rapporto di *potestas* è chiaramente inteso, nel quadro del *ius civile*, come un rapporto giuridico, che si concreta nella *patria potestas*, per quanto riguarda il *filius familias*, nel *dominium* per quanto riguarda il servo; esso implica, quindi, una posizione di supremazia verso una persona *alieni iuris*, e non si riduce ad un mero rapporto di fatto e neppure al contenuto di un potere diverso dalla proprietà e dalla potestà familiare.

Tanto è vero che lo stesso usufruttuario del servo, il quale è titolare di un diritto ed esercita sul colpevole un potere giuridico, non meramente di fatto, per *ius civile*, non è legittimato passivamente di fronte alle azioni nossali.

Nella stessa prospettiva verrebbe ritrovato nelle fonti il contenuto della *nox*ae *deditio* come atto giuridico con effetto traslativo: il colpevole passa nel patrimonio dell'offeso; in altri termini il *dominus* o *pater* è tenuto a compiere in favore di chi ha subito il danno, un atto che secondo la legge è idoneo a trasferire nell'*accipiens* il *dominium* o la *potestas* del sottoposto. L'effetto liberatorio dell'abbandono nossale coinciderebbe, logicamente e cronologicamente, con il trasferimento dello schiavo e del *filius familias*¹¹.

¹⁰ M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano*, Pavia 1949, p. 72 ss.

¹¹ Cfr. O. LENEL, *Die Formeln* cit., p. 1 ss.; P.F. GIRARD, *Les actiones noxales*,

Al riguardo però devo rilevare come di fronte agli innegabili contrasti esistenti nei testi, gli interpreti abbiano cercato di superare le aporie da un'angolatura forse troppo angusta, consequenziale ad una propria concezione sulla natura della responsabilità nossale.

Ogni questione, relativa ai problemi che sorgono in materia, discende in effetti da un'impostazione di principio sulla natura della stessa.

Ed anche a questo proposito ogni decisione, relativa al contenuto della condanna nella sua più esatta portata, rimane influenzata dalla *vexata quaestio*.

Come si è detto, per coloro i quali ritengono la responsabilità nossale basata su un'obbligazione del *pater familias*, è necessario che questi abbia la piena proprietà dello schiavo, del *filius* o dell'animale, poiché dovendo egli ottemperare all'obbligo di consegnare il sottoposto colpevole non si può prescindere da una posizione di assoluta signoria sugli stessi. Nella specie non può che emergere un atto traslativo del dominio.

Coloro invece che negano all'abbandono nossale un carattere obbligatorio, riconducendovi invece conseguenze reali, non attribuiscono alla piena signoria del *filius*, dello schiavo o dell'animale una particolare rilevanza, poiché il *dominus* o *pater* nulla deve trasferire, ma semplicemente astenersi dal frapporre qualsiasi ostacolo al passaggio dell'effettivo colpevole nella disponibilità della parte offesa. In definitiva la *noxae deditio* non è che un mezzo per attuare la responsabilità del colpevole. Il diritto dell'offeso di vendicarsi sulla persona del reo trova ostacolo solo nel *dominium* o nella *potestas* che l'avente potestà ha sul colpevole e che lo esclude da qualsiasi attività ed ingerenza estranea. Pertanto è del tutto superfluo che il *dominus* o il *pater* debba trasferire all'offeso alcun diritto sul sottoposto: risulta necessario soltanto che nessun ostacolo si frapponga alla realizzazione della vendetta, e pertanto, se il reo è abbandonato in modo che l'offeso possa impadronirsene, tutta la pretesa derivante dal delitto è pienamente soddisfatta.

in *Nouvelle Revue Historique du droit français et étranger* 11 (1887), p. 438 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1960 (rist. an. Napoli 1991), p. 258; F. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 8 ss.; G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS* 26 (1926), cap. *Noxaklagen*, Tübingen 1910, pp. 104-125.

Dalle questioni esaminate discendono direttamente altri problemi che ancora allo stato delle nostre ricerche rimangono parimenti irrisolti. In particolare la dottrina non ha ancora dato una risposta soddisfacente relativamente al campo di applicazione del regime nossale e quindi dei limiti soggettivi ed oggettivi dell'azione¹². E più particolarmente, per quanto ci riguarda non è stata spiegata la doppia (e per il caso dell'*actio iniuriarum noxalis* che ci occuperà *ex professo* addirittura la tripla) possibilità della condanna¹³.

Gaio in Inst. 4,75-79 intende il processo nossale come esercizio di un'azione che discende *ex maleficiis filiorum familias servorumque*:

... Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones pro-

¹² Cfr. E. ALBERTARIO, *Malefium*, in *Studi in onore di S. Peruzzi*, Palermo 1925, p. 221 ss.; ID., *Studi di diritto romano 3, Obbligazioni*, Milano 1936, p. 199 ss.; ID., *Delictum e crimen nel diritto romano classico e nella legislazione giustiniana*, Milano 1924, p. 7 ss.; ID., *Delictum e crimen, Studi di diritto Romano 3, Obbligazioni*, Milano 1936, p. 141 ss.; ID., *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in *Studi di diritto romano 3, Obbligazioni*, Milano 1936, p. 71 ss.; F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation ex delicto*, in RHD (1928), p. 335 ss.; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, p. 12 ss.; G.I. LUZZATTO, *Colpa penale (dir. Rom.)*, in *Enc. del dir.* 7 (1960), p. 614 ss.; A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in BIDR 69 (1966), pp. 342-358; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problemi della colpa*, Torino 1969, p. 274; G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano 1976, p. 32 ss.; M. SARGENTI, *rec. a G.L. Falchi, Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali*, in *Labeo* 23 (1977), pp. 323-343; F. SERRAO, *Responsabilità per fatto cit.*, 125 ss.; P. VOCI, *rec. a G. Longo, Delictum e crimen*, in IURA 28 (1977), pp. 216-219; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali*, in ANRW, II, 14 (1982), 682 ss.; C. FERRINI, *Delitti e quasi delitti*, in DI 9 (1887-1888), p. 727 ss.; M. TALAMANCA, *Forme negoziali e illecito, poteri, negotia, actiones nella esperienza romana arcaica*, in *Atti del Convegno di diritto romano*, Copanello, 12-15 maggio 1982, Napoli 1984, p. 138 ss.

¹³ Cfr. tra gli altri B. ALBENESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servus*, in BIDR 70 (1967), pp. 119-186; G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976, p. 15 ss.

ditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse. Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris Omnes autem noxales actiones caput sequuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si pater familias noxam commiserit, et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse quae ante directa fuit. Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum sit, ne aliter filius de potestate patris exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, et illas tres legis XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere

Il giurista ritorna sulla questione in D. 9,4,1 (Gai. 2 *ad ed. prov.*) e aggiunge

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

Emerge dai passi che il sistema delle *actiones noxales* riguarda anzitutto le azioni umane di una particolare categoria di soggetti: *ex maleficiis filiorum familias servorumque ... noxales actiones proditae sunt.*

Se la stessa disciplina deve valere per le persone *in manu* ed in *mancipio* è questione cui, nel silenzio delle fonti, non può risponderci con sicurezza. Di certo vi è che Gaio discorrendo *ex professo*

dell'istituto parla soltanto di schiavi e *fili familias*¹⁴. Comunque nella quasi totalità dei testi, anche della compilazione, il termine *actio noxalis* ha sempre lo stesso riferimento, cioè azione che si può esercitare per i delitti dei sottoposti. Come si è detto le disposizioni contenute nei due titoli edittali *De noxalibus actionibus* e *Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur* sono applicate dai giuristi sempre ed esclusivamente ai delitti del *servus* o del *filius*.

Nel diritto giustiniano il sistema delle *actiones noxales* si restringe solo ai delitti commessi dagli schiavi:

Inst. 4,8,7 ... Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri¹⁵,

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

E sempre nel diritto giustiniano contro il *pater* può poi essere esercitata *de peculio*, l'*actio iudicati* nascente dalla condanna del *fi-*

¹⁴ Tuttavia una diversità di trattamento tra *fili familias* e persone in *manu mancipioque* rispetto ai *delicta* non può escludersi a priori, essendo ammessa per le obbligazioni *ex contractu* come attesta esplicitamente Gai 4,80. Qualche risposta si potrebbe argomentare dalla struttura della famiglia romana, che in ordine alla capacità patrimoniale non distingue fra le persone soggette al potere del *pater familias* e dalla chiara dichiarazione di D. 27,6,1,9 (Ulp. 12 *ad ed.*) il quale dispone che le azioni *et adversus eas personas, quae alieno iuri subiectae sunt, noxales erunt*.

¹⁵ Cfr. anche CI 21,5 e CI 6,2.

lius nell'*actio poenalis*¹⁶.

L'*actio noxalis* continua ad attuare la responsabilità penale del colpevole qualora per l'incapacità processuale del sottoposto non possa farsi altrimenti.

Decisamente illuminante risulta in questo senso la lettura di

D. 47,2,36,1 (Ulp. 41 *ad Sab.*) Item placuit eum, qui filio vel servo vel uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri, quamvis ipsi furti actione non conveniantur.

Nel brano, dove non può che scorgersi una speciale ed isolata esclusione per il furto, riposerebbe il principio secondo il quale l'*actio poenalis* si potrebbe esercitare contro il sottoposto solo in seguito all'emancipazione del *filius familias*: *si furtum fecerit, deinde emancipetur furti actio in eum datur, quia in omnibus noxa caput sequitur*.

Tuttavia va parimenti osservato che da un punto di vista processuale la negazione dell'*actio poenalis* contro il *filius* non ha una giustificazione plausibile specialmente se si prende in considerazione l'opposto regime delle azioni *ex negotio gesto*. Per quanto venga sostenuto che la capacità del *filius* di obbligarsi *civiliter* tanto *ex negotio gesto* che *ex delicto* sia fuori discussione, già da ora si può anticipare come nel primo caso tale possibilità risulti senz'altro ammessa e la stessa supposizione possa valere per il secondo¹⁷.

¹⁶ Già prima di Giustiniano la *noxae deditio* dei *filius familias* cominciò a cadere in disuso rispetto al completo affermarsi dei *peculia* ed alla possibilità di agire direttamente contro il figlio in potestà (Paul. Sent. 2,31,9). Sul punto rimangono ancora attuali ed interessanti i rilievi di SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, Roma 1908 e più di recente M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle actiones adiecticiae qualitatis*, Torino 2001. Per ciò che più propriamente riguarda quanto si diceva a proposito dell'esercizio dell'*actio iudicati*, mi appaiono significative le considerazioni che pone PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 53 (2009), pp. 115-162, tra l'esecuzione forzata e la *noxae deditio*, sui quali peraltro tornerò in seguito.

¹⁷ Questo diverso trattamento ha probabilmente una ragione d'essere soltanto storica. L'*actio ex delicto* originariamente ed ancora per taluni residui nella sua

Viceversa nel tardo diritto romano la possibilità di agire *ex delicto* direttamente contro lo stesso *filius* è parallela all'esclusione dell'*actio noxalis* contro il *pater*¹⁸. Caduta ancor prima di Giustiniano la *noxae deditio* dei *filiis familias*, si può supporre, come conferma peraltro l'editto di Teodorico, che correlativamente allo sviluppo dei *peculia* si sia fatta strada la possibilità di agire contro lo stesso *filius*.

Alle stesse conclusioni conduce la lettura delle sentenze di Paolo

Paul. Sent. 2,31,9 ... *filius familias* si *furtum* fecerit, deinde emancipetur, *furti actio* in eum datur, quia in omnibus *noxae* caput sequitur

Posto quanto detto, rimane ancora difficile determinare ai fini della condanna i limiti oggettivi della responsabilità nossale, ovvero precisare per quali atti il *filius*, il *servus* o per loro il *pater* o il *dominus*

struttura, corrisponde a quell'attività che, in epoca remota, spiegava la parte lesa allo scopo di impadronirsi della persona del colpevole. Ma questa attività degenerava in una vera e propria guerra e quindi si svolgeva non tra i singoli ma piuttosto tra i gruppi (le *gentes*) a cui appartenevano l'offeso e l'offensore. Si comprende come in questa fase un'azione rivolta direttamente contro lo stesso *filius* in quanto tale non sia pensabile. Solo successivamente, quando la vendetta fu regolata dalla legge e l'azione da delitto si presentò come una vera *vindicatio* del colpevole, si affermò l'idea che non si potesse agire contro il *filius* colpevole senza ledere la *patria potestas*. Scomparsa del tutto la vendetta privata e subentrata la responsabilità patrimoniale, l'*actio noxalis* tempera il diritto della parte lesa ad ottenere la riparazione del torto subito con i diritti legati alla *patria potestas* sul *filius*. In tale contesto, e con le precisazioni e nei limiti che saranno studiati, stante anche le aperture mostrate sul tema dall'attuale letteratura, per tutti cfr. A. BISCARDI, *Sulla genesi della norma giustiniana in materia di trasferimento della cosa venduta*, in RIDA 2 (1953), p. 271 ss., è chiaro il regime sanzionatorio che la noxa abbia prestato per punire e riparare il fatto illecito compiuto dal sottoposto. Sul punto v. recentissimamente S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano 2004, p. 8 ss., cui rinvio per l'attenta disamina delle fonti e l'ulteriore letteratura.

¹⁸ Giustiniano però riferisce in Inst. 4,8,7 che *apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri*. Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 45.

rispondono *noxaliter*¹⁹. Anche a questo riguardo la dottrina non ha dato esiti unanimi lasciando numerose lacune solo in parte colmate dalle pagine di Sargenti²⁰.

Mentre da una parte la responsabilità nossale è applicata ad un gran numero di delitti, e tra questi l'*iniuria* con le peculiarità di cui si è detto, non sono meno numerosi i casi in cui azioni penali possano essere esperite *non noxaliter* e quelli in cui azioni che nulla hanno di comune con i *delicta* possano essere esperite *noxaliter* (le azioni contrattuali, l'*actio exercitoria*, l'*actio redhibitoria*, l'*actio ex testamento*, le azioni divisorie, la *hereditas petitio*)²¹.

Altra parte della dottrina, tra cui per tutti Voci²², distingue la sfera dei *delicta* da quella delle *actiones poenales* ricollegando la nossalità all'origine delittuosa anziché al contenuto penale dell'obbligazione. Il rilievo seppure di certo sottile non è soddisfacente. I giuristi infatti mentre escludono la possibilità di una responsabilità *de peculio in poenalibus causis* negano d'altra parte la nossalità per le azioni che nascono da contratto²³.

¹⁹ Per meglio comprendere quanto il quesito sia complicato bastino le parole di B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 47 il quale scrive "Se si volge uno sguardo anche superficiale alle fonti intorno alla nostra questione si riceve la triste impressione che la giurisprudenza romana, priva di qualsiasi principio direttivo abbia espiato la sua attività in una caotica accozzaglia di decisioni che nessun filo conduttore riesce a comporre ad unità".

²⁰ Cfr. M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale* cit., p. 130.

²¹ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 56 ss.

²² Per un'attenta analisi della questione cfr. P. VOCI, *Azioni penali ed azioni miste*, in SDHI 64 (1998), p. 2 ss.; B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 42 ss.; P.F. GIRARD, *op. cit.*, p. 693 ss.

²³ La distinzione sarebbe solo immaginata poiché i due concetti di *actio ex delicto* ed *actio poenalis* per i classici sarebbero coincidenti. Difatti in più occasioni i giuristi adoperavano *actio poenalis ex delicto*. Un'azione *ex delicto* potrebbe logicamente qualificarsi reipersecutoria tenendo presente il suo contenuto. Ma l'ammontare della *poena* è per i classici irrilevante, poiché può consistere nel semplice *quanti ea res est*. Eppure siamo sempre in presenza di una *poena* e di un'*actio poenalis* se quella somma di denaro mira a non reintegrare il patrimonio dell'offeso ma a punire il colpevole.

D. 50,17,58 (Ulp. 2 *disput.*) ... Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari

D. 44,7,49 (Paul. 17 *ad Plaut.*) ... Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit aut is apud quem depositum est: quo casu etiam cum filius familias aut servus quid tale commisit, de peculio actio datur, non noxalis

L'azione contrattuale, anche quando l'inadempimento dell'obbligazione è configurato dalla legge come *delictum*, si può esercitare *de peculio* e non *noxaliter*. In questo caso il fatto che dà luogo alla responsabilità è identico, diversa è soltanto l'azione. Tuttavia mentre per l'*actio ex contractu* la responsabilità è *de peculio*, per l'*actio ex delicto* si risponde *noxaliter*. Ciò significa che la responsabilità nossale si applica esclusivamente in relazione a quelle *actiones* che configurano come *delictum* il fatto illecito e mirano a punire il colpevole.

Per il diritto classico l'*actio* è *poenalis* non per l'ammontare della *praestatio* ma per la fonte da cui deriva e per lo scopo cui è finalizzata la *poena*. Le *actiones* reipersecutorie non derivano *ex delicto* e quindi non contengono nessuna *poena*. L'*actio poenalis* e l'*actio* reipersecutoria stanno nello stesso rapporto dei *delicta* con i *negotia*²⁴.

La stretta connessione fra la nossalità ed i *delicta*, oltre che nei numerosi luoghi delle fonti, rimane confermata da alcune considerazioni d'ordine generale, in parte già accennate²⁵.

²⁴ Non cambia il senso del discorso il fatto che Gaio parli di azioni in cui *rem et poenam persequimur*. Questa categoria nell'enunciazione del giurista comprende le azioni *ex quibus adversus infitiatem in duplum agimus*, ma è chiaro che qui il *rem et poenam persequi* nulla ha di comune né col *rem persequi* delle azioni *ex contractu* né col *poenam persequi* delle *actiones ex delicto* di cui egli tratta poco prima. Cfr. P. VOGLI, *Azioni penali* cit., p. 1 ss.; B. BIONDI, *Actiones Noxales* cit., p. 42 ss.; P.F. GIRARD, *op. cit.*, p. 693 ss.

²⁵ Come la disposizione delle XII Tavole parla di *noxia* accanto al *furtum* (*si servus furtum faxit noxiamve noxit* D. 9,4,2,1 (Ulp. 18 *ad ed.*), così la *interpretatio* intende *noxia* nel senso di *delictum* (D. 50,16,238,3, Gai. 6 *ad leg. XII Tab.*:

Poiché la *noxae deditio* non è che il residuo storico dell'antica vendetta privata è chiaro che deve essere applicata solo ed esclusivamente ai *delicta*, i quali un tempo attribuivano all'offeso la facoltà di vendicarsi sulla persona del colpevole.

La connessione fra *noxae deditio* e *delictum* costituisce il fulcro su cui si impernia tutto il sistema classico delle *actiones noxales*. Infatti queste coincidono esattamente con la cerchia delle azioni *ex delicto*: considerando invero tutto lo svolgimento compiuto per opera del pretore e dei giuristi nel campo delle *actiones noxales*, si può ben affermare che ad ogni *actio ex delicto* corrisponde un'*actio noxalis*.

È bene poi ribadire che l'*actio noxalis* ha sempre carattere accessorio, sia per la sostanza che per la forma, rispetto alla corrispondente azione *ex delicto*.

Significativa è infine la terminologia. Le *actiones noxales* sono denominate tecnicamente o coll'apposizione della qualifica *noxalis* all'*actio ex delicto* (come per l'appunto l'*actio iniuriarum noxalis*) o con la semplice denominazione dell'*actio poenalis* e l'avvertimento che si esercita *servi nomine*.

Di *actio noxalis* si parla soltanto laddove i giuristi intendono trattare in generale dell'istituto senza un riferimento concreto²⁶.

La lettura dei testi esaminati, credo possa consolidare alcuni dati, che pure dovranno servire di base per il prosieguo della ricerca relativamente all'esatta portata della condanna.

noxiae appellatione omne delictum continetur). La connessione della nossalità al campo dei *delicta* è rigorosa presso tutti i giuristi classici. Gaio in 4,75 attesta che *ex maleficiis filiorum familias servorumque noxales actiones proditae sunt, riaffermando gli stessi limiti ed escludendo esplicitamente il campo dei contratti: noxaliter actiones appellatur*. Sabino decide per l'*actio arborum furtim caesarum competere* (D. 50,16,238,1, Gai. 2 *ad ed prov.*). A proposito dell'editto edilizio che impone al venditore la dichiarazione nel caso in cui lo schiavo venduto *noxae solutus non sit*, i giuristi decidono che *noxas accipere debemus privatas, hoc est eas, quacumque committentur ex delictis no publicis criminibus ex quibus agitur iudiciis noxalibus* (D. 21,1,18,17, Ulp. 1 *ad ed. cur.*).

²⁶ Cfr. per tutti D. 9,3,8,1 (Ulp. 23 *ad ed.*) *praetor ait de his, qui deicerint vel effuderint... per l'actio de effusis*; D. 11,5,1,4. (Paul. 9 *ad ed.*) *quod in convivio vescendi causa ponitur in ea rem familia ludere permittitur*.

Io credo, dunque, che non vi sia dubbio circa il fatto che la condanna nossale, nell'originaria struttura e configurazione del *ius civile*, sia stata rivolta contro il *pater familias* o *dominus* per i danni recati dal *filius familias* e dalle persone *in manu* ed *in mancipio* (almeno congetturalmente fino a quando tali figure di soggezione sussisteranno) ovvero per i danni recati dal servo, sulla base del rapporto potestativo che legava questi ai propri sottoposti, anche nell'ambito delle reazioni collettive in cui si consumava l'originaria vendetta privata.

Una certa impostazione primitiva rispondente al formalistico e al rigido sistema del *ius civile* e che, su questo piano, rimase immutata per un lungo corso dell'evoluzione del diritto romano, portò senz'altro ad inconvenienti pratici quando con l'arricchirsi delle forme di vita e dei rapporti giuridici si rese non più rispondente alla reale situazione di fatto, e quindi risultò difficile spiegare lo schematico nesso sostanziale e processuale tra danno e *dominus*.

Da qui la necessaria opera integratrice del pretore (atta a giustificare l'intervento del *pater* con la creazione di una posizione sostanziale che in qualche modo ne legittimasse anche fittiziamente la responsabilità) certo guidata da un'elaborazione giurisprudenziale, che non appare in piena evidenza nelle fonti in nostro possesso, non solo per effetto dell'opera dei compilatori ma anche perché, appunto, essa è stata riassunta e sintetizzata nei provvedimenti del magistrato. Quest'opera si esplica, tra le altre cose, attraverso un graduale allentamento della esclusiva responsabilità del *dominus* ed un riconoscimento man mano diretto, pieno ed immediato della capacità degli altri titolari di diritti e di posizioni sul colpevole (soprattutto del concreto possessore) nella difesa dello stesso.

Si tratta dunque, di misure che da un lato vanno attenuando formalmente il principio della legittimazione passiva del *dominus*, forse fino a consentire, come pure alcune fonti giustificherebbero, una responsabilità diretta degli effettivi colpevoli. Dall'altro prendono pur sempre a fondamento dell'estensione della responsabilità ad altri soggetti, la posizione giuridica di questi, il rapporto di diritto in cui essi si trovano con il colpevole, mantenendo integro, quindi, il criterio individuatore del soggetto passivo dell'azione, quale era determinato nel *ius civile* per creare una posizione sostanziale,

capace di consentire al *pater* di rispondere a causa della titolarità di un potere assoluto sul colpevole ovunque e verso chiunque ne avesse subito un torto. Ciò costituisce, come meglio sarà argomentato, la caratteristica saliente della responsabilità nossale, pur essendo il sottoposto il colpevole primario e diretto.

L'opera del pretore, come osserva De Visscher²⁷, non si è ridotta però, ad un sostanziale allargamento dei limiti soggettivi della responsabilità per i fatti dei sottoposti. L'editto pretorio *si is in cuius potestate esse dicetur* riportato in D. 9,4,21,2 (Ulp. 23 *ad ed.*) offre ampia materia di commento e di elaborazione giurisprudenziale, costituendo un elemento molto importante nel quadro di un processo di superamento del principio ispiratore della responsabilità nossale e di una progressiva affermazione di più moderni criteri di responsabilità personale fondata sull'elemento soggettivo del dolo o della colpa (processo che può ritenersi largamente avviato nel diritto classico ad opera della giurisprudenza e del pretore, se pure troverà le sue formulazioni più importanti solo nel diritto giustiniano).

Così ad un certo punto è sembrato spontaneo, considerare il rapporto potestativo tra il *dominus* e il sottoposto come l'elemento determinante per pervenire alla condanna nossale del colpevole²⁸.

Premessi, quindi, gli elementi fondamentali del fenomeno nossale, i quali ritorneranno tutti nel contesto di questa ricerca, sul preciso contenuto della condanna e dell'abbandono che la fonda e la

²⁷ Cfr. F. DE VISSCHER, *Le Règime romain de la noxalité* cit., p. 413 ss., il quale dedica l'ultima parte del suo libro alle «deformazioni» e «regressioni» del regime della nossalità nonché al contestuale sviluppo della responsabilità per fatto altrui.

²⁸ Per M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale* cit., p. 134, questa profonda trasformazione operata dal diritto giustiniano avrebbe veramente stravolto il sistema della responsabilità nossale, riconducendola nella sua più intima essenza ad un sistema di responsabilità oggettiva, fondato sulla qualità giuridica di *pater familias* o di *dominus*, al di fuori di ogni ricerca di elementi di colpevolezza. Tali conclusioni non mi trovano d'accordo. Né Sargenti spiega come il carattere primitivo della costante affermazione della legittimazione passiva del *pater familias* e del *dominus*, e solo di essi, abbia potuto d'un tratto costituire un risultato oggettivo avulso da qualsiasi valutazione di tipo intenzionale.

esaurisce, un'indagine accurata non può prescindere da un attento esame di aspetti e mezzi ad esso più o meno paradigmatici.

Mi riferisco più particolarmente alle caratteristiche proprie dell'*actio iniuriarum noxalis*²⁹ così come emergono soprattutto dalla lettura di D. 10,17,4-6 (Ulp. 57 *ad ed.*), in cui la condanna (di certo nossale) recepisce fattori che solamente fino ad un certo punto dipendono dal giudizio nossale. La presenza inconsueta in un processo privato di un elemento decisamente peculiare quale risulta essere la *verberatio*, solitamente applicata nei giudizi criminali, continua a suscitare domande e questioni che ancora per troppi versi rimangono prive di una soluzione quanto meno soddisfacente.

2. Le incertezze della dottrina. Il primo approccio sistematico allo studio della nossalità (Hubner, Glück, Zimmern, Wyss)

Le diverse questioni originate dallo studio della responsabilità nossale, hanno stretto la dottrina in troppo anguste prospettive metodologiche, le quali hanno impedito che si arrivasse³⁰ a so-

²⁹ E alle condanne cui accennavo in apertura le quali, maturando in procedimenti solo esteriormente vicini a quello nossale, definirei di falsa nossalità, come ho già fatto durante i miei precedenti studi di dottorato (*Struttura e funzioni dell'abbandono nossale. La condanna: problemi ed ipotesi tra sanzioni di autentica e falsa nossalità*, Dottorato di Ricerca in Diritto Romano delle Obbligazioni (ciclo XVI) Università degli studi Magna Graecia di Catanzaro). Si tratta, per intendersi, dell'*actio de pauperiae* e di tutti quei mezzi affini, i quali solo in apparenza si rivolgono alla *nox*a ma non nella sua autentica struttura né nella funzione.

³⁰ Cfr. T. GIMÉNEZ CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981, p. 19 ss.; ID., *Notas en torno al vadimonium*, in SDHI 48 (1982), Roma p. 126 ss.; ANKUM, *rec. a T. Giménez Candela, El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, in IURA 32 (1981), pp. 233-248; M. SARGENTI, *Interrogatio in iure. Iudicium noxale. Iudicium sine noxae deditioe (considerazioni su alcuni problemi della responsabilità nossale)*, *rec. a Giménez Candela, El regimen pretorio cit.*, in SDHI 48 (1982), pp. 506-520. Qualche spunto anche in T. GIMINÉZ CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid 1990, p. 149 ss.; ID., *Una perspectiva historica de la responsabilidad objetiva*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 8 (1999), p. 117 ss.

luzioni unanimi o quantomeno non contraddittorie.

Molte delle domande che la romanistica internazionale si è posta, restano senza alcuna risposta. In particolare manca, nella copiosa letteratura, uno studio che fissi l'incidenza concreta della giurisdizione pretoria nel regime delle azioni nossali. Vi fanno eccezione gli scritti di Teresa Giménez Candela, i quali però restano viziati da più di una perplessità.

Un tale approfondimento avrebbe forse contribuito a superare qualche difficoltà circa la natura, la legittimità dell'azione ed i suoi rapporti con altri istituti simili quali la *pauperies*. Carente rimane anche la questione della nossalità rispetto ai *fili familias*³¹, per i quali il diritto giustiniano opera una vera e propria riforma, già in parte anticipata dalla disciplina del *peculio castrense* di cui il sotto-

³¹ Già dalla prima epoca classica, la giurisprudenza aveva ammesso che i figli potevano impegnarsi civilmente soprattutto per quanto riguarda il peculio. Benché questa teoria sia stata anche più recentemente criticata, a me sembra non solo la più possibile ma anche la più valida e conciliabile allo stato delle nostre conoscenze sul tema. Sul punto cfr. per tutti S. LONGO, *Filius familias* cit., p. 8 ss.; F. SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui* cit., pp. 19-34; ID., *Concorso fra actio damni in factum contro l'exercitor e actio legis Aquiliae contro l'autore del fatto*, in *Studi per Ermanno Graziani*, Pisa 1973, p. 605 ss.; I. CREMADES, J. PARICIO, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clasico*, in *AHDE* 54 (1984), p. 179 ss.; S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari 1984, p. 274 e nt. 127; ID., *Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e "bona fides": brevi riflessioni sulle fonti romane e sul codice civile italiano*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, 6, Milano 1987, p. 311 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité en droit romain*, Bruxelles 1987, pp. 60-65; ID., *Responsabilité objective ou subjective en droit romain. Questions de terminologie et de méthode*, in *TR* 58 (1990), p. 345 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA* 43 (1992), p. 77 ss.; A. FÖLDI, *La responsabilità dell'aveute potestà per atti compiuti dall'exercitor suo sottoposto*, in *SDHI* 64 (1998), pp. 179-202; P. CERAMI, «Accusatores populares», «delatores», «indices». *Tipologia dei «collaboratori di giustizia» nell'antica Roma*, in *Index* 26 (1998), p. 117 ss.; ID., «Exercitio negotiationum». *Tipologia storico-giuridica della disciplina dei rapporti commerciali*, in *Iuris vincula (Studi in onore di Mario Talamanca)*, 2, Napoli 2001, p. 149 ss.

posto poteva disporre liberamente³².

Ai fini di un'esatta analisi della condanna nossale, soprattutto quando se ne affronta l'aspetto peculiare dell'*iniuria* del servo, è quindi importante vagliare ogni nuovo risultato alla luce delle opinioni già rassegnate dai più autorevoli studiosi del tema, nel tentativo di trarre altri spunti soprattutto per ciò che riguarda la natura e la funzione dell'abbandono nossale.

La dottrina più antica, tra cui Hubner³³, nel cominciare a porsi il problema, lo risolve dapprima facendo ricorso al principio *cuius commoda eius et incommoda*. La responsabilità del *dominus* è fondata sul fatto che questi, ritraendo dallo schiavo un vantaggio, deve subirne anche gli svantaggi che derivano dai suoi atti e quindi risarcire il danno che abbia cagionato.

Ma questa giustificazione ancora troppo esteriore viene ben presto superata sulla scorta di tre antitetiche soluzioni.

La prima, seguita dalla più antica pandettistica, e che fa capo a Glück³⁴, trova il fondamento delle azioni nossali nella concezione

³² Cfr. D. 9,3,2 (Gai. 6 *ad ed. prov.*); D. 9,3,5,6 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 47,2,42 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

³³ Cfr. H. HUBNER, *Observ. edicto viario aed. cur. adpersae*, Lipsiae 1978, p. 11 ss. Queste primissime indagini, già ampiamente criticate dalla letteratura immediatamente successiva dei pandettisti, si concentravano sulla considerazione che la responsabilità del capo famiglia si basasse su un principio che M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, p. 215, chiama di "reciprocità": come infatti a lui venivano arricchimenti e vantaggi patrimoniali grazie all'operato dei sottoposti, così egli doveva subire gli svantaggi causati da questi ultimi, e quindi o risarcire il danno o perdere gli autori dello stesso e il loro lavoro, in quanto avrebbe risposto dell'operato dannoso dei suoi sottoposti, proprio perché l'effettivo colpevole non poteva farlo. Sulla questione cfr. M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale* cit., p. 70 ss.

³⁴ Cfr. C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (traduzione italiana a cura di U. PRANZATARO), 9, Milano 1905, paragrafo 694, p. 9 ss. In questo senso anche J.C. HASSE, *Die culpa des röm. Rechts*, Bon 1838, p. 18 ss., il quale rapporta la responsabilità del *dominus* o del *pater* alla mancanza di un'attenta sorveglianza della condotta del suo sottoposto, tale da consentire a questi con il suo atteggiamento colpevole di danneggiare la persona o il patrimonio di terzi. Ne consegue che se nessuno può essere tenuto extracontrattualmente a fatti positivi,

generale della colpa presunta del *pater familias*, il quale non ha voluto o saputo impedire il danno causato dal *filius* o dal servo.

La seconda che fa capo a Zimmern³⁵, autore della prima opera monografica sulle azioni nossali, rileva come assolutamente improbabile che una forma di responsabilità risalente alle XII tavole abbia potuto essere costruita come colpa del *dominus* per fatti commessi da altri, quando ancora molto più tardi, all'epoca della *lex Aquilia*, questa nozione appariva estranea ai romani. Essi riconoscevano come fondamento della responsabilità solo i danni prodotti *corpore corpori* e rilevato, altresì, come tutte le caratteristiche delle azioni nossali siano inconciliabili con la configurazione della responsabilità diretta del *dominus* per colpa altrui, si giunge a concepire la posizione del *dominus* dinanzi alle azioni nossali sotto un profilo meramente processuale: il *dominus*, cioè, sarebbe chiamato in causa solo come rappresentante e *defensor* del sottoposto che, pur essendo il vero e diretto responsabile del delitto commesso, non può essere direttamente convenuto per mancanza di indipendenza e di capacità patrimoniale.

ognuno per contro, deve curare ciò che si trova nella sua sfera di signoria. V. anche B. WINDSCHEID, *Versuche über der Theorie des Rechts*, II, Jena 1817, p. 221 ss.

³⁵ S.W. ZIMMERN, *Das System der Römischen Noxalklagen*, Heidelberg 1818, p. 5 ss. Particolare attenzione viene dedicata dallo studioso all'aspetto processuale della responsabilità del *dominus* o *pater* che appunto risponderebbe in giudizio dell'operato del suo schiavo o figlio in considerazione del fatto che questi ultimi mancano non solo della capacità patrimoniale ma anche di quella processuale. La *nox* del *filius*, dello schiavo e dell'animale sarebbe un istituto unico per il quale il loro *defensor* è il proprietario. Queste conclusioni sono condivise da E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, III, Leipzig 1871, p. 73 ss. Pertanto il dovere di *noxae dedere* il colpevole da parte del *pater* o del padrone è un vincolo processuale più che di diritto sostanziale e quasi presuppone una certa capacità *ex delicto* sia dello schiavo che del *filius* (se non addirittura dell'animale). M.V. GIANGRIECO PESSI traduce il pensiero dell'autore in termini di una responsabilità del *pater dominus* concepita come esempio di responsabilità per fatto altrui, *op. cit.*, p. 215 ss. Sul punto, restano senz'altro più convincenti le note contrarie di G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano 1934, p. 103 e nt. 2.

La terza teoria, infine, è quella di Wyss³⁶, il quale concepisce la responsabilità nossale come uno di quei casi di responsabilità per colpa altrui che ogni sistema giuridico positivo conosce, sia pure come figure eccezionali, e che sarebbe stata adottata dal diritto romano per i fatti commessi dai servi e dalle persone libere in potestà, cui non può seguire una responsabilità diretta del colpevole, che, o manca assolutamente di capacità giuridica e non può quindi né commettere un *delictum* in senso tecnico né assumere come conseguenza del fatto dannoso alcuna obbligazione, o come avviene per le persone libere *alieni iuris*, sebbene capace di obbligarsi, manca di possibilità economica, di titolarità di un patrimonio, e pertanto rende illusoria la riparazione del danno inflitto.

Naturalmente nessuna delle ricordate teorie risolve in maniera soddisfacente il problema del fondamento della responsabilità nossale, per quanto ognuna presenti intuizioni interessanti.

L'opinione di Glück³⁷ è certamente insostenibile per il diritto classico, seppure trova un fondamento attraverso lo studio critico delle fonti in elementi introdotti dai compilatori giustiniane per costruire la responsabilità del *dominus* sotto il profilo della *culpa in eligendo* o *in vigilando*.

D'altra parte la teoria di Zimmern, se presenta degli aspetti indubbiamente attendibili, soprattutto in quanto dà rilievo alla connessione esistente tra la responsabilità nossale e il diritto che il responsabile ha sul colpevole ed in quanto coglie la fondamentale unità esistente nell'ordinamento romano fra la responsabilità per i fatti compiuti dalla persona libera *alieni iuris* e dal servo (azioni nossali), nonché per i danni prodotti da un animale (*actio de pauperie*) e persino per quelli causati da una cosa (*damnum infectum*), resta irrimediabilmente carente per ciò che riguarda sia la prospettiva storica che la differenziazione tra i vari piani e gli strati dell'evoluzione dell'ordinamento romano.

Per tali ragioni egli è indotto ad inquadrare il criterio di responsabilità intravisto, che ha il suo fondamento nel rapporto di

³⁶ B. Wyss, *Die Haftung für fremde Culpa nach römischen recht*, Zürich 1876, p. 12 ss.

³⁷ Nello stesso senso J.C. HASSE, *Die culpa* cit., p. 13 ss.

proprietà, o meglio di potestà, del *pater familias* in un sistema di responsabilità diretta del colpevole, o di semplice rappresentanza processuale da parte del *dominus* che non resiste per nessun verso ad un'attenta critica delle fonti, conducendo a configurare una capacità *ex delicto* dello schiavo e dello stesso *filius familias*, che non sussiste almeno nel diritto più antico³⁸.

Wyss a sua volta introduce nella teoria delle azioni nossali nuovi spunti di indagine, quando asserisce che la responsabilità per il fatto del sottoposto è una responsabilità diretta del *pater familias* e del *dominus* resa necessaria dal fatto che lo schiavo come una qualunque cosa manca di capacità giuridica. Quest'ultimo non è un soggetto e non può quindi commettere un delitto in senso tecnico, cioè un fatto che generi una responsabilità di diritto civile; mentre il *filius familias* (come le altre persone libere *alieni iuris*) pur essendo capace di obbligarsi, sia *ex contractu* che *ex delicto*, manca della capacità patrimoniale necessaria per dare concretezza alla sua obbligazione.

La differenza che Wyss introduce tra la responsabilità del *pater familias* e quella del *dominus*, pur dopo avere esattamente affermato che la responsabilità nossale richiede una costruzione unitaria, sia che derivi dai fatti dei servi che dai fatti di persone libere *in potestate*, e dopo aver posto in rilievo l'unità di struttura della *noxae deditio liberorum* e della *noxae deditio servorum*, rappresenta a mio parere una delle maggiori debolezze della sua costruzione. Egli non sembra rendersi conto che, se il *dominus* risponde nossalmente del fatto del servo perchè questi non esiste come soggetto giuridico ed il *pater familias* risponde invece in luogo delle persone libere soggette alla sua *potestas*, perchè queste, pur essendo giuridicamente capaci non hanno possibilità patrimoniale e non possono quindi soddisfare il debito nascente dalla loro colpa, l'asserita unità di struttura della responsabilità nossale svanisce, e mentre per il *dominus* si può parlare in effetti di una responsabilità diretta, per il *pater familias* si

³⁸ Qualche spunto in A. WACKE, *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, in RIDA 27 (1980), p. 347 ss.; ID., *Die adjektivischen Klagen im Überblick*, in ZSS 11 (1994), p. 280 ss.; ID., *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiettorie*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dell'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 2, Napoli 1997, p. 583 ss.

ritorna alla nozione della rappresentanza processuale che forma la base della teoria di Zimmermann.

Ma poi anche per l'avente potestà si può parlare di responsabilità per colpa come Wyss sostiene? Se lo schiavo non è soggetto di diritto, se quindi è incapace di commettere *delictum* nel senso tecnico del termine si dovrebbe concepire la responsabilità del *dominus* piuttosto come una responsabilità per fatto altrui, fuori da ogni concetto di colpa, che indipendentemente da ogni considerazione circa il tempo in cui ha acquistato rilievo nel diritto romano, non si conforma certo a quella considerazione puramente oggettiva del fatto dannoso posto in essere dallo schiavo che Wyss considera propria della teoria romana della nossalità.

Nemmeno Wyss, tuttavia, in mancanza di una critica e di una differenziazione storica delle fonti, riesce a mettere a fuoco l'esistenza di un chiaro concetto di colpa nonché di un sistema di responsabilità penale diretta del servo, avente come contenuto e finalità la sua punizione corporale.

Dopo queste prime ricerche, le quali affrontano il fenomeno a livello, per così dire, ancora embrionale, l'attenzione della dottrina verso la nossalità è rimasta costante nel tempo attraverso una serie di scritti che vi si sono rivolti *ex professo*; tra questi gli studi importanti delle scuole tedesche che a partire da Lenel hanno instaurato una vera e propria cultura della *Noxalhaftung*.

È però Girard che per primo, operò una svolta decisiva nella conoscenza dell'abbandono nossale, ponendovi, come scrive De Visscher³⁹, basi veramente scientifiche, seppure sulla scorta della prima edizione del *Das Edictum Perpetuum* del Maestro di Mannheim, apparsa nel 1883 pochi anni prima della pubblicazione dei suoi scritti.

È in questo contesto che si collocano le riflessioni di Naber e di Beseler, i quali pur non avendo sviluppato una teoria organica della nossalità, hanno contribuito alla conoscenza dell'argomento con contributi del tutto originali. Le posizioni di Biondi invece si differenziano da quelle degli altri romanisti. Forse solo De Visscher

³⁹ Cfr. F. DE VISSCHER, *Le régime romain* cit., p. 11 ss.

e Sargenti ne hanno sostenuto qualche aspetto mentre Pugliese, Kaser, Falchi e Giménez Candela hanno approfondito le questioni processuali.

La Giangrieco Pessi ha dedicato un'ampia monografia alla responsabilità per il danno causato dall'animale e tutta una serie di indagini rivolte alla nossalità sono apparse anche più recentemente.

Quasi tutti hanno trascurato l'origine storica della *noxae deditio* per occuparsi, con maggiore accuratezza, di ogni dettaglio relativo al regime classico⁴⁰.

3. Le incertezze della dottrina. L'abbandono nossale e l'*oportere* dell'avente potestà per il fatto del sottoposto in Girard, Naber e Lenel, fino alla nuova impostazione sostenuta da Biondi nei termini di un'azione reale per la *vindicatio* del colpevole

Giova allora premettere anche qui, cominciando proprio da Girard, qualche rapido cenno sullo stato degli studi relativi alla responsabilità del *dominus* per i delitti dei sottoposti, prima di intraprendere l'analisi delle conseguenze che maturano quando sia il *servus* a commettere il delitto di *iniuria*⁴¹.

Relativamente ai problemi di impostazione generale lo studioso francese pone l'origine del sistema della nossalità come mezzo per spiegare le peculiarità delle azioni nossali, distinguendo tre fasi di sviluppo: nella prima vi è vendetta lecita contro il colpevole; nella seconda il diritto di vendetta può essere composto attraverso il pagamento di una somma pecuniaria, per quanto ancora non si sia affermata l'alternativa della *condemnatio* nossale e l'oggetto principale dell'obbligo sia la consegna del sottoposto; nella terza, il diritto matura un'evoluzione tale da consentire al *dominus* un risarcimento pecuniario fissato per legge, anche se il fondamento di

⁴⁰ Un riassunto completo di tutta la dottrina sulla nossalità (almeno fino alla prima metà del novecento) è in Z. LISOWSKY, *Noxa, Noxia, Noxalis actio*, in PW suppl. 7 (1940), p. 604 ss.

⁴¹ Cfr. P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., p. 409 ss.; ID., *Manuel élémentaire de droit romain*, Liechtenstein 1978, p. 750 ss.

questa pena continua ad essere lo stesso (“c’est toujours la raison du coupable, l’expression dernière du droit de vengeance”) come dimostra la stretta connessione tra la sanzione e la persona del *colpevole* (se questo muore la pena si estingue perchè la vendetta diventa impossibile)⁴².

In tutti i casi in cui l’autore del delitto è un *alieni iuris* non si può reclamare il pagamento di una pena, perchè lo stesso non ha patrimonio; d’altra parte il *dominus* o *pater familias* può pagare la pena ma non obbligarsi personalmente poichè non è lui il colpevole. In forza dell’*actio noxalis*, si lascia a quest’ultimo la facoltà di scegliere se liberarsi attraverso la consegna del sottoposto. In definitiva, il *pater* o *dominus* è, soprattutto, obbligato alla *noxae deditio* e il pagamento della pena non è altro che una facoltà. In altri termini la *noxae deditio* è un’obbligazione e il pagamento della pena o l’abbandono del colpevole ne completano l’adempimento.

Girard, d’ accordo con Mommsen⁴³, ricerca già nel diritto più antico la differenza terminologica e di contenuto tra *noxae datio* e *noxae deditio*. *Noxae deditio* si usa principalmente nella sfera del diritto internazionale e ha un carattere religioso, *noxae datio*, invece, ricorre nel diritto privato con carattere solo laico.

Invero la *noxae deditio* non è un semplice abbandono materiale ma realizza un atto giuridico, un’alienazione formale destinata a fare passare l’autore del delitto sotto il potere dell’attore. Non a caso

⁴² G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate*, Padova 1937, p. 276 ss., e 471 ss.; ID., *La struttura costante della responsabilità contrattuale attraverso i secoli*, in *Studi Volterra*, I, Milano 1971, p. 99 ss. e A. LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale en droit romain classique*, Paris 1967, p. 30 e 45 ss., distinguono giustamente la consegna dell’animale morto *post litem contestatam* da quella del cadavere umano. Mentre nel primo caso tale consegna si rivela perfettamente inutile, non essendovi più il motivo economico che la sorreggeva, nel secondo essa può ancora spiegare qualche effetto, poichè l’antica vendetta, può comunque tacitarsi privando della sepoltura il sottoposto colpevole.

⁴³ Cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1898-1899 (rist. Graz, 1955), p. 280 ss.; ID., *Le droit pénal romain* (trad. franc. J. DUSQUESNE), 3, Paris 1907, p. 11 ss; ID., *Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitschutz im römischen Staat*, in *Gesammelte Schriften. Juristische Schriften*, 3, Berlin 1907, p. 3 ss.

essa, specialmente in epoca classica è realizzata sempre nella forma di una *mancipatio* (o comunque di una *in iure cessio*).

La regola *noxae caput sequitur* costituisce il fondamento di tutta la materia delle azioni nossali. Il processo è intentato contro colui che attualmente esercita la potestà sul sottoposto, perseguito implacabilmente ovunque si trovi. Se nel frattempo il sottoposto è diventato *sui iuris*, subirà egli stesso gli effetti della *noxae deditio*.

L'azione nossale è un'*actio in personam* poiché suppone un obbligo personale di chi difende il figlio o lo schiavo che ha commesso il delitto. Per Girard questo obbligo si avvicina a quello dell'*actio ad exhibendum*: il *dominus* non si libera abbandonando la cosa, ma deve fare un atto positivo di esibizione, cioè, si concede contro il convenuto dell'*actio noxalis* lo stesso mezzo accordato contro chi ha il potere di esibire la stessa.

L'azione nossale non può essere considerata un'*actio in rem*: la *noxae deditio* prescinde dalla *cautio iudicatum solvi* pretesa dal condannato nell'azione reale (D. 9,4,39,1, Iul. 9 *Dig.*). In più mentre nell'azione reale, il condannato si libera del suo obbligo abbandonando la *res*, nell'azione nossale deve porre in essere sempre un atto positivo di trasmissione della proprietà.

Le azioni nossali nascono dai delitti, sia da quelli umani che da quelli degli animali. Per questi ultimi soccorrono l'*actio de pauperie*⁴⁴ e l'*actio de pastu pecoris*⁴⁵.

L'*actio de pauperie* veniva accordata nel caso in cui l'animale avesse commesso il danno sia agendo *secundum naturam* che contro un suo istinto naturale. La regola sarebbe stata mutata da Giustiniano con la concessione dell'azione solo nel caso in cui l'animale avesse agito *contra naturam*⁴⁶.

⁴⁴ Il carattere nossale e quindi la sua presenza nelle XII Tavole è affermato sulla base di D. 9,1,1. pr. (Ulp. 18 *ad ed.*).

⁴⁵ D. 19,5,14,3 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁴⁶ Sulla locuzione *contra naturam* ritornerò ampiamente in seguito. In proposito cfr. la lunga indagine della M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, p. 32 ss. Sul punto v. anche P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino 2002, p. 18 ss.; ID., *Il divieto dei sacrifici di animali nella legislazione di Costantino. Una interpretazione sistematica*, in *Poteri religiosi*

Per quanto riguarda il carattere dell'obbligazione nossale la dottrina precedente a Girard considerava la *noxae deditio* come obbligo principale e la *litis aestimatio*, come *in solutione* vedendovi un'obbligazione alternativa che ha due oggetti simultanei, la pena e la *noxae deditio*; il pagamento della pena era l'obbligo principale la *noxae deditio* una *facultas solutionis*.

Girard non ritiene attendibili i testi che sostengono queste ipotesi (D. 5,3,20,5, Ulp. 15 *ad ed.* e D. 42,1,6,1, Ulp. 59 *ad ed.*) poichè essi non si riferiscono propriamente all'obbligazione nossale, ma al dovere di rispettare la *condemnatio*⁴⁷. Il carattere alternativo dell'obbligazione riposa invece in Gai. 4,75 (riprodotto in Inst. 4,9 pr.), in D. 9,1,1. pr. (Ulp. 18 *ad ed.*) e nel testo della *Lex Rubria rei noxiaeve obligatus*.

Come conseguenza di questo carattere alternativo il condannato può liberarsi, durante il processo, adempiendo l'una o l'altra prestazione (la *noxae deditio* o il pagamento della pena, *omnia iudicia sunt absolutoria*). Se per essere morto l'autore del delitto, la *noxae deditio* diventa impossibile, il convenuto rimane obbligato a pagare la condanna; l'azione nossale non è un'azione arbitraria come a prima vista potrebbe suggerire Inst. 4,6,31 (il testo infatti non afferma che le azioni nossali sono arbitrarie, ma che l'*arbitratu iudicis* può prescrivere un abbandono nossale); dato che la *condemnatio* è alternativa e permette il pagamento della *litis aestimatio* o la *noxae deditio in solutione*, l'*actio iudicati* non può riferirsi che a tutta la pena mentre la *litis contestatio* priva il condannato della possibilità di fare la *noxae deditio*.

In definitiva occorrono tre condizioni affinché l'azione nossale possa essere accordata: che, nel momento della *litis contestatio*, la vittima non abbia avuto sotto suo potere il colpevole dopo la com-

e istituzioni: il culto di San Costantino Imperatore tra Oriente e Occidente (a cura di F. SINI, P.P. ONIDA), Torino 2003, p. 73 ss.; ID., *Il guinzaglio e la museruola: animali, umani e non, alle origini di un obbligo*, in *Diritto@storia. Scienze giuridiche e Tradizione romanistica*, III (2004), quaderno 3, con successive integrazioni.

⁴⁷ Ci sono altri testi che neanche contengono, secondo Girard, la definizione tecnica del vincolo nossale, giacché gli stessi giuristi confermano in altri luoghi che l'obbligo principale è la *noxae deditio*.

missione del delitto, ovvero che dopo la commissione dell'illecito il sottoposto abbia fatto perdere le tracce; che l'autore del delitto non sia *sui iuris* al momento della *litis contestatio*; che il sottoposto non si trovi sottomesso alla *potestas* di un altro *dominus* al momento dell'esperimento dell'azione.

Rispetto a questa terza condizione, dalla quale dipendono corollari diversi, Girard non manca di osservare come sia la *lex Aquilia* che l'editto del Pretore prevedevano la *noxae deditio* del convenuto che non avesse la *potestas* del colpevole all'atto della *litis contestatio*.

Secondo la legge Aquilia, il padrone che abbia ordinato un delitto o di cui comunque abbia avuto conoscenza o che pur avendolo potuto impedire non lo ha fatto, può essere condannato in *solidum* (D. 9,4,2,1, Ulp. 18 *ad ed.*) persino nel caso in cui abbia venduto o manomesso il sottoposto⁴⁸.

L'editto del Pretore prevede che il *dominus* possa essere condannato anche se la vittima riesce a provare che egli, avendo la *potestas* dello schiavo al momento del delitto, se n'è spogliato prima della *litis contestatio* per non affrontare le conseguenze della *noxae deditio*: D. 9,4,22,4, Paul. 18 *ad ed.* e D. 9,4,21,2, Ulp. 23 *ad ed.*, i quali riproducono la clausola edittale.

Va infine rilevato che secondo Girard le azioni nossali vengono concesse solo in materia di delitti⁴⁹.

⁴⁸ Celso spiega il fenomeno dicendo che, nel caso di un delitto rapportabile alla legge Aquilia, non nasce un'azione nossale contro lo schiavo ma soltanto un'azione contro il padrone (*Sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi.*). Al contrario le XII Tavole prevedevano un'azione nossale contro lo schiavo ma non contro il padrone.

⁴⁹ Ci sono testi che parlano di *noxae deditio* di uno schiavo realizzata come conseguenza di una domanda contro il padrone. GIRARD, *Les actiones noxales* cit., p. 410 ss., sulla base del principio contenuto in D. 47,2,61,5 (Afr. 8 *quaest.*) *non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit* sostiene che il padrone poteva liberarsi consegnando lo schiavo. Così nell'azione pignoratizia, *comodati e depositi contraria* (D. 47,2,62,1 e D. 13,7,31), egli esclude che ci si trovi di fronte ad un'azione contrattuale nossale, ma ad un'azione per il delitto commesso dallo schiavo, la quale non nasce dal contratto di quest'ultimo

Particolare interesse dedica l'autore allo studio del procedimento.

Questo si apre con l'*interrogatio in iure* rivolta al *dominus* circa il fatto se egli abbia o meno la *potestas* del sottoposto. In base alla sua risposta sarà concessa o meno la *noxae deditio*⁵⁰.

Girard muove dal carattere alternativo dell'obbligo nossale e scorge i termini dell'*intentio* in D. 9,1,1 pr. e 11 (Ulp. 18 *ad ed.*) il quale però si riferisce all'*actio de pauperie*

... Si paret quadrupedem pauperiem fecisse (cioè il fatto che genera l'obbligo) quamobrem Numerium Negidium Aulo Agerio aut in noxam dedere aut noxam sarcire oportet

Anche Naber⁵¹ si è occupato della nossalità concentrando i suoi studi sul procedimento. La sua attenzione si è rivolta soprattutto al tema della legittimazione passiva con particolare riferimento al delitto commesso dallo schiavo.

Il tema dell'*iniuria* viene discusso attraverso una critica meticolosa dei testi compresi nel titolo 47,10 del Digesto, avanzando tesi interessanti proprio sulla caratteristica particolare della *verberatio servi*⁵².

La *noxae deditio* - dice l'autore - si realizza attraverso una *mancipatio* posta in essere in presenza del *dominus*. La *interrogatio in iure* è necessaria solo se si tratta di difendere uno schiavo assente. Questa *interrogatio* preventiva si rivolge ad indagare *an servus suus sit* ovvero *an in potestate eius sit*, ma secondo Naber, nella domanda a proposito della proprietà è compresa già la domanda sulla *possessio*.

ma del padrone.

⁵⁰ D. 9,4,22,3 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 11,1,17 (Marcianus 4 *regul.*); D. 11,1,16 pr. (Alfenus Varus 2 *digest.*); D. 11,1,5 (Gai. 3 *ad ed. prov.*).

⁵¹ Cfr. J.C. NABER, *Ad noxales actiones*, in *Mnemosyne* 30 (1902), pp. 170-78; ID., *Ad noxalem iniuriarum actionem*, in *Mélanges Gerardin*, (1907), pp. 467-472. La parte offesa può rivolgersi contro il padrone e mettersi d'accordo con chi difende lo schiavo: o lo esibisce o dà una cauzione *cum primum potuerit se exhibiturum* (D. 2,9,2,1, Paul. 6 *ad ed.*). Se nessuno difende il colpevole sarà accordata la *ductio* in favore dell'attore.

⁵² La *verberatio servi* del procedimento criminale sarebbe stata unificata da Giustiniano con l'azione nossale di ingiuria del procedimento privato.

Lo studioso non contesta l'esistenza di questa doppia *interrogatio* ma le riconosce una portata esclusivamente formale effettuandosi nella pratica la sola *interrogatio* sulla proprietà. Inoltre la domanda sulla proprietà non avrebbe espresso il senso di una conferma sulla titolarità giuridica del condannato, ma sarebbe servita ad acclarare in base a quale titolo il sottoposto si trovava presso il *dominus*.

Se lo schiavo è presente la *interrogatio* non è necessaria.

L'attore può scegliere se obbligare il convenuto ad un *iusiurandum* o rivolgere contro di lui un'azione pretoria *sine noxae deditio*. Comunque sia provata la falsa *confessio* del condannato egli ottiene la *ductio*⁵³.

Legittimato passivo dell'azione nossale è sempre il padrone dello schiavo ed il possessore sia di buona che di mala fede. Il precarista, il creditore pignoratizio e l'usufruttuario non possono subire la *noxae deditio*.

