

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO  
SAGGI

---

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA  
STUDI IN RICORDO  
DI  
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491 - <https://doi.org/10.7359/1247-2024-studi-zuccotti>

Copyright 2024

*LED* Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: [www.lededizioni.com](http://www.lededizioni.com)

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

---

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano  
e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) - sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)

---

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

## Sommario

<i>Iole Fagnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano ' <i>De Armeniorum successione</i> ' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> <i>Isenatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

---

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus'</i> nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

## Un istituto sopravvissuto a se stesso.

### Riflessioni sulla *noxae deditio*

1. La *noxae deditio* nelle Istituzioni veronesi e nel commento di Gaio all'editto provinciale – 2. L'aspettativa della vittima contro le ragioni dell'avente potestà – 3. Illecito pubblico e illecito privato – 4. Disponibilità dell'iniziativa di repressione, trattativa economica e composizione bonaria – 5. La *deditio* del cadavere del reo e la originaria insensibilità dell'istituto alle ragioni economiche delle parti – 6. La divaricazione tra pubblico e privato – 7. Conclusioni.

**1.** In un passaggio molto conosciuto delle Istituzioni veronesi, Gaio spiega, con la chiarezza di sempre, che cosa siano le azioni nossali: dall'illecito commesso dai figli in potestà o dagli schiavi scaturiscono azioni verso il *pater* o *dominus*, le quali gli consentono l'alternativa tra il farsi carico della condanna pecuniaria e il rilasciare alla vittima l'autore dell'illecito<sup>1</sup>:

Gai. 4.75: ex maleficio filiorum familias seruorumque, ueluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominoue aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere.

Più esplicitamente, lo stesso giurista, nel commento all'editto provinciale, dove pure, evidentemente, l'azione nossale era contemplata, chiarisce i termini dell'alternativa, profilando le attitudini, anche pragmatiche, dell'istituto<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup>) Riporto, qui e altrove, le Istituzioni di Gaio secondo l'edizione di E. SECKEL, B. KÜBLER, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>7</sup>, Stuttgart, 1935 (rist. 1968).

<sup>2</sup>) *Si damnati fuerimus*: dunque è ammesso l'adempimento in fase successiva alla condanna, secondo lo schema dell'obbligazione alternativa *cum facultate solutionis*, sul quale, per tutti, si veda M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 619 s. (fuori del contesto istituzionale, la questione è invero assai più complessa: in argomento sono di molto peso le osservazioni svolte da G. PUGLIESE, *Obbligazioni del capo di famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, p. 233-272, p. 258 ss., per cui la *noxae deditio* liberava l'avente potestà in quanto – lungi dal costituire adempimento – caducava «il

D. 9.4.1.1 (Gai. 2 ad ed. prov.): *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.*

La spiegazione del perché, nel caso delle azioni nossali, al convenuto sia data questa speciale alternativa giunge, immediatamente svolta, nel prosieguo del passo delle Istituzioni che ho citato per primo:

Gai. 4.75: *erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisue damnosam esse.*

Ed è una spiegazione che, compresa nel contesto dell'opera istituzionale di un giurista, induce nel lettore una certa perplessità: entro la prosa elegante, pulita e – per così dire – clinica di Gaio, irrompe una parola stonata, che inevitabilmente stupisce: *nequitia*.

È questa la sola ricorrenza del termine nella produzione di Gaio che ci sia pervenuta. Né quel segno è correntemente utilizzato dai giuristi, se è vero che i repertori lo registrano, oltre che nel passo del codice veronese adesso esaminato, tre sole volte in Ulpiano, una in Paolo<sup>3</sup>.

Neppure *corpus*, nell'accezione riferita alla persona umana, è però una parola troppo frequente nel giurista antoniniano<sup>4</sup>: sembra che Gaio sia come imbarazzato da un argomento che non riesce a spiegare contenendosi nell'ambito schiettamente

---

presupposto da cui l'obbligazione nossale dipendeva»). Nel successivo paragrafo 4.76, Gaio precisa che talune azioni nossali sono *constitutae* per legge, altre *edicto praetoris*: su tale distinzione F. DE VISCHER, *Vindicta et noxa*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, Pavia, 1929, 3, p. 235-248 (= ID., *Études de droit romain*, Paris, 1931, p. 109-134, p. 136 ss.), ha formulato la congettura per la quale, in origine, la nossalità era caratteristica propria delle azioni relative «aux seuls délits portant atteinte au patrimoine». Preferisco leggere il passo delle Istituzioni nel senso che l'editto del pretore ha introdotto non la nossalità per l'*actio iniuriarum* (*aestimatoria*), ma l'azione *aestimatoria* tout-court, e che l'ha introdotta con la nossalità la quale, al tempo, era caratteristica propria delle azioni penali in genere. Il che non significa che così fosse da sempre, come il Maestro belga non ha mancato di evidenziare, laddove – *op. cit.*, p. 121 – ha efficacemente tracciato una distinzione tra le azioni fondate su (il risarcimento di) un danno alle cose (*noxae*) e la *vindicta* in senso stretto, la quale tende «seulement à venger in cute l'injurie reçue»: tornerò in argomento al § 5.

<sup>3</sup>) Quanto a Ulpiano, una volta nel primo dei libri *ad edictum*, in D. 21.1.23.2, due volte nel settantunesimo, in D. 43.30.3.4-5; quanto a Paolo, nel primo dei libri *ad edictum aedilium curulium*, in D. 21.1.43.4 (cfr. *Vocabularium iurisprudentiae romanae* [= *VIR*], s.v. *Nequitia*, 4.1, Berlin-New York, 1914, p. 117). Il termine torna naturalmente anche in *Iust. Inst.* 4.8.2, che infatti ricalca proprio Gai. 4.75. Sul punto A. ARNESE, *Maleficcium. Le obbligazioni da atto illecito nella riflessione gaiana*, Bari, 2011, p. 63 ss.

<sup>4</sup>) Undici volte nel senso di corpo umano, stando al già citato *VIR.*, s.v. *Corpus*, 1, Berolini, 1903, p. 1034 s. Da segnalare al proposito i saggi raccolti in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche* (cur. L. GAROFALO), 1, Pisa, 2016, e 2, Pisa, 2017.



giuridico che gli è proprio.

Non a caso *nequitia* attinge a significati che sono lontani dal mondo delle istituzioni e che affondano nei risvolti meno nobili dell'animo umano: «cattiveria», «depravazione», «perversità» (ma anche «inganno»), in Cicerone, Plauto o Terenzio<sup>5</sup>.

Allo stesso modo, la ricorrenza di *corpus* (*ultra ipsorum corpora*) un po' stupisce: indubbiamente deve intendersi il corpo fisico della persona filiale o servile, il quale però non è richiamato perché ne è fatta fisica consegna (o *deditio*), né perché una parte o l'altra, o l'intero, vanno incontro a un qualche destino fattuale, il quale viene spiegato con la parola che propriamente indica la *consistenza materiale* della persona, come avviene, per esempio, proprio in Gaio, circa l'esperimento della *manus iniectio*:

Gai. 4.21: qui agebat, sic dicebat [...] et simul aliquam partem corporis eius predebat.

Oppure, sempre in Gaio, a proposito di una curiosa forma di *pluris petitio*, conseguente l'eccesso di *demonstratio*:

Gai. 4.60: aut si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit.

No: nel passo in commento, *corpus* è inteso quale limite o confine del pregiudizio (*ultra*)<sup>6</sup>, che l'ordinamento ammette che possa essere patito dal *pater* o dal *dominus* in conseguenza del fatto illecito commesso dal figlio o dal servo o, meglio, in conseguenza dell'accertamento reso in formale danno dell'avente potestà, circa la commissione dell'illecito da parte del sottoposto.

Ciò perché la questione è eminentemente processuale; o almeno sembra che tutta processuale sia per Gaio:

Gai. 4.77: omnes autem noxales actiones caput sequuntur. nam si filius tuus seruusue noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem peruenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. ex diuerso quoque directa actio noxalis esse incipit. nam si pater familias noxam commiserit et is se in adrogationem

---

<sup>5</sup>) F. CALONGHI, *Dizionario latino italiano*, s.v. *Nequitia*, Torino, 1950<sup>3</sup> (rist. 1983), c. 1801. Anche Aulo Gellio, *Noct. Att.*, 6.11.1, evidenzia la marcata gravità della parola in esame, ponendola in relazione complementare con la più moderata *levitas*: *levitatem plerumque nunc pro inconstantia et mutabilitate dici audio et nequitiam pro sollertia astutiaque*.

<sup>6</sup>) Limite o confine, che sembra attere letteralmente allo spazio fisico, con la funzione di circoscrivere la dimensione affetta da *nequitia* e di impedire che questa si diffonda, corrompendo altro che non il *corpus* del reo.

tibi dederit aut seruus tuus esse coeperit, quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse, quae ante directa fuit.

Come è infatti noto – e come è significato dal motto *noxæ caput sequitur*<sup>7</sup> – la legittimazione passiva rispetto all'azione penale promossa dalla vittima per il fatto infertogli da un sottoposto all'altrui potestà compete al *pater* o al *dominus* che tali siano al momento dell'esercizio dell'azione detta, indipendentemente dal fatto che tali fossero al tempo della commissione del fatto illecito:

D. 9.4.7 pr. (Ulp. 3 ad ed.): Noxalis autem non alias datur, nisi apud me sit servus: et si apud me sit, licet eo tempore non fuit, quo delinquebat, teneor, et heres meus tenetur, si noxius vivat.

La non sostanzialità del legame che porta alla legittimazione passiva dell'avente potestà emerge chiaramente all'esito di un ragionamento *a contrario*, condotto sulla falsariga delle considerazioni svolte da Ulpiano, relativamente al diverso caso del *pater* o *dominus* che siano al corrente dell'intenzione illecita del sottoposto e che non ne impediscano l'esecuzione.

Considerazioni restituiteci, sotto l'intitolazione *de noxalibus actionibus*, dalla compilazione giustiniana in termini non sempre genuini, ma – ai fini che adesso mi interessano – comunque affidabili:

D. 9.4.2.1 pr.-1 (Ulp. 18 ad ed.): (pr.) si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat. (1) is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: 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: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit.

Da parte l'ampia casistica che impegna lo spettro compreso tra gli estremi del dolo diretto e dell'omissione di controllo<sup>8</sup>, si tratta di una legittimazione tutta processuale e, per così dire, ambulatoria: la vittima chiama in giudizio colui il quale abbia la potestà (o il *dominium*) sul soggetto agente al tempo dell'esperimento. Non è richiesta una partecipazione dell'avente potestà al compimento del fatto illecito. Al

---

<sup>7</sup>) Motto coniato sulla falsariga di Iust. *Inst.* 4.8.5, su cui, da ultimo, A.J.B. SIRKS, *Noxa caput sequitur*, in *RHD*, 81, 2013, p. 81-108. Sulla legittimazione passiva dell'avente potestà resta fondamentale il saggio di M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità noxale in diritto romano*, Pavia, 1949, p. 85 ss.

<sup>8</sup>) Su cui il recentissimo saggio di N. RAMPAZZO, *Adempimento dell'ordine impartito dal superiore*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive* (cur. L. GAROFALO), 1.2, Napoli, 2022, p. 801-841, p. 832 ss.

contrario, le situazioni massimate da Ulpiano dimostrano come, in presenza di un legame pur tenue o talvolta anche solo omissivo, l'azione sia data in via diretta contro il *pater* o il *dominus*, senza clausola nossale e dunque senza la possibilità per il convenuto di *deditione ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem*.

