

CARLO PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea.*

L'ARTE DEL DIRITTO

Collana diretta da Luigi Garofalo

CARLO PELLOSO

STUDI SUL FURTO
NELL'ANTICHITÀ MEDITERRANEA



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2008

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2008 Wolters Kluwer Italia Srl

ISBN 978-88-13-29615-5

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Centrofotocomposizione Dorigo - Padova

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

IL REGIME DEL FURTO E LA 'RATIO' DELLA PENA NELLA PROSPETTIVA DELLE 'NOCTES ATTICAE'

1. Aulo Gellio e la cultura dell'impero umanistico	pag.	1
2. Sesto Cecilio Africano e Favorino di Arles: <i>auctoritas e ratio</i> del passato	»	9
3. Aulo Gellio e l'analisi comparatistica <i>de furtis</i>	»	21
4. Prospetto conclusivo	»	27

CAPITOLO SECONDO

LA PERSECUZIONE DELLA ΚΛΟΠΗ DI BENI PRIVATI NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ATTICA

1. Violenza, vendetta e repressione penale tra prediritto e diritto	pag.	33
2. La legislazione solonica sulla repressione dei furti e il 'procedimento sommario per direttissima' contro i ladri	»	58
3. L'estensione concettuale della cd. flagranza per diritto attico	»	77
4. La δίκη κλοπής: procedura e casi di esperibilità	»	98
5. Il problema dell'esistenza della γραφή κλοπής in diritto attico	»	123

CAPITOLO TERZO

LA REPRESSIONE DECEMVIRALE DEL 'FURTUM MANIFESTUM'
E DEL 'FURTUM NEC MANIFESTUM'

1. Furto notturno e furto diurno tra sacertà e libertà	pag. 135
2. La legislazione decemvirale del furto in Tab. 8.12 e Tab. 8.13: 'self-help' reattivo e preventivo?	» 152
3. Il <i>furtum manifestum</i> : <i>poena capitis</i> e pena privata in <i>quadruplum</i>	» 192
4. <i>Poena capitis, crimen capitale</i> : profili terminologici e procedurali	» 221
5. L' <i>adoratio furti</i> e la repressione per <i>legis actio sacramento</i> del furto non qualificato dalla flagranza	» 244
6. Flagranza del furto e consumazione della fattispecie	» 262

CAPITOLO QUARTO

L'ANTICO DIRITTO EGIZIO E I 'FURTA LICITA' IN ARISTONE

1. Aristone e i furti leciti presso gli antichi egizi	pag. 281
2. Diritto, politica e religione nell'antico Egitto: sudditanza, prestito, indifferenziazione	» 288
3. 'Weltordnung' e monarchia divina: alle fonti dell'antico diritto egizio	» 316
4. Furti e pene nell'antico Egitto: i giudizi del tribunale operaio, del vizir, del faraone	» 342
5. Le possibili fonti del <i>liber Aristonis</i> in tema di furto presso gli antichi egizi	» 355
Nota sulla traslitterazione dei caratteri egizi	pag. 367
<i>Indice degli autori</i>	» 371
<i>Indice delle fonti</i>	» 387

*Al Professor Luigi Garofalo,
mio Maestro tanto nella vita quanto nello studio,
con infinita gratitudine filiale.*

CAPITOLO PRIMO

IL REGIME DEL FURTO E LA 'RATIO' DELLA PENA NELLA PROSPETTIVA DELLE 'NOCTES ATTICAE'

SOMMARIO: 1. Aulo Gellio e la cultura dell'impero umanistico. – 2. Sesto Cecilio Africano e Favorino di Arles: *auctoritas* e *ratio* del passato. – 3. Aulo Gellio e l'analisi comparatistica *de furtis*. – 4. Prospetto conclusivo.

1. *Aulo Gellio e la cultura dell'impero umanistico.*

L'*unicum* letterario dell'erudito «enciclopedista»¹ Aulo Gellio, ossia le *Noctes Atticae*², definito efficacemente, non molti anni or sono,

¹ Così F. CAVAZZA, *Introduzione. Aulo Gellio, Le notti attiche*, Bologna, 1985, 12.

² Gellio, 'trait d'union' tra i vari circoli letterari dell'epoca (cfr. B. BALDWIN, *Aulus Gellius and his Circle*, in *Acta Classica*, XVI, 1973, 103 ss.; ID., *Studies in Aulus Gellius*, Lawrence, 1975, 95 ss.), nasce intorno al 120 d.C.: da Gell. 7.6.2, infatti, apprendiamo che egli fu *adulescens* sotto la *praefectura urbi* di Erucio Claro, ossia nel 146 d.C. (anche se va detto che l'uso del sostantivo *adulescens* in Gellio pare particolarmente lato, se è vero che in Gell. 14.2.1 l'autore scrive che fu scelto da *adulescens* come *iudex* per i processi privati). Per la data di pubblicazione delle Notti Attiche (così dette perché altro non sono che una miscellanea, *ordine rerum fortuito*, di appunti e note raccolti promiscuamente, cui l'erudito diede vita durante le notti del suo lungo soggiorno ateniese), potremmo avere l'anno preciso (169 d.C.) se fosse corretta l'informazione del cronista medievale Radulphus de Diceto (V. PALADINI - E. CASTORINA, *Storia della letteratura latina*, Bologna, 1973, 417). Vero è, comunque, che da Gell. *praef.* 1.21 sappiamo che alla fine della stesura dei venti libri di cui si compone l'opera, l'autore era padre di figli già cresciuti, e da Gell. 20.1.6 risulta che nell'anno 900 dalla fondazione (150 d.C.) egli stesso era in piena attività. I giudizi sulla produzione letteraria di Gellio, secondo la critica letteraria, non sono certo dei più benevoli: egli, allievo di Gaio Sulpicio Apollinare, di Antonio Giuliano e Tito Castricio, nonché frequentatore dello scettico Favorino, quale «amante dello studio e avido di cognizioni ... raccoglieva diligentemente ciò che

come «a glimpse of the 'smart set' of Antonine Rome»³, si colloca cronologicamente in un secolo, appunto il secondo d.C., densissimo – e non solo per la storia del diritto romano – sotto molteplici profili. L'età eroica della giurisprudenza dei «grandi creatori» e degli «audaci pionieri»⁴ aveva ceduto oramai il passo alla calma rinascimentale della 'sistemazione'⁵ e della 'razionalizzazione'⁶ dei frutti repubblicani e dell'ostico primo secolo di principato, nella tendenziale ricerca di un ordinato, ma non 'sabinianamente' chiuso, *ius finitum*⁷. Entro la cornice del cd. «impero umanistico»⁸ si andava, di poi, a cementare sem-

più di curioso e notevole gli pareva di leggere nelle opere di autori greci e latini e di udire in quelle conversazioni di grammatici, di retori e di sofisti; ... uomo d'ingegno mediocre e angusto, di una curiosità senza disegno e senza vastità, ha la gioia sincera di ammassatore di appunti, che rintraccia notizie rare o minute sul modo di spiegare una frase o un vocabolo, di scrivere una parola, una formula religiosa o una questione giuridica, raccogliendo con diligenza coscienziosa in una miniera, divenuta di prezioso valore, passi e brani di più che duecento autori poco noti o ignoti» (C. MARCHESI, *Storia della letteratura latina*, II, Milano - Messina, 1968, 387 s.). Sulla biografia dell'autore, sul 'background' culturale, sui problemi di cronologia connessi alla sua opera cfr., utilmente, H. NETTLESHIP, *The 'Noctes Atticae' of Aulus Gellius*, in *AJPh*, IV, 1883, 391 ss.; L. HOLFORD-STREVEVS, *Aulus Gellius*, London, 1988, *passim*; nonché l'imprescindibile F. FINOCCHIARO, *Bibliografia gelliana (1931, 1986)*, Messina, 1989.

³ S.M. BEALL, 'Homo fandi dulcissimus': the Role of Favorinus in the 'Attic Nights' of Aulus Gellius, in *AJPh*, CXXII, 2001, 87.

⁴ F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 181.

⁵ Cfr., sul tema, per l'emersione del 'sistema', A. SCHIAVONE, 'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente, Torino, 2005, 324 ss., 328 ss.

⁶ Parlo di 'razionalizzazione' in senso affatto divergente da quello impiegato dal Casavola (F.P. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in Id., *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 163 ss.), e mi riferisco con tale terminologia alla *ratio* intesa non come sovrastruttura metafisica ed eterogena (in sé inglobante le *rationes civilis* e *naturalis*), ovvero come categoria affine a quella retorica della persuasività, bensì come istanza positiva interna al sistema normativo stesso, un'istanza di politica legislativa afferente alla 'coerenza ordinamentale', necessario collante e fonte di intrinseca armonizzazione per l'attività di (riformata) nomogenesi del *ius commune* imperiale.

⁷ Nerat. 5 membr. D. 22.6.2: *in omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*. Sul punto, cfr., per tutti, le penetranti considerazioni di A. SCHIAVONE, *Studi e logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Laboneo a Ulpiano*, Napoli, 1971, 148, che – certo della poratata generale della sentenza neraziana – allontana la 'finitezza' aperta dell'*ars iuris* – quale quella espressa nelle *Membranae* – da quella, tendenzialmente chiusa in un empirismo descrittivo e sintetico, propria della corrente sabino-cassiana.

⁸ V. PALADINI - E. CASTORINA, *Storia della letteratura latina*, cit., 407. *Humanitas* e *ratio* paiono essere le parole chiave di questo secolo, formando esse una endiadi in-

pre più il sodalizio tra le dinastie dei *principes* «amici dei filosofi»⁹, da

scindibile i cui portati ideologici operano anche, e soprattutto, *sub specie iuris*. Il connotato primario di questo periodo, sotto l'aspetto della formazione dell'*ius*, è il progressivo intensificarsi del potere nomopoietico dell'imperatore (un imperatore che ancora non è connotato da *divinitas* come i *domini et dei* dell'impero assoluto, ma da *humanitas* e, quindi, da *indulgentia* e *benignitas* non teologicamente supportate); di contro, le antiche forme di produzione del diritto assembleari (quali leggi comiziali e plebisciti) si esauriscono, il senatoconsulto diviene un *instrumentum principis*, e il pretore non è più ammesso alla modifica e alla innovazione del suo editto. Il potere normativo del principe, invece, come abbiamo poc'anzi notato, si intensifica e si espande intromettendosi anche nel mondo della giurisprudenza attraverso la concessione del *ius respondendi ex auctoritate principis*, di modo che la creazione del nuovo diritto è oggetto di una formale 'diarchia' (che, in sostanza, si impone però come una nomopoiesi 'monarchica' del *princeps*). Uno sviluppo, quello testé delineato che, come è *communis opinio* (cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Le costituzioni imperiali nel sistema normativo del principato. Il 'ius extraordinarium' e la 'cognitio extra ordinem'*, in M. TALAMANCA [ed.], *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano, 1989, 423 ss.) trova la propria *akmè* nell'opera di Adriano (contra, cfr. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz - Wien - Köln, 1967, 291), imperatore a partire dal quale la *constitutio* diviene usuale in tutte le sue forme (cfr., sul punto, N. PALAZZOLO - F. ARCARIA - O. LICANDRO - L. MAGGIO - P. SCUTO, *Le fonti di produzione del diritto romano*, Catania, 2002, 97 ss., ove si parla di «svolta adrianea»), il *ius respondendi* è disciplinato definitivamente (F. WIEACKER, *Respondere ex auctoritate principis*, in *Satura Feenstra*, Fribourg, 1985, 71 ss.), e il *ius edicendi* dei magistrati esercenti *iurisdictio* è soggetto a una totale stasi (evito intenzionalmente di parlare di 'codificazione giuliana' dell'editto, a mente delle, a mio modo di vedere, persuasive argomentazioni di A. GUARINO, *L'esaurimento del 'ius honorarium' e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi in onore di E. Albertario*, I, Roma, 1953, 627 ss.; ID., *La leggenda della codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *ACIV*, II, 1951, 167 ss.: e ciò nella consapevolezza di una dottrina compattamente unanime nel sostenere la storicità di detta 'codificazione'). Giurista e principe, dunque, formano un tutt'uno, dando vita a una sinergia che vede i suoi poli nella forza (politica) e nella ragione (scientifica) e il suo cemento nella *humanitas* e nella *benignitas*. E teleologicamente l'umanesimo giuridico sublima il concetto di uomo ed esalta la sua dignità; strumentalmente tende ad un equilibrio tra regola e sanzione, tra prevenzione e repressione, tra caso concreto e caso astratto, sempre in vista della umana razionalità del *bonum* e dell'*aequum* che devono ispirare, tra l'altro, «l'enumerazione chiara e precisa della norma; l'elaborazione coerente di un regime; l'uso corretto dell'argomentazione; l'esposizione ordinata del sistema giuridico» (P. VOCI, *Manuale di diritto romano. Parte generale*, I², Milano, 1998, 147): su questi temi e, anzitutto, sulla *humanitas* intesa quale *ratio decidendi*, cfr. L. GAROFALO, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *L'humanitas nel mondo antico: filantropia, cultura, pietas*. *Convegno Nazionale di Studi. Treviso, 22 novembre 2003*, Treviso, 2005, 27 ss. (nonché in L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 1 ss.: dal quale si citerà d'ora in avanti).

⁹ Si potrebbe, anzi, parlare di una vera e propria cooptazione dei *prudentes* all'interno del nuovo sistema costituzionale, in quanto essi, su chiamata dell'imperatore stesso, sarebbero andati a costituire «con il loro bagagliaio di *scientia*, la colonna portante

un lato, e gli intellettuali romani (nonché, se si vuole escluderli da quest'ultima categoria, i *iuris periti*¹⁰), dall'altro. La *pax Romana*, infine, veniva scalfita nella sua granitica monoliticità solo dalle campagne traianee in Dacia e, sotto Marco Aurelio, dalle guerre di difesa contro i Marcomanni¹¹, in un'età realisticamente descritta dai contemporanei – per non citare, peraltro, i panegiristi¹² – come pervasa di un quieto ordine¹³. Tutti i presupposti perché l'impero sorto e fiorito sulle ceneri della *libera res publica Romanorum* si imponesse come esperienza – in sé irripetibile – di civiltà amalgamatrice e di respiro ecumenico erano pienamente operativi¹⁴.

Questo, dunque, per sommi capi, il contesto generale in cui si inseriscono (e che presuppongono) le pagine delle Notti Attiche, pagine che trasudano costantemente una forte «estetizzazione della vita»¹⁵, nonché un profondo «gusto per l'antico»¹⁶: anzi, l'opera del bibliofilo Gellio, idealmente, «presuppone, e in parte rappresenta, una società civile scevra da drammi esistenziali, e in essa, come un gheriglio ben

dell'edificio burocratico del *princeps*» (B. BISCOTTI, *La giurisprudenza romana modello di logica giuridica*, in A. CENDERELLI - B. BISCOTTI, *Produzione e scienza del diritto: storia di un metodo*, Torino, 2005, 228).

¹⁰ I quali, come apprendiamo da Gell. 13.13.1, erano una costante del 'milieu' culturale frequentato da Gellio.

¹¹ Cfr., per tutti, A. ZIOLKOWSKI, *Storia di Roma*, trad. it., Milano, 2000, 357 ss.

¹² Cfr., sul punto, gli opportuni richiami ad Elio Aristide e al suo 'Elogio di Roma', in G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, Bologna, 2002, 133 s.

¹³ Cfr. Tac. *hist.* 1.1, 4.74.

¹⁴ V., sul punto, con impareggiabile capacità di sintesi, P. DESIDERI, *La romanizzazione dell'impero*, in A. SCHIAVONE (ed.), *Storia di Roma*, II.2, Torino, 1991, 577 s. Eccessivamente ottimistici, a mio giudizio, i rilievi di E. GIBBON, *Declino e caduta dell'impero romano*, trad. it., Milano, 1990, 41 ss., che addirittura parla dell'età più felice del genere umano.

¹⁵ G.B. CONTE - E. PIANEZZOLA, *Storia e testi della letteratura latina*, III, *L'età imperiale*, Firenze, 1999, 318, 454.

¹⁶ Così S. TONDO, *Il consorzio domestico nella Roma antica*, Firenze, 1974, 151; cfr., altresì, C.M. CALCANTE, *Arcaismo e livelli di comunicazione letteraria nelle 'Notti Attiche'*, in *Aulo Gellio. Notti Attiche*, I, Milano, 1992, 16 ss.; L. GAMBERALE, *La riscoperta dell'arcaico*, in G. CAVALLO - P. FEDELI - A. GIARDINA (ed.), *Lo spazio letterario di Roma antica*, III, Roma, 1990, 547 ss.; non persuade, invece, il tentativo di circoscrivere l'importanza dell'arcaismo in Gellio, ad opera di R. MARACHE, *La critique littéraire de langue latine et le développement du goût archaïsant au IIe siècle de notre ère*, Rennes, 1952, *passim*; ID., *Mots nouveaux et mots archaïques chez Fronton et Aulu-Gelle*, Paris, 1957, *passim* (seguito da M. PEZZATI, *Gellio e la scuola di Favorino*, in *ASNP*, III, 1973, 856, ma criticato da C. HYART, *Recensione a R. MARACHE, Mots nouveaux*, cit., in *Latomus*, XVI, 1957, 737).

protetto dal guscio, una società culturale soddisfatta di sé, affrancata dai quotidiani *negotia* come dalle grandi irrequietezze dello spirito, o comunque capace in ogni momento di affrancarsene; incline a ridurre ogni problema a misura di grammatica e di retorica, a coltivare, nel chiuso dei circoli e delle conventicole, scaramucce polemiche da iniziati, a tenere sarcasticamente le distanze dal volgo degl'indotti e specialmente dalle proterve ambizioni dei semidotti»¹⁷.

A tal proposito, è suggestivo ricordare con il Casavola¹⁸ come un miniatore ferrarese attivo alla corte degli Estensi, Guglielmo del Magro, avesse ornato il frontespizio di un codice dell'opera gelliana con una rappresentazione della casa dell'erudito romano durante il suo celebre e ispiratore soggiorno in Atene, dinanzi alla quale vengono fotografati (oltre, ovviamente, a Gellio stesso) nell'atto di discutere, sedici uomini i cui nomi compaiono in un pari numero di 'cartigli': Favorino di Arles, Calvisio (o Calveno) Tauro, Marco Cornelio Frontone, Serviliano, Sulpicio Apollinare, Tito Castricio, Peregrino detto 'Proteus', Musonio, Giulio Paolo, Anniano, Numida, Giulio Celsino (in realtà da identificare col precedente personaggio), Erode Attico, Sesto Cecilio, Festo Postumio, Antonio Giuliano. Si tratta, all'evidenza, di una rappresentazione meramente simbolica¹⁹ che, pur tuttavia, ben è sintomatica delle caratteristiche precipue dell'opera di Gellio (e del 'milieu' culturale cui, in essa, si è voluto dar vita): la poliedrica curiosità dell'autore e il suo costante colloquio interdisciplinare ('ideale') con i dotti delle più disparate sfere del sapere²⁰.

¹⁷ G. BERNARDI PERINI, *Introduzione generale*, in *Aulo Gellio. Le notti attiche*, I, Torino, 1992, 9.

¹⁸ F.P. CASAVOLA, *Gellio, Favorino, Sesto Cecilio*, in ID., *Giuristi adrianei*, cit., 77 ss.

¹⁹ F.P. CASAVOLA, *Gellio*, cit., 80 s.

²⁰ V. PALADINI - E. CASTORINA, *Storia della letteratura latina*, cit., 417 s.: «dall'opera di Gellio ... potremmo formarci addirittura una visione toponomastica del 'circolo frontoniano', se non sapessimo che la descrizione dei luoghi e delle occasioni delle dispute in Gellio è il più delle volte inventata, come nelle introduzioni dei dialoghi filosofici di Cicerone. Rivela quindi ben poco la presenza dei principali membri del circolo ora raccolti a tavola, nelle ville di campagna dei *poetae novelli* Anniano Falisco e Giulio Paolo o in casa del celebre filosofo neosofista Favorino, maestro anche di Erode Attico, oppure dello stesso Frontone; ora, invece, in determinati ambienti cittadini come le biblioteche e le librerie, il Foro Traiano e il vestibolo della *domus Palatina*: troviamo Gellio e il poeta Giulio Paolo seduti in una libreria *apud Sigillaria* o, col maestro Sulpicio Apollinare, ancora Gellio presso alcuni librai nel *vicus Sandaliarius* e un'altra volta gli stessi, con molti altri amici, nella biblioteca della *domus Tiberiana*». Quanto alle discus-

Ciò che può semmai stupire è che nel numero di tante insigni personalità (anzitutto retori, grammatici, poeti, filosofi) rappresentati a simposio, Guglielmo del Magro immortali un solo giurista: quel Sesto Cecilio che, del resto, tanta parte ha (come a breve potremo appurare) in un celeberrimo dialogo tenuto con il filosofo 'neosofista' e 'filopirroniano' Favorino di Arles²¹, come minuziosamente riportato nel suo dispiegarsi da Gellio nel ventesimo libro delle *Notti Attiche*²².

sioni del circolo, esse attenevano a questioni grammaticali e lessicali assai minute, al significato di un verbo o di un nome, ovvero si concentravano su argomenti di più ampio respiro, quali considerazioni sull'ira, sulla bellezza, sulle regioni del cielo; e ovviamente su questioni di diritto, ma credo solo per la loro eccentricità e per il loro sapore esotico, o per la rilevanza di certuni inusitati vocaboli, più che per il caso in sé considerato o per il principio da applicarsi. In definitiva, seppur è innegabile l'assenza in Gellio della trattazione di «problemi speculativi» veri e propri, mi pare troppo perentorio il giudizio di chi ha parlato *sic et simpliciter* del «più stanco ripiegamento sul passato» (V. PALADINI - E. CASTORINA, *Storia della letteratura latina*, cit., 418). Crede fermamente alla veridicità delle dispute gelliane M. DUCOS, *Favorinus et la loi des XII Tables*, in *REL*, LXII, 1984, 288 ss., nonché, *ex plurimis*, B. BALDWIN, *Aulus Gellius*, cit., 85: «Gellius was essentially honest; he does not go in for large scale suppression of authorities' names, if only because ... the ancient freedom in matters of copyright precluded any great need for dissembling»; ma, in tema, cfr. gli appunti critici di M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, LXXX, 1977, 278 ss.

²¹ «Miscellaneous philosopher», definito come «the star of the work» da S.M. BEALL, *'Homo fandi dulcissimus'*, cit., 87 s.

²² Il dialogo è stato oggetto di uno studio puntuale del Casavola (F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 1 ss.) cui va dato il merito di aver sottoposto all'attenzione della romanistica una fonte forse troppo a lungo trascurata: in detto studio il Casavola affrontava l'analisi del testo gelliano senza porsi alcun problema in ordine alla attendibilità storica dell'episodio riportato; né si metteva in discussione che le opinioni espresse da Cecilio, come riportate da Gellio, fossero effettivamente da ascrivere al giurista Africano. Tale studio suscitava la critica del Talamanca (assai scettico sulla complessiva attendibilità della fonte), secondo il quale sarebbe stato metodologicamente corretto discutere, anzitutto, sulla storicità del dialogo, di poi, sulla riferibilità delle opinioni a Sesto Cecilio, infine, sulla connessione di tali opinioni con la situazione del discorso, riproduttivo, in linea di principio del *dissos logos* (M. TALAMANCA, *Per la storia*, cit., 278 ss.). Seguiva una risposta dello stesso Casavola che metteva in luce, in primo luogo, come la circostanza che solamente Gellio facesse menzione del dialogo non deve essere considerata ragione sufficiente per negarne la storicità; in secondo luogo, che lo scrupolo gelliano di rinviare alle fonti si impone come indizio di attendibilità; infine che la descrizione dei personaggi involti appare nel complesso verosimile (F.P. CASAVOLA, *Gellio*, cit., 77 ss.). In tema, successivamente, si pronunciava anche il Diliberto che, pur non considerando probanti gli argomenti di replica del Casavola, riteneva il dialogo un 'fatto storico' sulla base della considerazione che la diatriba si conclude con la vittoria del giurista e con il plauso degli astanti e dello stesso Favorino: il che – secondo lo studioso – non sarebbe mai stato scritto da Gellio, se non effettivamente avvenuto (O. DILIBERTO, *La pena tra filosofia e diritto nelle 'Noctes Atticae' di Aulo Gellio*, in O. DILIBERTO [ed.], *Il problema*

Come dire: la presenza dei giuristi nei dibattiti dei circoli intellettuali (vuoi per il puntuale tecnicismo della loro *scientia*, vuoi perché il mondo del diritto non era fatto rientrare nella 'sfera della cultura', bensì nel campo della antica pratica respondente e della neonata macchina burocratica) nel secondo secolo – sempre che si voglia dare al miniatore un senso della profondità storica tale da permettergli valutazioni del genere – non era affatto di grande momento²³.

Ma se rovesciamo la prospettiva, è facile constatare, con quello che rimane dei venti libri di Gellio alla mano, che capitale fu invece il ruolo giocato dalla *scientia iuris* nella formazione 'intellettuale' dell'erudito: le istruttive pagine gelliane sono costellate epidemicamente, infatti, di riferimenti ai giureconsulti romani (più o meno recenti), alle loro dottrine, al loro sapere tecnico, alle loro controversie. Così il richiamo a nomi come Marco Giunio Bruto, Publio Muzio Scevola, Elio Tuberone, Quinto Muzio Scevola, Alfeno Varo, Ateio Capitone, Masurio Sabino, Antistio Labeone, Tizio Aristone (ma l'elenco potrebbe essere ben più pingue²⁴) ci informa di quanta parte nella cultura gelliana (se non nella cultura 'tout court' del secondo secolo) il

della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano, Napoli, 1993, 146 ss.). A parte le considerazioni già sopra viste di Paladini e Castorina (che fanno propendere con forza per la natura fittizia del dialogo), mi pare che il Guarino, nel suo stile inconfondibile, abbia messo in luce altri punti, pienamente condivisibili, che militano per la tesi del Talamanca, così restio a credere alla fedele registrazione mnemonica del lungo e complesso dialogo: «d'accordo che Favorino era, per dirla alla maniera di Accursio, un *talis homo*, una persona altamente per bene; d'accordo che Gellio dice di sé stesso, nella prefazione delle *Noctes*, che egli prendeva annotazioni *ad subsidium memoriae*; d'accordo che 'quanto alle fonti scritte, il bilancio della critica è largamente favorevole alla probità di Gellio'; ma nel caso nostro si tratta di una conversazione piuttosto lunga (cronometrarla per crederlo) svoltasi nel breve tempo dell'attesa di essere ammessi alla *salutatio* del *princeps*, davanti a molte (e presumibilmente non tutte e sempre silenti) persone, in ordine ad una serie di punti che richiedevano scandite citazioni *ad litteram* e meditate pause di riflessione. Sarò un inguaribile incredulo (per non dire un giudice che giudica *iuxta probata et alligata*), ma il probo Gellio, che segue attento tutto questo complesso dialogo e che redige su due piedi schede su schede *ad subsidium memoriae*, io francamente non lo vedo. È più presumibile, a mio avviso, che il dialogo Africano-Favorino, almeno come dialogo, cioè come scambio incessante di precise battute tra i due, non vi sia stato: il che, del resto, non implica che Gellio, nel costruirlo, abbia ommesso di far capo ad adeguate fonti documentali» (A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, 457 s.).

²³ Cfr. F.P. CASAVOLA, *Gellio*, cit., 81 s.

²⁴ V., per un completo ragguaglio e una citazione dei passi rilevanti, F.P. CASAVOLA, *Gellio*, cit., 80 s. e ntt. 16-37.

ius e i suoi *sacerdotes* abbiano in concreto avuto²⁵. E mutandosi ancora la prospettiva, con alla mano una qualsiasi monografia di un romanista e passandosi in rassegna l'indice delle fonti antiche, non può rimanere inosservato che il nome di Gellio è tanto costante (se non, come è ovvio, tante volte citato) quanto la sigla 'D'²⁶: con Diliberto, difatti, da un lato «è appena il caso di ricordare ... quanto numerosi siano i luoghi dell'opera dedicati dall'autore all'analisi di istituti giuridici, di fonti normative o di brani giurisprudenziali spesso per noi altrimenti sconosciuti», dall'altro, non va tralasciato che «Gellio è ritenuto dalla più attenta dottrina complessivamente affidabile nelle citazioni e mosso da un interesse antiquario-erudito (con particolare attenzione alle opinioni dei *veteres*) che lo induce a conservare la propria documentazione il più delle volte scevra da modificazioni e manipolazioni personali»²⁷.

Il sapere dell'autore – il quale ebbe contatti con la scuola del platonico Calvisio Tauro, del dotto Cornelio Frontone (maestro, tra l'altro, dei *divi fratres*), di Erode Attico e, come già sappiamo, di Favorino di Arles²⁸ – ispirato da un gusto personale più propenso alla documentazione che alla speculazione, nonché orientato in senso prettamente 'letterario-antiquario' (ma senza alcun disprezzo per saperi tecnici come quello giuridico o per la filosofia), si impone, dunque, così come si manifesta nelle *Noctes Atticae*, un referente di capitale importanza per lo studio del diritto romano che, anzi, ha condotto già qualcuno a indagare approfonditamente sulle «inter-

²⁵ Gell. 13.13.1: *Cum ex angulis secretisque librorum ac magistrorum in medium iam hominum et in lucem fori prodissent, quaesitum esse memini in plerisque Romae stationibus ius publice docentium aut respondentium, an quaestor populi Romani ad praetorem in ius vocari posset.*

²⁶ Cfr. L. AMIRANTE, *Un'ipotesi di lavoro: le 'sequenze' e l'ordine delle norme decemvirali*, in *Index*, XX, 1992, 205 ss., il quale sottolinea, altresì, il ruolo fondamentale giocato da Verrio Flacco così come compendiato da Festo nel *de verborum significatione* (v., in proposito, F. BONA, *Contributo allo studio della composizione del 'de verborum significatione'* di Verrio Flacco, Milano 1964, *passim*; ID., *Alla ricerca del 'de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione'*, di C. Elio Gallo, in *BIDR*, XC, 1987, 120 ss.; non persuasiva, invece, la tesi di A. MOSCADI, *Verrio, Festo e Paolo*, in *Giorn. it. fil.*, XXXI, 1978, 17 ss., secondo cui Festo non sarebbe stato mero epitomatore di Verrio).

²⁷ O. DILIBERTO, *La pena*, cit., 123.

²⁸ Sul punto, v. l'ottima disamina contenuta in O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII tavole*, I, Cagliari, 1992, 126 ss., con fonti e bibliografia.

sezioni di cultura e scienza giuridica»²⁹ nel secolo dei *principes* illuminati³⁰.

2. Sesto Cecilio Africano e Favorino di Arles: 'auctoritas' e 'ratio' del passato.

Interessante punto di partenza, in tale prospettiva, può senz'ombra di dubbio considerarsi quel celebre dialogo – invero, a mio avviso, con buona probabilità costruito ad arte dall'autore³¹ – attestante, con la disputa tra Favorino e Sesto Cecilio, due concezioni antitetiche di come intendere il rapporto tra 'diritto' e 'antichità', tra 'ragione' e 'violenza'; dialogo che è stato considerato «accanto alla prefazione gaiana al commento alle XII Tavole e all'*Enchiridion* di Pomponio» come il «maggior documento ... per penetrare il mondo delle idee generali dei giuristi tra Adriano e gli Antonini»³².

Nell'esteso *primum caput* del ventesimo libro delle *Noctes Atticae*, si conserva, come è noto, il ricordo di un incontro-scontro – una diatriba, insomma – tra il filosofo e il giurista sopraccitati (o meglio, se si deve propendere per la non rispondenza alla realtà storica del testo gelliano, dovremmo dire che si rinviene, comunque, il resoconto di una dialettica tra mentalità opposte e in tensione). Il filosofo Favorino, accompagnato dallo stesso Gellio, e il giurista Sesto Cecilio atten-

²⁹ F.P. CASAVOLA, *Gellio*, cit., 82.

³⁰ Cfr. Gell. *praef.* 13: *Quod erunt autem in his commentariis pauca quaedam scrupulosa et anxia vel ex grammatica vel ex dialectica vel etiam ex geometrica, quodque erunt item pauca remotiora super augurio iure et pontificio, non oportet ea defugere quasi aut cognitu non utilia aut perceptu difficilia. Non enim fecimus altos nimis et obscuros in his rebus quaestionum sinus, sed primitias quasdam et quasi libamenta ingenuarum artium dedimus, quae virum civiliter eruditum neque audisse umquam neque attigisse, si non inutile, at quidem certe indecorum est.* Sul marcato interesse gelliano per il mondo del diritto – con particolare predilezione per gli aspetti più curiosi del diritto più antico e della disciplina del fenomeno religioso – v. J.-H. MICHEL, *Du neuf sur Gaius?*, in *RIDA*, XXXVIII, 1991, 205 s.; P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino, 1960, 35 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 129, 158 ss., 255 ss.

³¹ Basti pensare che Gellio mette in scena il dialogo tra Favorino e il 'grammatico pedante' sulla *definitio* del *penus* nel medesimo contesto (cfr. Gell. 4.1): il che mi pare almeno un poco sospetto; v., comunque, le sapienti note in tema di M. TALAMANCA, *Per la storia*, cit., 278 ss.

³² F.P. CASAVOLA, *Gellio*, cit., 83.

devano *in area Palatina* l'arrivo dell'imperatore, Antonino Pio, per la *salutatio*: è in tal contesto che insorge la discussione 'amebea' tra i due 'antagonisti' in merito al valore da attribuire alle XII Tavole a distanza di tanti secoli dalla loro redazione; ed è in tal contesto che i due affrontano, rispettivamente dai propri punti di vista, un cospicuo numero di problemi di carattere generale, quale il tema della comprensibilità del testo decemvirale e la questione dell'applicazione del diritto nel *processus* storico di Roma dalla codificazione del quinto secolo a.C. all'emersione, già nel primo d.C., di un potere nomopoietico imperiale³³.

Favorino inizia il dialogo del canovaccio gelliano comparando – sotto il profilo dell'interesse suscitato – le XII Tavole con i dodici libri dei Νόμοι platonici, per attaccare duramente i dettami dei decemviri sotto numerosi profili: i versetti talora, secondo il filosofo, sarebbero linguisticamente e concettualmente oscuri³⁴; talaltra sarebbero connotati *sub specie poenae* da una crudeltà eccessiva e illogica, che avrebbe condotto inesorabilmente alla desuetudine³⁵ (come per la *talio* in cui, a parte le difficoltà pratiche di parificare materialmente l'offesa alla pena, prevarrebbe nettamente la 'logica' illogica della 'ragion fattasi'³⁶); talaltra ancora sarebbero invece, nella loro insensata *blanditia* (come per il caso della *iniu-*

³³ Gell. 20.1.1-3: *Sextus Caecilius in disciplina iuris atque in legibus populi Romani noscendis interpretandisque scientia, usu auctoritateque inlustri fuit. 2. Ad eum forte in area Palatina, cum salutationem Caesaris opperiremur, philosophus Favorinus accessit conlocutusque est nobis multisque aliis praesentibus. 3. In illis tunc eorum sermonibus orta mentiosus legum decemviralium, quas decemviri eius rei gratia a populo creati composuerunt, in duodecim tabulas conscripserunt.*

³⁴ Gell. 20.1.4: *Eas leges cum Sex. Caecilius inquisitis exploratisque multarum urbium legibus eleganti atque absoluta brevitate verborum scriptas diceret, 'sit' inquit 'hoc' Favorinus 'in pleraque earum legum parte ita, uti dicis; non enim minus cupide tabulas istas duodecim legi quam illos duodecim libros Platonis de legibus. Sed quaedam istic esse animadvertuntur aut obscurissima aut durissima aut lenia contra nimis et remissa aut nequaquam ita, ut scriptum est, consistentia'.*

³⁵ Gell. 20.1.10-11: *Sed non levis existimator neque aspernabilis est populus Romanus, cui delicta quidem istaec vindicanda, poenae tamen huiuscemodi nimis durae esse visae sunt; passus enim est leges istas de tam inmodico supplicio situ atque senio emori. 11. Sicut illud quoque non humaniter scriptum improbavit, quod, si homo in ius vocatus morbo aut aetate aeger ad ingrediendum invalidus est, arcera non sternitur, sed ipse aufertur et iumento imponitur atque ex domo sua ad praetorem in comitium nova funeris facie effertur. Quam enim ob causam morbo adfectus et ad respondendum pro sese non idoneus iumento adhaerens in ius adversario deportatur?*

³⁶ Gell. 20.1.14-16: *Nonnulla autem in istis legibus ne consistere quidem, sicuti dixi, visa sunt, velut illa lex talionis, cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: 'si mem-*

ria che avrebbe indotto Lucio Verazio al comportamento che tutti conoscono), impronta, nuovamente, di un pensiero giuridico arcaico e rozza-mente irrazionale³⁷.

Di contro, Cecilio ribatte con argomentazioni tali da poi far ri-credere – sempre stando all'aneddoto così veristicamente dipinto da Gellio – il suo contendente³⁸: l'oscurità – sulla quale come sappiamo ragionava anche Cicerone³⁹ – non sarebbe un portato della grossolanità del pensiero dei decemviri, ma deriverebbe dalla ignoranza dei contemporanei, dalla loro incapacità, trascorsi tanti secoli, di penetra-re la lingua e gli istituti decemvirali⁴⁰; in secondo luogo, le pene criti-cate dal filosofo non sarebbero affatto eccessive, ma commisurate alla gravità dei fatti da sanzionare (come la corruzione del giudice o la 'so-larità' del furto colto *dum fit*, o perpetrato, sempre manifestamente,

brum rupit, ni cum e pacto, talio esto'. 15. Praeter enim ulciscendi acerbiter ne procedere quoque executio iustae talionis potest. Nam cui membrum ab alio ruptum est, si ipsi itidem rumpere per talionem velit, quaero, an efficere possit rumpendi pariter membri aequilibrium? In qua re primum ea difficultas est inexplicabilis. 16. 'Quid si membrum' inquit 'alteri imprudens ruperit? quod enim per imprudentiam factum est, retaliari per imprudentiam debet. Ictus quippe fortuitus et consultus non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. Quonam igitur modo imprudentem poterit imitari, qui in exsequenda talione non licentiae ius habet, sed imprudentiae?'

³⁷ Gell. 20.1.12-13: *Quod vero dixi videri quaedam esse inpendio molliora, nonne tibi quoque videtur nimis esse dilutum, quod ita de iniuria poenienda scriptum est: 'Si iniuriam alteri faxit, viginti quinque aeris poenae sunt'. Quis enim erit tam inops, quem ab iniuriae faciendae libidine viginti quinque asses deterreant? 14. Itaque cum eam legem La-beo quoque vester in libris quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: '...' inquit 'L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordia. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam ple-nam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat'. 'Propterea' inquit 'praetores postea hanc abolescere et re-linqui censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatores se daturos edixerunt'.*

³⁸ Gell. 20.1.55: *Haec taliaque alia ubi Sextus Caecilius omnibus, qui aderant, ipso quoque Favorino adprobante atque laudante disseruit, nuntiatum est Caesarem iam saluta-ri, et separati sumus.*

³⁹ Cfr. Cic. *leg. 2.23.59*: sul tema è assai utile la lettura di O. DILIBERTO, *Conside-razioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index*, XVIII, 1990, 413.

⁴⁰ Gell. 20.1.5-6: *'Obscuritates' inquit Sex. Caecilius 'non adsignemus culpae scri-bentium, sed inscitiae non adsequentium, quamquam hi quoque ipsi, qui, quae scripta sunt, minus percipiunt, culpa vacant. 6. Nam longa aetas verba atque mores veteres oblitte-ravit, quibus verbis moribusque sententia legum comprehensa est. Trecentesimo quippe anno post Romam conditam tabulae compositae scriptaeque sunt, a quo tempore ad hunc diem anni esse non longe minus sescenti videntur'.*

nel cuore della notte)⁴¹. E quelle *leges* giudicate troppo blande, continua il giurista, non debbono esser stimate sulla base di criteri (come quello di valutazione economica) contemporanei, ma vanno contestualizzate storicamente⁴²: l'*iniuria* semplice, dunque, non era repressa in modo eccessivamente debole nel quinto secolo, ma la sua pena era divenuta blanda al tempo di Labeone (come insegnerebbe l'aneddoto di Lucio Verazio), trascorsi i secoli e svalutatasi la moneta⁴³. Così anche la *talio*, la *praecipitatio e saxo* dei soggetti attivi di un *crimen falsi*, la violenta *acerbitas* della legge sui debiti (che, come si sa, poteva condurre – in teoria – addirittura allo smembramento *pro singulis creditoribus* del cadavere del debitore insolvente) sarebbero oggetto di discipline ben inserite nel contesto storico del quinto secolo e ‘razionali’ (ossia coerenti con le istanze di politica legislativa) alla luce delle finalità prefisse dal collegio decemvirale: finalità quale quella di ridurre – se non annichilire – gli episodi, sicuramente allora frequentissimi, di violenza privata, nella ferma convinzione (propria di una logica squisitamente preventiva) che il *metus* di una tale ‘pena’ fungesse in modo egregio da deterrente e risultasse adeguata a tutelare interessi vitali della società che, invece, divenute lettera morta le XII Tavole, non avrebbero trovato più sufficiente protezione⁴⁴.

⁴¹ Gell. 20.1.7-8: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutum tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. 8. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poena existumes?*

⁴² Gell. 20.1.22: *Non enim profecto ignoras legum opportunitates et medelas pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus ac pro utilitatum praesentium rationibus proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutari atque flecti neque uno statu consistere, quin, ut facies caeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus variantur.*

⁴³ Gell. 20.1.31-32: *Iniurias factas quinque et viginti assibus sanxerunt. Non omnino omnes, mi Favorine, iniurias aere isto pauco diluerunt, tametsi haec ipsa paucitas assium grave pondus aeris fuit; nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est. 32. Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas inpensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt.*

⁴⁴ Gell. 20.1.34-38: *Verum est, mi Favorine, talionem parissimam fieri difficillime. Sed decemviri minuere atque extinguere volentes huiuscemodi violentiam pulsandi atque laedendi talione, eo quoque metu coercendos esse homines putaverunt neque eius, qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam ra-*

Tutto ciò si impone quale indice della prevalenza, ancora nella mentalità della 'penalistica'⁴⁵ romana del secondo secolo d.C. (se non

tionem arbitrati sunt, ut, an prudens imprudensne rupisset, spectandum putarent aut talionem in eo vel ad amussim aequiperarent vel in librili perpenderent; sed potius eundem animum eundemque impetum in eadem parte corporis rumpenda, non eundem quoque casum exigi voluerunt, quoniam modus voluntatis praestari posset, casus ictus non posset. 35. Quod si ita est, ut dico et ut ipse aequitatis habitus demonstrat, taliones illae tuae reciprocae arguiores profecto quam veriores fuerunt. 36. Sed quoniam acerbum quoque esse hoc genus poenae putas, vae, obsecro te, ista acerbitas est, si idem fiat in te, quod tute in alio feceris? praesertim cum habeas facultatem paciscendi et non necesse sit pati talionem, nisi eam tu elegeris. 37. Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas nolo hoc ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. 38. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat. Gell. 20.1.39: Restat, ut ei, quod de sectione partitioneque corporis inmanissimum esse tibi visum est, respondeam. Sed eam capitis poenam sancienda, sicuti dixi, fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendum reddiderunt. Gell. 20.1.48-53: Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. 49. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare: 'Tertiis' inquit 'nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto'. 50. Nihil profecto inmitius, nihil inmanius, nisi, ut reapse apparet, eo consilio tanta inmanitas poenae denuntiatast, ne ad eam umquam perveniretur. 51. Addici namque nunc et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt, 52. dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi neque audivi, quoniam saevitia ista poenae contemni non quitast. 53. An putas, Favorine, si non illa etiam ex duodecim tabulis de testimoniis falsis poena abolevisset et si nunc quoque, ut antea, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur, mentituros fuisse pro testimonio tam multos, quam videmus? Acerbitas plerumque ulciscendi maleficii bene atque caute vivendi disciplinast.

⁴⁵ Impiego il problematico sostantivo 'penalistica' anche alla luce delle – se non in totale adesione alle – considerazioni incisivamente svolte dall'Impallomeni, il quale, in uno studio sul *Liber singularis de poenis paganorum* del 'giurista' Claudio Saturnino, ha inteso attribuire ai prudentes romani il merito di aver enucleato e ben determinato un 'diritto penale' a sé, quale settore autonomo inclusivo e dei crimina e dei delicta, oggetto di uno studio dotato di un peculiare tecnicismo sia terminologico che concettuale (seppur, ovviamente, mutuando dall'ingente armamentario scientifico usato nell'analisi dell'area privatistica): cfr. G. IMPALLOMENI, *Riflessioni sul tentativo di teoria generale penalistica in Claudio Saturnino* (D. 48.19.16), in *Id.*, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 455 ss.: *contra*, v. F. GNOLI, voce *Diritto penale nel diritto romano*, in *Dig. disc. pubbl. - Sez. pen.*, IV, Torino, 1994, 43 ss. Del resto, seppur in modo assai più cauto con riguardo al tema dell'autonomia concettuale del diritto penale romano, lo stesso Luigi Garofalo non ha esitato a discorrere della «capacità delle elaborazioni concettuali acquisite al diritto penale romano, grazie all'opera della giurisprudenza classica, di valicare il proprio tempo» (L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli, 2001, 106, nonché in *Id.*, *Fondamenti*, cit., 265, e in *Diritto Penale XXI secolo*, I.1, 2002, 229).

del solo Cecilio), di una concezione della pena ‘non retribuzionistica’ (o non solo o non prevalentemente retribuzionistica), bensì tesa a fornire *exempla*⁴⁶: affermare che ‘*acerbitas plerumque ulciscendi maleficii*

⁴⁶ Pienamente concordo con il Diliberto sulla non persuasività della ricostruzione del Casavola che ritiene, sulla base del ricordo da parte di Cecilio dell’episodio di Mezio Fufezio, alleato Albano di Tullio Ostilio (che, dopo aver tradito i Romani, seppur il tradimento non aveva sortito effetti negativi per essi, venne messo a morte per squartamento) e della citazione virgiliana (Verg. *aen.* 8.643: *at tu dictis, Albane, maneres*) invece di quella liviana (Liv. 1.23), che per Cecilio la pena rappresenterebbe «la retribuzione del delitto volontariamente commesso, e dunque voluto, nella sua inseparabilità dalla sanzione, appunto come causa e richiesta del supplizio» (F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 25): vero è, di contro, che Sesto Cecilio ancora concepisce la pena come *exemplum*, come monito, né sembrano esserci oscillazioni tra le due concezioni tanto forti quanto ritiene il Casavola (O. DILIBERTO, *La pena*, cit., 168 ss.): Gell. 20.1.54: *Historia de Metto Fufetio Albano nobis quoque non admodum numero istiusmodi libros lectitantibus ignota non est, qui, quoniam pactum atque conductum cum rege populi Romani perfide ruperat, binis quadrigis evinctus in diversa nitentibus laceratus est. Novum atque asperum supplicium quis negat? sed, quid elegantissimus poeta dicat, vide: at tu dictis, Albane, maneres* (sull’episodio, cfr. E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma. Con un nuovo saggio introduttivo*, Milano, 2005, 255 ss.). Così, parimenti, mi pare priva di fondamento la ricostruzione del Casavola là dove ritiene che la condotta di Mezio Fufezio non integri gli estremi di un *crimen consumatum*, ma di quello tentato, giacché il tradimento necessiterebbe il verificarsi di un evento materiale quale la sconfitta della parte tradita: sul punto, v. le utili precisazioni di M. TALAMANCA, *Per la storia*, cit., 287. Va di poi segnalato come in Gell. 7.14.1-8 si rinviene il più esteso frammento sulle funzioni della pena, ove si individuano le differenti e plurime ‘ragioni del punire’ (mentre in Platone, come si apprende dallo stesso Gellio, si rinverrebbero solo due cause punitive, quella finalizzata a correggere e quella finalizzata a suscitare timore): quale prima *causa poeniendi* Gellio richiama la correzione e il castigo (κόλασις οὐουθεσία: cfr. Arist. *rhet.* 1369 b); la seconda causa è quella *animadvertendi* (detta consapevolmente dall’erudito romano τιμωρία, benché in Platone, ad esempio, tale vocabolo sia impiegato per indicare ogni tipo di pena: Plato *Gorg.* 535 b), ossia quella tesa a far fronte alla necessità di reintegrare l’onore della parte offesa (e che, per certi versi, mi parrebbe implicare – almeno più delle altre – una funzione altamente retribuzionistica); la terza causa (o *ratio*) è quella deterrente (detta *vindicandi*), tesa a far da esempio (παροιδεγμα), per il futuro, ai consociati: *Poeniendis peccatis tres esse debere causas existimatum est. 2. Una est causa, quae Graece vel κόλασις vel ουουθεσία dicitur, cum poena adhibetur castigandi atque emendandi gratia, ut is, qui fortuito deliquit, attentior fiat correctiorque. 3. Altera est, quam hi, qui vocabula ista curiosius diviserunt, timoriam appellant. Ea causa animadvertendi est, cum dignitas auctoritasque eius, in quem est peccatum, tuenda est, ne praetermissa animadversio contemptum eius pariat et honorem levet; idcircoque id ei vocabulum a conservatione honoris factum putant. 4. Tertia ratio vindicandi est, quae paradeigma a Graecis nominatur, cum poenitio propter exemplum necessaria est, ut ceteri a similibus peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deterreantur. Idcirco veteres quoque nostri ‘exempla’ pro maximis gravissimisque poenis dicebant. Quando igitur aut spes magna est, ut is, qui peccavit, citra poenam ipse sese ultro corrigat, aut spes contra nulla est emendari eum posse et corrigi aut iacturam dignitatis, in*

bene atque caute vivendi disciplinast', in altre parole, altro non significava che confortare e supportare in pieno il principio di politica penal-repressiva fondato sulla contemplazione, a monte, di sanzioni assai severe, onde scongiurare, a valle, la loro concreta applicazione⁴⁷.

Il terreno di scontro tra Favorino e Cecilio è, quindi, in senso lato, il rapporto tra il diritto più antico (nei paradigmi tratti direttamente dalla *lex XII Tabularum*) e il diritto successivo (nella desuetudine degli stessi precetti decemvirali e nel prodursi di nuove regole sostitutive). E il dissidio tra le due mentalità, invero, parrebbe inconciliabile: se per il filosofo antichità significa violenza e irrazionalità (così, ad esempio, il precetto *'si morbus ... iumentum dato'* è, a detta di Favorino, pervaso da una *voluntas legis* violenta e iniqua che favorisce il più forte, il *reus vocans* 'aggressore'), per il giurista, invece, sono la

*quem peccatum est, metui non necessum est, aut non id peccatum est, cuius exemplum necessario metu sancendum sit: tum, quicquid ita delictum est, non sane dignum esse imponendae poenae studio visum est. 5. Has tris ulciscendi rationes et philosophi alii plurifariam et noster Taurus in primo commentariorum, quos in Gorgian Platonis composuit, scriptas reliquit. 6. Plato autem ipse verbis apertis duas solas esse poeniendi causas dicit: unam, quam primo in loco propter corrigendum, alteram, quam in tertio propter exempli metum posuimus. 7. Verba haec sunt Platonis in Gorgia: προσήκει δὲ παντὶ τῶ ἐν τιμωρίᾳ ὄντι ὑπ' ἄλλου ὀρθῶς τιμορουμένῳ ἢ βελτίονι γίγνεσθαι καὶ ὀνίνασθαι, ἢ παραδείγματι ἄλλοις γίγνεσθαι, ἵνα ἄλλοι οἱ ὀρῶντες πάσχοντα φοβοῦμενοι βελτίους γίνονται. 8. In hisce verbis facile intellegas timorian Platonem dixisse, non ut supra scripsi quosdam dicere, sed ita ut promisce dici solet pro omni punitione. Sul brano cfr. M. DUCOS, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, 1984, 355; Y. THOMAS, *Se venger au 'forum'. Solidarité familiale et procès criminel à Rome (Premier siècle av. - deuxième siècle ap. J.C.)*, in R. VERDIER - J.-P. POLY, *La vengeance: Études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, III, *Vengeance, pouvoirs et idéologies dans quelques civilisations de l'Antiquité*, Paris, 1984, 87; C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 46; V. SCARANO US-SANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, 39 ss.; O. DILIBERTO, *La pena*, cit., 127 ss. Sulla preferenza di Platone per la funzione 'deterrente' della pena (cfr. Plat. *Prot.* 324 a-b), in contrapposizione ad alcune visioni – massimamente proprie di oratori – improntate alla prevalenza della funzione della retribuzione, quali caratteristico portato di una 'agonistic society' come quella ateniese (cfr., ad esempio, Lys. 13.3; 13.48; Arist. *rhet.* 1370 b - 1371 a; 1378 a-b; Thuc. 3.39-40), v. l'ottima disamina di D. COHEN, *Theories of Punishment*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge, 2005, 170 ss.; nonché v. E. CANTARELLA, *Controlling Passions or Establishing the Rules of the Law? The Functions of Punishment in Ancient Greece*, in *Punishment & Society*, VI.4, 2004, 429 ss.; D.S. ALLEN, *The World of Prometheus: the Politics of Punishing in Democratic Athens*, Princeton, 2000, *passim*.*

⁴⁷ Cfr., *ex plurimis*, L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, *Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981, 135.

profondità storica e la contestualizzazione a dar senso all'antichità (così, secondo Cecilio, il medesimo precetto, teso a garantire la lealtà e la responsabilità sociale, sarebbe sintomo di una visione del collegio decemvirale 'umanitaria' e 'solidaristica', in virtù della quale, addirittura, si soccorre il cittadino colpito nella sua capacità deambulante, e per ciò *morbosus*, prescrivendosi al *vocans* di fornirgli un mezzo, un *iumentum*, di locomozione per giungere al tribunale). Potremmo parlare, in breve, di una sfrenata apologia del presente contro un ponderato razionalismo storico.

Per Cecilio la lettura del mondo antico deve fondarsi, a quanto pare, sul «restauro antiquario del linguaggio e delle pratiche sociali», nel tendenziale perseguimento del «recupero della intenzione dei decemviri legislatori»: e ciò nell'ambito di una filologia «che accerta e misura la diversità e la distanza di parole e cose di una società remota nel tempo», e di una rappresentazione razionale e, perciò, «attratta nel presente, degli scopi che orientavano quegli antichi governanti del popolo romano»⁴⁸. Contro questo pensiero – che potremmo definire al contempo 'coscienza del mutevole' e 'volontà di giustificazione del passato'⁴⁹ – si scaglia un approccio affatto diverso: è quello, banalizzante, propugnato in un primo momento da Favorino, il quale, in buona sostanza, si fa sostenitore di un appiattimento della profondità storica, in forza di una valutazione preconcepita e fuorviante dell'antichità giuridica⁵⁰. La storia per Cecilio deve esser intesa, dunque, nel

⁴⁸ F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 17 s.

⁴⁹ Cfr. D. 9.4.2.1; Gell. 20.1.22.

⁵⁰ Un altro giurista del secondo secolo, Pomponio, appassionato di storia del diritto e proteso a sottolinearne – come testimonia il lungo stralcio dell'*Enchiridion* – la dimensione diacronica, era in posizione nettamente ostile al pensiero di Favorino, in quanto ben disposto a operare netti distinguo entro la categoria del diritto antico romano. Ciò ben si evince allorché Pomponio, prendendo a discriminare la certezza del diritto, parla di uno stadio antichissimo in cui era la *manus* dei *reges* (che io interpreto come capi pre-civici) a reggere la *civitas*, di uno stadio di *ius certum* successivo connotato dalla disciplina delle *leges curiatae*, e infine, dopo la parentesi della *lex tribunicia* e dell'*aliqua consuetudo* (che credo debba intendersi come metafora di un periodo 'rivoluzionario' e di assestamento in cui il popolo romano era privo di un diritto certo), dell'avvento dei decemviri *per quos civitas legibus fundaretur* (D. 1.2.2 pr.-4: *Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur. ostea aucta ad aliquem modum civitate ipsum romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit propterea quod tunc republicae curam per sententias partium earum expediebat. et ita leges quasdam et ipse curiatis*

suo *processus* e non nel modo statico tratteggiato dal *philosophus* di Arles (che, per l'appunto, si fa araldo di una severa ed ingiustificata reiezione del 'modello' dell'antichità). Naturalmente, la retrospettiva di quei giuristi che, come lo stesso Cecilio – in tendenziale consentaneità con l'atteggiamento ponderato del maestro Salvio Giuliano⁵¹ –, cercano di *reddere* la *ratio* delle antichità giuridiche (sottoponendo, ad esempio, il codice dei decemviri ad un'indagine storica e linguistica, tesa a restituirlo alla sua «arcaica lontananza»⁵²), non è affatto un acritico adagiarsi sopra il passato in nome della sola *auctoritas* dei *maiores*⁵³: l'affacciarsi al *vetus* significa anche (e soprattutto) impiego ocu-

ad populum tulit: tulerunt et sequentes reges. quae omnes conscriptae exstant in libro sexti papirii, qui fuit illis temporibus, quibus superbus demarati corinthii filius, ex principalibus viris. is liber, ut diximus, appellatur ius civile papirianum, non quia papirius de suo quicquam ibi adiecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit. Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est. Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex antecedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium exulantem in italia quidam rettulerunt).

⁵¹ Cfr. Iul. 55 dig. D. 1.3.20: *non omnium quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest* (che il Casavola [F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 41] interpreta a supporto della sua ricostruzione dell'atteggiamento giuliano, contro il pensiero di Celso, nel seguente senso: 'sebbene il passato non sempre possa avere in sé *ratio*, tuttavia la sua *auctoritas* supplisce tale carenza': da quanto si dirà a proposito di D. 9.2.51, emergerà l'inadeguatezza di un approccio siffatto). Tuttavia, sul pericolo di eccessive generalizzazioni a partire dalla lettura di D. 1.3.20, v. le incisive considerazioni di M. TALAMANCA, *Per la storia*, cit., 289 s.

⁵² Così, M. BREONE, *Storia del diritto romano*¹⁰, Roma - Bari, 2004, 62.

⁵³ Tutto ciò (*i.e.* 'scetticismo' giuliano sulla possibilità di trovare, sempre e comunque, una *ratio* nel diritto antico; parziale divergenza di sfumature di pensiero tra maestro, Giuliano, e allievo, Cecilio), ovviamente, non significa affatto una condivisione da parte mia dell'interpretazione fornita dal Casavola con riguardo precipuo all'atteggiamento di Salvio Giuliano sul punto: il romanista ritiene, infatti, che detto *irrisperitus* fosse generalmente propenso sia a far prevalere l'*auctoritas* dei *veteres* (in sé e per sé) seppur *contra rationem* (cioè, stando sempre al pensiero del Casavola, 'sebbene contrario alla razionalità'), sia a concepire il diritto come prodotto delle necessità piuttosto che come pensiero (razionale). E ciò, tra l'altro, basandosi sulla testimonianza del lungo frammento conservatoci in D. 9.2.51, in materia di 'überholende Kausalität': '*Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non*

lato della *ratio*, parola chiave per la giurisprudenza e per i *principes* del secondo secolo d.C. (e non certo da intendersi come modello di sottigliezze retoriche tese alla mera persuasione⁵⁴). Del pari, lo stesso Celso – in perfetta sintonia col pensiero eminentemente (ma non solo)

appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt. Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanto in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur. quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero. cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse. Il testo stesso mi pare smentire il pensiero dell'insigne studioso: uno schiavo viene ferito mortalmente (ma non decede nell'immediatezza) e, poco dopo, subisce da un altro soggetto un colpo ulteriore che ne determina il fatale trapasso. *Quid iuris* per il primo ed il secondo offensore? Se, secondo l'opinione di Celso, il primo risponde di lesioni e il secondo di omicidio (D. 9.2.11.3; D. 9.2.21.1; D. 9.2.15.1), Giuliano – che invoca a favore della sua soluzione l'autorità degli antichi (secondo i quali nel caso di più feritori e nell'incertezza su quale dei colpi abbia provocato la morte, tutti gli agenti erano corresponsabili *ex lege Aquilia*), entrambi gli offensori rispondono per l'uccisione dello schiavo. Invero, il richiamo all'*auctoritas* dei *veteres* (la quale si fa foriera delle esigenze più profonde del sistema) non è, come vuole il Casavola (F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 41 s.), antitetica alla '*Ratio*', ma alla *ratio subtilis disputandi*, cioè alla cavillosità retorica che avrebbe portato a soluzioni inaccettabili in quanto contrastanti con l'*utilitas* perseguita dall'ordinamento: non è l'*auctoritas* in sé a vincolare, ma l'*auctoritas* in una con ulteriori considerazioni di 'razionalità' e coerenza interne ovvero di 'convenienza' finale (cfr., infatti, dal libro 55 dei digesti di Giuliano, il già citato D. 1.3.20 [*non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*], o dal libro 27 il frammento di D. 1.3.15 [*in his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*], o ancora dal più anziano Celso l'estratto dai suoi digesti, libro 23, consacrato in D. 1.3.39 [*quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet*): sul punto, v., *ex plurimis*, in generale, M. BRETONE, *Storia*, cit., 294 ss.; per una puntuale critica della tesi del Casavola, M. TALAMANCA, *Per la storia*, cit., 305 s.; nonché, con prospettive divergenti dalle mie, L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, 51 ss.; V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica del diritto e 'valori' in L. Nerazio Prisco*, in *Labeo*, XXIII, 1977, 192 ss.

⁵⁴ Sebbene con riguardo ad altro contesto, mi piace qui ricordare M. BRETONE, *Storia*, cit., 337, il quale bene ed efficacemente delinea il ruolo centrale della *ratio*, criterio di valutazione, istanza di coerenza, spiegazione logica (e storica) dei fenomeni: «il *respondere*, in cui l'*auctoritas* prevale sulla *ratio*, implica sempre un *putare* in cui la *ratio* prevale sull'*auctoritas*».

adrianeo di pagana 'umanizzazione' degli istituti⁵⁵ e di discussione dei principî dell'antichità⁵⁶ – guarda al passato non come ad un intoccabile e venerabile *corpus*, ma lo percepisce come il monumento di una realtà cangiante 'e parva origine ad tantae amplitudinis instar'⁵⁷: il passato di Roma non è né un modello assoluto, né un aspetto di cui vergognarsi. La 'römische Rechtsalterthümer', insomma, è suscettiva di imporsi quale 'archetipo di razionalità', solo a patto che venga opportunamente inserita nella linea temporale lungo cui corre, nel suo inesorabile *processus*, il *ius Romanorum* e sia, sostanzialmente, conforme, entro un sistema armoniosamente coerente di regolamentazione cittadina, alle esigenze dell'epoca: essa, così collocata e così strutturata, diviene l'espressione significativa di un pensiero che è sì diverso (in quanto calato in un 'background' di condizioni sociali, politiche, economiche, culturali *lato sensu* eterogenee rispetto a quelle del presente), ma che è comunque ascrivibile a uomini capaci – come i decemviri – di dar forma compiuta a istituti pro-

⁵⁵ Cels. 29 *dig. D.* 1.3.18: *Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.* Cfr., altresì, Suet. *Aug.* 33.1; Val Max. 7.7.3-4; Suet. *Claud.* 14.1; Plin. *ep.* 10.54-55; v. la costituzione adrianea (n. 78) che fonda sulla 'philanthropia' una norma speciale a favore dei figli dei soldati, conservata in S. RICCOBONO, 'Leges', in *FIRA*, I², Firenze, 1941, 428 ss. (corrispondente a BGU 140 e a L. MITTEIS, *Chrestomathie*, in L. MITTEIS - U. WILKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, II.2, *Juristischer Teil*, Leipzig - Berlin, 1912, n. 373). In tema, merita di essere ricordato L. GAROFALO, *L'humanitas*, cit., 17, che giustamente sottolinea come il richiamo all'equità e alla umanità da parte di giuristi e principi sia sovente sintomatico del bisogno da loro avvertito di rinvigorire la solidità della propria opinione, percepita come soluzione di rottura (ma non di vulneramento) del sistema. Sull'*aequitas* del principe quale criterio teso all'affermazione di una 'nuova' coerenza del sistema e all'aggiornamento delle discipline esistenti, ispirato da un laico sentimento di 'amore per il prossimo', e consacrato a canone di *interpretatio* e *creatio*, v., seppur con alcuni spunti poco condivisibili, E.R. DODDS, *Pagan and Christian in an Age of Anxiety*, Cambridge, 1965, 136.

⁵⁶ Cfr., paradigmaticamente, il tentativo celsino di giustificare storicamente e razionalmente (il che pare essere, in pratica, lo stesso) il diritto antico (codice decemvirale, *lex Aquilia*), contenuto in Ulp. 18 *ad ed. D.* 9.4.2.1: *Celsus tamen differentiam facit inter legem aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset.* Se Giuliano è uno storicista razionalista, Celso mi pare un razionalista storicista.

⁵⁷ F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 37 ss.

tesi a rispondere adeguatamente, in un 'ordo' disciplinatore della *civitas*, alla *summa* delle molteplici e multiformi istanze emerse in quel particolare momento storico.

La *ratio* (a mio avviso da intendere, in senso lato, come il criterio ispiratore della coerenza interna ad un sistema convenientemente collocato nella sua dimensione ed evoluzione crono-topica) pare essere, dunque, per lo stesso Cecilio, la lente attraverso cui vagliare il mondo giuridico del passato. Una lente che mette in luce come siano sfuocate sia le visioni di chi, aprioristicamente, contrappone il *praesens* al *praeteritum* come una antitesi assoluta tra razionalità e violenza, sia quelle di coloro che si adagiano *contra rationem* sull'*argumentum anti-quitatis*: i *constituta a maioribus* non sono, infatti, realtà da calare nel presente sempre e comunque, in quanto, se 'razionali' (ossia conformi alla *ratio* come sopra intesa) e così confacenti al passato, possono non esserlo più – ad esempio in nome di una *utilitas* mutata – per l'attualità. Il passato non ha forza 'prescrittiva' in sé e per sé considerato; la ha solamente una volta studiato criticamente e una volta attualizzato (sempre che ciò sia possibile) dalla ragione.

Insomma, quello sforzo, peculiare del secondo secolo, di sistemazione e di razionalizzazione del diritto e quindi – atteso che in Roma il diritto è storia – dell'antico, assurge inevitabilmente a «impegno di riautenticazione razionale del mondo storico delle istituzioni»⁵⁸. La diacronia⁵⁹, il senso della relatività delle leggi all'interno di uno stesso ordinamento, ma anche la percezione della relatività e della pluralità degli ordinamenti giuridici non sono conquiste del solo mondo moderno, e ben affiorano tanto dal pensiero di Cecilio, come riportato da Gellio, tanto – ad esempio – dai passi di Celso e di Giuliano, contenuti nei *Digesta*, sopraccitati. Ma che tale concezione sia pure quella cui, almeno teoricamente, aderisce lo stesso Gellio, si apprende dalla stessa conclusione del lungo dialogo avvenuto *in area Palatina*, al momento del commiato, nell'imminenza della comparsa del *princeps*, ove si trova scritto: '*haec taliaque alia ubi Sextus Caecilius*

⁵⁸ F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 54.

⁵⁹ Non mi pare adeguatamente supportata sulle fonti quell'affermazione del Casavola secondo cui, in via generale, nella diacronia i giuristi potevano sì «immaginare rotture e diversità, non però mai quei salti della trasformazione sociale ed economica che producono mutamenti antropologici nei comportamenti e nella mentalità» (F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 66).

omnibus, qui aderant, ipso quoque Favorino adprobante atque laudante disseruit, nuntiatum est Caesarem iam salutari, et separati sumus' (Gell. 20.1.55)⁶⁰. Non mi pare, infatti, potersi dubitare della identificabilità della *probatio* di Favorino, pur rimasto soccombente nella diatriba, con il pensiero, sull'argomento, dell'allievo Gellio, che, per vero, nella resa di tutta la scena – e massimamente in fine – non esita a tradire la sua 'singolare' predilezione per gli argomenti, posti 'du côté de l'Antien', così come sapientemente presentati dal giurista.

3. Aulo Gellio e l'analisi comparatistica 'de furtis'.

È proprio alla luce di tali considerazioni di carattere generale⁶¹, che mi accingo a presentare il cuore del presente scritto, vale a dire lo studio dei più antichi regimi previsti, onde sanzionare il furto,

⁶⁰ Sull'importanza di tale esito, v. le interessanti – ma a mio avviso non determinanti (per la tesi della veridicità dell'episodio narrato da Gellio) – notazioni di O. DILIBERTO, *La pena*, cit., 154 ss.: se, da un lato, è vero che Gellio onora spesso il suo mentore con l'epiteto di 'filosofo' (cfr. Gell. 1.10.1; 2.15.5; 2.26.1; 3.1.1, 3.19.1; 4.1.1; 9.13.5), lodandone l'essere '*fandi dulcissimus*' (Gell. 16.3.1; 14.1.32) e la sottigliezza di pensiero (Gell. 11.5.5), dall'altro, non attribuisce al filo-ellenico Favorino quelle che sono le virtù cardinali della nazione romana, *gravitas* e *constantia* (cfr., paradigmaticamente, Cic. *Sest.* 67.141; Cic. *tusc.* 1.1.2; Liv. 30.7.6), laddove elogia per la sua *gravitas* Calvisio Tauro (Gell. 1.26.3), e persino Peregrino Proto (Gell. 12.11.1): la 'idealizzazione' gelliana di Favorino di Arles, in altre parole, mi pare relativa a qualità più consona ad un modello di intellettuale greco che al prototipo romano, sicché la vittoria – sulla base di argomentazioni storico-giuridiche e non retoriche – da parte di Cecilio, non mi sembra in sé decisiva per far propendere per la veridicità dell'episodio, quando esso ben potrebbe essere stato costruito sì da far risaltare la *gravitas* del pensiero del giurista romano (con conseguente ritrattazione da parte dello stesso Favorino del suo ragionamento) contro la *dulcedo fandi* e la *subtilitas* del filosofo, destinata a prevalere – seppur con qualche incrinatura dovuta sempre alla sua partigianeria greca (Gell. 2.26) – in campi a lui più congeniali, come quelli della grammatica e dell'etimologia (Gell. 3.19.1; 4.1). Sulla figura di Favorino e sui suoi rapporti con Gellio, cfr., comunque, M. PEZZATI, *Gellio e la scuola di Favorino*, cit., 837 ss., nonché A. BARIGAZZI, *Introduzione*, in *Favorino di Arelate. Opere*, Firenze, 1966, 81 ss.

⁶¹ Considerazioni che possono nei seguenti termini compendiarsi: visione prettamente deterrente della pena degli antichi; gusto arcaicizzante diffuso nei circoli intellettuali del secondo d.C.; propensione gelliana al 'diverso' e all'"esotico"; concezione intellettualistica del 'diritto' come aspetto 'culturale' del *processus* storico; necessità di uno studio razionalizzante del passato; percezione del relativismo nella sua profondità storica del fenomeno giuridico o, *rectius*, dei fenomeni giuridici. V., per una disamina particolareggiata, O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 121 ss.

entro i sistemi ‘penali’ di tre grandi civiltà (quella egizia, quella greca, quella romana) che si sono affacciate sul mondo mediterraneo, contribuendo, ciascuna con apporti peculiari e personalissimi, a configurare – coi loro attuali caratteri – la spiritualità⁶², il pensiero razionale e politico⁶³, le forme di disciplinamento sociale⁶⁴ dell’Europa (e del Medioriente). E ciò sulla scorta delle informazioni ricava-

⁶² Sull’influenza esercitata dalla teologia (e dalla spiritualità) egizia – non solo di epoca amarniana – sul monoteismo sia ebraico che cristiano, v., per tutti, l’illuminante saggio di E. DRIOTON, *Le monothéisme de l’ancienne Egypte*, in *CHE*, I.2, 1948, 149 ss., nonché, seppur molto più cautamente – ma con un ottimo ragguaglio sulla letteratura che si è occupata delle concezioni monoteistiche (o, come io sono più propenso a credere, ‘enoteistiche’) dell’antico Egitto –, E. HORNUNG, *Der Eine und die Vielen. Ägyptische Gottesvorstellungen*⁴, Darmstadt, 1990, *passim* (che leggo nella traduzione italiana ‘*Gli dei dell’antico Egitto*’, Roma, 1992). Il tema dei debiti dell’Occidente nei confronti dell’Oriente, se da un lato ha condotto a ponderate ed equilibrate valutazioni come quella di S.S. AVERINCEV, *Atene e Gerusalemme. Contrapposizione e incontro di due principi creativi*, Roma, 1998, 9 ss. 43 ss., talvolta, ha indotto a enunciati o teorie – seppur suggestivi – più vicini alla fantasia che alla storia, come ci attesta, anzitutto, il provocatorio M. BERNAL, *Black Athena. The Afroasiatic Roots of Classical Civilisation*, New Brunswick, 1987. Invero, anche *sub specie iuris* non difettano affascinanti esasperazioni di tal fatta: O. SPENGLER, *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte*, II, München, 1923, 82 ss., per esempio, con la sua opera aveva fornito un solido appoggio al pensiero nazista per combattere lo studio universitario del diritto romano, diritto – ad avviso dello studioso – sviluppatosi sotto le costanti influenze del mondo orientale semitico, come avrebbe testimoniato l’origine aramea dei giuristi classici, appartenenti alla casta dei Tannaim (contro le pochezze storiche di tale pensiero non si può che rimandare a S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano, 1949, 95 s. [cui si deve la bella definizione «favola dei giuristi aramei»], nonché a M. SAN NICOLÒ, *Il problema degli influssi greco-orientali nel diritto bizantino*, in *Atti del congresso internazionale di Diritto Romano [Bologna - Roma, XVII-XXVII aprile MCMXXXIII]*, Pavia, 1934, 257 ss.); il Revillout, invece, sul finire del diciannovesimo secolo, riteneva il diritto romano addirittura «l’égout des autres droits de l’antiquité» (E. REVILLOUT, *Les obligations en droit égyptien*, Paris, 1886, 239) e postulava influenze ingenti *de Aegypto* (ID., *Les origines égyptiennes du droit civil romain*, Paris, 1912, 21 ss.); e più di recente il Westbrook ha proclamato la natura giurisprudenziale dei ‘codici cuneiformi’ e la derivazione babilonese delle XII Tavole (R. WESTBROOK, *The Nature and Origins of the Twelve Tables*, in *ZSS*, CV, 1988, 44).

⁶³ La mente non può che correre a J.-P. VERNANT, *L’origine del pensiero greco*, trad. it., Milano, 2007, 123, il quale vede nel *logos* dei Greci, figlio della città e nuova dimensione della storia del pensiero umano, quella ragione «che in maniera positiva, riflessa, metodica, permette di agire sugli uomini, non di trasformare la natura», quella ‘forma’ che, nella sua peculiarità e nella sua autonomia, ha portato a considerare la vita pubblica come il coronamento dell’attività umana, di modo che il concetto stesso di ‘uomo’ è divenuto inseparabile da quelli di ‘libertà’, ‘cittadinanza’, ‘*phronesis*’.

⁶⁴ Sull’“invenzione”, tutta romana, del diritto (come scienza), cfr. A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 5 ss.

bili, anzitutto, da Gell. 11.18.1-15, ossia da quei paragrafi in cui l'erudito romano opera una curiosa e densa sinossi che dà conto, in una prospettiva squisitamente diacronica e comparatistica, della linea evolutiva dell'offesa in parola, con riguardo, in primo luogo, alle *leges quibus Athenienses uterentur*, e che *Draco ... primus omnium tulit* (per poi essere rese *mitiores a Solone*); in secondo luogo, a quelle *leges quibus populus Romanus uteretur ... post reges exactos*, ossia alle leggi che i *decemviri ... in XII tabulis scripserunt*; infine, al regime che vigea – stando almeno a quanto poteva leggersi in Aristone – *apud veteres Aegyptios*.

Da un lato, infatti, per quanto concerne il mondo greco, Gellio si sofferma sul passaggio dall'antico diritto draconico a quello solonico, giustificato dalla eccessiva crudeltà del primo, in modo da contrapporre la indiscriminata applicazione della pena capitale (*furem cuiusmodicumque furti supplicio capitis poeniendum esse*) al regime, più mite, voluto da Solone che *sua lege in fures non, ut Draco antea, mortis, sed dupli poena vindicandum existimavit* (anche se, come appureremo nel prossimo capitolo, Gellio, invero, qui non riporta esaustivamente e fedelmente la regolamentazione attico-solonica sulla persecuzione del furto, che si dimostra alquanto più articolata):

Gell. 11.18.1-5: *Draco Atheniensis vir bonus multaque esse prudentia existimatus est iurisque divini et humani peritus fuit. 2. Is Draco leges, quibus Athenienses uterentur, primus omnium tulit. 3. In illis legibus furem cuiusmodicumque furti supplicio capitis poeniendum esse et alia pleraque nimis severe censuit sanxitque. 4. Eius igitur leges, quoniam videbantur impendio acerbiores, non decreto iussoque, set tacito inlitteratoque Atheniensium consensu oblitteratae sunt. 5. Postea legibus aliis mitioribus a Solone compositis usi sunt. Is Solo e septem illis inclutis sapientibus fuit. Is sua lege in fures non, ut Draco antea, mortis, sed dupli poena vindicandum existimavit.*

In secondo luogo, con riguardo al mondo romano, Gellio descrive il rigido e complesso sistema decemvirale del *furtum manifestum* e di quello *nec manifestum*⁶⁵, per poi sottolineare il pieno *discensus* dalla

⁶⁵ Nelle moderne edizioni delle XII Tavole si riporta la disciplina del furto alla

legge del quinto secolo a.C., con riguardo a tale delitto, nel secondo secolo d.C.:

Gell. 11.18.6-10: *Decemviri autem nostri, qui post reges exactos leges, quibus populus Romanus uteretur, in XII tabulis scripserunt, neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt. 7. Nam furem, qui manifesto furto*

Tavola ottava, presuntivamente dedicata al 'diritto penale', e precisamente: il *fur nocturnus* è collocato in Tab. 8.12, il *fur diurnus qui se telo defendit* in Tab. 8.13, il *fur manifestus* (senza ulteriori aggravanti) in Tab. 8.14; il *fur reso manifestus* con la *quaestio lance et licio* in Tab. 8.15a; il *fur nec manifestus* in Tab. 8.16: cfr. S. RICCOBONO, 'Leges', cit., 57 ss. Vero è, che, le conoscenze disperse e frammentarie del codice decemvirale non permettono, se non in parte assai ridotta, un'operazione palinogenetica dell'ordine e della successione delle materie disciplinate (cfr., sul punto, S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, 276 ss.; M. TALAMANCA, *Il codice decemvirale*, in M. TALAMANCA (ed.), *Lineamenti*, cit., 99; G. CRIFÒ, *La legge delle XII Tavole. Osservazioni e problemi*, in *ANRW*, I.2, 1972, 127 s.); ma altrettanto vero è che recentissimi studi, tesi – pur nella consapevolezza della difficoltà di trovare dati testuali a supporto delle ipotesi avanzate – hanno dimostrato talune fallaci impostazioni (quale la collocazione della materia del furto nella tavola ottava) di quella ricostruzione canonica (cui lo stesso Riccobono si è adeguato), che è frutto, invero, di una attività che vede, da un lato, nel Godefroy e, dall'altro, nel Dirksen e nello Schoell, i suoi fondatori (cfr. J. GOTHOFREDUS, 'Fragmenta XII tabularum' [1616], poi in *Fontes Quattuor Iuris Civilis* [1653], in E. OTTO, *Thesaurus juris Romani*, III, Basileae, 1744; E.H. DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente*, Leipzig, 1824; R. SCHOELL, 'Legis duodecim tabularum reliquiae', Lipsiae, 1866 [seguito da O. LENEL, *Das Sabinsystem*, in *Festgabe Jhering*, Strassburg, 1892, 4 ss.]). Si tratta, come è noto, del tentativo del Crawford, collocato in un'opera collettanea, fonte di numerose polemiche (M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes [BICS Supplement]*, II, London, 1996) e dei molteplici contributi del Diliberto, tra i quali segnalo: O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index*, XVIII, 1990, 403 ss.; ID., *Contributo alla palinogenesi delle XII Tavole. Le 'sequenze' nei testi gelliani*, in *Index*, XX, 1992, 229 ss.; ID., *Materiali*, I, cit., *passim* (su cui G. POMA, *Gaio, Gellio e le 'XII Tabulae'*, in *Labeo*, XLIII, 1997, 290); ID., *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della legge delle XII Tavole (sec. XVI-XX)*, Roma, 2001, *passim* (per un ulteriore ragguaglio, cfr. ID., *Una palinogenesi 'aperta'*, in M. HUMBERT [ed.], *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, 220 ss. e nt. 1). Importanti note di metodo per la ricostruzione troviamo, altresì, in Amirante, Tondo e Lauria, che rimettono a frutto il criterio 'gotofrediano' – parzialmente disatteso dal Dirksen e dai suoi epigoni – secondo cui la successione dei frammenti del commento di Gaio alle XII Tavole seguirebbe l'ordine stesso dell'opera commentata (cfr. L. AMIRANTE, *Per una palinogenesi delle XII Tavole*, in *Index*, XVIII, 1990, 391 ss.; ID., *Un'ipotesi di lavoro*, cit., 205 ss.; S. TONDO, *Profilo*, cit., 277; M. LAURIA, 'Ius Romanum', I.1, Napoli, 1963, 22 [in aperta critica al peculiare tentativo di M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie Prozesses der Zwölf Tafeln nebst deren Fragmenten*, I, Leipzig, 1883]; ID., 'Iura', 'leges', in *Atti Acc. Napoli*, LXXXI, 1970, 21 ss.).

prehensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdium telo se, cum prenderetur, defenderet. 8. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prenos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri. 9. Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt. 10. Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est. Nam si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur⁶⁶.

Gell. 11.18.15: *Aliis deinde furtis omnibus, quae 'nec manifesta' appellantur, poenam imposuerunt dupli⁶⁷.*

⁶⁶ Il passo continua con la definizione sabiniana di 'manifestum' e con la descrizione di alcune ipotesi di furto *volgo* poco note, in quanto presupponenti una condotta materiale diversa dalla *amotio* (Gell. 11.18.11-14: *Manifestum autem 'furtum est', ut ait Masurius, 'quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo feri coeperat'. Furti concepti, item oblati, tripli poena est. Sed quod sit 'oblatum', quod 'conceptum' et pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognita neque iniucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. In quo id quoque scriptum est, quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito possessione eius dominum intervertisset. Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit furem esse hominis iudicatum, qui, cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset*). La materia del furto nel codice decemvirale è trattata da Gellio, oltre che in Gell. 11.18.6-14, anche nei seguenti passi: 20.1.7 (ove, per bocca di Sesto Cecilio, si qualifica come non eccessivo il *ius occidendi* per il *fur nocturnus*); Gell. 8.1 (con riferimento all'avverbiale *nox* in luogo di *noctu*, a differenza di quanto rinveniamo in Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4.1); Gell. 6.15.1-2 (ove si richiama la trattazione labeoniana sul furto nel secondo libro della sua opera di commento e l'osservazione del giurista augusteo che i *veteres* avrebbero previsto *acria et severa iudicia de furtis*); Gell. 1.18.3-6 (ove si discute sull'etimologia di *fur*); Gell. 16.10.8 (ove si apostrofa come ridicola l'antica ricerca *per lancem et licium*: v. Gell. 11.18.9). Sul punto si ritornerà più ampiamente *infra* al capitolo terzo, § 1 ss. (v., comunque, per una ampia rassegna di tutte le fonti letterarie e giuridiche utili ad una palinogenesi del regime decemvirale del furto, P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit roman*, I, *Les sources*, Lyon - Paris, 1915, 115 ss.).

⁶⁷ Gellio dopo la parentesi comparatistica – sulla quale v. il prosieguito del testo – continua nei seguenti termini la trattazione del furto per diritto romano: *'Quam caste autem ac religiose a prudentissimis viris, quid esset 'furtum', definitum sit, praetereundum*

Infine, nel perfetto stile dell'autore, il capitolo si impreziosisce di una curiosità, sempre in materia di furti, che si dice riportata in uno scritto – evidentemente perduto – aristoniano⁶⁸, attinente agli antichi egizi:

non puto, ne quis eum solum esse furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit. 20. *Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: 'Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetu'.* 21. *Item alio capite: 'Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit, cuius sit, sive nescit'.* 22. *Haec quidem sic in eo, quo nunc dixi, Sabinus scripsit de rebus furti faciendi causa adtrectatis.* 23. *Sed meminisse debemus secundum ea, quae supra scripsi, furtum sine ulla quoque adtrectatione fieri posse sola mente atque animo, ut furtum fiat, adnitenste.* 24. *Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo, uti furtum faceret, imperavit'* (Gell. 11.18.19-23). In breve, Gellio (11.18.6-15; 11.18.19-23) segue sostanzialmente il seguente ordine complessivo di impostazione: 1) furto manifesto qualificato 'noctū'; 2) *fur manifestus* libero e pubere; 3) *fur manifestus* schiavo e pubere; 4) *fures pueri* impuberi; 5) *quaestio lance et licio*; 6) interventi del pretore; 7) concezione sabiniana del furto manifesto; 8) *furtum oblatum et conceptum*; 9) categoria residuale dei *furta nec manifesta*; 10) considerazioni di carattere generale sul furto e riflessioni sabiniane (cfr., in tema, O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 235 ss., che opportunamente sottolinea le coincidenze del discorso gelliano con la trattazione gaiana istituzionale [Gai 3.189; 3.184; 3.191; 3.192; 3.190; 3.195; trattazione cui si sommano i richiami nel settimo e nel tredicesimo libro di commento all'editto provinciale contenuti in D. 9.2.4.1 e D. 47.2.55.2]), ferma la radicale diversità di scelta con riguardo ai *genera furtorum* [giacché Gellio, a differenza di Gaio, sceglie di non seguire l'impostazione dicotomica labeoniana], e individua in Masurio Sabino la fonte comune dei due autori [fonte di cui Gellio riferisce le opinioni espresse sia nei *libri iuris civilis* sia in un *liber de furtis*: Gell. 11.18.12-13], senza escludere che Gaio potesse aver letto – seppur mai citandolo – il commento di Labeone alle XII Tavole; è *communis opinio*, del resto, il ritenere che, per la redazione del suo commento, Gaio si fosse avvalso dello studio labeoniano: cfr. U.E. PAOLI, *Digesto 10.1.13*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto* [Verona, 1948], I, Milano, 1953, 130 s.; W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 204, F. D'IPPOLITO, *Gaio e le XII Tavole*, in *Index*, XX, 1992, 279 ss.).

⁶⁸ Non credo possano essere sollevati fondati dubbi sulla identificazione dell'Aristone del testo gelliano: si tratta di *Titius Aristo*, allievo del sabiniano Cassio Longino, membro, insieme a Nerazio, del *consilium* di Traiano, giurista che l'amico Plinio il giovane (*ep.* 1.22.1-4) definisce *peritissimus privati iuris et publici*, nonché distante dalle dispute scolastiche; sono a lui attribuite le *Notae* ai *Posteriores* di Labeone, ai *Libri iuris civilis* di Sabino e di Cassio, i *decreta Frontiana* (o *Frontoniana*), i *Libri digestorum* (cfr. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, II.2, Lipsiae, 1896-1901, 359 ss.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹², Napoli, 1998, 493; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, Leipzig, 1888, 179 s.; T. MOMMSEN, *Sextus Pomponius*, in *ZRG*, VII, 1868, 174 ss.). Attesa la vasta cultura e la poliedricità del giurista traiano, contro la presa di posizione di P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 649 (che, ipoteticamente, parla con riguardo al *liber* citato in Gell. 11.18.16 delle *Notae ad Sabinum*), non mi parrebbe affatto peregrino pensare ad un'opera erudita a sé stante, magari monografica (destinata, purtroppo, all'oblio), scritta da Aristone con intenti comparatistici, anche se non incentrata unicamente sulla materia del furto.

Gell. 11.18.16: *Id etiam memini legere me in libro Aristonis iure-consulti, haudquaquam indocti viri, apud veteres Aegyptios, quod genus hominum constat et in artibus reperiendis sollertes extitisse et in cognitione rerum indaganda sagaces, furta omnia fuisse licita et impunita*⁶⁹.

4. *Prospetto conclusivo.*

Rispettando l'andamento del *caput* diciottesimo del *liber* undicesimo delle Notti Attiche, come appena sopra riprodotto nei suoi più significativi passaggi, il seguente capitolo del presente scritto prenderà in esame, anzitutto, la disciplina solonica della κλοπή, pur senza tralasciare, qualora ciò sia concesso dallo stato delle fonti, riferimenti allo stadio pregresso delle leggi di Dracone in tema (ma solo dopo una breve premessa sulla importanza della 'vendetta' e del 'self-help' nel più antico diritto attico, e dopo aver rapidamente passato in rassegna – operazione ineluttabile – i principali significati del vocabolo κλοπή); approfondirà, di seguito, lo studio dei mezzi processuali solonici predisposti a sanzione dei furti; indagherà, per concludere, sull'ampiezza semantica dell'espressione ἐπ'αὐτοφώρῳ.

Nel terzo, invece, si avrà modo di esaminare il regime predisposto dai decemviri legislatori per il furto flagrante e non flagrante (e ciò con opportuni richiami allo sviluppo del diritto romano sul

⁶⁹ Sulla parentesi comparativistica in relazione ai *furta* presso gli antichi Egizi, cfr. P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 650; W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 202; M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano* (Accademia Nazionale dei Lincei), Quaderno CCXXI.2, Roma, 1977, 264; F. GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno in onore di S. Romano* (Torino, 1978), Milano, 1981, 215, nt. 2 e 231, nt. 27; A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 15, 31 s., 106 s. Non sarà, per ora, oggetto di indagine (seppur ci si riserva in un futuro prossimo, di trattare del tema) il § successivo, concernente la pratica lacedemone di 'istruire i giovani ai furti': *apud Lacedaemonios quoque, sobrios illos et acres viros, cuius rei non adeo ut Aegyptiis fides longinqua est, non pauci neque ignobiles scriptores, qui de moribus legibusque eorum memorias condiderunt, ius atque usum fuisse furandi dicunt, idque a iuventute eorum non ad turpia lucra neque ad sumptum libidini praebendum comparandamve opulentiam, sed pro exercitio disciplinae rei bellicae factitatum, quod ea furandi sollertia et aduetudo acueret firmaretque animos adulescentium et ad insidiarum astus et ad vigilandi tolerantiam et ad obrepenti celeritatem* (Gell. 11.18.17).

punto e, se del caso, con cenni al diritto solonico, onde mettere in luce non solo parallelismi – se non dirette influenze di quest’ultimo sistema su quello delle XII Tavole⁷⁰ –, ma anche profondissime, in

⁷⁰ Non serve qui rammentare, in dettaglio, quale influenza la cultura greca abbia esercitato su quella di Roma: mi si conceda solo il ricordo di quei due versi di Orazio che superbamente la compendiano: *Graecia capta ferum victorem cepit / et artis intulit agresti Latio*. Quello che qui interessa, invero, seppur sempre mantenendo una visuale panoramica e non circoscritta della questione, è chiedersi se tale influenza abbia anche esulato dai confini delle *artes liberales*, e abbia dato i suoi frutti altresì nel campo del diritto. Non v’è chi non possa, trattando del diritto solonico, tacere delle plausibili interferenze della legislazione greca del Saggio su Roma, tacere delle diverse testimonianze della tradizione antica che riferiscono della dipendenza del *fons omnis publici privatique iuris*, le XII Tavole, dallo stesso diritto greco: da un lato, il filone dell’ambasceria ad Atene facente capo a Dionigi d’Alicarnasso e Tito Livio secondo cui, paradigmaticamente, *missi legati Athenas Sp. Postumius Albus, A. Manlius, P. Sulpicius Camerinus, iussique inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatum instituta mores iuraque nascere* (Liv. 3.31.8; cfr., in parallelo, Dion. Hal. 10.51.5); dall’altro, quello di Plinio il Vecchio, Strabone e Pomponio secondo cui i decemviri sarebbero stati aiutati da Ermodoro di Efeso (Plin. *nat. hist.* 34.11.21; Strab. 14.1.25; D. 1.2.2.4). Per vero, se alcuni studiosi hanno sostenuto la non attendibilità del dato tradizionale (cfr. F. WIEACKER, *Die XII Tafeln in ihrem Jahrhundert*, in *Entretiens de la Fondation Hardt*, XIII, *Les origines de la République romaine*, Genève, 1967, 293 ss.; Id., *Zwölfafelprobleme*, in *RIDA*, III, 1956, 459; nonché E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, 182; M. DUCOS, *L’influence grecque sur la loi des XII Tables*, Paris, 1978; P. SIEWERT, *Die angebliche Übernahme solonischer Gesetze in die Zwölfafel*, in *Chiron*, VIII, 1978, 331 ss.), altri, di contro, hanno ritenuto senza indugio che la tradizione leggendaria abbia avuto lo scopo di dar forma a una realtà culturale concreta, considerando sicura l’ispirazione greca del codice decemvirale (cfr. M. BRETONE, *Storia*, cit., 79 ss.; ma, sebbene in termini maggiormente ‘romano-centrici’, v. pure V.A. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 2006, 67). D’altronde, lo stesso Cicerone, nel suo trattato *De Finibus Bonorum et Malorum* non esitava a scrivere che *omnium fere civitatum non Graeciae solum, sed etiam barbariae ab Aristotele mores, instituta, disciplinas, a Theophrasto leges etiam cognovimus* (Cic. *fin.* 5.4.11), seppur altrove egli proclamava la superiorità incondizionata del *ius* (e quindi della *iurisprudencia*) dei Romani ad ogni altro diritto straniero, a suo dire, *inconditum ac paene ridiculum: incredibile est enim, quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum; de quo multa soleo in sermonibus cottidianis dicere, cum hominum nostrorum prudentiam ceteris omnibus et maxime Graecis antepono* (Cic. *de or.* 1.44.197): del resto è noto a tutti che laddove «i romani non avevano difficoltà ad ammettere influenze greche anche per quanto riguarda il loro diritto e potevano permettersi senza imbarazzo di avvalersi di concetti greci, ... la stessa cosa non parrebbe potersi dire per i romanisti, che si sono più spesso eretti a difensori della genuinità, purezza e originalità del diritto e del pensiero giuridico romano» (R. MARTINI, *XII tavole e diritto greco*, in *Labeo*, XLV, 1999, 23). V., sul punto, anche M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale: tentativo d’interpretazione*, in M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 6, nt. 8, il quale sottolinea come l’influenza attestata nelle fonti non significhi affatto recezione sostanziale; estremo (e pertanto da non seguire), infine, l’atteggiamento di M.T. FÖGEN, *Storie di diritto romano*, trad. it., Bologna,

quanto essenziali, divergenze), con particolare riguardo al 'furto notturno' (Tab. 8.12) e al 'furto diurno armato' (Tab. 8.13), nonché al largo spazio concesso dall'ordinamento ai privati, quali 'agenti autorizzati' *civitatis loco* all'uso della violenza in funzione vendicativa-repressiva; si tratterà, quindi, dei mezzi processuali di cognizione e di esecuzione attivabili dal derubato; infine – specularmente a quanto fatto per diritto attico – si darà conto, diacronicamente, del dominio semantico espresso dall'aggettivo *manifestum*⁷¹.

2005, *passim* (che vede in 'leggende' come quella dell'ambasceria, l'espressione del mito della creazione del diritto *ex nihilo* o, meglio, della sua etero-rivelazione), o di M. DUCOS, *L'influence grecque*, cit., 17 ss., che, nonostante il titolo del suo contributo, è restia a considerare come effettiva una seppur minima influenza del diritto greco sulle XII Tavole.

⁷¹ Preciso sin da ora che unicamente per mera comodità adoterò il criterio di citazione del Riccobono onde individuare la posizione delle norme decemvirali *de furtis* entro il codice del quinto secolo a.C.: molti e gravi indizi, infatti, fanno propendere per una collocazione delle relative *leges* non tanto nella cd. *Tabula* del 'diritto penale', ossia la ottava (cfr. C.G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, I, Tübingen, 1909, 29 s.; P.R. COLEMAN-NORTON, *Ancient Roman Statues*, Austin, 1961, 11; E.H. WARMINGTON, *The Twelve Tables, in Remains of Old Latin*, III, London - Cambridge, 1961, 474; R. DÜLL, *Das Zwölfstafelgesetz: Texte, Übersetzungen und Erläuterungen*, München, 1971, 4, 6 ss.), ma in una delle prime due. Come è emerso, conosciamo, a stralci, due commentari giurisprudenziali alle XII Tavole: quello di Labeone (e ciò grazie a tre brani gelliani: Gell. 1.12.18 sulle vestali, Gell. 6.15.1 in tema di furto, Gell. 20.1.12-13 sull'*iniuria*: cfr. O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 39 ss.), e quello di Gaio (e ciò grazie ai *Digesta*: cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, 242 ss.). Ora, da un lato, sappiamo per certo che Labeone trattasse del furto nel secondo libro del suo commentario (ma non sappiamo di quanti libri, in totale, la sua opera si componesse, seppur si può intuire, attesa la presenza anche di aneddoti, che essa non fosse affatto breve: O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 43 ss.; E.H. DIRKSEN, *Uebersicht*, cit., 113, pensa a dodici libri; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, 54, in una con F.P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae*, II.1, cit., 81, opta per una consistenza di tre: ma, come giustamente rileva P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 19, «il n'existe point d'indice permettant d'attribuer à l'oeuvre de Labéon douze livres plutôt que deux, ou vingt-quatre»). Dall'altro, siamo a conoscenza del fatto che Gaio scrisse la sua opera in sei libri, sebbene non sia certo – come, invece, vorrebbe S. MORGESE, *Appunti su Gaio 'ad Legem Duodecim Tabularum'*, in *Il modello di Gaio*, cit., 109 – che ad ogni libro corrispondessero esattamente due tavole della *Lex* decemvirale; di poi è risaputo che nel primo di questi sei libri, oltre alla celeberrima *praefatio*, ove si qualifica il *principium* del diritto come *potissima pars* (D. 1.2.1), rinveniamo la disciplina della *in ius vocatio* (D. 2.4.18; D. 2.4.20; D. 2.4.22), quella del *vadimonium* (D. 2.11.6), quella dell'*actio arborum caesarum* (D. 47.7.2; D. 47.7.4), nonché l'esegesi del lemma '*telum*', verosimilmente da connettere all'ipotesi del *fur qui se telo defendit* (D. 50.16.233.2: cfr. O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 357). Il che mi pare chiara conferma – ricalcando il pensie-

Nell'ultimo capitolo, quanto al diritto egizio antico (con riguardo precipuo all'epoca ramesside), dopo una premessa sul fenomeno giuridico nello 'Stato' faraonico e sui suoi fondamentali aspetti ontologici e strutturali (premesse che, seppur esula dagli specifici confini del presente scritto, si rende necessaria per la peculiarità della materia trattata), si indagherà circa la fondatezza, o meno, della notizia che Gellio attribuisce pianamente ad Aristone riguardante la 'impunità' e la 'liceità' di tutti i furti, nel tentativo di individuare una plausibile fonte greca o romana da cui il giurista traiano avesse potuto attingere.

Poche parole ancora prima di concludere questa premessa. Avendosi il denso capitoletto gelliano sotto gli occhi (Gell. 11.18), sembra davvero nel giusto Hermann Strasburger là dove afferma che il fondamentale orientamento dell'uomo classico è verso il passato e non verso il futuro⁷². Tanto Cecilio quanto Gellio, tuttavia, non condividerebbero, con riguardo all'antitesi tra *ratio* (*disputandi*) e *auctoritas* del passato, *sic et simpliciter*, l'affermazione burkiana secondo cui ogni cosa buona è ereditata dal passato⁷³ (anche se, ad onor del vero, Gell. 20.1 attesta, come abbiamo constatato, un'ingente sforzo giustificativo): senza che essi cedano ai sofismi dialettici di cui il testo della diatriba *in area Palatina* dà gran merito all'insuperabile Favorino, nella loro prospettiva è vero che «l'antico ha una presunzione a suo favore», ma altrettanto vero è che «nulla impedisce di verificar-

ro del Lauria, secondo cui l'ordine del commento seguiva fedelmente l'ordine delle *Tabulae* – del fatto che nel codice decemvirale la materia processuale veniva trattata all'inizio (cfr., ad esempio, per la *in ius vocatio*, Cic. *leg.* 2.4.9; 2.23.59; per il *dies diffisus*, Fest. voce 'reus' [Lindsay 336] e il commento gaiano in D. 50.16.234 pr.), insieme a quella del furto (verisimilmente preceduta, argomentando dalla sequenza gelliana di Gell. 16.10.8, da quella dell'*iniuria*: O. DILIBERTO, *Una palingenesi*, cit., 234), come, del resto, già avevano ipotizzato – collocando quest'ultima nella seconda tavola – sia il Gotofredo (J. GOTHOFREDUS, *Fragmenta*, cit., tab. IX; cfr. R. HUBE, *De furtis doctrinam ex iure Romano historice et dogmatice explicavit*, Varsaviae, 1828, 8 e nt. 1), sia lo Huvelin (P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 15 ss., 22). Cfr., in tema, altresì, M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, cit., 715 ss., 728 ss., che suddivide la materia penalistica nelle *Tabulae* 7 (*delicta*) e 9 (*crimina*), sicché colloca entro Tab. 7 il furto (al pari di A. NIKOLSKY, *XII Tablitz. Svodniy text otivkof XII Tablitz s'svidietelstvami drevnich i oukazateliami*, San Pietroburgo, 1897, 9 s.).

⁷² H. STRASBURGER, *Zum antiken Gesellschaftsideal*, Heidelberg, 1976, 97.

⁷³ Anche se, di certo, tale considerazione non troverebbe il Casavola con me d'accordo (cfr. F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 41 s.; ma vedi sul punto, M. BRETONE, *Storia*, cit., 297).

la»⁷⁴. Così sembra operare Gellio nella sua 'sinossi', ritornando, lui uomo dell'illuminato secondo secolo d.C., al sesto e al quinto a.C. (anzi, ancora più indietro a mezzo della lettura del 'libro egizio' di Aristone) e prospettando, sulla scia del pensiero di Cecilio nonché in conformità al suo gusto arcaicizzante e propenso all'erudizione, un *processus* che, criticamente, dal diritto dracontino, passa a quello solonico, per poi comparare detto quadro con quello 'cristallizzato' nelle Tavole. Ma, anche qui, nell'autore delle *Noctes Atticae*, l'importanza della profondità storica non viene nascosta, tant'è che, dopo la *summa* dei precetti vigenti nella Roma decemvirale in materia di furto, l'intellettuale non esita ad affermare che *nunc a lege illa discessum est*; e la sua consapevolezza del relativismo degli ordinamenti – nello spazio e nel tempo – si fa sentire con forza ancora maggiore quando arricchisce la propria *collatio* (onde non limitare lo sguardo alle sole due civiltà classiche, ma spaziare entro un panorama più ampio che in sé contenga anche l'accenno – almeno – ad un'altra ben più antica cultura del Mediterraneo) con il ricordo di una singolare lettura, un *liber Aristonis iureconsulti*, nel quale aveva trovato scritto che *apud veteres Aegyptios, quod genus hominum constat et in artibus reperiendis sollertes extitisse et in cognitione rerum indaganda sagaces, furta omnia fuisse licita et impunita*.

Non resta che indagare, come suggerisce il Bretone, su quella «presunzione a favore del passato» di cui poc'anzi si discorreva; ma non tanto sotto il profilo 'aprioristico' dell'*auctoritas* dell'antico' (giacché tale atteggiamento sarebbe pressoché identico a quello – descritto da Orazio nell'*epistula* ad Augusto – di coloro i quali la 'mania dell'antico' conduceva a immaginare le leggi dei decemviri, i trattati dei re e i libri dei pontefici come dettati dalle Muse sul monte Albano⁷⁵); quanto sotto il profilo, teleologicamente proteso alla ricerca della verità storica⁷⁶, della 'ratio' dell'an-

⁷⁴ M. BRETONE, *Storia*, cit., 297.

⁷⁵ Hor. *ep.* 2.1.18-27.

⁷⁶ Imprescindibile la lettura di G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*¹⁰, I, Leipzig, 1893, 56 ss., che opportunamente – e contro l'impostazione di autori come L. DE BEAUFORT, *Dissertation sur l'incertitude des cinq premiers siècles de l'histoire romaine*², Paris, 1866, 22 ss. – distingue tra antiquaria (disciplina che, studiando 'die Rechtsalterthümer', dà conto dello stato del diritto nel passato, senza soffermarsi sulla sua *ratio*, sul come ha avuto origine, a cosa abbia dato luogo) e scienza del diritto

tico', nel fluire dei suoi mutevoli portati⁷⁷.

(che oltre ad essere mera *cognitio* del *ius* quale ordine positivo, tende a elevare – entro il contesto storico di riferimento – ad *ars*, ossia a sistema razionale, la molteplicità e la disorganicità dei precetti). Istruttive, sul punto, a mio modo di vedere, sono peraltro le parole, notissime, che Cicerone, nel *De Oratore*, mette in bocca – verisimilmente in tacita critica alla metodologia muciana dei *XVIII libri iuris civilis* – a L. Licinio Crasso, allorché quest'ultimo espone il suo progetto ('eversivo' sotto il profilo della tradizione) di sistemazione dell'intero diritto, sì da trascendere la mera stratigrafia storica dei blocchi normativi che la *civitas* ha visto susseguirsi nel tempo (Cic. *de or.* 1.41.186-192): sul testo ciceroniano v. *ex plurimis*, M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain (à propos d'un texte de Ciceron 'De oratore', 1.188 à 190)*, Paris, 1945, 4 ss.; M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'*, cit., 12 ss.; F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano ed il 'ius civile in artem redigere'*, in *SDHI*, LVI, 1980, 299; V. SCARANO USSANI, *L'ars' dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, 6 ss.

⁷⁷ J. BODIN, *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, Strasburgi, 1599, 13: «Divinae ac naturalis historiae ab humanis primum different tum hoc maxime, quod illae non modo causis, verum etiam finibus certis sunt contentae, naturales enim necessariam habent et stabile causarum consecutionem ... at humana historia, quod magna sui parte fluita ab hominum voluntate, quae semper dissimilis est nullum exitum habet ... quotidie novae leges, novi mores» (su cui v. i rilievi di F. CHABOD, *Lezioni di metodo storico*, Roma - Bari, 1969, 121 ss.).

CAPITOLO SECONDO

LA PERSECUZIONE DELLA ΚΛΟΠΗ DI BENI PRIVATI NELL'ESPERIENZA GIURIDICA ATTICA

SOMMARIO: 1. Violenza, vendetta e repressione penale tra prediritto e diritto. – 2. La legislazione solonica sulla repressione dei furti e il 'procedimento sommario per direttissima' contro i ladri. – 3. L'estensione concettuale della cd. flagranza per diritto attico. – 4. La δίκη κλοπῆς; procedura e casi di esperibilità. – 5. Il problema dell'esistenza della γραφή κλοπῆς in diritto attico.

1. *Violenza, vendetta e repressione penale tra prediritto e diritto.*

Scriveva, forse eccessivamente influenzato dagli ancora recenti entusiasmi jaegeriani del 'Praise of Law'¹, il D'Agostino, in un suggestivo e appassionato studio dedicato all'*arkhè* mitica dell'esperienza giuridica, che «agli occhi dello studioso del nostro tempo, la cultura greca possiede, tra i suoi pressoché infiniti titoli di merito, quello di aver creato il senso del diritto, non nella prospettiva altissima, ma pur sempre pragmatica quale fu propria ed esclusiva dei romani, ma in quella certamente meno operativa, ma indubbiamente più significativa filosoficamente della 'fede nella giustizia'»². Ben più condivisibile nella

¹ W. JAEGER, *Praise of Law*, in P. SAIRE (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, New York, 1947, 352 ss.

² F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Milano, 1979, 13. Sull'assenza di una parola greca che indichi il 'diritto', cfr., per tutti, A. MAFFI, *Leggi scritte e pensiero giuridico*, in G. CAMBIANO - L. CANFORA - D. LANZA (ed.), *Lo spazio letterario della Grecia*, I.1, Roma, 1992, 419; v., altresì, L. GERNET, *Diritto e civiltà in Grecia antica*, trad. it., Firenze, 2000, 141; del resto come Carey ha ben messo in luce gli stessi oratori non considerano 'Law' e 'Justice' come 'standards' differenti, ma tendono a

categorica asserzione è, rispetto alla prima parte, la seconda ove l'autore corregge il tiro e sostituisce il sostantivo 'diritto' con il più consono 'giustizia'³: vero è, infatti, che, se nelle concezioni del quinto e quarto secolo a.C. la legge scritta era intesa come mezzo istituzionalizzato teso a regolare tutti quanti i rapporti interpersonali, nell'orizzonte della comunità politica cittadina, era convinzione ancora invincibile che essa dovesse 'riposare' su un fondo imprescindibile di giustizia, su un *quid* che non necessariamente era definibile o definito da norme positive, ma che esisteva, comunque, a prescindere dal diritto *in civitate positum*, prodotto dal più intimo sostrato della coscienza dell'uomo⁴. L'essenza del *nomos*, quale frutto di laiche istituzioni umane, in altre parole, era pensata come preesistente o, almeno, contestuale, alla nascita della stessa *polis*, nonché teoricamente suscettibile di valere in eterno⁵.

Già con riguardo alla preistoria e alla protostoria del 'diritto greco' – seppur *ab origine*, invero, a prevalere erano principî come quello 'agonistico' secondo cui «per asserire la propria virtù ... l'eroe è indotto ... anzi necessariamente spinto ... a violare la *timè* altrui»⁶ – Omero (benché nell'ambito di numerose contraddizioni interne) ed Esiodo (in modo assai più univoco) insegnavano che là dove il *wanax* (modello di sovrano palaziale) o i *basileis* (modelli di capi della comunità o degli *oikoi*) dimenticavano di essere 'pupilli di Zeus'⁷ e, senza timore degli dei, tradivano la funzione di cui lo scettro era simbolo supremo⁸ (allontanandosi, potremmo dire, dalle vie indicate da *dike*) la società non poteva che conoscere calamità, distruzione e carestia⁹. Ma

usare i due termini come sinonimi (C. CAREY, 'Nomos' in *Attic Rhetoric and Oratory*, in *JHS*, CXVI, 1996, 41).

³ Cfr. il provocatorio *incipit* in M. GAGARIN, *Recensione* a R. SEALEY, *The Justice of the Greeks*, in *CPh*, XCI, 1996, 276 ss.

⁴ Cfr., paradigmaticamente, Arist. *polit.* 1287 b.

⁵ Sul punto, v. A. BISCARDI, voce '*Physis dikaion*', in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 113 ss. (nonché in A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 343 ss.); U.E. PAOLI, *Legge e giurisdizione*, in *Id.*, *Studi sul processo attico*, Padova, 1933, 27 ss.

⁶ M. VEGETTI, *L'etica antica*, Roma - Bari, 1989, 18.

⁷ Sulla 'giustizia', già in Omero, di Zeus (nonché, tra gli umani, di Odisseo), imprescindibile è la lettura di H. LLOYD-JONES, *The Justice of Zeus*, Berkeley - Los Angeles, 1971, *passim*.

⁸ Sulla figura dei *basileis* omerici è stato scritto di tutto: cfr., *ex plurimis*, W.M. SALE, *The Government of Troy: Politics in the Iliad*, in *GBRS*, XXXV.1, 1994, 39 ss.; R. MONDI, 'Skeptoukoi basileis'. *An Argument for Divine Kingship in Early Greece*, in *Arethusa*, XIII, 1980, 203 ss.

⁹ Cfr. J.-P. VERNANT, *Mito e pensiero presso i Greci*, trad. it., Torino, 2001, 26 con

è a partire dal settimo secolo a.C., in una con i profondi cambiamenti sia tecnici che economici prodottisi con l'uscita dalle oscurità dei secoli del Medioevo, che la Grecia rifiutava formalmente la situazione di 'caos' e 'anomia' (cioè di dissidio tra diritto e giustizia) in nome di un rinnovamento 'cosmico'¹⁰ ed 'eunomico'¹¹ (cioè di consenso tra il pia-

riguardo ad Esiodo (*op.* 238-247) e Omero (*Il.* 16.384-392). Sul 'giudice unico' (che non esiterei a identificare col sovrano miceneo 'ispirato divinamente'), cfr. Hom. *Il.* 1.233-239; 2.204-206; 9.96-99; *Od.* 11.568-571. Diversa è la figura, più laica e meno solenne, che emerge da Hom. *Od.* 11.185-187 e 12.439-440 (passi che potrebbero essere indice della 'stratigrafia' diacronica dei poemi omerici, con riferimento all'amministrazione della giustizia nell'ottavo secolo a.C.); il che mi porta ad essere alquanto dubbioso sulla perentorietà di I. MORRIS, *The Use and Abuse of Homer*, in *CA*, V, 1986, 104, ad avviso del quale i modelli omerici e quelli esiodei non sarebbero molto differenti (così come rimango scettico circa il metodo sistematico di F. CODINO, *Introduzione ad Omero*, Torino, 1965, 71 ss., il quale ritiene che la descrizione epica in tema di costumi, istituzioni, pratiche sociali sia sempre 'attualizzata' dagli aedi); se, tra i molti, Adkins e Finley (A.W.H. ADKINS, *La morale dei greci*, trad. it., Roma - Bari, 1987; M.I. FINLEY, *Il mondo di Odisseo*², trad. it., Roma - Bari, 1978) ritenevano che il mondo omerico fosse non quello dell'età palaziale, ma quello del più antico Medioevo ellenico (decimo-nono secolo a.C.), di contro, altri studiosi hanno riproposto l'idea che i poemi rappresentassero la società micenea (R. WESTBROOK, *The Trial Shield in the Iliad*, in *HSCP*, XCIV, 1992, 53 ss.; G. NAGY, *The Shield of Achilles. Ends of Iliad and Beginning of the Polis*, in S. LANGDON [ed.], *New Light on a Dark Age*, Columbia - London, 1997, 194 ss.), altri ancora hanno collocato il mondo omerico nell'ottavo secolo, ossia all'epoca in cui i poemi sarebbero stati scritti (R. JANKO, *Homer, Hesiod and Hymns. Diachronic Development in Epic Diction*, Cambridge, 1982, 228 ss.; J.M. REDFIELD, *Nature and Culture in the Iliad. The Tragedy of Hector*, Chicago, 1975, 36 ss.; S. SCULLY, *Homer and the Sacred City*, Ithaca, 1990, *passim*). Sui problemi che nascono qualora si cerchi di conciliare i dati (spesso discordanti) contenuti in Omero, con una sintetica rassegna degli autori che si sono occupati delle 'fratture' e delle 'continuità' tra la Micene storica e il mondo descritto nei poemi, v. E. CANTARELLA, *Diritto greco. Appunti delle lezioni*, Milano, 1994, 38 ss., 176 ss., propensa a una valutazione non sincronica dei riferimenti omerici ad oggetti, istituti, forme sociali.

¹⁰ Sull'ideale del *kosmos*, cfr., per tutti, P. CARLEDGE - P. MILLETT - S. VON REDEN (ed.), *'Kosmos'. Essays in Order, Conflict and Community in Classical Athens*, Cambridge, 1998, *passim*.

¹¹ Se in Omero (*Od.* 17.485-487) la εὐνομία è solo la 'buona divisione' tra le sfere d'influenza dei γέννη, già in Esiodo e Pindaro (*Hesiod. theog.* 91; *Pind. pyth.* 66-67; *ol.* 4.15-16; 13.9-10), ma soprattutto con Solone (*Sol. eleg.* 3.36 [Diehl, fr. 3]), essa assume un significato più puntuale e connesso all'idea (più che all'effettività) di giustizia sostanziale e uguaglianza dinanzi alla legge (*isonomia*): secondo U.E. PAOLI, *Legge e giurisdizione*, cit., 36, più precisamente, se la *anomia* altro non è che la legge che, invece di contrastare la *hybris*, la asseconda e la permette, la *eunomia* (solonica) è il suo opposto (cfr., sul tema, con notevole apparato bibliografico, A. JELLAMO, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Roma, 2005, 55 ss., 70). Il riferimento (mio e di Paoli) alla εὐνομία potrebbe essere frainteso: entro contesti assai più elevati, San Paolo, infatti, ne parlava nella seconda lettera ai Tessalonesi (2 *Tess.* 2.3-9) con riguardo all'avvento del tempo messianico, non come 'annichilimento', ma come stato derivante dalla 'con-

no positivo del giuridico e quello superiore della giustizia) della vita 'politica': organizzata quest'ultima in perfetta consentaneità con aspirazioni tendenzialmente egualitarie (o, come si dice, isonomiche), si riscattava, così, quella «virtù minore»¹² che nelle comunità omeriche era subordinata al codice che innalzava a bene supremo «il possesso della *timè*, la pubblica stima»¹³.

Alla logica prescrittiva, in funzione sanzionatrice, di *aidòs*¹⁴, alla

servazione dis-attivante', *κατέργησις*, dell'autorità e del potere mondani nella loro forza prescrittiva e normativa (*κατέχον*). Illuminante la lettura di G. AGAMBEN, *Il tempo che resta. Un commento alla lettera ai romani*, Torino, 1999, 102 ss., laddove non mi sento di condividere la lettura tradizionale (in chiave positiva del *κατέχον* inteso come ciò che trattiene l'Anticristo e in chiave negativa dell'*ἀνομιὰ* da concepirsi come caratteristica dell'Anticristo) riproposta ultimamente da A. SANDRI, *Autorità e 'Katechon'. La genesi teologico-politica della sovranità*, Napoli, 2007, 3 ss. (che, peraltro, non dà segno di conoscere l'interpretazione agambeniana).

¹² Cfr. A.W.H. ADKINS, *La morale dei greci*, cit., 94 ss.; A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 22 ss.

¹³ E.R. DODDS, *I Greci e l'irrazionale*, trad. it., Firenze, 1997, 59. Cfr., sul tema, altresì, M. GAGARIN, *Morality in Homer*, in *CPb*, LXXXII, 1987, 285 ss.; N. YAMAGATA, *Homeric Morality*, Leiden - New York - Köln, 1994; L.D. CAIRNS, *Aidos: the Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Oxford, 1993, 14 ss.; K. DOVER, *Greek Popular Morality in the Time of Plato and Aristotle*, London, 1974, 54 ss.; A.W.H. ADKINS, *Honour and Punishment in the Homeric Poems*, in *BICS*, VIII, 1960, 23 ss.; cfr., per un ulteriore ragguaglio bibliografico, E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, 1979, 144, nt. 9.

¹⁴ Quanto al concetto di *αἰδώς* cfr., *ex plurimis*, J.T. HOOKER, *Homeric Culture: a Shame-Culture?*, in *Greece & Rome*, XXXIV, 1987, 125 (propenso a rivalutare l'idea monistica della cultura della vergogna, per certi versi in analogia con l'approccio di Long): «shame before others, respect for others, awe before the gods: these are the meanings which may be conveyed by the *aidòs*-word in Homer. Such senses are mutually exclusive ... but that religious awe represents the earliest meaning there can be little doubt; and it's this feeling, much more than shame before one's equal or inferiors, that acts as a constant and powerful constraint upon the heroes». V., altresì, C. DEL GRANDE, *'Hybris'. Colpa e castigo nell'espressione poetica e letteraria degli scrittori della Grecia antica*, Napoli, 1947, 27, che definisce *αἰδώς* come «la dea simbolo della coscienza individuale che sa porre i limiti al proprio agire per non nuocere altrui», in una prospettiva, per certi versi, non troppo distante da quella di C.E. VON ERFFA, *'Aidòs' und verwandte Begriffe in ihrer Entwicklung von Homer bis Demokrit*, Leipzig, 1937, 4, che parla – in senso laico – di un sentimento di onore che impone all'uomo di stare al proprio posto e di rispettare i diritti di coloro che appartengono alla stessa classe sociale (perseguitabile già con *δικη αἰκία*, ovvero con *γραφή ἄσεβείας*); secondo B. SNELL, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, trad. it., Torino, 2002, 242 s., l'*αἰδώς* «è in origine il sentimento che si prova dinanzi al sacro, e impronta religiosa ha in Omero il rispetto per i genitori, per il re, ma anche per il mendicante, e per colui che chiede protezione: questi certo non hanno diritti, ma stanno sotto la protezione della divinità. Significa però anche il rispetto per i propri pari, perde quindi in questo caso il suo carattere religioso ed entra già nella sfera delle forme sociali di cortesia. Poiché l'onore ha tanta importanza per la vita morale, il

mentalità riprovante non la violenza in sé, ma unicamente *hybris*¹⁵, alla rete interrelazionale fondata sull'etica del successo, si sostituisce – tut-

rispetto di questo onore, cioè l'*αἰδώς*, diventa un possente sostegno nella costituzione della società civile primitiva, è su questo sentimento che si fonda l'autorità e la gerarchia della società il cui ordine è ritenuto sacro, perché stabilito dagli dei, come dicono i miti che narrano del sorgere e del formarsi delle istituzioni esistenti» (così come E. WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, II, Frankfurt a.M., 1970, 35); *contra* v. E.R. DODDS, *I Greci*, cit., 59 e ntt. 109 s., che pensa all'*αἰδώς* come al rispetto dell'opinione pubblica' e non al 'timor di Dio'. Infine cfr. F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto*, cit., 31 ss. che parla 'heideggerianamente' di 'pudore'. La più puntuale determinazione della sfera concettuale del vocabolo in questione mi pare essere quella proposta compiutamente da E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 210 ss. e ntt. 1 ss., che reputa che *αἰδώς* sia una sanzione soggettiva 'endogena' che colpisce colui che viene meno ai modelli e alle regole, laddove *ἐλεγχεῖται* avrebbe indicato il riflesso pubblico del disonore. Cfr., altresì, più di recente, N. YAMAGATA, *Homeric Morality*, cit., 156 ss.; E. LÉVY, *'Areté', 'timé', 'aidós' et 'nemesis': le model homérique*, in *Ktéma*, XX, 1995, 177 ss.

¹⁵ Quanto al concetto di ὕβρις, secondo la dottrina meno recente, questa figura si risolverebbe, essenzialmente, in una condotta offensiva nei confronti della divinità, ossia integrerebbe un illecito di natura religiosa con cui l'uomo, dimentico della sua natura mortale osa con 'tracotanza' sfidare gli dei (cfr., *ex plurimis*, C. DEL GRANDE, *Hybris*, cit., *passim*); l'interpretazione 'laica' o 'sociale' vede in Gernet (L. GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris, 1917, 3 ss.) il suo primo strenuo sostenitore: egli identifica, infatti, la ὕβρις originaria in qualsivoglia contegno idoneo ad integrare una violenza che minava la convivenza tra i più gruppi (ma cfr. anche, in tema, R. LATTIMORE, *Story Patterns in Greek Tragedy*, London, 1964, *passim*). Per la ὕβρις come illecito (dai confini e dai contenuti più variabili) di tipo 'sociale', lesivo dell'onore altrui, cfr. N.R.E. FISHER, *'Hybris' and Dishonour, in Greece & Rome*, XXIII, 1976, 177 ss.; ID., *La legge sulla 'hybris' ad Atene, in Aion (acheol.)*, IX, 1987, 99 ss.; ID., *The Law of 'hybris' in Athens*, in P. CARLEDGE - P. MILLETT - S. TODD (ed.), *Nomos. Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge, 1990, 123 ss.; ID., *'Hybris'. A study in the values of honour and shame in ancient Greece*. Warminster, 1992, *passim*; diversamente D. MACDOWELL, *'Hybris' in Athens, in Greece & Rome*, XXIII, 1976, 14 ss., pensava ad un «having energy or power and misusing it self-indulgently» (ma su tale posizione cfr. E. CANTARELLA, *Spunti di riflessione critica su 'hybris' e 'timé' in Omero, in Symposium 1979, Köln - Wien, 1983, 83 ss.*). Cfr., sulla distinzione tra ὕβρις e αἰκία (eminentemente sotto il profilo dell'elemento soggettivo dell'agente), le note di R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna, 2005, 88 ss. che, seppur implicitamente, concilia in unum le posizioni di Fisher (che accentua le caratteristiche oggettive dell'illecito) e di MacDowell (che ne sottolinea quelle soggettive), argomentando da Dem. 54.9; sul punto non vanno dimenticate (in modo consentaneo alla visione di Martini), sulla scorta anzitutto di Dem. 21.9, 21.54, 21.72, le penetranti riflessioni di E.M. HARRIS, *Demosthenes' Speech Against Meidias*, in *HSCP*, XCII, 1989, 117 ss.; ID., *Recensione a D. MACDOWELL, Demosthenes. Against Meidias (Oration 21)*, Oxford, 1990, in *CPh.*, LXXXVII, 1992, 71 ss. (v., inoltre, in tema, O. MURRAY, *La legge soloniana sulla 'hybris'*, in *Aion [acheol.]*, IX, 1987, 117 ss.; ID., *The Solonian Law of Hybris*, in P. CARLEDGE - P. MILLETT - S. TODD [ed.], *'Nomos'*, cit., 139 ss.; M. GAGARIN, *The Athenian Law against 'hybris'*, in G.W. BOWERSOCK - W. BURKERT - M.C.J. PUTNAM [ed.], *'Arktouros'. Hellenic Studies presented to B.M.W. Knox*, Berlin-NewYork, 1979, 229 ss.).

tavia senza che le antiche radici dell'individualismo competitivo della 'agonistic society' vengano estirpate¹⁶ – un'idea di rinnovamento che tende a restringere lo strapotere dei γένη e a determinare un limite alle iniziative dei singoli, a sottoporre, insomma, i membri dei gruppi tribali a una norma che nella sua generalità vada applicata da tutti e a tutti in egual misura. È *dike* quella norma: meglio è *dike* – quale principio¹⁷ – che «il mago invoca come potenza divina, che il nomoteta promulga nelle sue leggi, e alla quale può talvolta ispirarsi il tiranno, anche se egli la snatura imponendola con la violenza»¹⁸. *Dike* è, vale a dire, l'idea superiore che tende a stabilire l'*eunomia*, e con essa a fondare, 'dienematicamente', la giusta ripartizione delle cariche, degli onori, del potere (ma anche a riparare, 'diortoticamente', gli squilibri nei rapporti intersoggettivi, armonizzando, in tal modo, in un'uni-

¹⁶ V. D. COHEN, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge, 1995, 83 (di recente supportato da V.H. WILLIAM, *Restraining Rage: the Ideology of Anger Control in Classical Antiquity*, Cambridge, 2000, *passim*, e – seppur implicitamente – da E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Milano, 2007, 26 ss.). Contro l'approccio – spesso effettivamente estremista di Cohen – si è scagliato più volte (e con argomenti degni di nota) E.M. HARRIS, ad avviso del quale «the courts were not delegated to be just another arena for citizens to pursue private feuds or to harass their enemies with suits lacking any legal merit» (E.M. HARRIS, *The Penalty for Frivolous Prosecutions in Athenian Law*, in *Dike*, II, 1999, 123 ss.; v., inoltre, Id., *Open Texture in Athenian Law*, in *Dike*, III, 2000, 78 e nt. 84; Id., *Feuding or Enforcement? The Nature of Litigation in Classical Athens. An Essay in Legal Sociology*, in *Symposion 2001*, Wien, 2005, 125 ss.): condivido in pieno la frase di Harris nella sua ultima parte (le corti non potevano dar seguito a pretese «lacking any legal merit»), ma circa il fatto che concetti come quello di 'vendetta' o quello di 'onore' non giochino più un ruolo primario o che il giudizio non sia in Atene ancora una raffinata arena che istituzionalizza forze pregiuridiche (che rimangono comunque abbozzate e, agli occhi di un contemporaneo, alquanto visibili), il suo pensiero appieno non mi convince. Io credo che il dissidio tra le due posizioni (Cohen/Harris), apparentemente inconciliabili, possa in realtà essere composto, pensandosi ad una trasfusione in termini 'nomici' della pregressa griglia di valori, di modo che il primato del 'Rule of Law' non venga scalfito, ma i postulati della 'agonistic society' siano non estranei e antitetici, ma interni allo stesso ordine nomico della *polis*.

¹⁷ Contro l'idea espressa sulla scorta di E.A. Havelock (E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*², trad. it., Roma - Bari, 2003, 150 ss., 219 ss.) da M. Gagarin (M. GAGARIN, *Early Greek Law*, Berkeley, 1986, 3, 8 ss., 136, 144, il quale ritiene, tra l'altro, che sia 'Law' solo l'insieme delle norme formalmente riconosciute come tali, di regola, mediante la scrittura), in favore della tesi secondo cui *dike* – già in Omero – non sia procedura, ma «una serie di principi», v. E. CANTARELLA, *Tra diritto e prediritto*, in *DHA*, XIII, 1987, 158 (che adduce numerosi argomenti contrari allo sviluppo dal 'pre-legal', attraverso il 'proto-legal', al 'fully legal', descritto dallo studioso americano).

¹⁸ J.-P. VERNANT, *L'origine del pensiero greco*, cit., 73.

ca comunità, la pluralità di individui e gruppi¹⁹). Il particolarismo cede alla tendenziale unità (ovviamente nell'universo atomizzato della Grecia antica²⁰); si impone una concezione 'panica' ed assorbente di *dike*²¹ nelle sue manifestazioni positive; si delinea un nuovo metro, in sé conglobante sia gli antichi criteri 'aretistici', sia la condanna – non più sotto il profilo del solo biasimo – delle condotte 'hybristiche', nella valutazione dell'agire dei consociati: «ciò che la legge comanda (o proibisce) in ogni circostanza, corrisponde al contenuto dei singoli atti di virtù: quello che comanda nella circostanza della guerra sono le azioni proprie della virtù del coraggio, quello che comanda riguardo ai piaceri ed alle passioni sono atti propri della virtù della moderazione, e così di seguito. Nella giustizia legale si assommano dunque tutte le

¹⁹ Cfr., per tutti, G. ZANETTI, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Bologna, 1993, 24 ss. (con ampia bibliografia sul tema, 151 ss.).

²⁰ Se si considera l'ampio arco di tempo che unisce l'età micenea al 212 d.C. (anno in cui Antonino Caracalla, a mezzo del celeberrimo editto, attribuì a quasi tutti gli abitanti dell'Impero la *civitas*, subordinandoli così *in toto* al diritto romano), è agevole constatare come negli ampi territori occupati dai parlanti la lingua greca sempre si possa riscontrare (invero anche dopo l'affermarsi della *koinë* Alessandrina) una pluralità di *societates* politicamente organizzate e indipendenti, ciascuna delle quali retta da un proprio sistema, intessuto di regole peculiari, tali da distinguerlo da qualsiasi altro, pur esistendo – ciò è vero e non va negato – strutture normative trasversali e comuni a più collettività: un tanto solo per comprendere come la dottrina contemporanea preferisca giustamente parlare di 'diritti greci', in antitesi a quella più risalente, convinta dell'esistenza di un 'diritto greco' (cfr., sul punto, M.I. FINLEY, *The Problem of Unity of Greek Law*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del I Congresso della Società italiana della storia del diritto*, Roma, 1963, 129 ss.; A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, cit., 33; A. BISCARDI, *Diritto greco e scienza del diritto*, in *Symposion 1974, Köln - Wien*, 1979, 1 ss.; M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in M. BRETONI - M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma - Bari, 1994, 7 s.; E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, 2006, 3 ss.; M. GAGARIN, *The Unity of Greek Law*, in M. GAGARIN - D. COHEN [ed.], *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge, 2005, 29 ss.). Peraltro, la questione attinente ai diritti di Grecia antica, a mio avviso, ben riflette la speculare problematica linguistica, tanto che gli argomenti addotti ora per suffragare la tesi del greco quale unica lingua, ora per supportare quella dell'inesistenza di una unità possono essere addotti anche nel campo del diritto: a riguardo può essere utile la lettura di alcune belle pagine di un eminente filologo, O. LONGO, *Elementi di grammatica storica e dialettologia greca*, Padova, 1987, 1 ss.