Veramente importanti sono i rilievi di Lenel⁵⁴.

Il giurista tedesco non sviluppa una teoria generale del regime nossale, ma le sue osservazioni espresse principalmente in *Das Edictum Perpetuum* si concentrano sul legame delle azioni nossali con le rubriche dell'Editto pretorio.

La *noxae deditio* - dice Lenel - consiste sempre in un'attività positiva del condannato, in ordine alla trasmissione della proprietà che si realizza attraverso una *mancipatio*.

Il termine *dedere* indica sempre un'azione del *dedens*, mentre il *duci pati* non può considerarsi come un *dedere* perché non è un'azione. Tanto è che la *noxae deditio* può essere concessa solo contro il *dominus* ma mai contro il possessore. I passi che affermano il contrario sono senz'altro interpolati.

La *noxae deditio* non deriva dalle XII Tavole ma dalla *condemnatio* della formula. I testi nel distinguere la *litis aestimatio* dalla *noxae deditio* riflettono un'alternativa che figurava già nella condanna.

⁵³ D. 9,4,21 pr., Ulp. 23 *ad ed.*

⁵⁴ Cfr. O. LENEL, *Die Formeln der Actiones* cit., p. 1 ss.; ID., *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel* (trad. franç. F. Peltier), 2, Paris 1903, p. 15 ss.; ID., *Textkritische Miscellen*, in ZSS 39 (1918), p. 119 ss.; ID., *Das edictum Perpetuum*, 3 ed., Leipzig 1927, pp. 58; 75; 76; 77; 128.

L'espressione *in iudicio adiciam aut noxae dedere* di D. 9,3,1 (Ulp. 23 *ad ed.*) indica chiaramente che queste parole figuravano nella formula così come vi figura l'espressione *detracta noxae deditio*.

L'*actio noxalis* è un'azione civile personale che invoca un *oportere* del *dominus*. La pretesa capacità dello schiavo di contrarre un obbligo civile per i suoi delitti, sostenuta da qualcuno sulla base di D. 44,7,14 (Ulp. 7 *disp.*) va intesa nel solo senso che lo stesso deve essere punito per i suoi illeciti ma non certo ipotizzando a suo carico un *oportere* patrimoniale della formula.

In tutte le azioni nossali, compresa l'*actio de pauperie*, si presuppone un *oportere* alternativo (di pagare la pena o fare la *noxae deditio*) del *dominus*: alternativa che figurerebbe non soltanto nella *condemnatio* ma anche nella stessa *intentio*.

Secondo Lenel, la frase *actione noxali teneri* non vuole dire semplicemente che una persona può assumere l'azione nossale *servi nomine* ma che è obbligato a farlo e che soltanto tramite un atto positivo di trasmissione della proprietà (*noxae dedere*) può liberarsi dalla sanzione per l'*indefensio*⁵⁵.

Particolare attenzione ha dedicato Lenel all'*actio de pauperie* facendone anzi un punto di forza ai fini di una piena giustificazione relativamente alla natura "obbligatoria" delle azioni nossali. L'*actio de pauperie* è un mezzo civile con alternativa nossale: in questo modo egli sostiene l'autenticità di D. 9,1,1,14 (Ulp. 18 *ad ed.*). L'azione, che si dà per il danno provocato dagli animali è sempre nossale benché gli animali non si obblighino. Lo spazio concesso all'*actio de pauperie* è di una singolare importanza, poichè è proprio attraverso l'*actio de pauperie* che viene ricostruita la formula dell'*actio noxalis ordinaria*.

La formula dell'*actio de pauperie* è civile e la sua esistenza non dipende dall'editto pretorio: pertanto anche l'*intentio* è di *ius civile* e invoca un *oportere* alternativo, cioè di pagare la pena o fare la *noxae deditio*.

Un tale carattere alternativo della *intentio*, troverebbe un suo sos-

⁵⁵ L'azione nossale è un'azione personale alla quale si applica la sanzione per l'*indefensio*.

tegno testuale in D. 9,1,1,11 (Ulp. 18 *ad ed.*)

... quam rem eum sibi aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportere ...⁵⁶.

Dopo aver considerato nelle prime edizioni dell'editto, anche l'*actio de pastu pecoris* come nossale, successivamente Lenel, sulla base di una più attenta esegesi ne nega questa qualifica.

Pauli Sent. 1,15,1 ... si quadrupes pauperiem fecerit [damnumve dederit quidve depasta sit], in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupem dedat

Quanto al procedimento anche secondo Lenel si deve ammettere una doppia *interrogatio in iure* rivolta dal pretore al convenuto relativamente al potere giuridico (*an eius sit*) ed al potere di fatto (*an in potestate sit*).

Inoltre la causa procederà in modo diverso a seconda della circostanza che lo schiavo sia presente o assente *in iure*.

Se lo stesso è presente *in iure*, si rivolge al condannato soltanto la *interrogatio* sulla proprietà, giacché quella sulla *potestas* è presupposta dall'esibizione del sottoposto. Qualora il *dominus* risponda affermativamente alla *interrogatio an eius sit*, egli dopo il *vadimonium* (D. 2,9,2,1 Paul. 6 *ad ed.*) rimane obbligato dalle sue parole. Di conseguenza o accetta il giudizio pagando la *litis aestimatio* o consegna lo schiavo (*noxae deditio*). Se si rifiuta di effettuare la consegna subisce la *ductio* o la *missio in bona*. Se invece non si riconosce come padrone, può assumere il giudizio nossale *cum satisfatione* (D. 9,4,39,1, Iul. 9 *digest.* e D. 2,9,2,1, Paul 6 *ad ed.*). Se non accetta il giudizio o nega di essere il proprietario subisce la *ductio*. L'attore,

⁵⁶ Lenel vede in questo testo, una citazione testuale della formula, dove i compilatori avrebbero sostituito la nominazione originale di *Nm. Nm. Ao. Ao.* per l'incoerente *eum sibi*. La ricostruzione dell'*actio de pauperie* è la seguente: *Si paret quadrupedem pauperiem fecisse qua de re agitur, quam ob rem Nm. Nm. Ao. Ao. aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a.*

anche in questo caso può pretendere un'attività positiva: una *noxae deditio* tramite *mancipatio* (D. 9,4,32, Call. 2 mon.).

Se lo schiavo è assente viene rivolta al convenuto la *interrogatio an servus in potestate eius sit*, ma se il *dominus* afferma di avere lo schiavo sotto la sua *potestas*, non si rivolge a lui la *interrogatio an servus eius sit*. È chiaro che chi afferma di avere la *potestas* sopra lo schiavo assente deve (D. 9,4,22,3 Paul. 18 *ad ed.*) accettare il giudizio nossale o promettere che presenterà lo schiavo in futuro ai fini della *ductio* o della *noxae deditio*. Viceversa se il *dominus* dichiara di avere la semplice *possessio* del sottoposto non è tenuto a subire il giudizio nossale.

Lenel qualifica la *potestas* come titolarità con il possesso. Egli non concepisce ai fini dell'abbandono nossale la separazione dell'aspetto giuridico da quello fattuale (D. 9,4,21,3, Ulp. 23 *ad ed.*; D. 50,16,215, Paul. *l.s. ad legem Fufiam Caniniam*; D. 47,2,17,3, Ulp. 39 *ad Sab.*). Per questo motivo parla di un *oportere* espresso nei testi con la frase *actione teneri* a carico del *dominus*.

La critica interpolazionistica ha trovato nel Beseler⁵⁷ uno dei suoi esponenti di maggior rilievo. L'attenzione dello studioso verso la nossalità si è limitata, in verità, all'esame del titolo 9,4 (*De noxalibus actionibus*) del Digesto. In primo luogo egli ha escluso che in materia di nossalità possa esservi scissione tra titolarità del diritto ed esercizio dell'azione. Ed invero solo di diritto deve parlarsi e mai di posizioni fattuali.

La *potestas* non può fondarsi su un potere di fatto scisso dal titolo, di conseguenza non può esservi giudizio nossale contro il possessore di buona o di cattiva fede. Solo il proprietario civile può essere convenuto per la *noxae deditio* (CI 6,2,21).

Per quanto riguarda il procedimento, è condizione indefettibile, affinché possa essere concessa l'azione nossale, che lo schiavo o il *filius* che ha commesso un delitto, si trovi presente *in iure*.

Trovandosi in presenza del pretore, sia l'attore che il condannato

⁵⁷ Cfr. G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., p. 104-125; Id., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen 1910, p. 12 ss. e III, Tübingen 1913, p. 5 ss.; Id., *Et (atque), ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, in ZSS 45 (1925), p. 456 ss.; Id., *Lucubrationes Balticae*, in SDHI 3 (1937), p. 360 ss.

ed il sottoposto, il processo può svolgersi secondo diverse possibilità: se il condannato ammette di essere proprietario dello schiavo può scegliere tra pagare la pena direttamente; promettere che darà lo schiavo in pegno; fare una *in iure cessio*; accettare il giudizio nossale sulla base della proprietà che ha dichiarato.

Se non si decide per nessuna di queste possibilità, l'attore può scegliere tra la *ductio* del condannato e la *ductio* del *servus* o la *missio in bona* sul patrimonio del *dominus*. La *ductio* dello schiavo trasforma l'attore in proprietario bonitario e contro un'eventuale azione rivendicatoria egli potrà difendersi con un'*exceptio doli* o *in factum*.

Nella stessa situazione, l'attore e il convenuto possono mettersi d'accordo anche se il condannato è proprietario bonitario; si verificano, quindi, le stesse conseguenze del caso precedente, ma senza la possibilità di fare una *in iure cessio* e il giudizio nossale è sostituito da un *utile noxale iudicium*.

Beseler non ricostruisce la formula dell'*actio noxalis* ordinaria, ma utilizzando gli stessi passi di Lenel, congettura una formula per il caso del delitto commesso da uno schiavo in proprietà di diversi titolari.

Anch'egli sostiene che l'azione nossale è un'*actio in personam* con un *oportere* alternativo ed una limitazione della condanna alla quota di comproprietà espressa nella *praescriptio*, e ricostruisce la formula nei termini seguenti:

Ea res agatur: de quarta parte poenae S.p. Ao. A. Sticho servo furtum factum esse, quam ob rem Nm. Ao. aut pro fure damnum decidere aut quartam partem Stichi noxae dedere oportet, quanti ea res fuit, cum furtum factum est, tantae pecuniae dupli quartam partem aut quartam partem Stichi noxae dedere Nm. Ao. c.s.n.p.a.

Già dal suo primo approccio scientifico alla nossalità, la dottrina romanistica si è dunque rivolta all'abbandono nossale nei termini di una responsabilità personale dell'avente potestà; seppure nella varietà delle correnti e degli indirizzi riportati, un dato è stato tenuto a lungo per fermo: secondo Girard, Naber e Lenel l'*oportere* del *pater*

è dedotto nell'*intentio* di un'azione chiaramente personale, esercitata dalla vittima del delitto direttamente contro di lui.

Tali posizioni sono state sottoposte a vivaci critiche da Biondi⁵⁸, il quale tuttavia non è riuscito a scuoterle nelle fondamenta, poiché la reazione di Lenel (espressa nell'articolo *Die formeln der actiones noxales*⁵⁹), con le considerazioni che abbiamo anzidetto, è valsa a ristabilire le premesse essenziali di quell'impostazione personale.

L'opinione principale di Biondi riposa sulla configurazione dell'abbandono nossale come una *vindicatio* del colpevole, residuo storico dell'antica vendetta privata. Tale ricostruzione è sembrata plausibile anche ad Arangio Ruiz⁶⁰, il quale ne ha scritto nelle sue Istituzioni.

Ritiene il Biondi che lo sviluppo storico dell'*actio noxalis* debba intendersi come un esempio chiaro della persistenza, in epoca classica di elementi strutturali la cui origine risale all'età più arcaica del diritto, quando il delitto commesso da un individuo appartenente a un gruppo familiare scatenava una lotta tra i capi delle opposte fazioni. La primitiva responsabilità *ex delicto* avrebbe avuto quindi il contenuto di una vendetta sulla persona del colpevole.

Questa situazione andò mutando con l'organizzazione della *civitas* ma ciò non esclude che *l'actio ex delicto* continuasse a configurarsi come una *vindicatio* del colpevole.

In questo senso, la nossalità quale caratteristica dell'*actio ex delicto* è il mezzo per fare valere il diritto di chi ha subito un danno da soggetto senza capacità, schiavo e *filius familias*. Il *dominus* o *pater* che deve risponderne può scegliere di assumerne la difesa (*noxiam sarcire*) o disinteressarsi del colpevole e quindi abbandonarlo alla parte offesa (*noxae dedere*).

⁵⁸ Cfr. B. BIONDI, *Le actiones noxales in diritto romano*, in AUPA 10 (1925), pp. 3-41; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1956, p. 28 e p. 761; ID., *Actiones noxales* cit., p. 23 ss.; ID., *Problemi ed ipotesi* cit., pp. 99-126; e p. 369 ss.; ID., *Sistema della nossalità* cit., 404-416; ID., *rec. a F. de Visscher* cit., pp. 225-241; K. HELDRICH, *rec. a B. Biondi, Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in ZSS 46 (1926), pp. 424-433.

⁵⁹ V. in ZSS, 47 (1927), 18 ss.

⁶⁰ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni* cit., p. 160 ss.

Nella lingua comune, *nox* e *noxia* sono termini di portata generale (derivati di *noceo* o *neco*) che esprimono l'idea del danno. Ma nella lingua giuridica, già dalle XII Tavole, *nox* è il danno, oggettivamente considerato, prodotto per una azione illecita e assimilato per questo, tecnicamente, al termine colpa. Ugualmente, *noxia* significa in generale *peccatum*, *delictum*, azione umana antiggiuridica.

Ne conseguirebbe però che *nox* e *pauperies* sono istituti diversi, nella struttura e nella funzione, poichè non è possibile attribuire all'animale alcuna intenzionalità e il nesso causale che lega il *dominus* al danno causato dalla bestia è meramente materiale.

Secondo Biondi l'*actio noxalis* sarebbe un'azione reale. È escluso che l'azione nossale deducesse una responsabilità personale del *dominus* o *pater*. E tale affermazione troverebbe chiaro consenso in alcune regole fondamentali in tema di azioni reali, in particolare il principio *nox* *caput* *sequitur* per il quale l'azione può essere esercitata *erga omnes* ed il principio della libertà della *defensio*, la quale contrariamente a quanto accade nell'azione personale, non obbliga il *dominus* ad accettare il giudizio. Tutt'al più egli può liberarsi consegnando lo schiavo o il *filius*.

La *noxae deditio* non è quindi un atto patrimoniale di trasferimento della proprietà e come tale può essere rivolta contro il possessore.

Il passo ritenuto basilare da Biondi è il D. 44,7,14 (Ulp. 7 *disp.*) peraltro già ampiamente invocato dalla dottrina ottocentesca per pervenire agli identici risultati⁶¹.

... servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor ...⁶².

⁶¹ Cfr. C. SCHMIDT, *Von der Deliktsfähigkeit der Sklaven*, Leipzig 1872, 20 ss.; A. BRINZ, *Krit. Vierteljahrschrift*, Leipzig 1873, p. 316; P.F. GIRARD, *Les actiones noxales* cit., p. 357; K. SELL, *Aus dem Noxalrechte der Römer*, Bon 1879, p. 23 ss.

⁶² Il passo è stato sottoposto ad accurata analisi da SIBER, *Naturalis obligatio*, Leipzig 1926, p. 35 ss.; G. LONGO, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale*

L'autenticità del brano è stata messa in discussione soprattutto per quanto riguarda lo squarcio da *civiliter quidem a obligantur et obligant*⁶³. Esso ha ingenerato i dubbi e le riserve di Lenel nonché le critiche di De Visscher⁶⁴. Dubbi e critiche le quali, vista l'importanza del passo, ritorneranno ampiamente in seguito.

La *ductio iussu praetoris* esclude che per la *deditio* il convenuto debba tenere un qualsivoglia comportamento positivo. Da questo punto di vista i giuristi assimilano i concetti di *deditio*, *indefensio*, *ductio* e *derelictio* per dire che il convenuto non può essere tenuto ad alcuna cosa all'infuori dell'abbandono del colpevole.

L'*intentio* della formula enuncia l'*obligatio civilis* che secondo la legge scaturiva a carico del *filius* o *servus*. Un'*intentio* siffatta può ben essere considerata come *in rem* poichè non afferma una pretesa contro il convenuto ma l'esistenza di un diritto assoluto dell'attore.

dello schiavo nel diritto romano classico, in SDHI 16 (1950), p. 86 ss.; ID., *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Milano 1962, p. 302; G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi Albertario* 1, Milano 1953, p. 233 ss.; A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio* (Memorie dell'Ist. Giur. Un. Torino), Torino 1955, p. 163 ss.; ID., *rec. a Buti*, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, in IURA 27 (1976), p. 202 ss.; G. SCHERILLO, *Le obbligazioni naturali*, in AG 175 (1968), p. 516 ss.; M. KASER, *Zur Frage einer condictio aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht*, in *Festschrift Falgentraeger*, 1969, p. 277 ss.; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi* (Pubbl. Fac. Giur. Un. Camerino 13), Napoli 1976, p. 299; O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma 1976, p. 8 ss.; G.L. FALCHI, *Sulla posizione del servus "obligatus"* in SDHI 46 (1980), p. 490 ss.; M.J. GARCIA GARRIDO, *El "furtum usus" del depositario y del comodatario*, in AARC, Perugia 1981, p. 841 ss.; A. WATSON, *Roman slave law*, Baltimore 1987, p. 22 ss. e recentissimamente S. LONGO, *Filius familias se obligat cit.*, pp. 8-328.

⁶³ Cfr. per tutti E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, Milano 1938, p. 121 ss.; E. BETTI, *Responsabilità nossale o peculiare, e responsabilità del Pater (dominus) ne' limiti dell'arricchimento in diritto romano classico*, Torino 1916, p. 8 ss.; ID., *Diritto romano*, I, Padova 1935, p. 557 e nt. 8.

⁶⁴ Cfr. F. DE VISSCHER, *Les actions noxales et le système de la noxalité d'après ses origines historiques et la loi des XII tables*, in *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence* 41 (1917), p. 322 ss.

4. Le incertezze della dottrina. Lo stato degli studi successivi a Biondi: dal regime nossale di De Visscher alla responsabilità oggettiva di Sargenti, dall'oportere del pater in Pugliese ai rilievi processuali di Kaser, dall'intervento pretorio sussidiario in Giménez Candela alla nossalità per il danno dell'animale in Giangrieco Pessi

Molte delle posizioni di Biondi non sono state accettate da De Visscher⁶⁵, il quale va considerato tra i massimi studiosi della nossalità. Egli ha condotto i suoi studi attraverso un'accurata analisi storico-comparativa capace di conseguire risultati che restano ancora attualmente tra i più apprezzabili della materia.

La nascita e lo sviluppo del regime nossale vanno collocati nel periodo più arcaico e quindi nell'ambito di un'organizzazione sociale per gruppi solidali in cui la regola di giustizia principale è quella autosatisfattoria della vendetta privata.

Attraverso la responsabilità nossale si afferma il concetto che per il delitto di un membro o il danno di un animale di un dato gruppo non può che risponderne il capo (*conventio ex noxali causa* D. 9,4,21. pr. Ulp. 23 *ad ed.*). Se invece non vuole risponderne, questi può liberarsi attraverso l'abbandono nossale.

Una tale ricostruzione considera il regime della nossalità come un sistema universale basato sulla solidarietà tra gruppi, il quale si è evoluto attraverso tre stadi successivi: 1) l'abbandono nossale allo stato puro; 2) il regime legale della nossalità, in cui comincia a

⁶⁵ Cfr. F. DE VISSCHER, *Le Régime romain de la noxalité* cit., p. 8 ss.; ID., *Les actions noxales* cit., p. ss.; ID., *Vindicta e noxa*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, 3, Milano 1930, pp. 235-248 e nt. 47; p. 428 e nt. 9; ID., *La nature iuridique de l'abandon noxal*, in *RHD* 9 (1930), p. 411 ss.; ID., *L'action noxale d'injures. Droit hellénique et droit romain*, in *TVR* 11 (1931-32), p. 399 ss.; ID., *Solidarité et responsabilité en droit comparé primitif*, in *Mélanges G. Glotz*, 2, Paris 1932, p. 857 ss.; ID., *Les origines du principe de la responsabilité individuelle. L'abandon noxal*, in *Ann. De l'Univ. De Paris* 7 (1932), p. 442 ss.; ID., *Il sistema romano della nossalità*, in *IURA* 11 (1960), p. 1 ss.; G.I. LUZZATTO, *rec. a F. De Visscher, Le régime romain de la noxalité* cit., p. 412 ss.; M. SARGENTI, *rec. a F. De Visscher, Le régime romain de la noxalité* cit., p. 447 ss.

prendere piede l'eventualità di riscattare il sottoposto colpevole e di porre tale possibilità come alternativa all'abbandono; 3) il definitivo affermarsi di un sistema di azioni nossali innestato sulla prassi precedente ma la cui applicazione è rimasta sempre facoltativa.

Il primo stadio avrebbe legittimato una scissione embrionale tra la responsabilità del capo famiglia e quella solidale del gruppo, realizzata in effetti, con l'abbandono del colpevole. Il secondo stadio, invece, avrebbe legittimato il principio della responsabilità personale, poiché la vittima poteva esercitare la *vindicatio* sul colpevole seppure tale vendetta poteva essere evitata o mitigata attraverso il pagamento di una somma a titolo di riparazione del danno. Il terzo stadio avrebbe legittimato la generalizzazione primaria della composizione pecuniaria mentre l'abbandono nossale ormai autorizzato solo nei confronti degli schiavi e degli animali, avrebbe ceduto di fronte all'inversione dell'obbligo/facoltà del *dominus*. Mentre nella seconda fase di sviluppo, individuata dall'autore, la composizione pecuniaria rappresenta per il capo famiglia una semplice possibilità di riscatto, nella terza egli ne diventa praticamente obbligato. Ciò si spiega ulteriormente con il trasformarsi (dalla prima alla seconda fase) del vecchio principio *nox caput sequitur* in quello più recente del *noxales actiones caput sequuntur*.

Nel sistema legale della nossalità la vendetta segue dunque la persona del colpevole fino alla consegna del suo cadavere all'offeso, qualunque sia la sua condizione giuridica ed a qualsiasi gruppo sociale egli appartenga. Il capo famiglia, pertanto, può essere obbligato ad abbandonare il colpevole, restandogli però la facoltà di poterlo riscattare.

In altre parole sarebbe lecito argomentare che solo con il compimento della sua evoluzione storica, l'abbandono nossale non fu più una semplice facoltà del capo famiglia ma un obbligo ben preciso di pagare; anzi la composizione pecuniaria rimase l'unico oggetto della condanna.

Il rovesciarsi della posizione giuridica del *pater familias* apparirebbe senza riserve dall'anzidetto D. 9,1,1 pr. e da D. 9,1,1,11. Nel primo brano viene riportato il dettato delle XII Tavole, le quali pongono in seconda istanza la facoltà di liberazione dell'avente potestà

attraverso il pagamento di una composizione pecuniaria *aut dari id quod nocuit aut aestimationem noxiae offerre*.

La disposizione originaria delle XII Tavole avrebbe dunque prescritto una *deditio* del colpevole alla vittima, ma contemporaneamente essa non richiedeva al *dominus* del colpevole niente di più che un'offerta di pagamento, la quale estingueva la *nox*a e liberava il sottoposto.

Tutto questo sistema si sarebbe sviluppato al di fuori di ogni azione giudiziaria: non c'è mezzo per il pagamento della composizione, perché questa forma oggetto di una semplice facoltà e non c'è neppure mezzo per costringere all'abbandono nossale. L'intervento del magistrato si sarebbe limitato ad un controllo di legittimità sulle condizioni necessarie per giustificare l'esercizio della giustizia privata.

Il secondo brano, attesterebbe ormai la generalizzazione della composizione pecuniaria⁶⁶.

Nel sistema legale della nossalità la *deditio* non richiede alcuna forma speciale, essendo sufficiente una semplice *traditio*, mentre la *mancipatio* deve essere praticata quando si tratta di un *filius familias*.

Quanto alla natura della responsabilità nossale (*Noxalhaftung*) e dell'azione restano famose le parole dell'autore espresse nei termini

⁶⁶ Al riguardo è da sottolineare che per F. DE VISSCHER, *Le régime romain* cit., p. 277 ss., l'*actio de pauperie* è un tipico esempio di responsabilità per fatto altrui e di azione nossale. Difatti, l'autore belga attribuirebbe a Servio e a Quinto quanto affermato nei paragrafi 4-11, dai quali si rileverebbe una responsabilità del *dominus* per quanto compiuto dal proprio animale. Secondo lo studioso, pertanto, il cardine della responsabilità nossale per gli animali si baserebbe sul principio della responsabilità strettamente individuale (*nox*a caput sequitur) del colpevole; e sebbene in epoca attuale la responsabilità degli animali possa destare meraviglia, in Roma essa sarebbe stata pienamente giustificata, per l'antica idea di colpevolezza degli stessi, non solo nell'epoca più antica, ma anche in un periodo più recente, testimoniato, appunto, da Quinto Muzio Scevola e Servio Sulpicio. Inoltre, quanto a D. 9, 1, 1.pr., sempre secondo De Visscher, esso sarebbe riferibile all'epoca delle XII Tavole; ne deriverebbe che sin da quell'epoca sarebbe esistito il carattere alternativo proprio dell'obbligazione del capo famiglia, fondamento di tutto il sistema della nossalità, stante la provata impossibilità di esigere il pagamento dal capo famiglia stesso.

che seguono: dice il De Visscher che “elle est parfaitement indifférent que l'action elle meme soit réelle ou personnelle”.

Secondo De Visscher il problema della formula è secondario, né possono ricavarsi deduzioni rilevanti dal tenore che essa riveste. Egli aveva già dai primi studi affermato che un'*obligatio* del *dominus* sorgeva soltanto dalla conclusione della *litis contestatio*⁶⁷. All'obiezione di Lenel, secondo cui questa non era idonea a creare l'*oportere* menzionato nell'*intentio*, mentre, al contrario, si poteva considerare fondata solo se tale *oportere* esisteva precedentemente alla sua conclusione, l'autore belga replica, da un lato, che parlando dell'*obligatio* sorgente dalla *litis contestatio* non intendeva e non intende riferirsi a quella indicata nell'*intentio* della formula, dall'altro, che l'*oportere* dell'*intentio* non doveva affatto essere verificato dal giudice e non aveva quindi nessun valore, rimanendo l'unica condizione della condanna il fatto delittuoso prospettato nella prima parte dell'*intentio* stessa⁶⁸: “si le *iudex* a pour mission de vérifier l'existence de cette cause, il ne lui appartient en aucune façon d'apprécier le lien

⁶⁷ Per De Visscher, prima della *litis contestatio* non vi sarebbe alcuna relazione giuridica tra il danneggiato ed il *dominus*, e, di conseguenza, in questa fase, il pagamento della composizione costituisce una semplice facoltà del capo famiglia. Se dovesse risultare impossibile l'abbandono, il pagamento verrebbe a perdere qualsiasi giustificazione e l'azione stessa si estinguerebbe. Mentre, dopo la *litis contestatio*, il *pater familias* dovrebbe la composizione pecuniaria, anche nel caso in cui non fosse più possibile compiere la *noxae deditio* del colpevole. Tanto premesso lo studioso invoca la natura contrattuale della *litis contestatio*; a nulla varrebbero in proposito le obiezioni avanzate da O. LENEL, *Die Formeln* cit., p. 195 ss., il quale ha notato come in una *intentio* civile di *dare oportere*, la condanna risultava possibile solo nel caso in cui l'obbligazione preesistesse alla *litis contestatio*. Per F. DE VISSCHER, *Le régime romain* cit., p.62 ss., questa obiezione sarebbe facilmente superabile dalla constatazione che ciò varrebbe per le azioni civili ordinarie, ove il convenuto è costretto comunque ad accettare la formula, ma non per quelle nossali, nelle quali il convenuto sarebbe costretto ad accettare solamente se ne avesse la volontà. In queste, il magistrato emanerebbe la formula per soddisfare la facoltà legale di riscatto propria del capo famiglia; e l'accettazione volontaria di questa formula non può avere altro senso che quello di un'offerta di pagare la composizione.

⁶⁸ Cfr. F. DE VISSCHER, *Le Régime romain de la noxalité* cit., 420 ss.

établi par la formule entre cette cause et les conséquences iuridiques qui doivent en résulter pour le défendeur. Ceci est une question de construction juridique qui échappe totalement à la compétence du *iudex*. Peu importe que, selon le droit civil, du «*furtum factum esse*» de l'esclave Stichus ne puisse résulter un «*damnum decidere*» pour son maître”.

Queste proposizioni rendono chiaro perché lo studioso ritenga secondario il problema della formula e neghi la possibilità di trarre deduzioni dal tenore della stessa.

Ciò nonostante De Visscher riconosce a Lenel il merito di aver individuato il solo testo che può essere letto come frammento di una formula nossale (il più volte citato D. 9,1,1,11). L'*intentio* dell'*actio noxalis* (e *de pauperie* in particolare) pervenuta attraverso il brano di Ulpiano, sarebbe senz'altro opera di un glossatore postclassico. La stessa *intentio* avrebbe avuto invece il tenore che segue: *quam ob rem aut noxiam sarcire aut noxae dedere oportet*.

Come già detto, la formula, sia pure con tali modifiche, consacrerrebbe l'obbligo primario della composizione, principale diritto della vittima danneggiata, mentre l'abbandono nossale rimarrebbe una possibilità subordinata per evitare il pagamento.

Il regime dell'azione nossale andrebbe poi esteso all'*actio de pauperie*. Solo il *pater* o il *dominus* e non il possessore di buona o di cattiva fede può subire la *noxae deditio* ed assumere la difesa. Ma non per questo, come nota Pugliese⁶⁹, il quale in un suo studio ri-

⁶⁹ Per Pugliese (Cfr. G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia* cit., p. 240 ss., e p. 514 ss.) il punto più debole della ricostruzione di De Visscher rimane nella pretesa inesistenza di un rapporto obbligatorio in capo al *pater familias*, prima del processo. Se si potesse sostenere una tale inesistenza dell'obbligazione a carico dell'avente potestà nei confronti del terzo danneggiato, a causa del suo sottoposto in una fase antecedente al processo, non si riuscirebbe a spiegare come mai l'attore possa porre al *pater* o *dominus* l'alternativa di *noxae dedere* o di difendere il figlio o lo schiavo. Inoltre non si comprenderebbe come mai in caso di inerzia dell'avente potestà nel difendere il sottoposto, si possa creare in capo al *dominus* un dovere di abbandonare il colpevole, la cui inosservanza avrebbe comunque sempre spiegato delle sanzioni a carico del capo famiglia. Il *pater* o *dominus* era dunque necessariamente vincolato già prima della fase processuale, considerando, altresì, che altrimenti non sarebbe

prende ampiamente le ipotesi di De Visscher, esse appaiono meno sorprendenti. Che la formula contenesse clausole prive di influenza sulla pronuncia del giudice o addirittura note a priori come contrarie al *ius civile* e idonee quindi soltanto a giustificare un'assoluzione del convenuto, è un'ipotesi che presuppone nei pretori e nei giuristi romani una notevole mancanza di praticità e di logica giuridica.

La portata delle formule, in verità, non dipendeva soltanto da ragioni storiche o puramente formali, bensì essenzialmente da ragioni pratiche e giuridiche. Su di esse si fondava la determinazione dei compiti dell'organo giudicante per costituire l'oggetto dell'accordo tra le parti. È dunque possibile che questa o quella clausola contenesse espressioni di suono arcaico o un tenore non del tutto corrispondente alla funzione che era venuta assumendo (come la *demonstratio* delle formule con *intentio* incerta); ma è inconcepibile l'esistenza di clausole prive di qualunque relazione con i compiti del giudice o con il diritto positivo.

Quanto al procedimento, secondo De Visscher la causa si apre con le *interrogationes in iure*. L'azione nossale è strutturata con un'*intentio* che invoca l'*oportere* dell'avente potestà. La *condemnatio*, corrispondente esattamente all'*intentio*, contiene la doppia alternativa *aut noxiam sarcire aut noxae dedere*. Particolarmente illuminati risultano, più di recente, le pagine di Manlio Sargenti⁷⁰ sulla natura

stato costretto né all'intimazione né alle sue conseguenze. A queste obiezioni F. DE VISSCHER risponde in *Les actions noxales* cit., p. 29 ss.

⁷⁰ Cfr. M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale* cit., p. 59 ss.; ID., *rec. a F. De Visscher, Le régime romain de la noxalité* cit., p. 447 ss.; ID., *Limiti fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano*, in *Studi Pavia*, 1950, p. 103 ss., e 1951, p. 239 ss.; ID., *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 1, Milano 1953, p. 551 ss.; ID., *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI* 20 (1954), p. 125 ss.; ID., *Riflessioni sui problemi della responsabilità nossale*, in *Labeo* 23 (1977), p. 323 ss.; ID., *Interrogatio in iure, iudicium noxale. Iudicium sine noxae deditio*, in *SDHI* 48 (1982), p. 506 ss.; ID., *rec. a G.L. Falchi, Ricerche sulla legittimazione passiva* cit., p. 323 ss.; ID., *Obligatio ex delicto e "responsabilità" nossale. Illecito e pena privata in età repubblicana*, in *Atti del Convegno internazionale di diritto romano*, Copanello 4-7 giugno, 1990, p. 347 ss.; ID., *Economia e finanza tra pubblico e*

e il fondamento della responsabilità del *dominus* e del *pater familias*.

Secondo lo studioso l'origine di tale responsabilità non va cercata nell'epoca arcaica, quando la società era organizzata in gruppi sociali nel cui seno la repressione dei delitti si risolveva con la vendetta, ma in un periodo molto più recente.

Preliminarmente è da escludere che le fonti confortino una differenza terminologica tra *dare* e *dedere*, *datio* e *deditio* poichè sia l'un verbo che l'altro hanno il significato di "dare" o "abbandonare."

Giuridicamente, né *dare* né *dedere* traducono il trasferimento del dominio benché entrambi designino il comportamento di chi non si oppone all'acquisto dell'altro. Ne deriva che né la *datio* né la *deditio* esauriscono un contenuto solamente negativo come la *derelictio*. Al contrario essi presuppongono un *capere* dell'acquirente.

La rinuncia del *pater familias* o *dominus* alla titolarità di un diritto ed il relativo trapasso di potere non si fonda su un rapporto di solo fatto, ma anche e soprattutto giuridico, tant'è che la *noxae deditio* si realizza attraverso la *mancipatio* o la *in iure cessio*.

Se soltanto il *dominus* e il *pater familias* sono passivamente legittimati a subire l'*actio noxalis*, coloro che hanno la disponibilità del sottoposto per altra causa, l'usufruttuario, il creditore pignoratizio, il comodatario, il depositario o il precarista, sono esclusi senza riserve.

Non è così per il possessore di buona fede il quale può validamente assumere la *defensio* in un'azione nossale. Secondo Sargenti, la *bonae fidei possessio*, in età classica trascende gli elementi tipici della *possessio* fino al punto di considerarla come una vera e propria relazione di diritto e come tale oggetto di una speciale protezione.

L'*actio noxalis* e l'*actio de pauperie* hanno in comune che entrambe si fondano sul *dominium* o meglio sulla *potestas* del *pater* o *dominus*. Questi è l'unico soggetto giuridicamente capace di subire la domanda per un danno sofferto o temuto del sottoposto. La sua responsabilità è dunque oggettiva.

Le azioni nossali si esercitano sempre in base a una relazione di *patria* o di *dominica potestas* con il soggetto autore del danno. D'altra

privato nella normativa del tardo impero, in AARC 12 (1998), p. 33 ss.; Id., *'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis'. Ancora una riflessione*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 7, Napoli 2001, p. 235 ss.

parte, *noxacaput sequitur*, il principio che regola tutta la materia, significa anche la trasmissibilità della legittimazione passiva.

Davvero originali sono i rilievi di Sargenti circa la natura dell'azione. Contro ogni opinione della dottrina egli esclude l'esistenza di un'*obligatio ex delicto* a carico del *dominus o pater*. L'origine di questa idea deriva da una interpretazione sbagliata di Gai. 4,75 dove si afferma che le azioni nossali *proditae sunt ex maleficis filiorum familias servorumque*. In tal modo è sembrato ovvio concepire l'obbligo nossale come un *oportere* dell'*intentio*.

Le azioni nossali non sono le stesse azioni *ex delicto* esercitate *noxaliter*. Non c'è nelle fonti alcun dato che permetta di affermare che nel furto, in caso di nossalità, la formula fosse la stessa delle azioni esercitate direttamente contro il colpevole, così come neanche nell'*actio noxalis iniuriarum* o *vi bonorum raptorum*.

In definitiva non esiste un vincolo nossale del *pater o dominus*, ma solo la soggezione all'azione, dalla quale il *pater* può sempre liberarsi. In nessuno dei momenti costitutivi dell'azione, può dirsi che il *dominus* sia obbligato, potendo sempre evitare le conseguenze del delitto commesso: prima della *litis contestatio*, respingendo l'azione; dopo la *litis contestatio* realizzando la *noxae deditio*; dopo la condanna effettuando la consegna del colpevole.

Quanto al procedimento, Sargenti è convinto dell'esistenza di due *interrogationes in iure* chiaramente differenziate: una sopra la proprietà (*an servus eius sit*) che si esercita sia in presenza che in assenza dello schiavo, l'altra sulla *potestas* (*an in eius potestate sit*). E relativamente all'*intentio* della formula nossale giunge ad affermare che non è concepita nell'alternativa *noxae deditio - litis aestimatio* così come non può esserlo la *condemnatio* per la risaputa corrispondenza.

Ne consegue che la ricostruzione della formula proposta da Lenel non è altro che una debole congettura.

Le osservazioni di Pugliese⁷¹ sono conservate in due articoli che

⁷¹ Cfr. G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, 1, Milano 1941, p. 20 ss.; ID., *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti Carnelutti* 2, Padova (1950), p. 115 ss.; ID., *Res corporales, res incorporales e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi Arangio-Ruiz* 3, Napoli 1953, p. 223 ss.; ID., *In tema di actio exercitoria*, in *Labeo* 3 (1957), p. 308 ss.; ID., *Obbligazione del capo famiglia cit.*, p. 235 ss.; ID., *Il processo civile*

fanno riferimento, principalmente, ai problemi processuali ed alla natura dell'azione. Ciò non toglie che, anche a questo proposito, com'è più in generale nella tradizione giuridica del grande studioso, egli pur muovendo da un punto di vista strumentale non manca di trarre dall'osservazione del fenomeno importati dati circa le sue funzioni e la più intima struttura sostanziale.

In una società primitiva organizzata in gruppi sociali non può essere che il *pater* o il *dominus* a rispondere per i delitti commessi da un membro della sua comunità. Nè può essere ipotizzata una responsabilità diretta del sottoposto sulla base della disciplina arcaica relativa al *fur manifestus* con la possibilità dell'offeso di precipitarlo dalla rupe tarpea ovvero di assoggettarlo alla *manus iniectio*.

Il processo comincia con la *in ius vocatio* del *dominus* o con il *vadimonium*. Seguono le consuete *interrogationes in iure*, una sulla proprietà l'altra sulla *potestas*.

La formula dell'azione nossale, senz'altro recante un'*intentio in personam*, è la stessa dell'*actio ex delicto* che si converte in nossale con la semplice inserzione della clausola *aut noxae dedere* (D. 9,3,1 pr., Ulp. 23 *ad ed.*, D. 9,3,1,5,6, Ulp. 23 *ad ed.*, D. 47,2,42 pr., Paul. 3 *responsorum* e lo stesso Gaio in 4,77).

L'*oportere* dell'*intentio* costituisce una delle condizioni indefettibili della *condemnatio*. Il soggetto dell'*oportere* non è l'autore materiale del delitto - *filius* o *servus* - ma il suo avente potestà.

Pugliese dunque non crede nelle tesi di Biondi, né che le fonti possano corroborare una *vindicatio* del colpevole. Al contrario esse farebbero luce sulla responsabilità corporale dello schiavo anche se per penetrare compiutamente il fenomeno, occorre rendersi conto del significato che aveva (nel caso in cui la titolarità del diritto e la materiale disponibilità del sottoposto non coincidessero in capo

romano, 1, *Le legis actiones. Corso di diritto romano per l'anno accademico 1961-1962*, Roma 1962, p. 12 ss.; ID., *Il processo civile romano, 2, Il processo formulare*, 1, Milano 1963, p. 21 ss.; ID., *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma*, in RISG 79 (1972), p. 79 ss.; ID., *Appunti sulla "deditio" dell'accusato di illeciti internazionali*, in RISG 18 (1974), p. 1 ss.; ID. *rec. a A.D. Manfredini, Contributi allo studio dell'iniuria*, in IURA 29 (1978), p. 201 ss.; ID., *rec. a M. Balzarini, De iniuria extra ordinem statui*, in IURA 34 (1983), p. 231-235.

all'avente potestà) l'assenza del *dominus*, contrapposta alla presenza *in iure* dello schiavo. Per lo studioso ciò significa che il sottoposto era sfuggito al potere materiale del *dominus*. Altrimenti non sarebbe comparso da solo né l'attore avrebbe potuto condurlo di forza né un terzo sarebbe stato in grado di esibirlo.

Il *dominus* a cui fosse mancata la *potestas* sullo schiavo, era, sia pure solo temporaneamente, liberato dall'azione nossale; e quindi è chiaro che, in tale situazione, la persona lesa non lo poteva perseguire. Da ciò trae giustificazione la *ductio* dello schiavo: da un lato, infatti, si manifestava l'esigenza pratica di accordare alla persona lesa un mezzo di tutela diverso dall'azione nossale, poiché questa, non esperibile contro il *dominus* non le poteva spettare nemmeno contro il terzo possessore, che era privo di un potere giuridico. Dall'altro veniva a cadere l'ostacolo alla *persecutio* immediata dello schiavo, in quanto la protezione su costui si estendeva fino al limite entro il quale il *dominus* esercitava la sua sovranità e il limite appariva superato quando lo stesso non sottostava più al potere materiale del suo avente potestà.

Si capisce dunque come la *ductio*, nonostante il tenore di alcune fonti, non rappresentasse una conseguenza dell'*indefensio*, assimilabile al *duci vel ferri* autorizzato dal pretore in materia reale, bensì la conclusione di un'azione esecutiva penale esercitata contro lo schiavo. Alla vittima del delitto spettava un potere di aggressione sul colpevole, potere che rimaneva quiescente finché quello si trovava nella sfera di protezione del *pater familias*. All'aggressione della persona lesa lo schiavo non poteva opporsi personalmente, poiché la sua incapacità giuridica gli impediva di essere parte in un processo di cognizione. Solo il *dominus* sopravvenuto, o un terzo che vi si sostituisse, poteva difendere lo schiavo, e solo allora si rientrava nel regime dell'azione nossale. Se invece la difesa mancava (le fonti presuppongono che il *servus* fosse *indefensus*) l'azione esecutiva sfociava nella *ductio iussu praetoris*.

Anche Max Kaser⁷² si è occupato delle azioni nossali affrontan-

⁷² Cfr. M. KASER, sv. *Transactio*, in RE 6 A 2 (1937), pp. 2139-2147; ID., *Das altrömischen ius. Studien zur Rechtsvorstellung und rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, p. 20 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*, 1, München 1955,

do in modo ampio tutte le questioni che nascono intorno alla loro applicazione.

Secondo il maestro di Monaco l'origine storica della nossalità deve essere ricercata nella responsabilità tribale per i delitti commessi dai membri delle tribù primitive. La collisione di poteri, verificatasi nel caso in cui il condannato era chiamato a rispondere per un delitto commesso da un sottoposto (figlio di famiglia o schiavo), fu risolta con l'esperimento dell'azione penale in funzione nossale, cioè, attraverso un procedimento essenzialmente diverso, capace di mettere il *pater* o il *dominus* nell'alternativa di consegnare il sottoposto affinché l'attore ne traesse soddisfazione (*noxae dedere*) oppure di evitare le conseguenze dell'abbandono con il pagamento della pena corrispondente al delitto commesso (*noxiam sarcire*). Già la legge delle XII Tavole regola la responsabilità nossale rispetto al furto.

L'obbligo del *pater* o *dominus* è per Kaser senz'altro personale: tuttavia egli precisa che non si tratta di un *debitum* per il fatto del sottoposto, concetto estraneo al diritto dell'epoca più arcaica, ma di una posizione personale legata al potere del capo famiglia (ed allora anche *pater gentis*).

La *noxae deditio* si configura, nel periodo più risalente del diritto, come un trapasso di proprietà per semplice *derelictio*: l'attore nella decisione di esercitare la vendetta sul colpevole può anche accettare che sia lo stesso *pater* o il *dominus* a punire il sottoposto o addirittura a consegnargli il cadavere.

Trattandosi di *actio in personam*, il convenuto è costretto all'accettazione di tutti i mezzi previsti dalle azioni personali. Nel caso di *indefensio* o di qualsiasi riluttanza, il Pretore accorda l'*addictio*, e se l'intimato si rifiuterà di rispondere decreterà la *ductio* a favore dell'attore.

La *nox*a può riguardare il danno causato ai beni ma anche la morte di una persona libera o di un *alieni iuris*. Nell'uso tecnico-giuridico, Kaser riscontra una differenza di significato tra *nox*a e *noxia*: *nox*a ha un senso più ampio, riferito a qualunque danno de-

p. 13 ss.; ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 24 ss.; ID., *Oportere und ius civile*, in ZSS 83 (1966), p. 1 ss.; ID., *Die formula der actio ad exhibendum*, in RIDA 14 (1967), p. 263 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*, 1, München 1975, p. 18 ss.

littuoso, mentre *noxia* si riferirebbe esclusivamente al danno patrimoniale così come accade nelle espressioni *noxiam sarcire* e *noxiam nocere*, raccolte da Ulpiano in D. 9,4,2,1. Solo successivamente *noxia* e *noxia* avrebbero assunto un significato sostanzialmente identico e quindi il senso del debito per un delitto.

Tra le due espressioni *noxae dedere* e *noxae dare*, la forma comunemente seguita è senz'altro la prima. Kaser osserva come il *noxae dedere* sia ampiamente utilizzato nell'uso tecnico-giuridico. *Noxae dare* è espressione tarda e poco frequente.

A prescindere da CI 10,44,4 pr. e da pochi altri testi ancora, il termine *noxia* è sempre relazionata con *deditio*. È così nell'editto pretorio (v. D. 9,4,21,2 Ulp. 23 *ad ed*; D. 39,4,1 pr. Ulp. 55 *ad ed*; D. 9,3,1 pr. Ulp. 23 *ad ed.*), nella formula dell'*actio aquae pluviae arcendae* (D. 39,3,1,11, Ulp. 53 *ad ed.*) e in quella dell'*actio furti noxalis* (D. 47,2,42 pr., Paul. 9 *ad ed.*).

Addirittura Kaser attribuisce a qualche errore di copista la forma *noxia dare* e nota come in occidente, il *dedere* in relazione ad altre espressioni quali *vindictae*, *ad vindicta*, *ad poenam*, *pro culpa*, *pro factio*, *per servum* venga sistematicamente sostituito con *tradere*: *tradere vindictae*, *tradere ad vindictam*, *tradere ad poenam*, *tradere pro culpa*, *tradere pro o*, semplicemente, *per servum tradere*.

In epoca classica la *noxae deditio* si realizza attraverso la *mancipatio* o trattandosi di schiavi attraverso la *in iure cessio* cioè con un mezzo formale di trasmissione della proprietà. Il pagamento della pena (*litis aestimatio*) e la *noxae deditio* si convertono dunque in un dovere giuridico, perfezionandosi in tal modo il concetto di debito per il delitto. Così in epoca post-classica, benché il *dominus* (e non più il *pater* per i figli) resti ancora sottomesso all'alternativa di consegnare lo schiavo o di pagare la pena, se il condannato non ottempera al risarcimento, la *noxae deditio* può essere eseguita *manu militari*.

Relativamente al principio *noxia caput sequitur*, Kaser si adatta alla dottrina dominante, scorgendovi la responsabilità che nasce dalla commissione di un delitto gravante contro chiunque (*pater* o *dominus*) abbia la potestà del sottoposto in quanto tale e fino a quando ne esercita i poteri. Lo schiavo liberato ed il figlio *sui iu-*

ris risponderanno in proprio del delitto; se sono stati alienati ne risponderà il nuovo *dominus*. In altri termini, la regola *noxæ caput sequitur*, contempla la particolare soggezione del colpevole alla parte offesa ed esprime la relazione personale di responsabilità che sorge per il delitto commesso (*noxæ*) e la persona (*caput*) che lo realizza. Tale soggezione segue il colpevole ovunque esso si trovi indipendentemente dalle vicende che nel frattempo si siano potute verificare. Solo nel diritto volgare dell'Occidente, esso andrà a significare la pena comminata all'autore del delitto.

Quanto alla legittimazione, Kaser osserva che l'azione nossale veniva accordata sia nel caso in cui il delitto fosse commesso da uno schiavo sia nel caso in cui l'avesse commesso un *filius familias*.

Già con Giuliano le azioni penali potevano essere intentate direttamente contro i figli di famiglia, seppure sussidiariamente, qualora nessuno li difendesse (D. 9,4,33, Pomp. 14 *ad Sab.* e D. 9,4,34, Iul. 4 *ad Urs.*). Con il progressivo indebolirsi della *patria potestas*, la responsabilità nossale per i figli di famiglia scompare completamente.

L'azione nossale è azione penale corrispondente al delitto commesso dallo schiavo o dal *filius familias* e come tale essa è concessa al *pater* o *dominus* con l'alternativa, per chi ha nel suo potere l'autore del fatto, di pagare la pena o consegnare il sottoposto all'attore.

L'*actio noxalis* è diversa dall'*actio de pauperie*. Come emerge, già nelle XII Tavole (8,6) e in Ulpiano (D. 9,1,1 pr.), l'*actio de pauperie* va rapportata al danno causato da un animale quadrupede per il quale la parte offesa può agire con un'azione diretta verso il proprietario di questo. Ancora una volta il *dominus* può liberarsi consegnando l'animale (*noxæ dedere*) o pagando il danno causato (*noxiam sarcire*).

L'idea che per un delitto possa rispondere lo stesso animale scompare alla fine della Repubblica e da quel momento il proprietario si obbliga personalmente seppure a causa dello stesso (D. 9,1,1,4-6, Ulp. 18 *ad ed.* e D. 9,2,9,3, Ulp. 18 *ad ed.*). Inoltre l'azione comincia a trovare applicazione, anche solo in via utile, relativamente ai danni causati dagli animali domestici e comunque, pienamente ed in ogni

caso, qualora il danno sia causato contro un loro istinto naturale⁷³.

Il procedimento dell'*actio de pauperie* è sostanzialmente identico a quello dell'*actio noxalis*. Se il condannato afferma di essere proprietario dell'animale subirà l'azione con la consueta alternativa, se invece si rifiuterà di rispondere o negherà la proprietà, verrà concessa all'attore un'*actio in solidum* (*wird er in solidum verurteilt* D. 9,1,15 Ulp. 8 *ad ed.*)⁷⁴.

La ricostruzione della formula dell'*actio de pauperie* è identica a quella fornita da Lenel:

Si paret quadrupedem pauperiem fecisse, qua de re agitur, quam ob rem Nm.Nm. Ao. Ao. aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex Nm.Nm. Ao.Ao. condemnato, s.n.p.a.

Un'ultima riflessione è dedicata da Kaser alla nossalità delle azioni non penali. Egli pur affermando che queste non venivano concesse in funzione nossale, non può negare che in alcune riposino tratti evidenti della nossalità (*eine noxale funktion*): azioni divisorie; azioni in cui il giudice godeva di maggiore arbitrio ed il condannato poteva non consegnare lo schiavo; *actiones mandati*; *fiduciae*; *redhibitoria*; *hereditatis petitio*. Né vengono trascurati gli interdetti nossali.

Ne deriva che seppure questi mezzi non possano essere considerati nossali in senso stretto, rimangono innegabili le caratteristiche peculiari che conservano, intrasmissibilità passiva, cumulatività e per l'appunto nossalità. Le stesse caratteristiche si trovano nell'*actio aquae pluviae arcendae*, nell'*actio ex testamento* e persino nella *condictio*.

⁷³ Anche l'*actio de pastu pecoris*, sarebbe nata in epoca storica con funzione nossale. Tuttavia essa già nel periodo classico non avrebbe conservato questa caratteristica. Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.*, p. 211; P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani* cit., p. 18 ss.

⁷⁴ A dire il vero Kaser non precisa né la portata né le conseguenze relativamente all'esperimento di quest'azione, quindi se la stessa sia uguale a talune azioni nossali concesse senza l'alternativa della *noxae deditio* oppure se si tratta di un'azione pretoria diversa.

Particolare rilievo ha dedicato Falchi⁷⁵ al sistema delle azioni nossali, studiandole dalla particolare angolatura della legittimazione passiva. Secondo l'autore il convenuto fino al momento della *litis contestatio* aveva l'obbligo di scegliere tra l'assunzione della *defensio servi* e la *noxae deditio*: e poiché un tale obbligo non riposava sulla responsabilità del *dominus* si è identificato il criterio di attribuzione della legittimazione passiva all'azione nossale in una relazione tra servo e convenuto, la *potestas*.

L'azione nossale sarebbe nata a causa del comportamento anti-giuridico del servo che anticamente per sua stessa struttura poteva essere compiuto con il dolo del suo autore. La sola realizzazione del fatto, quindi, avrebbe significato un'automatica attribuzione dello stesso all'atto volontario del sottoposto. Ciò è chiaramente dimostrato dalla circostanza che il servo, il quale avesse obbedito ad un ordine del *dominus* relativo alla realizzazione di un delitto, qual era quello previsto dalla legge Aquilia (che poteva compiersi anche con colpa e non esclusivamente con dolo), sarebbe stato scusato.

Dalla realizzazione del fatto sarebbe nato un vincolo sul servo volto al soddisfacimento della vendetta a favore dell'attore. Questo vincolo, del tutto analogo alla *obligatio rei*, si sarebbe profilato in maniera simile a quello generato dall'autopignoramento dei *nexi*. In epoca più matura la situazione dello schiavo era considerata affine a quella in cui si sarebbero trovate le *res* gravate da un vincolo di garanzia per il soddisfacimento di un credito.

L'azione nossale, per l'appunto, è generata dalla posizione in cui si veniva a trovare il servo, il quale dovendo soddisfare la pretesa dell'attore deve sopportare il fatto che la vendetta possa essere esercitata sul suo corpo.

In corrispondenza con l'aspettativa dell'attore non vi era una situazione obbligatoria di un soggetto passivo ma solo una situazione di destinazione della persona del colpevole (il sottoposto) alla sua soddisfazione. Tuttavia lo schiavo non era capace e non sarebbe stata possibile neppure un'apprensione diretta dello stesso, in quanto

⁷⁵ Cfr. G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., pp. 167-169; ID., *Genesi ed interpretazione dell'art. 2052 cod. civ.*, in *Atti del 2° seminario romanistico gardesano*, 12-14 giugno 1978, Milano 1980, p. 153 ss.

si sarebbe leso il diritto del proprietario o del possessore alla sua disponibilità. Pertanto il convenuto avrebbe potuto collaborare per la realizzazione delle pretese attrici in due modi: o contestando la lite e assumendo così in proprio l'obbligo di risarcire il danno in seguito alla *condemnatio* o trasferendo il proprio diritto sul servo al danneggiato.

In entrambi i casi quest'ultimo sarebbe stato tacitato. Ne deriva che con l'obbligo di contestare la lite, gravante sul titolare della *potestas*, si tentava in via principale di costringere un soggetto giuridicamente capace ad assumersi l'onere del risarcimento; in via gradata, se il convenuto non avesse voluto assumere l'onere del pagamento della *litis aestimatio*, avrebbe dovuto porre il danneggiato in grado di esercitare la sua pretesa direttamente sul colpevole in virtù della *noxae deditio*.

Legittimati passivi dell'azione in definitiva non potevano che essere i titolari di *potestas*: i padroni ed i possessori di buona fede seppure per il fatto diretto commesso dai loro sottoposti.

Il libro che Teresa Giménez Candela⁷⁶ ha dedicato al regime pretorio delle azioni nossali rende l'idea di quali e quanti siano i dubbi che ancora, allo stato delle nostre conoscenze, restano irrisolti in materia di nossalità. Il primo problema da porsi è proprio quello che riguarda l'ampiezza, la direzione, i modi dell'intervento del pretore "la incidencia concreta de la jurisdicción pretoria en el régimen

⁷⁶ Cfr. T. GIMÉNEZ CANDELA, *El régimen pretorio* cit., p. 19 ss.; ID., *Notas en torno al vadimonium* cit., 126 ss.; ID., *Los llamados* cit., p. 1 ss.; ID., *Una perspectiva histórica* cit., p. 117 ss.; M. SARGENTI, *rec. a Giménez Candela, El régimen pretorio* cit., pp. 506-520; M. BALZARINI, *rec. a Giménez Candela, Los llamados cuasidelitos*, in IURA 41 (1990), p. 148 ss.; A. BURDESE *rec. a Giménez Candela, Los llamados cuasidelitos*, in SDHI 57 (1991), p. 447 ss.; T. MAYER MALY, *rec. a Giménez Candela, Los llamados cuasidelitos*, in TR 60 (1992), p. 194 ss.; A. D'ORS, *rec. a Giménez Candela, Los llamados cuasidelitos*, in ZSS 109 (1992), p. 674 ss.; I. CREMADES, J. PARICIO, *rec. a Giménez Candela, Los llamados cuasidelitos*, in SC, suppl. 1992-93, p. 73 ss.; M. TALAMANCA, *rec. a Giménez Candela, Los llamados cuasidelitos*, in BIDR 97 (1994-95), p. 613 ss.; J.M. RAINER, *rec. a Giménez Candela, Los llamados cuasidelitos*, in *Gnomon* 67 (1995), pp. 45-48.

de las acciones noxales”, un problema che la dottrina precedente ha sempre affrontato marginalmente rispetto a quelli più generali, attinenti alla struttura civilistica del regime nossale.