Il servo o il figlio sembrano anzi andare esenti da conseguenze afflittive direttamente scaturenti dall'esito del giudizio, ove questo muova dal presupposto sostanziale della non estraneità dell'avente potestà: *nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit*.

Del resto, già nella lettera del commento di Gaio all'editto provinciale, l'azione illecita è descritta e individuata come immediatamente ed esclusivamente riferita al *corpus* e non invece al figlio o al servo, che di quel corpo naturalmente dispongono<sup>9</sup>: *deditione ipsius corporis quod deliquerit*, e cioè «dazione del corpo stesso che ha commesso il delitto»<sup>10</sup>: è questo un aspetto veramente fondamentale che, lungi dal poter essere archiviato alla stregua di un'irrelevante soluzione stilistica, tornerà prepotentemente in ballo al momento di tentare la costruzione di una conclusione, che sia doverosamente sensibile anche all'origine dell'istituto.

2. Quando spieghiamo agli studenti le azioni penali e la nossalità che le caratterizza nell'ipotesi in cui il fatto sia stato commesso da un sottoposto all'altrui potestà, commentiamo generalmente i tre passi sopra riprodotti e chiudiamo l'illustrazione di quel caratteristico regime processuale considerando come, in definitiva, l'ordinamento abbia adottato una soluzione di compromesso tra l'aspettativa della vittima, affinché il fatto illecito sia punito, e le ragioni del *pater* o *dominus* i quali, estranei al fatto, non meritano punizione alcuna. Con la particolarità che, essendo pecuniaria la pena dell'illecito privato, sarebbe impossibile (e anzi e prima inconcepibile) costruire una soluzione la quale non prevedesse la legittimazione passiva dell'unico soggetto capace di rispondere pecuniariamente e, dunque, del-

<sup>9</sup>) Efficacemente A. MANNI, *Noxae datio del cadavere e responsabilità*, in J. URBANIK, *Culpa. Facets of liability in ancient legale theory and practice*, Warsaw, 2012, p. 89-132, p. 107, per cui «la responsabilità del delinquente si 'fiscizza', si lega al suo *corpus*, diventa quasi un attributo dell'autore, una sorta di stimate che ne seguono il destino». Per E. FRANCESCO, *Il corpo nella responsabilità nossale*, in *Il corpo* (cur. L. GAROFALO), cit., 1, p. 169-216, p. 178, il corpo diviene «la sede del debito». In D. 9.4.29 (Gai. 6 ad ed. prov.), è la *persona* del sottoposto, che l'avente potestà può lasciare *indefensa*, con ciò solo liberandosi dal *iudicium*.

<sup>10</sup>) D. 9.4.1.1 (Gai. 2 ad ed. prov.): non dunque del corpo di colui (*ipsius*) che ha commesso il delitto, perché altrimenti avrebbe dovuto essere *ipsius qui* o, meglio, *eius qui*. Diversamente l'*ipsorum corpora* di Gai. 4.75 (*il corpo di coloro*), dove il genitivo plurale, che ovviamente non può legarsi all'accusativo *corpora*, richiama l'*eorum* di *nequitia*, nel senso «che la malvagità di costoro pregiudicasse genitori o padroni, oltre i loro stessi corpi». Difficilissimo è tradurre fedelmente e bene, senza surrettiziamente aggiungere sostanza. Scontato sarebbe altrimenti chiudere l'inciso più elegantemente – epperò sbagliando – con un «oltre il valore dei loro stessi corpi».

l'avente potestà sul sottoposto pecuniariamente incapace<sup>11</sup>.

Se la pena per il furto, o per il danneggiamento, fosse consistita in un'afflizione corporale e fisica – così spesso viene da proseguire la spiegazione, non senza un eccesso di razionalità – come, per esempio, una certa quantità di percosse, ecco che la capacità di ognuno (del *corpus* di ognuno), *sui iuris* o sottoposto che sia, di soffrire una conseguenza del genere avrebbe evitato l'esigenza di coinvolgere l'avente potestà, in quanto unico soggetto sensibile all'afflizione pecuniaria<sup>12</sup>.

E infatti – ancora proseguendo nel ragionamento razionalistico – dove la pena è corporale, il problema non si pone: l'omicida volontario va incontro a morte, indipendentemente dalla sua condizione giuridica. Variano le forme *lato sensu* processuali, che scemano fino ad annichilirsi quando sia colpevole un marginale o uno schiavo, ma resta il triplice fatto che la vita soppressa (anzi il *corpus* colpito) è quella dell'agente, che all'agente si chiede direttamente conto dell'azione e, soprattutto, che l'avente potestà non è punto coinvolto.

Ogni agente infatti ha una vita, un *corpus*, da perdere (o un dorso da percuotere), mentre non necessariamente ogni agente ha un patrimonio (*rectius*: una capacità patrimoniale) da gravare di pena pecuniaria.

Il ragionamento gode di una facile e suggestiva presa sull'interlocutore che sia digiuno dell'argomento ed è pertanto idoneo all'impartizione di un primo rudimento; esso è però logicamente e – soprattutto – storicamente sbagliato.

L'eccesso di razionalità che vizia questa tesi divulgativa porta infatti a una serie di errori, il primo dei quali di facile evidenza: fuori dei casi in cui colpevole sia uno schiavo e fuori anche dei casi in cui la flagranza (spesso) consentiva l'esecuzione immediata delle conseguenze che l'ordinamento ascriveva all'uno o all'altro fatto illecito privato, e dunque (almeno) nell'ipotesi del *filius* colpevole non *manifestus*, anche l'irrogazione di una pena corporale destinata a manifestarsi in fisico danno dell'agente avrebbe richiesto il previo esperimento di un processo di accertamento, non esperibile se non verso l'avente potestà.

La natura corporale della pena non esime dunque dalla necessità di un processo che, se di natura privata, richiede un convenuto, il quale sia passivamente legittimabile e legittimato; non è pertanto la natura pecuniaria della pena che determina il necessario coinvolgimento di un soggetto *sui iuris*, quanto invece e

---

<sup>11</sup>) Così i più autorevoli manuali del Novecento italiano: V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1978 (rist. 1991), p. 365, G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino, 1991, p. 599 e M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 89. Non diversamente peraltro ragionava già F. DE VISSCHER, *Le système romain de la noxalité*, in *Iura*, 11, 1960, p. 1-68 (= ID., *Études de droit romain publique et privé. Troisième série*, Milano, 1966, p. 341-403, p. 342).

<sup>12</sup>) Tornano in mente le già citate parole di F. DE VISSCHER, *Vindicta*, cit. (= ID., *Études*, cit., p. 121), circa la vendetta *in cute*. Nel medesimo senso – almeno sotto questo aspetto – G. PUGLIESE, *Obbligazioni del capo*, cit., p. 267.

piuttosto il processo privato *in personam*<sup>13</sup>.

È dunque la natura privata del processo, che importa il riferimento del rito all'avente potestà e non invece la sostanza pecuniaria della pena prevista quale conseguenza dell'illecito.

Né può dirsi fondatamente che il processo privato sia, a sua volta, implicato dalla natura pecuniaria della pena, secondo l'improbabile assioma per cui all'afflizione corporale corrisponde il processo pubblico di cognizione del *crimen*, all'afflizione pecuniaria quello privato di accertamento del *delictum*.

Per smentire una tanto imprudente affermazione è sufficiente richiamare alla mente e confrontare tra loro due passi molto noti.

Il primo è tratto dalla legge delle dodici Tavole<sup>14</sup> e ricorda l'esito «corporale» di un illecito privato<sup>15</sup>:

XII Tab. VIII.2: SI MEMBRUM RUP[S]IT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO.

Sul quale passo e sul disposto che questo reca dovrò presto tornare.

<sup>13</sup>) Fermo il fatto che la *in ius vocatio*, nell'azione nossale, vincola solo relativamente il convenuto, che – un po' come avviene nei giudizi *in rem* – può evitare *iudicium*, *si indefensam eam personam relinquat*: Gai. 6 *ad edictum provinciale*, come lo si legge in D. 6.4.29. Reciproca eco si fanno in argomento D. 9.4.33 (Pomp. 14 ad Sab.) – *noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere* – e il notissimo D. 50.17.156 pr. (Ulp. 70 ad ed.) – *invitus nemo rem cogitur defendere* – divenuto praticamente un brocardo (ritiene tuttavia G. PUGLIESE, *Obbligazioni del capo*, cit., p. 254, un vincolo in danno dell'avente potestà «già nella fase preprocessuale [...], se non altro nel senso di essere soggetto all'intimazione e alle sue conseguenze»; da ricordare che l'insigne Studioso, sulla scorta essenzialmente del già citato D. 9.4.33 (Pomp. 14 ad Sab.) e di D. 9.4.8 (Ulp. 23 ad ed.), ritiene l'avente potestà sostanzialmente obbligato già prima della *litis contestatio*, stante per lui la necessità giuridica di rilasciare il reo a noxa, ove non ritenga di *accipere iudicium*). Un supplemento di riflessione è occasionato anche dalle considerazioni che si leggono, relativamente alla presenza della clausola arbitraria nella formula delle azioni nossali, in G. D'ANGELO, *Azioni nossali e clausola arbitraria*, in *AUPA*, 40, 2017, p. 291-299. Prima di lui, P. GRÖSCHLER, *Considerazioni sulla funzione della responsabilità nossale*, in *Studi in onore di A. Metro*, Milano, 2010, 3, p. 195-222, p. 218 ss., non aveva ritenuto di escludere la responsabilità dell'avente potestà, anche prima di accettare la formula, leggendo nella *noxae deditio* una forma di liberazione «dall'obbligo di accettare il giudizio». Il punto è affrontato anche in E. FRANCESCON, *Il corpo*, cit., p. 213, con richiamo di letteratura: l'obbligazione si radicherebbe in capo all'avente potestà solo con la *litis contestatio*: tesi a suo tempo favorevolmente scrutinata da F. DE VISCHER, *Le système*, cit., p. 395 ss.

<sup>14</sup>) Riporto il testo decemvirale nella lezione restituita in S. RICCOBONO, *Fontes iuris romani anteiustiniani*<sup>2</sup>, Firenze, 1941, p. 26 ss.

<sup>15</sup>) Avrei potuto, ai medesimi fini, richiamare XII Tab. VIII.12: SI FURTUM FAXIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO, dove alla commissione di un illecito privato è legata una conseguenza afflittiva di carattere corporale, fino a mortifera. Anche se, a ben vedere, l'evento mortale cui può andare incontro il *fur*, se davvero condizionato alla ricorrenza di proporzionate ragioni di legittima difesa del derubato, non è riconducibile alla sostanza della pena, quale retribuzione afflittiva del reo. Sul punto sono fondamentali le acute considerazioni svolte da Ulpiano, D. 48.8.9 (37 ad ed.): *furem nocturnum si quis occidit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit*.

L'altro passo proviene invece dal commento serviano alle ecloghe di Virgilio, a proposito della conseguenza para-pecuniaria (certo non «corporale») di un fatto pubblico<sup>16</sup>:

Serv. *Aen.* 4.43: in Numae legibus cautum est, ut si quis imprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem.