²¹ Cfr. Xen. *mem.* 4.6.5-6; Plato *resp.* 339 b, 359 a; *Minos* 314 d; *Theaet.* 172 a; Arist. *eth. Nich.* 1130 a 8 ss. Cfr., sul punto, R. LAURENTI, *Aristotele. Il libro della giustizia (Etica Nicomachea V)*, Bari, 1978, 40 s.

virtù. Viste, a questo livello, come definienti la perfezione del singolo uomo, epperò come specificanti la 'sua' felicità»²².

Si infonde, così, nell'uomo greco (che, come ha rilevato Vernant, «non si separa dal cittadino»²³) il sentimento di un'appartenenza comune opposta alle logiche del particolarismo. Aristotele, nella *Politica*, ricordava come Epimenide (precursore, per certi versi, di Solone in quanto collegato con Mirone e con la purificazione di Atene dal sacrilegio dopo la cacciata degli Alcmeonidi²⁴) e Caronda designassero con il termine *homosipyyoi* e *homokapoi* i membri dell'*oikos*, e come la *polis* altro non fosse che un grande *oikos* i cui membri erano legati da somiglianza spirituale e comunanza materiale. Del pari, l'evoluzione semantica del sostantivo *authentēs* ci rende edotti del fatto che l'omicidio di un concittadino era avvertito in modo tale da provocare quello stesso sconvolgimento religioso, quello stesso 'sacrilegio' miasmatico che il crimine di sangue suscitava, in origine, nei soli parenti dell'ucciso: se *authentēs* designava, *in primis*, il soggetto attivo dell'uccisione di un consanguineo, successivamente, con il trapasso dalla 'ragion fattasi' alla repressione razionalizzata e istituzionalizzata in nome e da parte della *polis*, il sostantivo andò ad indicare l'omicida anche estraneo alla

²² M. ZANATTA, *Etica Nicomachea*, I, Milano, 1997, 533 s. Paradigmatico quanto scrive nel quinto libro dell'*Etica* a Nicomaco Aristotele (*Arist. eth. Nich.* 1129 b 11-27): è giusto (δίκαιος) chi si conforma al diritto (ὁ δὲ νόμιμος) ed è, di contro, ingiusto (ἀδίκος) chi non lo ottempera (ὁ παράνομος); può concepirsi in un certo qual modo giusto (πὼς δίκαια) ciò che viene prescritto dal diritto positivo (τὰ νόμιμα); il complesso delle disposizioni che danno vita al diritto positivo (ora prescrivendo certune condotte, τὰ μὲν κελεύων, ora vietandone altre, τὰ δ' ἀπαγορεύων) si esprime in merito ad ogni ambito della vita di relazione dell'uomo; i conegni che debbono essere mantenuti da quest'ultimo, sulla base delle prescrizioni di diritto, corrispondono al contenuto positivo delle specifiche e singole virtù anzi la giustizia universale, così intesa, in sé assomma, a detta dello Stagirita, tutte le virtù ed essa stessa, così, pare essere κρατίστη τῶν ἀρετῶν e, di conseguenza, non semplicemente parte della virtù (οὐ μέρος ἀρετῆς), bensì virtù totale (ὅλη ἀρετή). Non mi convince, pertanto, l'idea espressa da C. NATALI, *Etica Nicomachea*, Roma - Bari, 1999, 487, nt. 406 e 488, nt. 412, secondo cui il riferimento aristotelico, con 'τὰ νόμιμα', sarebbe alla «legge morale» o «legge da intendere in senso ampio»: reputo infatti che sia implicito il riferimento al potere normativo dell'assemblea che pone in essere regole di condotta vincolanti o nella forma di νόμος o, subordinatamente, a quello espresso in ψεφίσματα (sul passo, nel contesto della definizione aristotelica di 'giustizia', mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone*, in L. GAROFALO [ed.], *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, 3 ss.).

²³ J.-P. VERNANT, *L'origine del pensiero greco*, cit., 123.

²⁴ Cfr. *Arist. Ath.* 1.

famiglia della vittima, il criminale in rapporto a tutti i consociati²⁵. Aristotele e Plutarco, di poi, non esitavano a esaltare quel principio ‘accusatorio’ della costituzione solonica secondo cui ciascuno aveva il diritto di intervenire a favore di chi fosse stato leso e di perseguire la *adikia* pur non essendone direttamente la vittima, in quanto il torto commesso nei confronti del privato era offesa verso l’intera compagine politica²⁶.

Ma, invero, lo spirito nuovo si manifestava a distanza di circa cento anni dalla stesura dei poemi omerici, già prima di Solone, in Dracone e nella fervente attività nomopoietica, tanto orientale quanto occidentale²⁷, del settimo secolo a.C., subito dopo quell’asestamento che aveva garantito la sostituzione degli eccessi degli eroi e dei semidei alla *taxis* degli opliti e al *kosmos* della *polis*²⁸: la legislazione ateniese sull’omicidio, in particolare, segnò il momento in cui detto crimine cessava di essere lasciato ai privati attraverso il regolamento di conti, giacché alla vendetta del sangue, sentita come socialmente vincolante per i parenti del morto (e foriera di indeterminabili cicli di uccisioni e contro-uccisioni), si sostituiva la ‘pena’, una repressione controllata ed eseguita in via esclusiva, entro il quadro ordinato della città, dalla (o per conto della) comunità stessa²⁹. Un altro dato, in tal proposito, merita di essere ricordato: tale attività di legislazione (massimamente in tema di omicidio) non fioriva dal nulla, ma – come già in molti hanno avuto modo di mettere in luce³⁰ – rappresentava l’esito più razionale di una antica pratica oracolare e di una ideologia fondamentalmente religiosa: il principio della impurità dell’omicida e la regolamentazione del *katharmòs* derivavano dall’oracolo delfico³¹ (e, come

²⁵ L. GERNET, *Sur la désignation du meurtrier*, in ID., *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, 29 ss.

²⁶ J.-P. VERNANT, *L’origine del pensiero greco*, cit., 77.

²⁷ Cfr., sul punto, E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 205.

²⁸ Cfr. P. VIDAL-NAQUET, *Homère et le monde mycénien*, in *AESC*, XVIII, 1963, 719.

²⁹ Secondo la celebre interpretazione di E. CANTARELLA, *Studi sull’omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, 79 ss., Dracone, più precisamente, avrebbe previsto tre tipologie di omicidio, quello volontario premeditato, quello non premeditato, quello colposo, e avrebbe previsto la pena dell’esilio per la seconda fattispecie: *contra*, v. M. GAGARIN, *Drakon and Early Athenian Homicide Law*, New Haven, 1981, *passim* (ad avviso del quale l’esilio seguiva sia per l’omicidio volontario che per quello involontario).

³⁰ V., per tutti, P. GUTHRIE, *The Greeks and their Gods*, London, 1950, 183 ss.

³¹ Cfr. H.J. TRESTON, *Poinè. A Study in Ancient Greek Blood Vengeance*, London, 1923, 160 ss.; Plato *leg.* 865 b; Schol. Plato *leg.* 865 b.; cfr., per Sparta, Plut. *Lyc.* 6.2.

Oreste insegna nel suo dialogo con Atena, 'purezza' e 'irresponsabilità' erano equivalenti³²); inoltre, da un prologo 'magico', ossia da una *epodè*, Caronda avrebbe fatto precedere le sue leggi per la città di Catania, sì da 'incantare' chi avesse avuto il proprio spirito ossessionato dal pensiero di atti criminali, così testimoniandosi che la repressione era concepita come un *posterius* rispetto alla *goeteia* (magia purificatrice), allo 'charme' della parola cantata per calmare il criminale (presentato, peraltro, come un posseduto da un *daimon* malvagio, incarnazione di un *miasma* originario)³³.

Gli strumenti di *dike* non erano solo, quindi, gli strumenti del puro 'diritto': la giustizia, più ampiamente, si avvaleva di un armamentario che non si limitava al riconoscimento previo di diritti, all'impiego di mezzi processuali 'laicizzati' – che, invero, altro non erano che razionalizzazione e limitazione della originaria violenza incontrollata degli appartenenti ai γένη³⁴ –, ma si avvaleva altresì della forza di concetti

Sulla purificazione e sul *miasma*, v. M. VISSER, *Vengeance and Pollution in Classical Athens*, in *JHI*, XLV.2, 193 ss.; J.W. HEWITT, *The Necessity of Ritual Purification after Justifiable Homicide*, in *TAPA*, XLI, 1910, 99 ss.

³² Aeschl. *eumen.* 445-453; cfr., in particolare, R. PARKER, *Miasma: Pollution and Purification in early Greek Religion*, Oxford, 1983, 366 ss.

³³ V. J.-P. VERNANT, *L'origine del pensiero greco*, cit., 75 s.; su Caronda cfr., in particolare, Arist. *pol.* 1274 a - b; Diod. *bibl. hist.* 12.12-20; cfr., altresì, quanto al canto magico contro i criminali, Plato *leg.* 854 a - 855 a.: secondo Cicerone proprio da Caronda e da Zaleuco il filosofo avrebbe derivato l'idea del prologo magico del IX libro delle 'Leggi': Cic. *leg.* 2.14-16 (cfr., su Platone e sulla sua 'teocrazia' legale, le illuminanti pagine di M. VEGETTI, *Quindici lezioni su Platone*, Torino, 2003, 241 ss.). Segnalo, altresì, con Eva Cantarella (E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 22), le 'imprecazioni' in funzione di sanzione presenti nella legge di Theos (470 a.C.).

³⁴ Come ben mette in luce A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 357, lo scoccare della scintilla di *dike* nella sua accezione processualistica, quale sinonimo del meno frequente *agòn*, conduce alle origini del processo come incidente nell'esercizio di un atto di esecuzione: «nella Grecia arcaica ... il fenomeno processuale sboccia non dall'arbitrato ma dalla legalizzazione dell'autodifesa. Ecco perché la *dike*, nel caso concreto significato di 'azione', altro non fu nella sua genesi che uno strumento di autodifesa conforme a giustizia, onde in caso di resistenza da parte del soggetto passivo la tutela dell'ordine pubblico esigeva la pronuncia di un organo giudicante della *polis* per concedere o negare il nulla osta al compimento dell'atto esecutivo. Così la *dike* venne ad essere considerata il mezzo per ottenere, se necessario, la pronuncia dell'organo giudicante a sostegno della propria pretesa: ed azioni giudiziarie o *dikai*, aventi probabilmente origine consuetudinaria, sono previste già nella legislazione solonica e addirittura in quella dracontina». L'idea (che slega prassi arbitraria e processo) è ascrivibile, nella sua originaria formulazione, a H.J. WOLFF, *The Origin of Judicial Litigation among the Greeks*, in *Traditio*, V, 1946, 131 ss., poi rielaborata da L. GERNET, *Sur la notion de jugement en droit grec*, in *Id.*, *Droit et société*, cit., 61 ss. (conforme E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 253 e nt. 130).

ancestrali, quale quello di contaminazione, e del potere catartico della magia, così come non intendeva (o forse non aveva ancora la forza sufficiente per) abolire *in toto* il ricorso 'pre-giuridico' dell'attività dei privati tenuti, per primitive ragioni connesse sia al prestigio sociale sia al biasimo provocabile in caso di inattività, a farsi 'giustizia da sé'³⁵.

Il rapporto tra vendetta (indiscriminata) e sanzione penale – con tutte quelle sfumature intermedie tra i due poli che concernono sia le ipotesi di ammissione consuetudinaria di alternative originariamente convenzionali alla 'ragion fattasi', quale il pagamento da parte dell'of-

Contra, tra i molti, v. M. POHLENZ, *L'uomo greco*, trad. it., Firenze, 1962, 191, che – in un'ottica, direi, sociologica – riconnette l'origine di *dike* alla prassi arbitrale lentamente affermatasi sopra il convincimento che le parti potevano risolvere in modo pacifico le liti; A. STEINWENTER, *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedspruch und Vergleich nach griechischem Rechte*, München, 1925, G.M. CALHOUN, *Introduction to Greek Legal Science*, Oxford, 1944, 7 ss. (cfr., in parziale disaccordo con Wolff e Gernet, S.C. HUMPHREYS, *The Evolution of Legal Process in Ancient Attica*, in E. GABBA [ed.], *Tria corda. Scritti in onore di A. Momigliano*, Como, 1983, 229 ss.).

³⁵ Il problema della demarcazione cronologica tra sfera del 'droit' e sfera del 'prédroit' è aperto e non solubile *una tantum et in complexu*. Con Eva Cantarella (E. CANTARELLA, *A proposito di diritto e prediritto*, in *Studi Storici*, I, 1984, 75 ss., 78 che parla di «prediritto» come di una «soluzione di una tensione, rappresentata dal desiderio di superare la distanza formale tra il diritto e ciò che non è tale»), anche Henry van Effenterre si domanda «si la polis ... n'a pas conservé bien des conduits du prédroit au moment même où, par ailleurs, s'y élaborait le droit» e nota che «il serait facile de montrer, jusque dans le droit contemporain, la survivance de ces attitudes préjuridique, par exemple en matière de serment, de secret professionnel, voire de droits de l'homme» (H. VAN EFFENTERRE, *Droit et prédroit en Grèce depuis le déchiffrement du linéaire B*, in *Symposion 1985*, Köln - Wien, 1989, 3, che – peraltro – anticipa storicamente il passaggio in questione sulla base della considerazione che pure la civiltà dei Palazzi deve aver avuto un suo 'droit'): lo studioso, peraltro, nota come l'apparizione di quella che Gernet aveva chiamato la 'funzione giuridica autonoma', non avrebbe affatto eliminato l'eredità anzitutto magico-religiosa profondamente integrata nel tessuto sociale. Anzi, già altri hanno messo in luce come la polis avrebbe finanche proiettato le sue istituzioni nella sfera dell'ordine divino, piegando τὸ ἱερὸν ai propri scopi (A. MAFFI, *Tὰ ἱερὰ καὶ τὰ ὄσια. Contributo allo studio della terminologia giuridico-sacrale greca*, in *Symposion 1977*, Köln - Wien, 1982, 33 ss.; cfr., altresì, sul dinamismo 'droit'/prédroit', A. TADDEI, *Louis Gernet, 'Eranos'. Presentazione. Traduzione e commento*, in *Dike*, II, 1999, 22; A. COLORIO, *Cervello, diritto ed evolucionismo tra preistoria e storia*, in A. DANIELLI - V. SCHIAFFONATI [ed.], *Le forme della mente. Percorsi multidisciplinari tra modularismo e connessionismo*, Bologna, 2007, 184 ss., il quale, con il Gernet, sottolinea la continuità e la gradualità dell'«evoluzione strutturale» di ogni civiltà, anche se, a mio parere, è più corretto 'atomizzare' il prédroit nei singoli istituti di una civiltà). Di natura diversa la discussione tra Burchfiel e Behrend, in occasione del *Symposion* del 1993, vertente sulla portata critica di una nozione (quella di prediritto) che si vorrebbe ridurre a sola 'Faszination' (K.J. BURCHFIEL, *The Myth of 'Prelaw'*, in *Symposion 1993*, Köln - Weimar - Wien, 1994, 79 ss.; D. BEHREND, *Diskussionsbeitrag*, in *Symposion 1993*, Köln - Weimar - Wien, 1994, 105 ss.).

fensore del cd. 'Wergeld'³⁶, sia il riconoscimento 'statuale' (*rectius*: comunitario) della vendetta entro l'ordine giuridico vigente³⁷ – è espres-

³⁶ Come, più volte, ha avuto modo di sottolineare brillantemente Eva Cantarella, già presso le comunità omeriche esistevano meccanismi di controllo che erano volti alla continenza delle 'devianze' e alla limitazione delle controversie (a mezzo di strumenti di tipo convenzionale) e norme consuetudinarie che regolavano lo svolgimento della vendetta – non più quindi assoluta e incontrollata 'ragion fattasi' – fisiologica conseguenza (e non sanzione!) di ogni contegno lesivo della *timè* e che vedeva come attivi protagonisti non solo i parenti, ma tutti coloro che erano legati all'offeso da rapporti stabili se non permanenti (E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 225 ss.; cfr., altresì, C. GIOFFREDI, *Responsabilità e sanzione nella esperienza penalistica della Grecia arcaica*, in *SDHI*, XL, 1974, 1 ss.). Attesa la natura di 'shame-culture' della società omerica (in quanto fondata 'anzitutto' – e non esclusivamente – su modelli positivi), la vendetta si imponeva come dovere 'sociale' tale che chi, pur essendone tenuto, non la compiva, era riprovato socialmente (e nulla era considerato più infamante di una morte senza vendetta: cfr. *Hom. Od.* 1.298-300; 1.376-380; 2.202-209): alla 'vendetta pura', quale unica conseguenza dell'offesa ben presto però si affiancarono soluzioni alternative di ricomposizione della violata *timè*. Chi, infatti, aveva commesso un atto che richiedeva vendetta e voleva sottrarsi a quest'ultima, *in primis*, era 'fattualmente' in grado di ottenere tal risultato recandosi in esilio (e chi, meno forte degli offesi, abbandonava la patria poteva evitare la rappresaglia, sempre a patto che i vendicatori non riuscissero a raggiungerlo: *Od.* 15.272-278), anche se – come insegna G. GLOTZ, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, 1904, 47 ss. – la vendetta si estendeva, invero, a tutti i membri del gruppo dell'offensore nonché ai suoi discendenti (*Il.* 24.734-737). In secondo luogo, si andò affermando – una volta sostituitosi il principio della solidarietà passiva con quello della personalità in tema di responsabilità – la consuetudine per cui l'offensore, pagando pubblicamente una *poinë* e ammettendo anche non espressamente di non essere all'altezza – ossia di non avere *aretè* a sufficienza – di far fronte all'esercizio della vendetta, riconosceva la superiorità dell'offeso (o del suo gruppo): la necessità (dettata dal codice dell'onore) di procedere alla rappresaglia veniva meno e a chi aveva accettato la *poinë* era fatto divieto di vendicarsi (cfr. C. GIOFFREDI, *Responsabilità*, cit., 35 ss.), laddove, ovviamente se la *poinë* proposta dall'offensore non trovava concorde la parte lesa, al primo non restava che la via dell'esilio (E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 233 ss. contro l'interpretazione di H.J. TRESTON, 'Poinè', cit., 27 ss., 38; v., altresì, sul tema, per un approccio sociologico, M.P. MITTICA, *Il divenire dell'ordine. L'interpretazione normativa nella società omerica*, Milano, 1996, 204 ss.).

³⁷ Lo scudo di Achille con la celeberrima descrizione del processo concernente la *quaestio facti* dell'avvenuto o meno pagamento della *poinë* a seguito di un omicidio (*Hom. Il.* 18.497-508), testimonia il passaggio da uno stadio in cui il mondo greco legava la repressione delle offese alla mera 'ragion fattasi' lasciata all'arbitrio delle parti, ad una fase in cui la vendetta pare, invece, non ancora sostituita dalla 'pena', ma embrionalmente assoggettata al controllo – parziale – della collettività in ordine alla modalità – e ancor prima alla liceità – di esecuzione: cfr., per la interpretazione tradizionale del passo, *in primis*, E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio*, cit., 73 s.; EAD., *Lo scudo di Achille: considerazioni sul processo nei poemi omerici*, in *RISG*, XVI, 1972, 247 ss; EAD., *Norma*, cit., 251 ss.; EAD., *Dispute Settlements in Homer. Once Again on the Shield of Achilles*, in *Mélanges en l'honneur du Panayotis Dimakis. Droits antiques et société*, Athens, 2002, 147 ss.; nonché, *ex plurimis*, G.M. CALHOUN, *The Growth of Criminal Law in Ancient*

sione sintomatica del non sempre cristallino e intelligibile rapporto intercorrente tra quelle due sfere che Louis Gernet ha evocativamente definito 'prédroit' e 'droit', in una antitesi che, invero, non si esaurisce semplicemente in termini di opposizione tra religioso (o, più latamente, magico-religioso) e giuridico. Il primo polo, infatti, è contraddistinto – stando alle parole dello stesso Gernet – dalla mancanza di una «spécialisation de temps et de lieu, du personnel et des moyens opératoires», in sé assomma «certaines conduits traditionnelles où les gestes et le *verba* ont une vertu ... dont la signification et les effets sont analogues à ceux qui transparaissent dans le droit lui-même»³⁸ e, indi-

Greece, Berkeley, 1927, 18; quanto alla versione che reputa che la questione – *iuris* e non *facti* – attenga alla accettabilità della *poinë*, v., da ultimo, M. GAGARIN, *Early Greek Law*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *Ancient Greek Law*, cit., 82 ss. Cfr., altresì, R. WESTBROOK, *The Trial Shield in the Iliad*, cit., 53 ss. e ntt. 3-4 (con accurati richiami di bibliografia), che poco persuasivamente sostiene la tesi 'miceneo-orientale' della giustizia dei 'vecchi', sicché lo studioso non mi pare affatto cogliere nel segno per numerosi fattori: anzitutto perché la *poinë* non poteva esser imposta, di poi perché non era predefinibile nel suo ammontare; infine perché dai poemi non sembrano emergere regole che distinguono l'atteggiamento psicologico dell'omicida (e tutto ciò contro quanto sostenuto, per l'appunto, dal Westbrook).

³⁸ L. GERNET, *Introduction*, in ID., *Droit et société*, cit., 2. Il concetto di 'prediritto' emerge la prima volta nella produzione di Gernet nell'anno 1938, in uno scritto (ID., *Introduction à l'étude du droit grec ancien*, in *AHDO-RIDA*, II, 1938, 261 ss.) in cui l'autore – solo parzialmente – prende le distanze dal modello glotziano che aveva seguito nelle *Recherches* del 1917 (criticando della *Solidarité* l'eccessiva devozione alla «tradition sentimentale d'humanisme», l'impiego del concetto di *genos*, l'idea di una originaria unitarietà del diritto), ma ne esalta la ricerca 'mitologica' del punto di partenza dello sviluppo giuridico, ossia lo studio teso a ricavare dal mito dati istituzionali quali consuetudini e istituzioni e a spiegare talune 'credenze' – di cui alcuni studiosi rilevavano solo la stranezza – nel loro rapporto con i 'riti'. Riti che assurgevano a «droit en puissance», vale a dire ad un «prédroit» che si contrapponeva a un diritto inteso come «fonction des sociétés au milieu desquelles on l'observe» (ID., *Introduction à l'étude du droit grec ancien*, cit., 276). Sarà però in *Droit et prédroit en la Grèce ancienne* (in L. GERNET, *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, 1968, 175 s.) che Gernet, prendendo le distanze da Huvelin e da Leist, e abbandonando la tricotomia morfologica di Glotz ('famille souveraine', 'cité contre la famille', 'cité souveraine'), cui corrisponde la sequenza pensiero religioso/pensiero magico/pensiero giuridico, consacra l'opposizione tra prediritto e diritto, in seno ad una ricerca espressamente devota allo studio della 'funzione giuridica' come «fonction sociale» e come «fonction psychologique» (ID., *Droit et prédroit*, cit., 177). Il diritto, così inteso, secondo Gernet, è traduzione dei 'rapporti sociali' in forme simboliche prodotte da un pensiero astratto e positivo, laddove prima di tale traduzione sono le tecniche del prediritto – espressione di un pensiero «sentimentale et indéterminée» – a conferire efficacia a tali rapporti: seppur Gernet non concepisce più la realtà come un fatto psichico collettivo, vero è che ancora in *Droit et prédroit* gli influssi del Durkheim si fanno sentire (per quest'ultimo il diritto, infatti, è un simbolo visibile della solidarietà sociale, una funzione sociale e pubblica di cui tutti gli individui – pur a titolo diverso – sono

ce di una efficacia 'altra' rispetto a quella propria del piano del diritto, involge rapporti non ancora concepibili in termini giuridici, e non ancora giudizialmente coercibili: il «*prédroit*» sarebbe, quindi, «un état où les relations que nous nommons juridique seraient conçues selon un autre mode de pensée que le droit proprement dit»³⁹. Il secondo polo, il 'droit', è descritto, nella sua generalità, come «une technique autonome» che presuppone le istituzioni organizzate proprie di «un minimum d'Etat»⁴⁰; Gernet sottolinea il trapasso a una «fonction autonome» dotata, nelle sue plurime manifestazioni, a seconda del tempo e del luogo, di una «unité irrécusable», il trapasso a una «fonction psychologique» incarnata in un «système de représentations, d'habitudes de pensée et de croyances» ordinate attorno ad una nozione specifica, quella, appunto di «droit»⁴¹.

Entro tale schema – in una dialettica i cui termini mi pare più preciso definire come differenziazione e indifferenziazione⁴² – Gernet, nel proposito di estendere l'armamentario del pensiero giuridico a campi estranei a quest'ultimo, sì da rendere i confini del 'giuridico' più 'fluidi', indica la derivazione delle pratiche 'procedurali' da contegni che risultano pienamente intelligibili solo se inseriti in un contesto il cui pensiero è, per l'appunto, diverso rispetto a quello del mondo del diritto: così, non solo il campo 'religioso', ma anche quello 'ludico' e 'agonale' (che la società omerica ben attesta attraverso la descrizione di gare memorabili⁴³) si impongono quale contesto imprescindibile, i cui istituti e la cui terminologia verranno trasfusi nella sfera di operatività e nel lessico giuridici (essendo, paradigmaticamente, l'agone sia il luo-

funzionari, campo di interazione privata intersoggettiva: cfr. E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, trad. it., Torino, 1999, 86).

³⁹ L. GERNET, *Droit et prédroit*, cit., 176.

⁴⁰ L. GERNET, *Introduction*, in Id., *Droit et société*, cit., 2.

⁴¹ L. GERNET, *Droit et prédroit*, cit., 177. Incisivamente Eva Cantarella parla di «forze che compongono l'osservanza di determinate norme di comportamento là dove (come nella società omerica, appunto) non esiste ancora uno Stato capace di costringere con la forza i consociati a osservare le regole» (E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 20).

⁴² Cfr. M. BRETONI, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma - Bari, 1994, 196, secondo il quale «il prediritto è un modo di rappresentarsi l'indistinto in vista di ciò che accadrà dopo». Sul punto v., altresì, D. DE SANCTIS, *Alla ricerca del 'prédroit' come discorso sul metodo*. Louis Gernet, per una sociologia del diritto, in L. GERNET, *Sulla nozione di giudizio in diritto greco*, Torino, 2007, 48 ss., nonché E. CANTARELLA, *A proposito di diritto e prediritto*, cit., 78.

⁴³ Cfr. W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, trad. it., Torino, 1980, 155.

go prestabilito per le decisioni scaturenti dalla 'lotta', sia la sede della decisione scaturente dalla 'sentenza'⁴⁴).

Il flusso continuo⁴⁵ tra le forze del 'prédroit' e gli istituti del 'droit' non è, pertanto, convogliabile in un solo canale, ma molteplici sono i condotti irradiati dalla medesima sorgente: il canale magico (che lega gesti, parole, oggetti, colori alla produzione 'simpatica' di determinati effetti⁴⁶), ad esempio, è seguibile nel trapasso semantico dal 'ὄρκον ὁμύωναι' quale atto di 'Zauberai' consistente nell'afferrare con forza

⁴⁴ L. GERNET, *Jeux et droit*, in ID., *Droit et société*, cit., 18 ss. L'influsso di M. Weber pare evidente, atteso che secondo quest'ultimo – stando all'interpretazione di S. Andrini – «la procedura diventa il modo di rappresentare, mostrandone lo stato nascente, il passaggio dalla società al diritto» (S. ANDRINI, *La pratica della razionalità. Diritto e potere in Max Weber*, Milano, 1990, 24): lo stesso Gernet, del resto, non esita ad affermare che ove un attore sia portato dinanzi ad una giustizia, quantunque rudimentale, a far valere una sua pretesa, l'idea del diritto si dispiega in uno spazio sociale del tutto diverso rispetto a quando si soddisfa di esecuzioni tradizionali, ossia attività private inconsciamente lecite (L. GERNET, *Droit et prédroit*, cit., 278): come noto l'esistenza di norme sulle procedure sarebbero l'elemento discriminante tra fase pregiuridica e fase protogiuridica secondo il Gagarin (M. GAGARIN, *Early Greek Law*, cit., 3 ss.). Diverso, invero, l'approccio antropologico di un Hoebel o di un Pospisil: ad avviso del primo l'elemento discriminante tra società e diritto sarebbe l'attribuzione ad agenti socialmente autorizzati di un potere coercitivo fisico (potere non necessariamente statale), in quanto tra i valori di una cultura assurgono a norma di diritto quei postulati la cui infrazione, in modo costante, viene contrastata con l'applicazione o la minaccia di una forza (A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive*, trad. it., Bologna, 1974, 43); seguendo il secondo – che molto deve a Hoebel, seppur se ne discosta sotto il profilo dell'uso sanzionatorio della forza – il diritto è un «institutionalized social control» i cui elementi essenziali sono l'autorità politica (che manifesta 'il diritto' e che forza o induce al rispetto), il vincolo 'duty-right' (riconoscibile dall'autorità), l'intenzione di applicare in modo costante, una sanzione (L. POSPISIL, *Anthropology of Law. A comparative Theory*, New York, 1971, 39 ss.). Due dati paiono accomunare, rispettivamente, i tre autori (Gagarin, Hoebel, Pospisil), da un lato, e solo Gagarin e Pospisil, dall'altro: la pressoché totale irrilevanza *sub specie iuris* della consuetudine, nonché la convinzione che il diritto si manifesti sempre in una forma giudiziale. Il che mi pare alquanto opinabile.

⁴⁵ Uso l'immagine del 'canale' e del 'flusso', benché cosciente del fatto che, come sottolinea Gernet stesso «le rapport entre droit et prédroit apparait différent suivant les espèces», in quanto «il y a des continuités ou des transpositions» e «il y a aussi des antithèses» (L. GERNET, *Introduction*, in ID., *Droit et société*, cit., 2).

⁴⁶ Cfr., più ampiamente, sul punto, E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 22 ss. che rammenta, paradigmaticamente, le «suppliche obbligatorie» della Grecia precitadina (in una con il celebre caso di Charila, su cui v. EAD., *I supplizi capitali*, cit., 9 ss.), nonché il ricorso alle ἀπάι («imprecazioni» in funzione di sanzione); v., altresì, sulle linee di ricerca di Gernet, E. CANTARELLA, *A proposito di diritto e prediritto*, cit., 75 ss.

il bastone⁴⁷, all'atto e religioso e giuridico di 'prestare giuramento'⁴⁸. Quello degli «jeux» ben è dimostrato, invece, nel meccanismo di assegnazione dei premi come descritto da Omero con riguardo a quelli funebri banditi da Achille in onore di Patroclo: da un lato, la «mainmise sur le prix», su iniziativa del vincitore e la ratifica della comunità abbozzerebbero gli elementi di quel potere individuale che, *sub specie iuris*, non si esiterebbe oggi a chiamare proprietà; dall'altro, le contestazioni a fine gara (si pensi, dopo la celeberrima competizione coi carri, alla disputa 'potenziale' tra Antiloco ed Achille risolvibile con il duello⁴⁹; o a quella tra Menelao e Antiloco, risolta col deferimento di un giuramento decisorio, ma risolvibile *in primis* con il ricorso alla assemblea⁵⁰) avrebbero in sé tutti i germi del processo («les jeux» sarebbero, cioè, «des milieux où se sont définies les notions et les attitudes qui sont explicatives de la procédure la plus ancienne»)⁵¹. Infine quello della vendetta (stilizzato storicamente in forma simbolico-sacrale) ben si evidenzia nella 'dichiarazione di guerra' ad opera dei legittimati attivi della δίκη φόνου sulla tomba dell'ucciso, nell'atto di piantare

⁴⁷ V. A. CALORE, 'Per Iovem Lapidem'. *Alle origini del giuramento. Sulla esperienza del sacro nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 38. Cfr., per ulteriori ipotesi di «integrazione» (ma io sarei più propenso a parlare di 'traduzione'), A. COLORIO, *Cervello, diritto ed evolucionismo*, cit., 186 s. e ntt. 76 ss. (in tema di giuramento elastico ed efebico); nonché E. CANTARELLA, *Itaca*, Milano, 2002, 74, in merito alla 'legge di ospitalità'; notevoli riflessioni sul rapporto tra «protodiritto» (vocabolo di cui non mi convince però l'impiego in vece di prediritto, essendo definito come «ciò che sta prima del diritto e lo condiziona nella sua formazione») e diritto – e precisamente in merito alla «aspettativa di reciprocità» – si possono leggere in F. ROMEO, *Esplorazioni nel diritto artificiale*, in *I-lex (Scienze giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenze Artificiali. Rivista quadrimestrale on-line)*, I, 2004, 37 ss. e nt. 60.

⁴⁸ Sulla funzione del giuramento processuale v. G. THÜR, *Zum δικάζειν bei Homer*, in *ZSS*, LXXXVII, 1970, 426 ss.; ID., *Oaths and Dispute Settlements in Ancient Greek Law*, in L. FOXHALL - A.D.E. LEWIS (ed.), *Greek Law in its Political Setting: Justification not Justice*, Oxford, 1996, 57 ss.

⁴⁹ Hom. *Il.* 23.553-554: seguo, qui, l'interpretazione di G. THÜR, *Zum δικάζειν bei Homer*, cit., 443 s. (che ritiene che il riferimento non sia affatto al ricorso alla vendetta, ma all'*ordalium*; *contra*: E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 219).

⁵⁰ Hom. *Il.* 23.570-585: cfr. G. THÜR, *Zum δικάζειν bei Homer*, cit., 426 ss. che pensa – persuasivamente – al δικάζειν di Menelao come a 'proporre un mezzo formale di soluzione della controversia' (ma contro la generalizzazione di tale dominio semantico v. E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 219 s. e nt. 28, sulla scorta di M. TALAMANCA, *Δικάζειν e κρίνειν nelle testimonianze greche più antiche*, in *Symposion 1974*, Köln - Wien, 1979, 103 ss.).

⁵¹ L. GERNET, *Jeux et droit*, in ID., *Droit et société*, cit., 18.

una lancia⁵²: l'esperimento dell'azione, all'evidenza, era l'evoluzione di un originario 'self-redress'.

Entro la cornice della ricostruzione gernetiana, un ruolo principe innegabilmente ha giocato la mitologia greca⁵³: il banchetto di Tantalò, lo scambio delle armi, il mito di Prometeo, il sacrificio dei sovrani atlantidei, difatti, hanno offerto allo studioso francese un sostanzioso materiale fecondo per riflessioni circa quei contegni primitivi inseriti, in una antitesi assoluta con l'astrazione caratteristica del 'pensée juridique', nel cuore del 'prédroit'. In modo concorde tra le sue diverse manifestazioni, il mito mette in luce il nesso che unisce la 'violenza' (privata, agonale, sacra) al 'droit', quale «sterilizzazione del conflitto»⁵⁴: violenza naturale e incontrollata là dove non vi siano norme capaci di disciplinare il ricorso ad essa e sanzionarne l'abuso; violenza incardinata in un sistema attraverso (più o meno) raffinate ritualizzazioni che in sé mascherano o, comunque, ricordano – nella loro struttura interna, nei loro segni esterni – l'indiscriminato ricorso ad originari atti di mera ritorsione.

Se i miti, tuttavia, non dicono alcunché sui caratteri strutturali del proto-diritto, essi, comunque, rispecchiando quello stato di violenza cui – nel flusso delle forze pregiudiciali alla 'fonction autonome' – si rifa la stessa esperienza giuridica arcaica⁵⁵, rimarcano con insistenza lo stato di assoluta precarietà delle comunità pre-giuridiche e alludono ad una violenza cosmica di cui parteciperebbe 'naturalmente' l'uomo stesso: una violenza che – come qualcuno ha sostenuto – nella sua forma caotica deve essere abbandonata attraverso un atto di frattura (non netta e assoluta, ma comunque effettiva); una violenza che René Girard ha invocato quale realtà fondatrice del diritto, scaturigine del vincolo aggregativo ed esorcizzabile attraverso il convoglio della aggressività collettiva nella vittima sacrificale⁵⁶, giacché «in tutte le istituzioni umane, si tratta di ri-

⁵² Cfr. Dem. 47.68 ss.

⁵³ Della quale uso abbondante già aveva fatto il Glotz e sulla quale il Gernet aveva condotto un'analisi non tanto deputata alla ricostruzione sincronica di un corpo di norme primitive, quanto alla interpretazione diacronica del trapasso da prediritto a diritto: cfr., in tema, A. MAFFI, *Le 'Recherches' di Louis Gernet nella storia del diritto greco*, in *Quaderni di storia*, XIII, 1981, 25 ss., 31.

⁵⁴ D. DE SANCTIS, *Alla ricerca*, cit., 58.

⁵⁵ E ciò sia nei suoi più deboli primordi ove la vendetta, *ab origine* lasciata ai privati, viene 'giuridicizzata' mediante limitazione, sia nelle sue fasi più avanzate ove è l'ordinamento a farsi carico dell'azione repressiva.

⁵⁶ R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, trad. it., Milano, 1980, 388 s.

produrre, per il tramite di nuove vittime, un linciaggio riconciliatore»⁵⁷. Una violenza che Heidegger ha identificato nel *Polemos* eracliteo, matrice e custode (*Logos*) del diritto⁵⁸.

Il diritto, nato, a mio avviso, più che da un 'evento-frattura'⁵⁹ da un 'evento-traduzione', è 'indicazione' e 'confine'⁶⁰: non è annichilimento della violenza primeva, ma sua istituzionalizzazione; non è negazione del potere religioso posseduto dalle 'armi' – con cui i γένη si affrontavano – delle formule rituali e delle prove consuetudinarie decisorie (per cui il 'giudice' si limitava alla constatazione e alla dichiarazione della vittoria al termine della prova di forza, senza alcuna ingerenza conoscitiva di natura sostanziale), ma è evoluzione delle modalità di ricerca della verità processuale; non è, come si è sostenuto, «esigenza esistenziale» di dare una risposta sia «a una pressione angosciosa e angosciante che ossessiva», sia «a quel desiderio di violenza che troviamo dentro di noi»⁶¹, ma è – nella sua natura limitativa e cogente – quella stessa violenza che viene sistematizzata in modelli che non sono più magici, religiosi, ludici, tragici, ma che nella loro fattura, ora autonomamente giuridica, in ogni modo presentano all'occhio attento elementi simbolici di sovrapposizione e compenetrazione di tecniche e rappresentazioni diverse.

Così, c'è stato chi con parole di grande impatto ha consacrato le Erinni a segno della 'Nachtseite' del pensiero greco, fondatrice dell'ordine giuridico e politico stesso: «le Erinni, le divinità la cui collera non può mai essere placata, esprimono in fondo l'inesorabile ostilità delle cose a ogni ventura umana; il fio che ogni umana azione ha prima o poi da scontare; la minaccia nascosta in ogni situazione, l'elemento tenebroso per cui non c'è azione, condizione o fortuna scevra d'ingiui-

⁵⁷ R. GIRARD, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, trad. it., Milano, 2001, 71.

⁵⁸ M. HEIDEGGER, *Introduzione alla metafisica*, trad. it., Milano, 1968, 72 s. Cfr., inoltre, sul *nomos* sovrano del celebre frammento pindarico n. 169, quale principio che, congiungendo *bia* (violenza) e *dike* (giustizia), arrischia i due termini antitetici nell'indistinzione, G. AGAMBEN, *'Homo sacer'. Il potere sovrano e la nuda vita*², Torino, 2005, 36 ss.

⁵⁹ Cfr., in questi termini, F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia*, cit., 11 ss.

⁶⁰ Cfr., in tema, per l'originario significato etimologico di *dike*, quale 'confine', R. PALMER, *The Indo-European Origins of Greek Justice*, in *TPHS*, 1950, 149 ss.; cfr., altresì, E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, trad. it., Torino, 2001, 363 ss. (cfr., infine, per l'innovativo approccio, G. SEMERANO, voce δίκη, in *Le origini della cultura europea*, II.1, *Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee. Dizionario della lingua greca*, Firenze, 1994, 75).

⁶¹ F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia*, cit., 12.

stizia e di colpa e il quale, dunque, nel colmo della gioia o della fortuna, ci fa temere l'improvvisa sventura»; ma al contempo, s'è scritto, «le Erinni sono ... la pena insita nel crimine, la vendetta interminabile della natura offesa», nonostante il criminale sia «incolpevole, vittima di un ingranaggio irresistibile, spinto da un Dio, come Oreste o Ippolito, a violare la legge di un altro Dio»⁶². La violenza delle Erinni, nella bella pagina del Chiaromonte, assurge a indistinto segno delle conseguenze negative dell'offesa, responsabilità penale nel mondo del diritto, vendetta indiscriminata nel mondo del 'prédroit', in un 'uno' che testimonia gli spesso labili confini tra le due sfere, nonché la sottile linea rossa che congiunge questi due estremi⁶³. Due estremi, per l'appunto, tra i quali si sviluppa il tragico 'Dasein' dell'uomo che in quanto destinatario, artefice e spettatore della violenza (pregiuridica e giuridica), e in quanto stretto tra l'impulso originario e naturale al superamento di ogni limite e il *modus* secondario imposto dall'ordine del vivere associato, è heideggerianamente 'das Unheimlichste', la cosa più inquietante tra le inquietanti (ovverosia τὸ δεινότατον nel Coro dell'Antigone sofoclea⁶⁴). Che il diritto non sia negazione della violenza (e delle altre forze cd. 'pregiuridiche'), ma sua conservazione regolamentatrice e disattivante, è ben illustrato, del resto, dal rapporto simbolico tra lancia e scettro, come ha sottolineato lo stesso Vernant: la lancia è normalmente sottoposta allo scettro, e solo ove tale gerarchia si inverte, la lancia esprime *hybris*, mentre lo scettro è segno di *dike* (e *aidòs*)⁶⁵.

⁶² N. CHIAROMONTE, *Lectures grecques*, in ID., *Silenzio e parole. Scritti filosofici e letterari*, Milano, 1978, 47.

⁶³ Cfr., sulla fluidità dei *finis* del diritto in Grecia, L. GERNET, *Introduction à l'étude du droit grec ancien*, cit., 7, secondo cui in un diritto come quello di Atene, in cui il criminale non è sempre oggetto di una isolata considerazione, in cui l'assassino è perseguito a mezzo di azioni private, in cui alcune procedure interessano ora il diritto pubblico ora quello civile, non è possibile stabilire delle nette frontiere.

⁶⁴ Cfr., per la traduzione dei vv. 332-375 della tragedia sofoclea, E. EHRENBERG, *Sofocle e Pericle*, trad. it., Brescia, 1958, 90 ss. La letteratura non può che essere sterminata: in tema v., recentemente, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (ed.), *La legge sovrana. 'Nomos Basileus'*, Milano, 2006, 21 ss.; ma sul punto rimane, a mio avviso, impareggiabile la trattazione filosofico-giuridica di F. CANCELLI, *Le leggi divine di Antigone e il diritto naturale*, Roma, 2000, 119 ss., che riconduce la legge sulla sepoltura richiamata da Antigone contro il κήρυγμα di Creonte (Soph. *Antig.* 447 ss.), non al 'diritto naturale', non ad un mero senso di pietà fraterna, ma al diritto non scritto panellenico (cfr. Eur. *suppl.* 524-526; 537-541, 563, 671), che si identifica coi νόμια τῶν θεῶν.

⁶⁵ J.-P. VERNANT, *Mito e pensiero*, cit., 33 ss. Sottolinea il carattere costantemente

Invero, tra i molteplici paradigmi adducibili, la metamorfosi della violenza nel cammino tra predirritto e dirritto mi pare trovare emblematico dispiegamento nel mito della nascita di Elena contenuto nei *Cypria* pseudo-omerici, nonché – seppur in modo attenuato – in quello dei doni di *dike* e *aidòs* nel Protagora di Platone.

Zeus, intenzionato ad annientare gli ‘Urmenschen’ attraverso il ricorso alle forze naturali quali il fulmine e il diluvio, viene dissuaso da Themis, protettrice dell’ordine naturale, che chiede però ‘vendetta’ per la violazione dell’ordine. Gli scopi di Zeus e di Themis, su consiglio di quest’ultima, possono realizzarsi attraverso l’unione del ‘re degli dei’ con Nemesis; unione che, nel mito, assume la forma tragica di uno stupro: v’è dunque una violenza originaria (quella degli ‘Urmenschen’) che non rispetta l’ordine primevo (Themis); v’è una violenza che genera vendetta (è questo il *telos* di Zeus e di Themis) la quale ultima per perfezionarsi necessita di nuova violenza (lo stupro di Nemesis da parte di Zeus) e si inserisce in un ciclo interminabile e caotico (la vendetta di Nemesis, nella persona della figlia Elena, non si dirige verso l’offensore diretto, ma verso una vittima sacrificale che è il genere umano⁶⁶).

Nemesis altro non è che una forma più primitiva, rozza, selvaggia di Dike; essa è «die Idee der kosmischen Rache»⁶⁷, la consacrazione del principio non ancora ‘retribuzionistico’⁶⁸, ma naturale, per cui «was verletzt wird, rächt sich»⁶⁹; e ciò, dunque, ben lungi dall’ottimistica interpretazione di Untersteiner (secondo cui già nel mito di Zeus e Nemesis «la vendetta mediterranea si purifica nel concetto di giustizia»⁷⁰), è assai più vicino alla rigorosa concezione hegeliana di ‘Strafe’ in termini di

negativo di *hybris*, F. D’AGOSTINO, ‘Bia’. *Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia antica*, Milano, 1983, 25 ss.; non mi pare seguibile, invece, quanto sostenuto dalla Jellamo che vede in *hybris*, talora, una parte dell’*aretè* eroica (cfr. A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 21).

⁶⁶ Scontato, quindi, il riferimento alla casualità della vittima espiatoria segnalata da R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 15 ss.

⁶⁷ K. KERENYI, *Die Geburt der Helena*, in *Mnemosyne*, VII, 1939, 166.

⁶⁸ Cfr., in tema, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma - Bari, 1989, *passim*.

⁶⁹ K. KERENYI, *Die Geburt der Helena*, cit., 166. Non mi sento di concordare, quindi, con quanto afferma pianamente E. LÉVY, ‘*Areté*’, cit., 177 ss., secondo cui il termine ‘*nemesis*’ indicherebbe la ‘sanzione sociale’: esso, infatti, mi pare indicare, *in primis*, la ‘vendetta’ (*Il.* 6.351; *Od.* 22.40), mentre è ἐλεγχεῖν – come ha provato E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 210 ss. – con più alta frequenza a significare ‘riprovazione esterna’.

⁷⁰ E. UNTERSTEINER, *La fisiologia del mito*, trad. it., Milano, 1946, 177.

‘Aufhebung’⁷¹ (tanto rigorosa da confondersi con la sfera della ‘Rache’).

Diametralmente opposto l’intervento di Zeus nel mito, contenuto nel platonico Protagora⁷², di Epimeteo (il distributore) e Prometeo (il controllore): l’uomo, grazie al furto perpetrato da quest’ultimo a danno di Efesto e di Atena, viene dotato del ‘fuoco’ e della *entechnos sophia*. Quindi, a mezzo di Ermete, Zeus elargisce indistintamente a tutti gli uomini, ancora incapaci di *bios politikòs* e pertanto – a seguito delle attribuzioni prometaiche – destinati all’autodistruzione, sia *dike* che *aidòs*: ‘attributi’ che non sottraggono, tuttavia, l’‘Urmensch’ alla sua natura violenta, ma gli attribuiscono un *quid pluris*. *Dike* e *aidòs* «non sono facoltà originarie dell’uomo, ma non sono nemmeno semplici prodotti della saggezza storica accumulata nelle generazioni»; si impongono, nella loro natura dativa, come «condizioni trascendentali della coesistenza, non dell’esistenza»⁷³: o, meglio, direi io, della ‘coesistenza pacificamente ordinata’. Un furto (cui consegue, da un lato, il supplizio di Prometeo e, dall’altro, la responsabilità oggettiva per lo stesso genere umano, assoggettato all’avvento di Pandora) e una donazione sono alla base, rispettivamente, del ‘vivere aggregato’ e del ‘vivere politico’: non tanto eventi di ‘frattura’ o di puro ‘toglimento’ (‘aufhören lassen’), quanto – senza soluzione di continuità – eventi di ‘addizione’ e di ‘traduzione’ conservativa (‘aufbewahren’), che non mutano direttamente la natura dell’uomo, bensì la implementano convertendo le forze disciplinanti

⁷¹ G.W.F. HEGEL, *Eстетica*, trad. it., Torino, 1967, 520. Sulla concezione hegeliana di vendetta (‘Rache’) e pena (‘Strafe’) come retribuzione, in un’ottica per cui tra le due fattispecie vi sarebbe identità, cfr. S. FUSELLI, *Hegel come critico della retribuzione*, in F. CAVALLA - F. TODESCAN (ed.), *Pena e riparazione*, Padova, 2000, 203 ss. Il termine ‘Aufhebung’ è carico di una duplicità semantica che fonda, per vero, l’intera dialettica hegeliana: da un lato il verbo ‘aufheben’ è ‘aufbewahren’, dall’altro, è ‘aufhören lassen’: disattivare e conservare quali aspetti contestuali. Con Agamben, in tal proposito, ricordo che lo stesso Lutero traduce con il verbo ‘aufheben’ il paolino *καταργεῖν*, verbo che gioca un ruolo fondamentale nella dialettica (della lettera ai Romani e di quelle ai Corinti) tra tempo messianico (fede e promessa) e tempo del νόμος (legge e opere): la *κατάργησις* del Messia non è abolizione, negazione, annichilimento della legge prescrittiva, ma ‘conservazione’ e ‘perfezione’ della stessa attraverso una sua ‘disattivazione’; il Messia è, quindi, il τέλος della legge (*Rm.* 10.4) ed è il τέλος di ciò che è stato disattivato (2 *Cor.* 3.12-13); così in *Rm.* 3.31 (‘rendiamo dunque inoperante [καταργοῦμεν] la legge attraverso la fede? Non sia! Anzi, teniamo ferma la legge’) non vi sarebbe, per Agamben, alcuna contraddizione, ma la volontà di Paolo di precisare il vero significato del *terminus technicus* nella sua pregnante duplicità (G. AGAMBEN, *Il tempo che resta*, cit., 91 ss.).

⁷² Plato *Protag.* 318 e - 319.

⁷³ F. D’AGOSTINO, *Per un’archeologia*, cit., 37.

la realtà in istituti reggenti il cosmo. Per citare Giovanni Crisostomo, il ‘mantenere disattivando’ (κατάργησις) è πλήρωσις (implemento) e πρὸς τὸ μείζον ἐπίδοσις (incremento verso ciò che è migliore)⁷⁴.

L'uomo, secondo i dati della mitologia, non nasce – ovviamente – come *homo iuridicus*: la giuridicità è una conquista successiva, e non una sospensione della violenza, bensì, una sua – per così dire – ‘ri-proposizione stilizzata’, e il mondo greco, meglio di quello romano, testimonia i germi della *bia* innata del suo diritto e la pratica difficoltà di slegarsi dall’empirismo delle origini. Così, alla violenza indiscriminata ‘pregiuridica’ la Grecia risponde con una ‘Aufhebung’ (o, come poco sopra si rammentava, κατάργησις) sia attraverso una – invero non sempre completa – razionalizzazione della vendetta in schemi giudiziari, sia attraverso una ‘ritualizzazione’ che si concreta, ad esempio, nella pratica cruenta del sacrificio del *pharmakòs* e in quella più blanda – ma analoga – dell’ostracismo. Vero è, insomma, che la violenza – pur nella sua consacrazione all’interno del sistema – ancora nell’Atene classica è un dato ineluttabile e di grande momento, *vestigium* del faticoso trapasso, come direbbe Gernet, da ‘*prédroit*’ a ‘*droit*’, o – come mi pare più preciso – da ‘indistinzione’ a ‘distinzione’.

Anzitutto la ‘logica’ e il ‘lessico’ della vendetta permanevano, come testimoniano alcuni passi, all’interno della razionalizzazione processuale⁷⁵: Lisia nell’orazione *contra Agoratum* enfatizza in più luoghi il suo ‘obbligo’ a vendicarsi delle offese perpetrate dall’accusato⁷⁶, facendosi così promotore, in buona sostanza, della tesi secondo la quale «criminal law is the vehicle by which individuals and the community take vengeance on those who have harmed them through punishment»⁷⁷; e Di-

⁷⁴ Johann. Chrysost. 12.1.108.

⁷⁵ Cfr., sul punto, L. GERNET, *Recherches*, cit., 174; J.W. JONES, *Law and Legal Theories of the Greeks*, Oxford, 1956, 257 ss.

⁷⁶ Lys. 13.3-4: ἐγὼ οὖν, <ὦ> ἄνδρες δικασταί, δίκαιον καὶ ὅσιον ἡγοῦμαι εἶναι καὶ ἐμοὶ καὶ ὑμῖν ἅπασι τιμωρεῖσθαι καθ’ ὅσον ἕκαστος δύναται· καὶ ποιούσι ταῦτα νομίζω ἡμῖν καὶ παρὰ θεῶν καὶ παρ’ ἀνθρώπων ἄμεινον ἂν γίγνεσθαι. δεῖ δ’ ὑμᾶς, ὦ ἄνδρες Ἀθηναῖοι, ἐξ ἀρχῆς τῶν πραγμάτων ἀπάντων ἀκοῦσαι, ἵν’ εἰδῆτε πρῶτον μὲν ᾧ τρόπῳ ὑμῖν ἡ δημοκρατία κατελύθη καὶ ὑφ’ οὗτου, ἔπειτα ᾧ τρόπῳ οἱ ἄνδρες ὑπ’ Ἀγοράτου ἀπέθανον, καὶ ὅ τι ἀποθήσκειν μέλλοντες ἐπέσκεψαν· ἅπαντα γὰρ ταῦτα ἀκριβῶς ἂν μαθόντες ἥδιον καὶ ὀσιώτερον Ἀγοράτου τούτου κατασηφίζοισθε. ὅθεν οὖν ἡμεῖς τε ῥᾶστα διδάξομεν καὶ ὑμεῖς μαθήσεσθε, ἐντεῦθεν ὑμῖν ἄρξομαι διηγείσθαι (cfr., altresì, Lys. 13.48).

⁷⁷ D. COHEN, *Theories of Punishment*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *Ancient Greek Law*, cit., 171.

narco, nella *contra Aristogitonem* confonde la funzione retributiva della pena con la 'ragion fattasi', chiedendo ai giudici non tanto di 'condannare alla pena di morte', quanto semplicemente di 'uccidere' l'accusato⁷⁸; Isocrate, infine, asserisce che contro l'ingiuria e il disonore subito a tramite di una percossa pubblica è proprio dell'uomo libero cercare la più grande vendetta, anche a mezzo dei tribunali⁷⁹; e Demostene nel passo fondamentale della *contra Theocrinem* individua nel desiderio di vendetta lo scopo della persecuzione criminale intrapresa⁸⁰.

In secondo luogo, quei criteri 'pregiuridici', quali l'*aretè*, l'*aidòs*, e la *timè* – che già entro le comunità omeriche erano il motore principe che spingeva il gruppo dell'offeso a 'farsi giustizia da sé' nei confronti della famiglia dell'offensore⁸¹ – giocavano ancora nel secolo degli oratori un ruolo determinante nella *generalis opinio* della *necessitas* e della giustizia del vendicarsi «as a familial or religious duty or as an imperative of honour»⁸²: la società fondamentale e intimamente 'agonistica' della Grecia tanto omerica quanto classica non stigmatizzava il desiderio pri-

⁷⁸ Din. 2.4: εἰ δὲ τοὺς πονηροὺς καὶ καταράτους ἀνθρώπους μισεῖτε, καὶ ἔστιν ὑμῖν ὄργη καὶ μνήμη τῶν πρότερον ὑπὸ τούτου πεπραγμένων, ἀποκτείνετε τοῦτον, ὃς παρ' Ἀρπάλου λαβεῖν χρήματ' ἐτόλμησεν, ὃν ἦσθεθ' ἤκειν καταληγόμενον τὴν πόλιν ὑμῶν, καὶ τὰς προφάσεις καὶ τοὺς φενακισμοὺς ἐκκόψατ' αὐτοῦ· τοῦτοις γὰρ ἤκει πιστεύων πρὸς ὑμᾶς.

⁷⁹ Isocr. 20.5: Ἴσως οὖν Λοχίτης ἐπιχειρήσει μικρὸν ποιεῖν τὸ πρᾶγμα, διασύρων τὴν κατηγορίαν καὶ λέγων ὡς οὐδὲν ἐκ τῶν πληγῶν κακὸν ἔπαθον, ἀλλὰ μείζους ποιοῦμαι τοὺς λόγους ἢ κατὰ τὴν ἀξίαν τῶν γεγενημένων. Ἐγὼ δ' εἰ μὲν μηδεμίαν προσῆν ὕβρις τοῖς πεπραγμένοις, οὐκ ἂν ποτ' εἰσῆλθον εἰς ὑμᾶς· νῦν δ' οὐχ ὑπὲρ τῆς ἄλλης βλάβης τῆς ἐκ τῶν πληγῶν γενομένης ἀλλ' ὑπὲρ τῆς αἰκίας καὶ τῆς ἀτιμίας ἤκω παρ' αὐτοῦ δίκην ληγόμενος.

⁸⁰ Dem. 58.1-2: Τοῦ πατρὸς ἡμῶν, ὦ ἄνδρες δικασταί, διὰ τούτων Θεοκρίνην ἀτυχήσαντος πρὸς τὴν πόλιν καὶ ὀφλόντος δέκα τάλαντα, καὶ τούτου διπλοῦ γεγενημένου ὥστε μὴδ' ἐλπίδα ἡμῖν εἶναι σωτηρίας μηδεμίαν, ἡγησάμην δεῖν ἐπὶ τῷ τιμωρεῖσθαι μεθ' ὑμῶν τοῦτον μῆτε ἡλικίαν μῆτε ἄλλο μηδὲν ὑπολογισάμενος δοῦναι τὴν ἔνδειξιν ταύτην. καὶ γὰρ ὁ πατήρ, ὦ ἄνδρες δικασταί, ὥπερ πάντα πειθόμενος πεποίηκα, πρὸς ἅπαντας ὠδύρετο τοὺς γνωρίμους, εἰ παραλιπῶν ἐγὼ τὸν καιρὸν ἐν ᾧ διὰ τὸ τὸν πατέρα ζῆν ἔξεστί μοι τοῦτον ἀμύνασθαι, τὴν ἀπειρίαν καὶ τὴν ἡλικίαν προφασίζόμενος αὐτὸν μὲν περιόψομαι πάντων ἀπεστερημένον, Θεοκρίνην δὲ παρὰ τοὺς νόμους γραφὰς γραφόμενος καὶ συκοφαντοῦντα πολλοὺς τῶν πολιτῶν, οὐκ ἐξὸν αὐτῷ.

⁸¹ Il delitto non era, dunque, fonte di obbligazione, ma scaturigine di vendetta – esercitabile anche a prescindere dall'elemento soggettivo: cfr., in tema, E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 237 ss. – di tutti i membri dell'*oikos* dell'offeso verso qualsivoglia membro dell'*oikos* del delinquente (cfr. G. GLOTZ, *La solidarietà*, cit., 47 ss.); solo allorché la composizione convenzionale (prima fissata dalle parti, poi fissata *ex lege*) divenne da alternativa a obbligatoria, il delitto avrebbe potuto essere considerato fonte di 'Haftung'.

⁸² D. COHEN, *Theories of Punishment*, cit., 171.

vato di violenza ritorsiva, né – pare – denigrava il dispiegarsi nei fatti di tale intento animato da un ancestrale senso dell'onore⁸³. Così, Demostene nella celebre *contra Midiam* sembra porre, per certi versi, sullo stesso piano – almeno sotto il profilo fattuale – il ricorso ai tribunali e l'impiego della forza: chiedendo ai giudici di considerare come precedente per il futuro la sua scelta di non rispondere con violenza allo schiaffo ricevuto dalla controparte, infatti, egli lascia ben intendere che la sua condotta non è conforme alla corrente riconosciuta normativa 'sociale' in tema di vendetta e onore (Dem. 21.74-76)⁸⁴; e nella *contra Aristocratem*, in aggiunta, il fatto che l'oratore si senta tenuto a sottolineare come le vittime di una violenza – secondo il suo pensiero – non dovrebbero vendicarsi ma lasciare tale compito alle corti, è sintomo della esistenza generalizzata di controvalori 'agonistici' che ancora predicavano il ricorso alla violenza quale diretta e immediata risposta ad una offesa (Dem. 23.75-76).

Da ultimo, in tale prospettiva, non possono che rammentarsi quelle caratteristiche peculiari del sistema processuale ateniese. Vale a dire: l'assenza di qualsivoglia ufficio pubblico deputato, sulla base di una *notitia criminis*, all'inizio dell'azione penale (sicché sia l'iniziativa delle γραφαὶ sia delle δίκαι era rimessa, nella diversità dell'interesse protetto, alla volontà di parte)⁸⁵; il ricorso – seppur residuale – a processi sommari

⁸³ Cfr., sul punto, D. COHEN, *Law, Violence and Community*, cit., 65 s., 96 s.; v. Arist. *rhet.* 1367 a: τὸ τοὺς ἐχθροὺς τιμωρεῖσθαι καὶ μὴ καταλλάττεσθαι τὸ τε γὰρ ἀνταποδίδοναι δίκαιον, τὸ δὲ δίκαιον καλόν, καὶ ἀνδρείου τὸ μὴ ἡττᾶσθαι. καὶ νίκη καὶ τιμὴ τῶν καλῶν· αἰρετὰ τε γὰρ ἄκαρπα ὄντα, καὶ ὑπεροχὴν ἀρετῆς δηλοῖ. καὶ τὰ μνημονευτά, καὶ τὰ μᾶλλον μᾶλλον (cfr., altresì, *rhet.* 1370 b - 1371 a; 1378 a - b).

⁸⁴ V. D. COHEN, *Demosthenes' Against Meidias and Athenian Litigation*, in *Symposium*, Wien - Köln, 1990, 155 ss.; P. WILSON, *Demosthenes 21 (Against Meidias): Democratic Abuse*, in *Proceedings of the Cambridge Philological Society*, XXXVII, 1992, 164 ss.; v., altresì, E.M. HARRIS, *Did the Athenian Courts Attempt to achieve Consistency?: Oral Tradition and Written Records in the Athenian Administration of Justice*, in C. COOPER (ed.), *Politics of Orality*, Leiden, 2007, 343 ss.

⁸⁵ V., in tema J.-U. KRAUSE, *La criminalità nel mondo antico*, trad. it., Roma, 2006, 15 ss. e D. COHEN, *Law, Violence and Community*, cit., 53. In tema, non può poi dimenticarsi il fatto che il diritto penale solonico prevedeva che l'esecuzione della pena di morte – ossia della sola pena che richiedeva un intervento attivo, in quanto il sistema di Solone era un sistema negativo le cui sanzioni consistevano nella privazione della protezione divina o della tutela giuridica – fosse affidata al soggetto passivo dell'offesa (cfr. E. RUSCHENBUSCH, *Untersuchungen zur Geschichte des athenischen Strafrechts*, Köln - Graz, 1968, 11 ss.) e che, prima di lui, Dracone, per il caso di omicidio premeditato, ancora lasciava al gruppo dell'ucciso l'esecuzione (che poteva avvenire solo *post iudicatum*). Su γραφαὶ e δίκαι, *ex plurimis*, v. S. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1992, 99 ss.; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, *Procedure*, Oxford, 1971, 74 ss.

(come in tema di furto e di *μοιχεῖα* manifesti e aggravati)⁸⁶; la esperibilità di quella 'Deliktsklage' che è la *δίκη ἐξουλής*, quale mezzo contro chi, *ἐξάγων*, impediva l'esercizio legittimo dell'autodifesa⁸⁷. Tutti questi dati sembrano testimoniare l'ancora ampia rilevanza della reazione privata (stadio più intimamente connesso con la ragion fattasi)⁸⁸, sia del fatto che, come è stato ben già lumeggiato, «the private desire for revenge or the pursuit of enmity might be the fuel that impelled individuals to initiate prosecutions», sia dell'idea secondo cui «if the defendant is convicted», la *polis* irroga la pena «for the vengeance of the aggrieved party»⁸⁹.

Detto ciò, i paragrafi del presente capitolo si concentreranno sulla figura del 'furto' di cose private⁹⁰, attraverso una disamina dei mezzi pro-

⁸⁶ D. COHEN, *Crime, Punishment and the Rule of Law in Classical Athens*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *Ancient Greek Law*, cit., 226. Del resto, non va dimenticato che lo stesso processo civile era concepito come controllo elastico di legittimità degli atti di esecuzione posti in essere dal cittadino per l'attuazione dei propri diritti (v. A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 357 e ntt. 34-37), tant'è che A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 187, sottolinea come «turning to the execution of judgements in private suits, the most important preliminary point to notice is that self-help remains basic to it»: e ciò sarebbe testimoniato da verbi quali *συλῶν, ἄγειν, ἐφάπτεσθαι*. Insomma, seppur la condanna era meramente pecuniaria, il creditore era ammesso a procedere personalmente in esecuzione della sentenza contro il debitore condannato.

⁸⁷ Cfr. U.E. PAOLI, *La difesa del possesso in diritto attico*, in ID., *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, 435 ss.

⁸⁸ M.R. CHRIST, *Legal Self-Help on Private Property in Classical Athens*, in *AJPh*, CXIX, 1988, 521: «a remarkable feature of litigation in classical Athens was the high degree of responsibility private citizens bore for initiating, conducting, and executing the judgements of legal actions. In the absence of a public persecutor or an active police force, Athenians engaged in a level of legal self help that would shock most modern Westerners».

⁸⁹ D. COHEN, *Crime*, cit., 226.

⁹⁰ Va messo in luce, sin da ora, che non sussiste una perfetta corrispondenza tra ciò che è per noi 'furto' (cfr. art. 624 cod. pen.) e ciò che i greci chiamavano 'κλοπή': o meglio, ciò che è κλοπή non sempre, per noi, è furto, ciò che noi diciamo furto non sempre è 'κλοπή'. Anzitutto, come ha rilevato il Cohen (D. COHEN, *Theft in Athenian Law*, München, 1983, 10 ss.), pare che la terminologia greca fosse giunta a un livello tale di approfondimento da distinguere ciò che è furto da ciò che è indebita appropriazione, ossia ciò che è 'distrazione' e ciò che è, invece, 'sottrazione': così, paradigmaticamente, in Dem. 32.5, 7, 12 l'impiego del verbo *ἀποστερεῖν* e non *κλέπτειν* indicherebbe l'indebita appropriazione (art. 646 cod. pen.) di denaro da parte del debitore (v., altresì, Dem. 33.24; Dem. 34.13; Dem. 56.4), e in Isae. 7.7 lo stesso verbo indicherebbe la 'distrazione' (e non la furtiva 'sottrazione') del tutore a danno del pupillo avente ad oggetto beni di proprietà di quest'ultimo (v., altresì, Lys. 10.5; Dem. 28.16; Dem. 29.29, 49). Di contro, altrettanto vero è che il verbo *κλέπτειν* compare in contesti che fanno riferimento non a ciò che noi riconnettiamo al reato comune del furto, bensì a reati propri quali il 'peculato' (art. 314 cod. pen.) o la 'concussione' (art. 317 cod. pen.): cfr. Dem. 22.65, 71; Dem. 24.2, 60,

cessuali volti alla repressione di tale fattispecie offensiva: mezzi che nel loro concreto dispiegarsi ben possono considerarsi espressione sintomatica di quella ‘arcaicità’ del sistema attico solonico e post-solonico, di cui poco sopra si diceva, il quale – sia nel mezzo della ἀπαγωγή sia in quella della γράφη – ben testimonia la presenza di ancora potenti influenze dell’uso della forza da parte del privato offeso, nonché della scarsa pervasività della macchina statale nel campo della repressione ‘criminale’.

2. *La legislazione solonica sulla repressione dei furti e il ‘procedimento sommario per direttissima’ contro i ladri.*

La normativa solonica in materia di furto è il portato e il manifestarsi di una evoluzione sociale, economica, per certi versi pure ‘intel-

112, 127, 172; Dem. 27.29, 40, 48; Dem. 58.15; Aeschin. 1.110-111; Arist. *resp. Ath.* 54.2; Din. 1.70; Lys. 27.11; Aristoph. *equit.* 436, 444, 1224, 1226. Tuttavia, Cohen pare essere nel giusto là dove afferma che «it is interesting to note that no text describes theft of public property by private citizen» (D. COHEN, *Theft*, cit., 49, nt. 46); v’è poi da aggiungere che con riguardo a talune ipotesi che comunemente e pacificamente sono oggi riconducibili al furto, per gli Ateniesi, invece, il luogo in cui la sottrazione veniva posta in essere (ovvero la tipologia dell’oggetto della sottrazione) specificava fattispecie non qualificabili in termini di ‘κλοπή’. Si tratta, anzitutto, della ἱεροσυλία, ovvero secondo l’interpretazione di Serena Bianchetti della offesa oggettivamente integrata dalla sottrazione di beni non semplicemente consacrati alla divinità (nel qual caso si avrebbe avuto mera κλοπή di ἱερὰ χρήματα), ma tali da costituire parte integrante della divinità stessa con la conseguenza che i soggetti attivi dell’offesa, «menomandone il simulacro depremano gli dei di una parte di sé con un atto che valica i limiti del furto per connotarsi come vero e proprio sacrilegio» (cfr. ISOC. 18.57); S. BIANCHETTI, *Osservazioni sulla ‘graphie hierosylia’ e sulla ‘graphie klopēs hieron chrematon’*, in *SRISF*, II, 1983, 61; v., altresì, D. COHEN, *Theft*, cit., 91 con bibliografia sull’argomento). In secondo luogo, va ricordata la figura del λωποδύτης che, ad avviso di G. GLOTZ, voce *Klopē*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines de C. Daremberg et E. Saglio*, Paris, 1900, 830, indicherebbe in senso generico il brigante o il predone (Aristoph. *av.* 497; Dem. *Phil.* 3.22), mentre per D. COHEN, *Theft*, cit., 79 ss., sempre e solo starebbe a significare ‘ladro di vesti’; vi sarebbero, poi, i τοιχωρύχοι, ossia i ladri scassinatori (letteralmente ‘coloro che fanno breccia sul muro’), suscettibili di essere portati dinanzi agli Undici anche nell’ipotesi in cui la loro attività si sia fermata allo scasso e non sia giunta alla sottrazione furtiva (D. COHEN, *Theft*, cit., 72 ss., 78 ss.); nonché, da ultimi, i βαλαντιοτόμοι, ossia i borseggiatori (figura di cui, allo stato delle mie conoscenze, nessuno si è occupato *ex professo*: cfr. Suida *lex.* voce βαλαντιοτόμος: κλέπτης, καὶ Βαλαντιοτόμοι χρημάτων τε μεγάλων ἐωνημένοι ἤγοντο μοιχοὶ, πόρνοι, τοιχωρύχοι, βαλαντιοτόμοι, ἀνδραποδιστοὶ καὶ τὰ τοιαῦτα ἔθνη. Βαλαντιοτόμοι δὲ οἱ τὰ βαλάντια κλέπτοντες). Sulla polisemia del vocabolo ‘κλοπή’, si può consultare utilmente, altresì, D. WHITEHEAD, *Theft in Greek Oratory*, in *CQ*, LVII, 2007, 70 ss. (anzitutto per l’uso atecnico in contesti retorici), nonché M. GIRONE, *Per un lessico del furto*, in *Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia*, XLIV, 2001, 183 ss.

lettuale⁹¹, che se da un lato non riesce a emanciparsi completamente da talune concezioni tradizionali (quali il ruolo fondamentale attribuito al privato nell'amministrazione della giustizia e il ricorso al 'self-help' o, meglio, al 'self-redress'⁹²), da un altro è tendenzialmente diretta, sulla

⁹¹ Cfr., sulle leggi soloniche, E. RUSCHENBUSCH, ΣΟΛΩΝΟΣ ΝΟΜΟΙ: *die Fragmente des Solonischen Gesetzbuches*, Wiesbaden, 1958, *passim*; per un utile ragguaglio sulle riforme politiche, sociali, giuridiche di Solone, v. G. ΠΟΜΑ, *Le istituzioni politiche della Grecia in età classica*, Bologna, 2003, 17, 24 s., 42 s., 45 ss., 109 ss.

⁹² Ancora attuali le parole di U.E. PAOLI, voce *Furto (diritto attico)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1957, 689: «la legislazione attica sul furto è molto complessa: risultato di adattamenti storici e riflesso di quel sistema pluralistico che caratterizza il diritto greco, le norme sul furto sembrano male armonizzarsi tra loro ed hanno dato luogo, sino dall'antichità, a false interpretazioni circa il loro carattere e ad incertezza sul modo con cui venivano applicate. Per intendere quelle norme, si dovrà tener conto non solo delle differenze derivanti dal vario modo col quale si configura obiettivamente il reato, considerato in sé (furto di cose appartenenti a un privato, furto di cose appartenenti alla comunità o a un tempio; furto in pubblico o furto notturno con violazione di domicilio; valore della cosa rubata), ma anche della zona giuridica nella quale, secondo i casi viene a essere posta la persecuzione del furto. Si ha un caso diverso, infatti, se uno agisca a distanza di tempo dal furto per ottenere il recupero della refurtiva e il risarcimento del danno insieme con la punizione del ladro, ovvero se, come capo di famiglia o sacerdote, eserciti sul ladro penetrato di notte in casa o nel sacrario i poteri di polizia che la legge consente a chi ha la sovranità dell'*oikos* o del tempio, o se, terza ipotesi, perseguiti il ladro colto in flagrante a tutela dell'ordine pubblico, agendo sia in virtù dei suoi poteri di magistrato, sia anche come cittadino per il potere che ogni cittadino ha di cooperare con il magistrato e sostituirsi a lui, ove manchi l'opera magistratuale, in nome della sicurezza collettiva. Nel primo caso il ladro è deferito per la punizione o il risarcimento del danno agli organi giudiziari, e subisce regolare processo, nel secondo e nel terzo caso, nei quali è sempre supposta la flagranza, la repressione del furto si ottiene con l'immediata reazione». A prescindere dalla terminologia che troppo accentua il ruolo di 'polizia' e dei cittadini e dei magistrati, il Paoli ben delinea il quadro ateniese attico ove accanto all'azione giudiziaria contro l'offensore, si pone l'attuazione di un potere di 'polizia' che la *polis* delega a suoi organi o riconosce come legittima per il capo familiare o il sacerdote. Vero è, comunque, che Atene non ebbe mai una polizia che potesse svolgere la funzione di indagare circa i crimini e individuarne i responsabili: solamente in casi molto rari gli organi della *polis* assumevano funzioni di polizia vera e propria, come nell'anno 415, durante la guerra del Peloponneso, quando la *Bulè* ordinò arresti sistematici di massa. Erano invece gli Undici – come meglio appureremo – gli organi della comunità politica cittadina cui competeva l'arresto dei piccoli criminali, la loro esecuzione, nonché la custodia delle prigioni statali; né avevano funzione di prevenzione attiva del crimine i cd. *toxatai* (schiavi statali sciti alle dipendenze della *Bulè*) che erano solo deputati a mantenere l'ordine nell'assemblea popolare e nel Consiglio dei Cinquecento. Sicché è normale che in un sistema statale così poco penetrante, in difetto di un corpo di polizia, il compito di identificare i responsabili di condotte ritenute offensive fossero gli stessi privati: così da Aristofane apprendiamo che un cittadino, aggredito dal figlio, chiama parenti, vicini e i cittadini del proprio *demòs* in aiuto (Aristoph. *nub.* 1321 ss.; cfr., altresì, Dem. 53.17 e Lys. 3.6). In caso di aggressione o furto, quindi, il privato doveva difendersi da sé e se rimaneva l'offensore ignoto era sempre il privato a fungere da inquirente: così, chi di notte veniva rapinato, al mattino successivo si recava al mercato per rintracciare i sospetti (Athen. 6.227

scia tracciata già da Dracone (settimo secolo a.C.)⁹³, al superamento del regime della giustizia privata, unico strumento risalente all'era pre-civica e pre-giuridica per la persecuzione delle offese: se nelle leggi di quest'ultimo legislatore ogni tipologia ritenuta 'offensiva' per la comunità – a prescindere dalla entità della lesione inferta – era sanzionata con la 'pena' capitale (sottratto così agli eccessi e agli arbitri di parte il 'sistema' della vendetta 'giuridicizzata'⁹⁴) la repressione in materia di furto, sotto Solone (sesto secolo a.C.), diviene alquanto più complessa (seppur ai nostri occhi, nei suoi connotati, indiziaria e frammentaria, attesa la scarsità delle documentazioni a riguardo) e più blanda rispetto alla indifferenziata crudeltà delle leggi dracontine «che si dicevano scritte con il sangue»⁹⁵.

d - 228 b). E, parimenti, un atto di iniziativa privata, seppur sottoposta a numerose restrizioni, era la cd. ἀπαγωγή (cfr. J.-U. KRAUSE, *La criminalità*, cit., 15 ss.).

⁹³ Come scriveva G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 827: «la législation de Dracon eut pour principal but de soumettre à la juridiction de l'état les cas que réglait jusqu'alors l'arbitraire des particuliers tempéré par la coutume»; tuttavia «on n'aurait pas réussi à restreindre le droit des familles, si la société n'avait pas en même temps mis leur service toute sa puissance: l'offensé ne pourrait renoncer se faire justice que s'il était assuré de trouver dans la loi nouvelle toutes garanties de sévérité». Quanto a Dracone (la cui opera va collocata nell'anno 621/620 a.C.: Arist. *resp. Ath.* 4.1: ἡ μὲν οὖν πρώτη πολιτεία ταύτην εἶχη τὴν ὑπογραφὴν. μετὰ δὲ ταῦτα χρόνου τινὸς οὐ πολλοῦ διεληθόντος, ἐπ' Ἀρισταίχμου ἄρχοντος, Δρά[κ]ων τοὺς θεσμοὺς ἔθηκεν), come 'implacabile' legislatore, v. Plut. *Sol.* 17.1-3: πρῶτον μὲν οὖν τοὺς Δράκοντος νόμους ἀνεῖλε πλὴν τῶν φονικῶν ἅπαντας διὰ τὴν χαλεπότητα καὶ τὸ μέγεθος τῶν ἐπιτιμίων. μία γὰρ ὀλίγου δεῖν ἅπασιν ὄριστο ζῆμια τοῖς ἀμαρτάνουσι θάνατος, ὥστε καὶ τοὺς ἀργίας ἀλόντας ἀποθνήσκειν, καὶ τοὺς λάχανα κλέψαντας ἡ ὀπίρραν ὁμοίως κολάζεσθαι τοῖς ἱεροσύλοις καὶ ἀνδροφόνους. διὸ Δημάδης ὕστερον εὐδοκίμησεν εἰπὼν, ὅτι δι' αἵματος, οὐ διὰ μέλανος, τοὺς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψεν. αὐτὸς δ' ἐκεῖνος ὡς φασιν ἐρωτώμενος, διὰ τί τοῖς πλείστοις ἀδικήμασι ζῆμίαν ἔταξε θάνατον, ἀπεκρίνατο, τὰ μὲν μικρὰ ταύτης ἄξια νομίζειν, τοῖς δὲ μεγάλοις οὐκ ἔχειν μείζονα; Arist. *resp. Ath.* 7.1: πολιτείαν δὲ κατέστησε καὶ νόμους ἔθηκεν ἄλλους, τοῖς δὲ Δράκοντος θεσμοῖς ἐπαύσαντο χρώμενοι πλὴν τῶν φονικῶν; Arist. *pol.* 1274 b 15: Δράκοντος δὲ νόμοι μὲν εἰσὶ, πολιτεία δ' ὑπαρχούση τοὺς νόμους ἔθηκεν ἴδιον δ' ἐν τοῖς νόμοις οὐδὲν ἔστιν ὅτι καὶ μνείας ἄξιον, πλὴν ἡ χαλεπότης διὰ τὸ τῆς ζῆμίας μέγεθος.

⁹⁴ L. GERNET, *Sur l'exécution capitale. A propos d'un ouvrage récent*, in Id., *Anthropologie*, cit., 319 e nt. 64, cita tra gli esempi di casi di sopravvivenza della giustizia-vendetta sia il caso del furto notturno, sia quello del «voleur de jour qui se défend».

⁹⁵ V., in tema, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano, 2004, 21. Vanno rammentate le parole di G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 827: «a partir de Solon, la loi attique arrête ses principes relativement a l'inculpation. Elle ne fait aucune différence entre l'auteur d'un vol et le complice ou receleur. Mais elle met hors de cause l'héritier détenteur d'un objet volé, à condition qu'il restitue a qui de droit. Elle distingue très nettement la κλοπή commise au préjudice des particuliers et la κλοπή des bien publics ou sacrés»: cfr. Lys. 29.11; Lys. 10.17; Poll. *onom.* 8.136; Schol. Aristoph. *nub.* 499; Dem. 59.45; Plato *leg.* 933 b; Phocyl. 153.

Se il lessicografo Arpocrazione (fonte preziosissima, seppur tarda, di cognizione del diritto attico) menziona un discorso scritto da Lisia per il processo contro Asione circa il furto di alcuni libri⁹⁶ e se nei frammenti di Dinarco figura un 'furto contro Posidippo'⁹⁷, invero, nessun discorso giudiziario afferente a tale materia, sventuratamente, ci è pervenuto. Sono, comunque, due le fonti principali in forza delle quali poter ricostruire – sebbene numerosi, come si è testé sottolineato, rimangano i punti oscuri – il 'sistema solonico'⁹⁸ dei rimedi processuali azionabili contro i furti nell'Atene classica: si tratta di due orazioni demosteniche, la *in Timocratem* (§§ 113-114) e la *contra Androktionem* (§§ 26-27), entrambe, peraltro, non scritte in occasione di due processi sorti per la repressione di furto⁹⁹, ma afferenti alla fattispecie che qui ci occupa solo in via incidentale e a titolo paradigmatico:

Dem. 24.113-114: καίτοι γ' ὁ Σόλων, ὦ ἄνδρες δικασταί, ᾧ οὐδ' ἂν αὐτὸς Τιμοκράτης φήσειεν ὅμοιος νομοθέτης εἶναι, οὐχ ὅπως ἀσφαλῶς κακουργήσουσι φαίνεται παρασκευάζων τοῖς τοιούτοις, ἀλλ' ὅπως ἢ μὴ ἀδικήσουσιν ἢ δώσουσι δίκην ἀξίαν, καὶ νόμον εἰσήνεγκεν, εἰ μὲν τις μεθ' ἡμέραν ὑπὲρ πεντήκοντα δραχμὰς κλέπτει, ἀπαγωγὴν πρὸς τοὺς ἔνδεκ' εἶναι, εἰ δέ τις νύκτωρ ὅτιοῦν

⁹⁶ Harpocr. *lex.* voce ἀμφιγνοεῖν· ἀντὶ τοῦ ἀγνοεῖν ἢ ἐνδοιάζειν περὶ τῆς γνώσεως, ὡς καὶ Λυσίας ἐν τῷ πρὸς Αἰσίωνα περὶ τῆς τῶν βιβλίων κλοπῆς, εἰ γνήσιος ὁ λόγος.

⁹⁷ Fragm. Din. Κατὰ Ποσειδίππου κλοπῆς 54.1 (Dion. Hal. *de Din.* 12, p. 317, 18 R.: κατὰ Ποσειδέου κλοπῆς· ἀδικηθεῖς, ὦ ἄνδρες); 54.2 (Harpocr. *lex.* voce οἴκημα· ἀντὶ τοῦ δεσμοτήριον Δείναρχος ἐν Τυρρητικῷ [12.4] καὶ ἐν τῷ Κατὰ Ποσειδίππου).

⁹⁸ Per vero, come fa notare L. PERE, *Ricerche*, cit., 113: «le scarse notizie in nostro possesso delineano un sistema macchinoso, in cui più elementi – tempo, luogo, valore dell'oggetto rubato – dovevano incidere sulla valutazione e sulla conseguente persecuzione del reato». Come apprendiamo da Diogene Laerzio (*vit. phil.* 1.62.4-9: ἤκμαζε μὲν οὖν περὶ τὴν τεσσαρακοστὴν ἔκτην Ὀλυμπιάδα, ἧς τῷ τρίτῳ ἔτει ἤρξεν Ἀθήνησι, καθάφησι Σωσικράτης· ὅτε καὶ τίθησι τοὺς νόμους, ἐτελεύτησε δ' ἐν Κύπρῳ βιοῦς ἔτη ὀγδοήκοντα, τοῦτον ἐπισκήψας τοῖς ἰδιοῖς τὸν τρόπον, ἀποκομίσει αὐτοῦ τὰ ὀστά εἰς Σαλαμῖνα καὶ τεφρώσαντας εἰς τὴν χώραν σπεῖραι), Solone venne nominato arconte nell'anno 594-593 a.C., laddove da Aristotele sappiamo che il suo arcontato è di due anni più recente (Arist. *resp. Ath.* 14.1: λαβὼν δὲ τοὺς κορυνηφόρους καλουμένους, ἐπαναστάς μετὰ τούτων τῷ δήμῳ, κατέσχε τὴν ἀκρόπολιν ἔτει δευτέρῳ καὶ τριακοστῷ μετὰ τὴν τῶν νόμων θέσιν, ἐπὶ Κωμέου ἄρχοντος); v., sul tema, R. WALLACE, *The Date of Solon's Reforms*, in *AJAH*, VIII, 1983, 81 ss.

⁹⁹ V., sul punto, D. COHEN, *Theft*, cit., 38 il quale sottolinea come esistano altre fonti che offrono «additional information», ma che «provide mainly isolated bits of information that scholars use to supplement the pattern of legislation inferred from Demosthenes 22 and 24»: si tratta di Dem. 35.47; Dem. 45.81; Aeschin. 1.91; Lys. 10.17; Isocr. 4.90.

κλέπτοι, τοῦτον ἐξεῖναι καὶ ἀποκτεῖναι καὶ τρῶσαι διώκοντα καὶ ἀπαγαγεῖν τοῖς ἔνδεκα, εἰ βούλοιο. τῷ δ' ἄλόντι ὧν αἱ ἀπαγωγαὶ εἴσιν, οὐκ ἐγγυητὰς καταστήσαντι ἕκτισιν εἶναι τῶν κλεμμάτων, ἀλλὰ θάνατον τὴν ζημίαν. καὶ εἴ τις γ' ἐκ Λυκείου ἢ ἐξ Ἀκαδημείας ἢ ἐκ Κυνοσάργους ἰμάτιον ἢ ληκύθιον ἢ ἄλλο τι φαυλότατον, ἢ εἰ τῶν σκευῶν τι τῶν ἐκ τῶν γυμνασίων ὑφέλοιο ἢ ἐκ τῶν λιμένων, ὑπὲρ δέκα δραχμάς, καὶ τούτοις θάνατον ἐνομοθέτησεν εἶναι τὴν ζημίαν. εἰ δέ τις ἰδίαν δίκην κλοπῆς ἀλοίῃ, ὑπάρχειν μὲν αὐτῷ διπλάσιον ἀποτεῖσαι τὸ τιμηθέν, προστιμῆσαι δ' ἐξεῖναι τῷ δικαστηρίῳ πρὸς τῷ ἀργυρίῳ δεσμὸν τῷ κλέπτῃ, πένθ' ἡμέρας καὶ νύκτας ἴσας, ὅπως ὀρῶεν ἅπαντες αὐτὸν δεδεμένον.

Dem. 22.26-27: δεῖν δ' ὄρετο μηδέν' ἀποστερεῖσθαι τοῦ δίκης τυχεῖν, ὡς ἕκαστος δύναται. πῶς οὖν ἔσται τοῦτο; ἐὰν πολλὰς ὁδοὺς δῶ διὰ τῶν νόμων ἐπὶ τοὺς ἡδικοκτότας οἷον τῆς κλοπῆς, ἔρρωσαι καὶ σαυτῷ πιστεύεις· ἄπαγε· ἐν χιλίαις δ' ὁ κίνδυνος. ἀσθενέστερος εἶ τοῖς ἄρχουσιν ἐφηγοῦ· τοῦτο ποιήσουσιν ἐκεῖνοι. φοβεῖ καὶ τοῦτο γράφου. καταμέμφει σεαυτὸν καὶ πένης ὧν οὐκ ἂν ἔχοις χιλίας ἐκτεῖσαι· δικάζου κλοπῆς πρὸς διαιτητὴν καὶ οὐ κινδυνεύσεις.

In questo paragrafo ci occuperemo, in via esclusiva, delle ipotesi di furto perseguibili a mezzo della ἀπαγωγή, sulla base delle (pur scarse e caotiche) informazioni desumibili dai *loci testé* citati, dopo aver delineato le caratteristiche formali che connotano detto 'mezzo processuale'¹⁰⁰.

Tale procedura¹⁰¹, attivabile anzitutto nei confronti dei cd. κακοῦρ-

¹⁰⁰ Suida *lex.* voce ἀπάγειν, ἐφηγεῖσθαι γράφεσθαι, δικάζεσθαι τούτων ἕκαστον ἐπὶ τῶν ἐτέρως κατηγορούντων λέγεται. ἀλλ' ἐὰν μὲν πρὸς διαιτητὴν ἢ διαδικασία γίνηται, καλεῖται δικάζεσθαι. καὶ Ἀπάγοντες· αἰτιατικῇ. ἀπωθοῦντες, ἀπελαύνοντες. τὸν ἄνδρα ἀπάγοντες.

¹⁰¹ Cfr., sulle procedure speciali ateniesi (ἀπαγωγή, ἔνδειξις, ἐφήγεσις), diffusamente – seppur con posizioni non sempre condivisibili – M.H. HANSEN, *Apagoge, 'endeixis' and 'ephegesis' against 'kakourgoi', 'atimoi' and 'pheugontes'. A study in the administration of justice in the fourth century B.C.*, Odense, 1976, 9 ss.: se la prima era una deduzione del soggetto attivo dell'offesa colto in flagrante, la seconda era una denuncia in cui la parte lesa lasciava al magistrato l'arresto; la terza era, invece, l'atto a mezzo del quale il magistrato veniva condotto sul *locus commissi delicti* o sul luogo della scoperta dell'offensore colto in flagrante, ove veniva richiesto allo stesso magistrato di procedere all'arresto. Ad avviso di Hansen la flagranza non era requisito di procedibilità per la ἐφήγεσις (M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 22, 25); secondo Cohen, detta procedura era attivabile solo ove l'offensore potesse essere trattenuto

γοι (da intendere in senso stretto¹⁰² e non generico e atecnico¹⁰³) colti ἐπ' αὐτοφώρῳ¹⁰⁴ (oltre che verso ἄτιμοι che si comportavano come ἐπί-

per tutto il tempo che occorreva per l'arrivo dei magistrati (cfr. D. COHEN, *Theft*, cit., 39, 78 nt. 102).

¹⁰² V., *ex plurimis*, Antiph. 5.9: Πρώτων μὲν γὰρ κακούργος ἐνδεδειγμένος φόνου δίκην φεύγω, ὃ οὐδεὶς πάποτ' ἔπαθε τῶν ἐν τῇ γῆ ταύτῃ. Καὶ ὡς μὲν οὐ κακούργος εἰμι οὐδ' ἔνοχος τῷ τῶν κακούργων νόμῳ, αὐτοὶ οὗτοι τοῦτου γε μάρτυρες γεγένηται. Περὶ γὰρ τῶν κλεπτῶν καὶ λωποδυτῶν ὁ νόμος κείται, ὧν οὐδὲν ἐμοὶ προσὸν ἀπέδειξαν. Οὕτως εἷς γε ταύτην τὴν ἀπαγωγὴν νομιμωτάτην καὶ δικαιοτάτην πεποιήκασιν ὑμῖν τὴν ἀποψήφισίν μου. Stando a M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 36: «the word κακούργος is often used in Classical Attic prose as an adjective meaning 'mischievous' or 'knavish'. As a noun it may sometimes mean 'a criminal' without any specific type of criminal in mind»; laddove, in senso più stretto «*kakourgos* is a criminal who can be put on trial by an *endeixis* or an *apagoge*. However it does not mean that *apagoge* and *endeixis* could be brought against any offender who is called *kakourgos* in the sources; the word is not always used in the technical legal sense. Conversely, a criminal is not necessary a *kakourgos* if an *apagoge* or an *endeixis* can be brought against him. These procedures could also be employed against *atimoi* who behaved as *epitimoí*, and exiles who returned to Attika without reprieve», insomma, «a criminal must be described both as a *kakourgos* and as liable to *apagoge* or *endeixis* before we are justified in classifying him as a *kakourgos* in the technical sense» (M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 38). Hansen, più precisamente, individua tre categorie (quella degli *atimoi*, degli *androphonoi* e dei 'delinquenti' *stricto sensu*, pur ammettendo che gli 'omicidi' possono ben essere distribuiti tra gli altri due gruppi): M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 99; sul punto si rimanda per la bipartizione a J.H. LIPSIVS, *Das attische Recht und Rechtsverfahren (mit Benutzung des attischen Prozesses von M.H.E. Meier und G.F. Schoemann dargestellt von J.H. Lipsius)*, Leipzig, 1905-1915, 320 ss.

¹⁰³ Cfr. M. GAGARIN, *Who were the 'kakourgoi'?*, in *Symposion 1999*, Köln - Wien, 2003, 185, il quale suggerisce che «*kakourgoi* are to be understood ... as a clearly defined group. To be sure, there are many examples in classical Greek where the noun is used in a general sense, 'wrongdoers' or 'evil men', but *kakourgoi* can also be used to designate a more specific group of criminals, and its possible that this was the original meaning of the word». Impiegano il sostantivo in modo atecnico, a titolo puramente paradigmatico, le seguenti fonti: Thuc. 1.134.4 (καὶ αὐτὸν ἐμέλλησαν μὲν ἐς τὸν Καιάδαν οὐδὲρ τοὺς κακούργους ἐσβάλλειν); Thuc. 3.45.3 (πεφύκασι τε ἄπαντες καὶ ἰδία καὶ δημοσία ἀμαρτάνειν, καὶ οὐκ ἔστι νόμος ὅστις ἀπείρξει τούτου, ἐπεὶ διεξεληλύθασι γε διὰ πασῶν τῶν ζημιῶν οἱ ἄνθρωποι προστιθέντες, εἴ πως ἦσσαν ἀδικοῖντο ὑπὸ τῶν κακούργων); Xen. *anab.* 1.9.13 (οὐ μὲν δὴ οὐδὲ τοῦτ' ἂν τις εἶποι, ὡς τοὺς κακούργους καὶ ἀδίκους εἶα καταγελᾶν, ἀλλὰ ἀφειδέστατα πάντων ἐπιμαρτεῖτο); Xen. *mem.* 1.2.56 (ἔφη δ' αὐτὸν ὁ κατήγορος καὶ τῶν ἐνδοξοτάτων ποιητῶν ἐκλεγόμενον τὰ πονηρότατα καὶ τούτοις μαρτυρίοις χρώμενον διδάσκειν τοὺς συνόντας κακούργους τε εἶναι καὶ τυραννικούς, Ἡσιόδου μὲν τὸ Ἔργον δ' οὐδὲν ὄνειδος, ἀεργίη δὲ τ' ὄνειδος); Xen. *hier.* 4.3 (πολίται γὰρ δоруφοροῦσι μὲν ἀλλήλους ἄνευ μισθοῦ ἐπὶ τοὺς δούλους, δоруφοροῦσι δ' ἐπὶ τοὺς κακούργους, ὑπὲρ τοῦ μηδένα τῶν πολιτῶν βιαίῳ θανάτῳ ἀπονήσκειν); Xen. *hier.* 10.4 (γίγνονται δὲ που, ὡς πάντες ἐπιστάμεθα, κακούργοι ἐν πόλεσιν); Lyc. 1.93 (ὁ δὲ θεὸς ὀρθῶς ἀπέδωκε τοῖς ἡδίκημένους κολάσαι τὸν αἴτιον δεινὸν γὰρ ἂν εἶη, εἰ ταῦτα σημεῖα τοῖς εὐσεβέσι καὶ τοῖς κακούργοις φαίνονται).

¹⁰⁴ V., in generale, sul concetto di flagranza, in una prospettiva comparatistica, D. DAUBE, *To be found doing wrong*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano 1971, 1 ss.

τιμοι e verso φεύγοντες che, senza autorizzazione, ritornavano in patria¹⁰⁵), era diretta dagli Undici, magistrati – talora chiamati ἐπιμεληταὶ τῶν κακούργων¹⁰⁶ o δεσμοφύλακες¹⁰⁷ – che, scelti a sorte ogni anno, erano deputati, tra altro, allo svolgimento di funzioni che oggi noi definiremmo di polizia, come, ad esempio, la sovrintendenza delle prigioni ateniesi, la sorveglianza dei detenuti, nonché la vigilanza sull'esecuzione delle pene capitali¹⁰⁸.

Intesa in senso stretto, la ἀπαγωγή consisteva nella deduzione del delinquente dinanzi agli Undici¹⁰⁹, ove, qualora il soggetto dedotto avesse immediatamente confessato quanto commesso¹¹⁰, sa-

¹⁰⁵ V., in tema, M.H. HANSEN, *‘Apagoge’*, cit., 90 ss. (e 99 ss. per la procedura contro gli omicidi); ma v. pure A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 227 ss., ed E. VOLONAKI, *‘Apagoge’ in Homicide Case*, in *Dike*, III, 2000, 147 ss.

¹⁰⁶ Antiph. 5.17.

¹⁰⁷ Cfr., sul punto, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 17.

¹⁰⁸ Sulla magistratura in parola, cfr., in generale, S. NESPOR, voce *Undici (diritto greco)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 3 ss.; cfr., su tale magistratura, *ex plurimis*, Arist. *resp. Ath.* 52.1; Antiph. 5.17; Dem. 24.63, 105, 113; Dem. 35.47; Schol. Dem. 22.26, 24.80; Poll. *onom.* 8.102.

¹⁰⁹ Sulla competenza, altresì, dei Tesmoteti nel caso di omicida o traditore esiliato v., paradigmaticamente, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 222, 228. I cittadini, come già si è messo in luce, erano depositari di poteri di polizia, talché l'azione giudiziaria contro il furto sorgeva quando il ladro non fosse stato colto in flagranza, o, pur essendo stato sorpreso *in flagrante delicto*, avesse confessato o dichiarato di voler essere sottomesso al giudizio solo del Tribunale (ἔφεσις εἰς τὸ δικαστήριον: v., in tema, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 72 ss., ma soprattutto 170, nt. 1; U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689 s.); altrimenti la repressione del furto era affidata a organi dotati di potere di arresto e di detenzione provvisoria dei sospettati. Secondo il Paoli «si deve ritenere, anche nel silenzio delle fonti, che ogni magistrato nell'ambito delle sue competenze avesse il potere di arrestare il ladro e, entro certi limiti, di punirlo direttamente. Non è infatti ammissibile, per fare un esempio, che il magistrato a cui è affidata la sorveglianza del mercato, ἄγορανόμος, non avesse poteri coercitivi contro i ladruncoli che infestassero la piazza. L'opera magistratuale era integrata dal potere che la legge riconosceva a ogni cittadino di cooperare col magistrato nell'arresto del ladro» (U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689).

¹¹⁰ Cfr., sulla necessità della confessione, Aeschin. 1.91: τίς γὰρ ἢ τῶν λωποδύτων ἢ τῶν κλεπτῶν ἢ τῶν μοιχῶν ἢ τῶν ἀνδροφόνων, ἢ τῶν τὰ μέγιστα μὲν ἀδικούντων, λάθρα δὲ τοῦτο πραττόντων, δώσει δίκην; καὶ γὰρ τούτων οἱ μὲν ἐπ' αὐτοφώρῳ ἀλόντες, ἐὰν ὁμολογῶσι, παραχρήμα θανάτῳ ζημιοῦνται, οἱ δὲ λαθόντες καὶ ἔξαρνοι γενόμενοι κρίνονται ἐν τοῖς δικαστηρίοις, εὕρισκεται δὲ ἡ ἀλήθεια ἐκ τῶν εἰκότων; Arist. *resp. Ath.* 52.1: καθιστάσι δὲ καὶ τοὺς ἔνδεκα κλήρω, τοὺς ἐπιμελησομένους τῶν ἐν τῷ δεσμοτηρίῳ, καὶ τοὺς ἀπαγομένους κλέπτας καὶ τοὺς ἀνδραποδιστάς καὶ τοὺς λωποδύτας, ἂν μὲν ὁμολογῶσι, θανάτῳ ζημιώσονται, ἂν δ' ἀμφισβητήσωσι, εἰσάξονται εἰς τὸ δικαστήριον, κὰν μὲν ἀποφύγωσιν, ἀφήσονται, εἰ δὲ μὴ, τότε θανατώσονται, καὶ τὰ ἀπογραφόμενα χωρία καὶ οἰκίας εἰσάξονται εἰς τὸ δικαστήριον, καὶ τὰ δόξαντα δημόσια εἶναι παραδώσονται τοῖς πωληταῖς,

rebbe stata irrogata la pena appropriata all'offesa (attesa la natura di ἀγών ἀτιμητός di siffatta procedura)¹¹¹; in caso contrario il deducente (ἀπάγων) era tenuto a presentare una accusa scritta, chiamata parimenti ἀπαγωγή¹¹², in forza della quale la causa veniva introdotta dinanzi al tribunale, per essere condotta – molto probabilmente – ‘sommariamente’ e, pertanto, in modo maggiormente spedito rispetto ai normali processi¹¹³. Per il caso di ladro colto *in flagrante delicto* dal

καὶ τὰς ἐνδείξεις εἰσάξοντας· καὶ γὰρ ταύτας εἰσάγουσιν οἱ ἔνδεκα. εἰσάγουσι δὲ τῶν ἐνδείξεων τινὰς καὶ οἱ θεσμοθέται; Poll. *onom.* 8.102: οἱ ἔνδεκα εἰς ἀφ' ἐκάστης φυλῆς ἐγένετο, καὶ γραμματεὺς αὐτοῖς συνηριθμεῖτο. νομοφύλακες δὲ κατὰ τὸν Φαληρέα Δημήτριον μετωνομάσθησαν. ἐπεμελοῦντο δὲ τῶν ἐν τῷ δεσμοτηρίῳ, καὶ ἀπήγον κλέπτας ἀνδραποδιστὰς λωποδύτας, εἰ μὲν ὁμολογοῖεν, θανατώσοντας, εἰ δὲ μὴ, εἰσάξοντας εἰς τὰ δικαστήρια, κἂν ἀλώσιν, ἀποκτενοῦντες, τοῦ δὲ δεσμοφυλακίου θύρα μία χαράνιον ἐκαλεῖτο, δι' ἧς τὴν ἐπὶ θανάτῳ ἀπήγοντο; Phot. *lex.* voce περὶ τῶν ἔνδεκα: ἔνδεκα ἄνδρες ὑπὲρ τετραράκοντα ἔτη γεγονότες, κλήρωι τὴν ἀρχὴν ταύτην ἐλάμβανον· ἐπεμελοῦντο δὲ τῶν ἐν δεσμοτηρίῳ· κλέπτας δὲ καὶ λωποδύτας καὶ ἀνδραποδιστὰς, εἰ μὲν ἐπ' αὐτοφώρῳ λάβοιεν, ἐκόλαζον θανάτῳ· εἰ δὲ ἀντιλέγοιεν, εἰς κρίσιν καθίσταν; Schol. Aristoph. *vespae* 1108: ἡ τῶν ἔνδεκα ἀρχὴ τοὺς μὲν ὁμολογοῦντας καὶ ἀνδραποδιστὰς καὶ λωποδύτας θανάτῳ ἐκόλαζον, τοὺς δὲ ἀρνούμενους εἰς δικαστήριον εἰσήγον. V. altresì. Dem. 24.65 e Lex. Seg. (*Glossae rhetoricae*) 310.14.

¹¹¹ V., sul punto, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 17 ss., 223 s.

¹¹² Fanno riferimento alla ἀπαγωγή quale procedimento scritto: Lys. 13.85: Ἀκούω δ' αὐτὸν καὶ <τούτῳ> δισχυρίζεσθαι, ὅτι ἐπ' αὐτοφώρῳ τῇ ἀπαγωγῇ ἐπιγέγραπται, πάντων ἐγὼ οἶμαι εὐηθέστατα· ὡς εἰ μὲν τὸ ἐπ' αὐτοφώρῳ μὴ προσεγέγραπτο, ἔνοχος <ἂν> ὦν τῇ ἀπαγωγῇ· διότι δὲ τοῦτο προσεγέγραπται, ἔνοχος ὦν ῥαστώνη τινὰ οἶεται αὐτῷ εἶναι. τοῦτο δὲ οὐδὲν ἄλλ' ὡς ἔοικεν ἢ ὁμολογεῖν ἀποκτείνειν, μὴ αὐτοφώρῳ δέ, καὶ περὶ τούτου δισχυρίζεσθαι, ὥσπερ, εἰ μὴ ἐπ' αὐτοφώρῳ μὲν, ἀπέκτεινε δέ, τούτου ἔνεκα δέον αὐτὸν σφίξεσθαι; Suida *lex.* voce ἀπαγωγῆς· αἰχμαλωσίας, ἀδυνατίας, καὶ ἀπαγωγῆ, μήνυσις ἐγγραφῶς διδομένη τῷ ἄρχοντι περὶ τοῦ δεῖν ἀπαχθῆναι τὸν δεῖνα. ἐνταῦθα ὁ Λικίννιος κατὰ πρόφασιν ἀπαγωγῆς ἀφικόμενος. τὸ οὖν ἀπαγωγῇ δίκης ἐστὶν εἶδος· ὠνόμασται δὲ ἀπὸ τοῦ ἀπάγειν. ἀπήγοντο δὲ οἱ κακοῦργοι πρὸς τοὺς ἰα.

¹¹³ A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 223: «it is generally assumed that there was no stage in corresponding to the ἀνάκρισις in other types of case, and this procedure in therefore thought to have been more summary and expeditious. But it must be noted that in Agoratos case the Eleven compelled one of the prosecutors to add the words ἐπ' αὐτοφώρῳ to the written indictment, they acted in fact very like magistrates at the ἀνάκρισις in other types of case». V., sul punto, Lys. 13.86: δοκοῦσι δ' ἔμοιγε οἱ ἔνδεκα οἱ παραδεξάμενοι τὴν ἀπαγωγὴν ταύτην, <οὐκ> οἰόμενοι Ἄγοράτῳ συμπράττειν ποτ' ἂν δισχυρίζομένῳ, σφόδρα ὀρθῶς ποιῆσαι Διονύσιον τὴν ἀπαγωγὴν ἀπάγοντ' ἀναγκάζοντας προσγράψασθαι τὸ γε ἐπ' αὐτοφώρῳ· ἢ οὐκ ἂν εἴη <δσ> πρῶτον μὲν ἐναντίον πεντακοσίων ἐν τῇ βουλῇ, εἶτα πάλιν ἐναντίον Ἀθηναίων ἀπάντων ἐν τῷ δήμῳ ἀπογράψας τινὰς ἀποκτείνειε καὶ αἴτιος γένοιτο τοῦ θανάτου; οὐ γὰρ δήπου τοῦτο μόνον οἶει τὸ ἐπ' αὐτοφώρῳ, ἐάν τις ξύλῳ ἢ μαχαίρᾳ πατάξας καταβάλλῃ, ἐπεὶ ἕκ γε τοῦ σοῦ λόγου οὐδεὶς φανήσεται ἀποκτείνας τοὺς ἄνδρας οὓς σὺ ἀπέγραψας· οὔτε γὰρ ἐπάταξεν αὐτοὺς οὐδεὶς

cittadino (ma, eventualmente, anche dal magistrato), come già faceva notare il Paoli, qualora l'offesa fosse stata tale da poter essere punita con la morte delle due l'una: se aveva la ἔφεσις e se ne valeva, era deferito al tribunale, in caso contrario, veniva consegnato al carnefice (δήμιος), per la messa a morte¹¹⁴.

Da quanto sin qui detto, quindi, paiono emergere con chiarezza due presupposti fondamentali di procedibilità nei termini or ora descritti: infatti, solo determinati soggetti – o, secondo la mentalità più garantistica che connota il nostro pensiero più propenso alla persecuzione non dei 'criminali' ma dei 'crimini', determinate fattispecie offensive¹¹⁵ – provocavano l'accensione della macchina processuale

οὐτ' ἀπέσφαζεν, ἀλλὰ ἀναγκασθέντες ὑπὸ τῆς σῆς ἀπογραφῆς ἀπέθανον. οὐκ οὖν <ὁ> αἴτιος τοῦ θανάτου, οὗτος ἐπ' αὐτοφώρῳ ἐστί; τίς οὖν ἄλλος αἴτιος ἢ σὺ ἀπογράμας; ὥστε πῶς οὐκ ἐπ' αὐτοφώρῳ σὺ εἶ ὁ ἀποκτείνων; In virtù della ἔφεσις, che veniva avanzata dal soggetto colto in flagrante, il cittadino che aveva arrestato o fatto arrestare il ladro interveniva nel giudizio quale accusatore, e se l'accusato era assolto e l'accusatore non otteneva 1/5 dei voti, era tenuto a pagare una multa di 1000 dracme a titolo di soccombenza (cfr., per tutti, U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 690; cfr., sull'istituto della ἔφεσις, M. JUST, *Die 'Ephesis' in der Geschichte des attischen Prozes. Ein Versuch zur Deutung der Rechtsnatur der 'Ephesis'*, Würzburg, 1965; U.E. PAOLI, *La 'epheis eis to dikasterion' en droit attique*, in *RIDA*, V, 1950, 325 ss.; E. RUSCHENBUSCH, *'Ephesis'. Ein Beitrag zur griechischen Rechtsterminologie*, in *ZSS*, LXXVIII, 386 ss.).

¹¹⁴ U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689. Il dedotto ai magistrati, inoltre, qualora non avesse prodotto tre garanti della sua stessa classe, sarebbe stato assoggettato alla detenzione interinale come apprendiamo da Dem. 24.144 e 24.146. Sulla presidenza degli Undici cfr. Arist. *resp. Ath.* 52.1; Aristoph. *vespae* 1108; Aeschin. 1.91; Dem. 24.63; Dem. 35.47.

¹¹⁵ Si è occupato approfonditamente dell'aspetto, M. GAGARIN, *Who were the 'kakougoi'?*, cit., 183, il quale nota come «the name of this procedure was unusual, perhaps even unique, in Athenian law in that it targets the criminal rather than the crime», giacché «other Athenian procedures are generally referred to by a noun designating the type of procedure, most often *dike* or *graphe*, together with a noun or its equivalent designating the crime for which this particular procedure is intended». Secondo l'autore, inoltre, atteso che «the origins of the procedure of *apagoge* are shrouded in obscurity, and we have no idea when or by whom it was first named», e che «it seems likely, however, that whoever gave the procedure this idiosyncratic appellation had the sense that this procedure more than others targets a specific, well defined group of people, which included at least three equally well defined subgroups», sarebbe lecito inferire, paradigmaticamente, che «a *lopodutes* is not just anyone who takes a cloak and a *kakourgos* is not just anyone who does something wrong» sicché «a *lopodutes* is someone who makes a career of stealing cloaks, and a law against *lopodutai* targets specifically this group of what we might call 'career cloak stealers', e «*kakourgoi* ... are what we might call 'career criminals', people whose entire life is devoted to crime and who make their living robbing and kidnapping» (M. GAGARIN, *Who were the 'kakougoi'?*, cit., 184 s.). La suggestiva ricostruzione mi lascia qualche dubbio, tuttavia, sotto il profilo procedurale: se,

della ἀπαγωγή (a condizione, ovviamente, che l'offensore fosse colto ἐπ'αὐτοφώρῳ¹¹⁶).

Sono numerosi i passi in cui il collegamento tra gli Undici e i κακοῦργοι viene chiaramente delineato – per quanto qui ci interessa – ora nei termini in cui gli stessi κακοῦργοι sono descritti, genericamente, «as criminals under the jurisdiction of the Eleven»¹¹⁷, ora, più accuratamente, nel senso che la procedura della ἀπαγωγή è indicata come quella appropriata (sovente, peraltro, in una con l'ἔνδειξις)¹¹⁸:

Dem. 35.47: καὶ πῶς οὐκ ἂν δεινὸν εἶη καὶ σχέτλιον καὶ αἰσχρὸν ὑμῖν, ὧ ἄνδρες δικασταί, εἰ οἱ δανείσαντες ἐν τῷ ἐμπορίῳ τῷ ὑμετέρῳ χρήματα ναυτικά καὶ ἀποστερούμενοι ὑπὸ τῶν δανεισαμένων καὶ ἀποστερούντων ἀπάγοντο εἰς τὸ δεσμοτήριον; ταῦτ' ἐστίν, ὧ Λάκριτε, ἃ τουτουσί πείθεις. ἀλλὰ ποῦ χρή λαβεῖν δίκην, ὧ ἄνδρες δικασταί, περὶ τῶν ἐμπορικῶν συμβολαίων; παρὰ ποῖα ἀρχὴ ἢ ἐν τίνι χρόνῳ; παρὰ τοῖς ἔνδεκα; ἀλλὰ τοιχωρύχους καὶ κλέπτας καὶ τοὺς ἄλλους κακούργους τοὺς ἐπὶ θανάτῳ οὗτοι εἰσάγουσιν¹¹⁹.

infatti, la ἀπαγωγή era finalizzata alla persecuzione non tanto di un offesa quanto di un 'delinquente di carriera', mi parrebbe corretto inferire che solo nel caso di 'recidiva' essa avrebbe potuto essere legittimamente impiegata, in quanto se un soggetto per la prima volta commetteva un determinato un tipo di κακούργημα, non poteva certo definirsi di 'carriera'; di poi, come poteva il derubato 'deducente' essere a conoscenza della reiterata condotta delittuosa di colui che aveva colto in flagranza?

¹¹⁶ V., per tutti, J.H. LIPSUS, *Das attische Recht*, cit., 317. Sull'argomento ci si soffermerà ampiamente nel prossimo paragrafo.

¹¹⁷ M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 37.

¹¹⁸ Cfr. Dem. 20.156; Dem. 24.146; Dem. 58.11; Hyper. 5.29; Arist. *resp. Ath.* 29.4; Andoc. 1.91; Plato *apol.* 32 b.

¹¹⁹ Lateniese Androcles aveva dato in mutuo una somma di danaro pari a tremila mine a due faseliti, Artemone e Apollodoro, fratelli di Lacrito, per un viaggio di andata e ritorno Pireo - Mare Nero; morto Artemone senza aver restituito la somma dovuta, Lacrito, quale suo erede, viene convenuto in giudizio da Androcles con una δίκη ἐμπορικῆ. Lacrito, quindi, instaura un giudizio paragrafico col quale, sembra, oppone di aver rinunciato alla successione e, quindi, di non essere legittimato passivamente all'azione. È in tal contesto che si inserisce il passo citato in cui gli avversari contestano l'ulteriore eccezione di Lacrito in forza della quale quest'ultimo sosteneva che l'azione esperita contro di lui era stata instaurata dinanzi un foro non competente (S. SCHUSTER, *Das Seedarlehen in den Gerichtsreden des Demosthenes: mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: 'daneion nautikon', 'fenus nauticum' und Bodenerei*, Berlin, 2005; H. ANKUM, *Some aspects of maritime loans in old-Greek and in Roman law*, in *Timai Triantaphyllopoulou*, Athinaï, 2000, 293 ss.; L. CASSON, *New light on maritime loans*, *PVindob.G* 40882, in *ZPE*, LXXXIV,

Isocr. 15.237: Ἔχω δὲ δεῖξαι καὶ τόπους, ἐν οἷς ἕξεστιν ἰδεῖν τοῖς βουλομένοις τοὺς πολυπράγμονας καὶ τοὺς ταῖς αἰτίας ἐνόχους ὄντας, ἃς οὗτοι τοῖς σοφισταῖς ἐπιφέρουσιν. Ἐν γὰρ ταῖς σανίσιν ταῖς ὑπὸ τῶν ἀρχόντων ἐκτιθεμέναις ἀναγκαῖόν ἐστιν, ἐν μὲν ταῖς τῶν θεσμοθετῶν ἀμφοτέρους ἐνεῖναι, τοὺς τε τὴν πόλιν ἀδικοῦντας καὶ τοὺς συκοφαντοῦντας, ἐν δὲ ταῖς τῶν ἕνδεκα τοὺς τε κακούργουντας καὶ τοὺς τούτοις ἐφεστῶτας, ἐν δὲ ταῖς τῶν τετταράκοντα τοὺς τ' ἐν τοῖς ἰδίῳις πράγμασιν ἀδικοῦντας καὶ τοὺς μὴ δικαίως ἐγκαλοῦντας¹²⁰.

Harrocr. *lex.* voce ἀπαγε· ἀντὶ τοῦ ἀπαγωγῆ χρῶ· ἀπαγωγή δὲ εἶδος ἐστὶ δίκης· Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Κόνωνος. ὠνόμασται δὲ ἀπὸ τοῦ ἀπάγειν, ἀπάγεσθαι δ' ἐπὶ τῶν κακούργων. ἀπήγοντο δὲ πρὸς τοὺς ἕνδεκα¹²¹.

Hesych. *lex.* voce ἀπαγωγή· ἡ τῶν κακούργων πρὸς τοὺς ἕνδεκα παράδοσις. ἢ ἀπαίτησις, ἀποκομιδὴ¹²².

Etym. Magn. voce ἕνδεκα· κληρωτοὶ ἄρχοντες ἦσαν οὗτοι, προστηκότες τοῦ δεσποτηρίου καὶ τοὺς ἀπαγομένους κακούργους ἐπὶ θάνατον παραλαμβάνοντες ἐζημίουν· τοὺς δὲ ἀμφισβητοῦντας εἰσήγον εἰς τὸ δικαστήριον· καὶ τὸ γνωσθὲν περὶ αὐτῶν ἔπραττον. εἰσήγον δὲ καὶ τὰ ἀπογραφόμενα χωρία, οἰκίας· καὶ τὰ δημόσια εἶναι δόξαντα παρεδίδουν τοῖς πολίταις. εἰσήγον δὲ ἐνίας ἐνδείξεις¹²³.

1990, 195 ss.; E.E. COHEN, *Ancient Athenian maritime courts*, Princeton, 1973; ID., *A study in contrast: 'maritime loans' and 'landed loans' at Athens*, in *Symposion 1987*, Wien - Köln, 1990, 57 ss.; M.H. HANSEN, *Two notes on the Athenian 'dikai emporikai'*, in *Symposion 1987*, Wien - Köln, 1979, 165 ss.; R. BOGAERT, *Banquiers, courtiers et prêts maritimes à Athènes et à Alexandrie*, in *CE*, XL, 1965, 140 ss.; U.E. PAOLI, *Zur Gerichtszeit der dikai emporikai im attischen Recht*, in *ZSS*, XLIX, 1929, 473 ss.; sul punto v., proficuamente, altresì, S. TODD, *The Shape*, cit., 334 ss., nonché R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 164 ss.).

¹²⁰ Il passo segnala i luoghi ove venivano pubblicati i nomi dei soggetti condannati a seconda della tipologia del delitto, sicché nulla ha a che fare con la pubblicazione su tavole bianche (poste vicino alle statue degli eponimi tribali nell'agorà) della pretesa atorea accolta dalla magistratura competente, come farebbe pensare, invece, la lettura di J.H. LIPSIVS, *Das attische Recht*, cit., 820.

¹²¹ Cfr. *Lex. Seg.* 200.20-26, 414.20-22.

¹²² Cfr. *Schol. Dem.* 22.26; *Schol. Dem.* 20.156; *Schol. Plato Menon* 80 b.

¹²³ Cfr. *Arist. resp. Ath.* 52.1.

Andoc. 4.18: Ἀγανακτῶ δ' ἐνθυμούμενος ὑμῖν μὲν οὐδὲ τοὺς κακούργους ἀσφαλῆς εἰς τὸ δεσμοτήριον ὄν ἀπάγειν, διὰ τὸ χιλίας δραχμὰς τετάχθαι ἀποτεῖσαι ὅς ἂν τὸ πέμπτον μέρος μὴ μεταλάβῃ τῶν ψήφων· ὁ δὲ τοσοῦτον χρόνον εἴρξας καὶ ἐπαναγκάζων γράφειν οὐδὲν κακὸν πέπονθεν, ἀλλὰ διὰ ταῦτα σεμνότερος δοκεῖ καὶ φοβερώτερος εἶναι¹²⁴.

Ciò appurato, va messo in luce come i κλέπται costantemente vengano presentati nelle fonti come *species* di offensori riconducibili al più ampio *genus* dei κακούργοι in senso stretto, e pertanto – ricorrendo le condizioni ulteriori (sostanziali e processuali) che, di poi, esamineremo nel dettaglio – come soggetti suscettibili di essere dedotti mediante ἀπαγωγή agli Undici¹²⁵. Indi, assodata la pacifica ricon-

¹²⁴ Cfr., sul pagamento della multa pari a mille dracme (in caso di soccombenza e di difetto di almeno 1/5 dei voti), in generale, R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 152, nonché, più in particolare – con riguardo alla procedura in oggetto –, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 229; E.M. HARRIS, *The Penalty*, cit., 125 ss.

¹²⁵ ISOCR. 15.90: καὶ εἰ μὲν τις τοῦτον ἀπαγαγὼν ἀνδραποδιστὴν καὶ κλέπτην καὶ λωποδύτην μὴδὲν μὲν αὐτὸν ἀποφαίνει τούτων εἰργασμένον, διεξίει δ' ὡς δεινὸν ἕκαστόν ἐστιν τῶν κακουργημάτων, ληρεῖν ἂν φαίη καὶ μαίνεσθαι τὸν κατηγοροῦν, αὐτὸς δὲ τοιούτοις λόγοις κεχηρημένος οἴεται λανθάνειν ὑμᾶς. Isae. 4.28: οὗτος γάρ, ὅτ' ἐπεδήμει ἐνθάδε, πρῶτον μὲν εἰς τὸ δεσμοτήριον ὡς κλέπτης ὢν ἐπ' αὐτοφώρῳ ἀπήχθη, τότε δὲ ἀφθεῖς μεθ' ἐτέρων τινῶν ὑπὸ τῶν ἔνδεκα, οὓς δημοσίᾳ ἀπαντας ὑμεῖς ἀπεκτείνετε, πάλιν ἀπογραφεῖς εἰς τὴν βουλὴν κακουργῶν, ὑποχωρῶν ὄχρητο καὶ οὐχ ὑπήκουσεν, ἀλλ' ἀπ' ἐκείνου ἐπτακαίδεκα ἐτῶν Ἀθήναζε οὐκ ἀφίκετο, πλὴν ἐπειδὴ Νικόστρατος ἀπέθανε. Dem. 45.81: καίτοι πρὸς θεῶν, εἰ κλέπτην σ' ἀπήγον ὡς ἐπ' αὐτοφώρῳ εἰληφώς, τὴν οὐσίαν ἦν ἔχεις, εἴ πως οἶόν τ' ἦν, ἐπιθεῖς σοι, εἰτά σ' ἤξιουν, εἰ μὴ φῆς ὑφηρημένος ταῦτ' ἔχειν, ἀνάγειν ὅθεν εἰληφας, εἰς τίν' ἂν αὐτ' ἀνήγαγες; οὔτε γάρ σοι πατήρ παρέδωκεν, οὔθ' ἡῦρες, οὔτε λαβὼν ποθεν ἄλλοθεν ἦλθες ὡς ἡμᾶς. Aeschin. 1.113: οἱ δὲ νόμοι κελεύουσι τῶν κλεπτῶν τοὺς μὲν ὁμολογούντας θανάτῳ ζημιοῦσθαι, τοὺς δ' ἀρνούμενους κρίνεσθαι. Schol. Dem. 24.293: ἔνδειξις δίκη ἐστὶ κατὰ τῶν ἀτίμων καὶ πολιτευομένων, ἡ δὲ ἀπαγωγή ἐπὶ τῶν κλεπτῶν. Lex. Seg. (*Glossae rhetoricae*) 310.14: ἔνδεκα τοὺς κλέπτας καὶ τοὺς λωποδύτας καὶ ἀνδραποδιστὰς ὁμολογούντας μὲν ἀποκτιννύουσιν, ἀντιλέγοντας δὲ εἰσάγουσιν εἰς τὸ δικαστήριον. Sulla base di una certosina disamina delle fonti M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 44 s. individua la lista completa dei κακούργοι in senso tecnico contro cui era esperibile una ἀπαγωγή (ἀνδραποδισταί, ἀνδροφόνοι, κλέπται, λησταί, λωποδῦται, μοιχοί, τοιχωρύχοι) e una seconda lista di delinquenti chiamati altresì κακούργοι nelle fonti (προδότες, σοφισταί, συκοφάνται, φαρμακεῖς, βαλλαντιοτόμοι, ἱεροσυλλοί): egli si distacca, così, dalla catalogazione rinvenibile in J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 77 ss.; H. MEUSS, *De apagoges actione apud Athenienses*, Breslau, 1884, 4 ss.; nonché R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice*, II, cit., 285. Cfr., per il nesso Undici - ἀπαγωγή - ladri, a titolo esemplificativo, oltre i passi riprodotti *supra*, nel corpo del testo, Antiph. 5.9; Dem. 24.113; Dem. 22.26-28; Dem. 35.47; Aeschin. 1.91; Lex. Seg. 250.4; Aristot. *resp. Ath.* 52.1; Theoph. *char.* 6; Poll.

ducibilità dei κλέπται al *terminus technicus* ‘κακοῦργοι’ e, quindi, alla repressione della loro condotta offensiva mediante ἀπαγωγή, è d’uopo soffermarsi adeguatamente su quello che nelle fonti pare essere un requisito imprescindibile per l’attivazione della procedura sommaria in parola: vale a dire l’essere colto ἐπ’αὐτοφώρῳ (sulle cui sfumature di significato dovremo intrattenerci più a lungo nel § 3). Cohen, anzi, convinto sia dell’esistenza di alcuni passi che «explicitly connect aggravated theft, *apagoge* and ‘flagrance’»¹²⁶, sia dell’inesistenza di dati a supporto di una γραφή κλοπῆς per la repressione del furto di beni privati¹²⁷ – rammentando, peraltro, che secondo lo stesso Gernet «le flagrant délit reste un élément nécessaire du vol qualifié»¹²⁸ – ritiene che la cd. flagranza sia un «distinguishing feature between simple theft and aggravated theft», di modo che «objective theft justifies the imposition of the death penalty in the one case, and a twofold fine in the other», e che «without this quality of flagrance theft becomes a relatively minor offence, punishable by a small fine»: insomma ad avviso dell’autore, «seeing flagrance as a substantive requirement for liability, part of the ‘Tatbestand’ of aggravated theft, enables one to understand that two offences are fundamentally different, and that death penalty results

onom. 8.102; Phot. *lex.* voce περὶ τῶν ἑνδεκα; Suida *lex.* voce ἑνδεκα; Democrat. Fr. 3.

¹²⁶ D. COHEN, *Theft*, cit., 58: si tratta oltre che dei già riprodotti Isae. 4.28, Dem. 45.81, Dem. 24.113-114, Arist. *resp. Ath.* 52.1, Aeschin. 1.90, Arist. *de iust.* Fr. 84 (ὁ Εὐρυβάτης οὗτος παλιμβολος γέγονεν ἀνήρ. ὁ δὲ Ἀριστοτέλης κλέπτην μὲν αὐτὸν γενέσθαι, ἀλόντα δὲ ἐπ’ αὐτοφώρῳ δεθῆναι καὶ δημοσίᾳ φυλάττεσθαι), Xen. *oecon.* 14.4-5 (καίτοι τὰ μὲν καὶ ἐκ τῶν Δράκοντος νόμων, τὰ δὲ καὶ ἐκ τῶν Σόλωνος πειρῶμαι, ἔφη, λαμβάνων ἐμβιβάζειν εἰς τὴν δικαιοσύνην τοὺς οἰκέτας. δοκοῦσι γὰρ μοι, ἔφη, καὶ οὗτοι οἱ ἄνδρες θεῖναι πολλοὺς τῶν νόμων ἐπὶ δικαιοσύνης τῆς τοιαύτης διδασκαλίᾳ. γέγραπται γὰρ ζημιοῦσθαι ἐπὶ τοῖς κλέμμασι καὶ δεδέσθαι ἂν τις ἀλφῶ ποιῶν καὶ θανατοῦσθαι τοὺς ἐγχειροῦντας), Xen. *mem.* 1.2.62-63 (ἐμοὶ μὲν δὴ Σωκράτης τοιοῦτος ὦν ἐδόκει τιμῆς ἄξιος εἶναι τῇ πόλει μᾶλλον ἢ θανάτου. καὶ κατὰ τοὺς νόμους δὲ σκοπῶν ἂν τις τοῦθ’ εὐροί. κατὰ γὰρ τοὺς νόμους, ἂν τις φανερός γένηται κλέπτων ἢ λωποδυτῶν ἢ βαλλαντιοτομῶν ἢ τοιχωρυχῶν ἢ ἀνδραποδιζόμενος ἢ ἱεροσυλῶν, τούτοις θάνατός ἐστιν ἡ ζημία· ὦν ἐκεῖνος πάντων ἀνθρώπων πλείστον ἀπεῖχεν), Lys. 3.85-87 (per il testo greco v. oltre, al § 3): ma già sin d’ora ben si può anticipare che l’interpretazione condotta dal Cohen su taluni di essi non convince affatto chi scrive (si pensi, ad esempio, quella che intende ποιῶν e φανερός, di cui ai due passi di Senofonte sopraccitati, come nesso sinonimico di ἐπ’αὐτοφώρῳ).

¹²⁷ D. COHEN, *Theft*, cit., 44 ss.: sul punto ci soffermeremo oltre in un apposito paragrafo (*L’estensione concettuale della cd. flagranza per diritto attico*), analizzando, nel dettaglio, la tesi del Cohen.

¹²⁸ L. GERNET, *Sur l’exécution capitale*, cit., 323.

from 'objective' proof of a manifest violation of the social order»¹²⁹.