Tuttavia, in definitiva, il concetto che possiamo farci del tenore della responsabilità nossale dipende in gran parte dall'esatta rappresentazione del ruolo svolto in questo campo dal pretore e dei limiti e degli effetti del suo intervento.

Se fosse vero che uno strumento processuale di origine pretoria, la *interrogatio in iure*, costituisse la “pieza clave para entender la legitimación pasiva en la acción noxal”; se fosse vero che l'*interrogatio in iure* fosse la via “absolutamente necesaria para fijar la legitimación pasiva del demandado” (sotto un duplice profilo in quanto cioè l'azione non può essere concessa “si este no ha reconocido previamente su propiedad sobre el esclavo” e viceversa può esserlo anche contro chi non sia il *dominus* ma abbia dichiarato di esserlo); se tutto ciò fosse vero non dovremmo parlare solo di un regime pretorio sussidiario dell'azione nossale, di un intervento del pretore diretto solo a “castigar al que en la *interrogatio in iure* habian mentido al negar su *potestas* sobre el *servus* no presente *in iure* o habia actuado dolosamente para perderla”, ma di un intervento ben più penetrante che tocca il principio dell'esclusiva responsabilità sostanziale evidentemente connessa alla legittimazione processuale del *dominus*.

La posizione di Giménez Candela non è per la verità del tutto nuova. Già Demelius⁷⁷ nei suoi studi sulla *confessio* aveva espresso l'idea che l'*interrogatio in iure* potesse servire non per accertare la legittimazione passiva ma per consentire di crearla, in un certo senso, attraverso “die Uebernahme einer obligatorischen Haftung” da parte del convenuto. Allo stesso modo la sua idea di un'origine pretoria dell'*interrogatio* e dei suoi effetti, espressa già un secolo prima, aveva sortito un'accettazione quasi consolidata. La Giménez, forse riprendendo questi risultati, pone l'*interrogatio in iure* al centro di tutta la sua costruzione, facendone la chiave per capire la legittimazione passiva, tanto nell'azione nossale quanto nell'*actio sine noxae*

⁷⁷ Cfr. G. DEMELIUS, *Die Confessio im römischen Civil-Process und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung*, Graz 1880, p. 408 ss.

deditione, ed attribuendo al pretore la paternità di uno strumento processuale così importante (e la valutazione dei gravi effetti che nascerebbero dal suo uso).

La studiosa spagnola non trascura di spiegare il meccanismo attraverso cui la *interrogatio* si inserisce nel singolo processo. Per ottenere il duplice scopo di costringere il convenuto a rispondere e di dare alla sua risposta, se affermativa, un effetto vincolante, l'*interrogatio* avrebbe dovuto ricevere un fondamento ed un'impronta autoritativa. È lecito pensare, in altri termini, che essa venisse autorizzata di volta in volta con un decreto del magistrato contenente un *iussus respondendi* rivolto al convenuto. Anche il Sargenti, considera per nulla astratta questa soluzione ed anzi la riscontra con la lettura di D. 11,1,9,6,7 (Ulp. 22 *ad ed.*). In questo passo Ulpiano, dopo essersi posto il problema circa la portata dell'*interrogatio* (*an quis cogatur respondere, utrum ex testamento heres sit, et utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas an per eos quos suo iuri subiectos habet vel per eum, cui heres extitit*) afferma che *summatim igitur praetor cognoscere debebit, ... ut, si valde interesse compererit, plenius responderi iubeat*. Il giurista cerca di risolvere la questione adducendo un intervento autoritativo del magistrato, capace di imporre al convenuto la risposta ad una *interrogatio* la quale non era, dunque, estranea al sistema processuale romano né aliena dal pensiero della giurisprudenza, quanto meno nell'età severiana⁷⁸.

Più agevole è stato il cammino di Giménez per l'ipotesi in cui il convenuto avesse risposto all'*interrogatio* negando di avere *in potestate* lo schiavo colpevole. In questo caso la via ai possibili sviluppi del

⁷⁸ Non so fino a che punto questa soluzione di Ulpiano possa essere generalizzata. Sul punto tornerò anche sulla base della lettura delle Tavole di Murecine pubblicate circa vent'anni or sono, le quali aprono precisi spiragli alla conoscenza di questo strumento processuale. Già da ora devo però osservare che nella *testatio* di Murecine non si fa parola di alcun intervento del magistrato e l'*interrogatio* appare, anzi, indipendente dal vero e proprio processo nossale, quasi solo un atto preparatorio di esso, tanto è vero che le formalità hanno luogo innanzi al duoviro municipale, mentre il processo dovrà svolgersi, poi, per ragioni di competenza a Roma. Non v'è indizio che il magistrato municipale avesse emesso, nel caso, un qualsiasi ordine che obbligasse il convenuto a rispondere.

processo è tracciata dalla stessa disposizione dell'editto, che consente all'attore di scegliere tra due alternative: chiedere che il pretore ordini al convenuto di confermare con giuramento la risposta negativa oppure ottenere la concessione di una formula *sine noxae deditio*.

Anche a questo riguardo non sono mancati problemi che la studiosa ha preso in esame.

In primo luogo sono state considerate le conseguenze di un persistente atteggiamento ostruzionistico del convenuto, il quale rifiutasse di giurare o di *suscipere iudicium*.

L'indicazione che viene dal Digesto non è però di facile lettura. Dinanzi ad un testo come D. 9,4,21,4 (Ulp. 23 *ad ed.*) in cui si afferma la renitenza del convenuto il quale se non vuole giurare andrà incontro alle sanzioni applicate a chi non collabora nel processo (*si reus iurare nolit, similis est ei, qui neque defendit absentem neque exhibet, qui condemnantur quasi contumaces*) le perplessità sorgono copiose: il plurale *condemnantur* non concorda con i soggetti al singolare, nè si comprende il tipo di giudizio che verrebbe esperito contro i *contumaces* ed il contenuto della condanna che ne deriverebbe⁷⁹. Nè ancora perchè il giurista avrebbe dovuto spiegare la conciliabilità di siffatta ipotesi di condanna con la struttura del processo formulare classico dove ben si poteva verificare la posizione del *reus* che, negata la potestà sullo schiavo, rifiutasse di prestare il giuramento, oppure quella, sostanzialmente diversa, di chi, avendo riconosciuto, invece, la potestà, rifiutasse di assumere la difesa e di esibire lo schiavo colpevole.

Da questa catena di difficoltà interpretative, Giménez sulla scorta della dottrina romanistica dell'ultimo secolo, si è liberata attribuendo ai compilatori giustiniani sia il *condemnantur quasi contumaces* del fr. 21,4 sia il *iudicium suscipiet omnimodo* del fr. 21 pr., nonchè il *punitur* del fr. 22,3, sostituendo per diritto classico all'ipotesi della condanna del convenuto renitente quella della sua *ductio iussu praetoris*, più modernamente affiancata o sostituita dalla *missio in eius bona*.

⁷⁹ Cfr. per tutti BALLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, Milano 1988, pp. 1-267.

Ne deriva che gli effetti di una tale ingerenza sono tali da mettere in discussione la stessa utilizzabilità del concetto di legittimazione passiva, se questa vada identificata con l'esistenza nel convenuto di una posizione sostanziale idonea a giustificare il suo assoggettamento all'azione.

Una lunga indagine esegetica ha occupato gli studi di Maria Vittoria Giangrieco Pessi⁸⁰ relativamente all'*actio de pauperie*, ove l'autore affronta di conseguenza quasi tutte le questioni che ancora dividono la dottrina in materia di nossalità. La studiosa ricostruisce la responsabilità per l'atto illecito e per il danno che da questo deriva ad un terzo come obbligo del *pater* o del *dominus* in quanto tale e quindi in rapporto al fatto che il sottoposto danneggiante (*filius*, schiavo o animale) appartiene alla sua sfera di potestà.

Esula pertanto dall'imputazione della responsabilità, qualsiasi valutazione o accertamento sulla sussistenza di una colpa anche di tipo omissivo. Giangrieco Pessi giunge ad adattare alla nossalità, e quindi più particolarmente al regime dell'*actio de pauperie*, il pensiero di un'autorevole dottrina (quella di Serrao, suo Maestro) riguardo al problema della responsabilità per fatto altrui: il capo famiglia è chiamato "in base al rischio di essere tale"⁸¹ e ciò perchè il suo rispondere trova fondamento nel potere ovvero nel rapporto patrimoniale che ha sui *fili* e sugli schiavi. D'altro canto, questa categoria di persone (ovviamente un discorso a parte vale per gli animali), o perchè mancanti totalmente di capacità giuridica o perchè incapaci di assumere su di sé alcuna obbligazione che discenda direttamente dal fatto illecito compiuto, o comunque perchè soggetti privi di capacità economica e come tali impossibilitati in ogni caso

⁸⁰ Cfr. M.V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio cit.*, soprattutto per quanto riguarda il rapporto tra *actio de pauperie* e nossalità, p. 211 ss.

⁸¹ F. SERRAO, *La responsabilità per fatto altrui cit.*, pp. 19-34; ID., *Concorso fra actio damni in factum contro l'exercitor e actio legis Aquiliae cit.*, p. 605 ss.; ID., *Dalle XII Tavole all'Editto del Pretore*, in *Atti del Convegno "La Certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana"*, Università di Pavia, 26 - 27 aprile 1985, Padova 1987, p. 51 ss.; ID., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, Napoli 1987, p. 293 ss.; ID., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, p. 10 ss.; L. VACCA, *Delitti privati cit.*, p. 717.

a riparare il danno arrecato al terzo, non possono rispondere direttamente verso il danneggiato se non con la loro persona ove il capo famiglia non sia disponibile a farsi carico del danno.

Nel discorso fin qui svolto, Giangrieco Pessi ha privilegiato un metodo di indagine centrato sulla ricostruzione in chiave sistematica dell'*actio de pauperie* e delle sue caratteristiche. Alla fine le conclusioni raggiunte rimangono però esposte in chiave storica. Quanto al primo periodo (dalla società gentilizia sino al III sec. a.C.) l'*actio de pauperie* presenterebbe tutte le caratteristiche della nossalità, mantenendo peculiarità sue proprie legate al particolare oggetto del *noxae dedere*. Essa sarebbe nata nel momento in cui è in essere il processo di formazione della più antica società romana, da quella gentilizia al consolidamento della *civitas*, e si inserisce fra gli strumenti di "composizione dello stato di guerra insorgente tra due gruppi per l'offesa prodotta dal componente di una *gens* al componente di un'altra".

Nelle XII Tavole la fattispecie dell'*actio de pauperie* è quindi definita in termini di particolare rigore. La responsabilità oggettiva del *dominus* dell'animale è assoluta ed egli risponde del danneggiamento cagionato dallo stesso, prescindendo da ogni valutazione circa il comportamento tenuto, *contra naturam* o meno.

L'obbligazione è sempre quella di *noxae dedere* e solo facoltativamente il *dominus* può liberarsi con il pagamento di una somma di denaro. Questa possibilità, di scegliere tra due diverse prestazioni, si spiega alla luce della considerazione che il proprietario non risulta responsabile per un atto proprio ma per un'azione direttamente riconducibile al sottoposto (Giangrieco a fortiori considera il caso dell'animale) di cui egli viene a rispondere in forza del *dominium*. Ciò è coerente con il principio *noxam caput sequitur* retaggio dell'originaria consegna dell'offensore per la pena.

Inoltre l'autrice nota che relativamente al problema più generale del sistema delle azioni previste dall'ordinamento nelle ipotesi di danneggiamento da animali, le fonti ci attestano che fin dal periodo arcaico esistevano altre fattispecie per le quali, essendo applicabile l'*actio de pauperie*, potevano essere esperite altre azioni, quali l'azione decemvirale per il *frugem pavisse ac secuisse* e l'*actio de pastu pecoris* (a parte le *rupitiae* per le quali l'assenza di indicazioni testuali

non ha permesso di avanzare ipotesi ricostruttive)⁸².

In questo stesso periodo l'*actio ex Lege Aquilia* (e poi *utilis o in factum*) rappresenta una "norma di chiusura". Resta ferma l'applicazione dell'*actio de pauperie* tutte le volte che il comportamento rientri nel suo ambito di efficacia, ma là dove non sarà possibile riferire l'evento dannoso esclusivamente al comportamento dell'animale risultando una responsabilità soggettiva del *dominus* o di un terzo si utilizzerà per l'appunto l'anzidetta "norma di chiusura".

Il periodo storico che va dal III sec. a.C. al III sec. d.C., evidenza, con riferimento all'*actio de pauperie*, un graduale assestarsi della fattispecie, senza allontanarsi troppo da quella originaria consacrata dalle XII Tavole. Secondo Giangrieco la fattispecie dell'*actio de pauperie* mantiene ferma la sua caratteristica di individuare una responsabilità oggettiva del *dominus* per il danneggiamento operato dall'animale. Peraltro, tale responsabilità viene in parte attenuata con l'introduzione, nella fattispecie originaria, del requisito *contra naturam*. La regola generale diviene, dunque, quella della concessione dell'*actio de pauperie* quando il danneggiamento sia stato determinato da un comportamento *contra naturam* dell'animale (rispetto ai comportamenti naturali della specie) causato *commota feritate*. Il riferimento è oggettivo ed è costruito sulla specie e sulla percezione nell'ambiente sociale in cui vive. È innaturale, dunque, il comportamento che il terzo non può aspettarsi dall'animale in quanto inusuale per l'atteggiarsi di questa specie nell'ambiente di vita comune. Il vizio congenito dell'animale *calcitrosus*, *cornu petere solitus*, *nimia ferocia*, non assume rilevanza per il terzo perché non conosciuto né conoscibile.

È estremamente difficile stabilire con certezza il momento in cui il *contra naturam* trovò ingresso nella fattispecie originaria.

Per la studiosa l'introduzione del *contra naturam* è ascrivibile già al pensiero della giurisprudenza classica e si colloca tra la tarda repubblica e il principato.

La natura dell'obbligazione è senz'altro facoltativa, anche se si

⁸² Cfr. per tutti M.V. GIANGRIECO PESSI, *op. cit.* 5 ss.; 215 ss., cui rinvio per le fonti e l'ulteriore letteratura.

accentua la valenza patrimoniale dell'*actio* stessa, la quale è testimoniata dalla formula *aut noxam sarcire aut noxam dedere*; l'accettazione della formula sembra determinare, infatti, la trasformazione dell'obbligazione da facoltativa in alternativa. Di modo che mentre la morte dell'animale prima dell'accettazione della formula, determina l'estinzione dell'*actio*, la morte dello stesso dopo l'accettazione della formula, fa perdurare (in caso di condanna) l'obbligo di *noxam sarcire*. Sotto questa angolatura la *litis contestatio* sembra essere un momento decisivo; infatti essa individua il momento di passaggio e di trasformazione dell'obbligazione da facoltativa ad alternativa.

Quando il proprietario è chiamato alla *litis contestatio*, nel momento dell'accettazione della formula, egli deve essere ancora in condizione di poter effettuare la *noxae deditio*. Infatti, se prima dell'accettazione, il convenuto non può più *noxae dedere*, in quanto non è più *dominus*, non accetta la formula perché non vi è più azione (la perdita del *dominium* l'ha, quindi, estinta); al contrario se la perdita della possibilità di fare la *noxae deditio* si determina dopo la *litis contestatio*, il proprietario che ha ormai accettato la formula di *aut noxam sarcire aut in noxam dedere* è chiamato comunque in caso di condanna a pagare la pena pecuniaria.

In conclusione, con riferimento al principio *noxae caput sequitur*, Giangrieco ritiene che il *dominus* risulti essere l'unico responsabile dell'atto dannoso compiuto dall'animale, in base al *dominium* che vanta sullo stesso: e ciò è tanto vero da poter essere considerato (almeno per tutta l'epoca classica) come l'unico legittimato passivo dell'azione intentata dal terzo danneggiato.

Quanto poi all'ambito soggettivo, la studiosa ritiene che la legislazione decemvirale avesse enucleato, con l'*actio de pauperie* e con le altre azioni concorrenti in caso di danneggiamento da animali, un tessuto normativo idoneo a disciplinare tutte le ipotesi di danno da animale che avevano rilevanza sociale. Successivamente, l'*interpretatio* poté avvalersi della costruzione formale della norma per collegare l'ordinamento all'evoluzione economico-sociale del mondo romano, estendendo l'applicazione a quei quadrupedi per i quali non ci si era posto inizialmente il problema.

Infine Giangrieco non trascura il problema riguardante

l'applicabilità dell'*actio de pauperie* agli animali feroci. Nelle fonti non sembra potersi riscontrare una limitazione riferita al carattere mansueto o selvaggio dell'animale. La stessa distinzione varia nel tempo essendo condizionata all'avverarsi o meno di specifiche utilizzazioni dei medesimi animali da parte dell'uomo e viene ad assumere rilevanza sia sul versante dell'interdipendenza tra proprietà e responsabilità sia su quello dell'identificazione del comportamento naturale o meno dell'animale⁸³.

Ancora di recente tutta una serie di studi è tornata (più o meno incidentalmente) sul tema della nossalità, sia relativamente al fenomeno nella sua più intima natura, sia relativamente alle influenze spiegate in caso di danno provocate dall'animale⁸⁴.

⁸³ La crescente rilevanza sociale del problema dei danni provocati da animali portò a prevedere ulteriori interventi autoritativi. Si pensi all'Editto *de feris*, normativa di ordine pubblico, connessa alla *cura urbis* affidata agli edili e finalizzata ad offrire una tutela più incisiva del terzo danneggiato, anche in via preventiva, nei confronti del proprietario dell'animale feroce tenuto in cattività a contatto del pubblico ed alla *lex Pesolania* la quale conserva caratteristiche ed esigenze analoghe a quelle dell'Editto *de feris*, introducendo così rimedi più specifici ed incisivi rispetto all'*actio de pauperie*. Il periodo storico successivo al III sec. d.C. non è oggetto delle ricerche della studiosa.

⁸⁴ Cfr. BALDUCCI, *Intorno al iudicium domesticum*, in *Archivio Giuridico* 191 (1976), pp. 69-97; S. MORGESE RASIEJ, *Sul regime della nossalità nelle XII Tavole*, in *Archivio giuridico* 211 (1991), pp. 287-333; G.A. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio, III. Palingenesia y reconstrucción*, in *Cuadernos Compostelanos de derecho romano* 7 (1995), p. 94 ss.; A. PETRUCCI, *Problemi della traduzione in cinese dei testi del titolo D. 4.9. La responsabilità «ex recepto» nel contratto di trasporto in diritto romano e nel diritto civile moderno*, in *Index* 24 (1996), p. 455 ss.; M. MARRONE, *Res in iudicium deducta – res iudicata*, in *BIDR* 99 (1996), p. 65 ss.; ID., *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'«eadem res»*, in *SDHI* 64 (1998), p. 50 ss.; ID., *Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, «litis contestatio» e sentenza*, in *Mélanges Sturm*, I, Liège 1999, p. 369 ss. [anche in *AUPA* 45 (1998), p. 433 ss.]; G. POMA, *Gaio, Gellio e le 'XII Tabulae'*, in *Labeo* 43,2 (1997), pp. 280-291; B. BONFIGLIO, *Spunti e riflessioni su istigazione e complicità*, in *Atti del II Convegno sulla Problematica Contrattuale in Diritto Romano*, Milano 11-12 maggio 1995, Milano 1998, p. 195 ss. e nt. 31; M. MICELI, *La prova retorica tra esperienza ro-*

5. Per un'ipotesi ricostruttiva

Non potendo qui rendere conto più approfonditamente, di un dibattito dottrinale che sul fenomeno nossale rimane ancora lontano da una sicura impostazione di ordine generale, non mi resta che cogliere da quanto letto finora qualche dato che più degli altri sia capace di supportare con una certa sicurezza i risultati che emergono quando il *petitum* dell'azione, in una forma tutta particolare, consista nella punizione dell'*iniuria* commessa dal servo.

Pur con la cautela che si impone di fronte ad un argomento che coinvolge temi basilari nel tessuto del diritto processuale e sostan-

manistica e moderno processo penale, in *Index* 26 (1998), p. 241 ss.; ID., 'Fictio libertatis': rilevanza del 'debita servorum' all'interno della struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis', in *AUPA* 15.2 (1998), p. 323 ss.; S. LONGO, "Actio" contro il 'fideiussor servi' e 'actio de peculio' contro il "dominus", in *Labeo* 44.3 (1998), p. 377 ss.; A. FÖLDI, *La responsabilità dell'avente potestà* cit., p. 179 ss.; ID., *A másért való felelősség a római jogban*, Budapest 2004; M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris 2000, p. 178 ss.; O. DILIBERTO, *rec. a Melluso, La schiavitù nell'età giustiniana* cit., in *Index* 28 (2000), pp. 494-98; G. FALCONE, *Note historique sur la définition législative de servitude (art. 637 Code Napoléon - art. 1027 Cod. Civ. It.)*, in *Revue d'histoire de droit français et étranger*, 2001, pp. 13-30; ID., *rec. a M. Melluso, La schiavitù nell'età giustiniana* cit., in *TVR* 71, (2003), pp. 441-445; S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro*, Atti del Convegno di Modena 21-22 maggio 1998, a cura di S. Puliatti e A. Sanguinetti, Milano 2000, p. 43 ss.; M. POLOJAC, *Nature of noxal actions and noxal liability*, in *OIR* 6 (2000), p. 151 ss.; F. FERCIA, *Osservazioni sul regime della nossalità nelle azioni penali: in factum contra nautas, caupones*, Torino 2000, p. 42 ss.; ID., *Criteri di responsabilità dell'exercitor: Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, in *Collana Università di Cagliari*, I, vol. 62, Torino 2002, p. 143 ss.; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Milano 2001, p. 12 ss.; P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano tra iniuria e damnum corpore datum* (pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova), Padova 2000, p. 23 ss.; P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani* cit., p. 18 ss.; P. BIAVASCHI, *Ricerche sul precarium*, in *Collana Università degli Studi di Milano*, Milano 2006, p. 7 ss.

ziale romano, e pur nella consapevolezza del grave peso delle tante e tanto illustri voci che si sono espresse in merito, non riterrei che le tesi del Biondi possano essere respinte e scartate senza un ulteriore ripensamento. A ben vedere molti degli argomenti del Biondi, seppure con le perplessità di cui si è andato dicendo, possono dirsi comprovati dalle fonti a disposizione, sì da legittimare per molti aspetti l'opinione che attribuisce un carattere reale all'abbandono nossale⁸⁵, dal quale consegue poi direttamente l'ammissione sulla capacità o meno dei sottoposti di potersi obbligare; mentre ciò non appare ugualmente possibile, per come è concepita la formula, nell'ambito di un rapporto personale dove è dedotto un *oportere* del *pater dominus*.

Nell'adesione alla teoria del Biondi alcuni argomenti risultano più convincenti degli altri:

1) la libertà del convenuto di accettare o non accettare la *defensio* giudiziale.

In verità le fonti riportano in più luoghi il principio espresso in D. 9,4,33, Pomp. 14 *ad Sab.*, *noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere*. Dal passo emerge che l'accettazione della formula, diversamente da quanto accade nelle azioni *in personam*, con cui si fa valere un rapporto obbligatorio, non è imposta al convenuto, ossia che questi non è costretto ad assumere la difesa del sottoposto. L'assunzione della difesa è "volontaria" e non solo da parte dell'estraneo ma pure da parte del vero legittimato passivo. Il *pater* o *dominus* può decidere di *accipere* o di non *accipere iudicium*, nulla potendo su questa scelta l'attore che ha subito il danno.

Le fonti muovono in questa direzione e più particolarmente si possono leggere in tal senso:

D. 9,4,21- pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) ... *quotiens dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium in ea causa res est ut debeat noxae dedere eum cuius nomine iudicium non suscipitur ...*

⁸⁵ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 23 ss.

D. 9,4,8 (Ulp. 37 *ad ed.*) ... ante noxale sane iudicium acceptum poterit sua parte cedendo securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere iudicium

D. 9,4,29 (Gai. 6 *ad ed. prov.*) ... non solum autem qui in potestate non habet recusare potest noxale iudicium, verum et habenti in potestate liberum est evitare iudicium, si indefensam eam personam relinquat: sed huic necesse est ius suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset

D. 2,10,2 (Paul. 6 *ad ed.*) ... si vero sine voluntate domini servus hoc fecerit, Sabinus noxale iudicium dandum ait nec factum servi domino obesse debere nisi hactenus ut ipso careat, quando ipse nihil deliquit

Gai. 4,75 ... ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse

Se dunque il *dominus* o il *pater* non sono tenuti ad *accipere iudicium* come è possibile che la formula nossale contenga un loro *oportere*?

Lenel⁸⁶ limita tale libertà del *dominus* o del *pater* alla facoltà di abbandonare il colpevole alla mercé dell'attore, ma non giustifica come tale diritto possa esercitarsi senza accettare o rifiutare il *iudicium noxale*. In altri termini la libertà della *defensio* non si concilia con l'*oportere* della formula e di fronte a tale scelta è davvero difficile parlare di un obbligo di *se decedere*, sanzionato dalla *ductio* del convenuto.

⁸⁶ Cfr. O. LENEL, *Die Formeln* cit., p. 1 ss.

A tal proposito già Wlassak⁸⁷ identifica senza remore la *defensio* con l'*accipere iudicium*, e la stessa differenza tra *actio in rem* ed *actio in personam* con la contrapposizione tra libertà e coazione nell'*accipere iudicium*, dove la libertà è propria dell'*actio in rem*, la coazione dell'*actio in personam*. Chi non è vincolato non può subire l'*actio in personam* e quindi scegliere se *accipere* o non *accipere iudicium*. Il fatto stesso che il *dominus* o il *pater* possano decidere di non *accipere iudicium* denota inequivocabilmente che contro di loro non vi è il vincolo di alcun rapporto obbligatorio.

A sostegno di queste argomentazioni muovono le riflessioni di De Visscher⁸⁸, nonché più di recente, tra gli altri, quelle del Robbe⁸⁹, i quali adducono anche la possibilità accordata a qualunque terzo di assumere la difesa del colpevole: tanto poco il *dominus* sarebbe stato vincolato, che al pari di lui un terzo qualsiasi poteva intervenire nella difesa del colpevole. E come questi aveva soltanto una facoltà, non certo un obbligo di difesa, altrettanto si deve dire del *dominus*.

Né, come bene osserva Biondi⁹⁰, l'*oportere* del convenuto può consistere nell'obbligo "alternativo" della *noxae deditio*, giacché a ciò provvede la *ductio* del pretore che costantemente affermata nelle fonti, ha un preciso riscontro nell'*actio in rem*. La *ductio iussu praetoris*, esclude appunto che in ordine alla *deditio* il convenuto fosse tenuto ad un qualsiasi comportamento positivo.

I giuristi romani da questo punto di vista, assimilano i concetti di *deditio*, *indefensio*, *ductio*, *derelictio*, per dire che il legittimato passivo non può essere costretto ad alcun comportamento che non sia l'abbandono del colpevole.

La classicità di D. 9,4,33 è fuori discussione. *Defendere* vuol dire *iudicium accipere*. Il *dominus* rifiutando di *accipere iudicium* abbandona il reo alla sua sorte, accettando il giudizio *eum defendit, non se*. Quale contenuto avrebbe avuto la *defensio*, se si esclude quello dello

⁸⁷ Cfr. M. Wlassak, *Konfessio in iure und Defensionsweigerung nach der Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, München 1934, p. 36.

⁸⁸ Cfr. F. DE VISSCHER, *Les actions noxales* cit., p. 322 ss.

⁸⁹ Cfr. U. ROBBE, *L'actio de pauperie*, in RISG 7 (1932), p. 327 ss.

⁹⁰ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 23 ss.

accipere iudicium? In altri termini quale comportamento il *dominus* deve tenere affinché possa ritenersi *se defendere uti oportet?* Giova ripetere che esso non può consistere nell'obbligo alternativo della *noxae deditio* poiché a ciò provvede il pretore con la *ductio*, proprio come avviene nelle azioni reali⁹¹.

Ed in questa direzione altri testi mi sembra che giustifichino il carattere reale dell'azione. Così

D. 50,17,156 (Ulp. 70 *ad ed.*) ... *invitus nemo rem cogitur defendere ...*

Così

D. 6,1,80 (Anth. 1 *ad ed.*) ... *in rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut, si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem ...*

⁹¹ Per contro anche a questo riguardo Lenel (cfr. O. LENEL, *Die Formeln* cit., p. 1 ss.) fa rilevare che nei passi in cui è menzionata la *ductio* del sottoposto, è sempre presupposta l'assenza del *dominus*, per cui nulla essi chiarirebbero sulla sua situazione processuale. Farebbe eccezione, se (a suo parere) non fosse interpolato, il solo D. 9,4,26,6 (Paul. 18 *ad ed.*), *si absente domino ductus sit servus vel etiam praesente et in eadem causa sit, ut integrum restitui possit, defensio permittitur eius nomine qui ductus est*. Anche Pugliese (G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia* cit., p. 235 ss.) liquida il passo come palesemente inattendibile, ricavando inoltre da D. 9,4,22,3 (Paul. 18 *ad ed.*: *dominus qui servum in sua potestate esse confitetur aut exhibere eum debet aut absentem defendere*) la precisa testimonianza che la *ductio* non sarebbe stata conseguenza dell'*indefensio*. Tale risultato non è condivisibile. È vero che anche il convenuto con l'*actio in rem*, se non accettava la difesa, andava incontro a una conseguenza sfavorevole quale è la perdita del possesso della cosa, ma egli subiva soltanto la *ductio*; invece il *dominus* o *pater* in materia nossale, secondo coloro i quali ne sostengono l'*oportere*, sarebbe obbligato a qualcosa di più, a un atto positivo (ossia al *noxae dedere*) del quale tuttavia non vi è traccia nelle fonti. Né può essere ritenuto tale il contegno negativo ovvero il lasciar fare di chi opera l'abbandono.

Così

D. 2,3,1,1 (Ulp 1 *ad ed.*) ... veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur

Qualora il *dominus* non avesse voluto difendere lo schiavo accettando la relativa formula, ne sarebbe seguita la *ductio iussu praetoris*, allo stesso modo in cui in materia di tutela reale, il magistrato autorizzava l'attore a *duci vel ferri* la cosa mobile indifesa

Né un eventuale *oportere* dell'avente potestà può essere confortato dal regime delle obbligazioni alternative, invocato, tra gli altri, soprattutto da Lisowsky⁹², poiché la dottrina più attenta del tema ne ha escluso l'applicazione nell'ambito dell'abbandono nossale. L'efficacia liberatoria della *noxae deditio* si spiega allora solo osservando che il fondamento dell'obbligazione nossale e della relativa coazione alla *defensio* risiede nell'esigenza di vendetta che la vittima del delitto non può soddisfare nei confronti del colpevole finché questi si trova nel potere e nel dominio altrui.

L'obbligazione nossale è un rapporto di riflesso, che presuppone la sottoposizione attuale del colpevole al potere giuridico e materiale del suo avente potestà, il che è attestato da D. 9,4,42,1 (Ulp. 37 *ad ed.*)

... hae actiones perpetuae sunt ... Nec tantum nobis, verum etiam successoribus nostris competent item adversus successores, sed non quasi in successores sed iure domini

2) il principio *noxae caput sequitur*.

Non va trascurato infine un secondo elemento fondamentale in tema di azioni nossali che, nella stessa lunghezza d'onda, parla a favore dell'opinione che vi riconosce i caratteri delle azioni *in rem*, e che consiste nella possibilità di agire contro chiunque si trovi nella

⁹² Cfr. Z. LISOWSKY, *Noxa, noxia, noxalis actio*, in PW, suppl. 7 (1940), p. 604 ss.

titolarità (anche possessoria) del sottoposto colpevole al momento dell'esperimento dell'azione.

È ben vero che il principio può essere (e viene generalmente) letto in senso negativo, nel senso cioè che la perdita del potere sul figlio o servo per qualsiasi ragione comporta altresì la perdita della legittimazione a stare in giudizio per quel fatto, e dunque l'impossibilità per l'offeso di agire nei confronti dell'antico padre o padrone, ma lo stesso principio significa in parallelo acquisizione di quella legittimazione in capo ad altra persona, e quindi possibilità riconosciuta all'offeso ad agire contro un altro soggetto dal quale, stando le cose come stanno, potrà avere maggiore soddisfazione che dal precedente.

È di tutta evidenza che mentre questo principio, *noxæ caput sequitur*, è incompatibile con un *oportere* dell'avente potestà, ben aderisce al regime proprio dell'azione *in rem*, la quale si può esercitare contro chiunque abbia la materialità della cosa al momento dell'esperimento dell'azione.

Nessun vincolo obbligatorio nel diritto classico può configurarsi a carico di persona indeterminata. Caratteristica del diritto reale è che il contegno della parte gravata sia negativo, e in tale categoria può dunque inserirsi l'*actio noxalis*, poiché il *dominus* o *pater* a null'altro sono tenuti se non ad abbandonare il colpevole.

Una responsabilità dell'avente potestà sopraggiunge solo in seguito all'accettazione, libera e spontanea, della *defensio* che si concreta nell'*accipere iudicium servi nomine*. Secondo quanto detto il *dominus* o *pater* doveva potersi liberare anche semplicemente col privarsi del diritto sul colpevole (mediante alienazione, *manumissio*, *datio in adoptionem*, *emancipatio*).

A questo proposito in D. 9,4,38,1 (Ulp. 37 *ad ed.*) Ulpiano riferisce un'interessante opinione di Giuliano

... Iulianus autem libro vicensimo secondo digestorum scribit, si servum pro derelicto habeam, qui tibi furtum fecerat, liberari me quia statim meus esse desinit, ne eius nomine, qui sine domino sit, furti sit actio

Il frammento insieme a D. 9,4,37 si occupa della responsabilità del padrone per il furto commesso dallo schiavo, quando muta la proprietà su di esso. Ulpiano attribuisce a Giuliano l'estinzione immediata del diritto di proprietà del *servum pro derelicto*⁹³.

Le brevissime riflessioni testè fatte consentono di concludere ancora una volta per l'affermazione dei principi costitutivi delle *actiones noxales*; torna con chiarezza il criterio della libertà della *defensio*, l'assioma *noxa caput sequitur*, il valore attribuibile al comportamento negativo del *dominus* o *pater*, gli stessi criteri di cui si parla di fronte ad una formula sul tipo dell'*actio in rem*, con esclusione assoluta di ogni *oportere*.

Ma ancora una volta non ci si può astenere dal dar conto dell'opinione contrapposta. Lenel⁹⁴, posto sempre il carattere personale della *noxae deditio*, non manca di mostrare come una formula diretta possa trasformarsi in nossale con la semplice aggiunta della clausola *aut noxae dedere*.

La regola per cui la stessa azione può essere nossale se il colpevole è soggetto all'altrui potere, mentre diviene diretta se questi esce dalla *potestas* o viceversa è diretta se il colpevole è *sui iuris*, mentre diviene nossale se questi si sottopone alla *potestas*, potrebbe essere

⁹³ Il frammento è stato attentamente vagliato da B. ROMANO, *Studi sulla derelizione nel diritto romano con una "nota di lettura di Lelio Lantella"*, in RDR, II, 2002, *ledonline*, p. 138 ss., che ne salva l'autenticità. Beseler che in un primo momento ha ritenuto il passo chiaramente interpolato (G. BESELER, *Miscellanea critica*, in ZSS 43 (1922), p. 219; ID., *Romanistische studien*, in ZSS, 46, 1926, p. 119), lo ha poi ricostruito come segue: *Iulianus vicensimo secundo digestorum scribit, si servum pro derelicto habeam, qui tibi furtum fecerat, non liberari me, quia ... statim fin*, devo però rilevare come l'opinione che Ulpiano riferisce a Giuliano corrisponda esattamente a quella che il giurista professava anche secondo Paolo D. 41,7,2,1 per cui non c'è alcun motivo per ritenerla falsificata. Tutt'al più, come osserva J.J. MEYER COLLINGS, *Derelictio (Die Dereliktion im römischen Recht bis zum Corpus Juris Civilis)*, Kallmünz 1932, p. 103 ss., una tale osservazione potrebbe rispondere ad una convinzione propria di Giuliano che magari Ulpiano nemmeno condivise; D. 9,4,38,1 sarebbe quindi autentico, o i compilatori l'hanno posto maldestramente nel testo di Ulpiano oppure ne hanno cancellato la critica che il giurista faceva a quanto sostenuto da Giuliano.

⁹⁴ Cfr. O. LENEL, *Die Formeln* cit., p. 1 ss.

verificata sulla base delle stesse Istituzioni di Gaio

Gai. 4,77 ... omnes autem noxales actiones caput sequuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si pater familias noxam commiserit, et is se in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse quae ante directa fuit

Nel passo si legge che tante sono le azioni nossali quante sono quelle *ex delicto* e che la singola azione nossale può essere qualificata in base alla corrispondente azione diretta *ex delicto*. Ora - soggiunge il Lenel - poiché le formule civili *ex delicto*, ossia quella dell'*actio de lege Aquilia* e dell'*actio furti nec manifesti*, contengono nella loro *intentio* un *oportere* (*damnum decedere oportere*), il medesimo *oportere* va argomentato nelle corrispondenti formule nossali. L'obbligazione non può che trovare posto nell'*intentio*, condizione della *condemnatio*, per cui il giudice non può pronunciare la condanna se prima non accerta l'esistenza dell'*oportere*. Una prova inconfutabile di tutto questo ragionamento il giurista tedesco la coglie in D. 9,1,1,11 (Ulp. 18 *ad ed.*) portato a dimostrazione del fatto che la formula nossale conteneva, senza ombra di dubbio, lo schema preciso di una *intentio in personam*

Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit Quintus Mucius distinxit ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere .

Alla decisa opinione del Lenel non si può certo obiettare che l'ultima parte del brano non enunci un *oportere* del colpevole, ma,

d'altra parte, si deve rilevare che l'obbligazione di cui si tratta va sicuramente riferita ad una diversa azione, all'*actio de pauperie*, la quale come si è più volte osservato non può essere considerata autenticamente nossale: pertanto l'obiezione viene per ciò stesso a cadere.

3) *Noxa e pauperie* riposano su strutture e funzioni assolutamente diverse, per cui nulla prova tutto quanto può ricavarsi dal regime dell'una relativamente a quello dell'altra. A tal proposito, seppure una parte della dottrina, riporta un'antichissima applicazione (già dal tempo delle XII tavole) della nossalità al danno causato dal bestiame incustodito, va senz'altro osservato, che l'*actio de pauperie*, conduce solo apparentemente ad una condanna nossale.

Ulpiano in D. 9,2,1 attesta che la Legge Aquilia *omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit*.

Ora, è vero che il *dominus* delle bestie devastatrici (o del pascolo abusivo) ove non avesse voluto riparare il danno con una somma di denaro, poteva sottrarsi mediante la *noxae deditio* del capo o dei capi "incriminati", ma l'osservazione che subito s'impone riguarda la natura oggettiva della condanna imputata al *dominus* poiché nessuna intenzionalità può essere ricondotta al danno causato dagli animali. Soccorrono nella specie fenomeni giuridici, sia a livello della formazione dell'obbligazione che per quanto riguarda il regime processuale e della stessa condanna, del tutto diversi rispetto a quelli che fondano la responsabilità penale del *pater* o del *dominus* per il delitto del sottoposto.

Tornando alla lettura di D. 9,1,1,11 nessun argomento può giustificare un trasporto automatico dell'*intentio* della formula *de pauperie* in quella nossale. Difatti va subito notato che l'elemento comune della *deditio* (nell'*actio de pauperie* e nell'*actio noxalis*) non è certo tale da far supporre che le relative formule fossero identiche. Né la dottrina, ai fini di una più esatta qualificazione dell'abbandono nossale, ha ritenuto di cogliere spunti critici interessanti da un'accurata indagine sul significato originario di *noxae dedere*.

Le disposizioni contenute nei due titoli edittali *de noxalibus actionibus* (D. 9,4) e *si ex noxali causa agatur* (D. 2,4) sono applicate dai giuristi sempre ed esclusivamente alla materia dei delitti del *filius*

o *servus*. Né si può obiettare, come scrive Lenel⁹⁵ che manca presso i giuristi classici una trattazione generale intorno alle azioni nossali.

Come si è detto più volte, in tema di delitti di schiavi e *filii*, i termini *noxalis* e *noxaliter* sono soltanto qualifiche delle singole *actiones ex delicto*; l'*actio noxalis* non è un'azione autonoma, ma piuttosto l'*actio ex delicto* la quale opportunamente modificata, non importa come, si rende esperibile contro il *dominus* o *pater*.

Nessun testo legittima lo stesso contenuto e quindi lo stesso significato per l'*actio de pauperie*⁹⁶.

L'*actio de pauperie* è dunque un'azione autonoma, *noxalis* è invece una speciale qualifica, la quale denota una particolare applicazione dell'*actio ex delicto*. Come osserva Biondi⁹⁷, solo in due testi delle Pandette l'*actio de pauperie* è chiamata *noxalis*; se ciò accade in due brani, contrariamente a quanto invece risulta negli altri ventidue passi esaminati dallo studioso, è lecito argomentare che questi potrebbero essere senz'altro interpolati.

Il primo brano che qualifica l'*actio de pauperie* come *noxalis* è Inst. 4,9 pr.

... Animalium nomine quae ratione carent si ... pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est ...

Basta confrontare il passo con

D. 9,1,1 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*) ... si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim Tabularum descendit ...

⁹⁵ Cfr. O. LENEL, *Die Formeln* cit., p. 1 ss.

⁹⁶ Che valore avrebbe l'aggiunta di *noxalis* per l'*actio de pauperie*? La qualifica *noxalis* mentre per i delitti degli schiavi e *filii* serve a distinguere l'*actio ex delicto*, che si accorda contro il colpevole, dall'azione che si dà contro il *pater* o il *dominus*, in ordine all'*actio de pauperie*, come nota giustamente F. DE VISSCHER (*Les actions noxales* cit., p. 322 ss.) sarebbe del tutto superflua, poiché detta azione non può esistere senza la *noxae deditio*, e non giova poi a distinguerla da alcuna altra azione, poiché non è del pensiero romano ammettere giudizi contro gli animali.

⁹⁷ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 23 ss.

e con Pauli Sent. 1,15,1

... si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur ...

per rendersi conto di quanto esso sia inattendibile. Tutti e tre i testi trattano in generale dell'*actio de pauperie* e due di essi ne ricordano l'origine e la regolamentazione decemvirale. È verosimile che Ulpiano e Paolo abbiano trascurato una qualifica di *noxalis* che soltanto le Istituzioni sentono la necessità di menzionare? Né può pensarsi che l'aggiunta di *noxalis* sia così poco importante che Ulpiano e Paolo decidano di ometterla.

L'altro passo che qualifica come *noxalis* l'*actio de pauperie* è D. 9,1,1,14 (Ulp. 18 *ad ed.*)

... noxae autem dedere est animal tradere vivum, demum si commune plurium sit animal, adversus singulos erit in solidum noxalis actio, sicuti in homine

La frase *sicuti in nomine* è assai sospetta. È lecito argomentare la probabilità che il tenore originale della stessa doveva essere *erit in solidum noxalis actio sicuti in nomine*. L'aggiunta di *noxalis* in questo contesto non era necessaria, di conseguenza non può che imputarsi a qualche maldestra tautologia. Ciò tanto più, ove si consideri che nel paragrafo 12 dello stesso passo, dove viene ricordata la regola generale *noxam caput sequitur*, si parla semplicemente di *haec actio*. Solo con Giustiniano l'*actio de pauperie* sarà inserita nella categoria delle *actiones noxales* quando, però, la *noxam* non si ricollega più ai concetti di colpa e di delitto, ma piuttosto indica il *corpus quod nocuit*, e l'*actio noxalis* non è più l'azione accordata per un delitto, ma per il danno causato da un *corpus nocens*⁹⁸.

Peraltro la stessa terminologia relativa alla *noxam* appartiene

⁹⁸ In tal modo la categoria delle *actiones noxales* ben può comprendere l'azione contro il *dominus* tanto per il delitto dello schiavo, quanto per il danneggiamento dell'animale.

senz'altro al linguaggio bizantino per cui se i sostenitori dell'*oportere* del *pater* si sono limitati ad osservare che la stessa espressione è adoperata costantemente dai greci nella forma *εις νόξαν εκδίδομαι*, Biondi⁹⁹ considera il rilievo come poco interessante poiché la locuzione *noxae dedere* non è classica. È quindi improbabile che una frase del tutto ignorata dai giuristi abbia potuto trovare ingresso in una formula, caratterizzandola al punto che Ulpiano (nel già visto D. 9,1,1,11) vi ricorra per commentarne l'*intentio*.

Nemmeno può essere trascurata la circostanza che nella ricostruzione della formula così come prospettata da Lenel¹⁰⁰ (*nichts natürllicher*), il quale sostiene che i compilatori avrebbero soppresso la menzione dell'animale (*equus, bos, canis*), manca l'oggetto del *dedere*. In verità alcuni termini del passo sono certamente formulari, *quamobrem, sarcire, oportere*, tuttavia essi non bastano da soli a testimoniare la redazione di un *intentio in personam*. Quand'anche fosse, Ulpiano ha di certo riferito lo schema dell'*actio de pauperie*, che come si è detto, non ha nulla a che fare con il regime dell'*actio noxalis* e quindi della sua condanna. Decisamente particolare, a questo proposito, è la posizione del De Visscher¹⁰¹, il quale, riconducendo l'obbligazione del *dominus* o del *pater* alla *litis contestatio*, nega, come si è detto, che possano trarsi dal contenuto della formula dati apprezzabili. Una tale posizione è però difficilmente sostenibile, poiché bisognerebbe ammettere che la formula nossale contenesse clausole prive di influenza sulla pronuncia della sentenza o addirittura note a priori come contrarie al *ius civile*, e idonee quindi soltanto a giustificare un'assoluzione del convenuto. In verità il tenore delle formule non dipendeva soltanto da ragioni storiche o puramente formali, bensì essenzialmente da ragioni pratiche, sulle quali dovevano determinarsi l'accordo tra le parti ed i compiti dell'organo giudicante. È dunque inconcepibile l'esistenza di clausole prive di qualunque relazione coi compiti del giudice o con il diritto positivo. Traendo le somme, anche con riferimento al ridetto principio *noxam caput sequitur*, è lecito dedurre che mentre l'*oportere*

⁹⁹ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 23 ss.

¹⁰⁰ Cfr. O. LENEL, *Die Formeln* cit., p. 1 ss.

¹⁰¹ Cfr. F. DE VISSCHER, *Les actions noxales* cit., p. 322 ss.

dell'*actio noxalis* nell'ambito di una *intentio* personale non risulta provato con certezza, i principi fondamentali sull'argomento e le fonti rassegnate fanno propendere per un avvicinamento dell'abbandono nossale all'*actio in rem*.

4) Rimane da ultimo da affrontare la questione più importante, quella relativa alla redazione della formula nossale ed in particolare alla legittimazione passiva del convenuto in rapporto alla condanna. Mentre per i sostenitori dell'*oportere* del *dominus* o del *pater* l'obbligazione è diretta e va sicuramente imputata a questi, per Biondi¹⁰², il legittimato passivo non può che essere il *filius* o il *servus*. Anche questa posizione, viene confortata da almeno due riflessioni, sulle quali in parte si è già detto: l'*intentio* non contiene un *oportere* a carico del *dominus* o del *pater*, perché altrimenti non si spiegherebbe la libertà di *accipere iudicium* categoricamente affermata nelle fonti. Ed inoltre non è possibile supporre un *damnum decidere aut noxae dedere oportere*, quando Gaio attesta che il *dominus* o il *pater* mai dovrà rispondere *ultra ipsorum corpora* (4,75) e Paolo dice che mai il *factum servi* può nuocere al *dominus nisi actenus ut ipso careat, quando ipse nihil deliquit* (D. 2,10,2). Anche il servo al pari del *filius* si obbliga *civiliter ex delicto*, e questa *obligatio* veniva enunciata nella formula come fondamento dell'azione: *filius familias* e schiavo vanno trattati alla medesima stregua. Che il *filius* contragga un'*obligatio civilis* pienamente perseguibile dopo la emancipazione come ogni altra nascente da atto lecito, è fuori dubbio. In ordine allo schiavo la *obligatio civilis* è esplicitamente attestata dall'anzidetto D. 44,7,14 (Ulp. 7 *disp.*)

... servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant

Il passo soccorre in modo chiaro ed univoco. L'obiezione sollevata da Betti¹⁰³ secondo il quale sarebbe assurdo parlare di un'*obligatio*

¹⁰² Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 23 ss.

¹⁰³ Cfr. E. BETTI, *Responsabilità nossale* cit., p. 8 ss.

civilis dello schiavo non regge di fronte ad un testo così categorico, che contrappone la responsabilità naturale per i contratti a quella civile per i delitti. Né *sic et simpliciter* lo si può liquidare come interpolato. Non solo si dice qui che lo schiavo si obbliga *ex delictis* ma si aggiunge che la sua *obligatio* è la stessa sia prima che dopo la manumissione (*obligati remanent*)¹⁰⁴.

Per contro, Lenel¹⁰⁵ e Pugliese¹⁰⁶, pur a voler tutto concedere sull'autenticità dell'enunciazione di D. 44,7,14 (Ulp. 7 *disp.*), non traggono comunque dal testo i risultati anzidetti. L'uso del verbo *obligare* non tradurrebbe soltanto quello tecnico dell'*oportere* ma anche altre situazioni aventi un contenuto giuridico diverso, le quali muovendo da una più ampia idea del vincolo, espressa dal termine *obligatio*, qualificerebbero *obligatus* tanto chi incorre in una responsabilità corporale quanto chi rimane gravato da un obbligo espresso con l'*oportere*, poiché anche questi è costretto da un vincolo sulla persona.

Il ragionamento di D. 44,7,14. è confermato da D. 39,6,18,3 (Iul. 60 *digest.*)

... qui hominem noxae nomine vel alias obligatum mortis causa acceperit, tantum cepisse intellegendus est, quanti is

¹⁰⁴ Venendo dunque alla condanna, ne conseguirebbe che sia lo schiavo che il *filius*, nel compiere un atto illecito potrebbero obbligarsi *civiliter ex delicto*, per cui secondo una loro responsabilità personale che corrisponde all'antica vendetta. Il *pater* non ha responsabilità diretta verso il danneggiato, ma indiretta in ragione del suo rapporto potestativo con il sottoposto. In sintesi quando il capo famiglia vorrà difendere il figlio o lo schiavo colpevole dell'illecito interverrà pagando una somma di denaro (così come potrebbero fare essi stessi una volta manomessi o liberati). Quando al contrario, il *pater familias* non vorrà assumere la difesa, invocherà il più arcaico sistema della vendetta e quindi l'abbandono nossale. Se ed in che misura al completamento di questo regime abbia partecipato anche il pretore, influenzandone le tappe evolutive, è questione che deve essere affrontata necessariamente a parte.

¹⁰⁵ Cfr. O. LENEL, *Die Formeln* cit., p. 1 ss.

¹⁰⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia* cit., p. 235 ss.

homo venire potuisset. Idem in fundo qui obligatus est observari poterit, ut pretium excutiatur

Il testo è stato preso in particolare considerazione da Falchi¹⁰⁷. Lo studioso osserva giustamente come lo schiavo obbligato *noxae nomine* era considerato alla stessa stregua del *fundus obligatus*, ossia del fondo dato in pegno. Il delitto crea un vincolo sul corpo dello schiavo, così come il pegno lo costituisce sul fondo: entrambi pongono il proprietario di fronte all'alternativa o di perdere la cosa o di pagare il debito.

Dalla lettura del brano si evince che, prima di essere manomesso, lo schiavo sarebbe capace di obbligarsi *ex delicto*, nel senso che può vincolare il proprio corpo. D'altra parte non risulta che Giustiniano abbia allargato la capacità patrimoniale degli schiavi, né egli avrebbe avuto ragione di affermare che gli schiavi manomessi *obligati remanent* quando poco prima il testo diceva *servi ex delictis quidam obligantur*¹⁰⁸.

Né cambia i termini del discorso distinguere tra la responsabilità penale dello schiavo e la sua capacità di essere soggetto di un *oportere*. Sulla base dei testi esaminati, se non li si vuole disattendere come interpolati, è da escludere che le pene, a cui lo schiavo era soggetto, fossero soltanto quelle fisiche che lo colpivano nel corpo, mentre quando si trattava di pene pecuniarie, come quelle che vennero a ricollegarsi ai delitti privati, la responsabilità dello stesso doveva essere negata perché non aveva un patrimonio con cui soddisfare la vittima del delitto. È noto infatti che già dall'epoca più antica lo schiavo era considerato capace nella sfera del diritto penale: il punto è sicuro e non contestato¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., p. 129 ss. V. recentemente anche M. GENOVESE, *Mortis causa capitur. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino 2011, e soprattutto nell'appendice analitica p. 60 ss.

¹⁰⁸ Di fronte all'unità dell'istituto, sarebbe davvero inutile distinguere tra il delitto commesso dal *filius* e quello commesso dallo schiavo. Cfr. qualche cenno in M. GENOVESE, *op. cit.*, p. 60 ss.

¹⁰⁹ Cfr. D. 9,4,1 (Gai. 2 *ad ed. prov.*): *Noxales actiones appellantur, quae ... ex noxa*

In tale contesto andrebbe rivalutata la teoria della generale capacità ad assumere le obbligazioni che elaborata per primo dal Mandry¹¹⁰ venne presto ritenuta superata sul presupposto che i testi relativi alla soggezione del *filius* ad azioni *ex delicto* non erano autentici. E difatti poco va aggiunto sull'obbligazione di quest'ultimo. Nelle fonti giustinianee è senza dubbio operante il principio dell'indiscriminata capacità di obbligarsi riconosciuta al *filius familias* e della sua soggezione ad azioni *in personam*.

Né sulla base delle fonti analizzate, può escludersi a priori che questo principio valesse anche in epoca classica. Non potendo indugiare qui sull'argomento, mi sembra che da un tale punto di vista sia senz'altro da riconoscersi l'efficacia civile dei contratti conclusi dal *filius familias*, tutt'al più qualche dubbio potrebbe essere nutrito solo per i delitti e sempre ove i testi che ne trattano siano interpolati.

In conclusione, non sfuggono i problemi che ancora viziano una compiuta ricostruzione dell'abbandono nossale ed i numerosi dubbi che ancora affaticano la dottrina nel fornire una spiegazione del legame tra la capacità del sottoposto ad obbligarsi e la sua soggezione all'azione. O si nega la soggezione del sottoposto alle azioni *ex delicto* e quindi correlativamente la capacità di obbligarsi nel senso civilistico e classico del termine o si ammette la sua capacità di obbligarsi e allora si deve riconoscere la sua soggezione alle azioni *ex delicto*.

Allo stato delle nostre conoscenze, pur non negandone le incertezze, mi sembra che l'impostazione di Biondi, sia quella che maggiormente risponde alla logica dell'abbandono nossale ed al contenuto della condanna (o delle ipotesi alternative) nella quale esso esaurisce i suoi effetti.

Sono note le critiche rivolte a questo tipo di ricostruzione, ma sono altrettanto note le carenze dell'opposto indirizzo che si fonda sull'idea dell'abbandono obbligatorio, il quale non rende conto di tutta una serie di fenomeni, come per tutti la libertà della *defensio*

atque maleficio servorum; D. 9,4,2 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat*. Ciò è indiscutibile sia per quanto riguarda i delitti pubblici, sia, in linea di principio, per i delitti privati.

¹¹⁰ G. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, II, Tübingen 1876, p. 259 ss.

ed il principio *noxam caput sequitur*, dei quali non ci si può sbarazzare sostenendo la semplice interpolazione dei passi¹¹¹.

Dopo Falchi¹¹² anche Robbe¹¹³, ha raggiunto sul punto analoghe conclusioni seguendo un percorso argomentativo quasi simile ed aggiungendovi anzi, la considerazione che, come il *pater* o *dominus* trae beneficio dall'altrui attività, allo stesso modo deve sopportare gli svantaggi che possono, per loro causa, derivare alla sua sfera patrimoniale.

¹¹¹ Se anche G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana, Lezioni universitarie*, Torino 1944, p. 44 ss., ha ribadito le sue obiezioni opponendo al carattere personale dell'*obligatio ex delicto* che investe la persona del *filius* e del servo il carattere assorbente della *patria* o *dominica potestas*, che non consente affatto un'*actio ex delicto* contro il sottoposto senza coinvolgere la persona dell'avente potestà, non è comunque mancato chi, sia quanto alla ricostruzione delle azioni nossali e della loro natura, sia quanto a quella operata con riferimento all'*actio de pauperie*, condivide quasi tutti gli argomenti sostenuti.

¹¹² Cfr. G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., p. 129 ss.

¹¹³ Cfr. U. ROBBE, *L'actio de pauperie* cit., p. 327 ss.

II

LE CARATTERISTICHE PROPRIE DELL' *ACTIO INIURIARUM NOXALIS*

1. La sanzione della *verberatio*. Origine, funzioni e tempi del rito

Il sistema nossale per i delitti commessi dagli schiavi o dai *fili familias*, ripercorso nei suoi tratti tipici, si presenta notevolmente modificato rispetto al regime consueto quando si tratta del delitto di *iniuria*.