La differenza tra gli illeciti pubblici e privati, tra i *crimina* e i *delicta*, tra le fattispecie che comportano conseguenze afflittive in danno dell'agente e fattispecie che invece affliggono l'avente potestà, non consiste nella natura corporale o pecuniaria di tali conseguenze, visto che una figura che, almeno successivamente, sarà intesa alla stregua di illecito privato, qual è il *membrum ruptum*, è punita con l'afflizione corporale del taglione, mentre una figura criminale, quale l'omicidio colposo, è punita con un'afflizione che, se non è esattamente pecuniaria, è tuttavia pecuniariamente rilevante.

Come se non bastasse:

Gai. 3.189: poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber uerberatus addicebatur ei cui furtum fecerat.

Il quale chiude senza appello la questione: il furto flagrante importa, in età decemvirale, una pena afflittiva, che addirittura è capitale.

Un secondo errore è più insidioso, anche perché impassibile d'essere dimostrato senza un supplemento di indagine e una rinnovata considerazione dell'origine, se non del delitto in diritto romano, certo dell'obbligazione da delitto entro il contesto dell'accomodamento bonario operato in prevenzione della reazione violenta attestata per l'età primitiva.

Secondo la migliore dottrina<sup>17</sup>, nella comunità precivica, fondata sui lati legami familiari e parafamiliari del sistema gentilizio, all'offesa si reagiva con l'offesa. E che l'azione cui si reagiva fosse un'offesa (e quale) lo apprezzava arbitrariamente la vittima, o il gruppo suo di riferimento.

Ciò valeva per la gravissima fattispecie dell'omicidio, così come per una modesta *iniuria* innominata.

---

<sup>16</sup>) Pubblico, perché represso *in contione*. Dimostrano *ad abundantiam* la possibilità di pene pubbliche pecuniarie, già alla metà del V secolo a.C., le leggi *Aternia Tarpeia* e *Maenenia Sextia*, le quali estesero la garanzia della *provocatio ad populum* a coloro che si vedessero minacciata l'irrogazione di una multa di importo superiore alla *maxima* allora stabilita: sul punto B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1999, p. 44.

<sup>17</sup>) Per tutti, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'età monarchica*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*<sup>2</sup> (cur. M. TALAMANCA), Milano, 1989, p. 3-29, p. 5 ss.

Con la fondazione della città e anzi con l'emersione di quello che sarebbe stato il *rex*, ovvero di quell'autorevole cittadino che, parlando, in qualche modo comandava gli altri o che comunque – questo è il punto – dagli altri era obbedito, emergeva una serie di distinzioni particolareggianti il fatto e la reazione.

Il re Numa, per esempio, avrebbe secondo la tradizione disposto l'uccisione dell'omicida volontario per mano dei congiunti della vittima<sup>18</sup>:

Fest. s.v. *parrici(di) quaestores* (p. 247L): si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto.

imponendo che l'involontario fosse invece preservato dalla furia vendicativa di costoro, come insegna il passo di Servio poco sopra riportato: *pro capite occisi agnatis eius [...] offerret arietem*<sup>19</sup>.

Così «legiferando», il re creava il presupposto stesso della repressione pubblica, che tale è stata a ogni effetto, nel momento in cui la cognizione e la valutazione circa il fatto, se sia offesa e quale, è stata avocata al «pubblico» e perciò sottratta al «privato».

3. Dunque la differenza che separa i *delicta* dai *crimina* non si risolve o concentra nella natura pecuniaria o non pecuniaria della conseguenza afflittiva impartita per punizione al colpevole. E, per tornare al tema oggetto di queste pagine, la nosologia non caratterizza le azioni penali private, perché queste importano esiti pecuniari, cui sono sensibili soltanto coloro che siano liberi e *sui iuris*.

La differenza sta nella disponibilità o indisponibilità in capo alla vittima (o ai congiunti suoi) dell'iniziativa di repressione. L'iniziativa sarà disponibile nei casi di illecito privato; indisponibile in quelli di illecito pubblico, cioè di illecito pubblicamente rilevante<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup>) Così deve intendersi il *paricida(tu) s esto* della fonte, come autorevolmente insegna B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 16 s.; in argomento mi piace ricordare anche il dotto saggio di F. DE VISSCHER, *La formule paricidas esto et les origines de la jurisdiction criminelle à Rome*, consultato nella versione raccolta in ID., *Études*, cit., p. 435-482, p. 475 ss., che finisce per ascrivere alla locuzione il senso di «sia messo a morte», per facile metonimia, dal destino riservato ai parricidi. Secondo invece P. GRÖSCHLER, *Considerazioni*, cit., p. 207, chi uccideva un membro di una diversa *gens* era, per *fictio legis*, equiparato all'omicida di un pari, ossia di un membro della propria *gens*, e pertanto ucciso a sua volta.

<sup>19</sup>) Serv. *Aen.* 4. 43.

<sup>20</sup>) Dove il confine è storicamente sensibile: prima della legge di Numa, l'omicida era esposto a conseguenze verosimilmente mortifere, però amministrative – invece che dal magistrato cittadino – dalla compagine familiare cui apparteneva la vittima. Dopo quella legge, l'omicidio fu oggetto di repressione pubblica necessaria (recentemente, in argomento, S. GALEOTTI, *Delictum e crimen: la qualificazione dell'illecito nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto penale* (cur. L. GAROFALO), cit., I.1, p. 21-56, p. 36 s.). In tempi successivi e diversi, un'analogo vicenda di pubblicizzazione ebbe per

Disponibilità vuol dire che se ne può disporre. E che in effetti se ne è disposto, se davvero «ciò che gli storici del diritto ci insegnano circa le origini del sistema classico dei delitti privati può riassumersi in poche parole: *substitution d'une obligation pécuniaire au droit de vengeance*»<sup>21</sup>.

Tra virgolette l'*incipit* del saggio importante di Fernand de Visscher sulle origini dell'obbligazione da delitto: il maestro belga così avviava l'illustrazione della propria fortunata tesi. Il *vinculum iuris*, in cui si sarebbe risolta l'obbligazione di diritto classico, avrebbe avuto origine pattizia e il contesto di origine sarebbero state proprio le pattuizioni tra vittima e colpevole circa il *pretium* della rinuncia alla vendetta di taglione, cui altrimenti la vittima si sarebbe determinata.

Pattuizioni (e rinunce) che sono concepibili esclusivamente in un contesto che consente la disponibilità in capo ai paciscenti delle conseguenze ascritte dall'ordinamento ai fatti illeciti privati e la cui esecuzione e attuazione l'ordinamento è impegnato a procurare, se richiesto dagli interessati.

L'azione penale privata è la richiesta di procurare tali conseguenze. Esercitare tale azione significa richiedere quelle conseguenze; non esercitarla significa disporne rinunciandovi.

L'istituto della nossalità, in quanto caratteristico dei soli illeciti privati, non deriva dalla natura pecuniaria delle conseguenze di questi, ma invece denuncia l'indole loro eminentemente dispositiva.

Ed è ciò che spero di riuscire a dimostrare in chiusura di questo saggio.

Per farlo è necessario però tornare al codice decemvirale: precisamente alla disciplina del *membrum ruptum*, letta in relazione a quella dell'*os fractum*:

XII Tab. VIII.2: SI MEMBRUM RUP[S]IT, NI CUM EO PACIT, TALIO ESTO.

Accanto al supposto tenore testuale della legge, rileva adesso specialmente la spiegazione che se ne legge nelle Istituzioni veronesi:

Gai. 3.233: poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os uero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat, at si seruo, CL.

La pena della grave fattispecie del *membrum ruptum*, ossia della procurata inutilizzabilità definitiva e irreversibile di una parte del corpo<sup>22</sup>, come potrebbe essere il

---

esempio a conoscere il fatto di adulterio.

<sup>21</sup>) F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation ex delicto*, in *RH*, 7, 1928, p. 335-386, consultato nell'estratto pubblicato separatamente dall'editore, con impaginazione (e numerazione) immutata, Paris, 1928, p. 335 (= ID., *Études*, cit., p. 256-312).

<sup>22</sup>) Il versetto in realtà non è di così facile lettura, come dimostra l'attenta ricerca di M. HUMBERT, *La lois des XII tables. Édition et commentaire*, Roma, 2018, p. 442 ss., che propone comunque



caso dell'amputazione di un arto, è il taglione: «occhio per occhio, dente per dente». Si tratta di una soluzione senza dubbio primitiva, eppure già in certo qual modo avanzata rispetto al parametro che forse il taglione intendeva calmiere, che è quello della faida<sup>23</sup>, dove a una certa offesa si reagisce arbitrariamente con un'offesa maggiore e dove spesso, chi riceve l'offesa maggiore, a sua volta reagisce lamentando non la contro-offesa in sé, ma la arbitrariamente ritenuta eccessività della maggiorazione punitiva, per cui la contro-offesa è stata più grave dell'offesa replicata<sup>24</sup>.

Le dodici Tavole invero prevedevano anche la possibilità della composizione pecuniaria, di cui Gaio non fa menzione: nel testo decemvirale, l'inciso *ni cum eo pacit* compreso nel dettato di quella antica legge significa proprio la salvezza espressa dell'accordo bonario<sup>25</sup>. Si trattava però di una composizione volontaria, come tale rimessa alla buona volontà delle parti.

Diversamente per la fattispecie dell'*os fractum*, cioè della frattura (o lesione in genere) che, reversibile, procura la temporanea inutilizzabilità di una parte del corpo. In questo secondo caso meno grave, non è consentito il taglione. È imposta la composizione pecuniaria che, nella misura in cui è imposta, rigorosamente ragionando, cessa di essere composizione<sup>26</sup>.

L'ordinamento decemvirale prevede una conseguenza penale afflittiva di carattere pecuniario, con liquidazione dell'importo in ragione di trecento o centocinquanta assi, secondo la condizione libera o servile della vittima. È implicitamente esclusa la vendetta, così come ogni altra forma di reazione violenta. Ed è parimenti esclusa la possibilità che possa unilateralmente pretendersi una pena pecuniaria di importo diverso, maggiore o minore<sup>27</sup>.

---

di leggere nel *rumpere* quell'azione, la quale importa «la blessure invalidante qui mutile le corps dans une de ses parties».

<sup>23</sup>) Condivido in ciò la visione ottimista di P. GRÖSCHLER, *Considerazioni*, cit., p. 208.

<sup>24</sup>) Anzi forse (e più probabilmente), la reazione era originariamente una vendetta, che poteva portare alla morte del reo, se è vero che – ancora in età decemvirale (e non solo) – la consegna nosale, che conseguiva all'illecito privato, poteva avere per oggetto il cadavere del reo (dunque punito con la morte dall'avente potestà), ovvero il reo vivente, poi forse ucciso dal cessionario, in forza dei poteri assoluti e definitivi che costui aveva sul *noxae datus*. Interessante la contestualizzazione storica dell'origine dell'istituto della *noxae deditio* nell'ambito del progressivo contenimento degli esiti di reazione indiscriminata che – con richiamo di importante letteratura, tra cui naturalmente il fondamentale F. DE VISSCHER, *Le système romain de la noxalité*, cit. – si legge in C.F. AMUNATEGUI PERELLO, *Lucretia and the historical system of noxality*, in *RIDA*, 55, 2008, p. 67-81, p. 68 ss.

<sup>25</sup>) Accordo bonario che, per attenta dottrina (sempre M. HUMBERT, *La lois*, cit., p. 451, sulla scorta di Gell. *Noct. Att.* 20.1.37), richiede tuttavia un passaggio arbitrario di stima.

<sup>26</sup>) Oltre al passo di Gaio da ultimo richiamato, lo attestano i precetti pauliani, di origine decemvirale, che si leggono in Coll. 2.5.5 (*FIRA*, 2, p. 541, 549 s.): *qui iniuriam alteri facit, quinque et uiginti sestertiorum poenam subito nonché si os fregit libero, CCC, si seruo CL, poenam subito*.