Tali conclusioni, invero, non mi paiono condivisibili (ed anzi mi sembrano il frutto di un fraintendimento concettuale), già solo sulla scorta di alcune considerazioni di carattere generale: la flagranza – comunque sia da intendere e qualsivoglia sia la sua estensione concettuale – non assurge affatto, in diritto attico, a 'elemento costitutivo' di una nuova fattispecie di offesa più grave, ovvero a circostanza aggravante della medesima offesa (comportante la pena di morte); essa, a mio avviso, lungi dall'essere un elemento costitutivo essenziale dell'illecito (parte, cioè, del 'Tatbestand') o un elemento ulteriormente circostanziante della fattispecie offensiva di 'furto aggravato' (dalle caratteristiche dell'oggetto dell'offesa o dalle modalità crono-topiche della condotta), semplicemente si atteggia a 'condizione speciale di procedibilità', con riguardo a un furto che, già perfezionatosi in tutti i

¹²⁹ D. COHEN, *Theft*, cit., 60. Secondo l'autore, attesa la asserita (ma, a mio modo di vedere, mal comprovata) inesistenza – per la persecuzione del furto di beni privati – di una γραφή, ritiene che la δίκη non sia un'azione residua tesa a perseguire esclusivamente i rei di furti per un valore inferiore alle cinquanta dracme (ovvero dieci se nei porti), ma si distingue dalla ἀπαγωγή per quella che era una «caratteristica concettuale» (L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124) da individuare nella flagranza: e ciò, anzitutto, sulla base di Plato *Prot.* 322. Prometeo, infatti, reo di furto del fuoco di Efesto, si dice aver subito una δίκη e non una ἀπαγωγή (322 a: κλοπῆς δίκη μετῆλθεν), di modo che la flagranza sarebbe 'prova oggettiva' del reato, che, in quanto flagrante, è per ciò solo aggravato. Il ragionamento non mi persuade. La flagranza mi pare non attenersi all'essenza del reato, ma assurgere a sola condizione per l'esperibilità di una procedura. Né – se non intendo male io – mi pare comprendere appieno detta sfumatura L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124, allorché, oltre a ritenere che «la teoria formulata da Gernet e sviluppata da Cohen coglie indubbiamente nel segno», afferma che risulta chiara l'opposizione tra flagranza e non flagranza «dall'insistenza delle fonti in relazione al fatto che la flagranza era elemento indispensabile per la ἀπαγωγή e la conseguente condanna a morte dell'imputato»: una cosa, infatti, è imporsi come condizione dell'azione (il che non mi pare contestabile), una cosa è imporsi come elemento costitutivo della fattispecie delittuosa (il che, invero, mi pare non condivisibile). Inoltre non mi riesce, purtroppo, di intendere cosa l'autrice, aderendo appunto all'impostazione di Cohen, voglia significare ove scrive che «la flagranza rappresenta l'elemento oggettivo del reato, laddove la cattura si configura invece come elemento soggettivo» (L. PEPE, *Ricerche*, cit., 126), peraltro contraddicendosi con quanto detto prima in tema di furto diurno per un valore superiore alle 50 dracme: «l'unica 'aggravante' è rappresentata, in questo caso, dall'entità della refurtiva» (L. PEPE, *Ricerche*, cit., 35, nt. 56). Vero è, invece, che la flagranza non assurge a elemento oggettivo del reato, ma è 'elemento fattuale' esterno alla struttura del reato che rende quest'ultimo perseguibile secondo certe procedure tipiche ulteriori a quelle ordinariamente esperibili quando detta 'caratteristica condizionante' (che si impone come la 'solare evidenza', sulla base di elementi di fatto e non di mera verosimiglianza, della commissione del furto da parte di un determinato soggetto) sia deficiente.

suoi elementi, per i suoi connotati (ossia per il peculiare modo di manifestarsi) è considerato meritevole non tanto di una pena pecuniaria, quanto di una sanzione più elevata. Né, del resto, ritengo condivisibile l'enunciato secondo cui «unless one sees 'flagrance' as making aggravated theft a different kind of offence altogether than simple theft, then one must conclude ... that the same offence was punishable with death or a mere twofold fine, solely according to the whim of the person prosecuting»¹³⁰.

Più prudente e oculato sembra a me ritenere – come meglio si constaterà dalle riflessioni in tema di δίκη e di γραφή – che la cd. 'sorpresa del ladro ἐπ'αὐτοφώρῳ' sia un istituto non di diritto sostanziale, bensì processualmente rilevante, in quanto essenziale per l'attivazione delle procedure speciali: e alla luce di tali considerazioni il dettato demostenico delle due testimonianze dalle quali eravamo partiti all'inizio del presente paragrafo (Dem. 24.113-114; Dem. 22.26-27) pare assai più intelligibile e meno 'caoticamente' problematico.

Il primo brano demostenico (Dem. 24.113-114), sintetizza o, meglio, considera alcune delle disposizioni della legge solonica sul furto (con buona probabilità senza alcuna mistificazione dell'originale)¹³¹. Timocrate, accusato di aver fatto approvare una legge *ad personam* (cioè a vantaggio di alcuni amici rei di malversazione) che minerebbe le fondamenta della *polis*¹³², nell'orazione demostenica, è messo a con-

¹³⁰ D. COHEN, *Theft*, cit., 60. Sul punto v. M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 20, secondo cui «it is an accepted modern conception of law and justice that an offender deserves one and the same punishment regardless of the legal procedure employed against him. Not so in Athens».

¹³¹ Cfr. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 24: «Demostene non ha motivo di falsarne il contenuto, dal momento che l'orazione in oggetto non verte su un caso di furto e di conseguenza non sono in gioco interessi di parte tali da giustificare un'alterazione della norma riportata». V., paradigmaticamente, sul ruolo della logografia in relazione alle fonti di cognizione del diritto greco, A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 24 ss., che riprende il pensiero wolffiano della 'insensibilità giuridica degli oratori' (H.J. WOLFF, *Methodische Grundsatzfragen der rechtsgeschichtlichen Verwendung attischer Gerichtsreden*, in *La critica del testo [Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto. Venezia, 1967]*, II, Firenze, 1971, 1123 ss.; ID., *Rechtsexperten in der griechischen Antike*, in *Festschrift für den 45. deutschen Juristentag*, Karlsruhe, 1967, 1 ss.); importanti notazioni in tema si rinvencono, da ultimo, in R. MARTINI, *Le fonti del diritto greco*, in G. POMA (ed.), *Le fonti per la storia antica*, Bologna, 2008, 165 ss.

¹³² E cioè, stando a Demostene, in quanto la legge proposta da Timocrate avrebbe

fronto, in forza di quel *topos* aristotelico-teofrasteo cd. ἐκ τῆς ἀντιπαροβολῆς¹³³, con l'eccellenza di Solone (§ 113); ed è proprio entro tale quadro che vengono inserite, a mo' di esempio, le disposizioni normative emanate in tema di furto, le quali prevedono quattro – di certo non esaustive¹³⁴ – ipotesi: 1) furto diurno per un ammontare superiore alle cinquanta dracme, perseguibile con ἀπαγωγή agli Undici; 2) furto notturno per un ammontare di qualsivoglia importo, reprimibile dallo stesso derubato mediante ferimento o uccisione, ovvero – parrebbe sempre a discrezione dell'offeso – mediante conduzione presso gli Undici; 3) furto di un oggetto qualsiasi dal Liceo, dall'Accademia, dal Cinosarge, ovvero – per un ammontare superiore alle dieci dracme – dai ginnasi e dai porti, sanzionabili con la pena capitale¹³⁵; 4) furto perse-

violato un principio fondamentale della democrazia: quello per cui tutti i cittadini dovevano essere uguali dinanzi alla legge. Tuttavia, più che palese è l'artificio retorico con cui Demostene tenta di persuadere i giudici: uguaglianza non significava materialmente che ogni legge dovesse applicarsi a tutti in modo indiscriminato, ma che nessuno dei destinatari di una disposizione normativa potesse essere esonerato (cfr. A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 26 s.).

¹³³ Cfr. A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 28.

¹³⁴ La *interpretatio communis* viene ben compendiata da D. COHEN, *Theft*, cit., 40: «from this text scholars generally abstract a fourfold classification of theft offences which is taken to be an essentially complete outline of the laws of theft, fitting together into the following pattern of three instances of 'aggravated theft' and a residual category of 'simple theft': 1. theft by day of more than ten drachmas, prosecutable by *apagoge* or *graphe*, and punishable by death; 2. theft by night regardless of value, prosecutable by self-help, *apagoge*, or *graphe*, and punishable by death; 3. theft from Lyceum, Academy, or Kynosargos regardless of amount, punishable by death; 4. theft by day of less than fifty drachmas or theft from harbour of less than ten drachmas, prosecutable by the *dike klopēs* and punishable by a double penalty plus the possibility of five days in the stocks» (v., in tal senso, G. GLOTZ, voce 'Klopē', cit., 829; J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 399 ss.; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 224 s.). Vero è, invece, che il passo non include riferimenti al 'furto' di fondi pubblici menzionati dallo stesso Demostene poco prima, non fa menzione alcuna del furto di cose sacre o di quello perpetrato da un pubblico ufficiale e avente per oggetto beni pubblici; di poi, non v'è il benché minimo accenno alle procedure di *ephegesis* o di *graphē*; non è menzionata, infine, alcuna procedura per l'ipotesi del furto aggravato dal *locus*; non v'è riferimento alcuno alla τοιχορυχία o alla λωποδυσία o al rituale della φωρά.

¹³⁵ D. COHEN, *Theft*, cit., 71, sulla base di una intuizione di Ruschenbusch (E. RUSCHENBUSCH, *Untersuchungen*, cit., 52), reputa che «death penalty» sia la sanzione per «theft of private property from gymnasia, baths, etc. ... theft of public equipment ... from gymnasium baths ... from harbours ... above ten drachmas». Secondo l'interpretazione tradizionale, invece, vi sarebbe una distinzione tra furto nei ginnasi senza alcun riguardo al valore della refurtiva, e furto presso i porti per un valore superiore alle dieci dracme (cfr. J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 321; A.R.W. HARRISON, *The Law of*

guibile con azione privata tesa ad una pena pari al doppio del valore della refurtiva ed eventualmente sanzione aggiuntiva del carcere¹³⁶.

Il secondo brano, tratto dalla *contra Androtionem* (Dem. 22.26-27), senza citare in modo puntuale le disposizioni normative vigenti in tema di furto, si limita ad una elencazione dei quattro rimedi previsti in caso di κλοπή, e ciò senza alcun cenno dei presupposti processuali richiesti per ciascuna procedura o senza alcun indugio circa le diversità attinenti alla struttura sostanziale delle singole fattispecie. Tale catalogo, invero, nell'economia dell'orazione ha lo scopo esclusivo di esaltare, sempre ἐκ τῆς ἀντιπαράβολῆς, i meriti della legislazione di Solone, e l'abbondanza dei mezzi processuali (modulati secondo una raffinata e articolata tecnica di 'psicologia legislativa') predisposti dal grande legislatore a favore del derubato, in modo tale che quest'ultimo, a seconda delle sue forze fisiche ed economiche, fosse messo nella condizione di scegliere quello strumento che più gli fosse stato confacente: che il passo persegua solo finalità 'encomiastiche' (onde screditare l'avversario) e sia pervaso da intenti retorici piuttosto che fornire un'adeguata ed esaustiva rassegna della totalità delle vie a mezzo delle quali perseguire i furti, mi par fuor di ogni dubbio¹³⁷.

Demostene non precisa affatto le condizioni per promuovere l'una oppure l'altra procedura, né tantomeno dichiara che tutte e quattro le procedure sono tra loro interscambiabili e fruibili per la medesima

Athens, II, cit., 225; D. MACDOWELL, *The Law in Classical Athens*, Glasgow, 1978, 148). Non mi pare riportare correttamente il pensiero tradizionale L. PEPE, *Ricerche*, cit., 115, là dove afferma che secondo l'opinione comune la pena di morte è la sanzione per il furto «di un oggetto di valore superiore alle dieci dracme nei ginnasi o nei porti» (sebbene questa sia, invero, la traduzione che a me sembra maggiormente conforme allo spirito del testo).

¹³⁶ Secondo L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 323, l'esposizione del ladro condannato a seguito di δίκη sarebbe stata «une représentation adoucie» della pena dell'ἀποτομηνισμός. Ad avviso di L. PEPE, *Ricerche*, cit., 125 – che crede che il passo demostenico si riferisca in via esclusiva al furto flagrante – «solo il riferimento al furto flagrante potrebbe spiegare come mai alla sanzione pecuniaria poteva essere aggiunta, a discrezione del tribunale, una pena accessoria, ossia l'esposizione del colpevole al pubblico ludibrio per cinque giorni e altrettante notti». Di diverso avviso, e più persuasivo, mi pare U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689: «tutte le volte in cui il danneggiato dal furto avesse esperito l'azione privata, ogni cittadino poteva proporre una azione penale supplementare, facendo istanza al Tribunale, nella stessa seduta e fra la prima e la seconda pronuncia cui dà luogo ἄγων τιμητός, che il ladro soccombente fosse tenuto in ceppi per cinque giorni e cinque notti».

¹³⁷ Ma v. M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 120 ss.

fattispecie offensiva¹³⁸. Il passo, in altre parole, si impone unicamente come la verisimile catalogazione delle modalità di repressione dei furti, attribuibili alla legislazione solonica: e ciò – in una sorta di breve *excursus* di ‘sociologia del diritto’ – con il solo intento di illustrare la lungimiranza e il fine ‘sapere’ pratico e teorico di Solone, nomopoietà tanto accorto – in antitesi all’indegnità del nome stesso di ‘legislatore’ attribuibile all’accusato, Androzione – da predisporre un ‘armamentario’ procedurale capace, nelle sue molteplici forme (di cui non apprendiamo alcun connotato estrinseco) di adattarsi alle esigenze e alle caratteristiche (fisico-economiche) dei soggetti passivi dell’offesa in parola. Nulla più della denominazione delle procedure cui sopra si accennava, in definitiva, mi sembra lecito trarre dalla lettura di questo passo di Demostene.

A voler accantonare la tesi di Cohen sulla ‘flagranza’ quale elemento qualificativo della fattispecie offensiva in oggetto, e accettando quella per cui l’essere colto ἐπ’αὐτοφώρῳ – come io sono convinto – è soltanto

¹³⁸ Non mi pare sufficientemente fondata sul tenore testuale dei due passi la tesi sostenuta da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124 ss. la quale reputa che Demostene sia nella *in Timocratem* sia nella *contra Androktionem* faccia esclusivo riferimento al furto flagrante. Atteso che il passo della *contra Androktionem* non credo sia impiegabile per costruire una sistematica dei casi nei quali esperire ora l’uno ora l’altro mezzo procedurale in astratto attivabile, sono persuaso del fatto che il periodare demostenico dell’altra orazione non permetta di giungere alle conclusioni cui perviene la studiosa (e ciò anche perché, come meglio si appurerà nel prosieguo, sono convinto che nel caso di flagranza dell’offesa in una con gli ulteriori elementi – oggettivi, topici, cronologici – aggravanti la fattispecie semplice non sia affatto rimesso all’offeso lo scegliere la via processuale tra tutte quelle previste dall’ordinamento): mi pare più persuasivo ritenere che Demostene dopo aver rammentato quali tipi di furti ammettono il ricorso alla deduzione agli Undici, in virtù di un ragionamento analogico, richiami altre ipotesi che egli intende assimilare alle prime due non tanto per la flagranza (che è solo condizione dell’azione e non elemento costitutivo della fattispecie), quanto per le conseguenze. Demostene, in altre parole, ci informa che come può condurre alla pena capitale una ἀπαγωγή per il caso di furto notturno o di furto diurno di valore superiore alle 50 dracme, del pari alla stessa pena – sia che ricorra la flagranza sia che non vi ricorra – può essere sottoposto chi rubi in determinati luoghi (o in certi luoghi e per un certo ammontare); di contro, sempre interessato al profilo sanzionatorio, l’oratore rammenta che l’esperimento di una δίκη (e ciò a prescindere dalla presenza di aggravanti o di condizioni per le procedure speciali), al più porta al doppio del valore della refurtiva e a una *podokakke*. In definitiva, mi pare che l’oratore, partendo dalla disposizione solonica, sia condotto prima da un collegamento analogico, poi da uno di antitesi, ad accordare alle fattispecie di partenza (quelle del furto aggravato dal tempo notturno e di quello diurno aggravato dall’entità della refurtiva: prima categoria e seconda categoria), la terza categoria (che accenna alla fattispecie e alla sanzione ma non alla procedura) e la quarta (che menziona la sanzione e il tipo di procedura ma non descrive la fattispecie).

condicio sine qua non della ἀπαγωγή, con riguardo esclusivo alle fattispecie contemplate in Dem. 24.113-114, quest'ultima procedura pare attivabile non in presenza di un 'furto semplice', ma solo in caso di ben precise forme di manifestazione dell'offesa. Perché, altrimenti dicendo, la conduzione agli Undici del ladro risulti legittima, la figura criminosa, una volta integrati tutti i requisiti essenziali, deve manifestarsi – a quanto mi pare – con 'elementi accidentali aggravanti': elementi, cioè, che, se da un lato non incidono sulla sussistenza del furto stesso (in quanto già strutturalmente perfetto), dall'altro, implicano, giusta una efficacia cd. autonoma, la modifica della *species* della pena prevista per l'ipotesi in cui l'elemento circostanziale non si sia manifestato. Ferma la necessità della flagranza, la ἀπαγωγή, dalla legge ateniese, insomma, è messa a disposizione del derubato – secondo l'esplicito riferimento di Demostene – ove la refurtiva sia ritenuto di 'notevole' valore economico (superiore alle 50 dracme), ove il furto avvenga durante la notte (e ciò in alternativa alla sommaria esecuzione)¹³⁹; ma, pur nell'assenza

¹³⁹ La disposizione sul furto notturno trova un palese equivalente in Plato *leg.* 874 b: νύκτωρ φώρα εἰς οἰκίαν εἰσιόντα ἐπὶ κλοπῇ χρημάτων ἔαν ἑλὼν κτεινῆ. καθαρός ἔστω (cfr., sul punto, G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 830; D. COHEN, *Theft*, cit., 82; L. PEPE, *Ricerche*, cit., 25 e nt. 37, 38 s.). Sul pensiero giuridico in Platone, e più puntualmente, sul pensiero in materia criminale: B. CALVERT, *The death penalty in Plato's Laws*, in *Justice v. Law*, 1997, 243 ss.; A.H. CHASE, *The influence of Athenian institutions on the Laws of Plato*, in *HSPS*, XLIV, 1933, 131 ss.; D. COHEN, *Theft in Plato's Laws and Athenian Legal Practice*, in *RIDA*, XXIX, 1982, 121 ss.; M. GAGARIN, *Le code de Platon et le droit grec*, in E. LÉVY (ed.), *La codification des lois dans l'Antiquité (Actes du colloque de Strasbourg. Université Marc Bloch de Strasbourg. Travaux du Centre de Recherches sur le Proche-Orient et la Grèce antiques, 27-29 novembre 1997)*, Paris, 2000, 215 ss.; M.M. MACKENZIE, *Plato on punishment*, Berkeley, 1981; A. MAFFI, *Gesetzgebung und soziale Ordnung in Platons Nomoi*, in D. COHEN - E. MÜLLER-LUCKNER (ed.), *Demokratie, Recht und soziale Kontrolle im klassischen Athen (Kolloquien XLIX)*, München, 2002, 147 ss.; A. MEREMETIS, *Verbrecher und Verbrechen: Untersuchungen zum Strafrecht in Platons Gesetzen*, Borna-Leipzig, 1940; A.W. NIGHTINGALE, *Plato's lawcode in context: rule by written law in Athens and Magnesia*, in *CQ*, XLIX, 1999, 100 ss.; R. PORCHEDDU, *La concezione platonica della sanzione penale in rapporto alla evoluzione storica della 'polis' e allo stato 'giusto'*, in *Sandalion*, III, 1980, 19 ss.; J. SAUNDERS, *Plato and the Athenian law of theft*, in P. CARLEDGE - P. MILLETT - S. TODD (ed.), *'Nomos'*, cit., 63 ss.; K. SCHOEPSDAU, *Zum Strafrechtsexkurs in Platons Nomoi*, in *RhM*, CXXIV, 1984, 97 ss.; R.F. STALLEY, *Punishment in Plato's Laws*, in *Hist. Pol. The.*, XVI, 1995, 469 ss.; R.F. STALLEY, *Punishment in Plato's Protagoras*, in *Phronesis*, XLVI, 1995, 1 ss. V. sulla necessità di purificazione a seguito di un omicidio nonché sulla 'impunità' (ossia sul morire ἄτιμος ο νηπουεῖ), M. YOUNI, *The Different Categories of Unpunished Killing and the Term 'atimos' in Ancient Greek Law*, in *Symposion 1997*, Köln - Wien, 2001, 117 ss.; J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Νηπουεῖ τεθνᾶναι*, in *Symposion 1990*, Köln - Wien, 1991, 93 ss. Per il trattato di Stinfalo-Demetrias in *IPArk* 17 (ove si dispone che il ladro notturno introdottosi in una casa

di una espressa affermazione in tal senso, atteso il legame indissolubile che lega *sub specie poenae* le due ipotesi testé indicate a quelle immediatamente successive nel testo, mi par lecito ritenere che – sempre se colto ἐπ'ἀποφόρῳ – sia deducibile agli Undici anche il soggetto che abbia commesso furto (di qualsivoglia entità) nel Liceo, nell'Accademia, nel Cinosarge, ovvero – a mio modo di vedere – furto per un valore superiore alle dieci dracme posto in essere vuoi presso i ginnasi, vuoi presso i porti¹⁴⁰ (ovvero, in definitiva, in tutti quei casi in cui la δίκη è esperibile – come sono propenso a credere – solo in concorso cumulativo condizionato alla promozione della γραφή).

3. L'estensione concettuale della *cd. flagranza per diritto attico*.

Il sintagma ἐπ'ἀποφόρῳ è stato variamente interpretato dagli studiosi che si sono accostati allo studio delle 'procedure straordinarie' del diritto attico¹⁴¹; tuttavia, a prescindere dalle divergenze margina-

muoia ἄτιμος), v. G. THÜR, *Zu den Hintergründen des Rechtsgewährungsvertrag zwischen Stymphalos und Demetrias* (IPArk 17), in C. SCHUBERT - K. BRÖDERSEN (ed.), *Rom und der griechische Osten. Festschrift für H.H. Schmitt zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, 1995, 262 ss.; ID., *Der Rechtsgewährungsvertrag aus Stymphalos* (IPArk 17; IG V2, 357), in *Symposium 1995, Köln - Wien, 1997*, 173 ss. Credo sia nel giusto G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 826 s. (seguito da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 36 ss.) quando ricorda l'orazione demostenica *contra Aristocratem* (Dem. 23.60) quale testimonianza che riporta se non la lettera, almeno lo spirito di una norma dracontina (cfr. altresì Dem. 23.51) sul furto, la quale prevede, quale conseguenza per il ladro diurno il 'νηποιεῖ τεθνάναι', qualora egli agisca 'con violenza' e 'ingiustamente' sottraendo vuoi beni altrui vuoi rapendo esseri umani (cfr., paradigmaticamente, E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 237 ss.), sì da suscitare la immediata reazione difensiva legittima dell'offeso (in senso analogo v. Plato *leg.* 874 c: καὶ ἐὰν λωποδύτην ἀμυνόμενος ἀποκτείνῃ, καθαρὸς ἔστω): καὶ ἐὰν φέροντα ἢ ἄγοντα βία ἀδίκως εὐθὺς ἀμυνόμενος κτείνῃ, νηποιεῖ τεθνάναι. Ἄλλα ταῦτα ἐφ' οἷς ἔξεστι κτείνειν. ἐὰν ἄγοντα ἢ φέροντα βία ἀδίκως εὐθὺς ἀμυνόμενος κτείνῃ, νηποιεῖ τεθνάναι κελεύει. θεάσασθε πρὸς Διὸς ὡς εὖ: τῷ μὲν ὑπειπὼν, ἐφ' οἷς ἔξεῖναι κτείνειν, προσγράψαι τὸ εὐθὺς ἀφείλε τὸν τοῦ βουλεύσασθαι τι κακὸν χρόνον: τῷ δὲ ἀμυνόμενος γράψαι δηλοῖ τῷ πάσχοντι διδοῦς τὴν ἐξουσίαν, οὐκ ἄλλω τινί. ὁ μὲν δὲ νόμος εὐθὺς ἀμυνομένῳ δέδωκεν ἀποκτινύναι, ὁ δ' οὐδὲν εἴρηκεν, ἀλλ' ἀπλῶς ἐὰν τις ἀποκτείνῃ, κἂν ὡς οἱ νόμοι διδόασιν. Per una digressione comparatistica tra le disposizione soloniche e dracontine, da un lato, e il regime decemvirale, dall'altro, v. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 28 ss., con ampia bibliografia di rimando.

¹⁴⁰ In tal senso cfr. U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689.

¹⁴¹ Cfr., in tema, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 87: «nel diritto attico, è espressione ricorrente con cui viene indicata la condizione che rende possibile perseguire immediatamente il reo mediante una procedura straordinaria di arresto, eseguita direttamente dalla vittima di particolari reati e non preceduta – al contrario dei normali processi – da alcuna

li e dalle sfumature lievi di pensiero rispetto alla concettualizzazione primaria, è agevole individuare in proposito due fondamentali scuole di pensiero. Da un lato, secondo il primo e più risalente orientamento, la locuzione in oggetto risulterebbe semanticamente foriera di una nozione ben più ampia di quella tecnica che – come avviene per il vigente diritto processuale italiano¹⁴² – esaurisce le ipotesi in cui il soggetto attivo dell'illecito è colto nell'atto di commettere il fatto materiale: essa, infatti, ricomprenderebbe altresì i casi in cui l'illecito è stato commesso con una sicurezza e una notorietà tali che oggetto di necessario dibattito sarebbero solo l'*an* e il *quantum* della punibilità e non, invece, l'*an* (e il *quomodo*) della commissione¹⁴³. Dall'altro, invece, si è sostenuta una interpretazione assai più riduttiva del sintagma il cui dominio semasiologico sarebbe limitato esclusivamente alla sorpresa del delinquente nel momento perfezionativo o consumativo della fattispecie¹⁴⁴.

formale citazione in giudizio». Si tratta, all'evidenza, della ἀπαγωγή che comportava per il reo l'arresto e la conduzione dinanzi agli Undici, magistrati istituiti *ad hoc* da Solone (laddove, in presenza di determinate circostanze erano competenti i Tesmoteti oppure l'Assemblea o il Consiglio): Arist. *resp. Ath.* 7.3: καὶ τὰς με[ν ἄλλ]ας ἀρχὰς ἀπένειμεν ἀρχεῖν ἐκ πεντακισιομεδίωνων καὶ ἰππέων καὶ ζευγυγίων, τοὺς ἑννέα ἀρχοντας καὶ τοὺς ταμίαις καὶ τοὺς πωλητὰς καὶ τοὺς ἑνδεκα καὶ τοὺς κωλακρέτας, ἑκάστοις ἀνάλογον τῷ μεγέθει τοῦ τιμήματος ἀποδιδούς τὴν ἀρχήν. Sulla procedura speciale in parola, cfr. M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 9 ss., 26 ss.; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 17 s., 221 ss.; R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, II, Chicago, 1938, 75, 78, 121, 203, 214 ss.; J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 317 ss.; M. SOROF, *Ueber die 'Apagoge' im attischen Gerichtsverfahren*, in *NJ*, CXXXI, 1885, 7 ss.; H. MEUSS, *De apagoges actione*, cit., *passim*; sulla riforma solonica v. H.H. HOLZ, *Die solonische Gesetzgebung: Politik und Rechtsphilosophie bei der Formung der athenischen Demokratie*, in V. SCHÖNEBURG (ed.) *Philosophie des Rechts und das Recht der Philosophie. Festschrift für Hermann Klenner*, Frankfurt, 1996, 103 ss.; B. KEIL, *Die solonische Verfassung in Aristoteles Verfassungsgeschichte Athens*, Berlin, 1892, *passim*; C. HIGNETT, *A History of the Athenian Constitution to the End of the Fifth Century B.C.*, Oxford, 1952, 86 ss.; sulla 'costituzione degli Ateniesi' aristotelica, v. *ex plurimis*, P.J. RHODES, *A Commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*, Oxford, 1981; L.C. STECCHINI, *Athenaion Politeia. The Constitution of Athens by the old oligarchs and by Aristotle*, Glencoe, 1951, *passim*.

¹⁴² Cfr. art. 382 cod. proc. pen.: «1. È in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima. 2. Nel reato permanente lo stato di flagranza dura fino a quando non è cessata la permanenza». Cfr. artt. 380-381 per le ipotesi di arresto obbligatorio e facoltativo in flagranza di reato.

¹⁴³ V., per tutti, J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 318 e 812.

¹⁴⁴ V., per tutti, D. COHEN, *Theft*, cit., 52 ss.

Individuata in tali termini la questione ermeneutica avente ad oggetto la determinazione del significato di ἐπ'αὐτοφώρῳ, prima di procedere alla sistematica disamina dei passi rilevanti in materia, pare utile passare in rassegna le principali posizioni, come nel progresso del tempo si sono succedute le une alle altre, che risultano riconducibili ad uno dei due testé menzionati orientamenti.

Nelle lapidarie e 'impressionistiche'¹⁴⁵ asserzioni dello Gernet in tema di «incohérence» nella «legislation relative au vol»¹⁴⁶, la flagranza viene intesa come elemento sostanzialmente imprescindibile del furto aggravato e della relativa responsabilità penale: ad essa lo studioso francese riconnette un significato ristretto, limitato al caso di una cattura del ladro nell'atto stesso di rubare o nel momento immediatamente successivo, costituito dalla fuga e dall'inseguimento¹⁴⁷.

Di contro, secondo la singolare ricostruzione operata da Hansen attraverso una «diachronic analysis»¹⁴⁸ delle fonti, il sintagma ἐπ'αὐτοφώρῳ sarebbe stato oggetto di un progressivo allargamento semantico – pur nella persistenza, comunque, della 'flagranza' quale presupposto per l'attivazione delle procedure speciali sommarie –, di talché sul finire del quinto secolo, resisi assai fluidi i confini concettuali dell'espressione, qualsivoglia scoperta di un ladro, a prescindere da ogni ulteriore requisito cronotopico, avrebbe integrato gli estremi del presupposto in parola¹⁴⁹.

¹⁴⁵ In questi termini si è pronunciato D. COHEN, *Theft*, cit., 53.

¹⁴⁶ L. GERNET, *Sur l'exécution capitale. A propos d'un ouvrage récent*, in ID., *Anthropologie*, cit., 323.

¹⁴⁷ L. GERNET, *Le temps dans les formes archaïques du droit*, in ID., *Anthropologie*, cit., 268.

¹⁴⁸ M.H. HANSEN, *'Apagoge'*, cit., 52.

¹⁴⁹ Più precisamente Hansen, dopo aver messo in luce la comunanza di radicali tra l'aggettivo αὐτόφωρος e il sostantivo φωρά, di quest'ultimo fa notare la disemia (furto, scoperta del furto). Vero è, infatti, che la φωρά era la ricerca della refurtiva in casa del 'presunto' φώρ – per certi versi assimilabile alla *quaestio lance et licio*: cfr., per ora, E.C. MARCHANT, *On the Ancient Law of Searching for Stolen Property*, in *The Classical Review*, IV, 1890, 101 s.; P.G. MAXWELL-STUART, *Per lancem et licium: a Note*, in *Greece & Rome*, XXIII, 1976, 1 ss. – sicché il λαμβάνειν ἐπ'αὐτοφώρῳ poteva significare sia «to catch the thief during the theft», sia «to catch the thief during the discovery of the theft» (M.H. HANSEN, *'Apagoge'*, cit., 48); delle due nozioni la seconda, ad avviso dell'autore, prevalse di modo che si ampliò smisuratamente il concetto stesso di flagranza (cfr., per le fonti, M.H. HANSEN, *'Apagoge'*, cit., 48, ntt. 1-3): «but if the stolen goods were found during a house-search, we must assume a certain lapse of time between the commission of the crime and its discovery», tant'è che «this made a wider interpretation of the term ἐπ'αὐτοφώρῳ» e che «the need for a house-search was dispensed with, and an *apagoge*

Il Cohen – il cui pensiero è seguito fedelmente da Laura Pepe nella sua recente monografia sul confronto tra diritto attico e diritto decemvirale¹⁵⁰ –, mettendo a frutto le rapide intuizioni dello Gernet (rimaste, per vero, a mero livello di bozza), ha aspramente criticato le soluzioni interpretative di Hansen e ne ha messo in luce talune incoerenze interne addirittura tali da inficiare la generale bontà e persuasività del pensiero dello studioso olandese¹⁵¹, per poi concludere che «a part from the *lexica* and the *scholia* ... there is considerable

was in any case allowed long after the crime had been committed, providing that the accuser was able to substantiate his charge and convince the Eleven that the person arrested the culprit» (M.H. HANSEN, *‘Apagoge’*, cit., 51 s.). E tutto ciò, benché il fatto che gli Undici insistessero per l’inserzione della locuzione in oggetto nell’atto di denuncia – come ci insegna l’orazione di Lisia contro Agorato – sarebbe chiara riprova del fatto che, seppur formalmente, in epoca classica, «a criminal must be caught ἐπ’αὐτοφώρῳ to make an ἀπαγωγή κακούργων legal» (M.H. HANSEN, *‘Apagoge’*, cit., 52). Aderisce all’impostazione di Hansen P.J. RHODES, *A Commentary*, cit., 580 s. (v., in senso analogo, K. LATTE, *Beiträge zum griechischen Strafrecht*, in *Hermes*, LXVI, 1931, 30 ss.; 129 ss. [nonché in *Kleine Schriften*, München, 1968, 269 s.]).

¹⁵⁰ V. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 91 ss.

¹⁵¹ Cohen, difatti, onde acclarare la necessità di concepire la ‘flagranza’ in una accezione stretta, mette in luce come Hansen, per suffragare il progressivo ampliamento concettuale della locuzione, invero, abbia fatto ricorso a fonti dello stesso periodo, se non addirittura anteriori a quelle postulate come attestanti un significato originario letterale. Secondo Cohen «there is a fundamental incoherence underlying Hansen’s account taken as a whole», giacchè Hansen intende supportare l’equivalenza ἐπ’αὐτοφώρῳ/*in flagrante delicto* sulla base di Lisia (13.69), Iseo (4.28), Demostene (14.81), Eschine (1.91), lessici (Poll. *onom.* 8.49; Phot. *lex.* voce ἔνδεκα; Suida *lex.* voce ἐπ’αὐτοφώρῳ; Etym. Magn. voce ἐπ’αὐτοφώρῳ) e scoli (Schol. Aristoph. *Plut.* 455), ossia sulla base di testimonianze «from which he claims to show that a change had already taken place; in fact specifically states that the last stage of development had already reached at the end of the fifth century, where our sources begin», sicché «the evidence for the new position is drawn from a few passages in the same sources, i.e. Aeschines, Demosthenes, the *scholia* to Aristophanes’ *Clouds*, *Lysias*, and a fragment of *Alexis*» (D. COHEN, *Theft*, cit., 53). A prescindere dalle critiche ulteriori mosse da Cohen all’impostazione di Hansen (cfr. D. COHEN, *Theft*, cit., 54 ss., che, paradigmaticamente, ricorda come lo studioso in parola, da un lato citi l’*Antigone* sofoclea – Soph. *Antig.* 51 – , le Nuvole di Aristofane – Aristoph. *nub.* 497-499 –, nonché il fr. 78 K.-A. di *Alexis* a supporto della tesi dell’evoluzione semantica, dall’altro, neghi valore a Menand. *Mis.* 216 ss.), mi paiono ben fondati i rilievi mossi da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 92 s., la quale, atteso che altro è il rito della φωρά, altro è l’inseguimento del ladro durante la fuga (di cui, ad esempio, v. Dem. 24.113), da un lato, sottolinea che «l’autore manca di spiegare il salto logico che permetterebbe di assimilare tra loro i due casi, equiparabili soltanto sotto il profilo della distanza di tempo intercorrente tra il reato e la sua scoperta», dall’altro, evidenzia come l’impiego dell’aggettivo in Soph. *Antig.* 51 (citata in M.H. HANSEN, *‘Apagoge’*, cit., 49), sia astratto dal «valore consueto» per indicare ciò che qualcuno scopre da sé solo (πρὸς αὐτοφώρων ἀμπλακημάτων).

evidence to show that in the fourth century the term still had a substantive content and was used in legal context in a literal, non formalistic sense»¹⁵². Estremamente fiducioso dell'esistenza di numerosi appigli testuali per corroborare «the interpretation of ἐπ'αὐτοφώρῳ as part of the 'Tatbestand' of aggravated theft», l'autore, infatti, non esita a proclamare che la 'flagranza' «was in fact a substantive requirement of liability with the literal meaning of being taken either in the act of theft itself or in immediate pursuit thereafter»¹⁵³.

A conclusioni opposte a quelle di Cohen, è giunto in un denso e suggestivo articolo Edward Harris¹⁵⁴, nel quale, entro la cornice di una analisi comparativa della locuzione testé citata con l'aggettivo latino *manifestus*, ha sostenuto che «the *fur manifestus* is the thief who has clearly or manifestly removed an object from the owner's pos-

¹⁵² D. COHEN, *Theft*, cit., 55.

¹⁵³ D. COHEN, *Theft*, cit., 58.

¹⁵⁴ E.M. HARRIS, «*In the act*» or «*red-handed*»? *'Apagoge'* to the Eleven and *'furtum manifestum'*, in *Symposion 1993*, Köln - Wien, 1994, 169 ss. L'autore sembra far proprie le considerazioni critiche sviluppate dal Cohen nei confronti di Hansen: ciò nonostante ritiene che ἐπ'αὐτοφώρῳ debba intendersi non in senso stretto ('in the very act'), ma in una accezione più sfumata ed estesa, ovvero sia in una accezione per cui esiste 'flagranza' allorché in modo evidentemente incontrovertibile elementi fattuali si impongano quali sintomi della colpevolezza di un soggetto ('red handed'). E in tale cornice Harris, *in primis*, intende comparare l'aggettivo latino *manifestus* con la perifrasi greca ἐπ'αὐτοφώρῳ, nonché testare la bontà della celebre sentenza contenuta in Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.3 pr., per concludere, infine, che se «the *fur manifestus* is the thief who has clearly or manifestly removed an object from the owner's possession», alla stessa semantica deve essere ricondotto il ladro ἐπ'αὐτοφώρῳ (E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 173). Sull'esegesi condotta dall'autore sulle fonti rilevanti ai fini della ricostruzione della sfera semantica della locuzione ἐπ'αὐτοφώρῳ (esegesi che, in effetti, talora può apparire partigiana, talora lacunosa) cfr. le puntuali critiche mosse da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 96 e nt. 131-132; 102 s. nt. 145; 107, nt. 155; 108, nt. 162, 110, nt. 165. In buona sostanza l'autrice – giustamente – imputa ad Harris sia una interpretazione che spesso va oltre la lettera del testo (come per quanto riguarda la voce del lessico di Suda che viene resa in modo eccessivamente libero e non collimante con l'originale greco, «self-evident, before one's eyes, caught with the stolen item itself»: v. E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 170), sia taluni 'buchí' nei passi da esaminare 'compulsoriamente' ai fini di un esaustivo studio della materia (quali, il § 91 della *contra Agoratum* e il § 42 del discorso areopagítico di Lisia, i §§ 3 e 9 della *in nouercam* di Antifonte, ma anche voci lessicali come Poll. *onom.* 8.49, Phot. *lex.* voce ἔνδεκα, Etym. Magn. voce ἐπ'αὐτοφώρῳ). Nonostante la precisione delle obiezioni e puntualizzazioni opportunamente rilevate da Laura Pepe – delle quali è imprescindibile tener conto –, come meglio si vedrà, in corpo di testo, maggiormente persuasiva mi pare, nel complesso, la ricostruzione di Edward Harris (alle cui carenze esegetiche mi auguro di sopperire, almeno parzialmente, e le cui – peraltro non numerose – 'stravaganze' interpretative mi auguro di edulcorare).

session» e che, pertanto, il sintagma «should be translated ‘manifest’, ‘clear’, or ‘obvious’»¹⁵⁵.

Ciò detto, non resta che prender visione direttamente, dei passi che qui ci debbono occupare, onde poter elaborare, criticamente, una personale ricostruzione della questione. E propenderei per una disamina *a contrariis*, ossia partendo da quei passi che, citati a supporto della ‘tesi restrittiva’, secondo il mio modo di intenderli, invero non sono tali da poterli considerare come probanti.

Vediamo anzitutto il § 91 dell’orazione di Eschine *contra Timarchum*¹⁵⁶:

Τίς γὰρ ἢ τῶν λωποδυτῶν ἢ τῶν κλεπτῶν ἢ τῶν μοιχῶν ἢ τῶν ἀνδροφόνων, ἢ τῶν τὰ μέγιστα μὲν ἀδικούντων, λάθρα δὲ τοῦτο πραττόντων, δώσει δίκην; καὶ γὰρ τούτων οἱ μὲν ἐπ’ αὐτοφώρῳ ἄλόντες, ἐὰν ὁμολογῶσι, παραχρήμα θανάτῳ ζημιοῦνται, οἱ δὲ λαθόντες καὶ ἕξαρνοι γενόμενοι κρίνονται ἐν τοῖς δικαστηρίοις, εὐρίσκεται δὲ ἡ ἀλήθεια ἐκ τῶν εἰκότων.

Se da un lato è innegabile che nel testo sia radicale la contrapposizione tra coloro che agiscono λάθρα e quelli che invece sono ἐπ’αὐτοφώρῳ ἄλόντες, l’oratore – a mio modo di vedere – intende l’antitesi esclusivamente in termini di ‘rilievo processuale’ (ossia in termini probatori e, subordinatamente, di possibile condanna), senza indicare elementi ‘sostanziali’ o ‘fattuali’ che risultino utili onde determinare compiutamente la sfera semantica di ἐπ’αὐτοφώρῳ: Eschine, in altre parole, si limita a considerare come nel caso in cui l’illecito sia

¹⁵⁵ E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 179.

¹⁵⁶ Sull’orazione in generale e su aspetti specifici v. G. OLDING, *Myth and Writing in Aeschines’ Against Timarchus*, in C. COOPER (ed.), *Politics of Orality*, Leiden, 2007, 155 ss.; S. LAPE, *The psychology of prostitution in Aeschines’ speech against Timarchus*, in C.A. FARAONE - L.K. MCCLURE (ed.) *Prostitutes & courtesans in the ancient world*, Madison, 2006, 139 ss.; N.R.E. FISHER, *Aeschines: Against Timarchos*, Oxford, 2001; ID., *Body-abuse: The rhetoric of hybris in Aeschines’ Against Timarchos*, in J.-M. BERTRAND (ed.) *La violence dans les mondes grec et romain (Actes du colloque international, Paris. 2-4 mai 2002)*, Paris, 2005, 67 ss.; E.M. HARRIS, *The date of the trial of Timarchus*, in *Hermes*, CXIII, 1985, 376-380 (importanti considerazioni anche in E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel modo antico*, Roma, 1987, *passim*; EAD., *Itaca*, cit., 54 ss.). Sul passo, v. M.H. HANSEN, *‘Apagoge’*, cit., 47 (propenso a ritenere sia gli omicidi che i cd. adulteri quali *kakourgoi*); *contra* v. M. GAGARIN, *The Prosecution of Homicide in Athens*, in *GRBS*, XX, 1979, 320, nt. 60 (che non ritiene decisivo il passo).

commesso in assenza di testimoni (λάθρα), l'unico modo per ottenere la condanna del soggetto attivo sia quello di acclarare processualmente la condotta di quest'ultimo a mezzo di prove indiziarie, laddove la ζημία di morte è immediata conseguenza della 'sorpresa' ἐπ'αὐτοφώρῳ del κακοῦργος (conducibile agli undici) e della sua ὁμολογία dinanzi ai magistrati, ovvero del cd. adultero (che non è un κακοῦργος), appunto uccidibile legittimamente se colto in flagrante (seppur non 'ἐπὶ', ma solo 'κατὰ') all'interno dell'οἶκος della donna, a seguito di confessione. Vero è, dunque, come si è affermato che, in tale evenienza (il logografo, infatti, riferisce il caso unitario di un soggetto che sia colto ἐπ'αὐτοφώρῳ sia confessò), «le circostanze della ... cattura sono tali da rendere superflua una ricostruzione giudiziale dei fatti»¹⁵⁷, ma altrettanto vero è che nulla il passo dice in merito agli elementi, per diritto attico, bastevoli per l'obliterazione delle ordinarie prassi di conduzione in giudizio, di prova e di condanna (ossia se fosse necessario, ad esempio per approdare ad una diretta esecuzione capitale – addirittura senza alcuna formale conduzione ai magistrati – di un μοιχός, cogliere il delinquente nell'atto di consumazione ovvero semplicemente 'con le mani nel sacco', anche in un luogo e in un tempo diversi dal *locus et tempus commissi delicti*)¹⁵⁸.

Anche i seguenti *loci* dell'orazione lisiaca *contra Agoratum* (§§ 85-87) non mi paiono, invero, invocabili quali incontrovertibili appigli testuali a sostegno della interpretazione restrittiva della locuzione ἐπ'αὐτοφώρῳ¹⁵⁹:

¹⁵⁷ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 102. V., sul punto, D. COHEN, *Theft*, cit., 56 avverso l'impostazione di M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 48, 41, 52 che, in una delle sue frequenti contraddizioni interne, prima reputa l'orazione in oggetto quale espressione sintomatica del più antico e ristretto significato di ἐπ'αὐτοφώρῳ, poi che tale espressione «is now no longer a condition for the arrest of the offender but only for his instant execution without trial» e che «there is no longer any clear connection between the theft itself and the apprehension of the thief».

¹⁵⁸ Ovviamente mi riferisco al passo in sé e per sé considerato, in quanto ben si sa che il cd. adultero doveva esser trovato 'coi genitali nei genitali' e in casa del soggetto passivo dell'illecito (cfr. Luc. *eun.* 10, nonché l'orazione di Lisia scritta, per la morte di Eratostene, in difesa di Eufileto) per poter essere sommariamente ucciso sul posto, e che la confessione dell'agente, seppur non in tale condizione, valeva a colmare la lacuna: cfr., sul punto, E. CANTARELLA, *Gender, Sexuality and Law*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *Ancient Greek Law*, cit., 240 s.

¹⁵⁹ Già nel pieno del secolo diciannovesimo, mi pare giusto ricordare che si era occupato dell'orazione lisiaca nei suoi aspetti più squisitamente processuali R. RACHENSTEIN, *Über die 'apagoge' in der Rede des Lysias gegen den Agoratos*, in *Philologus*, V, 1850, 513 ss.

Ἄκούω δ' αὐτὸν καὶ <τούτω> δισχυρίζεσθαι, ὅτι ἐπ' αὐτοφώρῳ τῇ ἀπαγωγῇ ἐπιγέγραπται, πάντων ἐγὼ οἶμαι εὐηθέστατα: ὡς εἰ μὲν τὸ ἐπ' αὐτοφώρῳ μὴ προσεγέγραπτο, ἔνοχος <ἄν> ὢν τῇ ἀπαγωγῇ διότι δὲ τοῦτο προσεγέγραπται, [ἔνοχος ὢν] ῥαστώνην τινὰ οἶεται αὐτῷ εἶναι. τοῦτο δὲ οὐδὲν ἄλλ' ὡς ἔοικεν ἢ ὁμολογεῖν ἀποκτεῖναι, μὴ αὐτοφώρῳ δέ, καὶ περὶ τούτου δισχυρίζεσθαι, ὥσπερ, εἰ μὴ ἐπ' αὐτοφώρῳ μὲν, ἀπέκτεινε δέ, τούτου ἕνεκα δέον αὐτὸν σφάζεσθαι. δοκοῦσι δ' ἔμοιγε οἱ ἔνδεκα οἱ παραδεξάμενοι τὴν ἀπαγωγὴν αὐτήν, <οὐκ> οἰόμενοι Ἄγοράτῳ συμπράττειν ποτ' ἂν δισχυριζομένῳ, σφόδρα ὀρθῶς ποιῆσαι Διονύσιον τὴν ἀπαγωγὴν ἀπάγοντ' ἀναγκάζοντες προσγράψασθαι τό γε ἐπ' αὐτοφώρῳ ἢ οὐκ ἂν εἴη <ὄς> πρῶτον μὲν ἐναντίον πεντακοσίων [ἐν τῇ βουλῇ], εἶτα πάλιν ἐναντίον Ἀθηναίων ἀπάντων [ἐν τῷ δήμῳ] ἀπογράψας τινὰς ἀποκτείνειε [καὶ αἴτιος γένοιτο τοῦ θανάτου]; οὐ γὰρ δήπου τοῦτο μόνον οἶει τὸ ἐπ' αὐτοφώρῳ, ἐάν τις ξύλῳ ἢ μαχαίρᾳ πατάξας καταβάλῃ, ἐπεὶ ἔκ γε τοῦ σοῦ λόγου οὐδεὶς φανήσεται ἀποκτείνας τοὺς ἄνδρας οὐς σὺ ἀπέγραψας: οὔτε γὰρ ἐπάταξεν αὐτοὺς οὐδεὶς οὔτ' ἀπέσφαξεν, ἀλλὰ ἀναγκασθέντες ὑπὸ τῆς σῆς ἀπογραφῆς ἀπέθανον. οὐκ οἶν <ὄ> αἴτιος τοῦ θανάτου, οὗτος ἐπ' αὐτοφώρῳ ἐστὶ; τίς οἶν ἄλλος αἴτιος ἢ σὺ ἀπογράψας; ὥστε πῶς οὐκ ἐπ' αὐτοφώρῳ σὺ εἰ ὁ ἀποκτείνας;¹⁶⁰

Ora, nessuno vuole negare che l'artificio retorico faccia da padrone nelle testé citate parole di Lisia, né che il ragionamento sia contraddistinto dall'impiego dell'entimema¹⁶¹, né che la richiesta degli Undici – di inserire esplicitamente nella denuncia un riferimento alla 'flagranza' – sia sintomatica della necessità di sorprendere ἐπ'αὐτοφώρῳ il delinquente (o almeno del formale ossequio al rispetto dell'arresto privato esclusivamente in caso di 'flagranza' di 'reato')

¹⁶⁰ Agorato era stato accusato di aver cagionato a mezzo delle sue delazioni la morte di numerosi ateniesi, oppositori del regime dei Trenta. Dionisio, oramai trascorsi diversi anni dai fatti, trascinò dinanzi agli Undici Agorato stesso per omicidio, ma mancando la sua denuncia di qualsivoglia riferimento testuale alla scoperta ἐπ'αὐτοφώρῳ venne richiesto dai magistrati di inserire nel testo di denuncia siffatto riferimento (requisito formale e sostanziale per l'attivazione della procedura straordinaria e direttissima). E. VOLONAKI, *Ἀπαγωγή*, cit., 160 ss., reputa il caso un esempio di ἀπαγωγή «against a suspect of homicide who was going around in the holy places and *agora*»: ma non ho rinvenuto elementi testuali a suffragio di tale tesi.

¹⁶¹ Cfr., sul punto, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 104 s. e nt 151.

onde poter trascinare quest'ultimo, di diritto, dinanzi al suddetto collegio magistratuale; ma, invero, negare che qui – seppur entro gli sforzi retorici perseguiti dal logografo (che tenta di ben fondare le, peraltro deboli o comunque vane¹⁶², ragioni del proprio assistito Dionisio) – detta locuzione trascenda (e di gran misura) il presunto significato 'stretto', mi pare forzare oltremodo il dettato del testo. Lisia, anzitutto, taccia di assurdità l'argomentazione di Agorato (che fonda per l'appunto la sua linea difensiva sulla voluta inserzione delle parole ἐπ'αὐτοφώρῳ nell'atto di denuncia e sul dissidio della non corrispondenza tra 'forma' e 'sostanza'), e rimarca come il ragionamento dell'accusato altro non sia, invero, che una ammissione di colpevolezza: sarebbe lo stesso Agorato a sostenere, in pratica – ovviamente stando sempre al λόγος di Lisia – di aver commesso gli omicidi imputati, pur negando di essere stato colto, come risulterebbe dalla parole della 'προσγραφή', ἐπ'αὐτοφώρῳ. Nondimeno, la richiesta 'formalistica' degli Undici (che, appunto, hanno ordinato a Dionisio l'integrazione *de qua*: ἀναγκάζοντες προσγράψασθαι τό γε ἐπ' αὐτοφώρῳ) – continua l'oratore – non va biasimata neppure sul piano 'sostanziale': Agorato, prima dinanzi ai Cinquecento, poi dinanzi all'intero popolo ateniese, ha mandato a morte dei cittadini innocenti con la sua ἀπογραφῆ. Quindi, rivolgendosi direttamente all'accusato, prosegue nei seguenti termini: οὐ γὰρ δήπου τοῦτο μόνον οἶει τὸ ἐπ' αὐτοφώρῳ, εἴαν τις ξύλῳ ἢ μαχαίρᾳ πατάξας καταβάλλῃ, ἐπεὶ ἔκ γε τοῦ σοῦ λόγου οὐδεὶς φανήσεται ἀποκτείνας τοὺς ἄνδρας οὐδὲ σὺν ἀπέγραψας (come si può pensare che l'espressione ἐπ'αὐτοφώρῳ faccia riferimento esclusivo a chi ha intatto qualcuno con un bastone o con una spada, e non pure a chi mediante denunce ha provocato la morte di uomini?).

Se non altro, l'impiego (certamente partigiano), in tale occasione, della locuzione ci testimonia la – forse ardita, forse comune – interpretazione lisiaca in un senso che potremmo rendere, qui, con 'oltre ogni ragionevole dubbio'; o, comunque, ci rende edotti di una possibile polisemia del sintagma¹⁶³, nel senso che l'espressione (in quanto priva di

¹⁶² In merito all'amnistia dell'anno 403, descritta in Arist. *resp. Ath.* 39.5 (di cui Agorato, in quanto non 'omicida di propria mano', poteva godere), imprescindibile la lettura di P. CLOCHÉ, *La restauration démocratique à Athènes en 403 avant J.-C.*, Paris, 1915, 251 ss.

¹⁶³ V., a riguardo, le puntualizzazioni di E.M. HARRIS, *In the act*, cit., 180, il quale, memore di H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 120 ss., con riferimento all'equazione ἐπ'αὐτοφώρῳ/*manifestus*, ben sottolinea come «although the basic

una puntuale definizione legale), nella sua duttilità, per utilitaristiche ‘ragioni di parte’, l’accusa – come nel caso di specie – tendeva a dilatare (sovente anche in modo smisurato), laddove la difesa aveva interesse a intendere nel modo più rigoroso e letterale possibile. Insomma, anche Lisia ci testimonia come ad Atene valesse – in negativo – l’adagio medievale *in claris non fit interpretatio*.

Di poi, non mi pare corretto intendere la proposizione concessiva ‘ἐξὸν ἐπ’αὐτοφώρῳ ἐλέγξαι’ contenuta nel § 42 del discorso areopagitico per l’olivo sacro, come fa il Cohen, come «being taken ἐπ’αὐτοφώρῳ»¹⁶⁴, ovvero renderla con la Pepe con «benché gli fosse possibile cogliermi ἐπ’αὐτοφώρῳ»¹⁶⁵, giacché il verbo impiegato è ἐλέγχειν (e non λαμβάνειν o ἀλίσκεσθαι): verbo che – dato il contesto – ha da rendersi con ‘provare’ e/o ‘dimostrare’, e non con ‘sorprendere’ e/o ‘catturare’¹⁶⁶. Ne consegue, secondo la mia interpretazione, che Lisia nel passo in oggetto, altro non vuole fare che contrapporre le ‘potenzialità’ (non attualizzate dall’accusatore) alle ‘concrete modalità’ di svolgimento del processo. Da un lato, cioè, il logografo pone la presenza di testimoni in grado, già da subito e senza alcun differimento temporale, di professare in giudizio gli stessi fatti integranti gli estremi oggettivi della commessa empietà (ἄσεβεια consistente, come è risaputo, nello sradicamento di un ceppo d’olivo sacro¹⁶⁷), dall’altro, l’instaurazione del processo molto tempo dopo gli eventi

idea expressed by each term was essentially well understood by those who used them, some debate might inevitably arise about how to apply them in particular circumstances», di modo che «these were ‘hard cases’, where some might argue that the evidence was incontrovertible and clear, yet others might disagree». Fondamentale, in argomento, E.M. HARRIS, *Open Texture in Athenian Law*, in *Dike*, III, 2000, 27 ss.

¹⁶⁴ D. COHEN, *Theft*, cit., 55. V. sull’orazione in parola E. HEITSCH, *Recht und Taktik in der 7. Rede des Lysias. Ein Beitrag zur griechischen Rechtsgeschichte*, in *MH*, XVIII, 1961, 204 ss.

¹⁶⁵ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 104.

¹⁶⁶ Cfr., altresì, in merito al collegamento tra il verbo ἐλέγγω e il suo sinonimo δείκνυμι i seguenti passi: Aeschin. 2.87-88: Aeschin. 3.9-10 (dove si può apprezzare l’impiego di ἐπ’αὐτοφώρῳ nel senso di ‘oltre ogni ragionevole dubbio’); Dem. 19.121-123 (parimenti adducibile per l’ampia sfera semantica del sintagma in questione: cfr. sulla debolezza dell’accusa di Demostene contro Eschine, E.M. HARRIS, *Aeschines and Athenian Politics in the Age of Philip II*, Oxford, 1994, *passim*); Dem. 19.293; Dem. 23.157; Dem. 39.35-26; Lys. 13.29-30. V., inoltre, Dem. 45.81 (su cui le perspicue note di E.M. HARRIS, *In the act*, cit., 179) per una ulteriore testimonianza dell’impiego flessibile di ἐπ’αὐτοφώρῳ.

¹⁶⁷ Cfr. Arist. *resp. Ath.* 60.2; Lys. 7.42; Apollod. 3.14.1; Dem. 43.70.

in questione e il supporto della linea accusatoria attraverso soli espedienti retorici¹⁶⁸:

Ἄλλὰ γάρ, ὦ βουλή, ταῦτα μὲν ἐνθάδε οὐκ οἶδ' ὅ τι δεῖ λέγειν ἀπέδειξα δ' ὑμῖν ὡς οὐκ ἐνήν σηκὸς ἐν τῷ χωρίῳ, καὶ μάρτυρας παρεσχόμεν καὶ τεκμήρια. ἃ χρὴ μεμνημένους διαγιγνώσκειν περὶ τοῦ πράγματος, καὶ ἀξιούν παρὰ τούτου πυθέσθαι ὅτου ἕνεκα, ἐξὸν ἐπ' αὐτοφώρῳ ἐλέγξαι, τοσοῦτω χρόνῳ ὕστερον εἰς τοσοῦτόν με κατέστησεν ἀγῶνα, καὶ μάρτυρα οὐδένα παρασχόμενος ἐκ τῶν λόγων ζητεῖ πιστὸς γενέσθαι, ἐξὸν αὐτοῖς τοῖς ἔργοις ἀδικοῦντα ἀποδείξαι, καὶ ἐμοῦ ἅπαντας διδόντος τοὺς θεράποντας, οὓς φησι παραγενέσθαι, παραλαβεῖν οὐκ ἤθελεν.

Nel passo or ora riprodotto, in definitiva, mi pare che il verbo 'ἐλέγξαι' in una con la locuzione 'ἐπ'αὐτοφώρῳ' sia da intendere nell'accezione di 'provare che un dato evento è conseguenza certa o altamente probabile di una determinata condotta'.

Del pari, non mi sembra «inequivocabile»¹⁶⁹ la testimonianza, sempre lisiaca, della celebre orazione scritta per l'uccisione di Eratostene (§ 21)¹⁷⁰. Incontrovertibile, certamente, è il dato secondo cui – stando alla *contra Aristocratem* (Dem. 23.53)¹⁷¹ e a Luc. *eun.* 10¹⁷² –, è da considerarsi legittimo (δίκαιος) l'omicidio (φόνος) posto in essere da colui che coglie il μοιχὸς¹⁷³ ἢ ἐπὶ δάμαρτι ἢ ἐπὶ μητρὶ ἢ ἐπ' ἀδελ-

¹⁶⁸ Sulla retorica lisiaca v. J.J. BATEMAN, *Some Aspects of Lysias' Argumentation*, in *Phoenix*, XVI, 1962, 157 ss.; Id., *Lysias and the law*, in *TAPA*, LXXXIX, 1958, 276 ss.

¹⁶⁹ Così, categoricamente, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 107.

¹⁷⁰ Con specifico riguardo all'orazione in oggetto, cfr., da ultimo, J.R. PORTER, *Adultery by the book: Lysias I (On the murder of Eratosthenes) and Comic diegesis*, in E.M. CARAWAN (ed.), *The Attic Orators*, 2007, Oxford, 60 ss.

¹⁷¹ Dem. 23.54: ἐάν τις ἀποκτείνῃ ἐν ἄθλοισι ἄκων, ἢ ἐν ὁδῷ καθελῶν ἢ ἐν πολέμῳ ἀγνοήσας, ἢ ἐπὶ δάμαρτι ἢ ἐπὶ μητρὶ ἢ ἐπ' ἀδελφῇ ἢ ἐπὶ θυγατρὶ, ἢ ἐπὶ παλακῇ ἢ ἐν ἄν ἐπ' ἐλευθέροις παισὶν ἔχη, τούτων ἕνεκα μὴ φεύγειν κτείναντα.

¹⁷² Luc. *eun.* 10: ἐν τούτῳ τρίτος ἄλλος παρεστὼς τὸ δὲ ὄνομα ἐν ἀφανεῖ κείσθω. Καὶ μὴν, ἔφη, ὦ ἄνδρες δικασταί, οὐτοσί ὁ τὰς γνάθους λείος καὶ τὸ φώνημα γυναικεῖος καὶ τὰ ἄλλα εὐνούχῳ εἰκῶς εἰ ἀποδύσαιτο, πάνυ ἀνδρείος ὑμῖν φανεῖται· εἰ δὲ μὴ ψεύδονται οἱ περὶ αὐτοῦ λέγοντες, καὶ μοιχὸς ἐάλω ποτέ, ὡς ὁ ἄξων φησίν, ἄρθρα ἐν ἄρθροις ἔχων. ἀλλὰ τότε μὲν ἐς τὸν εὐνούχον ἀναφυγῶν καὶ τοῦτο κρησφύγετον εὐρόμενος ἀφείθη, ἀπιστησάντων τῇ κατηγορίᾳ τῶν τότε δικαστῶν ἀπὸ γε τῆς φανεράς ὕψεως· νῦν δὲ κἄν παλινωδησαί μοι δοκεῖ τοῦ προκειμένου μισθοῦ ἕνεκα.

¹⁷³ E. BALOGH, *Some Notes on Adultery and the Epikleros according to Ancient Athe-*

φῆ ἢ ἐπὶ θυγατρί, ἢ ἐπὶ παλλακῆ ἦν ἂν ἐπ' ἐλευθέρους παισὶν ἔχη (ossia, più esplicitamente, ἄρθρα ἐν ἄρθροις ἔχων), purché l'atto sia compiuto all'interno dell'οἶκος di appartenenza della donna, di modo che la μοιχεῖα venga aggravata dalla violazione di domicilio¹⁷⁴ (e si badi che, nei due testé citati passi, il semplice sintagma ἐπ' ἀντοφώρω, nella sua duttilità, non ricorre, ma si impiegano espressioni ben più puntuali, se non immaginifiche). E parimenti incontrovertibili sono i seguenti fatti: 1) che – come si apprende dal prosieguito dello scritto di Lisia – Eufileto, accusato di omicidio dai parenti di Eratostene, trovava quest'ultimo solamente 'κατακείμενος' accanto (e non 'ἐπὶ') alla propria moglie; 2) che Eratostene confessava, poco tempo prima di essere ucciso dallo stesso Eufileto, l'avvenuto rapporto sessuale e che la ὁμολογία del μοιχὸς era equiparabile al suo 'κατακείσθαι ἐπὶ' (Lys. 1.29: οὐκ ἡμφεσβήτει, ὦ ἄνδρες, ἀλλ' ὁμολόγει ἀδικεῖν, καὶ ὅπως μὲν μὴ ἀποθάνῃ ἠντεβόλει καὶ ἰκέτευεν, ἀποτίνειν δ' ἔτοιμος ἦν χρήμα); 3) che alcuni testimoni entravano nella stanza solo quando l'allora 'quasi-flagrante' μοιχὸς¹⁷⁵ si trovava, nudo, ai piedi del letto¹⁷⁶.

Nel caso della μοιχεῖα, i presupposti per l'esclusione dalla contaminazione dell'eventuale φόνος sono tassativamente e precisamente individuabili (Dem. 23.53; Luc. *eun.* 10; Lys. 1.29). Atteso tutto ciò, non mi pare che corrisponda pienamente a vero quanto scrive Laura Pepe a commento del passo in esame (§ 21): ovverosia che Eufileto

nian Law, in *Studi in memoria di E. Albertario II*, Milano, 1953, 683 ss.; E. CANTARELLA, 'Moicheia'. *Reconsidering a problem*, in *Symposion 1987*, Köln - Wien, 1990, 289 ss.; C. CAREY, *Rape and Adultery in Athenian Law*, in *CQ*, XLV, 1995, 407 ss.; D. COHEN, *The Social Context of Adultery at Athens*, in P. CARLLEDGE - P. MILLETT - S. TODD (ed.), 'Nomos', cit., 147 ss.; ID., *A note on Aristophanes and the punishment of adultery in Athenian law*, in *ZSS*, CII, 1985, 385 ss.; ID., *The Athenian Law of Adultery*, in *RIDA*, XXXI, 1984, 147 ss.; E.M. HARRIS, *Did the Athenians regard Seduction as a Worse Crime than Rape?*, in *CQ*, XL, 1990, 370 ss.; K. KAPPARIS, *Humiliating the Adulterer: the Law and the Practice in Classical Athens*, in *RIDA*, XLIII, 1996, 63 ss.; U.E. PAOLI, *Il reato di adulterio (moicheia) in diritto attico*, in *SDHI*, XVI, 1950, 123 ss.; W. SCHMITZ, *Der 'nomos moicheias' - Das athenische Gesetz über den Ehebruch*, in *ZSS*, CXIV, 1997, 45 ss.

¹⁷⁴ Cfr. E. CANTARELLA, 'Moicheia', cit., 407 ss.; EAD., *Diritto greco*, cit., 244 ss.; EAD., *Gender*, cit., 241. Alla traduzione 'next to' del greco ἐπὶ seguito dal caso dativo, preferisco quella 'on top', per cui cfr. E.M. HARRIS, *Did the Athenians regard Seduction as a Worse Crime than Rape?*, cit., 370 ss.

¹⁷⁵ Come già più volte ho avuto modo di ricordare, secondo U.E. PAOLI, *Il reato di adulterio*, cit., 145 – seguito da E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio*, cit., 143 ss. – il reo quasi flagrante e confesso era da equiparare a un reo colto in flagranza piena.

¹⁷⁶ Lys. 1.24.

rammenti ai giudici di aver chiesto alla schiava, complice della moglie, di sorprendere quest'ultima e il suo amante ἐπ'αὐτοφώρῳ, ossia 'durante il coito'¹⁷⁷. Il testo in oggetto (§§ 19-21) corre – a mio modo di vedere – in altro modo:

ψεύση δὲ μηδέν, ἀλλὰ πάντα τᾶληθῆ λέγε. καὶ κείνη τὸ μὲν πρῶτον ἔξαρνος ἦν, καὶ ποιεῖν ἐκέλευεν ὅ τι βούλομαι· οὐδὲν γὰρ εἰδέναι· ἐπειδὴ δὲ ἐγὼ ἐμνήσθην Ἐρατοσθένους πρὸς αὐτήν, καὶ εἶπον ὅτι οὗτος ὁ φοιτῶν εἶη πρὸς τὴν γυναῖκα, ἐξεπλάγη ἡγησαμένη με πάντα ἀκριβῶς ἐγνωκέναι. καὶ τότε ἤδη πρὸς τὰ γόνατά μου πεσοῦσα, καὶ πίστιν παρ' ἐμοῦ λαβοῦσα μηδὲν πείσεσθαι κακόν, κατηγορεῖ πρῶτον μὲν ὡς μετὰ τὴν ἐκφορὰν αὐτῇ προσίοι, ἔπειτα ὡς αὐτῇ τελευτῶσα εἰσαγγείλειε καὶ ὡς ἐκείνη τῷ χρόνῳ πεισθείη, καὶ τὰς εἰσόδους οἷς τρόποις προσιεῖτο, καὶ ὡς Θεσμοφορίοις ἐμοῦ ἐν ἀγρῷ ὄντος ὄχετο εἰς τὸ ἱερὸν μετὰ τῆς μητρὸς τῆς ἐκείνου· καὶ τᾶλλα τὰ γενόμενα πάντα ἀκριβῶς διηγῆσατο. ἐπειδὴ δὲ πάντα εἶρητο αὐτῇ, εἶπον ἐγὼ, ὅπως τοίνυν ταῦτα μηδεὶς ἀνθρώπων πεύσεται· εἰ δὲ μή, οὐδὲν σοι κύριον ἔσται τῶν πρὸς ἔμ' ὠμολογημένων. ἀξιῶ δὲ σε ἐπ' αὐτοφώρῳ ταῦτά μοι ἐπιδειξαι· ἐγὼ γὰρ οὐδὲν δέομαι λόγων, ἀλλὰ τὸ ἔργον φανερὸν γενέσθαι, εἴπερ οὕτως ἔχει. ὠμολόγει ταῦτα ποιήσειν.

Eufiletò, infatti, ottenute dalla schiava menzionata informazioni sul rapporto clandestino di sua moglie, chiede alla delatrice di non mentirgli, e di 'dimostrargli oltre ogni ragionevole dubbio che il fatto era avvenuto' (ἀξιῶ δὲ σε ἐπ' αὐτοφώρῳ ταῦτά μοι ἐπιδειξαι); non le chiede, cioè, di 'sorprendere' l'adultera durante il coito con l'amante. Ad Eufiletò – come ci informa Lisia – pare sufficiente ciò: che la schiava gli fornisca le prove del fatto che τὸ ἔργον φανερὸν γενέσθαι¹⁷⁸, in quanto, egli dice, 'ἐγὼ γὰρ οὐδὲν δέομαι λόγων'. Ora, se non erro, una cosa è il provare (ἐπιδειξαι), non solo accampando parole (λόγω), ma ἐπ'αὐτοφώρῳ, la veridicità della relazione adulterina (e tale prova sarebbe stata pienamente attesa dalla schiava, mostrando ad Eufiletò vuoi Eratostene 'ἄρθρα ἐν ἄρθροις ἔχων', vuoi, come poi fu, Eratostene 'κατακείμενος παρὰ τῆς γυναίκης'), un'altra è l'integrarsi delle condizioni per la giustificazione

¹⁷⁷ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 107.

¹⁷⁸ V., sul punto, seppur laconicamente, E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 179.

dell'omicidio (e tali condizioni si sarebbero verificate unicamente con il ritrovamento del μοιχὸς violatore di domicilio ἐπὶ δάμαρτι, ovvero con la sua confessione, se ritrovato solo παρὰ τῆ γυναικί).

Parimenti, non credo che il Cohen¹⁷⁹ – seguito dalla Pepe¹⁸⁰ – intenda correttamente il seguente passo tratto dai *Memorabilia* di Senofonte (1.2.62-63), entro la descrizione della personalità coerente e altruistica di Socrate:

ἔμοι μὲν δὴ Σωκράτης τοιοῦτος ὢν ἐδόκει τιμῆς ἄξιος εἶναι τῆ πόλει μᾶλλον ἢ θανάτου. καὶ κατὰ τοὺς νόμους δὲ σκοπῶν ἄν τις τοῦθ' εὖροι. κατὰ γὰρ τοὺς νόμους, ἔάν τις φανερός γένηται κλέπτων ἢ λωποδυτῶν ἢ βαλλαντιοτομῶν ἢ τοιχωρυχῶν ἢ ἀνδραποδιζόμενος ἢ ἱεροσυλῶν, τούτοις θάνατός ἐστιν ἢ ζημία· ὢν ἐκεῖνος πάντων ἀνθρώπων πλεῖστον ἀπειχεν.

Qui, infatti, la protasi dell'eventualità 'ἔάν τις φανερός γένηται' seguita dai participi presenti in funzione cd. complementare o predicativa (κλέπτων ἢ λωποδυτῶν ἢ βαλλαντιοτομῶν ἢ τοιχωρυχῶν ἢ ἀνδραποδιζόμενος ἢ ἱεροσυλῶν), non significa affatto «qualora qualcuno sia colto nell'atto (di rubare, rapinare, sottrarre mantelli, schiavizzare, commettere sacrilegio)»¹⁸¹, ma semplicemente, a mio modo di intendere, 'qualora qualcuno risulti essere – *scilicet* al tribunale eliastico – responsabile di furto generico, sottrazione di mantelli, furto con scasso, assoggettamento in schiavitù, sacrilegio'¹⁸².

Anche quanto all'orazione di Isocrate contro Callimaco, ἐπ' αὐτοφώρῳ non può essere inteso *stricto sensu*: Cratino, infatti, viene accusato da Callimaco e dal suo κηδεστής del mortale ferimento di una schiava (ἠτιῶντο τὸν Κρατῖνον συντρῖψαι τῆς κεφαλῆς αὐτῆς ἐκ δὲ τοῦ τραύματος φάσκοντες ἀποθανεῖν τὴν ἀνθρώπον λαγχάνουσι αὐτῷ φόνου δίκην ἐπὶ Παλλαδίῳ), laddove tale θεράπεινα – in re-

¹⁷⁹ D. COHEN, *Theft*, cit., 56, 58 s.

¹⁸⁰ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 107 s., nt. 157.

¹⁸¹ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 107 s., nt. 157.

¹⁸² Pare a me che sia il Cohen che la Pepe, così facendo, attribuiscono valore congiunto o appositivo ai participi in oggetto: vero è invece che il verbo φαίνομαι di cui è forma sinonimica φανερός εἰμί (che presenta i medesimi costrutti sintattici) è attestato con il participio verbale predicativo nel senso di 'sono evidente', laddove con l'infinito avrebbe il senso di 'sembro': cfr. la pregevole disamina comparatistica di M. PASQUALE, *'Bilichnis'. Sintassi greca e latina*, II, Bari, 1988, 293.

altà – è ancora viva e tenuta nascosta in una casa (ὕποκρυψάμενοι θεράπειαν); l'accusato, quindi, intende dimostrare 'finanche oltre la soglia di un normale coefficiente di probabilità e verisimiglianza', anzi 'secondo un criterio di certezza assoluta' (ἐπ' αὐτοφώρῳ ληφθεῖεν κακουργοῦντες), sia la infondatezza del processo intentato – dolosamente – nei suoi confronti, sia la falsità della testimonianza resa sotto giuramento dallo stesso Callimaco¹⁸³.

Passando ad Esichio, il lessicografo – se si segue l'interpretazione delle voci ἐπ' αὐτοφώρῳ e ἐπ' αὐτοφάνεσι data dalla Pepe¹⁸⁴ – impiegherebbe contestualmente il sostantivo κλέμμα (meglio siffatto sostantivo e il pronome αὐτό) in un duplice senso, prima come *nomen actionis*, 'atto del rubare', poi, a distanza di solo tre parole, nel senso materiale di 'refurtiva': il che, seppur non impossibile, mi pare un po' difficile da sostenere. Meglio intendere, quindi, il pensiero di Esichio (nello specifico contesto della voce lessicale, contraddistinta, nella enumerazione delle ipotesi di flagranza, sia da un *climax* discendente sia da una dicotomia formale a mezzo della disgiuntiva 'ἢ' che diversifica – pertanto – 'ὁ φανερώς καταληφθεῖς, ὑπεύθυνος γενόμενος' da 'ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι εὑρεθείς') come analogo a quello, per vero complesso e non univoco, dei giuristi romani in tema di *deprehensio* del ladro *cum re furtiva*¹⁸⁵ ed intendere, da un lato, κλέμμα, in senso materiale (come suggerisce il verbo κατέχειν e il pronome neutro αὐτό), dall'altro, la preposizione ἐπί, reggente il

¹⁸³ Isocr. 2.51-53: ἡβουλόμην δ' ἂν ὑμᾶς ὁμοίως ἔμοι γινώσκων αὐτὸν, ἴν' αὐτῷ μὴ τῶν ἀπολωλότων συνήχθεσθε ἀλλὰ τῶν ὑπολοίπων ἐφθονεῖτε. Νῦν δὲ περὶ μὲν τῶν ἄλλων ὅσοις ἐπιβεβούλευκε, καὶ δίκας οἷας δεδικασται καὶ γραφὰς <ᾶς> εἰσελήλυθε, καὶ μεθ' ὧν συνέστηκε καὶ καθ' ὧν τὰ ψευδῆ μεμαρτύρηκεν, οὐδ' ἂν δις τοσοῦτον ὕδωρ ἱκανὸν διηγῆσασθαι γένοιτο· ἔν δὲ μόνον ἀκούσαντες τῶν τούτῳ πεπραγμένων ραδίως καὶ τὴν ἄλλην αὐτοῦ πονηρίαν γνώσεσθε. Κρατῖνος γὰρ ἡμφισβήτησε χωρίου τῷ τούτου κηδεστή. Μάχης δ' αὐτοῖς γενομένης, ὑποκρυψάμενοι θεράπειαν ἠτιῶντο τὸν Κρατῖνον συντριῖσαι τῆς κεφαλῆς αὐτῆς, ἐκ δὲ τοῦ τραύματος φάσκοντες ἀποθανεῖν τὴν ἄνθρωπον λαγχάνουσιν αὐτῷ φόνου δίκην ἐπὶ Παλλὰδιῳ. Πυθόμενος δ' ὁ Κρατῖνος τὰς τούτων ἐπιβουλάς τὸν μὲν ἄλλον χρόνον ἡσυχίαν ἦγεν, ἵνα μὴ μεταθεῖντο τὸ πρᾶγμα μηδ' ἑτέρους λόγους ἐξευρίσκοιεν, ἀλλ' ἐπ' αὐτοφώρῳ ληφθεῖεν κακουργοῦντες· ἐπειδὴ δ' ὁ κηδεστής μὲν ἦν ὁ τούτου κατηγορηκῶς, οὗτος δὲ [ὁ] μεμαρτυρηκῶς ἢ μὴν τεθνάναι τὴν ἄνθρωπον, ἐλθόντες εἰς τὴν οἰκίαν, ἴν' ἦν κεκρυμμένη, βία λαβόντες αὐτὴν καὶ ἀγαγόντες ἐπὶ τὸ δικαστήριον ζώσαν ἅπασιν τοῖς παροῦσιν ἐπέδειξαν. Ὡσθ' ἑπτακοσίαν μὲν δικάζόντων, τετάρων δὲ καὶ δέκα μαρτυρησάντων ἅπερ οὗτος, οὐδεμίαν ψῆφον μετέλαβε.

¹⁸⁴ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 99 ss.

¹⁸⁵ Cfr., sul punto, *infra*, il § 6 del capitolo terzo del presente scritto.

dativo, come introduttiva di un complemento di unione, nel significato – altresì attestato in Thuc. 4.105.2 e in Alciphr. 1.3.3 – di ‘nel possesso di’:

Hesych. *lex.* voce ἐπ’ αὐτοφώρῳ· ἐπ’ αὐτόπτῳ· ἐπ’ ὄψει.

Hesych. *lex.* voce ἐπ’ αὐτοφανέσι· ἐπ’ αὐτοφώρῳ· Ἐπ’ αὐτοφώρῳ δὲ ὁ φανερώς καταληφθεὶς, ὑπεύθυνος γενόμενος, ἢ ἐπ’ αὐτῷ τῷ κλέμματι εὐρεθεὶς, ἔτι κατέχων αὐτό.

Una volta esaminati sistematicamente i principali passi che i sostenitori della nozione più ristretta di ‘flagranza’ adducono a supporto della loro tesi, e appurato che dette testimonianze o non sono pienamente decifrabili (in merito alla questione della ampiezza semantica della locuzione in esame) o paiono addirittura più confacenti alla posizione propensa ad attribuire una sfera concettuale più estesa ad ἐπ’ αὐτοφώρῳ, non resta che prendere in considerazione, da vicino, talune ulteriori prove testuali in cui parrebbe farsi riferimento, almeno *prima facie*, ad una flagranza *stricto sensu* intesa.

Anzitutto si possono annoverare quelle testimonianze traibili da *scholia* e, soprattutto, da *lexica* ove, pur nella assai elevata recenziolarità rispetto al periodo che ci occupa, è opinione condivisa siano trasfuse conoscenze basate su fonti ben più antiche¹⁸⁶. Si tratta di uno *scholium vetus* al verso 455 del Pluto di Aristofane (ove l’essere sorpreso ἐπ’ αὐτοφώρῳ viene equiparato all’essere colto – λαμβάνεσθαι, κρατεῖσθαι – proprio sul fatto – ἐπ’ αὐτῷ τῷ ἔργῳ –, all’evidenza nell’atto stesso di porre in essere l’atto delittuoso in parola: κλεψία, κλέμμα), e della voce ‘ἐπ’ αὐτοφώρῳ’ contenuta in Suda (che sembrerebbe spiegare la nostra controversa perifrasi sciogliendola in ‘dinanzi agli occhi’, ‘colto nell’atto stesso di rubare’), nonché dell’*Onomasticon* di Polluce (8.69, ove si contrappone colui che è riconosciuto responsabile in base a prove e/o indizi, a colui che è dimostrato essere il colpevole *ipso facto*, in quanto colto nell’atto della φωρὰ):

Schol. Arist. *Plut.* 455: ἐπ’ αὐτοφώρῳ εἰλημμένῳ Φανερώς, ἐπ’ αὐτῷ τῷ ἔργῳ κυρίως δὲ ἐπὶ τῶν κλεπτῶν τοῦτο λέγεται· φῶρ γὰρ ὁ

¹⁸⁶ Cfr., per tutti, A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 31.

κλέπτῃς. Θ. φανερώς ἐπ' αὐτῇ τῇ κλεψία κρατηθέντες. ἐπ' αὐτοφόρω· Ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι. εἰλημμένω· Κεκρατημένω. Ρ. κρατηθέντες.

Suida *lex.* voce ἐπ' αὐτόπτω· ἐπ' αὐτοφόρω. Ἐπ' αὐτοφόρω· ἐπ' ὀφθαλμοῖς, ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι ἄλους.

Poll. *onom.* 8.69: ἐπὶ μὲν οὖν τοῦ ἀντικρυς ἐλεγχθέντος εἰρήσεται ἐπ' αὐτῇ τῇ φωρᾷ, ἐπ' αὐτοφόρω, ἐλήφθη, κατεφωράθη· ἐπὶ δὲ τοῦ ὑποπτουθέντος, ἐξ ὑπονοίας, ἐξ ὑποψίας, εἰκότων, σημείων, τεκμηρίων, συμβόλων.

A tali passi (dei quali, invero, solo il primo e il terzo sono *in toto* non ambigui)¹⁸⁷ andrebbe aggiunto un verso (v. 218) del *Misoumenos* di Menandro – con tutte le cautele del caso, attesa la natura dell'opera da cui si ricava l'appiglio, nonché alla luce della descrizione fattuale dipinta dal commediografo¹⁸⁸ – in cui un soldato sorprende la fidanzata nell'atto di abbracciare un uomo, che egli reputa essere il μοιχός, ma che, invero, altri non è che il padre della ragazza stessa: non v'è da dubitare che qui il riferimento sia sì alla 'flagranza', ma non nella sua più materiale e stretta concezione, quale si evince – ad esempio – dalla lettura del già citato passo di Luciano (in cui, senza mezzi termini, si parla del μοιχός uccidibile come ἄρθρα ἐν ἄρθροις ἔχων'), bensì in una visione alquanto più edulcorata che si allontana, altresì, dai dettami inferibili dalla proposizione ἐπὶ impiegata nella legge riportata da Demostene nell'orazione *contra Aristocratem* al § 53¹⁸⁹.

Più significativi mi paiono, invece, due passi (§§ 3, 9) tratti dal λόγος *in nouercam* di Antifonte. Peraltro, non può mancarsi di rilevare come

¹⁸⁷ Sullo scolio ad Aristofane e sul lemma di Suda, cfr., altresì, E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 169 s., che intende le due voci come testimonianza di una nozione ampia di flagranza. Ora, attesa l'inconsistenza della critica mossa da L. PERE, *Ricerche*, cit., 98, nt. 137, secondo cui ἐπὶ non può significare 'con', vero è che nulla esclude che in Suda, 'ἐπὶ τῷ κλέμματι' sia complemento di unione (al pari del lemma di Esichio), laddove nello scolio a far propendere per una interpretazione di κλέμμα nel senso di 'atto' è l'impiego del sostantivo ἔργον, come, del resto, in Polluce, è φωρά (in una con la struttura antitetica della voce) a suggerire una nozione più ristretta di flagranza.

¹⁸⁸ L. PERE, *Ricerche*, cit., 110.

¹⁸⁹ Menand. *Mis.* 216-221: ἐξήλθεν ἔξω. παί, τί τοῦθ'; αὐτή τί σοι, / ἄνθρωπε; τί ποεῖς οὗτος; οὐκ ἐγὼ λέγον; / ἐπ' αὐτοφόρῳι τόνδε τὸν ζητούμενον / ἔχω. γέρων οὗτός γε πολλὸς φαίνεται, / ἐτών τις ἐξήκονθ', ὅμως δὲ κλαύσεται. / τίνα περιβάλλειν καὶ φιλεῖν οὗτος δοκεῖς;

dal limpido resoconto formulato dall'autore della *Tetralogia*, si evinca che l'espressione ἐπ'αὐτοφώρῳ non venga impiegata – almeno in tal contesto – per descrivere la flagranza della consumazione del veneficio, quindi con riguardo alla somministrazione della pozione al soggetto passivo (somministrazione che, nel caso di specie, peraltro, avviene per 'autore mediato', essendo somministrato il veleno a Filoneo da una schiava ingannata dalla matrigna φαρμακίς dell'accusatore¹⁹⁰); si fa riferimento, infatti, ad un momento dell'*iter criminis* pregresso rispetto a quello della venuta in essere dell'offesa in tutti i suoi estremi, ossia al momento della 'preparazione' (cioè della predisposizione dei mezzi e della ricerca delle occasioni per la perpetrazione dell'offesa) o, al più, della 'esecuzione' (quindi della realizzazione del progetto criminoso, attraverso la manifestazione della risoluzione criminosa all'esterno con atti esecutivi). L'accusata si dice esser stata colta più volte nell'atto di 'predisporre la morte del marito' (τὸν θάνατον τὸν ἐκείνου ἐπ' αὐτοφώρῳ μηχανωμένην), attraverso la preparazione di una pozione destinata non a filtro d'amore ma a mezzo di uccisione. Non, quindi, flagranza di omicidio consumato, bensì flagranza di 'atti idonei e diretti in modo non equivoco' a commettere l'omicidio¹⁹¹:

Antiph. 1.3: δέομαι δ' ὑμῶν, ὦ ἄνδρες, ἐὰν ἀποδείξω ἐξ ἐπιβουλῆς καὶ προβουλῆς τὴν τούτων μητέρα φονέα οἶσαν τοῦ ἡμετέρου πατρός, καὶ μὴ ἅπαξ ἀλλὰ πολλάκις ἤδη ληφθεῖσαν τὸν θάνατον τὸν ἐκείνου ἐπ' αὐτοφώρῳ μηχανωμένην, τιμωρήσαι πρῶτον μὲν τοῖς νόμοις τοῖς ὑμετέροις, οὓς παρὰ τῶν θεῶν καὶ τῶν προγόνων διαδεξάμενοι κατὰ τὸ αὐτὸ ἐκείνοις περὶ τῆς καταμηψίσεως δικάζετε, δεύτερον δ' ἐκείνῳ τῷ τεθνηκότι, καὶ ἅμα ἐμοὶ μόνῳ ἀπολελειμμένῳ βοηθήσαι.

Antiph. 1.9: τοῦτο μὲν γὰρ ἠθέλησα μὲν τὰ τούτων ἀνδράποδα βασανίσαι, ἃ συνήδει καὶ πρότερον τὴν γυναῖκα ταύτην, μητέρα δὲ τούτων, τῷ πατρὶ τῷ ἡμετέρῳ θάνατον μηχανωμένην φαρμάκοις, καὶ

¹⁹⁰ Cfr., sul tema, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 37.

¹⁹¹ Cfr., sui due passi, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 109, che tuttavia non opera nessuna distinzione tra 'offesa consumata' (o 'perfetta') e atti preparatori ed esecutivi del disegno criminoso: e il fatto che ci si riferisca ad un momento precedente alla perfezione ben potrebbe essere interpretato come elemento ulteriore della estensione concettuale della flagranza.

τὸν πατέρα εἰληφότα ἐπ' αὐτοφώρῳ, ταύτην τε οὐκ οἶσαν ἄπαρνον, πλὴν οὐκ ἐπὶ θανάτῳ φάσκουσαν διδόναι ἀλλ' ἐπὶ φίλτροις.

Esaurita la precedente rassegna, è ora d'uopo concentrarsi su quei passi che paiono essere – contro la scuola di pensiero della quale il Cohen si impone quale principale sostenitore – sintomi chiari di una maggior estensione del dominio concettuale di 'flagranza'.

In primis, va rammentato quel passo erodoteo in cui, entro il quadro degli anni immediatamente successivi alla battaglia di Micala e la presa di Sesto (479 a.C.), ossia ai primordi della cd. Pentecontaetia (vale a dire il cinquantennio che va dal 478 a.C. all'esplosione della guerra del Peloponneso), viene descritta la deposizione del re spartano Leotidica, durante la missione punitiva in Tessaglia (rea di tradimento della causa nazionale contro i Medi). Il sovrano lacedemone, infatti, venne accusato di corruzione (δωροδοκία), una volta colto ἐπ'αὐτοφώρῳ sopra una χερὶς piena di monete d'argento, e per l'effetto, condannato all'esilio (ἔφυγε ἐκ Σπάρτης ὑπὸ δικαστήριον ὑπαχθεῖς, καὶ τὰ οἰκία οἱ κατεσκάφη· ἔφυγε δὲ ἐς Τεγέην καὶ ἐτελεύτησε ἐν ταύτῃ):

Herod. 6.72: Λευτυχίδης δὲ ὁ Μενάρους Δημαρήτου καταπαυσθέντος διεδέξατο τὴν βασιλίην· καὶ οἱ γίνεται παῖς Ζευξίδημος, τὸν δὴ Κυνίσκον μετεξέτεροι Σπαρτιητέων ἐκάλεον. Οὗτος ὁ Ζευξίδημος οὐκ ἐβασίλευσε Σπάρτης· πρὸ Λευτυχίδεω γὰρ τελευτᾷ, λιπὼν παῖδα Ἀρχίδημον. Λευτυχίδης δὲ στερηθεὶς Ζευξιδήμου γαμέει δευτέραν γυναῖκα Εὐρυδάμην, εὐοῦσαν Μενίου μὲν ἀδελφεήν, Διακτορίδεω δὲ θυγατέρα, ἐκ τῆς οἱ ἔρσεν μὲν γίνεται οὐδέν, θυγάτηρ δὲ Λαμπιτώ, τὴν Ἀρχίδημος ὁ Ζευξιδήμου γαμέει δόντος αὐτῷ Λευτυχίδεω. Οὐ μὲν οὐδὲ Λευτυχίδης κατεγύρα ἐν Σπάρτῃ, ἀλλὰ τίσιν τοιήνδε τινὰ Δημαρήτῳ ἐξέτεισε. Ἐστρατήγησε Λακεδαιμονίοισι ἐς Θεσσαλίην, παρεὸν δὲ οἱ πάντα ὑποχείρια ποιήσασθαι ἐδωροδόκησε ἀργύριον πολλόν· ἐπ' αὐτοφώρῳ δὲ ἄλους αὐτοῦ ἐν τῷ στρατοπέδῳ ἐπικατήμενος χειρίδι πλὴν ἀργυρίου, ἔφυγε ἐκ Σπάρτης ὑπὸ δικαστήριον ὑπαχθεῖς, καὶ τὰ οἰκία οἱ κατεσκάφη· ἔφυγε δὲ ἐς Τεγέην καὶ ἐτελεύτησε ἐν ταύτῃ.

Dal passo – eccettuata la digressione genealogica d'inizio – è chiaro che la sola *deprehensio* di Leotidica con il 'corpo del reato' era considera-

to bastevole per considerare 'flagrante' la corruzione dello stesso re spartano, sicché non mi pare peregrino ritenere che 'ἐπ' αὐτοφώρῳ δὲ ἀλοῦς αὐτοῦ ἐν τῷ στρατοπέδῳ ἐπικατήμενος χειρίδι πλῆη ἀργυρίου' in siffatto contesto indichi non che il re corrotto era stato sorpreso nell'atto di ricevere danaro dai Tessali (quale illecita controprestazione della rinuncia al prosieguo della campagna militare contro di loro), bensì che era fuor di dubbio che l'ingente somma di danaro offerta in corruzione era stata accettata e ricevuta (ἔδωροδόκησε ἀργύριον πολλόν)¹⁹².

In secondo luogo non può non prendersi in esame la significativa testimonianza dell'orazione di Dinarco scritta per i dieci accusatori di Demostene (che insieme ad Aristogitone, era stato condotto a giudizio per corruzione, a seguito dello scandalo di Arpalò) orazione che, ancora una volta, ben corrobora la tesi che sostiene la ampiezza semantica del sintagma ἐπ' αὐτοφώρῳ¹⁹³:

¹⁹² Quanto all'impiego del verbo ἀλίσκομαι in una con la locuzione ἐπ' αὐτοφώρῳ, mi sembra che non siano invocabili a suffragio della tesi restrittiva né Xen. *oecon.* 14.5 né Arist. *de iust.* (Rose fr. 84 [= Greg. Cor. *ad Hermog.* 19]). Quanto al primo passo (καί τοι τὰ μὲν καὶ ἐκ τῶν Δράκοντος νόμων, τὰ δὲ καὶ ἐκ τῶν Σόλωνος πειρώμαι, ἔφη, λαμβάνων ἐμβιβάζειν εἰς τὴν δικαιοσύνην τοὺς οἰκέτας. δοκοῦσι γὰρ μοι, ἔφη, καὶ οὗτοι οἱ ἄνδρες θεῖναι πολλοὺς τῶν νόμων ἐπὶ δικαιοσύνης τῆς τοιαύτης διδασκαλίᾳ. γέγραπται γὰρ ζημιόσθαι ἐπὶ τοῖς κλέμμασι καὶ δεδέσθαι ἂν τις ἀλῶ ποιῶν καὶ θανατοῦσθαι τοὺς ἐγχειροῦντας), infatti, ἀλῶ ποιῶν non deve essere inteso nel senso di 'sorprendere nell'atto di commettere furto' (cfr. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 111 s.), bensì nel senso di 'essere accusato della commissione (del furto)'; quanto al secondo (ὁ δὲ Ἀριστοτέλης κλέπτην μὲν αὐτὸν γενέσθαι, ἀλόντα δὲ ἐπ' αὐτοφώρῳ δεθῆναι καὶ δημοσίᾳ φυλάττεσθαι), ammesso pure che il verbo sia da ritenere impiegato in senso non giudiziario, nulla si ricava sul momento della flagranza e sui suoi connotati intrinseci, essendo chiaro solo che in tale evenienza (ma rimane ignoto dal passo se si faccia riferimento alla sorpresa del reo nel momento consumativo del reato o, *lato sensu*, pure in un momento successivo, pur risultando oltremodo evidente il nesso tra la commissione del furto e il soggetto) si ricorre ai ceppi e alla prigione. In tal proposito mi pare indivisibile il pensiero di Cohen ove reputa che «the thief taken in the act is bound and guarded by a group of citizens while the authorities are fetched» (D. COHEN, *Theft*, cit., 61); vero è invece che δημοσίᾳ φυλάττεσθαι significa essere rinchiuso in prigione. Meno certa la sfumatura da attribuire a ἐπ' αὐτοφώρῳ in Herod. 7.6.3 (su cui cfr. le puntualizzazioni di L. PEPE, *Ricerche*, cit., 96, nt. 131).

¹⁹³ Nell'anno 424 a.C., in un'atmosfera carica di sospetto – sullo sfondo della quale Demostene continuava a perdere sempre più il suo prestigio, invisato al 'partito' ateniese filomacedone, ma anche ai più ardenti antimacedoni come Iperide – scoppia lo scandalo di Arpalò. Quest'ultimo, tesoriere di Alessandro, aveva mal amministrato le ricchezze affidategli, e informato che il Magno stava ritornando dalla sua campagna indiana, fuggì prima a Babilonia, poi ad Atene con trenta navi e cinquemila talenti, nonché con un cospicuo numero di mercenari. Iperide propose l'accoglienza del tesoriere coi suoi come alleato contro la potenza macedone; Demostene, più prudentemente, fece respingere la

Din. 1.29: μὴ ἀφήτ' ἄνδρες Ἀθηναῖοι, μὴ ἀφήτε τὸν ἐπὶ τοῖς τῆς πόλεως καὶ τῶν ἄλλων Ἑλλήνων ἀτυχήμασιν ἐπιγεγραμμένον ἀτιμώρητον, εἰλημμένον ἐπ' αὐτοφώρῳ δῶρ' ἔχοντα κατὰ τῆς πόλεως, μηδὲ τῆς ἀγαθῆς τύχης ὑμᾶς ἐπὶ τὸ βέλτιον ἀγούσης, καὶ τὸν μὲν ἕτερον τῶν τὴν πατρίδα λελυμασμένων ἐκ τῆς πόλεως ἐκβεβληκυίας, τοῦτον δ' ὑμῖν ἀποκτεῖναι παραδούσης, αὐτοὶ τοῖς πᾶσι συμφέρουσιν ἐναντιωθῆτε, ἀλλὰ μετοιωνίσασθε τὰς τῆς πόλεως πράξεις, εἰς τούτους τοὺς ἡγεμόνας τὰς ἀτυχίας τρέψαντες.

Come è evidente il primo riferimento alla 'flagranza', entro la accorata preghiera, formulata da Dinarco, di non lasciare impunito un uomo sia causa delle sfortune di Atene e di tutti i Greci sia 'εἰλημμένον ἐπ' αὐτοφώρῳ δῶρ' ἔχοντα κατὰ τῆς πόλεως', non attiene affatto alla 'sorpresa *in flagrante delicto*' di Demostene, cioè al suo essere colto nell'atto di ricevere danaro da Arpalò, bensì alla evidenza – fatta valere dinanzi al tribunale – della sua colpevolezza come evincibile dal rapporto steso dall'Areopago a seguito della lunga istruttoria (che, come è noto, prese luogo dopo la fuga del tesoriere macedone)¹⁹⁴.

proposta, sicché Arpalò entrò in Atene con soli settecento talenti. Indi, su intimidazione di Alessandro, venne imprigionato e i talenti depositati presso l'Acropoli. Riuscito Arpalò a fuggire dal carcere con la complicità di alcuni ateniesi, scoppia lo scandalo, rimanendo dei settecento talenti solo trecentocinquanta: uomini degli opposti schieramenti – tra i quali Decade, Aristogitone e Demostene stesso – furono accusati di corruzione. Un'indagine venne condotta per sei lunghi mesi dall'Areopago, all'esito della quale si accertò che taluni uomini politici avevano ricevuto ingenti somme di danaro dal tesoro di Arpalò: tra questi Demostene, accusato di aver ricevuto venti talenti, non negò il fatto, ma si limitò ad affermare – il che pare alquanto stravagante – di aver ricevuto il denaro e di averlo adoperato nell'interesse del suo 'partito', tacendo invero sui concreti scopi perseguiti. Cfr., sul caso, per un utile inquadramento, G. GIANNELLI, *Trattato di storia greca*, Bologna, 1976, 427 ss., 438, nonché, con precipuo riguardo alle sfumature di ἐπ' αὐτοφώρῳ, E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 177.

¹⁹⁴ Cfr., altresì, Din. 1.53-54: Εἴτ' οὐ δεινὸν ᾧ Ἀθηναῖοι, εἰ ὅτι μὲν εἰς ἀνὴρ ἔφησε Πιστίας Ἀρεοπαγίτης ὦν ἀδικεῖν με, καταψευδόμενος κάμου καὶ τῆς βουλῆς, ἴσχυσεν ἂν τὸ ψεῦδος τῆς ἀληθείας μάλλον, [εἰ] διὰ τὴν ἀσθένειαν τὴν τότε καὶ τὴν ἐρημίαν τὴν ἐμὴν ἐπιστεύθησαν αἱ κατ' ἐμοῦ ψευδεῖς γενόμεναι κατασκευαῖ· ἐπειδὴ δὲ τάληθες παρὰ πάσης τῆς ἐξ Ἀρείου πάγου βουλῆς ὁμολογεῖται, Δημοσθένην εἰληφέναι εἴκοσι τάλαντα χρυσοῦ καθ' ὑμῶν καὶ ταῦτα πεποιηκότ' ἀδικεῖν, καὶ ὁ δημαγωγὸς ὑμῖν, ἐν ᾧ τὰς ἐλπίδας ἔχουσί τινες, ἐπ' αὐτοφώρῳ χρήματα λαμβάνων εἰληπται, νῦν τὰ νόμια τάκειθεν καὶ τὰ δίκαια καὶ τάληθῃ ἀσθενέστερα γενήσεται τῶν Δημοσθένους λόγων, καὶ ἴσχυσει μάλλον τῆς ἀληθείας ἢ παρὰ τούτου ῥηθησομένη κατὰ τοῦ συνεδρίου διαβολή, ὡς ἄρα πολλοὺς ἢ βουλή ἀποπέφαρκεν ἀδικεῖν τὸν δῆμον, οἱ ἀποπεφεύγασιν εἰσελθόντες εἰς τὸ δικαστήριον, καὶ [ἢ βουλή] ἐπ' ἐνίων τὸ πέμπτον μέρος οὐ μετέληφε τῶν ψήφων; τοῦτο δ' ὃν τρόπον γίνεταί, βραδίως ἅπαντες

A mente delle intuizioni di Hart circa il cd. ‘open texture’, nonché delle puntualizzazioni di Harris, dopo aver analizzato quelle che sono le più importanti testimonianze in tema di ‘flagranza’ per diritto attico, sembrerebbe lecito concludere che il sintagma ἐπ’ αὐτοφώρῳ nell’Atene dei dieci oratori, fosse concettualmente connotato – senza volerlo vedere come ‘Leerformel’ – da una magmaticità tale che, ferma restando l’indefettibile idea di base sottesa (ossia quella di un coefficiente di elevatissima probabilità, se non un grado di empirica certezza), «there were the ‘hard cases’, where some might argue that evidence was incontrovertibile and clear, yet others might disagree»¹⁹⁵. Diversamente dicendo (e lasciando aperto l’interrogativo): in assenza di una tipizzazione legale, quando – dinanzi agli Undici, ai Quaranta, ai dieteti, o agli eliasi¹⁹⁶ – si era ammessi a sostenere che esisteva, ‘oltre ogni ragionevole dubbio’, un rapporto di causalità tale da astringere indissolubilmente l’evento lesivo (depauperamento del patrimonio del derubato e/o offesa del pubblico interesse) al fatto (sottrazione e impossessamento *lucrandi causa* di una *res* altrui, nella consapevolezza dell’altruità)?

4. La δίκη κλοπῆς: *procedura e casi di esperibilità*.

In questo paragrafo saranno prese in considerazione le diverse fonti attestanti l’impiego per diritto ateniese classico della δίκη di furto,

μαθήσεσθε; Din. 1.77: διόπερ ὦ Ἀθηναῖοι δεῖ ταῦθ’ ὑμᾶς ὀρώντας καὶ λογιζομένους, μὴ μὰ Δία τὸν πλείω χρόνον τῆς Δημοσθένους δωροδοκίας καὶ ἀτυχίας κοινωεῖν, μηδ’ ἐν τούτῳ τὰς ἐλπίδας τῆς σωτηρίας ἔχειν, μηδ’ οἶσθαι ἀπορήσειν ἀνδρῶν ἀγαθῶν καὶ συμβούλων σπουδαίων, ἀλλὰ τὴν τῶν προγόνων λαβόντας ὄργην τὸν ἐπ’ αὐτοφώρῳ κλέπτην εἰλημμένον καὶ προδότην, τὸν οὐκ ἀπεχόμενον τῶν εἰς τὴν πόλιν ἀφικνουμένων χρημάτων, τὸν εἰς τὰς δεινοτάτας ἀτυχίας ἐμβεβληκότα τὴν πόλιν, τὸν τῆς Ἑλλάδος ἀλιτήριον ἀποκτείναντας ἐξόριστον ἐκ τῆς πόλεως ποιῆσαι, καὶ μεταβαλέσθαι τὴν τῆς πόλεως τύχην ἑᾶσαι, καὶ προσδοκῆσαι τούτων γενομένων βέλτιον πράξειν. Nel primo passo (in cui l’oratore sottolinea la stranezza delle circostanze: le menzogne di un solo uomo, Pizia, un tempo, furono tanto forti da screditare lui stesso, ora le verità dell’intero Areopago sembrano più deboli delle parole di Demostene), viene detto da Dinarco che l’accusato è stato ‘colto ἐπ’αὐτοφώρῳ dall’intero Areopago nell’ottenere denaro’ (ἐπ’αὐτοφώρῳ χρήματα λαμβάνων εἴληπται), e nel secondo che egli è reo di corruzione e di tradimento ἐπ’αὐτοφώρῳ. La ricostruzione dei fatti non può che escludere l’interpretazione più rigida del concetto espresso dalla locuzione in esame: in entrambi i casi (con la menzione implicita del rapporto areopagico) si fa riferimento ad un grado di probabilità tanto elevato da essere pari a quello della certezza.

¹⁹⁵ E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 180.

¹⁹⁶ Cfr., *infra*, §§ 4-5 del presente capitolo.

in primo luogo onde comprendere le modalità di dispiegamento del mezzo processuale in parola, in secondo luogo, onde precisare quelle che – a mio avviso – erano le ipotesi in cui detta δίκη risultava in concreto suscettiva di promozione da parte del derubato.

Le non numerose testimonianze qui rilevanti sono – direi in modo esaustivo – unicamente le seguenti:

Dem. 24.114: καὶ εἴ τις γ' ἐκ Λυκείου ἢ ἐξ Ἀκαδημείας ἢ ἐκ Κυνοσάργους ἰμάτιον ἢ ληκύθιον ἢ ἄλλο τι φαυλότατον, ἢ εἰ τῶν σκευῶν τι τῶν ἐκ τῶν γυμνασίων ὑφέλοιτο ἢ ἐκ τῶν λιμένων, ὑπὲρ δέκα δραχμάς, καὶ τούτοις θάνατον ἐνομοθέτησεν εἶναι τὴν ζημίαν. εἰ δέ τις ἰδίαν δίκην κλοπῆς ἀλοίη, ὑπάρχειν μὲν αὐτῷ διπλάσιον ἀποτεῖσαι τὸ τιμηθέν, προστιμῆσαι δ' ἐξεῖναι τῷ δικαστηρίῳ πρὸς τῷ ἀργυρίῳ δεσμὸν τῷ κλέπτῃ, πένθ' ἡμέρας καὶ νύκτας ἴσας, ὅπως ὀρώεν ἅπαντες αὐτὸν δεδεμένον.

Dem. 22.26-27: δεῖν δ' ὄρετο (*id est Solon*) μηδέν' ἀποστερεῖσθαι τοῦ δίκης τυχεῖν, ὡς ἕκαστος δύναται. πῶς οὖν ἔσται τοῦτο; ἐὰν πολλὰς ὁδοὺς δῶ διὰ τῶν νόμων ἐπὶ τοὺς ἡδικηκότας οἷον τῆς κλοπῆς ... δικάζου κλοπῆς πρὸς διαιτητὴν καὶ οὐ κινδυνεύσεις.

Dem. 24.105: ὅ τι ἂν τις ἀπολέσῃ, ἐὰν μὲν αὐτὸ λάβῃ, τὴν διπλάσιαν καταδικάζειν, ἐὰν δὲ μή, τὴν δεκαπλάσιαν πρὸς τοῖς ἐπαιτίοις, δεδέσθαι δ' ἐν τῇ ποδοκάκκη τὸν πόδα πένθ' ἡμέρας καὶ νύκτας ἴσας, ἐὰν προστιμῆσῃ ἢ ἡλιαία. προστιμᾶσθαι δὲ τὸν βουλόμενον, ὅταν περὶ τοῦ τιμήματος ᾖ.

Lys. 10.16: δεδέσθαι δ' ἐν τῇ ποδοκάκκη ἡμέρας πέντε τὸν πόδα, ἐὰν προστιμῆσῃ ἢ ἡλιαία. Ἡ ποδοκάκκη αὕτη ἐστίν, ᾧ Θεόμνηστε, ὃ νῦν καλεῖται ἐν τῷ ξύλῳ δεδέσθαι. εἰ οὖν ὁ δεθεὶς ἐξελθὼν ἐν ταῖς εὐθύταις τῶν ἑνδεκα κατηγοροίη ὅτι οὐκ ἐν τῇ ποδοκάκκῃ ἐδέδετο ἀλλ' ἐν τῷ ξύλῳ, οὐκ ἂν ἡλίθιον αὐτὸν νομίζοιεν;

Arist. *probl.* 952 a 17-20: διὰ τί ποτε, ἐὰν μὲν τις ἐκ βαλανείου κλέψῃ ἢ ἐκ παλαιστρας ἢ ἐξ ἀγορᾶς ἢ τῶν τοιούτων τινός, θανάτω ζημιούται, ἐὰν δὲ τις ἐξ οἰκίας, διπλοῦν τῆς ἀξίας τοῦ κλέμματος ἀποτίней; ἢ ὅτι ἐν μὲν ταῖς οἰκίαις φυλάξαι ὀπωσοῦν ἔστιν.

Nel primo passo, tratto – come oramai è oltremodo noto – dall’orazione che Demostene scrisse, in seno ad un giudizio paranomico, in *Timocratem*, accusando quest’ultimo di aver proposto una legge che violava il principio democratico di uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi ai νόμοι della *polis*¹⁹⁷, si rinviene una veloce e non puntuale descrizione dell’azione privata di furto (in antitesi alla sanzione prevista per alcune fattispecie di furto qualificato dal luogo e dall’ammontare della refurtiva per cui era irrogabile la pena di morte): l’oratore, difatti, non indugia in alcun riferimento alle singole ipotesi involte, ma tratta sinteticamente della δίκη κλοπῆς come di uno strumento processuale rivolto a sanzionare il ladro con una pena fissata nel doppio del valore della refurtiva (parimenti a quello che succedeva – *sub specie poenae* – nel diritto decemvirale per l’ipotesi di ‘furto non manifesto’, sanzionato a mezzo della *legis actio sacramenti in personam*)¹⁹⁸,

¹⁹⁷ Cfr., sul punto, Dem. 24.59 e le brillanti osservazioni in merito alla affidabilità di Demostene come fonte di cognizione del diritto, di A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 26 s. (cfr., altresì, H.J. WOLFF, *Demosthenes als Advokat*, Berlin, 1968, *passim*).

¹⁹⁸ Cfr., *infra*, il § 5 del capitolo terzo (che tratta dell’*adoratio furti* e della repressione con *legis actio sacramento* del furto non qualificato dalla flagranza): ma, invero, una piana comparazione tra le due discipline non mi sembra affatto giustificata: da un lato, infatti, per diritto romano arcaico, ciò che rendeva esperibile la *legis actio* per la cognizione della fattispecie e, infine, per il *decidere damnum duplione* era, a prescindere dall’entità della refurtiva, l’essere *nec manifestum*, dall’altro, per la legge solonica la *poena dupli* era determinata solo dal valore dell’oggetto della κλοπή; inoltre – come io sono persuaso – se per diritto romano era deducibile immediatamente al magistrato un ladro solo sulla base della integrazione di un *furtum manifestum* (a prescindere, cioè, dall’entità del *furtum*), per diritto attico la deduzione agli Undici era contemplabile solo allorché un furto, già aggravato, fosse scoperto ἐπ’αὐτοφώρῳ. In altre parole a Roma il furto era, effettivamente, semplice se non manifesto (e tutti i tipi di furti erano reprimibili con deduzione al magistrato *addictionis causa* se colti *dum fiunt*), in Grecia il furto era semplice se non superava un certo ammontare e/o se non veniva commesso in certi luoghi o tempi (e solo i furti non semplici erano reprimibili con deduzione ai magistrati). Sia nella Grecia solonica che nella Roma decemvirale, peraltro, credo che il ricorso a quei mezzi strutturalmente equiparabili in quanto consistenti nella deduzione immediata del ladro (esperibili, invero, sulla base di circostanze diverse) ad un organo cittadino (Undici, pretore) fosse non un obbligo, ma una facoltà: sicché si potrebbe anche ipotizzare che, in Roma, il derubato fosse ammesso a esperire contro il *fur manifestus* anche una *legis actio sacramenti* se non lo voleva o non era in grado di ‘arrestarlo’ *dum fit* (così, pure L. PEPE, *Ricerche*, cit., 137), né parrebbe che vi fossero impedimenti alla possibilità di una composizione (v. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.14); in Atene, invece, il derubato era ammesso, non volendo o non potendo porre in essere la ἀπαγωγή, giusta l’interesse pubblico involto, all’azione scritta (come spiegherò meglio in fine di questo paragrafo e nel prossimo), e una composizione era configurabile, a mio avviso, solo allorché fosse esperibile l’azione privata (e cioè il furto fosse lesivo del solo interesse del derubato,

ed eventualmente alla pena accessoria dei ceppi. Tali provvedimenti trovano conferma, anzitutto, nel quarto passo, escerpito dalla prima orazione *contra Theomnestum* di Lisia (Lys. 10.16), ove si trova scritto che il δικαστήριον (ή ήλιαία) ha il potere di προστιμᾶν il responsabile del furto a δεδέσθαι δ' ἐν τῇ ποδοκάκκη. Di poi, nel brano dei *Problemata* aristotelici si apprende che qualora qualcuno rubi ἐξ οἰκίας, διπλοῦν τῆς ἀξίας τοῦ κλέμματος ἀποτίνει (laddove la pena capitale è irrogabile per i furti ἐκ βαλανείου, ἐκ παλαίστρας, ἐξ ἀγορᾶς ἢ τῶν τοιούτων τινός). Quanto al secondo passo (che è tratto dall'orazione paranomica *contra Androtionem*) ci viene testimoniata, altresì, la facoltà – entro il celebre quadro che presenta le molteplici vie giudiziarie predisposte dalla legislazione solonica – di intentare l'azione privata κλοπῆς dinanzi ad arbitro pubblico (πρὸς διαιτητῆν), mentre nel terzo brano demostencio (sempre dall'orazione contro Timocrate), grazie alla riproduzione di una legge sul furto che, con buona probabilità, si riferisce, ferme le differenze che poi analizzeremo compiutamente, alla stessa procedura privata contro la κλοπή¹⁹⁹ siamo informati del fatto

non dandosi a ὁ βουλόμενος il potere di metter in moto il processo). Insomma, nella Roma delle XII Tavole l'arresto e la deduzione del *fur* al magistrato *addictionis causa* erano oggetto di una facoltà che presupponeva la sola flagranza (che, invero, aggravava effettivamente la fattispecie delittuosa in quanto ritenuta sintomo di pericolosa *audacia*) ed era ammissibile il *de furto pacisci*; in Atene la ἀπαγωγή agli Undici era sempre una facoltà del cittadino derubato (e non un obbligo); una facoltà che, da un lato, presupponeva (sostanzialmente) un furto già di per sé concepito come lesivo di un bene comune e tanto grave da meritare la pena capitale e (processualmente) il ricorrere di quello stato che le fonti indicano con il sintagma ἐπ'αὐτοφώρῳ, e che, dall'altro, era alternativa alla sola azione pubblica.

¹⁹⁹ V., paradigmaticamente, D. COHEN, *Theft*, cit., 46 e 62 secondo cui «that this statue (*i.e.* 105) refers to the *dike klopes* emerges from the subsequent discussion of theft (113-114)»; I. MONETI, *La 'dike klopes' nel diritto attico del IV secolo a.C.*, in L. CRISCUOLO - G. GERACI - C. SALVATERRA (ed.), *'Simblos'. Scritti di storia antica*, Bologna, III, 2001, 99, che reputa che «il ricorrere della clausola relativa alla esposizione del ladro in catene nel testo di un νόμος inserito nella orazione demostenica Contro Timocrate (105) ... induce alla conclusione che tale testimonianza possa riferirsi alla stessa procedura privata, anche se, in quest'ultimo caso, non si ha alcun accenno al termine κλοπῆ e comunque sussistano, oltre a elementi in comune, alcune diversità»; v. altresì ID., *La 'dike klopes'*, cit., 99 s., nt. 3 ove si mette in luce che «in Dem. 24.114 la citazione fa riferimento al ladro, mentre la prima clausola in Dem. 24.105 si rivolge al derubato» e che «quest'ultima versione sembra usare un linguaggio più arcaico e si presenta, ovviamente, molto più analitica della sintesi demostenica, dove è invece attestato l'uso relativamente tardo di pagare la multa in dracme». Sul passo v., ampiamente, D. COHEN, *Theft*, cit., 62 ss. e L. PEPE, *Ricerche*, cit., 105 e 113. Priva di fondamento la interpretazione di M.H. HANSEN, *Apagoge'*, cit., 120, e di A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit.,

che erano previste due diverse sanzioni (pena nel doppio, pena nel decuplo) a seconda del caso in cui il bene sottratto furtivamente fosse suscettibile, o meno, di essere ritornato al derubato, fermo, ovviamente, il già constatato assoggettamento (eventuale e in via accessoria) del condannato, per volere della Eliea, alla ποδοκάκη per un lasso di tempo pari a cinque giorni²⁰⁰.

Dunque, Demostene nel § 114 cita apertamente il *nomos* solonico sul furto²⁰¹, in una sintesi dei suoi punti più significativi che può considerarsi nel complesso attendibile (atteso il contesto e lo scopo prefissi: ossia l'illustrare i 'deprecabili' progetti di sovversione dei principi democratici di Timocrate per ridurre o addirittura abolire le pene previste dalla serie di leggi citate, compresa quella sulla κλοπή, cui l'oratore fa diretto riferimento)²⁰²; il § 105 dovrebbe riprodurre²⁰³ – più accurata-

166 che reputano il passo riferirsi ad una azione 'pubblica' (senza pensare al parallelismo con Dem. 24.114): v., correttamente, in critica a tale impostazione, anche L. PEPE, *Ricerche*, cit., 120, nt. 191.

²⁰⁰ V., in tema, L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 323 ss., che reputa – come già si è avuto modo di rilevare – la ποδοκάκη una versione più blanda dell'ἀποτυμπανισμός (sul quale cfr., approfonditamente, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 41 ss.), nonché U.E. PAOLI, *Les pouvoirs du magistrat de police dans le droit attique*, in *RIDA*, IV, 1957, 151 ss. e soprattutto 154.

²⁰¹ È costante la attribuzione della legislazione sul furto, negli oratori, a Solone: Dem. 22.25; Dem. 24.103, 106, 113; Lys. 10.15.

²⁰² Così I. MONETI, *La 'dike klopes'*, cit., 101 e nt. 6; cfr., sulle manipolazioni retoriche dei testi, C. CAREY, *Apollodorus Against Neaira*, Warminster, 1992, 20, e D. MACDOWELL, *Demosthenes. Against Meidias 21*, Oxford, 1990, 43 ss.; sul *nomos* quale prova inserita nei discorsi logografici v., paradigmaticamente, C. CAREY, *'Nomos' in Attic Rhetoric and Oratory*, cit., 33 ss., nonché E. STOLFI, *Introduzione*, cit., 34 e nt. 22. Non può peraltro dimenticarsi, a mio avviso, quanto scritto in Dem. 26.24, donde apprendiamo che la citazione di una legge inesistente (ma io penso pure al caso di una legge esistente che non prevedeva la disposizione citata) era sanzionabile con la pena di morte.

²⁰³ Ad avviso di I. MONETI, *La 'dike klopes'*, cit., 101, molto probabilmente il documento comparirebbe a seguito della inserzione di un interpolatore. Tuttavia, in tema di autenticità o meno dei documenti contenuti nelle orazioni demosteniche, v., da ultimo, S. TODD, *Law and Oratory at Athens*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *Ancient Greek Law*, cit., 107 ss. (che assume, in proposito, una posizione alquanto moderata, ben lontana sia dall'orientamento gernetiano propenso ad ammettere l'autenticità di quasi tutti i documenti delle orazioni civili (L. GERNET, *Démosthène. Plaidoyers civils*, I, Paris, 1954, 21 s.), sia dagli estremismi da fine diciannovesimo secolo di H.T. SCHUCHT, *'De documentis oratoribus atticis insertis et de litis instrumentis prioris adversus Stephanum orationis Demosthenicae'*, Königsberg, 1892, e di A. WESTERMANN, *Untersuchungen über die in die attischen Redner eingelegten Urkunden*, in *ASGW*, I, 1850, 1 ss.: secondo la scuola più oltranzista i documenti nomici riprodotti entro le orazioni dei logografi erano inserzioni alessandrine; detti documenti – come avrebbero testimoniato sia i calcoli sticometrici, sia il rilievo della loro mancanza in alcuni manoscritti – non sarebbero stati

mente, se non anche testualmente – la disposizione legislativa riguardante la medesima azione (tuttavia con riferimento non più al ladro, come nel § 114, bensì al derubato, e senza menzione del pagamento in dracme della pena). Entrambi i passi, comunque, all'evidenza, implicano che il soggetto accusato di furto sia stato riconosciuto responsabile: resta da scoprire – anche alla luce della testimonianza dei §§ 26-28 – quale magistratura fosse competente a ricevere la δίκη, onde εισάγειν, nonché quando fosse ammissibile il ricorso ai dieteti pubblici.

Secondo l'opinione fatta propria da Harrison era verisimilmente presso il foro dei Tesmoteti che era d'uopo per il derubato λαγχάνειν τὴν δίκην: tali magistrari sarebbero competenti in tal materia giacché, sebbene «we have evidence for the presidency of the thesomthetai only for suits κλοπῆς δημοσίων χρημάτων (Aristoph. *Wasps* 935)», sarebbe «fair assumption that they presided in other suits for theft»²⁰⁴. Così, prima di lui, Meier, Schoemann e Lipsius, in '*Der attische Process*', si pronunciavano parimenti²⁰⁵, e Pischinger da Dem. 22.27-28 inferiva le medesime conclusioni²⁰⁶. Come poco sopra incidentalmente facevo notare, il problema della competenza non può essere trattato senza valutare in modo ponderato quelle fonti, or ora riprodotte, che testimoniano incontrovertibilmente la sottoponibilità al giudizio arbitrale dei casi di furto, pur nulla dicendo in merito alla magistratura competente a presiedere detto giudizio. Secondo una corrente di pensiero tutte le azioni private erano assoggettabili al lodo dei dieteti²⁰⁷, laddove secondo la ricostruzione di Bonner²⁰⁸ solo i casi rientranti nella 'giuri-

compresi nell'originale in quanto consegnati allo scriba-cancelliere dentro il fascicolo di parte. Vero è, invece, che nella riscrittura dell'orazione per la pubblicazione, l'autore dell'orazione ben poteva ritenere utile riprodurre il testo della legge solo letta *apud iudicem*, anche perché questa sovente era necessaria per comprendere il resto del discorso e aggiungeva elementi non ricavabili altrove (dove l'impossibilità di una ricostruzione alessandrina *ex post* sui dati sostanziali dello scritto logografico).

²⁰⁴ A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 15, nt. 8.

²⁰⁵ M.H.E. MEIER - G.F. SCHOEMANN - J.H. LIPSIUS, *Der attische Process*, Berlin, 1883-1887, 453; v., altresì, J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 438, 627 ss.

²⁰⁶ A. PISCHINGER, '*De arbitris Atheniensium publicis*', München, 1893, 35.

²⁰⁷ M.H.E. MEIER - G.F. SCHOEMANN - J.H. LIPSIUS, *Der attische Process*, cit., 1009 ss., J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 82, nt. 116 e 228.

²⁰⁸ R.J. BONNER, *The Jurisdiction of Athenian Arbitrators*, in *CPh*, II, 1907, 407 ss.; conformemente v. R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice*, II, cit., 97; G. BUSOLT, *Griechische Staatskunde*, in I. MUELLER (ed.), *Handbuch der klassischen Altertumswissenschaft*, IV.1.1, München, 1920, 1111; D. MACDOWELL, *The Law*, cit., 207; ID., *The Chronology of Athenian Speeches and Legal Innovations in 401-398 B.C.*, in

sdizione' dei Quaranta (e taluni di competenza del Polemarco) – con esclusione, pertanto, di quelli dell'Arconte, del Basileus, e dei Tesmotei – erano arbitrabili.

Leggiamo a riguardo questi due passi tratti dalla *Respublica Atheniensium* di Aristotele:

Arist. *resp. Ath.* 53.1: κληροῦσι δὲ καὶ <τοὺς> τετταράκοντα, τέτταρας ἐκ τῆς φυλῆς ἐκάστης, πρὸς οὓς τὰς ἄλλας δίκας λαγχάνουσιν. οἱ πρότερον μὲν ἦσαν τριάκοντα καὶ κατὰ δήμου περιόντες ἐδίκαζον, μετὰ δὲ τὴν ἐπὶ τῶν τριάκοντα ὀλιγαρχίαν τετταράκοντα γεγόνασιν. καὶ τὰ μὲν μέχρι δέκα δραχμῶν αὐτοτελεῖς εἰσι δ[ικά]ζε[ι]ν, τὰ δ' ὑπὲρ τοῦτο τὸ τίμημα τοῖς διαιτηταῖς παραδίδόασιν.

Arist. *resp. Ath.* 58.1-3: ὁ δὲ πολέμαρχος θύει μὲν θυσίας τῇ τε Ἄρτεμιδι τῇ ἀγροτέρᾳ καὶ τῷ Ἐνυαλίῳ, διατίθησι δ' ἀγῶνα τὸν ἐπιτάφιον, καὶ τοῖς τετελευτηκόσιν ἐν τῷ πολέμῳ καὶ Ἀρμοδίῳ καὶ Ἀριστογείτονι ἐναγίσματα ποιεῖ. δίκαι δὲ λαγχάνονται πρὸς αὐτὸν ἴδια μὲν αἶ τε τοῖς μετοίκους καὶ τοῖς ἰσοτελέσι καὶ τοῖς προξένοις γιγνόμεναι· καὶ δεῖ τοῦτον λαβόντα καὶ διανείμαντα δέκα μέρη, τὸ λαχὸν ἐκάστη τῇ φυλῇ μέρος προσθεῖναι, τοὺς δὲ τὴν φυλὴν δικάζοντας τοῖς διαιτηταῖς ἀποδοῦναι. αὐτὸς δ' εἰσάγει δίκας τὰς τε τοῦ ἀπο[σ]τασίου καὶ ἀπροστασ[ί]ου καὶ κλήρων καὶ ἐπικλήρων τοῖς μετοίκους, καὶ τᾶλλ' ὅσα τοῖς πολιταῖς ὁ ἄρχων, ταῦτα τοῖς μετοίκους ὁ πολέμαρχος.

Lo stagirita, nel primo, rammenta che le 'controversie di diritto privato' portate *de residuo* dinanzi alla magistratura dei Quaranta (formata dopo l'anno 403 a.C. da τέτταρας ἐκ τῆς φυλῆς ἐκάστης, ma un tempo composta da trenta membri che, nel dettato aristotelico della *Respublica*, avrebbero sostituito i δικασταὶ κατὰ δήμους istituiti a metà

RIDA, XVIII, 1971, 267 ss. Sugli arbitri, *ex plurimis*, v. B. HUBERT, 'De arbitris atticis et privatis et publicis', Leipzig, 1885, *passim*; R.J. BONNER, *The Institution of Athenian Arbitrators*, in *CPh*, XI, 1916, 191 ss.; L. GERNET, *L'institution des arbitres publics à Athènes*, in *REG*, 1939, 389 ss.; H.C. HARRELL, *Public Arbitration in Athenian Law*, Columbia, 1936, *passim*; H.T. KING - M.A. LE FORESTIER, *Arbitration in Ancient Greece*, in *Dispute Resolution Journal*, XLIX, 1994, 38 ss.; D. ROEBUCK, *Ancient Greek Arbitration*, Oxford, 2001, *passim*.

del sesto secolo a.C. da Pisistrato)²⁰⁹ erano soggette all'arbitrato se il valore della causa era superiore alle dieci dracme, laddove erano gli stessi magistrati, in via eccezionale, a δικάζειν τὰ μὲν μέχρι δέκα δραχμῶν.

Nel secondo leggiamo che il Polemarco deputato, tra l'altro, ai sacrifici e ai giochi funebri, era competente per tutti i casi di diritto privato, che 'oggettivamente' ed 'astrattamente' erano equiparabili a quelli propri dell'Arconte (o dei Quaranta), se non per il fatto di involgere la partecipazione di non-cittadini, cioè 'meteci', 'isoteli' e 'prosseni' (δίκαι δὲ λαγχάνονται πρὸς αὐτὸν ἴδια μὲν αἶ τε τοῖς μετοίκους καὶ τοῖς ἰστοτελέσι καὶ τοῖς προξένοις γιγνόμεναι); inoltre – ed è questo che maggiormente qui interessa – apprendiamo che questo ἄρχων deferiva ai Quaranta alcune δίκαι (dopo averle suddivise in dieci parti e aver assegnato a ciascuna tribù la parte che le spettava a sorteggio); δίκαι che, poi, tale magistratura doveva τοῖς διαιτηταῖς ἀποδοῦναι. Per altre controversie (come i casi afferenti a questioni κλήρων καὶ ἐπικλήρων, sempre relative a non cittadini), siamo invece edotti del fatto che era lo stesso Polemarco a εἰσάγειν alla corte (sicché mi pare lecito inferire che le stesse cause involgenti tuttavia cittadini e da λαγχάνειν presso il foro dell'Arconte, non erano, del pari, arbitrabili)²¹⁰. Né, d'altra parte, le

²⁰⁹ I Quaranta, dunque, costituivano una magistratura alquanto risalente, originariamente formata da trenta membri, pari alle trittie istituite da Clistene (508-507 a.C.); tuttavia, dopo la caduta dei Trenta (403 a.C.) furono portati a quaranta, onde evitare qualsivoglia ricordo dell'infasto numero (cfr. E. CANTARELLA, voce *Quaranta*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 628 ss.). V., per un incisivo ragguaglio sulle riforme clisteniche, per tutti, G. POMA, *Le istituzioni politiche della Grecia*, cit., 45 ss.; cfr., altresì, G. DE SANCTIS, *Atthis. Storia della democrazia ateniese*, Torino, 1912, 313, il quale dubita della veridicità della affermazione aristotelica (*resp. Ath.* 16.5) secondo cui i δικασταὶ κατὰ δήμους (soppressi da Clistene e riesumati nel 453-452 a.C. nel numero di trenta) risalissero a Pisistrato (561-560 a.C.); *contra*, v. G.M. CALHOUN, *The Growth*, cit., 96 e nt. 30; C. HIGNETT, *A History of the Athenian Constitution*, cit., 115, 218 ss.

²¹⁰ Sul Polemarco v., per tutti, A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I, cit., 189 ss.; ID., *The Law of Athens*, II, cit., 9 ss.; nonché, cfr., utilmente, sulle azioni ἀποστασίου καὶ ἀπροστασίου (esperibili l'una dal solo κύριος contro lo schiavo affrancato inadempiente, l'altra da qualunque cittadino contro il meteco che non avesse un patrono), A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 95. In generale v. H. FRANCOU, *De la condition des étrangers dans les cités grecques. Proxenes, évergètes, métèques, isoteles, et étrangers résidents*, in *MB*, VII, 1903, 350 ss.; H. HOMMEL, 'Metoikoi'. *Terminologie, Geschichte und System des athenischen Beissenrechts*, Würzburg, 1931, *passim*; U.E. PAOLI, voce *Aprostasia (diritto greco)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 816; N. CASINI, voce *Meteci*, *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1966, 598 ss.; M.B. WALLACE, *Early Greek Proxenois*, in *Phoenix*, XXIV, 1970, 189 ss.; A. MAFFI, 'Strateuesthai meta Athenaiou'. *Contributo allo studio dell'isoteleia*, in *RIL*, CIII, 1973, 939 ss.; ID., *La capacità di diritto privato dei meteci nel mondo greco*

espressioni impiegate da Aristotele con riguardo, per l'appunto, all'Arconte lasciano supporre che quest'ultimo deferisse ad arbitri pubblici le controversie rientranti nella sua sfera di competenza (Arist. *resp. Ath.* 56.6: γραφαὶ δὲ [καὶ δ]ίκαι λαγχάνονται πρὸς αὐτόν, ἃς ἀνακρίνας εἰς τὸ δικαστήριον εἰσάγει).