Mentre di regola l'avente potestà ha la facoltà di scegliere tra il pagamento della pena e la consegna del colpevole, nel caso dell'*iniuria* perpetrata da uno schiavo, un brano di Ulpiano attesta l'esistenza, ai fini della condanna, di una terza possibilità, quella cioè di soddisfare la vittima con la bastonatura del colpevole.

L'*actio iniuriarum noxalis* presenta dunque la particolarità di una *verberatio*, che il *dominus* dello schiavo, colpevole dell'*iniuria*, ha la possibilità di offrire alla parte lesa in alternativa al consueto *noxae dedere* o *litis aestimationem sufferre*.

Lenel pensa che la formula, simile per la rimanente parte alle altre *cum noxae deditioe*, contenesse una clausola arbitraria del tenore *nisi N°. N°. eum servum arbitrato tuo verberandum exhibebi*¹.

La possibilità di consentire al *dominus* la *exhibitio ad verberandum*

¹ O. LENEL, *Edictum* cit., p. 402 ss., e soprattutto nt. 6.

dello schiavo, capace di evitare la normale alternativa dell'abbandono nossale, è contemplata espressamente da D. 47,10,17,4-6 (Ulp. 57 *ad ed.*) e da D. 2,9,5 (Ulp. 47 *ad Sab.*)².

Questi testi di Ulpiano trascurati persino dalla dottrina più attenta al tema dell'*actio iniuriarum noxalis*, suggeriscono nuove riflessioni, sia relativamente alla redazione della formula sia soprattutto al contenuto della condanna, nella peculiare applicazione della *verberatio*. In merito alla questione, la recente scoperta delle *Tabulae Irritaneae*, le quali al *caput* 84 conservano la menzione di questa *actio*, permette addirittura qualche considerazione inedita.

Testimonianza davvero fondamentale è però il passo di D.47,10,17,4-6

cum servus iniuriam facit, maleficio eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur, sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam. Ait Praetor arbitrato iudicis: utique quasi viri boni, ut ille modum verberum imponat. Si ante iudicem dominus verberandum servum exhibuerit, ut satis verberibus ei fieret, et erit factum arbitrato alicuius, postea actor agere iniuriarum perseverat, non est audiendus: qui enim accepit satisfactionem, iniuriam suam remisit. Nam et si nuda voluntate iniuriam remisit, indubitate dicendum est estingui iniuriarum actionem non minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria.

Già da una sua prima lettura può ricavarsi che se uno schiavo commette *iniuria*, da tale delitto nasce, come sempre, un'azione nossale. Il *dominus* si libera dall'obbligo consueto di pagare la pena sod-

² Il frammento, sul quale ritornerò più diffusamente, è l'unico altro brano del Digesto che attesti esplicitamente l'*actio iniuriarum noxalis*.

disfacendo la parte offesa attraverso la fustigazione del sottoposto, la cui portata, se decisa prima della *litis contestatio*, impedisce all'attore il normale esito dell'azione nossale, poiché avendo accettato di essere soddisfatto con la *verberatio* ha evidentemente scelto di non seguire la via giudiziaria davanti al giudice, con la sua serie di comportamenti processuali, e quindi il pronunciamento del giudice circa la condanna del convenuto.

Il passo è talmente scorretto nella forma (il periodare e la sintassi sono fortemente dubbi) da far sospettare come una grossolana giustapposizione dei compilatori giustiniani la presenza della *verberatio* nell'ambito dell'*actio iniuriarum noxalis*. Sarebbero stati uniti in un ibrido improbabile due sistemi dell'*iniuria* presenti nell'epoca classica.

Sostanzialmente di questa opinione sono Naber e Biondi, i quali escludono categoricamente che la procedura nossale classica abbia potuto accogliere la possibilità di una *verberatio* e ritengono senz'altro interpolati i testi ove se ne discorre³.

Secondo i due autori la fustigazione nell'azione nossale sarebbe il risultato di un mal riuscito accostamento giustiniano tra due sistemi coesistenti nell'epoca classica quando l'*iniuria* dello schiavo sarebbe stata perseguibile alternativamente, in via ordinaria oppure *extra ordinem*; nel primo caso con l'azione nossale, nel secondo con una pena consistente appunto nella *verberatio*. I compilatori avrebbero operato una "contaminazione"⁴ tra le due procedure, incardinando la punizione criminale nell'azione nossale privata e facendola dipendere da un arbitrato del *iudex*.

Collocata in un contesto che non le è proprio, non si spiegherebbe perché la *verberatio* figuri solo in tema di *iniuria* e non anche per gli altri delitti né perché essa non sia stata contemplata espressamente anche per i *fili familias*. Del resto la conferma che l'azione in nulla differisce dalle consuete *actiones noxales* riposerebbe anche nel fatto che, come attesta il successivo nono paragrafo, essa si accorda

³ In particolare D. 2,9,5 (Ulp. 47 *ad Sab.*). Cfr. J.C. NABER, *Ad noxalem iniuriarum* cit., pp. 467-472; B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 163 ss.

⁴ Il termine è di E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio* cit., p. 40 ss., il quale parla pure di un tipo ibrido di *actio arbitraria*.

all'usufruttuario contro il *dominus*⁵.

Allo stesso modo restano senza una chiara risposta le perplessità relative al concorso tra la *verberatio* del colpevole e la pena pecuniaria *extra ordinem* stabilita dalla legge per il delitto di *iniuria* quando di regola la pena pecuniaria non dovrebbe escludere la persecuzione criminale.

Con tutto ciò il passo ha impegnato a lungo il resto della dottrina⁶,

⁵ Se la *exhibitio ad verberandum* bastava a liberare il convenuto, a che scopo accordare l'azione all'usufruttuario il quale, avendo in suo potere il colpevole, poteva procedere benissimo alla *verberatio* senza bisogno dell'intervento del *dominus*?

⁶ Cfr. A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui qua reliqua sunt*, Lipsiae 1869, p. 178 ss., il quale tuttavia si richiama cautamente a Biondi; H.F. HIRTZIG, *Beiträge zur geschichte der Iniuria im griechischen und römischen Recht*, München 1899, p. 83 ss.; P.F. GIRARD, *Les jurés de l'action d'injures*, in *Mélanges Gérardin*, Paris (1907), p. 263 ss. e nt. 5; ID., *Manuel cit.*, p. 718 e nt. 1; O. LENEL, *Edictum cit.*, p. 323 ss.; B. KUBLER, *rec. a Naber*, in *ZSS* 30 (1909), p. 430 ss.; G. SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges P.F. Girard* 2 (1912), p. 567 ss. e nt. 1; E. SECKEL, s.v. «*satis*» in *Handlexicon*, Jena 1907 (sec. rist. 1927), pp. 526-527; J. PARTSCH, *Die alexandrinischen Dikaionmata*, in *Archiv für Papyrusforschung und Verwandte Gebiete* 6 (1920), p. 67 e nt. 1; V. ARANGIO RUIZ, *Persone e famiglia nel diritto dei papiri*, Napoli 1930, p. 21 nt. 3; F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in *ZSS* 50 (1930), pp. 333-438; ID., *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung dre Preizahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischen recht*, Leipzig 1916, pp. 30 ss.; R. MONIER, *Manuel*, 2, Paris 1948, p. 74 e nt. 3, che assume peraltro una posizione intermedia, ammettendo che la *verberatio* possa essere eseguita sia prima che dopo la *litis contestatio*; H.C. PIETSCH, *Satisfaction nach der litis contestatio*, in *ZSS* 69 (1952), p. 437; F. DE VISSCHER, *L'action noxale d'injures cit.*, p. 329 s. (a cui si richiama C. DUPONT, *Iniuria et délits privés dans les constitutions de Constantin*, in *RIDA* 1, 1952, p. 439); ID., *Le régime romain de la noxalité cit.*, pp. 181-191; e poi p. 448; A. STEINWENTER, *Iniuria*, in *PW* 9 (1957), p. 1 s.; L. LÉVY BRUHL, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae*, in *ZSS* 36 (1915), p. 19 ss.; ID., *Gesammelte Schriften*, 1, Köln-Graz 1963, p. 335 ss.; G. BESELER, *Beiträge cit.*, p. 29; VIR s.v. «*verbera*» col. 1292 e «*verbero-are*», col. 2293; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, Lipsia 1901, p. 570 ss. e p. 1169 ss.; Z. LISOWSKI, *Noxalis actio cit.*, col. 642-647; M. KASER, *Das altrömische ius cit.*, p. 211 s. e nt. 23; ID., *Das römische Zivilprozessrecht cit.*,

la quale tuttavia ne salva la sostanza⁷. La scorrettezza del frammento infatti potrebbe essere imputata semplicemente a maldestri tagli postclassici; il che permetterebbe di sostenere l'autentica menzione della *verberatio* all'interno dell'*actio iniuriarum noxalis* e quindi la peculiarità di un elemento pubblico nella risoluzione di una controversia civile.

p.257 ss. e nt. 10, dove la *verberatio* viene considerata come possibilità concessa al convenuto per evitare la *noxae deditio* e la *litis aestimatio* «*vor dem Endurteil*»; M. KASER, *Das altrömische ius* cit., p. 257 e nt. 10. Già la glossa («*sufferendam*») a D. 47,10,17,4 parlava di condanna alternativa. V. anche M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana* cit., p. 78 ss.; O. DILIBERTO, *rec. a M. Melluso, La schiavitù* cit., p. 494 ss.; G. FALCONE, *rec. a M. Melluso, La schiavitù* cit., p. 441 ss.

⁷ Questa ricostruzione parrebbe supportata dal fatto che in epoca postclassica la pena generalmente prevista per l'*iniuria* commessa dagli schiavi era la flagellazione, accompagnata o meno dai *vincula temporalia*. Pertanto, contaminando la procedura ordinaria con quella *extra ordinem*, i commissari giustinianeî avrebbero incardinato la fustigazione quale sanzione criminale nell'azione nossale, facendone dipendere l'ammissibilità e la quantificazione dall'"arbitrato" del giudice. Cfr. J.C. NABER, *Ad noxalem* cit., pp. 467-472; J. PARTSCH, *Die alexandrinischen* cit., p. 67 e nt. 1; B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 163 ss.; F. DE VISSCHER, *Études* cit., p. 239 ss. Oltre a O. LENEL, *Edictum* cit., p. 323 ss., si collocano in questo filone, ognuno con meditazioni sue proprie, P.F. GIRARD, *Les jurés de l'actio d'injures* cit., p. 263 ss.; ID., *Les actions noxales* cit., p. 409 ss.; ID., *Manuel* cit., p. 718 e nt. 1; O. KARLOWA, *op. cit.*, p. 1169 ss.; C.L. APPLETON, *Notre enseignement du droit romain* in *Mélanges de droit romain dédiés a Geogers Cornil*, I, Paris 1926, pp. 41-80; G. SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria* cit., p. 567 ss. e nt. 1; p. 570; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Actio iniuriarum noxalis*, in *Labeo* 15 (1969), p. 39 ss. e ntt. 33 e 49. Si vedano D. 47,10,45 (Hermog. 5 *epit.*); *Lex Romana Burgundionum* 5.2 su cui M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui* cit., p. 209 ss. e nt. 19. Si veda anche CI. 3,26,9. In particolare, con riferimento a CI. 13,3,1,1 di Costantino, in cui la fustigazione è posta in alternativa al pagamento pecuniario, la dottrina ha sottolineato la derivazione delle disposizioni dettate in base alla *lex imperiale* dal modello classico della *verberatio* che compare nell'*actio iniuriarum noxalis*; così C. DUPONT, *Injuria et délits privés* cit., p. 437 ss.; ID., *La réglementation économique dans les constitutions de Constantin*, Paris 1963, p. 145 e nt. 117. Sulle *iniuriae iudicariae*, A.F. SCARCELLA, *Condotte dei monaci e legislazione imperiale*, in *BIDR* 35-36 (1993-1994), p. 315 ss. e soprattutto p. 329 ss. Sui *vincula temporalia* v. T. MAYER MALY, *Servum sub poena vinculorum domino reddere*, in *SDHI* 23 (1957), p. 323 ss.

Conseguentemente per la maggior parte degli studiosi che si sono occupati della nossalità, la *verberatio* è senz'altro classica, rilevando alla stregua di un elemento insolitamente presente nella persecuzione penale di un delitto privato.

Sono state diverse le ipotesi avanzate. Tra le principali, una prima⁸ configura la *verberatio* come un fattore estraneo all'azione nossale, precisamente come una possibilità alternativa rispetto all'azione nossale nel suo complesso: il *dominus* dello schiavo colpevole aveva cioè la possibilità di evitare l'azione proponendo la fustigazione, ovviamente prima della *litis contestatio*. Se egli si avvaleva di tale possibilità, l'azione nossale era esclusa; se invece lasciava che si potesse in essere la *litis contestatio*, la *verberatio* non era più possibile e l'*actio iniuriarum noxalis* si svolgeva in modo non diverso da una qualsiasi azione nossale.

Una seconda posizione⁹ considera la menzione della *verberatio* nella formula dell'azione nossale di *iniuria*, o come terzo termine di una condanna alternativa o (ed è la tesi più diffusa) come una facoltà concessa al *dominus* per sottrarsi alla condanna: da questa angolatura l'*actio iniuriarum noxalis* è stata per lo più concepita come un'*actio arbitraria*.

A queste due formulazioni si accompagna un ulteriore tentativo di ricostruzione storica, peraltro sostenuto da autorevole dottrina¹⁰,

⁸ Cfr. O. KARLOWA, *op. cit.*, p. 1169 ss.; C.L. APPLETON, *Notre enseignement du droit romain cit.*, p. 44 e ss.; G. SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria cit.*, p. 567 ss. e nt. 1; p. 570; F. DE VISSCHER, *L'action noxale cit.*, p. 329 ss.; ID., *Le régime romain de la noxalité cit.*, p. 181 ss. e p. 448; Z. LISOWSKI, *Noxalis actio cit.*, col. 642-647; col. 646; e in un primo momento anche M. KASER, *Das altrömische ius cit.*, p. 211 ss. e nt. 23; p. 257 ss. e nt. 10; R. MONIER, *Manuel cit.*, 74 e nt. 3.

⁹ Cfr. A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui cit.*, p. 178 ss.; P.F. GIRARD, *Les jurés de l'actio cit.*, p. 263 ss. e nt. 5; ID., *Les actions noxales cit.*, p. 409 ss.; ID., *Manuel cit.*, p. 718 e nt. 1; O. LENEL, *Edictum cit.*, p. 323 ss.; H.F. HITZIG, *Beiträge zur geschichte der Iniuria cit.*, p. 83 ss.; L. LÉVY BRUHL, *Zur Lehre von den sogenannten actiones cit.*, p. 19 ss.; ID., *Gesammelte Schriften cit.*, p. 335 ss.

¹⁰ Cfr. P.F. GIRARD, *Les jurés de l'actio d'injures cit.*, pp. 263 ss. e nt. 5; ID., *Les actions noxales cit.*, p. 593 ss. e nt. 1; ID., *Manuel cit.*, p. 718 e nt. 1; O. LENEL,

secondo cui la *verberatio* avrebbe rappresentato il modo più antico di punizione dell'*iniuria* commessa da un sottoposto, in quanto tale delitto (eccezionalmente) non avrebbe dato luogo né alla *noxae deditio* né alla corrispondente azione nossale la quale sarebbe stata introdotta solo relativamente tardi.

Queste ultime riflessioni sono meno convincenti delle altre: se davvero fosse stato così, perché mai tale particolarità avrebbe riguardato solo l'*iniuria* del servo e non anche gli altri delitti? Soprattutto perché sarebbe stato trascurato solo nel caso dell'*iniuria* in generale il principio chiaramente ribadito dal testo giustiniano di I. 4,4,10 il quale esclude senza rimedio ogni ipotesi di fusione tra pene o anche solo tra procedimenti privati e pubblici, separando nettamente l'*agere civiliter* da quello *criminaliter*?¹¹

in summa sciendum est de omni iniuria eum qui passus est
posse vel criminaliter agere vel civiliter.

Come bene afferma Spagnuolo Vigorita¹², un qualsiasi avvicina-mento tra i due procedimenti, contrasterebbe sia con lo sviluppo della punizione criminale, sia in particolare con l'evoluzione delle azioni nossali da mezzi penali, con una forte impronta anche morale della sanzione, in azioni con carattere sempre più patrimoniale a scopo risarcitorio¹³.

Né si comprenderebbe perché il diritto giustiniano, nel rivolgere le azioni nossali verso scopi non più penali ma meramente patrimoniali (relegando la funzione punitiva al diritto criminale, dove con l'affermazione o la conferma della piena capacità del servo, la sanzio-

Edictum cit., p. 323 ss.; H.F. HITZIG, *Beiträge zur geschichte der Injuria* cit., p. 83 ss.; J.C. NABER, *Ad noxalem* cit., pp. 467-472.

¹¹ Cfr. G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova 1934, p. 20 ss.; ID., *In tema di trasferimento della proprietà per compravendita*, in SDHI 1 (1935), p. 130.

¹² Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 33 ss.

¹³ In quanto ciò legittima ad ipotizzare una tendenza a sostituire la pena privata con quella criminale oppure anche ad ammetterne il cumulo ma non ad operarne la fusione.

ne sarebbe stata realizzata direttamente nei suoi confronti), avrebbe inserito la pena criminale in un'azione privata, dove il sottoposto, seppure con tutte le perplessità di cui si è detto, avrebbe dovuto rispondere non attraverso la snellezza di un intervento diretto ma per il controverso e sempre più desueto tramite del suo *dominus*¹⁴.

Almeno altre due obiezioni rendono improbabile l'introduzione postclassica della *verberatio*. Innanzitutto bisognerebbe presupporre che la pena *extra ordinem* per l'*iniuria* dello schiavo fosse la *verberatio*; il che difficilmente è vero. Pure per i liberi la pena per l'*iniuria* variava secondo i casi anche se la punizione dello schiavo era più dura e talvolta la fustigazione esacerbata fino alla morte.

È dunque lecito sostenere la sostanziale autenticità di D. 47,10,17, sul quale si tornerà ampiamente, traendone la ricostruzione formulare dell'azione nossale intentata nel caso dell'*iniuria* nonché il gioco di rapporti che legano il procedimento ordinario all'applicazione della *verberatio*.

La fustigazione potrebbe aver rilevato alla stregua di un elemento forse estraneo alla formula dell'abbandono nossale, ma comunque capace (nel corso della sua progressiva evoluzione storica e con diversa funzione a seconda dei tempi processuali) di inserirsi nella stessa, sia prima che dopo la *litis contestatio*, atteggiandosi sempre come una scelta del convenuto ulteriormente "alternativa" rispetto alla già consueta doppia possibilità.

Ma ciò che risulta più interessante appurare sta nel diverso atteggiarsi di questa terza facoltà (la proposta della *verberatio* all'attore che accetta) accordata al *dominus*: il testo di Ulpiano mi sembra confortare l'idea che l'offerta del *servus ad verberandum* evita le conseguenze dell'azione se viene presentata *in iure*, della condanna nossale (con gli esiti che si diranno) se considerata favorevolmente dal giudice

¹⁴ In proposito F. DE VISSCHER, *Le Régime romain de la noxalité* cit., pp. 270-274 e pp. 566-578, ha notato che in D. 47,10,17,4 la scelta tra la *noxae deditio* (o *litis aestimatio*) e la *verberatio* spetta al *dominus*. Se fosse stata vera la fusione giustiniana tra la procedura (o pena) pubblica e quella privata, la scelta tra le due sarebbe spettata al convenuto. Il che contrasta con tutti i principi in materia ed è, in particolare per l'*iniuria* e per il periodo giustiniano, escluso dal già citato luogo delle Istituzioni (4,4,10).

sulla base di una valutazione patrimoniale, *arbitratu iudicis*, direttamente proporzionale alla portata dell'offesa arrecata¹⁵.

Da questo angolo visuale mi soccorre l'autorevole opinione di Spagnuolo Vigorita¹⁶, il quale, anche abbastanza recentemente, ha proposto una completa rilettura critica delle posizioni già sostenute dalla dottrina¹⁷ sulla struttura dell'*actio iniuriarum noxalis* attraverso una ricca analisi esegetica del più volte citato frammento ulpiano.

Tali risultati sono tutti pienamente condivisibili, anche se può risultare ancora interessante l'approfondimento di qualche aspetto lasciato in ombra, proprio relativamente a quanto si diceva poc'anzi: in altre parole bisogna pensare ad un diverso atteggiarsi degli effetti della fustigazione a seconda della fase processuale in cui essa viene a maturare oppure limitarne la portata considerandola o una terza possibilità indicata nella *condemnatio* della formula nossale o, come mi sembra creda lo studioso napoletano, una facoltà riconosciuta al *dominus in iure* per sottrarsi alla all'azione e alla condanna?

Né Spagnuolo Vigorita ha approfondito gli aspetti dell'istituto

¹⁵ Le fonti mi autorizzerebbero ad ammettere che quand'anche non vi fosse un accordo tra le parti sulla *verberatio*, capace di paralizzare *in iure* la prosecuzione dell'azione nossale, il *dominus* avesse comunque la possibilità di fronte al pretore di offrire lo schiavo *ad verberandum*. Il magistrato costruiva una formula nella quale il giudice veniva incaricato di valutare se in relazione all'entità dell'offesa la punizione corporale del sottoposto sarebbe stata sufficiente per soddisfare la pretesa della vittima. Sul dato tornerò in seguito trattando l'intervento del giudice in una funzione più che altro arbitrale.

¹⁶ Dalle parole di T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.* 33 ss., mi pare di capire che se il padrone dello schiavo opta per la fustigazione prima della *litis contestatio* non si fa luogo all'azione; diversamente qualora si addivenga alla *litis contestatio*, la *verberatio* diventa impossibile e si apre nei confronti del convenuto la prospettiva di un'azione nossale ordinaria con l'usuale alternativa tra la *noxae deditio* e la *litis aestimatio*. Sul punto con opinioni diverse cfr. O. KARLOWA, *op. cit.*, p. 1169 ss.; Z. LISOWSKI, *Noxalis actio* cit., p. 646 ss.; M. KASER, *Das altrömische ius* cit., p. 211 e nt. 23.

¹⁷ Cfr. P.F. GIRARD, *Les jurés de l'action d'injures* cit., p. 263 s., e nt. 5; ID., *Les actions noxales* cit., p. 393 s., e nt. 1. All'interno di questa ricostruzione emerge il tentativo di vedere nella *verberatio* il residuo dell'antico regime della vendetta. Per tutti F. DE VISSCHER, *Études de Droit Romain* cit., p. 128 s., ID., *Le régime* cit., p. 428 e nt. 9; ID., *Il sistema romano della nossalità* cit., p. 17 ss.

emergenti dalla lettura delle norme decemvirali¹⁸, le quali riferiscono, per l'appunto, di un *arbitratus praetoris*. Occorre cioè rivedere se la disciplina dell'istituto contenesse già dall'origine una tale evenienza e quindi, ammettendo che l'*arbitratus iudicis* sia classico, in quali limiti l'*arbitratus praetoris* previsto per la punizione dell'impubere *fur manifestus*, possa aver costituito un precedente per il meccanismo dell'*actio iniuriarum noxalis*¹⁹.

2. Il testo ulpiano di D. 47,10,17,4-6 (Ulp. 57 ad ed.): il quarto paragrafo. La peculiarità della *verberatio* nel regime delle azioni nossali e i motivi di una sua trattazione secondo criteri di efficacia ed operatività di un particolare schema espositivo che vuole richiamare l'attenzione sul valore generale ormai assunto da un principio che permette alla vittima di qualunque illecito commesso dal *servus* di chiamare a risponderne il *dominus*

A questo punto è dunque fondamentale cominciare un'attenta analisi del più volte invocato D. 47,10,17,4-6²⁰ muovendo proprio

¹⁸ Cfr. in proposito le interessanti riflessioni di S. MORGESE RASIEJ, *Sul regime della nossalità nelle XII Tavole* cit. pp. 287-333.

¹⁹ In questo senso, mi riporto agli accurati risultati che Anna Maria Giomaro ha individuato circa l'entità dell'intervento pubblico (soprattutto del giudice) in *cautiones* di questa portata. Cfr. A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales* cit., p. 7 ss. Per un remoto riferimento A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui* cit., p. 178 ss.

²⁰ Come si è detto l'unico altro testo in cui è ricordata la particolarità della *verberatio* nell'*actio iniuriarum noxalis* è D. 2,9,5 (Ulp. 47 ad Sab.) in tema di vadimonio nossale. È necessario poi soffermarsi su alcuni brani che finora sono stati trascurati dagli studiosi. Si tratta di D. 47,10,9,3 e D. 48,19,19 che provengono dalla stessa *sedes materiae* di D. 47,10,17,4-6 vale a dire il libro 57 ad edictum di Ulpiano. Questi passi, riferiti già da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae 1889, p. 2, e p. 775 e nt. 1, alla disciplina dell'*actio iniuriarum noxalis*, per quanto non siano utili alla ricostruzione del meccanismo formulare dell'azione, forniscono spunti interessanti sui rapporti tra l'azione privata e la repressione *extra ordinem*. È bene altresì fare attenzione al discorso di Gaio 4,76 nel quale vengono indicate le fonti cui risale la disciplina delle azioni nossali e

dal quarto paragrafo

D. 47,10,17,4 (Ulp. 57 *ad ed.*) cum servus iniuriam facit, maleficcium eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur, sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam.

Numerosi dubbi di alterazione suscita la frase iniziale, *Cum servus iniuriam facit, maleficcium eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur.*

Albertario²¹ ha cercato di dimostrare come il termine *maleficcium*

cercare di chiarire se il giurista, in relazione ai singoli *delicta* del *ius civile*, intenda sottolineare l'emersione della noxalità a partire dalle XII Tavole per il furto, dalla legge Aquilia per il danneggiamento e grazie all'opera del pretore per l'*iniuria* e la *rapina*, o se, viceversa, voglia solo precisare che l'azione noxale è compiutamente disciplinata dalle stesse fonti che delineano i contorni di queste fattispecie senza aggiungere alcunché sull'esistenza o meno di una tale possibilità. Qualche altra traccia sull'*actio iniuriarum noxalis* è testimonianza dal *Fragmentum Atestinum* e dalla *Tabula Heracleensis*. La riflessione su queste fonti trova oggi un importante riscontro nelle *Tabulae Irnitanae*, le quali al cap. 84 informano sulle competenze dei magistrati municipali e più particolarmente sul fatto che sarebbero state loro sottratte le *actiones furti e iniuriarum* qualora il delitto non fosse stato commesso da schiavi. Che si tratti di *actiones furti vel iniuriarum noxales* non è così pacifico per cui è sempre necessario valutare quali siano le vere ragioni, ancora non attentamente vagliate, che portano a ritenere la fonte come rivolta a questi due mezzi e quindi il motivo della loro menzione.

²¹ Cfr. E. ALBERTARIO, *Maleficcium* cit., p. 221 ss.; ID., *Studi di diritto romano* cit., p. 199 s.; G. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, 3, Milano 1930, p. 578 ss.; ID., *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, p. 355 ss.; P. DEL PRETE, *La responsabilità dello schiavo nel diritto penale romano*, Bari 1937, p. 32 ss.

sia già usato in epoca classica con una valenza pari a quella di *delictum*. Inoltre il VIR, attesta altri tre casi in cui sempre Ulpiano utilizza il termine *maleficium* collegandolo al verbo *admittere*: il che potrebbe suggerire l'ipotesi che l'espressione possa costituire un sintagma tipico del giurista severiano²².

In realtà Ulpiano non sarebbe caduto in un'affermazione così banale. Il costrutto del giurista anche se a prima vista appare ovvio, ha un suo preciso significato se viene contestualizzato nell'intero discorso che egli sta svolgendo presentando l'*actio iniuriarum noxalis*. L'intento è quello di sottolineare che l'azione di cui sta per parlare, per quanto presenti una particolarità niente affatto marginale, rientra nella categoria delle azioni nossali al pari di quelle nascenti dagli altri delitti.

Lo stesso Gaio (Inst. 4,76: *constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum*) sostiene che dall'*iniuria* commessa dallo schiavo potrebbe nascere un'*actio noxalis*, ricordando che l'intervento pretorio ha disciplinato la possibilità di *agere iniuriam noxaliter*²³.

A maggior ragione Ulpiano, qui autore non di un'opera istituzionale ma di un commento all'editto, ha probabilmente ancora ben presente la formazione progressiva dell'*actio iniuriarum noxalis*. È lecito pensare che il giurista, ricorrendo ad una tecnica narrativa differente rispetto a quella del testo gaiano, ne trattasse in un *excursus* più o meno esteso che precedeva questo punto del suo commento, poi tagliato dai commissari giustiniani.

Al di là di questa mia ipotesi (forse soltanto logicamente probabile, ma che comunque spiegherebbe la forma sintattica non certo impeccabile del passo), le parole di Ulpiano insistono chiaramente su un fatto: quando uno schiavo commette un delitto (*maleficium*) nasce sempre un'azione nossale che è tale anche nel

²² Il VIR, 1, p. 231 s., attesta la ricorrenza di *delictum, iniuriam ... admittere* almeno altre dieci volte. Sull'utilizzazione da parte di Ulpiano del termine *maleficium* cfr. T. HONORÈ, *Ulpian*, Oxford 1982, p. 12 ss.

²³ Cfr. G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., p. 129 ss.

caso dell'*iniuria* nonostante la particolarità della *verberatio*.

Beseler ha appuntato le sue critiche sull'inciso *sicuti et ceteris delictis, ita et ex hoc* di cui giustifica la presenza nel testo solo rapportandone il contenuto ad un più che noto desiderio generalizzante dei compilatori giustiniani e quindi alla consueta volontà di formulare *regulae generales*²⁴.

Inserita anche questa affermazione nel contesto in cui il giurista la esprime, se ne può intendere il senso sulla base di quanto si diceva poco sopra, come espressione di un principio che ormai si è consolidato in epoca tardo classica²⁵.

In questo senso mi sembra deponga anche la collocazione del titolo *de actionibus noxalibus* in Digesto 9,4²⁶. La trattazione unitaria delle azioni nossali, ovvero dei principi comuni alle singole fattispecie, precede la disciplina *ex lege Aquilia* del danneggiamento per il quale si ricorre più frequentemente all'azione nossale. Oltretutto all'epoca di Giustiniano esso è l'unico delitto che, si potrebbe dire, conservi ancora una rilevanza esclusivamente civilistica²⁷.

L'espressione *sicuti ... ex hoc* in effetti non è felice ma *ex hoc*, al di là delle imprecisioni, va logicamente collegato al *maleficium* della proposizione precedente.

²⁴ Cfr. G. BESELER, *Beiträge* cit., p. 29; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del nostro codice civile*, in *Riv. Dir. Comm.* 21 (1923), p. 493 ss.; p. 500 ss. e nt. 3, il quale elimina *merito ... ex hoc*, affermazione peraltro non riprodotta in *Studi di diritto romano* cit., p. 82 e nt. 3.

²⁵ Anche T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 33 ss., sottolinea una contraddizione logica a proposito dell'inciso sospettato da Beseler: infatti dai *cetera delicta* non nascerebbe un'actio noxalis iniuriarum. Tale ragionamento riposa verosimilmente sulla stretta correlazione instaurata tra le due parti del periodo dalle congiunzioni *sicuti ... ita* per cui *ex hoc* appare grammaticalmente legato ai *cetera delicta*.

²⁶ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Precedenti scolastici del Digesto* cit., pp. 287-319; F. DE VISSCHER, *Le Régime romain de la noxalité* cit., pp. 270-274 e pp. 566-578; GIMÉNEZ CANDELA, *El régimen pretorio* cit., p. 133 ss.

²⁷ Purtroppo come già osservava V. ARANGIO RUIZ, questa sistematica ha contribuito, nonostante gli sforzi di alcuni studiosi, all'appiattimento dogmatico della romanistica che si è occupata dell'abbandono nossale, la quale si è concentrata sulla peculiarità del legame con le *actiones poenales* senza preoccuparsi troppo di rintracciarne i momenti formativi nella disciplina delle singole fattispecie.

Nella frase riposa un'evidente combinazione di elementi incongruenti i quali tuttavia non tolgono che dall'affermazione di Ulpiano possa ricavarsi la convinzione che come accade quando vengono commessi gli altri delitti, anche da questo *maleficium* (*cum servus iniuriam facit*) nasce un'azione nossale.

Vivaci critiche non sono state risparmiate nemmeno allo scorcio successivo del paragrafo, *sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est*, il quale è stato ovviamente soppresso da Naber²⁸, da Biondi²⁹, e da tutti coloro i quali considerano la *verberatio* come la trasposizione postclassica di un elemento proveniente dalla repressione criminale nell'ambito dell'antica procedura nossale.

Per Biondi, in particolare, questa affermazione sarebbe in contrasto con la precedente, la quale invece, attesterebbe che anche per il delitto di *iniuria* nasce una comune azione nossale. Come non lo era per gli altri delitti neanche qui sarebbe stata contemplata la possibilità di scegliere tra l'*exhibitio servi ad verberandum*, da un lato, e l'alternativa *noxae deditio - litis aestimatio* dall'altro.

Ma soprattutto per quanto riguarda la frase *ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est* i sospetti di rimaneggiamento non si fondano su motivazioni convincenti³⁰.

²⁸ Cfr. J.C. NABER, *Ad noxalem* cit., p. 467 ss. La sua posizione è seguita anche da J. PARTSCH, *Die alexandrinischen Dikaiomata* cit., p. 67 e nt. 1.

²⁹ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 163 ss. Si veda diffusamente anche G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 124 ss.; ID., *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma* in *Scritti Giuridici scelti*, 1, *Diritto Romano*, 1, Napoli 1985, p. 460 ss. (già in *RISG* 16 (1972), p. 101); H. PISSARD, *Duci vel ferri* cit., p. 249 s.; G. BESELER, *Beiträge* cit., p. 2 ss.; ID., *Lucubrationes* cit., p. 360 s.; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* in *AUPA* 26 (1957), p. 234 ss.; G. PROVERA, *Un caso controverso di applicazione dell'actio ad exhibendum*, in *Annali Camerino* 35 (1969), pp. 241-246; J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la "actio ad exhibendum" en derecho clasico*, in *SDHI* 26 (1960), p. 249 ss.; M. KASER, *Die "formula"* cit., p. 291 e nt. 999.

³⁰ Cfr. O. LENEL, *Edictum* cit., p. 402 e nt. 2; M. KASER, *Das altrömische ius* cit., p. 211 e nt. 23.

Biondi muove principalmente dal già letto Gai 4,76³¹, là dove il giurista, come si è visto, presentando le azioni nossali, precisa subito i provvedimenti normativi ai quali risale la disciplina della nossalità per i quattro delitti del *ius civile* senza nulla riferire relativamente alla *verberatio*. Qualificando l'*actio noxalis iniuriarum* quale esempio di azione nossale, obietta dunque lo studioso: “è possibile che il giurista la menzionasse in un trattatello elementare se avesse presentato quella deviazione dello schema comune?”

Egli³² tuttavia trascura alcune considerazioni.

La scarna trattazione del *noxaliter agere* contenuta nelle Istituzioni gaiane non è sufficiente per escludere l'esistenza della *verberatio* nell'ambito del regime dell'azione nossale.

Mi sembra opportuno richiamare in proposito la chiave di lettura ed i rilievi illuminanti proposti di recente da Falcone³³ in merito all'assetto della trattazione di Gaio sulle azioni. Due sarebbero gli elementi caratterizzanti il quarto commentario delle Istituzioni: da un lato, l'oggetto dell'insegnamento, imperniato sulla trattazione degli schemi verbali³⁴, non limitati solamente ai *concepta verba*

³¹ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 164.

³² La sua posizione è criticata già da M. HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln-Weimar-Wien 1998, p. 274, il quale, peraltro, manca di fornire motivazioni in merito.

³³ Cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, in particolare p. 165 ss., il quale prende le mosse da un'interpretazione critica dell'indagine condotta da F. BONIFACIO, *Ius quod ad actiones pertinet*, in *Studi in onore di E. Betti*, 2, 1962, p. 97 ss. Segnalo fin da ora che il discorso di Gaio sulle azioni nossali non viene preso in considerazione da G. FALCONE nell'ambito della sua ricerca. Dello stesso autore v. anche *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in AUPA 45.1 (1998), p. 232 ss.

³⁴ Sulle *actiones* presentate da Gaio come schemi verbali, *conceptiones verborum*, nei quali vengono ricompresi anche gli *interdica* (Gai. 4,139 *formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur*) cfr. in maniera approfondita G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario* cit., p. 18 ss. e con riferimento agli interdetti p. 41 ss. Sul punto cfr. diffusamente anche A.M. GIOMARO, *Lettura e traduzione delle "Istituzioni di Gaio". La verifica di una "nuova dogmatica"*, Urbino 1994; ID., *Spunti per una lettura critica di Gaio Institutiones*, Urbino 1994.

dell'*agere* formulare; dall'altro lato, la modalità attraverso la quale si estrinseca l'insegnamento, consistente "nell'approccio ad un tempo strumentale e cautelare"³⁵. Il giurista non intende fornire agli studenti una trattazione di tipo dogmatico e concettuale dell'*agere*, non appronta una semplice descrizione oggettiva delle *conceptiones verborum*, non presenta le singole fattispecie giuridiche da tutelare né si sofferma sulla natura o sulle finalità dei modelli procedurali³⁶. Anzi sembra che il suo scopo sia quello di offrire, in un'ottica strumentale³⁷, una serie di indicazioni sull'efficacia e l'operatività di un

³⁵ Cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario* cit., p. 165 ss. In quest'ottica lo studioso spiega le stranezze presenti nel commentario gaiano. Il riferimento è al ricordo delle *legis actiones* a fronte dell'assoluta assenza della trattazione delle *cognitiones extra ordinem*; alla descrizione dell'*agere ex interdicto*; alla descrizione delle *formulae ficticiae* prima di aver presentato le *partes formularum*; all'illustrazione del meccanismo della *in ius vocatio* e del *vadimonium* in chiusura del commentario.

³⁶ Il carattere pragmatico dell'opera gaiana è stato sottolineato da L. LANTELLA, *Le Istituzioni di Gaio come modello pragmatico*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese in onore del prof. Silvio Romano*, Torino 1981, p. 27 ss. e da P.L. ZANNINI, *Rappresentazione dinamica del fenomeno giuridico nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno torinese in onore del prof. Silvio Romano*, Torino 1981, p. 367 ss., per quanto nessuno di questi due studi prenda in considerazione alcun passaggio del IV commentario. Diversamente, la natura preminentemente teorica delle *Institutiones* di Gaio è stata sostenuta da C. GIOFFREDI, *Aspetti della sistematica gaiana*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, 1980, p. 260 s., la cui posizione è diffusamente analizzata e criticata da G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario* cit., p. 5 ss.

³⁷ Sulla rappresentazione strumentale delle *conceptiones verborum* cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario* cit., p. 62 ss. L'attinenza ai formulari in chiave strumentale è stata riconosciuta in un filone letterario presente ancora in epoca classica nei *libri actionum* di Venuleio e di Paolo (così A. BISCARDI, *Azione e rapporto giuridico nel sistema formulare classico*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, 1 (1968), p. 164; di recente, V. SANTORO, *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del ius*, in *AUPA* 46 (2002), pp. 9-21, per quanto si ritiene che questa letteratura *de actionibus* comprendesse sia i formulari processuali che quelli negoziali (da ultimo, V. SANTORO, *Appio Claudio* cit., specialmente il paragrafo 9 e ulteriore bibliografia indicata in nt. 71). Un'apposita

particolare schema, di suggerire quale *conceptio* convenga adoperare e come debba essere congegnata, mostrandone in prospettiva³⁸ anche gli svantaggi³⁹ specialmente nel caso in cui le pretese dell'attore siano temerarie⁴⁰.

Sulla base di quanto argomentato, mi sembra che Gaio intenda qui presentare ai discenti la nozionalità quale caratteristica delle azioni penali, indicando in termini generici il meccanismo processuale attraverso il quale l'offeso può agire contro il soggetto, il *dominus* o il *pater*, che viene chiamato a rispondere dell'illecito commesso dal *servus* o dal *filius*. Conformemente ad una tecnica narrativa⁴¹ ri-

trattazione *de actionibus* sembra invece mancare nei sistemi di Quinto Mucio e di Sabino (su cui, per tutti, F. WLACKER, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, in ZSS 70 (1953), p. 100; con riguardo all'opera di Sabino, R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis* cit., p. 283 s.

³⁸ L'approccio cautelare riscontrabile in Gaio è evidenziato dal frequente ricorso alla semantica del *periculum* inteso come idea del rischio cui può andare incontro l'attore; si vedano G. MACCORMACK, *Further on periculum*, in BIDR 82 (1979), p. 33; M. PENNITZ, *Das Periculum rei venditae: ein Beitrag zum aktionenrechtlichen Denken im römischen Privatrecht*, Wien 2000, p. 56 ss.; diffusamente anche FALCONE, *Appunti sul IV commentario* cit., p. 82 ss., e specialmente p. 113 ss.

³⁹ In maniera approfondita, G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario* cit., p. 168 ss.

⁴⁰ Soccorrono in questo senso anche le acute osservazioni di Anna Maria Giomaro proposte *ex professo* relativamente alla *temeritas ex parte actoris*, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite ex parte actoris*, in *Studi Urbinati* 53 (2001-02), p. 197 ss., ma anche in *Atti del convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico"*, in *Rivista di diritto romano* 1, 2001, www.ledonline.it.

⁴¹ La chiave di lettura proposta recentemente da G. FALCONE mi sembra meglio adeguarsi all'esposizione delle *actiones* affrontata nel IV commentario piuttosto che alle tecniche definitorie o classificatorie. Cfr. R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, p. 205 ss.; M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'* cit., p. 55 ss. e 242 ss. Un breve accenno da ultimo in BUZZACCHI, *Sanzioni processuali nelle Istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai., Inst. 4.171-172*, in *Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico"*, in *Rivista di Diritto Romano, Siena 13-15 dicembre 2001*, www.ledonline.it 2001, pp. 1-12.

scontrabile anche in altri luoghi del commentario⁴², egli avverte il bisogno di soffermarsi strumentalmente sui principi comuni a tutte le azioni penali⁴³ piuttosto che menzionare la peculiarità dell'*actio iniuriarum noxalis*. Al posto di una trattazione analitica che fornisca gli elementi peculiari delle singole azioni, il docente preferisce usare uno strumento espositivo diverso che segua uno schema omogeneo e rappresenti, pertanto, dapprima la fattispecie in termini concreti (*ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt*) e poi indichi lo strumento finalizzato a rispondere alle esigenze degli utenti (*uti liceat patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere*)⁴⁴.

Dopo essere ricorso alla semantica di *iniquum* per giustificare il sistema nossale (*erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse*)⁴⁵, egli nomina le diverse fonti che hanno di volta in volta previsto per i singoli delitti la possibilità di convenire in giudizio il *dominus* con l'alternativa nossale⁴⁶.

⁴² La segnalazione dei formulari più rispondenti alle esigenze dei fruitori si traduce in veri e propri consigli nell'ambito della trattazione sulle *actiones adiecticiae* (Gai. 4,74-74 a) su cui cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario cit.*, p. 82 ss. Nessun riferimento vi è invece in M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle "Actiones adiecticiae qualitatis"*, Torino 2001, p. 55 ss.

⁴³ Molto chiara in questo senso è l'affermazione di Ulpiano (D. 47,1,1,2 Ulp. 41 *ad Sab.*) *non tantum in furti, verum in ceteris quoque actionibus, quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae. Id placet, ut noxa caput sequatur.*

⁴⁴ La stessa tecnica narrativa è individuabile nel frammento posto dai compilatori in apertura della trattazione delle azioni nossali preso dal secondo libro del commento di Gaio all'editto provinciale D. 9,4,1: *noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur: quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditioe ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem.*

⁴⁵ V. Gai. 4,57 dove il giurista parla di *iniqua formula accipere* nel caso in cui nella *condemnatio* sia *plus positum, quam oportet*. Anche in altri punti del commentario, Gaio ricorre sempre in chiave strumentale alla "semantica dell'utilizzazione" (4,11 *actiones, quasi in usu veteres habuerunt*; 4,25; 29; 46; 74 a; 82; 108; 125; 129; 139; 144; 147).

⁴⁶ Cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario cit.*, p. 30, il quale nota che la trattazione delle azioni nossali, come già avveniva nei paragrafi 69-74^a con

La comunicazione didattica è intesa a sottolineare la “funzione nomopoietica” del pretore⁴⁷. Nominando l'*actio iniuriarum noxalis* accanto a quelle nascenti dagli altri *delicta* tradizionalmente di *ius civile*, il giurista vuole solo esemplificare un caso in cui la nossalità era stata disciplinata non da un provvedimento legislativo, come le XII Tavole per il furto o la *lex Aquilia* per il *damnum iniuria datum*, ma direttamente dal magistrato⁴⁸, e non ritiene perciò utile all'economia del suo discorso dilungarsi sulle particolarità di detta azione⁴⁹. Egli intende dare rilievo al fatto che alla sua epoca (al di là della fonte normativa che ha regolamentato per le singole fattispecie la possibilità di *agere noxaliter*) il principio *noxa caput sequitur* ha ormai assunto carattere generale e permette alla vittima di qualunque illecito commesso dal *servus* di chiamare a risponderne il *dominus* che può liberarsi consegnando il colpevole⁵⁰.

In un certo senso sembra che il giurista voglia fare ricorso al principio menzionato per precisare il concetto di *actio*, inteso quale potere della vittima di tutelare il proprio interesse leso dal delitto. In questo modo, intende distinguere l'azione dalle diverse strutture formulari nelle quali questa può estrinsecarsi (*directa* o *noxalis*) a secon-

riferimento alle adiettie, ruota intorno ai contenuti della *condemnatio* a seguito dell'attività del sottoposto.

⁴⁷ Un accenno, da ultimo, in G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario* cit., p. 88 e nt. 183. Nessuna considerazione è invece in R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979.

⁴⁸ Sulla natura pretoria dell'*actio iniuriarum* si veda *infra* paragrafo quarto.

⁴⁹ Per questi motivi ritengo che Gaio non intenda qui ricordare l'*actio iniuriarum noxalis* accanto a quella *furti* quale modello di azione nossale come invece pretenderebbe B. BIONDI, *Études* cit., p. 239; cfr. in breve M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale* cit., p. 68 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 40 e nt. 37.

⁵⁰ Cfr. Gai. 4,77 *Omnes autem noxales actiones caput sequuntur*. Ritenere, come ha fatto D. DAUBE, *Nocere and Noxa*, in *Cambridge Law Journal* 7, London 1939, p. 23 s., che si tratti di un semplice elenco delle azioni nossali conosciute all'epoca di Gaio, distinte in civili e pretorie, mi sembra semplicistico e contrasta in modo palese con tutte le ipotesi in cui il regime della nossalità veniva esteso anche ad alcuni illeciti pretori, seppure con alcune oscillazioni; circostanze di cui il giurista certamente non ignorava l'esistenza.

da dello *status* dell'autore dell'illecito al momento della conclusione della *litis contestatio*⁵¹.

Il frammento Gai. 4,76 impone un'altra precisazione solo apparentemente banale o superflua. Qui non si intende affermare che le singole azioni nossali sarebbero state create dalle varie fonti richiamate, bensì che i casi in cui era possibile *noxaliter agere* vennero da queste compiutamente disciplinati. In altre parole, il modo sommario di esprimersi non deve indurre ad imputare a Gaio nessuna aporia né a dubitare circa una sua dimenticanza a proposito del fatto che la fonte unica e diretta delle formule delle azioni fosse pur sempre l'editto pretorio⁵².

Il giurista, con ogni probabilità, ha sacrificato una certa precisione espositiva ad un più intellegibile andamento del discorso⁵³.

⁵¹ In proposito, G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo* cit., p. 173 ss.; ID., *Il processo civile romano* cit., p. 262 s.; F. BONIFACIO, *Ius quod ad actiones pertinet*, Bari 1960, p. 74 s., e p. 84 s.; ID., *Ius quod ad actiones pertinet* cit., p. 97 ss., e un accenno anche in BRUTTI, *Il «vadimonium» nelle azioni nossali* cit., p. 261 ss. e nt. 1.

⁵² Semmai una tale imprecisione potrebbe esser rimproverata ai compilatori giustinianeî i quali a proposito dell'*actio de pauperie* affermano *noxalis actio duodecim tabularum prodita est* (I. 4,9 pr.). Certamente più puntuali appaiono le parole di Ulpiano, il quale afferma *actio ex lege duodecim tabularum descendit* (D. 9,1,1).

⁵³ Di recente, M. MICELI, trattando le *actiones adiecticiae qualitatis*, considera tali mezzi come adattamenti delle azioni ordinarie al pari delle azioni nossali. A tal proposito l'autrice invoca Gai. 4,76 il quale esprimerebbe una chiara corrispondenza tra le azioni ordinarie e le rispettive qualifiche nossali; il suo ragionamento si impernia sul rilievo che le fonti alle quali il giurista fa risalire la possibilità di *noxaliter agere* per i diversi illeciti, corrispondono esattamente a quelle che hanno regolamentato le varie figure di illeciti privati. Pertanto l'*actio furti nec manifesti* avrebbe il suo fondamento nelle XII Tavole così come l'*actio furti manifesti noxalis* non porrebbe altro che un adattamento della stessa azione quando l'illecito è commesso dal *filius* o dal *servus*. La conclusione, dunque, è che il giurista non voglia qui pronunciarsi sulla natura civile o pretoria delle *actiones noxales* bensì sul fatto che esse siano solo un modo d'essere delle normali azioni nascenti da delitto. Il pensiero della studiosa è in gran parte condivisibile: il discorso di Gaio non può essere utilizzato per risolvere il problema della natura

Nell'introdurre le particolarità dell'*actio iniuriarum noxalis* (ossia la *verberatio*) egli precisa subito qual è il vero scopo di questa misura, ovvero la soddisfazione di colui che ha subito l'offesa. Poi si limita ad affermare che, per il caso dell'*iniuria* (come anche della rapina) commessa dal *servus*, il regime della nossalità è disposto dal pretore, diversamente da quanto accade per il furto, relativamente al quale si conserva la possibilità di *noxae dedere* lo schiavo almeno a partire dalle XII Tavole e per il *damnum iniuria datum* dalla *lex Aquilia*⁵⁴.

di queste azioni atteso che egli nulla dice o sottintende in proposito. Tuttavia sulla base di quanto ho già rilevato, alcune posizioni della stessa appaiono troppo radicali, specialmente quando tenta di sovrapporre pericolosamente due profili che ritengo vadano tenuti ben distinti. È possibile sostenere che la nossalità all'epoca di Gaio sia sentita e presentata dai giuristi come caratteristica comune alle azioni penali, civili e, con una certa variabilità, agli illeciti pretori, ma da questo non si può ricavare che il fenomeno si esaurisse nel semplice adattamento dei mezzi penali. Ciò postulerebbe che le formule nossali fossero ricostruite partendo da quelle dei rispettivi delitti con l'inserzione nella descrizione del fatto del riferimento al nome del *filius* o del *servus* ed all'illecito da questi commesso, e nella *condemnatio* della *facultas solutionis* rappresentata dalla *noxae deditio*. Ipotesi di questo genere non trovano però alcun appiglio nel testo gaiano. Né possono essere taciute le già evidenziate difficoltà che presenta la ricostruzione delle formule nossali: la presenza o meno dell'*oportere* del *dominus* nelle stesse, la legittimazione passiva e così via. Asserire senza ulteriori precisazioni che le azioni esperibili contro il *dominus* o il *pater* nel caso in cui l'illecito fosse commesso dal *servus* o dal *filius* siano le azioni ordinarie concesse in via nossale condurrebbe a soluzioni di certo lacunose e semplicistiche.

⁵⁴ Il luogo di Gai. 4,76 permette qualche altra considerazione di carattere generale. Dalle affermazioni contenute nel testo, la dottrina conclude nel senso che le XII Tavole non conoscevano una responsabilità nossale per l'*iniuria* e quindi per le figure dell'*os fractum* e del *membrum ruptum*. Su tali basi si dovrebbe giungere ad ammettere che prima della legge Aquilia neppure per il danneggiamento fosse contemplata la possibilità di *noxaliter agere*. Da qui la conclusione che l'espressione *noxiamve noxiter* delle XII Tavole si riferisca esclusivamente al caso del furto, il che sarebbe pienamente in linea con quanto affermato dal giurista. La posizione più precisa al riguardo è espressa da F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., p. 181 ss. e nt. 2. In questo senso già P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., p. 413 ss. e *Mélanges de droit romain* cit., p. 314, il quale afferma che Gai. 4,76 è una testimonianza di

Prescindendo da questi ragionamenti per seguire coloro i quali⁵⁵

come *l'actio iniuriarum* sia stata “nossalizzata” ad opera del pretore; R. MONIER, *Manuel de droit romain*, 2, Paris 1948, p. 74 ss.; Z. LISOWSKI, *Noxalis actio* cit., p. 644. Sul regime decemvirale dell'*iniuria*, SIMON, *Begriff und Tatbestand der «iniuria» der Lex XII tab.*, in *ZSS* 82 (1965), p. 132 ss.; A.D. MANFREDINI, *L'iniuria nelle XII tavole. Instabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?)*. (*Recenti letture in materia di iniuria*), in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, p. 799 ss. Più particolarmente per ciò che riguarda il danneggiamento causato dall'animale, disciplinato dalla legge decemvirale, già D. DAUBE, *op. cit.*, p. 23 ss., in palese contrasto con la dottrina dominante, ipotizzava, in termini di semplice suggestione, che la nossalità fosse prevista anche in caso di danneggiamento alle cose. In effetti, Gaio, a mio avviso, non vuole sostenere che la nossalità non esistesse prima di esser prevista dalle fonti da lui richiamate, ma semplicemente che la disciplina del *noxaliter agere* per i *delicta* del *ius civile* risalga in parte a provvedimenti legislativi in parte all'editto. Egli non fornisce alcuna indicazione sul *furtum* prima delle norme decemvirali, sul *damnum* prima della *lex Aquilia* o sull'*iniuria* prima dell'intervento del pretore. Va dunque esclusa la possibilità che il giurista abbia voluto sostenere l'introduzione dell'*actio iniuriarum noxalis* ad opera del pretore, ma, onde evitare il rischio di ricavare dalle fonti quello che esse tacciono, ritengo si possa argomentare con una certa sicurezza il solo dato che qui viene sottolineato, ossia che all'epoca in cui Gaio scrive, il delitto d'*iniuria* avesse trovato una sua precisa fisionomia ad opera del pretore unitamente al riconoscimento di potere *noxaliter agere* per questo caso. Il discorso gaiano, fatto oltretutto in prospettiva didattica, mostra soltanto che per i giuristi classici le ipotesi in cui poteva essere esperita l'azione nossale erano state disciplinate dalla *lex Aquilia* per il *damnum iniuria datum* e dall'editto per *l'iniuria*. Dal tenore del testo emerge inoltre come il giurista presupponga in tema di azioni nossali una continuità storica tra le norme decemvirali e il diritto a lui contemporaneo. Infatti, egli propone come vigenti norme che risalgono alle XII Tavole accanto ad istituti di più recente creazione. Su questi punti con opinioni diverse cfr. F. DE VISSCHER, *Études* cit., p. 109 s.; B. BIONDI, *rec. a F. De Visscher, Études* cit., pp. 227-229; F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité* cit., p. 181 ss. e nt. 2; p. 558 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 64 e nt. 167.

⁵⁵ B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 160, invoca anche CI. 3,41,4,pr. (Impp. Diocl. et Max.) *si servus ignorante domino vel sciente et prohibere nequeunte res tuas vi rapuit, dominum eius apud praesidem provinciae, si necdum utilis annus excessit, quadrupli, quod si hoc effluxit tempus, simpli noxali iudicio convenire potest: qui si noxae maluerit servum dedere, nihilo minus cum ipso quantum ad eum pervenit experiri non prohiberis:*

negano la classicità della *verberatio*, si arriverebbe a sostenere che neppure i giustinianeî conoscessero la peculiarità dell'azione nossale di *iniuria*, dal momento che le Istituzioni imperiali (I. 4,8,4) a questo proposito riprendono pedissequamente il manuale gaiano senza riferire di nessuna forma di fustigazione

sunt autem constitutae noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus veluti furti lege duodecim tabularum, damni iniuriae lege Aquilia: edicto praetoris veluti iniuriarum et vi bonorum raptorum.

Il ragionamento di brevità espositiva posto alla base del discorso gaiano può al pari valere per le Istituzioni di Giustiniano, relativamente alle quali mi risulta difficile credere che se la novità della *verberatio* fosse stata introdotta dall'imperatore, come vorrebbe Biondi, i commissari non l'avrebbero fatta emergere nell'apposita *sedes materiae*, cosa che del resto avviene per le numerose innovazioni disposte, in particolare, attraverso le *decisiones*.

In verità il modo di argomentare di Ulpiano in D. 47,10,17,4-6 è logico: il giurista di Tiro ha riferito dapprima la regola generale riguardante la categoria delle azioni nossali per poi passare ad esprimere la particolarità dell'*actio* di cui si accinge a trattare.

3. Ancora sul quarto paragrafo: sgrammaticature e ridondanze

Proseguendo nella lettura del quarto paragrafo ulpiano, lo scorcio *neque erit necesse domino utique eum verberandum prestare* è ritenuto⁵⁶ una parafrasi di quello precedente e persino Lenel⁵⁷ non esita

nam si eo conscio et prohibere valente, detracta noxae deditioe conventus ad summam condemnationis solvendam omnimodo compellendus est. La *deditio* del colpevole esonerava l'avente potestà da ogni responsabilità; secondo la Costituzione, invece, il *dominus* oltre alla *deditio* avrebbe dovuto restituire anche l'arricchimento.