<sup>27</sup>) *Idem* per le *iniuriae* semplici, liquidate in venticinque assi *omnia*.

Per *communis* (e fondatissima) *opinio* il fenomeno di conversione legale delle pene corporali private in afflizioni pecuniarie, già evidentemente ben avviato in epoca decemvirale, quando investiva ogni forma di *iniuria*, eccettuata la sola fattispecie di *membrum ruptum*, ebbe presto a completarsi. E ciò ben prima dell'avvento del processo formulare e della necessaria pecuniarietà delle condanne che questo generava<sup>28</sup>.

La trasformazione delle pene private in pene pecuniarie si era già compiuta, indipendentemente dalle ragioni tecnico-processuali che impedivano al giudice del processo formulare di emettere condanne in forma specifica: «c'est avec la fixation légale du taux des compositions que ce phénomène se serait opéré. Avant cela on pratiquait un système des compositions volontaires: mais ce système suppose essentiellement le droit de vengeance comme réalité sociale, agissante et efficace»<sup>29</sup>.

Articolando allora il discorso in termini di logica formale:

- il diritto di vendetta è stato effettivo già prima della pecuniarizzazione delle pene (la pecuniarizzazione anzi ne è un *posterius* logico);
- il corso della vendetta richiede che il reo sia rilasciato a disposizione della vittima o dei congiunti di questa, e dunque richiede quella che sarà la *noxae deditio*<sup>30</sup>;
- la *noxae deditio* ha preceduto la pecuniarizzazione delle pene e non può pertanto essere geneticamente ricondotta al contesto classico, in cui la pena è pecuniaria e ne risponde l'avente potestà, al quale è dunque consentita la soluzione nosale onde la *nequitia eorum* non gli fosse *ultra ipsorum corpora damnosa*.

---

<sup>28</sup>) Fenomeno che non investiva l'omicidio, in quanto irreversibilmente separato dagli altri fatti offensivi privati già con la legge di Numa, la quale aveva precluso, forse sulla falsariga draconiana (o comunque per ragioni analoghe a quelle della previsione ateniese) la possibilità di chiudere il grave fatto di sangue senza un esito altrettanto grave e definitivo. Vede invece nel sopravvivere della condanna necessariamente liquida una sorta di coronamento della trasformazione conosciuta in età repubblicana dalla *noxae deditio* E. FRANCESCO, *Il corpo*, cit., p. 205. Già invero P. GRÖSCHLER, *Considerazioni*, cit., p. 215 ss., si poneva il problema del rapporto tra l'istituto in esame e la condanna necessariamente liquida di Gai. 4.48, giungendo però alla diversa conclusione che la possibilità di *noxae dedere* si era conservata nelle azioni nossali del processo formulare, che ivi però rappresentavano «delle eccezioni alla regola della *condemnatio pecuniaria*».

<sup>29</sup>) F. DE VISSCHER, *Les origines*, cit., sempre p. 335. Se alla metà del quinto secolo restava la possibilità del taglione per il solo *membrum ruptum* e se in età medio-repubblicana il taglione era escluso tout-court, la pecuniarizzazione delle conseguenze di ogni illecito privato deve ritenersi con sicurezza completata in epoca pre-ebuzia, né può immaginarsi in ciò un contributo, anche solo causale, del progressivo diffondersi a Roma del processo formulare e della sua imprescindibile *condemnatio* liquida.

<sup>30</sup>) Mi allontano qui dall'insegnamento di F. DE VISSCHER, *Vindicta*, cit., (= *Études*, cit., p. 121), il quale – già l'ho ricordato – riconduceva la vendetta ai soli fatti non rivolti in danno di cose e la distingueva dalla *noxae* che, «par contre, vient en compensation d'un dommage d'ordre patrimonial».

Così costruito, quasi in forma di cadenza, l'enunciato appena formulato denuncia autoevidentemente l'errore di prospettiva, il quale vizia la spiegazione che si legge in Gai. 4.75<sup>31</sup>.

4. È pertanto escluso che la nossalità fosse la (peraltro cervellotica) soluzione adottata dall'ordinamento per dare corso al sistema delle sanzioni pecuniarie, in relazione ai fatti illeciti commessi da coloro che non avevano capacità di soffrire una simile sanzione, nel caso in cui l'avente potestà ricusasse di pagare lui la pena. E siccome storiche sono essenzialmente le ragioni che mi hanno indotto a tale esclusione, è nell'ambito storia degli istituti – nel senso di indagine di ricostruzione degli istituti condotta con sensibilità storica – che voglio ricercare la spiegazione del fenomeno *prima facie* davvero curioso, per cui un soggetto risponde del fatto altrui, non sul presupposto di un legame sostanziale effettivo al tempo della commissione del fatto, ma in forza di un legame – verrebbe da dire – solo formale, per il quale altri gli è legato al tempo, successivo e diverso, della cognizione e della repressione del fatto.

E nel contesto storicamente sensibile nel quale voglio muovermi, (quella che poi sarebbe stata) la *noxae deditio* si presenta come una sorta di «valvola di sfogo» nella prassi delle trattative di composizione bonaria<sup>32</sup>, che hanno preceduto (ma anche accompagnato la formazione de) il sistema delle composizioni legali<sup>33</sup>.

Finché infatti la composizione bonaria delle conseguenze degli illeciti privati è stata rimessa alla trattativa economica tra la vittima e il reo, nel senso che o si raggiungeva un accordo sulla misura della pena pecuniaria (*rectius*: dell'alternativa alla pena), o la vittima dava corso alla vendetta (è il caso del *membrum ruptum* ancora in età decemvirale), il sistema si reggeva su una duplice prova di resistenza.

Quando vittima e reo erano entrambi liberi e *sui iuris*, la prova di resistenza era *in crescendo*, secondo quanto il reo era disposto a pagare per evitare l'afflizione corporale (in considerazione del fatto che un certo sacrificio economico era per lui meno «doloroso» che subire la vendetta piena o anche solo il taglione); sul versante opposto, la stessa resistenza era però provata *in diminuendo*, secondo quanto la

---

<sup>31</sup>) Sono sul punto debitore soprattutto di B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 130 nt. 565, su cui *infra*, in nota.

<sup>32</sup>) Ritrovo, sempre in punto di corpo e di obbligazione, l'idea della *valvola di sfogo* in M. FALCON, *Il corpo del debitore*, in *Il corpo* (cur. L. GAROFALO), cit., 1, p. 81-127, p. 123.

<sup>33</sup>) Intanto bisogna sottolineare il punto della trattativa che, implicando attribuzioni economiche, importa il coinvolgimento dell'avente potestà: non esiste ancora la pena pecuniaria, ma irrompe comunque l'avente potestà, il quale tratta con la vittima lo scambio del diritto di questa alla vendetta con un importo economico, di cui solo l'avente potestà può disporre. Irrompe comunque – per ragioni quantomeno di legittimazione processuale – l'avente potestà, anche nell'ipotesi (sopra, in nota, ricordata) di quantificazione della *poena* in via necessariamente arbitraria, giusta quanto sembra potersi ricavare da Gell. *Noct. Att.* 20.1.37.

vittima era disposta ad accettare per rinunciare proprio all'esercizio del diritto di vendetta o taglione (in considerazione che quell'esercizio non la premiava economicamente e che un premio economico era per lei presumibilmente appetibile).

Quando invece il colpevole era in condizione filiale o servile – è il caso che preme indagare – alla prospettiva del taglione, quale reazione afflittiva del corpo dell'agente, soggiaceva in proprio l'agente medesimo. Alla trattativa di composizione bonaria partecipava invece l'avente potestà: se non altro perché costui era il solo a poter disporre del denaro (o delle utilità) con cui, se del caso, sarebbe stata sostitutivamente tacitata la vittima.

Ecco allora che la doppia prova di resistenza assumeva, nel caso del reo sottoposto all'altrui potestà, connotati diversi. O meglio: immutati, per quanto riguarda la vittima, sempre chiamata a valutare l'opportunità di accettare una somma, contro la rinuncia alla vendetta. Mutati invece, per quanto riguarda l'avente potestà sul colpevole: per quest'ultimo la valutazione non sarebbe infatti stata in termini di essere egli disposto a pagare quanto, per evitare una dolorosa afflizione corporale, ma piuttosto in termini di essere egli disposto a pagare quanto, per evitare che il proprio figlio o servo subisse il corso del taglione, finendo perciò menomato, anche in modo potenzialmente definitivo (come era nel caso del *membrum ruptum*, quando il colpevole rischiava una privazione irreversibile, identica a quella che egli aveva inflitto alla vittima).

In questo secondo caso – la trattativa condotta dall'avente potestà circa le conseguenze del fatto commesso dal sottoposto – difficilmente l'asticella del *quantum* avrebbe potuto superare il valore venale del figlio o dello schiavo<sup>34</sup>: se la vittima vuole cento per chiudere e lo schiavo vale cinquanta, «che sia pure il taglione!» avrebbe con ogni probabilità risposto il *dominus*. Nella peggiore delle ipotesi, lo schiavo muore e il *dominus* è economicamente pregiudicato per i cinquanta che valeva lo schiavo<sup>35</sup>.

Quando però le composizioni divennero legali e – soprattutto – gli importi cessarono di essere prefissati in misura assoluta dalla legge<sup>36</sup>, ma si commisurarono

---

<sup>34</sup>) Così anche per P. GRÖSCHLER, *Considerazioni*, cit., p. 196, il quale tuttavia ritiene una simile valutazione limitata al caso dello schiavo reo, prevalendo ragioni diverse da quelle di mera contabilità nell'ipotesi in cui a rischiare la *deditio* fosse un figlio.

<sup>35</sup>) Soltanto in presenza di considerazioni di carattere non economico (forse più facili nel caso del figlio reo o, nei tempi più antichi dello schiavo «di famiglia», che, per l'appunto, è *famulus*) si sarebbe potuti giungere a composizioni pecuniarie, in cui l'importo corrisposto superava il controvalore, anche specifico, del colpevole, finendo per commisurarsi a una matematica non patrimoniale; è interessante in proposito quanto osservato da T.A.J. MCGINN, *Noxal surrender and the paternal power of life and death in the Autun fragments*, in *Index*, 45, 2017, p. 220-256, p. 242.

<sup>36</sup>) Misura prefissata che, peraltro, fu progressivamente vanificata dalla sicura inflazione che aveva reso possibile a Lucio Verazio quel curioso passatempo, di cui racconta Gell. *Noct. Att.* 20.1.13, e che è l'oggetto del piccolo saggio di V. SCARANO USSANI, *Gli scherzi di Lucio Verazio*, in *ZPE*, 90, 1992, p. 127-135.

relativamente alla quantità della conseguenza dell'illecito e, anzi, sovente, a un suo multiplo, ecco che all'avente potestà poteva presentarsi il caso nel quale egli era chiamato per legge (non per scelta negoziale) a rispondere per una somma maggiore del valore del colpevole<sup>37</sup>: somma la quale gli si prospettava non come l'esito di una trattativa che egli avrebbe rigettato, perché sproporzionata all'interesse suo circa la conservazione del sottoposto, ma come un fisso intrattabile di legge.