Insomma, in quanto lo stagirita non fa menzione della procedura arbitrale se non in rapporto ai Quaranta e, *media via*, al Polemarco, non pare affatto corretto affermare come facevano, ad esempio, gli autori di 'Der attische Process', che (a mente di Dem. 22.27-28) fosse «wahrscheinlich»²¹¹ che i Tesmoteti presiedessero il processo. E ciò anche alla luce delle seguenti ulteriori indicazioni aristoteliche che per nulla lasciano credere alla possibilità di annoverare la δίκη κλοπῆς tra quelle εἰσαγόμεναι da detto collegio (sicuramente dopo il 403 a.C.)²¹²:

Arist. *resp. Ath.* 54.5-6: εἰσάγουσι δὲ καὶ δίκας ἰδίας, ἐμπορικὰς καὶ μεταλλικὰς, καὶ δούλων, ἄν τις τὸν ἐλεύθερον κακῶς λέγη. καὶ ἐπικληροῦσι ταῖς ἀρχαῖς οὗτοι τὰ δικαστήρια τὰ <τ> ἴδια καὶ τὰ δημόσια. καὶ τὰ σύμβολα τὰ πρὸς τὰς πόλεις οὗτοι κυροῦσι, καὶ τὰς δίκας τὰς ἀπὸ τῶν συμβόλων εἰσάγουσι, καὶ τὰ ψευδομαρτύρια ἐξ Ἀρείου πάγου.

Alla luce di tali argomentazioni e della conclusione che i dieteti «functioned only in connection with the tribes judges»²¹³, possiamo concludere che per quelle cause private di furto che erano di un valore inferiore alle dieci dracme il foro competente a εἰσάγειν era quello dei Quaranta (o da una corte composta, probabilmente, dai quattro membri di tale collegio magistratuale appartenenti alla tribù del convenuto)²¹⁴ e, in deroga alla regola generale²¹⁵, si obliterava in tali casi il giudizio popolare. Il processo per furto, essendo un ἄγων τιμητός, a seguito di una prima

classico, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972, 177 ss.; D. WHITEHEAD, *The Ideology of the Athenian Metic*, Cambridge, 1977, *passim*; ID., *The Ideology of the Athenian Metic: Some Pendants and a Reappraisal*, in *PCPS*, CCXII, 1986, 145 ss.; G. NEMETH, *Metics in Athens*, in *AAntHung*, XLI (3-4), 2001, 331 ss.

²¹¹ M.H.E. MEIER - G.F. SCHOEMANN - J.H. LIPSIUS, *Der attische Process*, cit., 453.

²¹² Cfr. H.C. HARRELL, *Public Arbitration*, cit., 36 ss.; R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice*, II, cit., 109 ss.

²¹³ D. MACDOWELL, *The Law*, cit., 207.

²¹⁴ I. MONETI, *La 'dike klopēs'*, cit., 100.

²¹⁵ Cfr., sul punto, paradigmaticamente, A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 264.

votazione di condanna del φεύγων, implicava una seconda pronuncia che era vincolata a scegliere tra la τίμησις e l'ἀντιτίμησις del bene o dei beni oggetto di sottrazione, secondo le stime, per l'appunto, che e parte attrice e parte convenuta proponevano. In modo tale si definiva l'entità della sanzione (fissata, come è noto, nel doppio) del valore stabilito dal collegio (τίμημα)²¹⁶: come è ovvio, il convenuto non aveva interesse a proporre una stima eccessivamente bassa, in quanto tale condotta avrebbe portato la magistratura giudicante ad accogliere quella stima avanzata da parte attrice, in quanto considerata maggiormente adeguata (se non del tutto conforme al prezzo di mercato)²¹⁷. Una volta così stabilito, la sentenza dei Quaranta, come mi pare agevole inferire dal silenzio di Arist. *resp. Ath.* 53.2, era definitiva e non suscettibile di essere oggetto di alcuna forma di gravame²¹⁸.

Giunti idealmente alla fase della pronuncia (inappellabile) da parte del collegio magistratuale giudicante, si pone il problema del contenuto di detta pronuncia (analoga, ovviamente a quella elastica, se non per l'ammontare della pena e l'irrogabilità di sanzioni accessorie) e, pertanto, si ha da affrontare inevitabilmente la questione attinente alla differenza, sotto il profilo sanzionatorio, intercorrente entro il dettato demostenico della *in Timocratem*, tra la sintesi del § 114 e le notizie contenute nel testo della legge sul furto inserito nel § 105. Come già si è avuto modo

²¹⁶ Cfr. la prudente disamina di A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 81 e nt. 3.

²¹⁷ Cfr., in tema, A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 218, 259; R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 155; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 80 ss. e 164 ss.; S. TODD, *The Shape*, cit., 134: «assuming that the defendant was convicted, the court had to decide the penalty. In some types of trial, no decision was required, because, it was already fixed by statute, in others, the law permitted a range of penalties, or else (particularly in *dikai*), what the defendant ought to pay depended on the court's opinion of the plaintiff's claim. In these latter cases, it was the task of the jury to determine the penalty. They did by a system of counter-assessment (*timesis*): cases where the penalty was determined by statute were called *agones atimetoï* ('trials without *timesis*'), whereas those subject to *timesis* were described, non surprisingly, as *agones timetoï*. In cases of this latter type, the successful plaintiff proposed one penalty (*timema*) and the defendant an alternative (*antitimema*); the *dikastai* then voted, but could only chose between these two possibilities»; «it was function of the *timesis* to encourage both litigants to keep their proposals moderate, for fear of stampeding the jury into the opponent's arms». Del resto, non può scordarsi quanto accadde a Socrate a seguito della sua derisoria proposta di contro-stima alla pena capitale (Plato *apol.* 36-38), come già ricordava U.E. PAOLI, *Studi sul processo attico*, cit., 114. Cfr., sulle modalità di voto, Arist. *resp. Ath.* 68-69; Aeschin. 1.69.

²¹⁸ In tal senso v., altresì, U.E. PAOLI, voce *Dieteti (diritto greco)*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1968, 605; P.J. RHODES, *A Commentary*, cit., 587.

più volte di sottolineare vi sono buone ragioni per credere fondatamente che l'oratore non avesse alcun interesse, qui, a forzare – seppur in un volontario compendio che tralasciava i provvedimenti ritenuti, nel contesto dell'orazione, meno importanti – in modo eccessivo il testo, né che l'eventuale interpolatore (sempre che un intervento siffatto, in concreto, vi sia stato) abbia travisato l'originario tenore letterale del νόμος: sta di fatto che solo in quest'ultima testimonianza viene espressamente contemplata (in una con la previsione di una diversa sanzione da irrogare) l'ipotesi in cui il ladro non sia più in grado di restituire al proprietario i beni sottratti, del tutto mancando tale disposizione in Dem. 24.114, ove si fa esclusivo riferimento alla natura 'penale' del giudizio privato di furto e alla fissazione nel doppio del valore del κλέμμα per la definizione del τίμημα (mancando qualsivoglia indizio in merito alla natura restitutoria della δίκη).

In Dem. 24.105, invece, a parte l'esplicito riferimento alla ποδοκάκη, quale sanzione accessoria irrogabile dal tribunale eliastico, pongono alcuni problemi di interpretazione l'espressione πρὸς τοῖς ἐπαιτίοις e la previsione di una sanzione nel decuplo in caso di mancata restituzione della refurtiva.

Come si è correttamente messo in luce, i codici non presentano varianti o difficoltà nel testo del νόμος κλοπῆς quanto alla *lectio* δεκαπλασίαν, di modo che appare del tutto priva di fondamento la congettura – oramai comunemente accettata – διπλασίαν²¹⁹, peraltro fondata su argomenti il più forte dei quali è quello secondo cui è preferibile emendare il testo con διπλασίαν, giacché una pena fissata nel decuplo dell'entità patrimoniale del bene sottratto furtivamente sembrerebbe sproporzionata e, pertanto, illogica rispetto alla sanzione, stabilita nel *duplum* del valore, irroganda nel caso di restituzione: «dazu ist undenkbar, daß Nichterstattung des Klagobjects einen so enormen Unterscheid in der Bemessung der Buße bedingt haben sollte»²²⁰.

²¹⁹ Cfr., in questo senso, I. MONETTI, *La 'dike klopēs'*, cit., 101; leggono διπλασίαν K.F. HERMANN - T. THALHEIM, *Lehrbuch der griechischen Rechtsalterthümer*, Freiburg - Leipzig, 1889, 47, nt. 3; M.H.E. MEIER - G.F. SCHOEMANN - J.H. LIPSIUS, *Der attische Process*, cit., 453; J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 440; G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 829 e nt. 6; K. LATTE, *Beiträge*, cit., 307; U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689 s.; H. HAGEN, *Die Sachenwendung im attischen Recht* (dissertation), Erlangen - Nürnberg, 1965, 843 ss.; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 166, nt. 5; D. MACDOWELL, *The Law*, cit., 148.

²²⁰ J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 441, nt. 79. Critica la lettura del Lipsius D. COHEN, *Theft*, cit., 62 ss., ricordando che la sanzione fissata nel decuplo non è sconosciuta

Di poi, è opportuno indugiare sul significato dell'espressione πρὸς τοῖς ἐπαίτιοις: il sostantivo – plurale neutro – ἐπαίτια, sulla scorta di Polluce (*onom.* 8.22-23: ἄ μέντοι προστιμήματα Σόλων ἐπαίτια καλεῖ), dovrebbe intendersi 'oltre alla pena aggiuntiva'²²¹, cioè oltre a quel προστίμημα solo eventuale che consisteva nella esposizione infamante del ladro in catene per cinque giorni e cinque notti nell'agorà e che solo il tribunale eliaistico (non i Quaranta, non gli arbitri pubblici) aveva il potere di irrogare: il che non ha alcun senso, né sotto il profilo logico- astratto (in quanto la pena eventuale e aggiuntiva precederebbe quella principale, e Demostene si troverebbe, pertanto, ad affermare – in un *hapax* – che la pena principale segue quella accessoria²²²), né sotto quello procedurale-storico (in quanto, non avendo i Quaranta il potere di προστιμᾶν, risulterebbe competente il solo tribunale eliaistico per i casi di furto con mancata restituzione: il che, invero, non è)²²³.

La soluzione preferibile pare quella di intendere con 'oltre il valore della refurtiva', ma non secondo lo schema sopravvissuto della stima e controstima, bensì – come acutamente ha suggerito Ilario Moneti – secondo la unilaterale determinazione del derubato che si vedeva privato della possibilità di ritornare nel possesso dei beni sottrattigli, giacché «se questo fosse avvenuto secondo lo schema consueto che prevedeva

al regime del furto (come testimonia Dem. 24.112; Plato *leg.* 914 b), e soffermandosi sulla duplicità di valore del verbo ἀπόλλυμι (che si ritrova nel senso di 'essere privato' a seguito di furto in Dem. 24.105 e in Lys. 29.11); dubbioso in merito alla *lectio* tradizionale è pure M. KASER, *Der altgriechische Eigentumschutz*, in ZSS, LXIV, 1944, 146, nt. 34 (sulla scia tracciata nel secolo diciannovesimo da A.W. HEFFTER, *Die athenäische Gerichtsverfassung. Ein Beitrag zur Geschichte des Rechts, insbesondere zur Entwicklung der Idee der Geschworenengerichte in alter zeit*, Köln, 1822, 180 ss., da E. PLATNER, *Der Process und die Klagen bei den Attikern*, Darmstadt, 1824-1825, 167 ss., e da J.J. THONISSEN, *Le droit pénal de la république athénienne, précédé d'une étude sur le droit criminel de la Grèce légendaire*, Brussels, 1876, 301).

²²¹ Così M. KASER, *Der altgriechische Eigentumschutz*, cit., 134 ss., 146, nt. 34 reputa che ἐπαίτια sia la pena aggiuntiva delle catene; J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 441, nt. 79 si pone sulla scia di J.J. REISKIUS, *Index Graecitatis*, II, Oxford, 1822, 344, che traduceva l'espressione «*praeter simplum valorem eius rei, quam quis furto avertisse accusatur*». Cfr., altresì, l'ottima sintesi – seppur dubitativamente orientata a considerare la lettura διπλασίαν – di T. SAUNDERS, *Plato and the Athenian Law of Theft*, in P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. TODD (ed.), *Nomos*, cit., 75: «the penalty varied according to whether the stolen article was recovered by the owner or not. If it was, the offender paid the injured party twice the value in addition; if not, he paid the article's value, plus the value multiplied either by two or by ten».

²²² Cfr. Dem. 24.114 e 24.115 ove è chiaro l'ordine 'logico' e 'processuale' in virtù del quale la pena secondaria segue quella principale.

²²³ V., più ampiamente, I. MONETI, *La 'dike klopes'*, cit., 102.

al ladro la facoltà di pronunciare una controstitima da opporre a quella del derubato, il legislatore avrebbe usato i termini tecnici consueti per indicare la scelta finale del giudice o dell'arbitro», laddove «il legislatore, scegliendo ... il termine τὰ ἐπαίτια, delinea una soluzione diversa e più severa per il colpevole di furto»²²⁴.

In conclusione, nei casi di furto per beni il cui valore risultava inferiore alle dieci dracme i Quaranta non solo erano competenti alla ricezione della δίκη, ma era ammesso perfino che si pronunciasse direttamente con sentenza sul caso, comminando una pena pari al doppio della stima stabilita se il ladro era nella condizione di restituire la refurtiva al derubato, pari al decuplo (da sommare al valore della cosa stessa) se ciò invece non avveniva, rimanendo però appannaggio dei soli giudici popolari – come si vedrà in funzione di giudice d'appello avverso pronuncia arbitrale – l'irrogazione del προστίμημα della ποδοκάκκη (e cioè, all'evidenza, sia in considerazione della gravità della misura, sia in modo da scoraggiare il ricorso al tribunale elastico e bloccare la procedura al lodo).

Nell'evenienza in cui il valore dei beni sottratti furtivamente fosse superiore alla somma di dieci dracme – già lo si è evidenziato – la magistratura dei Quaranta traslava *ex necessitate* il giudizio ai dieteti pubblici (Arist. *resp. Ath.* 53.1: τὰ δ' ὑπὲρ τοῦτο τὸ τίμημα τοῖς διαιτηταῖς παραδιδόασιν), e come ci attesta il seguente passo della *Respublica Atheniensium* di Aristotele:

οἱ δὲ παραλαβόντες, [ἐ]ὰν μὴ δύνωνται διαλύσαι, γινώσκουσι, κὰν μὲν ἀμφοτέροις ἀρέσκη τὰ γνωσθέντα καὶ ἐμμένωσιν, ἔχει τέλος ἡ δίκη. ἂν δ' ὁ ἕτερος ἐφῆ τῶν ἀντιδίκων εἰς τὸ δικαστήριον, ἐμβαλόντες τὰς μαρτυρίας καὶ τὰς προκλήσεις καὶ τοὺς νόμους εἰς ἔχινους, χωρὶς μὲν τὰς τοῦ διώκοντος, χωρὶς δὲ τὰς τοῦ φεύγοντος, καὶ τούτους κατασημνάμενοι, καὶ τὴν γνώσιν τοῦ διαιτητοῦ γεγραμμένην ἐν γραμματείῳ προσαρτήσαντες, παραδιδόασιν το[ῖ]ς δ' τοῖς τὴν φυλὴν τοῦ φεύγοντος δικάζουσιν. οἱ δὲ παραλαβόντες εἰσάγουσιν εἰς τὸ δικαστήριον, τὰ μὲν ἐντὸς χιλίων εἰς ἓνα καὶ διακοσίους, τὰ δ' ὑπὲρ χιλίας εἰς ἓνα καὶ τετρακοσίους. οὐκ ἔξεστι δ' οὔτε νόμοις οὔτε προκλήσεσι οὔτε μαρτυρίας ἀλλ' ἢ ταῖς παρὰ τοῦ διαιτητοῦ χρῆσθαι ταῖς εἰς τοὺς ἔχινους ἐμβεβλημέναις²²⁵.

²²⁴ I. MONETI, *La 'dike klopēs'*, cit., 103.

²²⁵ Arist. *resp. Ath.* 53.2. Riporto l'eccellente sintesi sulla procedura arbitrale di R.

Se, dunque, non sortiva effetti il tentativo obbligatorio di conciliazione tra le parti da esperirsi da parte del dieteta, quest'ultimo emetteva un lodo suscettibile di essere appellato²²⁶ – dall'una delle due parti – dinanzi al tribunale popolare, il quale – come già abbiamo messo in luce – poteva modificare anche *in peius* la pronuncia arbitrale, aggiungendo alla pena pecuniaria (nel doppio o nel decuplo) la sanzione accessoria infamante della gogna, qualora ὁ βουλόμενος avesse avanzato, durante la votazione sulla stima della refurtiva, una proposta in tal senso (Dem. 24.105: προστιμᾶσθαι δὲ τὸν βουλόμενον, ὅταν περὶ τοῦ τιμῆματος ἦ) e i giudici, sottoposta a voto anche tale proposta, l'avessero accolta²²⁷. Atteso che in Dem. 24.114 troviamo scritto che 'προστιμῆσαι δ'

MARTINI, *Diritti greci*, cit., 134 s., il quale, sottolineata la competenza 'residuale' dei Quaranta, mette in evidenza che «potevano risolvere essi stessi le controversie di valore inferiore a 10 dracme (come ci è attestata direttamente da Aristotele, nel cap. 53 della *Ath. Pol.*)», mentre «al si sopra di questo valore, molto basso, la questione veniva affidata per sorteggio ad un arbitro tolto da una specie di collegio arbitrale, costituito verosimilmente da tutti coloro che erano nel 60° anno e che 42 anni prima, al compimento del 18° erano stati iscritti in una apposita stele recante il nome dell'arconte eponimo e quello dell'eroe di quella classe di leva. L'arbitro teneva le proprie sedute in pubblico e le parti svolgevano le loro argomentazioni come in un processo davanti al tribunale; la caratteristica è che gli arbitri dovevano cercare una conciliazione e per raggiungere questo fine potevano tenere anche più di un'udienza. Se la conciliazione non arrivava, fissavano un giorno per la risoluzione della questione in udienza; qualora una delle parti si opponesse al giorno stabilito doveva giurare di avere un impedimento e l'arbitro poteva sia spostare il giorno sia non farlo, ed in questo secondo caso il soggetto risultava assente. Quando l'arbitro aveva espresso il suo giudizio trasmetteva ai 40 e veniva pagato una dracma dall'attore, mentre colui che fosse riuscito a far spostare la data doveva versargli parimenti una dracma. Se entrambe le parti accettavano il giudizio dell'arbitro, il processo si chiudeva; ma era possibile anche impugnare il procedimento con vari mezzi: 1) innanzitutto mediante il solito appello (*epheisis*) al tribunale popolare, al quale, come ci informa Aristotele, si dovevano inviare sigillate in un vaso tutte le prove in base alle quali l'arbitro aveva giudicato, il che sembrerebbe implicare che davanti al tribunale non potessero prodursi nuove prove; 2) mediante opposizione entro 10 giorni ai 4 dei 40 appartenenti alla sua tribù, da parte di chi fosse stato condannato in sua assenza (*dike eremos*), nel qual caso l'annullamento non era certo automatico, ma se l'opposizione era accettata si ricorreva probabilmente ad un nuovo arbitro; 3) ricorrendo eccezionalmente ad una procedura più gravosa, quella di accusare di malversazione l'arbitro con una *eisangelia* ... presentata ... al corpo di tutti gli arbitri, che giudicavano il collega e che, trovandolo colpevole, arrivavano perfino a dichiararlo *atimos*, per corruzione». V., sul punto, altresì, S. TODD, *The Shape*, cit., 128 s.

²²⁶ Cfr., per tutti, sulle differenti sorti del lodo pubblico e di quello privato in Ate-ne classica, M. TALAMANCA, *La legge di Dem. Or. 21.94 e l'appellabilità delle pronunce dell'arbitro privato in diritto attico*, in *BIDR*, LXXVIII, 1975, 93 ss.

²²⁷ Il periodo προστιμᾶσθαι δὲ τὸν βουλόμενον, ὅταν περὶ τοῦ τιμῆματος ἦ è stato diversamente interpretato in dottrina: J.H. LIPSIVS, *Das attische Recht*, cit., 439, L. GERNET, *Notes sur la notion de délit privé en droit grec*, in *Mélanges Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, 401, nt. 1,

ἐξεῖναι τῷ δικαστηρίῳ' e in Lys. 10.16 'ἐὰν προστιμῆσι ἢ ἡλικία' ossia (attesa la diatesi attiva del verbo) che era il tribunale a προστιμῆσαι, l'uso dell'infinito medio προστιμᾶσθαι con soggetto ὁ βουλόμενος mi indurrebbe a ritenere che costui non fosse affatto uno dei giudici, bensì il δῶκων stesso o – anche se ciò comporterebbe di ipotizzare l'esperimento contestuale di un'azione penale supplementare – un *quivis de populo*, che 'volendolo, faceva προστιμῆσαι dal tribunale il ladro'.

Ciò detto, non resta che tentare di comprendere quando era in concreto esperibile la δίκη κλοπῆς²²⁸. Da Dem. 24.114 è agevole rinvenire un incontrovertibile punto di partenza: da un lato, si ricava che la procedura di deduzione agli Undici – a mio avviso promuovibile solo a condizione che il furto fosse flagrante e che presentasse elementi oggettivi di aggravamento – conduceva alla pena capitale, dall'altro che con l'azione privata il ladro era condannato al doppio del valore della refurtiva (ferma la restituzione di quest'ultima al derubato). Demostene, tuttavia, non ci dice nulla in merito al *quando* e all'*an* dell'esperibilità

G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 829, ad esempio, reputano che ὁ βουλόμενος sia da intendere come uno qualunque dei giudici popolari, mentre A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 167, più perspicuamente, ritiene che sia l'accusatore; U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 689 s., invece, reputa che «tutte le volte che il danneggiato dal furto avesse esperito l'azione privata, ogni cittadino poteva proporre una azione penale supplementare, facendo istanza al Tribunale, nella stesa seduta e fra la prima e la seconda pronuncia a cui dà luogo l'ἄγων τιμητός, che il ladro soccombente fosse tenuto in ceppi per cinque giorni e cinque notti».

²²⁸ Quanto alla determinazione del legittimato passivo all'azione, quest'ultima era esperibile nei confronti del ladro (colui che rimuoveva una cosa altrui onde avvantaggiarsene), nonché di quei soggetti che, pur non avendo sottratto materialmente la cosa, fossero a conoscenza della provenienza illecita della stessa (ricettatori); non era invece attivabile contro coloro che avevano acquistato la refurtiva dal ladro stesso o da un ricettatore in buona fede, rimanendo chiara l'attivabilità di una διαδικασίᾳ da parte del derubato (per tutti, cfr. U.E. PAOLI, voce *Diadikasia*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, 798 ss.). Cfr. Plato *leg.* 913 c-d: πείθεσθαι δὲ χρῆ καὶ τοῖς περὶ ταῦτα λεγομένοις μύθοις, ὡς εἰς παίδων γενεᾶν οὐ σύμφορα τὰ τοιαῦτα: ὅς δ' ἂν παίδων τε ἀκηδῆς γένηται καὶ τοῦ θέντος τὸν νόμον ἀμελήσας, ἂ μῆτε αὐτὸς κατέθετο μῆτε αὐτῶν πατέρων τις πατήρ, μὴ πείσας τὸν θέμενον ἀνέλῃται, κάλλιστον νόμων διαφθεῖρων, ἀπλούστατον καὶ οὐδαμῆ ἀγεννοῦς ἀνδρὸς νομοθέτημα, ὅς εἶπεν: Ἄ μὴ κατέθου, μὴ ἀνέλῃ τοῦτον τοῖν δυοῖν νομοθέταιν καταφρονήσαντα καὶ ἀνελόμενον, οὐτὶ μικρόν, ὃ μὴ κατέθετο αὐτός, πλήθος δ' ἔστιν ὅτε θησαυροῦ παμμέγεθες, τί χρῆ πάσχειν; Lys. 29.11: ἡγοῦμαι δ', ὧ ἄνδρες δικασταί, οὐ μόνον περὶ χρημάτων αὐτῷ προσήκειν ἀγωνίζεσθαι, ἀλλὰ καὶ περὶ τοῦ σώματος κινδυνεύειν. καὶ γὰρ ἂν καὶ δεινὸν εἴη, εἰ οἱ μὲν τὰ τῶν ἰδιωτῶν ἀπολλύμενα τοῖς κλέπταις συνειδότες τοῖς αὐτοῖς ἐνέχοντο, οὗτος δὲ τὰ τῆς πόλεως Ἐργοκλεῖ συνειδῶς κλέπτοντι καὶ ἐπὶ τοῖς ὑμετέροις δωροδοκοῦντι μὴ τῆς αὐτῆς τιμωρίας τυγχάνοι, ἀλλὰ ἄθλα λάβοι τὴν ὑπ' ἐκείνου καταλειφθεῖσαν οὐσίαν ἀντὶ τῆς αὐτοῦ πονηρίας (cfr., altresì, Plato *leg.* 955 b; Plato *leg.* 844 c).

di tale δίκη. È d'uopo domandarsi, pertanto, se esistesse un criterio in forza del quale optare per l'una o l'altra a parità di condizioni (giacché, all'evidenza, in mancanza della flagranza, la ἀπαγωγή non era attivabile), ovvero se – sulla scorta di quel passo demostenico della *contra Androtionem* sopra visto – esse fossero impiegabili per ogni tipo di furto.

Così il Glotz riteneva che la δίκη κλοπῆς fosse la sola azione per il caso di 'furto semplice', ossia per le ipotesi in cui il valore della refurtiva non fosse superiore alle cinquanta dracme o alle dieci dracme; in caso di una entità superiore dei beni sottratti, il derubato aveva la facoltà di scegliere tra tutte le azioni previste già da Solone nel caso di flagranza, mentre in caso di non flagranza poteva scegliere tra la δίκη e la γραφή²²⁹.

Parimenti il Paoli sosteneva che «si ricorreva a questo mezzo più cauto nei casi di furto lieve, ovvero quando l'accusatore non era sicuro di riuscire a provare la colpevolezza dell'accusato», talché dal confronto tra Arist. *probl.* 29.14 e Dem. 24.114 gli pareva corretto concludere che «ferma restante la procedura contro il ladro colto in flagrante ... la γραφή era accordata dalla legge solo in caso di furto grave, mentre la δίκη poteva essere promossa sia in concorrenza con la γραφή in caso di furto grave, sia come unica azione consentita dal legislatore nei casi in cui la γραφή non era esperibile»²³⁰.

²²⁹ G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 828: «commis au préjudice des particuliers, le vol est simple ou qualifié. Cette distinction se fonde sur le principe que la gravité du délit augmenté proportionnellement à l'importance du préjudice causé et à la facilité d'exécution. Est défini vol simple, sauf exceptions spécifiées, celui dont la valeur ne dépasse pas cinquante drachmes. De limite minima, la conception juridique du vol simple n'en admet pas. ἄ μή καθέτου, μή ἀνήλη: c'est la règle absolue. Un ladre ou un chicaneur peut plaider sur la soustraction frauduleuse d'une bouse, d'où l'expression proverbiale *bolitou dike*. Est défini vol qualifié: 1) le vol commis en l'absence de toute circonstance aggravante, si l'objet dérobé vaut plus de cinquante drachmas; 2) le vol manifeste et nocturne d'une valeur quelconque. A ces deux sortes de vol qualifié le droit arrivé à son plein développement en joint deux autres: 1) le vol commis dans un des trois ports, si l'objet dérobé vaut plus de dix drachmas; 2) le vol commis dans les autres lieux publics (Lycée, Académie, Cynosarge et gymnases), quelle que soit la valeur de l'objet dérobé ... il va de sa que la distinction du vol simple et du vol qualifié est destinée à justifier des différences de procédure et de sanction. Le traitement du vol simple est en tout conforme à la douceur des mœurs nouvelles. L'auteur d'un vol qualifié court le risque d'une condamnation qui peut être clémente, mais peut être dictée par la rigueur draconienne. Le vol simple ouvrait une action privée. On n'est pas d'accord sur la question de savoir s'il pouvait encore être réprimé par une γραφή. Toutefois la négative semble probable. Le vol qualifié donnait passage à quatre procédures: l'action privée, l'action publique, la prise de corps exercée par le particulier lésé, ou par le magistrat compétent».

²³⁰ U.É. PAOLI, voce *Furto*, cit., 690.

Come già siamo venuti a sapere, invece, secondo Louis Gernet «la législation relative au vol donne l'impression d'une certaine incohérence, comme il arrive toutes les fois que des couches de droit d'âge très inégal se trouve accidentellement en contact», sicché «les auteurs de vol qualifié – et la flagrant délit reste un élément nécessaire du vol qualifié – sont mis à mort quand ils ont été l'objet d'une ἀπαγωγή», laddove gli altri ladri «soient poursuivis par une autre voie et frappés d'une peine généralement plus légère»: secondo l'autore «la voie ordinaire est alors celle de la δίκη, qui a pour sanction la restitution et la peine du double: c'est-à-dire que, le délit étant – pour nous – substantiellement le même, la peine se trouve très inégale suivant qu'il y a eu ou non flagrant délit»²³¹.

Hansen, convinto che la flagranza non fosse *condicio* della procedura di deduzione del ladro dianzi agli Undici, da un lato prende alla lettera – erroneamente, come già si è sopra dimostrato – Dem. 22.27, dall'altro ritiene – altrettanto erroneamente²³² – che in Dem. 24.105 il riferimento alla pena del doppio riguardi non una δίκη ma una γροφή, rimanendo persuaso che la scelta del tipo di azione da esperire fosse totalmente rimessa all'arbitrio del derubato, sintomo ciò di un sistema «unjust and primitive» ove «an offence might entail widely different penalties according to the type of process chosen by the prosecutor, and the sources show that the prosecutor could usually make his choice at his own discretion»; indi quest'ultimo «was probably not restricted by such objective criteria as, for example, the seriousness of the crime or the circumstances under which it had been committed»²³³, come testimoniarebbero i casi del magistrato corrotto (condannabile a morte, alla pena del decuplo, o anche alla sola restituzione di quanto sottratto) e dell'uomo che si prostituiva esercitando il diritto di parola (passibile di pena capitale o di ἀτιμία).

Il Cohen, sulla scia tracciata labilmente del Gernet, cassa la soluzione della δίκη κλοπῆς come «a residual category, filling the gaps left by the fifty and ten drachma requirements», in quanto da Dem. 24.114 tale assunzione non si potrebbe affatto ricavare, se non ragionando nel senso che «since the catalogue of offences is essentially complete, this last category must simply refer to those instances of klope implied by the proce-

²³¹ L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 323 e nt. 87.

²³² V., sul punto, in critica al pensiero dell'autore, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 120, nt. 192.

²³³ M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 120; v., altresì, K. LATTE, *Beiträge*, cit., 307; L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 323 e nt. 87.

eding categories»²³⁴. Secondo l'autore, invero, la δίκη κλοπῆς non sarebbe un'azione residuale, bensì un'azione da distinguere dalle altre azioni, e in primo luogo dalla ἀπαγωγή, per «conceptual characteristics»²³⁵ date essenzialmente dalla flagranza. Ma come si è *supra* già detto, Cohen pare confondere gli elementi costitutivi della struttura oggettiva dell'offesa con le condizioni di esperibilità di un'azione.

Se, come ben parafrasa Laura Pepe, per Cohen «la flagranza ... è dunque la prova oggettiva di un reato che, proprio in quanto flagrante, è per questo aggravato, violazione aperta dell'ordine sociale, e risulta pertanto meritevole della pena capitale»²³⁶, allora – ad avviso di chi scrive – emerge con chiarezza la circolarità del ragionamento e l'intima contraddizione dell'argomentare dello studioso americano. Se la flagranza è 'prova', essa si pone, in quanto tale, all'esterno dell'offesa (dipendendo, cioè, dalla presenza di un osservatore terzo che 'colga' l'oggettività della commissione dell'illecito e che 'oltre ogni ragionevole dubbio' provi il nesso che collega l'autore all'offesa), lungi dall'esserne cioè «a substantive requirement»²³⁷: sicché, se non a scapito di coerenza, essa non può al contempo essere anche forma di manifestazione aggravante (né, del resto, mi pare possano intendersi in tal ultimo senso le poche fonti a disposizione). Che un ladro sia colto o meno ἐπ'αὐτοφώρῳ, non è, in altre parole, una 'qualità strutturale' – rilevante ai fini della 'teoria sostanziale' – della condotta illecita, è una condizione 'esterna' da cui deriva l'attivabilità di speciali procedure (e ciò sempre che, stando al dettato della legge solonica, il furto sia 'grave' a causa del valore elevato della refurtiva, o delle modalità crono-topiche del dispiegarsi del contegno offensivo)²³⁸. Qualità aggravanti del furto, di contro, sono per l'appunto elementi accidentali circostanzianti quali il superamento delle cinquanta dracme, il sottrarre una cosa altrui di notte, il sottrarre una cosa altrui dal Liceo ecc.: non mi pare pienamente condivisibile, pertanto, l'adesio-

²³⁴ D. COHEN, *Theft*, cit., 42.

²³⁵ D. COHEN, *Theft*, cit., 43.

²³⁶ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124.

²³⁷ D. COHEN, *Theft*, cit., 58.

²³⁸ Secondo Gernet sarebbero aggiunte posteriori le indicazioni dell'ammontare della refurtiva discriminante per l'irrogazione della pena capitale, e dei luoghi di consumazione dell'offesa (L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 323 ss.): comunque sia, non mi pare dubitabile che al tempo degli oratori questi elementi sostanziali fossero strutturalmente necessari al manifestarsi della fattispecie (aggravata) perseguibile con l'azione speciale.

ne della Pepe là dove afferma che «la teoria formulata da Gernet e sviluppata da Cohen coglie indubbiamente nel segno per quanto riguarda l'opposizione tra fragranza e non fragranza, come risulta chiaro dall'insistenza delle fonti in relazione al fatto che la fragranza era elemento indispensabile per la ἀπαγωγή»²³⁹.

Vero è, a mio avviso, invece, che detta teoria presenta l'indiscutibile pregio di aver rimarcato con vigore – contro il pensiero di Hansen – la necessità della 'sorpresa ἐπ'αὐτοφώρῳ' (nel significato, tuttavia, che sopra è stato attribuito a detta espressione), ma non mi parrebbe affatto giustificato dai dati ricavabili dalle fonti l'enunciazione del Cohen, così assolutistica, secondo cui se non si aderisce alla sua «theory of fragrance and objective criminality» (quale teoria che postula una differenza oggettiva tra «aggravated theft and other thefts»), allora «the differentiation in penalties is simply one of the caprices of the system» e il «theft law» ad altro non si riduce che a un «chaotic agglomerated of provisions»²⁴⁰. Come meglio si potrà appurare a breve, la fragranza, invece, rimane unicamente *condicio actionis* (più precisamente condizione di esperibilità delle procedure speciali della ἀπαγωγή, della ἐφήγεσις e della ἔνδειξις), e la pena di morte – entro un 'sistema', quale quello attico solonico, connotato da una indiscutibile pluralità di sanzioni – risulta conseguenza di fattispecie non selezionate per capriccio ma che, per il loro oggettivo atteggiarsi *in rerum natura*, sono percepite come ipotesi più serie di altre e, pertanto, tali da dover essere assoggettate a pene più gravi.

Tentiamo, quindi, seppur ciò appaia alquanto ostico, di conciliare il dettato – retorico – di Dem. 22.26-27, con la sintesi di Dem. 24.113-114, nel tentativo di approfondire i rapporti intercorrenti tra i diversi mezzi processuali predisposti da Solone in caso di furto.

Nella già esaminata *contra Androktionem*, l'azione privata di furto di cui si tratta è quella che il δῶκων intenta con procedura arbitrale pubblica (e come abbiamo appreso detta procedura riguardava i furti che i Quaranta ritenevano di entità superiore alle dieci dracme): non una parola sulla procedura da dispiegare integralmente dinanzi alla magistratura dei Quaranta (per furti non superiori alle dieci dracme), non una parola su quella eliastica (di appello avverso il lodo pubblico non vincolante). Che lo scopo di Demostene non sia quello di descrivere pun-

²³⁹ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124.

²⁴⁰ D. COHEN, *Theft*, cit., 60.

tualmente le molteplici modalità procedurali in relazione agli elementi strutturali del furto, ma solo di screditare la proposta di Androzione, mi pare chiaro: egli pensa al 'sistema' processuale vigente per tale offesa solo a titolo di esempio (Dem. 22.25: οἶον τῆς κλοπῆς), e non lo pone ad oggetto di una esaustiva o, quantomeno, puntuale trattazione. Così mi pare chiaro che nel suo accenno alle procedure speciali della ἀπαγωγή e della ἐφήγεσις (Dem. 22.26: ἔρωσαι καὶ σαυτῶ πιστεύεις ἅπαγε ἐν χιλίαις δ' ὁ κίνδυνος. ἀσθενέστερος εἶ τοῖς ἄρχουσιν ἐφηγοῦ τοῦτο ποιήσουσιν ἐκεῖνοι) o a quella della γραφή (Dem. 22.26-27: φοβεῖ καὶ τοῦτο· γράφου), egli non abbia alcuna pretesa di determinare le condizioni in forza delle quali esperire ora l'una ora l'altra, ma solo di metter in luce l'ampio raggio di scelte che la legislazione solonica aveva concesso ai cittadini a seconda delle loro caratteristiche fisiche, economiche, morali. In Dem. 22.26-27, insomma, sono – politicamente – l'enumerazione (caotica ma d'impatto per i fini perseguiti dall'oratore) dell'ampia gamma di vie processuali, e – sociologicamente – le caratteristiche del 'derubato' a rappresentare il fulcro del passo: ma di ciò abbiamo già dato conto²⁴¹.

Concentriamoci un attimo sulla menzione della δίκη; Demostene, semplicemente, nel tentativo di contrastare la proposta di Androzione per la concessione di una sola procedura per ogni singolo reato²⁴², vuole

²⁴¹ Escluderei, insomma, che il sistema solonico indistintamente ponesse a totale discrezione del derubato l'uno o l'altro o l'altro ancora mezzo procedurale: che poi Demostene formuli coscientemente il suo pensiero in modo tale da impressionare i giurati e dar la parvenza che effettivamente Solone avesse posto sullo stesso piano i vari strumenti (laddove la proposta di Androzione avrebbe comportato una sola procedura per ogni singola offesa) è diversa questione. Sappiamo bene di cosa era capace Demostene per persuadere il δικαστήριον: di alterare il significato delle leggi proposte o di quelle esistenti (come fa, ad esempio, per screditare Leptine, da un lato asserendo che costui proponeva una legge che, escludendo, per tutti gli stranieri, e non solo per quelli domiciliati in Atene, come effettivamente era, l'esonero dalle 'coregie', avrebbe portato il re del Bosforo, Leucone, a ritorsioni sui commercianti ateniesi di grano; dall'altro adducendo che la proposta di Leptine andava contro quella legge ateniese, invero inesistente, che vietava che più pene fossero previste per lo stesso reato: Dem. 20.29-40); di travisare artatamente principi della costituzione ateniese (come fa contro Timocrate, accusandolo di violare il principio della uguaglianza di tutti i cittadini con una legge che non si rivolgeva alla generalità dei consociati: Dem. 24.59); di screditare ad ogni costo l'accusato (come fa nella stessa *contra Androtionem*, proclamando che quest'ultimo doveva essere condannato per prostituzione e che era addirittura un ἄτιμος in quanto il padre era debitore dello stato, benché, invero, il giudizio fosse paranomico e non ἐταιρήσεως e che nessuna pronuncia di ἀτιμία fosse stata emessa contro il padre di Androzione, peraltro ancora in vita: Dem. 22.21).

²⁴² Dem. 22.25: καὶ μὴν κάκεινό γε δεῖ μαθεῖν ὑμᾶς, ὅτι τοὺς νόμους ὁ τιθεὶς τοῦτους Σόλων καὶ τῶν ἄλλων τοὺς πολλούς, οὐδὲν ὅμοιος ὦν τούτῳ νομοθέτης, οὐχ

rimarcare il carattere democratico delle leggi di Solone e, in tale direzione, afferma che la δίκη κλοπῆς era sempre esperibile (dinanzi un arbitro pubblico), allorché il derubato non avesse voluto correre alcun rischio, quale la multa fissata in mille dracme o addirittura quale la perdita del diritto di promuovere γραφή o esperire procedure speciali²⁴³ per non aver ottenuto, esperita una γραφή di furto, almeno un quinto dei voti del tribunale²⁴⁴ (Dem. 22.27: καταμέμφει σεαυτὸν καὶ πένης ὧν οὐκ ἂν ἔχοις χιλίας ἐκτεῖσαι· δικάζου κλοπῆς πρὸς διαιτητὴν καὶ οὐ κινδυνεύσεις). Nel passo è del tutto generico, in altre parole, il riferimento a detta azione privata, astratta da ogni menzione all'oggetto materiale dell'offesa, al tempo della commissione o al luogo, come, del resto, rimangono indefiniti i requisiti delle altre procedure descritte: il cuore dell'argomentazione demostenica è, in definitiva, anche con precipuo riguardo alla δίκη κλοπῆς, solo l'inarrivabile pregio della legislazione solonica con riguardo all'ampia sfera di strumenti – a seconda delle qualità fisiche, psicologiche, economiche dell'attore – predisposti.

Da tale fonte, insomma, non possiamo inferire alcunché in merito alle ipotesi di esperibilità della δίκη κλοπῆς. Dobbiamo, invece, concentrare la nostra attenzione su una frase contenuta in Dem. 24.113 che, secondo il mio parere, o è stata sovente non presa in adeguata considerazione, ovvero non è stata interpretata correttamente²⁴⁵: come oramai ben sappiamo, Demostene nella sua sintesi del *nomos* solonico sul furto ci informa del fatto che la κλοπή diurna per un valore supe-

ἐνὶ ἔδωκε τρόπον περὶ τῶν ἀδικημάτων ἐκάστων λαμβάνειν δίκην τοῖς βουλομένοις παρὰ τῶν ἀδικούντων, ἀλλὰ πολλαχῶς, ἦδει γάρ, οἶμαι, τοῦθ' ὅτι τοὺς ἐν τῇ πόλει γενέσθαι πάντας ὁμοίως ἢ δεινοὺς ἢ θρασεῖς ἢ μετρίους οὐκ ἂν εἴη. εἰ μὲν οὖν, ὡς τοῖς μετρίοις δίκην ἐξαρκέσει λαβεῖν, οὕτω τοὺς νόμους θήσει, μετ' ἀδείας ἔσεσθαι πολλοὺς πονηροὺς ἠγεῖτο· εἰ δ' ὡς τοῖς θρασεῖσιν καὶ δυνατοῖς λέγειν, τοὺς ἰδιώτας οὐ δυνήσεσθαι τὸν αὐτὸν τοῦτοις τρόπον λαμβάνειν δίκην. δεῖν δ' ᾤετο μηδὲν' ἀποστερεῖσθαι τοῦ δίκης τυχεῖν, ὡς ἕκαστος δύναται. πῶς οὖν ἔσται τοῦτο; εἰὰν πολλὰς ὁδοὺς δῶ διὰ τῶν νόμων ἐπὶ τοὺς ἡδίκηκόςτας οἶον τῆς κλοπῆς.

²⁴³ Dem. 21.47; Dem. 23.80; Dem. 24.7; Dem. 26.9; Dem. 58.6; Dem. 53.1; Andoc. 1.33; Andoc. 4.18; cfr., sul punto, E.M. HARRIS, *The Penalty*, cit., 126.

²⁴⁴ Cfr. R. MARTINI, *Diritti greci*, cit., 155; A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 264; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 92 ss., 181 ss. Non può tacersi da un punto di vista generale, del resto, che anche l'esperimento della δίκη – a prescindere dalle interessate descrizioni ottimistiche di Demostene – era suscettibile di portare taluni rischi in caso di soccombenza: anzitutto la perdita della *prytaneia* (somma versata alla prima udienza pari a tre o trenta dracme) e il pagamento, talora, della *epobelía* a controparte (fissata ad 1/6 del valore della controversia): cfr. E.M. HARRIS, *The Penalty*, cit., 125.

²⁴⁵ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 125 e 158, nt. 277.

riore alle cinquanta dracme, così come quella notturna a prescindere dall'entità economica della refurtiva (in alternativa all'esercizio della forza privata²⁴⁶), in presenza della flagranza, era azionabile mediante la procedura 'dracontina'²⁴⁷ della ἀπαγωγή (Dem. 24.113: εἰ μὲν τις μεθ' ἡμέραν ὑπὲρ πεντήκοντα δραχμὰς κλέπτει, ἀπαγωγὴν πρὸς τοὺς ἔνδεκ' εἶναι, εἰ δὲ τις νύκτωρ ὅτιοῦν κλέπτει, τοῦτον ἐξεῖναι καὶ ἀποκτεῖναι καὶ τρῶσαι διώκοντα καὶ ἀπαγαγεῖν τοῖς ἔνδεκα, εἰ βούλοιο): ne conseguiva, come sappiamo, la morte del dedotto confesso. Immediatamente di seguito l'oratore afferma che τῶ δ' ἀλόντι ὦν αἱ ἀπαγωγαί εἰσιν, οὐκ ἐγγυητὰς καταστήσαντι ἔκτισιν εἶναι τῶν κλεμμάτων, ἀλλὰ θάνατον τὴν ζημίαν. Tale periodo non va inteso, secondo me, nel senso che «il ladro perseguito con ἀπαγωγή e dichiarato colpevole può soltanto essere condannato a morte e non può in alcun modo comporre l'offesa con una transazione pecuniaria»²⁴⁸, bensì – stando a quella che mi pare la resa più confacente al testo e al pensiero dell'autore – nel senso che 'colui che è stato ἀλόγος (cioè accusato e dichiarato responsabile) per aver commesso ἀδικήματα (come quelli di furto notturno o diurno sopra descritti) per i quali, in caso di flagranza, è esperibile la procedura della

²⁴⁶ Il sistema solonico, già lo si è messo in luce, continua a permettere il ricorso all'esercizio della forza privata in funzione di vendetta (basti pensare all'uccisione del ladro notturno o del μοιχὸς violatore del domicilio e colto in flagrante): ma meccanismi di controllo si affiancano a tale reperto pre-giuridico, moderando tale stato delle cose. La ἀπαγωγή, del resto, come sottolineava lo stesso Gernet (che ben ha presente Dem. 22.32), è erede diretta della vendetta, seppur si risolve in un atto «dirigé vers le dehors, vers le public» (L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 319). Incidentalmente rimarco come non mi paia convincente, in tal contesto, il richiamo operato da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 127, ad Arist. *de iust.* fr. 84 (Rose) che – a mio avviso – non fa affatto riferimento al fatto che il ladro «venga ... pubblicamente sorvegliato» (come traduce la stessa L. PEPE, *Ricerche*, cit., 112, nt. 174, in conformità alla versione di Cohen «be guarded» *scilicet* 'by a group of citizens': D. COHEN, *Theft*, cit., 75), ma al fatto che il ladro 'sia rinchiuso in una prigione pubblica'. V., altresì, U.E. PAOLI, *Les pouvoirs*, cit., 155 s. con disamina delle fonti che testimoniano l'impiego delle carceri non in funzione punitiva ma «par une mesure de sécurité publique» (tra cui i §§ 9-10 dell'orazione di Dinarco contro Aristogitone; quella di Demostene contro lo stesso, §§ 61-62; il fr. 78 dell'*epikleros* di Alexis), di modo che «le δεσμοτήριον n'était pas seulement un lieu d'exécution capitale, ou de détention pour certaines dettes, mais aussi le lieu où l'on enfermait ceux qu'il était prudent de retirer de la circulation» (U.E. PAOLI, *Les pouvoirs*, cit., 157).

²⁴⁷ Risulta espressamente che essa era stata prevista da Dracone per gli omicidi in Dem. 23.27, laddove in Arist. *resp. Ath.* 7.3 parrebbe lecito inferire che essa sia nata avverso i κακοῦργοι con la creazione solonica degli Undici.

²⁴⁸ L. PEPE, *Ricerche*, cit., 125.

ἀπαγωγή, è punito dalla legge, in assenza di flagranza (unicamente) con la pena di morte²⁴⁹. Per dire altrimenti, τῷ δ' ἄλόντι ὦν αἰ ἀπαγωγαί εἰσιν ... θάνατον τὴν ζημίαν altro non significa che la procedura della ἀπαγωγή, per diritto solonico, era alternativa (in caso di flagranza) alle sole azioni protese a condannare alla pena capitale l'accusato trovato responsabile. O ancora: solo i furti suscettibili di pena capitale potevano farsi valere in via direttissima dinanzi agli Undici. Il cogliere in flagranza, come s'è già rilevato, non era una aggravante, ma una condizione di esperibilità di una procedura diretta a sanzionare un illecito già aggravato e, per ciò, punibile capitalmente²⁵⁰.

Mi parrebbe lecito scartare, in definitiva, il – comunemente riconosciuto – ‘immediato concorso elettivo’ tra le due procedure in questione (ἀπαγωγή/δίκη κλοπῆς)²⁵¹: nel senso che un furto, seppur manifesto, se era semplice (cioè non aggravato dal valore della refurtiva ovvero dal *locus* o *tempus commissi delicti*), non poteva essere represso con la deduzione agli Undici (il cui ricorso necessitava, a monte, la punibilità capitale), ma solo con quella δίκη κλοπῆς che, al più, come abbiamo avuto poc'anzi modo di appurare, comportava, in via principale, una sanzione pecuniaria nel doppio o nel decuplo, ed eventualmente, su irrogazione del solo tribunale (e non dei Quaranta e degli arbitri), la pena accessoria della gogna (Dem. 24.114: εἰ δέ τις ἰδίαν δίκην κλοπῆς ἀλοίη, ὑπάρχειν μὲν αὐτῷ διπλάσιον ἀποτεῖσαι τὸ τιμηθέν, προστιμῆσαι δ' ἐξείναι τῷ δικαστηρίῳ πρὸς τῷ ἀργυρίῳ δεσμὸν τῷ κλέπτῃ, πένθ' ἡμέρας καὶ νύκτας ἴσας, ὅπως ὀρώεν ἅπαντες αὐτὸν δεδεμένον)²⁵². Invece, un furto aggra-

²⁴⁹ Più letteralmente: «al soggetto che è accusato/condannato per aver commesso le offese per le quali è (prevista) la ἀπαγωγή, non è dato presentare garanti né pagare una pena pecuniaria (fissata sulla base del valore) della refurtiva; egli, invero, è da assoggettare alla (sola) pena capitale». Non mi pare corretto pertanto intendere semplicemente la frase nel senso che la pena di morte è la conseguenza della procedura speciale attivabile in flagranza, ma che tale procedura è instaurabile solo allorché si commetta un furto passibile di pena capitale (in assenza di flagranza). Nel senso da me respinto v. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 155, che traduce «chi sia stato sorpreso a commettere un reato per cui è possibile ricorrere alla ἀπαγωγή, non può, esibendo garanti, ripagare la somma rubata: la pena è la morte», ovviamente dando qui ad ἀλίσκομαι il significato di ‘catturare’ che, invece, io escludo.

²⁵⁰ Del pari, il ritrovamento del μοιχὸς *in flagrante delicto* (Luc. *eun.* 10) legittima il κύριος alla immediata uccisione (in alternativa alla deduzione agli Undici), in presenza di un reato già aggravato dalla violazione di domicilio: anche qui l'essere manifesto non è, quindi, aggravante, ma condizione di (ulteriore) procedibilità (sommatoria).

²⁵¹ V., paradigmaticamente, U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 690; D. COHEN, *Theft*, cit., 58 ss.; L. PEPE, *Ricerche*, cit., 127, nt. 204, 129 ss.

²⁵² Ma, io credo, che la esclusione di tale concorso sia da intendere anche nel senso

vato dal valore della refurtiva (ovvero, come si notava poc'anzi, anche dal *locus* o *tempus commissi delicti*) era reprimibile, anche se non colto ἐπ'αὐτοφώρῳ, già di per sé con la pena capitale (e quindi non con la δίκη κλοπῆς), come possiamo inferire dalle battute iniziali di Dem. 24.113 (che tratta del furto notturno e di quello diurno con refurtiva di valore superiore alle cinquanta dracme) e pertanto, in caso di flagranza, era ammissibile ἡ ἀπαγωγή (ἀπαγωγὴν πρὸς τοὺς ἔνδεκ' εἶναι).

Più precisamente, atteso che giammai la δίκη κλοπῆς implicava l'irrogazione della pena di morte (Arist. *probl.* 952 a 17-20), dalla constatazione che il ladro poteva essere – in caso di flagranza – ἀπαγόμενος in via esclusiva allorché avesse commesso un furto sanzionabile solo con θάνατος ἢ ζημία, mi pare giocoforza ritenere che, se il furto era al contempo diurno e inferiore alle cinquanta dracme (o comunque non diversamente aggravato: per esempio era compiuto in un porto o in una palestra, ma per un valore di meno di dieci dracme), rimanendo peraltro impregiudicato qualsivoglia interesse della collettività, il (solo) rimedio impiegabile era dato da quella δίκη che, con buona probabilità, traeva sì le proprie origini dalla composizione pecuniaria, ma che non era verisimilmente promuovibile – in via principale – allorché fosse da proteggere un interesse reputato trascendente quello privato (e tutto ciò, sia nell'ipotesi di flagranza, sia nell'ipotesi

che un 'furto aggravato e manifesto' non fosse discrezionalmente perseguibile con qualsivoglia mezzo diverso dall'ἀπαγωγή, ma solo con quello che – in assenza di flagranza – era, giusta l'interesse pubblico involto (che trascendeva quello privato e quindi escludeva forme di composizione), promuovibile: cioè (come meglio vedremo *infra*, § 5) l'azione scritta. Non posso che concordare solo parzialmente, quindi, con quanto delineato da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 129 ss. con riguardo al superamento in diritto attico arcaico dello stadio della vendetta e della derivazione dell'azione privata di furto dalla composizione privata: sono fermamente convinto anche io di tale derivazione, ma il ricorso alla composizione privata mi pare invocabile solo allorché non vi siano di mezzo interessi valutati dalla *polis* come collettivi (tanto è, ad esempio, che la stessa forma ordinaria di repressione dell'omicidio era, anche per diritto classico, solo quella di una δίκη, derivata direttamente – come è risaputo – dall'originario 'self-redress' del gruppo dell'ucciso cui, in alternativa, nell'antico diritto omerico, si ponevano l'esilio e la πονή): là dove il furto era avvertito come fatto che minava anzitutto (se non esclusivamente) un interesse pubblico – come io credo accada, per esempio, per l'ipotesi di furto in luoghi pubblici (Accademia, Liceo, Cinosorge, palestre, porti, bagni pubblici) – non vi sarebbe stato spazio per una composizione pecuniaria tra derubato e ladro e, quindi, neppure per l'esperimento (in via solamente alternativa) di una δίκη (a meno che ciò, ovviamente, non fosse formalmente previsto): in questi casi era, tra i cittadini, ὁ βουλόμενος ad esser legittimato attivo alla persecuzione del furto e non solo il derubato.

in cui tale condizione non ricorresse)²⁵³. Di contro, per il furto diurno superiore alle cinquanta dracme (ovvero per le altre forme di furto che erano ritenute lesive dell'*utilitas publica*) era ammessa la ricorribilità immediata agli Undici se il ladro era colto ἐπ'αὐτοφώρῳ, sicché è credibile che esso venisse considerato come punibile a monte con la pena capitale (come vedremo nel prossimo paragrafo, a mezzo di azione pubblica) e, atteso l'interesse δημοσία involto, come non suscettibile originariamente di composizione pecuniaria²⁵⁴: donde la non esperibilità della δίκη κλοπῆς (quale strumento ordinario di persecuzione).

Ugualmente – ma invertendo il punto di partenza del ragionamento: ossia partendo non dalla procedura, ma dal tipo di sanzione – atteso che in certi casi, il ladro, pur se non colto ἐπ'αὐτοφώρῳ, era passibile di pena capitale (in quanto la sua condotta era ritenuta lesiva di un interesse pubblico) e, *a fortiori*, della eventuale deduzione agli Undici, se sorpreso *in flagrante delicto* (§ 114: καὶ εἴ τις γ' ἐκ Λυκείου ἢ ἐξ Ἀκαδημείας ἢ ἐκ Κυνοσάργους ἰμάτιον ἢ ληκύθιον ἢ ἄλλο τι φαρυλότατον, ἢ εἰ τῶν σκευῶν τι τῶν ἐκ τῶν γυμνασίων ὑφέλοιτο ἢ ἐκ τῶν λιμένων, ὑπὲρ δέκα δραχμάς, καὶ τούτοις θάνατον ἐνομοθέτησεν εἶναι τὴν ζημίαν), mi sembrerebbe corretto escludere, per tutto quanto sin qui detto, che l'azione privata κλοπῆς fosse esperibile per offese di tal fatta commesse al Liceo, all'Accademia, al Cinosarge (a prescindere dal valore della refurtiva: e, quindi, anche se ad oggetto della sottrazione furtiva era un abito, un'ampollina per gli unguenti, o qualcos'altro di infimo valore), nonché presso porti e ginnasi (per un valore superiore alle dieci dracme). Sillogisticamente: 1) i furti commessi in determinati luoghi (Liceo, Accademia, Cinosarge) o in determinati luoghi e per

²⁵³ Riprendo, così, una tesi assai antica, quella patrocinata agli inizi del diciannovesimo secolo da A.W. HEFFTER, *Die athenäische Gerichtsverfassung*, cit., 184 ss., e fatta propria sul finire dello stesso secolo da K.F. HERMANN - T. THALHEIM, *Lehrbuch der griechischen Rechtsalterthümer*, cit., 47 (ma cfr., altresì, L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 319 e nt. 62, 323 e nt. 87).

²⁵⁴ Dunque: 1) i furti espressamente previsti come passibili di ἀπαγωγή (furto notturno, furto diurno per più di cinquanta dracme) in assenza di flagranza sono da sanzionare con la morte (Dem. 24.113); 2) la δίκη κλοπῆς, che non comporta la pena di morte (Dem. 22.105), è il solo rimedio per i furti semplici (non aggravati da luogo, tempo, entità della refurtiva); 3) in caso di flagranza sono sanzionabili con la sola δίκη κλοπῆς e non con la ἀπαγωγή i furti semplici (non aggravati da luogo, tempo, entità della refurtiva); 4) i furti previsti come passibili di ἀπαγωγή, in assenza di flagranza, non sono perseguibili con la δίκη κλοπῆς che è diretta non alla tutela di un interesse avvertito come 'δημόσιον', ma come 'ἴδιον'.

un determinato valore sono sanzionati (in assenza della flagranza), per l'interesse pubblico violato, con la pena capitale (Dem. 24.114); 2) la δίκη κλοπῆς, azione privata tesa alla tutela della *utilitas singulorum*, non comporta la pena di morte (Dem. 22.105); 3) i furti commessi in determinati luoghi (Liceo, Accademia, Cinosarge) ovvero contestualmente in determinati luoghi (ginnasi, porti) e per un determinato valore (più di dieci dracme), non sono sanzionabili con δίκη κλοπῆς²⁵⁵.

5. *Il problema dell'esistenza della γραφή κλοπῆς in diritto attico.*

Nel precedente paragrafo abbiamo constatato, sulla base dell'analisi comparativa principalmente di Dem. 24.105, 113-114 e Dem. 22.26-27, che talune fattispecie di furto circostanziate da forme di manifestazioni dell'offesa di tipo aggravante (il superamento delle cinquanta dracme, la commissione notturna dell'illecito), ove non vengano repressate a mezzo di quella procedura speciale che è l'ἀπαγωγή, debbono essere comunque punite con la pena capitale (o, meglio, abbiamo sostenuto che la persecuzione per direttissima dinanzi agli Undici è subordinata alla consumazione di una ipotesi offensiva che, già integrando gli estremi della κλοπή aggravata, sia tale da meritare – secondo una valutazione operata discrezionalmente dall'ordinamento solonico – la inflizione della morte). Donde, assodata la finalità dell'azione privata (restituzione della refurtiva e irrogazione di una pena pecuniaria pari al doppio; pagamento, a titolo sanzionatorio, del de-

²⁵⁵ Faccio notare, incidentalmente, che ad avviso del Glotz sarebbe esistito un termine di decadenza per l'esperimento dell'azione privata di furto fissato in cinque anni, sulla base di Dem. 36.27 (δοκεῖ γὰρ μοι καὶ ὁ Σόλων οὐδενὸς ἄλλου ἕνεκα θεῖναι αὐτὸν ἢ τοῦ μὴ συκοφαντεῖσθαι ὑμᾶς. τοῖς μὲν γὰρ ἀδικουμένοις τὰ πέντ' ἔτη ἰκανὸν ἠγήσαστ' εἶναι εἰσπράξασθαι· κατὰ δὲ τῶν ψευδομένων τὸν χρόνον ἐνόμισεν σαφέστατον ἔλεγχον ἔσεσθαι. καὶ ἅμ' ἐπειδὴ ἀδύνατον ἔγνω ὄν τοὺς τε συμβάλλοντας καὶ τοὺς μάρτυρας αἰεὶ ζῆν, τὸν νόμον ἀντὶ τούτων ἔθηκεν, ὅπως μάρτυς εἴη τοῦ δικαίου τοῖς ἐρήμοις) che cita una legge sulla προθεσμία, ritenuta di valore generale (e quindi applicabile pure alle fattispecie sanzionabili con δίκη κλοπῆς): G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 829 e ntt. 13 e 14. Ma già il Wolff ha ben dimostrato la infondatezza di tale tesi, giacché la legge avrebbe fatto riferimento a sole ipotesi contrattuali: H.J. WOLFF, *Verjährung von Ansprüchen nach attischem Recht*, in *Eranion Maridaki*, I, Athinai, 1963, 87 ss. Come ha messo, poi, in luce I. MONETI, *La 'dike klopēs'*, cit., 108, «le fonti sulla κλοπή, come i passi relativi delle 'Leggi' di Platone (Plato *leg.* 857 a-b, 914 b-c, 941 c, 954 a-b), non pongono alcun limite temporale per perseguire i ladri, lo stesso libero ricorso alla φερά conferma l'assenza di qualsiasi termine oltre il quale non sarebbe stata consentita alcuna azione legale».

cuplo del valore della cosa sottratta, in aggiunta al costo di quest'ultima in caso di impossibilità di restituzione; pena accessoria eventuale infamante dei ceppi), pare chiara – almeno ad avviso di chi scrive – la necessità di postulare l'esistenza, tra gli strumenti processuali ordinari che il sistema ateniese forniva ai consociati, di una azione (avente il fine di sanzionare interessi della comunità) con cui si conseguisse una pena più grave di quella propria della *δίκη*: uno strumento processuale, insomma, da un lato, teso alla irrogazione della pena capitale per le fattispecie di furto più gravi di quello diurno e per un valore inferiore alle cinquanta dracme, dall'altro, concorrente con la deduzione dinanzi agli Undici (che, come sappiamo, presupponeva un furto non semplice)²⁵⁶.

Sulla base di tale ragionamento prende sempre più corpo l'opportunità di attribuire al problematico Dem. 22.26-27, senza altro, non un valore 'sostanzialmente' descrittivo e sistematico, ma, nel quadro retorico in cui i due §§ si devono iscrivere, unicamente un valore 'elencativo' – attraverso, come oramai è noto, l'impiego di verbi evocativi: *ἀπάγειν*, *ἐφηγεῖσθαι*, *γράφειν*, *δικάζειν* – della gamma di tutti i mezzi procedurali attivabili

²⁵⁶ Diversamente dicendo: sappiamo che il furto notturno e il furto diurno per valore superiore alle cinquanta dracme erano, in caso di flagranza, suscettivi di permettere la promozione di una *ἀπαγωγή*; sappiamo che quest'ultima procedura presupponeva (oltre alla flagranza) la commissione di un furto meritevole di pena capitale: di qui la considerazione che il furto notturno e il furto diurno per valore superiore alle cinquanta dracme erano (anche in assenza di flagranza) punibili con la pena capitale. Sappiamo che taluni furti commessi in certi luoghi di pubblica rilevanza erano repressi capitalmente: di qui la considerazione che, se flagranti, essi ammettevano la *ἀπαγωγή*. Sappiamo, infine, che con la *δίκη* (applicabile pacificamente all'ipotesi di furto diurno non aggravato) non era irrogabile *θάνατος ἢ ζηνία*: di qui la questione di individuare un'azione che sfociasse in tale pena per le ipotesi di furto circostanziato appena sopra delineate. Come rimarcavo già nel pregresso paragrafo, del resto, se l'azione comminante la pena capitale per l'ipotesi di furto aggravato era la *γραφὴ κλοπῆς* (esperibile da chiunque *πρὸς τὴν πόλιν*) credo sia da escludere, dato l'interesse leso dal furto aggravato (interesse pubblico), sia che la *δίκη κλοπῆς* (tesa a proteggere solo un interesse privato) fosse esperibile in alternativa, sia che fosse integrabile un accordo tra offensore e parte offesa. Ammettiamo pure che tra il derubato e il ladro di un bene dal valore superiore alle cinquanta dracme ovvero commesso di notte ovvero in un luogo rilevante *δημοσίᾳ* si pervenisse ad una composizione pecuniaria: a mio giudizio, tale composizione sarebbe stata sostanzialmente inutile al ladro, in quanto sarebbe residuo il diritto di tutti gli altri consociati di esperire, facendo valere in giudizio un interesse pubblico, la *γραφὴ κλοπῆς* (ma si v., comunque, la nota conclusiva del presente paragrafo circa l'alternativa alla pena capitale che potrebbe ipotizzarsi avere il ladro accusato con *γραφὴ κλοπῆς*). Non posso, in definitiva, essere più lontano dal pensiero di Robin Osborne che, giusta Dem. 22.26-27, reputa che le procedure ateniesi fossero diversificate solo a seconda delle differenti posizioni sociali delle potenziali parti in causa e che, pertanto, differenze di diritto sostanziale non fossero affatto rilevanti (R. OSBORNE, *Law in Action in Classical Athens*, in *JHS*, CV, 1985, 40 ss.).

(non indiscriminatamente a seconda dell'arbitrio di parte²⁵⁷, ma ovviamente a secondo della tipologia di furto, e della presenza delle condizioni di procedibilità richieste caso per caso): e tra questi mezzi si configura, indubbiamente, quello della γραφή κλοπής²⁵⁸.

Vero è, invece, che numerosi dubbi sono stati sollevati circa l'esistenza di detta azione (e, una volta risposta affermativamente alla domanda sulla sua rinvenibilità nel sistema processuale attico, circa la individuazione dei concreti casi di furto che essa sarebbe stata volta a perseguire).

Così, secondo il Glotz, la γραφή κλοπής sarebbe stata alternativa sia alla ἀπαγωγή sia alla δίκη²⁵⁹; secondo Gernet essa, comportante in via esclusiva la pena capitale, sarebbe stata esperibile solo nel caso di furto 'qualificato', inteso tuttavia nel senso di furto 'flagrante'²⁶⁰. Similmente si era pronunciato – ancor prima dell'autore dell'*Anthropologie* – il Lipsius. Questi, infatti, espressosi preliminarmente in questi termini: «von Apagoge oder Ephesis gestattete das Gesetz, wie im fünften Hauptstück gezeigt worden ist, nur dann gebrauch zu machen, wenn der Dieb auf frischer Tat ertappt worden war; den auf nächtlichem Diebstahl Ergriffenen was sogar zu töten und bei der Verfolgung zu

²⁵⁷ V., in *primis*, M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 120; cfr., altresì, paradigmaticamente, G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 829, il quale reputa che in caso di «vol qualifié» il derubato abbia a sua disposizione tutti i mezzi processuali predisposti dall'ordinamento (in tal senso v., pure, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 124 ss., la quale reputa però che sia Dem. 24.113-114 sia Dem. 22.26-27 si riferiscano all'ipotesi di furto flagrante); secondo D. COHEN, *Theft*, cit., 42 ss., invece, una volta esclusa l'esperibilità dell'azione pubblica per furti di beni privati, l'azione privata e quella speciale di deduzione dinanzi agli Undici sarebbero state esperibili in concorso tra loro in caso di flagranza; più cauto U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 690.

²⁵⁸ Cfr. la concisa e limpida disamina di I. MONETI, *La 'graphe klopes' nel diritto attico*, in *CivClCr*, XII, 1991, 7 ss.

²⁵⁹ G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 828, dopo aver enumerato le procedure, tutte astrattamente esperibili in caso di furto, scrive: «les deux premiers de ces recours étaient accessibles dans tous les cas, les deux derniers seulement dans le cas de flagrant délit. L'auteur d'un vol qualifié pouvait donc, selon les circonstances, être trainé devant la justice soit par deux, soit par quatre voies. Mais il n'avait pas à redouter plus d'une poursuite pour le même fait; l'action civile et l'action criminelle étaient exclusives l'une de l'autre. Il n'est pas admissible que la personne lésée procédât par une δίκη et qu'en même temps un tiers intentant une γραφή: le tiers n'avait le droit d'intervenir qu'au cas où la victime du vol ne déposait pas de plainte».

²⁶⁰ L. GERNET, *Sur l'exécution capitale*, cit., 319, nt. 62 «la δίκη a lieu, semble-t-il, en cas de vol non qualifié, donc de vol non flagrant: elle est hors de cause. La γραφή s'applique sans doute au vol qualifié, mais elle est de date relativement récent. Deux autres procédures sont en relation plus étroite avec l'ἀπαγωγή, ce sont l'ἔνδειξις et l'ἐφήγησις. Mais il est au moins douteux que la première s'applique aux κακοῦργοι. Quant à la seconde, il semble que son domaine primitif ait été celui qui n'a pu coexister de prime abord avec l'ἀπαγωγή». Cfr., altresì, ID., *Sur l'exécution capitale*, cit., 323 e nt. 87.

verwunden erlaubt», continuava affermando: «aber auch die Zulässigkeit der Schriftklage unterlag, wie wir einer anderen Äußerung des Demosthenes (nt. 70: *G. Timokr.* 114) entnehmen dürfen, insofern einer Beschränkung, als durch sie nur ein qualifizierter Diebstahl verfolgt werden durfte, den schon die solonischen Gesetze von dem einfachen Diebstahl scharf geschieden hatten»²⁶¹.

Paoli, invece, parla di una «azione pubblica di furto» la quale «era presentata al foro dei Tesmoteti e dava luogo a un ἄγων τιμητός, che poteva chiudersi con una condanna a morte; e quand'anche la pena fosse stata minore, l'accusato soccombente era colpito *ipso iure* da ἀτιμία in seguito alla condanna ritenuta degradante»; inoltre egli – prima alquanto prudentemente – ritiene che «i dati informativi forniti lasciano nell'incertezza se fosse esclusivamente in facoltà del derubato la scelta fra promuovere un'azione pubblica (γραφῆ) o un'azione privata (δίκη) ... ovvero se la esperibilità dell'azione contro il ladro dipendesse anche da un elemento oggettivo consistente nella stessa gravità del furto»²⁶², poi si sbilancia – come già abbiamo avuto modo di notare – reputando, sulla scorta di Dem. 23.114, Arist. *probl.* 29.14 (= 952 a-b) e di Plaut. *poen.* 1336-1337, che l'azione pubblica entrasse elettivamente in concorrenza con quella privata in caso di furto grave.

Hansen, come ci è noto, senza neppur nominare la δίκη si riferisce alla γραφή κλοπῆς come a una procedura tesa ad ottenere una condanna esclusivamente pecuniaria, eventualmente appesantita dalla sanzione della gogna²⁶³.

²⁶¹ J.H. LIPSIVS, *Das attische Recht*, cit., 438. Contro tale ricostruzione v. M. KASER, *Der altgriechische Eigentumschutz*, cit., 144 e nt. 3, ad avviso del quale la teoria del Lipsius non sarebbe supportata da alcuna fonte.

²⁶² U.E. PAOLI, voce *Furto*, cit., 690; ma v., anche, U.E. PAOLI, *Zum attischen Strafrecht und Strafprozessrecht*, in *ZSS*, LXXVI, 1959, 103.

²⁶³ La ricostruzione di M.H. HANSEN, *Apagoge*, cit., 120 viene in parte seguita da A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 166 s. e nt. 5, il quale, seppur riconosce l'esistenza dell'azione privata, pare omologare ad essa, quanto agli effetti, l'azione pubblica e ritiene che il procedimento di voto implichi tre turni: «there was at least one type of case, the γραφή κλοπῆς, where the statute laid down that, over and above restitution of the stolen property plus a fine of double the estimated value of it, the convicted defendant might be condemned to five days in the stocks, if the court so decided. Probably the last penalty was only imposed if the prosecutor (ὁ βουλόμενος) so moved. When this occurred, it would have necessitated three votes: the first born the guilt or innocence of the accused; the second, if he was judged guilty, on the value of the thing at issue, as between the estimates of the prosecutor and the accused, the third, if the prosecutor so moved, on whether the accused should or should not spend five days in the stocks». V., comunque, contro tale ricostruzione, D. COHEN, *Theft*, cit., 46 s.

Altri autori, pur ammettendo l'esistenza della γραφή κλοπῆς, forti del dettato demostenico dei §§ 26-27 della *contra Androtionem*, relegano l'operatività di questo mezzo ora alla sola sanzione dei furti di beni pubblici²⁶⁴, ora anche a quella di furti da luoghi pubblici²⁶⁵, suggerendo «that the state of evidence cannot justify accepting the existence of a *graphé klopés* for theft of private property», anzi, che «the silence of the sources would seem to weigh heavily against it»²⁶⁶.

Passate in rassegna le principali tesi in materia e, come è ovvio, non potendo che concordare sulla precarietà e sulla scarsità delle fonti impiegate per una soddisfacente ricostruzione del regime della γραφή κλοπῆς²⁶⁷,

²⁶⁴ D. MACDOWELL, *The Law*, cit., 149; D. COHEN, *Theft*, cit., 45 ss., 49 ss.

²⁶⁵ P. VINOGRADOFF, *Outlines of Historical Jurisprudence*, II, *The Jurisprudence of the Greek City*, Oxford, 1922, 176; E. RUSCHENBUSCH, *Untersuchungen*, cit., 52. Cfr., altresì, K. LATTE, *Beiträge*, cit., 307, che non menziona neppure l'azione pubblica e contempla solo quella privata quale alternativa alla ἀπαγωγή.

²⁶⁶ V. D. COHEN, *Theft*, cit., 47. Non prende posizione in proposito L. PEPE, *Ricerche*, cit., 120 s., secondo la quale «la questione, comunque, non è ai nostri fini rilevante: che si ammetta o no l'esistenza della γραφή κλοπῆς per il furto di un oggetto privato, essa comunque, non era un'azione 'autonoma', nel senso che, come universalmente riconosciuto, non serviva a perseguire un reato altrimenti non perseguibile»: il che, ad onore del vero, non mi riesce facile da comprendere.

²⁶⁷ Non paiono essere invocabili i seguenti passi: Dem. 45.81: καίτοι πρὸς θεῶν, εἰ κλέπτην σ' ἀπήγον ὡς ἐπ' αὐτοφώρῳ εἰληφῶς, τὴν οὐσίαν ἣν ἔχεις, εἴ πως οἶόν τ' ἦν, ἐπιθείς σοι, εἰτὰ σ' ἤξιουν, εἰ μὴ φῆς ὑφηρημένος ταῦτ' ἔχειν, ἀνάγειν ὅθεν εἰληφας, εἰς τίν' ἂν αὐτ' ἀνήγαγες; Isocr. 20.6: ὁρῶ δ' ὑμᾶς, ὅταν του καταγνώθ' ἱεροσουλίαν ἢ κλοπὴν, οὐ πρὸς τὸ μέγεθος ὧν ἂν λάβωσι τὴν τίμησιν ποιουμένους ἀλλ' ὁμοίως ἀπάντων θάνατον καταγιγνώσκοντας, καὶ νομίζοντας δίκαιον εἶναι τοὺς τοῖς αὐτοῖς ἔργοις ἐπιχειροῦντας ταῖς αὐταῖς ζημίαις κολάζεσθαι. Non decisiva, invece, per escludere l'esistenza di una γραφή κλοπῆς credo sia l'assenza di menzione in Arist. *resp. Ath.* 59.1-4: οἱ δὲ θεσμοθέται πρῶτον μὲν τοῦ προγράψαι τὰ δικαστήριά εἰσι κύριοι, τίσιν ἡμέραις δεῖ δικάζειν, ἔπειτα τοῦ δοῦναι ταῖς ἀρχαῖς καθότι γὰρ ἂν οὗτοι δῶσιν, κατὰ τοῦτο χράνται. ἔτι δὲ τὰς εἰσαγγελίας εἰσαγγέλλουσιν εἰς τὸν δῆμον, καὶ τὰς καταχειροτονίας καὶ τὰς προβολὰς ἀπάσας εἰσάγουσιν οὗτοι, καὶ γραφὰς παρανόμων, καὶ νόμον μὴ ἐπιτήδειον θεῖναι, καὶ προεδρικὴν καὶ ἐπιστατικὴν καὶ στρατηγίς εὐθύνας. εἰσὶ δὲ καὶ γραφαὶ πρὸς αὐτοὺς ὧν παράστασις τίθεται, ξενίας καὶ δωροξενίας, ἂν τις δῶρα δούς ἀποφύγη τὴν ξενίαν, καὶ συκοφαντίας καὶ δῶρον καὶ ψευδεγγραφῆς καὶ ψευδοκλητείας καὶ βουλευέσεως καὶ ἀγραφίου καὶ μοιχείας. εἰσάγουσιν δὲ καὶ τὰς δοκιμασίας ταῖς ἀρχαῖς ἀπάσας, καὶ τοὺς ἀνεψηφισμένους ὑπὸ τῶν δημοτῶν, καὶ τὰς καταγνώσεις τὰς ἐκ τῆς βουλῆς. Come persuasivamente già suggeriva A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 15, infatti, si tratterebbe non di un catalogo esaustivo di azioni pubbliche, bensì di quelle che, presentate al foro dei Tesmoteti, comportavano il pagamento della παράστασις (laddove, secondo J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht*, cit., 72 si tratterebbe di un elenco, sempre non esaustivo, di azioni pubbliche dirette a sanzionare condotte delittuose involgenti in primo luogo un interesse privato e solo, in seconda battuta, un interesse pubblico). Per quanto riguarda Dem. 22.26-27 e Dem. 24.105 e 114 si v., nel prosieguito, il testo del presente paragrafo. Per una lettura alternativa e una discussione dei passi cfr. D. COHEN, *Theft*, cit., 37 s., 46 s.

vorrei, invece, a mente soprattutto di quanto argomentato nel paragrafo dedicato all'azione privata e a quanto compendiato in principio del presente paragrafo, tentare di leggere tra le righe di quei due passi che – è vero – non parlano di un'azione 'scritta' tesa a sanzionare il furto di cose private, ma, a mio avviso, possono comunque essere considerati comunque validi (se non invincibili) indizi di una azione siffatta.

Anzitutto, non credo si possa dubitare che in Dem. 22.26-27 il riferimento sia, nel pur magmatico e indeterminato contesto che conosciamo²⁶⁸, ad una serie di azioni esperibili dal privato – a seconda delle proprie capacità fisiche ed economiche – per la sottrazione di un proprio bene: è infatti sulla ampia gamma di scelta fornita da Solone e sulla persona derubata, che Demostene vuole concentrare l'attenzione dell'uditorio onde mettere in risalto tutta la inadeguatezza del 'sistema processuale monistico' proposto da Androzione. Il che, invero, nonostante la cautela che va impiegata necessariamente nel maneggiare tale fonte, mi parrebbe un sintomo tale da far propendere l'interprete a credere che Demostene (e con lui, comprensibilmente, lo stesso collegio di δικασταί) fosse ben conscio dell'esistenza *pro civitate* di una γραφή, benché egli nulla dica in merito ai singoli casi di esperibilità (ma già sappiamo che di tale aspetto, in quel luogo del discorso giudiziario, l'oratore non aveva alcuna intenzione di occuparsi, attesi i suoi più immediati scopi). E a mio modo di vedere è proprio in quelle due fonti in cui non v'è menzione alcuna della procedura in parola che mi pare lecito ipotizzare un – forse non esaustivo – elenco delle fattispecie di furto di cose private perseguibili con azione pubblica.

Partiamo da Dem. 24.114: nel passo troviamo scritto che εἴ τις γ' ἐκ Λυκείου ἢ ἐξ Ἀκαδημείας ἢ ἐκ Κυνοσάργου ἰμάτιον ἢ ληκῦθιον ἢ ἄλλο τι φαυλότατον, ἢ εἰ τῶν σκευῶν τι τῶν ἐκ τῶν γυμνασίων ὑφέλοιτο ἢ ἐκ τῶν λιμένων, ὑπὲρ δέκα δραχμῶν, καὶ τούτοις θάνατον ἐνομοθέτησεν εἶναι τὴν ζημίαν²⁶⁹. L'oratore, in altre parole, ci informa

²⁶⁸ Rammento che già a partire da J.H. LIPSIVS, *Das attische Recht*, cit., 438, si è rifiutata una interpretazione letterale del passo; vero è, tuttavia, che da taluni o lo si è contemporaneamente preso in considerazione in modo letterale per certi scopi e ignorato o snaturato per certi altri (come accade, all'evidenza, in G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 828); altrove, invece, il passo è del tutto dimenticato (come accade nel pur informatissimo secondo volume di *'The Law of Athens'* di Harrison).

²⁶⁹ Cohen constata che «the provision cited by Demosthenes immediately before these describes self-help and *apagoge* as the appropriate remedies for nocturnal and diurnal theft» e che «the passage at hand makes no reference to procedure; Demosthenes

del fatto che per talune forme di furto circostanziate o solo dal luogo di consumazione o contemporaneamente dal luogo e dall'entità della refurtiva, Solone aveva stabilito per legge (ἐνομοθέτησεν) che la sanzione (ζημία) considerata meritevole di irrogarsi fosse addirittura quella capitale (θάνατος)²⁷⁰. Anzi, più precisamente, in virtù di un collegamento analogico *sub specie poenae*, Demostene, dopo aver evidenziato che i furti passibili di deduzione agli Undici (ricorrendo, ovviamente, la condizione dell'ἐπ'αὐτοφώρῳ) erano quelli per i quali era prevista – ordinariamente – la pena di morte, afferma che a questa stessa pena venivano assoggettati altresì le sottrazioni furtive ἐκ Λυκείου ἢ ἐξ Ἀκαδημείας ἢ ἐκ Κυνοσάργους vuoi di vesti, vuoi di ampolle per gli unguenti, vuoi di qualsivoglia altra cosa, benché di valore irrisorio²⁷¹, così come quelli per un valore superiore alle dieci dracme (ὑπὲρ δέκα δραχμάς) di cose sottratte ἐκ τῶν γυμνασίων ἢ ἐκ τῶν λυμένων²⁷². In detti casi, cioè, era

only remarks that the penalty is death», per poi concludere nel senso che «the fact that no procedures are referred to may simply imply that the appropriate procedure, like penalty, is the same as for the preceding offences» (D. COHEN, *Theft*, cit., 69). Il ragionamento non è incoerente, ma non è incontrovertibile, atteggiandosi, più che altro, a una illazione ricavabile dal silenzio del passo. Se, di contro, interpretiamo – come io ritengo corretto – il periodo precedente (τῷ δ' ἄλόντι ὧν αἱ ἀπαγωγαί εἰσιν, οὐκ ἐγγυητὰς καταστήσαντι ἔκτισιν εἶναι τῶν κλεμμάτων, ἀλλὰ θάνατον τὴν ζημίαν) nel senso che colui che è condotto 'ordinariamente' in giudizio per una offesa per la quale è prevista la deduzione agli Undici, è – se trovato responsabile – condannabile a morte, cade il collegamento logico operato da Cohen.

²⁷⁰ Ma v. le congetture di cui alla nota conclusiva del presente paragrafo.

²⁷¹ Come dice Cohen «the first part of the passage is quite clear and requires little discussion», giacché «it provides for the punishment of theft from the specified places no matter what the value of the stolen object» e «it also seems fairly certain that the property referred to is private property» (D. COHEN, *Theft*, cit., 70).

²⁷² Come già si è rimarcato secondo quella *opinio* che se non è *communis*, mi parrebbe alquanto generalizzata, la seconda parte del passo in esame deve essere interpretata nel senso che sono puniti con la morte i ladri che «or stole from a gymnasium or other place of athletic exercise (the Lykeion, Akademeia, Kynosargos are mentioned), or stole more than 10 drachmas from a harbour» (D. MACDOWELL, *The Law*, cit., 149; G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 828 ss.; J.H. LIPSUS, *Das attische Recht*, cit., 442; così, pure A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 166): in altre parole tali autori «because they focus exclusively upon differentiation according to on a factor: location ... hold that the passage establishes a distinction between theft from gymnasia regardless of value, and theft from harbours over ten drachmas» (D. COHEN, *Theft*, cit., 70). Sulla base di tale considerazione e del rilievo secondo cui tale interpretazione non dà conto del fatto del nesso disgiuntivo ἢ ἄλλο τι φαυλότατον, ἢ εἰ τῶν σκευῶν τι', Cohen, mettendo a frutto un'intuizione di Ruschenbusch (E. RUSCHENBUSCH, *Untersuchungen*, cit., 52), giunge a una lettura basata su due punti focali: 1) egli ritiene che «the passage does involve theft of public property» e che «on this view the primary distinction is between theft of public property of more than ten

prevista come attivabile, in assenza della condizione di esperibilità della ἀπαγωγή, una procedura ordinaria che, lungi dall'essere volta, come la δίκη κλοπῆς, alla comminazione di una sanzione principale meramente pecuniaria, tendeva alla pena capitale e, per ciò solo, concorreva – in presenza di flagranza di reato – con la procedura speciale per direttissima consistente nell'ἀπάγειν: io penso che detta procedura altro non possa essere che la γραφή κλοπῆς menzionata in Dem. 22.26-27²⁷³.

drachmas worth, and theft of private property regardless of the value» e there is a secondary distinction according to place», nel senso che «the provision as to private property apply only to gymnasia, baths, and similar places», mentre «the provision as to public property applies to gymnasia/baths as well to harbours» (D. COHEN, *Theft*, cit., 70); 2) di poi, egli crede che «the placement of the phrase ὑπὲρ δέκα δραχμάς indicates that the ten drachmas provision applies only to the harbours» (D. COHEN, *Theft*, cit., 71). A parte la macchinosità del pensiero, non mi pare che l'autore abbia fatto valere considerazioni insuperabili contro quella visione del passo che, a mio avviso, meglio si confà al tenore del testo, ossia a quella lettura per cui, da un lato, si prende in considerazione il furto di cosa privata ἐκ Λυκείου ἢ ἐξ Ἀκαδημείας ἢ ἐκ Κυνοσάργουζ senza riferimento alcuno al valore della refurtiva (ιμάτιον ἢ ληκῦθιον ἢ ἄλλο τι φαυλότατον), dall'altro, si fa riferimento al furto di beni privati per un valore superiore alle dieci dracme commessi ai porti o presso ginnasi: non pare infatti corrispondere al vero – sulla base della dicotomia testé delineata – quanto l'autore scrive a riguardo, cioè che «theft of a small, almost valueless object is punished by death, theft of an object over ten drachmas is punished by death, and theft from the same place of property worth nine drachmas is not punished at all» (D. COHEN, *Theft*, cit., 70), in quanto affermare che i furti consumatisi nei tre luoghi indicati nominalmente sono reprimibili con la pena di morte al pari di quelli di oggetti di valore superiore alle dieci dracme in 'altri' ginnasi (non indicati nominalmente) e nei porti, non significa affatto che rimanevano impuniti i furti per nove dracme; significa, invece, che la valutazione della gravità dell'offesa era tale per cui quest'ultima non meritava la pena capitale. Traduce il passo come io ritengo sia corretto fare anche L. PEPE, *Ricerche*, cit., 115 e nt. 181, sebbene l'autrice attribuisca questa resa del passo (che ci accomuna) all'opinione tradizionale (che invece, a quanto mi pare, distingue l'ipotesi del furto nei ginnasi da quella nei porti).

²⁷³ Come è noto, veniva qualificato in termini di κλοπή (D. COHEN, *Theft*, cit., 30 s.) non solo la sottrazione da parte di un privato di un bene mobile privato, ma anche la condotta criminosa del magistrato che, oggi, noi chiameremmo senza alcuna esitazione 'peculato' (art. 314, comma 1, cod. pen.), o anche 'malversazione' (art. 316 bis cod. pen.). Tali fattispecie venivano perseguite, con buona probabilità, attraverso una azione pubblica 'scritta', come emergerebbe dal paragone – certo non decisivo – operato dal Lipsius (cfr. J.H. LIPSIVS, *Das attische Recht*, cit., 400 s. e nt. 99) tra γραφή δημοσίων χρημάτων e γραφή ἱερῶν χρημάτων (v. Aristoph. *vespae* 935) e dall'interpretazione dei seguenti passi condotta dal Cohen: Arist. *resp. Ath.* 54.2 (οἷοι τοι γάρ εἰσι μόνοι <οἱ> τοῖς ὑπευθύνοις λογιζόμενοι καὶ τὰς εὐθύνας εἰς τὸ δικαστήριον εἰσάγοντες, κὰν μὲν τινα κλέπτοντ' ἐξελέγξωσι, κλοπὴν οἱ δικάσταί καταγιγνώσκουσι, καὶ τὸ γνωσθὲν ἀποτίνεται δεκαπλοῦν. ἐὰν δέ τινα δῶρα λαβόντα ἐπιδείξωσιν καὶ καταγνώσιν οἱ δικάσταί, δῶρον τιμῶσιν, ἀποτίνεται δὲ καὶ τοῦτο δεκαπλοῦν. ἂν δ' ἀδικεῖν καταγνώσιν, ἀδικίου τιμῶσιν, ἀποτίνεται δὲ τοῦθ' ἄπλοῦν, ἐὰν πρὸ τῆς θ πρυτανείας ἐκτείση τις, εἰ δὲ μὴ, διπλοῦται. τὸ <δὲ> δεκαπλοῦν οὐ διπλοῦται); Arist. *resp. Ath.* 48.3-5 (κληροῦσι δὲ καὶ λογιστάς ἐξ αὐτῶν οἱ βουλευταὶ δέκα, τοὺς λογιουμένους ταῖς ἀρχαῖς κατὰ τὴν πρυτανείαν ἐκάστην. κληροῦσι δὲ καὶ εὐθύνουσι ἓνα τῆς φυλῆς ἐκάστης, καὶ παρέδρους β' ἐκάστῳ τῶν εὐθύνων

È Aristotele (Arist. *probl.* 952 a-b)²⁷⁴, comunque, che meglio corro-

οἷς ἀναγκαῖόν ἐστι ταῖς ἀγοραῖς κατὰ τὸν ἐπώνυμον τὸν τῆς φυλῆς ἐκάστης καθῆσθαι, κἂν τις βούληται τι τῶν τὰς εὐθύνων ἐν τῷ δικαστηρίῳ δεδωκότων ἐντὸς γ' ἡμερῶν ἀπ' ἧς ἔδωκε τὰς εὐθύνων εὐθύνων ἂν τ' ἰδίαν ἂν τε δημοσίαν ἐμβαλέσθαι, γράψας εἰς πινάκιον λελευκαμένον τοῦνομα τὸ θ' αὐτοῦ καὶ τὸ τοῦ φεύγοντος, καὶ τὸ ἀδίκημ', ὃ τι ἂν ἐγκαλῆ, καὶ τίμημα ἐπιγραψάμενος ὅτι ἂν αὐτῷ δοκῆ, δίδωσιν τῷ εὐθύνῳ ὃ δὲ λαβὼν τοῦτο καὶ ἀνακρίνας, ἐὰν μὲν καταγνῶ, παραδίδωσιν τὰ μὲν ἴδια ὃ τ' ἂν γνῶσιν οἱ δικασταί, τοῦτο κύριόν ἐστιν). Come è noto, una volta scaduto il loro mandato, entro trenta giorni, i magistrati dovevano rendere conto del danaro da loro amministrato durante la carica e dell'opera compiuta, sottoponendosi al controllo dei logisti, per poi passare ad una seconda fase dinanzi all'Elia: qualora fosse stata accertata qualche condotta illecita (quale quella integrante gli estremi della κλοπή o della δωροδοκία), il magistrato ritenuto colpevole doveva pagare il decuplo di quanto aveva stornato o ricevuto, risarcendo, se del caso, i danni cagionati. Qualora, invece, l'operato fosse stato valutato regolare il tribunale emetteva una pronuncia di 'quietanza liberatoria'. (cfr. A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 61). Nei tre giorni successivi, tuttavia, ogni cittadino era ammesso a presentare un'accusa pubblica ai dieci εὐθύνων: questi se ritenevano le accuse fondate trasmettevano gli atti ai δικασταί κατὰ δήμους se si trattava di δίκαι, ai Tesmoteti se erano in questione offese perseguibili con γραφαί (v., in tema, M. PIERART, *Les 'euthymoi' atheniens*, in *AC*, XL, 1971, 526 ss.). Come ha messo in luce Cohen, sebbene «as appears from the text no specific offences are mentioned and some scholars have taken the view that financial wrongdoing could not be alleged at this stage, only other types of offences», vero è che «there is good reason to think that the *γραφὴ* for theft of public property is included within these γραφαί περὶ εὐθυνῶν» (D. COHEN, *Theft*, cit., 50; *contra* D. MACDOWELL, *The Law*, cit., 171): e tutto ciò (ossia il complesso delle limitazioni temporali di esperibilità di un'azione per perseguire la κλοπή magistratuale), secondo l'autore, ben potrebbe spiegare l'assenza della stessa γραφὴ κλοπῆς in Arist. *resp. Ath.* 59.2. V., comunque, per la rimozione di magistrati responsabili di condotte gravemente illecite, nell'esercizio delle loro funzioni, anche in carica: N. ANDRIOLO, 'Eisangelia', in *Atti Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti. Classe di scienze morali*, CLIV, 1995-1996, 173 ss.; E.M. CARAWAN, 'Eisangelia' and 'Euthyna'. *The Trials of Miltiades, Themistokles, and Cimon*, in *GRBS*, XXVIII, 1997, 167 ss.; M.H. HANSEN, 'Eisangelia: The Sovereignty of the People's Court in Athens in the Fourth Century B.C. and the Impeachment of the Generals and Politicians', Odense, 1975, *passim*; ID., 'Eisangelia' in Athens: A reply, in *JHS*, C, 1980, 83 ss.; P.J. RHODES, 'Eisangelia' in Athens, in *JHS*, XCIX, 1979, 103 ss. Cfr., altresì, sul peculato e sulla malversazione di pubblici ufficiali, *Lys.* 25.19; *Lys.* 27.3, 6, 7, 11, 12; *Lys.* 28.3, 11; *Lys.* 29.11, 13; *Lys.* 30.23, 25; *Aeschin.* 1.113; *Dem.* 22.65, 71; *Dem.* 24.2, 60, 112, 127, 172; *Dem.* 58.15; *Andoc.* 1.78 (confuso con Antifonte da D. COHEN, *Theft*, cit., 51): passi che, come ha messo in luce Cohen stesso, testimoniano che «kleptein is used to denote public embezzlement, and is punished as a public offence, whereas aposterein is applied in the private sphere, with simple or double restitution being the normal remedy» (D. COHEN, *Theft*, cit., 87). Vero è, a mio modo di vedere, che la persecuzione di un magistrato per κλοπή ben potrebbe ipotizzarsi, contro quello che reputa Cohen, anche al di fuori del procedimento per resa dei conti, se è da concedere fiducia a quei versi di Aristofane in cui lo strumento della γραφή è impiegato contro un cane, caricatura del generale Lacete, il quale aveva rubato del formaggio (Aristoph. *vespae* 842, 894, 907), e quelli in cui Paflagone (che, in realtà, è maschera del politico Cleone, democratico radicale di origini non nobili che condusse la nave statale dopo Pericle, buleuta ed eletto tra gli Ellenotami) è minacciato dal venditore di salsicce con 'mille γραφαί per furto' (Aristoph. *equit.* 442 ss.). Ma l'appiglio, innegabilmente, è più che mai labile.

²⁷⁴ Nonostante tale mia osservazione – che è più propensa alla sostanza che alla for-

bora questa versione, fornendo una convincente spiegazione della severità del sistema penalistico ateniese nella repressione di determinate figure offensive, quali appunto i furti aggravati dal carattere – pubblico – del luogo della sottrazione del bene – privato –: è la convinzione che, per le particolari modalità con cui il furto si svolge, la lesione (a mezzo della sottrazione furtiva) del ‘bene della vita’ protetto *pro singulis* dall’ordinamento si sommi alla violazione di un interesse superiore facente capo alla comunità stessa, a giustificare il tipo di pena previsto per i furti all’Accademia, al Liceo, al Cinosarge, ai ginnasi o ai porti di Atene. Sono, in altre parole, la pluralità e la rilevanza di beni giuridici concretamente protetti – beni dei quali uno è l’interesse della *polis* alla sicurezza interna e all’ordine pubblico in una con la sua credibilità a livello internazionale – a fondare la ‘penalizzazione’ delle sopravviste condotte in termini tanto rigorosi: il furto in luoghi pubblici si atpeggia, cioè, a fattispecie ‘necessariamente plurioffensiva’ la cui rilevanza penale è posta a presidio sia di beni privati (la proprietà), sia di beni pubblici (οὐ μόνον ἰδίᾳ τὸν ἀπολέσαντα βλάπτεσθαι ἐκ τῶν τοιούτων τινός,

ma – sono ben consapevole del fatto che, verisimilmente, l’originale aristotelico è andato perduto e che la raccolta che conosciamo è frutto della scuola peripatetica post-teofrasta o edizione sostitutiva a quella di Andronico del primo secolo a.C. (cf. H. FLASHAR, *Aristoteles. Problemata physica*, Berlin, 1991, 356 ss.; P. LOUIS, *Aristote. Problèmes*, Paris, 1991, 7 ss.); Arist. *probl.* 952 a 17-30: διὰ τί ποτε, ἐὰν μὲν τις ἐκ βαλανείου κλέψη ἢ ἐκ παλαίστρας ἢ ἐξ ἀγορᾶς ἢ τῶν τοιούτων τινός, θανάτω ζημιούται, ἐὰν δέ τις ἐξ οἰκίας, διπλοῦν τῆς ἀξίας τοῦ κλέμματος ἀποτίνει; ἢ ὅτι ἐν μὲν ταῖς οἰκίαις φυλάζει ὅπως οὖν ἔστιν· καὶ γὰρ ὁ τοίχος ἰσχυρὸς καὶ κλεῖς ἐστί, καὶ οἰκέταις τοῖς ἐν τῇ οἰκίᾳ πᾶσιν ἐπιμελές ἐστιν ὅπως σώζονται τὰ ἐνόντα. ἐν δὲ τῷ βαλανείῳ, καὶ ἐν τοῖς οὕτω κοινοῖς οὖσιν ὥσπερ τὸ βαλανεῖον, ῥάδιον τῷ βουλομένῳ κακουργεῖν· οὐδὲν γὰρ ἰσχυρὸν ἔχουσι πρὸς τὴν φυλακὴν οἱ τιθέντες ἀλλ’ ἢ τὸ αὐτῶν ὄμμα, ὥστε ἂν μόνον τις παραβλέψη, ἐπὶ τῷ κλέπτοντι ἤδη γίνεται. διὸ ὁ νομοθέτης οὐχ ἱκανοὺς ὄντας ἠγησάμενος εἶναι φύλακας, τὸν νόμον αὐτοῖς ἐπέστησεν ἀπειλοῦντα σφοδρῶς ὡς οὐ βιωσομένοις ἐάν τι σφετερίζωνται τῶν ἀλλοτρίων. Arist. *probl.* 952 b 13-34: ἔτι δὲ τῶν ἁμαρτιῶν μάλιστα αἰσχύνουσι τὴν πόλιν αἱ ἐν τοῖς κοινοτάτοις συλλόγοις τε καὶ συνόδοις γινόμεναι, ὥσπερ καὶ τιμὴν φέρουσι πολὺ μάλιστα αἱ ἐν τῷ κοινῷ εὐταξίαι· καταφανεῖς γὰρ μάλιστα διὰ τῶν τοιούτων καὶ αὐτοῖς καὶ τοῖς ἄλλοις, συμβαίνει οὖν οὐ μόνον ἰδίᾳ τὸν ἀπολέσαντα βλάπτεσθαι ἐκ τῶν τοιούτων τινός, ἀλλὰ καὶ πρὸς τὴν πόλιν λοιδορίας γίνεσθαι. διὸ καὶ τὸν κλέψαντα ταῖς μείζουσι ζημίαις ἐκόλασε τῶν ἐξ οἰκίας τινός ἀφελομένων. ἔτι δὲ καὶ ὁ ἐξ οἰκίας τινός ἀπολέσας ἐν τοιούτῳ τόπῳ τυγχάνει ὦν, ὅθεν ῥάδιον μῆτε παθόντα μῆτε χλευασθέντα ὑπὸ τινῶν, οἴκοι ὄντα τὸ ἀτύχημα φέρειν. τῷ δ’ ἢ τε ἀποχώρησις ἐργώδης γεγυμνωμένῳ, προσέτι δὲ χλευάζεσθαι ὑπὸ τινος ὑπάρχει τοῖς πολλοῖς, ὃ πολὺ δυσχερέστερον ἐστί τῆς ἀπωλείας. διὸ καὶ ὁ νομοθέτης μείζους αὐτοῖς ζημίας ἐνέγραψεν. ἔτι δὲ παραπλήσια τούτοις πολλὰ φαίνονται νενομοθετηκότες, οἷον καὶ ἐὰν μὲν τις ἄρχοντα κακῶς εἴπη, μεγάλα τὰ ἐπιτίμια, ἐὰν δὲ τις ἰδιώτην, οὐθέν. καὶ καλῶς οἶεται γὰρ τότε οὐ μόνον εἰς τὸν ἄρχοντα ἐξαμαρτάνειν τὸν κακηγοροῦντα, ἀλλὰ καὶ εἰς τὴν πόλιν ὑβρίζειν. τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον καὶ τὸν ἐν τῷ λιμένι κλέπτοντα οὐ μόνον τὸν ἰδιώτην βλάπτειν, ἀλλὰ καὶ τὴν πόλιν αἰσχύνειν.

ἀλλὰ καὶ πρὸς τὴν πόλιν λοιδορίας γίνεσθαι). Come la ingiuria verbale contro un magistrato, tale furto rileva su un duplice piano, in quanto – secondo la valutazione compiuta dal legislatore – l'offensore pone in essere una condotta tale non solo da εἰς τὸν ἄρχοντα ἐξαμαρτάνειν, ma anche da εἰς τὴν πόλιν ὑβρίζειν: così è chiaro che il furto in luoghi pubblici è figura 'plurioffensiva' in quanto è detto οὐ μόνον τὸν ἰδιώτην βλάπτειν, ἀλλὰ καὶ τὴν πόλιν αἰσχύνειν. E ciò – sempre seguendo lo stagirita – oltre alla considerazione, sempre a monte operata dal νομοθέτης, per cui all'assenza in certi luoghi pubblici (esemplificativamente: ἐκ βαλανείου, ἐκ παλαίστρας, ἐξ ἀγορᾶς) dei mezzi di custodia e protezione propri di una abitazione privata (τοίχος ἰσχυρὸς, κλείς, οἰκέται), è d'uopo rimediare con la previsione di una sanzione – all'evidenza in funzione deterrente – tutt'altro che lieve: coloro che lasciano ἐν τοῖς κοινοῖς un oggetto di proprietà, infatti, non hanno οὐδὲν ἰσχυρὸν πρὸς τὴν φυλακὴν ... ἀλλ' ἢ τὸ αὐτῶν ὄμμα, sicché è più facile per chiunque commettere condotte illecite quali il furto (ῥάδιον τῷ βουλομένῳ κακουργεῖν). Pertanto – ci informa puntualmente Aristotele – v'è una radicale differenza tra furto (semplice) commesso in casa e furto commesso in luoghi pubblici (διὸ καὶ τὸν κλέψαντα ταῖς μείζοσι ζημίαις ἐκόλασε τῶν ἐξ οἰκίας τινὸς ἀφελομένων): ed è la gravità di tale ultima condotta in relazione all'interesse protetto dalla norma incriminatrice che determina una pena assai più grave rispetto a quella comminata per la prima ipotesi (διὸ καὶ τὸν κλέψαντα ταῖς μείζοσι ζημίαις ἐκόλασε τῶν ἐξ οἰκίας τινὸς ἀφελομένων).

E parimenti, come io credo, debbono essere valutate sotto il profilo della responsabilità penale quelle ipotesi di furto aggravate dall'entità economica della refurtiva, ovvero dalla loro commissione notturna: esclusa la promozione in via principale della δίκη²⁷⁵ (che, in quanto predisposta

²⁷⁵ Aristotele è esplicito in proposito: alcune fattispecie di furto ledono sia l'interesse del singolo sia quello della *polis*. Ma altrettanto evidente è che con l'esperimento dell'azione scritta l'interesse del derubato (alla restituzione e alla pena privata del doppio, o, in assenza di restituzione, alla pena nel decuplo, forse in aggiunta al valore della refurtiva) non trova soddisfazione. Così come è evidente che certune ipotesi (in quanto aggravate) debbono di necessità – in base alla valutazione del legislatore – essere punite con sanzione capitale. Tale assetto ammetteva, dunque, il sacrificio dell'interesse di parte, in nome di quello pubblico? O, alla luce di ciò, può postularsi un concorso elettivo tra le due azioni, δίκη e γραφή? Io sono convinto che la risposta, attesa la natura dell'interesse leso e delle garanzie *pro cive*, non possa che essere negativa per entrambe le domande. In caso di furto aggravato ritenuto lesivo sia ἰδίᾳ sia πρὸς τὴν πόλιν, si deve – a mio giudizio – al più immaginare un 'concorso cumulativo condizionato' di azioni. In prima battuta (*rectius*: in via principale), cioè, essendo preminente l'interesse della *polis*, doveva

solamente ἰδίᾳ e non πρὸς τὴν πόλιν, sarebbe strumento processuale non bastevole a far fronte alla generalità dell'interesse da proteggere), anche con riguardo a tali categorie non mi pare privo di fondamento – seppur nell'innegabile silenzio di Dem. 24.113-114 – un richiamo a quella γραφή κλοπῆς che, invece, esplicitamente è menzionata in Dem. 22.26-27²⁷⁶.

esperirsi la γραφή κλοπῆς (cui era legittimato ogni cittadino), e solo in via condizionata e secondaria – anche, riterrei, nella forma di 'costituzione di parte civile', se a metter in moto la macchina processuale pubblica era un soggetto diverso dal derubato – erano ammissibili le pretese restitutorie e quelle per le sanzioni private.

²⁷⁶ Invero, seppur la notazione ha carattere altamente congetturale, potrebbe trovarsi traccia della γραφή κλοπῆς addirittura in Dem. 24.103-104: λεγόντων γὰρ τῶν νόμων οὐς ἔθηκε Σόλων, οὐδὲν ὅμοιος ἂν τούτῳ νομοθέτης, ἂν τις ἀλῶ κλοπῆς καὶ μὴ τιμηθῆ θανάτου, προστιμᾶν αὐτῷ δεσμόν, κἂν τις ἀλοὺς τῆς κακώσεως τῶν γονέων εἰς τὴν ἀγορὰν ἐμβάλλῃ, δεδέσθαι, κἂν ἀστρατείας τις ὄφλῃ καὶ τι τῶν αὐτῶν τοῖς ἐπιτίμοις ποιῆ, καὶ τοῦτον δεδέσθαι, Τιμοκράτης ἄπασιν τοῦτοις ἄδειαν ποιεῖ, τῇ καταστάσει τῶν ἐγγυητῶν τὸν δεσμόν ἀφαιρῶν. ὥστ' ἔμοιγε δοκεῖ (καὶ γὰρ εἰ φορτικώτερον εἶναι τὸ ῥηθισόμενον δόξει, λέξω καὶ οὐκ ἀποτρέψομαι) κατὰ τοῦτ' αὐτ' ἄξιον αὐτὸν εἶναι θανάτῳ ζημιῶσαι, ἴν' ἐν Ἄιδου τοῖς ἀσεβέσιν θῆ τοῦτον τὸν νόμον, ἡμᾶς δὲ τοὺς ζῶντας τοῖσδε τοῖς ὀσίοις καὶ δικαίοις ἐὰ τὸ λοιπὸν χρῆσθαι. Tale passo, infatti, potrebbe non essere considerato – come è stato invece fatto, *ex plurimis*, da D. COHEN, *Theft*, cit., 87, e, implicitamente, da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 119, nt. 190 – quale riferibile alla δίκη κλοπῆς: quest'ultima, come già abbiamo avuto modo di constatare, non sanziona il furto con la pena capitale, ma solo con una pena pecuniaria, e solo nel caso in cui venga proposta da ὁ βουλόμενος, il tribunale (non i Quaranta, non i dieteti) può irrogare la pena aggiuntiva della gogna. In Dem 24.103 l'oratore enumera una pluralità di provvedimenti solonici comportanti – in via principale o subordinata, ma comunque non accessoria – la pena del δεσμόν, cui si oppongono gli 'infimi' progetti di *lex abrogans* di Timorate (il quale, τῇ καταστάσει τῶν ἐγγυητῶν τὸν δεσμόν ἀφαιρῶν, dal momento che, in tal modo, ἄπασιν τοῦτοις ἄδειαν ποιεῖ, per l'oratore è degno di essere condannato a morte). Potrebbe ipotizzarsi, così, il rimando ad una procedura per furto attivata mediante 'accusa scritta' (come, del pari, azioni scritte sono sia quella κακώσεως sia quella ἀστρατείας). Di più: potrebbe trattarsi di un peculiarissimo ἄγων τιμητὸς γραφὸς κλοπῆς' in cui la τίμησις dell'accusa sarebbe stata fissa (in quanto prestabilita per legge) e coincidente con la proposta della irrogazione della pena capitale, laddove l'ἀντιτίμησις dell'accusato si sarebbe concretata nella formulazione di una controproposta, verisimilmente quella di pagare, a titolo di pena (non privata, ma pubblica e pertanto a favore delle casse dello Stato), una somma di danaro tanto elevata da indurre gli eliaisti a preferirla all'irrogazione della pena di morte. Qualora il tribunale avesse scelto in quest'ultimo senso, tuttavia, di necessità (e ciò a differenza di quanto accadeva, per certo, con riguardo all'azione privata), si sarebbe dovuto aggiungere – ci informa Demostene – la sanzione accessoria della detenzione (per un lasso di tempo che, purtroppo, ci rimane ignoto). Ritengono si tratti di un passo adducibile quale prova dell'esistenza dell'azione pubblica di furto in modo esplicito G. GLOTZ, voce *Klopè*, cit., 828 s., P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 149 e I. MONETI, *La 'graphie klopès'*, cit., 9 s.; solo implicitamente A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 82.

CAPITOLO TERZO

LA REPRESSIONE DECEMVIRALE DEL 'FURTUM MANIFESTUM' E DEL 'FURTUM NEC MANIFESTUM'

SOMMARIO: 1. Furto notturno e furto diurno tra sacertà e libertà. – 2. La legislazione decemvirale del furto in Tab. 8.12 e Tab. 8.13: 'self-help' reattivo e preventivo? – 3. Il *furtum manifestum*: *poena capitis* e pena privata *in quadruplum*. – 4. *Poena capitis*, *crimen capitale*: profili terminologici e procedurali. – 5. L'*adoratio furti* e la repressione per *legis actio sacramento* del furto non qualificato dalla flagranza. – 6. Flagranza del furto e consumazione della fattispecie.

1. *Furto notturno e furto diurno tra sacertà e libertà.*

Come abbiamo già constatato, Aulo Gellio, se nel ventesimo libro delle *Noctes Atticae* sottolinea per mezzo della strenua argomentazione difensiva di Cecilio Africano – entro la celebre cornice della disputa col filosofo Favorino di Arles – la 'raffinata' tecnica legislativa impiegata dai decemviri¹ nel dar forma, con sapienza ed equilibrio, ad un

¹ Raffinata, ovviamente, se inserita nel contesto socio-economico e culturale della metà del quinto secolo a.C. (cfr., *supra*, quanto già detto nel capitolo primo alle pagg. 1 ss.). Per Cecilio Africano, infatti, la lettura del mondo antico – già lo si è rilevato – dovrebbe basarsi su un restauro di tipo antiquario del linguaggio e delle pratiche sociali, per un recupero della genuina intenzione (*mens*) degli antichi legislatori: e tutto ciò nell'ambito sia di una 'filologia' capace di accertare e misurare la diversità e la distanza delle parole, dei pensieri e dei fatti (con riguardo ad un mondo così remoto nel tempo), sia di una rappresentazione 'razionale' e, perciò, anche «attratta nel presente» degli scopi orientanti l'attività di «quegli antichi governanti del popolo romano» (F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 17 s.). Si tratta, cioè, di quell'atteggiamento mentale che ho voluto defini-

sistema di repressione capace di modularsi a seconda delle diversità delle singole fattispecie, nel libro undicesimo rammenta – anche se ciò, *prima facie*, parrebbe imporsi, inevitabilmente, quale *exemplum* corroborante la posizione favoriniana – come in due casi fosse parimenti lasciata al derubato l'esecuzione capitale del ladro²: *decemviri autem nostri, qui post reges exactos leges, quibus populus Romanus uteretur, in XII tabulis scripserunt, neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt. Nam furem, qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdiu telo se, cum prenderetur, defenderet*³. Vero è, invece, che il contesto in cui si colloca questo passaggio – che segue la rapida descrizione del diritto ateniese sulla persecuzione del medesimo illecito⁴ – in nulla supporta le ragioni del filosofo: Gellio, rimarcando come i decemviri '*neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt*', con uno spiccato senso comparatistico (cui si somma quello per la diacronia), altro non intende fare che porsi sulla medesima strada percorsa da Africano, onde vagliare con la lente della '*ratio*' il mondo giuridico del passato (sia greco che romano) e, in tal modo, evidenziare il pressapochismo sia di quelle visioni che *a priori* contrappongono il *praesens* al *praeteritum* come una antitesi assoluta tra razionalità e violenza, sia di quelle che si adagiano, *contra rationem*, sull'*argumentum antiquitatis*⁵.

Oramai quasi quarant'anni or sono Bernardo Albanese scriveva,

re 'coscienza del mutevole' e 'volontà di giustificazione del passato', avverso gli estremismi aprioristici di cui Favorino s'è, in un primo momento, fatto portavoce nel quadretto gelliano (cfr. D. 9.4.2.1 e Gell. 20.1.22).

² Ma vedremo come, nonostante l'effetto – ossia, in buona sostanza, la liceità dell'ucisione – fosse il medesimo, la *ratio* delle due disposizioni, alla lente di attuali concettualizzazioni, fosse sostanzialmente differente (cfr., *infra*, il § 2 del presente capitolo).

³ Gell. 11.18.6-7.

⁴ Gell. 11.18.1-5: *Draco Atheniensis vir bonus multaque esse prudentia existimatus est iurisque divini et humani peritus fuit. Is Draco leges, quibus Athenienses uterentur, primus omnium tulit. In illis legibus furem cuiusmodicumque furti supplicio capitis poeniendum esse et alia pleraque nimis severe censuit sanxitque. Eius igitur leges, quoniam videbantur impendio acerbiore, non decreto iussoque, set tacito inlitteratoque Atheniensium consensu obliteratae sunt. Postea legibus aliis mitioribus a Solone compositis usi sunt. Is Solo e septem illis inclutis sapientibus fuit. Is sua lege in fures non, ut Draco antea, mortis, sed dupli poena vindicandum existimavit.*

⁵ F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 54.

in quella rapida voce enciclopedica che compendia i suoi due fondamentali e argomentatissimi contributi sulla nozione preclassica e classica del furto, che «nell'età decemvirale il *furtum* – la parola ha acquisito, ormai, anche un valore astratto, e designa, quindi, un particolare atto illecito di diritto privato, mentre la più antica sua accezione (ancora presente, del resto, nel linguaggio decemvirale) era, a giudizio comune, tutta concreta, e si applicava all'oggetto 'portato via' (*furtum* da *ferre*, appunto) – si può correttamente definire come l'atto illecito consistente nel 'portar via illecitamente una cosa mobile ad altri (o sottrarre una persona libera sotto altrui potestà)»⁶. Siffatta nozione «estremamente ristretta e semplice» si andava tuttavia a contrapporre alla dettagliata ricostruzione della disciplina decemvirale, la quale presentava una corposa serie di «difficoltà tutt'altro che definitivamente chiarite ... in dottrina»; così puntualizzava l'insigne studioso prima di concludere, quasi amaramente, con le seguenti parole: «in particolare, gravissimi problemi sono costituiti dalla portata decemvirale delle nozioni di *furtum manifestum*, *nec manifestum*, *conceptum* e *oblatum*; dalle relative pene; dai relativi procedimenti di determinazione dell'esistenza del delitto»⁷.

⁶ B. ALBANESE, voce *Furto* (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 314.

⁷ B. ALBANESE, voce *Furto* (*dir. rom.*), cit., 314. V., più ampiamente, B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, Palermo, 1953, 8 ss., in opposizione alla tesi di P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 22 ss. che riteneva sin *ab origine* (età regia e proto-repubblicana) il furto una fattispecie ampia tanto quanto quella dell'età della media e tarda repubblica. Sulla non correttezza, per altro, della tesi del Bruns ('*Fontes Iuris Romani Antiqui*', cit., 30 ss., cui pare aderire E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 174 ss., 344, nt. 48) il quale collega l'atto magico del *fruges excantare* al *damnum iniuria datum* e il *segetem alienam pellicere* al *furtum*, il primo risolvendosi nella distruzione delle messi liberate dalla *spica* e fatte marcire, il secondo nel trasferimento *lucrandi causa* delle messi altrui, cfr., con ampio ragguaglio di bibliografia, F. ZUCCOTTI, '... *Qui fruges excantassit* ...'. *Il primigenio significato animistico-religioso del verbo 'excanto' e la duplicità delle previsioni di XII Tab. VIII. 8*, in *Atti del III Seminario Romanistico Gardesano*, Milano, 1988, 83 ss. e ntt. 1 ss. (il quale – per certi versi assai arditamente – vede nel primo atto la rimozione del potere vitale di un qualunque oggetto, nel secondo, una *fascinatio* che rimuove la materialità dell'oggetto). Da ultimo, v. J.B. RIVES, *Magic in the XII Tables Revisited*, in *CQ*, LII, 2002, 270 ss., secondo cui – persuasivamente – l'*excantare* e il *pellicere* indicherebbero due pratiche magiche differenti sì quanto ai mezzi impiegati (*carmina* e *venena*), ma teleologicamente volte allo stesso risultato, ossia: «to the removal of crops from another person's field, specifically as accomplished through non physical means», dacché «it is likely that the *decemviri* proposed such a law in response to widespread suspicion that some people were using *carmina* and *venena* to increase their own harvest at expense of others» (J.B. RIVES, *Magic in the XII Tables*, cit., 279).

Iniziamo, quindi, seguendo il consiglio sotteso alle parole dell'Albanese, dalla trattazione di quelle figure che, *prima facie*, non parrebbero costituire una fonte eccessivamente ricca di problemi quanto a ricostruzione degli elementi oggettivi di integrazione della fattispecie ('Tatbestand') e quanto agli effetti sanzionatori conseguenti: mi riferisco, ovviamente, al caso del ladro sorpreso a rubare durante la notte

Il processo verisimilmente multaticio in quanto instaurato dinanzi ai *comitia tributa* (cfr., in tal senso, L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova, 1989, 103 s., contro la poco persuasiva ricostruzione di A. ZOCCO-ROSA, *L'età preistorica e il periodo teologico-metafisico del diritto penale a Roma*, Catania, 1884, 65 e di R. BAUMAN, *Criminal Prosecutions by the 'Aediles'*, in *Latomus*, XXXIII, 1974, 257, nt. 78), subito da Furio Cresimo nel 191 a.C. (v., per la data, T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, I, New York, 1951, 492), è vicenda esemplare, io credo, come dimostrazione del fatto che la pratica magica dell'*excantare* o (più precisamente, nel caso di specie) del *pellicere veneficiis* non fosse fattispecie assimilabile al furto nella sua più risalente strutturazione (così, invece, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 174 s., che interpreta il passo come significativo di un «impossessarsi delle messi altrui», da parte di Cresimo, per il tramite di «formule magiche», avverso l'ipotesi del *fruges excantare* ossia del «gettare il malocchio su un campo al fine di rovinare il raccolto», mentre a mio avviso – come dirò meglio a breve – non si tratta di un materiale impossessamento, ma di un trasferimento da un campo all'altro della 'capacità di produzione'). I vicini di Cresimo, invidiosi della produzione di *fruges* da parte del piccolo fazzoletto di terra di proprietà dell'industrioso liberto, produzione ben maggiore rispetto a quella del loro più esteso podere, supponevano che egli stesse trasferendo nel proprio campo la 'produttività' e la 'fertilità' delle loro messi, donde l'instaurazione da parte dell'edile Spurio Albino del processo per multa (Plin. *nat. hist.* 18.8.41-43: *Furius Cresimus et servitute liberatus, cum in parvo admodum agello largiores multo fructus perciperet, quam ex amplissimis vicinitas, in invidia erat magna, ceu fruges alienas perliceret veneficiis. 42. Quamobrem ab Spurio Albino curuli aedile die dicta metuens damnationem, cum in suffragium tribus oporteret ire, instrumentum rusticum omne in forum attulit et adduxit familiam suam validam atque, ut ait Piso, bene curatam ac vestitam, ferramenta egregie facta, graves ligones, vomeres ponderosos, boves saturos. 43. Postea dixit: Veneficia mea, Quirites, haec sunt, nec possum vobis ostendere aut in forum adducere lucubrationes meas vigiliasque et sudores. omnium sententiis absolutus itaque est. profecto opera, non inpena, cultura constat, et ideo maiores fertilissimum in agro oculum domini esse dixerunt*). Se retrodatiamo l'evento dal secondo al quinto secolo a.C. ben si comprende come, in teoria, non risultino integrati affatto gli estremi del 'Tatbestand' del furto più antico ('materiale sottrazione' di 'cosa mobile': B. ALBANESE, voce *Furto* [*dir. rom.*], cit., 314), e benché agli inizi del secondo secolo la pena fosse solo una multa, è pacifico che in epoca decemvirale una condotta tale quale quella imputata a Cresimo fosse stata repressa con la sanzione estrema in funzione di *supplicium*: avendo a mente le due figure (*furtum/pellicere veneficiis*), né la struttura degli illeciti, né l'interesse protetto, né le conseguenze negative previste dal sistema mi parrebbero in qualche modo omologabili (cfr. R. GORDON, *Imagining Greek and Roman Magic*, in B. ANKARLOO - S. CLARCK [ed.], *Witchcraft and Magic in Europe: Ancient Greece and Rome*, Philadelphia, 1999, 253 s.).

(la cui *lex* è per certi versi assimilabile alla disposizione solonica studiata nel pregresso capitolo⁸) e a quello del ladro diurno *qui se telo defendit* (di primo acchito analogo alla norma dracontina riportata nel § 60 dell'orazione demostenica contro Aristocrate⁹): e ciò, invero, «sebbene sia assai controversa la possibile configurazione stessa di tali fattispecie come fattispecie a sé stanti di furto»¹⁰.

Pare comunque verisimile che – come è agevole ricavare anche dalle parole dell'Albanese sopra riprodotte – i decemviri siano intervenuti con profondità nella materia del furto rispetto al pregresso regime di diritto consuetudinario¹¹: da un lato, infatti, le XII Tavole testimoniano una puntuale distinzione tra differenti *species* del *genus* 'furtum', dall'altro sono sintomatica espressione di un *processus iuris* che è tendenzialmente diretto a circoscrivere ai casi più eclatanti l'uso della forza privata in funzione di autodifesa ossia di quell'attività «che il privato pone in essere, indipendentemente dagli organi dello Stato» e che può avere quale fine «la conservazione dello *status quo*, ed allora abbiamo la cosiddetta difesa privata preventiva, o il ristabilimento dello *status quo*. E si viene così a configurare la difesa privata reattiva»¹².

Tale limitazione fu comunque tale da lasciare in vita due ipotesi – quelle appena sopra succintamente descritte – in cui ancora sarebbe lecito intravedere sfumato, entro la cornice di una *civitas* con pretese sempre più pressanti di ingerenza¹³, quale riproduzione di

⁸ V., altresì, per taluni utilissimi spunti comparatistici (seppure non sempre condivisibili), L. PEPE, *Ricerche*, cit., 11 ss., 23 ss., 132 ss.

⁹ Cfr. la puntuale disamina operata da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 35 ss.; v., altresì, per un incisivo ragguaglio sul punto, E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 237 ss.

¹⁰ R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica*, Napoli, 1990, 57 ss.

¹¹ *Contra*, cfr. P. STEIN, 'Regulae iuris', Edinburgo, 1966, 3 ss.

¹² L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Aupa*, XV, 1936, 114 (sulla cui incidentale 'indipendentemente dagli organi dello Stato', si avrà modo di dire oltre in senso critico); E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1931, 627 s.; sul punto v., altresì, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 259 ss.; L. GAGLIARDI, 'Iure caesus esto', in *Labeo* XLV, 1999, 428 s., 436.

¹³ V. ARANGIO-RUIZ, *La répression du vol flagrant et du vol non-flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Rariora*, Roma, 1946, 200 (da cui si citerà nel prosieguo del presente scritto; ma pubblicato anche in *Al Qanoun Wal Iqtisad*, II, 1932, nonché in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974): «l'opinion la plus répandue parmi les romanistes appuie la différence entre les moyens de répression un fondement psychologique. La vengeance privée, qui était l'origine la sanction normal des délits, s'exerçait d'une manière différente suivant que le voleur se lassait surprendre ou que sa coupabilité n'était

più antichi *mores*, il paradigma della vendetta valevole, in epoche precedenti alla codificazione decemvirale¹⁴, in modo estesamente indifferenziato e indistinto.

Come poc' anzi rilevavo, il collegio dei decemviri decise di consacrare, sebbene – stando almeno a quanto la dottrina maggioritaria è oggi disposta a credere – per ragioni e con presupposti differenti, il principio dell'impunità per il derubato nel caso di uccisione del ladro (sussistenti certe condizioni fattuali). Ciò è attestato, anzitutto, dalla disposizione (collocata, tradizionalmente, dagli editori come *lex 12 della tabula 8*)¹⁵ *'si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto'*¹⁶; disposizione che, conosciuta nella sua integrale formulazione grazie a Macrobio¹⁷, trova conferma formale in note erudite di Gellio e di Festo, nonché negli studi dei tardi grammatici latini Carisio e Prisciano¹⁸, mentre è sostanzialmente ricordata in numerosissime fonti tec-

prouvé qu'après coup au moyen de témoignages: dans la première hypothèse, la réaction du volé était irréfléchie et brutale; dans la seconde, elle était mitigé par la réflexion. Il est vrai, ajout-on, que le système de la vengeance privée a été de plus en plus combattu par l'Etat, jusqu'à élimination complète; mais cela ne s'est fait que par petites étapes, et la loi des XII Tables représente, dans la matière du vol comme dans beaucoup d'autres, une période de transition, où la composition était imposée en cas de vol non flagrant tandis qu'elle était laissée à la discrétion du volé en cas de vol flagrant».

¹⁴ Vendetta alla quale il responsabile, presuntivamente, era ammesso a sottrarsi offrendo o al soggetto passivo dell'offesa o, se del caso, al gruppo familiare di quest'ultimo una compensazione della lesione subita: cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, 60 ss. ed E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 271 ss., secondo cui la città sarebbe progressivamente intervenuta onde definire in quali casi la vendetta fosse stata obbligatoria (omicidio volontario), lecita ma non doverosa (furto manifesto), del tutto esclusa (omicidio colposo).

¹⁵ S. RICCOBONO, *'Leges'*, cit., 57.

¹⁶ Rilevo già da ora la ricostruzione operata, da ultimo, da Michel Humbert: *'si nox furtum faxit, <ast endo plorassit> si im occisit, iure caesus esto'*, che, essenzialmente sulla base di D. 9.2.41, è convinto di una necessaria *endoploratio* pure per il caso di furto notturno (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, in M. HUMBERT [ed.], *Le Dodici Tavole*, cit., 19, nt. 41).

¹⁷ Macrobio, più precisamente, riporta il versetto decemvirale, onde rimarcare l'uso antico di *nox* in funzione avverbiale al posto dell'ablativale *noctu*, col seguente dettato: *non esse ab re puto hoc in loco id quoque admonere, quod decemviri in duodecim tabulis inusitatissime nox pro noctu dixerunt. Verba haec sunt: 'SI NOX FURTUM [FACTUM SIT] <FAXIT> SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO': in quibus verbis id etiam notandum, quod ab eo quod est is non eum casu accusativo sed im dixerunt.* (Macr. *saturn.* 1.4.19). Sulla correzione [FACTUM SIT] <FAXIT>, generalmente riconosciuta in dottrina già a partire dal Cuiacio (*Opera*, III, *Observationes*, XI.27, Napoli, 1722, 318) si è, però, opposto – invero poco persuasivamente – P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 22, nt. 2.

¹⁸ Il tenore letterale del precetto *'si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto'*,

niche e atecniche che coprono un lasso di tempo che congiunge il primo secolo a.C. all'epoca diocleziana-costantiniana (tra terzo e quarto secolo d.C.)¹⁹. La non punibilità, in secondo luogo, è attestata

più precisamente, trova sostegno in Gellio, là dove l'erudito rammenta l'uso dell'accusativo arcaico *im* in luogo di *eum* (Gell. 8.1: *hesterna noctu rectene an cum vitio dicatur et quatenam super istis verbis grammatica traditio sit; item quod decemviri in XII Tabulis nox pro noctu dixerunt*) e in Festo (Fest. voce 'im' [Lindsay 92]: *im ponebant pro eum a nominativo is; v.*, altresì, *Glossae graeco-latinae* [Goetz], II, 251.49; *Glossae latino-graecae* [Goetz], II, 75.19; 77.21; 77.23; 252.8). Per le notazioni dei grammatici latini, v. Carisio (Charis. *inst. gram.*, in H. KEIL, *Grammatici Latini*, I, Lipsiae, 1857, 133: *im pro eum. nam ita Scaurus in arte grammatica disputavit antiquos im ques hunc eundem significare consuesse et declinari ita, is ei eum vel im, numero plurali is, ut locutus Pacuvius in Medo: Ques sunt is? Ignoti necio ques*), e Prisciano (Prisc. *inst. gram.* [6.93], in H. KEIL, *Grammatici Latini*, II, cit., 278: *si luci, si nox, si mox, si iam data sit frux*).