⁵⁶ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 165 ss.

⁵⁷ Cfr. O. LENEL, *Edictum* cit., p. 332.

ad attribuirlo ai compilatori⁵⁸.

L'affermazione deriva ancora una volta dal preconetto che la *verberatio* sia stata inserita maldestramente dai compilatori giustiniani nell'ambito dell'azione privata.

Ancora più problematica è la lettura di *sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum*.

Il primo pronome *ei* dipende da *dabitur* e sostituisce indubbiamente il *dominus* mentre nel secondo caso *ei* è riferito al *praestare* e, pur mancando di un collegamento grammaticale col termine cui si riferisce, richiama evidentemente l'offeso.

Da *facultas* dipende il *praestare servum verberandum* e, dal punto di vista sintattico ma non logico, il gerundivo *noxae dedendum*; mentre *litis aestimationem sufferendam*, anche a voler immaginare un *esse* sottinteso, non si poggia su alcunché, non potendo di certo essere retto da *facultas*. Inoltre manca l'infinito che possa reggere almeno il secondo dei due gerundivi finali.

Invero le sgrammaticature sottolineate dalla dottrina non mi sembrano sufficienti di per sé a legittimare l'eliminazione della frase. Forse il cambiamento di costrutto potrebbe, al più, far emergere delle imprecisioni sintattiche causate dai tagli ipotizzati, ma non mi pare corretto su questa base presentare l'alternativa tra il *noxae dedere* e il *litis aestimationem sufferere* come manifestazione della *facultas domini*⁵⁹.

In particolare, i due gerundivi senza termini logici di riferimento possono essere la conseguenza non tanto di rimaneggiamenti quanto di emendamenti grossolani di una parte della frase, i quali hanno portato non solo alla caduta dell'*esse* ma, soprattutto, del verbo reg-

⁵⁸ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 163; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto Romano*, Roma 1928 (rist. a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Roma 2002), p. 394 ss. e nt. 3.

⁵⁹ Cfr. F. DE VISSCHER, *Études de Droit Romain*, Paris 1931, p. 128 s., e nt. 2; ID., *Le régime* cit., p. 428 e nt. 9, pur lontano dalle posizioni del B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 163, toglie dal frammento l'intera frase. Egli sostiene inoltre che appare sospetta l'inversione *noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam*, essendo in contrasto con la logica della procedura nossale e quindi con la consueta modalità di citazione.

gente che necessariamente doveva figurare. Questa considerazione si fonda anche sull'assonanza evidente rappresentata da *praestare eum (scil. servum) verberandum* retto da *facultas*.

Come pure osserva Spagnuolo Vigorita⁶⁰ l'anomalia sintattica è di certo imputabile ad una frettolosa "ricucitura di pezzi tolti da un contesto più ampio".

In secondo luogo, per quanto l'affermazione *neque erit necesse domino ... sed dabitur ei facultas* possa apparire ridondante (dal momento che le varie alternative emergono già nell'asserzione che precede, ossia che il *dominus* può esibire *ad verberandum*), a ben vedere la precisazione non risulta del tutto inutile.

Ulpiano insiste sulla possibilità di *exhibitio ad verberandum*, da un lato, e sull'alternativa tra *noxae dedere* e *litis aestimationem sufferre*, dall'altro. L'esplicazione sembra sottolineare una vera e propria contrapposizione tra la fustigazione e la normale scelta contemplata nelle azioni nossali di consegnare lo schiavo o di subire la condanna. Il giurista avverte subito circa la particolarità dell'azione, introducendo il meccanismo che con ogni probabilità doveva essere precisato nel seguito del discorso, il quale invece è verosimilmente pervenuto sintetizzato in più parti⁶¹.

4. Il quinto paragrafo: il ricorso all'*arbitratus iudicis* imposto dal pretore: un rimando

Né minori difficoltà interpretative comportano i paragrafi successivi del brano i quali si rivolgono *ex professo* alla disciplina dell'*actio iniuriarum noxalis*.

Nel quinto paragrafo i problemi sorgono innanzitutto dalle paro-

⁶⁰ Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 42.

⁶¹ Cfr. M. HAGEMANN, *Iniuria* cit., p. 24 ss. In realtà nemmeno chi, come il B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 163, ha sostenuto che la *verberatio* non sia classica, si è posto il problema di chiarire se i tagli ed i rimaneggiamenti del testo siano riferibili alla mano dei compilatori giustinianeî o se il testo di Ulpiano sia a questi pervenuto già riassunto ad opera, ad esempio, delle scuole postclassiche, che di tale materiale facevano ampio uso.

le dell'editto che si richiamano all'*arbitratus iudicis*, grazie al quale si deve stabilire nel caso specifico l'ammissibilità e l'entità della *verberatio* rispetto all'*iniuria* commessa dallo schiavo.

D. 47,10,17,5 (Ulp. 57 *ad ed.*) Ait praetor arbitrato iudicis: utique quasi viri boni, ut ille modum verberum imponat.

La portata ed i limiti di un tale arbitrato non possono prescindere dai rilievi che comporta la lettura del frammento successivo.

Per limitarmi qui alle sole obiezioni di chi nega l'autenticità della "clausola", è bene premettere che, diversamente da Naber⁶², il quale ritiene l'intero passaggio interpolato proponendone così l'integrale eliminazione dal testo, Biondi pensa che la citazione ulpiana delle parole dell'editto pretorio non sia interpolata; tuttavia egli tenta di spiegarla riferendola non all'*aestimatio* di un giudice arbitro presente *in iure* ma a quello dell'azione nossale. Nel testo originale essa avrebbe espresso il principio generale di un'ampia libertà di valutazione del giudice nel caso dell'*actio iniuriarum noxalis*, collocandosi dopo il secondo paragrafo⁶³.

⁶² Cfr. J.C. NABER, *Ad noxalem iniuriarum cit.*, pp. 467-472.

⁶³ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales cit.*, p. 165 s. e p. 187 ss., il quale muovendo dal fatto che la libertà di valutazione del *iudex* è sempre espressa nelle formule predisposte per le diverse fattispecie di *iniuria* e che nel commento del giurista manca qualsiasi riferimento diretto alla *clausula aestimatoria* perviene alla conclusione che queste parole dell'editto fossero collocate per l'appunto nel commento di Ulpiano prima della trattazione dell'azione nossale e precisamente prima del secondo paragrafo del frammento in esame. In tal modo si spiegherebbe come i compilatori, in prossimità della esposizione dell'*actio noxalis*, abbiano potuto trovare la clausola *arbitrio iudicis* che adattarono alla *verberatio servi*. Se poi il riferimento ulpiano *ait praetor arbitrato iudicis* riguardasse realmente l'editto o non piuttosto la formula è questione dubbia: contro il riferimento delle pandette si può rispondere che non era insolito per i compilatori sostituire ai *verba formulae* i *verba edicta* e che sotto l'etichetta *ait praetor* venisse indicata la formula o parte di essa. Ciò posto sarebbe assai verosimile che le parole *arbitrato iudicis* del paragrafo e l'interpretazione ulpiana *utique quasi viri boni* si riferiscano appunto alla *litis aestimatio*.

Devo però rilevare che in quel luogo Ulpiano aveva appena ricordato come l'*actio iniuriarum* fosse data *in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur*, di conseguenza non ci sarebbe stato alcun motivo per ripetere la stessa cosa⁶⁴. Vero è che, proprio nel secondo paragrafo, Ulpiano aveva già ricordato come l'*actio iniuriarum* venisse concessa *in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur* per cui le parole dell'editto intese come esplicitazione della "*clausula arbitraria*" per quanto più efficaci sarebbero state superflue.

Per contro, come già notava Girard⁶⁵ unitamente a buona parte della dottrina che si è occupata del punto (seppure attraverso i ripensamenti in cui sono maturate le diverse conclusioni), è molto probabile che il testo di Ulpiano si riferisca ad un caso in cui la fustigazione sarebbe stata offerta ed eseguita in via transattiva nella fase *in iure* secondo l'arbitrato di un fiduciario scelto dalle parti. In questo senso troverebbe un suo significato anche l'espressione *arbitratu alicuius* che sembra proprio rapportarsi ad un arbitro cui liberamente si rivolgono la parte offesa e il *dominus*.

5. Il sesto paragrafo. Sui tempi e sull'iniziativa della *verberatio*

Infine decisamente importante è la lettura del sesto paragrafo e quindi tanto più utile il tentativo di risolverne le aporie, dal momento che dallo stesso dipende l'intera ricostruzione dell'*actio iniuriarum noxalis*

⁶⁴ Importante è pure la lettura di Gai. 3,224 *sed nunc alio iure utimur. Permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris prout ei visum fuerit. Sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam et iudex quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.*

⁶⁵ Cfr. P.F. GIRARD, *Les jurés de l'action d'injures* cit., p. 263 s., e nt. 5; ID., *Les actions noxales* cit., p. 393 s., e nt. 1. Di questo stesso avviso L. LÉVY BRUHL, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae* cit., p. 21 e nt. 2; ID., *Gesammelte Schriften* cit., p. 336 e nt. 132.

D. 47,10,17,6 (Ulp. 57 *ad ed.*) Si ante iudicem dominus verberandum servum exhibuerit ut satis verberibus ei fieret et erit factum arbitrato alicuius, postea actor agere iniuriarum perseverat, non est audiendus: qui enim accepit satisfactionem, iniuriam suam remisit. Nam et si nuda voluntate iniuriam remisit, indubitate dicendum est extinguere iniuriarum actionem non minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria.

I contrasti del testo sono noti.

L'attenzione degli studiosi si è concentrata soprattutto verso l'espressione *ante iudicem*.

Posta, come si è visto, l'autenticità di D. 47,10,17,4-5 e quindi la classicità della *verberatio*, il paragrafo permette di chiarirne il rapporto e la funzione rispetto all'azione nossale ma giova osservare che su questo punto gli interpreti si dividono tra coloro i quali considerano la misura come possibile solo prima della *litis contestatio* e coloro i quali la inseriscono nella formula o addirittura dopo di essa.

La prima delle due posizioni è stata sostenuta da Karlowa⁶⁶. Egli intende la proposizione *ante* in senso temporale e quindi ritiene che la *verberatio* sia possibile davanti (e grazie) all'arbitrato di un giudice speciale nominato *ad hoc* dal pretore⁶⁷ nella fase *in iure*.

Prendendo spunto da questa lettura, Appleton⁶⁸ sostiene che il termine *iudex* sarebbe stato sostituito nel quinto e nel sesto paragrafo del frammento in esame al posto del termine *praetor*: la fustigazione riposerebbe sull'arbitrato del magistrato nella fase *in iure*, intendendosi le parole *ante iudicem* non nel senso locativo di “davanti al giu-

⁶⁶ Cfr. O. KARLOWA, *op. cit.*, p. 1169 ss. Particolare è la posizione di SEGRÉ, *La denominazione di actio confessoria* cit., p. 567 ss. e nt. 1 secondo cui il quinto paragrafo prevedeva una *verberatio «arbitratu praetoris»* da effettuare *in iure (ante iudicem)*; il sesto paragrafo ne costituiva il commento. Il quarto paragrafo avrebbe invece previsto una *verberatio* stragiudiziale.

⁶⁷ Cfr. O. KARLOWA, *op. cit.*, p. 1169 ss.

⁶⁸ Cfr. C.L. APPLETON, *Notre enseignement* cit., p. 44 ss. Qualche cenno in ID., *Le trésor e la iusta causa usucapionis*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante* 3, Milano 1939, p. 17. ss e ID., *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris 1895, p. 421 nt. 2 e p. 492 nt. 1.

dice (dell'azione nossale)" bensì in quello temporale di *ante iudicem (acceptum)*⁶⁹.

Con l'esecuzione della *verberatio*, legittimata dall'arbitrato del giudice speciale (Karlowa) o dello stesso pretore (Appleton), la vittima non può più pretendere di esercitare l'azione nossale.

Più particolarmente Appleton⁷⁰ aggiunge che l'espressione *arbitratu alicuius* costituisce una corruzione per *arbitratu illius*⁷¹, dove il pronome *ille* va inteso come un richiamo al pretore⁷². Su questa base, egli sostiene che il termine *iudex* del quinto e del sesto paragrafo non designa il giudice del processo nossale e che, pertanto, la *verberatio* è possibile perché prescritta dal magistrato stesso.

Questa lettura troverebbe conferma nei Basilici, i quali traducono letteralmente e nel corrispondente passo riportano *δοκιμασία τινός (πρὸ δίκης)*⁷³.

Le affermazioni di Karlowa e Appleton, già ritenute improbabili da Lenel⁷⁴, vengono messe in dubbio anche da Girard sia pure solo

⁶⁹ Cfr. C.L. APPLETON, *Notre enseignement* cit., p. 42 ss.

⁷⁰ Cfr. C.L. APPLETON, *Notre enseignement* cit., p. 44 ss.; P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., p. 393 ss. e nt. 1 ha criticato tale teoria, ritenendo impossibile che il magistrato fosse chiamato «*iudex*».

⁷¹ La correzione, implicita nelle loro tesi, era stata proposta da T. MOMMSEN, *Römisches strafrecht* cit., p. 280 ss., malgrado i Basilici riportino *δοκιμασία τινός* (60,21,16,6 Heimb. 5. 632 = Scheltema 8. 2903). *Contra* P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., p. 393 nt. 1 e p. 394. Il giurista tedesco aveva anche già proposto l'emendazione *arbitratu illius* su cui si basa l'ipotesi di Appleton.

⁷² C.L. APPLETON, *Notre enseignement* cit. p. 44; G. SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria* cit., p. 567 ss. e nt. 1.

⁷³ B. 60,21,16,6 (Heimbach 5. 632 = Scheltema 8. 2903).

⁷⁴ Cfr. O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel* (trad. franc. F. PELTIER), 2, Paris 1903, p. 136 e nt. 5; ID., *Edictum* cit., p. 402 nt. 4. Invero T. MOMMSEN, *Römisches strafrecht* cit. p. 13 ss.; p. 780, si è fermato sull'espressione "uertit B (Anon) male" con la quale lo studioso ha forse voluto sottolineare la genericità del termine greco *δίκη* (scelto per rendere l'espressione *ante iudicem*) che di per se non aiuta ad individuare il momento in cui deve essere eseguita la *verberatio* (prima o dopo la *litis contestatio*). A parte che il riferimento sarebbe equivoco e addirittura assurdo se si accetta la emendazione leneliana, i Basilici confermano letteralmente la lezione delle Pandette.

parzialmente⁷⁵, il quale, mentre riconosce che la traduzione di *ante iudicem* come “davanti al giudice” non ha mai assunto nei giuristi, e raramente nella letteratura non giuridica più recente, il senso arcaico di “davanti” bensì quello di “prima” (*ante iudicem* ha lo stesso significato di *ante iudicium* ed indica il momento precedente la *litis contestatio*), esclude poi che il termine *iudex* possa indicare il magistrato ovvero il pretore della procedura formulare: “aussi étranger aux jureconsultes qu’il est familier aux empereurs chrétiens”.

Pur escludendo che si tratti del pretore, Girard non pensa comunque al giudice dell’azione nossale, ma ad un giudice speciale capace di sorvegliare *in iure* una sorta di transazione tra le parti⁷⁶.

All’ipotesi di Appleton si è richiamato, anche se solo in un primo momento, De Visscher⁷⁷, il quale ha pensato che il termine *iudex* avesse sostituito un più antico *praetor*.

Infatti egli ritiene che la giustificazione di tale arbitrato si possa ritrovare in due disposizioni della legge decemvirale.

La prima si riferisce alla illecita raccolta di frutti o al furto notturno in un campo arato come pascolo da parte dell’impubere; la seconda al *furtum manifestum* commesso dallo stesso.

In entrambi i casi le XII Tavole avrebbero prescritto la fustigazione del colpevole *arbitratu praetoris*⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. P.F. GIRARD, *Les jures de l'action* cit., p. 393 s. e nt. 1.

⁷⁶ Devo però osservare che il modo di argomentare di Girard non resiste all’obiezione che i compilatori giustiniani, oramai distanti dal processo *per formulas*, ben avrebbero potuto sostituire tutte le menzioni del pretore, salvo, ben inteso, quando i giuristi citavano parole dell’editto, dal momento che al posto della locuzione *praetor ait* non avrebbe avuto senso riportare *iudex ait*. Sono altresì convinto che questa operazione di alterazione sistematica, un tempo data per acquisita dagli studiosi, debba oggi essere sottoposta ad un attento riesame capace di valutare nel singolo caso se e con quali finalità il discorso dei giuristi sia stato alterato.

⁷⁷ Cfr. F. DE VISSCHER, *Vindicta et noxa* cit., pp. 246-247 e nt. 49.

⁷⁸ Gellio, *Noctes Atticae* 11,18,8-10; Gai. 3,189 (cfr. anche 4,111) (Tab. VIII.14) e Plinio, *Nat. Hist.* 18.3.12. (Tab. VIII.9), in CRAWDORD, *Roman Statutes*, 2, London 1996, rispettivamente pp. 613-615 e pp. 684-685. Cfr. O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII tavole*, 1, Cagliari 1992, p. 230 ss.

Successivamente, ricredendosi sulla possibilità che il termine *iudex* designasse il pretore (o che fosse interpolato per *praetor*)⁷⁹, lo studioso belga sulla scorta di Girard ha individuato nella lettura dei paragrafi quinto e sesto del testo di Ulpiano la presenza di un giudice speciale.

Scartata l'idea che l'arbitrato figuri nella formula, il riferimento al *vir bonus* viene giustificato pensando che in questo caso il pretore non eserciterebbe la propria *iurisdictio* ma verrebbe chiamato "pour tempérer les rigueurs de la victime". Di conseguenza non può che trattarsi di una *verberatio in iure* eseguita secondo l'arbitrato del magistrato⁸⁰. Il *iudex* del quinto paragrafo sarebbe un giudice particolare nominato dal pretore per stabilire l'entità della fustigazione e sorvegliarla.

A sostegno di una tale lettura De Visscher⁸¹ invoca il senso restrittivo che egli attribuisce ad *utique*, traducendo l'espressione *utique quasi viri boni* con "du moins (*utique*) comme si (*quasi*) il était dit d'un *bonus vir*"⁸².

A questo proposito, è doveroso sottolineare come le due norme appena ricordate pongano in relazione ai profili che qui vengono in rilievo un duplice ordine di questioni: in primo luogo occorre chiedersi se l'espressione *arbitratu praetoris* ricorresse già nelle disposizioni decemvirali o se, diversamente, il precetto riveli una stratificazione di norme; in secondo luogo bisogna constatare che da queste fonti non appare molto chiara la modalità di repressione del *furtum manifestum* commesso dallo schiavo.

⁷⁹ Cfr. F. DE VISSCHER, *Vindicta e noxa* cit., p. 431 ss.

⁸⁰ Mentre la frase *et erit factum arbitratu alicuius* viene liquidata come una glossa maldestramente refluita nel testo.

⁸¹ Cfr. F. DE VISSCHER, *Le regime romain de la noxalité* cit., p. 432 e nt. 19, dove critica la ricostruzione proposta da O. KARLOWA, *op. cit.*, p. 2; p. 1170. De Visscher sostiene che Karlowa, indicando in un giudice straordinario l'incaricato dal pretore ad eseguire la *verberatio* non si è reso conto che Ulpiano gli avrebbe negato la qualifica di giudice in senso tecnico, il che l'avrebbe indotto a identificarlo col *iudex* di cui al sesto paragrafo al quale invece, secondo lo studioso belga, Ulpiano l'opporrebbe.

⁸² In verità è attestato, soprattutto nel latino tardo, un uso di questa particella come congiunzione in funzione esplicativa o conclusiva e, spesso, addirittura con un valore sempre generico, tanto da essere adoperato come riempitivo al pari di

L'ipotesi sarebbe confortata dal tenore restrittivo che il termine *utique* avrebbe nel discorso del giurista severiano che lo intende quindi in senso avverbiale. Su questa base, lo studioso pensa che Ulpiano lo utilizzi per dare al termine *iudex* una valenza atecnica e propone, pertanto, la traduzione esaminata. Ulpiano avrebbe chiarito che il giudice del quinto paragrafo non deve essere inteso “dans son sens propre et technique” ma nel senso di un giudice speciale, un arbitro, un *bonus vir*, ben diverso dal giudice del processo nossale a cui fa invece riferimento il termine *iudex* all'inizio del sesto paragrafo (*ante iudicem, ante iudicium*, prima che si vada dinanzi al giudice dell'azione nossale)⁸³.

Né la traduzione di Girard è stata più messa in dubbio se non di recente⁸⁴.

Anzi una posizione sostanzialmente identica è stata assunta da Kaser⁸⁵, il quale, dopo avere anch'egli pensato in un primo momento ad un arbitrato del pretore (sostituendo l'*arbitratu alicuius* del sesto paragrafo con un *arbitratu praetoris*), ha optato, sulla scorta di uno

altri avverbi (*videlicet, scilicet*).

⁸³ In un primo tempo F. DE VISSCHER, *Vindicta et noxa* cit., pp. 246-247; ID., *Études* cit., p. 129 s. e nt. 2 si avvicinò ad C.L. APPLETON, *Noître enseignement* cit. pp. 41.80, pensando ad una fustigazione secondo l'arbitrato del pretore, peraltro supponendo nel quinto paragrafo *arbitratu iudicis* interpolato per *arbitratu praetoris* e cancellando, nel sesto paragrafo, *arbitratu alicuius* (né avrebbe potuto correggere *arbitratu illius* che sarebbe venuto automaticamente a riferirsi al giudice del processo nossale). Del resto anche F. DE VISSCHER, *Vindicta et noxa* cit., p. 432 e nt. 19, respinse la sua stessa ipotesi in quanto aderendo al rilievo di O. LENEL, *Edictum* cit., p. 402, nt. 3, gli sembrò poco plausibile che il magistrato, anche se visto in una funzione arbitrale e non giurisdizionale, venisse designato (nel quinto paragrafo *utique quasi viri boni*) come *bonus vir*. Tuttavia egli ha insistito sulla tesi che la *verberatio* fosse possibile solo prima della *litis contestatio*, pensando che essa avvenisse in base all'arbitrato di un giudice speciale, il *iudex* del quinto paragrafo, quello stesso che nel paragrafo sesto sarebbe chiamato genericamente “*aliquis*” (*arbitratu alicuius*). Solo così poté lasciare intatto tutto il quinto e il sesto paragrafo e buona parte del quarto paragrafo tranne il brano *neque erit ... sufferendam*.

⁸⁴ Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁸⁵ Cfr. M. KASER, *Das altrömische ius* cit., p. 211 e nt. 23.

studio di Lisowski⁸⁶ per l'ipotesi del giudice speciale⁸⁷.

In definitiva la *verberatio* sarebbe avvenuta *in iure* secondo l'arbitrato o del pretore (posto in termini sempre più dubitativi) o di un giudice speciale nominato da questi. Il che giustificherebbe l'espressione *arbitratu alicuius*⁸⁸.

Recentemente la questione è stata ampiamente rivisitata da Spagnuolo Vigorita⁸⁹, il quale trae dall'esame del testo ulpiano una diversa conclusione, che la *verberatio* cioè fosse menzionata nella formula dell'*actio iniuriarum noxalis* dove veniva considerata dopo la *litis contestatio*⁹⁰.

Criticando, più delle altre, le teorie di De Visscher⁹¹, lo studioso napoletano esclude che il *cum servus ... passus est* del quarto paragrafo possa giustificare un arbitrato del pretore o l'intenzione di Ulpiano di contrapporre la *verberatio* all'azione nossale d'*iniuria* nel suo complesso. Dal brano potrebbe trarsi il solo fatto che dall'*iniuria* servile nasce un'azione nossale e che il *dominus* può soddisfare la vittima anche solo fustigando lo schiavo: che ciò gli sia consentito esclusivamente prima della *litis contestatio* per evitare l'azione e non

⁸⁶ Cfr. Z. LISOWSKI, *Noxalis actio* cit., p. 646; cfr. anche R. MONIER, *Manuel* cit., p. 43.

⁸⁷ Successivamente M. KASER, *Das altrömische ius* cit., p. 211 ss., ha cambiato opinione sostenendo che la *verberatio* sarebbe stata eseguita dopo la *litis contestatio* da un giudice nossale in funzione di arbitro.

⁸⁸ Ulpiano non poteva scrivere *ante iudicem* tant'è che O. LENEL, *Edictum* cit., p. 402 ss., emenda *ante iudicium*; *ei* viene a riferirsi a *dominus* o a *iudex*; impossibile è *arbitratu alicuius* ed il T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., p. 780 ss., emenda *illius*.

⁸⁹ Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 46 ss.

⁹⁰ B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 163 ss., crede che tutta la prima parte del testo fino ad *iniuriam suam remisit* sia interpolata: non si capirebbe quale analogia vi possa essere tra la *verberatio* e la *remissio*, trattandosi di concetti incompatibili; se la *verberatio servi* ha piena efficacia soddisfattoria è chiaro che non può essere considerata come remissione: *accipere satisfactionem* e *remissio* sono concetti che si escludono a vicenda. Alla *verberatio servi* si accenna ancora in D. 2,9,5 (Ulp. 47 *ad Sab.*) ma J.C. NABER, *Ad noxalem iniuriarum* cit., pp. 467-472, avrebbe dimostrato l'interpolazione di tutto il tratto *qui aliter videtur pervenisse*.

⁹¹ Cfr. F. DE VISSCHER, *Vindicta et noxa* cit., p. 431.

anche dopo per evitare la condanna non è né precisato né implicitamente suggerito. Tutt'al più la questione è lasciata aperta.

Inoltre le riflessioni dell'autore belga rimarrebbero compromesse dalla seconda parte del quarto paragrafo dove la *verberatio* non è posta in alternativa con l'intera azione nossale ma con la *noxae deditio*; il che lascerebbe pensare che la *litis aestimatio* fosse considerato un mezzo per evitare la condanna e quindi che venisse in questione solo nella fase *apud iudicem* (si pensi al *restituere* nelle *actiones arbitrariae*).

Ma il più grave argomento contro le tesi di De Visscher riposerebbe nel quinto paragrafo, il quale, come già detto, conserva la menzione della clausola con cui il pretore affida al *iudex* l'arbitrato sulla fustigazione.

Spagnuolo Vigorita⁹² non ritiene che il senso restrittivo di *utique* possa rappresentare un punto chiave per sostenere l'interpretazione di De Visscher: "... questo (senso) consiste assai più nell'aver egli inteso il *quasi* in funzione correttiva del dettato magistratuale, come se Ulpiano avesse scritto *quasi dixerit viri boni* o *id est viri boni* mentre il *quasi* sta in funzione limitativa di *viri boni*, insieme con cui funge da apposizione di *iudicis* ...". In altre parole Ulpiano non si riferisce al *iudex* nel significato tecnico della sue funzioni ma precisa con il *quasi* che l'immagine del *bonus vir* è adoperata solo a scopo comparativo o esplicativo, chiarendo il ruolo tutto particolare che lo stesso assume nella valutazione della *verberatio*; vale a dire che il giudice deciderà equitativamente come se si trattasse di un arbitro (*bonus vir*)⁹³.

⁹² Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 47.

⁹³ Così anche B. 60,21,16,5: "Τό μέτρον τῶν βασάνων ὡς ἀνὴρ ἀγαθός ὁ δικαστής ὀφείλει δοκιμάζειν" (Heimb. 5. 632 = Scheltema 8. 2903); e del resto ciò corrisponde ai principi generali in materia di *actio iniuriarum*. Se questo, come mi pare, è grammaticalmente e logicamente l'unico significato possibile di *quasi viri boni*, la discussione sul valore di *utique* perde importanza. Comunque, se pur è vero che esso può aver avuto anche un significato restrittivo, è anche provato che (soprattutto nel latino più avanzato) tale particella assunse sempre più un significato molto indebolito con valore ora esplicativo, dichiarativo, conclusivo e simili, ora anche generico e riempitivo come in *perfecto, sane, videlicet, scilicet*. Anche nel passo in esame *utique* potrebbe allora assumere uno di questi significati: appunto (proprio, naturalmente, dunque, invero), come una

Al di fuori di una tale angolatura, le considerazioni di De Visscher soffrirebbero di un'irrisolta ambiguità; lo stesso termine, *iudex*, avrebbe, a poche parole di distanza, due significati contrastanti: una volta designerebbe un giudice speciale, dunque fuori dal processo nossale⁹⁴ (quinto paragrafo), un'altra volta il *iudex* del processo nossale (sesto paragrafo).

Le attente riflessioni di Spagnuolo Vigorita non mi trovano tuttavia del tutto d'accordo; alcune considerazioni di De Visscher spiegano ancora un loro indubbio interesse⁹⁵. In tal senso mi sembra ragionevole scorgere nell'espressione usata da Ulpiano nel testo, più che il valore restrittivo suggerito dall'*utique*⁹⁶, una portata molto generica capace di introdurre ed affiancare il *quasi* con un significato pari ai nostri "per l'appunto", "proprio", "dunque".

specie (in veste) di *bonus vir*.

⁹⁴ O fuori dell'*actio ad exhibendum* cui si riferirebbe il paragrafo secondo F. DE VISSCHER, *Noxal. cit.*, p. 432 e nt. 19; comunque in nessun caso si tratterebbe del *iudex* in senso tecnico.

⁹⁵ Come si è detto alcune sue posizioni in materia nossale sono state ampiamente rielaborate altre addirittura mutate drasticamente: in particolare muovendo da certi rilievi di Lenel, lo studioso ha escluso che Ulpiano possa aver designato il pretore, seppure in veste arbitrale e non giurisdizionale, come *vir bonus*, sostenendo inoltre che se il testo editale avesse voluto riferirsi al pretore, avrebbe riportato l'espressione in prima persona, *arbitratu meo*. A questa osservazione devo però ribattere osservando che se davvero i compilatori giustinianeî avessero voluto sostituire ogni richiamo non tanto al *pretor*, quale figura creatrice di diritto in età classica, bensì alla sua attività nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, non avrebbero avuto particolari difficoltà a sostituire l'aggettivo *meo* con il genitivo *iudicis*. La tesi di De Visscher fa leva inoltre sulla contrapposizione tra la punizione corporale e l'esperimento dell'azione nossale d'*iniuria* che egli ritiene di ravvisare nella parola del giurista all'inizio del ridetto quarto paragrafo *cum servus ... passus est*. Sull'*arbitratus boni viri (ex compromisso)* cfr. anche G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve, Prolegomena zum Officium der römischen Privatricters*, Köln-Graz 1957, p. 111 ss.; ID., *Iudex arbiterve*, in *Rivista di diritto romano* 2 (2002), p. 3; p. 111 ss.

⁹⁶ Oltre la letteratura citata sul punto cfr. HONORÈ, *Ulpian cit.*, p. 55 s. e nt. 103, il quale censisce solamente la locuzione *utique etiam*, nella quale l'avverbio, egli afferma, verrebbe utilizzato in funzione rafforzativa della congiunzione.

Di certo l'avverbio *quasi* si riferisce a *vir bonus* e mi sembra che sia usato in senso esplicativo, dal momento che il giurista intende chiarire come deve adoperarsi il *iudex* nello stabilire la misura della *verberatio*. Il *iudex* dell'azione *noxalis* una volta ammessa la *verberatio* dello schiavo deve stabilirne l'entità attraverso una valutazione equitativa: come se fosse un arbitro.

Questa interpretazione trova riscontro nel testo dei Basilici dove si legge:

... Τό μέτρον τῶν βασάνων ὡς ἀνηρ ἀγαθοός ὁ δικαστής ὀφείλει δοκιμάζειν ...⁹⁷.

È evidente che i compilatori hanno ritenuto di tralasciare qui il termine *utique* e di tradurre il *quasi* con l'avverbio ὡς (quale). Il significato è chiaro: il giudice, come un *bonus vir*, deve stabilire l'entità della *verberatio*.

Giova ripeterlo, le affermazioni di Ulpiano vanno lette, a mio avviso, nel senso che dall'*iniuria* commessa dal *servus* nasca un'azione nossale e che il *dominus* possa soddisfare l'offeso offrendo lo schiavo perché sia fustigato.

Quanto poi al fatto che la fustigazione sia consentita prima della *litis contestatio*, onde evitare l'azione, o anche dopo, in quanto possibilità prevista nella formula e valutata dal giudice nossale, occorre ancora rilevare, ed in verità mi sento di aderire a questo indirizzo, che l'inizio del quarto paragrafo non solo non affronta espressamente la questione ma neppure implicitamente suggerisce l'una o l'altra soluzione.

In tale contesto escluderei senz'altro la posizione di Rudorff⁹⁸, il quale vede nella *verberatio* l'oggetto di un *arbitratu tuo (scil. iudicis) verberandum exhibere*. Egli presenta l'azione strutturata con una *condemnatio* che contempla tre possibilità alternative: la *verberatio iudicis*, la *noxae deditio* e la *litis aestimatio*. Questa ricostruzione è

⁹⁷ B. 60,21,16,5 (Heimbach 5. 632 = Scheltema 8. 2903).

⁹⁸ Cfr. A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui* cit., p. 178 s.

stata oggetto di dura critica anche da parte di Lenel⁹⁹, il quale ritiene impossibile la fustigazione *arbitratu iudicis* dopo l'emanazione della sentenza.

In conclusione credo che sulla base dell'analisi effettuata una più esatta lettura del lungo testo ulpiano possa legittimare alcune considerazioni.

La *verberatio* nasce già in epoca classica come una *facultas domini*. In questo senso essa sembra costituire un precedente classico della *flagellatio* (accompagnata o meno dai *vincula temporalia*) così come risulta attestata dalle fonti di epoca postclassica: D. 47,10,45 (Hermog. 5 epit.) ... *et servi quidem flagellis caesi dominis restituuntur...*¹⁰⁰.

⁹⁹ Cfr. O. LENEL, *Edictum* cit., p. 398.

¹⁰⁰ Su questo passo si veda C. DUPONT, *Injuria et délits privés* cit., p. 437 ss.; LIEBS, *Hermogenianus iuris epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen 1964, p. 102, ritiene, anche sulla base del raffronto con il rescritto di Diocleziano del 293 accolto in CI. 9,35,7 (dove si afferma che *iniuriarum causa non publici iudicii, sed privati continet querellam*), che la chiusa del titolo *De iniuriis et famosis libellis* sia stata rimaneggiata da *et servi a coercentur*. Da ultimo un breve accenno in DOVERE, *De iure. Studi sul titolo I delle Epitoni di Ermogeniano*, Torino 2001, p. 122 e nt. 46, il quale riproponendo temi già sviluppati da G. PUGLIESE, *Il diritto privato* cit., p. 203 e nt. 94, parla di "echi di una *interpretatio* epiclassica" in materia di *iniuria*. Sostiene la sostanziale classicità del testo M. BALZARINI, *La repressione de la iniuria en D. 47,10,45 y en algunos rescriptos de Diocleciano (contribucion al estudio del derecho penal romano de la edad imperial)*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* 59 (1980), p. 43 ss. e *De iniuria extra ordinem statui* cit., p. 209 ss. e nt. 19. Il che fa dubitare dell'esistenza in età classica di una repressione straordinaria delle *iniuriae* commesse dai *servi* quanto meno con riferimento ai casi in cui era possibile per l'offeso ottenere soddisfazione attraverso l'*actio iniuriarum* privata e sempre che non fosse stato commesso un illecito più grave di rilevanza pubblica (*In tema di repressione "extra ordinem" del furto nel diritto classico*, in *BIDR* 72, 1969, p. 220). La tesi secondo cui i *tresviri capitales* avrebbero avuto giurisdizione in materia criminale nei confronti degli schiavi, soprattutto per i reati minori (tra i quali le *iniuriae*) già criticata da SANTALUCIA, *La repressione dei reati comuni in età repubblicana*, in *BIDR* 30 (1988), p. 209 ss., è stata invece ripresa da C. CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999,

La punizione corporale del reo non è oggetto della *condemnatio* ma si presenta alla stregua di uno strumento processuale riconosciuto al *dominus* per evitare la condanna nella sua consueta alternativa. Il pretore in altre parole consacra nel suo editto una *facultas domini* al proprietario dello schiavo¹⁰¹ che commette *iniuria*, permettendogli di pagare la pena cui è chiamato *servi nomine*, ma lasciandogli in via residuale, l'abituale alternativa delle *actiones noxales*: il *dominus* può scegliere di esibire lo schiavo per farlo fustigare *ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est*¹⁰².

Se la punizione corporale del *servus* è, come si è sostenuto, un mezzo satisfattorio alternativo al pagamento della sanzione o alla *noxae deditio*, è ovvio che rientri nella libera determinazione del *dominus* il ricorrervi o meno.

specialmente p. 87 ss. e nt. 19: dalle fonti analizzate appare con una certa sicurezza il solo fatto che l'intervento di questi magistrati riguardasse per lo più i delitti di sangue la cui repressione non maturava in sede giurisdizionale ma attraverso l'esercizio di poteri coercitivi. Per M. MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano e Paolo intorno al «certum dicere» nell'edictum 'generale' de iniuriis*, Lecce 2002, p. 87 ss.; nt. 124 l'affermazione dei compilatori giustinianeî sembrerebbe escludere che le diverse tipologie di *iniuria* siano scomparse in quest'epoca.

¹⁰¹ Uno dei significati che ricorre in epoca classica per il verbo *satisfacere* è quello di realizzare la pretesa creditoria attraverso un mezzo differente dall'adempimento della prestazione. Si vedano D. 13,7,10 (Gai. 9 *ad ed. prov.*); D. 19,1,11,2 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 40,4,41,1 (Pomp. 7 *ex Plaut.*); D. 40,7,39,1 (Iavol. 4 *ex post Lab.*); D. 46,3,52 (Ulp. 14 *ad ed.*). Cfr. H. HEUMANN, E. SECKEL, s. v. *Satis*, in *Handlexikon*, Jena 1907, p. 526 s.; VIR 5, p. 246 ss. Sui significati del verbo, F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang* cit., p. 393; M. WLISSAK, *Konfessio in iure* cit., p. 36; U. BRASIELLO, *Satisfactio. Preliminari e diritto classico*, in *Studi Senesi* 52 (1938), p. 41 ss.; H.C. PIETSCH, *Satisfaction nach der Litis Contestatio*, in *ZSS* 69 (1952), p. 432 ss.; J. ROUSSIER, *Satisfacere*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, 2, Milano 1956, p. 113 ss.; CRUZ, *Da "solutio". Terminologia, conceito e características, e análise de varios institutos afins*, 1, *Épocas arcaica e clássica*, Coimbra 1962, p. 227 ss.; p. 261 ss.; p. 311 ss. A proposito di D. 47,10,17,4-6, quest'ultimo però confonde la fustigazione col contenuto della *noxae deditio*.

¹⁰² In apparenza il meccanismo, così sommariamente descritto, presenta tratti affini a quello cui il pretore ricorre attraverso l'inserimento delle clausole restitutorie nelle *formulae arbitrarie*.

Il ragionamento di Ulpiano nella seconda parte del quarto paragrafo conforta ulteriormente questa ricostruzione.

Si legge infatti che il *dominus* può *praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam*.

Come risulta evidente, il giurista subordina l'alternativa tra *noxae dedere* e *litis aestimationem sufferere* al rifiuto di proporre ed eseguire la fustigazione a scopo satisfattorio¹⁰³.

Per quanto la frase, o almeno la sua costruzione sia decisamente scorretta, non si può escludere che egli vi abbia ben voluto evidenziare questo aspetto¹⁰⁴.

In definitiva dall'*iniuria* commessa dal *servus* nasce un'azione nossale ordinaria nella quale le pretese dell'attore si rivolgono, come nel caso degli altri *delicta*, alla *noxae deditio* o alla *litis aestimatio*. In questa procedura la fustigazione si inserisce quale elemento estraneo che, avendo finalità satisfattoria, consente al convenuto che la offre di evitare il rituale dell'*actio noxalis*. Senza mutare sostanzialmente il carattere dell'azione nossale *iniuriarum*, l'intesa tra le parti relativamente all'*exhibitio ad verberandum* permette di paralizzare il corso del processo e di non giungere perciò alla condanna. In tal modo è possibile che l'offeso fosse soddisfatto dalla punizione corporale e pertanto non potesse in un secondo momento validamente agire contro il *dominus* con l'azione nossale; inoltre si deve dire che, d'accordo con il *dominus*, accettando di soddisfarsi attraverso la *verberatio* avrebbe implicitamente rinunciato ad ottenere la *noxae deditio* o la condanna pecuniaria.

Questa precisazione è molto importante, poiché mi sento di sottolineare come l'accordo transattivo, anche a prescindere dalla

¹⁰³ Questo spunto già in H.F. HITZIG, *Beiträge zur Geschichte der Injuria* cit., p. 83, il quale mi sembra sia l'unico che ritenga interamente classica la frase *neque erit ... sufferendam*.

¹⁰⁴ A tal proposito vorrei sottolineare il gioco delle congiunzioni avversative presenti nel testo, che non penso sia frutto solamente di una scelta stilistica di Ulpiano: questi dapprima usa *aut* che rafforza l'antitesi tra i due termini di paragone, poi ricorre a *vel* che ha invece una valenza più sfumata, quasi a voler meglio evidenziare la contrapposizione tra la *verberatio* e l'alternativa nossale.

più esatta ricostruzione procedimentale, escludesse l'azione persino quando, vista la gravità dell'*iniuria* subita e correlativamente del danno patrimoniale patito, fosse probabile che il giudice valutando l'esito dibattimentale non avrebbe ammesso la fustigazione.

Ma è da ipotizzare persino che, anche qualora non vi fosse stato un accordo delle parti, il *dominus* avrebbe avuto la possibilità, di fronte al pretore, di offrire lo schiavo *ad verberandum*. In tal caso il magistrato prepara per il giudice una formula nella quale egli è incaricato di valutare se, in relazione all'entità dell'offesa, la punizione corporale dello schiavo fosse sufficiente per soddisfare la pretesa della vittima.

L'atteggiamento insistente di Ulpiano potrebbe anche far ritenere che qui egli polemizzi contro un'opinione, probabilmente rimasta minoritaria tra i giuristi, e cioè che il *dominus* potesse essere costretto (magari dall'attore) ad esibire lo schiavo per farlo bastonare¹⁰⁵.

¹⁰⁵ La funzione satisfattoria della dazione nossale risulta con evidenza dalle parole di Gai. 1,140 *ac ne is quidem dicitur invito eo, cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit, veluti quod furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit. Nam hunc actor pro pecunia habet*. Sostiene F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., p. 456 nt. 6, che la *noxae deditio* si configura come una *datio servi* cui si attribuisce valore patrimoniale. In realtà, alcuni studiosi hanno cercato di dimostrare come l'aspetto satisfattorio della dazione a noxa che nascerebbe dall'idea di vendetta, sarebbe propria dei giuristi più antichi. Così, per tutti, G. PUGLIESE, *Obbligazioni* cit., p. 261 e nt. 1, il quale argomenta sulla base del parere di Ofilio richiamato da D. 2,9,1,1 (Ulp. 7 *ad ed.*). Questa interpretazione viene criticata da BRUTTI, *Il vadimonium* cit., p. 281 e nt. 30; p. 283 e nt. 33; p. 288 e nt. 36. La *noxae deditio* viene presentata come limite massimo della sanzione cui può dar luogo il *maleficcium servi* in D. 9,4,2 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*) *si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficcio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat*. Ancor più esplicito è Gai. 4,75 *ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse*. La parte finale del passo è stata sospettata di rimaneggiamenti da G. BESELER, *Beiträge* cit., p. 64. Sulla sua autenticità insiste F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., pp. 201 ss. e nt. 15.

Se ancora ai glossatori sembrava strano che la parte offesa, dovesse accontentarsi della sola decisione del *dominus* relativamente alla volontà di volere offrire la *verberatio* (alle parole di Accursio “gl. *sed in arbitrio*” che afferma *iniuriam passo hoc postulante*, fanno eco quelle di Bartolo “gl. *facultas*” *autore scilicet pro vindicta postulante*), non desterebbe meraviglia che in questo senso vi siano stati dei contrasti tra i giureconsulti¹⁰⁶. Alcuni di essi avrebbero potuto avvertire l'esigenza di dare maggior peso alla volontà dell'attore, il quale avendo subito l'*iniuria*, figura delittuosa in cui è preponderante l'aspetto morale dell'offesa, potrebbe preferire una soddisfazione di carattere non patrimoniale al torto sopportato piuttosto che il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Purtroppo questo spunto non può che restare una suggestione. Tuttavia come nota, in maniera assai interessante Hitzig¹⁰⁷, il fatto che Ulpiano sia sul punto così meticoloso, fa desumere che altri giureconsulti tendevano a presentare la fustigazione come una forma attenuata di *noxae deditio*¹⁰⁸, ammettendo che questa potesse essere eseguita anche *invito domino* e che il convenuto si liberasse mediante la fustigazione in tutti i casi, indipendentemente dalla gravità dell'offesa arrecata dal *servus*.

Non vi sono elementi per sostenere che l'attore¹⁰⁹ abbia potuto

¹⁰⁶ Qualche spunto si trova già in H.F. HITZIG, *Beiträge zur geschichte der Injuria* cit., p. 83 nt. 84, poi adeguatamente sviluppato da T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, 58-59 e nt. 107.

¹⁰⁷ Cfr. H.F. HITZIG, *Beiträge zur geschichte der Injuria* cit., p. 83 e nt. 84.

¹⁰⁸ In questi termini è stato forse erroneamente inteso il discorso di Ulpiano da GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1988, p. 985. Egli afferma che nel caso dell'*iniuria* commessa dal *servus*, la responsabilità nossale risulta attenuata dal momento che la *noxae deditio* in questo caso consiste nella consegna del reo affinché venga fustigato e quindi restituito. Nello stesso fraintendimento mi sembra sia incorso anche B. ALBENESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 133 e nt. 576.

¹⁰⁹ Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 73 ss. Convegno con lo studioso circa il fatto che la *verberatio* dello schiavo, configurandosi come una scelta processuale del *dominus* convenuto da esercitarsi *arbitratu iudicis*, non assurga a scopo dell'azione né tanto meno costituisca un diritto dell'offeso. Tuttavia,

insistere presso il pretore al fine di ottenere l'*exhibitio ad verberandum*. Non sono previste sanzioni dirette né conseguenze pregiudizievoli nel caso in cui il *dominus* non si risolva per l'*exhibitio*.

Né riterrei che il giurista nel suo discorso abbia taciuto gli effetti negativi cui eventualmente sarebbe andato incontro il convenuto che non avesse voluto offrire la fustigazione. Allo stesso modo non vedo ragione per cui, qualora questi figurassero nel discorso, i giustiniani ne avrebbero dovuto cancellare il ricordo¹¹⁰.

Viceversa, come pure è stato osservato, l'attore non è costretto ad accettare la *verberatio*¹¹¹. L'estinzione dell'azione non si realizza con l'offerta della *verberatio in iure*¹¹², bensì solo dopo l'esecuzione

non mi sembra inverosimile supporre che la punizione corporale dello schiavo delinquente rappresenti il normale esito dell'azione, almeno quando l'*iniuria* commessa non sia particolarmente grave e non abbia dato luogo a sensibili danni patrimoniali.

¹¹⁰ Cfr. G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 124 ss.; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 460 ss., che ha duramente criticato la tesi di B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 163 ss., la quale parte dall'assunto che le azioni nossali siano *actiones in rem* (D. 9,4,22,3 Paul. 18 *ad ed.*) e che pertanto non esista un obbligo di *rem defendere*. Una posizione particolare è quella di M. WŁASSAK, *Rechtshistorische Abhandlungen*, Wien 1965, p. 22 ss., il quale distinguendo tra *ius civile* e *ius honorarium*, nega che esista un obbligo per il *dominus* di difendere il reo o di darlo a noxa. L'*indefensio*, a suo avviso, avrebbe dato luogo alla *ductio iussu praetoris* dello schiavo. Quest'ipotesi non è sostenibile dal momento che risulta dalle fonti come la *ductio* del *servus* venga disposta dal pretore solo nel caso in cui il *dominus* sia assente o quando a difenderlo sia il possessore o un terzo.

¹¹¹ A questa ricostruzione tuttavia Lisowski e De Visscher muovono severe obiezioni. Cfr. Z. LISOWSKI, *Noxalis actio* cit., p. 645; F. DE VISSCHER, *Vindicta et noxa* cit., p. 248; ID., *Études* cit., p. 131; ID., *Le régime romain de la noxalité*, p. 432 e nt. 20. Essi sostengono che Ulpiano, nell'indicare la vittima dell'*iniuria* con il termine *actor* ed avendo utilizzato l'espressione *agere perseverare*, voglia in realtà affermare che la *verberatio* è possibile solamente dopo la *litis contestatio* nella fase *apud iudicem*. In altre parole, la terminologia usata dal giurista giustificerebbe che un inizio di procedimento comunque vi sarebbe e conseguentemente ciò porterebbe ad escludere la possibilità di un accordo transattivo tra la vittima e il *dominus* per evitare il consueto iter nossale.

¹¹² Come suggeriscono le parole *et erit factum arbitrato alicuius*, oppure, come è

della fustigazione¹¹³.

Nella parte del testo andata perduta è lecito pensare che Ulpiano si riferisse proprio all'attore e al consenso di questo all'accordo, menzione scomparsa poi nella versione compilatoria del passo perché forse ritenuta superflua da chi ha riassunto il brano.

Del resto, la necessità che l'attore acconsenta emerge dalle parole *qui enim accepit satisfactionem, iniuriam suam remisit*¹¹⁴.

La puntualizzazione assume un preciso significato: nel momento in cui Ulpiano afferma che l'offeso il quale accetta di far fustigare il colpevole prima della *litis contestatio* perde la possibilità di agire, intende specificare che ciò avviene anche nel caso in cui il giudice nossale (qualora l'azione non sia stata arrestata *in iure*), attesa la gravità dell'*iniuria* subita e correlativamente del danno patrimoniale patito, non avrebbe consentito la *verberatio*¹¹⁵ sulla base delle risultanze emerse nel dibattimento.

Inoltre solo in caso di assenza del *dominus*, il magistrato ha la pos-

possibile per ogni accordo transattivo, nel momento in cui il convenuto si obbliga mediante apposita *stipulatio*.

¹¹³ La posizione espressa nel testo conferma quanto sostenuto a suo tempo da P. KOSCHAKER, *rec. a H. Steiner, Datio in solutum* in ZSS 37 (1916), p. 365 secondo il quale l'*actio furti* e l'*actio iniuriarum* si estinguono ad opera dell'accordo transattivo solo se il pagamento è contestuale. In proposito cfr. M.E. PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano* cit., p. 186; M. KASER, *Transactio* cit., p. 2139 ss.; F. DE VISSCHER, *Vindicta e noxa* cit., p. 239 s.; G. PUGLIESE, *Obbligazioni* cit., p. 252 ss.; ID., *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 146 ss.; M. KASER, *Das römische* cit., p. 528; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., p. 502; J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la "actio ad exhibendum"* cit., p. 253; M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale* cit., p. 103 ss. e nt. 1; B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 204 ss.; M. WŁASSAK, *Konfessio* cit., p. 222 ss. e nt. 2.

¹¹⁴ Questa parte del discorso è stata frequentemente ritenuta interpolata. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 167, afferma che l'*accipere satisfactionem* e la *remissio* costituiscono concetti eterogenei che non vanno confusi. Cfr. anche F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité* cit., p. 428 nt. 10.

¹¹⁵ L'interesse del proprietario sarebbe ancora preminente e ciò a prescindere dalla gravità dell'*iniuria* commessa; cfr. M. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui* cit., p. 209 ss. e nt. 19.

sibilità di ordinare la *ductio* del *servus*, che può essere decisa anche nei confronti del proprietario¹¹⁶.

Riterrei dunque di concludere in questo senso: qualora il *servus* non venga difeso dal *dominus* che resta assente, come nel caso delle altre azioni nossali, l'offeso potrà insistere presso il magistrato affinché questi conceda la *ductio servi*¹¹⁷. La testimonianza di Ulpiano

¹¹⁶ L'attore acquista a seguito della *ductio iussu praetoris* del *servus* la proprietà *in bonis*, come tale protetta dall'*actio Publiciana* (così D. 6,2,6 Paul. 19 *ad ed.*). Decorso il tempo necessario perché si compia l'usucapione, egli diventa proprietario civile. Tuttavia, il *dominus absens* non perde in via definitiva la facoltà di *servum defendere*: qualora si presenti *in iure*, il pretore, *causa cognita*, provvede attraverso una *in integrum restitutio* a rimettere il convenuto in condizioni di assumere la difesa (D. 2,9,2,1 Paul. 6 *ad ed.*; D. 9,4,26,4 Paul. 18 *ad ed.*; sui quali v. anche R. MARTINI, *Il problema della causa cognitio pretoria*, Milano 1960, p. 119 ss.). Il diritto di difendere lo schiavo colpevole può rimanere in quiescenza fino alla *litis contestatio*. Attraverso la *restitutio in integrum* concessa dal magistrato rinasce l'*actio noxalis* che si era estinta a seguito dell'acquisto della proprietà *in bonis* sullo schiavo. Il meccanismo sommariamente descritto potrebbe indurre a ritenere che la possibilità concessa al convenuto di assumere la difesa nonostante la *ductio* costituisca una novità introdotta dal pretore. In realtà, come specifica G. PUGLIESE, *Appunti cit.*, p. 148; ID., *Scritti giuridici cit.*, p. 484, la vera innovazione è l'*actio Publiciana*. Prima dell'introduzione a vantaggio dell'attore di questa tutela del possesso del *servus ductus*, si può pensare che egli potesse, fino al compimento del termine per l'usucapione, esercitare una *rei vindicatio*, costringendo l'offeso soccombente nell'azione di rivendica ad intentare nuovamente l'azione nossale.

¹¹⁷ Questa possibilità è sostenuta da F. DE VISSCHER, *Le régime cit.*, p. 242 ss., per il quale l'assenza *in iure* del *dominus* non impedisce di eseguire la *verberatio servi*. La ricostruzione proposta consente di escludere che corrisponda al vero la spiegazione suggerita dallo scolio a B. 60,21,16,4 (Heimbach 5,632); Sch. 11 ad B. 60,21,17 (Scheltema B. 3565). Infatti, in questo testo l'anonimo commentatore bizantino sostiene che dal *dominus* convenuto si possa pretendere esclusivamente l'*exhibitio servi ad verberandum*. Intendendo la bastonatura come una forma 'risarcitoria' morale e perciò di per sé sufficiente a soddisfare l'offeso, lo scoliasta afferma che la *noxae deditio* possa essere richiesta a titolo di risarcimento del danno patrimoniale. È di tutta evidenza come questa lettura del meccanismo dell'*actio iniuriarum noxalis* non possa essere supportata dal discorso ulpiano, costituendo un evidente fraintendimento sull'esatta portata della procedura e sulla funzione penale della fustigazione.

non credo possa consentire di sostenere la possibilità per l'attore di una *verberatio iussu praetoris*¹¹⁸.

6. Tracce di un arbitrato pretorio nella legislazione decemvirale relativa al *furtum* commesso dall'impubere: loro irrilevanza ed eterogeneità rispetto alle situazioni contemplate dall'*actio iniuriarum noxalis*

È possibile individuare le tracce di un arbitrato pretorio già a partire dal precetto decemvirale. In questo senso il materiale raccolto da Diliberto¹¹⁹ nei già citati scritti, offre spunti critici di certo interessanti.

In Tab. XII.3 così come risulta restituita da Festo è possibile leggere

si vindiciam falsam tulit, si velit is ... tor arbitros tris dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito¹²⁰.

¹¹⁸ Isidorus Hispalensis, *Etym.* 5,26,19: *Furtum autem capitale crimen enim apud maiores erat ante poenam quadrupli.* V. anche Servius Grammaticus, *Aen.* 8. 205 su cui da ultimo R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli 1990, p. 62 ss. La dottrina più attenta sembra oggi ammettere che la distinzione tra *delicta* e *crimina* non sempre sottenda una netta demarcazione tra illeciti privati e pubblici. Per tutti, G. LONGO G., *Delictum* cit., p. 141 ss; P. VOCI, *rec. a G. Longo, Delictum e crimen* cit., pp. 216-219; M. BALZARINI, *In tema di repressione "extra ordinem"* cit., soprattutto p. 220. *Contra*, E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen nel diritto romano classico* cit., p. 7 ss.; ID., *Delictum e crimen* cit., p. 141 ss.; A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale nell'età arcaica*, in *BIDR* 69 (1966), p. 342 ss. Qualche spunto in SALERNO, "Ad metalla". *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, p. 3 ss.

¹¹⁹ Cfr. O. DILIBERTO, *Materiali* cit., p. 230 ss. Più in particolare sulla lettura relativa alle XII Tavole cfr. ID., *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della legge delle XII Tavole (secoli XVI-XX)*, Roma, 2001.

¹²⁰ Cfr. FIRA I. 73 cui rinvio per le notazioni sul passo di Festo.

Il testo non è esente da dubbi e la disposizione precettiva si presenta in più punti lacunosa¹²¹.

Per i profili che qui interessano, nonostante numerose perplessità¹²², la dottrina maggioritaria, tra cui per tutti Brogginì¹²³ e La Rosa¹²⁴, ha generalmente accettato l'integrazione <prae>tor, sostenendo che la denominazione di *praetores* era riferita ai *consules* già prima del 367.

Per contro Nicosia¹²⁵ propone una diversa opinione, fondata su una nuova lettura del testo e quindi su un'ulteriore integrazione delle lacune che lo pregiudicano.

Nota innanzitutto lo studioso siciliano come il fatto che si parli di *praetores consules* già prima del 367 a.C. non abbia molto rilievo: nel passo di Festo l'integrazione *praetor* non indicherebbe il *praetor-consul* ma il pretore nella sua funzione giurisdicente¹²⁶.