Se, al tempo della composizione bonaria, ciò – dicevo – avrebbe importato la rottura della trattativa e l'abbandono della persona del colpevole alla vendetta dell'avidità vittima, al tempo successivo della composizione legale, ciò non sarebbe stato possibile. Al tempo successivo che ho detto, nessuna trattativa aveva luogo, ma un simile esito sproporzionato avrebbe comunque importato lo sfogo nella *noxae deditio*, con il rilascio del *corpus* del reo nella disponibilità della parte offesa<sup>38</sup>.

Dunque, all'effetto pratico, succedeva la stessa cosa nei pur diversi casi in cui la cocciutaggine della vittima, prima, la previsione della legge, poi, esponessero l'avente potestà a conseguenze economiche non convenienti, perché sproporzionate<sup>39</sup>.

Succedeva dunque la *noxae deditio*: dove a *noxae* è data la persona del colpevole<sup>40</sup>, definitivamente rilasciata al soggetto offeso dal *pater* o dal *dominus*<sup>41</sup>: nel-

<sup>37</sup>) Da considerare anche il mutamento del valore venale degli schiavi che – con l'eccezione dei capi più qualificati e perciò pregiati – andò precipitando con i copiosi bottini di guerra che derivavano dalla espansione di Roma nel Mediterraneo, già in età medio-repubblicana, secondo la fondata osservazione di B. ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 130.

<sup>38</sup>) Che poi, invero, una trattativa poteva aversi anche successivamente alla codificazione della misura della pena pecuniaria, sotto forma – magari – di una riduzione di importo, che la vittima poteva ragionare di accordare all'avente potestà sul reo, per evitare di doversi accontentare della illiquida *persona* di costui.

<sup>39</sup>) E di fin troppo facile evidenza la considerazione che le due manifestazioni di questa *stessa cosa* dovettero essere geneticamente legate l'una all'altra.

<sup>40</sup>) Secondo Iust. Inst. 4.8.1, *noxae autem est corpus quod nocuit, id est servus: noxia ipsum maleficium* (si noti la locuzione fisicamente materializzata sul *corpus*, grandemente evidenziata dal *quod* relativo che introduce il verbale di nocumento). Nella locuzione *noxae deditio*, tuttavia, *noxae* è certamente un dativo e non un genitivo, come dimostra per esempio il *noxae dedere* di Gai. 4.75, che avrebbe dovuto altrimenti essere *noxam dedere*. Nel senso nondimeno per cui «la *deditio noxae* signifie littéralment abandon de la personne coupable à la victime», oltre all'inciso classico *deditio ipsius corporis quod deliquerit* (D. 9.4.1.1 [Gai. 2 ad ed. prov.]), E. CHEVREAU, *Quelques brèves réflexions sur la responsabilité noxale en droit romain*, in *Histoire de la famille. À la convergence du droit pénal et des liens de parenté* (cur. L. OTIS-COUR), Limoges, 2012, p. 33-53, p. 33. Sull'accezione di *noxae* (e soprattutto di *caput in noxae caput sequitur*), il già ricordato A.J.B. SIRKS, *Noxae caput sequitur*, cit., *passim*, nonché – con richiamo ragionato di letteratura – A. MANNI, *Noxae datio*, cit., p. 92 ss.; E. FRANCESCON, *Il corpo*, cit., 174 ss., che ricorda come, almeno in principio, il significato fosse quello di danno e solo successivamente di colpa. Da tenere comunque sempre presente la possibilità di accezioni metonimiche, le quali vanificano il senso della riconduzione del significante al significato che strettamente gli è proprio, legittimando le plurime (e certamente non sbagliate) traduzioni del segno che chiudono il saggio di D. DAUBE, *Nocere and noxa*, in *Cambridge Law Journal*, 7.1, 1939, p. 23-

l'un caso, a significare il fallimento della trattativa bonaria di composizione pecuniaria; nell'altro, a prevenzione del corso altrimenti obbligato di una composizione legale che, nella specie, si presentava come svantaggiosa, antieconomica e, dunque, insopportabile per l'avente potestà.

Succedeva allora, in entrambi i casi, «la stessa cosa», perché il rilascio del reo alla vendetta della vittima, non prevenuto da una fallita trattativa di composizione, e la *noxae deditio*, necessariamente conseguente il rifiuto dell'avente potestà di *sufferre litis aestimationem*, sono in realtà «la stessa cosa»<sup>42</sup>.

5. Per quanto sopra, è sufficientemente dimostrato l'infondamento della lettura economica, da cui ero partito introducendo queste pagine. C'è tuttavia un terzo errore, non ancora considerato, che affligge quella tesi e che giova comunque evidenziare per chiudere definitivamente la partita, giustiziando senza rimpianti una lettura tanto ragionieristica dell'istituto della nossalità<sup>43</sup>, apprendone un'altra che – ben più suggestiva – porterà alla soluzione che intendo infine abbracciare.

Ricostruito in termini di resistenza economica, di tensione tra l'un pregiudizio e l'altro, di male minore nella valutazione dell'incolpevole – eppure afflitto – avente potestà, il sistema non sopravvive infatti alla considerazione del fatto che vi era una terza possibilità o – meglio – una diversa manifestazione della possibilità

---

54, p. 53 s.

<sup>41</sup>) Il rilascio era in via «normalmente definitiva» (così B. ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 131; nello stesso senso, G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1937, p. 224). E ciò per due ragioni fondamentali: che l'atto di rilascio – verosimilmente una *mancipatio* – importava esiti definitivi (M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo, 1994, p. 217, parla di «duraturo assoggettamento», per poi precisare – *op. cit.*, p. 252 – che la *noxae deditio* estingueva la *patria potestas*), ancorché reversibili con una *manumissio* o una *remancipatio* niente affatto dovuti (argomentabile *a contrario* dal regime onorario di cui dice Iust. Inst. 4.8.3: *nec minus perpetuum eius dominium a domino transfertur: si autem damnus ei cui deditus est resarcierit quaesita pecunia, auxilio praetoris invito domino manumittitur*); che la vendetta precisamente consentita dalla *deditio* ben poteva essere mortale, essendo evidentemente sopravvenuto il limite del taglione. Anche E. CHEVREU, *Quelques brèves réflexions*, cit., p. 38, opina per un esito definitivo, procurato, tanto per il figlio che per lo schiavo, mediante *mancipatio*. Già F. DE VISSCHER, *Le système*, cit., p. 353, chiudeva il punto ricordando che la *deditio* avveniva «par tout acte quelcomque impliquant une rupture des liens de puissance ou de propriété avec le coupable». Da considerare infine la chiusa di D. 6.4.29 (Gai. 6 ad ed. prov.), dove – non senza forse intervento del compilatore – è precisato che il convenuto nell'azione nossale che voglia liberarsi rilasciando *eam personam indefensam*, deve *ius suum ad actorem transferre*.

<sup>42</sup>) Chiudo il numero con un'affermazione che mi porta in contrasto vivo con la tesi, già più volte richiamata, di F. DE VISSCHER, *Vindicta*, cit. (= ID., *Études*, cit., p. 119 ss.), il quale ritiene «l'existence de deux catégories fondamentales de délits privés: a) les lésions corporelles ou *iniuriae* donnant ouverture à la *vindicta* ou au droit du talion, rachetable moyennant une composition appelée *poena*; b) d'autre part, les atteints au patrimoine ou *damna* donnant ouverture au droit de la *noxae*, auquel le coupable peut échapper par une *damni decisio*».

<sup>43</sup>) Lettura svolta al § 2.

della *noxae deditio*, la quale aveva per oggetto sempre il *corpus* del reo, consegnato però alla vittima in stato di cadavere, privato cioè della vita.

Lo si ricava, argomentando *a contrario*, ancora da quanto riferisce Gaio, questa volta a proposito di un regime sopravvenuto, in cui ciò non era più possibile<sup>44</sup>:

Gai. 4.81: [...] non permissum fuerit ei mortuos homines dedere, tamen et si quis eum dederit, qui fato suo uita excesserit, aequè liberatur.

Oppure in via diretta<sup>45</sup>, dalle parole con cui il maestro di Autun commentava la parte delle Istituzioni veronesi che, illeggibile nel palinsesto della biblioteca capitolare, egli per fortuna dovette poter vedere<sup>46</sup>:

F.A., *ad Gai* 4.82: [...] nam si serui filiiue nomine condemnatus fuerit dominus uel pater, poterunt in noxam dare etiam mortuum: condemnatus dominus noxali actione potest seruuum etiam mortuum in noxam dare. 83: *et non solum* si totum corpus det liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis. denique tractatur de capillis et unguibus an partes corporis sint [...]

Atteso che il valore del cadavere non può che essere nullo<sup>47</sup>, cessa di convincere la ricostruzione per la quale l'alternativa nosale costituiva la garanzia di equo temperamento delle posizioni della vittima e dell'aveute potestà sul reo, nel senso che quest'ultimo perdeva, nell'ipotesi peggiore per lui, non più che il (valore del)

---

<sup>44</sup>) Dove forse concorre una tendenza al contenimento delle manifestazioni più severe della *potestas* e del *dominium*, fermo il fatto che la lettura del passo dimostra, per un tempo precedente a quello in cui scrive Gaio, l'effettiva liberazione dell'aveute potestà che rilasci il cadavere del reo.

<sup>45</sup>) Ritengo, con J.-D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Consegna nosale del cadavere e privazione del diritto di sepoltura in diritto romano*, in *Il diritto alla sepoltura nel Mediterraneo antico* (cur. R.-M. BÉRARD), Roma, 2021, p. 321-341, § 12 ss., che per ultimo se ne è occupato, dimostrata la realtà storica della possibilità di consegnare (anche) il cadavere dalle parti del manoscritto di Autun in cui è commentata – fol. 105, *ad Gai* 4.82-83 – la spiegazione che il giurista classico offriva della *noxae deditio*. Prima di lui, era intervenuto sul tema T.A.J. MCGINN, *Noxal surrender*, cit., p. 220 ss. In argomento – sempre con ampio richiamo e ragionamento di letteratura – anche A. MANNI, *Noxae deditio*, cit., p. 113 ss., p. 122 ss.; nonché C. MASI DORIA, *L'illecito e le sue sanzioni*, in *Index*, 35, 2007, p. 219-232, p. 222, e G. PURPURA, *La sorte del debitore oltre la morte, nihil inter mortem distat et sortem* (*Ambrogio, de Tobia X, 36-37*), in *IAH*, 1, 2009, p. 41-60, p. 48 ss.

<sup>46</sup>) Seguo la lezione di S. RICCOBONO, *Fontes*, cit., 2, p. 205 ss.

<sup>47</sup>) Trascurerei senz'altro la possibilità che, per quanto riguarda il *corpus* esanime del *noxae datus*, un qualche valore fecondativo dei suoli quelle parti potessero avere nell'immaginario primitivo, come pure è stato in passato sostenuto a proposito dell'orrendo *partis secanto* di XII Tab. III.6, nella letteratura richiamata in G. MACCORMACK, *Partes secanto*, in *TJ*, 36, 1968, p. 509-518. In argomento, per tutti, L. PEPPE, *Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981, p. 126 ss. Da ultimo, oltre ad A. KOPEV, *Principles of the nexum and debt law in the twelve tables*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual* (cur. F. REINOSO-BARBERO), Madrid, 2014, p. 227-246, p. 238; anche M. FALCON, *Il corpo*, cit., p. 92 ss.

figlio o del servo, mentre l'altro comunque guadagnava almeno quel valore.

Non è ammissibile, in un contesto fondamentalmente economico, quale risulta dalla ricostruzione in commento, una via di uscita che preveda la distruzione del valore economico in questione.