¹⁹ Sotto l'aspetto contenutistico, il precetto in parola, infatti, è ribadito in Gaio (Gai. 7 ad ed. prov. D. 9.2.4.1: *lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdium autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur*); in Cicerone (Tull. 20.47: *ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere, et luci, si se telo defendat, et legem antiquam de legibus sacratis, quae impune occidi eum qui tribunum pl. pulsaverit*; Mil. 3.9: *quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?*); in Seneca il Retore (*contr.* 10.6.2: *lex, quae nocturnum furem occidi quoquo modo iubet, non de damnato tantum sed de fure loquitur*); in Quintiliano (*inst. orat.* 5.14.18: *et a ratione fas est incidere deinde concludere, ut ibidem: 'quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet'*); in Gellio (11.18.6-7: *decemviri autem nostri, qui post reges exactos leges, quibus populus Romanus uteretur, in XII tabulis scripserunt, neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt. 7. Nam furem, qui manifesto furto prencus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdium telo se, cum prenderetur, defenderet; 20.1.7: dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutum tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit*). Cfr., altresì, Coll. 7.1-2: *quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se audeat telo defendere, interfici iubent: scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit, sicut lectio manifestat. Moyses dicit: 'Si perfodiens nocte parietem inventus fuerit fur et percusserit eum alius et mortuus fuerit hic, non est homicida is qui percusserit eum. Si autem sol ortus fuerit super eum, reus est mortis percussor: et ipse morietur'* (v., altresì, Libro siro-romano § 77; Schol. ad Bas. 60.3.4). Se sino al secondo secolo d.C. gli autori antichi non esitavano ad affermare la vigenza del principio decemvirale, Paolo e Ulpiano ci testimoniano una inversione di corrente: il primo, infatti, ritiene 'preferibile' la consegna del colpevole ai giudicanti; il secondo, invece, reputa non più ammissibile l'esecuzione privata, qualora il derubato sia in grado di catturare il fur: Coll. 7.2.1 (Paul. 5 ad legem Corneliam de sicariis et vene-

dal dettato – invero maggiormente incerto – di altro precetto decemvirale che (inserito sempre dal Riccobono, come *lex 13*, nella *tabula 8* del diritto penale)²⁰ recita ‘*luci ... si se telo*²¹ *defendit ... endoque plorato*²²’ e che – forse senza sufficienti cautele – sovente è stato acco-

ficis): si quis furem nocturnum vel diurnum cum se telo defenderet occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus optulerit (cfr. Paul. Sent. 5.23.9); Coll. 7.3.1-3 (Ulp. 8 ad edictum sub titulo si quadrupes pauperiem dederit): iniuria occisum esse merito adicitur; non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum. proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia iniuria non occidit. 2. Sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita [lex] demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu. 3. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur; ergo etiam lege Cornelia tenebitur; Ulp. 37 ad ed. D. 48.8.9: furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit. Parimenti, possiamo ricordare atteggiamenti simili a quelli dei giuristi severiani in Prochirion 39.4, nella Epanagoge legis, 40.4, in Bas. 60.12.54; nella Synopsis Basilicorum K. 19.20; nella Epanagoge aucta 52.4; nello Hexabiblos 6.5.3-4.

²⁰ Ma sull'erronea collocazione dei due precetti decemvirali, v. ampiamente O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 347 ss., nonché – più succintamente – P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 15 ss.

²¹ Cfr. Gai. 13 ad ed. prov. D. 47.2.55(54).2: *furem interdum deprehensum non aliter occidere lex duodecim tabularum permisit, quam si telo se defendat. teli autem appellatione et ferrum et fustis et lapis et denique omne, quod nocendi causa habetur, significatur; Gai. 1 ad XII tab. D. 50.16.233.2: 'telum' volgo quidem id appellatur, quod ab arcu mittitur: sed non minus omne significatur, quod mittitur manu: ita sequitur, ut et lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur: dictumque ab eo, quod in longinquum mittitur, graeca voce figuratum ἀπό τοῦ et hanc significationem invenire possumus et in graeco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant: ἀπό τοῦ βάλλεσθαι. Cfr., sul punto, O. DILIBERTO, *Una palingenesi*, cit., 225; ID., *Materiali*, I, cit., 357 ss.*

²² Ricostruisce Humbert: ‘*luci si se telo defendit <ast im occisit> endoque plorato <iure caesus esto>*’ (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41). Cfr. Cic. Tull. 20.47: *ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere, et luci, si se telo defendat*; Cic. Tull. 21.50: *furem, hoc est praedonem et latronem, luci occidi vetant XII tabulae; cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas, nisi se telo defendit, inquit, etiam si cum telo venerit, nisi utetur telo eo acrepugnabit, non occides; quod si repugnat, endoplorato, hoc est conclamato, ut aliqui audiant et convenient; Fest. voce ‘sub vos placo’ (Lindsay 402): sub vos placo in precibus fere cum dicitur significat id quod supplico, ut in legibus: transque dato et endoque plorato; Fest. voce ‘plorare’ (Lindsay 260): plorare flere [inclamare] nunc significat, et cum praepositione inplorare, id est invocare: at apud antiquos plane inclamare. In regis Romuli et Tatii legibus: ‘si nurus ..., <nurus> sacra divis parentum estod’. In Servi Tulli haec est: ‘si parentem puer verberit, ast olle plorassit paren<s>, puer divis parentum sacer esto’. Id est <in>clamarit, dix<erit diem>.* Come ha sottolineato (ma non credo del tutto correttamente) A. CORBINO, ‘Si

stato, in forza di una palese analogia linguistico-formale (*i.e.* quella data dall'impiego del verbo *plorare*), a quelle *leges regiae* che, risalenti alla co-reggenza latino-sabina di Romolo e Tito Tazio nonché alla monarchia di Servio Tullio, come conservateci in Festo, sanciscono la *consecratio* del *puer* (e della *nurus*) *verberans* dopo la *ploratio* del *parens* (Fest. voce '*plorare*' [Lindsay 260]: *plorare, flere [inclamare] nunc significat, et cum praepositione inplorare, id est invocare: at apud antiquos plane inclamare. In regis Romuli et Tatii legibus: 'si nurus ..., <nurus> sacra divis parentum estod'. In Servi Tulli haec est: 'si parentem puer verberit, ast olle plorassit paren<s>, puer divis parentum sacer esto'. Id est <in>clamarit, dix<erit diem>*)²³. Una volta esclusa – come pare op-

nox furtum faxit, si im occisit iure caesus esto', in O. DILIBERTO (ed.), *Il problema della pena*, cit., 245, «la sola differenza normativa tra le due ipotesi starebbe appunto nella circostanza che, nel secondo caso, si richiedeva un particolare comportamento del derubato (*endoploratio*) che non sarebbe stato invece richiesto nel primo». Vero è, invece, che Gaio (D. 9.2.4.1: *lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur*) parrebbe differenziarsi dalle altre fonti in materia in quanto affermerebbe la necessità della *endoploratio* (intesa, *apertis verbis*, nel passo come *testatio clamore*) per l'uccisione anche del *fur nocturnus*, al tempo delle XII Tavole (ugualmente a Bas. 60.12.54; Synopsis Basilicorum K. 19.20; Hexabiblos 6.5.3-4): se una minoranza ritiene che l'*endoploratio* dovesse postularsi pure per il caso del ladro notturno, data l'importanza da attribuire alla collettività (A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano nell'età classica*, Torino, 1988, 89 ss.; P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 33 ss.), di contro, i più sostengono che la frase gaiana sia stata interpolata (cfr. A. BERGER, *Dig. 9.2.4.1 und das 'endoploratio' der Zwölftafeln*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, Padova, 1935, 381 ss.; L. ARU, *Appunti*, cit., 130 s.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 405 ss.; L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., 428 s., nt. 37); v., però, le persuasive intuizioni di A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, in *Id., Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 180 ss., secondo cui non sarebbe necessario postulare una menda formale del testo gaiano, ma sarebbe possibile giustificare la divergenza, rispetto alle altre fonti, del dettato del giurista del secondo secolo d.C. (seguito dai bizantini) semplicemente con «la distanza di tempo e di mentalità tra le tavole decemvirali e Gaio»; distanza che avrebbe indotto Gaio stesso – sulla scorta di Cicerone – a cadere nell'equivoco: col tempo divenuta l'*endoploratio* – interpretata dall'autore come originaria invocazione al ladro – istituto misterioso, Gaio l'avrebbe confusa con la necessità di provare a mezzo di testimoni la non integrazione del reato di omicidio, e quindi di provare un contegno integrante la provocazione lecita della morte di un soggetto (il quale avrebbe posto in essere ovvero avrebbe tentato di porre in essere un furto o di notte o di giorno ma con l'uso della violenza). Avrò modo oltre di pronunciarmi sul punto, seppur congetturalmente, in modo più personale.

²³ Sull'analogia con la legge regia che subordina la *consecratio* del *puer verberans* alla *ploratio* del *parens verberatus*, si sofferma, anzitutto, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 12 s., onde corroborare la tesi secondo cui, da un lato, la *lex regia* farebbe discendere la consacrazione «non dalle percosse, ma dall'invocazione paterna», dall'altro, per l'irrogazione

portuno – l’analogia dei due ‘*plorare*’ sotto il profilo della valenza processuale probatoria, infatti, neppure riterrei esatto sostenere l’assimilabilità del regime previsto a favore del derubato *plorans* a quello del *parens*, nei seguenti termini: se il *fur manifestus qui se telo defendit*, a seguito della *ploratio*, «era esposto all’uccisione immediata da parte del derubato, *ipso facto*, senza processo alcuno, nella drammaticità estrema delle circostanze», allora «sembra estremamente probabile che identico regime ricorresse nel caso del *parens verberatus*» (ovviamente sempre a seguito della sua *ploratio*)²⁴. Funzione, destinatari e conse-

della sacertà si renderebbe necessario un giudizio: e ciò, sostiene lo studioso, «giacché è indubbio che l’oltraggio è di per sé sufficiente a esporre il figlio alla vendetta divina, e quindi non può essere che al fine di procurarsi testimoni della violenza subita, in vista di un futuro processo contro l’offensore che la legge richiede che il fatto punibile si sia manifestato esteriormente con le invocazioni dall’offeso» (pensiero, quest’ultimo, travisato da G. BASANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale [a proposito della sacertà]*, in *BIDR*, LXXXIX, 1986, 370, nt. 106). Di contro, B. ALBANESE, ‘*Sacer esto*’, in *BIDR*, XCI, 1988, 153 (nonché in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006, 2) ritiene (come, del resto, è giusto ritenere) «che l’esigenza normativa d’una invocazione dell’offeso non valga in alcun modo a confortare la conclusione della necessità di un procedimento giudiziario per l’irrogazione della sacertà. E ciò è evidente se si pone mente, come è necessario, al famoso precetto decemvirale relativo al *fur* che, pur operando di giorno (*luci*), *se telo defendit*, e la cui uccisione è lecita, per il derubato, solo se, da parte sua, ‘si sia fatta invocazione’: *endoplorato*»; ma l’insigne studioso, dopo tali condivisibili premesse, continua perentoriamente in questi (a mio avviso non più condivisibili) termini: «tutti convergono sul fatto (del resto innegabile) che l’*endoplorare* del derubato di XII Tab. 8.13 sia sostanzialmente la stessa cosa del *plorare* del *parens* percosso». Anzitutto, come già ha persuasivamente messo in luce L. GAROFALO, *Sulla condizione di ‘homo sacer’ in età arcaica*, in *SDHI*, L, 1990, 243 (nonché in *Id.*, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, 25, e in *Id.*, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, 34 s.), l’analogia operata dal Santalucia tra la *lex regia* e la norma decemvirale non può che essere circoscritta al valore da riconoscersi al *plorare* (ossia quello di prova testimoniale da impiegare in successivo processo), in quanto i due processi immaginati dall’insigne studioso del diritto criminale romano sono diversissimi sia per il tipo di accertamento sia per il ruolo giocato dal *plorans* come parte processuale: da un lato, infatti, si tratta di un processo teso ad accertare la sacertà del – e quindi contro il – *puer verberans*, laddove il soggetto passivo dell’offesa (illecita *verberatio*) è il *parens plorans*; dall’altro si postula un processo intentato contro il *plorans*, cioè il derubato ‘uccisore’ del ladro (ma non omicida). Indi, da un lato, la *ploratio* del derubato non mi sembra affatto implicare un *iudicium* che conduca ad una condanna quale necessaria premessa dell’uccisione, essendo invece l’uccisione – che lecitamente può avvenire da parte del derubato plorante nell’immediato – a poter innescare la macchina processuale (Cic. *Mil.* 3.9; Coll. 7.3.2); dall’altro, il fatto che il *plorare* del *parens* e il *verberare* del *puer* siano posti sullo stesso piano, non credo affatto sia argomento spendibile a favore dell’idea secondo cui l’invocazione del *parens* si imponga quale mezzo per la precostituzione della prova testimoniale.

²⁴ B. ALBANESE, ‘*Sacer esto*’, cit., 154 (nonché in *Scritti*, III, cit., 4).

guenze, delle due *plorationes* non mi paiono in alcun modo omologabili²⁵. La *ploratio* del derubato, difatti, non era diretta a procurarsi testimoni (ché, sul versante probatorio, era il *furtum* in questione già di per sé *manifestum*), ma, verisimilmente, aveva come originario destinatario il *fur*²⁶ ed era, in buona sostanza, un mezzo deterrente, volto ad indurre quest'ultimo a non opporsi; tale *ploratio*, inoltre, non rendeva affatto il *fur* un *homo sacer* (vale a dire un *homo* destinato ad una divinità e, quindi, ad essa appartenente²⁷), ma, come meglio si vedrà oltre, trasduceva il *fur* – in virtù di un meccanicismo magico-performativo²⁸ – dalla sfera di 'appartenenza alla comunità dei liberi cittadini', alla sfera di 'appartenenza al derubato'. Indi il ladro, una volta entrato nel *ius* del *plorans* (ossia nella sua sfera di pura disponibilità) ben avrebbe potuto essere 'giustiziato' immediatamente: e ciò senza alcuna violazione della legge sanzionante (già a far tempo dalla monarchia di Numa con l'imperativo '*paricidas esto*') l'uccisione volontaria di un *homo liber*²⁹ e senza alcuna contaminazione per il derubato

²⁵ Rimanendo, tra l'altro, del tutto indimostrata l'affermazione di A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, 85 s., secondo cui il *fur* sarebbe divenuto *sacer*.

²⁶ A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 141 ss. (ma vedi altresì i rilievi di cui al prossimo paragrafo).

²⁷ Cfr., sullo stato di appartenenza alla divinità in cui versava il *sacer*, M. MORANI, *Lat. 'sacer' e il rapporto uomo-dio nel lessico religioso latino*, in *Aevum*, LV, 1981, 30 ss.; B. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., 178; (nonché in *Scritti*, III, cit., 36); K. RÜPKE, *La religione dei Romani*, trad. it., Torino, 2004, 9 (sfumate, per non dire evanescenti, invece, le indicazioni sul punto di J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, trad. it., Torino, 1992, 42, 63). Sulla capacità di *dii* e *numina* di essere titolari di posizioni giuridiche assimilabili alla proprietà (seppur con atteggiamento scettico in proposito), cfr. G. IMPALLOMENI, *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 23 (nonché in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 227 ss.).

²⁸ Cfr., *infra*, il § 2 del presente capitolo.

²⁹ Fest. voce '*parrici<di> quæstore?*' (Lindsay 247). Come recentemente ha messo in luce Luigi Garofalo – partendo dalla considerazione secondo cui durante la fase della monarchia latino-sabino la pratica della schiavitù non era ancora esercitata – parrebbe assai inverosimile «una norma promanante da uno dei primi sovrani che, nel delineare stringentemente la figura dell'omicidio doloso, eccettuasse proprio l'uccisione volontaria dello schiavo, tralasciando per giunta di escludere dalla fattispecie il caso, che allora poteva sicuramente verificarsi, della dolosa messa a morte dell'*homo sacer*» (L. GAROFALO, *L'«homo liber» della 'lex Numae' sull'omicidio volontario*, in '*Philia*'. *Scritti per G. Franciosi*, II, Napoli, 2007, 1033). Sulla base di queste notazioni – nel prosieguo dello scritto ulteriormente comprovate (v. ID., *L'«homo liber»*, cit., 1034 ss.) – lo studioso è

(in quanto, verisimilmente, la permanenza nello stato di purezza non era considerata conseguenza esclusiva dell'agire nel nome e per conto della divinità, ma altresì del non agire contro la divinità). Una volta retrodatati all'epoca del regno primitivo i contenuti della *lex* 13 di Tab. 8 (e precipitati nella forma fluida di un *mos* della *civitas* quiritaria che i decemviri avevano inteso cristallizzare), quando ancora la schiavitù non era diffusa e, del pari, non era impiegato il vocabolo (e il concetto di) 'servus'³⁰, ben potrebbe ipotizzarsi che, come il *filius* oggetto dell'originario *mancipium* paterno³¹ non era un *homo liber*,

pervenuto all'affascinante conclusione che Numa, nella sua *lex*, a mezzo dell'indicazione dell'*homo liber*, escludesse da soggetto passivo del reato colui che si trovasse nello *status* di sacerdotà. Quest'ultimo, infatti, estromesso dalla comunità di appartenenza, si trovava in totale balia della divinità, e alla sola divinità, pertanto, spettava la decisione circa le sue sorti (ID., *L'homo liber*, cit., 1038): indi, qualora essa si fosse determinata per la morte dell'*homo* a lei *sacer* (ossia 'destinato', 'dedicato', 'appartenente'), grazie alla cooperazione di uomini (o anche, per vero, di forze naturali), tale risoluzione sarebbe stata attuata «in maniera ... informale e irrituale» (come sottolinea giustamente F. ZUCCOTTI, *In tema di sacerdotà*, in *Labeo*, XLIV, 1998, 442, 443); né, del resto, l'uccisione sarebbe stata punibile come omicidio o ad altro titolo (Cic. *Tull.* 20.47; Dion. Hal. 2.10.3; 2.74.3; Liv. 2.8.2; Macr. *saturn.* 3.7.5; Plut. *Public.* 12.1-2), né avrebbe alterato lo stato di 'purezza' dell'esecutore materiale della volontà divina (Dion. Hal. 2.74.3). La *pax deorum*, stato di non belligeranza tra la comunità dei mortali e quella degli immortali, fondato sul «rispetto di regole giuridico-religiose comuni a soggetti divini e umani, e, in qualche modo, sovraordinate rispetto agli stessi dei» (R. FIORI, *'Homo sacer'. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 173 s.), non era stata lacerata dalla morte dell'*homo sacer* (L. GAROFALO, *L'homo liber*, cit., 1040), e la *lex Numa* non era stata violata, essendo l'*homo liber* un non *sacer* «in quanto ... non versava in una condizione di scissione dalla comunità e di attribuzione alla divinità offesa dalla sua condotta, qualificata dall'ordinamento come idonea a generare sacerdotà, comportante la sottomissione di lui alla signoria di questa stessa divinità» (ID., *L'homo liber*, cit., 1043).

³⁰ V. G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 1 ss.; ID., voce *Schiavitù (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 622 ss.; ID., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*³, Torino, 1995, 207 ss.

³¹ Sulla magmaticità dell'originario *mancipium* (o, che dir si voglia, *potestas*), quale generale ed indifferenziato potere su cose e persone del *pater*, v. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 140 ss., nonché ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., 175 ss. Il dibattito e arduo problema in tema di poteri originari del *pater familias* (con riguardo precipuo ai rapporti intercorrenti tra 'signoria sulle cose' e 'poteri sulle persone sottoposte', cfr. P. DE FRANCISCI, *La comunità sociale e politica romana primitiva*, in *SDHI*, XXII, 1956, 61 ss.; U. COLI, *Le origini della 'Civitas' romana secondo De Francisci*, in *SSE*, s.n., 1959, 422) ha condotto a diverse soluzioni: l'alternativa cui si troverebbe di fronte la dottrina romanistica è ben compendiata dal Capogrossi, ad avviso del quale si tratterebbe o di «accogliere la tesi dell'esistenza di un potere di carattere unitario del *pater familias* su uomini e cose, oppure, in antitesi ad essa, rifarsi invece all'idea che già *ab antiquo* esistesse nell'esperienza giuridica romana, sia pure a un ben diverso

ossia un diretto appartenente alla comunità³², in quanto tra i due si

grado di elaborazione concettuale e di chiarificazione terminologica, lo schema rappresentato dal *dominium ex iure Quiritium*» (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, Milano, 1969, 124; cfr., altresì, ID., *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 357 ss.). Delle due, ben mi pare più aderente alle pur scarse testimonianze la tesi dell'indifferenziazione: secondo il De Visscher, ad esempio, in epoca arcaica le *res Mancipi* e le *personae alieni iuris* – come testimonierebbe Gai 1.116-123 – avrebbero formato *eodem modo* l'oggetto della *mancipatio*, sicché sarebbe d'uopo congetturare che il *pater familias* fosse stato in origine titolare di un *imperium* domestico, il cd. *mancipium*, suscettibile di esercitarsi sopra le persone sottoposte e gli animali da tiro e da soma (F. DE VISSCHER, *'Mancipium' et 'res Mancipi'*, in *SDHI*, II, 1936, 322 ss.). L'Ambrosino, di poi, seguendo – in parte – la via tracciata dal De Visscher, andava oltre, notando che non solo la *mancipatio*, ma anche altri istituti – quali la *legis actio sacramento*, l'*actio furti*, l'*in iure cessio* – ai primordi della storia dell'ordinamento romano, si applicavano tanto a cose quanto a persone e che solo successivamente sarebbero divenuti pressoché esclusivi del *dominium* quiritario: donde la congettura che finanche le persone fossero in età arcaica oggetto di una sorta di 'proprietà' (R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della mancipatio*, in *Studi in onore di E. Albertario*, Milano, 1953, 573 ss.: sul pensiero di questi due autori, e per una puntuale critica delle posizioni assunte dal Capogrossi, cfr. F. GALLO, *'Potestas' e 'dominium' nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo*, XVI, 1970, 22 ss.; importanti notazioni pure in ID., *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias' in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Roma, 1956, 193 ss.). Per quanto mi riguarda, sono persuaso che entro un sistema che permette l'esperimento dell'*actio furti* (è questo, infatti, a mio avviso, il dato che più di altri può indurre l'interprete a vedere una originaria indifferenziazione, ovviamente per soli certuni fini, tra cose e persone soggette al *mancipium* paterno: *contra*, cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di Famiglia*, Milano 1963, 96) nel caso di sottrazione di un *filius familias* o di una *uxor in manu* (D. 47.2.14.13; D. 47.2.38.1; Gai 3.199; I. 4.1.9), ben si possa ipotizzare un principio che contempra l'uccisione di un elemento umano soggetto all'originario e indifferenziato potere del *pater-dominus* alla stregua di un mero 'danneggiamento', comportante, in origine, non l'obbligo di risarcimento, ma – a titolo di pena – il *noxiam sarcire* (sulla *lex Aquilia* come 'salto qualitativo' nella strada tendente dalla originaria indifferenziazione all'autonoma configurazione di un potere dominicale su cose, distinto da quello sulle persone, cfr. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1950, 159 ss., 174 ss.) e che, pertanto, tale fattispecie non fosse affatto sussumibile entro la *lex Numae* sull'omicidio, giacché, per l'appunto, non era definibile in termini di *homo liber* il *filius* (in tema v., *ex plurimis*, P. HUVELIN, *Études*, cit., 107; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sui poteri*, cit., 374, nt. 44; B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 8, nt. 2; A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della 'patrias potestas'*, I, *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, 262 ss.).

³² Mi sembra corretto seguire, come già rimarcato, la strada già indicata da Luigi Garofalo, ad avviso del quale, in origine, non avrebbe avuto alcun senso e fondamento l'antitesi *liber/servus* (L. GAROFALO, *L' 'homo liber'*, cit., 1033): utili spunti, peraltro, possono leggersi anche tra le righe di E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, cit., 246 ss., il quale sottolinea sia che, se l'opposizione 'libero-schiavo' è comune a tutti i popoli cd. indoeuropei, «non si conosce nessuna designazione comune

frapponeva lo schermo dell'appartenenza al *pater* (disintegrabile, però, con l'articolato rito delle celebri tre vendite), e come il *sacer* – ad esempio il *puer verberans* a seguito della *ploratio* del *parens* – non era *liber* (in quanto destinato ad un dio e, pertanto, escluso dalle tutele cittadine, compresa la *lex Numae*), così il *fur*, a seguito della *endoploratio*, *ab origine* non sarebbe stato – esclusa l'opportunità di parlare di *servus* per la fase latino-sabina della monarchia³³ – né un *liber* né un *sacer* (in quanto, per l'appunto, 'appartenente' al solo derubato e non alla comunità cittadina ovvero ad una divinità). Non, dunque, una originaria relazione biunivoca tra '*libertas*' e '*sacertas*' (nel senso che 'tutti coloro che sono liberi non sono sacri' e 'tutti coloro che non sono sacri sono liberi'), ma una relazione univoca in virtù della quale 'se tutti i sacri sono non liberi, non tutti i non liberi sono sacri': ad esempio, un soggetto, talora, da non *liber* poteva entrare a far parte direttamente della comunità (*filius* emancipato / *liber a patre* / non *sacer*), talaltra, da *liber* poteva inserirsi (vuoi per la sola sua condotta, vuoi anche a mezzo del contributo altrui) nella sfera di appartenenza alla divinità (*puer verberans* / *sacer* / non *liber*), talaltra ancora da *liber* poteva essere performativamente 'estromesso' dall'appartenenza alla originaria comunità e, quindi, dalla condivisione delle tutele garantite (*fur* / non *liber* / non *sacer*).

Liber, insomma, era chi non apparteneva né ad un essere sovranaturale (come nel caso del '*puer qui parentem verberaverat post plorationem*'), né ad un essere umano (come per il '*fur qui se telo defenderat post [endo]plorationem*')³⁴: questo solo, a mio avviso, lo sfondo di co-

della nozione di 'libertà', sia che «in latino e in greco, l'uomo libero, *(e)leudheros, si definisce positivamente per il suo appartenere a una 'famiglia', a una 'stirpe'». Tuttavia – attesa la non eccessiva risalenza della schiavitù in Roma – se dalle fonti più antiche *liber* parrebbe sia essere opponibile a *sacer* sia designare colui che non appartiene più al *mancipium* di un *pater* (Fest. voce '*parrici<di> quaestores*' [Lindsay 247]; Dion. Hal. 2.27), potrebbe congetturarsi che *civis* (o *Quiris*) *sui iuris* avesse un dominio semantico non divergente da quello di *liber*.

³³ Rammento qui F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo*, XX, 1974, 163 ss., (nonché in A. DELL'AGLI - T. SPAGNUOLO VIGORITA [ed.], *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, 130 ss.).

³⁴ Le considerazioni sin qui abbozzate circa il valore della *endoploratio* e dello *status* del *fur manifestus* che, *telo se defendens*, abbia resistito, *luci*, al derubato, verranno riprese di seguito (cfr., *infra*, il § 2 del presente capitolo) in vista di una loro possibile estensione all'altro caso fondamentale (quello del *fur manifestus nox*) in cui i decemviri riconoscevano la liceità dell'uccisione da parte del soggetto passivo dell'offesa: estensio-

munanza – ossia la ‘non libertà’ – delle ipotesi previste rispettivamente in Tab. 8.13 (Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47.2.55[54].2; Cic. *Tull.* 21.50) e le leggi regie conservateci in Fest. voce ‘*plorare*’ (Lindsay 260), comunanza che fondava la non sussumibilità entro la norma incriminatrice prevista da Numa (*‘si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto’*) e dell’agire del derubato (*ploratio* e *caedes* del *fur*) e di quello dell’attuatore umano del disegno divino (*occisio* del *puer verberans* a fronte della *ploratio* del *parens*)³⁵. E il diritto decemvirale, in questo punto, lungi dall’innovare, avrebbe semplicemente registrato l’ancestrale costumanza, elevandola a *lex*, ma lasciando formalmente intatto il primevo requisito magico-religioso necessario al derubato – trovatosi dinanzi a un ladro armato e recalcitrante – per uccidere (seppur incardinando la pratica in parola e il conseguente *ius* in un ‘ordine disciplinante e autorizzante’ superiore). L’operazione meramente ‘nomografica’ non era, tuttavia, priva di ricadute pratiche: essa – come testimoniano i tardi fraintendimenti di Gaio e di Cicerone – aveva contribuito a svilire la valenza primaria del *plora-*

ne che, come si avrà modo di apprezzare, pare fortemente suggerita alla luce dell’interpretazione magico-performativa dell’apodosi imperativa ‘*iure caesus esto*’ di Tab. 8.12. (oltre che alla luce di quanto, seppur in modo confuso e con taluni fraintendimenti, troviamo nel Gaio di D. 9.2.4.1 ove si affermerebbe la necessità della *endoploratio* anche per l’uccisione del *fur nocturnus* al tempo delle XII Tavole).

³⁵ Ne consegue, all’evidenza, che tale mia ricostruzione comporta la reiezione sia dell’opinione secondo cui il *liber* si oppone solo allo schiavo (G. PASQUALI, ‘*Paricidas esto*’, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, I, Milano, 1939, 69; A. PAGLIARO, *La formula ‘paricidas esto’*, in *Studi in onore di L. Castiglioni*, II, Firenze, 1960, 689; V. PISANI, *Due note. ‘Paricidas esto’ e ‘missa’ «messa»*, in *Paideia*, XX, 1965, 189 ss.), sia di quella che postula un’antitesi tra *gentilis* e non *gentilis* (L. GERNET, ‘*Paricidas*’, in *RPLHA*, LXIII, 1937, 27; G. DEVOTO, *Relitti lessicali, della vita della ‘Sippe’*. ‘*Paricidas*’, ‘*vindex*’, in *Studi in onore di E. Besta*, cit., 551; V. LONDRES DA NÖRBEGA, *A nouveau ‘paricidas’*, in *Latomus*, IX, 1950, 3 ss.), sia di quella che vede il patrizio in opposizione al plebeo (H. LÉVY-BRUHL, ‘*Parricida*’, in *Quelques Problèmes du Très Ancien Droit Romain. Essai de Solutions Sociologiques*, Paris, 1934, 85). Vero è, invece, che se *liber* indica – come io credo – l’essere umano che direttamente appartiene al *populus* (e quindi non è, ad esempio, quale *filius* o quale *fur*, in *mancipio* o in *potestate* di alcuno, né è, quale *sacer*, nella sfera di disponibilità di un dio), la mia tesi, seguendo – seppur solo nel principio – la via indicata dal Garofalo, giunge a soluzioni non dissimili dalle convinzioni del Coli, ad avviso del quale «l’uccisione di persona in *potestate* del *paterfamilias*, fosse uno dei discendenti o un servo, operata da persona appartenente ad altra famiglia, dava luogo ad una richiesta di riparazione da parte di un *paterfamilias* all’altro *paterfamilias*, come avviene tuttora nella Repubblica per l’uccisione del servo» (U. COLI, ‘*Paricidas esto*’, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1956, 186, nonché in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 529).

re e a fondare nei consociati la convinzione che il *ius* all'uccisione non fosse 'meccanicamente' performato³⁶ *verbis* con attrazione del *fur* entro la sfera di disponibilità del derubato, ma consistesse in una 'attribuzione' della *civitas*, la quale con sempre maggior pulsione ordinatrice intendeva ingerirsi direttamente nel campo della repressione e sottrarla ai privati, ovvero lasciarla (ma solo per il suo medio) a questi ultimi, elevati ad 'agenti socialmente autorizzati'.

Concentriamo, ora, l'attenzione sulle fattispecie della voce *festina plorare* (Lindsay 260), che riproduce, stando alla persuasiva ricostruzione mommseniana, una legge romuleo-taziana sul *puer* e una serviana sulla *nurus*: '*si parentem puer verberit ast olle plorassit parens, puer divis parentum sacer esto ... si nurus, sacra divis parentum estod*'³⁷. Anzitutto, sebbene consapevole che sia Gaio sia Paolo Diacono attribuiscono al sostantivo *parens* un senso ampio (comprensivo di *omnes superiores*, sia maschi che femmine)³⁸, prendendo in esame, in positivo, il rapporto *nurus-parens* e quello *puer-parens* e, in negativo, l'assenza di una *lex regia* concernente il rapporto *filia-parens*, nonché a mente del fatto che *nurus* indica esclusivamente la consorte di un *filius familias*, mi paiono inferibili le seguenti considerazioni: Romolo e Tito Tazio con la loro *lex* contemplavano solamente l'ipotesi che un *puer*, ossia un soggetto *alieni iuris* rientrante nella sfera della *potestas* o del *mancipium* altrui, in qualità di figlio o di figlia (se non anche come schiavo³⁹) avesse verberato il *parens* per antonomasia, ossia il *pater familias*⁴⁰; Servio Tullio, avvertendo la incompletezza della dispo-

³⁶ Sulle 'performative utterances' cfr. J.L. AUSTIN, *Other Minds*, in A. FLEW (ed.), *Logic and Language*, II, Oxford, 1966, 123 ss.; ID., *How To Do Things With Words*, Oxford, 1962, *passim*; ID., *Performative Utterances*, in J.O. URMSON - G.J. WARNOCK (ed.), *Philosophical Papers*, Oxford, 1961, 220 ss. Utilissimi spunti possono leggersi anche in S. CASTIGNONE, *Atti giuridici performativi*, in G. LORINI (ed.), *Atto giuridico*, Bari, 2002, 3 ss. (che tratta esaurientemente dell'argomento con importanti considerazioni sul pensiero non del solo Austin, ma altresì di Axel Hägerström, Karl Olivecrona e Alf Ross).

³⁷ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 565, nt. 5 (poco persuasive le ricostruzioni di Voigt [M. VOIGT, *Über die 'leges regiae'*, I, *Bestand und Inhalt der 'leges regiae'*, Leipzig, 1876, 46] e di Trinchieri [T. TRINCHEIRI, *Le consacrazioni di uomini in Roma. Studio storico-giuridico*, Roma, 1889, 63]).

³⁸ Paul.-Fest. voce 'masculino' (Lindsay 137); Gai. 23 *ad ed. prov.* D. 50.16.51.

³⁹ Cfr., ad esempio, Gell. 11.18.8, ove la categoria dei *pueri inpuberes* pare a me riferirsi tanto a schiavi quanto a liberi.

⁴⁰ V., in tema, nel senso del testo, R. QUADRATO, '*Hominis appellatio*' e gerarchia dei sessi. D. 50.16.152 (Gai. 10 '*ad l. Iul. et Pap.*'), in *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992,

ne, integrava l'incriminazione originaria con la previsione dell'*uxor* di un *puer* maschio quale soggetto attivo della condotta vietata (*verberatio*), lasciando intatta la identificazione del soggetto passivo dell'offesa, ossia il *parens* (*pater familias*). Detto questo in via preliminare, la *ploratio* del *parens*, a mio avviso⁴¹, potrebbe interpretarsi come una chiamata 'in causa' dei *dii parentum*, contestuale a uno spoglio volontario della competenza repressiva del *parens* stesso verso il *puer* e verso la *nurus*. A ben vedere – tra le ulteriori ipotesi di indubbia *consecratio* rinvenibili nelle fonti⁴², ossia *fraus* del *patronus* (e non invece *fraus* del *cliens*, ch  non  , a quanto mi risulta, attestata alcuna *fides clientis*, fatta eccezione per l'irrelevante Plaut. *men.* 576)⁴³, vendita della moglie⁴⁴, *exaratio* del *terminus*⁴⁵ – l'offesa del *puer* (termine ricomprendente *filii* maschi e femmine) e della *nurus* (che nei confronti del *pater familias* viene considerata *loco filiae*, o qui, meglio, *loco pueri*) verso il *parens* (*sui iuris*)   il solo caso in cui il soggetto umano offeso   'autoritariamente' sovraordinato all'offensore. Da tali presupposti si potrebbe ipotizzare, da un lato, che la potest  sanzionatoria del *parens* offeso (attraverso il *iudicium domesticum*) era concorrente con quella delle divinit  offese (attraverso il dispiegarsi della loro volont  nei

342, ad avviso del quale   da supporre la identificazione del *parens* col *pater familias*, laddove la concezione gaiana sarebbe il risultato di una formazione progressiva: *contra*, v., tuttavia, T. TRINCHERI, *Le consacrazioni di uomini*, cit., 66; B. ALBANESE, 'Sacer esto', cit., 154 (nonch  in *Scritti*, III, cit., 12); P. MAROTTOLI, 'Leges sacratae', Roma, 1973, 95, nt. 2; R. FIORI, 'Homo sacer', cit., 187 ss. (che nel rapporto *puer-parens* ricomprende tutti gli ascendenti e i discendenti).

⁴¹ Metto, cos , a frutto un'interpretazione gi  proposta da L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer'*, cit., 245 (nonch  in *Id.*, *Appunti*, cit., 29 e in *Id.*, *Studi*, cit., 34 s.) e da E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 239, sulla scorta di L. GERNET, *Droit et prédroit*, cit., 236 ss., secondo cui l'invocazione del *pater* era rivolta alle divinit  familiari.

⁴² V. B. ALBANESE, 'Sacer esto', cit., 146 ss. (nonch  in *Scritti*, III, cit., 4 ss.); R. FIORI, 'Homo sacer', cit., 187 ss.; L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer'*, cit., 223 ss. (nonch  in *Id.*, *Appunti*, cit., 7 ss. e in *Id.*, *Studi*, cit., 14 ss.); E. CANTARELLA, *La sacert  nel sistema originario delle pene. Considerazioni su una recente ipotesi*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage   la mémoire de A. Magdelain*, Paris, 1998, 56 ss.; C. LOVISI, *Contribution   l' tude de la peine de mort sous la république Romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris, 1999, 14 ss.

⁴³ Plut. *Rom.* 13; Serv. *in aen.* 6.609. Non ritengo, infatti, al pari del Tondo, che sia inevitabile Dion. Hal. 2.10.3, in quanto l'influenza di Vediovis (e non Dis Pater) era solo *pro cliente*: la norma romulea, come il dettato decemvirale, non sarebbe stata espressa, cio , in termini di reciprocit , come invece vuole Dionigi.

⁴⁴ Plut. *Rom.* 22.3.

⁴⁵ Dion. Hal. 2.74.3; Paul.-Fest. voce 'Terminus' (Lindsay 505).

confronti del soggetto loro *sacer*), dall'altro che la *ploratio*, quale invocazione ai *dii parentum*, era atto con cui il *pater familias* al contempo dismetteva la propria potestà e rimetteva il *puer* e la *nurus* (così *sacri*) nelle mani delle divinità. Nulla di più diverso dalla *ploratio* magico-performativa del derubato, a seguito della quale l'uccisione non avveniva per deliberazione di una divinità che si serviva quale *longa manus* di un qualsivoglia essere umano, ma perché il *fur*, da esterno alla sfera di potere del derubato *plorans* (potremmo dire originariamente 'ab eo liber') ne veniva inesorabilmente attratto, e così 'destinato' alla sua 'reine Kraft', lasciandosi intatta la *pax deorum* e inapplicabile la legislazione umana incriminatrice dell'omicidio.

2. *La legislazione decemvirale del furto in Tab. 8.12 e Tab. 8.13: 'self-help' reattivo e preventivo?*

Atteso il dettato non sempre univoco (ma, io credo, decifrabile) delle fonti, che talora sembrerebbero – e sottolineo l'impiego del verbo 'sembrare' al modo condizionale – presentare le disposizioni consacrate in Tab. 8.12 ('*si nox furtum [factum sit] <faxit>, si im occisit, iure caesus esto*')⁴⁶ e Tab. 8.13 ('*luci ... si se telo defendit <ast im occisit> endoque plorato <iure caesus esto>*')⁴⁷, come tese alla irrogazione di una sanzione nei confronti del *fur*⁴⁸, talaltra a rimarcarne il carattere esimente a favore del soggetto passivo della condotta (doppiamente) illecita del ladro⁴⁹, vi sono state in dottrina numerose oscillazioni circa la corretta comprensione in termini 'dogmatici' della condotta del derubato uccisore. Si è posto, cioè, il problema (forse con modalità eccessivamente 'anticipazioniste'), della valutazione in termini di 'qualificazione giuridica' della incontrovertibile impunità contemplata dalle XII Tavole nelle due ipotesi testé rammentate: si tratta – ci si è chiesto – di disposizioni scriminanti, ossia di norme la cui inoperatività, secondo quella moderna ricostruzione della struttura del reato che è detta 'bipartitistica', è da contemplarsi come necessario elemento costitutivo (negativo, per l'appunto) ai fini del-

⁴⁶ Ovvero: '*si nox furtum faxit, <ast endo plorassit> si im occisit, iure caesus esto*' (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41).

⁴⁷ M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41.

⁴⁸ Per tutte, cfr. Gell. 20.1.7.

⁴⁹ Cfr. S. RICCOBONO, '*Leges*', cit., 57 s.

l'integrazione della fattispecie di reato⁵⁰? Ovvero Tab. 8.12 e Tab. 8.13 sono state concepite come *leges* che ipotizzano una esecuzione sommaria privata in forza della quale è lo stesso derubato e non un organo statale a porre in essere la sanzione quale conseguenza negativa della condotta illecita del ladro⁵¹? Ovvero – infine – non può forse dirsi che, in questi termini (che mi sembrano tali da configurare un

⁵⁰ Le cause di giustificazioni o scriminanti sono situazioni in presenza delle quali un fatto che altrimenti sarebbe reato non è punibile in quanto la legge o lo consente o addirittura lo impone: oggi si ritiene, comunemente, che il fondamento sostanziale delle scriminanti sia la prevalenza dell'interesse tutelato dalla norma di liceità (norma scriminatrice) rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice in base ad un comportamento diverso. Come è noto, seguendo ragionamenti e adottando categorie che il mondo romano non aveva elevato ancora a dogma, le scriminanti sono il classico terreno di scontro tra la teoria della bipartizione della struttura del reato, secondo la quale le cause di liceità altro non sarebbero che elementi negativi del fatto, e la teoria della tripartizione che inquadra situazioni come la legittima difesa tra il 'fatto' e la 'colpevolezza', quali elementi negativi della 'antigiuridicità' in senso oggettivo: cfr., paradigmaticamente, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2002, 33 ss. A quanto mi risulta il primo a pensare ad una 'legittima difesa' fu W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Iustinianus*, Leipzig, 1848, 298 (che tratta, per vero, solo di Tab. 8.13). Cfr., per i sostenitori della tesi negativa della legittima difesa, *ex plurimis*, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig, 1901, 776; A. PERNICE, 'Labeo'. *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.1², Halle, 1895, 73 ss.; M. BOHÀCHEK, 'Si se telo defendit', in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 147 ss.; M. HUMBERT, *La peine en droit romain*, in *La Peine-Punishment. Recueils de la Société J. Bodin*, I, Bruxelles, 1991, 159.

⁵¹ Le sfumature sono molteplici: si potrebbe parlare di 'vestigia della ragion fatasi' (F.P. GULLI, *Del furto manifesto nel diritto romano*, in *AG*, XXV, 1880, 68 ss. che, tuttavia, parla anche di 'giudizio popolare'); di pena prevista per un soggetto che si è reso 'friedlos' (cfr. A. PERNICE, 'Labeo', II.1, cit., 78 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976, 78); di «justice privée» (M. HUMBERT, *La peine en droit romain*, cit., 159), di «giustizia popolare» (A. PALMA, 'Iura vicinitatis', cit., 89 ss.); di 'Selbsthilfe' in senso giudiziario (v. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, *Esercizio dei diritti e difesa privata*, Bologna, 1946, 162 ss., che pensa ad un 'sommario processo su iniziativa della vittima' per Tab. 8.13 e di una difesa privata per 'legittima difesa' per Tab. 8.12). Io, al più, sarei maggiormente propenso a discorrere (limitatamente a Tab. 8.12) di una 'giuridicizzazione della vendetta' (limitata così dall'ordinamento), per cui il derubato ha il potere di metter a morte il *fur*, di modo che, se decide per questa soluzione, si sostituisce alla *civitas* nella funzione repressiva quale 'agente autorizzato' (cfr. A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive*, cit., 43). Segnalo, inoltre, la posizione di A.D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, 39, il quale ipotizza che *iure* in Tab. 8.12 indichi in modo del tutto generico la corrispondenza dell'agire del derubato a 'principi di giustizia' (cfr., altresì, Id., *Voleurs, brigands et légitime défense en droit Romain*, in *NRHD*, LIV, 1996, 505 ss.); nonché quella di A. MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., 85 s., che, come già si è sottolineato, senza alcun riscontro nelle fonti, congettura per il *fur qui se telo defendit* lo status di *homo sacer*.

approccio volto, forse inconsciamente, a purificare con le visioni ‘moderne’ del presente le concezioni ‘primitive’ del passato), il problema è mal posto, di modo che parrebbe opportuno aprire la strada per delineare una posizione che, allontanandosi da detti due poli (fermamente ancorati a categorie e modelli propri della penalistica contemporanea), sappia svincolarsi da ipoteche concettuali invero estranee al mondo romano, e sia volta non a calare la *ratio* di oggi nelle *leges* delle XII Tavole, ma – seguendo l’insegnamento di Cecilio Africano⁵² – a comprendere la vera *ratio* delle disposizioni dei decemviri? Non v’è che da analizzare i punti fondamentali delle due diverse impostazioni, iniziando dalla tesi più recente, ossia quella della «esecuzione sommaria sul fatto da parte del derubato»⁵³.

Così il Nicosia, con riguardo precipuo al furto diurno con *defensio* a mezzo di un *telum*, ha parlato di un «processo sommario sul fatto, eseguito, con partecipazione della collettività, su iniziativa del derubato»⁵⁴, laddove il *fur nocturnus* sarebbe da considerare passibile di un impiego della giustizia privata del tutto incondizionato.

Il Bohàček ha inteso rimarcare come il *fur diurnus*, normalmente procedibile per via ordinaria, fosse stato ‘impunemente uccidibile’ solo allorché a mezzo della sua condotta ‘difensiva’ e ‘violenta’ si fosse opposto alla propria deduzione *in ius* tentata a buon diritto dal derubato che lo aveva trovato ‘red-handed’. In altre parole, secondo lo studioso, per disposizione decemvirale sarebbe stato lecito uccidere il *fur* nell’eventualità in cui lo svolgimento regolare della giustizia non fosse stato reso praticabile: e ciò proprio in forza del contegno ostacolante del *fur*⁵⁵.

Il Luzzatto, dal suo canto, assumendo una posizione che qualcuno ha definito «mediatrice»⁵⁶, ha preferito mettere maggiormente in luce il ruolo della *endoploratio* e sottolineare, anche per il caso del *fur qui se telo defendit*, un barlume di ‘procedimentalizzazione’: l’atto consistente nell’*endoplorare*, difatti, si sarebbe atteggiato a contegno processualmente rilevante volto sia alla invocazione di testimoni, sia

⁵² Cfr., *supra*, § 2 del capitolo primo.

⁵³ L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., 428 s.

⁵⁴ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, *Le origini*, Catania, 1980, 84; v., altresì, B. ALBANESE, *Sacer esto*, cit., 145 e 154 (nonché in *Scritti*, III, cit., 3 e 12); E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 271 ss.; C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 67.

⁵⁵ M. BOHÀČEK, *Si se telo defendit*, cit., 147 ss. e soprattutto 171.

⁵⁶ A. CORBINO, *Si nox furtum faxit*, cit., 246, nt. 10.

al procacciamento di mezzi esecutivi: il gruppo sociale chiamato, infatti, avrebbe svolto il compito fondamentale di ratifica⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, 163: la posizione dell'autore, invero, non mi è sempre del tutto cristallina, soprattutto là dove parla di «legittima difesa sanzionata per il derubato entro il quadro di una sanzione accordata» dal sistema normativo; così come non mi persuade la distinzione tra *fur nocturnus* (la cui uccisione sarebbe supportata dall'operatività di una scriminante) e *fur qui se relo defendit* (oggetto, invece, di una esecuzione sommaria): cfr. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, cit., 162 s. Quanto al senso dell'*endoplorare* (così valorizzato dal Luzzatto) esso, secondo il pensiero di Cicerone (Cic. *Tull.* 21, 50: *endoplorato, hoc est conclamato, ut aliqui audiant et convenient;*) e di Festo (Paul.-Fest. voce '*endoplorato*' [Lindsay 67]: *endoplorato, implorato, quod est cum quaestione inclamare. Implorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis*), consisterebbe in una *conclamatio* finalizzata a chiamare a testimonianza *aliqui* (cfr., altresì, Gaio in D. 9.2.4.1). Secondo il Wieacker sarebbe d'uopo congetturare una evoluzione della *endoploratio* da originario «Jammeruf» a «Hilferuf», per poi passare a «Gerichtsruf» (F. WIEACKER, '*Endoplorare*'. *Diebstahlverfolgung und Geruft im altrömischen Recht*, in *Festschrift Wenger*, I, München, 1944, 129 ss.), laddove per il Luzzatto, esso sarebbe atto teso a far constatare sul fatto il delitto, e dovrebbe esser inserito nel contesto di un sistema punitivo che riconosce il ricorso alla autodifesa ('Selbsthilfe'); nell'epoca postclassica tale natura sarebbe stata derelitta, in quanto le fonti di tale periodo individuerebbero nell'*endoploratio* un mero 'consiglio' cui, al più, si sarebbe potuto far ricorso anche nell'ipotesi di *furtum nocturnum* (G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, cit., 163 ss.). Ora, atteso che pur tale atto – stando a Cicerone e Festo – consiste in un *inclamare* e *rogare* (*cum quaestione* e *cum fletu*), o in un *conclamare*, vero è che 'chiamare in aiuto' non significa affatto 'ottenere aiuto', riuscire a far sì che qualcuno venga in proprio soccorso: nulla esclude, infatti, che una volta pronunciato dal derubato l'appello, nessuno si presentasse o perché nessuno sentiva o perché nessuno voleva intervenire (cfr., in questi termini, A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 181). In altre parole l'imperativo '*endoque plorato*' (esprime una condizione imprescindibile per l'*occidere iure*) non significa affatto che vi sia qualcuno (almeno di umano) presente sul luogo ove è effettuata l'invocazione; così il verbo *endoplorare* all'imperativo – ad avviso di Guarino – con buona probabilità, all'origine (o, comunque, nel quinto secolo a.C.), avrebbe avuto il seguente dominio semantico: esprimere la necessità per il derubato, prima di ricorrere alla violenza contro il ladro diurno (a sua volta in procinto di impiegare le armi) di rivolgersi allo stesso ladro e di pregarlo di desistere dal suo intento. La spiegazione è coerente. Cicerone, nella *pro Tullio* (dove deve dimostrare che le leggi romane non permettono di uccidere se non in via eccezionale), si avvale di un termine oramai oscuro, *endoploratio*, e lo intende – a proprio vantaggio – come chiamata a testimonianza; mentre nella *pro Milone* (dovendo sostenere l'esistenza di casi in cui la provocazione della morte di un uomo è autorizzata dal sistema), preferisce tacere in ordine alla necessità della presenza di testimoni, e quindi ben si spiega il silenzio sulla *endoploratio* (v., ottimamente, sul punto, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 48 ss. nonché 52 ss. e nt. 103, che si concentra, tra l'altro, sulla assenza per diritto attico della necessità che un omicida chiami testimoni a raccolta, benché chi si apprestasse a uccidere secondo diritto provvedesse a cercare spettatori, come testimonia l'orazione di Lisia sulla morte di Eratostene, § 24; *contra* G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi*, cit., 169). Cfr., sulla

Di contro, i sostenitori della tesi della scriminante della 'legittima difesa', fondano i propri assunti su considerazioni di tal fatta: atteso che la norma decemvirale sul furto diurno ipotizzerebbe quale *condicio sine qua non* dell'uccisione il fatto che il ladro si sia difeso (*si se telo defendit*) e che, quindi, «l'uccisione ... sia avvenuta nel corso di un'aggressione da parte del derubato» (di talché non sarebbe supponibile «altra aggressione se non quella rivolta a catturare il ladro e alla quale questi abbia tentato di sottrarsi usando le armi»), sarebbe giocoforza inferire che «se la norma avesse voluto attribuire il diritto di uccidere il ladro armato, essa avrebbe dovuto prevedere non *si se telo defenderit*, ma *si se telo venerit*»⁵⁸. In altre parole «l'aver previsto, come suo presupposto di applicazione, la reazione armata del ladro significa che la norma ha voluto ipotizzare il caso di una morte procurata nel tentativo di catturare il ladro e in conseguenza della sua reazione armata»⁵⁹. Quanto poi, al furto notturno – sempre seguendo il ragionamento del Corbino, ultimo sostenitore della tesi della scriminante – qualora il legislatore del quinto secolo avesse voluto prevedere la facoltà (la *licentia* o il *ius*, direi io) per il derubato di uccidere sul fatto il ladro, invero, avrebbe dovuto esprimersi nei termini seguenti: '*si nox furtum faxit, occidito; si nox furtum faxit iure caesus esto*'; «ma mai: *si im occisit*»⁶⁰, in quanto «la presenza di una seconda protasi subordinata lega a questa e non alla prima la conseguenza prevista: *iure caesus esto* è conseguenza normativa di *si im occisit* non di *si nox furtum faxit*»⁶¹.

endoploratio, con connesso 'sacrificio catartico', nella funzione di purificazione dal 'peccato di omicidio', A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 257 ss. Atteso quanto si dirà oltre sull'insorgenza in capo al derubato del *ius occidendi*, non credo sia neppure da scartare l'ipotesi della *endoploratio* intesa come 'formula magica' diretta a creare una 'sfera' di 'potere' il cui esercizio da parte del derubato *qui endo ploravit* non inneschi, così, l'ira divina. E ciò si potrebbe estendere, pertanto, anche – per i primordi – al caso di ladro notturno: una traccia di ciò sarebbe rimasta in Gaio (Gai. 7 *ad ed. prov. D.* 9.2.4.1) che avrebbe però frainteso (come vuole A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 181) il significato originale dell'atto, confondendolo con un'invocazione non agli dei (*numina*), ma a degli umani, in funzione di chiamata a testimonio.

⁵⁸ A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 253.

⁵⁹ A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 253.

⁶⁰ A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 251.

⁶¹ L'obiezione non mi persuade: vero è, a mio avviso, che il periodo ipotetico è concepito in modo tale che la apodosi sia logicamente la conseguenza di entrambe le protasi: il legislatore, cioè, affermerebbe che se un ladro commette furto di notte e se, in tal contesto, il derubato lo uccide, tale uccisione non è da considerarsi condotta illecita,

Ma, come meglio si dirà oltre, lo studioso – così pronunciandosi – pare non accorgersi affatto della reale portata della disposizione decemvirale (Tab. 8.12) che, per l'appunto, non è quella di elevare l'*occidere* a deontologia, bensì quella di definire la sfera del potere del derubato (che, quindi, non è tenuto a uccidere, ma ha il potere di uccidere⁶²).

Sulla stessa linea, seppur in termini alquanto più cauti, con riguardo alla «règle concernant le voleur nocturne», molti anni or sono si poneva l'Arangio-Ruiz, ad avviso del quale «que l'on voie dans cette règle un résidu de la vengeance illimité qui était coutumière à une époque primordiale, qu'on y voie, comme nous préférons, une présomption de défense légitime, toujours est-il qu'il ne s'agit pas d'une peine dont la loi menace le voleur, mais d'une cause de justification qu'elle pose au profit du volé»⁶³; mentre, quanto alla regola prescritta in tema di ladro «qui surpris en plein jour, se serait défendu par les armes afin d'empêcher le volé et son entourage de l'appréhender», l'autore rimarcava come «cette hypothèse était sujette au même régime en vigueur pour le vol flagrant et nocturne»⁶⁴.

Queste due impostazioni antitetiche – pur ferma la peculiarità della posizione intrinsecamente 'mediana' assunta dal Luzzatto – sono, peraltro, affiancate da un terzo orientamento che potremmo definire 'atomistico' (in quanto opposto al 'monismo' delle due sopravvissute scuole di pensiero che, appunto, trattano Tab. 8.12 e Tab. 8.13 come un *unicum*). Seguendo quest'ultimo filone, il caso del furto

ma avvenuta nell'esercizio di un diritto che l'ordinamento riconosce al derubato stesso. Una cosa è il dovere uccidere (cui la *lex* non fa riferimento); una cosa il potere di uccidere (che i decemviri attribuiscono espressamente). Né mi pare pertinente il richiamo a Tab. 8.2 (*si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*) e a Tab. 8.22 (*qui se sierit testarier libripense fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto*) giacché non vi sono due protasi e una apodosi: Tab. 8.2 è strutturato con una protasi (*si*), una subordinata di valore concessivo (*ni*), e infine un'apodosi imperativa, e Tab. 8.22 con una relativa (*qui*), una protasi negativa (*ni*) e un'apodosi (*A. CORBINO, 'Si nox furtum faxit'*, cit., 251, nt. 25).

⁶² Cfr., sul punto, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 271 ss.

⁶³ V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 204.

⁶⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 205. Cfr., conformemente, pure F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, in *RHD*, XLVI, 1922, 479 (nonché in *Etudes de droit romain*, Paris, 1931), ad avviso del quale, con riguardo al precetto relativo al furto notturno, «c'est la une disposition exceptionnelle et qui se justifie plutôt par le droit de défendre son bien contre les voleurs que par celui de punir». V., altresì, T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 620 e nt. 6, nonché B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 13 e nt. 26, 63.

notturmo si dovrebbe configurare come un reperto della 'autodifesa privata' in funzione repressiva, autorizzato espressamente dall'ordinamento senza alcuna limitazione formale (e senza la necessità dell'intervento statale attraverso, tra l'altro, la formale pronuncia di una decisione giudiziale), come testimonierebbero talune fonti che, per l'appunto, non pongono alcuna circoscrizione alla uccisione del ladro: se era lecito per il privato derubato mettere a morte (o, forse *rectius*, 'condannare a morte') il *fur nocturnus quoquo modo*⁶⁵ o *omnimodo*⁶⁶, di contro il *fur diurnus* poteva essere ucciso impunemente solo nell'ipotesi di *defensio* da parte del ladro stesso con un *telum*: in altre parole, «mentre il ladro diurno poteva essere ucciso solo a seguito di colluttazione a mano armata, il notturno poteva invece essere ucciso comunque: a sangue freddo, oppure a tradimento, come ad esempio in una trappola tesa mentre si apprestava a fuggire con la refurtiva»⁶⁷.

Indi, la formula imperativa *iure caesus esto* non starebbe affatto a significare la natura esimente della disposizione decemvirale⁶⁸: ferma

⁶⁵ Cic. *Mil.* 3.9: *quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?*; Sen. *Rh. contr.* 10.6.2: *lex, quae nocturnum furem occidi quoquo modo iubet, non de damnato tantum sed de fure loquitur*; Coll. 7.1: *quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se audeat telo defendere, interfici iubent: scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit, sicut lectio manifestat*; Quint. *inst. orat.* 5.14.18: *et a ratione fas est incidere deinde concludere, ut ibidem: 'quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet'*; Aug. *quaest. in heptat.* 2.84: *hoc et in legibus antiquis secularibus ... invenitur, impune occidi nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderet.*

⁶⁶ Coll. 7.3.2-3: *sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita [lex] demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu. 3. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur: ergo etiam lege Cornelia tenebitur.*

⁶⁷ L. GAGLIARDI, 'Iure caesus esto', cit., 432. Anche per L. ARU, *Appunti*, cit., 129, che si distingue per la sua equilibrata posizione 'compromissoria', «mentre la figura del ladro diurno che si difende con le armi può agevolmente rientrare nella teoria generale della legittima difesa», di contro, «l'uccisione del ladro notturno ... nella sua figura primitiva, aveva poca attinenza con la regola generale 'vim vi repellere licet', e perciò «poteva essere considerata come un caso di tutela privata a difesa dei propri beni»; cfr., altresì, in tema, R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 57 ss.

⁶⁸ F. SERRAO, 'Ius' e 'lex' nella dialettica costituzionale della prima repubblica. Nuo-

restando la necessità della flagranza (imprescindibile, ovviamente, per l'applicazione in concreto della disciplina in oggetto), l'uccisione del ladro notturno sarebbe rimasta 'impunita' per esplicita volontà dell'ordinamento decemvirale (*impune*)⁶⁹: vale a dire che essa sarebbe stata considerata 'conforme' – come apprenderemmo direttamente da

ve riflessioni su un vecchio problema, in Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professore Filippo Gallo, II, Napoli, 279 ss., ha rilevato che talora, nelle Dodici Tavole, ius indicherebbe il principio di diritto cui la lex deve riferirsi quando modifica l'ordinamento, onde affermare il suo pieno valore (ita ius esto); talaltra ius farebbe riferimento al procedimento giudiziale, o alla formale contesa, se non al tribunale stesso (G. NICOSIA, Il processo privato romano, I, cit., 74 ss.). Attesa la sopraccennata polisemia del vocabolo ius, varie sono state – ovviamente – le interpretazioni del vocabolo nel contesto che qui ci occupa, in indissolubile relazione al tipo di interpretatio ('monistica' o 'atomistica', della 'legittima difesa', della 'vendetta', del 'giudizio popolare' etc.). Secondo il Nicosia iure avrebbe indicato, in tal contesto, che il ladro notturno doveva essere ucciso in «conformità al procedimento stabilito» (G. NICOSIA, Il processo privato romano, I, cit., 76); l'Albanese, invece, ritiene che iure sia da intendere come «conformemente a ciò che è approvato» (B. ALBANESE, Premesse allo studio del diritto privato romano, Palermo, 1978, 76, nt. 7); il Magdelain, nella sua acuta riflessione sulla laicità del codice decemvirale, pone in risalto l'assenza di connotati religiosi nel sostantivo, affermando – poco persuasivamente – che ius in Tab. 8.12 avrebbe indicato la 'sentenza capitale' pronunciata in via di eccezione non da un giudice, bensì da un privato, con conseguente 'sacertà' (sebbene ciò poco convinca attesa la inesistenza di fonti in tal senso) del fur nocturnus (A. MAGDELAIN, De la royauté, cit., 85 s.); il Manfredini, per parte sua, ha pensato che iure dovesse essere interpretato, come già abbiamo messo in luce, nell'accezione di una corrispondenza della provocata morte del ladro ai 'principi di giustizia' (A.D. MANFREDINI, Contributi, cit., 39), laddove il Corbino (A. CORBINO, Si nox furtum faxit, cit., 251), riprendendo parzialmente il pensiero di Luzzatto, Arangio-Ruiz e Mommsen, ha scritto – come sappiamo – che il sostantivo attesterebbe una scriminante a favore del derubato assalito (T. MOMMSEN, Römisches Strafrecht, cit., 620; V. ARANGIO-RUIZ, La répression, cit., 205; G.I. LUZZATTO, Procedura civile romana, I, cit., 163). Contro tale visione Wieacker ha parlato un po' sibillinamente di una uccisione «avente le qualità di ius» e Kaser e Simon hanno inteso – ad avviso di chi scrive più persuasivamente – ius come segno della legittimazione all'esercizio della vendetta, 'Rache' (F. WIEACKER, 'Ius' e 'lex' in Roma arcaica, in Sodalitas, VII, Napoli, 1984, 3015 ss.; M. KASER, Das altrömische 'Ius', Göttingen, 1949, 12 s.; D.V. SIMON, Begriff und Tatbestand der 'iniuria' im altrömischen Recht, in ZSS, LXXXII, 1965, 132 ss.); da ultimi sia la Cantarella che il Gioffredi hanno reso iure con 'legittimamente' seguendo l'intuizione di Pölay (E. PÖLAY, 'Iniuria dicitur omne quod non iure fit', in BI-DR, LXXXVIII, 1985, 73 ss.) secondo cui iure avrebbe consentito la libera pratica dell'autotutela privata ('Selbsthilfe') da parte del padrone di casa quale reazione alla iniuria subita (C. GIOFFREDI, I principi, cit., 67; E. CANTARELLA, I supplizi capitali, cit., 274).

⁶⁹ Cic. Mil. 3.9; Quint. inst. orat. 5.14.18; D. 48.8.9. Cfr., sul punto, L. GALIARDI, 'Iure caesus esto', cit., 433, 434 e nt. 68.

Macrobio – al ‘diritto in senso oggettivo’ (*iure*)⁷⁰. Tale uccisione sarebbe stata una sanzione di carattere punitivo, una esecuzione privata in applicazione dell’esercizio dell’autotutela e non, invece, una condotta lecita per l’operatività di una norma scriminante, quale è la legittima difesa. Solo l’ipotesi relativa al *fur manifestus diurnus*, consentaneamente al principio *vim vi repellere licet*⁷¹, avrebbe potuto originariamente qualificarsi in termini di ‘legittima difesa’, di elemento negativo della ‘antigiuridicità’ del fatto (a mente della tripartizione della struttura dell’illecito), ovvero di obliterazione dello stesso fatto delittuoso (se si vuole aderire alla tesi della bipartizione).

A posteriori, tale impostazione risulta senz’altro prudente e razionale, sebbene io sarei ben più cauto nella sua, così netta, formulazione: se, da un lato, infatti, pare pacifico che il *fur nocturnus* sia uccidibile in quanto tale e non per la necessità di difesa, dall’altro, l’ipotesi di Tab. 8.13, solo da un punto di vista ‘strutturale’ pare assimilabile alla nostra ‘legittima difesa’, giacché, atteso che è il ladro che si difende con un’arma per evitare la cattura, nel versetto non si contempla affatto la reazione contro un ladro che aggredisce per primo il derubato, ovvero l’impiego della forza – *usque ad mortem* – per impedire la fuga del delinquente stesso; invero parrebbe più proprio dire, in definitiva, che anche qui si ‘sanziona’ con la morte la reazione armata del *fur* tesa a evitare la cattura. Insomma, le due disposizioni sarebbero tra loro omologabili sotto il profilo, per così dire ‘sanzionatorio’, dell’esercizio (ovviamente nel solo immediato), da parte del derubato, di un potere di messa a morte del *fur*: sicché pure la tesi ‘atomistica’, in verità, si mostrerebbe eccessivamente debitrice di distinzioni (uccisione scriminata / uccisione sanzionatoria) non ancora mature in età preclassica. Diversamente dicendo: gli artefici del diritto decemvirale, o da meri ‘nomografi’ (come parrebbe a me per Tab. 8.12 e Tab. 8.13), o da ‘nomoteti’, erano davvero interessati – come potrebbe esserlo un

⁷⁰ L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., 433: «la norma sul furto notturno contenuta nelle XII Tavole si limitava ... a fissare, in modo oggettivo, le condizioni, i presupposti in base ai quali fosse legittima l’uccisione del ladro»; in altre parole, «non c’era nessun riferimento a procedure che dovessero essere rispettate, o a decisioni giudiziali», ma «in caso di sussistenza delle condizioni previste dalla legge, l’uccisione sarebbe avvenuta secondo il diritto oggettivo (*iure*)». Il che può essere accettato sempre che non si voglia estendere anche a Tab. 8.12 il regime della *endoploratio*.

⁷¹ Cfr., sul punto, L. ARU, *Appunti*, cit., 119 ss.

legislatore, un giudice, un avvocato, un giurista di questo secolo – a tenere separate concettualmente due norme (riguardanti l'una il furto diurno armato, l'altra quello notturno) che, sul piano delle conseguenze, chiudevano col medesimo *'iure caesus esto'*, riconducendo l'una nel campo delle norme incriminatrici, l'altra in quello delle discriminanti? O, piuttosto, disinteressati a concettualizzazioni di tal fatta, i legislatori straordinari del 451 a.C. miravano sì a registrare *mores in-veterati*, ma nel tentativo sotterraneo di spostare il *ius occidendi* dal campo di quella repressione privata (fondata, in parte, anche su credenze e pratiche magiche)⁷² che sempre più diveniva d'impaccio alla 'pressione ordinante' della comunità politica, al campo della repressione – direttamente o mediatamente – cittadina?

È a mente di tali interrogativi che vorrei, con le seguenti brevi annotazioni, aggiungere qualche considerazione personale alla delicata problematica. Infatti, più che, come è stato diffusamente affermato, una conformità al diritto in senso oggettivo (*iure*), l'uccisione del ladro notturno (come di quello diurno armato) ben potrebbe qualificarsi, a mio avviso, quale contenuto di un 'potere' (la cui genesi si tenterà nel prosieguo di spiegare) che riflette un 'diritto soggettivo' facente capo al derubato. Vero è che, sotto il profilo delle pratiche conseguenze (non punibilità del derubato uccisore), nulla muterebbe,

⁷² Come già abbiamo visto per il caso del *fur qui se telo defendit*, il derubato sarebbe ammesso alla sua uccisione solo dopo una *'ploratio'*: si potrebbe così ipotizzare che in Roma – a differenza, ad esempio, di quanto accadeva nella civiltà omerica: cfr., sul punto, E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 230 – anche l'uso della forza da parte dei privati ('self help' o 'self redress'), quale risposta immediata alla ingiustificata violenza altrui (in ambiente tanto precittadino, quanto cittadino, seppur limitatamente) dovesse trovare un ulteriore fondamento nella pronuncia di parole o nella ripetizione di gesti: l'impiego della forza (anche a titolo di vendetta), quindi, non sarebbe giustificato solo dall'offesa subita (né, quindi, si attergerebbe a risposta ad un male ingiustificato motivata unicamente da ragioni psicologiche e sociali), ma assurgerebbe ad atto già *in nuce* parzialmente ritualizzato (in virtù di credenze ancestrali) nel suo *incipit*: un 'self help', insomma, non legato a elementi magici nel suo materiale dispiegarsi (come, per esempio, sarebbe il *μασχαλισμός*, su cui cfr. Aesch. *choeph.* 439; Soph. *El.* 445; Suida *lex.* voce *ἐμασχαλισθη*; Hesych. *lex.* voce *μασχαλισματα*) bensì, ferma la libertà delle modalità di esecuzione, doverosamente supportato da una preventiva ritualità formulaica rivolta, a seconda dei casi, o all'offensore o agli dei. Anche con riguardo alla fase precittadina, quindi, tali invocazioni potrebbero interpretarsi in funzione delimitativa della originaria violenza indiscriminata: come un ultimo 'richiamo all'ordine' compiuto dalla parte offesa (nel caso del cd. 'self help' preventivo); come una sublimazione fondante dell'esercizio della forza (nel caso del cd. 'self help' reattivo).

in quanto alla liceità del contegno del derubato la *lex*, in definitiva, farebbe sostanziale riferimento; ma, a mio avviso, ciò rilevarebbe in quanto costituirebbe solido argomento (da aggiungersi ad altri) per sostenere che ancora non è dato scorgere nel quinto secolo una ben definita concettualizzazione di *ius* in senso ‘oggettivo’, ossia di *ius* quale astrazione superiore di un ‘ordine deontologicamente laico’ (in contrapposizione al polo religioso del più solenne imperativo divino del *fas/nefas*), agglutinante la compagine sociale e risultato della sommatoria di una pluralità di singole disposizioni cogenti (si dice, comunemente, di matrice consuetudinaria)⁷³. Prescindiamo, pure, dalla

⁷³ Sarebbe, invero, questo un nutrito modo di intendere il più antico *ius* romano: secondo la tesi (sostanzialmente seppur non formalmente professata come tale) ‘laicistica’ del Guarino (A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 142 ss.; 148 ss.) *ius* avrebbe rappresentato sì uno sviluppo dell’originario sistema imperativo religioso del *fas/nefas*, ma non si sarebbe generato come ‘ordine religiosamente orientato’, bensì avrebbe avuto come dominio concettuale quello di ambito deontologico umanamente creato, nato in seno a quella ‘sfera di autonomia e libertà’ (*fas*) lasciata dagli dei agli uomini, perché essi potessero, come meglio credevano, regolare i loro rapporti; tale *ius*, inoltre, si sarebbe manifestato in quel «fondamentale patrimonio» (così B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 87, nt. 39) rappresentato dai *mores* e l’attività della *iurisdictio*, lungi dall’aver avuto carattere costitutivo, si sarebbe imposta quale mera attività di solenne e formale ‘rivelazione’ di un *ius* (oggettivo) preesistente, da intendersi non come ordinamento giuridico ‘tout court’, ma come ordinamento esclusivamente privatistico cui non afferivano le istituzioni relative alle *gentes*, ai *senes*, al *rex*, ai *magistratus*, ai *comitia* etc. (A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 166, nt. 34; cfr., altresì, tra gli autori che hanno inteso *ius* nel primigenio significato di diritto laico della *civitas*, G. BEDUSCHI, *Osservazioni sulle nozioni originali di ‘fas’ ed ‘ius’*, in *RISG*, X, 1935, 209 ss.; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1926, 279 ss.; P. NOAILLES, ‘*Fas’ et ‘Ius’*. *Etudes de droit romain*, Paris, 1948, 85; ID., *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1949, 102 ss.). Sulla stessa scia pure s’è posto il sostenitore di una tesi che io non esiterei a chiamare ‘religiosoinstituzionalistica’ quale l’Orestano: lo studioso infatti ha pensato ad un *ius* inteso quale predicazione originaria di una liceità (subordinata al volere degli dei) di un fare (*agere, gerere*), come *fas* sarebbe stato indice della conformità al volere divino di un *fari*; e la *iurisdictio*, in tal contesto, si sarebbe imposta quale funzione inserita nella primitiva e indistinta *manus* del *rex*, le cui decisioni ‘fattualmente’ – e non quali precedenti – si sarebbero imposte come somma di tasselli atti a comporre un ordinamento oggettivo istituzionalmente auto-imposti (R. ORESTANO, *Dal ‘ius’ al ‘fas’*. *Rapporto tra diritto divino e umano in Roma dall’età primitiva all’età classica*, in *BIDR*, XLVI, 1939, 194 ss.; ID., *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 100 ss., 194 ss.). Tuttavia la tesi del Guarino sia non pare tener conto del fatto che, concependosi il *ius* come una parte del *fas*, tutto ciò che è qualificabile come *ius* dovrebbe essere anche *fas*, laddove tutto ciò che è *fas* non dovrebbe anche, automaticamente, essere *ius* (ed infatti – a mio avviso erroneamente – i *dies religiosi*, come il *dies Alliensis*, o i *dies comitiales* sono detti essere solo attinenti al *ius* e irrilevanti per il *fas*: A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 137), sia retrodata a tempi ancestrali le definizioni di *fas* e *ius* date da au-

considerazione di carattere generale secondo cui l'idea unitaria di 'sistema'⁷⁴ presuppone – sulla base di consolidate abilità contemplative della realtà esistente – poteri di sintesi, astrazione ed induzione che si riscontrerebbero solo in una fase successiva dello sviluppo intellettuale e culturale del pensiero⁷⁵ (poteri comunque conquistati nel mondo

tori del quarto secolo d.C. (Serv. *ad georg.* 1.269; Isid. *orig.* 5.2.2) usando come *discrimen* il tipo di fonte (umana/divina). Di poi, la tesi di Orestano (che pure mi pare condivisibile per l'importanza attribuita ai cd. fatti di normazione auto-legittimati e alla 'liceità religiosa') non spiega affatto in modo fondato e argomentato la distinzione tra 'conformità alla ritualità gestuale' (*ius*) e 'conformità alla ritualità verbale' (*fas*). Indi, entrambe queste concezioni a me paiono criticabili in quanto attribuiscono ad un'epoca assai risalente un concetto innegabilmente esistente nelle fonti (quello di *ius* come ordinamento positivo, eminentemente privatistico), ma affermatosi in epoca successiva, come testimonierebbe, a mio avviso, l'impiego decemvirale di *ius* quale predicativo dell'imperativo *esto* (Tab. 5.3; Tab. 6.1) o nella forma ablativale *iure* (Tab. 8.12). Più complesso e sfumato il pensiero dell'Albanese ad avviso del quale *ius* sarebbe stato qualificazione-predicazione di una condizione riconosciuta in termini di stabilità, approvazione, normalità, normatività: *ius* sarebbe stato, insomma, il sintomo di un «giudizio positivo circa una situazione, rispetto ad un ordine dovuto», ad un ordine concepito come «assetto armonico», di modo che i valori corrispondenti alle categorie giuridiche oggettive e soggettive si sarebbero confusi e sarebbero rimasti impliciti (B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 78). Invero tale concezione non permetterebbe di attribuire un senso univoco al *ius* quale si rinviene – in ambito giuridico – nei precetti decemvirali (fatta eccezione per i luoghi in cui è evidentemente indice di un senso traslato: Tab. 1.1; Tab. 1.3; Tab. 3.3) e in contesti religiosi quali quello di Gell. 1.12.14 e Cato *de agr.* 139.

⁷⁴ Impiego il sostantivo coscientemente in luogo di 'ordinamento', ed evito, altresì, di qualificarlo solo con l'aggettivo 'normativo' o 'giuridico', a mente di quella raffinata scuola di pensiero che, seguendo la via indicata dalle considerazioni di P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 31, intende sostituire, almeno per i primi secoli della storia di Roma, all'idea di 'ordinamento' quella – più pertinente – di 'sistema giuridico-religioso' (sul punto, v., comunque, le note di F. SINI, 'Sua cuique civitati religio'. *Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino, 2001, 36 ss.; ID., *Negazione e linguaggio precettivo dei sacerdoti romani*, in *Arch. Stor. Giur. Sardo di Sassari*, IV, 1997, 32 e nt. 16). Quanto alla mia preferenza, qui manifestata per una menzione semplice del solo 'sistema' (rispetto al più complesso catalaniano 'sistema giuridico-religioso'), rimando alle perspicue argomentazioni di Giorgio Agamben che, di recente, ha enfatizzato sia la necessità di impiegare la massima cautela «ogni volta che si presuppone, a monte di una scissione storica che ci è familiare, uno stadio preistorico (o comunque più originario) unitario», sia quella dell'accortezza «di non proiettare semplicemente sull'«indistinto primordiale» presupposto i caratteri che definiscono la sfera religiosa e quella profana che ci sono noti e che sono, appunto, il risultato della scissione» (G. AGAMBEN, 'Signatura rerum'. *Sul metodo*, Torino, 2008, 90 s.).

⁷⁵ Cfr., in questi termini, persuasivamente, R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., 108, il quale sottolinea come «per lungo tempo, l'uomo procedette nei suoi ragionamenti soltanto per analogie e con inferenze da particolare a particolare» e come «fu solo attraverso una lunga elaborazione di poteri logici e di esperienze delle loro funzio-

romano mai in modo raffinatamente eccelso, dacché, come s'è autoritativamente già rilevato, il latino «ha dato alla cultura europea il termine del reale, lasciando al greco quello dell'ideale»⁷⁶). Vero è che i luoghi delle XII Tavole in cui si rinviene il sostantivo *ius* (non solo in 'funzione predicativa' del soggetto, come per *fas* e *nefas*, ma anche in 'casi indiretti': segno palese cioè di una maggior flessibilità e articolazione della tavola di valori da esso espressi⁷⁷), anche a non voler considerare detto dominio semantico come primigenio, evidenziano – a mio parere – come la sfera dell'oggettività non sia ancora non solo abbozzata, ma neppure timidamente emersa⁷⁸, e si risolvono in sicuri

ni, che si sviluppò l'attitudine, e per gradi insensibili, faticosamente conquistati, di formulare concetti di più in più generali, svincolati dal dettato delle singole esperienze concrete, e di porli a base di un complesso indeterminato di applicazione». Sulla «singolare riluttanza dei Romani all'astrazione» (F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1946, 35), v. gli interessanti spunti di 'grammatica' contenuti in K. VOSSLER, *Civiltà e lingua di Francia*, trad. it., Bari, 1948, 116; A. TRAINA, *Sul problema dell'astratto nel teatro latino arcaico*, in *Riv. filol. class.*, CXIX, 1991, 118 ss.; J. HUMBERT, *Statisme et évolution dans l'histoire du droit écrit*, in *Rev. Ét. Lat.*, XLII, 1964, 400 ss. Così, a mio avviso, deve essere avvenuto anche per *ius* quale somma non tanto di 'norme', ma sintesi unitaria di singoli *iura* (consacrati nell'*interpretatio* dei *prudentes* che li rivelavano o li inventavano, nonché nelle pronunce dei *reges* che *iura reddebant* [Liv. 1.41.5; Cic. *rep.* 2.21.38] e dei magistrati repubblicani che in vista della *sententia* privata *ius dicebant* [Gai 4.13-17]): 'spettanze' riconosciute ai consociati quali vantaggi, ma anche a titolo di svantaggio (B. ALBANESE, *Premesse*, 199 s., che cita, *ex plurimis*, Liv. 1.32.10; D. 2.13.9.1; Gai 2.14; D. 29.5.21.1).

⁷⁶ Cfr. A. TRAINA, *Riflessioni sulla storia della lingua latina*, premessa a F. STOLZ - A. DERNBURGER - W.P. SCHMID, *Storia della lingua latina*⁴, trad. it., Bologna, 1993, XXVI, nt. 1. Cfr., altresì, J. MAROUZEAU, *L'accès de Rome à son destin littéraire*, in *Bull. Ass. G. Budé*, XIII (fasc. 'Lettres d'humanité'), 1954, 63.

⁷⁷ A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 136.

⁷⁸ Secondo la tesi 'teocratica' delineata dal De Francisci – in aperto disaccordo con quanto ricostruito dallo stesso nel primo volume della sua *Storia del diritto romano* ove si accentuava il valore oggettivistico del *ius*, e con forti debiti verso il pensiero di Dumézil (v. G. DUMÉZIL, *A propos du latin 'ius'*, in *RHR*, CXXXV, 1947-1948, 105; cfr., altresì, ID., *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano, 2001, 84) – sia in *Arcana imperii* che in *Primordia civitatis*, *ius* e *fas* avrebbero indicato una pronunzia formalmente umana, ma sostanzialmente di matrice divina; indi, il primo termine sarebbe stato segno della «sfera entro la quale l'individuo può esercitare la propria potenza» (cfr. P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, 378; ID., *Arcana imperii*, III.1, Milano, 1948, 136 ss.) pronunciata dai capi precivici e civici della comunità in indissolubile connessione col giudizio (cd. teoria del 'Führertum' e della 'natura costitutiva della *iuris dictio*'). Rimanendo prevalentemente entro la cornice della laicità, invece, e attribuendo all'originario sistema di risoluzione delle controversie romano la struttura di un *ordalium*, pur per vie diverse, si sono mossi il Gioffredi e il Kaser. Sulla base di argo-

indici della prevalenza di un orientamento semasiologicamente sog-

mentazioni di natura soprattutto comparatistica, il primo, se concepiva l'attività giurisdicente classica come enunciazione della norma applicabile (ID., *Contributi allo studio del processo civile romano*, Roma, 1947, 17 ss., 45 ss., 63 ss.), era d'altro canto certo che tale significato dovesse essere escluso per le origini: egli vedeva in *ius* un originario luogo circoscritto dai consociati ove avveniva il duello, indi, il luogo dove il capo, quale *iudex* o *ius dicens*, pronunciava la soluzione della controversia con 'verbi costitutivi' (*ius dicere*, cioè, nel senso ampio di 'fare il diritto', laddove, primitivamente, era da intendersi come enunciazione d'imperio da parte del capo del mezzo formale adatto a risolvere la controversia); di lì (*ius* come statuizione del caso concreto) alla concezione di *ius* come «comportamento voluto dagli dei o imposto dal magistrato», «fissazione autoritativa di ciò che è» e, per traslato, «spettanza» ovvero «regola», «regime giuridico», «situazione giuridica», «comportamento vincolato», ad avviso dello studioso, il passo non sarebbe stato troppo lungo (C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 175, 181, 187; ID., '*Ius-Lex-Praetor*', in *SDHI*, XIII-XIV, 1946-1947, 51, su cui v., tuttavia, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 152 ss.; G. PUGLIESE, *Recensione* a C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., in *Iura*, VII, 1956, 195 ss.; M. KASER, *Recensione* a C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., in *Labeo*, I, 1955, 315, 318; F. WIEACKER, *Recensione* a C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., in *ZSS*, LXXIV, 1957, 420 ss.). Il secondo, in un primo momento, aveva parlato sia di 'atto lecito di apprensione' («die von den Göttern gebilligte Befugnis zu einem Zugriffsakt»: M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 31), sia di liceità di un atto di apprensione («jedes Verhalten, das keine andere Person verletzt, insbesondere der erlaubte Zugriff, die keine Privatrache erzeugt»: M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 24); poi, in adesione alle critiche di Álvaro d'Ors (Á. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de 'ius'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 277 ss.), rettificava nel senso di «was eine Person oder Gruppe tut oder begehrt in der Ausübung einer Machtposition» (M. KASER, *Recensione* a C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 315) e di «das Zugehörigsein des Objekts zu einem bestimmten Träger, also die von der Autorität anerkannte Machtstellung der Person über das Objekt» (M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 318). Con una ricerca accurata e ampissima, sulla stessa scia cd. 'soggettivistica' si è, poi, posto il Santoro (ma in modo adeguatamente critico delle impostazioni eccessivamente laicistiche di Guarino, Gioffredi e Kaser: R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, XXX, 1967, 457 ss.). Il romanista – studiando doviziosamente la formula *ex iure Quiritium* nel rito della *legis actio sacramenti in rem* e vedendo, innovativamente, nella *vindicatio* l'espressione d'un dato di fatto presente, di una situazione di potere che la parte realizza attraverso l'esercizio dell'azione medesima (R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 181 ss., 136) – è giunto a concepire il *ius* primigenio non come 'ordine oggettivo', ma come «forza rituale», ossia come forza che si manifesta nella dimensione dell'azione, come realizzarsi di momenti dinamici nelle forme del rito (R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 181 ss., 202 ss.). Ora, concependosi il *ius* – a mente di G. DUMÉZIL, *A propos du latin 'ius'*, cit., 105 ss. – sulla base dell'indoeuropeo *yauz/yaus/yaos come etimologicamente connesso al sanscrito *yōh* (formula), e a composti tanto vedici (*sām ca yos ca*, come 'formula di salvezza', 'invocazione di celeste benedizione') indicanti la presenza, staticamente intesa, della purezza rituale e della piena validità (*optimum*), quanto avestici (*yauzdadaiti*: egli purifica attraverso il rito), impiegati per indicare il raggiungimento dell'assenza di contagio con la sfera della morte (ID., *Potere ed azione*, cit., 198 ss., 202),

gettivo. Se esuliamo da tutti i passi in cui si rinviene *ius* nel senso sicuramente traslato di ‘contesa giudiziaria’, ‘procedimento rituale’, ‘tribunale’⁷⁹, nel versetto consacrato in Tab. 6.1 (*cum faciet nexum mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*)⁸⁰, ovvero in quello

l’ipotesi che l’autore ha con vigore avanzato (ossia, come testé detto, che il primitivo significato di *ius* sia stato quello di ‘forza rituale’, e non di ‘formula rituale’ come suggeriva, invece, H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, 39 ss.), mi pare alquanto azzardata. E ciò non solo perché tale definizione si basa su alcuni fraintendimenti come quello della matematica equazione *ius/ritus* e *mos/ritus* (ID., *Potere ed azione*, cit., 159, 180 s.), o perché spiega l’ablativo *iure* e l’aggettivo *iusus* in termini di ‘ritualità’ sovente con riguardo a fonti che, invece, testimoniano l’oramai consolidata sfera semantica legata alla ‘regola di diritto’ e alla ‘conformità alla regola di diritto’ (ID., *Potere ed azione*, cit., 159 ss.), ma, anzitutto, in quanto tale ricostruzione presupporrebbe una capacità di astrazione dei Romani davvero unica, e per nulla supportata dagli studi di linguistica storica (cfr., per taluni spunti di ineguagliabile sottigliezza critica, S. TONDO, ‘*Vindicatio* primitiva e grammatica, in *Labeo*, XVI, 1970, 77 ss.). Vero è, tuttavia, che con l’autore siciliano non si può che concordare nella parte in cui egli sostiene che per l’età (più avanzata) decemvirale il concetto di ‘forza’ (orientata decisamente in senso magico) immanente ad un soggetto sembra ben giustificabile come fondamentale idea portata da *ius*, e comunque pregressa rispetto a quella laicizzata di diritto oggettivo (R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 446): possono ritenersi fondanti, infatti, a mio avviso, sia l’idea base della radice **yewos/yewes* (formula benefica, formula ‘di incantamento’ nell’area latina, ‘di pacificazione’ nell’area sanscrita), sia il significato etimologico del derivato *iurare*, ossia «operare una formula fausta (magica)» (G. DEVOTO, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, in *Atti del congresso di diritto romano*, I, Pavia, 1934, 23 ss.; ID., *Origini indeuropee*, Firenze, 1962, 325; ID., voce *giure*, in *Dizionario etimologico. Avviamento alla etimologia italiana*, Firenze, 1968, 190 s.), sia, da ultimo, l’impiego di ‘*iusta facere*’ per indicare cerimonie di ‘purificazione’ funerarie (R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 155 ss.).

⁷⁹ V. Tab. 1.1, 3.1, 3.2, 3.3, 6.6. Sul significato topografico di *ius* v. B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 76, nt. 6, che giustamente ritiene non persuasiva la congettura che tale significato sia stato quello originario, nonché G. NICOSIA, *Il processo*, I, cit., 74 ss. Mi avvedo del fatto che in Tab. 3.1 (*aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*) ‘*iure*’ ben potrebbe significare ‘in conformità al diritto oggettivo’ (così, già G. FUNAIOLI, *Osservazioni critiche sulle leggi delle Dodici Tavole*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano [Bologna - Roma 1933]*, I, Pavia, 1934, 73 ss.): vero è, tuttavia, che è parimenti innegabile la non genuinità del versetto nella sua attuale stesura (che, appunto, giustappone stravagantemente un genitivo, *aeris confessi*, a un dativo o a un ablativo, *rebusque iure iudicatis*), come riportata in Gellio (20.1.45). Senza dire, poi, del fatto che in altro passo delle *Noctes Atticae* riproducente il *carmen* decemvirale (Gell. 15.13.11) manca addirittura l’ablativo ‘*iure*’: si potrebbe ipotizzare (non volendo vedere in ‘*iure*’ un riferimento al ‘rito’, cosa peraltro da non escludere aprioristicamente: G. NICOSIA, *Il processo*, I, cit., 76), addirittura, la preferenza di Gell. 15.13.11 a Gell. 20.1.45 (cfr., in tema, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle ‘legis actiones’*, Palermo, 1987, 37, nt. 103).

⁸⁰ Cfr. per Tab. 6.1 (il cui tenore letterale è riprodotto in Fest. voce ‘*nuncupata pecunia*’ [Lindsay 176]), Cic. *off.* 3.16.65-67 (*ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos*

di Tab. 5.3 (*uti legassit suae rei, ita ius esto*)⁸¹, ad esempio, non riesco

est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere, nonché, per la riconducibilità del *carmen* al codice dei decemviri, Cic. *de or.* 1.57.245 (*et, credo, in illa militis causa, si tu aut heredem aut militem defendisses, ad Hostilianas te actiones, non ad tuam vim et oratoriam facultatem contulisses: tu vero, vel si testamentum defenderes, sic ageres, ut omne omnium testamentorum ius in eo iudicio positum videretur, vel si causam ageres militis, patrem eius, ut soles, dicendo a mortuis excitasses; statuisses ante oculos; complexus esset filium flensque eum centum viris commendasset; lapides me hercule omnis flere ac lamentari coegisses, ut totum illud 'uti lingua nuncupassit' non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur*). Sul primo passo ciceroniano citato v., da ultime, le penetranti osservazioni di M. TALAMANCA, *Le Dodici tavole e i negozi obbligatori*, in M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 350 ss., che lo collega – onde spiegare il *duplum* e il verbo *infitari* – all'ipotesi di *nuncupatio de modo agri* (e, quindi, a Gai 4.8 e a Paul. Sent. 1.19.1). Pressoché del tutto inutile, ai nostri fini, invece, è il frammento del commento di Gaio alle XII Tavole contenuto in D. 2.14.48. Il versetto decemvirale in questione (*cum faciet nexum Mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*) secondo la *communis opinio* (*contra*, ma con argomenti debolmente fondati, cfr. N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della 'fiducia' nell'epoca repubblicana*, I, *Le 'nuncupationes'*, Napoli, 1979, 47 ss., con ampia bibliografia sul tema, 52 ss., ntt. 14 ss.) intenderebbe riconoscere 'validità' alle *nuncupationes* (pronunce verbali formali, ma non fisse, in contesto solenne gestuale) sia principali che, grazie all'attività interpretativa pontificale, accessorie (cfr., con limpida e lineare motivazione, in favore della ricostruzione tradizionale A. BURDESE, *Recensione a N. BELLOCCI, La struttura del negozio della 'fiducia'*, cit., in *Iura*, XXXIV, 1986, 180 s.); e ciò pur essendo controversa, invero, l'ampiezza del contenuto di detto riconoscimento (anche se, a mio avviso, l'idea del Volterra secondo cui accanto al formalismo delle mancipazioni le nuncupazioni avrebbero permesso 'libertà senza limiti', a ragione e convincentemente è stata criticata dal Bonfante, che ha ridotto la portata delle nuncupazioni a clausole rientranti nella funzione alienatoria della *mancipatio*, come la *deductio servitutis* o *usus fructus*, o la dichiarazione di vendita di fondo *optimus maximus* o di esistenza di *iura pædiorum*: cfr., sul punto, E. VOLTERRA, voce '*nuncupatio*', in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, Roma, 1926, 145 ss.). Non sarebbe, di poi, eccessivamente assurdo (anche se il tenore di Cic. *off.* 3.16.65-67 parrebbe, nel suo rigore, escludere ciò) ritenere che la disposizione decemvirale in parola si riferisse (con riguardo sia all'incidentale retta da *cum*, sia a quella introdotta da *uti*) al *mancipio accipiens*: si potrebbe congetturare che questi, almeno in origine, fosse il solo a *lingua nuncupare* onde fissare tutto il contenuto del negozio, comprese le clausole accidentali (cfr., in termini simili ai miei, R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 303, nt. 7), e così precisare con completezza i confini del *ius* costituiti inesorabilmente – e senza rilievo della volontà: S. RICCOBONO, *Lineamenti*, cit., 51 ss.; C. GIOFFREDI, *Su XII 'Tab.' VI.1*, in *SDHI*, XXVII, 1961, 343 ss. – con i *certa verba* e *certa gesta* dell'atto *per aes et libram* (ma v., altresì, le ponderate annotazioni, seppur possibilistiche, di M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole*, cit., 352 s. e nt. 58).

⁸¹ Cfr. per Tab. 5.3 (il cui testo, come riprodotto, è in Gai 2.224; D. 50.16.120; di contro, Cic. *de inv.* 2.50.148 e *Rhet. Her.* 1.13.23 attestano come oggetto del *legare*

a spiegarmi affatto la presenza di *ius* come espressione di un ordine superiore positivo, ossia di un «diritto obiettivo»⁸² (in quanto concetto questo evidentemente anacronistico), ovvero nel senso ‘concreto’ di «regime giuridico»⁸³ (in quanto inconcludente sotto il profilo de-

la *pecunia* e la *familia*, e Tit. Ulp. 11.14 e D. 50.16.53 pr. riconducono alle XII Tavole la tutela testamentaria: il che, a mio modo di vedere, potrebbe spiegarsi con una confusione tra testo scritto decemvirale e successiva interpretazione estensiva della giurisprudenza), da ultimo, U. AGNATI, *Sequenze decemvirali. Analisi di Cicerone ‘De inventione’ 2.148 e ‘Rhetorica ad Herennium’ 1.23*, in M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 253 ss., il quale discute panoramicamente delle tre versioni (*a*, *b*, *c*) del precetto, dando conto del recente vivace dibattito in tema (v., tra gli altri, M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma - Bari, 1998, 17 ss., 246 ss.; B. ALBANESE, *Osservazioni su Tab. 5.3*, in *ASGP*, XLV.1, 1998, 35 ss.). Non convince, peraltro, la interpretazione di Humbert e di Coli secondo cui il *legare* del versetto farebbe riferimento non alla *mancipatio familiae*, come ritiene la dottrina dominante (v., per tutti, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1960, 3 ss.), ma al testamento comiziale (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 17, nt. 37; U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, in *Lura*, VII, 1956, 40 e nt. 62): ciò che diverge dalla Tab. 6.1, a mio avviso, è che qui il soggetto del *legare* è ovviamente il testatore *dans*, mentre il *familiae emptor* è sottinteso al dativo in *ita ius esto*: dichiarazione costitutiva e soggetto che ottiene costitutivamente il *ius* sono in altre parole diversi, mentre in Tab. 6.1 (attesa, peraltro, la innegabile struttura unilaterale della *mancipatio*) potrebbe forse ipotizzarsi un’identità di soggetti nelle prime due parti della *lex* (*cum ... uti ...*) e un dativo sottinteso indicante il medesimo agente in ‘*ita ius esto*’ (*mancipio accipiens* e non *dans*).

⁸² Così, ad esempio, G. PUGLIESE, *‘Actio’ e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 120, nt. 1. Cfr., in senso decisamente contrario alla interpretazione oggettivistica, anche E. CANTARELLA, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 2001, 96.

⁸³ Così C. GIOFFREDI, *‘Ius-Lex-Praetor’*, cit., 52, che è ben consapevole, tuttavia, delle illuminanti notazioni dell’Arangio secondo il quale non è possibile intendere *ius* «né in senso strettamente soggettivo (poiché indubbiamente l’espressione vuol dare un particolare rilievo anche al dovere giuridico), né in senso strettamente oggettivo (perché la norma astratta è già nella legge, non sorgerà dal fatto del privato), bensì in un senso dinamico che coglie la norma nell’atto in cui si soggettiva» (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1968, 22): ma, se mi è permesso, vorrei rilevare che, se l’oggettività si rinviene nella disposizione imperativa/descrittiva (insomma: più nell’*esto*, indice del rapporto eziologico tra parole e gesti formali e costituzione del *ius*, che nel *ius* stesso), e se categorie come quelle di diritto soggettivo e diritto oggettivo sono solo ausili artificiali per muoversi in una selva di categorie di un’epoca in cui l’uomo non concettualizzava come noi concettualizziamo (B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 78), allora, la ‘regola’ sembrerebbe consistere nella enucleazione di principio ricavabile dal precetto consacrato nelle Tavole (disposizione scritta) e il riferimento interno a ‘*ius*’ si risolverebbe nell’indice formalizzato della ‘sfera soggettiva’ che (anche) il precetto vuole delimitato inesorabilmente alle indicazioni delle *nuncupationes*: si sarebbe tradotto, da parte dei decemviri, in termini giuspositivistici imperativi (ossia in un *certum* deontologico anche *lege*), il rapporto immediato tra pronuncia di parole in un contesto formale e costituzione del *ius* (della sfera immediatamente creato dal potere nuncupativo performativo) in capo al *mancipio accipiens* (*incertum* deontologico, comunque, *natura*).

scrittivo degli effetti del negozio), o nel senso astratto di «regola»⁸⁴ (in quanto precettivamente inutile ed eccessivamente astratto). Né, ad onor del vero, mi persuade pienamente il pensiero di chi ha sostenuto che in versetti come quelli delle *leges* consacrate in Tab. 5.3, Tab. 6.1, nonché Tab. 12.5 (*quodcumque postremum populus [iussisset] <iusserrit> id ius ratumque [esset] <esto>*)⁸⁵, il riferimento a *ius* sia spiegabile come richiamo da parte del legislatore, entro una dialettica (di cui non nego affatto l'esistenza)⁸⁶ tra due modi di intendere il diritto 'tout court' (*ius/lex*), assolutamente necessario per porre un'uguaglianza di forza prescrittiva tra i due poli in tensione: i tre versetti da ultimi riprodotti, insomma, reciterebbero *ita ius esto* (o, quanto a Tab. 12.5, *ius ratumque esto*) e non *ita lex esto*, giacché la *lex*, lungi

⁸⁴ Così, lapidariamente, S. TONDO, 'Vindicatio' primitiva e grammatica, cit., 80.

⁸⁵ Non sono persuaso, invero, della bontà della tesi che sostiene la riconducibilità di tale precetto alle XII Tavole (così, invece, F. SERRAO, voce *Legge [dir. rom.]*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 794 ss., 806, nt. 85; ID., *Classi, partiti e leggi nella repubblica romana*, Pisa, 1974, 32 ss.): sul punto, v. le ottime argomentazioni di A. BISCARDI, *Aperçu historique du problème de l'abrogatio legis*, in *RIDA*, XII, 1965, 496 s., nonché, più estesamente, in *RIDA*, XVIII, 1971, 449 ss.; cfr., altresì, M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 13; A. MAGDELAIN, *Le 'ius' arcaïque*, in ID., *'Ius', 'Imperium', 'Auctoritas'. Etudes de droit Romain*, Roma, 1990, 66; A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII Tavole*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 323 ss. (ora, pure, in *Pagine di diritto romano*, IV, cit., 87 ss.).

⁸⁶ Credo, cioè, che, se a posteriori le XII Tavole furono di certo conglobate nel blocco civilistico romano (e ciò è innegabile), nel quinto secolo, invece, il loro imporsi come statuizioni statuali tese a stabilire con precisione modelli comportamentali, rimuovendo le incertezze proprie della fluidità del diritto consuetudinario, fosse qualcosa di troppo 'altro' rispetto alla tradizione pregressa perché esse non fossero percepite come qualcosa di altamente estraneo al sistema quiritario originario di disciplinamento dei rapporti privatistici (fermo il loro marginalissimo rilievo anche pubblicistico, che, tuttavia, non attiene al profilo del *ius* propriamente detto). Più che una sudditanza che necessita del richiamo al *ius* (come intende F. SERRAO, *'Ius' e 'lex' nella dialettica costituzionale della prima repubblica*, cit., 278 ss.), mi pare preminente il solo rilievo della 'alterità parallela' del modello innovativo della *lex* a quello del *ius* (*mores, interpretatio, manus regia, dictio*) più antico, che si andrà nel prosieguo dell'età repubblicana a specificare in una dualità che contrapponeva il *ius* come disciplinamento civile di matrice aristocratica e sapienziale alla *lex* come regola politica popolare-magistratale-senatoriale (cfr., da ultimo, A. SCHIAVONE, *'Ius'*, cit., 115 ss.). Tra le numerosissime opere che, in modo particolare, si sono occupate dell'argomento, vanno ricordate: B. BIONDI, *'Lex' e 'ius'*, in *BIDR*, LXVII, 1964, 39 ss.; G. BROGGINI, *'Ius lexque esto'*, in *Ius et lex. Festgabe Gutzwiller*, Basel, 1959, 23 ss.; E.C. CLARK, *'Ius' and 'lex'*, in *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1907, 241 ss.; P. CORNOLEY, *'Ius' et 'lex': leurs rapports*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 31 ss.; C. GIOFFREDI, *'Ius-Lex-Prætor'*, cit., 1 ss.; M. KASER, *Die Beziehung von 'lex' und 'ius' und die XII Tafeln*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano, 1973, 523 ss.; F. WIEACKER, *'Ius' e 'lex' in Roma arcaica*, cit., 3015 ss.

dall'imporsi autoritativamente da sé sola, dovrebbe rifarsi al maggior prestigio 'imperativo' del *ius* (ossia dei *mores* progressi)⁸⁷.

A prescindere dalla 'nuance' di cui lo si voglia colorare, mi pare che l'orientamento soggettivistico sia, invero, nettamente preferibile (anche alla luce del dato formale rappresentato dalla correlatività *uti ... ita*) e che, attesa la «alta arcaicità»⁸⁸ del comando decemvirale (corroborata pienamente dalla funzione predicativa di *ius* corrispondente al registro del *fas* e del *nefas*), si possa supporre che finanche per le origini detta gradazione semantica sia stata quella prevalente. Sicuramente più collimante con la realtà è, a quanto credo, l'interpretazione di chi già ha visto riflesso nell'imperativo in questione (con riguardo specifico a Tab. 6.1) un 'diritto immediatamente eseguibile', ossia una pretesa con la stessa forza di quella stabilita con giudicato, e pertanto azionabile con *manus iniectio pro iudicato*⁸⁹: e ciò non tanto per l'errata convinzione di una immediata 'Exekutivkraft der Libralakte' ('Akte' asseritamente forniti di una formula '*damnas esto*')⁹⁰, quanto

⁸⁷ Cfr. F. SERRAO, '*Ius*' e '*lex*' nella dialettica costituzionale della prima repubblica, cit., 297, il quale non esclude che *ius* possa indicare l'intero ordinamento: ma contro tale ricostruzioni sono ben più persuasive le note di A. GUARINO, *La concezione arcaica del 'ius'*, in *Iura*, I, 1950, 427 ss. (nonché in *Pagine di diritto romano*, cit., 3 ss.) che restringe la portata di quello che sarà definito *ius* (almeno sino a Gaio) al solo 'ordinamento privatistico' strutturalmente manifestantesi, nei suoi primordi, nei *mores*. Io credo che nei due versetti in questione (Tab. 5.3 e Tab. 6.1), invece, il richiamo al *ius*, proprio in virtù della correlazione che lega la proposizione imperativa a quella in cui compare il *nuncupare* e il *legare*, sia giustificabile come segnale di una 'sfera soggettiva' che il solenne e rituale procedimento ha creato nei limiti dei *verba* pronunciati *palam*. E che l'autorità stia nello stesso imperativo (percepito come un *quid* di diverso dal *ius* in quanto *lex*, anche se, di poi, conglobato entro il *ius civile Romanorum*).

⁸⁸ S. TONDO, '*Vindicatio*' primitiva e grammatica, cit., 80.

⁸⁹ V., in questo senso, M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 103 ss., 118 ss., nonché ID., '*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*' und *Bürgenregreß*, in *ZSS*, C, 1983, 84, sulla scia di P.E. HUSCHKE, *Über das Recht des 'nexum' und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 50 ss.

⁹⁰ Secondo il Kaser l'*ita ius esto* di Tab. 6.1, lungi dall'essere riconoscimento della 'Privatautonomie' (cosa su cui non posso che concordare), sarebbe suscettibile di essere inteso solo nel senso indicato in corpo di testo (esecutibilità immediata in virtù del *damnas esto*): sulla base del dettato di Cic. *off.* 3.16.65, l'autore ha pensato che una litiscrescenza basata sul *nuncupare lingua* (di cui *ita ius esto* doveva essere espressione) fosse stabilita dallo stesso codice dei decemviri e che ciò sarebbe stato segno di una immediata promovibilità della *manus iniectio* (M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 103 ss., 118 ss.): ma, invero, da un lato non si può affatto esser sicuri della epidemica presenza della formula *damnas esto* negli atti librali (v., per esempio, il *nexum*); dall'altro è petizione di principio affermare che se Tab. 6.1 non riconosce l'autonomia dei privati, la sola inter-

per l'evidente spostamento operato in una direzione marcatamente soggettivistica⁹¹. Rimanendo concentrati sulla formulazione della *lex* di Tab. 6.1, ci si accorge agilmente come i due negozi elencati (*nexum* e *mancipium*) siano connotati da una forma a rilevanza «esautistica»⁹² che annichilisce il contenuto volitivo e lo schiaccia in una relazione indissolubile tra ciò che è oggettivamente reso sensibile dal *nuncupare*⁹³ e la 'sfera di potere soggettivo' che 'performativamente'⁹⁴ i *gesta* e i *verba* determinano nel suo venire in essere puntualmente definito: 'allorché si ponga in essere un *nexum* o una *mancipatio*, sia (*esto*) in capo al 'creditore' o al *mancipio accipiens* una 'sfera di potere' (*ius*) non più ampia e non più ristretta di quella che (*uti ... ita*) con la lingua risulta dalle indicazioni verbali che l'hanno creata (*lingua nuncupassit*)'. Lo stesso, del resto, pare valere per Tab. 5.3: 'nei limiti in cui il testatore ha pronunciato la solenne formula della *lex* (*uti legas-*

pretazione possibile è quella dallo stesso Kaser avanzata; dall'altro ancora è fuorviante riconnettere il principio generale *lis infitiando in duplum crescit*, in buona sostanza, alla forma librare (contraddistinta da *nuncupationes lingua di damnare*). Non credo errato scrivere che la *poena dupli* di cui parla Cicerone ben possa spiegarsi come risultato dell'attività di *interpretatio* dei pontefici che avrebbe permesso nel caso di *mancipatio* di un fondo e *nuncupatio* del *modus agri* l'immediata promozione di una *manus iniectio*. Aderisce incondizionatamente all'impostazione del Kaser, tra gli altri, M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 38 s. e nt. 75, che ritiene il passo non esplicazione di Tab. 6.1, ma sintomatico di un'altra disposizione (Tab. 6.2) che, invero, io sarei decisamente portato a obliterare dal codice.

⁹¹ Cfr., tra le impostazioni che prediligono l'accezione soggettivistica, da ultimo, R. JACOB, *Jus' ou la cuisine romaine de la norme*, in *Droit et Cultures*, XLVIII.2, 2004, 11 ss., che – sulla base di un'analisi antropologica comparatistica – ricollega il sostantivo *ius* (brodo) al *ius* giuridicamente rilevante (dato nella sua più antica forma da un «ensemble des droits absolus ... que chaque quirite détient à l'égard des autres et dont le corps quiritaire, dans son entier, est garant vis-à-vis de chacun»: ID., *Jus'*, cit., 34), ipotizzando una derivazione di quest'ultimo dal primo «par une métaphore caractéristique de la pensée symbolique» (ID., *Jus'*, cit., 58).

⁹² Così M. BRETONE, *Storia*, cit., 92, sulla scia di P. FREZZA, *Preistoria e storia della 'lex publica'*, in *BIDR*, LIX-LX, 1956, 72 ss.; cfr., altresì, A. SCHIAVONE, *Ius'*, cit., 86.

⁹³ Cfr., per il senso di *nuncupare* (verbo del vocabolario giuridico e religioso arcaico) come *nominare, palam nominare, pronuntiare nominibus propriis*, Varr. *ling. lat.* 6.7.60 (nonché 7.2.8); Fest. voce '*nuncupata pecunia*' (Lindsay 176); Gai 2.104; v., altresì, Cic. *off.* 3.16.65; Cic. *de or.* 3.38.153; Liv. 8.9.86; Serv. *ad aen.* 3.89. Imprescindibile, sul tema, la lettura di S. RANDAZZO, *'Leges mancipi'*. *Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, 50 ss., 135 ss.

⁹⁴ Indispensabile, sul punto, la lettura di J.L. AUSTIN, *Other Minds*, cit., 123 ss. (v., altresì, ID., *Performative Utterances*, cit., 220 ss.).

sit)⁹⁵ avente ad oggetto il proprio patrimonio (*suae rei*), sia creato il *ius* in capo al beneficiario’.

Con la *lingua* il rito gestuale crea e definisce l’area entro cui un soggetto è ‘potente’, ‘agente’ e ‘pretensivo’, ossia formula a mezzo di ‘performative utterances’ il *ius*: un’invincibile eziologia meccanicistica connette la ‘forza creativa’ dei *verba*, entro certi *gesta*, a una ‘forza attiva’ ben delimitata, a un *ius* che, nella sua originaria essenza, qualcuno ha suggestivamente indicato addirittura come «die übernatürliche Kraft, durch Reinheit von Befleckung mit Todeskeimen charakterisiert, also eine mystische Lebenskraft»⁹⁶: anche se, ad onor del vero,

⁹⁵ Per *legare* nel senso di *legem dicere* cfr. D. 28.1.14; D. 30.114.14; D. 32.22 pr.

⁹⁶ Si tratta della ‘deprecata’ definizione di *ius* concepita da Axel Hägerström, corifeo della scuola del ‘realismo antidogmatico svedese’ (su cui v. l’ineccepibile trattazione di C. FARALLI, *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico*, Bologna, 1987, *passim*, con ampissima bibliografia di riferimento), nel quadro delle sue altrettanto ‘deprecate’ tesi magico-giuridiche (A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala - Leipzig, 1927, 558). Invero, non può non sedurre (se non persuadere *in toto*) la ricostruzione hägerströmiana secondo cui un nesso sottile, per certi versi impercettibile, ma robustissimo legherebbe la magia e al diritto e alla religione: così, se talora non convince, nello specifico, la natura mistica della *obligatio* (A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., 19) o la concezione del *damnum* (A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., 430), mi pare suggestiva sia la ‘cornice generale’ entro cui si situa la singolarissima produzione del filosofo svedese, sia il portato di talune considerazioni particolari, quali quello del valore ‘creativo’ (e non ‘volitivo’ o ‘dichiarativo’) del *meum esse* nella professione formale del *mancipio accipiens* o l’origine magico-religiosa sia della *sponsio* che del *ius magistratus*. Una valutazione puntuale è cosa impossibile, ma la mia adesione – parziale – non può esulare dalla definizione almeno essenziale di taluni aspetti-chiave. Anzitutto, quale ‘background’, non può tacersi della concezione ‘animistico-meccanicistica’ della natura rintracciabile, secondo l’autore, ai primordi della romanità. I *numina* altro non sarebbero che forze magiche pervasive il tutto, la cui ‘ira’ o ‘benevolenza’ sarebbe stata determinata in modo ‘meccanicistico’ (e non sulla base di una *voluntas* divina): il dio *mactus* è il dio ‘rafforzato’ ed ‘esaltato’ dai sacrifici e dalle preghiere, ossia, secondo Hägerström, il dio ricavava da tali gesti e parole un aumento di potere a beneficio degli uomini che liberavano la forza rinchiusa negli animali e nelle invocazioni in modo che il dio potesse assimilarla. La forza del sacrificio e la forza dei *verba* si trasferivano e rendevano ‘efficace’ la forza ipostatizzata nel ‘dio’, in una indissolubile relazione di causa-effetto (ma v., per una distinzione tra ‘costrizione’ e ‘adorazione’ quale *discrimen* tra magia e religione, che non si avverte in Hägerström, M. MAUSS, *Teoria generale della magia*³, trad. it., Torino, 2000, 15 s.; nonché sull’uso di *mactare*, F. SINI, *Uomini e Dèi nel sistema giuridico-religioso romano. ‘Pax deorum’, tempo degli Dèi, sacrifici*, in *Diritto @ Storia*, I, 2002, 7 ss.). Così come, del resto, l’‘ira’ del ‘dio’ veniva determinata in modo meccanico: l’uomo colpito dal fulmine non poteva essere sepolto con i *iusta* in quanto l’ira di *Iuppiter*, racchiusa nel fulmine stesso, lo aveva intatto ed era necessario, di conseguenza, evitare ogni contaminazione con persone e ambiente

ora silenzi impietosi ora gravi accuse di assurdit  hanno sovente travolto l'autore di tale *definitio*⁹⁷.

(A. HAGERSTROM, *Das magistratische 'Ius' in seinem Zusammenhang mit dem romischen Sakralrechte*, Uppsala, 1929, 33 ss.). Lo stesso meccanicismo regolava 'magicamente' – ad avviso del filosofo svedese – il rapporto tra il *ius* creato in capo al *mancipio accipiens* e la pronuncia solenne (entro un rituale di magia figurativa e verbale, parificabile alla consecrazione di una *res* ad un dio) della formula '*hunc hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*': come in capo al dio si 'performava' un potere sulla *res*, cos  la pronuncia delle parole succitate (atteso che *aio* non pu  aver valore volitivo e l'imperativo *emptus esto* non sembra affatto dichiarare alcunch ) 'performava' un analogo potere sul *mancipium* (A. HAGERSTROM, *Der romische Obligationsbegriff*, I, cit., 36 ss.). E lo stesso, *mutatis mutandis*, valeva per il *ius magistratus*: quest'ultimo *ius* si creava per mezzo di due 'elezioni', divenendo da potenziale ad attuale solo a seguito della *lex curiata* e, quindi con il trasferimento all'eletto degli *auspicia* (A. HAGERSTROM, *Das magistratische 'Ius'*, cit., 5 ss., 77 ss.); erano questi ultimi a rendere il magistrato (come era per il re) *iustus*, vale a dire – originariamente – tale da non suscitare l'ira degli dei (almeno), o tale da placarli o da suscitarne la benevolenza (al pi ). Purezza ('Reinheit') e forza ('Kraft') meccanicamente/magicamente erano determinate in capo ad un soggetto che vedeva cos  delimitata, con puntualit , la propria sfera di intangibilit , la sfera entro cui egli poteva 'agire' o 'pretendere' senza innescare l'ira degli 'dei', ossia, in buona sostanza, conseguenze 'naturali' del trapasso di confini: la sfera, insomma, del suo *ius* (cfr. per i passi in cui *iustus*   sinonimo di *purus* o *ius* indica il concetto di purezza Liv. 1.32.12; Liv. 31.30.4; Cic. *rep.* 1.17.31; Cic. *Mil.* 31.85, su cui v. A. HAGERSTROM, *Der romische Obligationsbegriff*, I, cit., 454, 522, 552, 555; per ulteriori esempi in cui *ius*   predicativo, in contesti religiosi, di contegni che 'placano' o 'non suscitano' l'ira degli dei o ne determinano la benevolenza, cfr., altresı, A. HAGERSTROM, *Das magistratische 'Ius'*, cit., 74 ss.).

⁹⁷ Numerosissimi coloro che hanno tacciato di confusione, assurdit  o paradossismo il pensiero del filosofo svedese: si pu  ricordare W. KUNKEL, *Recensione* a A. HAGERSTROM, *Der romische Obligationsbegriff*, I, cit., in *ZSS*, XLIX, 1929, 479 ss.; B. KUBLER, *Recensione* a A. HAGERSTROM, *Der romische Obligationsbegriff*, I, cit., in *Philosophische Wochenschrift*, XLIX, 1929, 209 ss.; G. BESELER, *Bindung und Losung*, in *ZSS*, XLIX, 1929, 404; E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 71, 448 (che, se non erro, aderisce per  alla tesi hagerstromiana del *damnum* in E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 182); M. KASER, *Religione e diritto in Roma antica*, in *AUCA*, III, 1949, 77 s. Adesione piena fu, invece, manifestata dal De Francisci (cfr. P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., 200 ss., 309 ss. 362 ss.), nonch  dal Lévy-Bruhl (H. LÉVY-BRUHL, *Recensione* a A. HAGERSTROM, *Der romische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen romischen Rechtsanschauung*, II, Uppsala - Leipzig, 1941, in *Année sociologique*, III s., I, 1940-1948, 601 ss.), mentre l'Arangio ne elogiava «la potente analisi del formalismo romano» (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 283), e l'Orestano non disdegnava nel suo approccio istituzionalistico-religioso alcune sue posizioni (R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., 36, 185 ss., 189 ss.). Da ultimo merita d'essere ricordato, per l'equilibrata valutazione del pensiero giuridico di Hagerstrom, G. MACCORMACK, *Hagerstrom's Magical Interpretation of Roman Law*, in *The Irish Jurist*, IV, 1969, 153 ss.; Id., *Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law*, in *TR*, XXXVII, 1969, 439 ss.; Id., *Scandinavian Realism*, in *The Juridical Review*, XI, 1970, 33 ss. (per ulteriori ragguagli   utilissima la con-

Una concezione di *ius* siffatta, ossia di 'Kraft' che ha ad oggetto la messa a morte, e di 'Reinheit' di cui si riveste la persona dell'uccisore con specifico riguardo alla esclusione delle 'conseguenze negative' del suo *occidere*, che non va ad integrare gli estremi del *crimen* di omicidio (di modo che la morte cagionata non determina alcuna frattura di *pax* tra *civitas* e *dii*)⁹⁸, si rinviene, a mio avviso, anche in Tab. 8.12,

sultazione di C. FARALLI, *Diritto e magia*, cit., 71 ss.; nonché di S. CASTIGNONE, *Atti giuridici performativi*, cit., 27 s.).

⁹⁸ Come già si è avuto modo di segnalare in precedenza, già le *leges regiae* (più precisamente la celeberrima legge di Numa conservataci in Fest. voce '*parricidi*<*di*> *quaestores*' [Lindsay 247]), s'erano interessate a fini 'sacrali-purificatori' dell'omicidio, sancendo – secondo una diffusa interpretazione – la necessità della vendetta privata (cristallizzata nell'imperativo '*paricidas esto*') per il caso di *mors* di *homo liber* cagionata volontariamente (*dolo*), onde impedire che il gruppo dell'offeso si appagasse della composizione pecuniaria «nella situazione di impurità derivante dal sangue versato» (B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 15 ss.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, 262 ss. e 342 s.: entrambi con ampio ragguaglio bibliografico; per il significato di *homo liber*, non posso che rimandare nuovamente alle suggestive intuizioni di L. GAROFALO, *L'«homo liber»*, cit., 1031 ss., da me, poi, sviluppate nel § 1 del presente capitolo). Invero, gli spunti già – per una via: quella dell'etrusco – messi in luce a suo tempo dal Tondo (S. TONDO, *Leges regiae* e '*paricidas*', Firenze, 1979, 169 ss., 200 ss.) e, più di recente – per un'altra via: quello delle lingue semitiche – dal Semerano (G. SEMERANO, *L'infinito: un equivoco millenario*, Milano, 2004, 252), non rendono affatto peregrina la tesi che vede nell'imperativo '*paricidas esto*', non tanto l'indicazione (già regia) di una necessaria vendetta dei parenti dell'ucciso (senza alcuna specificazione contenutistica delle modalità di messa a morte) quanto dell'applicazione, sempre tesa alla restaurazione della *pax* tra comunità cittadina e comunità celeste, della 'pena del sacco': '*paricidas esto*' starebbe per 'sia ucciso con la pena del sacco' (vero è, infatti, che *pera* è voce etrusca per *culleus*; *pāra* in sumerico è 'sacco dei rei' e *kītu* in accadico è 'punizione'). Verisimilmente i *decemviri*, ribadita la sanzione espiatoria (*piaculum*), già prevista in età monarchica (Serv. *ad ecl.* 4.43; Serv. *ad georg.* 3.387; Fest. voce '*subigere arietem*' [Lindsay 476]) per l'omicidio involontario, dell'*arietem subicere agnatis (mortui) in contione*, ora irrogabile solo previa condanna popolare (Tab. 8.24a: Cic. *de or.* 3.39.158; Cic. *rep.* 2.36.61; Liv. 3.33.9-10), elevavano l'omicidio volontario a *crimen* passibile di pena di morte (v. Plin. *nat. hist.* 18.3.12, che potrebbe essere inteso non nel senso di un'oggettiva maggior gravità della pena per chi, di notte, avesse tenuto una condotta di '*pavisse ac secuisse*' rispetto all'omicidio, ma una relativa maggior gravità calibrata sulla entità del reato). Mi avvedo, tuttavia, del fatto che, intendendosi '*paricidas esto*' nel senso di 'sia parimenti ucciso', e rammentandosi sia Cato *orig.* 81 (che prevede la *talio* per le lesioni personali più gravi), sia Tab. 8.2 (che prevede, in caso di *ruptio membri*, per l'offensore la facoltà di chiedere ed, eventualmente, ottenere una *pactio*), potrebbe pensarsi ad una originaria repressione dell'omicidio – nei limiti della *lex talionis* – sia su iniziativa degli *adgnati*, sia 'componibile' (con facoltà di sfuggire alla *vindicta*), nell'ipotesi di *imprudencia*, 'almeno' attraverso il sacrificio di un ariete. Plinio verrebbe così a parlare di un'offesa meno grave in quanto non offensiva di divinità. L'uccisione del *fur*, invece, non integrava gli estremi dell'omicidio (come non era omicidio, ovviamente, la statale esecuzione del-

carmen che né si richiama ad un 'ordine superiore' per fondare la propria *auctoritas* né, comunque, fa riferimento ad un imprecisato 'rito' o ad una improbabile 'sentenza di morte': l'uccisione del ladro avvenga in virtù di un 'potere' (e non dovere) che in capo al derubato è meccanicamente insorto. Anche qui, come in Tab. 8.13, il derubato trasduce performativamente il ladro colto di notte in flagrante (anche se disarmato) entro la sua sfera di appartenenza e di potere. Il *fur*, se membro diretto della *civitas* e perciò *liber*, viene conglobato in una nuova area di appartenenza, ed entro tale area è 'destinato' alla discrezionalità del derubato: la *lex Numae* non trova applicazione. Ma se per il caso del *fur qui se telo defendit* il richiamo all'atto della *ploratio*, che potrebbe concepirsi – attesa, peraltro, la insensatezza di una disposizione normativa che subordina l'esercizio di un *ius occidendi*, da parte di un soggetto finanche in pericolo di vita, alla chiamata e all'arrivo di vicini – come un originario atto magico con cui il *fur* viene assorbito nel *ius* del derubato (così come nel caso del *puer verberans* la *ploratio* del *parens* destina inesorabilmente l'offensore ai *dii parentum*, consegnandolo al loro dominio e sottraendolo ad un diretto *iudicium domesticum*) e non è più soggetto alla tutela (o alla persecuzione) cittadina, è indiscutibile, più problematica pare Tab. 8.12, ove il *ius* del derubato di *occidere* parrebbe essere sola conseguenza del rinvenimento 'nox' del *fur*. Vero è, tuttavia, che in base al dettato gaiano contenuto in D. 9.2.4.1⁹⁹, a questa circostanza dovrebbe aggiungersi il 'clamore testificari' (ἐπιφέρεσθαι ἀκόντιον). A tal proposito, ben fondata e pienamente condivisibile mi sembra la supposizione del Guarino, che pensa (senza la necessità di postulare una menda al testo gaiano del commento all'editto provinciale pervenutoci grazie ai *Digesta*¹⁰⁰)

le pena capitale): il derubato era ammesso a *occidere* (aveva in tal senso 'Kraft') e tale uccisione, non sussumibile in alcuna norma incriminatrice (*lex Numae*), in quanto il *fur* rientrava nella sfera di 'competenza repressiva' del derubato (non era, cioè, più *liber*, appartenente alla comunità), non rendeva lo spargimento di sangue un 'miasma' per l'intera comunità degno di essere purificato (egli agiva senza perdere la propria 'Reinheit'): tutto, insomma, si compiva entro la 'sfera di forza e purezza' del *ius* del derubato.

⁹⁹ Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4.1: *lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur.* V., altresì, conformemente Bas. 60.12.54, Syn. Bas. K. 19.20, Syn. Bas. minor K. 42, Hexabiblos 6.5.3-4.

¹⁰⁰ Cfr. A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 180 ss. Come già si è avuto modo di segnalare, secondo lo studioso, divenuta col trascorrere dei secoli l'*endo-*

ad un fraintendimento da parte del giurista del secondo secolo d.C., circa l'originale significato di *endoplorare* inteso erroneamente come un 'conclamare' in soccorso e a testimonianza *aliqui*, laddove la locuzione 'endo plorare' (condizione imprescindibile per l'*occidere iure*), con buona probabilità, all'origine (o, comunque, nel quinto secolo a.C.), avrebbe avuto, quale dominio semantico, quello della necessità per il derubato, prima di ricorrere alla violenza, addirittura estrema, contro il ladro diurno (a sua volta in procinto di impiegare le armi) e – stando a Gaio – anche contro il *fur noctu deprehensus*, di rivolgersi allo stesso ladro e di pregarlo di desistere dal suo intento.

Imboccando la strada lumeggiata dal grande romanista, si potrebbe – seppur con cautela – andare oltre: perché, sulla scorta di quanto detto poc'anzi in tema di *ius*, nonché a mente delle considerazioni già svolte su Tab. 8.13 al principio del presente capitolo, non pensare, altresì, che pure nel caso del *furtum nocturnum* fosse sì riscontrabile *ab origine* come necessaria una *ploratio*, da intendere non come 'chiamata a testimonianza', bensì quale 'formula magica' pronunciata dinanzi al *fur* e performante, in quel particolare contesto, in capo al derubato un *ius occidendi*? O meglio e più precisamente, perché non ritenere che si trattasse di una 'invocazione-imprecazione' (*ploratio*) compiuta dal derubato in modo tale da determinare il magico assorbimento della vita del ladro entro (*endo*) la sua sfera di 'Kraft'? Il 'plorare', quindi, sarebbe azione umana dotata di forza magica che – efficace per sé stessa e proiettata sul piano del divino – performerebbe un potere immanente al soggetto (*ius*)¹⁰¹.

ploratio decenvirale un istituto alquanto misterioso, nel secondo secolo d.C. Gaio – traviato anche da Cicerone – l'avrebbe confusa con la necessità di provare a mezzo di testimoni la non integrazione del reato di omicidio, e quindi di provare un contegno integrante la provocazione lecita della morte di un soggetto (il quale avrebbe posto in essere ovvero avrebbe tentato di porre in essere un furto o di notte o di giorno ma con l'uso della violenza). Stando a Cicerone (*Tull.* 21.50: *endoplorato, hoc est conclamato, ut aliqui audiant et convenient*) e a Festo, o meglio a Paolo Diacono (*Paul.-Fest.* voce 'endoplorato' [Lindsay 67]: *endoplorato, implorato, quod est cum quaestione inclamare. Implorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis*), l'*endoplorare* del derubato consiste in un *inclamare* e in un *rogare cum quaestione* e *cum fletu*, ovvero in un *conclamare*. Ma, come suggerisce l'insigne studioso, 'chiamare in aiuto' non significa affatto riuscire a far sì che qualcuno pervenga in soccorso e in funzione di testimone: nulla esclude, difatti, che una volta pronunciata l'invocazione, nessuno si presenti.

¹⁰¹ Cfr., in termini simili, R. SANTORO, *Potere e azione*, cit., 354 ss.

Ecco cosa si limiterebbe a contemplare, a mio giudizio, il versetto decemvirale consacrato in Tab. 8.12: la registrazione del potere del derubato di uccidere il ladro colto di notte, ferma restando la volontà del legislatore, sottesa alle parole del precetto scritto, di far apparire tale *ius* non quale risultato di atti magici performativi, bensì di una concessione statale, e di configurare, pertanto, il derubato non quale soggetto agente *per se*, in quanto titolare di un potere repressivo (performativamente costituito) concorrente con quello della comunità, bensì quale agente della comunità stessa e da quest'ultima autorizzato.

Tutto ciò – in aggiunta ai rilievi di carattere generale già esplicitati – sarebbe ben testimoniato anzitutto da Gellio che (oltre a porre sullo stesso piano, in una assai eloquente omologazione, *addictio* e uccisione del *fur*, vuoi notturno, vuoi diurno armato) configura, per l'appunto, l'*occidere* quale contenuto di un *ius* concepito come oggetto di 'conferimento' (*tribuere*) da parte della legge delle XII Tavole¹⁰². In secondo luogo, quei passi che interpretano l'ablativo *iure* esplicandolo con l'avverbio *impune*, possono essere intesi come concepiti in termini 'soggettivi' più che 'oggettivi': se traduciamo *impune* con 'senza assoggettamento a responsabilità penale', il referente è sempre il derubato in una con il suo agire contemplato, ora, non sotto il profilo della *licentia agendi* garantita dal diritto delle Tavole, ma sotto il profilo delle conseguenze (o meglio dell'assenza delle conseguenze), sicché parrebbe chiaro che, in quanto il derubato sta agendo nell'esercizio di un suo diritto (quello di dar morte al *fur*, quello di vendicarsi), allora non è passibile di alcuna sanzione¹⁰³. Di poi, tale interpretazione soggettivistica (che escluderebbe il richiamo da parte del collegio decemvirale alla superiorità del *ius* oggettivo) mi parrebbe suffragata dalla contestuale analisi sovente presente in talune fonti sia del caso di *fur nocturnus* sia di quello (più pacifico) di *fur diurnus qui se telo defendit*

¹⁰² Gell. 20.1.7: *dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutum tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit.*

¹⁰³ Cic. Mil. 3.9: *quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus? Ulp. 37 ad ed. D. 48.8.9: furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit; Aug. quaest. in heptat. 2.84: *hoc et in legibus antiquis secularibus ... invenitur, impune occidi nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderit.**

e, nelle stesse fonti, dall'uso massivo del verbo *permittere* per indicare che furono i decemviri con la loro *lex* ad aver attribuito al derubato un potere (*legem ... quae permittit ut furem noctu liceat occidere* scrive, ad esempio, Cicerone)¹⁰⁴. Un *licere* (ossia una soggettiva *licentia*)¹⁰⁵ che, come sappiamo, consisteva nel '*ius occidendi*' (di cui parla, esplicitamente, Gellio come '*tributum a lege*'¹⁰⁶) e che ora trovava espressamente la sua fonte primaria non nel fluido ed evanescente performativismo magico delle origini (di cui s'erano perse le labili tracce o si erano frantesi alcuni portati), ma nella volontà prescrittiva dei decemviri¹⁰⁷, sicché se il versetto fosse stato concepito in termini oggettivistici, ben avremmo potuto aspettarci (nella logica del legislatore del quinto secolo, tesa a limitare, o comunque a convogliare nell'alveo statale, l'impiego privato della violenza) una apodosi imperativa del seguente tenore: '*lege caesus esto*'¹⁰⁸. Insomma, come l'ordinamento decemvirale riconosceva come lecito (e in tal senso va in-

¹⁰⁴ Cic. *Tull.* 20.47: *ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere, et luci, si se telo defendat*; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4.1: *lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur*. Coll. 7.3.2: *sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita [lex] demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu*.