Devo però osservare che questa ragione storico-giuridica si presenta, in realtà, piuttosto fragile, dal momento che se nelle XII Tavole si parla di *praetor* è al magistrato supremo nel pieno dei suoi poteri e delle sue funzioni che il testo vuole alludere¹²⁷. Nicosia oppone in contrario una serie di considerazioni ricostruttive di carattere linguistico, complessivamente convincenti ma non al punto da escludere, con assoluta certez-

¹²¹ FESTO, *De verborum significatu*, 516-518.

¹²² Cfr. P. HUVELIN, *Etudes sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, *Les sources*, Paris 1915, p. 74 s. e nt. 4.

¹²³ Cfr. G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit., p. 28.

¹²⁴ R. LA ROSA, *La repressione del furtum* cit., p. 7 ss.

¹²⁵ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, 2, *La regolamentazione decemvirale*, *Corso di diritto romano*, Catania 1984 (rist. Torino 1986), p. 200 ss. (su cui G. PROVERA, *rec. a G. Nicosia, Il processo privato romano*, 2, *La regolamentazione decemvirale*, in SDHI 51 (1985), pp. 586-593); M.P. PIAZZA, *La disciplina del falso in diritto romano*, Milano 1991, p. 56 ss.

¹²⁶ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., p. 207 ss.

¹²⁷ Cfr. A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in RIDA 27 (1980), p. 209 ss.; C.A. CANNATA, *rec. a G. Nicosia, Il processo privato romano*, 1, *Le origini*, in IURA 37 (1986), pp. 114-123; M.P. PIAZZA, *La disciplina del falso* cit., p. 66 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., p. 236 ss.

za, che Festo abbia voluto fare riferimento al *praetor-consul*¹²⁸.

Per il resto, l'attenzione degli studiosi si è incentrata sul significato dell'espressione *damnum decidere* e sul ruolo giocato dal *iudex-arbiter* nello stabilire l'ammontare della sanzione pecuniaria¹²⁹.

A questo proposito sono senz'altro importanti i rilievi che possono trarsi dalle fonti invocate da De Visscher per come sono state lette nelle pagine che precedono, i quali tuttavia non attenuano i dubbi di Huvelin¹³⁰, che, riportandosi al precetto della Tab. VIII.9 così come viene riferita da Plinio, ritiene che il richiamo al *praetoris arbitratu* sia estraneo al testo originario delle XII Tavole senza peraltro motivare in alcun modo questa affermazione.

Plinius *Nat. Hist.* 18,3,12 ... frugem quidam aratro quaesitam noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iuebant ... impubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni.

Diversa è la sua opinione relativamente al precetto di Tab. VIII.14 ricostruito sulla base di varie fonti e soprattutto della testimonianza di Gellio.

Gellius *Noctes Atticae* 11,18,8 ... ex ceteris - manifestis furi-bus liberos verberari addicique iusserunt (Xuir) ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos verberibus affici et saxo praecipitari; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt, noxiamque ab his factam sarciri.

Lo studioso di Lione¹³¹ è certo di potere riferire il testo di Gellio (il quale attinge presumibilmente al *De furtis* di Sabino) nel senso che i decemviri avrebbero punito con la fustigazione e l'*addictio* il *fur*

¹²⁸ Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., p. 232 ss.

¹²⁹ Cfr. R. LA ROSA, *La repressione del furtum* cit., p. 7 ss.

¹³⁰ Cfr. FIRA I. 56 cui rinvio per gli ulteriori commenti.

¹³¹ Cfr. P. HUVELIN, *Etudes sur le furtum* cit., p. 56 ss.

manifestus che non si fosse difeso a mano armata¹³².

Nel caso in cui il ladro fosse stato schiavo, questi, fustigato, sarebbe stato precipitato dalla rupe Tarpea. Infine nel caso in cui il *fur* fosse stato impubere era deciso che *praetoris arbitrato verberari* (sc. *decemviri*) *voluerunt noxiamque ab his factam sarciri*.

La stessa *addictio* pronunciata dal magistrato, probabilmente estranea all'archetipo della *manus iniectio* ma attestata dalle fonti nell'ambito di quest'azione e dalla *legis actio sacramenti in rem* sin da epoca risalente¹³³, è stata spiegata da Arangio Ruiz, Lévy Bruhl, Pugliese, Broggin, Kaser, Cannata e Nicosia come una conseguenza dell'esperimento della *manus iniectio* da parte del derubato¹³⁴.

La *manus iniectio* ricorre nel caso di *furtum manifestum* già da epoca precedente rispetto a quando l'*addictio* comparve nell'ambito

¹³² Più fonti tramandano la condizione servile degli *addicti*: per tutte v. Gellio, *Noctes Atticae* 20,1,7 (*lex*) *furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit*. Nonostante queste testimonianze, la dottrina si è divisa: una parte, sulla scia di T. MOMMSEN, *Bürgerlicher und peregrinischer* cit., p. 3 ss., ritiene che un antico divieto impedisse di ridurre in schiavitù un cittadino romano in patria, sostenendo su questa base che l'*addictus* rimanesse libero anche se in uno stato di assoggettamento; in questo senso anche V. ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et non flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Revue Al Qanoun Wal Iqtisad* 2 (1932), p. 114 ss.; ID., *Scritti di diritto romano* cit., p. 377 ss.; WIEACKER, *Zwölftafelnprobleme*, in *RIDA* 3 (1956), p. 477 ss.; M. KASER, *Das altrömische* cit., p. 215 ss. Di altro avviso sono P. HUVELIN, *Etudes* cit., p. 368 ss.; E. VOLTERRA, *rec. a Lévy Bruhl, Quelques problèmes du très ancien droit romain*, in *BIDR* 43 (1935), p. 385; ID., *Istituzioni di diritto privato*, Roma 1961, p. 556 ss.; F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo* 20 (1974), p. 163 ss., i quali ritengono che i *fures manifesti addicti* venissero ridotti in schiavitù.

¹³³ Gai. *Inst.* 2,24. Cfr. G. BROGGINI, *Iudex Arbiterve* cit., p. 33 ss.; V. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA* 30 (1967), p. 223 ss.

¹³⁴ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et non flagrant* cit., p. 117 ss.; ID., *Scritti di diritto romano* cit., p. 379 ss.; L. LÉVY BRUHL, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris 1947, p. 148 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., p. 303 ss.; M. KASER, *Das altrömische* cit., pp. 158 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., p. 37 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo Istituzionale del processo privato romano*, 2, *Il processo formulare*, Torino 1982, p. 35 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., 2, p. 36 e p. 164.

di questa procedura. Quest'affermazione, condivisa dalla maggioranza degli studiosi, è stata aversata da una parte della dottrina, tra cui per tutti da Kaser e Selb, i quali ritengono che la pronuncia magistratuale sarebbe maturata nell'ambito dell'*agere sacramento in personam*¹³⁵. Ne conseguirebbe che in antico non sarebbe stato possibile al derubato l'immediato esperimento della *manus iniectio* nei confronti del *fur manifestus*.

Questa ricostruzione si scontra con la testimonianza delle fonti, che limitano la pronuncia dell'*addictio* all'*agere sacramento in rem* nell'ipotesi di *in iure cessio* e alla *manus iniectio*¹³⁶.

Parzialmente diversa dalla testimonianza di Gellio è quella di Gaio; il giurista afferma sommariamente che le XII Tavole prevedevano nel caso di furto la pena capitale¹³⁷.

Gai. 3,189: Poena manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. In servum aequae verberatum animadvertetur. Sed postea inprobata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est.

Proprio sulla base di queste affermazioni è stato sostenuto che nel precetto decemvirale non ricorrerebbe il riferimento all'*addictio*.

Non è infatti attestato alcun controllo statale sull'erogazione della grave pena che le XII Tavole prevedevano nel caso di furto commes-

¹³⁵ Cfr. W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex in der legis actio*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Francoforte 1984, p. 443 ss.; M. KASER, "Unmittelbare Vollstreckbarkeit" und Bürgenregress, in ZSS 100 (1983), p. 94 ss.; S. MORGESE RASIEJ, *Sul regime della nossalità* cit., p. 287 ss.

¹³⁶ Gai. *Inst.* 3,189. Cfr. G. NICOSIA, *Il processo privato romano, 3, Dalla nascita della iurisdictio all'avvento del processo per formulas* (dispense dal corso di diritto romano 1981-1982), Torino 1982, p. 58 ss.

¹³⁷ Cfr. R. LA ROSA, *La repressione* cit., p. 62 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 238 ss.; L. LÉVY BRUHL, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg 1931, p. 11 ss.

so di notte e per il caso in cui il *fur se telo defendit*. Argomentando a fortiori, Nicosia¹³⁸ sostiene che nessun intervento magistratuale sarebbe stato previsto nel testo decemvirale relativamente alla ben meno grave pena irrogata a seguito del furto flagrante e, pertanto, colloca l'emersione dell'*addictio* in età successiva all'emanazione delle leggi Licinie Sestie.

La sua tesi, adeguatamente motivata e condivisibile, porta dunque ad escludere che anche in relazione a questo precetto decemvirale, fosse prevista già in epoca risalente un'attività magistratuale nella comminazione della pena prevista per il *furtum manifestum*.

Ed ancora va osservato che manca nelle Istituzioni di Gaio il ricordo presente in Gellio, della repressione del *furtum manifestum* commesso dall'impubere.

La circostanza si presenta alquanto strana: se, da un lato, è possibile che il giurista attinga direttamente ai *libri tres iuris civilis* di Sabino e, dall'altro, che sia tanto interessato alle norme decemvirali da comporre un'opera di commento, è difficile pensare che poi manchi di conoscere la disciplina concernente la repressione del *furtum* commessa dall'impubere.

A ben vedere, il discorso di Gaio in questo passaggio è impreciso. Risulta piuttosto generico il riferimento alla pena capitale come sanzione comminata dalle XII Tavole. Tuttavia, proprio questa asserzione apodittica, *poena manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat*, può essere utile a spiegare l'insolita omissione: Gaio, riferendo la disciplina del *furtum manifestum*, si sarebbe dovuto soffermare a spiegare la previsione particolare per il caso dell'impubere, il che probabilmente non rientrava nella sua logica narrativa, per di più, trattandosi di un inutile riferimento ad una disciplina ormai desueta.

In questo senso, il giurista può aver scelto di sacrificare una certa precisione nel discorso a favore di un'esposizione chiara e lineare.

Sulla base di tali considerazioni è possibile pensare che almeno in alcuni dei precetti decemvirali richiamati, diversamente da quan-

¹³⁸ G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., p. 207 ss.; ID., *La manus iniectio: dal regime originario a quello della manus iniectio pura*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana* (Atti del VI Convegno romanistico internazionale), Copanello, 7-10 giugno 1992, p. 184 ss.

to tramandato dalle fonti, non si facesse riferimento al pretore solo in funzione giurisdizionale. Il che non implica necessariamente che queste testimonianze costituiscano un falso storico. Ritengo, invece, che esse offrano un sicuro indizio di un'attività arbitrale svolta dal magistrato, la quale riguardava il *quantum* e non certo l'*an* della fustigazione dell'impubere.

Atteso anche che questa competenza possa non risalire al testo decemvirale, è decisamente difficile individuarne il momento di affermazione.

Nulla osta tuttavia a ritenere che un *arbitratus praetoris* sia conosciuto in epoca tardo repubblicana ed abbia ad oggetto la *verberatio* dell'impubere *fur manifestus* o che abbia usato furtivamente e di notte un campo arato come pascolo.

Questo "arbitrato" del pretore, tuttavia, mi sembra avere il suo fondamento non tanto nell'attività giurisdizionale del magistrato quanto piuttosto nella *coercitio* o più in generale nel suo *imperium*. Inoltre diversamente da quanto avviene nel caso dell'azione di *iniuria* nossale, nella quale la pena corporale è strutturata in modo da consentire al convenuto di evitare la condanna e viene ammessa sulla base di una valutazione discrezionale sulle circostanze del delitto, il pretore non fa altro che applicare, determinandone l'ammontare, la pena prevista a carico dell'impubere che abbia commesso l'illecito.

Pertanto, con riferimento ai profili che qui interessano, il parallelo con la *verberatio* nell'ambito dell'*actio iniuriarum noxalis* deve necessariamente restare nei limiti, per così dire, di un semplice precedente: si tratta di due ambiti distinti che in alcun modo si può presumere abbiano interagito fra loro.

In questo senso, non ritengo che le norme decemvirali possano fornire indizi in merito all'emersione della *verberatio* nell'ambito dell'azione che nasce dall'*iniuria* commessa dallo schiavo.

Alla luce di tali considerazioni, il parallelo che De Visscher¹³⁹ intende instaurare tra queste disposizioni e l'*arbitratus praetoris* che egli, almeno in un primo momento, preferisce leggere in D. 47,10,17,4-

¹³⁹ Cfr. F. DE VISSCHER, *Vindicta e noxa* cit., p. 246 s.; ID., *Études* cit., p. 129 s. e nt. 2. Diversamente ID., *Le régime romain* cit., p. 432 e nt. 19.

6 al posto di *arbitratu <iudicis>*, si presenta piuttosto fragile.

Al riguardo non può che prendersi atto di alcuni dati. Nei due precetti decemvirali si prescrive la fustigazione dell'impubere (la quale viene disposta sulla base di una decisione magistratuale); anche nell'*actio iniuriarum noxalis* figura la fustigazione affidata all'arbitro (*iudicis? praetoris?*). Ma queste fattispecie si presentano come situazioni del tutto eterogenee e, pertanto, non si può in alcun modo avere la pretesa di trarne considerazioni generali.

A ciò si aggiunga, infine, che nel ridetto D. 47,10,17,4-6 la *verberatio* è in *arbitrio domini*, per cui spetta al convenuto offrirla. Niente del genere è lecito individuare nelle norme decemvirali le quali prescrivono la fustigazione con finalità repressive cui l'impubere colpevole non può sottrarsi.

Quanto alla punizione comminata al *servus fur manifestus*, Gaio (3,189), in riferimento alla norma decemvirale, afferma che la sanzione prevista era la *verberatio* con la successiva *praecipitatio e saxo*¹⁴⁰, mentre con riguardo all'assetto creato dal successivo intervento pretorio, si limita ad asserire che tanto nei confronti dell'uomo libero quanto per il *servus fur manifestus* si esercita l'*actio praetoris edicto constituta*, ossia quella che comportava la condanna alla *poena quadrupli*¹⁴¹.

L'esposizione di Gaio è, in questo frangente, piuttosto imprecisa dal momento che viene ad accostare afflizioni di per sé diverse, quali la *praecipitatio e saxo* e la *poena quadrupli*. Il discorso del giurista inoltre, si presenta alquanto lacunoso; se, da una parte sembra trascurare la repressione domestica del furto commessa dal *servus* in epoca repubblicana e classica¹⁴², dall'altra, non prende in considera-

¹⁴⁰ Cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1991, p. 238 ss.; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., p. 931 ss.; C. FERRINI, *Diritto Penale Romano* cit., p. 20 ss.; R. TAUBENSCHLAG, s. v. *Tarpeium saxum*, in RE 18 (1932), p. 2330 ss.; A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale* cit., p. 342 ss.; A. MAGDELAIN, *Le ius archaïque*, in MEFRA 98 (1986), p. 332 ss.

¹⁴¹ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *La répression* cit., p. 109 ss.; ID., *Scritti di diritto romano* cit., p. 367 ss.; R. LA ROSA, *La repressione* cit., p. 58 ss., e più particolarmente in nt. 19.

¹⁴² Cfr. P. HUVELIN, *Etudes sur le furtum* cit., p. 442 ss.

zione la possibilità di un'actio furti manifesti noxalis.

A quest'ultimo proposito De Visscher¹⁴³, senza peraltro fornire motivazioni del suo convincimento, ritiene che l'ipotesi di furto flagrante sfugga necessariamente in epoca decemvirale all'applicazione del regime nossale.

Solo grazie al pretore sarebbe stato esteso il meccanismo delle azioni nossali anche a questa fattispecie; rimane però poco chiaro se l'alternativa prevista nel caso dal pretore vada ravvisata tra il *noxae dedere* e la condanna in quadruplo.

Evidentemente lo studioso ritiene che, qualora il *dominus* rifiuti l'azione nossale facoltativa, la vittima che abbia colto il ladro in flagrante possa ottenere l'*addictio* del *servus fur manifestus* come previsto dalla norma decemvirale.

L'ipotesi per quanto suggestiva sembra destituita di ogni fondamento, non essendovi nelle fonti alcun elemento che la sostenga e anzi essendo in contrasto con quanto affermato da Gaio 3,189, *postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est*¹⁴⁴.

In realtà, come risulta dagli studi di Lenel, non è possibile ricostruire il tenore dell'actio furti manifesti¹⁴⁵.

Quel che si può pensare è solo che, abbandonata l'antica *manus iniectio*, l'azione predisposta dal pretore, di cui informa Gaio, fosse un'actio in factum. Allo stato delle fonti non si può dire se nel caso

¹⁴³ Cfr. F. DE VISSCHER, *Le regime cit.*, p. 448 ss.; ID., *Le fur manifestus cit.*, p. 442 ss.; ID., *Études cit.*, p. 138 ss.

¹⁴⁴ Cfr. R. LA ROSA, *La repressione cit.*, p. 59 ss.

¹⁴⁵ Cfr. O. LENEL, *Edictum cit.*, p. 332; W. BUCKLAND, *Roman law of slavery. The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, p. 337 ss.; A. HÄGERSTROM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, Uppsala-Leipzig 1927, p. 58 ss.; F. DE VISSCHER, *Le fur manifestus cit.*, p. 442 ss.; ID., *Études cit.*, p. 138 ss.; ID., *Le regime romain cit.*, p. 262 s.; B. BIONDI, *Actiones noxales cit.*, p. 96 ss.; T. GIMENÉZ CANDELA, *El régimen cit.*, p. 317 ss.; K.H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, Köln-Graz 1966, p. 164 ss.; P. STEIN, *Regulae iuris*, Edimburg 1966, p. 121; G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali cit.*, p. 127 ss.; E. KLINGENBERG, *Constitutum est in D. 47.2.14.4*, in RIDA 46 (1999), p. 243 ss., e più particolarmente p. 272 ss.

in cui lo schiavo commetteva un furto flagrante venisse data un'azione nossale oppure, come si accennava, venisse concessa contro il *dominus* un'*actio in factum* che non contemplasse l'alternativa tra *noxae deditio* e *litis aestimationem sufferre* ovvero un'*actio detracta noxae deditioe*.

Così inteso, il passo di Gai 3,189, pur lacunoso, potrebbe significare che tanto nel caso in cui il *fur manifestus* fosse libero quanto schiavo si agiva con un'azione che comportava la *poena quadrupli*. Né la circostanza che il furto fosse compiuto dallo schiavo, legittimava la possibilità per il *dominus* di liberarsi dandolo a noxa. In questo senso mi sembra muova l'opinione di Balzarini¹⁴⁶.

In questa ricostruzione la nota che, a ben vedere, risulterebbe stonata è che da una punizione corporale del *servus* colpevole, prevista dall'ordinamento decemvirale, si sarebbe passati per opera del pretore ad una *poena quadrupli* a carico del *dominus*, il quale sarebbe chiamato a rispondere dell'illecito *ultra servorum corpora* in evidente contrasto con il principio espresso da Gai 4,75.

Inoltre, come ancora osserva Balzarini, occorre aggiungere che in diversi episodi è attestato in età classica un assorbimento di questa fattispecie nella repressione straordinaria.

Pomponio ad esempio, ricorda il caso di uno schiavo il quale sospettato di aver commesso un furto viene consegnato dal *dominus* ad un certo Azzio, probabilmente il derubato, perché lo torturi. Questi invece lo traduce di fronte al *praefectus vigilum* il quale *eum summo supplicio adfecit*¹⁴⁷.

Su questa base, piuttosto che ad un'*actio in factum* contro il *dominus*, *detracta noxae deditioe* e con la condanna in quadruplo, si può ipotizzare che dalla *verberatio* e *praecipitatio e saxo* previste dalle XII Tavole si sia passati già in epoca tardo repubblicana, ad una repressione straordinaria del furto flagrante commesso dallo schiavo.

¹⁴⁶ Cfr. M. BALZARINI, *In tema di repressione extra ordinem* cit., p. 225.

¹⁴⁷ D. 12,4,15 (Pomp. 22 *ad Sab.*). Cfr. R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis* cit., p. 15 s.; M. BALZARINI, *In tema di repressione "extra ordinem" del furto* cit., p. 215 e nt. 56.

7. Portata e funzioni della *verberatio*. I tempi (e i luoghi) in cui si pone la *verberatio*. Il carattere satisfattorio, morale e materiale della stessa e la discrezionalità del giudice nossale nell'applicarla come limite della condanna

Nel caso di *iniuria* compiuta dal servo, la spiegazione di Rudorff¹⁴⁸ nel configurare un *arbitratu tuo* (sc. del giudice) *verberandum exhibere* come un terzo termine della *condemnatio*, accanto alla *litis aestimatio* ed alla *noxae deditio*, non ha avuto molta fortuna nella romanistica: una *verberatio arbitratu iudicis* non avrebbe avuto alcun senso dopo l'emanazione della sentenza.

La prima parte del quarto paragrafo del testo di Ulpiano, che l'analisi già affrontata¹⁴⁹ ha mostrato come autentico, muove in tutt'altra direzione.

Dal passo si apprende che la *exhibitio ad verberandum* è *in arbitrio domini* e che questi può servirsene *ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est*.

Se si considera che uno dei significati di *satisfacere*, unanimemente¹⁵⁰ riconosciuto classico, è quello di pagare il creditore con mezzi diversi dall'adempimento della prestazione, non sarà difficile ricavarne una spiegazione anche per l'azione penale nossale: la fustigazione dello schiavo non è oggetto della *condemnatio* ma al contrario un mezzo per evitare la condanna, cioè appunto un mezzo "satisfattorio" che l'editto concede al *dominus* per liberarsi da ogni obbligazio-

¹⁴⁸ Cfr. A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui* cit., p. 178 s.

¹⁴⁹ V. *supra* p. 11 ss.; p. 92 ss.; p. 100.

¹⁵⁰ Cfr. da ultimo T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, pp. 48-49. Vedi D. 13.7.10 (Gai 9 *ad ed. prov.*); D. 19.1.2.2 (Paul. 5 *ad Sab.*); D. 20,6,6,1 (Ulp. 73 *ad ed.*); D. 40,4,41,1 (Pomp. 7 *ex Plaut.*); D. 40,7,39,1 (Iav. 4 *ex posterioribus Lab.*); D. 46,3,52 (Ulp. 14 *ad ed. prov.*). Sul punto anche H. HEUMANN, E. SECKEL, s. v. *satis*, *Handlexikon* cit., p. 526 s.; U. BRASIELLO, *Satisfactio* cit., p. 5 ss.; J. ROUSSIER, *Satisfacere* cit., p. 115 ss.; H.C. PIETSCH, *Satisfaction* cit., p. 432 ss.; CRUZ, *Da "solutio"* cit., p. 227 ss.; 261 ss. e 311 ss.; M. WLASSAK, *Konfessio* cit., p. 36 ss.; G. BESELER, *Beiträge* cit., p. 29; F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang* cit., p. 393.

ne senza ricorrere alle alternative consuete delle azioni nossali¹⁵¹.

In altri termini si è voluto porre in chiaro che la *verberatio* è impossibile se il *dominus* non la offre e che d'altra parte questi rimane assolutamente libero nel decidere se proporla oppure no, senza che incomba su di lui la minaccia di sanzioni o anche solo di conseguenze pregiudizievoli come invece accade per le *actiones arbitrarie* quando non si attende all'intimazione ricevuta.

La seconda parte del quarto paragrafo è ancora più decisiva, in quanto la *noxae deditio* o il pagamento della *litis aestimatio* (vale a dire i due termini della condanna) sono subordinati alla mancata esecuzione della fustigazione a scopo satisfattorio: *praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam*.

Lo stesso concetto è ribadito dalla frase *neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare, sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum*.

In altre parole se vi è un'intesa transattiva tra il *dominus* convenuto e l'attore parte offesa, l'azione si estingue: un suo eventuale esperimento potrebbe senz'altro essere paralizzato dal pretore attraverso una *denegatio actionis* in considerazione della già ottenuta bastonatura¹⁵².

Per converso se il *dominus* non la propone (o fino a quando non la propone) e se il convenuto non l'accetta, l'*actio iniuriarum noxalis*

¹⁵¹ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 48 s. vi scorge una struttura simile a quella delle *actiones arbitrarie* e in questo senso mi sembra concordi con A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui* cit., pp. 178-179.

¹⁵² Nel caso dell'*actio iniuriarum* l'accordo transattivo fa sì che l'azione si estingua automaticamente. Si vedano in proposito P. KOSCHAKER, *rec. a. Steiner, Datio in solutum* cit., p. 365; STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses in römisches Recht*, in ZSS 44 (1924), p. 1 ss.; A. STEINWENTER, *Die Streitbeedigung durch urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischem Rechte*, München 1925, p. 14; M.E. PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano* cit., p. 243 ss. e nt. 154; E. RABEL, *Gründrüge des römischen Privatrechts*, Basel 1955, p. 98; M. KASER, *Transactio* cit., pp. 2139-2147; ID., *Das römische Zivilprozessrecht* cit., p. 154 e nt. 2; p. 513 e nt. 520.

seguirà un *iter* assolutamente identico a tutte le altre azioni nossali¹⁵³.

E proprio con riferimento al rifiuto dell'attore resta da chiarire se la possibilità di evitare la condanna offrendo la fustigazione venga riconosciuta al *dominus* convenuto in qualunque caso di *iniuria* commessa dallo schiavo oppure se vi siano dei limiti all'*exhibitio ad verberandum*, imposti magari dalla gravità dell'offesa arrecata.

Resta da stabilire, ad esempio, se avendo ricevuto un'offesa molto grave, l'attore fosse sempre costretto ad accontentarsi *in iure* della *verberatio* offertagli dal *dominus*.

La questione non è stata mai sollevata dalla letteratura ma la risposta che se ne deve ricavare è senz'altro implicita, persino nelle considerazioni di chi ha visto la *verberatio* inserita nella *condemnatio* della formula nossale¹⁵⁴.

D'altra parte che relativamente al contegno dell'attore il discorso

¹⁵³ La frase iniziale *cum ... noxalis actio datur* e soprattutto i termini *in arbitrio domini facultas* escludono senza possibilità di dubbio la spiegazione suggerita dallo scolio 8 a B. 60,21,16,4 (Heimb. 5. 632)

... Σημείωσαι ὅτι δούλου ὑβρίσαντός τινα, ὁ δεσπότης οὐκ ἄλλο τι απαιτεῖται, ἀλλ' ἢ μόνον τό ἐκδουναί αὐτόν εἰς τό μαστιγωθῆναι. Εἰ μέντοι καί χρηματικῆς ζημίας γέγονεν αἴτιος τῷ ὑβριθέντι, τότε ἢ διαφέρον δίδεται παρά τοῦ δεσπότου τῷ ζημιωθέντι, ἢ αὐτός ὁ δοῦλος εἰς θεραπείαν ἐκδίδεται

L'anonimo scoliasta sostiene che dal *dominus* convenuto si possa pretendere esclusivamente l'*exhibitio servi ad verberandum*. Ravvisando nella bastonatura una forma risarcitoria morale e perciò di per se sufficiente a soddisfare l'offeso, il commentatore bizantino afferma che la *noxae deditio* può essere richiesta a titolo di "risarcimento del danno patrimoniale". È di tutta evidenza come questo discorso non possa essere in nessun modo supportato dalle parole di Ulpiano le quali sono state fraintese sia per quanto riguarda la procedura che per quanto riguarda la funzione della *verberatio*.

¹⁵⁴ Cfr. P.F. GIRARD, *Les jurés de l'action d'injures* cit., p. 263 ss. e nt. 5; O. LENEL, *Edictum* cit., p. 323 ss.; H.F. HITZIG, *Beiträge zur geschichte der Injuria* cit., p. 83 ss.; L. LÉVY BRUHL, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrarie* cit., p. 19 ss.; B. KUBLER, *rec. a Naber* cit., p. 430; M. KASER, *Das römische* cit., p. 257 e nt. 10.

di Ulpiano fosse molto più articolato potrebbe essere confermato dal pronome *ei* che nella frase *ut satis verberibus ei fieret* figura senza un termine di riferimento anche se concettualmente lo si può attribuire alla parte offesa.

Probabilmente nella parte andata perduta, il giurista menzionava proprio la vittima del delitto ed il consenso di questa alla transazione *in iure*, menzione verosimilmente ritenuta superflua da chi ha riassunto il testo.

E comunque la necessità che in qualche modo l'attore debba acconsentire all'offerta del *dominus* emerge con chiarezza dallo scorcio *qui enim accepit satisfactionem, iniuriam sua remisit*¹⁵⁵.

Allo stesso modo le frasi *si de eo verberibus satis non fiat* e *dominus verberandum servum exhibuerit, ut satis verberibus ei fieret*¹⁵⁶ con cui si subordina la condanna alla mancata *verberatio*, legittimano il dubbio che in qualche modo l'attore possa non esser

¹⁵⁵ Come già detto questa parte del discorso è stata frequentemente ritenuta interpolata. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 167, afferma che l'*accipere satisfactionem* e la *remissio* costituiscono concetti assolutamente diversi che non vanno confusi. Cfr. anche F. DE VISSCHER, *Le régime romaine de la noxalité* cit., p. 428 e nt. 10.

¹⁵⁶ È verosimile che questa frase provenga direttamente dal riassunto testo ulpiano; in questo senso muove sia il significato sicuramente classico di *satisfacere* sia la costruzione *satisfacere de* con l'ablativo, che difficilmente deriva da mano non classica. Il tentativo di dimostrare il contrario è fallito. Cfr. E. SCHÖNBAUER, *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf* in ZSS 52 (1932), p. 195 ss.; A. BISCARDI, *Sulla genesi della norma giustiniana* cit., p. 274; U. BRASIELLO, *Satisfactio* cit., p. 30 ss.; G. BESELER, *Beiträge* cit., p. 342; E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà* cit., p. 270 e nt. 1; G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà* cit., p. 20 ss.; p. 209; C. LONGO, *Passaggio della proprietà* cit., p. 42 e nt. 42; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano, Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma anni 1951-1953*, Napoli 1954, p. 288 ss. (rist. inalt. Napoli 1987); K.F. THORMANN, *Auctoritas. Ein Beitrag zum römischen Kaufsrechte*, in IURA 5 (1954), p. 41; J. ROUSSIER, *Satisfacere* cit., p. 146 ss. Un tale costrutto è infatti estraneo al linguaggio postclassico e giustiniano: non vi è traccia nell'ambito dei testi considerati dai vocabolari del Codice, delle Istituzioni e delle Costituzioni latine di Giustiniano. Cfr. sul punto L. LÉVY BRUHL, *Die römische* cit., p. 19 ss.

rimasto soddisfatto attraverso la punizione corporale del reo.

Ne consegue che qualora non fosse stata risolta in *iure* la questione veniva deferita al giudice nossale.

Il fatto che la vittima dell'*iniuria* venga definita *actor* il quale *agere perseverat* non lascia dubbi circa la prosecuzione del procedimento oltre la *litis contestatio*.

Ma per comprendere cosa accadesse successivamente alla fase *in iure*, e di conseguenza l'esatta portata della condanna sancita dal giudice nossale, è necessario capire esattamente il pensiero del giurista nel momento in cui esclude la soluzione stragiudiziale. È abbastanza pacifico che l'alternativa tra la *noxae deditio* e la *litis aestimatio* ritorna qualora l'offeso non sia stato appagato dalla *verberatio*: ma ciò significa che il *dominus* convenuto non ha inteso offrirla, oppure che il *dominus* l'ha offerta ma l'attore non ha voluto accettarla?

La prima soluzione mi sembra banale. Il giurista si sarebbe limitato a ribadire, per un'ennesima volta, la *facultas domini* del convenuto. La seconda è più probabile.

Per avere una visione completa delle implicazioni conseguenti a questa seconda ipotesi occorre allora distinguere la posizione del *dominus* chiamato a rispondere *servi nomine* del delitto commesso da quella dell'offeso.

Cominciando con il convenuto, s'impone subito un'osservazione: se gli fosse stata riconosciuta la possibilità di evitare la condanna pecuniaria acconsentendo, anche dopo la *litis contestatio*, alla punizione corporale del *servus*, presumibilmente egli avrebbe scelto sempre questa strada che appare la più vantaggiosa¹⁵⁷.

Nella situazione prospettata, dunque, tanto la condanna pecuniaria quanto la dazione *a nossae* verrebbero a perdere completa-

¹⁵⁷ In questo senso B. KUBLER, *rec. a Mélanges Gérardin*, Paris 1907, in ZSS 30 (1909), p. 419 ss.; H.F. HITZIG, *Beiträge zur geschichte der Injuria* cit., p. 83 ss.; P.F. GIRARD, *Les jurés de l'action d'injures* cit., p. 263 s.; O. LENEL, *Edictum* cit., p. 401; L. LÉVY BRUHL, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae* cit., pp. 19-21; ID., *Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht*, Weimar 1956, p. 343 e nt. 176; ID., *Gesammelte Schriften*, 1, Köln-Graz 1963, pp. 334-336; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., p. 257 e nt. 10.

mente di significato¹⁵⁸.

Ne deriva allora che l'attore deve proporre inderogabilmente l'offerta della *verberatio* davanti al pretore anche quando il convenuto non ha intenzione di accettarla: diversamente il procedimento non potrebbe più conservare questa ulteriore possibilità davanti al giudice ma senz'altro evolversi secondo la consueta alternativa.

Qualora il *dominus* non voglia proprio offrire la *verberatio*, è logico ritenere che egli abbia già scelto di subire la *litis aestimatio*, rinunciando alla possibilità di *noxae dedere* poiché è improbabile che egli non acconsenta alla fustigazione dello schiavo ma accetti il rischio di doverlo dare a noxa. Come giustamente osserva Spagnuolo Vigorita¹⁵⁹, è "francamente inverosimile" che il padrone il quale non consentiva la frustazione del servo fosse poi disposto a perderlo definitivamente.

Nell'ottica dell'attore, vittima dell'*iniuria*, è certamente vero che la punizione corporale costituisce una risposta immediata al desiderio di vendetta, elemento che in questo illecito appare più sentito rispetto ad altri¹⁶⁰. Tuttavia, il danno a carattere patrimoniale, per quanto resti in secondo piano rispetto all'elemento morale, non può certo dirsi escluso a priori nell'*iniuria*. Pertanto, è difficile pensare che la vittima (la quale in caso di offesa arrecata da un libero, ottiene una più tangibile soddisfazione di carattere patrimoniale) possa esser costretta ad accontentarsi in tutti i casi della punizione corporale dello schiavo.

Tutte queste osservazioni impongono la necessità di fornire una differente interpretazione della frase *si de eo verberibus satis non fiat*. In merito al costrutto¹⁶¹, giova precisare che l'uso del verbo *satisfacere*

¹⁵⁸ L'obiezione è stata sollevata da vari studiosi: F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité* cit., p. 431; ID., *L'action noxale d'injures* cit., p. 39 ss.; ID., *Études* cit., p. 327 ss.; Z. LISOWSKI, *Noxalis actio* cit., p. 645; B. BIONDI, *Études* cit., p. 238; P. DEL PRETE, *La responsabilità dello schiavo* cit., p. 52.

¹⁵⁹ Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 52 ss.

¹⁶⁰ Su quest'aspetto insiste molto F. DE VISSCHER, *Vindicta e noxa* cit., p. 238; ID., *Études* cit., p. 115 ss.

¹⁶¹ Il testo di Gai. 28 *ad ed. prov.* (D. 18,1,53), nel quale figura l'espressione *si venditori de pretio satisfactum est* ha ingenerato in dottrina un'annosa disputa sulla

con *de* e l'ablativo ricorre nelle fonti classiche¹⁶² mentre non è attestato in quelle postclassiche e giustiniane¹⁶³. Escluso pertanto che

natura classica di questo costrutto: hanno tentato di dimostrare l'interpolazione del passo, sostenendo l'origine tarda del *satisfacere de* con l'ablativo, F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit* cit., p. 30 ss.; ID., *Eigentumsübergang* cit., p. 371 seguito da A. BISCARDI, *Sulla genesi della norma giustiniana in materia di trasferimento della cosa venduta* cit., p. 274; E. SCHÖNBAUER, *Zur Frage* cit., p. 195 ss., sostiene che tutta la frase *fideiussor ... de pretio* costituisca una glossa. Diversamente, sostengono la sostanziale classicità del testo con osservazioni complessivamente condivisibili, P. MEYLAN, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue en droit romain classique*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, 1, Milano 1930, p. 441 ss.; E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà* cit., p. 270 e nt. 1; ID., *Studi di diritto romano* cit., p. 440 e nt. 1; G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà* cit., p. 20 ss.; ID., *In tema di trasferimento della proprietà* cit., p. 130; B. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà* cit., p. 127 e nt. 4; C. LONGO, *Passaggio della proprietà* cit., p. 42 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano* cit., p. 288 e nt. 3, il quale pur ammettendo che la frase *fideiussor ... de pretio* possa costituire una glossa rifulita nel testo, sostiene che non rimane mutata la sostanza dell'insegnamento gaiano; K.F. THORMANN, *Auctoritas* cit., p. 41; J. ROUSSIER, *Satisfacere* cit., p. 146 ss.; P. FEENSTRA, *Fidem emptoris sequi*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze 1956, p. 273 ss.; R. RODRIGUEZ VAREZ, *Notas en torno a D. 18,1,53*, in *RIDA* 26 (1979), p. 363 ss.; ID., *Note intorno a D. 18,1,53*, in *BIDR* 82 (1979), p. 119 ss.; P. CERAMI, *Plena interpretatio*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 3, Milano 1983, p. 109 ss. Un accenno anche in SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971, p. 63 e nt. 26.

¹⁶² In ben due passi di Cesare nel *De bello Gallico* (1,14,6 e 5,1,7) ritorna l'espressione *de iniuriis satisfacere*. Lo stesso uso di *satisfacere* con *de* e l'ablativo ricorre anche in Cicerone, *Ad Atticum* 2,4,3 e *ad Quintum fratrem* 1,3,7. Altre due testimonianze sono nella *lex Rubria de Gallia Cisalpina* (cap. 22, 34 e 39) e nella *lex Acilia repetundarum*, 75.

¹⁶³ Questo uso del verbo *satisfacere* col *de* e l'ablativo della persona non è provato dal VIR con riferimento ai frammenti dei giuristi. Un unico esempio ricorre nel *De ira* di Seneca, 2,21,6. Sulla base del parallelo con un frammento di Ulpiano (D. 2,9,5, Ulp. 47 *ad Sab.*), nel quale figura l'espressione *verberibus de iniuria satisfit*, si potrebbe pensare che anche in D. 47,10,17,4 vi fosse *de ea re* se non addirittura *de iniuria satisfacere*. L'espressione *satisfacere de* e l'ablativo non è presente nei testi considerati dai diversi vocabolari che prendono in considerazione le fonti postclassiche: *Vocabularium codicis Iustiniani*, ed. Mayer,

la costruzione sia postclassica, occorre ancora notare che *satisfacere de* si incontra sempre riferito alla situazione rispetto alla quale si trae soddisfazione. Nel discorso di Ulpiano, invece, il *de eo* non può che essere grammaticalmente riferito allo schiavo per quanto a rigor di logica il discorso appaia in questo modo scorretto.

I compilatori, operando dei tagli al testo del giurista, hanno voluto conservare la frase che figurava in un contesto più ampio ed hanno, pertanto, riferito il *satisfacere* allo schiavo¹⁶⁴.

Credo dunque che la frase *si de eo verberibus satis non fiat* tradotta (con Spagnuolo Vigorita¹⁶⁵) come: “qualora la *verberatio* non dia (sia sufficiente a dare) soddisfazione dell’*iniuria*”, voglia significare che non in tutti i casi il *dominus* poteva appagare la vittima con la fustigazione.

La *verberatio* è un mezzo satisfattorio la cui applicazione è esclusa se il *dominus* non vuole farne uso. Ma volendovi ricorrere, essa può restare esclusa in quanto giudicata insufficiente relativamente alla gravità del delitto: in tal caso non rimane che l’alternativa consueta tra la *noxae deditio* e la *litis aestimatio*.

Chiarito questo profilo, e accettata come classica l’espressione *arbitratus iudicis*, risulta evidente che la *verberatio* può essere offerta anche davanti al giudice; tuttavia qui essa non avrà più una funzione deflativa del procedimento, e dovendo soddisfare la punizione di un’*iniuria* presumibilmente grave per la quale l’attore ha già opposto il suo rifiuto *in iure*, dovrà essere valutata all’esito delle risultanze dibattimentali.

Davanti al giudice la *verberatio* costituirà un terzo termine di valutazione ai fini della condanna.

Difatti è difficile pensare che di fronte all’*exhibitio servi ad verberandum* il giudice abbia un ruolo meramente passivo, dovendosi

Praga 1923, p. 2188; *Ergänzungsband zum Heidelberger Index zum Theodosianus*, ed. Grandenwitz, Berlin 1929, p. 223; *Ergänzungindex zu Ius und Leges*, ed. Levy Weimar 1930, p. 173; *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*, ed. Ambrosino, Milano 1942, p. 247; *Legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium, Novellae, Pars latina*, ed. Archi e Bartoletti Colombo, Milano 1979, p. 3248 ss.

¹⁶⁴ Lo spunto si ritrova già in T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 53 e nt. 90.

¹⁶⁵ Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 52.

limitare ad ammettere in ogni caso la bastonatura. Come si è detto le parole di Ulpiano lo escludono decisamente.

Per contro è molto più verosimile che il *iudex*, in veste arbitrale, debba determinare innanzitutto, in relazione alla gravità dell'*iniuria* commessa, se la fustigazione possa esser eseguita; in altre parole, egli deve valutare se la modalità soddisfattoria proposta in alternativa al normale esito dell'azione nossale sia sufficiente. In quest'ottica, mi sembra che *l'arbitratus iudicis* non investa solamente la misura della *verberatio* ma anche l'ammissibilità della stessa.

Per questo verso mi sembra che soccorra anche qui il già invocato scolio a B. 60,21,16,4

Ἀλλά τό μαστιγωθῆναι τότε χώραν ἔχει, ὅτε ὕβρις μόνη δίχα ζημίας ἐγένετο. εἰ γάρ καί ζημία ἐπηκολούθησε, τότε ἢ ἐκδίδωσι τόν οἰκέτην, ἢ τήν διατίμησιν τῆς δίκης δίδωσιν ὁ τοῦ δούλου δεσπότης.

Dal testo emerge come il giudizio sull'ammissibilità della *verberatio* sia strettamente legato non solamente al desiderio di soddisfare l'aspetto della vendetta, preminente, come si è detto, nell'*iniuria*, ma anche elementi di carattere patrimoniale.

Pertanto, l'assenza o la modica entità del danno materiale conseguente all'offesa arrecata dal *servus* varrà a ritenere ammissibile la punizione corporale, che assolverà pienamente la sua funzione soddisfattoria. Diversamente, il giudice sarà indotto a non consentire la bastonatura qualora emerga durante il dibattimento la circostanza che si sono prodotti danni economicamente rilevanti, per cui il *dominus* dovrà subire la punizione certamente più consona prevista dal regime nossale: la *noxae deditio* o la *litis aestimatio*. Del resto, se è pur vero che lo scopo della vendetta gioca un ruolo importante nella soddisfazione dell'*iniuria* subita, questo non è certamente escluso nell'usuale alternativa contemplata dall'*actio noxalis*.

Né si può pensare, come ha fatto Buckland¹⁶⁶ che il ricorso alla

¹⁶⁶ Poco fondata è l'opinione di W. BUCKLAND, *The Roman Law* cit., p. 100 ss., il quale considera la *verberatio* come un rimedio sviluppatosi in via di fatto per i

punizione corporale fosse frutto di un accordo tra la vittima dell'*iniuria*, il *dominus* convenuto e il giudice dell'azione nossale.

Non solo nel discorso di Ulpiano nulla fa propendere per questa soluzione, ma anche il ragionamento finora svolto porta ad escluderla con decisione.

La vittima, che, come si è visto, nel corso del dibattimento può far emergere ragioni di carattere patrimoniale che spingano il giudice a negare questa *facultas solutionis*, nulla potrà fare perché venga eseguita la *verberatio invito domino*.

Del resto, qualora il *dominus*, rifiutando la fustigazione, propenda in un secondo momento per l'azione nossale del colpevole, l'attore potrà certo soddisfare il proprio desiderio di vendetta fustigando lo schiavo ormai nella sua disponibilità.

In conclusione, anche qualora non vi sia un'intesa tra le parti, consacrata *in iure*, il *dominus* convenuto ha sempre la possibilità davanti al pretore di offrire lo schiavo *ad verberandum* (diversamente il procedimento approderà all'esito normale della doppia alternativa). In tal caso il pretore¹⁶⁷ costruisce una formula nella quale il giudice, in una particolare qualità arbitrale, sarà incaricato di valutare se in relazione all'entità dell'offesa, la punizione corporale dello schiavo sia sufficiente (ed in quale misura) per soddisfare la pretesa della vittima.

La condanna sarà dunque conseguente all'esito dibattimentale: in caso affermativo la *verberatio* esaurendone il contenuto escluderà che si proceda all'alternativa nossale; in caso negativo, qualora il giudice

casi meno gravi di *iniuria* (a suo avviso la maggioranza), restando invece l'azione nossale l'unica tutela possibile in via di diritto. Egli ritiene necessario un accordo a tre, *dominus*, *iudex* ed attore.

¹⁶⁷ Ciò sarebbe potuto avvenire in epoca repubblicana quando il pretore precisa i contorni del delitto di *iniuria* e ne disciplina le varie fattispecie. Facendo leva sui poteri discrezionali, che si ritaglia nell'ambito dell'*actio iniuriarum aestimatoria*, ed in considerazione di più nuovi motivi equitativi, egli riconosce al *dominus* la possibilità di esibire lo schiavo per la fustigazione quando la lievità dell'offesa e la mancanza di un danno di rilevanza patrimoniale facciano apparire troppo gravose tanto la *noxae deditio* quanto la *litis aestimatio*. Sulla condanna deciderà il giudice in veste arbitrale all'esito delle risultanze dibattimentali.

dovesse ritenerla troppo blanda o comunque insufficiente rispetto all'*iniuria* subita, il procedimento seguirà per la sua strada consueta.

8. La formula dell'*actio iniuriarum noxalis* e la riforma pretoria della *condemnatio*. Brevi considerazioni sulla natura e la legittimazione

Nessuna fonte tramanda il tenore delle formule nossali: né per l'*iniuria* né per gli altri illeciti privati.

Nel tentarne una ricostruzione, bisogna verificare in primo luogo se nell'*intentio* ricorresse o meno un *dare oportere* del *servus*. Biondi¹⁶⁸ ha sostenuto questa possibilità senza riserve argomentando un agire *alieno nomine* del *dominus* contro l'opinione nettamente contraria della dottrina maggioritaria¹⁶⁹ che anche successivamente ha reagito, obiettando con decisione che il *dominus* non può che essere convenuto *proprio nomine*¹⁷⁰.

Tuttavia come già si è ampiamente detto, i dubbi relativi ad alcune caratteristiche salienti delle azioni reali, tutte presenti nel regime della nossalità e quindi incompatibili con un'obbligazione diretta del *pater* o *dominus* non sono state in nessun modo spiegati.

In D. 3,2,14 è accolto un brano, tratto dal quinto libro del commento di Paolo all'editto, il quale prevede l'ipotesi di un'*actio noxalis* intentata contro il *dominus* che accetta il giudizio *servi nomine* e par-

¹⁶⁸ Cfr. B. BIONDI, *Actiones noxales* cit., p. 238 cui rinvio per il vasto apparato di fonti e la cospicua letteratura che si è occupata del tema.

¹⁶⁹ V. le ampie considerazioni già svolte nel capitolo precedente. Per tutti F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité* cit., p. 388 ss., intende il termine *nomen* in una doppia valenza: da un lato indica la causa, il fondamento dell'azione; dall'altro, si riferisce alla persona nel cui interesse si agisce o si decide di *suscipere iudicium*. V. anche G. COPPOLA, *Lo iussum domini e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana*, Milano 2003 e M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza in diritto romano*, Milano 2008.

¹⁷⁰ I termini della questione sono stati analizzati, seppure incidentalmente a proposito di altri studi, anche da M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle actiones adiecticiae qualitatis* cit., p. 73 ss.

tecipa alla *litis contestatio*:

Servus, cuius nomine noxale iudicium dominus acceperit, deinde eundem liberum et heredem instituerit, ex eodem iudicio damnatus non est famosus, quia non suo nomine condemnatur: quippe cum initio lis in eum contestata non sit.

Morto il *dominus* si è perfezionata una *translatio iudicii* in capo allo schiavo, divenuto nel frattempo libero ed erede. Lo stesso giurista precisa che nella fattispecie lo schiavo seppure condannato non è colpito da *infamia* dal momento che *non suo nomine condemnatur*.

Pugliese¹⁷¹ ritiene che la *litis contestatio* non sia stata conclusa dal *servus* ma dal *dominus*. Questa opinione però non è condivisibile; è difficile credere che sia proprio la mancata partecipazione alla *litis contestatio* il fattore capace di determinare l'assoluzione del *servus* o che il passo, maturata l'anzidetta *translatio iudicii*, sia in grado di attestare senza incertezze un *dare oportere* dell'avente potestà menzionato nell'*intentio*. Né credo si possa sostenere, con Pugliese, che quando il *dominus* accetta il giudizio *servi nomine*, agisca in ogni caso *suo nomine*. In tal modo l'espressione *servi nomine* dovrebbe essere sempre riferita alla causa che legittima l'azione, nella quale il *dominus* è chiamato per una responsabilità che lo studioso ha definito *propter servum*¹⁷². Niente di tutto ciò mi sembra sia confortato dalle fonti.

Un'ipotesi interessante ed allo stesso modo convincente è quella di Santoro¹⁷³, il quale non potendo avanzare con certezza l'ipotesi di un *oportere* del *pater* o del *dominus*, ha posto il problema in termini di opportunità: l'*oportere* in origine avrebbe espresso l'idea non della

¹⁷¹ Cfr. G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia* cit., p. 249 ss.; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 458 ss.

¹⁷² Cfr. G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia* cit., p. 249; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 504. Occorre inoltre sottolineare che se il *dominus* agisce *servi nomine*, ciò non vuol dire che agisca in qualità di *defensor* dello schiavo.

¹⁷³ V. SANTORO, *Illecito e pena privata* cit., p. 337. Cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Colpa civile* cit., p. 522 ss.; ID., s. v. *Obbligazioni* cit., p. 15 ss., cui rinvio per l'ulteriore letteratura.

necessità ma dell'opportunità. In altri termini, non avrebbe indicato il *vinculum iuris* bensì la convenienza di tenere un certo comportamento al fine di sottrarsi alla condanna nossale¹⁷⁴.

È facile argomentare come nel *noxaliter agere*, avendo individuato il *dominus* quale soggetto chiamato a rispondere dell'illecito commesso dal *servus*¹⁷⁵, l'ordinamento ne abbia considerato tutto l'interesse a resistere in giudizio al fine di non perdere la proprietà del sottoposto che, *indefensus*, potrebbe essere *ductus iussu praetoris*.

Da questa angolatura anche l'espressione *aut Stichum noxae dedere oportet* esprimerebbe una delle due possibilità dell'alternativa accordata dall'*actio noxalis* (contenuta per lo studioso nella stessa *condemnatio*)¹⁷⁶ non tanto in termini di una necessità quanto per l'appunto di un'opportunità¹⁷⁷.

Fatte queste brevi premesse di carattere generale, può essere affrontato il problema della ricostruzione dell'*actio iniuriarum noxalis*

¹⁷⁴ Allo schiavo viene riconosciuta esclusivamente una capacità penale che va intesa nel senso che a questo possono esser inflitte pene corporali. A fronte di una sua pressoché totale incapacità processuale, l'ordinamento indica nel *dominus* il solo soggetto nei confronti del quale può esser assicurata da parte dell'ordinamento la tutela alla vittima dell'illecito. Diffusamente in G. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia* cit., p. 244 ss.; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 504 ss. Per contro, le tracce presenti nei giuristi classici circa la capacità processuale dello schiavo sono state dimostrate da A. BISCARDI, *La capacità processuale dello schiavo* cit., p. 143 ss., con rilievi acuti, cui senz'altro mi sento di aderire.

¹⁷⁵ Giova ripetere che quando si parla di alternativa tra *noxae deditio* e *litis aestimatio* occorre avere presente che questa non può essere intesa nel senso che dal delitto commesso dallo schiavo nasca un'obbligazione alternativa (o facoltativa) del *dominus* di dare a noxa o subire la condanna. Infatti, a tacere delle difficoltà, cui si è accennato, di riconoscere in capo al convenuto un *oportere* di carattere sostanziale, la categoria delle obbligazioni alternative non è certo utile per definire il contenuto della *condemnatio* nell'*actio noxalis* (*contra* come si è visto Z. LISOWSKI, *Noxalis actio* cit., p. 624, il quale pur non condividendo le discussioni sulle categorie dogmatiche, finisce sostanzialmente per adottare lo schema dell'obbligazione alternativa).

¹⁷⁶ Così M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., p. 264.

¹⁷⁷ Cfr. A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui* cit., p. 178 s. Cfr. O. LENEL, *Edictum* cit., p. 402.

con particolare attenzione alla redazione della *condemnatio*.

Rudorff¹⁷⁸ pensa che la fustigazione costituisca l'oggetto di un *arbitratu tuo (scil. iudicis) verberandum exhibere*. Sulla base di questa asserzione, egli presenta l'azione con una *condemnatio* che contempla tre possibilità alternative: la *verberatio arbitratu iudicis*, la *noxae deditio* e la *litis aestimatio*.

D. 47,10,17,4-6 non fornisce alcun elemento in grado di supportare la ricostruzione dello studioso tedesco fatta oggetto di dura critica anche da parte di Lenel¹⁷⁹, il quale la liquida come inaccettabile per il fatto stesso che la *verberatio arbitratu iudicis* sarebbe impossibile dopo l'emanazione della sentenza.

Lo studioso da parte sua si limita a dire che le fonti non tramandano il tenore di questa azione ed in considerazione della particolarità della *verberatio* la ricostruisce come un'*actio arbitraria* affermando che "schwierigkeiten bietet die Rekonstruktion im übrigen nicht"¹⁸⁰.

Confortata da questa impostazione, la dottrina che ha sostenuto la tesi secondo cui la punizione corporale costituisce un mezzo per evitare la condanna, riconduce l'*actio iniuriarum* alla categoria delle azioni arbitrarie¹⁸¹. Le difficoltà che nascono dalla questione sono note, né possiamo indugiare; per i profili che qui vi rilevano è sufficiente ricordare come gli interpreti del tema abbiano definito le *actiones arbitrariae*

¹⁷⁸ Cfr. A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui* cit., p.178 s.

¹⁷⁹ Cfr. O. LENEL, *Edictum* cit., p. 402.

¹⁸⁰ Cfr. O. LENEL, *Edictum* cit., p. 402. La sua posizione è condivisa da L. LÉVY BRUHL, *Zur Lehre von den sogenannten actiones arbitrariae* cit., pp. 19-21; ID., *Gesammelte Schriften* cit., pp. 334-336.

¹⁸¹ Cfr. H.F. HITZIG, *Beiträge zur Geschichte der Injuria* cit., p. 83; P.F. GIRARD, *Les jurés de l'action d'injures* cit., pp. 263-264 e nt. 5; ID., *Mélanges de droit romain* cit., pp. 393-394 e nt. 1; L. LÉVY BRUHL, *Zur Lehre* cit., p. 19, pare conformarsi all'ipotesi di Girard, solamente eliminando dalla formula le parole *arbitratu tuo* che ritiene ricorrano nell'editto ma non nelle indicazioni date al giudice nossale. Diversamente M. KASER, *Das römische Privatrecht* cit., p. 12, il quale mi sembra che neghi il carattere arbitrario dell'azione, già rifiutato in M. KASER, *Das altrömische ius* cit., p. 211. Sul punto anche G. SEGRÈ, *La denominazione di «actio confessoria»* cit., p. 567 ss. e nt. 1; p. 570 ss.

quelle che contengono la clausola restitutiva o esibitoria¹⁸².

In effetti, la *verberatio* vista come *facultas solutionis* che consente al *dominus* convenuto di evitare la condanna, presenta delle caratteristiche affini alle clausole restitutorie, nel momento in cui, consentendo una soddisfazione diversa dalla *litis aestimatio*, conduce necessariamente all'assoluzione del convenuto. Sotto il profilo processuale si può supporre che il giudice, essendosi convinto all'esito del dibattimento che ricorrano le prove per la condanna, valutata l'ammissibilità della *verberatio* in relazione all'entità ed alle caratteristiche dell'offesa, proponga al *dominus* di offrire la fustigazione dopo averne stabilito la misura. È evidente che un tale meccanismo richiami *prima facie* quello che ricorre con il *iussum de restituendo* delle *actiones arbitrariae*.

Le affinità però si esauriscono in questa somiglianza solo esteriore. Per il resto il ruolo effettivo del giudice nosale non ha nulla a che vedere con quello delle anzidette azioni: non solo manca nel discorso del giurista ogni riferimento a qualunque coazione, anche indiretta, che possa essere esercitata dal giudice sul *dominus* per costringerlo ad offrire la *verberatio*, ma non esiste nemmeno alcun elemento che possa provare l'esistenza di un *iussum de exhibendo*.