L'ultra *ipsorum corpora* delle Istituzioni veronesi:

Gai. 4.75: erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisue damnosam esse.

non è correttamente traducibile con la locuzione «oltre il valore (del corpo) di coloro che commisero il delitto».

Troppe volte torna il segno *corpus* in senso materiale e troppe volte è immediatamente al corpo (e non mediatamente alla persona, la quale ne dispone) che le fonti riconducono l'azione illecita. Oltre al passo delle Istituzioni appena riprodotto (ovvero alla sua parafrasi, per le parti *desideratae*), lo confermano anche il commento gaiano all'editto provinciale:

D. 9.4.1.1 (Gai. 2 ad ed. prov.): [...] liceat nobis deditioe ipsius corporis quod deliquerit [...].

Nonché, a smentire che possa trattarsi di un'eco antichistica conservatasi nel giurista antoniniano, per via di una mera sensibilità storica sua, le Istituzioni di Giustiniano, pure al netto delle parti che praticamente riproducono le veronesi:

Iust. *Inst.* 4.8.1: noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus.

Salvo voler provare a revocare in dubbio la realtà della *deditio* del cadavere del reo (per il che dovrebbe tuttavia revocarsi in dubbio l'affidabilità della parafrasi augustodunense)<sup>48</sup>, le ragioni storiche e genetiche dell'istituto vanno cercate al di fuori

---

<sup>48</sup>) Recentemente C. PELLOSO, *Bruto, il console che fece uccidere i figli*, in *Storia mitica del diritto romano* (cur. A. MCCLINTOCK), Bologna, 2020, p. 131-169, p. 148 ss., ha formulato la congettura per la quale la possibilità del rilascio del reo in stato di cadavere sarebbe limitata alla sola ipotesi del delitto commesso da uno schiavo. Congettura che forse però è prudente non accogliere, costruita com'è, essenzialmente, e *silentio*: la fonte antinoense, appuntando la distinzione tra il caso dell'animale e quello dell'uomo dati a nosa, precisa infatti che – per il primo – non sarebbe ammessa la possibilità del rilascio del corpo previamente ucciso, perché una tale punizione non poteva giustificarsi, se non in danno di chi fosse dotato di anima razionale, ovvero dello schiavo. La fonte dunque esclude quella possibilità per l'animale alogò, mentre la attesta per lo schiavo: tace, la fonte, quanto all'uomo libero. Forte è tuttavia la tentazione di chiudere il sistema, accostando allo schiavo l'uomo libero, sull'analogia dell'avere entrambi quell'anima razionale, che – nel ragionamento del maestro di Autun – è il dichiarato presupposto della punibilità (analogia che, sebbene non dichiarata, è presupposta da T.A.J. MCGINN, *Noxal surrender*, cit., specialmente p. 234). È infine ben discutibile l'assunto per cui – *op. cit.*, p. 151 – la commissione di un delitto da parte del *filius familias*, il quale



dei risvolti economici, che certamente sono poi risultati implicati, man mano che l'atteggiamento delle parti e della comunità verso i casi di illecito privato, verso le forme processuali di accertamento e dunque anche verso gli esiti penali che ne scaturivano, veniva con il tempo fortemente laicizzandosi<sup>49</sup>.

Una ricostruzione seria della *noxae deditio* deve poter dare conto del fatto che il reo può essere rilasciato anche in stato di cadavere né (una ricostruzione seria) può ignorare che tale soluzione è quanto di più lontano possa immaginarsi dal concetto non solo di riparazione risarcitoria, ma anche di dazione soddisfattiva, la quale sostituisca una diversa soddisfazione rinunciata.

Appuntando allora, come è doveroso, l'attenzione sui termini almeno originali dell'istituto, resta l'esito economicamente sterile della punizione mortifera da parte dell'avente potestà e della consegna del cadavere alla vittima, quale prova dell'avvenuta punizione o – secondo una lettura più suggestiva – quale espediente per assicurare la vittima circa la non sepoltura del reo, che forse era, nei tempi più antichi, la vera e terribile vendetta cui andava incontro lo scellerato colpevole<sup>50</sup>.

Ecco il punto.

Si sarebbe trattato di esiti di esclusione del reo dal novero dei consociati, con messa a repentaglio della vita sua (esposizione a morte, secondo il capriccio della vittima), e con privazione – per giunta – di un qualsiasi desiderabile *status* post-mortale, il quale non poteva prescindere da una inumazione ritualmente corretta e completa<sup>51</sup>.

---

abbia agito contro il potere paterno (o anche solo nell'ignoranza), non sia *iusta causa* per l'esercizio del *ius vitae necisque* da parte del genitore avente potestà (Oros. 4.13.18, biasima un padre che uccise il proprio figlio reo di furto, ma non chiarisce se a biasimarlo furono anche i contemporanei di lui).

<sup>49)</sup> Come ho anticipato in chiusura del § 3, già B. ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 130, nt. 565, notava la «difettosa prospettiva storica» che portava Gaio a ritenere la soluzione nossale, quale espediente per evitare la condanna pecuniaria dell'avente potestà.

<sup>50)</sup> Ciò sarebbe specialmente indiziato dalla possibilità, altrimenti inspiegabile, della sufficienza della *deditio* di parti soltanto del cadavere (parti il cui mancato trattamento rendeva tecnicamente insepolto il corpo, anche se inumato o cremato, quanto alla porzione trattenuta, impedendo – come scrive J.-D. RODRÍGUEZ MARTÍN, *Consegna nossale*, cit., § 26 – «l'entrata del defunto nel mondo dei *manes*», ovvero la migrazione *in deorum numerum* di Cic. *Leg. 2.22.55*). In argomento, è così orientato anche P. GRÖSCHLER, *Considerazioni*, cit., p. 206, con richiamo di letteratura. Si spiegherebbe altresì la ragione della discussione echeggiata nella parafrasi augustodunense, circa la ricomprensione o meno di porzioni caduche e rinnovabili, quali sono unghie e capelli, tra le parti di corpo, consegnando le quali a nostra era validamente evitato il *iudicium*: sono infatti – le unghie e i capelli – parti che, pur mancando (come a tutti parzialmente mancano, stante la prassi della loro cura mediante taglio periodico) non impediscono la rituale sepoltura del defunto. Tocca il punto, con ampio richiamo di letteratura, T.A.J. MCGINN, *Noxal surrender*, cit., p. 237, nt. 73.

<sup>51)</sup> O cremazione. Sui rapporti tra i due riti funebri, C. VISMARA, *Dalla cremazione all'inumazione*, in *Archeologia Classica*, 66, 2015, p. 595-613, con evidenziazione – p. 602 ss. – della necessità pur simbolica del primo, anche nel tempo in cui il secondo aveva finito per prevalere: Cic. *Leg. 2.22.55*, ricorda infatti la pratica di sottoporre comunque a simbolica inumazione una parte almeno

6. Ma allora, se comunque colui che commette un *delictum* rischia la vita e se la sua eventuale sopravvivenza è il frutto di accomodamenti economici, che forse sono sopravvenuti in tempi relativamente avanzati, qual è la «differenza» tra i *delicta* privati e il *crimen* pubblico di omicidio?

L'omicida è *paricidatus* per mano dei congiunti della vittima<sup>52</sup>:

Fest. s.v. *parrici(di) quaestores* (p. 247L): si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto.

Prima dell'introduzione della composizione pecuniaria (o questa mancata), analogo destino ben poteva attendere il reo di un delitto privato, se rilasciato nella disponibilità della vittima perché avesse corso l'antica vendetta<sup>53</sup>.

Anche l'omicida, peraltro, come il reo di un delitto privato, avrebbe potuto essere rilasciato ai congiunti della vittima, invece che vivo, già in stato di cadavere, se così decideva l'avente potestà.

La «differenza» non c'è.

Nessuna differenza correva evidentemente, in origine, tra l'omicidio e gli altri fatti illeciti, manifestazione tutti di interazioni patologiche tra gruppi sociali diversi<sup>54</sup>, ancorché insediati in relativa prossimità spaziale, prima della fondazione della

---

del corpo altrimenti destinato a cremazione (generalmente un *os* appositamente *resectum*). È chiaro che – nel caso del *noxae datus* – la possibilità di compiere correttamente la cerimonia funebre dipendeva dalla collaborazione di colui che deteneva il corpo (o una sua parte, purché non insignificante), il quale ne disponeva e – disponendone – poteva consentire o meno la consumazione del rito. Non diversamente doveva avvenire per il caso dell'esecutato ucciso, il cui cadavere fosse stato ritualmente *secatum* (così per il famoso precetto decemvirale della tavola terza), con assegnazione ai più creditori delle parti perciò ricavate e con conseguente possibilità, per ciascuno di loro indipendentemente dagli altri, di permettere o meno il corso corretto del rito funebre, rilasciando o trattenendo la parte di corpo detenuta. In argomento, oltre alla letteratura che già ho richiamato in apertura di questo numero, non posso che rinviare alla sintesi attenta delle opinioni operata da M. HUMBERT, *La lois*, cit., p. 138 ss.

<sup>52</sup>) Già ho ricordato la testimonianza di (Labeone in) Festo sull'omicida volontario e quella di Servio sull'omicida colposo: il fatto che quest'ultimo conservi la vita procurando il sacrificio di un ariete *in contione*, porta a ritenere che *in contione* avvenisse anche l'uccisione dell'omicida volontario: così B. SANTALUCIA, s.v. *Omicidio (diritto romano)*, in *ED*, 29, Milano, 1979, p. 885-895, p. 886.

<sup>53</sup>) La somministrazione della morte rientrava infatti nelle possibilità del cessionario, tanto del libero in *causa mancipi*, quanto del servo in *dominium*. La definitività dello stato conseguente al rilascio del reo consente sotto altro profilo di ritenere la possibilità che il reo sia quindi ucciso.

<sup>54</sup>) Nel senso, da ultimo, anche E. FRANCESCON, *Il corpo*, cit., p. 202. Irrilevanti i fatti interni al medesimo gruppo sociale, repressi in forza della costituzione del potere che rendeva tale il gruppo. In effetti, ogni rilevanza discende dall'appartenenza a gruppi diversi di vittima e reo, combinata con l'esigenza di portarsi essi gruppi formale e reciproco rispetto (ciò che non sarebbe, ove l'appartenente a un gruppo desse seguito a una pur giusta vendetta in danno dell'appartenente a un altro). Con la fusione dei gruppi gentilizi nella *civitas*, il filtro familiare, arretrato al livello, prima, delle *familiae* consortili *communi iure*, poi a quello delle nucleari *proprio iure*, finì per conservarsi soltanto per

*civitas*, che li ha finalmente visti uniti.

Con la crescita qualitativa e quantitativa dei contatti tra le comunità, si sarebbe impostata una tendenza irreversibile, che sarebbe infine culminata con la fusione loro nella comune città romulea<sup>55</sup>.

Da parte i contatti pacifici, interessano adesso quelli ostili: certamente l'una comunità che muove guerra all'altra, ma anche – e soprattutto – il membro dell'una comunità che offende il membro dell'altra<sup>56</sup>.

A mio avviso, in quest'ultimo caso, in alternativa alle contrapposte possibilità di imputazione a sé del fatto ostile operata dal gruppo di appartenenza del reo (e sussunzione della relativa responsabilità), o di disconoscimento della paternità collettiva del fatto (con espulsione e rilascio del colpevole nella disponibilità del gruppo della vittima), già in antico era praticata la composizione bonaria, mediante la quale venivano amministrate le conseguenze degli «incidenti» più o meno gravi, i quali avrebbero successivamente assunto le denominazioni tecniche di omicidio, *membrum ruptum, os fractum*, nonché – residualmente – di *iniuria*.