¹⁰⁵ Quint. *inst. orat.* 5.10.88: *si furem nocturnum occidere licet, quid latronem?*

¹⁰⁶ Gell. 20.1.7-8.

¹⁰⁷ Cfr., per il legame espresso tra le XII Tavole (come diretta e immediata fonte permittente) e l'uccisione del *fur* (come *licentia*), Cic. *Tull.* 20.47, D. 9.2.4.1; Coll. 7.3.2, altresì Gell. 11.18.6-7.

¹⁰⁸ Lo rileva anche L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., 436, il quale, non mi pare, tuttavia, essere riuscito a superare siffatta obiezione. Lo studioso, infatti, argomenta, da un lato, che l'espressione *ita ius esto* (Tab. 5.3, Tab. 6.1) era necessaria nel quinto secolo per rendere chiaro che le XII Tavole andavano ad innovare il *ius* solo patrizio (il che, peraltro, in questi termini, non è sicuramente dimostrabile), laddove, nel prosieguo, una volta accresciuta l'*auctoritas* e l'autonomia della *lex*, non si sarebbe più sentito il bisogno di ricorrere 'fittiziamente' al *ius* (sicché le fonti più tarde avrebbero pacificamente impiegato le espressioni *ita lex esto* ovvero *ius lexque esto*); dall'altro, che *iure caesus esto* aveva un valore più blando: donde non si sarebbe mai manifestata l'opportunità di modificare l'espressione. A parte il fatto che, così ragionando, non si spiega perché mai i decemviri, a seconda dei singoli casi, avrebbero sentito ora con più (Tab. 6.1) ora con meno intensità (Tab. 8.12), il bisogno di richiamarsi al *ius*, per attribuire forza alle loro presunte innovazioni, non mi pare che, quanto a Tab. 5.3 e Tab. 6.1, si sia dato sufficiente conto dell'importanza della struttura correlativa (*uti ... ita* mi paiono, infatti, connettere indissolubilmente i *verba*, entro il solenne contesto gestuale, al *ius* soggettivo), di modo che non si è affatto rilevato l'intento, diverso da quello del legislatore del

teso *permittere*) il contegno del derubato consistente nell'uccisione del ladro diurno che si opponeva con violenza alla propria deduzione al magistrato, così lo stesso sistema si palesava come fonte attributiva (*tribuere*) allo stesso derubato, nel caso di furto perpetrato con l'aggravante del tempo notturno, *quoquo modo o omnimodo*¹⁰⁹, di un 'diritto' (*ius, licet*) consistente nell'uccisione (invero in funzione vendicatoria-punitiva) del *fur*. Il *licere*, quindi, registrato dai decemviri come *ius* 'statalmente' approvato (ma, in origine, unicamente risultato di attività magico-performative che dovevano essere assorbite nella logica e nella struttura della *civitas* era ciò che, sotto il profilo della *ratio*, accomunava le due disposizioni che, quindi, esplicitamente 'accordavano' ai privati il potere (non il dovere) di mettere a morte un *fur*, una volta pronunciata la formale *ploratio*, nell'immediato contesto dei fatti presupposti per l'esercizio del *ius* (commissione di un furto aggravato in quanto notturno; violenza armata diurna da parte del *fur* recalcitrante).

Detto questo, credo che il versetto decemvirale riportato abbastanza fedelmente da Macrobio, nella sua chiusa '*iure caesus esto*', non facesse affatto riferimento ad un '*ius*' inteso come sistema normativo vigente superiore (o in senso complessivo o quale somma dei *mores* antichi)¹¹⁰, sistema cui la *lex* – strumento di 'rottura politica' nel pia-

quinto secolo, che traspare in quei casi più tardi in cui compaiono espressioni come '*ita lex esto*' (intento del legislatore di 'sancire' espressamente il valore vincolante della *lex*) o '*ius lexque esto*' (intento di sancire 'enidiadicamente' la forza prescrittiva dell'ordinamento giuridico nel suo complesso: cfr., sul valore di endiadi di '*ius lexque*', M. TALAMANCA, *La 'lex' ed il sistema normativo*, in M. TALAMANCA [ed.], *Lineamenti*, cit., 232; per una ampia rassegna di fonti v. G. BROGGINI, '*Ius lexque esto*', cit., 23 ss.).

¹⁰⁹ Diversamente dalla glossa *non est ergo* a D. 9.2.4.1 (che ritiene che il ladro poteva essere ucciso a prescindere dal tipo di difesa attuata, e non solo con il *telum*) ritengo che *quoquo modo* vada indissolubilmente connesso con *occidere*, ma non per indicare che il derubato era ammesso a provocare la morte con qualsiasi strumento disponibile, ma 'comunque', a prescindere da qualsivoglia circostanza fattuale (quale, la presenza o l'assenza di armi presso il ladro o il loro impiego): cfr., sul punto, L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., 432 e nt. 63.

¹¹⁰ Cfr., paradigmaticamente, F. SERRAO, '*Ius*' e '*lex*' nella dialettica costituzionale della prima repubblica, cit., 268 ss., che, come abbiamo già messo in luce, incentra la sua trattazione sulla tensione dialettica tra i due termini del titolo (*ius, lex*), tensione per cui il primo si impone come parte tradizionale e aristocratica del sistema, la seconda come elemento innovatore: le *leges*, ossia i *iussa populi* si porrebbero, a detta del Serrao, quale mezzo di rottura entro un ordinamento la cui parte più antica e autorevole sarebbe data dai *mores* derivanti dalle più antiche strutture gentilizie, dalle regole ancestrali di estrazione patrizia, dagli istituti di creazione pontificale, dalle prassi costituzionali

no delle fonti di produzione di nuovo diritto, nonché mezzo di ‘rinnovamento costituzionale’¹¹¹ – doveva richiamarsi onde fondare l’au-

emerse in seno alla classe dirigente, nonché dalle (problematiche) *leges regiae*. Le XII Tavole, in tal contesto, sarebbero piena testimonianza della tensione tra *ius* e *lex*, tra due diversi modi di concepire (nonché creare) il diritto, come emergerebbe da Tab. 12.5, 5.3, 6.1. Non può essere concepita come testimonianza che sottintende la dialettica tra *ius* e *lex*, però, a mio avviso, Tab. 8.12, come ritiene L. GAGLIARDI, ‘*Iure caesus esto*’, cit., 425 ss., anche se si può di certo vedere in questa disposizione la consacrazione di una doppia novità rispetto al sistema previgente: la *lex* in parola sarebbe innovativa sia in quanto attestazione del processo di progressiva limitazione della vendetta privata, sia in quanto prodotto di un accordo tra i due ordini sociali allora contrapposti (attraverso la limitazione del potere patrizio di uccidere i ladri plebei in caso di furto). Non si tratterebbe, a mio avviso, di un versetto invocabile «come ulteriore testimonianza conservata nelle XII Tavole del rapporto impari e tumultuoso tra *lex* e *ius* in quei tempi» (L. GAGLIARDI, ‘*Iure caesus esto*’, cit., 436), giacché era la legge decemvirale che faceva riferimento ad un ‘diritto soggettivo’ da essa confermato imperativamente – nell’immobilità di uno spazio testuale – al derubato, contro il fluire delle consuetudini: gli stessi autori che ne trattavano, del resto, concepivano l’*occidere* come un *ius* o una *licentia* che il legislatore decemvirale (e non il *ius*) aveva attribuito (*tribuere*), o diversamente dicendo aveva concesso (*permittere*).

¹¹¹ Non può negarsi che lo scopo delle XII Tavole, anche a prestar fede allo stesso Sesto Pomponio (che dice essere il *ius civile* formato alla fine dell’età monarchica come *ius civile Papirianum*: D. 1.2.2.2), altro non era che metter certezza, *regibus exactis*, sul piano del *ius* (che non si reggeva che su qualche usanza consolidatasi dacché le *leges curiatae exoleverunt*) e non – in primo luogo – quello di innovarlo, tanto che Diodoro presenta i decemviri come ‘nomografi’ e non come ‘nomoteti’ al pari di Caronda e Zaleuco (Diod. *bibl. hist.* 12.11.3-4; 12.23.2; 12.23.25): così, il *iura aequare* avrebbe significato solo «riaffermare la certezza del diritto» senza «sconvolgere il contenuto della norma modificandone il campo d’applicazione» (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 17, ad avviso del quale il dettato decemvirale potrebbe concepirsi come testo teso a regolare la giurisdizione e a limitare la discrezionalità del magistrato essendo a quest’ultimo indirizzato: ma la *conceptio* di numerosi versetti, invero, mi rende scettico sul punto). Né, del resto, credo che il ‘fine della certezza’ perseguito dai decemviri sia da intendersi come vuole Max Kaser, vale a dire come quello di risolvere punti che la tradizione precedente aveva per controversi (v. M. KASER, *Die Beziehung*, cit., 523 ss.). In primo luogo, quanto alla impostazione accennata da Humbert, se è vero che – almeno in linea di principio – le XII Tavole si innestano in un ordine pregresso (che chiamiamo, convenzionalmente, *ius*, più ampio del *ius* in senso proprio), maggiormente come «dichiarazione» che come «creazione» di *ius* (G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, 15), altrettanto vero è che non mancano ‘novelle’ (più che radicali ‘nomogenesi’) che si impiantano su *mores* preesistenti: basti pensare tra le ‘vocazioni novellative’, nel campo del diritto privato, al probabile riferimento alla *mancipatio familiae* e non più al testamento comiziale del versetto 5.3, nonché, quanto al diritto criminale, all’estensione – rispetto alla *lex de provocatione* del 509 a.C. (sulla cui storicità, da ultima, cfr. E. SCANDONE TASSI, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’. *Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, 2008, 39 ss.) – in Tab. 9.2 dei destinatari del divieto di *rogari de capite civis*; in

torità del proprio dettato imperativo¹¹². Mi sembra maggiormente

secondo luogo, onde giustificare totalmente la visione del dettato decemvirale come autoregolamento destinato al magistrato bisognerebbe spiegare l'uso predicativo di *ius* in Tab. 5.3 e in Tab. 6.1 nel senso kaseriano di 'atto che è titolo immediato per l'esecuzione' (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 17, nt. 57, 38): il che pare assai poco probabile; e, soprattutto in Tab. 8.12 e Tab. 8.13, bisognerebbe spiegare l'uso di 'iure' nel senso di «come se ci fosse stata una sentenza di condanna» (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 33). Ma, a parte le difficoltà grammaticali legate alla traduzione in questi termini dell'ablativo *iure*, non si sfumerebbe così, a proprio piacimento, il vocabolo a seconda delle circostanze, attribuendogli ora il valore di titolo per l'esecuzione (ancora da effettuarsi), ora quello di supposto titolo per un'esecuzione già avvenuta? E, ancora e soprattutto, a quale tipo di sentenza attributiva al derubato del potere di eseguire la pena di morte si farebbe, in definitiva, riferimento? In secondo luogo, la tesi di Kaser – a mio giudizio da scartare – cd. minimalista (dodici tavoli come codice neppure tendenzialmente esaustivo, teso a risolvere unicamente punti controversi), mi pare risulti smentita sia dallo stesso contenuto dei versetti che sovente non consacrano in modo univoco soluzioni cui prima se ne contrapponevano altre (basti pensare alla successione dell'*heres suus*, dell'*agnatus proximus*, dei *gentiles*, o alla distinzione dei *genera furtorum*, e agli effetti della *mancipatio*), sia dalla considerazione che, se così fosse, anche il fine di certezza sarebbe stato nei tempi successivi in concreto frustrato (né, peraltro, ho io notizia di istituti fondati su *mores* poi non fatti oggetto di ricognizione decemvirale).

¹¹² Contro il pensiero di F. SERRAO, '*Ius*' e '*lex*' nella dialettica costituzionale della prima repubblica, cit., 287 ss., 297, che, come sappiamo, tratta esclusivamente di Tab. 5.3 e Tab. 6.1 (oltre a Tab. 12.5), ritengo che come in questi due *carmina* decemvirali l'*auctoritas* fosse già nella forza intrinseca dell'imperativo (appartenente ai *mores* precedenti e 'trascritto' per ragioni di certezza), e non nella forza (creativa) della legge, che si limitava a 'dichiarare' come imperativo; così per Tab. 8.12, non credo essenziale il rinvio alla maggior autorità del '*ius*' (per altra visione cfr. L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., 436). Se, a posteriori, le *leges* delle XII Tavole, in un'ottica di appiattimento storico che non è troppo discara allo spirito romano, vennero immedesimate nel blocco civilistico, anzi furono considerate come un *fons omnis*, un caposaldo di carattere generale, dello stesso (nonché del successivo *ius publicum*), non credo che esse nel quinto secolo siano state percepite come 'formante' del *ius*. Da un lato v'era il modello aristocratico, tradizionale, squisitamente romano, essenzialmente a formazione consuetudinaria-giurisdizionale-interpretativa del *ius* (che non è, inteso oggettivamente, integrante tutto l'ordinamento statale, ma si risolve solo in ciò che involge le relazioni *inter privos*, in quanto ciò che Ulpiano avrebbe chiamato *ius publicum*, alle origini non era affatto qualificabile in termini di *ius*); dall'altro si poneva un nuovo modello del tutto estraneo all'indigeno e primevo *ius*, un modello 'democratico' (non perché approvato formalmente dal popolo, in quanto 'ottriato', ma perché tendenzialmente isonomico: A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 220), di impronta greca, scritto: insomma, prendeva piede il paradigma della *lex*, non fonte aperta di *ius*, ma dichiarazione certa dello stesso e, talora, sua 'novella' come ordine 'altro' e 'parallelo' (cfr. sulla 'estraneità' delle *leges* al *ius civile* E. EHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, I, Berlin, 1902, 172 ss.; P. DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano, I, 1947, 192 ss.; *contra*, v. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, Leipzig, 1908, 30 ss.). Insomma, a mio parere, le XII Tavole si sono imposte, essenzialmente, come strumento operante al di fuori dei meccanismi (interni) di creazione tradizionale del *ius*, ossia come un paradigma di rottura circa il modo di conoscere il pre-

plausibile, invero, che il *carmen* si esprimesse in termini di una ‘spettanza’ soggettivamente intesa, una posizione particolare in forma di attribuzione dei decemviri al derubato di notte, un diritto (un ‘right’ e non un ‘Law’) ¹¹³; insomma il versetto ‘*si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*’ ¹¹⁴ non significherebbe, affatto, ‘se un tale ha commesso un furto di notte, qualora il derubato l’abbia ucciso, sia ucciso il ladro in conformità all’antico diritto oggettivo romano manifestantesi nei *mores*’; ma si esprimerebbe direttamente in termini soggettivi: ‘se un tale ha commesso un furto di notte, qualora <il derubato> l’abbia ucciso, sia ucciso il ladro giusta il diritto di agire in tal senso sorto in capo al derubato’.

Anzi, seppur consapevole della natura altamente congetturale della seguente interpretazione (che, peraltro, mi sembra avere il pregio di spiegare, nell’economia logico-sintattica del versetto, la presenza della seconda protasi ‘*si im occisit*’, asindeticamente connessa con l’*incipit* ‘*si nox furtum faxit*’, la cui presenza viene invocata dai sostenitori della tesi della natura scriminante del precetto ¹¹⁵), non mi dispiacerebbe intendere il dettato di Tab. 8.12, come ricavato da Macrobio, e inte-

gresso *ius* (tendenzialmente in modo esaustivo) e non circa il modo di produrre nuovo *ius* (anche se innovazioni vi sono state, indubbiamente, come per l’introduzione del *lege agere per iudicis arbitrive postulationem*, o dell’estensione del precetto *de capite civis*: ma si trattava, davvero, di *ius*, in questi due casi riguardanti il processo civile e quello criminale, o piuttosto si trattava di ‘*magistratus*’ e di ‘*comitia*’, materie che, appunto, non rientravano nel *ius*?). Dall’oralità (segreta) dei *responsa* e dalle manipolazioni *in iure*, si passava al ‘mutismo’ (pubblico) della parola scritta, dalla oscurità dei *penetralia* alla trasparenza delle *tabulae roburae*: la vera novità, insomma, era il «fatto stesso della codificazione» (M. TALAMANCA, *Il codice decemvirale*, in M. TALAMANCA [ed.], *Lineamenti*, cit., cfr., 107; v., sul punto, la bella trattazione di A. SCHIAVONE, ‘*Ius*’, cit., 74 ss.; cfr., inoltre, per la tesi che nega la portata innovativa del codice, P. STEIN, ‘*Regulae iuris*’, cit., 3 ss.).

¹¹³ Costante, come abbiamo visto, infatti, è il ricorrere nelle testimonianze successive del rilievo dell’attribuzione legale-decemvirale del *ius* del precetto di Tab. 8.12 al derubato (cfr., sul punto, F. SERRAO, ‘*Ius*’ e ‘*lex*’ nella dialettica costituzionale della prima repubblica, cit., 287 ss.): la ‘pratica magica’ consuetudinaria veniva elevata a ‘norma legale’ con cui i decemviri intendevano, in nome della certezza del diritto, far apparire il potere del derubato come attribuzione statale e non frutto di ‘magical performative utterances’.

¹¹⁴ Macr. *saturn.* 1.4.19: anche se, come già ho rimarcato, potrebbe essere preferibile (in quanto sistematicamente più coerente) la versione, basata su D. 9.2.41, di Humbert: ‘*si nox furtum faxit, <ast endo plorassit> si im occisit, iure caesus esto*’ (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41). Sull’opportunità di considerare necessaria la *ploratio* pure per il caso di *furtum nocturnum* cfr. A. CORBINO, ‘*Si nox furtum faxit*’, cit., 258; A. PALMA, ‘*Tura vicinitatis*’, cit., 89 ss., nonché P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 33 ss.

¹¹⁵ A. CORBINO, ‘*Si nox furtum faxit*’, cit., 251.

grato con le indicazioni desumibili da D. 9.2.41, nei seguenti termini: 'se un tale ha commesso un furto di notte, qualora il derubato l'abbia ucciso <previa *ploratio*>, ciò (vale a dire il fatto espresso dalla protasi '*si im occisit*') sia (nel senso di 'sia considerato posto in essere' o di 'avvenga') nell'esercizio del diritto di uccisione sorto in capo al derubato'¹¹⁶. Si potrebbe cioè intendere '*iure caesus*' come un sintagma costituito dal caso ablativo del sostantivo *ius* nell'accezione di 'diritto soggettivo', e '*caesus*' quale genitivo del sostantivo *caesus*, segno per 'uccisione sul fatto', in perfetta sintonia col dettato gelliano che parla di un *ius occidendi* o con le parole di Cicerone che, parafrasando il *carmen*, fanno riferimento a una '*licentia ut occidat*': le Dodici Tavole, senza alcun richiamo alla più autorevole e antica branca dell'ordinamento (*ius*), in definitiva, avrebbero consacrato nel versetto il '*ius caesus*' (il *ius* di giustiziare), ossia, più esplicitamente, il diritto attribuito al derubato di uccidere sommariamente il ladro (in funzione vendicativa-sanzionatoria)¹¹⁷.

¹¹⁶ E ciò, ovviamente, potrebbe valere anche per Tab. 8.13: '*luci ... si se telo defendit <ast im occisit> endoque plorato <iure caesus esto>*' (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41).

¹¹⁷ Non mi pare un caso, del resto, che in età tardo-repubblicana o in età classica, quando l'antitesi tra *ius* e *lex* non aveva più la forza dialettica che le era propria nel quinto secolo, giammai si disse '*lege caesus esto*': il che potrebbe essere ben sintomatico del fatto che tale formulazione nelle XII Tavole trovava fondamento in ragioni altre rispetto a quella della necessità di un richiamo al *ius* da parte della *lex*. Numerosi passi mi paiono testimoniare se non la permanenza della singolare espressione decemvirale '*ius caesus*' come '*ius* di dar morte', come '*ius* di troncane (la vita del *fur*)' – sempre che la mia interpretazione sia sostenibile –, comunque, sia la permanenza dell'ablativo '*iure*', da intendere nel senso di 'a buon diritto', cioè 'giusta una spettanza soggettiva riconosciuta dall'ordinamento' (con prevalenza del profilo soggettivistico rispetto a quello oggettivistico), sia l'impiego del verbo *caedere*: cfr., paradigmaticamente, per l'impiego di *iure caedere* come 'uccidere a buon diritto': Cic. *Mil.* 3.8: *An est quisquam qui hoc ignoret, cum de homine occiso quaeratur, aut negari solere omnino esse factum aut recte et iure factum esse defendi? Nisi vero existimatis dementem P. Africanum fuisse, qui cum a C. Carbone [tribuno plebis seditiose] in contione interrogaretur quid de Ti. Gracchi morte sentiret, responderit iure caesum videri. Neque enim posset aut Ahala ille Servilius, aut P. Nasica, aut L. Opimius, aut C. Marius, aut me consule senatus, non nefarius haberi, si sceleratos civis interfici nefas esset. Itaque hoc, iudices, non sine causa etiam fictis fabulis doctissimi homines memoriae prodiderunt, eum qui patris ulciscendi causa matrem necavisset, variatis hominum sententiis, non solum divina, sed etiam sapientissimae deae sententia liberatum;* Liv. 4.15.1: *Tumultuantem deinde multitudinem incerta existimatione facti ad contionem vocari iussit, et Maelium iure caesum pronuntiavit etiamsi regni crimine insons fuerit, qui vocatus a magistro equitum ad dictatorem non venisset;* istruttiva pure l'espressione '*caedes facta iure*', cioè, 'strage compiuta a buon diritto': Cic. *Tull.* 17.40: *quid censetis fore, si*

Alla luce di tali considerazioni, se anche fosse vero che «gli autori antichi ... non hanno dubbi nel considerare la norma sul *fur diurnus* come un caso di legittima difesa» (forse, come molti moderni, desiderosi di ‘emendare’ la *barbaries* di quelli ancora più antichi), non mi pare del tutto corretto ritenere, in via generale, come fa Laura Pepe – riprendendo il pensiero dell’Aru – che essi «invece oscillano tra esimente e sanzione soltanto in relazione alla fattispecie del *fur nocturnus*»¹¹⁸: pare a me più corretto ritenere, di contro, che per il lungo lasso di tempo che collega il quinto secolo a.C. all’età dei Severi, con Paolo e Ulpiano (se non addirittura ad un’epoca successiva)¹¹⁹, il caso

praetor iudicet eiusmodi caedis fieri iure posse? Così come, senza ombra di dubbio alcuno, esplicativa in via esclusiva di un diritto soggettivo senza alcuna formale limitazione mi pare l’espressione ‘*optimo iure caedere*’: Cic. *ad Att.* 15.3.2: *Qui tandem convenit? An sic ut in tyrannum iure optimo caesum?* V., per un esaustivo ragguaglio di fonti, L. GAGLIARDI, ‘*Iure caesus esto*’, cit., 436 ss.

¹¹⁸ Così L. PEPE, *Ricerche*, cit., 18. Secondo L. ARU, *Appunti*, cit., 119 ss., atteso il diffondersi sin dall’età repubblicana del principio per cui era lecito *vim vi repellere* (in forza del quale l’uccisione di un uomo era lecita solo in caso di effettivo pericolo), il presunto oscillare delle fonti potrebbe spiegarsi come una evoluzione elaborata dalla giurisprudenza: questa, in altre parole, avrebbe attratto la norma in tema di *fur nocturnus*, originariamente autorizzativa di una sommaria esecuzione, nell’orbita della legittima difesa. Così, entro il principio generale *vim vi repellere licet* sarebbe rientrato, senza manipolazioni, il testo decemvirale afferente il furto manifesto diurno (in relazione al quale il derubato era ammesso a uccidere il ladro in quanto costretto dalla minaccia grave alla sua persona scaturita dalla situazione fattuale); di contro, in tale principio non poteva essere ricompresa la figura del *fur nocturnus* senza modifiche del tenore letterale del precetto decemvirale: se in principio l’uccisione poteva avvenire, in ogni modo (*quoquo modo, omnimodo*), di poi essa venne ritenuta lecita solo se il derubato avesse agito *metu mortis* (Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.5: *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si [metu] <noctu> quis [mortis] furem occiderit, non dubitabitur, quin lege aquilia non teneatur. sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et cornelia tenebitur*). Se, tuttavia, è vero che il nesso *mortis metu* va sostituito con *noctu* (A. BERGER, *Dig.* 9.2.4.1, cit., 381 ss.), come suggerirebbe la lettura di Coll. 7.3.3, e se – come oltre si appurerà – ha ragione il Solazzi (S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 400 ss.) a ritenere non del tutto genuino il pensiero di Paolo e Ulpiano riportato nella *Collatio* (Coll. 7.3.3; Coll. 7.2.1), allora, mi pare lecito ritenere che anche per l’età severiana, fosse operativo il precetto decemvirale sul furto notturno, nel suo originario dettato formale e sostanziale, ossia consacrate non una scriminante, ma il diritto soggettivo del derubato a vendicarsi in quanto autorizzato a *civitate* (e quindi in sostituzione di un intervento repressivo-afflittivo della *civitas*).

¹¹⁹ Come nella nota precedente si accennava, ad onor del vero, non può essere tacitata, in tal proposito, la tesi di S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, cit., 400 ss. Rileggiamo, anzitutto, la scrittura di Ulpiano (che verisimilmente non è ‘Ulp. 8 *ad ed.* sub titolo si quadrupes pauperiem dederit, bensì ‘Ulp. 18 *ad ed.*’), come conservata da Coll.

del furto notturno – astratto dai legami originari con la magia – fosse consapevolmente inteso quale «residuo di amministrazione della giustizia da parte dei privati»¹²⁰. Inoltre, sarei propenso a ritenere che la

7.3.1-3: *Iniuria occisum esse merito adicitur; non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum. proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia iniuria non occidit. 2. Sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita [lex] demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu. 3. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur; ergo etiam lege Cornelia tenebitur.* Sinotticamente, poi, ricordiamo come i *Digesta*, con qualche palese menda (utile ad attualizzare il pensiero ulpiano e renderlo consono al regime vigente che non distingue più tra *fur nocturnus* e *fur diurnus*, e riconosce il *ius occidendi* solo quale scriminante giustificata da un attuale e reale *metus mortis*), ripetano il dettato di Coll. 7.3.3 in Ulp. 18 *ad ed. D. 9.2.5 pr.*: *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si [metu] <noctu> quis [mortis] furem occiderit, non dubitabitur, quin lege aquilia non teneatur. sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et cornelia tenebitur.* E sempre comparatisticamente leggiamo, infine, Coll. 7.2.1 (Paul. 5 *ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*): *Si quis furem nocturnum vel diurnum cum se telo defenderet occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus optulerit.* Secondo il Solazzi, dunque, in Coll. 7.3.3 lo squarcio *sin autem tenebitur* (in cui Ulpiano riterrebbe che non era permesso uccidere il ladro notturno ove fosse possibile catturarlo sicché colui che l'avesse ucciso sarebbe incorso nelle sanzioni della *lex Aquilia* e della *lex Cornelia de sicariis*, non potendosi invocare il precetto delle dodici tavole), sarebbe spurio: e ciò sia sulla base (logico-formale) dell'incontrovertibile contrasto interno del testo, sia sulla base (logico-giuridica) della constatazione che «far dipendere l'esistenza del reato dalla catturabilità dell'ucciso» non sarebbe affatto serio (S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, cit., 402). Giusta tali argomentazioni il Solazzi ritiene, insomma, che la prova che il giurista severiano avesse ragionato come se la norma decemvirale sul *fur nocturnus* non fosse stata più vigente nel suo rigore originario sia ineluttabilmente destinata a cadere. In secondo luogo, sempre ad avviso dell'insigne romanista, il consiglio paolino consacrato in Coll. 7.2.1 (ovvero sia catturare il ladro e consegnarlo ai magistrati municipali), si attergerebbe a massima meramente «caritatevole», tale comunque da non alterare sostanzialmente gli estremi del delitto (sempre che, poi, esso sia genuinamente da attribuire a Paolo).

¹²⁰ L. GAGLIARDI, *Tuere caesus esto*, cit., 432. Sulla scorta di quanto nelle note precedenti s'è rilevato (alla luce del pensiero del Solazzi), possiamo ricostruire nel modo seguente il pensiero di Paolo e Ulpiano. Il primo, da un lato, attesterebbe che ancora sul finire del secondo secolo d.C. l'uccisione da parte del derubato vuoi di un ladro notturno, vuoi di un ladro diurno *telo se defendens* (giacché riterrei che l'inciso in Coll. 7.2.1 *'cum se telo defenderet'* vada riferito non a *'furem nocturnum vel diurnum'*, bensì al solo *'furem ... diurnum'*) era regolata dalle relative *leges* delle viginti XII *Tabulae*; dall'altro, che la sua coscienza lo induceva a considerare preferibile all'uccisione la conduzione del *fur* alle autorità, qualora ciò, ovviamente, fosse stato possibile. Anche Ulpiano – a meno che non si voglia mantenere l'intima incoerenza di Coll. 7.3.3 – non aveva alcun dub-

frequente trattazione contestuale delle due disposizioni decemvirali – peraltro parificate da Gellio stesso alla ‘sanzione’ della *addictio* – possa ben giustificarsi sostenendosi che, attratti dalla analogia oggettiva tra i due precetti sotto il profilo della conseguenza materiale (‘possibile’ e non ‘doverosa’ messa a morte del ladro da parte del derubato, senza incursione alcuna per quest’ultimo in qualsivoglia forma di responsabilità penale), gli autori antichi semplicemente intendessero dare rilievo all’esistenza (*rectius*: all’insorgenza) in capo al soggetto che subiva il *furtum*, di una ‘spettanza’ giuridicamente riconosciuta, ossia di un ‘diritto soggettivo’¹²¹ riconosciuto, a monte, dal sistema romano, avente ad oggetto il potere di mettere esecutivamente a morte il ladro. Indi, attesa nel derubato siffatta unitaria ‘Kraft’¹²², che se attualizzata non determinava alcuna perdita di ‘Reinheit’, «il ladro

bio sulla inapplicabilità della *lex Aquilia*, qualora uno schiavo fosse stato colto in flagrante furto di notte e il derubato lo avesse così ucciso (sinceramente non capisco perché L. ARU, *Appunti*, cit., 131, nel riprodurre Coll. 7.3.3 ponga tra parentesi il *non* della proposizione introdotto dal *quin* dubitativo: ‘*non dubitamus, quin lege Aquilia [non] teneatur*’; di poi, se si volesse salvare il dettato del succitato passo della *Collatio*, l’uso di ‘*magis est*’ potrebbe ben intendersi come una preferenza soggettiva del giurista, solo più energica rispetto a quella paolina). La *Collatio*, per vero, ci informa pure di alcuni dubbi sorti a Pomponio al riguardo: da un lato è vero che sarebbe alquanto strano che il tardo compilatore della *Collatio* avesse inventato l’opinione del giureconsulto adrianeo, ma altrettanto vero è, dall’altro, che l’uso di *haec* quale attributo dimostrativo di *lex* indurrebbe il lettore a identificare quest’ultima con la *lex Aquilia*, laddove il senso complessivo dei frammenti porterebbe a ritenere che il dubbio di Pomponio avesse riguardato la *lex XII Tabularum*: il che mi rende affatto scettico non tanto sulla genuinità di una posizione dubitativa del giurista, quanto sulla bontà del contesto in cui l’autore della *Collatio* ha inteso inserire la ‘parentesi pomponiana’ (contra L. ARU, *Appunti*, cit., 132). Per il regime giustiniano cfr. D. 48.8.9 e D. 9.2.5 pr.

¹²¹ L’impiego di *ius* come spettanza riconosciuta ai consociati (impiego che mi par nettamente preferibile per il tempo di redazione delle XII Tavole) è alquanto cospicua nelle fonti. Vi sono ipotesi in cui è dubbio se con tal termine si designi la sfera della liceità riconosciuta al cittadino ovvero se si faccia riferimento ad un diritto cui un soggetto è ammesso a godere dall’ordinamento: certo, il risultato, in buona sostanza, non muta, ma è radicalmente diversa la prospettiva concettuale (cfr., in questi termini, A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 112). Si potrebbe così rispondere all’intelligente interrogativo posto dal Gagliardi (‘perché il versetto non statuisce: *lege caesus esto*?’), affermando che i decemviri si sono espressi con tale terminologia proprio per sottolineare l’esistenza in capo al derubato di un diritto soggettivo e non per indicare il diritto in senso oggettivo (L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., 436).

¹²² Detta ‘Kraft’, a seconda delle circostanze, è da intendersi dogmaticamente, ora quale potere del derubato di attivarsi per difendersi, ora quale potere di attivarsi per vendicare: ma, verisimilmente, essa era percepita in Roma, tanto in origine quanto nel prosieguo di tempo, come ‘indifferenziata sfera di potere’ (*ius, licentia*) entro cui il la-

poteva ma non doveva essere ucciso», giacché la regola consacrata nella *lex 12* della *tabula 8* «considerava legittima l'uccisione del ladro, ma non la rendeva obbligatoria»¹²³, volendo la *civitas* esclusivamente controllare la vendetta di sangue dei consociati e ingerirsi nella cernita dei contegni suscettibili di determinare la morte del soggetto attivo. La *pax deorum*, da un lato, non era scalfita dalla condotta audace del ladro notturno, per cui la *civitas* non era interessata – come nel caso di chi *dolo sciens* uccidesse un *homo liber* – a imporre la morte del *fur* le cui sorti venivano lasciate alla sfera di potere del derubato; la *pax deorum*, dall'altro, non veniva messa in pericolo dall'esercizio del *ius occidendi* da parte del derubato. Se con il precetto cristallizzato in Tab. 8.12, in altre parole, l'ordinamento cittadino, nel progressivo disciplinamento dell'uso privato della forza e nel controllo della originariamente indiscriminata e illimitata ragion fattasi¹²⁴ – una volta arrogatosi il compito di stabilire quando una condotta umana fosse tale da meritare esclusivamente la comminazione di una *poena capitalis*, e quando fosse invece solo suscettiva di vendetta di sangue – attribuiva al derubato *plorans* (se sono nel giusto) il potere di esercitare immediatamente e direttamente quella che è stata definita incisivamente una difesa privata 'reattiva' (tesa, cioè, al ristabilimento dell'ordine violato) consistente nel provocare la morte del ladro, anche in Tab. 8.13, lo stesso ordinamento più che ammettere una limitata difesa 'preventiva' onde «tutelare il derubato da un pericolo reale e concreto»¹²⁵, riconosceva un 'diretto potere sanzionatorio' esercitabile da un 'agente autorizzato' che, così, era avulso dalle conseguenze negative della condotta tenuta 'astrattamente illecita' (giacché, in assenza della *ploratio*, nel particolare contesto fattuale, tesa a vanificare le garanzie cittadine del *fur* e ad elevare il derubato a soggetto dotato – come la *civitas* – di un 'potere capitale', essa avrebbe integrato gli estremi di un contegno lesivo della *pax deorum* e, pertanto, perseguibile e con-

dro veniva attratto (in principio, in forza di poteri magici, di poi, per concessione legislativa).

¹²³ E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 274.

¹²⁴ Di cui si potrebbe rinvenire un fondamento non solo sociale e psicologico, se è vero che, ad esempio, il derubato era tenuto, prima di uccidere il *fur* (in principio da lui 'liber'), a *plorare* onde attrarlo entro la sua sfera di 'Kraft' e così poterlo uccidere *iure ed impune*.

¹²⁵ E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 273.

dannabile capitalmente). Sullo sfondo della Roma delle XII Tavole 'laicità' e 'sacralità' operavano ancora contestualmente, seppur su piani differenti, giocando – nella tensione del loro rapporto – un ruolo fondamentale per la determinazione dei caratteri definitivi della repressione cittadina¹²⁶. Il carattere laico di un dato illecito (come il furto) implicava maggior autonomia – e maggior legami, quindi, con la tradizione pregressa della vendetta privata – nella configurazione dei suoi possibili esiti, sicché si rendeva necessario contemplare la reazione della parte offesa in termini di *ius*; di contro, la 'sacralità' limitava la sfera di autonomia privata e comportava un accollamento sempre più pesante da parte dell'ordinamento cittadino nel campo della inflizione di supplizi per il ristabilimento dell'ordine «cosmico»¹²⁷ violato: nessuno spazio di discrezionalità attiva poteva essere lasciato in mano al soggetto passivo dell'illecito. Il tutto, dunque, in un sistema gerarchico per cui il cittadino diveniva 'agente autorizzato' della *civitas* e la *civitas* 'agente autorizzato' dei *numina* (sempre che questi – come nel caso di *consecrationes* – si servissero non di organi statali per concretare le loro determinazioni, bensì di qualsiasi essere umano o di fenomeni naturali).

In definitiva e in sintesi, più che proclamare *apertis verbis* conforme al *ius* l'uccisione del *fur nocturnus*, in modo tale da attribuire un valore che potremmo indifferentemente definire di 'legittimità' o di 'giuridicità' a un atto di giustizia privata, mi pare che Tab. 8.12 riconosca al derubato (e si esprima i termini di) un potere che dogmaticamente non esiteremmo oggi a definire 'diritto soggettivo': la vendetta (o, meglio, il ricorso all'uso privato della forza *ab origine* magicamente fondato) è oggetto di un processo di 'giuridicizzazione' ad opera del legislatore e, liberata da ipoteche ancestrali che affondano nel magico-religioso, viene contemplata come ipotetica conseguenza ricondotta entro uno spazio, presentato come di 'origine ordinamentale', di libertà del derubato (allo stesso modo in cui i *numina*, predicati come *nefas* i contegni umani fonte di ira divina, lasciavano agli uomini entro il *fas* uno spazio di autoregolamentazione)¹²⁸. La *licentia* 'legittima' (in quanto formalizzata espressamente

¹²⁶ Cfr., in tal proposito le memorabili pagine scritte da P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, *Bis auf die Catonen*, Berlin, 1888, 351 ss.

¹²⁷ Seppur con sfumature parzialmente diverse, mi rifaccio ad una terminologia non discara agli autori impegnati in ricerche storico-religiose come il Sabbatucci (D. SABBATUCCI, *Il peccato 'cosmico'*, in *Le délit religieux*, Roma, 1981, 173 ss.).

¹²⁸ Cfr., sul valore deontologico (imperativo) del *nefas*, cfr. F. SINI, *Negazione*, cit.,

dai decemviri) e 'anfibia' (in quanto avente ad oggetto sia un *agere*, il mettere a morte per vendetta, sia un *subicere*, il sottoporre il ladro ad una immediata esecuzione *loco civitatis*)¹²⁹, così, non viene inserita in un sistema di indiscriminata *vindicta* rimessa ai privati, ma viene prevista ponderatamente quale 'attribuzione ordinamentale' al singolo derubato (che, appunto, in sé somma la figura del vendicatore e dell'esecutore materiale, in surrogazione degli organi della *civitas*), in un sistema per cui è solo grazie al riconoscimento dall'alto (*lex* e non *ius*) che l'uccisione può esser posta in essere senza l'assoggettamento per l'uccisore stesso a conseguenze negative (invero, si potrebbe dire, al pari di un magistrato che esercita, in via amministrativa, la propria *coercitio*, ovvero fa eseguire, ad esempio a mezzo di ausiliari, la pena giudizialmente comminata)¹³⁰: il trapasso ad un sistema che si grava interamente della repressione degli illeciti non è ancora determinato, ma è comunque presente per il caso del *fur nocturnus* quella *condicio sine qua non* perché possa dirsi *in civitate positum* un ordinamento giuridico, vale a dire «l'uso legittimo della coercizione fisica da parte di un agente socialmente autorizzato»¹³¹.

Quanto a Tab. 8.13, sono persuaso che detta *lex* non sancisca – se vogliamo rifarci a categorie più congeniali alla nostra *forma mentis*: in virtù di una 'scriminante' la cui operatività si atteggia a elemento essenziale negativo per l'integrazione dell'omicidio – la liceità della condotta del derubato in reazione alla violenza del ladro che, armato, nonostante la 'provabile' flagranza, oppone, con pericolo immediato per la vita del derubato, resistenza alla tentata conduzione *in ius* ai fini della *addictio*; essa, invero, più che configurare come illecito a sé il furto, riguarderebbe l'impiego di un'arma, da parte di un *fur*, volto a evitare la cattura, 'sanzionando' detto impiego a mezzo dell'attribuzione al derubato di un potere di uccisione. Il precetto decemvirale

51 s.; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 93 ss.; A. CALORE, 'Per Iovem lapidem', cit., 182 s. e nt. 12.

¹²⁹ Cfr., in merito alla necessità di determinare l'oggetto del *licere*, le pagine di A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit., 74 ss.

¹³⁰ V., sulla somiglianza tra la norma solonica sul furto notturno e quella decemvirale, nonché sulla meno marcata analogia tra la norma delle XII Tavole sul furto diurno e la disposizione dracontina che tipizza la 'scriminante' della legittima difesa nel caso in cui il ladro usi violenza (Dem. 22.60), L. PEPE, *Ricerche*, cit., 26 ss. e nt. 39, 34.

¹³¹ A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive*, cit., 43.

in parola non muterebbe, rispetto a Tab. 8.12, né la natura, né – ovviamente *a fortiori* – la finalità (imponendosi, per l'appunto, più come disposizione normativa 'procedurale' sulla competenza nell'irrogazione della 'sanzione', che come norma sostanziale scriminante), pur contemplando i due *carmina* due figure delittuose eterogenee, ossia il furto notturno e la *vis* armata del ladro diurno: e ciò, all'evidenza, contro la ricostruzione, da ultimo prospettata dal Corbino. Lo studioso – omologando *ab origine* la *ratio* impressa dai decemviri alle due *leges* in esame all'insegna della comune natura scriminante¹³² – ha ritenuto, infatti, che l'ordinamento romano del quinto secolo avesse pienamente superato il principio della vendetta privata (sia, a quanto pare, nella sua forma più pura e primitiva di incontrollata e indiscriminata 'ragion fattasi', sia nella sua più edulcorata e ammodernata *species* di 'self-help' reattivo autorizzato dal sistema), di modo che pure là dove, in via eccezionale, avesse previsto la *lex talionis* (come per l'ipotesi, di cui a Tab. 8.2 [Fest. voce '*talionis*', Lindsay 496], del *membrum ruptum*, in caso di mancato raggiungimento di una *pax*), esso avrebbe esatto comunque l'esercizio – da parte dell'offeso o del gruppo dell'offeso – di una condotta assimilabile alla originaria vendetta, unicamente previo accertamento e sotto controllo della comunità¹³³: ma siffatta ricostruzione non può che essere rigettata alla

¹³² Laddove, al più, potrebbe ipotizzarsi un primevo sostrato comune alle due *leges*, in quanto cristallizzazione e legalizzazione *pro civitate* di pratiche private magico-repressive che i decemviri, assecondando la sempre più forte pulsione disciplinate della comunità (a discapito delle costumanze che elevavano il '*ius*' del privato offeso a sfera un tempo esclusiva, poi concorrente con quella della *civitas*), inglobavano entro il nuovo e superiore ordine – contemplando come agenti autorizzati, in certi casi, gli stessi privati – le singole sfere di 'Kraft' (di cui, con l'andare del tempo, si perse tuttavia la memoria circa l'origine magica).

¹³³ A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 253: *pro se*, l'autore cita, oltre a Festo, una serie di considerazioni di Gellio che attengono alla difficoltà di realizzare l'*aequilibrium* nell'applicazione della *talio*: Gell. 20.1.14-18: *Nonnulla autem in istis legibus ne consistere quidem, sicuti dixi, visa sunt, velut illa lex talionis, cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: 'si membrum rupit, ni cum e pacto, talio esto'*. 15. *Praeter enim ulciscendi acerbitatem ne procedere quoque exsecutio iustae talionis potest. Nam cui membrum ab alio ruptum est, si ipsi itidem rumpere per talionem velit, quaero, an efficere possit rumpendi pariter membri aequilibrium? In qua re primum ea difficultas est inexplicabilis*. 16. *Quid si membrum 'inquit' alteri imprudens ruperit? quod enim per imprudentiam factum est, retaliari per imprudentiam debet. Ictus quippe fortuitus et consultus non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. Quonam igitur modo imprudentem poterit imitari, qui in exsequenda talione non licentiae ius habet, sed imprudentiae?* 17. *Sed et si prudens ruperit, nequaquam patietur aut alius se laedi aut latius. Quod cuiusmodi libra atque mensura caveri*

luce di quanto sinora s'è avuto modo di dire.

possit, non reperio. 18. *Quin etiam, si quid plus erit aliterve commissum, res fiet ridiculae atrocitatis, ut contraria actio mutuae talionis oriatur et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum* (v. anche Gell. 20.1.33-38). Ad avviso del Corbino, quindi, se questo era il clima normativo decemvirale, sarebbe alquanto azzardato ritenere che le XII Tavole avessero conservato una vendetta incontrollata per un'ipotesi (quella del furto notturno) meno grave rispetto all'offesa consistente nella permanente lesione dell'integrità fisica (*ruptio membri*). Vero è, invece, che ciò potrebbe spiegarsi con la compresenza, nel diritto decemvirale, di un 'sistema anfibio' restato legato alla originaria 'ragion fattasi' (possibile non doverosa) non tanto per le ipotesi oggettivamente più gravi (legate alla sfera sacrale), ma per quelle, laiche, sentite – dalla società del tempo – come sintomo di una maggior 'pericolosa' *audacia* e/o per quelle più frequenti (fermo restando che, poi, la *talio* è comunque una *species* di vendetta e non ancora una pena). Egli, inoltre, si chiede: se per il furto manifesto, notturno e diurno armato, era stata prevista quale pena la morte irrogata in modo sommario sul fatto, perché Gaio, in 3.189, si sarebbe concentrato sull'ipotesi sanzionata in modo meno grave per sottolineare l'*asperitas* del regime decemvirale? L'obiezione è facilmente vincibile: il fatto è che Gaio vuole sottolineare come l'intervento del pretore abbia espressamente mitigato il regime delle XII Tavole, laddove la repressione *de facto* del *fur nocturnus* era ancora ai suoi tempi in vigore. Unicamente nel terzo secolo d.C. quando sarà considerata preferibile (se non addirittura imprescindibile) la consegna del ladro alle autorità competenti (sempre che sia affidabile, nei limiti già visti, la *Collatio*), l'uccisione di quest'ultimo potrà considerarsi ammessa solo in presenza di cause di giustificazione, negandosi, in tal modo, del tutto il *ius* per i derubati di farsi giustizia da sé, e sancendosi la diretta prerogativa statutale nell'amministrazione della giustizia. Non pertinente mi pare, poi, il richiamo a Plin. *nat. hist.* 18.3.12 (*Servius rex ovium boumque effigie primum aes signavit. frugem quidem aratro quaeisitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, inpubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni*), a seguito del quale l'autore conclude: «è facile invero allora osservare che se per l'ipotesi più grave (pascolo nel campo arato e furto delle messi) si prevedeva un'irrogazione della pena attraverso gli organi della collettività (e dunque attraverso un preventivo accertamento), risulterebbe del tutto incomprensibile come mai per l'ipotesi meno grave (il generico furto notturno) sarebbe stata invece legittimata la gravissima sanzione della diretta reazione sommaria incontrollata del derubato» (A. CORBINO, 'Si nox furtum faxit', cit., 248). Ancora una volta mi sembra spiegabile, da una parte, il riconoscimento di un *ius occidendi* a favore del derubato quale deterrente per i ladri, sulla base di una considerazione (statistica-oggettiva) operata dal legislatore decemvirale in merito alla frequenza e alla diffusione dei furti nonché alla *audacia* dei ladri; dall'altra, non va dimenticato che l'affidamento agli organi dello Stato (nonché la sanzione con *supplicium* più grave della sanzione prevista per l'omicidio), in virtù della natura 'sacrale' dell'illecito del *pavisse et secuisse*, comportava necessariamente una forma di pena placatoria (*deo necari*) mediante *suspensio* (nonostante le non persuasive note di E. REINACH, *Cèrès ou Céréale? Comment les XII Tables châtiaient les dégradations rurales*, in *Mnemosyne Bizoukides*, 1 ss.) alla divinità (il che va invece escluso nel caso 'meno grave' del laico furto notturno). Sul testo di Plinio concernente il *pavisse et secuisse* cfr. E. CARRELLI, *Plinio 'nat. hist.' 18.3.12 e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII Tavole*, in *AUBA*, II, 1940, 1 ss., nonché B. PERRIN, *Le délit décevinaire de destruction de récoltes sur pied (Pline hist. nat. 18.3.12)*, in

3. *Il 'furtum manifestum': 'poena capitis' e pena privata 'in quadruplum'.*

Una volta preso atto delle tipologie di furto che nel sistema decenvirale ancora erano considerate tali da ammettere un intervento diretto del privato sul ladro in funzione vendicativa-repressiva, ovvero – secondo alcuni interpreti – onde tutelarsi in modo preventivo, è d'uopo prendere coscienza di quei casi in cui la persecuzione dei furti non veniva più lasciata al singolo 'agente autorizzato', ma era ritenuta meritevole, seppur con diverse gradazioni a seconda dei singoli casi, di un intervento istituzionalizzato di organi della *civitas* sotto forma di previo controllo autorizzativo all'esecuzione privata o di cognizione in vista della irrogazione della pena privata¹³⁴.

AUSDE, II, 1953, 173 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 12 s. (ad avviso dei quali l'ipotesi del *frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse* sarebbe qualificabile in termini di danneggiamento); nonché P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 61 ss. (che ipotizza una forma aggravata di furto); v., sul testo, altresì, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 173 ss. (che, a mio avviso, non coglie nel segno là dove riconduce il perfetto infinito *pavisse* non a *pasco*, bensì a *paveo* – che è verbo intransitivo significante 'ho paura' e non, come l'illustre studiosa vuole, transitivo nel senso di 'spavento' [con formule magiche] –, concependo così la fattispecie come orbitante entro la sfera degli 'illeciti di magia'); F. ZUCCOTTI, *'Fruges fructusque' (studio esegetico su D. 50.16.77). Per una ricerca sulle origini della nozione di «Frutto»*, Padova, 2000, 41 s. (che, rettamente, pensa con riguardo a Plin. *nat. hist.* 18.3.12, a ipotesi «alquanto meno eterodosse» rispetto a quelle attinenti alla sfera magica). Io credo che, ragionando sulla base di un criterio formale, proprio il tipo di sanzione comminata dai decemviri (sanzione dalla valenza evidentemente religiosa, tesa a far espiare l'offesa in nome di Cerere) sia sintomatica della protezione di un interesse – trascendente quello meramente economico e laicamente generale – diverso da quello alla base della repressione del mero furto o del mero danneggiamento: parlerei di una ipotesi 'sacrale' (usandosi l'aggettivo, come è ovvio, impropriamente) a sé, che, tuttavia non sarei propenso a qualificare come illecito comportante *consecratio* (come pensava, invece, H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris, 1963, 242, sul quale, criticamente, v. i giusti rilievi di S. TONDO, *Il 'sacramentum militiae' nell'ambiente culturale romano-italico*, in *SDHI*, XXIX, 1963, 47 s.), bensì come *scelus inexpiabile* a mezzo di *piaculum* e punibile con il *supplicium* della messa a morte in nome della divinità offesa (*deo necari*: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 7 ss.).

¹³⁴ Ancora attuale la lucida esposizione del Voci in tema di passaggio da un sistema di 'prédroit' fondato sulla 'difesa privata' indiscriminata (da intendersi in senso lato, come 'ragion fattasi') a un sistema di pieno 'droit' razionalizzato nelle forme di un processo (passaggio i cui gradi le XII Tavole ben compendiano nella disciplina prescritta per le diverse tipologie di *furta*): «si ha difesa privata quando uno si fa giustizia da sé: chi subisce un torto cerca di rimuoverlo, o di vendicarsene, con le forze sue e del grup-

Il diritto decemvirale appare, nella storica stratificazione così ben documentata delle sue *leges*, un sistema che, nella sua forma più ancestrale, si impianta direttamente nel florido terreno della vendetta privata, imponendosi come abbozzo di una sua razionalizzazione (nell'interesse comune di evitare un *bellum omnium contra omnes*, una permanente e intollerabile situazione di conflitto interno), per poi svilupparsi come codificazione di una necessaria proporzionalità della sanzione all'offesa (ancora lasciando l'impiego della forza ai privati lesi), e infine sbocciare in un più maturo ordine statualmente penetrante dalla fase della cognizione a quella esecutiva¹³⁵. Nelle XII Tavole, infatti, la magistratura straordinaria dei *decemviri* legislativi procedette ad una complessa 'concettualizzazione' del *genus* laico del *furtum* articolando un sistema pluralistico di *species* di detto illecito, *species* alla cui differenza nominalistica (nonché sostanziale) era fatta corrispondere, rigorosamente, una divergenza sotto il profilo 'punitivo', o, meglio, sotto quello delle differenti conse-

po familiare o gentilizio cui appartiene. La difesa privata ha tre caratteristiche: è la reazione a un torto che si è subito o si sta per subire; è una reazione che di rado si mantiene in limiti ragionevoli; perciò produce a sua volta reazioni, in una catena di violenze senza fine. Nessuno Stato può permettere questo: ma lo Stato arcaico è costretto a una via di mezzo, per cui in parte amministra la giustizia con propri giudici, in parte riconosce, entro certi limiti, la legittimità della difesa privata» (P. VOCI, *Manuale*, II, cit., 413 s.). Così il *furtum* notturno è ben sintomatico di una 'giuridicizzazione' decemvirale dell'esercizio della vendetta (o della difesa privata reattiva) del derubato (a differenza dell'ipotesi della reazione legittima avverso il *fur diurnus* armato in funzione preventiva), laddove la repressione della condotta del *fur manifestus* – non ulteriormente qualificato – testimonierebbe (si darà conto oltre dell'impiego del condizionale) di un primo seppur timido accenno di diretta 'intromissione statale' non solo nella selezione delle condotte illecite e nella autorizzazione a intervenire *loco civitatis* all'offeso, bensì anche nella fase di accertamento ed esecuzione: la *poena dupli* per l'ipotesi di *furtum nec manifestum*, infatti, determinerebbe oltre alla elevazione dell'illecito a fonte di produzione di *obligatio* – cosa da escludersi, invece, per le predette ipotesi connotate da sanzione afflittiva: cfr. M. TALAMANCA, voce *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 58 (voce riprodotta ora altresì in A. BURDESE [ed.], *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 40 s.), che sottolinea opportunamente come *aliud* sia la responsabilità penale puramente afflittiva, *aliud* la responsabilità ('Haftung') quale conseguenza patrimonialmente negativa per l'imputabile frustrazione della 'Schuld' – anche ad una completa assunzione nelle mani di uffici propri della *civitas* romana della funzione cognitiva della fattispecie delittuosa (*lege agere sacramenti in personam*) e, eventualmente, di intervento in quella esecutiva per la irrogazione della sanzione punitiva (*lege agere per manus iniiectionem*).

¹³⁵ Cfr. le rapide ma penetranti osservazioni su mondo omerico e mondo decemvirale, in tema di 'pena', 'vendetta' e 'agente socialmente autorizzato', condotte da E. CANTARELLA, *Istituzioni*, cit., 31.

guenze negative contemplate, a titolo di responsabilità, per il contegno delittuoso tenuto, a seconda delle caratterizzazioni della singola 'Tatbestand', dal *fur*¹³⁶.

Partiamo dunque da taluni passi gelliani che già abbiamo preso in esame e giustapponiamoli a un altro celeberrimo paragrafo del manuale gaiano:

Gell. 11.18.8: *Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prenos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri.*

Gell. 11.18.15: *Aliis deinde furtis omnibus, quae 'nec manifesta' appellantur, poenam imposuerunt dupli.*

Gai 3.183: *Furtorum autem genera Ser. Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum et nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut inferius apparebit.*

Dalla lettura 'sinottica' dei tre passi testé riprodotti apprendiamo agilmente sia il pensiero espresso in tema di catalogazione delle tipologie di furto da Labeone, Servio e Sabino, sia il regime positivo codificato nel quinto secolo a.C. per la categoria 'residuale' dei *furta nec manifesta*. Se, da una parte, il corifeo della scuola proculeiana riteneva che la categoria generale del *furtum* dovesse essere oggetto di una semplice dicotomia, vale a dire di una *summa divisio* nelle esclusive sottofigure del furto *manifestum*¹³⁷ e di quello *nec manifestum*, dall'al-

¹³⁶ Cfr., sul punto, per tutti, R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 58 ss.

¹³⁷ Non mi persuade quanto sostenuto da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 155, là dove l'autrice scrive che «tanto ad Atene quanto a Roma la flagranza era l'elemento discriminante per la diversa classificazione e repressione del furto» (cfr., altresì, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 132), e là dove opera una serie di parallelismi – rammentando il pensiero di Huvelin e di Genet – tra la procedura della *manus iniectio* avverso il furto manifesto e quella della ἀπαγωγή. Invero le analogie tra i due mondi giuridici postulate da Laura Pepe come assai forti, non credo siano in realtà tali. Certo, il furto notturno sia a Roma che ad Atene era una fattispecie per cui il derubato poteva ancora farsi giustizia da sé e anche l'analogia tra la norma

tra, Servio e, sulla scorta di quest'ultimo, Masurio Sabino¹³⁸ avrebbe assunto una difforme – e, perciò, criticabile ad avviso di Gaio – posizione sul punto, ritenendo più appropriata una quadripartizione, che sappiamo, del resto, fatta propria dallo stesso Paolo. Quadripartizione in virtù della quale oltre alle due tipologie appena menzionate

dracontina sulla legittima difesa e quella decemvirale sul ladro che 'si difende' con un *telum* mi pare ottimamente circostanziata ed argomentata (L. PEPE, *Ricerche*, cit., 34 ss.): ma non posso che esprimere il mio disaccordo in merito a certe altre soluzioni – quale quella rammentata all'inizio della presente nota – proposte dalla studiosa. Ad Atene, infatti, la flagranza non era – secondo il mio pensiero – elemento 'costitutivo' ovvero 'aggravante' della fattispecie delittuosa, ma si imponeva – se non è errata la mia ricostruzione – quale presupposto per l'esperimento della ἀπαγωγή, in presenza di un furto già aggravato (e di per sé già punibile ordinariamente con la pena capitale): in altre parole, se veniva commesso un furto semplice la flagranza non consentiva la deduzione agli Undici; solo se veniva commesso un furto aggravato (dal luogo, dal tempo, dall'entità della refurtiva) in presenza di flagranza il ladro era deducibile agli Undici (sempre che, quanto al caso del furto notturno, non eseguisse eccezionalmente la pena capitale lo stesso derubato). Diametralmente opposta la situazione in Roma: qui l'esser manifesto o meno di un furto implicava sì irrogazione di sanzioni differenti, atteneva sì al manifestarsi *in rerum natura* del 'Tatbestand'. In altre parole, l'esser manifesto, in Roma, aggravava la fattispecie 'semplice' del furto (indicato con una litote: *furtum nec manifestum*) e la procedura sfociante nell'*addictio* rappresentava la regola in presenza di flagranza: e tutto ciò, all'evidenza, mentre in Atene l'esser manifesto non si atteggiava affatto ad aggravante, ma si configurava come una *condicio actionis* di modo che la procedura per ἀπαγωγή era 'eccezionale', essendo esperibile – giusta il ricorrere della flagranza – solo in forza di un furto per il quale, data la sua gravità, era già prevista la pena di morte. Insomma, a Roma il furto manifesto del *liber* pubere è, di per sé, un furto aggravato, e per tale ragione è sanzionabile sempre e comunque con l'*addictio* (previa *verberatio*); in Atene il furto manifesto può essere aggravato, ma può essere anche semplice, e solo quello al contempo aggravato e manifesto attribuisce al derubato il potere di dedurre il ladro presso gli Undici. Indi, se la mia ricostruzione non difetta, non ha senso neppure la seguente affermazione, fondata sul fatto che in Roma il furto non manifesto era punito con la pena del doppio e in Atene la δίκη κλοπῆς perseguiva il medesimo fine: «anche nel caso del furto non flagrante, dunque, Solone e i decemviri stabilirono una medesima pena» (L. PEPE, *Ricerche*, cit., 161). Vero è, invece, che se per l'ordinamento decemvirale pare lecito pensare per il *furtum nec manifestum* sempre e comunque ad una *poena dupli*, in Atene non è vero che il furto non flagrante fosse sanzionato sempre e comunque con una pena fissata nel doppio del valore della refurtiva: se si trattava di un furto non flagrante semplice la pena (a patto che il ladro ritornasse la refurtiva) era effettivamente fissata nel doppio; se si trattava di un furto aggravato, però, la pena era la morte.

¹³⁸ Cfr., altresì, Gell. 11.18.10-12: *Sed nunc a lege illa decemvirali discussum est. Nam si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur. Manifestum autem 'furtum est', ut ait Masurius, 'quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat'. Furti concepti, item oblati, tripli poena est. Sed quod sit 'oblatum', quod 'conceptum' et pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque iniucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis.*

(e tra loro divergenti a seconda della presenza discriminante dell'elemento dato dall'essere *manifestum* della fattispecie) si dovevano aggiungere la figura del *furtum oblatum* e quella del *furtum conceptum*: ciò sebbene tali due ultime *species* (o, nella terminologia gaiana, *genera*) come possiamo apprendere da un altro brano escerpito sempre dal manuale di Gaio (nonché dalle Istituzioni imperiali), ben avrebbero potuto essere ritenute quali forme di azioni, piuttosto che tipologie di illecito, in quanto l'*actio furti concepti* e l'*actio furti oblata* non erano tese alla 'punizione' del *fur*, ma di colui che, *quamvis fur non sit*, avesse presso di sé il *furtum*, ossia la refurtiva¹³⁹:

¹³⁹ Cfr. sul punto, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 56; *contra*, v. M. LEMOSSE, *Les actions pénales de vol dans l'ancien droit civil roman*, in *Mélanges H. Lévy-Brühl*, Paris, 1959, 179 ss. Quanto alla polisemia di *furtum* va rilevato che, senza dubbio alcuno, già all'età dei decemviri si era affermata una nozione di furto 'astratta': le XII Tavole, cioè, adoperavano il vocabolo per indicare oltre che materialmente l'oggetto rubato, altresì l'atto del rubare. Alcuni precetti decemvirali ben possono essere spiegati solo se si attribuisca a *furtum* un significato astratto, come in Tab. 8.12, così in D. 9.4.2.1. Secondo lo Huvelin, inoltre, l'espressione *furtum nec manifestum* avrebbe avuto un senso più smaterializzato rispetto ad altre disposizioni decemvirali, intendendosi in tal perifrasi «un acte, et non une chose matérielle»: lo studioso francese da tale considerazione giunge alla conclusione che, nell'ipotesi fatta dalle XII Tavole in tal contesto, il concetto di furto si sarebbe raffinato nella accezione di «notion abstraite du délit de *furtum*», e che detta nozione astratta decemvirale sarebbe stata già comprensiva di tutte quelle fattispecie in cui qualcuno di nascosto avesse commesso un delitto contro la cosa altrui: il che non regge, perché ciò che solo si può desumere dal passaggio semantico tra furto nell'accezione materialistica e furto nell'accezione 'spiritualizzata', inverosimilmente, è che, simmetricamente, da 'cosa sottratta senza che vi sia stata flagranza' si sia passati a 'atto del sottrarre che non sia stato oggetto di una *deprehensio dum fit*', giacché altri nessi eziologici paiono del tutto arbitrari (P. HUVELIN, *Études*, cit., 489). Di poi, mi pare arduo accettare la stessa premessa dello Huvelin, ossia che, nell'espressione *furtum nec manifestum*, *furtum* necessariamente debba intendersi in modo più concettuale, giacché essa era modellata perfettamente sulla forma *furtum manifestum*: sul punto v. F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, cit., 449 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 23 ss. Sempre in merito al rapporto dialettico tra *furtum* come cosa e *furtum* come atto, non pare fondata la tesi dello Huvelin (P. HUVELIN, *Études*, cit., 199 ss.) là dove egli ritiene che in Gell. 11.18.11, '*facere furtum*' significhi rendere '*furtiva*' una cosa: ben più aderente al testo, invece, è intendere il vocabolo in senso astratto e rendere *facere* con 'commettere' e *perferre* con 'portare a termine', in modo tale che il passo correrebbe, a mio avviso, in tal modo: «è manifesto il furto che viene sorpreso nel mentre in cui si sta ponendo in essere la condotta delittuosa, come diceva Masurio; il momento consumativo dell'illecito si ha quando viene portata a termine la condotta raggiungendo lo scopo che si era iniziato a perseguire» (né pare seguibile la tesi di F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, cit., 466 ss., secondo cui vero è che *furtum facere* si riferisce all'accezione astratta del termine, ma altrettanto vero sarebbe che Sabino tenterebbe di conciliare la teoria della flagranza propria della nozione di *fur manifestus* a quella sviluppata, di poi, in forza della nozione di

Gai 3.185-188: *Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quae diximus, intellegitur. nam quod manifestum non est, id nec manifestum est.* 186. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est. nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.* 187. *Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit, utique si ea mente data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum, qui dederit, conciperetur. nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum, qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblatai.* 188. *Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quaerere volentem prohibuerit.*

I. 4.1.3: *Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum. nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohaerentes quam genera furtorum, sicut inferius apparebit.*

Prendendo in considerazione, anzitutto, la forma più pesantemente sanzionata di furto, vale a dire l'illecito privato qualificato come *furtum manifestum*, il precetto decemvirale ad essa relativa (Tab. 8.14) non ci è permesso leggere 'direttamente' seppur attraverso una citazione (testuale) del versetto decemvirale relativo (come accade, ad esempio, per Tab. 8.12), ma solo 'indirettamente' ne possiamo ricostruire la struttura e la portata grazie alle informazioni ricavabili dal testo gelliano delle *Noctes Atticae* poco sopra riportato. Sulla base di quest'ultimo apprendiamo che i *ceteri fures* (ossia 'tutti gli altri ladri' che non erano direttamente uccidibili, *iure*, dal derubato o in quanto colti di notte nell'atto di commissione, o in quanto, seppure di giorno, con un *telum* avevano posto resistenza del derubato protesa alla conduzione *in ius*¹⁴⁰) erano differentemente sanzionati, con un'alternarsi tra pena afflittiva e pena pecuniaria (come accade, ad esempio, in Tab. 8.9 in relazione all'illecito del *frugem aratro quaesitam noctu pavisse et secuisse*), a seconda dello *status* e dell'età: ossia – secondo l'interpretazione che mi appare più rispettosa del testo – mentre i 'li-

furtum manifestum: *contra* v., esemplificativamente, B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 29, nt. 39; V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 209).

¹⁴⁰ Cfr., sul punto, paradigmaticamente, F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, cit., 478 ss.; S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, cit., 400; L. GAGLIARDI, *'Iure caesus esto'*, cit., 432.

beri puberi' venivano prima *verberati*¹⁴¹ e poi *addicti*¹⁴², gli 'schiavi puberi' dopo la *verberatio* erano *praecipitati e saxo*¹⁴³, e i *pueri* (indipendentemente dal fatto che fossero liberi o schiavi) impuberi¹⁴⁴, fer-

¹⁴¹ Come è risaputo la *verberatio* sovente veniva impiegata quale strumento di castigo domestico da parte del *pater familias* onde punire sia il proprio figlio, giusta il suo originario *ius vitae necisque*, sia i suoi schiavi, assoggettati al potere dominicale (o al più antico potere unitario del *mancipium*: A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 174 ss.): cfr., in tema, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 121 ss. Non si tratta, tuttavia, qui di castigo domestico, in quanto, all'evidenza, essa era prevista indiscriminatamente per tutti i responsabili di furto manifesto: si tratta cioè della 'sanzione pubblica' (accessoria) conglobata nel potere di *coercitio* del magistrato; sanzione il cui carattere primario (la pubblicità) non veniva meno, indipendentemente dal fatto che la fustigazione del reo fosse eseguita materialmente da un organo cittadino ovvero direttamente dalla vittima.

¹⁴² Come è noto la *addictio* si risolve, almeno in epoca storica avanzata, in una pronunzia di fonte magistratuale che le fonti attestano, con finalità differenti, sia entro il rito della *manus iniectio* sia entro quello dell'*agere sacramento in rem*. È parso logico, quindi, collegare la *addictio* dei ladri manifesti con l'esperimento da parte del derubato della *manus iniectio*: per il momento, cfr., per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 206 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Roma, 1942, 303; R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 59.

¹⁴³ Si tratta di un supplizio cui era sottoposto altresì chi commetteva *crimen proditiōnis* (E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 211 ss.); non convince l'argomento dell'Arangio-Ruiz secondo cui la pena di morte inflitta al servo altro non sarebbe che una esecuzione esercitabile da parte del *dominus*: la *praecipitatio*, in altre parole, non avrebbe integrato gli estremi della pena pubblica, ma sarebbe stata manifestazione del potere dominicale assoluto esercitabile nei confronti di *subiecti* (V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 206 s.). Vero è, invece, che come ha affermato il Carrelli sarebbe un contro-senso supporre che un *dominus*, giusta il suo diritto di vita e di morte, mettesse a morte un proprio schiavo ladro quando ben poteva considerarsi «felicissimo di avere acquistato senza sborsare un soldo» (R. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, in *AUBA*, II, 1939, 115, 129 ss.).

¹⁴⁴ La precisa definizione della categoria dei *pueri impuberes* non è tanto piana quanto, *prima facie*, sembra. Si potrebbe pensare, infatti, che Gell. 11.18.8 contempra una tricotomia così strutturata: liberi puberi (*verberatio* e *addictio*); liberi impuberi (*verberatio praetoris arbitrato, noxiam sarcire*); schiavi (*verberatio* e *praecipitatio*), come sembrerebbe ricostruire L. PEPE, *Ricerche*, cit., 140. Altresì plausibile è, del resto, una teorica ricostruzione di tal fatta: liberi puberi e impuberi (*verberatio* e *addictio*); schiavi puberi (*verberatio* e *praecipitatio*); schiavi impuberi (*verberatio praetoris arbitrato, noxiam sarcire*), come intende M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una 'legis actio per manus iniectionem' in relazione al 'furtum manifestum'*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Catania, 2007, 340. A me pare che la soluzione più razionale (onde evitare, tra l'altro, trattamenti troppo benevoli verso gli schiavi rispetto ai liberi, o troppo strenui contro i *pueri*) sia quella di concepire la categoria dei *pueri impuberes* come comprensiva sia di schiavi sia di liberi. Ciò, troverebbe conforto, a mio modo di vedere anche in Tab. 8.9 ove, ferma la distinzione solo tra puberi e impuberi, questi ultimi (senza alcuna interna distinzione di *status libertatis*) erano passibili, non di *suspensio Cereri*, bensì di fustigazione *praetoris arbitrato* e tenuti nella misura del doppio per l'ipotesi in cui

mala costante della fustigazione, ma *praetoris arbitrato*, erano condannati alla pena del *sarcire* (ovverosia al 'rammendare', al 'ricucire') la *noxia facta* (il 'vuoto', lo 'strappo' patrimoniale arrecato) nel *simplum*. Terminologia, quella del '*noxiam facere*' – mi sembra giusto sin da ora evidenziarlo –, diametralmente opposta, semanticamente, al '*damnum facere*' (che significa, per l'appunto, 'subire una perdita'¹⁴⁵); così come, sotto il profilo etimologico, ritengo essere la perifrasi '*noxiam factam sarcire*' antitetica a quella celeberrima del '*decidere damnum*'¹⁴⁶, espressione in cui emergerebbe non il 'mettere insieme',

fossero integrati gli estremi dell'illecito di raccolta di frutto o mietitura di messi altrui (Plin. *nat. hist.* 18.3.12). Potremmo dire, cioè, che la commissione dell'illecito da parte di un impubere 'de-criminalizzava' e 'de-sacralizzava' la fattispecie, determinando un passaggio dalla persecuzione pubblica a quella privata.

¹⁴⁵ Cfr. C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*³, Bologna, 2005, 122.

¹⁴⁶ Qualche breve nota (anche in prospettiva di quanto si dirà in tema di *damnum decidere*), sul significato di *noxia* e *damnum*, prima di esporre la mia 'lettura' di *damnum decidere* e *noxiam sarcire*, non sarà del tutto inutile. Il termine *noxia*, come già in molti hanno avuto modo di rimarcare, ha una storia linguistica particolarmente complessa: cosa questa che rende, ovviamente, assai arduo indicare «una linea di derivazione ed un momento interno di passaggio da termine a termine, da *noxia* a *damnum*» (G. CRIFÒ, voce *Danno* [premesse storiche], in *Enc. dir.*, XI, Roma, 1962, 616). Il Voigt, per esempio, ha distinto tre periodi nell'ambito dell'uso latino dei due sostantivi: secondo lo studioso la prima fase temporale si estenderebbe dalle origini (cfr. Fest. voce '*noxia*' [Lindsay 180]: <no>*xia* ut Servius Sulpicius Ru<fus ait, damnum significat in XII>, apud poetas autem et oratores ponitur pro culpa, at noxa peccatum aut pro peccato poenam) sino alla *lex Aquilia de damno*, la quale avrebbe operato la sostituzione di *noxia* ('danneggiamento imputabile del bene altrui' e 'danno') con *damnum*, vocabolo che, invero, nel terzo *caput* '*de omni cetero damno cavetur*' (Gai 3.217) significa tecnicamente più che 'fatto dannoso imputabile', 'perdita patrimoniale' patita dal titolare del diritto sul bene colpito, come attesta anche Plaut. *capt.* 327; *curc.* 49; *cist.* 106; *bacch.* 67 e 378 (v., ex plurimis, A. PERNICE, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen nach röm. Recht*, Weimar, 1867, 95 ss.; G.I. LUZZATTO, voce *Colpa penale* [*dir. rom.*], in *Enc. dir.*, VII, Roma, 1960, 614 ss.; B. ALBANESE, voce '*Damnum iniuria datum*', in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 110, nt. 2; G. VALDITARA, '*Damnum iniuria datum*'², Torino, 2005, 8 ss.); di contro, in questo stesso periodo, il vocabolo *noxa* avrebbe indicato il risarcimento del danno (*noxa caput sequitur*). Il secondo momento andrebbe dalla *lex Aquilia* al principio di Adriano (secondo secolo d.C.): *noxia*, in tale fase, sarebbe stata la *culpa*, *noxa*, invece, l'azione punibile, la pena, il danno e l'azione dannosa. Infine, nella fase incipiente da Adriano, *noxia* sarebbe stata parificabile a *delictum* e *noxa* a *culpa*, *damnum*, *poena* (M. VOIGT, *Über den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung bezeichnender lateinischer Ausdrücke*, in *Abhandlungen der Gesellschaft der Wissenschaft zu Leipzig*, VI.1, Leipzig, 1876, *passim*). Quanto, più specificamente, a *damnum* (che abbiamo già incontrato nei due poli semantici di 'perdita' e di 'fatto dannoso'), secondo una prima scuola di pensiero esso sarebbe l'esito neutro sostantivato di un participio perfetto di *dare* (*da-menon), sicché il significato etimologico sarebbe stato quello di 'ciò che è

bensì il ‘tagliare’, il ‘recidere’, il ‘liberarsi’ e in cui si farebbe menzione non di una conseguenza negativa che ricade sul soggetto passivo dell’illecito, bensì – secondo la mia interpretazione del primevo significato del sintagma in esame – di una ‘conseguenza negativa, con ricadute sulla sfera personale dell’agente, della condotta tenuta da quest’ultimo’¹⁴⁷. In altre parole, e per traslato, i *pueri impuberi*, se *sui iu-*

(stato) dato, ammenda, risarcimento’ (‘Ausgabe’) e *damnum decidere*, di conseguenza, avrebbe significato ‘transigere, accordarsi pagando l’ammenda’: cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 12 ss., 1013 s.; L. MITTEIS, *Über das ‘Nexum’*, in ZSS, XXII, 1901, 113, nt. 1; M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS, XXV, 1904, 177 e nt. 1; E. BETTI, *L’antitesi storica tra ‘iudicare’ (‘pronuntiatio’) e ‘damnare’ (‘condemnatio’) nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formule delle actiones ex delicto)*, in RISG, LVI, 1915, 14 s. e nt. 1; D. DAUBE, *On the Use of the Term ‘damnum’*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 96 ss.; L. BOVE, voce *Danno* (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, V, 1960, Torino, 144; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in RIDA, XXVII, 1980, 205 ss. Contro tale impostazione – che non teneva conto: a) della impossibilità storico-linguistica di un significato originario di *decidere* come ‘transigere’; b) dell’impiego decemvirale alla terza persona singolare (e non plurale) di detto verbo; c) di talune fonti (v., paradigmaticamente Cic. *off.* 3.5.23; Cic. *de or.* 1.43.194; Liv. 4.53.7, 7.4.2; Aug. *de civ. Dei* 21.1; Isid. *orig.* 5.27) dalle quali è lecito inferire come *damnum* nel periodo più arcaico fosse parificabile ad una sanzione (afflittiva) personale – il Voigt (sviluppando un’idea di Huvelin) avrebbe pensato ad un nesso linguistico tra il verbo latino *damno* e il greco δαμνάω/δαμνάω: indi, da un lato, *damnum* sarebbe stato non l’ammenda, ma il ‘vincolo’ e *damnum decidere* avrebbe significato ‘sciogliere’ (‘abschlagen’) questo ‘vincolo’; dall’altro – sulla scorta di Gai 4.21, Serv. *ad aen.* 12.727 e Paul-Fest. voce ‘*addicere*’ (Lindsay 12) – debolmente lo studioso congetturò l’esistenza di una *damnatio* magistratuale (nella forma verbale *damna<tu>s esto*) con cui il *confessus* sarebbe stato ‘vincolato’ (v. M. VOIGT, *Über den Bedeutungswechsel*, cit., 142 ss.; P. HUVELIN, *Aspects religieux de l’obligation romaine*, I, *Les tablettes magiques et le droit romain*, in *Annales Internationales d’histoire*, Maçon, 1901, 219 ss.; cfr., conformemente, G. BESELER, *Bindung und Lösung*, in *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 101 ss. [nonché in ZSS, XLV, 1925, 396 ss.]; E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I, Paris, 1891, 423; M. KASER, *Das altrömische ‘Ius’*, cit., 124 ss.; G. BROGGINI, *‘Iudex arbiterve’. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrechts*, Köln - Graz, 1957, 148 ss.; R. SANTORO, ‘XII Tab.’ 12.3, in *AUPA*, XXX, 1967, 81 ss.). L’orientamento più recente è quello ‘filologicamente eversivo’ del Liebs che pensa a *damnum* come a una formazione nominale in -nu dalla radicale indoeuropea *dap (donde il latino *daps*, banchetto): secondo lo studioso detta formazione avrebbe in origine indicato la ‘spesa’, poi la ‘pena patrimoniale’, infine lo ‘svantaggio’; e da essa sarebbe derivato il verbo *damnare* nel senso di ‘procurare uno svantaggio’ (D. LIEBS, *‘Damnum’, ‘damnum’ und ‘damnas’*, in ZSS, LXV, 1968, 173 ss.).

¹⁴⁷ Se è vero, come diceva Biondo Biondi, che la terminologia è la prima forma di dogmatica giuridica, altrettanto vero è che, nel caso che ci occupa – esclusa la poco probabile equazione mommseniana *damnum*/‘Ausgabe’ di cui alla nota precedente – l’etimologia non pare soccorrere in modo determinante onde acclarare il primevo (o,

ris, erano chiamati dai decemviri a 'ricomporre mediante pagamento la perdita altrui da loro stessi cagionata', ovviamente a titolo penale e non risarcitorio, ch  a quell'epoca il danneggiamento non poteva che esser inteso che come delitto; se soggetti al *mancipium* altrui, invece,

comunque, decemvirale) significato di '*damnum decidere*'. Io credo che, sulla scorta di Fest. voce '*noxia*' (Lindsay 180), di Paul.-Fest. voce '*noxia*' (Lindsay 181) e di Serv. *ad aen.* 1.41 (che equiparano il dominio semantico del pi  antico sostantivo *noxia* al senso recenziore preso da *damnum*), nonch  di Gell. 11.18.8 (che si riferisce al *noxiam factam sarciri*, nel senso di 'comporre' le 'conseguenze negative patrimoniali arrecate'), di Cic. *off.* 3.5.23 (che annovera il *damnum* tra le sanzioni afflittive decemvirali), sia lecito pensare a *noxia* come alla 'conseguenza negativa' da illecito (da sanzionare), e a *damnum* come alla 'conseguenza negativa' in funzione sanzionatoria che ricade – per volont  della *civitas* – entro la sfera di colui che, appunto, va sanzionato e che  , pertanto, 'astretto' alla necessit  di subire detta conseguenza istituzionalizzata. Si tratterebbe di due prospettive differenti, di due sfere semantiche separate sotto il profilo soggettivo e temporale (*noxia*   la perdita subita dall'offeso; *damnum*   la conseguenza cui   astretto l'offensore), ed accomunate dalla sfumatura di 'negativit '. Donde, in origine, si sarebbe opportunamente detto '*noxiam sarcire*' in quanto detta *noxia*, 'conseguenza negativa' arrecata dal soggetto attivo dell'illecito, veniva 'ricomposta' (enfaticizzando, cos , l'espressione il ristabilimento dell'ordine nell'interesse precipuo del soggetto passivo e il suo ristoro); '*damnum decidere*' in quanto l'autore era tenuto a 'recidere' il (meglio: a liberarsi dal) *damnum*, conseguenza negativa imposta dall'alto (enfaticizzando la locuzione, cos , il ristabilimento dell'ordine attraverso la soggezione alla condanna dell'offensore e la necessit  di una concreta irrogazione). Basti pensare, di poi, al fatto che – ad omologazione avvenuta tra i due sostantivi – '*damnum facere*' non significava affatto 'arrecare danno' (come, all'ingrosso, invece, significava *facere noxiam*), ma, quale espressione antitetica a '*lucrum facere*', stava per 'subire una conseguenza patrimonialmente negativa' (cfr. Plaut. *capt.* 327). Se, dunque, al tempo di Servio Sulpicio Rufo (anzi gi  di Plauto) *damnum* indicava la perdita ed era sinonimo di *noxia* (*rectius: damnum* aveva occupato la sfera semantica di *noxia*), come spiegare 'storicamente' la divergenza di significato dei due termini se retti in accusativo dal medesimo verbo (*facere*)? Atteso che nulla esclude che l'espressione *damnum facere* sia indicativa di un pi  risalente significato del nostro sostantivo (rispetto al differenziato *damnum dare* che pu  rendersi con 'cagionare un danno'), una soluzione soddisfacente non mi pare quella che consiste – tenendo ferma la 'recente' sinonimia dei due sostantivi – nel tradurre *facere* con 'subire' o 'arrecare', a seconda del suo complemento oggetto (*damnum/noxiam*). Di contro – tenendosi conto di quanto appena sopra detto – mi parrebbe maggiormente opportuno: a) intendere detto verbo come foriero sempre di un medesimo significato (ossia: 'porre in essere una condotta materiale tale da determinare ...'); b) ascrivere a *damnum* e *noxia* due orbite semantiche differenti (cio  quelle pi  antiche rispetto alla fase post-aquiliana di omologazione). Cos  facendo si attribuirebbe a *damnum* il senso di 'conseguenza – patrimonialmente – negativa che ricade sull'agente (in senso lato)', ovvero, per dire altrimenti, di 'conseguenza negativa subita per il mantenimento di una propria condotta'; laddove a *noxia* quello di 'conseguenza – patrimonialmente – negativa che ricade su altri', ovvero di 'conseguenza negativa subita a seguito di una altrui condotta'.

il regime della nossalità – io credo – avrebbe supplito alla lacuna di capacità giuridica e del libero e dello schiavo.

Tutto ciò trova conferma nel più stringato dettato gaiano ove, seppur l'autore non si occupa del trattamento sanzionatorio previsto per gli impuberi e, solo di sfuggita, tratta della pena riservata al *servus fur*, si attesta l'irrogazione della *verberatio* al *fur* seguita dalla 'pena capitale' della *addictio* al *derubato*:

Gai 3.189: *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. in servum aequae verberatum animadvertetur. sed postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est*¹⁴⁸.

Come, già sopra si accennava, l'*addictio* – nel caso che qui ci occupa, come s'è notato, provvedimento avente ad oggetto il ladro colto in flagrante, a favore di colui *cui furtum fecerat* e qualificato 'singolarmente' da Gaio in termini di *poena ... ex lege XII tabularum capitalis* – si impone, nell'antico sistema delle *legis actiones* quale esito (in atto, eventuale, ma, in potenza, regolare) della *manus iniectio*, procedura esecutiva-affittiva¹⁴⁹ in linea di principio attivabile a seguito della

¹⁴⁸ La pena cd. capitale, quindi, col passare del tempo, venne ritenuta eccessivamente aspra e, di conseguenza, venne sostituita, come è noto, dal pretore con un'*actio furti manifesti* con condanna al quadruplo: cfr. Gai 4.111; Gell. 6.15.1, 11.18.10; PT 4.12 pr.; Isid. *orig.* 5.26.18; Serv. *ad aen.* 8.205. Tale azione, pertanto, non appartiene ai giudizi in cui la *infinitio* del convenuto determina il raddoppio della pena (Gai 4.9; Paul. Sent. 1.19.1), atteso che già *ab origine* la pena comminanda è commisurata in un multiplo (cfr. Gai 4.173; I. 4.16.1).

¹⁴⁹ Vero è, infatti, che la procedura in esame si presenta, all'evidenza, come non teleologicamente soddisfacente rispetto all'interesse fatto valere dall'attore: la messa a morte o la vendita in terra etrusca (che, se il prezzo della *venditio* fosse acquistato al creditore, tingerebbe di una sfumatura di patrimonialità l'esecuzione), del resto, ben mettono in luce la natura preminentemente affittiva della *manus iniectio* in una con la sua finalità di 'coazione indiretta' (di modo che, ovviamente, l'esecutato qualora avesse avuto i mezzi per adempiere, messo dinanzi agli infausti esiti contemplati *ex addictione*, adempirebbe, ovvero, non disponendo nell'immediato di sostanze sufficienti, tenterebbe di dilazionare): sul punto rimane impareggiabile il rigore logico e storiografico dimostrato da M. TALAMANCA, *Forme negoziali e illecito*, in *Poteri, 'Negotia', 'Actiones' nella esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano (Copanello 12-15 maggio 1982)*, Napoli, 1984, 125 ss., 135 ss.

pronuncia di una sentenza di condanna a favore dell'attore di una *legis actio sacramenti in personam*¹⁵⁰, o, in certuni casi, anche in assenza di qualsivoglia *iudicatum*, purché a fronte di un credito certo nel suo *quantum* e nel suo *an*, rimasto insoluto¹⁵¹. È pressoché costante, pe-

¹⁵⁰ Come è facile apprendere dalla lettura del nostro Gellio (Gell. 20.1.45; 5.13.11), infatti, le disposizioni decemvirali sulla sorte dei soggetti *iudicati* (nonché dei *confessi*) stabilivano che dopo un periodo di trenta giorni (i celebri *dies iusti*, ricondotti dall'erudito romano al concetto di sospensione proprio del *iustitium*: Gell. 20.1.42-43), i debitori di un *certum* fossero passibili di *manus iniectio*: questi, una volta *vocati in ius*, venivano condotti dinanzi al magistrato giudicante, ove potevano evitare la procedura propriamente detta di *manus inicere* che si esplicava solo *in iure* e con approvazione pretoria (Gell. 20.1.44) o pagando l'*aes signatum* (lingotti marcati: cfr. A. BURDESE, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, I, 1990, 182; *contra*: A. BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, XCIX, 1982, 128 ss.) per cui v'era stato, giusta *actio in personam* (cfr. Gai 3.174; 3.189), il *iudicatum* (o, già nella fase *in iure*, la *confessio*), o fornendo un *vindex* (cfr. Gai 4.21; 4.25; *Lex Ursonensis* cap. 61 in S. RICOBONO, 'Leges', cit., 179) che così si sostituisse all'esecutato (che veniva liberato definitivamente da ogni pretesa) e si esponesse al *pro se causam agere*. L'esito della *manus iniectio* (rimasto insoddisfatto *in iure* l'avversario o non comparso *pro debitore* il *vindex*), era quello dell'*addictio*, quale tipica espressione dei poteri di *iuris dictio* magistratuale (cfr. Gell. 3.13.14; 11.18.18; 20.1.19; 20.1.42; 20.1.44; 20.1.48; 20.51; Gai 3.189; Plaut. *poen.* 564; 720, 833, 1341, 1361; Plaut. *rud.* 891, Plaut. *bacc.* 1205; Cic. *Q. Rosc. Com.* 14.41; Cic. *Verr.* 2.3.10.24; Cic. *Flacc.* 20.48; Cic. *Sest.* 17.38; Cic. *Pis.* 35.86; Liv. 6.14.10; 6.15.9; 6.20.6; 6.27.8-10; 6.34.2; 6.36.12; Svet. *Aug.* 24; Val. Max. 7.6.1). In altre parole, al *dicere* del privato si sovrapponeva l'autoritaria conferma dell'organo della *civitas* che dava il suo 'nulla osta' all'impossessamento materiale da parte dell'attore consistente nel *secum ducere* a casa (Tab. 3.3; Gai 4.21, 4.25; Ter. *Phorm.* 334-335) e nel tenere legato in ceppi o con catene l'esecutato. Questo, quale *addictus*, non perdeva la propria capacità d'agire e la propria personalità: entro sessanta giorni poteva accordarsi con il creditore sulle modalità di liberazione (Gell. 20.1.46); in caso contrario, dopo le tre *nundinae*, trascorsi inutilmente i sessanta giorni, l'*addictus* era uccidibile o vendibile *trans Tiberim*, ossia in terra etrusca (Gell. 20.1.47) e, in caso di uccisione, il cadavere era fatto a pezzi se più erano i suoi 'avversari' (cfr. Gell. 20.1.52; Quint. *inst. orat.* 3.6.84; Tert. *Apol.* 4.9; Dio Cass. 4.17.8). In tema cfr., *ex plurimis*, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 36 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 303 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le 'legis actiones'*, Bologna, 1946, 29 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 77 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, 219 ss.

¹⁵¹ Il riferimento, ovviamente, è alla *manus iniectio pro iudicato* di cui parla Gaio (Gai 4.22-24) con riguardo al caso previsto dalla *Lex Publilia* (garante tramite *sponsio* che dopo sei mesi dal pagamento al creditore non avesse ancora ricevuto alcunché dal debitore principale) e dalla *lex Furia* (garante che avesse pagato al creditore una somma superiore alla *portio virilis*). Va sottolineato, del resto, che accanto a tali figure processuali (*manus iniectio iudicati* e *pro iudicato*), sarebbe lecito inferire da Tab. 1.2 un atto endoprocedimentale di *manus iniectio* contro il *vocatus* (atto che non costituirebbe, inverso, un tipo a sé di *lege agere*:

raltro, in dottrina, la convinzione che, conformemente alla disciplina decemvirale¹⁵², il *fur manifestus*¹⁵³ (sempre che non fosse esposto all'immediata uccisione consentita dall'ordinamento) fosse passibile della medesima procedura civile esecutiva (ovviamente *sine iudicatio*¹⁵⁴) consistente nell'atto *legis* di *manum inicere*, adattato quanto a

cfr. H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 283 ss), nonché, da Gai 4.21 (*per manus iniectioem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, uelut iudicati lege XII tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS SI VE DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILLIA, QVANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SE STERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVM INICIO, et simul aliquam partem corporis eius predebatur; nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat. qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur*) anche una *manus iniectio damnati*: v., sul punto, però, gli appunti di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 307; nonché i dubbi di autenticità dell'inciso '*sive DAMNATVS*' che prospetta G. BESELER, *Romanistiche Bausteine*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, Padova, 1935, 436, seguito, *ex plurimis*, da G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 58 s. e da H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 281. Quest'ultima sarebbe stata esperibile contro l'erede che non avesse adempiuto l'obbligazione nascente da legato *per damnationem* di un *certum*, o contro chi fosse il soggetto attivo di un delitto 'aquiliano' (cfr. Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.2 pr.): s'è sostenuto, infatti, che con l'affermarsi del processo *per formulas*, l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio testamentaria legatorum nomine* (v. Gai 4.9; 4.171; Paul. Sent. 1.19.1; I. 3.27.7; nonché Gai 2.282; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.2.1; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.23.10), al pari dell'*actio iudicati* e della *depensi* (traduzione in *concepta verba* dei *certa gesta et verba* dell'*agere* più antico e formale della procedura civile romana) sarebbero state caratterizzate dal fenomeno della cd. litiscrescenza (cfr., in tema, J. PAOLI, *Lis infittiano crescit in duplum*; Paris, 1933, 175 ss.) fenomeno che, invero, avrebbe connotato pure il procedimento *per sacramentum in personam* che si instaurava allorché il *vindex* o il debitore (nei casi di *iniectio pura*, in cui era ammesso a *manum sibi depellere et pro se lege agere*) avessero contrastato infondatamente l'esecutante (cfr. B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 46). Sulla non classicità dell'inclusione dell'*actio de modo agri* nel catalogo di giudizi che *infittiatione duplantur* (Paul. Sent. 1.19.1), cfr., per tutti, M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 11, nt. 77, (*contra*, v., però, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 50, nt. 172); su quella del *nexus*, v. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 8, nt. 44 (*contra*, cfr., *ex plurimis*, H. LÉVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 286 s.). Per altri soggetti che la dottrina ha voluto riconoscere come legittimati passivi della *manus iniectio (praedes, vades, indefensi* convenuti in giudizio con *actio in personam*), v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 320 s.

¹⁵² Come si dovrebbe evincere da Gai 3.189; Gell. 11.18.9, 20.1.7; Plaut. *Poen.* 833; Serv. *ad aen.* 8.205; Isid. *orig.* 5.26.18.

¹⁵³ Cfr. Gai 3.184; Gai. Ep. 2.10.2; Paul. Sent. 2.31.2 (Coll. 7.5.3); I. 4.1.3; D. 47.2.3-8; Gell. 11.18.8.

¹⁵⁴ Cfr., sul punto, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 303, secondo cui, da un lato, «si può ritenere che in origine la *manus iniectio* non sia stata necessariamente connessa a un *iudicatum*, e che anzi, di regola, essa non abbia avuto come presupposto una pronunzia giudiziale», dall'altro, «i casi di applicabilità della *manus iniectio*, prima delle XII tav. sono tuttavia assai dubbi, l'unico sicuro è quello del *fur manifestus*».

formule e struttura al caso di specie: convinzione questa, che troverebbe – esile, ma comunque non inconsistente – supporto nel quarto commentario di Gaio ove, oltre ai casi di *manus iniectio* stabiliti dalla legge *Pubilia* e dalla *Furia de sponsu* si citano, vagamente, *complures aliae leges* le quali, imprecisate nella materia disciplinata e nell'epoca di promulgazione, avrebbero comunque previsto ulteriori ipotesi applicative del summenzionato *agere in executivis*¹⁵⁵.

Ma, per vero, alcuni punti – rimanendo comunque assai loquace il silenzio delle fonti (le quali giammai, neppure in modo implicito, come risulta dalla lettura di Gaio e di Gellio, connettono l'*agere lege per manus iniectioem* al *fur manifestus*)¹⁵⁶ – meritano, a tal proposito, di essere meglio focalizzati.

Già si è detto del momento di transizione segnato dalle tavole decemvirali, con riguardo alla 'sanzione penale': momento in relazione al quale, tra l'altro, ritengo doveroso segnalare un'intrinseca incoerenza di principi che, invero, non pare esser stata valorizzata nella letteratura di mia conoscenza¹⁵⁷: vale a dire la compresenza – a mio modo di vedere

¹⁵⁵ Cfr., escludendo la copiosa manualistica, V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 201 ss.; B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 47 s.; ID., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 389, nt. 209; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *Le 'legis actiones'*, Torino, 1989, 42; ID., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino, 2003, 57 ss.; R. CARRELLI, *La repressione*, cit., 111; H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles Etudes sur le Très Ancien Droit Romain*, Paris, 1947, 147 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², Munich, 1996, 143 e nt. 87; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, cit., 74; L. PEPE, *Ricerche*, cit., 61 e nt. 24; R. PESARESI, *Studi sul processo penale in età repubblicana. Dai tribunali rivoluzionari alla difesa della legalità democratica*, Napoli, 2005, 171 s.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 303 s.; G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di 'damnum'*², Torino, 1998, 49 s.; da segnalare, altresì, U. BRASIELLO, voce *Furto (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 691, secondo cui l'*addictio* avveniva mediante procedura assimilabile alla *manus iniectio*. V'è, poi, addirittura chi ha sostenuto che in origine la *legis actio per manus iniectioem* potesse esperirsi anche contro ladri *nec manifesti*, a favore dei quali sarebbe stata concessa, tuttavia, la facoltà di *duplionem damnum decidere*: in tal senso cfr. R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 59, 113 ss., 128 ss., 146 ss.

¹⁵⁶ V., sul punto, M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 348 ss., che punta in modo forse eccessivo sull'*argumentum e silentio* in Gaio (4.21; 4.22; 4.23) per contrastare l'idea «secondo cui nei confronti del *fur manifestus* libero potesse agire con *legis actio per manus iniectioem*»: come risulterà dal testo mi parrebbe più persuasivo far leva sulle differenze teleologiche e strutturali tra le due *addictiones*, rispetto al – pur confortante – silenzio gaiano, che può esser sì valutato in termini di 'stranezza', pur non sembrandomi di per sé solo decisivo.

¹⁵⁷ Fanno eccezione, ad onor del vero, sia il veloce ma significativo passaggio contenuto in L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 116, sia – con riguardo specifico a Tab. 8.13 – le no-

storicamente giustificabile solo concependo il codice decemvirale come una convergenza puntuale di plurime stratificazioni regolamentative – del (più recente) divieto generale (ossia indirizzato non solo agli organi della *civitas* e ai cd. magistrati plebei, ma a ogni cittadino) di mettere a morte un *civis Romanus* senza previa condanna del *comitiatus maximus*¹⁵⁸,

tazioni di C. LOVISI, *La peine de mort au quotidien*, in F. HINARD (ed.), *La mort au quotidien dans le monde romain*, Paris, 1995, 28, che – una volta accomunate le ipotesi in cui compare la necessaria *ploratio* quale atto attraverso cui «vont être retrouvées le deux exigences de sacerté et de jugement» – ritiene *a priori* non scalfito il principio della «interdiction de tuer un *indemnatus*» nel caso della uccisione del ladro: infatti, secondo la studiosa, «ce 'jugement' ne présente pas le garanties attachées à une procédure devant l'autorité publique, mais il a le mérite de exister». Ma il ragionamento testé profilato, invero, non spiega affatto la coesistenza dei due principi (divieto generale di mettere a morte un *indemnatus* / uccisione *iniussu populi* del *fur*) tra loro in sostanziale antitesi, a meno che – come congetturerei io – il precetto, in tal frangente, *de capite civis* non fosse stato affatto da applicare perché a seguito della *ploratio* il *fur* non sarebbe stato più un '*liber civis*', ma un soggetto del potere del derubato e, quindi, la fattispecie dell'omicidio non sarebbe stata in tutti i suoi elementi integrata (su tale punto, in critica alla Lovisi, e su altri aspetti afferenti al tema della *ploratio* e della uccisione *iure* del ladro, cfr., per opportune precisazioni e proficui rimandi alla letteratura anche manualistica, R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano, 2004, 62, nt. 21).

¹⁵⁸ Il codice delle XII Tavole, come può inferirsi da Salviano (Salv. *gub.* 8.5) e da Cicerone (Cic. *leg.* 3.19.44; 3.4.11, Cic. *Sest.* 30.65; 34.74; *rep.* 2.31.54; 2.36.61), da un lato, confermò il regime introdotto dalla *lex Valeria de provocatione* del 509 a.C., dall'altro lo integrò: vero è, infatti, che venne sì ribadito il divieto per il console di porre a morte il cittadino (*ius dicere de capite civis lanimadvertere in caput civis Romani*: D. 1.2.2.16, 23) non già condannato dal popolo (*indemnatus*), consacrandosi il diritto di *provocare* ai comizi, ma tale divieto venne pure esteso a chiunque: cfr., in tal senso, L. GAROFALO, *Ancora sul processo comiziale 'de capite civis' (A proposito di un recente studio)*, in *SDHI*, LIV, 1988, 305 (nonché in *Id.*, *Appunti*, cit., 187); per un'alternativa – e, direi, pericolosamente ricostruzione 'ipercritica' (v., in generale, sulla inadeguatezza di tale orientamento, D. MUSTI, *Tendenze nella storiografia romana e greca su Roma arcaica. Studi su Livio e Dionigi d'Alicarnasso*, in *Quaderni urbinati di cultura classica*, X, 1970, 154; S. TONDO, *Profilo*, cit., 1981, 14; G. POMA, *Tra legislatori e tiranni. Problemi storici e storiografici sull'età delle XII Tavole*, Bologna, 1984, 57 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 525 s.; A. GARZETTI, *Introduzione alla storia romana con un'appendice di esercitazioni epigrafiche*⁶, Milano, 1995, 106) – cfr. A. MAGDELAIN, *De la coercion capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple*, in *Labeo*, XXXIII, 1987, 139 ss.; L. AMIRANTE, *Sulla 'provocatio ad populum' fino al 300*, in *Iura*, XXXIV, 1983, 1 ss.; E. GABBA, '*Maximus Comitiatus*', in *Athenaeum*, LXV, 1987, 203; *Id.*, *Assemblee ed esercito a Roma fra IV e III sec. a.C.*, in *Roma tra oligarchia e democrazia. Classi sociali e formazione del diritto in epoca medio-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano (Copanello 28-31 maggio 1986)*, Napoli, 1989, 44 ss.; sull'argomento non può, del resto, tacersi il contributo classico di B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 45 ss. (con bibliografia) nonché,

e del (più antico) riconoscimento *pro creditore* del diritto di uccidere il debitore insolvente, mitigato dal *ius paciscendi* e dall'eventualità, alternativa alla 'morte fisica', di una 'morte civile' attraverso una *venditio* che, non potendosi perfezionare – in linea di principio – in Roma¹⁵⁹, doveva avvenire *trans Tiberim peregre*¹⁶⁰.

Se si concentra l'attenzione sulla transizione sopraddetta, se, da un lato, la pena pecuniaria appare già affermata con riguardo al *furtum nec manifestum* (*poena dupli*), al *furtum oblatum* e *conceptum* (*poena tripli*)¹⁶¹, nonché con riguardo sia all'*os fractum* che all'*iniura simplex* (sempre che non sia da prestarsi fede a Cato *orig.* 81, sicché il riferimento a *poena*, in

più di recente, ID., *Sulla legge decemvirale 'de capite civis'*, in M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 401 ss.

¹⁵⁹ Cfr., per il divieto di ridurre in schiavitù in patria un cittadino, *in primis*, T. MOMMSEN, *Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staat*, in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, 3 ss.; v., altresì, V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 115 s., che, giusta tale principio ritenuto di valenza generale, nega che il *fur manifestus* possa essere ridotto a *servus* nell'Urbe; quanto a M. TALAMANCA, *Le Dodici tavole e i negozi obbligatori*, cit., 358, lo studioso, con riguardo esclusivo al debitore – e non anche al *fur manifestus*, come vorrebbe M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 366 – pone un parallelismo tra *addictus*, da un lato, e *vades* e *praedes*, dall'altro, sostenendo che (atteso che «la prigionia dell'ostaggio ... cessava al momento in cui si verificava l'evento garantito e si trasformava, in seguito al mancato verificarsi in una prigionia definitiva di cui è difficile immaginarsi la concreta configurazione», e avendo riguardo alla «attualità della posizione dell'*addictus*») fosse da escludere per il primo una 'schiavitù in patria'. Sul punto, cfr., inoltre, M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 98 ss., nonché D. LIEBS, *Damnum*, cit., 236. Sulla base di Gai 3.189 e Gell. 20.1.7 ha negato l'operatività, per Roma arcaica, di un siffatto divieto F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, in *Labeo*, XX, 1974, 170 ss. e nt. 27 (seguito da M. MARRONE, *'Agere lege', 'formulae' e preclusione processuale*, in *'Praesidia libertatis'. Garantismo e sistemi processuali di Roma repubblicana. Atti del convegno internazionale (Copanello 7-10 giugno 1992)*, Napoli, 1994, 57 (anche in *AUPA*, XLII, 1992, 250); più prudente L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 119, nt. 70, secondo cui «l'ipotesi dell'esistenza di un tale divieto ha senso solo in una comunità ristretta e dal territorio limitato», sicché «già nel IV secolo e certamente alla fine del II essa perde qualsiasi credibilità».

¹⁶⁰ In essa confluiscono due profili: quello punitivo, consistente nella perdita della cittadinanza e della libertà, e quello compensativo, consistente nel risarcimento del danno a mezzo del prezzo di vendita dell'insolvente: credo sia, pertanto nel giusto L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 116, là dove afferma che «tale istituto è sempre stato considerato come uno specifico diritto del creditore, anche perché la vendita da parte del magistrato non avrebbe alcun senso (tanto più se messa in relazione con la *poena capitis* rispetto alla quale costituirebbe l'alternativa)»; più cauto M. TALAMANCA, *Forme*, cit., 137, secondo cui «dato per scontato (il che potrebbe esser, fra l'altro, non così sicuro) che il prezzo della *venditio trans Tiberim* venisse acquistato al creditore precedente, la venatura di patrimonialità ... rimaneva marginale, meglio ancora accidentale».

¹⁶¹ Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 63 ss.

Tab. 8.3 e Tab. 8.4, sarebbe a una ‘composizione pecuniaria fissa’ alternativa alla *talio*¹⁶², e all’*actio de arboribus succisis* (pena fissa)¹⁶³, dall’altro, la pena in funzione afflittiva della persona ben si appalesa con riferimento alle sorti del *fur manifestus* che – come Gaio ci insegna (3.189) –, se *liber* (e pubere), dopo esser stato *verberatus*, *addicebatur ei, cui furtum fecerat*, se *servus* (e sempre pubere) subiva la oramai nota *animadversio* capitale con la *praecipitatio*, laddove se impubere – in forza di una regola che non esiterei a indicare come il modello della differenziazione di trattamento di cui a Tab. 8.9 – non era affatto assoggettabile a una sanzione *in toto* afflittiva, ma subiva una pena pecuniaria e, solo in via eventuale, la *verberatio*.

Ciò detto, parrebbe quasi naturale automatismo l’accostare l’afflittività dell’esecuzione forzata del debitore inadempiente (eventualmente sfociante nell’*addictio*) all’*addicere furem verberatum* quale «sanzione penale definitiva»¹⁶⁴ prevista per un illecito, il furto flagrante e non aggravato – per l’appunto –, che si impone quale tipica figura laica delittuosa contro il patrimonio, figura che – nel sistema decemvirale – non è, per vero, ancora assurta a fonte di *obligatio*.

Se, strutturalmente, le due modalità di esecuzione sono, almeno *prima facie*, parzialmente assimilabili, funzionalmente, la differenza intercorrente tra *addictio* del *fur* e *addictio* del *debitor iudicatus* è, a mio giudizio, grave e palese: da una parte, l’atto, magistratualmente

¹⁶² Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 60 s. Prendendo in esame l’evoluzione che ha condotto dalla vendetta alla *poena* oggetto di *obligatio* (Iul. 22 dig. D. 47.2.57 pr.), con le tappe intermedie della *talio* pura, della *talio* con l’alternativa di una ‘composizione pecuniaria non prefissata’ (Tab. 8.2), della composizione obbligatoria (Tab. 8.16: furto non flagrante), se come crede il Manfredini, Catone (*si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*) si riferisse al regime decemvirale, allora si potrebbe pensare, con riguardo a Tab. 8.3 (*os fractum*) e Tab. 8.4 (*iniuria*), alla *poena* di trecento o centocinquanta assi (Gai 3.223; Gell. 20.1.32; Coll. 2.5.5) e a quella di venticinque (Fest. voce ‘*viginti*’, Lindsay 508; Gai 3.223; Coll. 2.5.5), non tanto come allo stadio ultimo della sopraddeuta evoluzione, quanto come ad una ‘composizione pecuniaria’ – rimessa alla volontà dell’offeso – di entità già prefissata (a differenza del caso di *ruptio membri* per la cui *poena* l’ammontare era lasciato interamente alle pazioni delle parti: Gell. 20.1.14; Gai 3.223; Paul. Sent. 5.4.6; Fest. voce ‘*talionis*’, Lindsay 496): A.D. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 72 ss. Il che, benché non accettato dalla *communis opinio*, mi pare del tutto sostenibile, anche in ragione del ricorrere, sia in Tab. 8.3 che in Tab. 8.4, dell’imperativo ‘*poenae sunt*’.

¹⁶³ Cfr. B. ALBANESE, ‘*Actio servi corrupti*’ e ‘*actio arborum furtim caesarum*’, in *La-beo*, V, 1959, 325 ss. (v., in proposito, Plin. *nat. hist.* 17.1.7).

¹⁶⁴ M. TALAMANCA, *Forme*, cit., 143.

approvato¹⁶⁵, del *ducere domum il fur addictus* è sanzione inesorabile (salvo l'intervento di un *pacere inter partes*¹⁶⁶) per la commissione di un illecito e la responsabilità del ladro si atteggia unicamente a soggezione alla pena; dall'altra, l'*addictio* del debitore inadempiente è solo conseguenza negativa 'virtuale' ('Haftung') e 'in funzione' del mancato pagamento del debito ('Schuld'). Per farsi brevi: accantonata quella celebre tesi che, incautamente, sovrappone il concetto di *obligatio* a quello di responsabilità 'tout court' (nel senso di soggezione ad offese legittime vuoi sul patrimonio, vuoi sulla persona)¹⁶⁷, se nel primo ca-

¹⁶⁵ Cfr., per tutti, M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 114, secondo cui l'*addictio* è una pronuncia aggiuntiva del magistrato che segue l'azione principale ed esprime l'approvazione ufficiale.

¹⁶⁶ È fuor di dubbio che l'essere flagrante del furto si atteggia a condizione dell'esercizio da parte del derubato di un potere (*licentia subiciendi*) che, storicamente, non può che discendere dalla vendetta stessa. Vero è, tuttavia, che tale disponibilità è alternativa al diritto, sempre riconosciuto al derubato (cfr., giustamente, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 274), di rinuncia alla sanzione afflittiva onde ottenere una composizione pecuniaria che la *lex* dei decemviri contemplava espressamente: v. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.14; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.9.2; cfr., altresì *Impp. Diocl. et Maxim.* C. 6.2.13, nonché *Lex Iulia municipalis*, l. 110, in *CIL*, I, 206 (seppur è tramontata la convinzione che la *Tabula Heracleensis* contenga, con molte lacune, il testo di una legge generale – vuoi cesariana, vuoi augustea – avente la natura di 'provvedimento normativo quadro' delle autonomie locali, mantengo – forse incautamente – tale dicitura a mente di M. TALAMANCA, *Il ridimensionamento augusteo del processo privato*, in F. MILAZZO [ed.], *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Principes' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano*, Napoli, 1999, 214 ss.; nonché, in parte, di U. LAFFI, *I Senati locali nello Stato municipale nel I sec. d.C.*, in ID., *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001, 464 e nt. 20): è corretto, insomma, sostenere che «l'imputato di furto potesse trattare col derubato (non pretendere, però) un accomodamento per un importo minore rispetto alla pena fissata dalle leggi decemvirali» (A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 186). Quanto – in specifico – al celebre passo ulpiano, testé ricordato, contenuto in D. 4.4.9.2 (Ulp. 11 *ad ed.*: *ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur*), non pare sufficientemente argomentata l'affermazione di R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 72, secondo cui «non è persuasivo ... identificare il *pro fure damnum decidere* con una composizione volontaria ad ammontare discrezionale (in altre parole, col '*de furto pacisci*' di D. 2.14.7.14), distinguendolo, in tal modo, dal '*duplionem damnum decidere*' che sarebbe stato, invece, una composizione volontaria imposta dalla legge in un tasso predeterminato»: perché non sia 'persuasivo' (fermo quanto oltre si dirà in tema di *furtum nec manifestum*) non mi riesce di intendere né mi pare corretto sostenere che «non può negarsi che il *pro fure damnum decidere* sia descritto come l'oggetto di un obbligo senz'altro meno gravoso ... di quello sanzionato con l'*actio furti*», giacché anzitutto, il testo del giurista severiano – a differenza dell'*oportere* di cui in Gai 4.37 – non pare concepito affatto in termini di 'obbligo': v., sul punto, P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 75.

¹⁶⁷ Si tratta, come è noto, della tesi del Perozzi ad avviso del quale, entro il quadro del-

so l'*addictus* non è – né nel senso classico del termine, né nel senso etimologico originario¹⁶⁸ – un *obligatus (ex delicto)*, ma risulta solo 'responsabile (*ex delicto*)', è considerabile tale (vale a dire *obligatus*) nel secondo¹⁶⁹. Invero, il discrimine tra la sanzione dell'*addictio* del

le sue ricerche protese a dimostrare la maggior risalenza della categoria della *obligatio ex delicto* rispetto a quella *ex contractu*, la più risalente *obligatio* altro non sarebbe stata che una diminuzione di libertà, un reale asservimento della *gens* di appartenenza del soggetto attivo dell'illecito: detto asservimento assurgeva a responsabilità di un gruppo verso un altro e fondava la legittimità della vendetta da parte del clan offeso, salva la facoltà concessa alla *gens* asservita di liberarsi dando l'offensore all'altra *gens* (S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, *passim*; Id., *Istituzioni di diritto romano*², II, Roma, 1928, 1 ss.; *contra*, cfr., per tutti, E. BETTI, *La struttura*, cit., 33 ss.; 43 ss.; 154 s.).

¹⁶⁸ Non nel senso classico (o, anche, tardo pre-classico) in quanto l'*addictio* del *fur manifestus* è mera soggezione alla 'ritorsione dell'offeso' e, solo allorché al contegno delittuoso faccia seguito la previsione (e l'irrogazione) di una pena pecuniaria da pagarsi a favore della parte offesa dall'offensore (secondo l'*iter* che va dalla composizione volontaria a quella legale), è lecito discorrere – sul piano della sostanza – di una vera *obligatio ex delicto* (in tema di furto, sulla «posición central y paradigmática en el régimen y proceso histórico de las obligaciones que nacen de delito», cfr. M.D. FLORIA HIDALGO, *La Casuística del 'Furtum' en la Jurisprudencia Romana* [Introducción: M.J. García Garrido], s.l., 1991, 23 ss.): pur profilandosi, all'evidenza, per il caso del *fur manifestus* una responsabilità *ex delicto* (intesa quale ineluttabile assoggettamento alla sanzione afflittiva) mancano, insomma, tutti i presupposti perché si dica integrato un rapporto obbligatorio (in virtù del quale, appunto, una parte – 'debitore' – è chiamata a rispondere per la frustrazione di un'aspettativa del 'creditore'): un *vinculum* di *obligatio*, come è ovvio, nel senso etimologico dell'espressione, in quanto se è vero che la più antica figura di *obligatus* è quella dell'ostaggio legato in ceppi o in vincoli (*ob-ligatus*), ossia del soggetto – quale il *vas*, il *praes*, il *nexus* – in stato (non ideale, ma attuale e reale) di prigionia o di materiale sottomissione presso il 'creditore' (cfr. M. TALAMANCA, voce *Contratto e patto*, cit., 58 ss.; *contra*, cfr. A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., 348, 422, che reputa che il 'Besitzrecht' sia anche *ab origine* ideale), lo stato del *fur addictus*, a quanto mi risulta, né è un 'asservimento' volontario, né è costituito in funzione di garanzia di una altrui pretesa (cfr., in tema, E. BETTI, *La struttura*, cit., 33 ss.; G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, Milano, 1937, 219 ss.). Sulla base di tali dati mi sentirei di dissentire, in parte, dalla 'concettualizzazione', più che dalla 'ricostruzione' operata dal Bonfante, il quale ammette la priorità storica dell'*obligatio ex delicto* rispetto a quella *ex contractu*, identificando l'*obligatio* nella prigionia del delinquente presso la parte offesa, in attesa del riscatto (P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I⁴, Roma, 1934, 191): se, come ha sostenuto M. TALAMANCA, voce *Contratto e patto*, cit., 60, la «dazione di ostaggi» (vale a dire l'assoggettamento dei primi *obligati*), tra le sue funzioni più risalenti, ben poteva avere «quella di garantire il pagamento della composizione volontaria per un illecito, per il quale si appalesasse, in qualsiasi modo ciò avvenisse, la necessità di una dilazione», allora vero è che il Bonfante connette solo indirettamente l'*obligatio* più antica ai *delicta*, in quanto l'origine del rapporto obbligatorio, pur sullo sfondo di una vicenda delittuosa, si lega direttamente all'introduzione della composizione pecuniaria (*pacere*).

¹⁶⁹ Tale ricostruzione, riportata nell'alveo dell'annosa 'querelle' riguardante la

fur manifestus e l'atto endoprocedimentale dell'*addictio* contro il debitore insolvente esecutato con *legis actio per manus iniectioem* si dispiega non solo 'funzionalmente' e 'concettualmente', bensì, anche sotto il profilo strutturale: se nella *manus iniectio* il provvedimento magistratuale di conferma del *dicere* attoreo ha carattere non definitivo, giacché (assodata previamente la funzione coattiva-indiretta ed eminentemente sanzionatoria della procedura esecutiva) l'esposizione del debitore durante le tre *nundinae* consecutive è palesemente protesa alla *solutio per aes et libram* (ossia all'etero-riscatto dell'*addictus* a mezzo della soddisfazione, con atto librare, dell'interesse creditorio), tale articolata configurazione non è affatto giustificabile *pro fure manifesto* a seguito della sua *addictio*, sicché questi non pare affatto riscattabile contro la volontà del soggetto *cui addicebatur*¹⁷⁰. Di poi, per quest'ultima fattispecie, non è dalle fonti attestata in alcun modo «la

priorità temporale dell'*obligatio ex delicto* o di quella *ex contractu* (su cui cfr., proficuamente, M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., 2 ss. con ampio ragguaglio bibliografico), a mio modo di vedere, ben illustra la considerazione – già da altri brillantemente argomentata – secondo la quale ammettere anche la anteriorità storica (*sub specie* di responsabilità) dei rapporti delittuosi rispetto a quelli volontari non significa, *ipso iure*, ammettere la natura originaria dell'*obligatio* da illecito rispetto a quella da atto lecito. Da un lato emerge come la conseguenza immediata del delitto non sia un auto-assoggettamento in funzione di garanzia, bensì l'esercizio legittimo da parte del derubato di un potere aggressivo di assoggettamento (il che, all'evidenza mal si concilia, nella ideale evoluzione storica, in termini di continuità con il concetto classico di obbligazione); dall'altra risalta come il diritto al pagamento di una pena pecuniaria sia cronologicamente recenziore rispetto all'originaria repressione del furto (esplicantesi in via esecutiva e in forma vindicativa-reattiva). Pensa ad una maggior risalenza dell'*obligatio ex delicto*, invece, l'Albertario, secondo cui detta *obligatio* si risolverebbe in un asservimento materiale a titolo di pena, o fine a sé stessa o prodromica alla irrogazione di altre pene quali l'uccisione o la mutilazione (E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, I, *Parte Generale*, Milano, 1931, 60 ss.): ma vedi i rilievi critici del Pugliese che mette in luce come: 1) l'asservimento di cui parla l'Albertario non è, invero, effetto immediato del delitto ma deriva dalla consegna del delinquente da parte del gruppo di appartenenza per evitare la vendetta; 2) sia dubbio che lo stato di prigionia (determinato non da consegna o auto-consegna, bensì da una apprensione da parte del soggetto passivo del delitto) rappresenti una «conseguenza normale, sia pure indiretta, di tutti i *delicta*»; 3) sia arduo connettere storicamente tale asservimento, pur concepito non come misura previa all'irrogazione delle pene vere e proprie, al concetto classico di obbligazione, di modo da vedere in esso il «capostipite dell'*obligatio* dell'epoca storica» (G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo*, cit., 75 ss.).

¹⁷⁰ Cfr., sul punto, le condivisibili note di M. TALAMANCA, *Forme*, cit., 145, nonché quelle di cui a ID., *Le Dodici Tavole*, cit., 358.

possibilità dell'intervento di un *vindex*¹⁷¹ che provochi la definitiva uscita di scena del *fur*, come accade, invece, stando alla *communis opinio*, per il debitore insolvente in una *manus iniectio*¹⁷².

Sulla base di tali elementi, cui è doveroso aggiungere quello del difficilmente solvibile problema dell'*arbitrium litis aestimandae* (di cui s'è, forse un po' troppo facilmente, congetturata l'applicazione con riguardo ai *furta manifesta* aventi per oggetto un *quid* diverso da una somma di danaro¹⁷³) pare se non necessario, comunque, plausibile dubitare che l'*addictio* del *fur manifestus verberatus*, fosse prece-

¹⁷¹ M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 12, nt. 81. V., in tema, altresì, R. FIORI, 'Ea res agatur', *I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 80 ss., nonché A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle Dodici Tavole*, in M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 428; M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 451; maggiormente cauto B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 47, secondo cui «non si sa se fosse possibile l'intervento d'un *vindex*, che peraltro pare improbabile, dato che il *fur manifestus* era trattato più duramente del *iudicatus*».

¹⁷² Cfr., per tutti, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 313; *contra* M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 129, secondo cui in caso di soccombenza del *vindex*, la *manus iniectio* sarebbe proseguita contro l'originario debitore insolvente.

¹⁷³ Come mette in luce correttamente M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 352 ss., nei casi di *manus iniectio iudicati, pura, pro iudicato* di cui si tratta in Gai 4.21-23, l'esecuzione è sempre subordinata alla esistenza di un credito rimasto inadempito di cui sia certo il titolo (*an*) e l'ammontare (*quantum*); l'autore, peraltro, mi pare solo enfatizzare eccessivamente i termini là dove afferma che «la *legis actio per manus iniectioem* ... poteva esperirsi per pretese non contestabili sotto un duplice aspetto, e cioè ... né in relazione al *quantum* né in relazione all'*an*» (M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 353): non parlerei, in termini assoluti, di non contestabilità – atteso che nei casi summenzionati era previsto l'intervento in funzione di 'etero-garante' e quindi di contestatore del titolo o dell'ammontare per cui si procedeva – ma della causalità formale della *manus iniectio* i cui *verba* esigevano da parte del legittimato attivo l'indicazione sia del titolo (ad es. *iudicatum, damnatio*) per cui si agiva, sia dell'ammontare pecuniario del credito azionato, sia della mancata *solutio per aes et libram* (su cui cfr. Gai 3.174); di poi se è pur vero che i *verba* del 'creditore' esecutante sono strutturati sì da dar vita ad un periodare doppiamente assertivo marcato, prima, per la individuazione del titolo e dell'ammontare, da *quod* (congiunzione causale oggettiva che si riscontra pure nel formulario della *cretio* contenuto in Gai 2.166, in quello della *solutio* librare di Gai 3.174, in quello della *cognitoris datio* di Gai 4.83, nonché nella *belli indictio* feziale riferita da Liv. 1.32.12), poi, per la indicazione del mancato adempimento, da *quandoc* (presente nelle *legis actiones* cognitive di cui in Gai 4.16; 4.17 *a-b*); altrettanto vero è che la 'non dialogicità', essenziale alla *manus iniectio iudicati*, si attenua nella *pura*, e comunque una replica era ammessa da parte del *vindex* o dello stesso preteso insolvente (che, se non erro, ben potevano replicare adducendo, ad esempio, la inesistenza del giudicato o l'avvenuta *solutio*): cfr. B. ALBANESE, *Riflessioni in tema di 'legis actiones'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971, 212 (ora anche in *Scritti giuridici*, I, cit., 1024 ss.).

duta dall'insieme dei *verba* e dei *gesta* del *lege agere* esecutivo mediante la *manus iniectio*¹⁷⁴.

Ciò detto, possiamo ora intrattenerci, sempre con riguardo al trattamento decemvirale previsto per il *furtum manifestum*, sulla problematica attinente lo *status* giuridico dell'*addictus*. Gaio, come abbiamo potuto constatare dalla lettura del § 189 del suo terzo commentario (*poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant*) ci rende edotti di una controversia dibattuta tra i *veteres* in ordine allo *status* che il *fur* in quanto *addictus* acquisiva: discettando sulle conseguenze dell'*addictio*, alcuni giuristi repubblicani propendevano per la tesi della perdita dello *status libertatis* (il che avrebbe fatto del ladro un *servus* del derubato), altri sostenevano invece la tesi della omologa-

¹⁷⁴ Cfr., sul punto, M. TALAMANCA, voce *Processo civile*, cit., 11 s., nt. 81; R. FIORI, *'Ea res agatur'*, cit., 80 ss.; A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata*, cit., 428; M. KASER, *'Unmittelbare Vollstreckbarkeit'*, cit., 94; W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des iudex in der 'legis actio'*, in D. NÖRR - D. SIMON (ed.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, 443; da ultimi, v. A. CORBINO, *Il danno qualificato e la 'lex Aquilia'*. *Corso di diritto romano*, Padova, 2005, 52, nonché M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 348. Diversa la posizione assunta in proposito dal Nicosia – sulla quale si avrà modo di soffermarsi oltre –, dal momento che l'autore non nega affatto il collegamento tra il procedere per *manus iniectio* e la repressione del *fur manifestus*, bensì nega la natura magistratuale della *addictio*: G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 83 ss. (nonché ID., *Il processo privato romano*, II, *La regolamentazione decemvirale. Corso di diritto romano*, Catania, 1980, 37, 164; ID., *La 'manus iniectio': dal regime originario a quello della 'manus iniectio pura'*, in *Praesidia libertatis*, cit., 164 (nonché in *Silloge. Scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998, 640). Quanto all'innegabile mancanza del carattere della litiscrescenza nell'*actio furti manifesti* (cfr. sul punto, la lucida disamina di M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 356 ss.), essa va coordinata con altri due dati affini: anzitutto, il nesso storico-logico tra il principio *lis infitiano in duplum crescit* e, nel processo formulare, la pluralità di giudizi (quale quello dell'*actio legis Aquiliae*: Gai 4.9) in cui detto principio valeva, da un lato, e la antica *legis actio per manus iniectio* quale comune precedente, dall'altra (cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1998, 295, 337); in secondo luogo, la critica alla impostazione che lega la litiscrescenza dell'*actio legis Aquiliae* all'esperibilità della *manus iniectio* (A. CORBINO, *Il danno qualificato*, cit., 51 s.). Quanto al coordinamento col primo dato, va notato come, *rebus sic stantibus* (ossia preso come criterio l'operare della litiscrescenza) non sia lecito affiancare l'*actio furti manifesti* a quella *legis Aquiliae* in ragione di una presunta originaria comune procedura esecutiva (M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 360). Quanto al secondo, accedendo a siffatta critica, *a fortiori*, bisognerebbe respingere, altresì, la tesi secondo cui, in epoca arcaica, per la generale categoria dei *delicta*, sarebbe stata ammessa *manus iniectio* a prescindere dall'ardua determinazione di una composizione pecuniaria (v., per tutti, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 147 s.).

zione alla condizione del soggetto cd. *adiudicatus*¹⁷⁵. Gellio, dal canto suo, eliminando la menzione del succitato *ius controversum* in proposito, fa riferimento – nel contesto, che già ben conosciamo, in cui si prende in esame, nella discussione tra Favorino e Africano, la durezza delle *leges antiquae* – alla sola scuola di pensiero propensa alla considerazione dell'*addictio* quale fonte di schiavitù (sempre che '*in servitutem tradit*' non faccia riferimento alla perdita della *libertas* in senso giuridico, bensì, impiegato in senso atecnico, indichi l'assoggettamento *de facto* del *fur*)¹⁷⁶:

Gell. 20.1.7-8: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. 8. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poena existumes?*

Gli elementi essenziali ricavabili da Gellio e Gaio, in materia, mi paiono essere i seguenti: da un lato il *fur addictus* è considerato soggetto ad una pena capitale; dall'altro, pensando – come mi pare più convincente – all'*adiudicatus* di Gai 3.189 come a un debitore *addictus* con *manus iniectio*¹⁷⁷, sembrerebbe che per quest'ultimo non si

¹⁷⁵ Cfr. M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole*, cit., 358, nt. 80, ad avviso del quale, come *hapax legomenon*, il genitivo '*adiudicati*' indicherebbe inequivocabilmente un *addictus* in seguito all'esperimento della *manus iniectio*; secondo l'Albanese (B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 37, nt. 105; 48 e nt. 160), invece, si potrebbe trattare di un errore di un amanuense (da emendare in '*iudicati*'); mentre per R.G. BÖHM, *Zu Gaius inst. 3, 178 und 189*, in *RHD*, XLVI, 1978, 133 s. il manoscritto veronese sarebbe da leggere '*tat iudicati*', nel senso di '*tantum iudicati*'.

¹⁷⁶ Cfr., sul punto, P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 56 ss. il quale individua in Labeone o, alternativamente, in Sabino la fonte delle informazioni e del giurista e dell'antiquario.

¹⁷⁷ Secondo il Liebs (D. LIEBS, '*Damnum*', cit., 236; *contra*, cfr. R. FIORI, '*Ea res agatur*', cit., 84, nt. 51), il passo gaiano farebbe uso di *adiudicatus* data la ambiguità, nel contesto comparativo, del participio sostantivato *addictus* per indicare chi, a seguito di un giudicato, fosse gravato da una '*Schuld knechtschaft*', senza alcuna diminuzione di

ponessero, almeno tra i giuristi, questioni sulla determinazione dello *status*, ma anzi proprio il suo giuridicamente (se non retoricamente) incontrovertibile¹⁷⁸ *status libertatis et civitatis* fosse preso a modello

libertà: da un lato, dunque, starebbe la *addictio-adiudicatio*, con esito insensibile sullo *status libertatis*, dall'altro l'*addictio* come pena (capitale) *servitus*; la tesi dell'autore, peraltro, mi pare non correttamente riportata da M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 366, nt. 88, là ove lo studioso ritiene il pensiero del Liebs consentaneo all'idea – espressa limpidamente da V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 206 ss. – che ritiene la riduzione in schiavitù del ladro flagrante contraria al principio secondo cui originariamente i Romani non ammettevano il *tradere in servitutem* di un *civis* entro l'Urbe, e in accordo con M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole*, cit., 358, nt. 80: vero è, più precisamente, che Talamanca si riferisce, in senso adesivo alla tesi dell'Arangio (negazione della schiavitù in patria), esplicitamente al solo debitore insolvente *addictus*, e che Liebs distingue l'*adiudicatus* e l'*addictus* proprio a seconda della configurabilità o meno di un titolo per la *servitus poena*.