Nelle *actiones arbitrariae* la natura stessa del procedimento ruota intorno alla pressione che il giudice può esercitare sul convenuto attraverso la sottile minaccia di un consistente aumento dell'ammontare della condanna per causa dell'*iusiurandum in litem*¹⁸³; vicever-

¹⁸² Si vedano in particolare E. SCHÖNBAUER, *Zur Frage* cit., p. 16 ss.; G. SEGRÈ, *La denominazione di «actio confessoria»* cit., p. 574; G. PROVERA, *Contributi allo studio del iusiurandum in litem*, 1953, p. 97 ss.; L. CHIAZZESE, *Il iusiurandum in litem* cit., p. 86 ss. e p. 104 ss.; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., p. 649 s. e p. 665 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., p. 257 e nt. 3; L. LÉVY BRUHL, *Zur Lehre* cit., p. 1 ss., costruisce una categoria di *actiones arbitrariae* così ampia che quelle in cui è contenuta la clausola arbitraria finiscono per appartenere ad una sottocategoria. Lo studioso nega che la clausola sia l'elemento caratterizzante di queste azioni, individuando il fattore preponderante nella funzione arbitrale comunque svolta dal giudice. Si veda T. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 55 e ulteriori indicazioni bibliografiche in nt. 97.

¹⁸³ Sull'appellativo *aestimatoria*, usato dalla dottrina con riferimento all'*actio*

sa nel caso dell'*iniuria*, il giudice nossale non si adopera in nessun modo affinché venga offerta la *verberatio*, la quale, oltretutto, in determinati frangenti potrebbe apparire anche inadeguata¹⁸⁴.

Di recente¹⁸⁵ Mantovani ha proposto una ricostruzione della formula come adattamento dell'*actio iniuriarum aestimatoria*:

C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerio pugno mala percossa est a Sticho N. Negidii servo dolove malo Stinchi servi factum est ut percuteretur, quantum ob eam rem bonum et aequum C. Aquilio iudici videbitur N. Negidium A. Agerio condemnari aut noxae dedere, nisi N. Negidius Stichum servum arbitrato C. Aquilii iudicis verberandum exhibebit tantam pecuniam dumtaxat sestertium X milia aut Stichum servum noxae dedere C. Aquilius iudex N. Negidius A. Agerio condemnato, si non paret absolvito¹⁸⁶.

Ritengo validamente dimostrato che la formula dell'*actio iniuriarum* potesse contenere la *demonstratio*¹⁸⁷.

iniuriarum, per tutti, A.D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria* cit., p. 241 ss. Cfr. anche G. PUGLIESE, *rec. a A.D. Manfredini, Contributi allo studio dell'iniuria* cit., p. 201 ss.; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 553 ss., e R. WITTMANN, *rec. a A.D. Manfredini Contributi allo studio dell'iniuria*, in ZSS 113 (1983), p. 680 ss.

¹⁸⁴ È probabile che l'insistenza di Ulpiano nel ribadire la qualificazione della punizione corporale come una *facultas domini* (sottolineata anche nelle pagine precedenti), possa essere dovuta anche alla volontà di differenziare nettamente il sistema dell'*actio iniuriarum noxalis* dalle azioni arbitrarie.

¹⁸⁵ Senza purtroppo fornire motivazioni in merito, visto il taglio didattico del suo scritto.

¹⁸⁶ Cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Milano 1999, p. 208 (nel trascrivere la formula, ho rispettato la scelta dell'autore del corsivo, che indica la ricostruzione, e del tondo, che indica le parti della formula attestate nelle fonti).

¹⁸⁷ Gai 4,60 informa che compare nella formula dell'*actio iniuriarum* la *demonstratio*. Paolo in *Coll.* 2,6,4 riferisce la clausola che apre la formula (come in *Coll.* 2,6,5 per il caso di *infamatio*). Su queste fonti e sulle differenti proposte

Come giustamente nota lo studioso l'inserimento nella formula della descrizione del fatto rispose all'esigenza di introdurre una pena commisurata alla gravità dell'*iniuria* subita, onde sostituire la pena fissa dei venticinque assi contemplata dalle XII Tavole. Pertanto, la sua riforma potrebbe avere inciso direttamente quale limite della *condemnatio*¹⁸⁸.

Sul punto si è fermato anche Cannata¹⁸⁹ il quale in maniera persuasiva, sostiene che prima di una condanna così articolata potevano ricorrere più possibilità: o un'*intentio in factum*, difficilmente ipotizzabile dal momento che avrebbe trasformato l'azione civile in un'azione *in factum* (quando, invece, la modifica del pretore investe il regime dell'*iniuria* civilistica) o un'*intentio in ius* alla pari dell'*actio furti*, ma in questo caso l'*oportere* non poteva che essere riferito alla pena dei venticinque assi che il pretore intende superare o, infine, una *demonstratio* seguita da un'*intentio quidquid ob eam rem* che si sarebbe sempre riferita alla sanzione decemvirale, rendendo così impossibile strutturare la *condemnatio a quantam pecunia ... bonum aequum videbitur*.

Per quanto riguarda l'*actio iniuriarum noxalis*, occorre sottolineare come Ulpiano nel commento al libro 57 dell'editto, nel quale tratta dell'*iniuria*, insista spesso sulla contrapposizione tra *generaliter* e *specialiter agere*¹⁹⁰. Diversamente, in D. 47,10,17,4-6 non propone in alcun modo questo dualismo: evidentemente il giurista a null'al-

di ricostruzione della formula dell'*actio iniuriarum* v. per tutti G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit., p. 83 ss. Sul punto sono interessanti anche i rilievi di A.D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria* cit., p. 241 ss., il quale dimostra come manchi nella formula il termine *iniuria*, dal momento che l'espressione *facere iniuriam* non individua un illecito tipico di per sé rilevante per il diritto.

¹⁸⁸ Si veda O. LENEL, *Edictum* cit., p. 399. Parzialmente diversa la ricostruzione proposta da G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit., p. 84 e nt. 2.

¹⁸⁹ Così C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano* cit., pp. 92-94. Pertanto, a fronte dell'impossibilità di dedurre in giudizio l'obbligazione civilistica, che si sarebbe dovuta comunque riferire al precetto decemvirale, la *demonstratio* consente di richiamare solamente la fonte dell'obbligazione, lasciando al giudice il compito di stabilire l'entità della condanna.

¹⁹⁰ Si vedano le fonti citate in M. MIGLIETTA, *Elaborazione di Ulpiano* cit., p. 28 ss.

tro vuole riferirsi se non all'azione civile esercitata in via nossale.

Un'ulteriore conferma di questa ricostruzione penso si possa leggere ancora una volta nelle parole con le quali Ulpiano introduce il suo discorso sull'*iniuria* commessa dal *servus*: il giurista afferma che prescindendo dalla *verberatio in arbitrio domini*, la quale consente di evitare la condanna, dal delitto dello schiavo nasce un'ordinaria azione nossale: *cum servus iniuriam facit, maleficium eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur*.

È dunque lecito argomentare, come d'altra parte già accennavo, che in epoca classica¹⁹¹ il pretore (qualora il *dominus* offrìsse *in iure* la *verberatio* ma il convenuto per un qualunque motivo la rifiutasse) ricalcò per l'*iniuria* commessa dal *servus* una formula su quella dell'*actio iniuriarum (aestimatoria)* con il riferimento, nella *demonstratio*, all'illecito commesso dal *servus* e alla possibilità per il *dominus* di *exhibere ad verberandum*¹⁹².

Quanto alla natura dell'*actio iniuriarum*, Pugliese, nel tentare di individuare le fonti cui rifarsi per stabilirne l'origine pretoria, afferma espressamente di non poter richiamare Gai 4,76, dal momento che questo passo si riferisce all'azione nossale “ed è quindi inconfidente per quella diretta”¹⁹³.

Invero il riferimento a Gaio potrebbe essere rassicurante. Dice il

¹⁹¹ Sulla stratificazione storica dell'*agere iniuriarum noxalis* dirò in seguito sulla base delle fonti riportate nel capitolo successivo, le quali attraverso dati nuovi, i quali vanno però ancora approfonditi, contribuiscono ad allargare il campo delle conoscenze sull'argomento.

¹⁹² Il paragrafo 18 dello stesso frammento sembra inoltre ammettere la possibilità che l'azione possa essere neutralizzata dal *dominus* convenuto attraverso l'inserimento nella formula di una *exceptio* (D. 47,10,17,8, Ulp. 57 *ad ed.*: *Plane si defendendi domini gratia aliquid fecerit, rationem ei constare apparet, inque eam rem adversus agentem exceptio obicienda erit*). Attraverso questa, della quale non è purtroppo dato ricostruire il tenore, il proprietario del colpevole può chiedere che venga valutata la circostanza per la quale il *servus* abbia agito *defendendi domini gratia*. Cfr. sul punto D. DAUBE, *op. cit.*, p. 25; ID., *Collected Studies in Roman Law*, Frankfurt am Main 1991, p. 71 ss.

¹⁹³ Cfr. G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit., p. 108.

giurista che

constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum.

Ma in verità egli qui si sforza solo di spiegare, attraverso un discorso riassuntivo e non immune da imprecisioni, le fonti che hanno disciplinato i casi nei quali era possibile *noxaliter agere* nei confronti del *dominus* o del *pater* per gli illeciti commessi dai sottoposti.

Non penso che sia plausibile ritenere, come pure propone autorevole dottrina¹⁹⁴, che Gaio voglia fornire nel suo discorso un elenco delle azioni nossali, distinguendole sulla base della natura pretoria o civile, tanto più che una classificazione del genere avrebbe poco senso non essendo stata utilizzata neppure per le singole figure delittuose (Gai. 3,182 ss.). Dal passo dunque non può trarsi alcuna considerazione in proposito.

La questione rimane assai dibattuta e la natura pretoria dell'azione molto discussa poiché la formula, come nota sempre Pugliese¹⁹⁵, non contiene nessuno degli elementi caratteristici delle azioni pretorie (*intentio in factum*, trasposizione di soggetti, *factio*). Del resto, le stesse fonti suggeriscono che più di un'incertezza tormentava gli stessi giureconsulti romani¹⁹⁶.

Gaio (*Inst.* 3,220-225) trattando l'*iniuria*, ricorda l'intervento del pretore sull'*aestimatio litis* ma non si pronuncia sulla natura civile o pretoria della relativa azione¹⁹⁷. Paolo in un passo di *Coll.* 2,5,5

¹⁹⁴ Cfr. D. DAUBE, *op. cit.*, pp. 23-54; ID., *Collected cit.*, p. 71 ss.; G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario cit.*, p. 62 ss.

¹⁹⁵ Così G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria cit.*, p. 106; da ultima, M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle actiones cit.*, p. 342 e nt. 18.

¹⁹⁶ M. TALAMANCA, s. v. *Processo civile cit.*, pp. 50-51, ritiene che la distinzione tra azioni civili e *actiones honorariae* o *praetoriae* emerga a partire dal II secolo a.C., per quanto il nucleo originario sia più risalente.

¹⁹⁷ In questo senso, G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria cit.*, p. 108, il quale definisce qui Gaio "prudentemente agnostico".

qualifica *honoraria* l'*actio iniuriarum* ma in un altro brano sostiene che venne introdotta *moribus* (PS 5,4,6-7)¹⁹⁸.

Anche Ulpiano parla di azione pretoria in D. 47,10,5,6 (Ulp. 56 *ad ed.*)

illud quaeritur, an pater filio familias iniuriam passo ex lege Cornelia iniuriarum agere possit: et placuit non posse deque ea re inter omnes constat. Sed patri quidem praetoria iniuriarum actio competit, filio vero legis Corneliae.

Maria Miceli¹⁹⁹ non manca di rilevare come la particolarità dell'*actio iniuriarum noxalis* risieda nel fatto che il pretore concede un *iudicium* estimatorio il quale richiama una nozione di *iniuria* configurata dal *ius civile* e come tale tutelata da una sanzione civilistica.

Quest'asserzione riposa sul postutto, ancora da dimostrare, che in epoca classica esista una nozione unitaria di *iniuria*. Al riguardo però lo stesso Giustiniano fa ancora riferimento ai vari tipi di *iniuria*, affermando che *in summa sciendum est de omni iniuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere vel civilite*²⁰⁰.

Ed ancora nel tentativo di assodarne la natura, non può sfuggire, un certo parallelo (che sicuramente andrebbe approfondito) tra l'*actio iniuriarum noxalis* (se si considera per dato il fatto che contenga una *demonstratio*) ed i *bonae fidei iudicia*, nei quali parimenti riveste un'importanza primaria la menzione della *demonstratio*.

Questi ultimi, fatta eccezione per l'*actio tutelae* e l'*actio fiduciae*, sarebbero stati introdotti dal *praetor peregrinus*: il magistrato avrebbe accordato gli strumenti necessari per tutelare i rapporti del *ius gen-*

¹⁹⁸ Queste discrasie nel discorso del giurista Paolo sono state spiegate da G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit., p. 108, sottolineando la diversa prospettiva assunta nei due brani, che ritiene genuini: nella *Collatio* si fa riferimento all'aspetto formale dell'*actio* e, conseguentemente, all'opera del pretore, diversamente nelle *Sententiae* si guarda al processo di formazione delle varie figure di *iniuria*.

¹⁹⁹ Cfr. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle actiones* cit., p. 342 e nt. 18.

²⁰⁰ I. 4,4,10.

tium sorti nell'ambito dei commerci internazionali²⁰¹, sempre più frequenti alla cognizione del suo tribunale. In seguito²⁰², certamente già dalla fine del I secolo a.C., all'*oportere* delle *actiones stricti iuris* sarebbe stato conformato quello *ex fide bona*²⁰³.

Infine altri problemi riguardano la legittimazione all'azione, soprattutto con riferimento a quella passiva.

Bisogna chiedersi se il convenuto dell'*actio iniuriarum noxalis* che non sia *dominus*, possa offrire validamente il *servus ad verberandum*. Non penso che, in questo caso, il silenzio di Ulpiano possa essere imputato a tagli o rimaneggiamenti del testo in quanto, come precisato all'inizio del quarto paragrafo del più volte citato D. 47,10,17,4-6, l'azione nossale *iniuriarum*, tolta la particolarità della *verberatio*, è un'ordinaria azione nossale. La risposta al quesito va pertanto ricercata nei principi comuni alle *actiones noxales*²⁰⁴. Non vi sono dubbi

²⁰¹ Per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 580 ss. L'esistenza di una relazione tra *oportere* e *ius gentium* è stata sottolineata da M. KASER, *Oportere und ius civile* cit., p. 1 ss. Si veda da ultimo O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrare alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in *Diritto e Giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002, p. 197 ss. Sul problema dell'annualità dell'azione rispetto all'*actio iniuriarum*, per tutti P. BERETTA ANGUSSOLA, *L'annualità delle azioni pretorie nel diritto romano classico*, in *RISG* 85 (1949), p. 305 ss.; ID., *Ancora sull'annualità delle azioni pretorie*, in *Studi Senesi* 70 (1958), p. 47 ss.

²⁰² Cfr. B. BIONDI, *Actiones stricti iuris*, in *BIDR* 32 (1922), pp. 61-72; ID., *Scritti giuridici* cit., p. 663 ss.

²⁰³ Un'altra ipotesi muove dalle *formulae in factum conceptae* attestate dalle fonti per le *obligationes re contractae* del *ius gentium*, ritenendo che una prima protezione, per queste *obligationes* del *ius gentium*, potrebbe essere stata predisposta attraverso azioni *in factum*. Solo successivamente questi rapporti sarebbero stati ricondotti nell'ambito del *ius civile*. Sul punto cfr. M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle actiones* cit., p. 342 e nt. 18, cui rinvio per l'ulteriore letteratura.

²⁰⁴ Relativamente al legittimato passivo dell'azione nossale cfr. per tutti G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., p. 127 ss.; M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale* cit., p. 103 ss.; ID., *rec. a G.L. Falchi, Ricerche sulla legittimazione passiva* cit., p. 337; G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 149 ss.; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 485

circa il fatto che il proprietario pretorio possa essere convenuto in un giudizio nossale, vista la quasi assoluta equiparazione dei proprietari civili a quelli pretori²⁰⁵. Qualche incertezza è invece presente nelle fonti in merito ai possessori di buona fede, ma anche a questo proposito un'attenta analisi dei testi porta a propendere sicuramente per una soluzione positiva.

Se una nota costituzione di Giustiniano del 530, accolta in CI. 6,2,21²⁰⁶ riferisce una *vetustissima dubitatio*, che avrebbe coinvolto numerosi giuristi classici²⁰⁷ relativamente alla legittimazione passiva del *bonae fidei possessor*, la disamina dei numerosi frammenti a dispo-

ss.; T. GIMÉNEZ CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* cit., p. 231 ss. Per i problemi che ancora rimangono irrisolti rinvio a quanto già detto nelle pagine precedenti ed alla rimanente letteratura ivi riportata.

²⁰⁵ Sulla posizione del proprietario *in bonis* rispetto alla legittimazione passiva cfr. per tutti G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., in particolare p. 140 ss.

²⁰⁶ La costituzione testimonia in primo luogo che per tutta l'epoca classica il *dominium* rappresenta il requisito necessario per il compimento della *noxae deditio*. Inoltre, se qualche deroga è stata ammessa in epoca classica questa è stata propugnata da pochi giuristi e, limitatamente al caso dell'*actio furti noxalis*. Sulla questione cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, Milano 1999, p. 19 ss., nt. 35; nt. 67 e nt. 128 (qualche spunto anche in *Quaestiones ex libero homine. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'impero*, Milano 2002, p. 30 ss.), la quale esclude la Costituzione di Giustiniano dal novero delle *decisiones* per il solo fatto che la stessa non si autoqualifica come *decisio*. Le irrisolte lacune di una tale ricostruzione sono state rilevate, in senso assolutamente contrario da M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones*, in AUPA 46 (2000), p. 450 ss. e nt. 217. Sui contenuti della *lex giustiniana*, per tutti G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., p. 127 ss. (il quale non prende posizione in merito alla questione se si tratti o meno di una *decisio*, pp. 136-138 e nt. 3); G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 149 ss.; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 485 ss.

²⁰⁷ In verità, afferma Taleo in sch. 1 ad B. 60,6,38 (Heimbach 5. 404 = sch. 3 Scheltema B. 8. 3267) che la *dubitatio* coinvolgeva la maggior parte dei giuristi classici.

sizione²⁰⁸ ha dimostrato una perfetta equiparazione del proprietario al possessore di buona fede²⁰⁹.

La dottrina, ponendosi il problema ed escludendo, di fronte alle numerose prove in contrario, che i giuristi classici abbiano potuto negare la legittimazione del possessore di buona fede²¹⁰, ritiene la notizia se non inventata comunque causata da un equivoco²¹¹.

Differente è la questione della soggezione all'azione di un terzo, ovvero della sua capacità ad assumere nel processo il ruolo di convenuto, che, nel caso delle *actiones noxales* si concretizza non soltanto nell'obbligo di accettare la formula data dal pretore ma anche nell'esporsi alla *ductio* e alla *missio in bona*²¹².

²⁰⁸ A proposito di legittimazione passiva nell'*actio legis Aquiliae* v. D. 9,2,27,3 (Ulp. 18 *ad ed.*). Su questo testo e sulle ragioni del differente regime relativamente alla legittimazione passiva, probabilmente dovuto all'emersione grazie al plebiscito aquiliano della rilevanza della *scientia domini* nel caso di danneggiamento, cfr. G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., p. 108 ss. e poi 115 ss.

²⁰⁹ Ulp. 7 *ad ed.* (D. 9,4,11); Paul. 6 *ad ed.* (D. 9,4,12); Gai. 13 *ad ed. prov.* (D. 9,4,13); Afr. 6 *quaest.* (D. 9,4,28); Ulp. 39 *ad Sab.* (D. 47,2,17,3). A tal proposito, come nota G. PUGLIESE (*Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 150; *Nuove osservazioni* cit., p. 486), non è difficile credere che tutti questi testi, i quali riconoscono la legittimazione passiva al possessore di buona fede, provengano proprio da giuristi inclini ad ammetterla. I passi sono per la gran parte di Paolo e di Ulpiano, i quali attingendo a piene mani dalla giurisprudenza classica, non avrebbero di certo taciuto l'opinione contraria della maggioranza.

²¹⁰ Esiste anche un frammento nel quale si estende la legittimazione passiva al possessore di mala fede. Si tratta di D. 9,4,13 (Gai. 13 *ad ed. prov.*), concordemente ritenuto rimaneggiato. In relazione all'usufruttuario e al creditore pignoratizio, questi non vengono ammessi all'azione nossale neppure nel diritto giustiniano D. 9,4,27 pr. (Gai. 6 *ad ed. prov.*); D. 7,1,17,2 (Ulp. 18 *ad Sab.*). Cfr. G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 151; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 487.

²¹¹ Cfr. per tutti G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 152; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 488; C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones* cit., p. 19 ss.; M. VARVARO, *Contributo allo studio delle Quinquaginta decisiones* cit., p. 450 ss.; G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., p. 127 ss.

²¹² In merito alla soggezione all'azione, F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la*

In qualunque processo il terzo può intervenire in qualità di *defensor* del convenuto qualora questi non si difenda, e sostenerne le ragioni subendo in sua vece la condanna²¹³. La particolarità delle *actiones noxales* risiede nella circostanza che il terzo, il quale accettasse di essere convenuto, non si presenterebbe come *defensor* del *servus* che ha commesso l'illecito bensì del *dominus*²¹⁴. A differenza del proprietario dello schiavo, il terzo è tenuto a prestare la *cautio iudicatum solvi*²¹⁵.

Se non c'è nessuna difficoltà ad ammettere che il proprietario *in bonis* possa legittimamente esibire il *servus ad verberandum*, non si può presumere però con altrettanta sicurezza che a ciò sia legittimato anche il possessore di buona fede. Tuttavia, sembra logico ritenere che se un soggetto assuma liberamente il ruolo di convenuto in qualità di sostituto processuale, accettando così di subire la condanna ed esponendosi alla *ductio* e alla *missio in bona*, a lui deve essere consen-

noxalité cit., p. 260 ss.; M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale* cit., p. 85 ss. e poi 114 ss.; ID., *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale* cit., p. 5 ss.; G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 153; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 489; M. KASER, *Das römische Privatrecht* cit., 1, 1975, p. 527 e nt. 9.

²¹³ Cfr. F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité* cit., p. 352 ss.; G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 153 ss.; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 489 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht* cit., p. 529. In senso contrario mi sembrerebbe M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale* cit., p. 85 ss. e poi 114 ss.; ID., *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale* cit., p. 5 ss., il quale ritiene che la possibilità di assumere il ruolo di convenuto sarebbe stata riconosciuta a chiunque solo in età giustiniana.

²¹⁴ In questo senso G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 153 ss.; ID., *Nuove osservazioni* cit., p. 489 ss. Diversamente, SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, il quale non parla di difesa del *dominus* ma afferma con una certa imprecisione che a chiunque era concesso di difendere lo schiavo.

²¹⁵ D. 9,4,39,1 (Iul. 9 *dig.*) *qui alienum servum suum esse fatetur, quamvis noxali actione obligetur, nihilo minus causa cognita satisfacere debet*. Come osserva G. PUGLIESE (*Appunti in tema di azioni nossali* cit., p. 155; *Nuove osservazioni* cit., p. 491), l'imposizione della *cautio iudicatum solvi* al *defensor* costituisce un indizio certo che questi era convenuto *alieno nomine* ovvero per un rapporto giuridico di cui non era parte.

tito anche di proporre la *verberatio* del *servus* in chiave soddisfattoria. Così ragionando, una simile facoltà potrebbe esser stata contemplata anche nel caso in cui al possessore di buona fede fosse stata riconosciuta la legittimazione passiva nell'*actio iniuriarum noxalis*. Ma di questo purtroppo non vi è alcuna traccia nelle fonti.

CONCLUSIONI
(OVVERO DATI PER UNA NUOVA IPOTESI
SULLA SANZIONE ULTERIORMENTE
AGGIUNTIVA DELL'*ACTIO INIURIARUM NOXALIS*)

**1. Nuove tracce per lo studio della *exhibitio ad verberandum*.
Elementi del percorso formativo che ha legato l'applicazione
della fustigazione all'evoluzione del delitto di *iniuria* nelle te-
stimonianze della *Tabula Heracleensis*, del *Fragmentum Atesti-
num* e delle *Tabulae Hirnitanae***

Qualche ulteriore elemento di indagine rispetto a quanto si è detto finora, può, forse, essere tratto da altre fonti. Mi riferisco alla *Tabula Heracleensis*, al *Fragmentum Atestinum* ed alle *Tabulae Irnitanae*¹.

¹ Altre fonti ancora sono state studiate da F. DE VISSCHER, *Vindicta e noxa* cit., p. 246 s. e nt. 49; ID., *Études* cit., p. 129 s. e nt. 2; ID., *Le régime romain de la noxalité* cit., p. 181 ss.; ID., *L'action noxal d'injures* cit., p. 39 ss., tra cui diversi papiri di età alessandrina, per sostenere una pretesa contrapposizione tra l'*iniuria*, che comporterebbe il castigo corporale come espressione della vendetta, e gli altri delitti, caratterizzati dalla *noxia* ossia dal danno patrimoniale. In tal senso, la *verberatio* che per l'autore costituirebbe il residuo dell'antica giustizia privata contro il colpevole, troverebbe già nel mondo greco ellenistico il suo precedente (anche qui il *servus* che ha commesso *iniuria* sarebbe stato fustigato su scelta del *dominus*). Senza potere entrare nella questione, devo però rilevare

La *Tabula Heracleensis*² contempla il caso di esclusione dall'*ordo*

che il confronto con i papiri Alessandrini rivela subito i suoi limiti: innanzitutto non prova che la *noxae deditio* alternativa alla fustigazione sia stata comune a tutti i diritti greci; in secondo luogo, la punizione corporale si presenta come la sanzione prevista dall'ordinamento nel caso di delitto commesso dallo schiavo, alla quale eventualmente ci si può sottrarre qualora il *dominus* intenda difendere il sottoposto o darlo a noxa, diversamente da quanto avviene nell'*actio iniuriarum noxalis* dove la *verberatio* è *in arbitrio domini*. Pur suggestivo, il parallelo non aggiunge nulla a quel che si apprende da D. 47,10,17,4-6. Qualche riferimento in E. CANTARELLA, *I supplizi capitali* cit.; Id., *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'antica Roma*, Milano 2009.

² Cfr. M. MAITTAIRE, *Antiquae inscriptiones duae*, London, 1736; J.L. CONRADI, *Parerga. Liber tertius*, Helmstadt, 1738, pp. 350-426; D. MAFFEI, *Osservazioni letterarie*, 3, 1738, pp. 265-307; Id., *Museum Veronense*, Verona 1749; L.A. MURATORI, *Novus thesaurus veterum inscriptionum*, II, Milano 1740, p. 1583; A.S. MAZZOCCHI, *In regii Herculaneensis Musei aeneas tabulas Heracleenses Commentarii*, Napoli 1754-1755; A. PETTINGEL, *The Latin Inscription on the Copper Table Discovered in the Year 1732 near Heraclea*, London 1760; P. WEBB, *An Account of a Copper Table Containing Two Inscriptions in the Greek and Latin Tongues Discovered in the Year 1732 near Heraclea*, London 1760; T. MAREZOLL, *Fragmentum legis romanae in aversa tabulae Heracleensis parte*, Göttingen 1816; H.E. DIRKSEN, *Observationes ad Tabulae Heracleensis partem alteram*, Berlin 1817; Id., *Civilistische Abhandlungen*, II, Berlin 1820 pp. 144-323; K.W. GÖTTLING, *Fünfzehn römische Urkunden auf Erz und Stein, nach den Originalen neu verglichen und herausgegeben*, Halle 1845, pp. 59-66; K.G. ZUMPT, *Commentationum epigraphicarum volumen*, Berlin 1850, pp. 71-158; H. DESSAU, *Inscriptiones Latinae Selectae*, Berlin 1892-1916, n. 6085; LIEBENAM, *Städteverwaltung im römischen Kaiserreiche*, Leipzig 1900, pp. 206-207; Legras, *Table Latine d'Héraclée*, Paris 1907; NAP, *Dateering en Rechtskarakter der z. g. Lex Julia Municipalis*, Amsterdam 1910; F.E. ABBOTTI, A.C. JOHNSON, *Municipal Administration in the Roman Empire*, Princeton 1926, pp. 288-298; S. RUDOLPH, *Stadt und Staat im römischen Italien*, Leipzig 1935, pp. 113-120; P.F. GIRARD, *Textes de droit romain* Paris, 1937, p. 80; A. MANNI, *Per la storia dei municipii fino alla guerra sociale*, 1947; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, pp. 158-375; A.C. JOHNSON, P.R. COLEMAN NORTON, F.C. BOURNE, *Ancient Roman Statutes*, Austin 1961, pp. 93-97; W. SIMSHAUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien*, München 1973, pp. 137-144; P.F. GIRARD-

decurionum per il soggetto colpito da *infamia*.

Accanto ad alcune cause di ineleggibilità che si potrebbero definire di rilevanza pubblica, quali, ad esempio, l'*auctoratio* dei gladiatori, la prostituzione o la condanna in un *iudicium publicum*, alle linee 108 e seguenti figurano una serie di condanne maturate in azioni private³: tra queste l'*actio furti quod i<ps>e fecit fecerit* e l'*actio iniuriarum*⁴:

SENN, *Les lois des Romains*, Napoli 1977, pp. 148-158, n. 13; F. COSTABILE, *Istituzioni e forme costituzionali nelle città del Bruzio in età romana*, Napoli 1984, pp. 115-118; H. FREIS, *Historische Inschriften zur römischen Kaiserzeit von Augustus bis Konstantin*, Darmstadt 1984, pp. 75-85; C. NICOLET, *Culture et idéologie dans la genèse de l'état moderne*, Roma 1985, pp. 9-24; Id., *L'Urbs: Espace urbain et histoire*, Roma 1987, pp. 1-25; P.A. BRUNT, *Italian Manpower*, 2 ed., Oxford 1987, pp. 519-523; R. FREI-STOLBA, *Labor omnibus unus. Gerold Walser zum 70. Geburtstag*, Stuttgart 1989, pp. 25-37; M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., I, pp. 355-391, n. 24; J. GRUET, *La rue à Rome, miroir de la ville: entre l'émotion et la norme*, Paris 2006, p. 222; E. BISPHAM, *From Asculum to Actium: The municipalization of Italy from the Social War to Augustus*, Oxford 2007; GOODMAN, *The Roman city and its periphery: From Rome to Gaul*, London-New York 2007, pp. 14-16; Lo Cascio, *Der Alltag der römischen Administration in der Hohen Kaiserzeit*, Köln-Weimar-Wien 2007, pp. 146-148 nnt. 150-151.

³ Sugli elenchi delle azioni infamanti nei giuristi v. Gai. 4,182; I. 4,16,2; D. 3,2,1 (Iul. *ad ed.*) e sulle differenze presenti cfr. A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 6, Napoli 1984, p. 2575 ss., cui rinvio per l'ulteriore bibliografia. Un riferimento importante è in A.M. GIOMARO, *Iusiurandum e calunnia processuale*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova* 31 (2002-2003), p. 49 ss., dove viene presa in considerazione, a proposito del divieto di accesso al decurionato, la clausola della *Lex Iulia municipalis* la quale elenca la calunnia (Tab. Heracl. 1,120 s. *K(alumniae praevaricationis caussa accusasse facisseve quod iudicatum est erit)* fra i comportamenti che nei municipi preludono ad una condanna da pronunciarsi *decurionibus conscripteive*. Il tema è poi ripreso dall'autrice con più ampio respiro in A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calunnia: aspetti di deontologia processuale in Roma antica*, Torino 2003. Vedi anche D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano*, Napoli 1999, p. 57 ss.

⁴ La *Tabula* è riportata in FIRA I. 149. Rispetto al testo, la correzione degli editori (che ho seguito) è plausibile dal momento che sulla Tavola risulta inciso *ipse* che

quae municipia coloniae praefecturae fora conciliabula c(ivium) R(omanorum) sunt erunt, nei quis in eorum quo municipio colonia praefectura foro conciliabolo in senatu decurionis conscreiptisque esto, neque quoi ibi in eo ordine sententiam dei cere ferre liceto; quei furtei quod i<ps> e fecit fecerit, condemnatur pactusue est erit; queiue iudicio fiduciae pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum, deue d(olo) m(al)o condemnatus est erit.

Per quanto riguarda l'*actio furti*, l'*infamia* è limitata ai condannati per il fatto proprio. Il che concorda perfettamente con il principio di personalità della responsabilità penale espresso dalla nota massima *noxae caput sequitur* e, senz'altro, dal *quod i<ps> e fecit fecerit* del frammento.

Viceversa nel caso delle altre ipotesi menzionate dal testo, tra cui quella per l'appunto dell'*actio iniuriarum*, è lecito desumere (non essendo stata prevista una responsabilità espressa del sottoposto come per il furto), che relativamente all'offesa recata dal servo, l'*infamia* non sia limitata a quest'ultimo ma si estenda al *dominus*: supplirà quindi il regime descritto dell'*actio iniuriarum noxalis*, e quindi eventualmente l'applicazione della *verberatio*.

Due potrebbero essere le osservazioni per spiegare la maggiore severità adottata per l'*iniuria* rispetto al furto; da un lato, si potrebbe pensare che all'epoca di Cesare non sia ancora stata contemplata la possibilità di dare a nostra lo schiavo il quale abbia commesso il delitto, e quindi è il padre che deve risponderne⁵, dall'altro lato,

è verosimilmente un errore del copista per *ipse: a quod i<ps> e fecit fecerit* verrebbe a corrispondere al *suo nomine damnatur* di D. 3,2,1, espressione certamente più corretta dal punto di vista giuridico. Comunque per ogni approfondimento cfr. M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes* cit., I, p. 355 ss.

⁵ Decisamente interessanti mi sembrano a questo proposito i rilievi di Leo Peppe (PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano* cit. 53 (2009), pp. 115-162) il quale pone un parallelo tra la natura dell'esecuzione personale e la *noxae deditio* ma escludendo che questa possa essere considerata un istituto dell'esecuzione; mettendo da parte il tempo delle *legis actiones* o altro ancora più risalente lo studioso considera il processo formulare il momento in cui

come osserva Di Salvo⁶, la mancanza di una precisazione esplicita (che non la nega) potrebbe riposare nella volontà di estendere l'*infamia* anche alla condanna dell'azione nossale d'*iniuria*.

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, ritengo che un simile rigore nei confronti del *dominus* dello schiavo il quale ha commesso l'*iniuria* rispetto invece al padrone del *servus fur* sia del tutto immotivato e, perciò, difficilmente plausibile. Forse come osserva D'Ors⁷, è più probabile che, in questo periodo, ossia nel I secolo a.C., l'*actio iniuriarum noxalis* non abbia ancora una sua precisa fisionomia⁸.

il *pater* può liberarsi (*facultate solutionis*) con la *noxae deditio* della responsabilità che gli deriva per il delitto del sottoposto: il colpevole viene a trovarsi *in mancipio* in luogo della *pecunia* dovuta in forza della sentenza sfavorevole e dovrà lavorare per il suo *dominus* a tempo indeterminato. Che si tratti nella sostanza di una *poena*, sia pure quantificata solo indirettamente, è indubbio, essendo le azioni nossali azioni penali. Ma l'aspetto essenzialmente sanzionatorio di questo regime è ancora più evidente, nota Peppe, se si guarda a un caso particolare "non si sa quanto frequente come alternativa alla conclusione di un processo per *iniuria*. Il *dominus* può liberarsi semplicemente offrendo all'offeso la fustigazione dello schiavo responsabile davanti al pretore (quindi ancora *in iure*) con una quantificazione (*satis*) le cui regole ci sono sconosciute". Egli spinge poi il parallelismo tra debitore insolvente e il *noxae deditus* anche oltre la loro morte, qualora si ricordi che la *noxae deditio* del colpevole può essere effettuata non solo con la consegna del cadavere ma anche solo con un frammento del corpo: "il suo corpo vale il debito, così come - almeno al tempo di Ambrogio - il corpo del debitore insolvente è pegno ai creditori".

⁶ La stessa motivazione può esser data per la mancata limitazione dell'*infamia* nel caso di condanna *ex lege Laetoria*, su cui, seppure non *ex professo*, si è fermato S. DI SALVO, «Lex Laetoria». *Minore età e crisi sociale tra il III e il II secolo a.C.*, Napoli 1979, p. 179 ss. Cfr. anche A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes* cit., p. 2577.

⁷ Cfr. A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes* cit., p. 2575, dove l'assenza dell'*agere iniuriarum* nel periodo di Cesare viene spiegata proprio con l'ancora incompiuta evoluzione dell'istituto nella sua ultima forma. V. anche quanto dicevo *supra* p. 171 ss. relativamente alla stratificazione dei diversi fattori (e sistemi) che hanno portato alla formazione dell'*iniuria* quale ci risulta attestata nelle fonti più recenti.

⁸ La mancata menzione dell'*actio vi bonorum raptorum* viene spiegata da A.

Ciò è tanto vero che nella *Tabula Heracleensis* è possibile distinguere delle stratificazioni che palesano una molteplicità di fonti alle quali si è attinto per la redazione della *lex*⁹.

Nel riportato elenco dei mezzi infamanti l'*iniuria* non compare, come ci si potrebbe aspettare, vicino al furto¹⁰, bensì solo dopo le azioni *fiduciae*, *pro socio*, *tutela*, *mandati* e *de dolo*.

Per parte sua il furto è presentato in modo strutturato ormai da tempo; oltretutto è già disciplinata la *scientia domini*, che comporta la possibilità per il padrone di essere condannato *detracta noxae deditio* e, pertanto, *suo nomine*. È presumibile, dunque, che la menzione del *furtum* appartenga ad un materiale più risalente cui attingono i redattori del testo. Invece per l'*iniuria* bisogna pensare ad un'evoluzione molto più recente nella quale il pretore ha di certo spiegato un apporto fondamentale.

Le perplessità rappresentate, non permettono dunque di trarre alcun indizio sicuro sull'esistenza o meno dell'*agere iniuriarum noxaliter* nell'epoca della *Tabula Heracleensis*¹¹ né sul suo effettivo atteggiarsi. L'unico dato che possa in un certo qualmodo avvalorare quanto si è andato dicendo, è senz'altro rapportato alla chiara attestazione di una capacità diretta del *servus* di essere convenuto in un'azione penale (furto) indipendentemente dall'intervento del suo *dominus*.

Né maggiore rilievo probatorio spiega l'elenco abbastanza simile del *Fragmentum Atestinum*, anch'esso risalente al I secolo a.C.¹², il

D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes* cit., p. 2578 in quanto, pur essendo stata introdotta la relativa azione, questa sarebbe stata ancora contenuta nel *furtum* e non si sarebbe specificata come autonoma figura delittuosa fino all'epoca di Cesare.

⁹ Cfr. sul punto O. GRADENWITZ, *Die Gemeindeordnungen von «Heraclea»*, in *Sitzungsber. der Heidelb Akad. (Phil. Hist. Klasse)* 14 (1916), p. 16 ss.

¹⁰ Così, invece in Gai. 4,182; I. 4,16,2 e D. 3,2,1 (Iul. 1 *ad ed.*).

¹¹ Di quest'avviso è già D. DAUBE, *Nocere and Noxa* cit., p. 47 ss; ID., *Collected Studies* cit., p. 95 ss.

¹² Il frammento viene tradizionalmente fatto risalire al 49 a.C. e posto nel contesto della guerra civile tra Pompeo e Cesare quando quest'ultimo per ottenere l'appoggio della popolazione fece larghe concessioni a tutta la Gallia

quale è da prendere in considerazione alla luce della bibliografia più recente, visto il mutamento di pensiero che vi è stato con il progredire degli studi rispetto alle più remote convinzioni.

Il frammento restituisce due *capita*¹³ non numerati di una *lex*, mancanti di alcune parti dell'inizio e della fine.

Mandati aut tutelae, suo nomine quodue ipse earum rerum quid gessisse dicetur, addicetur, aut quod furti, quod ad hominem liberum liberamve pertinere deicatur, aut iniuriarum agetur, sei is, a quo petetur quomve quo agetur, de e(a)r(e) in eo municipio colonia praefectura iudicio certare volet et si ea res (sestertium) (decem milium) minorisve erit, quo minus ibei d(e) e(a) r(e). Iudex arbiterve addicatur detur quoue minus ibei d(e) e(a)r(e) Iudicium ita feiat, utei de ieis rebus, quibus ex h(ac) l(ege) iudicia

Nella prima clausola si precisa che per le materie che sono oggetto delle azioni infamanti elencate, se il convenuto vuole *iudicio*

Cisalpina. Sul punto cfr. A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes* cit., p. 2578 ss. il quale ritiene probabile che il *Fragmentum Atestinum* possa appartenere alla *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* e M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, cit., I, p.10 ss. Dissente Laffi, il quale anche in polemica con Crawford, sostiene ipotesi molto interessanti alle quali rinvio integralmente visto lo studio approfondito dedicato a questo testo (U. LAFFI, *La Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Athenaeum* 64 (1986), pp. 10-22; *I limiti della competenza giurisdizionale dei magistrati locali*, in J. González-J. Arce, *Estudios sobre la Tabula Siarensis* (Anejos de "Archivo espanol de arqueologia"), 9, Madrid 1988, pp. 149-156; *Di nuovo sulla datazione del Fragmentum Atestinum*, in *Athenaeum* 1978 (1990), I, pp. 167-175), cui rinvio per la rimanente letteratura. Qualche altro spunto in H. GALSTERER, *Il frammento atestino e la romanizzazione di Este*, in G. Tosi, *Este antica. Dalla presistoria all'età romana*, Este, 1992, pp. 241-256.

¹³ Le due clausole contenute nei due *capita* del frammento sono entrambe complementari e derogatorie, rette dalla stessa formula *ex h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur)*. Tale formula serve ad introdurre, nell'uso dei testi legislativi l'enunciazione di ipotesi per le quali non si applicano norme generali contrarie poste o richiamate in precedenza.

certare in sede locale e se il valore della controversia non supera una determinata somma, la legge non prevede che il giudizio non vi si svolga.

Le azioni infamanti vengono dunque indicate in relazione alle competenze sottratte ai magistrati locali: *aut quod furti ad hominem liberum liberamve pertinere deicatur aut iniuriarum*¹⁴.

Nell'elenco (funzionalmente selettivo¹⁵) delle azioni infamanti per le quali, in deroga all'incompetenza per materia dei magistrati locali, è ammessa la celebrazione del processo si trovano menzionate azioni di buona fede, *actio mandati* e *actio tutelae*, e due azioni penali private: l'*actio furti* e proprio l'*actio iniuriarum*, nascenti da due delitti produttivi di obbligazioni *iuris civilis*¹⁶. I nomi delle azioni *pro socio* e *fiduciae* sono comunemente e ragionevolmente integrate nella lacuna iniziale.

Al pari della *Tabula Heracleensis*, anche questa legge contempla l'*actio furti noxalis* e come si è detto l'*actio iniuriarum*. A ben vedere, tuttavia, l'espressione alla quale qui si ricorre è differente rispetto a *furtei quod i<ps>e fecit fecerit condemnatur* della *tabula Heracleensis*: il legislatore non si riferisce al delitto che sia stato commesso direttamente da chi ha subito la condanna, bensì sembra voler contenere nella medesima fattispecie ogni furto che sia ascrivibile alla sfera dell'uomo libero.

La differenza potrebbe esser giustificata pensando al diverso ambito nel quale ricorre la menzione; nell'un caso rispetto alle cause di esclusione dall'*ordo decurionum*, nell'altro in relazione alla com-

¹⁴ Linee 2-4 in M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes* cit., 1, p. 319. Per quanto concerne l'esclusione delle azioni infamanti dalle competenze dei magistrati locali vi è la testimonianza in Isidoro, *Orig.* 15,2,10, il quale afferma *liberales et famosissimae causae (et quae principe proficiscuntur) ibi non agantur. Haec enim ad limitatem civitatum pertinent.*

¹⁵ In questo senso U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma 2001, p. 300 ss.

¹⁶ L'*actio de dolo* può essere stata omessa intenzionalmente dal legislatore. Che la stessa fosse infamante non può essere oggetto di dubbio ma è altrettanto certo che l'azione presenta caratteristiche diverse rispetto alle azioni penali private menzionate nel frammento.

petenza dei magistrati municipali. La circostanza si potrebbe chiarire o ipotizzando una derivazione da materiali diversi, o pensando a differenti esigenze legislative o a divergenze stilistiche tra i vari estensori o, infine, ad un'evoluzione della tecnica legislativa.

Purtroppo, quel che viene restituito dalla *Tabula Heracleensis* non conserva menzione delle cause sottratte alla *iurisdictio* dei magistrati nei *municipia* ed è perciò difficile instaurare un parallelo.

Tuttavia, pur in considerazione della differente stratificazione delle parti che compongono queste leggi, mi risulta difficile credere che il materiale originario utilizzato per la redazione delle due leggi di Cesare, abbia potuto contenere differenti elenchi di azioni infamanti e distinguere il caso delle competenze negate ai *duoviri* quale fattispecie più ampia rispetto a quello che riguardava una causa di esclusione dall'*ordo decurionum*.

Mi sembra invece legittimo notare come lo stesso materiale faccia emergere nelle loro previsioni la volontà di ricompredervi non solo il caso del furto commesso direttamente dall'uomo libero, ma anche quello nel quale il *dominus iubens* o *sciens* venisse chiamato personalmente a rispondere del delitto commesso dal *servus*. In questa circostanza, è noto che l'*actio furti* doveva essere intentata contro il soggetto libero come se si trattasse di fatto proprio senza che egli potesse sciogliersi dalle sue responsabilità dando a noia l'autore materiale dell'illecito¹⁷.

Ma pur a voler concedere che il *Fragmentum Atestinum* attinga a materiali differenti rispetto alla *Tabula Heracleensis*, si potrebbe concludere sostenendo un'evoluzione della tecnica legislativa, che ha portato ad una soluzione più completa della fattispecie relativa alla esclusione dalle competenze dei magistrati municipali.

Nel frammento atestino non è prevista la possibilità del servo (contemplata dalla *Tabula Heracleensis* e dalla *lex Irnitana*) di essere convenuto personalmente; questione da cui Laffi e Crawford, argomentano, anche in polemica, per trarne elementi utili ai fini della datazione¹⁸. Nulla specificamente si dice in tema di *verberatio* e ogni

¹⁷ Cfr. per tutti M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., p. 234 ss.

¹⁸ Secondo U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma 2001, p. 300 ss., il fatto che nel *Fragmentum Atestinum* non venga menzionata la possibilità

considerazione in merito dovrà essere dedotta dal silenzio della fonte; ne consegue infatti, in definitiva, che l'unico dato certo che esso fornisce riguarda la citazione dell'*actio iniuriarum* tra quelle di cui si è anzidetto.

La *Lex Irnitana* è venuta alla luce troppo di recente ed è ancora poco studiata per essere presa in seria considerazione dalle ricerche in materia di *actio iniuriarum noxalis*. È comunque possibile cogliere anche dall'esame del suo testo qualche importante elemento d'indagine.

Si tratta di una legge municipale dell'epoca di Domiziano¹⁹ relativamente alla quale ancora si discute circa la sua natura di *lex data* oppure, come mi sembra più probabile, di *lex rogata*²⁰.

La Tavola IX B al capitolo 84 tratta i limiti della giurisdizione dei *duoviri* e degli edili ad Irni

aut cum serv[o dum i]d ad dominum dominamve pertinebit,
aut iniur[iaru]m cum homine libero liberave agetur, eave de

di un'*actio furti cum servo*, possibilità che appare invece in un frammento della *Tabula Heracleensis* e nella *lex Irnitana*, non autorizza deduzioni di carattere cronologico anche perché tale evenienza andrebbe sicuramente esclusa. Per contro M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes* cit., I, p. 448, ritiene legittimo l'esercizio di un'*actio furti* intentata proprio nei confronti del servo. Dell'identica opinione di Crawford è A. RODGER, *The Jurisdiction of Local magistrates: Chapter 84 of the Lex Irnitana*, in ZPE 84 (1990), pp. 151-156.

¹⁹ Su questa legge cfr. le compiute monografie di Francesca Lamberti (F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e «ius romanorum*, Napoli 1993 e particolarmente p. 163 ss.; L. FERNÁNDEZ GÓMEZ e M. DEL AMO Y DE LA HERA, *La Lex Irnitana y su contesto arqueológico*, Siviglia 1990, p. 98; A. D'ORS, *Lex Irnitana, Texto bilingüe*, Santiago de Compostela 1988, p. 67; U. LAFFI, *Di nuovo sulla datazione del Fragmentum Atestinum* cit., p. 10 ss.; C. CASCIONE, *La lex Irnitana e la giurisdizione questoria nelle provinciae populi romani*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2010, pp. 159-162 cui rinvio per l'ulteriore letteratura.

²⁰ Sulla questione, per tutti, L. LEBEK, *La Lex Lati di Domiziano (Lex Irnitana): le strutture giuridiche dei capitoli 84 e 86*, in ZPE 97 (1993), pp. 159-178 (con qualche nuova proposta di integrazione delle lacune presenti nelle *Tabulae* alle p. 166 ss., le quali però non investono le linee che qui interessano).

re [aliquid] praeiudicium futurum sit de capite libero.

La dottrina²¹ ha interpretato il testo ravvisando la giurisdizione del *duumvir* in tutte le cause fino a mille sesterzi, qualora vi sia accordo tra le parti e non si controverta in materia di stato libero. In tal caso il *iudicium*, potendo condizionare il *praeiudicium an liber sit* che deve necessariamente svolgersi di fronte al governatore di provincia, deve essere sospeso in attesa della sentenza di stato.

In proposito risulta di particolare interesse il confronto con la lettura di D. 40,12,24 (Paul. 51 *ad ed.*)

si is, qui in libertatem proclamat, furti aut damni iniuria ab aliquo arguatur, Mela ait interim eum cavere debere iudicio se sisti, ne melioris condicionis sit qui dubiae libertatis est, quam qui certae.

Il parere di Mela riportato nel passo è chiaro. Nel caso in cui vi sia una controversia di stato si deve sospendere il *iudicium noxale*²².

Per quanto concerne nello specifico l'*actio iniuriarum noxalis*, come anche emerge dall'analisi di D. 2,9,5 (Ulp. 47 *ad Sab.*: *Si servum in eadem causa sistere quidam promiserit et liber factus sistatur: si de ipso controversia est capitalium actionum iniuriarumque nomine,*

²¹ Diffusamente A. RODGER, *The jurisdiction of local magistrates: chapter 84 of the lex Irnitana* cit., p. 147 ss.

²² Sul punto cfr. G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli 1961, p. 243 ss., il quale nega che il testo si occupi dell'efficacia pregiudiziale della sentenza di causa liberale. Il brano viene analizzato anche da F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae* cit., pp. 164-165, la quale, sulla scorta di Franciosi afferma erroneamente che le ipotesi prese in considerazione da Mela concernano l'*actio furti vel iniuriarum noxalis*. Mi sembra invece che il testo tratti del *furtum* e del *damnum iniuria*. Inoltre occorrerebbe chiedersi per quali ragioni i giuristi, nell'esemplificare, come in questo caso, oppure nel trattare gli illeciti commessi, ad esempio, dalla famiglia servile (su cui, per tutti F. SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, 1 (1993), Milano, p. 173 ss. e da ultima M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle Actiones adiecticiae qualitatis* cit., p. 55 ss.), non facciano mai riferimento al delitto d'*iniuria*.

non recte sistitur: quia aliter de servo supplicium et verberibus de iniuria satisfit, aliter de libero vindicta sumitur vel condemnatio pecuniaria. Quod autem ad ceteras noxales causas pertinet, etiam in meliorem causam videtur pervenisse) il mutamento di stato del *servus* colpevole comporta una responsabilità *vadimonii causa* a carico del *dominus*, dal momento che diventa impossibile la *noxae deditio* e quindi nel caso dell'*iniuria* la possibilità di una *verberatio*. La legge di Irni conferma allora pienamente il contenuto del frammento di Ulpiano²³.

Simile è la situazione prospettata nel successivo paragrafo dello stesso testo.

sed sustinendum iudicium, ne praeiudicium libertati fiat. Aequè si cum possessore hominis furti agi coeperit, deinde is, cuius nomine agebatur, in libertatem proclamaverit, sustinendum iudicium, ut, si liber iudicatus sit, in ipsum transferatur iudicium: et, si damnatio facta sit, iudicati actionem potius in eum dandam.

In questo caso è la decisione sul *praeiudicium an eius liber sit* che potrebbe incidere sullo svolgimento del giudizio nossale.

Per di più il frammento considera anche l'ipotesi in cui, nelle more di un *iudicium furti noxale*, intervenga una sentenza di stato favorevole a colui che ha commesso l'illecito: il derubato a questo punto non può ottenere soddisfazione che dal *dominus* condannato, avendo questi perso la facoltà di liberarsi con la dazione a nozza.

Nel caso in cui, invece, il giudizio nossale venga sospeso, la sentenza che accerti lo stato libero del ladro comporta necessariamente una *translatio iudicii* in capo allo stesso, il quale risponde dell'illecito *proprio nomine*.

Questi elementi confortano tutti una certa legittimazione dello schiavo a stare in giudizio personalmente.

²³ Cfr. l'analisi del testo a proposito degli altri frammenti esaminati *supra* relativamente all'azione reale accordata a favore di chi ha subito il delitto del sottoposto, nonché per qualche altro cenno a p. 11, p. 81, pp. 92-93, p. 100, p. 123, p. 151.

Per quanto invece riguarda le cause non attribuite alla competenza dei *duoviri*, ritengo che sia stata mal letta l'espressione *cauae de re ... praeiudicium futurum sit de capite libero* della Tavola IX B, la quale giustifica un'altra soluzione. Le azioni indicate nel brano sono sottratte ai *duoviri* a favore del governatore non solo quando possa incidervi un *praeiudicium* ma in ogni caso, quando si tratta di azioni infamanti²⁴ e di quelle dipendenti da una decisione in materia di *status*.

Del resto, che l'*infamia* non rientrasse nella *iurisdictio* dei magistrati municipali è noto anche attraverso il *Fragmentum Atestinum*, rispetto al quale, pertanto, le *Tabulae Irnitanae* aggiungono l'esclusione dei casi sui quali può incidere una sentenza di stato²⁵.

Anche a questo proposito è possibile ipotizzare che se i due testi, i quali si presentano organizzati in maniera diversa, non hanno attinto ad archetipi differenti, come credo, le *Tabulae Irnitanae*, di quasi un secolo posteriori, palesino un indubbio affinamento della tecnica legislativa romana.

Valga a riprova il confronto con un altro frammento dello stesso capitolo 84 della *Tabula IX B*

aut tutelae cum quo qui suo nomine [q]uid earum rerum fecisse dicatur, aut lege Laetoria, aut d[e spo]nsione quae in probrum facta esse dicatur, aut d(e) d(olo) m(al)o et [fraud]e, aut furto cum nomine libero liberave, aut cum ser[vo dum i] d ad dominum dominamve pertinebit.

²⁴ Che le azioni infamanti fossero escluse dalle competenze dei magistrati locali è attestato anche da Isidoro, *Orig.* 15,2,10.

²⁵ D'altra parte, non si può neppure negare con certezza che la legge di cui una piccola parte è restituita dal *Fragmentum Atestinum*, nelle linee andate perdute contenesse proprio il riferimento all'esclusione dalla *iurisdictio* dei magistrati locali relativamente alle cause che potevano essere influenzate da un *praeiudicium* sullo *status personarum*. Sulla competenza nel processo romano cfr. per tutti P. GARBARINO, *Ricerche sulla questione di competenza nel processo romano*, Torino 1999, p. 20 ss.; ID., *La 'praescriptio fori' nei secoli V e VI: aspetti procedurali, in legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro (Atti del Convegno di Modena 21-22 maggio 1998)*, Milano 2000, p. 1 ss.

L'espressione *cum quo qui suo nomine [q]uid earum rerum fecisse dicatur*, che apre il testo richiama, quella già riscontrata nel *fragmentum Atestinum*, ma da questa si differenzia per la menzione dell'agere *cum servo*, la quale non è sfuggita all'attenzione degli interpreti.

In un frammento, ipoteticamente ricondotto al *caput* 122 della *lex coloniae Genetivae Iuliae* si può leggere:

cu]m servo furti ac[tio ... ad d]ominum id furtum pertineat²⁶.

La dottrina non ha dato molta importanza a questa frase, sostenendo senza riserve che una capacità dello schiavo di esser parte processuale è principio assolutamente estraneo al diritto romano persino in epoca giustiniana: *cum servo nulla actio est*²⁷. Pertanto non è ritenuta plausibile un'actio furti intentata nei confronti dello schiavo²⁸ né, tanto meno, è accettabile l'ipotesi che il testo intenda riferirsi al furto commesso nei confronti dello stesso²⁹.

A ben vedere, il capitolo 84 della *lex Irnitana* non può che ri-

²⁶ In *FIRA* I.21.

²⁷ D. 50,17,107 (Gai. 1 *ad ed. prov.*) *Cum servo nulla actio est*. Senza ritornare sul tema, mi riporto a quanto già detto sulle aperture, nei discorsi dei giuristi classici, in relazione alla capacità processuale dello schiavo, rinviando per il resto ancora una volta a A. BISCARDI, *La capacità processuale dello schiavo* cit., p. 143 ss.

²⁸ In questo senso A. RODGER, *The jurisdiction of local magistrates* cit., p. 151 ss. Non trovo convincente l'idea di F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae* cit., p. 163 s., secondo cui nell'espressione riposa l'eco della *manus iniectio* che sarebbe stata intentata in antico contro lo schiavo colpevole di furto per sollecitare l'intervento del *dominus*.