Senza probabilmente chiamarsi *noxae deditio*, doveva, in altre parole – da un lato – essere da sempre praticata la soluzione di rilasciare da una comunità all'altra il membro reo, perché su di lui avesse corso una giusta vendetta, senza che ciò im-

---

quanto riguardava rapporti non assorbiti alla *civitas*, donde rapporti privati (quelli conservati alle unità familiari) e rapporti pubblici (quelli attribuiti alla costituita *civitas*). I primi, ancora rimessi alla cura esclusiva dell'avente potestà, organo unico della *familia*, i secondi radicati in capo a ciascun *civis* maschio e pubere, in consonanza con l'emersione (probabilmente in ambito, all'inizio, solo militare) della rilevanza di tale prima di allora inaudita individualità.

<sup>55</sup>) Nessuno può evidentemente pretendere la certezza delle situazioni in tempi così antichi e così poco documentati, quali sono quelli che hanno preceduto il natale di Roma. Tuttavia non è imprudente la congettura che vuole un'età precivica fatta di comunità indipendenti fondate su legami di sangue e di cooptazione: comunità relativamente isolate le une dalle altre, ma non irrelate, comuni sostanzialmente essendo gli usi, i costumi, le divinità, l'immaginario e la lingua. Come insegnano gli studiosi dell'età arcaica, l'isolamento che ho detto, favorito dalla natura accidentata dei suoli, spesso solcati da vallivi fluviali assai marcati, che separavano nettamente piccoli e grandi altopiani altrimenti prossimi tra loro, venne progressivamente meno con lo sviluppo e quindi l'ampliamento delle aree impegnate dalle crescenti attività di caccia e agricoltura, prima; di commercio poi (rudimentali bonifiche fecero il resto). Grande suggestione evoca l'osservazione dello stato ancora incorrotto di una natura simile a quella dell'area tiberina in cui sarebbe sorta Roma nelle campagne del Cimino o nelle aree tufacee delle valli del fiume Lente o del basso corso del Fiora nell'antica Tuscia. Magistrale resta la bella introduzione, (nella parte) di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'età monarchica*, cit., p. 3 ss.

<sup>56</sup>) Del fatto chiede conto il capo della comunità di appartenenza della vittima al capo della comunità di appartenenza del reo. Se quest'ultimo rivendica a sé e alla propria comunità la paternità del fatto e dunque l'iniziativa offensiva, la reazione della comunità offesa si indirizzerà verso il capo e la comunità di colui che materialmente ha portato l'offesa. Se, viceversa, il capo e la comunità di colui che materialmente ha portato l'offesa si professeranno estranei all'offesa stessa, il membro che l'offesa ha procurato viene espulso o consegnato, previa eventualmente la punizione domestica. Per quanto superficiale (e anche un po' *naïve*) una ricostruzione del genere potrebbe davvero rendere, seppur approssimativamente, la realtà del tempo precedente la fondazione di Roma.

plicasse ostilità verso la comunità come tale: si tratta, oltre tutto, di un istituto che ha fortissimi legami con le prassi osservate anche molto successivamente, nell'ambito del diritto pubblico in senso stretto<sup>57</sup>.

Accanto a (e in prevenzione di) tale soluzione non dovette però – dall'altro lato – tardare a delinearsi l'alternativa dell'accordo, per il quale l'«incidente» veniva chiuso senza consegna del reo e senza pregiudizio per i rapporti tra le comunità, risolto attraverso una dazione sostitutiva e satisfattiva di utilità negoziate, che forse, in principio erano intese alla stregua di una somma di riscatto.

Altro questa non è – a ben vedere – che la composizione, o *pactio*, la quale, secoli dopo, compare nella codificazione decemvirale.

Composizione che – inizialmente in forma di riscatto – doveva esistere ben prima delle dodici Tavole, se il re Numa, secondo la tradizione, ebbe a vietarla nel caso dell'omicidio: ordinando che l'assassino fosse *paricidatus*, è infatti implicitamente vietato che potessero pattuirsi soluzioni diverse dalla morte retributiva del reo<sup>58</sup>.

Si profila dunque con Numa – e siamo all'alba di Roma – un caso di provocata «indisponibilità» (meglio: di «necessità») della vendetta, nel senso che la vendetta diviene impassibile di essere «sostituita con un'obbligazione pecuniaria». E siccome nella «substitution d'une obligation pécuniaire au droit de vengeance» ho voluto vedere l'origine della vicenda privatistica, che ha improntato il regime sostanziale e processuale dei fatti, che sarebbero divenuti poi gli illeciti di diritto privato, o *delicta*<sup>59</sup>, non posso che iscrivere entro un diverso insieme i diversi fatti che, al contrario, inderogabilmente, chiamassero una vendetta necessaria, quale è – fra tutti – l'omicidio, dopo la legge di Numa.

Ecco allora che si manifesta, per la prima volta, una «differenza» tra quelli che saranno poi i *crimina* e i *delicta*: i primi, assorbiti al nascente ambito pubblico della pure nascente *civitas*, che – sussumendo in sé la comunità costituita – si sovrappone e in qualche modo oblitera molta parte delle funzioni precedentemente assolte dalle compagini gentilizie o familiari in senso lato.

---

<sup>57</sup>) Si tratta, oltre tutto, di un istituto che ha fortissimi legami con le prassi osservate anche molto successivamente, nell'ambito del diritto pubblico in senso stretto: per esempio in Liv. 21.10, dove per ben tre volte è fatto riferimento all'istituto: la prima volta, con la richiesta di consegna del reo di una violazione del *ius gentium*: *auctorem culpa et reum criminis deposcunt*; la seconda con l'interrogativo retorico circa la paventata consegna addirittura di Annibale: *dedemus ergo Hannibalem? dicet aliquis*; infine con la rappresentazione di un destino il quale – oltretutto di materiale *deditio* – è di allontanamento e rimozione: *nec dedendum solum id piaculum rupti foederis, sed si nemo deposcit, debebendum in ultimas maris terrarumque oras, ablegandum eo unde nec ad nos nomen fama que eius accedere neque ille sollicitare quietae civitatis statum possit, ego ita censeo*.

<sup>58</sup>) Introducendo così il presupposto della dicotomia tra l'illecito privato e quello pubblico, dove però ciò che è privato su scala cittadina, è pubblico su scala gentilizia.

<sup>59</sup>) In ciò seguendo l'insegnamento, già ricordato in apertura del § 3, di F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation*, cit., p. 335, da cui provengono le parole tra virgolette nel testo.

I secondi, conservati all'antico regime, il quale voleva – accanto al rilascio del reo affinché andasse incontro a vendetta – la possibilità di pattuire un diverso esito di accomodamento.

Fino al tempo di quel re, omicidio, *membrum ruptum, os fractum* (e ogni *iniuria* in genere) dovevano essere, quali *species* tutte del medesimo *genus*, insensibili alla partizione tra «privato» e «pubblico», che al tempo ancora doveva sovrappiungere e anzi forse stava, proprio con la legge di Numa, sovrappiungendo.

La dicotomia tra pubblico e privato, infatti, non è congenita: «il sovrapporsi dell'organizzazione cittadina ai gruppi sociali minori apre l'adito al graduale inserimento della persecuzione statale nel primitivo regime della vendetta privata»<sup>60</sup>. Vendetta privata che, analogamente a quanto si è visto accadere per i delitti privati (a cominciare dal *membrum ruptum*, per il quale la vendetta, pur calmierata nei limiti del taglione, è attestata in età decemvirale) caratterizzava anche e soprattutto la reazione al fatto criminale dell'omicidio: la pubblicizzazione di quella fattispecie sembra in effetti giungere non per via della rimessione dell'iniziativa sanzionatoria alla collettività, ma in forma di imposizione «ai congiunti di uccidere l'uccisore, allo scopo di impedire [...] che nella situazione di impurità derivante dal sangue versato, essi si appagassero della composizione pecuniaria»<sup>61</sup>, e, dunque, per via del divieto di praticare, in caso di omicidio, l'antica alternativa della *pactio*.

Finiva, per l'omicidio, il tempo della «disponibilità».

La disponibilità della reazione in capo all'offeso (la scelta di se e come rispondere), originariamente propria di ogni fatto offensivo, cessò con Numa di esserlo per l'omicidio; residuando nel caso degli illeciti minori, finì – la disponibilità – per positivamente caratterizzare questi ultimi.

Con la conseguenza che oggi – dimenticato il divenire storico degli istituti – confondiamo una caratteristica negativa distintivamente sopravvenuta (il divieto di composizione per l'omicidio e, dunque, la necessità della irrinunciabile pena-vendetta), con una caratteristica positiva residualmente conservatasi (la possibilità della *pactio* per gli illeciti minori, con negoziazione della qualità e quantità della perfino rinunciabile pena-vendetta).

Confondiamo, perché avvertiamo come specialità, non il fatto mutato e «nuovo» che siano indisponibili le conseguenze dell'omicidio, ma quello immutato, «antico e di sempre» che invece, negli altri casi, le conseguenze siano disponibili.

---

<sup>60</sup>) B. SANTALUCIA, *Gli inizi della repressione criminale*, in *Lineamenti* (cur. M. TALAMANCA), cit., p. 35.

<sup>61</sup>) Così ancora per l'insegnamento di B. SANTALUCIA, *Gli inizi*, cit., p. 38 s. e ID., *Diritto e processo*, cit., p. 16, precisa che la legge di Numa, oltre a trasformare «l'omicidio volontario in un crimine non suscettibile di composizione», pone le basi «per una graduale configurazione dell'omicidio quale crimine di interesse pubblico, sanzionato con pena irrogata dallo stato e, in quanto tale dotato di propria individualità rispetto agli altri delitti originariamente rientranti nella sfera della vendetta gentilizia».

Ristabilendo l'ordine logico e storico delle cose, e mettendo a fuoco l'affondo regio che ha estromesso l'omicidio dall'insieme degli illeciti passibili di amministrazione nella maniera di sempre, il contesto risulterà subito ben più facilmente leggibile.

7. Per concludere: *la noxae deditio* indubbiamente ha conservato nel tempo lunghissimo della propria effettività di istituto (da prima che fosse Roma, a dopo che fu) la sua originaria funzione di espulsione del reo, quando il fatto da costui posto in essere non era assunto come proprio dalla comunità di appartenenza, sia questa l'antica *gens* o la sopravvenuta famiglia agnatizia: quando cioè (il capo de) la comunità dell'agente non intendeva farsi carico delle conseguenze del fatto.

In ciò essa è senza dubbio figlia (o sorella) delle analoghe prassi attestate, sempre a Roma (e non solo), nel diritto pubblico e in quello criminale, almeno delle origini. E risponde perfettamente all'esigenza, anche irrazionale o superstiziosa d'indole, di purgazione cui poteva aspirare un gruppo collettivamente costituito, quando un proprio componente avesse assunto condotte giuridicamente, moralmente o socialmente devianti<sup>62</sup>.

L'istituto dimostra, con le sue attitudini, il rilievo antico delle comunità familiari collettivistiche, cui evidentemente competeva una soggettività esclusiva, la quale non lasciava spazio ai singoli: singoli che finivano dunque per rilevare come tali, solo se e in quanto dimessi, disconosciuti, *scaricati* dalla comunità che – previo un giudizio comparativo di costi e benefici – non riteneva di conservarli al proprio interno, perché ciò avrebbe significato assumere responsabilità collettiva in ordine alle conseguenze del fatto contestato, da costoro posto in essere<sup>63</sup>.