¹⁷⁸ Uso l'aggettivo 'incontrovertibile', ben conscio dell'esistenza di quel celebre passo di Quintiliano in cui sembrerebbe essere testimoniata una *quaestio* anche sullo *status* dei debitori insolventi *addicti*: Quint. *inst. orat.* 7.3.26-27: *Circa propria ac differentia magna subtilitas, ut cum quaeritur an addictus, quem lex servire donec solverit iubet, servus sit. Altera pars finit ita: 'servus est qui est iure in servitute', altera: 'qui in servitute est eo iure quo servus', aut, ut antiqui dixerunt, 'qui servitutem servit'. Quae finitio, etiam si distat aliquo, nisi tamen propriis et differentibus adiuvatur, inanis est. Dicit enim adversarius servire eum servitutem aut eo iure quo servum. Videamus ergo propria et differentia, quae libro quinto leviter in transitu attigeram. Servus cum manu mittitur fit libertinus, addictus recepta libertate ingenuus: servus invito domino libertatem non consequetur, addictus <consequetur>: ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet: propria liberi, quod nemo habet nisi liber, praenomen nomen cognomen tribum; habet haec addictus. Invero, non mi pare che il passo sia tale da minare la mia qualificazione di 'incontrovertibile', trattandosi, secondo quanto credo, di una 'querelle' (pur sulla sostanziale portata delle *finitiones*) 'artificiale' e puramente 'accademica': un caso teorico, insomma, quale può essere quello congenito in una scuola di retorica, e non un vero contrasto 'giurisprudenziale'. In buona sostanza il passo, che si inserisce in un contesto in cui l'oratore tratta, sulla scorta di Cicerone (Cic. *top.* 5.28; 5.30-34), della 'definizione' e dei suoi elementi (*genus, species, differentiae, propria*), posto che esiste una *lex* che ordina all'*addictus* di *servire* sinché non ha pagato, pone il seguente problema: possono definirsi *servi* (cioè non liberi) solo coloro che *iure* sono in uno stato di soggezione (*in servitute*), ovvero sono tali anche coloro che, per impiegare un'espressione antica di figura etimologica, *serviunt servitutem*? Si contrappongono cioè due definizioni di *servi*: la prima tecnica entro la quale gli *addicti* non sono ricomprendibili; la seconda ampia e atecnica cui gli *addicti* sono invece riconducibili. Del resto, lo stesso Quintiliano è conscio del fatto che *aliud* è il *servire*, ossia l'essere privato della libertà di fatto, *aliud* è l'*esse servum*, ossia l'averlo *status* giuridico di schiavo (Quint. *inst. orat.* 5.10.60: *Quod autem proprium non erit, differens erit, ut aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quaestio solet: 'qui servus est si manu mittatur, fit libertinus, non item addictus', et plura, de quibus alio loco*) e che la sola delle due definizioni rilevante *sub specie iuris* (come emerge dai *propria* e dai *differentia*) è la prima: il servo (chi ha lo *status servitutis*) diviene, una volta manomesso, libertino, l'*addictus* (che non è privo dello *status libertatis*, ma della *libertas**

come antitesi della condizione, non predeterminata quanto a durata¹⁷⁹, di ‘schiavitù’ in cui alcuni giuristi credevano incorresse, come abbiamo visto, il nostro *fur*¹⁸⁰.

Da un lato, dunque, si pone l’esito, indubbio quanto alle ricadute sullo *status* dell’esecutato, dell’*addictio* debitoria quale atto endoprocedimentale che, nel suo stadio più compiuto, è connotato da una tripla articolazione diacronica¹⁸¹: 1) uccisione dell’insolvente¹⁸²; 2)

fattuale), sottratto allo stato di soggezione (e si badi: non si dice ‘una volta manomesoso’), è ingenuo, cioè libero sin dalla nascita; l’*addictus* – a differenza del *servus* –, pagando o venendo riscattato, diventa libero anche contro la volontà del creditore; lo schiavo non è soggetto di diritto, laddove è persona l’*addictus*; l’*addictus* ha e conserva i *tria nomina* e l’appartenenza alla *tribus*. Sul testo, *ex plurimis*, cfr. O. BEHREND, *Der Zwölftefelprozess: Zur Geschichte Des Römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, 181 ss.; L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 148 s.; R. FIORI, ‘*Servire servitutem*’, in ‘*Iuris vincula*’. *Studi in onore di M. Talamanca*, III, Napoli, 2001, 386 ss.

¹⁷⁹ Cfr. Gell. 11.18.18 ove Gellio, per mezzo di Catone, ricorda come i ladri di beni privati *in nervo atque in compedibus aetatem agunt*.

¹⁸⁰ Cfr., quali testimonianze della giuridica pienezza di *status* del *iudicatus addictus* (il quale ha pertanto *caput*), Gai 3.199 (*interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sint, sive etiam uxor, quae in manu nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit*); Gell. 20.1.45 (*si volet suo vivit*); Cic. Flacc. 20.48 (*nolite existimare, iudices, non unam et eandem omnibus in locis esse fraudatorum et infitiatorum impudentiam. Fecit eadem omnia quae nostri debitores solent; negavit sese omnino versuram ullam fecisse Romae; Fufiorum se affirmavit numquam omnino nomen audisse; Hermippum vero ipsum, prudentissimum atque optimum virum, veterem amicum atque hospitem meum, splendidissimum atque ornatissimum civitatis suae, probris omnibus maledictisque vexat. Sed cum se homo volubilis quadam praecipiti celeritate dicendi in illa oratione iactaret, repente testimoniis Fufiorum nominibusque recitatis homo audacissimus pertimuit, loquacissimus obmutuit. Itaque recuperatores contra istum rem minime dubiam prima actione iudicaverunt. Cum iudicatum non faceret, addictus Hermippo et ab hoc ductus est. Habetis et honestatem hominis et auctoritatem testimoni et causam omnem simultatis. Atque is ab Hermippo missus, cum ei pauca mancipia vendidisset, Romam se contulit, deinde in Asiam rediit, cum iam frater meus Flacco successisset. Ad quem adiit causamque ita detulit, recuperatores vi Flacci coactos et metu falsum invitos iudicavisse. Frater meus pro sua aequitate prudentiaeque decrevit ut, si iudicatum negaret, in duplum iret; si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores. Recusavit et, quasi nihil esset actum, nihil iudicatum, ab Hermippo ibidem mancipia quae ipse ei vendiderat petere coepit. M. Gratidius legatus, ad quem est aditum, actionem se daturum negavit; re iudicata stari ostendit placere); Ulp. 12 ad ed. D. 4.6.23 pr. (*ait praetor: ‘inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret’. haec persona merito adiecta est: fieri enim poterat, ut quis in vinculis praesens esset, vel in publica vel in privata vincula ductus: nam et eum qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu acquirere constat. sed et is, qui in vinculis est si defendatur, cessat restituito*).*

¹⁸¹ Tale articolazione testimonia – vedendosi in essa un *processus* storico per cui la seconda e la terza alternativa, si impongono quali portati recenziori rispetto alla prima –

vendita in terra etrusca con perdita della *libertas* e della *civitas*¹⁸³; 3) asservimento 'di fatto' con permanenza di *civitas* e *libertas*¹⁸⁴.

un tendenziale e progressivo miglioramento dell'assetto originario dell'esecuzione sul debitore, tale da condurre, come testimoniano le fonti tardo-repubblicane e del principato, alle 'blandizie' della *venditio bonorum* con conseguente *infamia* del *decoctor* e *relegatio*, a mezzo della *nota censoria*, tra i *capite censi*: cfr. M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 394 s. e nt. 2; cfr., per la compresenza nel primo secolo a.C. della *manus iniectio* e dell'*actio iudicati*, *Lex Urson.* 61.1-7 (in S. RICCOBONO, '*Leges*', cit., 179) e *Lex de Gallia Cisalpina*, 21.18-20 (in S. RICCOBONO, '*Leges*', cit., 174).

¹⁸² Cfr., per tutti, M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 142 s., L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 117; B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 45.

¹⁸³ Cfr. L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 120 ss.

¹⁸⁴ Vero è, infatti, che la mancanza di un termine per l'esecuzione capitale o per il suo surrogato, verisimilmente determinò la prassi per cui, pur restando di diritto pienamente capace, l'*addictus*, di fatto continuasse a permanere *in vinculis*, in una condizione di asservimento presso il creditore per tutta la sua vita (in una situazione, pertanto, analoga a quella di un *nexus*): in altre parole, accadeva che egli continuasse – per benigno volere del creditore (che optava per non esercitare il *ius vendendi* o il *ius necandi*) – a vivere in Roma nella stessa condizione 'fattuale' e 'giuridica' che lo connotava durante i celebri (se non famigerati) sessanta giorni seguenti la *ductio* approvata dal magistrato. Come ricaviamo da taluni passi poc'anzi citati (Gai 3.199; Gell. 20.1.45; Cic. *Flacc.* 20.48; Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.6.23 pr.), l'*addictus* rimaneva libero e cittadino, ma *in servitute* (cioè in fattuale stato di soggezione e non di giuridica schiavitù), quale *suus* del creditore: «di fatto, ma soltanto di fatto e nella esteriore apparenza, si potrebbe dire che egli si trovi *in servitute*. Più esattamente, a quel modo che il prigioniero di guerra si dice essere *in potestate hostium*, si direbbe che il debitore *ductus* sia *in potestate creditoris*: ossia nel potere fisico, nella disponibilità materiale del suo creditore» (E. BETTI, *La struttura*, cit., 75). Sul punto, cfr., pure, L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 117, 122; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 143; M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole*, cit., 366, nt. 101. Contro tale rappresentazione delle concrete conseguenze dell'*addictio* si è scagliato, più volte Roberto Fiori, sostenendo che conseguenze dell'*addictio* sarebbe sì la perdita della *civitas libertasque*, ma non per questo la riduzione a *servus*: l'*addictus* non sarebbe – tecnicamente – cioè *né civis né liber* (meglio: io direi '*né liber, né civis*'). L'autore sostiene la perdita della *libertas*, anzitutto, in analogia con le conseguenze certe della vendita al di là del Tevere: ma ciò non persuade affatto in termini di coerenza, in quanto è lo stesso Fiori ad affermare che «l'*addictus* perde la *libertas*, ma non viene fatto oggetto di *dominium* da alcuno e non diviene *servus*», sicché non si può trattare di *libertas* giuridica (cioè dello *status* essenziale per la 'cittadinanza' e lo *status* di *sui iuris*), ma di *libertas* fattuale (la cui perdita comporta sì un *servire*, ma non lo *status* di schiavo). Quanto al difetto di *civitas*, egli adduce l'argomento della eccezionalità del *dilectus* degli *addicti*, regolarmente quindi non ammessi a godere del diritto-dovere di ogni *civis* di essere *miles* (Liv. 23.14.2-4; Val. Max. 7.6.1; Paul.-Fest. voce '*volones*' [Lindsay 511]; Macr. *saturn.* 1.11.30; Serv. *ad aen.* 9.544): a me pare che l'argomento altro non sia che un raffinato paralogismo giacché, se da un lato è vero che 'solo i cittadini hanno *ius* al *dilectus*', dall'altro non è automatico inferire che 'chi non ha *ius* al *dilectus* non sia cittadino' (tanto che eccezionalmente vengono arruolati pure i *pueri praetexti*): cfr. R.

Dall'altro, invece, abbiamo l'*addictio*-sanzione che, incerta presso i *veteres* quanto alle conseguenze sullo *status* del *fur* (in forza di dubbi che, di certo non originari, sorsero, come si apprende da Gai 3.189, forse in un'epoca successiva alla sostituzione della sanzione decemvirale con quella pretoria), si esaurisce in un assoggettamento personale al *derubato*¹⁸⁵ (per alcuni, sia antichi giuristi repubblicani sia moderni romanisti, un assoggettamento necessariamente *de facto*, atteso che in età primitiva, i Romani, come altri popoli dell'antichità, non avrebbero potuto concepire una riduzione in schiavitù di un *civis* entro i confini del proprio Stato¹⁸⁶; per altri, favorevoli all'esistenza di una siffatta *capitis deminutio maxima*, un asservimento *de iure*¹⁸⁷). Vero è, peraltro, che ben potrebbe ipotizzarsi, in forza della suggestione dell'aggettivo *capitalis* impiegato da Gaio onde qualificare la *poena* che qui ci occupa, nonché a mente dell'antica, presunta, attribuzione al *derubato* di un 'unitario' *ius vitae necisque* (esercitabile, a seconda dei casi, o immediatamente – come nel caso di *furtum manifestum nocturnum* – o dopo l'approvazione magistratuale – come nel caso di *furtum manifestum* non aggravato –), una primeva configurazione dell'*addictio* in termini di 'Tötungsrecht', ovvero sia di un 'diritto di uccisione' che il *derubato* poteva, discrezionalmente, rinunciare ad esercitare, andando così a godere – in sostituzione – di uno 'Schuld knecht'. Il tenere presso di sé l'*addictus* come 'Schuld knecht' sarebbe

FIORI, 'Homo sacer', cit., 247 ss.; ID., 'Servire servitutem', cit., 394 ss.; ID., 'Ea res agatur', cit., 84.

¹⁸⁵ Quest'ultimo, quindi, sarebbe stato mero 'carceriere' ovvero *dominus* quiritario del *fur addictus* a seconda dell'adesione alla prima o alla seconda tesi or ora prospettate.

¹⁸⁶ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 206 ss.; M. KASER, *Das altrömische Ius*, cit., 215; H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles Etudes*, cit., 149, nt. 19; L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 199, nt. 49 (ma cfr., anche, ID., *Studi*, I, cit., 120, nt. 70); M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 365 s. Secondo l'interpretazione 'diacronica' di P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 308 s., sulla base di Gell. 20.1.7 e Gai 3.189, originariamente il *fur manifestus* sarebbe stato ridotto in schiavitù e, in un secondo momento, sarebbe stato inteso *adiudicati loco* (nello stesso senso v. R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 61, nt. 16).

¹⁸⁷ Cfr., in tal senso, F. DE MARTINO, *Intorno all'origine*, cit., 170, 138 ss., che ammette la vendibilità in patria di ogni *addictus* (debitore e *fur*), degli *incensi*, degli *indelecti*: vero è, a mio avviso, che il problema della configurabilità di una vendita *non peregre* non si pone con riguardo alle ultime due categorie, giacché prive, già a monte, dello *status civitatis* (cfr., sul punto, E. VOLTERRA, *Sull'incensus' in diritto romano*, in *RAL*, XI, 1956, 298 ss.); P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 368; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1961, 556 ss.; M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 99 ss.; E. CANTARELLA, *Istituzioni*, cit., 168 s.; L. PEPE, *Ricerche*, cit., 148.

divenuto, col tempo, la regola sicché parte dei *veteres* – spinti da talune, seppur labili, convergenze strutturali – avrebbe percepito detta pratica come analoga al potere di soggezione che il creditore esercitava di fatto sul debitore insolvente (dopo l'inutile decorso delle tre *nundinae*)¹⁸⁸, parte, invece, conscia della distinzione teleologica e intrinseca tra le due ipotesi, avrebbe considerato una sanzione a sé stante, con dirette ricadute, al pari della messa a morte, sul *caput* (non più 'materiale', ma solo 'spirituale') del ladro.

Se, insomma, non si discuteva, tra i giuristi antichi, in ordine allo *status* del debitore *addictus* (che non era giuridicamente *servus* ma, fattualmente, privo di *libertas*), anche dopo i sessanta giorni stabiliti per la *solutio*, ciò dipendeva dal fatto che durante questi sessanta giorni – come è comprovato – le sue capacità giuridica e d'agire non si caducavano, mentre, una volta trascorso tale periodo, alla vendita in terra etrusca (nata come correttivo di natura compensatoria della originaria messa a morte) si andava a sostituire, in senso migliorativo e con sempre maggiori sfumature patrimonialistiche, la permanenza riscattabile dell'esecutato, *apud creditorem*, nella situazione testé descritta. Coerentemente con lo *status quo* originario, quindi, se l'*addictio* era suscettibile di condurre a una vendita *peregre* (per ciò comportante perdita della *libertas* e della *civitas*), la soluzione che, per prassi, venne ad affiancarsi – non implicando alcuna fuoriuscita dalla patria del debitore –, non suscitò dubbi di sorta in merito allo *status* (giuridico) del debitore che, così, era destinato a permanere libero e cittadino, in una condizione paraservile non assimilabile *sub specie iuris* allo *status servitutis*.

Si discuteva, di contro, a partire da un'età di difficile determinaizo-

¹⁸⁸ Cfr. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, in *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Phil.-hist. Klasse*, XXI, 1931, 11 ss. (ora in *Gesammelte Schriften*, II, Köln - Graz, 1963, 330 ss.); G. SCHIEMANN, voce 'Furtum', in *Der neue Pauly*, IV, Stuttgart - Weimar, 1998, 722; F.P. GULLI, *Del furto manifesto*, cit., 33; G. VALDITARA, *Sulle origini*, cit., 50 e nt. 248. Lo stesso Talamanca ritiene che nelle XII Tavole «si trova *in nuce* od *in extenso* la disciplina di quelle fattispecie che poi confluiranno a costituire le *obligationes ex delicto*. Tale disciplina, da una parte, ripropone quella che può legittimamente ritenersi la forma originaria della responsabilità penale, e cioè la soggezione immediata alla *vindicta*»: ciò sarebbe testimoniato dalla *addictio* la quale «nonostante i dubbi che avevano gli stessi Romani, in epoca più avanzata, sulla natura degli effetti dell'atto (Gai 3.189), si dava qui, senza dubbio, un'immediata soggezione dell'offensore all'offeso, la quale poteva andare dall'immediata uccisione ad un asservimento eventualmente diverso dalla schiavitù in senso stretto» (M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., 4 e nt. 18).

ne, dello *status* (giuridico) del *fur*, dal momento che la permanenza presso il derubato non era affatto alternativa alla vendita *trans Tiberim*, ma nasceva direttamente come ‘scappatoia’ alla sanzione afflittiva della messa a morte (e ciò, originariamente, senza possibilità di ‘riscatto’). Non si trattava più, come nel primo caso, del prolungamento di uno stato di fatto ‘interinale’ (in luogo di una vendita determinante *capitis deminutio*), bensì di una immediata sanzione di carattere afflittivo che, solo atteggiandosi in modo differente dall’esercizio del ‘Tötungsrecht’, involgeva, in via tendenzialmente perpetua ossia «ohne eine Lösung vorzuschreiben»¹⁸⁹, conseguenze negative per il *caput*: donde la – più propria – qualificazione in termini di *servi* dei *fures manifesti addicti*¹⁹⁰.

Non è forse eccessivo, ciò detto, inferire sia che la *addictio* del debitore, per le caratteristiche di cui s’è riferito più sopra, non era considerata affatto una pena capitale¹⁹¹, sia che per alcuni giurisperiti dell’età repubblicana, il ladro *manifestus addictus* era da considerarsi *servus* e non *adiudicati loco*, dal momento che egli né era responsabile dell’inadempimento (imputabile) di una obbligazione, né era riscattabile contro il volere del derubato (fermo restando, di poi, che è, a mio avviso, da escludersi fermamente per siffatta ipotesi l’esito alternativo tra vendita in suolo etrusco e uccisione)¹⁹²: anche tale disputa dei *ve-*

¹⁸⁹ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 148, 158.

¹⁹⁰ Cfr. Gai 3.189; Gell. 20.1.7; Gell. 11.18.18; Non. *de comp. doctr.* (Lindsay 310): *fures servi dicti sunt*. Tali argomentazioni, come appare chiaro, limitano l’operatività del principio, presuntivamente generale, della impossibilità di ridurre in schiavitù, entro i confini della patria, un cittadino: principio che sarebbe testimoniato solo con riguardo al debitore insolvente, ma non certo al *fur manifestus*.

¹⁹¹ Non a caso Gaio non dice affatto essere capitale la *addictio* del debitore, ma con tale aggettivo qualifica solo quella del *fur manifestus* (Gai 3.189): *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant*. Il passo dovrebbe leggersi, quindi, nel seguente senso: la pena prevista nelle XII Tavole per il *fur manifestus* era capitale e consisteva in una *verberatio* e in una *addictio*, ma ciò nonostante (*autem*) alcuni si chiedevano se l’*addictio* rendesse il *fur* schiavo (come sarebbe giusto ritenere atteso l’essere capitale della pena) ovvero *adiudicati loco*.

¹⁹² Cfr., sul punto, M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole*, cit., 358: secondo l’autore la prigionia dell’ostaggio eterogarante (*vas e praes*), quale forma di coazione indiretta, cessava allorché l’evento garantito si fosse prodotto, traducendosi invece, in caso di mancato verificarsi di detto evento, in una prigionia definitiva difficilmente configurabile in termini di diritto; ma, sempre stando al pensiero dell’eminente romanista, la soggezione di fatto – ragionando anche sul dettato di Gai 3.189 – non si sarebbe tramutata (né per l’ostaggio, né per l’*addictus*) in una schiavitù in senso tecnico (tutelabile

teres, insomma, ritengo essere un elemento ulteriore per corroborare l'idea secondo cui *addictio* del debitore e *addictio* del ladro colto in flagrante, avessero – ferma l'omofonia dei nomi – strutture, presupposti e finalità antipodiche.

4. 'Poena capitis', 'crimen capitale': profili terminologici e procedurali.

Alla luce di questi dati, si può ora indugiare con più sicurezza sulla locuzione – solo all'apparenza stravagante – *poena capitalis* o *poena capitis* per indicare la sanzione prevista dalle XII Tavole con riguardo al furto manifesto, come abbiamo già riscontrato rispettivamente in Gaio (Gai 3.189)¹⁹³ e in Gell. 20.1.7-8¹⁹⁴. Non si tratta, invero, di una qualificazione isolata, ma corroborata, oltre che da un ulteriore passo del manuale gaiano (ove si trova scritto che l'*actio* pretoria al quadruplo *pro capitali poena pecuniaria constituta sit*¹⁹⁵), anche in fonti atecniche, dal grammatico Servio nel suo commentario all'Eneide e dal vescovo Isidoro di Siviglia, in cui non più la conseguenza del delitto, ma la fattispecie stessa è indicata non in termini di *delictum*, bensì sia come *scelus* (qualificato come *ingens*), sia come *crimen (capitale)*¹⁹⁶:

con *legis actio sacramenti in rem*), definitiva e in patria (v., altresì ID., *Forme*, cit., 145); *contra*, ma non persuasivamente, R. FIORI, 'Ea res agatur', cit., 84, nt. 51, ad avviso del quale – come già si è fatto notare – anche il debitore insolvente una volta *addictus* avrebbe subito una pena capitale, perdendo la libertà e la cittadinanza.

¹⁹³ Gai 3.189: *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat.*

¹⁹⁴ Gell. 20.1.7-8: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi durum esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutum tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit. 8. Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poena existumes?*

¹⁹⁵ Gai 4.111: *Aliquando tamen et perpetuo eas dat, uelut quibus imitatur ius legitimum, quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque, qui heredis loco sunt, accommodat. furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.*

¹⁹⁶ Cfr., altresì, Gai 3.197; 3.208; 4.178. Sulla terminologia romana in questione è utile la lettura di G. THOME, *Crime and Punishment, Guilt and Expiation: Roman Thought and Vocabulary*, in *Acta Classica*, XXXV, 1992, 73 ss.; in merito alla sostanziale (e, ovviamente, anche processuale) distinzione del *delictum* dal *crimen*, come ha messo in luce il Brasiello, «non è possibile descrivere il 'delitto' in diritto romano senza va-

Serv. *ad aen.* 8.205: *pro ingenti scelere furis nomen posuit; capitale enim crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli.*

Isid. *orig.* 5.26.18: *furtum autem capitale crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli.*

Ora, sulla base della consolidata¹⁹⁷ (ma non consolidatissima) 'antitesi *delictum/crimen*'¹⁹⁸, troppo spesso intesa come la canonizza-

lutare la concezione che i Romani ebbero dell'atto illecito, e mettersi dal loro angolo visuale, molto diverso dal moderno» (U. BRASIELLO, voce *Delitto [dir. rom.]*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 3): infatti se oggi l'idea del delitto si collega al campo del diritto penale, e per diritto penale si intende solo quel complesso attinente ad illeciti perseguiti con persecuzione pubblica, condotta dallo Stato attraverso i suoi organi, e tesa ad una pena afflittiva, che colpisce la persona, nella sua vita, quegli ordinamenti dove esiste la pena di morte, ovvero nella sua libertà personale, ovvero ancora nei suoi beni ecc., assai diversa è la concezione romana, che almeno tendenzialmente presenta due ordini di fatti illeciti, entrambi considerati dal punto di vista della sanzione. Infatti, per alcuni la persecuzione è pubblica, per altri invece è privata: la pena, quindi, afferisce sia al campo pubblico sia al campo del diritto privato. Di qui la (tendenziale) distinzione tra i delitti pubblici, *crimina* (trattati con le forme del processo pubblico e puniti con sanzioni che, anche se patrimoniali, hanno carattere pubblico) e i delitti privati, *delicta*, *maleficia* (perseguiti dal soggetto leso con le forme del processo privato che è teso alla condanna ad una pena pecuniaria a favore della vittima) di modo che, se i *crimina* erano atti che parevano ledere la comunità, o almeno il gruppo cui il colpevole apparteneva (talché, talora, questi doveva addirittura espriare con la morte il suo *scelus* e purificare il gruppo), i *delicta* ledevano la sola sfera del singolo, sicché era demandato a lui stesso il 'vendicarsi', talora uccidendo il responsabile (come nel caso del *fur manifestus* notturno), talaltra affliggendogli un male.

¹⁹⁷ Cfr. Dion. Hal. 4.25.2 che prova una consapevole distinzione tra repressione pubblica e responsabilità privata per illeciti.

¹⁹⁸ Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 67; ma v. le illuminati note di A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR*, LXIX, 1966, 342 s., il quale giustamente insiste sulla linea di demarcazione non netta tra quelle fattispecie che si qualificano *delicta* e quelle che vengono perseguite dalla *civitas*; cfr., quanto alla mancata percezione nel quinto secolo a.C. di una 'categoria unitaria' del diritto penale, O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 351 ss.; ID., *Una palinogenesi aperta*, in M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 228, nonché R. SANTORO, *Relazione di sintesi*, in *Illecito e pena*, cit., 333 s., che addirittura postula una tarda «riconduzione a sistema della materia dei *delicta*» in quanto tali illeciti nello stesso editto pretorio sarebbero stati inseriti in contesti e luoghi differenti. Quanto a termini come *maleficcium*, *delictum*, *crimen*, va messo in luce che «nessuno d'essi raggiunge, neppure in età classica, un'applicazione tecnica ed esclusiva alle rispettive sfere indicate; né, d'altra parte, oltre le sfere indicate, raggiunge una generalità di significato tale da consentirne l'assunzione quale termine equivalente, senz'altro, ad 'atto illecito', in astratto» (B. ALBANESE, voce *Illecito [storia]*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 50; cfr., inoltre, G. LONGO, '*Delictum*' e '*cri-*

zione di due contrapposte categorie 'monolitiche' di illeciti¹⁹⁹ (l'una, fonte di *obligatio civilis*, implicante l'irrogazione, attraverso le forme del processo civile, di una pena privata, l'altra – giusta la rilevanza di un interesse pubblico che giustifica la cognizione a mezzo di tribunali pubblici – sanzionata con la comminazione di una pena pubblica), apparirebbe quantomeno singolare una terminologia, sia presso giuristi, come Gaio, sia presso non giuristi, come Gellio, Servio e Isidoro, afferente al campo della 'repressione criminale' piuttosto che alla 'persecuzione privata'.

Così, già Huvelin constatava l'impiego improprio del lessico da parte dei sopraddetti autori, impiego che scusava per la laicità dei secondi due (e della loro fonte), e per la scarsa tecnicità del primo²⁰⁰; e

men', Milano, 1976, 60 ss.; P. VOCI, *Recensione a G. LONGO, 'Delictum'*, cit., in *Iura*, XXVIII, 1977, 216 ss.). Vero è, comunque, che la – pur non assoluta – distinzione tra illeciti pubblici e privati, cui abbiamo appena fatto cenno, si consolida nell'epoca repubblicana, già testimoniando il regime delle XII Tavole come detta 'dicotomia' sia «in germe», benché «turbata dalla struttura mista di certe sanzioni» (V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit., 170). Inoltre, il codice decemvirale attesta i primordi di una profonda trasformazione del carattere della pena e il suo trapasso da strumento di espiazione religiosa a mezzo di realizzazione di un'esigenza sociale di giustizia che si profilerà, sempre più intensamente, nel corso dell'età repubblicana: se taluni precetti ancora riflettono il carattere 'sacro' della sanzione primitiva (basti pensare alla frode commessa dal patrono ai danni del cliente per cui persiste la consacrazione del colpevole a una divinità infernale, di cui in *Serv. ad aen.* 6.609, ovvero al *pavisse ac secuisse* di messi per cui è mantenuta l'antica *suspensio* a Cerere, cui fa riferimento *Plin. nat. hist.* 18.3.12), altri precetti sono astratti da qualsivoglia base religiosa fondandosi, essenzialmente, sull'idea di vendetta (basti pensare al fatto di chi, intenzionalmente, incendi l'altrui abitazione ovvero i covoni di grano posti vicino ad essa, fatto punito con il rogo, *Gai. 4 ad l. duod. tab. D.* 47.9.9, o alla falsa testimonianza e al furto manifesto da parte di uno schiavo, repressi con la *praecipitatio* dalla rupe Tarpea): cfr. B. SANTALUCIA, voce *Pena criminale (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 734 ss.; ID., *Dalla vendetta alla pena*, in A. MOMIGLIANO - A. SCHIAVONE (ed.), *Storia di Roma*, I, Torino, 1988, 439 ss.

¹⁹⁹ Cfr., in tema, le penetranti seppur rapide critiche mosse da A. GUARINO, *Giuroromanistica elementare*², Napoli, 2002, 170 s., al celebre (e oramai datato) studio di E. ALBERTARIO, *'Delictum' e 'crimen' nel diritto romano classico e nella legislazione giustiniana*, Roma, 1923, *passim*, ove si sostiene che i giuristi classici e preclassici, senza eccezioni, abbiano rigorosamente parlato di *delicta* per gli illeciti privati produttivi di obbligazione e di *crimina* per gli illeciti pubblici; ma cfr., altresì, M. TALAMANCA, *Forme*, cit., 138, che parla, già per l'età decemvirale, di una «tendenziale definitività» dell'antitesi in questione.

²⁰⁰ P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 435. Va comunque rammentato che a partire dai tempi di Giuliano al derubato, in caso di furto non qualificato, era rimessa la scelta tra azione penale privata (*actio furti*) e, mediante *accusatio*, la repressione criminale straordinaria: M. BALZARINI, *In tema di repressione 'extra ordinem' del furto nel diritto classico*,

sulla stessa scia si poneva l'Arangio-Ruiz che sottolineava come il sostantivo *crimen*, a rigore, dovesse evocare esclusivamente reati di competenza di magistrati cittadini, quali i *quaestores parricidii* o i *duumviri perduellionis*, che, giusta la loro *coercitio*, erano ammessi a irrogare la pena capitale, ovvero «par un citoyen exerçant l'action populaire», laddove, con riguardo «au vol flagrant ... tous les témoignages des anciens nous le présentent comme été l'objet d'une poursuite privée, exercée par le volé lui-même, et aucun texte ne mentionne un droit du prétendu voleur d'en appeler au peuple ni sa faculté d'échapper à la peine moyennant l'exil»²⁰¹.

Di contro, il Carrelli, seppur esprimendo numerose riserve circa la qualifica di *crimen*, intendeva metter a fuoco la non 'scandalosità' dell'uso gelliano e gaiano dell'aggettivo *capitalis* (o del genitivo *capitis*) con riguardo alla pena prestabilita dai decemviri per il furto manifesto²⁰², nonché sottolineare il ruolo basilare giocato, in tal contesto, dall'*imperium* magistratuale, *imperium* in forza del quale il titolare dell'ufficio cittadino era ammesso a ordinare, tra l'altro, la fustigazione e la *praecipitatio* dalla rupe²⁰³.

in *BIDR*, LXXIII, 1970, 5 ss. (cfr., contro questa ricostruzione, G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, II.14, 1982, 775). Indi, non parrebbe poi del tutto peregrino il richiamo alla figura del *crimen* da parte di Gaio (Gai 3.197, 3.208, 4.178).

²⁰¹ V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 203. V., sui questori, L. GAROFALO, *La competenza giudiziaria dei 'quaestores' e Pomp. D.1.2.2.16 e 23*, in *SDHI*, LI, 1985, 409 ss. (anche in L. GAROFALO, *Appunti*, cit., 71 ss.); sui duoviri, cfr. la singolare posizione di B. SANTALUCIA, *Osservazioni sui 'duumviri perduellionis' e sul processo duumvirale*, in *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma, 1984, 439 ss.; cfr., altresì, J. ZLINSKY, *La répression criminelle dans la Rome archaïque: aspects judiciaires*, in *RIDA*, XXXVII, 1990, 463 ss., 469 ss.

²⁰² Basti qui ricordare che lo stesso Gaio non esita a qualificare come *delictum* ciò che, in verità, stando al rigore (artefatto) della dicotomia *delictum-crimen*, dovrebbe orbitare entro la seconda categoria (Gai 4.155: *Interdum tamen etsi eum ui deiecerim, qui a me ui aut clam aut precario possideret, cogor ei restituere possessionem, velut si armis eum ui deiecerim. nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem. armorum autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intellegemus, sed et fustes et lapides*).

²⁰³ R. CARRELLI, *La repressione*, cit., 130, infatti, ben sottolinea come non sia detto da Gaio e Gellio essere capitale il *crimen*, bensì essere tale la *poena*, facendo notare inoltre che «è ormai pacifico che le fonti giuridiche e extragiuridiche usano il termine *poena capitalis* non soltanto nei confronti dei *crimina publica*, ma anche nei confronti dei *delicta privata*, quando in questi ultimi la persecuzione poteva giungere fino alla morte o alla riduzione in schiavitù».

Parimenti, nell'elegante e denso contributo sul furto manifesto, il Balzarini si è pronunciato inequivocabilmente a favore del fortissimo carattere pubblico della sanzione prevista in ipotesi di flagranza (ma più sotto il profilo 'sociale' che sotto quello 'giuridico'): pubblicità sottolineata, da un lato, dal *clamor* del vicinato in funzione di prova dell'evidenza del furto (giacché «almeno in origine, perché vi fosse furto manifesto doveva risultare imprescindibile l'unanime testimonianza del vicinato e la conseguente approvazione sociale dell'operato»²⁰⁴), dall'altro, dalla natura precipua della pena, anzitutto, sotto il profilo 'onnipresente' della *verberatio* ordinata e irrogata da organi cittadini²⁰⁵ (a prescindere sia dagli interessi di parte sia dalla possibilità di una 'amichevole' composizione della vertenza²⁰⁶): tali dati, ad avviso dell'autore, dovrebbero far propendere l'interprete – contro l'opinione dell'Arangio-Ruiz – a considerare la procedura connotata da «un chiaro elemento pubblicistico»²⁰⁷ e, così, a scorgere nel furto manifesto «un fatto almeno in parte trascendente la sfera prettamente privatistica», il quale, da un lato, «è considerato dall'ordinamento più grave di quello non manifesto», dall'altro «non risulta, in virtù del particolare tipo di repressione che lo concerne, facilmente inquadrabile nel concetto di delitto privato con il quale siamo abituati a ragionare»²⁰⁸.

Il grave ostacolo che, come alcuni interpreti hanno evidenziato, s'opporrebbe al ricondurre pacificamente – per l'età più arcaica – il

²⁰⁴ M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello 4-7 giugno 1990)*, Napoli, 1992, 54.

²⁰⁵ Meglio: 'fatta irrogare'. La fustigazione, verisimilmente, veniva effettuata dagli ausiliari del magistrato *addicens*: cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 776; R. CARRELLI, *La repressione*, cit., 117; M. BALZARINI, *Il furto manifesto*, cit., 57, 61; secondo B. SANTALUCIA, *Intervento*, in *Illecito e pena privata*, cit., 195, sarebbero stati i *tresviri capitales* ad eseguire la *verberatio* (parimenti, v. O.F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, London, 1995, 24; C. CASCIONE, 'Tresviri capitales'. *Storia di una magistratura minore*, Napoli, 1999, 135; *contra*, invece, G. NICOSIA, *Intervento*, in *Illecito e pena privata*, cit., 191); v., altresì, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 154, la quale – sulla scorta di E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 274 (che parla di «'agenti' autorizzati a usare la forza in nome e per conto della collettività») – sostiene che «il carattere pubblico del castigo non viene meno neppure qualora si ammetta che esso fosse eseguito direttamente dalla vittima, e non da rappresentanti della città: ciò che importa, infatti, è che la fustigazione non sia conseguenza di un'iniziativa spontanea della parte lesa, ma di un ordine del magistrato».

²⁰⁶ M. BALZARINI, *Il furto manifesto*, cit., 54 s.

²⁰⁷ M. BALZARINI, *Il furto manifesto*, cit., 57.

²⁰⁸ M. BALZARINI, *Il furto manifesto*, cit., 58 s.

furto manifesto entro l'orbita dei *delicta*, da intendersi nell'accezione più rigorosamente tecnica e ristretta possibile, oltre a poggiare, ovviamente, sulla difficoltà per l'ordinamento romano stesso di operare, all'origine (ma, per certi versi, anche nel prosieguo²⁰⁹), nette distinzioni concettuali-terminologiche in tale campo (il che è innegabile), troverebbe supporto altresì nelle origini storiche della repressione del *furtum manifestum*, e pertanto nella sua stretta dipendenza con quegli antichi meccanismi, potremmo dire 'bicipiti'²¹⁰, di vendetta privata (ancora vigenti e giuridicizzati in Tab. 8.12 e in Tab. 8.13). Invero, tutta la questione mi pare frutto di equivoci terminologici e fraintendimenti concettuali. Da un lato, infatti, attesa la fluidità del vocabolario romano in tema di illeciti, nessuno stupore dovrebbe suscitare, a mio avviso, l'impiego di *crimen* (Gaio, Isidoro) o *scelus* (Servio) per indicare il *furtum manifestum* delle origini. Dall'altro, mi sembra che da parte di taluni autori si sia confusa la natura 'afflittiva' della sanzione con gli elementi qualificanti la 'pubblicità' di un illecito. Ferma l'inesistenza nel legislatore del quinto secolo di una riflessione puntuale circa il *discrimen* tra illecito pubblico e privato in termini di sforzo classificatorio e definitorio, le tavole decemvirali – a differenza delle *leges* di età regia che danno 'rilievo esclusivo' a condotte perseguibili da organi cittadini – mi paiono attestare una regolamentazione consapevole della differenza tra illeciti soggetti a repressione su iniziativa degli offesi (in quanto connessi alla originaria vendetta) e illeciti a persecuzione non condizionata da iniziativa siffatta. Anzi Tab. 8.9 (Plin. *nat. hist.* 18.3.12) e Tab. 8.10 (D. 47.9.9) – in una logica che connette, in modo differenziato, la natura del bene protetto, le

²⁰⁹ O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 355 ss.

²¹⁰ Indugia sul punto L. PEPE, *Ricerche*, cit., 146 s., secondo cui «va rimarcato come la repressione del *furtum manifestum*, che abbiamo constatato essere direttamente derivata dagli antichi meccanismi della vendetta, si ponga per ciò stesso al di fuori e al di sopra del sistema dualistico classico i cui il *delictum* è contrapposto al *crimen*: di modo che entrambe queste definizioni risultano per esso, *stricto sensu*, inadeguate. Nella vendetta infatti, trova spazio tanto il momento privato dell'iniziativa individuale quanto anche quello pubblico della partecipazione della collettività, chiamata a legittimare la reazione del singolo; e in tal sistema si innesta poi, in età storica, l'intervento dell'autorità statale, incaricata di controllare i comportamenti dei sottoposti talora ratificandoli, talora invece avocando a sé il compito di punire i responsabili degli atti illeciti». Ad onor del vero, a me pare che la *vindicta*, contro il pensiero della studiosa, sia proprio uno dei pilastri storici della persecuzione dei *delicta*, lasciata ai privati offesi.

modalità dell'iniziativa della persecuzione, e il tipo di pena – attestano il passaggio di date fattispecie, in presenza o in assenza di talune 'caratteristiche' dell'offensore, dalla sfera della persecuzione pubblica a quella privata (sicché il *pavisse et secuisse* di *fruges furtim aratro noctu quaesitae*, se posto in essere da un impubere, non era considerato lesivo della *pax deorum*, ma solo dell'interesse del privato; e il *comburare acervum iuxta domum positum*, se commesso non volontariamente, non era sanzionato con la fustigazione e la vivicombustione, ma 'declassato' a illecito privato per cui si era obbligati solo a *noxiam sarcire*). Inoltre, con riguardo a quelle condotte di sottrazione e di lesione personale di natura privatistica (in quanto lasciati alla *vindicta* più o meno attenuata e razionalizzata), la messa a morte prevista in Tab. 8.12 e in Tab. 8.13, la *addictio* di Tab. 8.14, nonché la *talio* di Tab. 8.2, ben informano del nesso tra 'pena afflittiva' (che perdurerà, almeno per le due ultime ipotesi, sino all'intervento pretorio) e illecito a persecuzione privata limitata all'offeso. Insomma, così come non esiste una relazione biunivoca assoluta tra *crimina* e 'afflizione', non mi sembra, del pari, che esista una analoga relazione tra 'illeciti privati' e 'pena pecuniaria': donde la necessità di considerare il furto flagrante – a prescindere dal fatto che sia detto *crimen*, *scelus* o *delictum* – come 'illecito a persecuzione privata e a sanzione afflittiva' (sia in età decemvirale sia postdecemvirale, sino al terzo secolo a.C.).

Quanto all'attributo '*capitalis*, -e', usato per qualificare ora la *poena*, ora lo stesso illecito, a mente degli argomenti già sviluppati in ordine alla natura e alle conseguenze della *addictio*, è da rilevare quanto segue. Anzitutto, con riguardo alla 'querelle' dei *veteres* (di cui troviamo traccia, come è oramai noto, in Gai 3.189) in ordine alla sorte dello *status* giuridico del *fur* dopo la sua cattura, v'è da dire che, se si accettasse la tesi della sua omologazione all'*adiudicatus*, qualsivoglia diversificazione tra furto manifesto e non manifesto, in buona sostanza, verrebbe meno, giacché il *fur nec manifestus*, una volta convenuto in giudizio con *legis actio sacramento in personam* e condannato al doppio, nell'ipotesi di mancato pagamento, sarebbe stato, quale debitore, in definitiva *adiudicatus*²¹¹, laddove le fonti paiono univocamente interpretabili nella direzione di una originaria distinzione concettuale e sanzionatoria tra furto manifesto e furto non manifesto²¹²:

²¹¹ Cfr., per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 203 ss.

²¹² Così, anche L. PEPE, *Ricerche*, cit., 63.

in adesione a tale impostazione, sarebbe assai arduo parlare, in termini così generali, di una *poena capitalis*, se non nell'improbabile accezione di una pena che, nella sua primeva configurazione, 'eventualmente' – come testimonia Gell. 20.1.47 – avrebbe condotto alla 'morte fisica' o alla 'morte civile' tramite vendita *peregre*²¹³.

Più agevole giustificare la definizione gaiana e gelliana in questione se si aderisce, invece, alla tesi della riduzione in schiavitù, il cui solo intralcio – come già abbiamo messo in luce – sarebbe dato dall'avvilimento del presunto principio per cui il *civis Romanus* non sarebbe assoggettabile in patria ad una *capitis deminutio* tale da renderlo *servus*²¹⁴. Presunto, a mio avviso, e tutt'altro che ben testimoniato²¹⁵, in quanto, da una parte, Gellio²¹⁶, in base alle sue conoscenze, non esita a rinvenire la condizione più antica del *fur manifestus addictus* in quella di uno schiavo, e, dall'altra, Gaio fa esplicito riferimento ad una affidabile scuola di pensiero repubblicana che, consapevole della natura dell'*addictio* del *fur* (sanzione afflittiva non redimibile) e della sua evoluzione storica (originario 'Tötungsrecht' del derubato sostituito da un asservimento del ladro quale 'Schudknecht' tendenzialmente perpetuo) discorre di schiavitù²¹⁷: potrebbe, così, parlarsi di un divieto e di riduzione in schiavitù e di vendita in patria – stando alle fonti – solo per il debitore insolvente, laddove la *ratio* e la storia dell'*addictio* quale sanzione immediata della condotta posta in essere dal *fur manifestus* per nulla escludono tale evenienza.

Il sintagma *poena capitalis* ben si attaglia, quindi, all'*addictio* del

²¹³ In tal senso, v., tuttavia, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², Roma, 1928, 328, nt. 2.

²¹⁴ Per tutti, cfr. T. MOMMSEN, *Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz*, cit., 3 ss.

²¹⁵ È la sola *venditio trans Tiberim* a potersi addurre, a quanto mi pare, come argomento a sostegno della tesi mommseniana (cfr. L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 119, nt. 70): tuttavia, tale vendita, come è oltremodo noto, appare esito eventuale dell'*addictio* del solo debitore insolvente e non del *fur*.

²¹⁶ Gell. 20.1.7: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit.*

²¹⁷ Natura ed evoluzione, come si è dimostrato, ben diverse da quelle che connotavano l'*addictio* del debitore: atto endoprocessuale della *manus iniectio* che comportava una *servitus* da intendere come soggezione riscattabile unicamente di fatto, in quanto, nata sia come prosecuzione dell'interinale situazione precedente alla definitività della *venditio trans Tiberim* sia come alternativa, più blanda, di quest'ultimo esito.

fur manifestus quale riduzione in schiavitù, alternativa all'esercizio di una primitiva messa a morte, in quanto connota una sanzione che afferisce in modo diretto al 'caput' del ladro (libero e pubere), cioè alla sua persona, ora fisicamente intesa, ora in connessione con il concetto più metafisico di *status*²¹⁸: il *fur manifestus* (non servo e non impubere) si dice assoggettato a una *poena capitis* in quanto, a prescindere dalla irrogazione della fustigazione, in senso relativo, la comunità dei soggetti liberi e cittadini subisce la perdita (*amissio*, *minutio*) di un proprio *caput* (o perché quest'ultimo è eliminato fisicamente, o perché, una volta *addictus*, fuoriesce dal numero dei *liberi cives*); in senso assoluto, se *addictus*, perde (*amittit*) lo *status civitatis* e quello *libertatis*²¹⁹. Quale delle due sfumature fosse maggiormente accentuata nel

²¹⁸ Non va taciuto il significato non univoco che il sostantivo *caput* presenta nelle fonti romane. Esso può indicare, in senso assoluto e concreto, il soggetto di diritto; in senso assoluto e astratto, la soggettività; in senso relativo, la posizione di un soggetto rispetto ad una comunità di appartenenza (cfr., per tutti, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 135 s.; per l'uso di *caput* come posto occupato dal *civis* nei registri censuari, v. R. FIORI, 'Servire servitutum', cit., 398, nt. 129, nonché ID., 'Homo sacer', cit., 59 e nt. 137, ove si rammenta che il primo a proporre tale significato fu B.G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, I⁴, Berlin, 1873, 606, nt. 1280). Così, a mente di Paul. 11 *ad ed.* D. 4.5.3.1 e di I. 1.16.4 (ove si nega sia che lo schiavo sia un *caput*, sia che abbia *ius* e *caput*: cfr. C. GIOFFREDI, *Osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, in *BI-DR*, LXX, 1967, 231) la *verberatio* e la *praecipitatio* del *fur servus* pubere solo latamente possono dirsi 'pena capitale': se *caput* è – in senso relativo – appartenenza ad un dato gruppo, allora la *addictio* del *fur* libero e pubere, ben indicherebbe la perdita (*minutio*) per la comunità dei 'liberi' e dei 'cives' di un *caput* (appunto, quello del ladro), laddove non appartenendo lo schiavo a nessuna comunità (né di liberi, né di cittadini) non vi sarebbe alcuna perdita. Al più, *iure naturali*, data la appartenenza degli schiavi alla 'comunità dei viventi', la pena per il *fur servus* pubere potrebbe vedersi come *minutio*, venuta meno, entro tale comunità, di un suo elemento costitutivo. Sulla *minutio* da intendersi, *ab origine*, non come un mutamento (soggettivo) di *status*, ma come una perdita (materiale) di un capo di una comunità, cfr. F. HOTMANN, *In quattuor libros institutionum commentaria*, Venetiis, 1559, 58 ss., seguito, *ex plurimis*, da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik des römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 92; U. COLI, *Saggi critici sulle fonti del diritto romano*, I, 'Capitis deminutio', Firenze, 1922, 64; F. GALLO, 'Potestas' e 'dominium' nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo*, XVI, 1970, 49; E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., 8 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*, I, cit., 180 ss.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 72 s.; *contra*: R. AMBROSINO, *Sul simbolismo della 'capitis deminutio'*, in *SDHI*, VI, 1940, 369 ss., M. BREONE, voce 'Capitis deminutio', in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, 916; R. FIORI, 'Homo sacer', cit., 58.

²¹⁹ Credo si possa intendere, dunque, *poena capitis* come sanzione penale che comporta, in senso lato, la perdita di uno *status* (se analizzata dal punto di vista del condannato), la perdita di un *caput* (se analizzata dalla prospettiva, più primitiva, della comunità di appartenenza del condannato): lo *status libertatis* che a seguito della *addictio* si

periodo arcaico e in quello pre-classico è difficile a dirsi; certo è che nella fase conclusiva del principato parrebbe ben consolidata l'idea di *caput* nel senso di *status*²²⁰ e di capacità giuridica, come ricaviamo dalla lettura di un frammento del *de officiis* di Modestino (ove l'aggettivo *capitalis* è riferito sia all'ipotesi di *mors* sia a quella di *amissio civitatis*, cioè di perdita di siffatto stato)²²¹; di una definizione paolina dei *iudicia capitalia* come quei processi *ex quibus poena mors aut exilium est* (sebbene il giurista severiano, contestualmente, affermi che con l'irrogazione di una pena capitale *eximitur caput de civitate*, ossia si determina una fuoriuscita dalla comunità cittadina di un suo elemento)²²²; di un passo ulpiano in cui si qualifica come *rei capitalis*

andrebbe a perdere fa riferimento cioè alla posizione del ladro con riguardo alla comunità dei liberi, di modo che l'irrogazione della sanzione determinerebbe la venuta meno di quel *caput*, di quel soggetto, entro il numero dei liberi (v., in proposito, anche M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo, 2006, 250). Ma detta pena potrebbe intendersi, *sensu latissimo*, come *capitis* anche in rapporto alla fustigazione, in quanto menomante fisicamente il *caput*, la persona fisica del ladro (e non, come vuole Carrelli, perché la *verberatio* «poteva avere anche l'effetto di spedirlo [*i.e.* il ladro] all'altro mondo»: R. CARRELLI, *La repressione*, cit., 116); anche se, a rigore, credo sia meglio qualificare come *poena* la sola *praecipitatio*, mentre la fustigazione sarebbe una misura autonoma non di *iudicatio*, ma di mera *coercitio*, seppur accessoria alla esecuzione capitale (cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 52).

²²⁰ Cfr. Gai. *ad ed. prov.* D. 4.5.1; Gai 1.159-162; Paul. 2 *ad Sab.* D. 4.5.11.

²²¹ Mod. 9 *de off.* D. 50.16.103: *Licet 'capitalis' latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis mortis vel amissionis civitatis intellegenda est.*

²²² Paul. 15 *ad ed.* D. 48.12: *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. capitalia sunt, ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas eximitur caput de civitate. nam cetera non exilia, sed relegationes proprie dicuntur: tunc enim civitas retinetur. non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est.* Cfr., altresì, I. 4.18.2. Tengo a menzionare, altresì, la singolare interpretazione che Dario Mantovani (D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum*, LXXVIII, 1990, 19 ss.; ID., *Il pretore giudice criminale in età repubblicana: una risposta*, in *Athenaeum*, LXXIX, 1991, 611 ss.) ha attribuito alla locuzione '*res capitales*': si tratterebbe di condotte illecite qualificate espressamente dalle *leges publicae populi Romani* come passibili di pena di morte e per le quali i questori e, poi, i pretori sarebbero stati investiti di una funzione di 'giurisdizione', da intendere in senso ampio e magmatico, concretata entro un processo pubblico gestito integralmente da detti magistrati, dalla instaurazione *ex officio* alla pronuncia ed esecuzione del verdetto inappellabile (cfr. ID., *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, cit., 31, ntt. 42 s., che cita Aug. *civ. Dei* 2.9; Sall. *Catil.* 52.36; Gell. 7.10.2; Plaut. *merc.* 611-613; *most.* 475-482; *mil.* 293-297); di contro il popolo sarebbe stato competente solo per la repressione con la sanzione estrema di condotte 'politiche' non tipizzate legislativamente (*perduellio*); infine la *provocatio* sarebbe stata concessa qualora un magistrato avesse esplicito il suo potere di *ius dicere de capite civis Romani*

damnatus colui che è stato sanzionato o con la *mors* o con la *civitatis amissio* o, infine, con la *servitus*²²³. Ma, ad onor del vero, anche per età precedenti (risalendo, cioè, sino al secondo secolo a.C.) parrebbe comunque lecito pensare a una non troppo recente 'spiritualizzazione' del sostantivo *caput*²²⁴, nonché a un impiego, da parte della stessa *iurisprudencia* sacerdotale più antica, delle espressioni *poena capitis* e *capital facinus* non nel senso esclusivo di un 'esito letale' (benché, verisimilmente, siffatto doveva essere il significato del genitivo)²²⁵. Del resto, anche nel campo del 'puro' diritto criminale non può affatto tacersi di quella consuetudine medio e tardo-repubblicana, favorita anche da provvedimenti legislativi²²⁶, per cui il reo era messo nella

(o *animadvertere in caput civis Romani*) in assenza di un *iussus populi* (D. 1.2.2.16) nel senso di pronunzia legislativa incriminante. Ma, per vero, le penetranti notazioni critiche contenute in L. GAROFALO, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana?*, in *SDHI*, LVI, 1990, 366 ss. (nonché in *Id.*, *Appunti*, cit., 241 ss.) e in *Id.*, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana? In margine a una risposta*, in *SDHI*, LVII, 1991, 402 ss. (nonché in *Id.*, *Appunti*, cit., 287 ss.), condotte sulla scorta di Polyb. 6.14.6, Plaut. *aul.* 700, *pseud.* 1232, *truc.* 819, nonché della tradizionale interpretazione dell'ablativo *iniussu populi* (che si trova nel *liber singularis Enchiridii* di Pomponio in relazione alla trattazione delle limitazioni imposte ai consoli dalla *lex Valeria* del 509 a.C.), sembrano anche a me tali da poter comprovare, contro l'opinione di Mantovani, la *communis opinio* (cfr., per una rapida ed implicita conferma degli argomenti addotti da Garofalo, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 90 ss., che invero parla, alla nt. 73, anche di «equilibrate osservazioni» con riguardo alla valutazione della discussione operata da A. GUARINO, *I romani, quei criminali*, in *Labeo*, XXXIX, 1993, 234 ss., nonché in *Id.*, *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli, 1995, 169 ss.).

²²³ Ulp. 48 *ad ed.* D. 48.19.2: *Rei capitalis damnatum sic accipere debemus, ex qua causa damnato vel mors vel etiam civitatis amissio vel servitus contingit*. Cfr., altresì, Ulp. 74 *ad ed.* D. 2.11.4 pr.; Ulp. 45 *ad ed.* D. 38.2.14.3; Ulp. 9 *off. proc.* D. 48.19.6.2.

²²⁴ Cfr. Lab. *ad praet.* Fr. 115 (Bremer II.1, 116); Ter. Clem. 9 *Iul. et Pap.* D. 37.14.10; Cic. *de or.* 1.40.181-2; Cic. *Balb.* 6; Plaut. *most.* 211, 242, 300; Plaut. *pseud.* 255, 519; Plaut. *poen.* 24; Plaut. *rud.* 929; Plaut. *merc.* 153.

²²⁵ Paul.-Fest. voce '*capital*' (Lindsay 42); Paul.-Fest. voce '*capitalis lucus*' (Lindsay 57). Non persuade, pertanto, sul punto, il pensiero di E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., 10 ss., ad avviso del quale il passaggio dalla situazione originaria (in cui *caput* veniva impiegato in senso materiale), a quella successiva (in cui detto sostantivo veniva a significare altresì la posizione giuridica di un soggetto), si sarebbe verificato in una con le famigerate proscrizioni di Silla (primo secolo a.C.).

²²⁶ A titolo di esempio può citarsi la *lex Tullia* del 63 a.C., proposta da Cicerone durante il suo consolato (legge che vietava ai candidati – tra l'altro – di organizzare spettacoli gladiatori, sino a due anni prima delle elezioni, l'uso di *sectatores*, l'allestimento di banchetti, l'offerta di posti gratuiti ai giochi [Cic. *Vat.* 37; *Sest.* 133-134; Schol. Bob. 140.3-10]), in quanto con essa si introdusse innovativamente la pena 'autonoma' dell'esilio decennale (v. Dio Cass. 37.29.1; Cic. *Mur.* 67 e 89; Cic. *Planc.* 83; Schol.

condizione di evitare l'esecuzione capitale mediante un volontario esilio²²⁷ sanzionato dal rito di 'scomunica' dell'*aqua et igni interdictio*²²⁸ (prassi che condusse addirittura – come s'è accennato – il legislatore-criminale, sul finire della *libera res publica Romanorum*, a comminare l'*exilium* con perdita della *civitas* quale autonoma sanzione per taluni illeciti²²⁹): e ciò ebbe notevoli ripercussioni anche sotto il profilo terminologico, in quanto le locuzioni *poena capitalis*, *iudicium capitis*, *capitis accusare* altro non andarono a significare che il mero esilio, laddove con il fiorire e l'affermarsi della *cognitio extra ordinem* si diffuse un lessico i cui poli furono il *capite punire*, il *capite plectere*, la *poena capitis*²³⁰ con un – non troppo, ad onor del vero – implicito riferimento alla pena di morte mediante l'asportazione del *caput* (testa)²³¹.

Alla luce di tali considerazioni, si può essere persuasi del fatto che l'aggettivo *capitalis* usato da Gaio per qualificare la sanzione apprestata dai decemviri per il *fur manifestus*, né sia affatto una personale posizione definitoria del giurista classico, né sia eccessivamente bizzarra, ma possa essere ben più risalente (ed essere attribuita agli stessi *vete-*

Bob. 79.1-3), laddove ancora nel 69 a.C. Cicerone vedeva nell'*exilium* un *refugium portusque supplicii* (Cic. *Caec.* 34.100).

²²⁷ I casi sono numerosi. Per il periodo più antico – segno ciò del fatto che, invece, sin dai primordi della repubblica l'esecuzione capitale era concretamente evitabile, ciò contribuendo, io credo, ad una precoce 'spiritualizzazione' del sintagma *poena capitis* e delle locuzioni affini –, ricordo alcuni processi questori (cfr., in tema, L. GAROFALO, *La competenza giudiziaria*, cit., 409 ss., nonché ID., *Appunti*, cit., 71 ss.: quello intentato da Quinzio Capitolino, del 459-458 a.C., per *falsum testimonium*, contro Marco Volscio Fittore, il quale evitò la morte con l'esilio a Lanuvio (cfr. Liv. 3.24.3-9; 3.25.1-3; 3.29.6); quello intentato da Spurio Carvilio, del 396, per l'indebita sottrazione di parte del bottino (*aerata ostia*) di Veio, contro Furio Camillo che riuscì a sottrarsi alla pronuncia capitale in *exilium profugiens* (cfr. Cic. *dom.* 32.86; Plin. *nat. hist.* 34.7.13; Flor. 1.22.4; Eutr. 1.20.1; Auct. *vir. ill.* 23; diversamente: Liv. 5.32.8-9): cfr., in generale, utilmente, U. BRASIELLO, *La pena capitale romana*, Napoli, 1934, 8; ID., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 97 ss.; G. CRIFÒ, *Ricerche sull' 'exilium' nel periodo repubblicano*, I, Milano, 1961, 198 ss.; ID., voce *Esilio (storia)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 712 ss.

²²⁸ Cfr., in tema, U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 97 ss.; E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., 14 ss.; per le fonti antiche è utile la lettura di Polyb. 6.14.7-8; Sall. *Cat.* 51.22.40; Liv. 3.13.18, 3.58.9-10, 5.32.8-9, 25.4.9, 26.3.12; Dion. Hal. 10.8.4, 11.46.4, 13.5.3.

²²⁹ Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 248.

²³⁰ U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., 215 ss.; E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., 47 ss.

²³¹ V. Corpus gloss. lat., V, 444.41. Cfr., per la decapitazione *per gladium*: D. 28.1.8.4; D. 28.3.6.6; D. 29.2.25.3; D. 48.19.8.1; D. 48.19.28 pr.

res). Tale apposizione qualificativa, infatti, si addice agilmente al regime della *addictio* del *fur* nel suo plausibile *processus* storico (anzitutto al suo originario stadio) e mette in luce come detta sanzione fosse, sin *ab ovo*, tutta protesa – nel suo essere sviluppo, al pari della *talio*, della *vindicta* – a colpire la 'vita' del ladro colto in flagrante; vita, verisimilmente, in un primo, remoto stadio, intesa 'fisicamente', poi solo 'giuridicamente': sicché, mentre la sanzione del ladro veniva da sempre concepita come necessariamente e intrinsecamente 'capitale', l'*addictio* del debitore *iudicatus*, lo era originariamente in via solo eventuale, per poi perdere del tutto tale potenziale qualifica, una volta affermata come esclusiva la prassi del prolungamento per l'insolvente della precaria condizione 'interinale' del periodo delle *nundinae*. In questo stadio, una volta sostituita l'*addictio* del *fur* con la *poena* fissata nel quadruplo, ad opera del pretore, avrebbe iniziato a farsi strada quella corrente di pensiero (poco sensibile alle questioni di 'origini') che, come ci è confermato in Gai 3.189, vedeva pure nel *fur addictus* un soggetto libero e cittadino, omologabile al debitore insolvente.

Così inteso l'aggettivo *capitalis* in funzione qualificativa di *poena*, occorre soffermarsi sulle modalità attraverso cui si dispiegava, in concreto, l'*addictio*. Come ben sappiamo, sia Gellio che Gaio parlano di una *addictio* come autonoma pena conseguente la esecuzione della misura coercitiva accessoria della *verberatio*: *addictio* che secondo una condivisibilissima interpretazione sarebbe una 'pronuncia magistratuale di conferma'²³², e non invece una 'destinazione' o una 'dedicazione' (*dicare aliquem alicui rei*)²³³. Non parrebbe, quindi, arduo inferire dalla notizia ricavabile dai resoconti del giurista e dell'erudito del secondo secolo d.C., che, a seguito dell'esperimento della procedura (che, secondo quanto si dirà nel prossimo §, potrebbe congetturarsi essere non una *legis actio*, ma un rito formale e orale di *adoratio*) per la persecuzione del *fur manifestus* da parte del derubato, il magistrato, giusta il suo *imperium* coercitivo ordinasse di eseguire la fustigazione, e – si ritiene comunemente – giusta la sua *iuris dictio*²³⁴

²³² V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 206 ss.

²³³ M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat*, cit., 185: «war es häufig ein übel, namentlich ein Strafübel, dem ein Person verfallen sollte, so lag es sehr es mehr nahe, *addicere* ebenso wie *damnare* zu verstehen und es fernerhin im gleiche Sinn auch zu gebrauchen, ohne die Strafe oder den sonstigen Nachteil, wozu addiziert wird, im Dativ beizufügen».

²³⁴ Come è oltremodo noto il termine *iurisdictio*, che storicamente era designazione delle funzioni del pretore (con ogni certezza dopo il 367 a.C.), aveva un dominio se-

‘assegnasse confermando il *petitum adoratum*’ (‘*ad-dicens*’ nella sua bipolarità semantica), il ladro al derubato, verisimilmente quale suo *servus*²³⁵.

Vero è, pur tuttavia, che v’è stato chi non ha ritenuto sufficientemente adeguata una ricostruzione di tal fatta: il Nicosia (sulla scorta di Francesco De Martino e, implicitamente, anche di Ettore Pais), infatti, ha messo in luce la difficoltà storica di determinare, nell’epoca anteriore il compromissorio stabilizzarsi, a mezzo delle *leges Liciniae Sextiae* (367 a.C.), dell’impianto costituzionale della *libera res publica Romanorum* la cui classe dirigente diveniva definitivamente la *nobilitas* patrizio-plebea²³⁶ (di modo che la suprema magistratura diveniva stabilmente²³⁷ geribile anche dai plebei e, in via compensativa, veniva istituito un *praetor minor*, esclusi-

mantico ben diverso da quello che oggi attribuiamo a ‘giurisdizione’: tale ultimo sostantivo, infatti, attiene alla funzione giudiziaria in senso lato, per cui ad organi statuali è deferito il compito di risolvere le liti con pronunce autoritative, sia nell’ambito di processi pubblici, sia di processi privati, dacché si parla regolarmente sia di una giurisdizione civile, sia di una penale (nonché, ma ciò qui non interessa, amministrativa). Per quanto riguarda Roma, *iurisdiction* è, invece, in via tendenzialmente esclusiva, l’attività esplicantesi *in iure* nei *tria verba praetoris* (*do, dico, addico*) afferenti liti *inter privos*, e volta a determinare compiutamente i termini della controversia, laddove la decisione è demandata non ad un ufficio della *civitas*, bensì alla *sententia* di un cittadino privato (*iudex, arbiter*) o a un collegio (*decemviri, recipiatores*) all’esito della fase *in iudicio*, non costituendo ciò affatto esplicazione della *iurisdiction*, bensì risolvendosi in *iudicatio* (M. TALAMANCA, *La giurisdizione pretoria ed il sistema delle ‘legis actiones’*, in M. TALAMANCA [ed.], *Lineamenti*, cit., 132; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 161; G.I. LUZZATTO, voce *Giurisdizione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1969, 195; per un proficuo riassunto della sterminata bibliografia sull’argomento è d’uopo consultare M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 17 ss.). Di *ius dicere* magistratuale e regale in materia di repressione criminale, quindi, non può parlarsi se non atecnicamente, come farebbe Pomponio nell’*Enchiridion* (D. 1.2.2.16; 1.2.2.23), il quale stabilisce una piena equazione tra l’*animadvertere de capite civis* e il *ius dicere in caput civis* dei *consules-praetores* (v., sul punto, C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 188 ss.; Id., *I principi*, cit., 45; nonché E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae*’, cit., 6 s., nt. 13, ad avviso della quale l’opinione comune secondo cui la giustizia criminale si colloca fuori dai confini della *iurisdiction* non sarebbe invincibile, giusta l’esistenza di testi in cui «*ius dicere* è usato con riferimento alla giustizia criminale»).

²³⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 206 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., 303; R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 59, nt. 7.

²³⁶ Cfr., sul punto, M. GELZER, *Die Nobilität der römischen Republik*, in *Kleine Schriften*, I, Wiesbaden, 1962, 17 ss.; A. AFZELIUS, *Zur Definition der römischen Nobilität in der Zeit Ciceros*, in *C&M*, I, 1938, 40 ss.

²³⁷ Uso l’avverbio ‘stabilmente’ alla luce della considerazione – già da altri segnalata (cfr. G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit., 44) – che i Fasti consolari presentano, a più riprese, nomi non patrizi come i Minucii, i Cassii, i Genucii, i Sempronii: se ci si vuole tenere lontani da posizioni ‘ipercritiche’ (e, al contempo, senza voler cadere in eccessi opposti come lamentava M. PALLOTTINO, *Fatti e leggende* [*moder-*

vamente patrizio), l'esistenza e l'operatività di un magistrato romano dotato di una funzione di *iurisdictio* in senso proprio²³⁸. Secondo lo studio-

ne] sulla più antica storia di Roma, in *Studi etruschi*, XXXI, 1963, 3 ss.) che dichiarano interpolati tali indicazioni, frutto di attività falsificatorie degli annalisti nella volontà di costituire illustri predecessori ai consoli plebei del quarto e del terzo secolo a.C., credo che la sola plausibile soluzione sia quella di ritenere che in origine ai plebei non fosse affatto precluso – in teoria – l'accesso al governo della *civitas*, ma la preclusione sia stato il frutto di una 'serrata' dell'élite di governo (cfr., da ultimo, K.A. RAAFLAUB, *The Conflict of the Orders in Archaic Rome: a Comprehensive and Comparative Approach*, in K.A. RAAFLAUB [ed.], *Social Struggles in Archaic Rome. New Perspectives on Conflict of the Orders*, Berkeley - Los Angeles, 1986, 105 ss.).

²³⁸ V. G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 37 ss. La questione – i cui poli estremi sono, l'uno la concezione di una autonoma *iurisdictio* sin dai primordi della *civitas*, l'altro l'idea che solo dopo il compromesso patrizio-plebeo sia lecito parlare di magistrati giurisdicenti – è intimamente legata ad un problema di capitale importanza per lo studio del più antico diritto romano, problema i cui termini sono compendiabili nel modo seguente. a) Come si realizzava (cioè, come trovava sensibile riproduzione in un ordine positivo) il complesso di usi, costumi, principi ritualizzati che si concretavano in quelle 'diatesi' del più antico diritto romano che prendono, sinteticamente, il nome di *mores maiorum*? (cfr., sulla corretta qualificazione dei *mores* non come 'fonte di produzione' fondante la validità e la legittimità del sistema, ma come modo peculiare di manifestarsi del *ius*, M. TALAMANCA, *I 'mores' ed il diritto*, in M. TALAMANCA [ed.], *Lineamenti*, cit., 29 ss., e B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 88: del resto – aggiungo io – ciò pare in piena sintonia con lo spirito 'dogmatico' e 'qualificatorio' dei Romani, restii a parlare di fonti e più propensi a definire – come ha messo in luce G. ARICÒ ANSELMO, *'Partes iuris'*, in *AUPA*, XXXIX, 1987, 109 – le cd. *partes iuris*, sebbene ciò non significhi affatto aderire alla tesi dell' 'urromisches Naturrecht' risalente a M. KASER, *'Mores maiorum' und Gewohnheitsrecht*, in *ZSS*, LIX, 1939, 52 ss. su cui v., in senso critico, A. GUARINO, *La concezione arcaica del 'ius'*, cit., 427); b) come si appiattivano tra i *patres* le incertezze – che con ogni probabilità in grande copia sorgevano costantemente – in ordine alla indicazione di quali contegni, in concreto, fossero leciti o doverosi, ovvero in ordine a quale fosse contenutisticamente e precisamente un determinato *mos*?; c) come appianare le controversie insorte *inter privos*, e come reagire all'auto-sottrazione da parte di un cittadino ad una condotta accertata come per lui doverosa? Secondo un orientamento che affonda le proprie radici nelle ricostruzioni del Savigny (v., per tutti, B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 22 ss.), tutti questi problemi trovavano risoluzione in meccanismi che, se teleologicamente erano diretti al medesimo fine (la certezza e l'effettività del sistema), oggettivamente si sostanziavano in due attività distinte: da un lato, la *iuris interpretatio* dei pontefici su richiesta di un consulto da parte dei *patres*, dall'altro la *iuris dictio* del rex etrusco, munito di *imperium* (ferma restando la celebre disputa, entro tale orientamento, sulla distinzione, o meno, del processo sin dalle origini in due fasi: cfr. per la suggestiva tesi dell'origine arbitrare del processo – che non a caso si conclude con una sentenza di un privato cittadino – e per la spiegazione della fase *in iure* come ampliamento successivo dovuto all'ingerenza dello Stato, è imprescindibile l'opera di M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I-II, Leipzig, 1888-1891). Secondo altra scuola di pensiero, cui evidentemente deve ascrivere il pensiero del Nicosia, invece, le cose non starebbero precisamente in questi termini: per esempio, Ettore Pais ha autore-

so, indi, l'attribuire detta funzione prima al re e poi ai suoi successori repubblicani altro non sarebbe che una mera ipotesi, non fondatamente corroborata alla luce dei testi, con conseguente inattendibilità delle posizioni assunte da quegli autori che, con riguardo alla legge delle XII Tavole, non valuterebbero criticamente il serio problema della presenza e dell'intervento di un ufficio della *civitas* in campo processuale competente a *ius dicere*²³⁹. L'autore ritiene, inoltre, a sostegno dei propri assunti, che se l'assenza, nel caso di furto notturno e di furto diurno armato, di un magistrato che intervenga è pacifica, a più forte ragione, dovrebbe ritenersi plausibile postulare tale assenza là dove si tratta di procedere con sanzioni meno gravi (come quando venga meno l'aggravante della notte): donde la *manus iniectio* compiuta dal derubato, al tempo del codice decemvirale, avrebbe dovuto essere concepita come un 'atto di forza' da solo sufficiente ad asservire il ladro, senza la necessità dell'intervento di un magistrato teso a pronunciare formalmente l'*addictio* al derubato²⁴⁰.

Pur senza voler aderire incondizionatamente a quelle suggestive teorie che, più o meno inconsapevolmente, riprendono uno dei *topoi* dell'opera fondamentale di Henry Summer Maine²⁴¹, vedendo nella *iuris dictio* non già solo un'attività – qualsivoglia fosse la sua originaria connotazione – presupponente il *ius* (palesato nei 'postulati' dei *mores*), ma addirittura una funzione creativa, 'scaturigine' stessa del *ius* più antico²⁴², e pur a prescindere da quanto si è già detto in tema

volmente sostenuto che le impressionanti vestigia di una remota attività ermeneuticonomopoietica della classe sacerdotale, rinvenibili nelle fonti, dovrebbero ragionevolmente condurre gli studiosi a ritenere che l'attività pontificale era sì ampia da ricomprendere anche quelle funzioni che, poi, avrebbero preso il nome di *iurisdictio* (E. PAIS, *Ricerche sulla storia e sul diritto pubblico di Roma*, Roma, 1915, 41, 273); e pure il De Martino, sulla stessa scia del Pais, ha negato l'esistenza di una funzione giurisdizionale autonoma per tutto il periodo arcaico, rinvenendo solo nella legislazione licinia-sestia l'istituzione *ex novo* del *ius dicere inter Romanos cives* (F. DE MARTINO, *La giurisdizione in diritto romano*, Padova, 1937, 36, 48 s.).

²³⁹ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 37 ss.; cfr., altresì, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 33 ss.

²⁴⁰ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 87.

²⁴¹ H.J. SUMMER MAINE, *Ancient Law*, New York, 1881, 1 ss. (tradotto in italiano non molti anni fa da Vincenzo Ferrari: H.J. SUMMER MAINE, *Diritto antico*, Milano, 1998).

²⁴² Il nucleo più remoto dell'ordinamento giuridico romano non sarebbe, pertanto la stratificazione consolidata (*diuturnitas, comprobatio*) di principi, regole, rituali, oralmente tramandati di generazione in generazione senza alcuna codifica scritta (un diritto, insomma, a formazione, essenzialmente consuetudinaria, almeno nella parte mate-

di *manus iniectio*, la ricostruzione operata dal Nicosia non mi persuade per alcune fondamentali ragioni che tenterò, concisamente, di spiegare qui di seguito. Vero è, certo, che con nessuna certezza è de-

riale, *usus*, della consuetudine, attesa la problematicità dell'elemento spirituale, *opinio iuris ac necessitatis*), ma precipuamente esso si sarebbe risolto in una serie di decisioni aventi la forza di precedente. Secondo tale concezione, quindi, il diritto era solo la proclamazione del re e il primigenio valore di *ius* (da cui sarebbero discesi quello di diritto soggettivo e diritto oggettivo) era quello di 'solenne risoluzione di una lite attraverso la creazione di una regola da applicare *in similibus rebus*'. Così, ad esempio, secondo il pensiero 'teocratico' di De Francisci – che postula anche per gli inizi del sistema normativo di Roma (un *ius* etimologicamente connesso a *Iovis* e a **yowos*) la teoria del 'Führertum', ossia della nascita dell'ordinamento sulla base del *ductus*, quale carisma personale, di una guida divinamente ispirata cui si rimettono le sorti della vita sociale – la soluzione di casi controversi veniva rivelata ai capi precivici e al *rex* dagli stessi dei (*numina*) immanenti nella natura: insomma, se, ad avviso dell'autore, *fas* indicava, genericamente, solo il 'volere divino' rivelato ai consociati (e alle assemblee), *ius* era la 'decisione specifica' degli dei in ordine a singole controversie (P. DE FRANCISCI, *'Arcana imperii'*, III.1, cit., 136 ss.; diversamente, ma sulla scia della teoria del 'Führertum', O. BEHREND, *'Ius' und 'ius civile'. Untersuchungen zur Herkunft des 'ius'-Begriffs im römischen Zivilrecht*, in *Symptica Franz Wieacke sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata*, Göttingen, 1970, 11 ss., ad avviso del quale il capo della comunità era libero di decidere secondo discrezione, a patto che rimuovesse ogni impedimento religioso). Di una concezione oserei dire 'santi-romaniana' sia del primevo sorgere del *ius* romano, sia dell'attività di statuizione del diritto caso per caso (attraverso pronunce regie) s'è fatto portatore, come già rilevato, l'Orestano. Egli, come è noto, pensa per la fase più arcaica della storia giuridica romana, non a fonti di produzione del diritto formali e istituzionalizzate («fatti di produzione normativa»), ma a «fatti normativi», ossia a fatti che, pur non essendo in via preventiva contemplati, sono capaci di instaurare e/o stabilizzare un ordinamento, auto-imponendosi come legittimi e validi e inserendosi in un processo fattuale di creazione e sviluppo ordinata mentale (R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., 29 ss.): in questi termini, pertanto, secondo lo studioso dovrebbe intendersi anche il magmatico, unitario e onnicomprensivo potere regale della *manus* in forza della quale, appunto, il capo comunitario decideva delle controversie con pronunce definitorie-creative di modo che queste ultime, dotate di una forza di auto-legittimazione, si convertivano in disposizione normativa (R. ORESTANO, *Dal 'ius' al 'fas'*, cit., 194 ss.). Distanza dalla *communis opinio* anche il Gioffredi che, una volta collegato etimologicamente *ius* a *iungere* (**iug*), attribuendogli il senso di 'riunione dei consociati', e una volta ascritto a *dicere* il significato di 'stabilire', 'creare', 'costituire', ritiene – sulla base dell'idea che il diritto divenga sensibile solo con il contenzioso – che, in un primo momento, i contendenti (o i loro campioni), entro il cerchio dei consociati (*ius*), risolverebbero la lite con un 'duello ordalico'; di poi – sempre stando al pensiero dello studioso – il passo verso la decisione rimessa al capo della comunità e verso la concezione di *ius* come 'statuizione del caso concreto' fu del tutto naturale (C. GIOFFREDI, *'Ius-Lex-Prætor'*, cit., 1 ss.; ID., *Contributi*, cit., *passim*; ID., *Diritto e processo*, cit., *passim*; ID., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, in *Labeo*, II, 1956, 114 ss.; v., altresì, per una concezione – 'Grundkonzeption' – che sostiene essere il 'giudizio' la fonte del *ius*, M. KASER, *Recensione a C. GIOFFREDI, Diritto e processo*, cit., 313 ss.).

sumibile dalle fonti la sussistenza della *iurisdictio* (poi esplicantesi nel *dare dicere addicere* pretorì) prima dell'anno 367 a.C., e altrettanto vero è che nessun magistrato pare comparire nella repressione del furto notturno e di quello diurno armato; ma altrettanto vero è che nel caso di furto manifesto ai fini della *verberatio* qualche organo pubblico era d'uopo che comunque intervenisse²⁴³ – siamo nell'ambito della *coercitio* e si tratta di una misura accessoria che conserva intimamente un'indole di 'pubblico' castigo che, in via eventuale, ritroviamo, quale 'mezzo rieducativo', nella punizione (*noxiamve duplionemve decerni*) degli impuberi autori del *pavisse et secuisse* di Tab. 8.9 (ma non nel caso di incendio non doloso di Tab. 8.10) – e, del resto, in modo costante i testi che trattano di *addictio* si riferiscono, entro il processo esecutivo per *legis actiones*, ovvero in connessione con la *manumissio vindicta*²⁴⁴ ad una necessaria pronuncia da parte di un magistrato²⁴⁵ (certo, qui, nell'esercizio della sua *iurisdictio*). A voler prescindere dal rilievo ulteriore – forse banale – che, anche prima delle leggi Licinie Sestie, una volta affermatasi sicuramente la bipartizione funzionale-strutturale²⁴⁶ del processo civile, Roma deve aver avuto qualche organo 'gius-dicente' (deputato, cioè, a presiedere il rito delle *legis actiones*, nello svolgimento di una «attività intesa all'espressione rituale delle prese di posizione dei litiganti»²⁴⁷, e che quindi nulla esclude

²⁴³ Sia che si ritenga con la Pepe (L. PEPE, *Ricerche*, cit., 154) che la fustigazione fosse da eseguirsi ad opera del derubato – su ordine del magistrato, sia che si ritenga – come penso preferibile – con il Karlowa, il Carrelli, e il Balzarini che la fustigazione fosse sanzione accessoria effettuata da subalterni del magistrato (O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 776 s.; R. CARRELLI, *La repressione*, cit., 117; M. BALZARINI, *Il furto manifesto*, cit., 57, 61).

²⁴⁴ Cfr. D. 1.16.2 e Paul. Sent. 2.25.4 (che connettono la *addictio* nella *manumissio vindicta* alla *iurisdictio*); Liv. 41.9.11 (che testimonia per l'*interrex* repubblicano la competenza per l'*addictio*).

²⁴⁵ Il fatto che la *addictio* sia atto magistratuale e non autonoma espressione di un potere lasciato ancora una volta al cittadino, deriva anche da considerazioni etimologiche: se *dicere* è il 'levare la mano per fare un segno' (v. accadico *dekū*: levare) e *ad-* è un preverbo sintomatico della natura 'additiva' del *dicere* stesso (che non a caso è voce intrisa di una solennità che si attaglia bene ad un'autorità pubblica o religiosa più che ad un privato), l'*ad-dictio* sembra essere la formale, rituale conferma dell'*oratio* del derubato: cfr. G. SEMERANO, voce '*dico*', in *Le origini della cultura europea*, II.2, *Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee. Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 2000, 384.

²⁴⁶ Cfr. Gai 4.13-17.

²⁴⁷ B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 24.

che lo stesso organo sia intervenuto oltre che nell'esercizio di un potere coercitivo, altresì, al contempo, nell'esercizio di un potere di *ius dicere*)²⁴⁸, vero è, comunque, che questi due dati, complessivamente intesi, non hanno meno forza di quelli invocati a sostegno della tesi patrocinata dal Nicosia circa la natura 'autosufficiente' della *manus iniectio*. Anzi mi sembra essi siano alquanto più rilevanti: ma siamo nel campo delle supposizioni che in assenza di testimonianze dirette possono, al più, essere le une rispetto alle altre più o meno persuasive.

Tuttavia, al riguardo, né mi pare corretto tacere del fatto che la menzione di un *praetor* (che interpreterei come vertice della costituzione repubblicana, *post reges exactos*) viene, in realtà, fatta – oltre che in Plin. *nat. hist.* 18.3.12 – dallo stesso Gellio là dove si occupa della pena irroganda agli impuberi²⁴⁹, né mi pare lecito o ragionevole inferire dalla mancanza dell'intervento di un magistrato nei casi di cui alle *leges* di Tab. 8.12 e Tab. 8.13, la necessità logica di una pari assenza anche nei casi di furto 'semplice' manifesto: se nei casi 'più gravi' relativi al furto notturno e all'impiego di una violenza di contrasto da parte del *fur qui telo se defendit*, proprio per la eccezionalità della si-

²⁴⁸ Cfr., sul punto, con interessantissimi rilievi critici, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 194 s. ad avviso del quale «non è possibile credere che una qualche attività di giurisdizione non vi sia stata nella *civitas* quiritaria, abbastanza distinta dalla *iuris interpretatio*, sin dagli inizi della *civitas* stessa, anzi probabilmente già sin da prima della sua nascita, cioè già nelle comunità precittadine»; si sarebbe trattato, tuttavia, di una *iurisdictio* «di carattere embrionale, solo pallidamente simile alla giurisdizione del potere urbano di circa quattro secoli dopo». Anche io sono persuaso della inconcepibilità di una società sufficientemente organizzata *legibus et moribus* senza un'autorità (verisimilmente il re, capo militare, religioso, politico; cfr. Liv. 1.41.5; Cic. *rep.* 2.21.38; 5.21.38; Dion. Hal. 4.25.2; poi i *praetores-consules*) munita della funzione di 'dichiarare autorevolmente' (ossia in modo inoppugnabile), appunto, in caso di conflitti, il *ius* e, quindi, come una controversia dovesse essere risolta secondo i *mores* (ciò di cui si può dubitare è, al più, l'originaria bipartizione del processo, ovvero la sua stratificazione a tappe successive per cui o ad una originaria struttura arbitrare sarebbe stata aggiunta una fase preliminare istituzionalizzata, o – come credo – a partire da Numa il *rex* sarebbe stato competente per l'intero processo [D. 1.2.2.1; D. 1.2.2.14; Cic. *rep.* 5.2.3], laddove da Servio Tullio in poi sarebbe stata introdotta una procedura bifasica [Dion. Hal. 4.36.2]): funzione questa alquanto divergente da quella meramente interpretativa (la quale, invero, era in linea di principio limitata alla dichiarazione del *ius*, senza estendersi all'accertamento incontrovertibile dei fatti).

²⁴⁹ Gell. 11.18.8: *Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti prensos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri.*

tuazione, veniva ammesso, quale esercizio di un *ius* sorto *post plorationem*, un intervento diretto del privato anzitutto in una funzione bivalentemente vendicativa-repressiva, mi parrebbe maggiormente ponderato e plausibile ritenere che, nella normalità e generalità dei casi, atteso peraltro che un organo della *civitas* comunque era presente e attivo onde ordinare e far eseguire il castigo corporale della *verberatio*, questo stesso organo, nel medesimo contesto spazio-temporale, sancisse formalmente la ‘riduzione in schiavitù’ del *fur verberatus*, indi *addictus* al derubato. Del resto l’uso e in Gellio e in Gaio delle forme ‘*verberari*’ e ‘*addici*’, ‘*verberatus*’ e ‘*addicebatur*’ a mio modo di vedere, presuppone l’intervento di un magistrato che ‘faccia fustigare’ e che ‘pronunci la deduzione in schiavitù’²⁵⁰: in altre parole – o, meglio, sotto il profilo linguistico – l’impiego delle diatesi passive mi pare sottintendere un complemento di agente (e ciò se non tanto per il ‘fattivo’ *verberari*, di certo per ‘*addicere*’). Si trova scritto che il ladro ‘*liber verberatus addicebatur*’ ovvero che i decemviri ‘*verberari addicique iusserunt*’: ma da chi altro la *addictio* era posta in essere e la *verberatio* ordinata, se non da un organo cittadino (a patto che, ovviamente, non si reputi – vanificandosi, però, così, il significato etimologico di *addicere* – che il complemento d’agente implicito nei due passi vada ad indicare il derubato stesso)?

Tuttavia, alla luce dei dubbi numerosi emersi in ordine alla possibilità di collocare l’originaria ‘*addictio*’ del ladro entro il rito di una *legis actio*²⁵¹, e in considerazione del carattere ‘afflittivo’ e formalmente ‘pubblico’ che pare avere il castigo infliggibile ai ladri *puberi* (liberi e schiavi)²⁵², forse un po’ azzardatamente, si potrebbe addirittura ritenere, che l’*addictio* non fosse tanto manifestazione di un potere ‘giurisdizionale’ da intendersi in senso lato (potere in virtù del quale semplicemente si limitava a ratificare processualmente, con la sua approvazione, quanto affermato unilateralmente dal derubato), quanto di un potere ‘imperativo-coercitivo’²⁵³.

²⁵⁰ Cfr. Gell. 11.18.8 (riportato anche alla nota precedente); Gai 3.189: *Poenam manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. in servum aequae verberatum animaduertebatur.*

²⁵¹ Cfr., ancora una volta, per i molteplici e utilissimi spunti, M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 334 ss.

²⁵² M. BALZARINI, *Il furto manifesto*, cit., 57 ss.

²⁵³ Come è noto, già il *rex* etrusco (cfr. P. VOCI, *Per la definizione dell’‘imperium’*,

Si potrebbe supporre, cioè, che il magistrato *cum imperio* – ferma l'iniziativa spettante al privato per mettere in moto il meccanismo sopra descritto (iniziativa necessaria, peraltro, per rendere edotto il magistrato stesso dell'illecito), e fermo l'interesse esclusivo della parte lesa – si attivasse «non con modalità giudiziali ... bensì a titolo di azione di 'polizia'»²⁵⁴, o, comunque, in via amministrativa, a titolo di autorizzazione, senza, però, che si debba considerare la condotta del *fur* lesiva 'anche' degli interessi della *civitas*. Insieme si sarebbero fusi l'aspetto 'autorizzativo' o di 'supervisione' (di interesse comunitario) e l'aspetto vendicativo (di interesse privato). Il magistrato, oltre a ordinare l'esecuzione di una 'pena' che si ripercuoteva sul '*caput*' fisico del ladro (fosse esso cittadino o schiavo purché pubere), ossia la *verberatio* (solo eventuale per gli impuberi), sotto il suo controllo, comminava un 'castigo' che consisteva nella precipitazio-

in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 67 ss.), nella persecuzione di illeciti atti a mettere in pericolo l'integrità del popolo (inteso, originariamente, come esercito), operando quale comandante militare, ed esplicando un potere di coercizione fondato sull'*imperium*, era ammesso ad adottare castighi (più che 'pene' propriamente dette) di regola consistenti nel *virgis caedere* e nel *securi percutere*, ma anche nell'irrogazione di una *multa* (ferme restando le ipotesi di una *deductio in vinculis* temporanea e di una *pignoris capio* di cose del reo). Come correttamente nota il Santalucia «un'attività siffatta non costituisce esercizio di una vera e propria funzione giurisdizionale, ma piuttosto estrinsecazione della facoltà di repressione inclusa nel supremo potere di comando: ci troviamo, cioè, per usare il linguaggio degli antichi scrittori, sul terreno della *coercitio*, non su quello della tecnica *iudicatio*» (B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 21; cfr., comunque, per un'originale disamina dei rapporti tra *imperium* e *iurisdictio*, C. GIOFFREDI, *Contributi*, cit., 17 ss., che ritiene il *ius dicere* scaturito dall'*imperium*).

²⁵⁴ V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*⁵, Napoli, 1998, 23, il quale mette in luce come il principio di una giustizia criminale in senso stretto in Roma dovette farsi strada assai lentamente: da un lato, la reazione ai delitti (lesivi di soli interessi privati) continuava a essere rimessa all'iniziativa della parte lesa che o agiva direttamente o faceva capo alla *iuris dictio* dei magistrati. La situazione del furto manifesto, attese tali considerazioni di carattere generale, sarebbe da ritenersi, se non è errata la mia idea, sintomo di un illecito, a persecuzione privata, che veniva represso, non con la pura *vindicta*, non con la *talio* (in eventuale alternativa con il *pacisci*), non con un *agere lege*: bensì con una modalità ibrida avente caratteristiche proprie della più antica 'ragion fattasi' e del più moderno agire procedimentalizzato. In altre parole se Tab. 8.2 testimonia l'esercizio diretto – senza interventi cittadini – della *talio* contro chi *membrum rupit* (in assenza di composizione volontaria) e Tab. 8.16, l'imposizione, contro il ladro *reus*, di una *poena dupli* (composizione obbligatoria), Tab. 8.14 consacra un caso in cui la natura afflittiva della sanzione è ancora vitale e, pur non essendo ancora del tutto procedimentalizzata la modalità con cui il derubato si soddisfa, è richiesto un intervento magistratuale di autorizzazione all'esecuzione della *vindicta* 'ammodernata' (conduzione del *fur*, quale schiavo, nella casa del derubato), sempre che non intervenga un *de furto pacisci*.

ne dalla rupe (per il *servus pubere*), quale espressione del *ius coercitionis* di matrice militare, piuttosto che di *iuris dictio* (ossia di *iudicatio* o *poenititio* in senso stretto²⁵⁵), e autorizzava – potremmo dire con atto amministrativo – la conduzione da parte del derubato, del *fur* (libero e pubere), quale schiavo, *domum*. Ma, ancora una volta, si tratta di ipotesi, come, del resto, mera ipotesi – a mio avviso poco credibile – è quella di ritenere l'*ad-dictio* magistratuale una anticipazione, operata da Gaio e Gellio, all'età arcaica di fenomeni invero più recenti²⁵⁶.

²⁵⁵ Riporto ancora il pensiero del Giuffrè il quale prima rammenta la tradizionale opinione secondo cui nella Roma più antica «le funzioni ed attività del potere pubblico (magistratuale) nei riguardi della 'criminalità' ben presto si sarebbero diversificate e sdoppiate in: vera e propria funzione ed attività repressiva e punitiva che si sarebbe estrinsecata con la comminazione di pene propriamente dette (*poenae*), chiamata da taluni *iurisdictionis*, da altri *poenititio*, e da altri ancora (preferibilmente) *iudicatio*; funzione ed attività essenzialmente di polizia e prevalentemente preventiva, che si sarebbe estrinsecata con l'infrazione di *multae* (o altre forme di *castigatio*), e sarebbe stata indicata con il termine *coercitio*»; poi mette in risalto come tali qualificazioni altro non siano che «proiezioni nel lontano passato, per renderlo a noi meno ostico, di moduli moderni» (V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale*, cit., 23 s.).

²⁵⁶ Al pensiero di Nicosia sembrerebbe aderire L. PEPE, *Ricerche*, cit., 153, che così si pronuncia: «se il riferimento alla *addictio* è conseguenza di una deformazione che ha portato ad anticipare alle XII Tavole un istituto più recente, ciò non significa che sia necessario mettere in dubbio l'intera ricostruzione che Gellio e Gaio offrono della repressione decemvirale del *furtum manifestum*. E la partecipazione del magistrato a tale repressione – nella veste di garante *super partes* dei meccanismi di vendetta che in età precedente erano controllati solamente dalla collettività – risulta evidente nella *verberatio* quanto nel particolare tipo di pena di morte a cui veniva condannato lo schiavo». Insomma a tutto bisogna credere in Gaio e Gellio (che un magistrato c'era e che a tutto presiedeva e che a ogni sanzione provvedeva) eccezion fatta per la menzione della *addictio*: il che non mi pare, nel complesso, convincente. Vero è, di poi, che l'autrice se pur si dice propensa a ritenere buona la tesi del Nicosia, afferma che in Roma «dopo una fase iniziale di esercizio esclusivamente privato della giustizia, si stabilì – probabilmente proprio con le XII Tavole, ossia all'atto della scrittura delle prime leggi – la partecipazione del magistrato: egli, con la sua presenza imparziale (o che almeno si presumeva tale), era chiamato a garantire la legittimità del gesto del derubato, e di conseguenza a stabilire la pena» (L. PEPE, *Ricerche*, cit., 157): ma, se non erro io, il Nicosia pensa proprio che al tempo dei decemviri fosse del tutto da escludere la presenza di un magistrato *ad-dicens* e che la *manus iniectio* fosse in sé autosufficiente al conseguimento dello scopo (G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 37 ss., 47 ss., 87 ss.). Sono concordi con il Nicosia sulla inesistenza primitiva (ma non sull'epoca di introduzione) della *addictio* nella *manus iniectio* sia G. BROGGINI, *'Iudex arbiterve'*, cit., 33 ss. (che ritiene potersi l'*addictio* astrarsi dalla struttura della *manus iniectio* alla luce della originaria funzione sanzionatoria del rito esecutivo-punitivo in questione, inteso quale mezzo formale volto all'esercizio della forza tra componenti di gruppi diversi), sia R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 223 (che giustifica tale assenza quale effetto dell'archetipo 'vendicatorio')

Innegabile, comunque, anche a seguito di tali rilievi, mi pare la originaria magmaticità della materia penale *'de furtis'* nelle XII Tavole. I *carmina* decemvirali abbozzano, infatti, un sistema in cui – verisimilmente anche grazie a elaborazioni pontificali pregresse – sono gettati i semi della dicotomia delitto-crimine, in cui la pena per il furto manifesto è detta *capitalis* (inserendosi perfettamente nel processo di evoluzione che dalla *vindicta* perviene all'*obligatio poenae*), il furto stesso è qualificabile come *crimen* (o *scelus*), il medesimo magistrato ordina – sempre e comunque per i *puberi* – la fustigazione, nonché dispone l'*addictio* o fa precipitare lo schiavo (concretando così, sia nell'uno che nell'altro caso, l'essere *capitalis* della *poena*), in forza di un potere unitario di *coercitio*, che non pare essere lo stesso con riguardo all'ipotesi di persecuzione del furto semplice (la cui tutela pare in pieno procedimentalizzata in seno al *lege agere*): passi ulteriori, comunque, nel cammino verso un più moderno ordine repressivo, un cammino già iniziato – avendo riguardo esclusivo agli illeciti privati – dai decemviri con la determinazione di quali comportamenti fossero da ritenere meritevoli di una *vindicta* attenuata (nelle forme della *talio* o della *addictio*, rispettivamente, per la *ruptio membri* e il *furtum manifestum*), ferma l'alternativa di una *pactio* totalmente libera, quali fossero già, di per sé, fonte di 'composizione pecuniaria obbligatoria' (come per il furto non manifesto), quali – sempre che sia affidabile la lettura contestuale di Cato *orig.* 81 e di Tab. 8.3 e Tab. 8.4 – in alternativa alla *talio* avessero una *poena* (ossia un 'prezzo del riscatto') di ammontare predeterminato (come per le lesioni personali meno gravi del *membrum ruptum*), quali, infine, ammettessero una *vindicta* pressoché illimitata contenutisticamente, purché nel rispetto di formalità

della *manus iniectio*). A prescindere dalla mia personale convinzione circa la natura e la collocazione dell'*addictio* del *fur*, in adesione al pensiero di questi due romanisti, che argomentano anche dalle notizie che apprendiamo e da Gaio e da Gellio, mi pare sia d'uopo collocare la *addictio* magistratuale dei *confessi* e degli *adiudicati* nella struttura della *legis actio* esecutiva-punitiva, già a far tempo dall'epoca delle XII Tavole (operare diversamente, del resto, significherebbe accedere ad una arbitraria scelta dei dati fornitici dalle fonti su cui prestare o meno fede, a seconda della circostanza). Non mi pare sia condivisibile, pertanto, neppure il pensiero di W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel*, cit., 443, secondo cui verso il ladro manifesto non si sarebbe esperita la *manus iniectio*, bensì una *addictio* entro l'*agere sacramento in personam* (conformemente: M. KASER, *Unmittelbare Vollstreckbarkeit*, cit., 94).

– quali la *ploratio* – di origine magico-religiosa (come per le fattispecie di Tab. 8.12 e Tab. 8.13).

5. *L'adoratio furti* e la repressione per *'legis actio sacramento'* del furto non qualificato dalla *flagrantia*.

Delineati i caratteri della repressione decemvirale per il furto oggettivamente aggravato dall'esser manifesto (e ciò, come ben intuibile, in un modo di atteggiarsi del carattere manifesto del tutto diverso da quello disciplinato dal regime solonico dei furti²⁵⁷), alquanto più blando risulta il trattamento riservato ai *fures nec manifesti*, giacché per essi vigeva – stando alla opinione dominante – quale sanzione della loro condotta il pagamento di una *poena dupli*, come abbiamo avuto modo già di leggere in Gell. 11.18.15 e come ci viene confermato ulteriormente da Gaio e, forse (sulla base di una integrazione generalmente riconosciuta valida), da Festo²⁵⁸:

²⁵⁷ Cfr., *supra*, il § 3 del capitolo secondo del presente scritto, per la individuazione della diversa natura dell'essere manifesto in Roma e in Atene, in relazione al 'Tatbestand', alle circostanze aggravanti della fattispecie, nonché alle condizioni dell'azione, in critica alla impostazione di L. PEPE, *Ricerche*, cit., 132 ss. 155 ss.

²⁵⁸ Non è certo agevole venire a capo della differenziazione di trattamento intercorrente tra le due ipotesi. Già gli antichi si erano occupati del problema, ora mettendo in luce la *audacia* del ladro, ora l'importanza dello *scelus* e la sua *atrocitas* (Gell. 20.1.7; Claud. Sat. *l.s. de poenis paganorum* D. 48.19.16.6; Serv. *ad aen.* 8.205); per una utile rassegna v. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 59 ss. Tra gli autori moderni, il Mommsen ha ritenuto che il differente regime sanzionatorio dovesse essere ricollegato a motivazioni di carattere squisitamente psicologico: la reazione nei confronti del ladro manifesto, difatti, dovrebbe intendersi come *monumentum* della vendetta privata, connotata dalla immediatezza, dalla estrema violenza e dalla sproporzione rispetto al male subito (T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 750; v., altresì, F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, cit., 447 ss.). Ad avviso dell'Arangio-Ruiz (che ritiene che tutte le fonti che rilevano la forte differenziazione tra il regime dell'uno e dell'altro 'tipo' di furto, non siano fededegne), invece, sarebbe d'uopo negare qualsivoglia distinzione sotto il profilo sanzionatorio tra i due tipi di *furta*: una volta criticata la posizione mommseniana, obiettando che se fosse vera la ricostruzione 'psicologica', allora il furto scoperto a seguito della procedura della *questio lance et licio* avrebbe dovuto essere assimilato al *furtum nec manifestum* e non a quello *manifestum* (come invece fu: cfr. Gai 3.194), l'autore ha sostenuto che nel caso di furto manifesto, la solarità della commissione dell'illecito comportava una immediata *manus iniectio* del ladro, la sua *addictio* a favore del derubato, nonché l'applicabilità della procedura di esecuzione di cui a Tab. 3.1-6 (Gell. 20.1.45-46: *Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum du-*

Gell. 11.18.15: *Alii deinde furtis omnibus, quae 'nec manifesta' appellantur, poenam imposuerunt dupli.*

Gai 3.190: *Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conseruat.*

*cito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore aut si volet minore vincito. Si volet suo vivito, ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras faris endo dies dato. Si volet, plus dato. Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto adversus hostem aeterna auctoritas <esto>. 46. Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies LX. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant); quanto al furto non manifesto, il ladro, una volta accertata la sua responsabilità con *legis actio sacramento in personam*, qualora non fosse stato in grado di pagare la *poena* fissata nel doppio, era destinato, scaduto il termine di trenta giorni, a subire una *manus iniectio iudicati*. Parimenti si è pronunciato il Peppe, basandosi anzitutto su Gell. 11.18.18, passo che riproduce una *sententia* di Catone ove verrebbero equiparati sotto il profilo sanzionatorio tutti i ladri (*ed enim M. Cato in oratione, quam de praeda militibus dividenda scripsit, vehementibus et inlustribus verbis de impunitate peculatu atque licentia conqueritur. Ea verba, quoniam nobis inpense placuerant, adscripsimus: 'Fures' inquit 'privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt, fures publici in auro atque in purpura'*; cfr. L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 188 ss.); contro tali impostazioni, e a favore di una concreta discrasia sanzionatoria tra furto manifesto e non manifesto, v. R. CARRELLI, *La repressione*, cit., 109; inoltre, v., sul punto, M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, I, *L'actio de tigno' ed il delitto di furto*, in *BIDR*, XXI, 1908, 205 ss.; C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in *Opere*, Milano, 1930, 129 ss.; G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi*, cit., 148 ss.; D. PUGSLEY, 'Furtum' in the XII Tables, in *The Irish Jurist*, IV, 1969, 139 ss.; P. DEL PRETE, *La responsabilità dello schiavo nel diritto penale romano*, Bari, 1937, 59 ss. Si conforma al pensiero di alcuni autori antichi il Balzarini per motivare la disparità di trattamento e sottolinea come *audacia* abbia il significato di impudenza e di sfacciataggine: secondo l'autore, «il che, oltre a fondatamente proporre forti dubbi circa il presunto requisito della clandestinità proprio al furto ed altrettanti circa l'assimilazione tra furto manifesto e rapina, potrebbe legittimamente far pensare ... alla non assurdità dell'idea secondo cui il ladro più audace, che non ricorre all'inganno e all'oscurità, possa essere considerato anche autore di un illecito più grave, più *atrox*, e meritevole pertanto di una pena maggiore»; in altre parole la maggior gravità del furto manifesto risiederebbe nel 'pubblico scandalo', da considerarsi esistente anche nel caso di furto manifesto *ex lege* (Gai 3.194: *Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt, qui scribunt furtum manifestum aut lege intellegi aut natura: lege id ipsum, de quo loquimur, natura illud, de quo superius exposuimus. sed verius est natura tantum manifestum furtum intellegi; neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter uel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur, atque si furtum uel adulterium uel homicidium admisisset, quamuis nihil eorum admisisset.*); cfr. M. BALZARINI, *Il furto manifesto*, cit., 55 ss. (che riprende argomenti già di F. CARRARA, *Sulle vere origini del furto audace*, in *AG*, XXI, 1878, 91 ss.).*

Fest. voce 'nec' (Lindsay 158): *si adorat furto, quod manifestum erit <duplione damnum decidito>*.

Gellio (Gell. 11.18.15) riporta la notizia secondo cui il collegio decemvirale avrebbe comminato per siffatta tipologia di furto ('semplice' in quanto non manifesto) una sanzione di carattere patrimoniale pari al doppio del valore della refurtiva; e Gaio ci informa, ulteriormente, del fatto che detta *poena dupli* era stata conservata dal pretore (Gai 3.190). Sin dalle origini della repubblica, quindi, la sanzione per le due manifestazioni di illecito sarebbe stata differente: da un lato, una procedura immediatamente sfociante nell'*addictio* (atteso il peculiare modo di manifestarsi 'aggravato' del furto), dall'altro una procedura necessariamente cognitiva (ché il furto non era *in re ipsa* evidente con riguardo all'*an*, al *quomodo*, al *quantum*) seguita, se del caso, da quella esecutiva. Che la *poena* fissata nel doppio, cui il giurista adrianeo e l'erudito romano del secondo secolo fanno riferimento, di poi, fosse da intendere come un decemvirale '*duplione damnum decidere*' è opinione sostenuta dalla dottrina maggioritaria che, costantemente, integra per l'appunto la voce festina '*si adorat furto, quod nec manifestum erit*' con '*duplione damnum decidito*'²⁵⁹.

²⁵⁹ V., per tutti, S. RICCOBONO, '*Leges*', cit., 60. Le integrazioni diverse dalla menda comune del passo non sono numerose: Watson, ad esempio, si dice convinto che la voce festina debba essere integrata con '*manifestum esto*', giacché il precetto si riferirebbe al furto non manifesto divenuto manifesto a seguito della rituale ispezione della *quaestio lance et licio* (A. WATSON, '*Si adorat furto*', in *Labeo*, XXI, 1975, 193 ss.). Lo stesso Hitzig (H. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom 'Furtum'*, in *ZSS*, XXIII, 1902, 329 s.; ma vedi anche Id., voce '*Furtum*', in *RE*, XIII, Stuttgart, 1910, 393) si dimostrava scettico sulla bontà della consueta inserzione in quanto dall'ulpianeo D. 4.4.9.2 (*ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur*) si poteva desumere che l'ammontare dell'importo la cui determinazione rendeva possibile la composizione (ossia il *damnum decidere*) avrebbe dovuto essere fissata in una misura inferiore al doppio: se è vero che il *pro fure damnum decidere* è descritto come oggetto di un obbligo meno gravoso di quello sanzionato dall'*actio furti nec manifesti (duplum)*, altrettanto vero è, come ha sottolineato lo Huvelin, che l'espressione in parola ben può riferirsi sia a una 'composizione pecuniaria volontaria' ad ammontare discrezionale, come avverrebbe in D. 4.4.9.2 (insomma a un *de furto pacisci*, parificabile a quello di cui fa menzione D. 2.14.7.14 con riguardo, verisimilmente, a qualsivoglia tipologia di furto: E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 274), sia a una composizione imposta dalla legge in modo predeterminato (come accadrebbe in Gai 4.37, ove ci viene data testimonianza, con l'accomodamento di una *factio*, dell'*actio* contro il complice per concorso materiale o morale nel furto: *Item ciuitas Romana peregrino fingitur, si eo*

Indi, qualora non fossero stati integrati gli estremi della flagranza

nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi. uelut si furti agat peregrinus aut cum eo agatur, formula ita concipitur: IVDIX ESTO. SI PARET <LVICIO TITIO OPEVE> CONSILIOVE DIONIS HERMAEI FILII FVRTVM FACTVM ESSE PATERAE AVREAE, QVAM OB REM EVM, SI CIVIS ROMANVS ESSET, PRO FVRE DAMNVN DECIDERE OPORTERET et reliqua; item si peregrinus furti agat, ciuitas ei Romana fingitur. similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat aut cum eo agatur, ficta ciuitate Romana iudicium datur). E tutto ciò, ovviamente, sempre che non sia da accettare la innovativa soluzione di La Rosa (sulla quale ci si soffermerà adeguatamente anche nel prosieguo), ad avviso del quale il passo gaiano riguarderebbe solo l'ipotesi di complicità e il sintagma *pro fure* non significherebbe affatto 'in qualità di ladro', ma 'come se fosse un ladro' (in quanto il complice, appunto, non sarebbe, ontologicamente, mai un *fur*), di modo che anche in D. 4.4.9.2 Ulpiano farebbe riferimento esclusivo al concorrente nel delitto di furto che, avendo partecipato alla commissione, era tenuto a *damnum decidere* come se fosse stato il ladro stesso (R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 108). Fermo quanto si dirà in merito a Gai 4.37, sono convinto che il passo ulpiano da ultimo citato – come si evince da una sua lettura complessiva – prenda in contestuale considerazione (ponendole sullo stesso piano) l'ipotesi di *damnum iniuria datum* e quella di *furtum*, quali *delicta* – a quanto sembra – posti in essere, in proprio, da parte di un *minor* di anni venticinque; donde il giurista severiano, da un lato, equipara la *confessio* del minore avente ad oggetto il primo delitto al *pro fure damnum decidere*, quali ipotesi che comportano una 'diminuzione di pena' (nel senso che a favore del minore viene concessa una *restitutio* per cui egli è considerato come 'confessus' o 'patteggiante'); dall'altro assimila la negazione *in iure* della responsabilità aquiliana al subire l'*actio* penale per il doppio o per il quadruplo. A mio avviso, l'interprete può (se non deve) essere indotto a pensare che Ulpiano con l'espressione *pro fure damnum decidere* faccia riferimento, non ad un'ipotesi attinente al momento della fase *apud iudicem*, cioè alla irrogazione della sanzione, ma al raggiungimento di un accordo tra soggetto attivo del delitto e parte lesa (prima della *litis contestatio*), ossia alla composizione volontaria pecuniaria (alternativa e sostitutiva della condanna penale, come la volontaria *confessio* del *damnum iniuria dans* preclude la crescita della *lis in duplum*). 'Pro fure damnum decidere', quindi, non significherebbe affatto che un soggetto (complice) è condannato 'come se fosse il *fur*', bensì che un soggetto (che ha agito in proprio), volendo evitare i rischi di una difficile e pericolosa 'difesa' e, quindi, l'esito negativo del processo, riconoscendo la commissione del furto (al pari di chi ha confessato l'illecito aquiliano e non subisce le conseguenze della *infitiatio*), ammette sì di essere *fur*, ma, derubato volente, con quest'ultimo 'patteggia' la condanna pecuniaria in un importo inferiore al doppio o al quadruplo: *nunc videndum minoribus utrum in contractibus captis dumtaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? et placet in delictis minoribus non subveniri. nec hic itaque subvenietur. nam et si furtum fecit vel damnum iniuria dedit, non ei subvenietur. sed si, cum ex damno dato confiteri possit ne dupli teneatur, maluit negare: in hoc solum restituendum sit, ut pro confesso habeatur. ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur* (Ulp. 11 ad ed. D. 4.4.9.2). Insomma l'assimilazione ulpiana si comprende, a mio modo di vedere, solo se si fa riferimento a due condotte (*confiteri/decidere*) che: 1) si collocano in un momento pregresso alla (eventuale) fissazione definitiva dei termini della controversia; 2) sono volontarie; 3) permettono al responsabile di

(oppure se il derubato, nonostante la flagranza, avesse preferito all'*ad-dictio*, per qualsivoglia motivo, la composizione pecuniaria alla sanzione di natura afflittiva²⁶⁰), si sarebbe messo in moto il rito romano nella forma di *legis actio sacramento in personam*²⁶¹, onde anzitutto – in assenza della incontrovertibile evidenza dell'illecito – accertare il fatto: una volta provata la responsabilità per furto del convenuto, questi era condannato, come abbiamo potuto apprezzare dalla lettura di Gaio e Gellio, alla pena pecuniaria del doppio, connessa, appunto,

non essere assoggettato alla condanna piena o, comunque, più grave (prevista per il caso in cui detti contegni non siano tenuti).

²⁶⁰ V., sul punto, persuasivamente, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 137 s. (che pur parla in termini di pura ipotesi); *contra*, M. BALZARINI, *Il furto manifesto*, cit., 57 ss.; R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 120, nt. 17.

²⁶¹ A prescindere dal costante richiamo nelle fonti ad una originaria *poena dupli* (cfr. Gell. 11.18.15; Gai 3.190), di contro alla *poena capitis* irrogabile per il *furtum manifestum*, sono essenzialmente tre i punti focali su cui si basa tale assunto; anzitutto il dato testuale ricavabile da un passo di Cicerone (Cic. *nat. deor.* 3.30.74) che attesterebbe indiscutibilmente la battuta iniziale dell'*agere sacramento in personam* relativamente al furto non manifesto (equivalente a Gai 4.16 che riproduce la formula iniziale del *vindicans*): *inde illa actio 'ope consiloque tuo furtum aio factum esse'*. In secondo luogo la estrema somiglianza tra le strutture delle azioni di furto di Cic. *nat. deor.* 3.30.74 e quella già presa in considerazione in Gai 4.37. Infine il rilievo che la concezione formulare di Gai 4.37 (formula fittizia dell'*actio furti nec manifesti*) avrebbe reso esperibile l'azione anche (e non solo) nei confronti del complice. R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 70 ss., nega, invece, la ricorribilità originaria a tale *lege agere* cognitivo e (sulla base di Plauto, come meglio si avrà modo di appurare), pensa ad un (improbabile) *lege agere per manus iniectioem*: il che (già di per sé e da un punto di vista squisitamente dogmatico e generale) presenta numerosi profili di inverosimiglianza o, comunque, scarsa affidabilità. Anzitutto, per una ingiustificata omologazione, operata dall'autore, tra i due regimi (*furtum* aggravato dall'essere *manifestum* - *furtum* non così circostanziato), laddove le fonti sono esplicite nel differenziare *ab origine* le due manifestazioni dell'illecito anche – e soprattutto – sotto il profilo delle conseguenze: dunque come spiegare la identità di sanzioni – atteso, di poi, che l'accomodamento della composizione pecuniaria sarebbe configurabile sempre e non solo per il caso di *furtum nec manifestum*: v., in modo persuasivo, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 273 – per due diverse forme di manifestazione dello stesso delitto? In secondo luogo, per la pressoché nulla importanza attribuita dal La Rosa all'aspetto processuale cognitivo che, fisiologicamente, si attaglia ad un asserito furto di cui, appunto, non è certo né l'*an*, né il *quomodo*, né il *quantum*: in altre parole, come giustificare razionalmente l'obliterazione, presunta dall'autore nell'antico diritto decemvirale, di un'azione dichiarativa a fronte della 'asserita' commissione di un furto che, invece, merita, proprio per la sua struttura non aggravata dall'essere in sé e *in rerum natura manifestum*, di un accertamento in punto di fatto? Infine, per la ingiustificata estensione dello strumento della *manus iniectio* a ipotesi che, invero, non paiono (come è per il *furtum nec manifestum*) da essa tutelabili *in executivis*: ossia, come giustificare il ricorso ad una *manus iniectio* che, a quanto mi risulta, sempre presuppone se non la incontestabilità, la promozione di pretese aventi ad oggetto un *certum* (cfr., seppur in modo eccessivamente perentorio, M. VARVARO, *Osservazioni*, cit., 353)?

al decemvirale *'duplione damnum decidere'*. Tale problematica espressione²⁶² (che, talora, pare imporsi nelle fonti quale sinonimo del *'de furto pacisci'*²⁶³ preclusivo per il derubato paciscente dell'esperibilità dell'*actio furti*, ma non della *condictio ex causa furtiva*²⁶⁴), invero, con

²⁶² V., con impareggiabile sforzo di completezza, R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 7 ss. che offre un preziosissimo quadro delle posizioni dottrinali susseguitesi sul tema. *Damnum decidere*, invero, è locuzione che si rinviene, complessivamente, in sette testi in connessione col regime del furto: Gai 4.37; D. 4.4.9.2; D. 13.1.7 pr.; D. 47.2.46.5; D. 47.2.62(61).1-2; D. 47.2.62(61).5, nonché in Tab. 12.3, con riguardo al caso delle *vindiciae*. Dei primi due passi testé citati già si è detto poc'anzi alle note precedenti (e su Gai 4.37, si avrà ancora modo di ritornare). In D. 13.1.7 pr. Ulpiano (42 *ad Sab.*) indica come 'alternativa' all'*actio furti* la *decisio furti* che, per l'appunto, *'tollit'* al derubato la legittimazione ad *agere* per la pena, ma non a *condicere* per la restituzione giacché il *decidere* (il comporre con una pena privata pecuniaria) si impone come *pro fure* solo in senso relativo e non assoluto: *si pro fure damnum decisum sit, conductionem non impediri verissimum est: decisione enim furti quidem actio, non autem condictio tollitur*. Quanto a D. 47.2.46.5 (*usque adeo autem diversae sunt actiones, quae eis competunt, ut, si quis eorum pro fure damnum deciderit, dici oporteat solummodo actionem sibi competentem amisisse eum, ceteris vero superesse. nam et si proponas communem servum subreptum et alium ex dominis pro fure damnum decidisse, is qui non deciderit habebit furti actionem*), Ulpiano (sempre nel libro 42 *ad Sab.*) prende in esame il caso di un furto di un *servus communis* cui faccia seguito solo con uno dei più *domini* il *pro fure damnum decidere*. Se questo comproprietario è destinato ad *amittere* l'*actio*, gli altri, scrive il giurista, sono invece ancora legittimati ad *agere furti*: ancora una volta il riferimento non può che essere ad una composizione pecuniaria *'pro fure'* (cioè, qui, sintagma avente il senso di 'a vantaggio, relativo, del ladro', atteso, peraltro, l'uso in forma attiva di *decidere* con soggetto il *dominus* derubato: così pure J.M. KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, 141 ss.) che preclude al derubato paciscente la promozione dell'azione nei confronti del ladro con cui è addivenuto all'accordo. Non troviamo più il sintagma *'pro fure'* (che assume, lo si è appena visto, differenti sfumature a seconda del contesto), ma solo *'decidere damnum'* in tre passi – D. 47.2.62(61).1-2; D. 47.2.62(61).5 – in cui il giurista Africano (8 *quaest.*) si occupa della problematica questione della *noxae deditio* del *servus fur* quale alternativa alla irrogazione al *dominus* della *condemnatio poenalis* (v., con ampia indicazione bibliografica, R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 105, ntt. 151-152): D. 47.2.62(61).1-2: *His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinquas*. 2. *Idem dicendum de eo, quem convenisset in causa redhibitionis esse, uti, quemadmodum accessiones et fructus emptor restituere cogitur, ita et e contrario venditor quoque vel damnum decidere vel pro noxae deditioe hominem relinquare cogatur*... 5. *Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aequè dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur*. Cfr., su tutti i testi or ora riprodotti, R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 7 ss., 38, nt. 137, 80, 82, 104 ss.

²⁶³ D. 2.14.7.14. V., per i casi trattati da Ulpiano e Africano, la nt. precedente.

²⁶⁴ E sempre che essa non designi, come pare accadere in Gai 4.37, la condanna al doppio per il complice, che abbia portato il proprio contributo materiale o morale per

riguardo all'integrazione generalmente riconosciuta di Tab. 8.16, nel suo più rigoroso e antico tecnicismo, sembra a me essere indice della imposizione *ex lege* al derubato di 'evitare il ricorso a sanzioni di carattere afflittivo', e – quindi – al *fur* di 'liberarsi dalle conseguenze personalmente negative previste per l'illecito perpetrato' (*decidere damnum*) con, rispettivamente, l'accettare e il pagare la *duplio*, quale composizione obbligatoria²⁶⁵. Ossia, in buona sostanza, mi pare essere il precetto in esame la consacrazione decemvirale della responsabilità conseguente la condotta illecita del *fur* e avente ad oggetto il pagamento al derubato di una pena pecuniaria a tasso predeterminato (*duplione*): e ciò – io credo – risulterebbe sufficientemente chiaro sia da quanto già da me congetturato intorno al primevo significato di *damnum* (in assai sensibile divergenza dal dominio concettuale di *noxia*)²⁶⁶, sia dalla parziale omologabilità semantica del *decidere* al *solve-*

la commissione di un *furtum*, «come [se fosse] un ladro» R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 108; v., sul punto, A. BURDESE, *Recensione* a P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, in *SDHI*, LXXIII, 2007, 534 s.

²⁶⁵ I seguenti due passi ciceroniani (già citati e ora per esteso riprodotti, sui quali, v. anche R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 40 s.) sembrano a me indice sufficientemente affidabile della possibile concezione per diritto decemvirale del *damnum* come 'conseguenza negativa sanzionatoria' e non come 'vincolo' in sé: Cic. *off.* 3.5.23: *hoc enim spectant leges, hoc volunt: incolumen esse civium coniunctionem, quam qui dirimunt morte, exsilio, vinclis, damno coercent*; Cic. *de or.* 1.43.194: *ex his enim et dignitatem maxime expetendam videmus, cum vera virtus atque honestus labor honoribus, praemiis, splendore decoratur, vitia autem hominum atque fraudes damnis, ignominiis, vinclis, verberibus, exsiliis, morte multantur; et docemur non infinitis concertationumque plenis disputationibus, sed auctoritate nutuque legum domitas habere libidines, coercere omnis cupiditates, nostra tueri, ab alienis mentis, oculos, manus abstinere.*

²⁶⁶ Cfr. *supra*, ntt. 146-147, ove, sulla scorta della omologazione post-aquiliana tra *damnum* e *noxia*, e della divergenza semantica tra *noxiam facere* (cagionare effetti negativi) e *damnum facere* (subire una perdita, contro il *lucrum facere* che è ottenere un guadagno), si attribuisce a *damnum* il senso originario di '(soggezione alle) conseguenze negative (sanzionate dall'ordinamento) della condotta (per altri) nociva tenuta dall'agente': *damnum*, insomma, sarebbe la sanzione imposta per la *noxia* e, per traslato, la soggezione a questa. Ciò, peraltro, potrebbe esser confortato – senza pensare alla artificiosa e problematica ricostruzione etimologica liebsiana basata su *dap (banchetto sacrificale) o a quella mommseniana incentrata su *damenon – dalla adesione all'elegante e innovativa teoria di Giovanni Semerano circa le basi semitiche delle lingue indeuropee, di modo che *damnum* ('venuta meno' in funzione oppressiva) si riconetterebbe non a *dare* e non a *daps*, bensì ad accadico *dapānum* (costringere), incrociato con base *da'ābu* (opprimere) e aramaico *dāhf* (costringere), calcato su ugaritico, aramaico, ebraico *dāman* (essere distrutto), *dāma* (piangere), *dā'ab* (languire, venir meno), *d'ābōn* (mancanza): v. G. SEMERANO, voce '*damnum*', in *Le origini della cultura europea*, II.2, cit., 382. Da ta-

re (e alla sua antitetività rispetto al *sarcire*)²⁶⁷. Un passo ulteriore – anzi, definitivo – verso la concezione del *furtum* assunto a fonte di *obligatio* (rapporto obbligatorio) e non solo allo stadio di illecito implicante ‘responsabilità penale’ (intesa come mera soggezione afflittiva), verrebbe testimoniato, sul nascere, dal codice decemvirale in Tab. 8.16: e, non a caso, in relazione all’impiego di un vocabolo, *damnum*, nel prosieguo del tempo intimamente legato al concetto di obbliga-

le stadio originario si sarebbe passati ad una concezione patrimonialistica di *damnum* che avrebbe così indicato la ‘perdita economicamente rilevante’ (anche quella derivante dall’irrogazione di una *poena* privata), nella permanenza formale-esteriore dell’espressione tecnica ‘decidere *damnum*’, talché quest’ultima sarebbe, nella più o meno netta consapevolezza dei consociati e degli utenti, transitata addirittura nella sfera della pattuibilità: se *damnum decidere* – locuzione i cui singoli termini dovevano essere intesi come due poli inscindibili di un unico solido concetto – era, in principio, sintomo del divieto del legislatore del quinto secolo a.C. di procedere a forme di vendetta, ossia sintomo della volontà di precludere l’offeso ad accedere a queste ultime (e, quindi, accettare come ‘satisfattivo-punitivo’ la *duplio*), esso poteva ben divenire indice della volontà delle parti (*lex*) di precludere all’offeso non più l’attampato ricorso a forme di ‘self-help’, ma la promozione dell’*actio* penale di furto.

²⁶⁷ Cfr., in termini simili ai miei, R. SANTORO, ‘*XII Tab.*’ 12.3, cit., 71 s., nt. 200, che, tuttavia, pare più propenso a una spiritualizzazione del *damnum*, vedendovi – sulla scorta di Voigt – un ‘vincolo’ (la cui originaria *decisio* dovesse implicare l’eteroriscatto, al pari delle prime forme di ‘obbligazione’ contrattuale, quali quella dei *vades* e dei *praedes*, ostaggi del creditore), laddove mi pare più corretto – sulla scia del Liebs – mettere in luce l’idea, più materiale, della ‘conseguenza negativa’ (al più, quindi, di un aspetto del ‘vincolo’) che il *fur* sarebbe stato tenuto a sopportare. Per una ponderata critica alla tesi dell’eteroriscatto v. R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 20 s., 26 ss. che giustamente osserva come sia ricavabile per il furto non flagrante un auto-riscatto (a parte la considerazione che il *decidere* nelle più recenti testimonianze è oggetto di un *oportere* in capo al convenuto). Il verbo *de-cidere* è composto di *de-* e *caedo*: sempre seguendo il Semerano, il preverbo in parola che ricalca fedelmente l’antica particella sumera *da*, in origine (nei dialetti italici antichi) avrebbe denotato solo l’idea di separazione e allontanamento (essendo il significato di ‘dall’alto al basso’ solo un derivato); *caedo*, invece si riallaccerebbe, tra l’altro, all’accadico *qašāšu*, *kašāšu*, *kāsu*, *gazāzu* (tagliare, distruggere), all’ugaritico *qš* (tagliare), all’arabo *qūd* (recidere): G. SEMERANO, voce ‘*caedo*’, in *Le origini della cultura europea*, II.2, cit., 357. *Decidere* ha in sé, quindi, l’idea dell’allontanarsi attraverso un taglio netto, sicché l’imperativo decemvirale di Tab 8.16 (in sostanza un divieto per il derubato e un comando per il *fur*) potrebbe ben avere avuto come destinatario (soggetto sottinteso) tanto l’offeso (come mi sembrerebbe preferibile: cfr. R. SANTORO, ‘*XII Tab.*’ 12.3, cit., 74, nt. 200 che cita Cic. *Q. Rosc. Com.* 32 e D. 47.2.46.5), quanto (ad onor del vero) l’offensore: 1) poni fine (da’ un taglio) al *damnum* che grava sul *fur* accettando la *duplio*; 2) evita il *damnum*, quale conseguenza del tuo agire, pagando la *duplio*. Insomma (sincreticamente) il legislatore verrebbe a dire: la conseguenza del furto non aggravato non sia più il *damnum* (ossia la *vindicta*, verisimilmente nella forma dell’*addicere*), ma la *duplio* (ossia l’obbligatoria composizione prefissata nel suo coefficiente di determinazione).

zione²⁶⁸. Se, nel campo ‘contrattuale’ dell’età arcaica, *vades* e *praedes* volontariamente si auto-pignoravano determinando una scissione soggettiva tra ‘Schuld’ e ‘Haftung’, di modo che uno fosse il debitore, uno fosse l’*obligatus*, la *lex* consacrata in Tab. 8.16 – con riguardo a quel campo che verso la fine dell’età repubblicana sarebbe stato formalizzato concettualmente come il campo della ‘*obligatio ex delicto*’²⁶⁹ – potrebbe considerarsi il segno di un duplice dato. Da un lato, in tale versetto potrebbe individuarsi la sostanziale e totalizzante ingerenza dello Stato nei rapporti tra offeso e offensore a fronte della commissione di un illecito laico, ingerenza manifestata nella volontà precettiva (cfr. l’imperativo *decidito*) di determinare compiutamente il passaggio dalla sanzione d’indole afflittiva (eventualmente connessa con la facoltà per l’offensore di chiedere – ma non pretendere – un *pacere*) alla composizione pecuniaria legale: e se pure le differenze terminologiche hanno un qualche rilievo, potrebbe congettuarsi che il ‘*poenae sunt*’ di Tab. 8.3 e Tab. 8.4 indichi solo la predeterminazione legislativa di una *poena* (da intendersi come ‘composizione volontaria’) alternativa alla *talio* (Cato *orig.* 81), mentre il ‘*damnum decidito*’ di Tab. 8.16 (oltre che di Tab. 12.3, contemplante il caso di colui che *vindiciam falsam tulit*), sia sintomatico della obliterazione delle forme edulcorate della *vindicta* (come la *talio* non predeterminata per il *membrum ruptum* di Tab. 8.2, o l’*addictio* di Tab. 8.14) e dell’affermarsi della ‘composizione obbligatoria’ come esito esclusivo. Dall’altro (*a fortiori*), sulla base del tenore letterale del *carmen* ‘*si adorat furto, quod nec manifestum erit, duplione damnum decidito*’ potrebbe pensarsi ad uno stadio pregresso in cui anche per il furto non manifesto (una volta accertato) si procedeva a sanzioni di carattere afflittivo (quale l’*addictio*); e ciò, per vero, in una ‘scansione sanzionatoria discendente’ ben determinata, per cui se per il *furtum manifestum* si riteneva necessaria unicamente una delibazione magistratuale per l’esercizio della *vindicta* attenuata quale sanzione afflittiva (e ciò ancora dopo la ‘codificazione’ decemvirale), per il *furtum nec manifestum* potrebbe ben congetturarsi uno stadio predecemvirale ancora afflittivo in cui era necessario l’accertamento e uno stadio decemvirale in cui, fermo restando il ricorso a previe forme di cognizione, si sostituiva la

²⁶⁸ R. SANTORO, ‘*XII Tab.*’ 12.3, cit., 71 s., nt. 200.

²⁶⁹ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 155 ss.

sanzione afflittiva (*damnum*) con una composizione imposta dall'alto che, invero, altro non era che pena pecuniaria (*duplio*)²⁷⁰.

Per dirla diversamente, insomma, alla luce delle pregresse argomentazioni, non mi sembra errato ritenere – sulla scorta del Liebs – che la perifrasi *decidere damnum* altro non sia che segno della fissazione della «Höhe der Busse nicht in einem Vergleich, sondern in einem regulären Gerichtsverfahren»²⁷¹; e che essa, astraendosi progressivamente dall'originario legame con l'ingerenza statuale, si sia imposta, più generalmente, come consolidata espressione tecnica tesa ad indicare, in senso dinamico, la convenzionale sostituzione²⁷² di un'originaria forma di conseguenza negativa con un'altra, in senso statico, la storica comminazione della pena privata pecuniaria in luogo della sanzione afflittiva²⁷³. Dal decemvirale *damnum decidere duplione* come divieto legale di procedere ad afflizioni personali e accettare una composizione pecuniaria (o, meglio, come sostituzione della *duplio* al *damnum*, verisimilmente poi cristallizzatasi nella formula dell'*actio furti nec manifesti*), si sarebbe passati al *damnum decidere* (eventualmente detto *pro fure*) significativo della preclusione per il derubato della stessa *actio furti* a fronte di un pagamento *a fure* (sostituzione della pena legale fissata nel multiplo con una volontaria composizione).

Pensare, come fa il La Rosa²⁷⁴, con sottili ed ampie argomenta-

²⁷⁰ E se in origine – ma si tratta di una mera ipotesi – *decidere* non fosse stato percepito come composto di *caedo*, ma di *cado*? Il precetto verrebbe letteralmente a significare: 'il *damnum* sia abolito e in suo luogo venga pagato il doppio'; poi, dal legislativamente imposto decadere (*de-cidere*) della sanzione afflittiva si sarebbe passati ad una esclusione (*de-cidere*), convenzionalmente prevista dalle parti, dell'azionabilità penalmente orientata per furto: donde la situazione non univoca testimoniata dalle fonti per cui talora il verbo è impersonale e passivo (D. 13.1.7 pr.), talaltra – con verbo in diatesi attiva – il soggetto è il *fur*, talaltra ancora è il derubato (D. 47.2.46.5).