²⁹ Per tutti I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli 1976, p. 1 ss. e ulteriore bibliografia indicata; ancora di recente, F. REDUZZI MEROLA, *Servo parere. Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicarii e dei sottoposti a schiavi nella esperienza greca e romana*, s. l. 1990, p. 67 ss. Secondo quest'ultima impostazione, la legge farebbe riferimento al fatto che il furto fosse perpetrato ai danni di persone libere o di *servi* ma con riferimento a beni di proprietà del *dominus* o della *domina*. È questa una lettura che mi sembra poco verosimile. Ciò nulla toglie alla validità degli sforzi della dottrina degli ultimi anni di provare (con una certa capacità patrimoniale dei *servi*) che non sempre un furto commesso ai danni dello schiavo fosse comunque lesivo della proprietà del suo *dominus*.

chiamare un'azione nossale (*furti nec manifesti*) nella quale il *dominus* assume l'usuale veste di convenuto³⁰. Pur a voler sostenere che l'espressione *agere cum servo*, certamente imprecisa, non si riferisca al fatto che si agisce contro lo schiavo, rimane comunque giustificata l'azione a causa dell'illecito commesso da questo, in modo direi analogo a quanto accade con l'esercizio dell'azione *servi nomine*³¹. Le argomentazioni svolte in precedenza con riferimento al *Fragmentum Atestinum* sono valide anche a proposito dell'espressione *dum id (scil. furtum) ad dominum dominamve pertinebit*.

L'imputazione dell'illecito al padrone dello schiavo è da intendersi nel senso che l'azione nossale non importa *infamia*, dal momento che il *dominus non ipse condemnatur*, bensì *servi nomine*. Tuttavia, l'*infamia* conseguirà qualora ricorra o il dolo o la semplice *scientia* del *dominus*, di modo che questi sarà condannato senza la possibilità di avvalersi della *noxae deditio*. Mi sembra quindi che l'espressione sia da intendersi proprio nel senso che l'*infamia* non consegue all'*actio furti noxalis*, salvo nel caso in cui il *dominus iubens* o *sciens* sia stato condannato *detracta noxae deditio*³².

In proposito, Lamberti³³ sostiene che la clausola *dum id ad dominum dominamve pertinebit* preciserebbe l'ambito di esperibilità dell'azione che, a suo avviso, si può esercitare contro il padrone non solo quando vi sia istigazione ma anche quando non abbia dato a noxa lo schiavo colpevole nella fase *in iure* "dimostrando così di voler assumere su di sé le conseguenze dell'attività del sottoposto". Non mi sento di condividere la posizione della studiosa dal momento che - ritengo - la *noxae deditio* è sempre possibile di fronte

³⁰ Di questo stesso avviso già A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes* cit., p. 2583 ss. e F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae* cit., p. 163.

³¹ L'espressione *agere cum servo*, del resto, si ritrova usata nello stesso senso anche, ad esempio, in Cicerone, *pro Cluent.* 59,163 *aliquando cum servis Habiti furti egit, nuper ab ipso Habito petere coepit*.

³² Qualche spunto in questo senso in A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes* cit., p. 2584.

³³ F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae* cit., p. 164 pur accostando questa fattispecie a quella dell'*actio furti noxalis* non ne trae la (necessaria) conseguenza, ovvero che anche in questo caso si tratta di un'azione nossale.

al giudice nossale in alternativa alla condanna³⁴, la cui decisione maturerebbe comunque non per fatto proprio ma *servi nomine*³⁵.

Ritengo invece che le fonti rassegnate siano più interessanti se guardate, oltre che dalla visuale di una diretta capacità del *servus* di obbligarsi, per quanto più particolarmente concerne l'applicazione della *verberatio* relativamente al percorso formativo che ha legato l'applicazione della fustigazione all'evoluzione del delitto di *iniuria*.

A tal proposito è bene precisare come l'espressione *cum homine libero liberave* non sia contemplata nel *Fragmentum Atestinum*. Questa circostanza, lungi da poter spingere a negare l'emersione dell'*actio iniuriarum noxalis* già in epoca precedente all'età di Cesare, costituisce un indizio della sua esistenza in età classica preadrianea. A differenza del furto, figura già pienamente strutturata in epoca tardo repubblicana, la regolamentazione dei differenti tipi di *iniuria* inizia per opera del pretore ma si concluderà molto tardi solo grazie alla lunga riflessione della giurisprudenza. È verosimile che la possibilità di *agere noxaliter* per l'*iniuria*, ammissibile forse già in epoca precedente sul modello dell'*actio furti* e *damni iniuriae*, nella forma tramandata da D. 47,10,17,4-6, potesse esser stata disciplinata dal pretore proprio a partire dal I secolo a.C., il che, se fosse nel vero, potrebbe giustificare il suo mancato ricordo nelle *leges* dell'epoca di Cesare.

³⁴ Nella stessa direzione si colloca la frase *aut iniuriarum cum homine libero liberave agetur*. Mi sento di escludere per le ragioni sopra esposte che la legge faccia riferimento all'ipotesi dell'*iniuria* commessa ai danni del libero, creando così un'ingiustificata discriminazione tra l'*iniuria* patita da quest'ultimo e quella rivolta allo schiavo, a tacere del fatto che, nella seconda ipotesi, è possibile che riveli un interesse patrimoniale del *dominus* ancora maggiore di quando l'offesa è subita in prima persona. Anche in questo caso mi sembra plausibile che la locuzione si riferisca all'azione diretta, intentata contro il colpevole, uomo libero, per il fatto proprio. Cfr. sul punto A. RODGER, *The jurisdiction of local magistrates* cit., p. 151 ss.

³⁵ Sulla menzione dell'*actio iniuriarum* non si sofferma affatto A. D'ORS, *Una nueva lista de acciones infamantes* cit., p. 2583 ss. Così F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae* cit., p. 163 ss. che non accenna neppure alla possibilità che l'azione di cui si tratta potrebbe essere un'*actio iniuriarum noxalis*.

I contorni di questa azione si sarebbero poi precisati nel I secolo d.C., forse non senza difficoltà visto il progressivo volgersi dell'*iniuria* verso la repressione *extra ordinem*. Del resto, si è avuto modo di vedere come le parole di Ulpiano, tanto in D. 47,10,9,3 quanto in D. 48,19,19, potrebbero essere state dettate dal desiderio di ribadire, in caso di offesa arrecata dal *servus*, la possibilità di ricorrere all'azione privata in alternativa alla repressione straordinaria, cosa tanto più rilevante quando si parli di possibilità di *datio ad verberandum*.

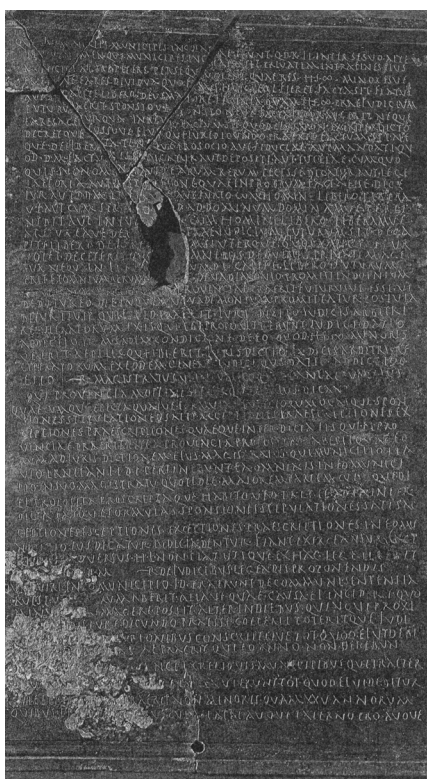


Figura 1. Lex Imitana. Tab. IX B.

2. Per un'ipotesi conclusiva

Le considerazioni, quasi esclusivamente esegetiche, poste a fondamento di una diversa ricostruzione dell'abbandono nossale, rispetto a quella proposta dalla dottrina successiva a Biondi, hanno permesso di avanzare l'ipotesi per la quale, sia il *filius* che lo schiavo, nel compiere un atto illecito, possano rimanere obbligati *civiliter ex delicto*.

Ne consegue il riconoscimento di una responsabilità personale che potrebbe condurre ad una condanna confortata dall'antica vendetta privata, essendo l'*actio noxalis* strutturata come una *vindicatio* del colpevole. In pratica, l'antica consegna dell'autore dell'illecito alla vendetta dell'offeso (che è intuibilmente la primordiale conseguenza di un delitto) è diventata, in epoca storica, un'azione giudiziaria vera e propria creata nell'interesse dell'attore (vittima dell'illecito), restando al convenuto la sola possibilità della *defensio*.

Il *pater* o *dominus* non sarà condannato sulla base di una responsabilità diretta verso il danneggiato, ma in ragione ed in funzione di una responsabilità indiretta: in ragione ed in funzione del rapporto potestativo con il sottoposto.

In sintesi, il capofamiglia, quando vorrà assumersi le conseguenze dell'atto illecito commesso dal suo sottoposto colpevole, interverrà nel giudizio, e se, soccombente, pagherà una somma di denaro (così come potrebbe fare il *filius* colpevole una volta liberato dalla *patria potestas* o lo schiavo una volta manomesso). Viceversa quando il *pater familias* non vorrà assumersi le conseguenze del delitto commesso dal suo sottoposto, interverrà nel giudizio solo per invocare il più arcaico sistema della vendetta e compiere la *noxae deditio*. In tal modo l'abbandono nossale, il quale può realizzarsi anche dopo la condanna, esaurisce completamente il contenuto della stessa.

Quindi sulla base di questa responsabilità *ex delicto*, in relazione al sottoposto colpevole si dovrà tenere conto della possibilità di reazione accordata alla parte offesa. Allo stesso modo degli uomini liberi pienamente capaci e responsabili, esso sarà liberato dalla pena corporale che materialmente ricade su di lui solo se viene pagata una pena pecuniaria alla vittima quale riparazione per il fatto commesso.

Il *filius* ed il *servus* tuttavia non hanno una piena capacità, per cui l'offeso potendo rifarsi sulla loro persona, andrà necessariamente ad incidere, per questa via, sulla sfera di signoria dell'avente potestà, il quale rimarrà pregiudicato nei suoi diritti e nella sua situazione patrimoniale.

La doppia possibilità offerta al *dominus* (la quale non riposa sulla struttura di un'obbligazione alternativa), non è prevista dalla *condemnatio* che invece rimane sempre concepita come pecuniaria. Anzi la *noxae deditio* si atteggia nel contesto del procedimento nossale come uno strumento per evitare la condanna pecuniaria.

La condanna nossale, che non può prescindere in nessun modo dal delitto del sottoposto, riposa allora su due diritti contrastanti: quello della vittima del danno e quello del *dominus* avente potestà. Il diritto del primo è da considerarsi senz'altro prioritario; il secondo, per evitare le conseguenze dell'atto illecito compiuto dal sottoposto, se non vuole pagare la pena, è costretto ad abbandonare il colpevole alla vendetta del danneggiato (*aut litis aestimatione sufferre aut noxae dedere*).

Sorto nel sistema civilistico, questo meccanismo sarà stato perfezionato, con ogni probabilità, dal pretore, il quale anche attraverso lo strumento dell'*interrogatio* avrà contribuito a rafforzare una posizione di vantaggio capace di giustificare la condanna del *dominus* sulla base del rapporto potestativo che lo lega al sottoposto.

A riprova si può forse addurre la lettura di D. 44,7,14 (del quale non ci si può sbarazzare sulla base della fin troppo semplice considerazione che si tratta di un testo interpolato), e per certi versi delle Tavole di Murecine, le quali hanno fornito un valido termine di paragone rispetto alle più note testimonianze dei giuristi classici.

Nella consueta alternativa, contemplata dal sistema dell'abbandono nossale, si inserisce con peculiarità sue proprie, il regime sanzionatorio ulteriormente aggiuntivo dell'*actio iniuriarum noxalis*, il quale prevede la singolarissima pena della *verberatio*.

L'analisi dettagliata di D. 47,10,17,4-6 ha chiarito, innanzitutto, come pure attraverso una forma pesantemente corrotta, si possa sostenere la sostanziale classicità dei contenuti riferibili ad Ulpiano.

In relazione alle conseguenze che si producono a causa del delitto

di *iniuria* posto in essere dallo schiavo, l'esposizione della fattispecie consente la distinzione tra due diversi momenti.

1) In primo luogo, il giurista, sembra riferirsi alla possibilità che la fustigazione sia proposta ed eseguita in via transattiva nella fase *in iure* secondo l'arbitrato di un giudice speciale scelto dalle parti. L'offeso viene tacitato dalla punizione corporale e pertanto non può in un secondo momento agire contro il *dominus* attraverso il consueto procedimento nossale. La vittima d'accordo col *dominus* accetta di risolvere la questione attraverso la *verberatio*, ed implicitamente rinuncia ad ottenere la *noxae deditio* o la condanna pecuniaria, le quali gli darebbero ragione del delitto subito negli aspetti più propriamente patrimoniali.

In tal senso l'analisi dettagliata del testo ha confortato l'ipotesi secondo la quale l'accordo transattivo escluda il normale *iter* nossale anche quando, stante la gravità dell'*iniuria* subita e quindi del danno patrimoniale patito, vi sia il dubbio che il giudice, in considerazione delle rilevanze dibattimentali, non ammetta la *verberatio*.

Su questa base mi sembra di potere ipotizzare che la struttura dell'*actio iniuriarum noxalis*, come viene presentata da Ulpiano, sia stata oggetto di vivace discussione tra i giureconsulti. Probabilmente alcuni di essi hanno considerato la *verberatio* come una forma attenuata di *noxae deditio*, ammettendo che la sua esecuzione potesse di certo effettuarsi *invito domino*, ma in tal caso il convenuto si sarebbe liberato solo mediante la pena corporale inflitta al colpevole indipendentemente dalla gravità dell'offesa arrecata.

2) In secondo luogo, anche qualora non vi sia un accordo tra le parti, il *dominus* convenuto ha sempre la possibilità di fronte al pretore di offrire lo schiavo *ad verberandum*, devolvendo al magistrato il compito di valutare (anche attraverso la concessione di una formula speciale) se in relazione all'entità dell'offesa, la punizione corporale del sottoposto sia sufficiente a soddisfare la pretesa della vittima. Sarà allora il giudice in una sua particolare funzione arbitrale a decidere sia sull'*an* che sul *quantum* della *verberatio*.

Nel caso in cui il *dominus* non si avvalga della facoltà a lui riconosciuta o qualora il giudice nossale escluda la *verberatio*, rimane la normale alternativa tra la *litis aestimatio* e la *noxae deditio*.

Il giurista insiste sul fatto che la proposta della punizione corporale rimane in *arbitrio domini*, potendo essere eseguita solo nel caso in cui lo stesso intenda avanzarla. Tra le righe del brano è lecito arguire una sottile polemica contro un'opinione probabilmente rimasta minoritaria, secondo la quale l'avente potestà poteva essere costretto all'esibizione dello schiavo per la fustigazione.

Attesa la natura del delitto contestato, in cui è preponderante l'aspetto morale dell'offesa, i contrasti tra i giuristi non destano alcuna meraviglia; è plausibile che alcuni di essi abbiano avvertito l'esigenza di conferire una maggiore importanza alla volontà dell'attore, il quale avendo subito l'*iniuria*, può preferire una soddisfazione di carattere non patrimoniale al torto subito piuttosto che ricevere in ogni caso il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Proprio con riferimento al ruolo della vittima dell'*iniuria* è risultato che le pretese dell'attore ai fini della condanna non possono che rivolgersi, come negli altri delitti, alla consueta previsione: *noxae deditio* o *litis aestimatio*. Solo il *dominus* può offrire in alternativa la *verberatio*, la quale si attingerà in modo diverso a seconda dei tempi processuali: *in iure*, quale strumento comunque sanzionatorio capace di evitare il corso normale dell'azione nossale; davanti al giudice nossale quale particolare condanna capace, se consentita in base alle risultanze dibattimentali, di escludere le pene di certo più gravi consacrate nella scelta ordinaria.

In tale contesto, nulla può la vittima relativamente alla proposizione della fustigazione; in nessun modo essa potrà costringere l'avente potestà alla *verberatio* che rimane sempre una *facultas domini*.

Nulla potrà il pretore se le parti raggiungono *in iure* una transazione processuale (nemmeno quando il delitto è particolarmente grave) o se offerta dal *dominus*, la *verberatio* non viene accettata dalla controparte. In entrambi i casi egli deve prendere atto della volontà dei litiganti e nel secondo non potrà che rinviarli al giudice, il quale all'esito del dibattimento valuterà se l'*exhibitio ad verberandum*, già proposta *in iure*, sia tale da potere tacitare le pretese della parte offesa.

Nel caso in cui il *dominus* non si decida per l'*exhibitio* non sono previste sanzioni dirette né conseguenze pregiudizievoli. Assodato

in particolare che una tale decisione può spettare solo all'avente potestà, nessuna forma di coazione, neanche da parte del magistrato gli può essere rivolta. Se ve ne fossero state, Ulpiano non le avrebbe di certo taciute.

Solo in caso di assenza o di *indefensio*, soccorrono le consuete forme di coazione che il magistrato fonda sull'*imperium* (*ductio, missio in possessionem*), tuttavia queste di certo non possono riferirsi alla *verberatio* quale elemento ulteriormente aggiuntivo nell'ambito dell'alternativa nossale, ma all'azione nossale consueta.

Venga considerato, ad ulteriore riprova, il fatto che la *verberatio* specie se offerta *in iure* si inserisce quale elemento estraneo all'*iter* nossale e con funzioni impeditive del normale svolgimento dello stesso.

L'*officium iudicis*, ai fini della condanna, non si esaurisce nella valutazione equitativa circa la misura della fustigazione (*quasi viri boni*). Chiamato ad esprimere un giudizio circa la misura della stessa, il giudice deve pure valutare se, al di là delle modalità soddisfattorie, la *verberatio* sia sufficiente di per sé a riparare l'*iniuria* patita dall'offeso.

In questo senso depongono anche le parole dello scolio a B. 60,21,16,4 e la considerazione che la discrezionalità riconosciuta al *iudex* è in linea con i principi generali in materia di *aestimatio litis* nell'*actio iniuriarum*.

Per contro nessun aiuto fornisce la lettura di Gai. 4,76, la quale ha subito diverse volte forzature o semplificazioni da parte della dottrina.

Nominando l'*actio iniuriarum noxalis* accanto a quelle nascenti dagli altri delitti, tradizionalmente di *ius civile*, Gaio ha voluto esemplificare un caso in cui la nossalità era stata disciplinata non da un provvedimento legislativo bensì direttamente dal pretore. Preoccupato più dalla semplicità della tecnica espositiva, in funzione dei fini didattici cui rivolgeva il proprio discorso, il giurista, con ogni probabilità, non ha ritenuto necessario dilungarsi sulle particolarità dell'azione.

Ciò non toglie che dalle sue parole un fatto emerga con chiarezza: al di là della fonte normativa che ha disciplinato per le singole

fattispecie la possibilità dell'*agere noxaliter*, il principio *noxia caput sequitur* riveste ormai carattere generale, permettendo all'offeso di qualsiasi delitto commesso dal *servus* di ottenere la condanna del *dominus* il quale può liberarsi dandolo a noxa.

L'analisi combinata delle testimonianze raccolte dalla *Tabula Heracleensis*, dal *Fragmentum Atestinum* ed in particolare dalla *Lex Irnitana*, la quale testimonia l'*agere noxaliter* per l'epoca preadrianea, seppure in considerazione della stratificazione dei materiali cui si attinge e della ipotizzabile difficoltà degli archetipi, conforta, anche solo come argomento al contrario e nel silenzio delle stesse, l'emergere a partire da un determinato periodo la possibilità del *dominus* dello schiavo colpevole di accordarsi con la parte offesa relativamente alla *verberatio*, eseguita la quale, veniva meno per la vittima qualsiasi possibilità di ricorrere al normale procedimento nossale. Ciò grazie al contenuto preminentemente morale dell'*iniuria* e comunque quando il danno fosse di lieve entità.

Pur se le leggi di Cesare non dicono nulla, è possibile che una tale prassi si sia consolidata sulla base dei modelli greci o sull'esempio dato dalla punizione *arbitratu praetoris* dell'impubere *fur manifestus*, o ancora, più verosimilmente, in quanto la *verberatio* rientrava nella facoltà del *dominus* di offrirla legittimamente alla vittima a scopi transattivi.

Successivamente, in epoca tardo-repubblicana il pretore volendo precisare i contorni del delitto, ne ha disciplinato le varie fattispecie. Muovendo dai poteri discrezionali che si è ritagliato nell'ambito dell'*actio iniuriarum aestimatoria* ed in considerazione di motivi di particolare equità e forse di celerità del procedimento, il magistrato avrà riconosciuto al *dominus* la possibilità di esibire lo schiavo per la fustigazione quando la lievità dell'offesa e la mancanza di un danno di rilevanza patrimoniale facessero apparire troppo gravosa la condanna sia alla *noxae deditio* che alla *litis aestimatio*.

Senza dunque negare la possibilità di una soddisfazione patrimoniale nei casi di più grave offesa, egli tenta un equo contemperamento degli interessi in gioco: da un lato evita al *dominus* una condanna eccessivamente onerosa; dall'altro legittima il desiderio di soddisfazione della vittima.

All'attività del pretore si aggiunge una vivace opera giurisprudenziale testimoniata dall'esigenza avvertita da Ulpiano, nonostante il progressivo assorbimento di tutti i mezzi processuali ordinari nel più generale contesto della repressione straordinaria, di ribadire la sussidiarietà della procedura criminale rispetto alla possibilità di esperire l'*actio iniuriarum noxalis*.

INDICE DELLE FONTI

<p>Basilica</p> <p><i>Bas.</i></p> <p>60,21,16,5 124; 126</p> <p>60,21,16,6 119</p> <p><i>Sch. ad Bas.</i></p> <p>60,6,38 166</p> <p>60,21,16,4 134; 146; 152; 190</p> <p>60,21,17 134</p> <p>Caesar</p> <p><i>De bello Gallico</i></p> <p>1,14,6 151</p> <p>5,1,7 151</p> <p><i>Cicero</i></p> <p><i>Ad Atticum</i></p> <p>2,4,3 151</p> <p><i>Ad Quintum fratrem</i></p> <p>1,3,7 151</p>	<p>Collatio</p> <p>2,5,5 163</p> <p>2,6,4 160</p> <p>2,6,5 160</p> <p>5,4,6-7 164</p> <p>Columella</p> <p><i>Res rustica</i></p> <p>6,2,2 15</p> <p>6,27,8 15</p> <p>Edictum de feris 72</p> <p>Festo</p> <p><i>De verborum significatu</i></p> <p>516-518 13; 136</p> <p>Fontes Iuris Romani Anteiustiniani</p> <p>I,21 184</p> <p>I,56 137</p> <p>I,73 135</p> <p>I,149 173</p>
--	---

Fragmentum Atestinum	12; 101; 171; 176; 177; 179; 180; 183; 184; 185; 186; 193; 178	4,147 4,182	108 173; 176
Linee 2-4	176	Gellius	
		<i>Noctes Atticae</i>	
Gai Institutiones		2,18,8	14
		11,18,8	137
1,140	130	11,18,8-10	120
2,24	138	20,1,7	138
3,182	163		
3,189	120; 139; 142; 143		
3,220-225	163	Isidorus Hispalensis	
3,224	117		
4,11	108	<i>Etymologiae</i>	
4,25	108	5,26,19	135
4,29	108		
4,46	108	<i>Origines</i>	
4,57	108	15,2,10	178; 183
4,60	160		
4,69-74 a	108		
4,74-74 a	108	Iustiniani Constitutiones	
4,74 a	108		
4,75	18; 25; 38; 56; 75; 86; 130; 144	3,26,9 3,41,4,pr.	95 112
4,75-79	18	6,2	20
4,76	12; 100; 102; 105; 110; 111; 162; 192	6,2,21 9,35,7 10,44,4 pr.	44; 166 127 60
4,77	57; 81; 109	13,3,1,1	95
4,80	20	21,5	20
4,82	108		
4,108	108		
4,111	120	Iustiniani Digesta	
4,125	108		
4,129	108	2,3,1,1	78
4,139	108	2,4	82
4,144	108	2,9	10

2,9,1,1	130	9,4,8	75
2,9,2,1	40; 43; 134	9,4,11	167
2,9,5	11; 92; 93; 100; 123; 151; 181	9,4,12	167
2,9,5,6	182	9,4,13	167
2,10,2	75; 86	9,4,14-20	11
3,2,1	173; 174; 176	9,4,21 pr.	41; 49; 67; 74
3,2,14	155	9,4,21,2	27; 39; 60
5,3,20,5	38	9,4,21,3	44
6,1,80	77	9,4,21,4	67
6,2,6	134	9,4,21-29	11
7,1,17,2	167	9,4,22,3	40; 44; 67; 77; 132
9,1,1,pr.	37; 38; 40; 50; 51; 61; 83	9,4,22,4	39
9,1,1	110	9,4,26,4	134
9,1,1,1	14	9,4,26,6	77
9,1,1,4-6	61	9,4,27 pr.	167
9,1,1,4-11	51	9,4,28	167
9,1,1,11	40; 43; 50; 53; 81; 82; 85	9,4,29	75
9,1,1,14	42; 84	9,4,30	11
9,1,3,1	15	9,4,30-43	11
9,1,12	84	9,4,32	11; 44
9,1,15	62	9,4,33	61; 74; 76
9,2,1	82	9,4,34	61
9,2,9,3	61	9,4,37	80
9,2,27,3	167	9,4,38,1	79
9,3,1 pr.	57; 60	9,4,39,1	37; 43; 168
9,3,1	9; 42	9,4,42,1	78
9,3,1,5,6	57	10,17,4-6	28
9,3,2	30	11,1,5	40
9,3,5,6	30	11,1,9,6,7	66
9,3,8,1	25	11,1,16 pr.	40
9,4	10; 44; 82; 103	11,1,17	40
9,4,1	10; 19; 88; 108	11,5,1,4	25
9,4,2 pr.	89; 130	12,4,15	144
9,4,2,1	14; 24; 39; 60	13,7,10	128; 145
9,4,2-6	10	13,7,31	39
9,4,7-13	10	18,1,53	150
		19,1,2,2	145
		19,1,11,2	128

19,5,14,3	37	48,19,19	11; 100; 187
20,6,6,1	145	50,16,215	44
21,1,18,17	25	50,16,238,1	25
27,6,1,9	20	50,16,238,3	24
39,3,1,11	60	50,17,58	24
39,4,1 pr.	60	50,17,107	184
39,6,18,3	87	50,17,156	77
40;4;41,1	128; 145		
40,7,39;1	128; 145		
40,12,24	181	Iustiniani Institutiones	
41,7,2,1	80		
42,1,6,1	10; 38	4,4,10	97; 98; 164
43,8,5	13	4,6,31	38
43,24,7,1	9	4,8,1	9
44,7,14	42; 47; 86; 87; 189	4,8,4	113
44,7,49	24	4,8,7	20; 22
46,3,52	128; 145	4,9 pr.	38; 83; 110
47,1,1,2	108	4,16,2	173; 176
47,2,17,3	44; 167		
47,2,36,1	21	Lex Acilia repetundarum	
47,2,42 pr.	57; 60		
47,2,42	30	75	151
47,2,61,5	39		
47,2,62,1	39		
47,9,9	14	Lex Aquilia	12; 31; 39; 82; 109; 111; 112
47,10	40		
47,10,5,6	164		
47,10,9,3	11; 100; 187		
47,10,17	98	Lex coloniae Genetivae Iuliae	
47,10,17,4	95; 98; 101; 151		
47,10,17,5	116	122	184
47,10,17,4-6	11; 92; 100; 113; 128; 142; 158; 161; 165; 172; 186; 189	Lex Pesolania	72
47,10,17,4-5	118		
47,10,17,6	118		
47,10,17,8	162		
47,10,45	95; 127		

Lex Rubria de Gallia Cisalpina	177	Plinius	
		<i>Naturalis Historia</i>	
22,34	151	18,3,12	14; 120; 137
22,39	151		
		Seneca	
Lex Rubria rei noxiaeve obligatus	38	<i>De ira</i>	
		2,21,6	151
Lex XII Tabularum	12; 13;		
	24; 31; 37; 39;	<i>Epistulae</i>	
	41; 47; 50; 51;	9,19	15
	59; 61; 69; 70;		
	82; 101; 109;	Servius Grammaticus	
	110; 111; 112;	<i>Aen.</i>	
	120; 135; 136;	8,205	135
	137; 139; 140;		
	144; 161	Tabula Heracleensis	12; 101;
2	14		171; 172; 176;
3	135		178; 179; 180; 193
7,8	13	1,120	173
8,6	61	108	173; 174
8,9	13; 120		
8,10	14		
8,14	14; 120; 137		
		Tabulae Irnitanae	12; 101;
			171; 183
Pauli Sententiae		<i>Tab. IX B</i>	180; 183; 187
1,15,1	43; 84	84	12; 101; 180; 183
2,31,9	21; 22		
Ovidius		Tabulae Pompeianae di Murécine	
<i>Metamorphoseon</i>			66; 187
15,334,2	15	Vir	94; 102; 128; 151

INDICE DEGLI AUTORI

- ABBOTT, F.E. 172 nt. 2
ALBANESE, B. 18 nt. 13; 131 nt. 108
ALBERTARIO, E. 18 nt. 12; 48 nt. 62; nt. 63; 54 nt. 70; 101; 101 nt. 21; 103 nt. 24; 135 nt. 118; 148 nt. 156; 151 nt. 161
APPLETON, C.L. 95 nt. 7; 96 nt. 8; 118; 118 nt. 68; 119; 119 nt. 69; nt. 70; nt. 71; nt. 72; 120; 122 nt. 83
ARANGIO RUIZ, V. 11 nt. 2; 17 nt. 11; 46; 46 nt. 60; 56 nt. 71; 94 nt. 6; 103 nt. 26; nt. 27; 138; 138 nt. 132; nt. 134; 142 nt. 141; 148 nt. 156; 151 nt. 161
ARCHI, G.G. 97 nt. 11; 148 nt. 156; 151 nt. 161
ASTOLFI, R. 73 nt. 84; 107 nt. 37; 144 nt. 147
BALDUCCI, A. 72 nt. 84
BALLODI ANSALONI, A. 67 nt. 79
BALZARINI, M. 57 nt. 71; 64 nt. 76; 95 nt. 7; 127 nt. 100; 133 nt. 115; 135 nt. 118; 144; 144 nt. 146; nt. 147
BARONE ADESI, G. 7
BEHREND, O. 165 nt. 201
BEKKER, E.I. 31 nt. 35
BERETTA ANGUISSOLA, P. 165 nt. 201
BESLER, G. 17 nt. 11; 34; 44; 44 nt. 57; 45; 80 nt. 93; 94 nt. 6; 103; 103 nt. 24; nt. 25; 104 nt. 29; 130 nt. 105; 145 nt. 150; 148 nt. 156
BETTI, E. 48 nt. 63; 86; 86; nt. 103; 93 nt. 4; 105 nt. 33
BIAVASCHI, P. 73 nt. 84
BIONDI, B. 9 nt. 1; 10 nt. 1; 12 nt. 4; 13; 13 nt. 7; 22 nt. 18; 23 nt. 19; 23 nt. 21; nt. 22; 24 nt. 24; 34; 35; 46; 46 nt. 58; 47; 49; 57; 74; 74 nt. 85; 76; 76 nt. 90; 83; 83 nt. 97; 85; 85 nt. 99; 86; 86 nt. 102; 89; 93; 93 nt. 3; 94 nt. 6; 95 nt. 7; 104; 104 nt. 29; 105; 105 nt. 31; 109 nt. 49; 112 nt. 54; nt. 55; 113; 113 nt. 56; 114 nt. 58; 114 nt. 59; 115 nt. 61; 116; 116; nt. 63; 123 nt. 90; 132 nt. 110; 133 nt. 113; nt. 114; 143 nt. 145; 148 nt. 155; 150 nt. 158; 155; 155 nt. 168; 165 nt. 202; 188
BISCARDI, A. 22 nt. 17; 106 nt. 37; 148 nt. 156; 151 nt. 161; 157 nt. 174; 184 nt. 27
BISPHAM, E. 173 nt. 2
BONFIGLIO, B. 72 nt. 84
BONIFACIO, F. 105 nt. 33; 110 nt. 51
BOURNE, F.C. 172 nt. 2
BRANCA, G. 36 nt. 42
BRASIELLO, U. 128 nt. 101; 145 nt. 150; 148 nt. 156
BRINZ, A. 47 nt. 61
BROGGINI, G. 125 nt. 95; 136; 136 nt. 123; 138; 138 nt. 133; nt. 134
BRUNT, P.A. 173 nt. 2
BUCKLAND, W. 143 nt. 145; 153; 153 nt. 166
BURDESE, A. 18 nt. 12; 48 nt. 62; 64 nt. 76; 135 nt. 118; 142 nt. 140
BÜRGE, A. 7
BURILLO, J. 104 nt. 29; 133 nt. 113
BUTI, I. 48 nt. 62; 184 nt. 29
BUZZACCHI, C. 107 nt. 41
CANNATA, C.A. 13; 13 nt. 6; 29 nt. 31; 136 nt. 127; 138; 138 nt. 134; 161; 161 nt. 189
CANTARELLA, E. 142 nt. 140; 172 nt. 1
CARDILLI, R. 13 nt. 6

- CASCIONE, C. 127 nt. 100; 180 nt. 19
 CENTOLA; D.A. 173 nt. 3
 CERAMI, P. 29 nt. 31; 151 nt. 161
 CHIAZZESE, L. 159 nt. 182
 COLEMAN NORTON, P.R. 172 nt. 2
 CONRADI, J.L. 172 nt. 2
 COPPOLA, G. 155 nt. 169
 COSTABILE, F. 173 nt. 2
 CRAWFORD, M.H. 120 nt. 78; 174 nt. 4;
 177 nt. 12; 178 nt. 14; 179; 180 nt. 18
 CREMADES, I. 29 nt. 31; 64 nt. 76
 CRIFÒ, G. 12 nt. 6
 CRUZ, S. 28 nt. 101
 D'ORS, A. 64 nt. 76; 173 nt. 3; 175; 175
 nt. 6; nt. 7; nt. 8; 177 nt. 12; 180 nt.
 19; 185 nt. 30; 185 nt. 32; 186 nt. 35
 DAUBE, D. 109 nt. 50; 112 nt. 54; 162
 nt. 192; 163 nt. 194; 176 nt. 11
 DE MARTINO, F. 138 nt. 132
 DE VISSCHER, F. 11 nt. 2; 17 nt. 11; 18
 nt. 12; 27; 27 nt. 27; 34; 34 nt. 39; 46
 nt. 58; 48; 48 nt. 64; 49; 49 nt. 65; 51
 nt. 66; 52; 52 nt. 67; nt. 68; 53; 53 nt.
 69; 54; 54 nt. 69; 76; 76 nt. 88; 83 nt.
 96; 85; 85 nt. 101; 94 nt. 6; 95 nt. 7;
 96; nt. 8; 98 nt. 14; 99 nt. 17; 103 nt.
 26; 111 nt. 54; 112 nt. 54; 114 nt. 59;
 120; 120 nt. 77; 121 nt. 79; 121; 121
 nt. 81; 122 nt. 83; 123; 123 nt. 91;
 124; 125; 125 nt. 94; nt. 95; 130 nt.
 105; 132 nt. 111; 133 nt. 113; nt. 114;
 134 nt. 117; 137; 141; 141 nt. 139;
 143; 143 nt. 143; nt. 145; 148 nt. 155;
 150 nt. 158; nt. 160; 155 nt. 169; 167
 nt. 212; 168 nt. 213; 171 nt. 1
 DEL AMO Y DE LA HERA, M. 180 nt. 19
 DEL PRETE, P. 101 nt. 21; 150 nt. 158
 DEMELIUS, G. 65; 65 nt. 77
 DESSAU, H. 172 nt. 2
 DI SALVO, S. 175; 175 nt. 6
 DILIBERTO, O. 73 nt. 84; 95 nt. 6; 120 nt.
 78; 135; 135 nt. 119
 DIRKSEN, H.E. 172 nt. 2
 DOMINGO, G.A. 72 nt. 84
 DUPONT, C. 94 nt. 6; 95 nt. 7; 127 nt.
 100
 FALCHI, G.L. 18 nt. 12; nt. 13; 35; 48 nt.
 62; 54 nt. 70; 63; 63 nt. 75; 88; 88 nt.
 107; 90; 90 nt. 112; 102 nt. 23; 143 nt.
 145; 165 nt. 204; 166 nt. 205; nt. 206;
 167 nt. 208; 167 nt. 211
 FALCONE, G. 73 nt. 84; 95 nt. 6; 105;
 105 nt. 33; nt. 34; 106 nt. 35; nt. 36;
 nt. 37; 107 nt. 38; nt. 39; nt. 41; nt.
 42; 108 nt. 46; nt. 47; 163 nt. 194
 FEENSTRA, P. 151 nt. 161
 FERCIA, F. 73 nt. 84
 FERNÁNDEZ GÓMEZ, L. 180 nt. 19
 FERRINI, C. 12 nt. 4; 18 nt. 12; 142 nt. 140
 FÖLDI, A. 29 nt. 31; 73 nt. 84
 FRANCIOSI, G. 181 nt. 22
 FREI STOLBA, R. 173 nt. 2
 FREIS, H. 173 nt. 2
 GALSTERER, H. 177 nt. 12
 GARBARINO, P. 183 nt. 25
 GARCIA GARRIDO, M.J. 48 nt. 62; 179
 GENOVESE, M. 88 nt. 107; nt. 108
 GIANGRIECO PESSI, M.V. 10 nt. 1; 14 nt.
 8; 30 nt. 33; 31 nt. 35; 35; 37 nt. 46;
 49; 62 nt. 73; 68; 68 nt. 80; 69; 70
 nt. 82
 GILIBERTI, G. 7
 GIMÉNEZ CANDELA, T. 28 nt. 30; 29; 35;
 49; 64; 64 nt. 76; 65; 103 nt. 26; 143
 nt. 145; 166 nt. 204
 GIOFFREDI, C. 106 nt. 36
 GIOMARO, A.M. 7; 100 nt. 19; 105 nt.
 34; 107 nt. 40; 173 nt. 3
 GIRARD, P.F. 16 nt. 11; 23 nt. 22; 24 nt.
 24; 34; 35; 35 nt. 41; 36; 37; 38; 38
 nt. 47; 39; 39 nt. 49; 40; 45; 47 nt.
 61; 94 nt. 6; 95 nt. 7; 96 nt. 9; nt. 10;
 99 nt. 17; 111 nt. 54; 117; 117 nt. 65;
 119; 119 nt. 70; nt. 71; 120; 120 nt.
 75; nt. 76; 121; 122; 147 nt. 154; 149
 nt. 157; 158 nt. 181; 172 nt. 2
 GLÜCK, C.F. 28; 30; 30 nt. 34; 32
 GOODMAN, P. 173 nt. 2
 GÖTTLING, K.W. 172 nt. 2
 GRADENWITZ, O. 176 nt. 9
 GROSSO, G. 90 nt. 11
 GRUET, J. 173 nt. 2
 GUARINO, A. 131 nt. 108
 HAGEMANN, M. 105 nt. 32; 115 nt. 61

- HÄGERSTROM, A. 143 nt. 145
 HASSE, J.C. 30 nt. 34; 32 nt. 37
 HELDRICH, K. 46 nt. 58
 HEUMANN, H. 128 nt. 101; 145 nt. 150
 HITZIG, H.F. 94 nt. 6; 96 nt. 9; 97 nt. 10;
 129 nt. 103; 131; 131 nt. 106; nt. 107;
 147 nt. 154; 149 nt. 157; 158 nt. 181
 HOFFMAN, E. 11 nt. 2
 HONORÉ, T. 102 nt. 22; 125 nt. 96
 HUBNER, H. 28; 30; 30 nt. 33
 HUVELIN, P. 136 nt. 122; 137; 137 nt.
 131; 138 nt. 132; 142 nt. 142
 JOHNSON, A.C. 172 nt. 2
 KARLOWA, O. 94 nt. 6; 95 nt. 7; 96 nt. 8;
 99 nt. 16; 118; 118 nt. 66; nt. 67; 119;
 121 nt. 81
 KASER, M. 13 nt. 6; 35; 48 nt. 62; 49;
 58; 58 nt. 72; 59; 60; 61; 62; 62 nt.
 74; 94 nt. 6; 95 nt. 6; 96 nt. 8; 99 nt.
 16; 104 nt. 29; nt. 30; 122; 122 nt. 85;
 123 nt. 87; 133 nt. 113; 138; 138 nt.
 132; nt. 134; 139; 139 nt. 135; 146 nt.
 152; 147 nt. 154; 149 nt. 157; 157 nt.
 176; 158 nt. 181; 159 nt. 182; 165 nt.
 201; 168 nt. 212; nt. 213
 KLINGENBERG, E. 143 nt. 145
 KOSCHAKER, P. 133 nt. 113; 146 nt. 152
 KUBLER, B. 94 nt. 6; 147 nt. 154; 149
 nt. 157
 LA ROSA, R. 135 nt. 118; 136; 136 nt.
 124; 137 nt. 129; 139 nt. 137; 142 nt.
 141; 143 nt. 144
 LAFFI, U. 177 nt. 12; 178 nt. 15; 179;
 180 nt. 18; 180 nt. 19
 LAMBERTI, F. 180 nt. 19; 181 nt. 22; 184
 nt. 28; 185; 185 nt. 30; nt. 33; 186 nt. 35
 LANTELLA, L. 80 nt. 93; 106 nt. 36
 LEBEK, W.D. 180 nt. 20
 LEBIGRE, A. 36 nt. 42
 LENEL, O. 10 nt. 1; 11 nt. 3; 16 nt. 11;
 34; 35; 41; 41 nt. 54; 42; 43; 43 nt.
 56; 44; 45; 46; 48; 52; 52 nt. 67; 53;
 56; 62; 75; 75 nt. 86; 77 nt. 91; 80;
 80 nt. 94; 81; 83; 83 nt. 95; 85; 85
 nt. 100; 87; 87 nt. 105; 91; 91 nt. 1;
 94 nt. 6; 95 nt. 7; 96 nt. 9; 96 nt. 10;
 100 nt. 20; 104 nt. 30; 113; 113 nt. 57;
 119; 119 nt. 74; 122 nt. 83; 123 nt.
 88; 125 nt. 95; 127; 127 nt. 99; 143;
 143 nt. 145; 147 nt. 154; 149 nt. 157;
 157 nt. 177; 158; 158 nt. 179; nt. 180;
 161 nt. 188
 LÉVY BRUHL, L. 94 nt. 6; 96 nt. 9; 117
 nt. 65; 138; 138 nt. 132; 138 nt. 134;
 139 nt. 137; 147 nt. 154; 148 nt. 156;
 149 nt. 157; 158 nt. 180; nt. 181; 159
 nt. 182
 LIEBENAM, W. 172 nt. 2
 LISOWSKY, Z. 35 nt. 40; 78; 78 nt. 92; 94
 nt. 6; 96 nt. 8; 99 nt. 16; 112 nt. 54;
 123; 123 nt. 86; 132 nt. 111; 150 nt.
 158; 157 nt. 175
 LONGO, C. 148 nt. 156; 151 nt. 161
 LONGO, G. 18 nt. 12; 47 nt. 62; 135 nt. 118
 LONGO, S. 22 nt. 17; 29 nt. 31; 48 nt. 62;
 73 nt. 84
 LUZZATTO, G.I. 9 nt. 1; 13 nt. 6; 18 nt.
 12; 31 nt. 35; 49 nt. 65
 MACCORMACK, G. 107 nt. 38
 MAFFEI, D. 172 nt. 2
 MAGDELAIN, A. 136 nt. 127; 142 nt. 140
 MAITTAIRE, M. 172 nt. 2
 MANDRY, G. 89; 89 nt. 110
 MANFREDINI, A.D. 57 nt. 71; 112 nt. 54;
 160 nt. 183; 161 nt. 187
 MANNI, A. 172 nt. 2
 MANTOVANI, D. 159; 160 nt. 186
 MAREZOLL, T. 172 nt. 2
 MARRONE, M. 72 nt. 84; 104 nt. 29; 133
 nt. 113; 159 nt. 182; 179 nt. 17
 MARTINI, R. 107 nt. 41; 134 nt. 116
 MAYER MALY, T. 64 nt. 76; 95 nt. 7
 MAZZOCCHI, A.S. 172 nt. 2
 MELLUSO, M. 73 nt. 84; 95 nt. 6
 MEYER COLLINGS, J.J. 80 nt. 93
 MEYLAN, P. 151 nt. 161
 MICELI, M. 21 nt. 16; 72 nt. 84; 108 nt.
 42; 110 nt. 53; 155 nt. 169; 155 nt.
 170; 163 nt. 195; 164; 164 nt. 199;
 165 nt. 203; 181 nt. 22
 MIGLIETTA, M. 128 nt. 100; 161 nt. 190
 MOMMSEN, T. 12 nt. 4; 36; 36 nt. 43; 119
 nt. 71; nt. 74; 123 nt. 88; 138 nt. 132;
 142 nt. 140

- MONIER, R. 94 nt. 6; 96 nt. 8; 112 nt. 54; 123 nt. 86
- MORGESE RASIEJ, S. 72 nt. 84; 100 nt. 18; 139 nt. 135
- MURATORI, L.A. 172 nt. 2
- NABER, J.C. 34; 35; 40; 40 nt. 51; 41; 45; 93; 93 nt. 3; 94 nt. 6; 95 nt. 7; 97 nt. 10; 104; 104 nt. 28; 116; 116 nt. 62; 123 nt. 90; 147 nt. 154
- NICOLET, C. 173 nt. 2
- NICOSIA, G. 136; 136 nt. 125; nt. 126; nt. 127; nt. 128; 138; 138 nt. 134; 139 nt. 136; 140; 140 nt. 138
- NÖRR, D. 7
- ONIDA, P.P. 37 nt. 46; 62 nt. 73; 73 nt. 84
- PARICIO, J. 29 nt. 31; 64 nt. 76
- PARTSCH, J. 94 nt. 6; 95 nt. 7; 104 nt. 28
- PELTIER, F. 41 nt. 54; 119 nt. 74
- PENNITZ, M. 107 nt. 38
- PEPPE, L. 21 nt. 16; 174 nt. 5
- PERNICE, A. 14 nt. 8
- PEROZZI, S. 18 nt. 12; 114 nt. 58; 139 nt. 137
- PETERLONGO, M.E. 133 nt. 113; 146 nt. 152
- PETRUCCI, A. 72 nt. 84
- PETTINGEL, A. 172 nt. 2
- PIAZZA, M.P. 136 nt. 125; nt. 127
- PIETSCH, H.C. 94 nt. 6; 128 nt. 101; 145 nt. 150
- PISSARD, H. 104 nt. 29
- POLOJAC, M. 73 nt. 84
- POMA, G. 72 nt. 84
- PRINGSHEIM, F. 94 nt. 6; 128 nt. 101; 145 nt. 150; 151 nt. 161
- PROVERA, G. 104 nt. 29; 136 nt. 125; 159 nt. 182
- PUGLIESE, G. 18 nt. 12; 35; 48 nt. 62; 49; 53; 53 nt. 69; 56; 56 nt. 71; 57; 77 nt. 91; 87; 87 nt. 106; 104 nt. 29; 110 nt. 51; 127 nt. 100; 130 nt. 105; 132 nt. 110; 133 nt. 113; 134 nt. 116; 138; 138 nt. 134; 156; 156 nt. 171; nt. 172; 157 nt. 174; 160 nt. 183; 161 nt. 187; nt. 188; 162; 162 nt. 193; 163; 163 nt. 195; nt. 197; 164 nt. 198; 165 nt. 204; 166 nt. 206; 167 nt. 209; nt. 210; nt. 211; 168 nt. 212; nt. 213; nt. 214; nt. 215
- PULIATTI, S. 73 nt. 84
- QUADRATO, R. 109 nt. 47
- RABEL, E. 146 nt. 152
- RAINER, J.M. 64 nt. 76
- REDUZZI MEROLA, F. 184 nt. 29
- ROBAYE, R. 29 nt. 31
- ROBBE, U. 76; 76 nt. 89; 90; 90 nt. 113
- ROBLEDA, O. 48 nt. 62
- RODGER, A. 180 nt. 18; 181 nt. 21; 184 nt. 28; 186 nt. 34
- RODRIGUEZ VAREZ, R. 151 nt. 161
- ROMANO, B. 80 nt. 93; 151 nt. 161
- ROUSSIER, J. 128 nt. 101; 145 nt. 150; 148 nt. 156; 151 nt. 161
- RUDOLPH, S. 172 nt. 2
- RUDORFF, A.F. 94 nt. 6; 96 nt. 9; 100 nt. 19; 126; 126 nt. 98; 145; 145 nt. 148; 146 nt. 151; 157 nt. 177; 158; 158 nt. 178
- RUSSO RUGGERI, C. 166 nt. 206; 167 nt. 211
- SACCONI, G. 151 nt. 161
- SALERNO, F. 135 nt. 118
- SANTALUCIA, B. 7
- SANTORO, V. 106 nt. 37; 138 nt. 133; 156; 156 nt. 173
- SARGENTI, M. 9 nt. 1; 16; 16 nt. 10; 18 nt. 12; 23; 23 nt. 20; 27 nt. 28; 28 nt. 30; 30 nt. 33; 35; 49; 49 nt. 65; 54; 54 nt. 70; 55; 56; 64 nt. 76; 66; 109 nt. 49; 133 nt. 113; 165 nt. 204; 168 nt. 212; nt. 213
- SCARCELLA, A.F. 95 nt. 7
- SCHERILLO, G. 48 nt. 62
- SCHINDLER, K.H. 143 nt. 145
- SCHIPANI, S. 18 nt. 12
- SCHMIDT, C. 47 nt. 61
- SCHÖNBAUER, E. 148 nt. 156; 151 nt. 161; 159 nt. 182
- SECKEL, E. 94 nt. 6; 128 nt. 101; 145 nt. 150
- SEGRÈ, G. 94 nt. 6; 95 nt. 7; 96 nt. 8; 101 nt. 21; 118 nt. 66; 119 nt. 72; 158 nt. 181; 159 nt. 182

- SELB, W. 139; 139 nt. 135
SELL, K. 47 nt. 61
SERRAO, F. 10 nt. 1; 18 nt. 12; 29 nt. 31;
68; 68 nt. 81; 181 nt. 22
SIMON, D. 112 nt. 54
SIMSHÄUSER, W. 172 nt. 2
SPAGNUOLO VIGORITA, T. 95 nt. 7; 97; 97
nt. 12; 99; 99 nt. 16; 103 nt. 25; 109
nt. 49; 112 nt. 54; 115; 115 nt. 60; 122
nt. 84; 123; 123 nt. 89; 124; 124 nt.
92; 125; 131 nt. 106; nt. 109; 145 nt.
150; 146 nt. 151; 150; 150 nt. 159;
152; 152 nt. 164; nt. 165; 159 nt. 182;
168 nt. 214
SOLAZZI, S. 21 nt. 16
STEIN, P. 143 nt. 145
STEINER, H. 133 nt. 113; 146 nt. 152
STEINWENTER, A. 94 nt. 6; 146 nt. 152
STOLL, H. 146 nt. 152
TAFARO, S. 29 nt. 31
TALAMANCA, M. 7; 13 nt. 6; 18 nt. 12; 29
nt. 31; 55 nt. 70; 64 nt. 76; 107 nt. 41;
156 nt. 173; 163 nt. 196; 165 nt. 201
TAUBENSCHLAG, R. 142 nt. 140
THORMANN, K.F. 148 nt. 156; 151 nt. 161
VACCA, L. 18 nt. 12; 68 nt. 81
VARVARO, M. 166 nt. 206; 167 nt. 211
VOCI, P. 18 nt. 12; 23; 23 nt. 22; 24 nt.
24; 135 nt. 118
VOLTERRA, E. 36 nt. 42; 138 nt. 132
WACKE, A. 33 nt. 38
WALD, A. 13 nt. 8
WATSON, A. 48 nt. 62
WEBB, P. 172 nt. 2
WENGER, L. 172 nt. 2
WIEACKER, F. 138 nt. 132
WINDSCHEID, B. 31 nt. 34
WITTMANN, R. 160 nt. 183
WLACKER, F. 107 nt. 37
WLASSAK, M. 76; 76 nt. 87; 128 nt. 101;
132 nt. 110; 133 nt. 113; 145 nt. 150
WYSS, B. 28; 32; 32 nt. 36; 33; 34
ZANNINI, P.L. 106 nt. 36
ZILLOTTO, P. 73 nt. 84
ZIMMERN, S.W. 28; 31; 31 nt. 35; 32; 34
ZUMPT, K.G. 170 nt. 2

INDICE

PREFAZIONE	7
I. L'ABBANDONO NOSSALE NELLE FONTI E NELLA LETTERATURA	9
1. Premessa. Natura e funzioni dell'abbandono nossale. Le alternative alla condanna	9
2. Le incertezze della dottrina. Il primo approccio sistematico allo studio della nossalità (Hubner, Glück, Zimmern, Wyss)	28
3. Le incertezze della dottrina. L'abbandono nossale e l' <i>oportere</i> dell'avente potestà per il fatto del sottoposto in Girard, Naber e Lenel, fino alla nuova impostazione sostenuta da Biondi nei termini di un'azione reale per la <i>vindicatio</i> del colpevole	35
4. Le incertezze della dottrina. Lo stato degli studi successivi a Biondi: dal regime nossale di De Visscher alla responsabilità oggettiva di Sargenti, dall' <i>oportere</i> del <i>pater</i> in Pugliese ai rilievi processuali di Kaser, dall'intervento pretorio sussidiario in Giménez Candela alla nossalità per il danno dell'animale in Giangrieco Pessi	49
5. Per un'ipotesi ricostruttiva	73
II. LE CARATTERISTICHE PROPRIE DELL' <i>ACTIO INIURIARUM NOXALIS</i>	91
1. La sanzione della <i>verberatio</i> . Origine, funzioni e tempi del rito.	91

2. Il testo ulpiano di D. 47.10.17.4-6 (Ulp. 57 <i>ad ed.</i>): il quarto paragrafo. La peculiarità della <i>verberatio</i> nel regime delle azioni nossali e i motivi di una sua trattazione secondo criteri di efficacia ed operatività di un particolare schema espositivo che vuole richiamare l'attenzione sul valore generale ormai assunto da un principio che permette alla vittima di qualunque illecito commesso dal <i>servus</i> di chiamare a risponderne il <i>dominus</i>	100
3. Ancora sul quarto paragrafo: sgrammaticature e ridondanze	113
4. Il quinto paragrafo: il ricorso all' <i>arbitratus iudicis</i> imposto dal pretore: un rimando	115
5. Il sesto paragrafo. Sui tempi e sull'iniziativa della <i>verberatio</i>	117
6. Tracce di un arbitrato pretorio nella legislazione decemvirale relativa al <i>furtum</i> commesso dall'impubere: loro irrilevanza ed eterogeneità rispetto alle situazioni contemplate dall' <i>actio iniuriarum noxalis</i>	135
7. Portata e funzioni della <i>verberatio</i> . I tempi (e i luoghi) in cui si pone la <i>verberatio</i> . Il carattere satisfattorio, morale e materiale della stessa e la discrezionalità del giudice nossale nell'applicarla come limite della condanna	145
8. La formula dell' <i>actio iniuriarum noxalis</i> e la riforma pretoria della <i>condemnatio</i> . Brevi considerazioni sulla natura e la legittimazione	155
CONCLUSIONI (OVVERO DATI PER UNA NUOVA IPOTESI SULLA SANZIONE ULTERIORMENTE AGGIUNTIVA DELL' <i>ACTIO INIURIARUM NOXALIS</i>)	171
1. Nuove tracce per lo studio della <i>exhibitio ad verberandum</i> . Elementi del percorso formativo che ha legato l'applicazione della fustigazione all'evoluzione del delitto di <i>iniuria</i> nelle testimonianze della <i>Tabula Heracleensis</i> , del <i>Fragmentum</i> <i>Atestinum</i> e delle <i>Tabulae Hirnitanae</i>	171
2. Per un'ipotesi conclusiva	188

Indice 209

INDICE DELLE FONTI 195

INDICE DEGLI AUTORI 201

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
"COLLEGIO DEI DOTTORI 1506"
UNIVERSITÀ DI URBINO

1. Vittorio Parlato, *Cattolicesimo e ortodossia alla prova. Interpretazioni dottrinali e strutture ecclesiali a confronto nella realtà sociale odierna.*
2. Maria Morello, *Donna, moglie e madre prolificata. L'ONMI in cinquant'anni di storia italiana.*
3. Anna Maria Giomaro, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico.*
4. Alberto Fabbri, *Presenza istituzionale e pastorale cattolica in Europa. Lo Statuto del Consiglio delle Conferenze Episcopali d'Europa (CCEE).*
5. Michele Panzavolta, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale.*
6. Maria Morello, *I malati di mente dalla legislazione preunitaria alla legge Basaglia.*
7. Anna Maria Giomaro, *Mutuo, Inadempimento e onere della prova nel diritto commerciale romano.*
8. Gabriele Marra, *Verso un diritto penale sperimentale? Metodo ed empiria del canone dell'extrema ratio.*
9. Alessandro Bondi, *Tredici passi nel diritto penale europeo.*
10. Giovanni Brandi Cordasco Salmena, *L'actio iniuriarum noxalis. Su alcune peculiarità della condanna nossale.*

Finito di stampare nel mese di aprile 2023
presso Digital Team (Fano - PU) per conto di Aras Edizioni srl
su carta Avorio Print 80 gr./mq