Il quadro ora tratteggiato, valido per l'età gentilizia, entra però lentamente in crisi, quando irrompe nella scena un nuovo e più forte soggetto collettivo, ossia quella «cosa» coalizzatasi intorno al carisma di un *rex*; cosa che convenzionalmente ho chiamato e chiamerò *civitas*.

Siamo a metà dell'ottavo secolo: il nuovo soggetto occupa e attrae prepotentemente a sé, in serrata progressione, quello che – a cose fatte – sarà (l'ambito de) il diritto pubblico. Né tollera, nell'ambito assorbito, alcun filtro tra sé e il singolo *ci-*

---

<sup>62</sup> Questa, a ben vedere, è la funzione propria e caratteristica della *noxae deditio* in tutte le età in cui la si può osservare. Circa le prassi del diritto pubblico, già ho richiamato Liv. 21.20; quanto al diritto criminale, il rinvio non può che essere alla sacertà, per la quale devo limitarmi al richiamo di B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., p. 7 ss., dove sono altresì raccolte le fonti e la letteratura fino al 1999.

<sup>63</sup> Il concetto in realtà va costruito al rovescio: non si trattava di assumere una responsabilità: la responsabilità faceva carico al gruppo, che però se ne liberava estromettendo il componente materialmente reo, il quale finiva per fare comunità per conto suo. Con buona ragione, F. DE VISSCHER, *Le système*, cit., p. 347 ss., intravede nel fenomeno l'inizio della responsabilità individuale, che ebbe tristemente a manifestarsi mediante radicamento diretto, in capo del reo estromesso come tale e non perché partecipante a una comunità che lo ricomprendeva.

*vis* partecipante, perché la *civitas* non è la *gens* delle *gentes*, ma una compagine collettiva fatta immediatamente di *cives*, i quali vi partecipano direttamente, come tali: siano essi – è fondamentale – *gentiles* (perciò ricompresi anche in un diverso insieme), o che anche *gentiles* non siano.

Fuori del proprio «territorio» d'elezione (ovvero fuori della sfera pubblica), le cose poterono proseguire come per il passato, con il *rex* che stava a guardare le *gentes*, le quali facevano come sempre da filtro interposto nei rapporti privati occasionati dalla condotta di singoli appartenenti a compagini diverse; rapporti che, giuridicamente, erano riferibili, in via esclusiva, alle rispettive *gentes* di appartenenza, sole abitatrici di quel primitivo mondo (pre)giuridico<sup>64</sup>.

In questo diverso «territorio» (nella sfera, cioè, privata), pur nell'ombra di monarchi non sempre bendisposti nei loro confronti, le *gentes* resistettero per qualche tempo ancora, prima di andare incontro a una seconda e fatale «débacle», che tuttavia non veniva loro inferta dalla neonata comunità cittadina o dal suo magistrato.

Sarebbe stata l'emersione di una più agile e moderna cellula familiare la ragione della sostanziale desuetudine, verso cui l'intero sistema collettivistico dei «clan» gentilizi ebbe allora a irreversibilmente avviarsi<sup>65</sup>.

La funzione di soggetto-filtro, interposto, quanto ai rapporti di diritto privato, non sarebbe tuttavia venuta meno: quell'ambito forse non interessava e non fu perciò assorbito al potere del re. Sarebbe allora passato di mano, dalle *gentes* ormai in smantellamento, alle nuove *familiae* di impronta agnaticia, che ne presero il posto.

Al *pater* onnipotente di queste ultime – succedutesi nel frattempo generazioni sempre più disinvolute e dimentiche degli antichi valori ancestrali – sarebbe toccato, fra tanti altri, il potere di scegliere, nel caso di un sottoposto reo, tra *litis aestimationem sufferre* e *noxae dedere*, perché in ciò, agli occhi di un contemporaneo di Gaio, doveva in effetti risolversi in massima parte l'istituto.

Non più la *tremenda maiestas* di sciogliere l'alternativa tra il confermare, da un lato, e confortare il proprio figlio, caricando sulla *gens* o sulla *familia* collettivamente, quanto (di buono e) di cattivo dalla sua condotta poteva derivare; e il cacciarlo, dall'altro, disconoscerlo, dargli danno: ché andasse pure incontro – da solo – al suo maledetto destino, in questa vita e nell'altra.

Ciò perché, almeno in origine, si ragionava precisamente di un «maledetto destino», cui il reo veniva consacrato: ciò che è indispensabile tenere presente, per potersi raffigurare:

– tanto la ragione per la quale era il corpo direttamente a esserne gravato, piuttosto

---

<sup>64</sup>) E, a maggior ragione, amministra e risolve i fatti intervenuti fra singoli al proprio interno.

<sup>65</sup>) Mi piace richiamare in argomento la sintesi svolta in G. FRANCIOSI, *La famiglia romana*, Torino, 2003, p. 75 ss.

sto che la persona che di quel corpo disponeva (e che a quel destino andava incontro solo perché in quel corpo «insediata»);

- quanto la ragione per la quale aveva efficacia pienamente liberatoria la consegna di quel corpo (o di una sua parte soltanto), anche previamente fatto cadavere.

Un maledetto destino, che – in barba alla laica raffinatezza del sapere giuridico dell'età classica – continua a popolare l'immaginario ben più smalzato dei contemporanei di Gaio, se è vero che – ancora al tempo del giurista antoniniano – l'istituto, pur liberatosi dalla variante che prevedeva la *deditio* del cadavere, viene abbastanza evidentemente collegato a istanze metagiuridiche di confinamento non dell'*oportere*, ma della *nequitia* – cioè del male – che, allocata nella fisica corporeità del reo, non deve, da quei confini (*ultra*), poter uscire e *damnare*, quasi per contagio, coloro che, con il reo, proseguissero a intrattenere rapporti: per dirlo con parole mutate dalla lettera veronese – *ne nequitia eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esset*<sup>66</sup>.

La *noxae deditio* sopravvive dunque a se stessa, dando prova di una vitalità sorprendente per un istituto così intriso di brutale e superstiziosa primitività.

Trova dapprima una sua funzione di contenimento del male, sanzionando l'espulsione irreversibile del membro della comunità, corrotto da *nequitia* e perciò come infetto, e permettendo la salvezza della comunità medesima così mondata. Rimedia quindi – in altre parole – alla ineluttabile solidarietà che caratterizza le antiche comunità familiari<sup>67</sup>.

Assiste la *noxae deditio* alla nascita del «pubblico» a Roma e resta a riscontrare, con la sua conservata presenza, l'immutazione degli illeciti, che, da allora, presero a differenziarsi dai fatti pubblici e residuarono «privati»<sup>68</sup>.

Acquista quindi l'istituto un nuovo spessore, quando l'alternativa di sempre, tra il rilascio del reo e l'assunzione di responsabilità collettiva da parte del gruppo di appartenenza, conosce – per speciale declinazione del modo di assunzione di tale responsabilità – la nuova modalità della pattuizione di una soluzione negoziale soddisfattiva, ottenuta mediante l'attribuzione di utilità.

---

<sup>66</sup>) Davvero la *noxae deditio* è uno di quegli istituti – scriveva introduttivamente F. DE VISSCHER, *Le système*, cit., p. 341 – «qui ont connu une fortune singulière. Tout indique qu'elles sont issues de conditions sociales extrêmement primitives, les plus anciennes que l'histoire puisse nous retracer. Pourtant elles ont survécu à l'organisation de la cité: elles ont été mises en oeuvre par la loi des XII tables. Nous les trouvons en pleine vigueur dans les procédures savantes et raffinées du droit classique; Justinien enfin leur a donné une dernière consécration».

<sup>67</sup>) Contrasta inoltre, per usare le parole di P. GRÖSCHLER, *Considerazioni*, cit., p. 22, la vendetta di sangue, che infatti cessa di toccare i membri della comunità diversi dal reo, concentrandosi ogni esito in danno di questo soltanto.

<sup>68</sup>) Soccorre ancora l'autorità di F. DE VISSCHER, *Le système*, cit., p. 362: «l'abandon noxale est donc une institution absolument étrangère au droit pénal public romain. Il appartient en propre au droit pénal privé».



Vede sopravvenire un'inversione concettuale, per cui – a un certo momento – nella dialettica che oppone la vittima all'avente potestà sul reo, diviene non l'oggetto ordinario dell'aspettativa della vittima, ma la seconda scelta dell'avente potestà, quando costui non voglia *litis astimationem sufferre*<sup>69</sup>.

Perde, almeno in apparenza, molta parte del proprio portato ancestrale quando – in consonanza con l'evoluzione socio-culturale di Roma – l'istituto approda a un esito coerente con la (nel frattempo intervenuta) pecuniarizzazione del giuridico<sup>70</sup>; nel quale esito la *noxae deditio* finisce per giocare il ruolo di calmiera contabile nella trattativa di risarcimento, contenendo – in un primo tempo – le possibilità di abusare da parte della vittima del proprio potere contrattuale in sede di *pactio*; alleviando – di poi – gli effetti talora non concretamente proporzionati delle pene pecuniarie commisurate per legge alla dimensione del danno, o di un suo multiplo<sup>71</sup>.

Sembra, per un momento, dimenticare che cos'era all'inizio, quando cessa di mostrarsi nella sua forma antica e prototipica di rilascio del cadavere del reo, salvo però – in ciò davvero sopravvivendo a se stessa – porsi comunque nella prospettiva ineffabile e sfuggente, in cui ancora Gaio la avverte, quale presidio, giuridico e non giuridico al tempo stesso, del confine tra il bene e il male, ogni volta che quest'ultimo si manifesta nel modo che da sempre lo caratterizza, cioè corrompendo senza rimedio chi ne diventa strumento e portatore.

*Noxa caput sequitur*: come per una maledizione, il male si insedia nella carne di chi ne vien corrotto e in essa carne si mantiene, insensibile alla vicenda di vita o di morte cui questa va incontro.

Insensibile, a maggior ragione, alla misera questione della riferibilità potestativa di colui, che di quella carne è fatto.

---

<sup>69</sup>) Lo evidenzia fondatamente F. DE VISSCHER, *Le système*, cit., p. 366. Sottolinea l'inversione anche P. GRÖSCHLER, *Considerazioni*, cit., p. 197, 210, 222. A inversione avvenuta, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 619, può a buon diritto – ancorché forse con eccessivo dogmatismo – ragionare di obbligazione alternativa *cum facultate solutionis*.

<sup>70</sup>) È tuttavia forse eccessivo parlare, a questo proposito, di «involuzione», come fa E. FRANCESCONI, *Il corpo*, cit., p. 173: ciò perché, a mio avviso, l'attitudine meta-giuridica di sempre non viene mai meno. E perché le funzioni che l'istituto acquista nel tempo possono ben essere viste come semmai un'evoluzione o un adattamento di una soluzione – quelle della *noxae deditio* – che certamente ha, nel tempo, dimostrato una vitalità davvero eccezionale.

<sup>71</sup>) È il momento ben scolpito nelle parole di M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 619: «a seguito di un'evoluzione di cui ci sfuggono i particolari, alla fine dell'epoca repubblicana il diritto dell'offeso non è più rivolto alla persona del colpevole, bensì alla pena, che il *paterfamilias* è obbligato a pagare, ma dalla quale si può liberare offrendo la *noxae deditio*».