²⁷¹ D. LIEBS, 'Damnum', cit., 188.

²⁷² Cfr. D. 13.1.7 pr.; D. 47.2.46.5.

²⁷³ Cfr. Gai 4.37.

²⁷⁴ Come si è poc'anzi rilevato, secondo questo studioso – che fonda la propria ricostruzione, *in primis*, come abbiamo avuto modo di sottolineare, sulle problematiche fonti atecniche delle commedie plautine (Plaut. *poen.* 785, 1342-1344, 1362, 1371; Plaut. *aul.* 399 ss.) – non sarebbe affatto vero, come vuole la *communis opinio*, che il codice decemvirale avrebbe previsto che il *fur* non manifesto fosse da portare in giudizio di cognizione per essere condannato, giusta il fruttuoso esperimento dell'*agere in personam* a mezzo di *sacramentum*, al pagamento del doppio e, solo di poi, in caso di mancato pagamento a favore

zioni (che, ad onor del vero, talvolta colgono pienamente nel segno contro la *communis opinio*²⁷⁵), che ‘anche’ per il *fur nec manifestus*

del derubato, fosse eseguibile con *manus iniectio*; secondo il La Rosa, contro di lui, invece, sarebbe stata da subito promuovibile un’azione esecutiva (con, al massimo, un sommario accertamento dei fatti), ma a differenza del caso del *fur* manifesto, il *fur nec manifestus* avrebbe potuto evitare la *addictio* pagando il doppio del valore della cosa rubata: ciò, in buona sostanza, si ricaverebbe dalla lettura del precetto decemvirale (riportato a dagli editori in Tab. 8.16) di cui a Fest. voce ‘*nec*’ (Lindsay 158).

²⁷⁵ Mi riferisco, più puntualmente, alla dettagliata interpretazione che l’autore (R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 79 ss., 85, 89) offre della formula contenuta in Gai 4.37: *SI PARET <LVCIO TITIO OPE> CONSILIOVE DIONIS HERMAEI FILII FVRTVM FACTVM ESSE PATERAE AVRAE, QVAM OB REM EVM, SI CIVIS ROMANVS ESSET, PRO FVRE DAMNVN DECIDERE OPORTERET*. Il testo, attesa la sua *conceptio* – da integrare, in adesione a G. BAVIERA, ‘*Auctores*’, in *FIRA*, II², Firenze, 1940, 158, con <LVCIO TITIO OPE>, ossia col nome in dativo del derubato e l’ablativo di *ops*, piuttosto che, conformemente a O. LENEL, *Das ‘Edictum perpetuum’*²³, Leipzig, 1927, 327, con <LVCIO TITIO A N. N. OPE>, non mi sembra, infatti, tale da permettere un’*interpretatio* per cui l’azione sarebbe indirizzabile e all’autore del furto e al complice: l’uso indubbio di *-ve*, difatti, ritengo possa escludere ogni riferimento al caso di furto compiuto in proprio (pensa, da ultimo, ad una duplice legittimazione passiva, P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., 75 ss.; ma v. le opportune note critiche di A. BURDESE, *Recensione* a P. FERRETTI, *Complicità*, cit., 534 s.). Ciononostante, attesa la forte inverosimiglianza dell’impiego della *manus iniectio* per il caso del *furtum nec manifestum* (e questo alla luce delle considerazioni svolte nelle note precedenti, nonché a mente di quanto ancora, nel prosieguo, si avrà modo di dire), non mi riesce di pensare ad altro strumento processuale impiegabile nel sistema antico delle *legis actiones* decemvirali onde accertare la commissione di un illecito (il furto semplice, appunto) privo di quella ‘circostanziazione’ tale da rendere, in concreto, superflua una sentenza dichiarativa (come sarebbe accaduto, invece, per il *furtum manifestum*): come ha dimostrato insuperabilmente P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 483 ss., 492 ss. (ripreso e ampliato, in modo convincente, sia da B. ALBANESE, *La nozione del ‘furtum’*, cit., 160 ss. sia, più di recente, da P. FERRETTI, *Complicità*, cit., 10 s.), per altro, non mi pare esistano elementi testuali insuperabili per escludere che in Cic. *nat. deor.* 3.30.74 il riferimento sia ad una *legis actio* dichiarativa (strutturalmente simile, come si è già notato, a quella *in rem* con *sacramentum* cui fa riferimento Gai 4.16) avente ad oggetto l’accertamento di un *furtum* che (non essendo qualificato da nessuna ulteriore ‘solarità’ aggravante) non abbisogna di essere più precisamente individuato (da attributi) e che è descritto come illecito *factum* (commesso) non solo *ope* (ossia, per lo stadio originario antecedente alla vasta dilatazione concettuale repubblicana, a mezzo di una *amotio* o di una *contractatio*), ma anche *consilio* (ossia deliberatamente): e, cioè, sia un furto commesso in proprio, non trattandosi, nello specifico, di un’ipotesi di complicità (cfr., per l’impiego congiuntivo, presso i *veteres* o *antiqui*, del nesso asindetico *ope consilio*, D. 9.2.27.21; D. 47.2.67[66].2; D. 47.2.37; D. 50.16.53.2; Gell. 11.18.14 che, così, paiono riferirsi a elementi costitutivi del delitto, su cui P. FERRETTI, *Complicità*, cit., 19 ss.): la locuzione *ope consilio*, infatti, sarebbe stata intesa disgiuntamente per indicare la ‘collaborazione’ solo a partire da Labeone (D. 50.16.53.2: cfr., *contra*, P. FERRETTI, *Complicità*, cit., 31; ma v. A. BURDESE, *Recensione* a P. FERRETTI, *Complicità*, cit., 536), seguito da Sabino (D. 47.2.36.2-3). Così, anche se effettivamente Gaio (Gai 4.37), ponendo in alternativa, tramite l’enclitica *-ve*, i termini *ope consilio*, si riferisse alla sola ipotesi di concorso nel de-

fosse già da subito impiegabile una *manus iniectio* (a prescindere, da tutti quei rilievi svolti nel precedente paragrafo, che evidenziano come sia dubbio, già per il *furtum manifestum*, che l'*addictio* magistratuale al derubato fosse, invero, l'esito della stessa procedura esecutiva cui veniva sottoposto il *confessus* e il *iudicatus*), comporta alcuni insolubili problemi di 'coerenza' interna (*ratio*) al sistema romano decemvirale. Le XII Tavole, difatti, così concependo il rimedio processuale per i furti non aggravati dalla flagranza, avrebbero irrazionalmente favorito – e assai pesantemente – il moltiplicarsi delle 'simulazioni di reato'²⁷⁶; per poi tacere del fatto che il solo supporto nei testi che – giusta, peraltro, una lettura nient'affatto pacifica²⁷⁷ – sarebbe decisivo al fine di costruire in termini di *manus iniectio*²⁷⁸, e non di

litto nella citazione della celebre *formula* con *fictio civitatis*, il passo ciceroniano del *de natura deorum* ben potrebbe dimostrare il fatto che il modello di detta *formula* di *actio*, esperibile contro il complice, sarebbe stata proprio l'azione volta a sanzionare il *fur nec manifestus*: pur cadendo un supporto testuale per suffragare la tesi della promozione di una *legis actio sacramenti in personam*, vi sono ancora, in definitiva, solidi appigli – a mio avviso – nel dettato ciceroniano. Ma, anche nell'ipotesi in cui si volesse negare alla formula attestata in Cicerone, il riferimento al furto commesso in proprio, io credo che, pur *rebus sic stantibus*, la logica stessa impedirebbe di ritenere il furto non aggravato dalla flagranza (potremmo dire, pertanto, semplice) immediatamente sanzionabile *in executivis*, senza alcun accertamento (se non una mera sommaria valutazione) dei fatti, laddove un tale accertamento (precluso, appunto, per il fatto principale) sarebbe previsto, al contempo, per il fatto dei concorrenti *pro furibus*.

²⁷⁶ Cfr., opportunamente, A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 186 s., secondo cui se una norma decemvirale – come quella ipotizzata dal La Rosa – avesse in effetti concesso al derubato la immediata subordinazione alla *manus iniectio* e alla *addictio* di un ladro non manifesto, essa, così disponendo, senza ombra di dubbio e, immotivatamente, avrebbe abilitato tutti coloro che avessero avuto necessità o, anche, solamente voglia di arricchirsi «a simulare di aver subito un furto e a trascinare davanti al tribunale il primo venuto, onde farselo *addicere*, senza ombra di prova o tutt'al più con l'ausilio di un esile *fumus* indiziario, dal magistrato giudicante». Insomma se si aderisse alla ricostruzione del La Rosa, sarebbe d'uopo ammettere che per il malcapitato (e 'inconsapevole' *fur nec manifestus*) l'unica via prevista dall'iniqua e assurda *lex* decemvirale per sottrarsi al destino dell'*addictio*, sarebbe stata quella di *duplione damnum decidere*, ossia di versare al sedicente derubato il controvalore della asserita refurtiva nel (o, forse meglio, sino al massimo del) *duplum*. Il che, ad onor del vero, mi pare alquanto arduo (se non impossibile) da credere.

²⁷⁷ Cfr., *infra*, circa la possibilità di interpretare, contro la ricostruzione di R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 70 ss., il *Poenulus* non come specchio di situazioni e istituti del mondo romano, ma come un adattamento – sovente non ben riuscito – a tale mondo di un originario modello greco.

²⁷⁸ *Rectius*, in termini di *addictio* magistratuale, attesa la inesistenza nel testo del *Poenulus* di espliciti richiami a detto *lege agere*.

lege agere sacramento, la repressione del furto non manifesto è dato, con tutti i problemi inesorabilmente connessi per quanto riguarda la loro fidabilità, da alcuni versi delle commedie di Plauto (*Poenulus* e *Aulularia*)²⁷⁹.

Una volta circoscritta la portata dell'imperativo '*duplione damnnum decidito*', quale sintomo della esplicita volontà del legislatore di 'troncare' con la tradizione pregressa e istituire un nesso tra commissione del furto non qualificato dall'essere *manifestum* e responsabilità penale pecuniaria, con ingerenza statuale nella sfera di determinazione tra le parti delle conseguenze negative dell'illecito, non solo sotto il profilo dell'imposizione del divieto di qualsivoglia forma di *vindicta* – ammessa ancora, in senso forte (fermo il limite formale della necessaria *ploratio*), per il furto notturno e per il *fur qui se telo defendit luci*, in modo assai più blando, per il *furtum manifestum* (per il quale è prevista la afflizione, magistratualmente autorizzata, del *ducere domum*, comunque componibile) –, ma anche sotto quello della pre-determinazione del multiplo con cui stabilire il *quantum* dovuto *poenae causa*, è d'uopo precisare il contesto in cui detto precetto si inserisce. Assai controverso, infatti, è il significato da attribuire *in complexu* al dettato del versetto decemvirale di Tab. 8.16 tratto da Festo (*si adorat furto, quod nec manifestum erit <duplione damnnum decidito>*), rispetto al più piano svolgersi delle notizie enucleabili da Gell. 11.18.15 e da Gai 3.190. Anzitutto, problematico risulta l'uso festino di una forma verbale singolarissima (*adorare*), nonché oscura, per certi versi, non

²⁷⁹ Ricordando, ancora, A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 185, non si può non concordare con l'insigne romanista là dove egli sottolinea anzitutto la pericolosità di fondare ricostruzioni di istituti del più antico diritto romano – come ha fatto, appunto il La Rosa – su commedie come il *Poenulus*, atteso che – senza peraltro considerare i problemi del modello greco –, come emerge dal canovaccio di tale opera plautina, «la faccenda è divertente, ma razionale non è, né del resto vuole esserlo»: come potrebbe dirsi integrato un furto da parte di un soggetto (il lenone Lico) che – con l'inganno – riceve nella propria abitazione uno schiavo (tale Collibisco) e una somma di danaro (trecento filippi) di proprietà di altri (ossia di Agorastocle)? Perché mai, di poi, questo inconsapevole (e l'elemento soggettivo dove è finito?) 'autore di furto' (meglio: soggetto 'incastrato' come ladro) – timoroso della minacciata *addictio* – prima scappa, poi, venuto a patti con il simulato derubato, non offre immediatamente la composizione pecuniaria nel *simplum* (i.e. i trecento filippi incassati), ma la rimanda – auto-pignorandosi – all'indomani, a seguito di una non meglio definita *auctio*? Se alla irrazionalità del 'plot' si aggiunge la derivazione greca di tutta la faccenda, molte sfumature, invero, paiono a me farsi più limpide.

può che definirsi la sintassi del versetto, stravagantemente 'complessa' rispetto alla struttura, solo assai limitatamente ipotattica, delle altre disposizioni decemvirali che non fanno impiego di proposizioni aggettive proprie come, comunemente, si reputa sia nel caso di specie (per altro, contraddistinto da un tempo verbale, il futuro *erit*, in funzione di copula, di difficile decifrazione).

Quanto al verbo *adorare*, lo stesso Festo dà una spiegazione di tal fatta:

Fest. voce 'adorare' (Lindsay 17): *adorare apud antiquos significabat agere; unde et legati oratores dicuntur, quia mandata poplui agunt*²⁸⁰.

Constatata l'equivalenza *agereladorare* nel lessico latino più antico e la pertinenza del lemma alla sfera dell'oralità sacrale-giuridica²⁸¹, si è costantemente riferito il verbo in oggetto all'ambito processuale, di talché la protasi della voce del *de verborum significatu* (Lindsay 158) dovrebbe tradursi con «si une persone en accuse une autre de vol», seppur non potrebbe negarsi anche una sfumatura tale da far pensare a una «réclamation extrajudiciaire»²⁸²: il che, all'evidenza, comporta di logica necessi-

²⁸⁰ Il verbo è, quindi, un composto di *orare* (che «nella lingua religiosa e giuridica» sta per «pronunciare una formula rituale' [con connotazione di solennità]»: C. DE MEIO, *Lingue tecniche*, cit., 76, che cita *Rhet. Her.* 2.13.20), cui si prefigge il preverbo «perfettivizzante» *ad-* che, oltre a mantenere il significato originario (locativo), aggiunge al verbo valore aspettuale ingressivo (A. TRAINA - G.B. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*⁴, Bologna, 1992, 214 ss.): *adorare* è, quindi, l'intraprendere il rituale solenne e formale di un *agere* (metter in moto).

²⁸¹ P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 72 (da cui si traggono le due citazioni in francese nel corpo di testo). Cfr., parimenti, E.H. WARMINGTON, *The Twelve Tables*, cit., 487 e nt. d. Più eversivo Yaron, ad avviso del quale, posto che la *Tabula* n. 8 contempla sempre 'reati' (il cui elemento oggettivo si esplica nella protasi introdotta da *si*), sostiene che il verbo *adorare* deve riferirsi all'illecito e non all'accertamento dell'illecito: *adorare*, in tal contesto, significherebbe accusare falsamente di furto, di modo che il versetto sarebbe da intendere non come volto a perseguire la condotta del ladro, a prescindere dal modo di integrarlo (E. YARON, 'Si adorat furto', in *RHD*, XXXIV, 1966, 510 ss. alla cui tesi aderisce R. WESTBROOK, *The Nature*, cit., 74 ss.); Lemosse, di poi, sulla scorta di Tab. 1.6, reputa che *adorare* debba intendersi come 'confessare' (M. LEMOSSE, *Les actions pénales*, cit., 184 ss.; *contra* v. le pertinenti obiezioni di L. PEPE, *Ricerche*, cit., 83, nt. 47); e Brogginì (G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve', cit., 63 ss.) pensa che il soggetto del verbo sia il magistrato, mentre per il Nicosia (G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, II, cit., 77 ss.), al più, detto soggetto sottinteso potrebbe esser il giudice (se non, e meglio, la parte).

²⁸² P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 72. Ciò viene messo in luce, opportunamente, anche da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 164 ss.

tà che il soggetto sottinteso sia il derubato e l'oggetto il *fur* (*furem*), sicché si potrebbe parafrasare con '*si is agit furti <cum fure>*', e quindi, intendere la proposizione come allusiva all'esperimento di una *legis actio sacramento in personam*. Ricostruzione questa, che, però, lascia in sospeso il perché della subordinata introdotta da '*quod*' (relativo, dichiarativo, causale, ipotetico?)²⁸³, nonché l'uso stravagante del futuro '*erit*' (sempre che non si voglia liquidare il tutto come una inelegante e farraginoso glossa: ma è tesi, a mio modo di vedere, assai poco plausibile, atteso che la congiunzione '*nec*' che Festo intende spiegare nella voce del suo 'lessico', ne sarebbe parte integrante).

Il versetto è lacunoso e di difficile decifrazione, ma vorrei comunque tentare, aggiungendo la mia ipotesi al *mare magnum* di congetture avanzate, una spiegazione che possa dar conto del precetto sintatticamente zoppicante, entro il più ampio sistema decemvirale che abbiamo sin qui tentato di ricostruire. Se si ritenesse che *adorare furto* in Tab. 8.16 significa 'agire per furto, a mezzo di *sacramentum* contro la persona del ladro', allora ciò non spiegherebbe di certo l'appesantimento della relativa e del verbo essere al futuro, peraltro poco congeniali, come si faceva sopra cenno, ad un periodare tendenzialmente paratattico – eccezione fatta per il frequente ricorrere dell'impianto (ipotattico) ipotetico²⁸⁴ – quale è quello del latino più arcaico²⁸⁵;

²⁸³ A. TRAINA - T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina*², Bologna, 1993, 368, 390, 424; ma v., sull'uso arcaico di *quod*, M. D'ELIA, *Sull'uso di 'quod' con il senso di 'si' nel latino giuridico*, in *Scritti in onore di G. Bonfante*, I, Brescia, 1976, 191 ss.

²⁸⁴ R. COLEMAN, *Conditional Clauses in the 'Twelve Tables'*, in *Aspects of Latin. Seventh International 'Colloquium' on Latin Linguistics (Jerusalem, April 1993)*, Innsbruck, 1996, 403 ss. Va notato, tra l'altro, che *si <sei* è una particella di origine pronominale il cui primo significato è l'avverbiale modale 'così': quindi si tratta di una particella che anche nel cd. 'periodo ipotetico' rivela il valore etimologico essenzialmente paratattico (cfr., ad esempio, Ter. *eun.*, 919; Plaut. *mil.* 571; Plaut. *trin.* 1187).

²⁸⁵ Cfr., in tema, S. BOSCHERINI, *La lingua della legge delle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano (Copanello 3-7 giugno 1984)*, Napoli, 1988, 45 ss.; G. CALBOLI, *Die Syntax der ältesten lateinischen Prosa*, in *Papers from the Seventh International Conference on Historical Linguistics*, Amsterdam - Philadelphia, 1987, 137 ss.; J. GUILLÉN, *El latín de las XII Tablas*, in *Helmantica*, LVIII, 1967, 341 ss. (e continuato in LIX-LX, 1968, 193 ss.; LXI, 1969, 67 ss.); G. RADKE, *Sprachliche und historische Beobachtungen zu den 'leges XII tabularum'*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1970, 232 ss.; F. SBORDONE, *Per la sintassi delle XII Tavole*, in *Syntelesia Arancio Ruiz*, Napoli, 1964, 334 ss.; F. STOLZ - A. DERNBURGER - W.P. SCHMID, *Storia della lingua latina*, cit., 61. Non mi convince appieno il pensiero di L. PEPE, *Ricerche*, cit., 165 – seppur

né le tesi di Yaron²⁸⁶ o di Watson²⁸⁷, del resto, paiono ben fondate.

Ma, invero, a prescindere dal problema della presenza della relativa, anche l'integrazione consueta '*duplione damnum decidito*' ha un che, per così dire, di claudicante: il precetto, infatti, verrebbe a dire in modo estremamente sintetico 'se il derubato agisce con *sacramentum* nei confronti del ladro non manifesto, allora il ladro sia tenuto al *damnum decidere* nei limiti del *duplum*'. Mancherebbe, a mio avviso, nella eccessiva economia del versetto, un passaggio fondamentale intermedio: quello del riconoscimento della responsabilità del ladro, giacché, se si guarda bene il testo, la protasi (in una con la proposizione relativa) non dice affatto 'se uno, che ha commesso furto non manifesto, viene convenuto con *legis actio sacramento in personam*', laddove il formulario 'casuistico' decemvirale o delle *leges regiae*²⁸⁸, a quanto mi sembra, connette direttamente e immediatamente la fattispecie illecita (i cui estremi sono espliciti nella protasi introdotta da *si*), alla sanzione: '*si membrum rup(s)it ... talio esto*', o '*si patronus*

parte da considerazioni analoghe alle mie – secondo cui «per giustificare la proposizione *quod nec manifestum erit ...* pare opportuno innanzitutto attribuire ad *adorare-agere* un valore più ampio, postulando che esso non alluda di necessità ad una procedura di accertamento, ma più in generale a una qualsiasi attività iniziata dal derubato, purché configurabile come *lege agere*; e in secondo luogo, ammettere che, proprio per il suo significato generale, la protasi *si adorat furto* non sia da porre in esclusiva relazione con il *furtum nec manifestum*: non è infatti fuori luogo ipotizzare l'esistenza di una disposizione sul *furtum manifestum* che iniziasse proprio con le parole *si adorat furto*. Infatti, qualora si immagini che *adorare* indichi un agire meglio definito del derubato, è evidente che la tipologia del reato verrebbe determinata dalle caratteristiche di questo agire». Mi sembra che, così argomentando, si confonda il piano fattuale-sostanziale con quello processuale (cognitivo-esecutivo), giacché la natura del fatto sarebbe determinata non dal suo essere sostanziale, ma dal 'processo'. Come dire: il furto è manifesto in quanto io agisco con un dato procedimento. Il rapporto tra fattispecie e mezzo processuale mi pare diverso, anzi inverso: io agisco in un dato modo in quanto voglio far valere un furto manifesto (e ove nel processo il magistrato delibi la corrispondenza del mio *petitum* alla realtà fattuale e giuridica, allora pronuncerà l'*addictio*). Insomma non è lo strumento processuale a determinare la natura di un illecito (o la sua forma di manifestazione); detta natura (o il suo circostanziarsi in dato modo) è determinata dal prodursi storico del fatto stesso; il processo, invece, accerterà come buona o meno la pretesa cognitiva o sarà teso, se del caso, alla esecuzione (nell'ipotesi del furto manifesto, dopo un sommario accertamento della esistenza dell'illecito e del suo essere manifesto).

²⁸⁶ E. YARON, '*Si adorat furto*', cit., 510 ss.

²⁸⁷ A. WATSON, '*Si adorat furto*', cit., 196.

²⁸⁸ Cfr., sul punto, R. WESTBROOK, *The Nature*, cit., 75; F. WIEACKER, *Die XII Tafeln*, cit., 472; Id., *Zwölftafelprobleme*, cit., 299.

clientes fraudem fecerit, sacer esto per fornire due soli esempi tra i molti possibili.

Nella protasi del *carmen* decemvirale in oggetto, invece, l'attenzione viene convogliata – e ciò è innegabile – non tanto sulla 'oggettività' della commissione del furto (come, di norma, ci si aspetterebbe), ma sull'esperimento di un'azione (il cui esito è, per sua natura, incerto, laddove, presentandosi un fatto come avvenuto – *membrum ruptum, fraus facta* –, si astrae da qualsivoglia problema procedurale di accertamento): dire che un cittadino *adorat furto* (nel senso di *agere furti*) è cosa ben diversa dal presentare la condizione certa (protasi) cui è subordinata la irrogazione di una sanzione (apodosi), ossia dal presupporre, in via immediata, che il cittadino ha subito un furto (*nec manifestum*). Io credo che nella lacunosità della breve voce festina, stando così le cose, si potrebbe spiegare la singolare presenza di *adorare*, nonché l'uso della proposizione subordinata introdotta da *quod* e connotata dalla presenza del verbo *esse* al futuro indicativo, dandosi rilievo sia all'incontestabile 'perfettizzazione' in senso momentaneo-ingressivo del composto *ad-orare*²⁸⁹, sia all'attribuzione, sulla scorta di Stolz e Schmalz (ripresi da D'Elia)²⁹⁰, di un valore ipotetico-condizionale alla congiunzione *quod*. In forza di ciò (pur nella consapevolezza della natura congetturale della soluzione), si potrebbe intendere e integrare il precetto nei seguenti termini: 'se <il derubato> intraprende il rito previsto per la repressione del furto <conclamato> (*si adorat furto*), nell'ipotesi in cui detto furto non sarà ['delibato' dal

²⁸⁹ A. TRAINA - G.B. BERNARDI PERINI, *Propedeutica*, cit., 214. *Adorare*, insomma, forma composta del semplice *orare*, significherebbe (facendosi leva sul valore locativo-ingressivo di *ad-*) non semplicemente 'agire', bensì 'iniziare un'azione' (*ad-*), formulando solennemente (*orare*) dinanzi al (*ad-*) magistrato la solarità (l'essere manifesto) del furto subito, onde ottenere l'*addictio* (ma l'azione viene solo iniziata in questo senso, donde l'impiego di *ad-*, giacché, in definitiva, il magistrato non ritiene essere integrata la circostanza aggravante): e ciò sarebbe inferibile, altresì, dal tenore dell'intero periodo (anzitutto dalla presenza della relativa e dal futuro *erit*) e dal significato 'esteso' di *agere*. Forse, peraltro, si potrebbe congetturare, con tutte le cautele occorrenti, che l'impiego di *adorare* in luogo di *agere* faccia riferimento, altresì, al fatto che il rito attivato dal derubato non è un *lege agere sacramento*, ma – fuori dai tipi del processo civile – una formale richiesta (*adoratio*) all'autorità cittadina per ottenere in via di *coercitio* (pilotata dalla *notitia furti*) la 'condanna' del *fur*, consistente nella sua *addictio*.

²⁹⁰ F. STOLZ - J.H. SCHMALZ, *Lateinische Grammatik. Laut- und Formenlehre; Syntax und Stilistik. Mit einem Anhang über Lateinische Lexicographie von F. Heerdegen*, München, 1910, 284 ss.; M. D'ELIA, *Sull'uso di 'quod'*, cit., 191 ss.

magistrato come] manifesto (*quod nec manifestum <escit> [erit]*)²⁹¹, allora l'asserito derubato²⁹² – potremmo dire: in via subordinata – 'corregga il tiro iniziale', modifichi *in minus* il proprio '*petitum*' e, pertanto, non prosegua per l'*addictio* del ladro (ché – come detto – il magistrato non ha ritenuto, in base ad una sommaria valutazione dei fatti, sussistere gli estremi dell'essere '*manifestum*' dell'illecito contestato al *fur*), ma '*<lege agito sacramento cum eo et> duplione damnum decid<e>[i]to*' (ossia: una volta accertato l'illecito, una volta quantificata l'entità del furto, sia escluso il *damnum* della *addictio*, in prima battuta richiesta, a mezzo del pagamento della *duplio*)²⁹³. Insomma, una cosa sarebbe l'*adorare furto*', un'altra l'*agere furti*': il che potrebbe, peraltro, spiegare il perché, senza ulteriori sottigliezze qualificative, Cicerone (nel *de natura deorum* 3.30.74) citi il '*furtum*' (e non, più puntualmente, il '*furtum nec manifestum*')²⁹⁴: riproducendo la battuta iniziale della *legis actio* (*sacramento in personam*) *furti*, l'oratore non aveva bisogno di specificare ulteriormente il tipo di delitto mediante l'apposizione dell'aggettivo *nec manifestum*, in quanto il solo menzionare la procedura sopraddetta (e non quella dell'*adorare additionis causa*) escludeva, in concreto, che si stesse trattando di (una procedura per la persecuzione di) un furto flagrante. Ma, come già detto, siamo nel campo delle congetture, sebbene una interpretazione così strutturata, credo, non stonerebbe affatto entro la *ratio* complessiva – formale e sostanziale – del regime predisposto dai decemviri in tema di furto, permettendo di risolvere alcune delle aporie innegabilmente persistenti nelle diverse ricostruzioni tentate.

²⁹¹ Correggo in tal modo la forma tradita '*erit*', ben consapevole che taluni grammatici moderni (cfr., per tutti, sulla base di Devoto e di Lindsay, C. DE MEO, *Lingue tecniche*, cit., 86) pensano a '*escit*' come ad un presente con ampliamento: ma v. Fest. voce '*escit*' (Lindsay 68); Enn. *ann.* (Vahl. ² 494), Acc. *trag.* (Ribb. ³ 266).

²⁹² Cfr., sull'omissione del soggetto espresso e del morfologicamente non segnalato mutamento degli agenti dall'apodosi alla protasi, G. PASCUCCI, *Aspetti del latino giuridico*, in *Studi italiani di filologia classica*, XL, 1968, 34 ss.

²⁹³ Il che non esclude, ovviamente, la portata più generale del '*damnum decidere*' come inteso *supra*, ben inseribile, altresì, in un ipotetico precetto decemvirale ove, direttamente, si contempra l'esperimento di un *lege agere sacramento* in prima battuta per la *duplio*.

²⁹⁴ V., sul punto, i dubbi di R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 80 ss., in merito alla mancata indicazione della non flagranza, oltre che in Cicerone, anche (e qui più fondatamente) in Gaio (Gai 4.37).

6. *Flagranza del furto e consumazione della fattispecie.*

Abbiamo visto che il diritto romano arcaico operava una somma divisione tra furto non manifesto e furto manifesto, concependo tale qualità (ossia l'essere *manifestum*) non come semplice condizione dell'azione (come, a mio modo di vedere, era invece, per diritto attico)²⁹⁵, bensì come elemento se non costitutivo del 'Tatbestand', comunque circostanziale-aggravante dell'illecito base (il furto come 'tipo' era uno, i fondamentali modi di manifestarsi del furto erano, invece, due²⁹⁶): sicché, qualora la fattispecie base – già perfetta in tutti i suoi elementi costitutivi – fosse stata circostanziata dal suo manifestarsi 'evidentemente' *in rerum natura*, ciò avrebbe comportato un aggravamento della pena prevista per l'ipotesi base: non più, cioè, la *poena dupli*, bensì la *poena quadrupli* secondo il regime pretorio, la *poena capitis* per quello decemvirale (ferma rimanendo la disciplina del *ius occidendi* consacrata in Tab. 8.12 e Tab. 8.13, rispettivamente per il '*furtum [manifestum] nox*' e per il '*furtum [manifestum] luci* da parte di un *fur qui se telo defendit*'). E ciò, evidentemente, a differenza del regime solonico del furto che – stando alla ricostruzione da me operata – non veniva affatto 'aggravato' dalla flagranza, permettendo quest'ultima – coll'integrarsi di una fattispecie a monte già circostanziata vuoi dall'oggetto, vuoi dal tempo, vuoi dal luogo – solo l'esperibilità di una 'procedura capitale per direttissima', diversa da quella (sempre capitale) ordinaria.

Non resta che tentare, sulla scorta delle fonti, di individuare l'estensione concettuale di '*manifestum*', come del resto, in parallelo, abbiamo fatto per diritto greco. Un dato da cui partire è pacifico: nessuno dubita che il concetto di *manifestum* abbia a che fare con la nozione di 'flagranza': questa si imporrebbe come *discrimen* tra l'una o l'altra forma di persecuzione, tra l'una o l'altra irrogazione di pena; ma ciò nulla dice in merito alla portata e alla estensione del concetto. Quale è cioè la linea di confine tra un furto flagrante e un furto non flagrante?

²⁹⁵ Cfr., *supra*, al capitolo secondo, il § 3.

²⁹⁶ Atteso che pur venendo previsti il *furtum conceptum* e il *furtum oblatum* non erano due illeciti ma l'oggetto di azioni: non avrebbe senso un furto preso o un furto offerto, se non si intende qui *furtum* come sinonimo di *res furtiva*.

Sovente – come ricordava il Carnelutti – l'etimologia può essere un ausilio imprescindibile tanto per il giurista quanto per lo storico: così Huvelin, sulla scorta del Mommsen²⁹⁷, sosteneva che l'aggettivo latino avesse in sé l'idea di *manus* e di *fendere* e che, una volta considerato *furtum* nella sua accezione materiale (*res furtiva*), il sintagma stesse per «choses volées (*furtum*) qu'on touche de la main (*manifestum*)»²⁹⁸ e che, pertanto, fosse essenziale una *deprehensio* dell'oggetto.

Di contro, il De Visscher, adagiandosi sulla soluzione etimologica del Walde (secondo cui *-festus* sarebbe foriero dell'idea di 'impadronirsi')²⁹⁹, riteneva che l'aggettivo *manifestus*, originariamente, per diritto civile antico, potesse qualificare solo il *fur* e non il *furtum*, ossia «celui qui tient la chose en main» (*fur manifestus*)³⁰⁰: unicamente il fatto che il ladro fosse stato nel possesso della cosa (cioè *cum furto*), avrebbe costituito il requisito essenziale della originaria flagranza, requisito in assenza del quale nessuna *deprehensio* avrebbe potuto prender luogo. Ad avviso dello studioso belga solo con l'affermarsi del diritto pretorio, l'aggettivo sarebbe stato impiegato non tanto per indicare uno stato di flagranza integrato dalla sorpresa del *fur* con la re-furtiva, quanto per qualificare il contegno illecito stesso (e non solo il soggetto attivo), di modo che un *furtum manifestum* sarebbe stato posto in essere là ove il fatto, materialmente inteso, fosse stato sorpreso (*deprehensum*) 'dum fit': o, per dirla diversamente, là ove fosse stato colto *in faciendo* il ladro nella fase di svolgimento dell'*iter delicti*, quando ancora il reato non si fosse 'consumato'.

Più di recente il Pugsley³⁰¹, seppur in mancanza di qualsivoglia appiglio testuale, ha inteso scorgere (arditamente) nella prima parte del no-

²⁹⁷ T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 750, nt. 4.

²⁹⁸ P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 488.

²⁹⁹ A. WALDE, voce '*manifestus*', in *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*², Heidelberg, 1910; cfr., altresì E. ERNOUT - A. MEILLET, voce '*manifestus*', in *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1959, che dubitativamente propongono un parallelo con *infestus*, per poi concludere che il secondo elemento della parola è di origine oscura; v., altresì, G. SEMERANO, voce '*manifestus*', in *Le origini della cultura europea*, II.2, cit., 467, secondo cui *-festus* indicherebbe il fatto, l'operare (tanto che *infestus* sarebbe 'colui che opera contro'), dall'accadico *epištu*, *epēšu*, *epūšu* (operare, azione, fatto): indi, si potrebbe dire che manifestus è colui che viene 'agguantato', 'preso di mano', sul fatto (cfr., altresì E. RIGANTI, *Lessico latino fondamentale*, Bologna, 1989, 117 [n. 13.85], che rammenta il tedesco 'handhaft' nel senso di 'preso con le mani nel sacco').

³⁰⁰ F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus*', cit., 453.

³⁰¹ D. PUGSLEY, '*Furtum*', cit., 139 ss. *Contra*, v. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 64, nt. 32.

stro aggettivo ‘*mani-*’ un riferimento alle *res mancipi*, sicché *ab origine*, a detta del romanista il *furtum manifestum* sarebbe consistito nella sottrazione di una delle *res pretiosiores* (dove la severità della sua persecuzione), laddove il *furtum nec manifestum* avrebbe riguardato solo le *res* di inferiore valore economico. Altra tesi singolare, senza ombra di dubbio, quella del Kelly: il furto manifesto in antichità non sarebbe stato il furto scoperto in flagrante, bensì il furto pienamente e direttamente provato nei confronti di qualcuno; e ciò – ad avviso dell’autore – spiegherebbe il perché il diritto decemvirale avesse equiparato il furto *manifestum* a quello palesatosi a seguito del rinvenimento della *res furtiva* nell’altrui dimora a mezzo della solenne procedura di ricerca effettuata ‘*lance et licio*’, testimoniataci dall’epitome di Paolo Diacono a Festo, da Gaio e da Gellio³⁰². Per lo studioso se ciò, quanto all’interpretazione del *furtum ma-*

³⁰² Paul.-Fest. voce ‘*lance et licio*’ (Lindsay 104): *Lance et licio dicebatur apud antiquos quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum familiae aut virginum praesentiam* (cfr., parimenti, le *glossae* torinesi alle *Institutiones* di Gaio in S. RICCOBONO, ‘*Leges*’, cit., 60): su cui E. PERUZZI, *La ‘quaestio cum lance et licio’, ovvero le nudità dei romani e la pudicizia dei sabini*, in *Cultura*, VI, 1968, 161 ss. (nonché in ID., *Origini di Roma*, I, *La famiglia*, Firenze, 1970, 77 ss.). V., sulla sostituzione pretoria del mezzo sostanziale della *quaestio* con il mezzo processuale prima inesistente della *actio prohibiti furti*, Gai 3.192 (*Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, iubet id lex furtum manifestum esse*). Sulla equiparazione tra *furta manifesta* (per natura) e *furta concepta per lancem liciumque*, resi *manifesta* (per legge), v. Gell. 11.18.9 (*Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt*); sulla formale abolizione della *quaestio* a mezzo della *lex Aebutia*, Gell. 16.10.8. Sulla procedura magico-giuridica della *quaestio* in oggetto cfr., da ultimi, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 167 ss.; T.D. FRAZEL, ‘*Furtum and the Description of Stolen Objects in ‘Cicero in Verrem 2.4’*’, in *AJPh*, CXXXVI, 2005, 363 ss.; U. MANTHE, ‘*Lance et licio*’, in W. ERNST - E. JAKAB (ed.), ‘*Usus Antiquus Juris Romani*’. *Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, Berlin - Heidelberg, 2005, 163 ss.; M. ZABLOCKA, ‘*Quaestio lance et licio*’, in *Iura*, LIV, 2003, 108 ss.; v., altresì, E.C. MARCHANT, *On the Ancient Law of Searching*, cit., 101 s.; C. VON SCHWERIN, *Die Formen der Haussuchungen in indogermanischen Rechten*, Mannheim, 1924, *passim*; E. GOLDMANN, in *Recensione* a C. VON SCHWERIN, *Die Formen*, cit., in *ZSS*, XLV, 1925, 457 ss.; D. DAUBE, *Some Comparative Law: ‘furtum conceptum’*, in *TR*, XV, 1938, 48; A. EHRHARDT, *The Search*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, 1962, Milano, 155 ss.; F. HORAK, voce ‘*Quaestio lance et licio*’, in *RE*, XXIV, Stuttgart, 1963, 788 ss.; G. WOLF, ‘*Lanx*’ und ‘*licium*’. *Das Ritual der Haussuchung im altrömischen Recht*, in *Symptica Franz Wieacker*, cit., 59 ss.; P.G. MAXWELL-STUART, ‘*Per lancem et licium*’, cit., 1 ss. In specifico sul *lanx* (che E. GOLDMANN, in *Recensione*, cit., 460, interpreta – sulla base di Petron. *sat.* 97 – come uno ‘specchio magico’) inteso generalmente come ‘piatto’, cfr. P. HUVELIN, *Magie et droit individual*, in *Année sociologique*, X, 1907, 16, nt. 5; H.A. CAHN - A. KAUFMANN-HEINIMANN, *Der spätromische Silberschatz von Kaiseraugst*, Derendingen, 1984, *passim*; L. PIRZIO STEFANELLI, *L’ar-*

nifestum, «is not more than a nuance», tuttavia «its effect on the notion of *furtum nec manifestum* is considerable», dal momento che «this would not have the cumbersome meaning 'furtum committed by someone not caught red-handed in *contrectatio*', but merely *furtum* not clearly proven against a particular defendant»³⁰³. Il che, ad onor del vero, mi pare alquanto bizzarro, giacché, se la teoria del Kelly fosse corretta, ciò significherebbe che l'ordinamento romano avrebbe inteso punire con la pena del doppio un fatto la cui esistenza o la cui responsabilità non erano, in effetti, «clearly proven»; inoltre, come già s'è acutamente osservato, «proprio il fatto che per equiparare il ladro, smascherato dal fruttuoso esito di una solenne '*quaestio lance et licio*', al *fur manifestus* sia stato necessario ricorrere ad una norma di legge potrebbe semmai fornire un decisivo indizio (di segno precisamente opposto a quello che è parso di poter cogliere al Kelly) per affermare che il *furtum manifestum* era in senso proprio quello commesso dal ladro colto in flagrante»³⁰⁴.

Se l'etimologia, in questo caso, non pare essere di ausilio eccessivo, e se alcune suggestive tesi non trovano – seppur nel loro rigore logico – appigli testuali, mi pare imprescindibile soffermarsi proprio sul dettato delle fonti romane, tentando di risalire più indietro possibile nel tempo, onde poter configurare nel modo più verisimile possibile il concetto di 'flagranza' per il periodo decemvirale.

Non si può che partire, attesa la natura del presente scritto, dal passo gelliano contenente il pensiero di Masurio Sabino, per poi passare ad una *scriptura* del suo discepolo, Cassio, contenuta nel commentario ulpiano *ad Sabinum*, e, infine, concludere – questa prima battuta – con la riproduzione di una *quaestio* di cui Giuliano si era

gento dei Romani, 1991, *passim*; F. FLESS, *Opferdiener und Kultmusiker auf stadtröm. histor. Reliefs*, 1995, 19 ss. (per le fonti antiche, come strumento di lavoro o di cucina, cfr. Petron. *sat.* 28; Mart. 7.48.3, 11.31.19; come piatto sacrificale, Verg. *georg.* 2.194; Verg. *aen.* 8.284). Sul *licium* (comunemente interpretato come laccio-perizoma teso a proteggere l'inquirente, o a evitare la fuga del ladro, e da connettersi ai 'nodi' magici [v. P.G. MAXWELL-STUART, '*Per lancem et licium*', cit., 3], ma arditamente concepito altresì come 'bandana rituale' di origine etrusca [G. WOLF, '*Lanx' und 'licium*', cit., 59 ss.]), v. E. WICKERT, voce '*licium*', in *RE*, XIII, Stuttgart, 1926, 505; D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik*, Darmstadt, 1994, 176 ss.; M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, cit., 615 ss. (per le fonti antiche, v. Verg. *ecl.* 8.73; Verg. *georg.* 1.285; Plin. *nat. hist.* 28.31.121; Petr. *sat.* 131; Ov. *fast.* 571 ss.).

³⁰³ J.M. KELLY, *Roman Litigation*, cit., 143.

³⁰⁴ R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 78.

occupato (sicché già da questi dati, all'evidenza, non parrebbe possibile tornare più indietro del primo secolo d.C.)³⁰⁵:

Gell. 11.18.11: *'Manifestum' autem 'furtum est', ut ait Masurius, 'quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat'.*

Ulp. 41 *ad Sab. D. 47.2.5 pr.-1: Sive igitur in publico sive in privato deprehendatur, antequam ad locum destinatum rem perferret, in ea causa est, ut fur manifestus sit, si cum re furtiva deprehendatur: et ita cassius scripsit. 1. Sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur.*

Ulp. 41 *ad Sab. D. 47.2.3.2: Sed utrum ita demum fur sit manifestus, si in faciendo furto deprehendatur, an vero et si alicubi fuerit deprehensus? et magis est, ut et iulianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, ad tamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat.*

Anzitutto credo che la subordinata temporale *'dum fit'* del passo di Gellio debba essere intesa, in forza del contesto e massimamente alla luce della puntualizzazione ad essa seguente, in senso 'egressivo', o – meglio – di «successione immediata»³⁰⁶, indicando essa il 'termine finale' della proposizione sovraordinata: Sabino, in altre parole, riterrebbe che il furto sia da considerare flagrante qualora sia possibile una *'deprehensio'* ossia un 'sorprendere', un 'cogliere' l'illecito fintantoché la fattispecie delittuosa stessa non si sia – per usare terminologia moderna – 'consumata'. Dunque, *'dum fit'* non andrebbe inteso semplicemente nel senso di una concomitanza generica o di un parallelismo cronologico ('mentre il furto si compie', cioè mentre, secondo il caso più tipico e antico, viene posta in essere l'*amotio* o *ablatio rei*). E Sabino, immediatamente dopo – ovviamente sempre a mezzo di Gellio – ci informa con puntualità del momento (e del luogo) consumativo del delitto di furto, vale a dire della sua *'finis faciendi'*, del *quando* e

³⁰⁵ Sui passi, v. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 68 ss.

³⁰⁶ Cfr. A. TRAINA - T. BERTOTTI, *Sintassi normativa*, cit., 422.

dell'*ubi* dell'esaurimento dell'*iter delicti*: si tratta non della fine dell'atto materiale di *aufferre* o *amovere* (ipotesi normali, ma non esclusive), bensì del *locus* e del *tempus* in cui la *res furtiva*, una volta *subrepta*, è stata condotta per essere nascosta secondo il piano ideativo del *fur* (cioè secondo il progetto culminato nella risoluzione delittuosa e sfociato nella preparazione, esecuzione e perfezione dell'illecito). Sulla scia del proprio maestro, Cassio (come apprendiamo da Ulp. 41 *ad Sab. D.* 47.2.5 pr.-1) ci specifica che il *fur* non può più considerarsi *manifestus* una volta che egli sia riuscito a *perferre*, ossia a portare a destinazione la *res furtiva*, anche se venga – dopo tal momento – *deprehensus cum re furtiva*: insomma, anche per questo giurista, è manifesto il ladro³⁰⁷ che sia colto con la cosa rubata, purché l'*iter* dell'illecito non si sia del tutto concluso (ossia non si sia consumato il processo del delitto con il raggiungimento da parte della *res* del luogo *quo fur eam destinavit*).

Secondo la tesi patrocinata dalla scuola sabino-cassiana, insomma, è manifesto il furto qualora venga colto il *fur* ancora nel compimento del fatto materiale; qualora il furto sia sorpreso nel suo svolgimento, ancora *in itinere*, la fattispecie non si è 'esaurita' e non si è ancora pervenuti, pertanto, alla fase del *post delictum*. Sembrerebbe, infatti, a me che secondo tale orientamento – avendo riguardo al caso non di semplice *contrectatio*, ma di vera *subreptio* consistente in un *aufferre* – il tempo e il luogo di sottrazione (*locus et tempus amotionis rei*) non siano quelli della 'consumazione' (intesa, appunto, come momento spazio-temporale che segna la massima gravità dell'illecito e fa sì che il *delictum* cessi come 'fatto giuridico'³⁰⁸), ma solo quelli della 'perfezione' (ossia quello del momento spazio-temporale in cui il delitto è venuto sì in esistenza, ma non ha raggiunto ancora la sua *akmè*, essendo la cosa ancora *in loco*, pur essendosi integrati tutti gli elementi strutturali della fattispecie): il furto per la scuola sabiniana si consumerebbe non già con la *contrectatio* (il semplice *tangere*, l'entrare in contatto³⁰⁹) o con la *oblatio* (spostamento

³⁰⁷ Cfr. sulla receniorità di *furtum* rispetto a *fur*, F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, cit., 450 ss.

³⁰⁸ Cfr., sul punto, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 444.

³⁰⁹ Come sappiamo il concetto primevo di furto era alquanto ristretto: tanto da poter essere considerato, sotto il profilo materiale, come la sottrazione (l'*aufferre*) di una

della *res* dalla portata del derubato), ma – parrebbe – con la *illa-*

cosa mobile, se non anche di una persona libera *alieni iuris*, come potremmo ricavare dalla lettura di D. 47.2.14.13 e D. 47.2.38, nonché di Gai 3.199. Se invece si prendono in considerazione periodi più recenti (età repubblicana avanzata ed età classica), il concetto di furto non è limitato al caso di sottrazione (dolosa) di cosa altrui, ma in tal concetto si ricomprendono numerose fattispecie che addirittura non sono connotate da alcuna forma di *amotio*, ma sono accomunate dalla perdita subita dal soggetto passivo del delitto a cagione della condotta dolosa altrui *cum lucro*. Basti pensare che in epoca precedente a Sabino era possibile concepire un furto che non si concretasse in un *occulte tollere* o in un *clam subripere*, dacché Gellio, nel suo celebre resoconto, si industria nello spiegare come per diritto romano, benché la cosa potesse essere così stravagante agli occhi di un profano, non si dovesse concepire il furto solo come una ‘sottrazione clandestina’ (Gell. 11.18.12-13: *Sed quod sit ‘oblatum’, quod ‘conceptum’ et pleraque alia ad eam rein ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque iniucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. 13. In quo id quoque scriptum est, quod vulgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonium, qui fundo, quem conduxerat, vendito possessione eius dominum intervertisset. Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit furem esse hominis iudicatum, qui, cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset*, Gell. 11.18.19: *Quam caste autem ac religiose a prudentissimis viris, quid esset ‘furtum’, definitum sit, praetereundum non puto, ne quis eum solum esse furem putet, qui occulte tollit aut clam subripit*). Gellio, come si può notare, consiglia all’uopo la lettura del *de furtis* di Masurio Sabino, considerato come una importante fonte di *neque inutilia cognitu neque iniucunda*; indi l’erudito romano, a mo’ di esempio, rammenta due casi particolari che potrebbero interessare e stupire il lettore non esperto: tra le stranezze del diritto penale romano *in primis* Gellio ricorda la configurabilità del *furtum fundi* (cfr. D. 41.3.38; D. 47.2.25 pr.; Gai 2.51: importanti notazioni in R. ASTOLFI, ‘*Furtum fundi*’, *iurisprudentia*, ‘*Sabinus*’, in *SDHI*, LI, 1985, 402 ss.) esclusa, peraltro, da giuristi del secondo secolo d.C., ma ammessa da *quidam veteres*, ossia da alcuni giuristi repubblicani, e con buona probabilità da Sabino stesso (che così sostiene l’esistenza di un furto *sine amotione* e *sine contractatione*, un furto vale a dire consistente solo in una ‘perdita’ cagionata dolosamente). Ma furto, dice Gellio, è pure il caso di chi, per impedire a un tale la vista del servo fuggitivo, fa svolazzare il proprio mantello: si tratta anche qui di un caso che, all’evidenza, non è più connotato dalla materiale sottrazione (*amotio*) della *res mobilis* né tanto meno da un mero contatto fisico (*tangere, contractare*) con il *servus* ‘rubato’, come era probabilmente in una fase anteriore (cfr., sulla *contractatio*, J. BUCKLAND, ‘*Contractatio*’, in *LQR*, LVII, 1941, 467 ss.; B. COHEN, ‘*Contractatio* in Jewish and Roman Law’, in *RIDA*, II, 1949, 133 ss.; A. WATSON, ‘*Contractatio* as an Essential of ‘*Furtum*’, in *LQR*, LXXVII, 1961, 256 ss.; Id., ‘*Contractatio* again’, in *SDHI*, XXVIII, 1962, 331 ss.). Se, però, durante l’età repubblicana si affermò una nozione così estesa di furto che non implicava di necessità l’*auferre*, ci sono alcuni esempi databili sul finire della repubblica che attestano la chiara volontà di restringere la sfera del furto (D. 47.2.21 pr.): così si tenterà da parte di Trebazio Testa di insistere sul nesso materiale tra soggetto attivo dell’illecito e *res furtiva* attraverso il concetto di *tangere*, equivalente di quel *contractare* più tardo che si imporrà come condotta materiale imprescindibile del furto (Paul. 39 *ad ed.* D. 47.2.1.3: *Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessioni-*

*tio*³¹⁰, ossia quando la *res* era 'perlata' al luogo deputato al nascondiglio. In tal momento e in tal luogo (*locus et tempus commissi delicti*) si avrebbe la *finis faciendi*, l'esaurimento della fattispecie delittuosa, oltre la quale, come abbiamo detto, si entra nella fase del *post delictum* e, altresì, della post-flagranza: solo prima di tale linea di *discrimen*, e a condizione che vi sia una *deprehensio cum re* (o, a più forte ragione, che il ladro sia *deprehensus* nel luogo e nel momento della *subreptio*), sarebbe lecito parlare di flagranza, nelle ipotesi comuni di furto implicanti un *tollere*, un *amovere*, un *subripere*³¹¹.

Ciò detto, non mi pare si possa parlare di una equivalenza tra la *deprehensio dum fit* di Sabino e il *deprehendere in faciendo furto* di Giuliano (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.3.2)³¹², benché le soluzioni circa

svē. quod lege naturali prohibitum est admittere). E tal restringimento tendenziale potrebbe essere alla base del dubbio labeoniano in merito alla natura o meno di furto dell'atto di chi sleghi da vincoli uno schiavo altrui *ut fugeret*: il *tangere* (o *contractatio*) di certo, in un caso siffatto, ben può considerarsi esistente, sicché si potrebbe anche sostenere che il giurista non era sicuro dell'integrazione degli estremi del furto in quanto, pur essendoci una perdita da un lato e una *contractatio* dall'altra, mancava una sottrazione a vantaggio del soggetto attivo (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7.7: *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere*). Contro tale ricostruzione si v. H. NIEDERLAENDER, *Die Entwicklung des 'furtum' und seine etymologische Abteilung*, in ZSS, LXII, 1950, 253 ss., che pensa a una «heimliche Sachentwendung» (ritenendo che solo Sabino avrebbe ammesso innovativamente la possibilità di un *furtum aedium*); v., proficuamente, su tali tematiche B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 8 ss., 29 ss. 121 ss.

³¹⁰ Cfr. F. ANTOLOSEI, *Manuale di diritto penale*, I, *Parte speciale*, Milano, 2002, 305.

³¹¹ Ovviamente il discutere in via esclusiva le ipotesi del testo non significa disconoscere che per Sabino, malgrado il grande rilievo dato all'*adtrectare*, l'esistenza del furto non era pregiudicata, talora, dall'assenza della *contractatio*, giacché non corrisponderebbe al vero sostenere che per questo giurista il *tollere*, l'*amovere*, il *subripere* sono sempre coesenziali all'integrarsi della fattispecie (così, B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 118 ss., 139; *contra*, P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 503 ss.): in Sabino, cioè, come testimonia l'ammissione – in linea di continuità con l'epoca repubblicana – del *furtum aedium* (Gell. 11.18.13) e del *furtum sine adtrectatione* (Gell. 11.18.22), il contatto fisico colla (o anche la rimozione della) *res furtiva* erano la norma, ma non l'assoluto.

³¹² Sul pensiero di Giuliano in tema di *furtum* non si può che rimandare alla completa disamina dell'Albanese (B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, in *AUPA*, XXV, 1957, 28 ss.), cui mi permetto di aggiungere quanto io stesso ho avuto modo di scrivere circa la singolarissima posizione di tale *iurisperitus* in merito alla commissione del *furtum pignoris* (*furtum rei suae*: D. 47.2.19.6; D. 47.2.67 pr.; C. 7.26.6) nel caso di vendita da parte dello stesso debitore ipotecante (*dominus*) della *res alii obligata* (a mio avviso necessariamente reale e non solo obbligatoria, sì che per il giurista adrianeo sarebbe comunque necessaria, in qualche modo, anche in tale frangente).

l'essere *manifestum*, infine, siano coincidenti³¹³. Se *dum fit* ha valore egressivo ('fintantoché il furto non sia consumato'), le espressioni *in faciendo furto deprehendatur* o *ibi deprehendatur ubi furtum fecit* (con cambio di prospettiva che da oggettivo si fa soggettivo³¹⁴), non credo abbiano la stessa sfumatura: piuttosto mi sembrano aver funzione 'durativa' (se non ingressiva) e mi pare, pertanto, si riferiscano non alla *fnis* ma all'*initium* della condotta materiale illecita, alludendo al 'cogliere' il ladro nel mentre sta sottraendo la *res* (tanto che, all'evidenza, Giuliano-Ulpiano contrappone ciò al 'cogliere' il ladro in un momento successivo e in un luogo diverso da quello della *amotio*): il *facere furtum* non significa che il furto sia consumato, ossia che l'*iter criminis* si sia esaurito, bensì che al momento della *deprehensio* detto *iter* 'era iniziato' e 'si stava svolgendo nella fase della *amotio*'. Anche nel giurista adrianeo, comunque, pur non facendosi allusione alcuna alla determinazione della consumazione del delitto quale *discrimen* tra flagranza e non flagranza (ovviamente in potenza), rinveniamo una nozione di *fur manifestus* abbastanza estesa che congloba sia l'ipotesi in cui egli sia colto *in faciendo* (cioè nel luogo dell'*amotio*, e durante la *amotio*), sia quella in cui egli sia colto, seppur non *in faciendo*, tuttavia *cum re furtiva* (cioè nel 'possesso' del *furtum*) e in un momento anteriore alla illazione di detta *res* nel luogo di destinazione³¹⁵.

Secondo altra più tarda scuola di pensiero, invece, che – a differenza dei sabino-cassaini – pare identificare sotto il profilo oggettivo la *contractatio* (che da Trebazio Testa acquista progressivamente sempre più rilievo) con il *furtum*³¹⁶, la nozione sottesa all'aggettivo *manifestum* sarebbe ben più ristretta, in quanto essa avrebbe a che fare solo con l'*initium* del materiale *iter delicti*, vale a dire con il *faciendi furti tempus*, ove il *furtum facere* (al pari di quanto mi pare lecito inferire dal passo ulpiano di

te la *contractatio*, come testimonierebbe altresì, D. 47.2.52.16; D. 47.2.57.3): C. PELLOSO, *Influenze greche nel regime romano della 'hypotheca'?*, in *Teoria e storia del diritto privato*, I, 2008, 34 ss., 103 ss.

³¹³ Mi discosto, così, in parte, dal pensiero di L. PEPE, *Ricerche*, cit., 72, secondo cui il *deprehendere dum fit* (sia sabiniano che gaiano) e il *deprehendere in furto faciendo* (giuliano) sarebbero equipollenti.

³¹⁴ V., sul punto, F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, cit., 148 ss., 160 ss.

³¹⁵ Cfr., sul passo, da ultima, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 75.

³¹⁶ V., in tema, con riguardo puntuale alla celeberrima definizione contenuta in Paul. 39 *ad ed.* D. 47.2.1 (e corrispondente a I. 4.1.1-2), ampiamente, B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, cit., 108 ss.

D. 47.2.3.2, riportante il pensiero giuliano) non mi pare significare 'il consumarsi del furto', bensì 'il verificarsi della *contrectatio*'³¹⁷ (sempre che le due cose, per Paolo, non si equivalgano appieno): in Paul. 9 *ad Sab.*, nella zoppicante forma conservata in D. 47.2.6, come rimaneggiata dai compilatori giustiniani, troviamo scritto, infatti, che *quamvis ... saepe furtum contrectando fiat* (ossia 'benché un furto possa essere connotato da più *contrectationes*'), *tamen initio, id est faciendi furti tempore, constituere visum est, manifestus nec ne fur esset* ('tuttavia è al solo inizio che è d'uopo guardare onde qualificare come *fur manifestus* il soggetto attivo della *contrectatio*')³¹⁸.

Passiamo a Gaio. Nel seguente, densissimo, passaggio il giurista individua quattro tesi sulla natura del furto manifesto che progressivamente vanno dalla più rigorosa, per passare a due posizioni intermedie, sino a quella più blanda e ampia³¹⁹: secondo una prima impostazione è *manifestum* il *furtum* (l'atto del rubare) ove venga colto (*deprehensum*) – e, all'evidenza, si riprende, seppur criticamente, il pensiero sabiniano – '*dum fit*'; altra tesi, considerata come più accreditata, è quella che definisce manifesto un furto che venga *deprehensum* nel luogo ove si è svolta l'azione, come l'uliveto, il vigneto, la casa ove si è consumato il fatto (criterio topologico); terza via, criticata da Gaio, quella che considera flagrante il furto fino al momento in cui la refurtiva non sia stata portata nel luogo destinato (criterio cronologico); quarta soluzione, quella, ampissima, che fa coincidere la flagranza con il vedere qualcuno con la refurtiva (criterio materiale).

³¹⁷ Cfr., diversamente, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 74.; sul passo v. B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 120, 160; ID., *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, cit., 142 s., altresì, con riguardo ai molteplici problemi formali e alla distinzione tra pensiero sabiniano e pensiero paolino (per il quale, dal passo, non sembra affatto potersi ricavare l'integrabilità di un furto anche senza la *contrectatio*, elemento che a partire dall'età di Pomponio [per Pomponio cfr. D. 4.3.7.10; D. 13.7.36 pr.; D. 19.1.32; D. 47.2.76; per Gaio cfr. Gai 3.195; D. 4.3.8; D. 47.2.51] pare divenire essenziale, seppur già in precedenza essa emerge con sempre più intensità negli scritti giurisprudenziali, rispetto all'opinione dei *veteres* (che avevano esteso enormemente il concetto di *furtum*: cfr. Trebazio Testa in D. 47.2.21 pr., Labeone in D. 10.4.15, Sabino in Gell. 11.18.20, Celso in D. 47.2.68).

³¹⁸ Cfr. D. 47.2.5 pr.-1.

³¹⁹ V. gli opportuni rilievi notati da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 69, nonché l'accurata sintesi di E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 172 s.

Gai 3.184: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit, deprehenditur. alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, velut si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit. sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatium id terminandum sit; quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus surreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant.*

Mi pare quindi che nel complesso il pensiero dei *quidam* citati da Gaio sia antitetico a quello sabiniano: se Sabino riteneva che momento consumativo del furto fosse la *illatio* della *res furtiva* nel luogo di destinazione e tale momento segnasse la linea di confine tra flagranza e non flagranza nei termini sopravvisti, i *quidam* di Gaio, benché come Sabino reputino che il furto sia manifesto qualora venga *deprehensum dum fit*, tuttavia, dal momento che il loro pensiero viene contrapposto, tra gli altri, a quegli *alii* secondo cui si avrebbe flagranza anche quando il ladro viene preso *cum re* in un luogo diverso da quello della *amotio* e in un momento anteriore al *perferre* della *res* al luogo di destinazione, ben si comprende che per detti *quidam* non è con la *illatio* che si ha la consumazione del furto, ma verosimilmente con la sottrazione (se non con la sola *contrectatio*). *Dum fit*, quindi, anche qui ben può rendersi in senso egressivo, ma la *finis faciendi* dell'illecito non può considerarsi più 'cum perlatum est quo ferri coeperat'. In secondo luogo, e di conseguenza, se per Sabino, fino alla *illatio* e sempre che il ladro venga colto *cum re furtiva* è possibile parlare di *furtum manifestum*, secondo i *quidam* citati da Gaio, solo fino al (*rectius*: nel mentre del prodursi del) momento consumativo del fatto delittuoso, rappresentato dalla *amotio* (o dalla *contrectatio*), sarebbe lecito parlare di furto manifesto in forza della *deprehensio*.

Più indietro nel tempo – a mio avviso – non ci si riesce a spingere

con sufficiente sicurezza, a meno che, ovviamente, non si vogliano prendere in esame le problematiche fonti letterarie rappresentate dalle commedie plautine (come il *Poenulus* e l'*Aulularia*): operazione dalla cui rischiosità, con ironica cautela, metteva in guardia già il Guarino il quale, sottolineata la sua personale «grande diffidenza, ai fini della ricostruzione del diritto romano, verso le così dette fonti letterarie, specie se provenienti (come tutte del resto, per quanto sappiamo, provengono) da autori non specializzati in materia giuridica», aggiungeva: «e non parliamo poi delle commedie di Plauto»³²⁰. A tali notazioni che non esito a condividere in pieno – massimamente sotto il profilo della spesso incerta 'razionalità' nella descrizione, da parte dei comici latini, di istituti giuridici – vorrei solo aggiungere che, a quanto mi è parso, il *Poenulus* (commedia che, come è oltremodo noto, il La Rosa ha addotto quale argomento principe per suffragare la tesi della esperibilità della *legis actio per manus iniectioem* anche avverso il *fur nec manifestus* o che la Pepe ha analizzato per l'impiego di '*manifesto*'³²¹ in senso non tecnico e, quindi, non probante dell'ampiezza

³²⁰ A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 183. Sull'atteggiamento di sfiducia circa l'attendibilità dei commediografi latini per una corretta ricostruzione del diritto romano (contro il pensiero di E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890, 407 ss., di recente rivisitato da P. LEITNER, *Die plautinische Komödien als Quellen des Römischen Recht*, in E. CANTARELLA - L. GAGLIARDI [ed.], *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano, 2007, 69 ss.): R. DARESTE, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute*, in ID., *Etudes d'histoire de droit*², Paris, 1926, 149 ss.; G. DEMELIUS, *Plautinische Studien*, in ZSS, I, 1861, 351 ss.; O. FREDERHAUSEN, *De iure plautino et terentiano*, Gottingae, 1906, 3 ss.; ID., *Studien über das Recht bei Plautus und Terenz*, in *Hermes*, XLVIII, 1912, 199; L. LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'emptio consensuale*, in *Labeo*, XIV, 1968, 25 ss. (nonché in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano, 1971, 24 ss.); F. LEO, *Plautinische Forschungen: zur Kritik und Geschichte der Komödie*, Berlin, 1912, 110 ss.; M. TALAMANCA, *L'arra nella compravendita in diritto greco ed in diritto romano*, Milano, 1953, 48 ss.; U.E. PAOLI, *Nota giuridica su Plauto (Pl. Persa, vv. 67-71)*, in *Iura*, IV, 1953, 175 ss. (nonché in ID., *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, 152 ss.); ID., *Comici latini e diritto attico*, in *Altri studi*, cit., 31 ss.; cfr., altresì, F. TREVES FACCHETTI, voce *Plauto*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 130 ss.; S. DI SALVO, *'Lex Laetoria'. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979, 24 ss.; A. ROMANO, *Condanna 'in ipsam rem' e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, in *Labeo*, VIII, 1982, 131, ntt. 1-5; R. MARTINI, *'Tresviri' e 'manus iniectio' in Plauto*, in *Iuris vincula*, V, cit., 293 ss. Utili indicazioni bibliografiche pure in G. FALCONE, *Testimonianze plautine in tema di 'interdicta'*, in *AUPA*, XL, 1988, 182, nt. 15.

³²¹ Quanto al richiamo a Plaut. *asin.* 563, 569; Plaut. *aul.* 464-467, mi pare che nulla possa ricavarsi in merito al concetto di *manifestum* dalla prima, e che la seconda

del concetto di flagranza), coi suoi costanti riferimenti alla *addictio*, al *subscribere dicam*, alla *poena dupli*, altro non sia che un (arduo) tentativo da parte di Plauto di adattare il proprio modello greco³²² al mondo romano, anche sotto il profilo descrittivo degli istituti di rilevanza giuridica: il che, invero, permetterebbe, senza postulare una improbabile e non meglio documentata *manus iniectio* per il furto non flagrante o un plautino impiego a-giuridico dell'aggettivo *manifestus* (che, tra l'altro, in un contesto di 'ladri', 'chiamate in giudizio', 'azioni per il doppio', '*addictiones* magistratuali' mi risulta assai poco credibile), di appianare molte incoerenze e stranezze dei versi del *Poenulus*, che – così – troverebbero innegabilmente più agevole spiegazione³²³.

che qualifica un *gallus* come *manifestuarius* nell'atto di *scaplurrire unguis circumcirca*, ben poco abbia a che fare con la 'flagranza' del delitto, atteso che anche a voler antropomorfizzare il *fur*, questi è nella fase non della commissione, ma della preparazione dell'atto illecito (cfr. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 82).

³²² O, a quanto mi risulta, i modelli greci: se da un lato Plauto stesso (Plaut. *poen. praef.* 53) cita in modo esplicito il *Καρχηδόνιος*, dall'altro numerosi studiosi pensano anche all'influenza di un'ulteriore – non meglio identificabile – commedia greca: cfr., per tutti, F. DELLA CORTE, *Da Sarsina a Roma. Ricerche plautine*, Genova, 1952, 116 ss., 250 ss.; per una critica alla tesi del modello unico (modello a mio parere da escludere, atteso che il personaggio del *Καρχηδόνιος* compare solo alla fine) cfr. C. ROBERT, *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, CLXXVII, 1915, 270, che non ho potuto consultare direttamente, ma che conosco grazie a E. FRAENKEL, *Plautine Elements in Plautus*, engl. trad., Oxford, 2007, 360, nt. 30.

³²³ Dunque, vero è che, a mio avviso, il *Poenulus* non può essere preso in considerazione né – come ha fatto il La Rosa (R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 117 ss.) – per supportare la tesi secondo cui il *fur nec manifestus* sarebbe perseguibile con *legis actio per manus iniectioem* (tesi alla cui adesione ostano anche tutti i rilievi già fatti con riguardo alla *addictio* quale sanzione per il *fur manifestus*, difficilmente concepibile come atto endoprocedimentale di una *manus iniectio*), né per concludere – come ha fatto L. PEPE, *Ricerche*, cit., 86 – nel senso che «le commedie plautine ... permettono forse di rinvenire un indizio circa il più antico contenuto di flagranza a cui possiamo risalire: se il *Poenulus* induce a escludere che essa risiedesse nella sorpresa del ladro con la refurtiva, l'*Asinaria* e, soprattutto l'*Aulularia* depongono a favore dell'idea che identifica la flagranza nella *deprehensio furis in faciendis*». Credo sia nel giusto, infatti, quella ancor oggi nutrita schiera di studiosi che mette in relazione la commedia succitata con alcuni istituti del diritto attico: anzitutto, il trascinare il ladro *optorto collo ad praetorem* sembra una traduzione nel mondo romano dell'istituto della *ἀπαγωγή* attica consentita, come è noto, qualora il ladro (autore di un furto già aggravato) fosse trovato *ἐπ'αὐτοφώρῳ*, locuzione quest'ultima resa coll'ablativale '*manifesto*', al verso 785 '*manifesto fur es*' (per *addicere*, cfr., invece, Plaut. *poen.* 186, 564, 1341, 1362); in secondo luogo l'accusativo *dicam* del verso 801 sarebbe un chiaro grecismo per indicare l'azione di furto privata, sola procedura esperibile dal 'derubato', una volta scappato il ladro, per ottenere

Tuttavia, il presentare, da parte di Gaio in ordine che parrebbe cronologico, per prima la tesi di coloro che vedono la flagranza nel solo *deprehendere dum fit* il furto (dove è chiara l'allusione al mo-

una condanna al doppio (cfr. in tema, P. WITT, *Die Übersetzung von Rechtsbegriffen dargestellt, am Beispiel der 'in ius vocatio' bei Plautus und Terenz*, in *SDHI*, XXXVII, 1971, 217 ss. e 241; L. PEPPE, *Studi*, I, cit., 203; P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 192; R. DARESTE, *Le droit romain et le droit grec dans Plaute*, cit., 151). Sulla base della tesi del modello greco plautino, di conseguenza, cadono tutte le tesi che vorrebbero il configurarsi in termini 'romani' della fattispecie – pur nella consapevolezza delle aporie logiche del *Poenulus* –: anzitutto, la tesi della commissione di un *furtum nec manifestum*, basata essenzialmente sui molteplici richiami ad una *poena dupli* (cfr. R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 117 ss., 124 ss.; G. DEMELIUS, *Plautinische Studien*, cit., 362 s.; L. PERNARD, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Lyon, 1900, 174 ss., M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, cit., 569 s. e nt. 10) e ad un presunto impiego atecnico dell'avverbiale *manifesto* al v. 785 (cfr. L. PEPE, *Ricerche*, cit., 80 ss.; R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 129 e nt. 141; E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, cit., 407 ss.; *contra* P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 178 ss.); di poi, la tesi di coloro che pensano a un *furtum conceptum* (attesi i riferimenti a una 'ricerca' informale in casa di Lico) sanzionato col *triplum* (A.A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1859, 348, 351 e ntt. 18-19; T. MÜTHER, *Sequestration und Arrest im römischen Recht*, Leipzig, 1856, 170, nt. 2); sia la tesi che scorge – sempre in prospettiva romanocentrica – un'accusa di *furtum manifestum* (M.F. CURSI, *'Iniuria cum damno'. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, 252; A. DE FRANCESCO, *Autodifesa*, cit., 429, nt. 35; O. ZWIERLEIN, *Zur Kritik und Exegese des Plautus I Poenulus und Curculius*, Stuttgart, 1990, 112). L'interpretazione cui mi sento di aderire non mi pare, peraltro, possa essere scalfita dalle notazioni del La Rosa: anzitutto la difficoltà – rilevata dallo studioso – di spiegare, facendosi propria la tesi 'greca', il riferimento ad una possibile afflizione patrimoniale nel doppio a carico del lenone Lico, ancor prima della sua fuga (Plaut. *poen.* 183-184: *quid tu dubitabas, quin extempulo / dupli tibia uri et hominis fur leno siet*; Plaut. *poen.* 564: *duplicabit omne furtum*), dimostra una grave incomprensione, da parte dello studioso stesso, del testo plautino poiché esso, ai versi 184 e 564, non fa affatto riferimento ad una *poena dupli*, bensì ad un doppio furto (ossia al contestuale furto del danaro e dello schiavo). Il richiamo (R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 123), di poi, all'istituto greco della $\phi\omicron\rho\rho\acute{\alpha}$ pare inconsistente giacché il citato Plato *leg.* 954 *a-b*, quando impiega l'aggettivo $\gamma\upsilon\nu\nu\acute{o}\varsigma$, con esso indica non la nudità del ricercatore ma l'assenza sul suo corpo del mantello, il che agli occhi di un romano non sarebbe stato degno di nota, rispetto a quella formale ricerca da compiersi pressoché completamente nudi propria del mondo romano (cfr., ottimamente, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 171 ss.). Infine, non decisivo contro la tesi del modello greco mi pare il rilievo (R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 123) secondo cui l'esito della procedura attica – ossia la messa a morte – non sarebbe mai menzionata dal commediografo latino: il ragionamento (fondato, all'evidenza, su un mero silenzio) è – anche a mente di quanto testé detto – insostenibile in quanto, così argomentando, dovrebbe l'autore concludere altresì per la non applicabilità della stessa *legis actio per manus iniunctionem* (il che andrebbe contro i suoi eversivi postulati), in quanto neppure di essa Plauto, invero, fa esplicita menzione.

mento della sottrazione); il progressivo ampliarsi della nozione stessa di flagranza, come testimoniata da autori del secondo e terzo secolo d.C.³²⁴; la tendenza – se non erro – a far coincidere la linea di *discrimen* tra il possibile essere *manifestum* e *nec manifestum* del furto con il momento consumativo dell'*iter delicti* in una con la persuasiva idea che *ab origine* il furto fosse solo la sottrazione dolosa di cosa altrui³²⁵ o di persone soggette all'originario *mancipium* paterno; tutti questi elementi, dicevo, mi porterebbero a propendere per una originaria nozione assai ristretta di flagranza 'naturale' – cui la legge decemvirale equiparava, bisogna ammetterlo, la flagranza 'legale' a seguito dell'esito fruttuoso della *quaestio lance et licio*, ricerca di origine magico-religiosa verisimilmente esperibile, senza alcuna possibilità di ulteriore resistenza a seguito dell'originario rifiuto opposto dal *dominus* della casa, di effettuare una ricerca informale in presenza di testimoni, ed anzi, forse, proposta immediatamente dallo stesso *prohibens*)³²⁶ –, flagranza

³²⁴ Paul. 9 *ad Sab.* D. 47.2.34: *Is, qui opem furtum facienti fert, numquam manifestus est: itaque accidit, ut is quidem, qui opem tulit, furti nec manifesti, is autem, qui deprehensus est, ob eandem rem manifesti teneatur.* Pomp. 19 *ad Sab.* D. 47.2.35 pr.: *Si quis perferendum acceperit et scierit furtivum esse, constat, si deprehendatur, ipsum dumtaxat furem manifestum esse, si nescierit, neutrum, hunc, quia fur non sit, furem, quia deprehensus non sit.* Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.7.1: *Ibidem Pomponius eleganter scripsit deprehensione fieri manifestum furem: ceterum si, cum tibi furtum facerem de domo tua, abscondisti te, ne te occidam, etiamsi vidisti furtum fieri, atiamen non est manifestum.*

³²⁵ B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 8 ss.

³²⁶ Sul rapporto tra *furtum prohibitum*, *furtum conceptum* a seguito di ricerca informale e *furtum conceptum* (*manifestum*) grazie alla *quaestio lance et licio*, credo che la tesi più persuasiva – benché i dati in nostro possesso siano tali da far optare per una necessaria cautela a riguardo – ancor'oggi sia quella patrocinata dal Daube (D. DAUBE, *Some Comparative Law*, cit., 72 ss.), alla quale mi permetto di aggiungere qualche breve notazione. Dalla lettura delle Istituzioni di Gaio, §§ 188 (*Est etiam prohibiti furti actio aduersus eum, qui furtum quaerere uolentem prohibuerit*), 192 (*Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta. lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere uelit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse*) e 193-193a (*Quid sit autem licium, quaesitum est; sed uerius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur.* 193a. *Quae [res] <lex> tota ridicula est; nam qui uestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibetur est, eo magis quod ita quaesita re et inuenta maiori poenae constituitur. deinde quod lancem siue ideo haberi iubeat, ut manibus occupatis nihil subiciat, siue ideo, ut quod inuenerit, ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id, quod quaeratur, eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subici neque ibi inponi possit. certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri*), si apprende che all'epoca dei decemviri erano al con-

che, quindi, non mi pare collimare affatto con il concetto ben più

tempo esperibili due diverse tipologie di ricerca della refurtiva: l'una informale (*testibus praesentibus*), l'altra formale, il ricorso all'una o all'altra delle quali non parrebbe plausibile essere stato rimesso all'arbitrio del derubato (così anche R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 67). Sappiamo, infatti, che se il pretore a fronte del rifiuto di colui presso il quale un derubato voleva procedere alla *quaestio* dinanzi testimoni concedeva a quest'ultimo un'*actio prohibiti furti* tesa al quadruplo (al pari, all'evidenza dell'*actio pretoria furti manifesti*), il legislatore decemvirale non predisponeva in siffatta ipotesi di *prohibitio* alcuno strumento processuale, ma solo il potere del derubato di procedere alla *quaestio lance et licio*: donde il 'fervore razionalistico' di Gaio, il quale afferma, per l'appunto, che una siffatta disposizione era del tutto insensata in quanto se uno si rifiutava di subire la *quaestio* di un uomo vestito, alla presenza di testimoni, parimenti si sarebbe rifiutato di subire una *quaestio* da parte di un uomo svestito (e, ipoteticamente, per lui ben più rischiosa, in quanto determinante una flagranza 'legale': cfr., in senso adesivo alle argomentazioni gaiane, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 182; R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 68). Ora, a me pare che la *ratio* dell'istituto sia stata travisata da Gaio, e sulla scorta di questo, anche da quegli autori che hanno manifestato la loro adesione all'essere *tota ridicula* della *lex* (o *res*) decemvirale. Ciò che – alla ricerca di una *ratio* di tale successione di *quaestiones* – mi pare di dover metter in luce è sia il necessario contemperamento di due interessi contrapposti (quello alla inviolabilità domestica e quello alla ricerca e al ritrovamento della *res furtiva*), sia la valutazione delle conseguenze dell'esito negativo o positivo della ricerca formale che erano – a seconda del caso – assai gravi non solo per il *fur* (che diveniva *manifestus*, nell'ipotesi del ritrovamento), ma anche per il derubato (nel caso di mancato rinvenimento della *res furtiva*, attesa la natura magica dell'atto e del probabile giuramento cui era tenuto): cfr., sul principio romano dell'inviolabilità domestica, J.M. POLAK, *The Roman Conception of the Inviolability of the House*, in M. DAVID - B.A. VAN GRONINGEN - E.M. MEIJERS (ed.), *'Symbolae ad usum ad historiam pertinentes Iulio Christiano van Oven dedicatae'*, Leiden, 1946, 251 ss. A mente di tali dati, non reputo poi tanto assurda la disposizione in oggetto: supponiamo che un soggetto, da un lato, fosse certo che nella propria *domus* non si trovasse alcuna cosa di colui che volesse *quaerere testibus praesentibus*, dall'altra non intendesse veder violata la propria *domus*: egli avrebbe potuto ben opporsi alla ricerca, adducendo di non esser disposto a sacrificare l'inviolabilità cui aveva diritto per l'espletamento di una ricerca inutile; anzi, verisimilmente, il *prohibens* stesso avrebbe indirettamente scoraggiato il derubato nei suoi propositi adducendo che la sola via praticabile onde introdursi e *quaerere* nella propria *domus* era per l'asserito derubato quella di ricorrere alla *quaestio* magico-religiosa (ricerca che, per il suo potere, doveva prevalere sul diritto di un privato a non lasciare entrare estranei in casa), addossandosi però, in tal modo, il rischio (maggiore) di inottemperare il necessario giuramento da farsi agli dei (Paul. Sent. 2.31.22; Macr. *saturn.* 1.6.30; Plato *leg.* 954 a) o comunque le conseguenze sicuramente negative (seppur non determinabili, allo stato delle conoscenze) che sarebbero di necessità derivate dalla frustrazione di un atto di valenza intrinsecamente magico-religiosa. Sicché, per concludere, anzitutto, la *prohibitio* di una *quaestio* informale era sintomatica della prevalenza della inviolabilità domestica rispetto al diritto di ricerca, *sic et simpliciter*, in capo al derubato; di poi, l'espletamento della *quaestio* magico-religiosa (conseguente alla *prohibitio*) comportava assunzione di maggiori responsabilità sia per il derubato sia per il *dominus* della *domus*: il primo, infatti, sopportava – a fronte di un esito negativo – le conseguenze negative di un giuramento violato e di una *domus* violata inutilmente (conse-

ampio di ἐπ'αὐτοφώρῳ desunto dai testi greci³²⁷.

Peraltro, non può mancarsi di sottolineare come Ulpiano³²⁸ quando equipara il ladro manifesto con il concetto greco di flagranza (e pa-

guenze che, invero, non avrebbe sopportato se avesse desistito a seguito del rifiuto oppostogli dal *dominus* della casa, il quale già gli aveva comunicato l'assenza della *res furtiva* e la sua opposizione ad un'infrazione 'laica' della inviolabilità domestica); il secondo, in caso di un eventuale ritrovamento, sopportava conseguenze più dure (l'essere parificato ad un *fur manifestus*) di quelle che avrebbe patito qualora, in prima battuta, non si fosse opposto all'introduzione nella propria *domus* del derubato *quaerens*. Alla luce di ciò, non mi pare condivisibile – in consentaneità con L. FRANCHINI, *La desuetudine delle XII Tavole in età arcaica*, Milano, 2005, 40 ss. – la tesi della progressione cronologica per cui le dodici tavole avrebbero conosciuto solo la *quaestio lance et licio* (cfr., in *primis*, F. DE VISSCHER, *L'enquête 'lance et licio' et les actions 'concepti et oblati'*, in *RHD*, VI, 1925, 249 ss.; v., altresì, P. KRÜGER, *Über 'furtum conceptum prohibitum' und 'non exhibitum'*, in *ZSS*, V, 1884, 222, nt. 1; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 248 s.; P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 53 s.; H. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom 'Furtum'*, cit., 329 s.; R. CARRELLI, *La repressione*, cit., 132, nt. 1; R. WESTBROOK, *The Nature*, cit., 108 ss.; A. EHRHARDT, *The Search*, cit., 173; *contra*, per la contestualità, v. K.A. VANGEROW, *'De furto concepto ex lege XII Tabularum'*, Heidelbergae, 1845, 3 ss.; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II.1, Leipzig, 1926, 159, nt. 208; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1917, 564 ss.; E. WEISS, *'Lance et licio'*, in *ZSS*, XLIII, 1922, 462 ss., P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, huitième édition, Parigi, 1929, 435 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 158 ss.; C.S. TOMULESCU, *Die Rolle der 'actio furti concepti' in F. De Visschers Anschauung*, in *RIDA*, XV, 1968, 445 ss.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino, 1970, 29 s.; R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 67 ss.). Non convince, infine, la congettura – ammessa come tale peraltro dalla studiosa stessa – formulata da Laura Pepe (L. PEPE, *Ricerche*, cit., 182 ss.; *contra*: R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 120, nt. 17), secondo cui, in buona sostanza, anche la scelta del tipo di *quaestio* sarebbe stata a discrezione del derubato: e ciò non perché in astratto non sia immaginabile una costruzione di tal fatta, ma perché essa mi pare viziata *ab origine* dalla connessione logica, operata dalla studiosa, tra il dato (oggettivo) della mancata previsione di una pena nelle XII Tavole per chi vietava la perquisizione e il dato (suppositivo) della non concepibilità di un impedimento a qualsivoglia perquisizione (informale o solenne): il che troverebbe, a mio modo di vedere, immediata smentita in Gai 3.193 (nonostante, ovviamente, il ravvisato errore di prospettiva storica del manualista che concepisce la *quaestio* solenne a solo svantaggio del perquisendo).

³²⁷ Di diverso avviso L. PEPE, *Ricerche*, cit., 80, secondo cui «le due nozioni sono equiparabili», in quanto in entrambi gli ordinamenti «la flagranza ... deve consistere nella scoperta del reato nel momento stesso in cui viene commesso»: il che mi par vero solo per l'ordinamento romano più arcaico giacché già Sabino impiega una nozione di flagranza ben maggiore, tanto che alcuni autori del terzo secolo d.C. ritengono essere manifesto semplicemente in caso di *'deprehensio furti'*; per diritto attico, invece, ben più aderente ai testi è sembrata la tesi già avanzata – seppur con talune lacune – da E.M. HARRIS, *«In the act»*, cit., 181.

³²⁸ Ulp. 41 *ad Sab. D.* 42.2.3 pr.: *Fur est manifestus, quem Graeci ἐπ'αὐτοφώρῳ appellant, hoc est eum, qui deprehenditur cum furto.*

rimenti farà Giustiniano nelle sue Istituzioni³²⁹), sta aderendo, all'evidenza, alla tesi meno rigorosa sopra analizzata (quella, per intenderci, di Sabino e di Cassio, ben diversa dall'idea dei *quidam* gaiani): sicché, in tal contesto storico, il parallelo operato dal giurista severiano – seppur con le cautele necessarie – non parrebbe affatto peregrino, anche alla luce delle considerazioni svolte nel pregresso capitolo³³⁰.

³²⁹ I. 4.1: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionis: quod lege naturali prohibitum est admittere. Furtum autem vel a furvo, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fit et plerumque nocte: vel a fraude: vel a ferendo, id est auferendo: vel a Graeco sermone, qui φῶρας appellant fures. immo etiam Graeci ἀπὸ τοῦ φέρειν dixerunt. Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum. nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohaerentes quam genera furto- rum, sicut inferius apparebit. manifestus fur est, quem Graeci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solum is qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is qui eo loco deprehenditur quo fit, veluti qui in domo furtum fecit et, nondum egressus ianuam deprehensus fuerit, et qui in oliveto olivarum aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut in vineto fur deprehensus sit: immo ulterius furtum manifestum extendendum est, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit sive in publico sive in privato vel a domino vel ab alio, antequam eo pervenerit quo perferre ac deponere rem destinasset, sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. nec manifestum furtum quid sit, ex his quae diximus intellegitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.*

³³⁰ Cfr., in tema, E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 181, il quale conclude nel senso che «the statement of Ulpian is basically correct» (ma dell'insigne studioso non si può affatto accettare la inclusione tra gli elementi essenziali costitutivi della fattispecie delittuosa del furto manifesto l'essere certo «whether the offender actually removed the object» [E.M. HARRIS, «*In the act*», cit., 174], giacché così si confonderebbe evidentemente il regime sostanziale, attinente all'in sé della fattispecie, con il regime probatorio-procedurale, attinente, cioè, alle modalità in cui nel processo si può dimostrare la fattispecie, del furto).

CAPITOLO QUARTO

L'ANTICO DIRITTO EGIZIO E I 'FURTA LICITA' IN ARISTONE

SOMMARIO: 1. Aristone e i furti leciti presso gli antichi egizi. – 2. Diritto, politica e religione nell'antico Egitto: sudditanza, prestito, indifferenziazione. – 3. 'Weltordnung' e monarchia divina: alle fonti dell'antico diritto egizio. – 4. Furti e pene nell'antico Egitto: i giudizi del tribunale operaio, del vizir, del faraone. – 5. Le possibili fonti del *liber Aristonis* in tema di furto presso gli antichi egizi.

1. *Aristone e i furti leciti presso gli antichi egizi.*

Aristone, giureconsulto vissuto in quel secondo secolo che abbiamo visto essere l'età d'oro dell'«impero umanistico», consigliere del *princeps* Traiano¹, definito da qualcuno forse troppo frettolosamente come uomo «di spiriti labeoniani»², è certo più noto per il suo operare circa la tematica 'contrattuale' e 'sinallagmatica' (in modo assai peculiare e coscientemente autonomo, ossia lontano, al contempo, e dalle operazioni di *definitio* innovativa di Labeone nonché dai procedimenti analogici proculo-nerviani, e dalle estensioni categoriali sabino-casiane), che per il suo gusto per l'esotico. Ben sappiamo, quanto alla formazione 'professionale', che il nostro *iuris prudens* fu alla 'scuola' di

¹ F. SCHULZ, *Storia*, cit., 190.

² A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 322; *contra* cfr. le ponderate notazioni di F. GALLO, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino, 1995, 90 che rammenta come Pomponio non lo ricordi né tra i maestri sabiniani né tra quelli proculleani.

Cassio Longino e mantenne stretti rapporti con alcuni esponenti della *secta* di Labeone, se è vero che intrattenne un *epistolarum commercium*³ con quel Nerazio Prisco che, membro con lui del *consilium* traiano, in manifesta opposizione alla cautela definitiva di Giavoleno, nelle sue *Membranae*, teorizzava la riducibilità del *ius* ad un *quid 'finitum'*⁴, e se è vero che più d'una volta venne consultato dal più giovane Celso in materia di obbligazioni e di diritto ereditario⁵.

Quanto alla personalità e alla cultura di Aristone, se da un lato egli non può qualificarsi come 'arcaista' puro, cionondimeno mi sembrano decisivi taluni passi in cui si denota nell'autore una forte propensione allo studio non solo dell'antichità romana bensì – ed è ciò che qui ci occupa – dell'antichità 'tout court', sulla scia del tanto fortunato filone antiquario-enciclopedico di cui già abbiamo detto⁶: mi pare riduttiva, insomma, la definizione attribuitagli dal Mantello di semplice «giurista-avvocato» e, del pari, mi paiono non pienamente rispondenti al vero sia l'affermazione secondo cui in lui non si rinverrebbe alcuna «analisi antiquario-linguistica a fini ermeneutici», sia la convinzione che il suo interesse per le *causae primae* e l'*origo* sarebbe da intendere solo in chiave «logico-argomentativa» e non «storico-lessicale»⁷ (fermo restando,

³ D. 19.2.19.2; D. 20.3.3; D. 40.4.46.

⁴ V., sul punto, F. GALLO, 'Synallagma', II, cit., 90 ss.

⁵ D. 2.14.7.2; D. 40.7.29.1

⁶ Cfr. *supra*, i §§ 1 ss. del capitolo primo del presente lavoro.

⁷ Cfr., in questi termini, A. MANTELLO, *I dubbi*, cit., 104. Per quanto attiene alla presenza in Aristone di una tendenza all'analisi antiquaria a fini ermeneutici' è d'uopo, a mio avviso, considerare il seguente passo di Pomponio (18 *ad Q. Muc.*) contenuto in D. 40.7.29.1: *Quintus Mucius scribit: pater familias in testamento scripserat 'si andronicus servus meus heredi meo dederit decem, liber esto'. deinde de his bonis coeperat controversia esse: qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere dicebat, alter, qui hereditatem possidebat, aiebat testamento se heredem esse. secundum eum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se heredem esse. deinde Andronicus quaerebat, si ipsi viginti dedisset, quoniam secundum eum sententia dicta est, futurusne esset liber an nihil videatur sententia, qua vicit, ad eam rem valere? quapropter si viginti heredi scripto dedisset et res contra possessorem iudicata esset, illum in servitute fore. Labeo hoc, quod Quintus Mucius scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit: nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento, nihilo minus eum paruisse conditioni ei dando et liberum fore. sed verissimum est, quod et Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptio- nis verbo omnem alienationem complexa videretur: non interesse, quo genere quisque dominus eius fieret et ideo hunc quoque ea lege contineri, secundum quem sententia dicta est, et liberum futurum eum, qui ei dedisset pecuniam. hunc autem, id est possessorem hereditatis, cui data esset summa, si victus esset hereditatis petitione, cum ceteris hanc quoque pecuniam victori restituere debere. Aristone, contrapponendosi al pensiero di Labeone, forte di*

tuttavia, l'opportuno ridimensionamento operato dall'insigne romanista circa il ruolo giocato dal 'dubbio' nelle elaborazioni aristoniane).

Anzitutto, a sostegno del mio convincimento, deve essere rammentato un lungo brano di una lettera di Plinio il Giovane il quale, delineando del giurista un ritratto ai limiti della idealizzazione, ci informa della sua cultura enciclopedica, della sua passione per la conoscenza dell'*antiquitas* nonché di una preparazione in campo giuridico profondissima e ponderata da una prudente cautela nel dispensare *re-*

un'audace operazione ermeneutica del testo delle Dodici Tavole, o meglio di una analisi lessicale, della quale, a mio modo di vedere, è innegabile il marcato sapore antiquario, ricomprende nel dominio semantico del segno '*emptio*' ogni forma di alienazione o, più precisamente, «a transaction viewed (in its property aspect) from the standpoint of the recipient» (A. WATSON, *Emptio: Taking*, in *Glotta*, LIII, 1975, 294 ss.): la logica conseguenza (tipicamente 'sabiniana') di un siffatto argomentare, prendendo in considerazione le ricadute sulla tematica (tanto amata da Aristone) 'contrattuale' *lato sensu*, è che anche la *permutatio*, risolvendosi in una particolare forma di *alienatio*, sia suscettibile di rientrare nella sfera della compravendita (cfr. sul testo: P. STARACE, *D. 40.7.29.1: L'interpretazione di Aristone*, in *Labeo*, XLVI, 2000, 379 ss.; S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio 'ad Quintum Mucium'*, Palermo, 1899, 88 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955, 45; A. MANTELLO, *I dubbi*, cit., 110 ss. e 122 ss.). Questa potrebbe essere stata, in ordine cronologico, la prima presa di posizione di Aristone circa le convenzioni innominate, suggerita, come è evidente, dagli insegnamenti sabiniani e dalla dottrina propugnata dalla scuola di Cassio Longino (in cui lo stesso Aristone si era formato). A diversa soluzione, peraltro, pare pervenire il nostro giurista nel seguente passo di Paolo, tratto dal libro quinto *ad Plaut.*, e conservato in D. 19.4.2: *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur. Qui Aristone non mi pare allontanarsi dalla soluzione 'proculiana' della proportio*, giacché la permuta reale non viene a ricondursi nella sfera dell'*emptio-venditio*, ma viene considerata ad essa *vicina* cioè assimilabile per analogia. Tale ultima concezione, va sottolineato, è sintomatica di una notevole incongruenza rispetto non solo al lungo passo pomponiano *supra* riprodotto, ma anche al celeberrimo D. 2.14.7.2 (ove è per me innegabile, peraltro, il fedele recupero 'storico-lessicale', in chiave aristotelica, del greco συνάλλαγμα): *sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, [id est praescriptis verbis] sufficere: esse enim contractum [...] quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*. Se, dunque, sulla base dell'analogia tra permuta e compravendita, in D. 19.4.2, Aristone sosteneva l'esistenza dell'obbligo di garantire contro i vizi della cosa data in permuta, in una coerente ricostruzione d'insieme, egli anche in D. 2.14.7.2, avrebbe dovuto logicamente ricollegare l'ipotesi di *datio dandi vel faciendi causa* al concetto di *ultra citroque obligatio*, cosa che appunto non mi pare fare (cfr., sul tema, C. PELLOSO, *Le origini*, cit., 63 ss.).

*sponsa*⁸: da una parte, quindi, sotto il profilo metodologico, «la cautela e la circospezione, sottolineata nella raffigurazione pliniana con i segni *cunctatio, haesitare, dubitare*» sarebbero specchio del peculiare atteggiamento «proprio del giurista, in ogni tempo ed ambiente culturale, di fronte alla questione concreta»⁹; dall'altra, sotto il profilo nozionistico, la versatilità e la poliedricità farebbero – stando a Plinio – di Aristone un uomo unico, *peritus et privati iuris et publici*, conoscitore mirabile *rerum, exemplorum, antiquitatis*, cultore di *litterae* e di tutte le *bonae artes*. A ciò si aggiunga la preziosissima testimonianza di Pomponio, conservata nel già citato D. 40.7.29.1, ove si riporta il singolare parere di Aristone fondato, essenzialmente, sull'*interpretatio* estensiva del termine *emptio* alla luce di una *lex* delle XII Tavole¹⁰. Che il gusto per il passato insieme a tipici aspetti di una edulcorata mentalità scettica si fondino nella personalità del nostro giureconsulto mi pare chiaro. Ma arriviamo al punto: come sappiamo Aulo Gellio (Gell. 11.18.16) rapidamente accenna ad uno studio condotto da Aristone sul regime del furto presso gli antichi Egizi (sempre che, ovviamente, non sia da credere – come è possibile – che solo incidentalmente il giurista abbia trattato di ciò): *id etiam memini legere me in libro Aristonis iureconsulti*,

⁸ Plin. Iun. ep. 1.22.1-7: C. PLINIUS CATILIO SEVERO SUO S. 1. *Diu iam in urbe haereo et quidem attonitus. perturbat me longa et pertinax valetudo Titi Aristonis, quem singulariter et miror et diligo. nihil est enim illo gravius sanctius doctius, ut mihi non unus homo sed litterae ipsae omnesque bonae artes in uno homine summum periculum adire videantur. 2. Quam peritus ille et privati iuris et publici! quantum rerum, quantum exemplorum, quantum antiquitatis tenet! nihil est quod discere velis quod ille docere non possit; mihi certe quotiens aliquid abditum quaero, ille thesaurus est. 3. Iam quanta sermonibus eius fides, quanta auctoritas, quam pressa et decora cunctatio! quid est quod non statim sciat? et tamen plerumque haesitat dubitat, diversitate rationum, quas acri magnoque iudicio ab origine causisque primis repetit discernit expendit. 4. Ad hoc quam parcus in victu, quam modicus in cultu! soleo ipsum cubiculum illius ipsumque lectum ut imaginem quandam praeae frugalitatis adspicere. 5. Ornat haec magnitudo animi, quae nihil ad ostentationem, omnia ad conscientiam refert recteque facti non ex populi sermone mercedem, sed ex facto petit. 6. In summa non facile quemquam ex istis qui sapientiae studium habitu corporis praeferunt, huic viro comparabis. non quidem gymnasia sectatur aut porticus, nec disputationibus longis aliorum otium suumque delectat, sed in toga negotiisque versatur, multos advocacione plures consilio iuvat. 7. Nemini tamen istorum castitate pietate, iustitia, fortitudine etiam primo loco cesserit.*

⁹ F. GALLO, 'Synallagma', II, cit., 92.

¹⁰ Cfr., altresì, Tit. Ulp. 2.4: *sub hac conditione liber iussus, si decem milia heredi dedit, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem pervenit. idque lex duodecim tabularum iubet: sed verissimum est, quod et Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexam videretur.*

haudquaquam indocti viri, aput veteres Aegyptios, quod genus hominum constat et in artibus reperiendis sollertes extitisse et in cognitione rerum indaganda sagaces, furta omnia fuisse licita et impunita.

Un sistema giuridico che non punisce il furto è certamente, ai nostri occhi, o alquanto paradossale (se nel '*furta omnia fuisse licita et impunita*' si vuole leggere una posizione ordinamentale tale da favorire la commissione di illeciti contro il patrimonio altrui quale mezzo crematistico dei privati) o alquanto primitivo (se nel riferimento gelliano-aristoniano alla liceità e impunità si vuole leggere, con non poca immaginazione, che l'ordinamento egizio lasciava completamente alla parte offesa la indiscriminata reazione contro il ladro): mi pare davvero ostico pensare, quindi, che un giurista che, come Aristone, eccelleva – quanto a *forma mentis* – nella *haesitatio* e nella *cunctatio* non sottoponesse a puntuale vaglio critico la fonte da cui traeva quella stravagante notizia che, per la sua singolarità, aveva ritenuto degna di consacrare in un suo scritto (vuoi che tale scritto sia rappresentato dalle *Notae ad Sabinum*, vuoi che esso si risolva in un'opera erudita a sé¹¹). Più verisimile, a mio avviso, è che Gellio abbia rinvenuto sì nell'opera aristoniana la notizia secondo cui '*aput veteres Aegyptios ... furta omnia fuisse licita et impunita*', ma che tale notizia non sia stata riportata dal giurista traiano come pacifica e fondata. Probabilmente, anche in tale circostanza, Aristone non tradiva la sua consueta prudenza e non esitava a 'dubitare', sicché, nella lettura del suo *liber*, Gellio ben poteva aver reperito la precisazione che l'autore, a sua volta, 'aveva trovato scritto' o 'aveva diversamente appreso' che '*aput veteres Aegyptios ... furta omnia fuisse licita et impunita*': e tutto ciò, come è ovvio, non comporta affatto una acritica adesione da parte di Aristone alla verità storica della sua fonte di cognizione, né può escludersi che la citazione *de relato*, giustificata forse da mere velleità di erudizione o di esotica curiosità, non fosse fatta seguire dal *prudens* da circospette annotazioni sull'ipotetico regime egizio in materia di furti¹².

¹¹ Cfr., nel primo senso, P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 649.

¹² Sembra destino che Aristone, occupandosi di furto, incorra, seppur involontariamente, in tematiche aristoteliche connesse ancora una volta al συνάλλαγμα. Come è noto, Aristotele nell'ambito della trattazione della giustizia κατὰ μέρος intesa non in contrapposizione, ma solo in un rapporto di *species* a *genus*, con la giustizia totale (quale ἕξις conforme al νόμος), presentati in termini generali i suoi due fondamentali εἶδη (Arist. *eth. Nich.* 1130 b 30 - 1131 a 1: τῆς δὲ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ' αὐτὴν δικαίου ἔν μὲν ἔστιν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν

Ma, a prescindere dai supposti dubbi aristoniani sul punto e concentrandosi l'attenzione sulla fonte della notizia riportata da Gellio in 11.18.16, non può mancarsi di rilevare come, sia nel mondo greco sia nel mondo romano, fossero assai diffuse assurde concezioni concernenti i più vari aspetti della cultura egizia: circa l'atteggiamento del mondo classico in merito alla civiltà faraonica, insomma, una sottile linea rossa congiunge il pensiero dello storiografo Erodoto (che nel libro secondo delle sue *Storie*, senza esitazioni, afferma come «il popolo egizio abbia adottato in quasi ogni cosa usi e costumi diversi e contrari da quelli di ogni altro popolo»¹³) alla redazione da parte di Orapollo Niliaco¹⁴ di un'opera, Τὰ ἱερογλυφικά (assai fortunata, con

ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας [ἐν τούτοις γὰρ ἔστι καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἑτέρου], ἐν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν) suddivise ulteriormente in due parti τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν (la giustizia che opera quale correttivo in relazione ai συναλλάγματα), facendo leva, essenzialmente, sulla dicotomia che nella sua elaborazione concettuale egli opera all'interno della categoria generale comprensiva di queste ultime fattispecie: Arist. *eth. Nich.* 1131 a 1-9: τούτου δὲ μέρη δύο· τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἔστι τὰ δ' ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε οἷον πράσις ὠνὴ δανεισμός ἐγγύη χρῆσις παρακαταθήκη μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος), τῶν δ' ἀκούσιων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπὴ μοιχεῖα φαρμακεία προαγωγὴ ἰα δουλαπατία δολοφονία ψευδομαρτυρία, τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία δεσμός θάνατος ἀρπαγὴ πῆρωσις κακηγορία προπηλακισμός. Il furto, come è evidente, viene concettualizzato dallo Stagirita come un συναλλάγμα cd. involontario, in quanto la sua ἀρχή, ossia la fonte del rapporto tra parte offesa e ladro, non è stata oggetto di una previa convenzione (cfr., sul punto, C. PELLOSO, *Le origini*, cit., 23 ss.): donde la necessità di equilibrare (*rectius*: correggere) lo sbilanciamento patrimoniale che si è creato indebitamente *pro fure*, con perdita ingiustificata da parte del derubato.

¹³ Herod. 2.35.

¹⁴ Si tratta verosimilmente di un grammatico egiziano, originario di Phanebitis, vissuto sotto il dominio di Teodosio II, 408-450 d.C. (cfr. M. RIGONI - E. ZANCO, *Introduzione*, in *Orapollo. I geroglifici*, Milano, 1996, 10). Solo per saggiare il carattere dell'opera orapollinea – che tradisce una qualche conoscenza della scrittura geroglifica – si può prendere in considerazione il capitoletto sulla 'divinità-stella'. Ivi si trova scritto che gli egizi quando 'vogliono rappresentare il dio dell'universo o il destino, o il numero cinque raffigurano una stella'. Il che non è del tutto infondato perché se il segno della stella in medio-egiziano serve pittograficamente a indicare 'stella' (*sb3*), nonché come logogramma determinativo per indicare l'aldilà o il tempo (*dw3*), e come fonogramma del sostantivo 'conoscenza' (*sb3yt*), durante l'età tolemaica il medesimo segno veniva impiegato per *ntr*, dio (cfr. J.P. ALLEN, *Middle Egyptian. An Introduction to the Language and the Culture of Hieroglyphs*, Cambridge, 2000, 436; M. RIGONI - E. ZANCO, *Introduzione*, cit., 15). Ciò che, invece, è infondata è la spiegazione offerta da Orapollo dell'equazione 'stella-dio', 'stella-cinque', 'stella-destino': 'il dio dell'universo perché la provvidenza divina assegna la vittoria per la quale si compie il moto degli astri e dell'intero universo; essi ritengono infatti che non possa esistere nulla che prescinda

il fiorire del neo-platonismo ficiniano, durante l'età del Rinascimento) tutta protesa a corroborare – attraverso false interpretazioni – la natura mistica e iniziatica della scrittura geroglifica¹⁵: la notizia della liceità e della non sanzionabilità dei furti *apud antiquos Aegyptios*, pertanto, si colloca entro una granitica e non sorprendente tradizione che specula sull'antico Egitto, vedendovi «un paese della fantasia, della leggenda», un paese che, anche con riguardo alle sue istituzioni sociali e giuridiche, viene considerato antitetico all'intero mondo conosciuto; un paese che, benché centro di antichi rapporti di natura economica con il mondo del Mediterraneo occidentale, sovente è altamente idealizzato o mistificato, talché nelle fonti non è raro che l'Egitto immaginario si sostituisca «con facilità a quello dell'esperienza diretta»¹⁶.

Alla luce di tali considerazioni, sarà d'uopo appurare quale fosse la verità storica in merito al regime dei furti nell'Egitto faraonico pre-olemaico e quali fossero le possibili fonti da cui il giureconsulto abbia appreso dei *furta licita et impunita*. Ma ciò, invero, sarà possibile solo dopo un accurato studio del concetto e del ruolo che ebbe in Egitto il diritto: cosa cui, segnatamente, è destinato il presente capitolo.

dalla divinità. Il destino perché è anche esso regolato dalla divinità. Il numero cinque perché, pur essendo moltissime le stelle in cielo, cinque soltanto con il loro movimento determinano l'ordine del cosmo: Θεὸν δὲ ἐγκόσμιον σημαίνοντες, ἢ εἰμαρμένην, ἢ τὸν πέντε ἀριθμὸν, ἀστέρα ζωγραφοῦσι. θεὸν μὲν, ἐπειδὴ πρόνοια θεοῦ τὴν νίκην προστάσσει, ἢ τῶν ἀστέρων καὶ τοῦ παντὸς κόσμου κίνησις ἐκτελεῖται· δοκεῖ γὰρ αὐτοῖς δίχα θεοῦ μηδὲν ὅλως συνεστάναι· εἰμαρμένην δέ, ἐπεὶ καὶ αὕτη ἐξ ἀστρικής οἰκονομίας συνίσταται· τὸν δὲ πέντε ἀριθμὸν, ἐπειδὴ πλῆθους ὄντος ἐν οὐρανῷ, πέντε μόνου ἐξ αὐτῶν κινούμενοι τὴν τοῦ κόσμου οἰκονομίαν ἐκτελοῦσι (Horap. *hieroglyph.* 1.13).

¹⁵ Si tratta di un testo che, fraintendendo la natura e i fini della più antica scrittura egizia, tenta di spiegarla sempre e solo in chiave simbolica o allegorica, con evidenti influenze del pensiero dei fisiologi, di Aristotele, di Plinio, di Artemidoro (F. SBORDONE, *'Hori Apollinis Hieroglyphica'*, Napoli, 1940, XVI ss.), con riguardo precipuo ai cd. 'geroglifici enigmatici', segni ritenuti essere una sorta di codice segreto, destinato a rendere inaccessibili ai profani (ma, anzitutto, ai conquistatori prima Greci e poi Romani: cfr. A.K. BOWMAN, *L'Egitto dopo i Faraoni*, trad. it., Firenze, 1968, *passim*) gli antichi misteri filosofici e religiosi tramandati entro la classe sacerdotale; un testo, insomma, che seppur contiene incontestabilmente talune voci che presuppongono la reale conoscenza del significato del segno grafico esplicito, è sintomo del fatto che la puntuale conoscenza del sistema geroglifico era da molto tempo perduta (cfr., in tema, più ampiamente, M. RIGONI - E. ZANCO, *Introduzione*, cit., 12 ss.).

¹⁶ S. DONADONI, *L'Egitto del mondo classico*, in *L'Egitto dal mito all'archeologia*, Roma, 1990, 12.

2. *Diritto, politica e religione nell'antico Egitto: sudditanza, prestito, indifferenziazione.*

Come già hanno avuto modo di rilevare due eminenti studiosi del cd. diritto faraonico¹⁷, la trattazione di qualsiasi istituto appartenente a detto sistema normativo non può che partire – per poterne assodare al meglio la natura e l'atteggiarsi, nonché per comprenderne appieno la collocazione storica e dogmatica entro la cornice entro cui ha avuto origine e si è sviluppato – dall'imprescindibile esame critico di quel dogma che, concisamente ed efficacemente, Jan Assmann – nel quadro della sua ricerca circa le concezioni riguardanti i rapporti tra ordine religioso e ordine politico (ossia in merito alla cd. 'teologia politica') – ha saputo definire come la «trinità egizia» consistente in «dio-re-*ma'at*»¹⁸. In buona sostanza, Dio avrebbe insediato sulla terra il monarca come suo rappresentante e mandatario, non già con un conferimento di potere assoluto e indeterminato, bensì vincolandolo ontologicamente all'esercizio della funzione (divina) di sovranità, nel rispetto di un ordine inderogabile e supremo (*ma'at*), cui la divinità stessa sarebbe soggetta: indi il faraone¹⁹ e il dio risulterebbero con-

¹⁷ D. LORTON, *Legal and Social Institutions of Pharaonic Egypt*, in J.M. SASSON (ed.), *Civilizations of the Ancient Near East*, I, New York, 1985, 360; A. THEODORIDES, *A propos de la loi dans l'Égypte pharaonique*, in *RIDA*, XIV, 1967, 137 s.; ID., *La formation du droit dans l'Égypte pharaonique*, in G. PUGLIESE (ed.), *La formazione del diritto nel Vicino Oriente Antico (Seminario svoltosi presso la Scuola di Perfezionamento in Diritto Romano e Diritti dell'Oriente Mediterraneo, Roma)*, Napoli, 1988, 13. Per un'ampia trattazione istituzionale del diritto egizio, corredata di indispensabile bibliografia, v. i contributi di R. JASNOW (*Old Kingdom and First Intermediate Period, Middle Kingdom and Second Intermediate Kingdom, New Kingdom*) contenuti in R. WESTBROOK (ed.), *A History of Ancient Eastern Law*, I, Leiden, 2003, 93 ss., 255 ss., 289 ss.

¹⁸ J. ASSMANN, *Potere e salvezza. Teologia politica nell'antico Egitto, in Israele e in Europa*, trad. it., Roma, 2002, 29 s.: l'autore, tratta del cd. dogma trinitario una volta definite le fondamentali forme di manifestazione della teologia politica, ossia «teocrazia», «dualismo» e «rappresentanza», e dopo aver ricondotta la monarchia faraonica, intesa quale esempio – al pari del cesaropapismo – di «unificazione della dirigenza politica e religiosa in mano a rappresentanti terreni» e di «correlazione tra potere divino e politico sotto forma di analogia».

¹⁹ Pare opportuno riprendere sul titolo 'faraone' le brevi considerazioni storiche di A. GARDINER, *La civiltà egizia*³, trad. it., Torino, 1997, 50 s., il quale, notando che il vocabolo in questione «nelle storie di Giuseppe e di Mosè viene usato come titolo generico del monarca egizio regnante; il II Libro dei re, parlando di un sovrano della XXVI dinastia, lo chiama 'faraone Neko', aggiungendo il nome proprio come si usava talvolta nella letteratura indigena a partire dalla XXII», ben evidenzia che «l'applicare ... il termine di 'faraone' ai sovrani anteriori alla XVIII dinastia è un anacronismo e non esiste

cepibili come le parti di un rapporto per il quale in capo al primo insorgerebbe, da un lato, a seguito dell'incoronazione, una 'Schuld' e, dall'altro, a seguito di una sua condotta – nell'espletamento del mandato – eccedente i limiti ovvero inottemperante i fini imposti da *ma'at*, una 'Haftung', non solo accertabile dal tribunale divino *post mortem*, ma altresì suscettibile (seppur, storicamente, gli episodi in tal senso non sono numerosi) di essere fatta valere attraverso la deposizione terrena²⁰. In altre parole, solo ottemperando al proprio mandato – «realizzare *ma'at* e scacciare *isfet*»²¹ – il monarca diventerebbe «uguale a dio», ossia «d'un solo corpo con dio»²², sicché egli, chiamato a esercitare quella funzione regale, originariamente propria ed esclusiva della divinità, sarebbe – e andrebbe riconosciuto – tale, solo a condizione che *ma'at*, elemento «terzo vincolante»²³, venga rispettata e realizzata²⁴.

Già da questa rapida presentazione emerge con prepotenza un carattere essenziale della mentalità politica egizia (e, per quanto qui

testimonianza alcuna del suo uso al plurale»; tuttavia non vi sarebbe ragione alcuna di abbandonare la consuetudine di far uso di questo «comodo appellativo».

²⁰ R.J. LEPROHON, *Royal Ideology and State Administration in Pharaonic Egypt*, in J.M. SASSON (ed.), *Civilizations*, I, cit., 274, rammenta che «as chief justice, the king was also bound to a higher authority, that of the cosmic principle of *ma'at*, the primordial harmony set down by the creator deity at the beginning of the world»; e D. LORTON, *Legal and Social Institutions*, cit., 354, dopo aver sottolineato che «the authority of the individual king and the institution of kingship was justified by linking them to religious beliefs», ricorda che «a king could be deposed, as happened to Apries in the Twenty-sixth Dynasty, or a rival dynasty could be founded, as the Eleventh Dynasty established itself in Thebes in opposition to the Herakleopolitan kings».

²¹ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 31; cfr, altresì, ID., *Maât, l'Égypte pharaonique et l'idée de justice sociale*, Paris, 1989, *passim*, nonché ID., *Ma'at, Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im alten Ägypten*, München, 1990, 211 ss.

²² J. ASSMANN, *Potere*, cit., 30, che riprende l'iscrizione di Speos Artemidos di Hatshepsut.

²³ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 31.

²⁴ La valenza 'panica' di *Ma'at*, ordine supremo capace di vincolare il dio sovrano, tanto che la fuoriuscita, da parte di quest'ultimo, da tale ordine di cose comporterebbe la venuta meno della ragion d'essere stessa della funzione che gli è stata delegata e, quindi, la condizione della permanenza in suo capo della natura monarchica, e *a fortiori* divina, è stata definita mirabilmente da V. POLACEK, in *Chronique d'Égypte*, XXXVII, 1962, 28, come «l'alpha et l'omega de la pensée et de la vie quotidienne» (che non ho potuto consultare e che cito da R. PARANT, *Recherches sur le droit penal égyptien. Intention coupable et responsabilité penal dans l'Égypte du II^e millénaire*, in A. THEODORIDES [ed.], *Le droit égyptien ancien. Colloque organisé par l'Institut des Hauts Etudes de Belgique, 18 et 19 mars 1974*, Bruxelles, 1974, 55).

ci occupa, dello stesso modo di concepire quello che potrebbe arditamente definirsi ‘diritto costituzionale faraonico’), un carattere che innumerevoli volte e con insistenza è stato messo in luce: si tratta della preminenza sulla laicità del fenomeno religioso e, pertanto, della pervasività di quest’ultimo in qualsivoglia ambito della vita di relazione, talché, alla luce di tale concezione, v’è chi non ha esitato, una volta definito il monarca come «le représentant des dieux sur terre ... tenu de défendre la *Maât* dans le monde», a qualificare «la législation ... comme une mission religieuse du monarque vis-à-vis des dieux»²⁵.

L’onnipotente ‘tirannide’ del dato teologico, insomma, avrebbe assorbito totalmente e unidirezionalmente l’attenzione (anche) di numerosi studiosi contemporanei tra quelli dediti all’esperienza giuridica dell’antico Egitto – e ciò non solo sotto il profilo che noi chiameremmo di natura pubblicistica, ma anche sotto quello delle relazioni private intersoggettive²⁶ –, laddove una più attenta disamina delle fonti, in una con l’abbandono di visioni preconcepite, avrebbe potuto condurre ad una ben diversa, e di ben più ampi orizzonti, interpretazione²⁷. Che quella dell’antico Egitto sia stata una cultura ‘non secolare’²⁸, in conformità al modo in cui si impone agli occhi di un contemporaneo la nozione stessa di secolarità, è innegabile; quello che, invece, dovrebbe essere meglio precisato, diacronicamente e sincronicamente, nelle sue linee di contorno e nelle sue sfumature interne, è il – difficile – rapporto intercorrente tra l’elemento che oggi definiamo ‘tout court’ giuridico e quello, all’opposto, essenzialmente religioso (attesa la conquista della re-

²⁵ S. ALLAM, *De la divinité dans le droit pharaonique*, in *BSFE*, LXVIII, 1973, 18.

²⁶ Cfr. A. THEODORIDES, *Le problème du droit égyptien ancien*, in A. THEODORIDES (ed.), *Le droit égyptien ancien*, cit., 9: «nous ne pouvons pas affirmer qu’il n’y ait eu de ‘dogmatique royale’, comme on a accoutumé de l’appeler. Nous ne pouvons pas affirmer, bien sûr, qu’il n’y ait pas eu d’idées religieuses, voire ‘magiques’, comme on se plaît à le répéter. Mais quelles qu’aient été, à l’époque, les conceptions relatives au Roi, aux dieux, aux temples et à l’au-delà, elles n’ont pas empêché les petit gens de jouir de droits, comme le montrent plusieurs textes de l’Ancien Empire»; cfr., altresì, ID., *Les contrats d’Hapidjefa*, in *RIDA*, XVIII, 1971, ove è rivendicata l’autonomia del diritto, in materia di contratti: «il existe du droit indépendant de la religion».

²⁷ Cfr. D. LORTON, *The King and the Law*, in *VA*, II, 1986, 53: «though religious considerations must play a significant role in any discussion of these topics, other considerations can be brought into play as well, thus bypassing the methodological impasse of treating the kingship solely as a theological exercise, one in with theology seems always to stem of necessity from the mind of the modern investigator, rather than from the ancient evidence itself».

²⁸ D. LORTON, *Legal and Social Institutions*, cit., 350.

ciproca autonomia delle due sfere). Tale rapporto, invero, viene spiegato comunemente con la tesi (così cara a sociologi e antropologi) 'bicipite', ossia la tesi che postula l'originaria preminenza del secondo sul primo²⁹ e discorre pacificamente del fenomeno definito di 'desacralizzazione delle istituzioni'³⁰, talché, come il Théodoridès ha più volte enfaticamente sottolineato, non è infrequente che gli studiosi del diritto faraonico vedano minata alle radici l'autonomia se non il valore della loro disciplina, da posizioni aprioristiche ben riassumibili in domande tanto retoriche quanto provocatorie come la seguente: «comment pouvez-vous appeler droit ce qui doit tout au plus représenter quelques pratiques routinières, soumises à l'arbitraire de l'intraitable autorité cléricale ou royale?»³¹.

Così, una volta definita la mentalità egizia antica come esclusivamente 'magico-religiosa'³², è stata affermata, seppure implicitamente, la completa eccentricità, rispetto agli schemi concettuali propri di tale mondo, di quella razionalità che in Grecia avrebbe condotto alla nascita di città-stato fondate sul paradigma della sovranità 'panica'³³ e 'democratica'³⁴ delle leggi scritte, all'enucleazione del principio della *isonomia*³⁵, all'affermazione della politica come «categoria principale e assorbente della vita comunitaria»³⁶, nonché, già con i sofisti, ad una «riflessio-

²⁹ S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 17. Cfr., altresì, J.A. WILSON, *Authority and the Law in the Ancient Orient*, in *JAOS (Supplement)*, XVII, 1954, 7, secondo cui «the concept of *md'at* definitely belonged to the religious order; it was the substance upon which gods fed, it was the daily offering of the king to the gods»; esso, pertanto, era «a spirit which properly pervaded the civil carrying out of government and justice for the ends of religion»; secondo l'autore, inoltre, «'lawlessness' permitted a kind of flexible strength in allowing a dogmatically traditional society to meet the new situations of changing times», ma ciò si impose, altresì, «as inherent weakness of the society», tanto che «when the king ceased to function as a god and became the tool of priests, officials, and foreign rulers, Egyptian culture gradually disintegrated».

³⁰ A. THEODORIDES, *The Concept of Law in Ancient Egypt*, in J.R. HARRIS (ed.), *The Legacy of Egypt*, Oxford, 1971, 291.

³¹ A. THEODORIDES, *Le problème*, cit., 3.

³² Cfr. A. MORET, *Mystères égyptiens*, Paris, 1922, 167; S. MORENZ, *La religion égyptienne*, trad. fr., Paris, 1962, *passim*.

³³ Sulla valenza totalizzante del *nomos*, imprescindibile la lettura di W. JAEGER, *Paidéia*, trad. it., Torino, 2005, *passim*.

³⁴ Cfr. E. STOLFI, *Introduzione*, cit., 36: «la legge, prodotta ... dall'Assemblea (*Ek-klesia*), costituiva il frutto della partecipazione popolare, e al contempo la garanzia di un'effettiva eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla *polis* e alle sue regole (*isonomia*): ciò era quindi sufficiente a determinarne un indiscusso primato».

³⁵ Cfr., a tal proposito, J.W. JONES, *Law and Legal Theory*, cit., 84 ss.

³⁶ E. STOLFI, *Introduzione*, cit., 36. Cfr., inoltre, A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 78 s., che evidenzia il collegamento tra 'legge' e 'politica', una volta epurato il campo semantico

ne sugli aspetti che noi chiameremmo di ‘filosofia del diritto’» (oltre a «svolgimenti, più propriamente attinenti alla filosofia e alla scienza della politica, compresa la politica legislativa») ³⁷. Se, per dirla con le parole di Schiavone, il paradigma del νόμος dell’Atene democratica era il fondamento di un «trinomio inscindibile – legge, scrittura, laicità – in grado di opporre la certezza della conoscibilità e della stabilità all’arbitrio di una regola religiosa o consuetudinaria, manipolabile a piacimento dai detentori del potere», nonché «l’escarnazione del precetto attraverso la sua rappresentazione grafica presupponeva ... la disintegrazione della figura del re-sacerdote, garante e fondatore mistico, attraverso la sua persona, di ogni regola sociale» ³⁸, all’opposto, la civiltà sorta sulle sponde del Nilo alla ‘legge’ e alla ‘democrazia’ sostituiva l’imperio divino del faraone, unico legislatore, alla ‘scrittura’ l’oralità e la fluidità del volere regale (che, per sua natura, non avrebbe potuto essere ‘ingabbiato’ in forme limitative della divinità della funzione), alla ‘laicità’ la preminenza del dato religioso. Ma, soprattutto, sostenendosi la connaturata tendenza alla «law-lessness» ³⁹ dello spirito egizio, si è per di più ritenuto che siffatta mentalità – così propensa alla riconduzione massiva dei fenomeni alla sfera della religione – avrebbe annichilito, in potenza, i presupposti stessi per il fiorire di quelle meditazioni aventi il carattere della pura indagine tecnico-giuridica, tipica dei giuristi romani ⁴⁰.

del primo termine dalla «indicazione di una ritualità religiosa, o di un principio consuetudinario, o anche di un precetto morale», nei seguenti termini: «in Grecia l’invenzione della legge come comando politico ‘escarnato’ non trovava di fronte a sé, nelle pratiche di disciplinamento sociale elaborate fino ad allora, nulla di altrettanto forte, dal punto di vista culturale e istituzionale, da poterle resistere, se non residui di una regalità ormai recessiva in cui si confondevano ancora aspetti religiosi e prescrittivi, ed essa poté divenire ben presto il punto di riferimento esclusivo di ogni elaborazione in questo campo, subito oggetto della nuova filosofia di un grande dibattito etico e metafisico: un altro segno dell’assoluta preminenza della politica che riusciva a integrare tutto dentro sé». Il che, ad onor del vero, non può esser *in toto* negato: ma l’autore, invero, non mi pare prendere in considerazione affatto il processo storico che – come è stato delineato dal Biscardi – ancora conduceva nell’età classica a vedere il *nomos* non come il prodotto di un organo della *polis*, ma come una norma immemoriale preesistente alla *polis* o, almeno, ad essa coeva, seppur adottata successivamente da un legislatore ‘divinamente ispirato’; una norma ben diversa, quindi, dalla *lex* romana e dalla nostra legge parlamentare, in quanto teoricamente valida in eterno (A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 345).

³⁷ Cfr. M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, cit., 19.

³⁸ A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 78.

³⁹ J.A. WILSON, *Authority*, cit., 7.

⁴⁰ Il che, invero, segna altresì la capitale differenza tra l’esperienza giuridica del mondo delle città-stato greche e l’unitaria scienza giuridica romana; come scrive E. STOLFI, *Introdu-*

Tale visione, così radicale, non poteva che portare (come, in effetti, ha fatto) ad intendere il vincolo di *Ma'at* solo come una 'Leerformel', una affermazione intrisa di vuota retorica, al più sintomatica di una tensione – mai sostanziale – del potere religioso e politico verso l'ordine: donde la valenza effettiva della sola bipolarità (re-dio) e non, invece, quella del dogma cd. trinitario raffinatamente postulato da Assmann. Quella egizia antica, insomma, avrebbe preso le forme e di una società destinata, dai suoi primordi sino alla sua fine, a rimanere inesorabilmente e ontologicamente «au stade où domine le sacré»⁴¹.

Una civiltà ove l'individuo, continuamente e impotentemente, è sottoposto vuoi all'arbitrio di potenze estrinseche naturali, concepite quali dei o demoni, vuoi alla incoercibilità delle vessazioni perpetrate dal monarca, unico proprietario terriero e solo ad avere diretto contatto con la divinità – s'è sostenuto – non è nelle condizioni di nutrirsi della benché minima e basilare concettualizzazione giuridica⁴². Così, ad esempio, sul versante privatistico sarebbe stato inconcepibile parlare di 'persona' quale centro di imputazione di diritti soggettivi, come la proprietà privata⁴³. E sul versante pubblicistico, seguendo il pensiero del Frankfort, non sarebbe stato un caso che la lingua egizia non avesse posseduto alcun sostantivo per indicare ciò che per noi è lo 'Stato': «essa poteva esprimere in molti modi il concetto di nazione e poteva designare i popoli stranieri», ma una definizione di Stato

zione, cit., 13, «quel fenomeno di isolamento della giuridicità – dalla religione e dalla morale, ma anche dalla politica – che a Roma fu perfezionato non da magistrati della *res publica* ma da un ceto di sapienti ... non può dirsi, nel mondo delle *poleis*, compiutamente realizzato. Il diritto non vi assunse uno statuto forte, di sapere separato dagli altri sistemi direttivi, munito di un suo specialismo e di una logica autonoma, sorretto da un proprio specifico apparato di concetti e di tecniche, e affidato all'elaborazione di un nucleo 'professionale' di esperti».

⁴¹ A. MORET, *Le Nil et la Civilisation égyptienne*, Paris, 1937, 547 s.

⁴² A. MORET, *Mystères égyptiens*, cit., 167.

⁴³ Il che si è rivelato, invece, del tutto privo di corrispondenza al vero, come hanno dimostrato gli studi di H. GOEDICKE, *Die privaten Rechtsinschriften aus dem Alten Reich*, Wien, 1970, 190 ss.; T. MRISCH, *Untersuchungen zur Hausurkunde des Alten Reiches*, Berlin, 1968, 172; J. PIRENNE, *Histoire des Institutions et du Droit Privé de l'Ancienne Egypte*, II, Bruxelles, 1934, 293; E. SEIDL, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des neuen Reiches*, Glückstadt, 1951, 41 ss. Sul punto, cfr., altresì, A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens, 'citoyens', ou 'sujets de Pharaon'?*, in RIDA, XX, 1973, 54 ss.; ID., *The Concept*, cit., 291 ss.; ID., *Le problème*, cit., 9 ss.; D.A. WARBURTON, *State and Economy in Ancient Egypt*, Freiburg, 1997, 127; W.A. WARD, *Some Aspects of Private Land Ownership and Inheritance in Ancient Egypt*, in T. KHALIDI (ed.), *Land Tenure and Social Transformation in Middle East*, Beirut, 1984, 63 ss.; C.J. EYRE, *Peasants and Modern Leasing Strategies in Ancient Egypt*, in JESHO, XL, 1997, 367 ss.

quale «insieme di individui che occupano un territorio ben definito e sono politicamente organizzati sotto un governo ... non avrebbe avuto alcun significato per gli Egiziani», in quanto «sotto un certo aspetto sarebbe stata troppo antropocentrica»⁴⁴.

Il dato 'magico-religioso', dunque, nella sua essenza mitica e nella sua forma rituale⁴⁵, avrebbe rappresentato l'intima forza coesiva della civiltà egizia nel suo complesso, l'elemento unificatore ed omogeneizzante di una pluralità settoriale, imponendo alla sfera del giuridico o, più latamente ancora, del politico, quale cifra comune e regolare, i canoni della propria grammatica e le forme del proprio pensiero: la difficoltà – se non la stessa opportunità – dell'operazione ermeneutica tesa alla enucleazione dei principi e degli istituti del diritto faraonico starebbe, quindi, nell'impedimento culturale all'emergenza del fenomeno giuridico inteso come fenomeno a sé, attesa la costante e imperante influenza esercitata in modo generale dal mondo della religione.

I termini della questione afferente ai rapporti tra diritto e religione, stando a tale orientamento, appaiono, in definitiva, cristallini nella loro semplicità: vi sarebbe un aspetto (ossia quello attinente al culto e alla teologia) foriero di un impianto concettuale che storicamente ha predominato su ogni altro campo speculativo o pragmatico della vita nell'antico Egitto – in modo esclusivo almeno sino alla fine dell'età classica⁴⁶ – tanto da investire, nella sua forza totalizzante, qualsiasi manifestazione e di pensiero e di azione; manifestazione destinata inesorabilmente a cedere allo strapotere della mentalità religiosa e a costringere in un limbo non solo la riflessione e l'approfon-

⁴⁴ H. FRANKFORT, *La religione dell'antico Egitto*, trad. it., Torino, 1991, 41 s. Per continuare a seguire le parole dell'insigne studioso, inoltre, «gli Egiziani non si avvedevano che il loro paese si identificava col territorio che essi occupavano» e «lo 'Stato' egiziano non costituiva una forma creata dall'uomo, differenziata da altre forme di organizzazione politica»; essa invece «era un'istituzione divina, contemporanea alla creazione del mondo, e parte costante dell'ordine universale», così come la sola forma di stato concepibile era la monarchia, giacché supportata dal mito secondo cui «il Creatore stesso aveva assunto la dignità regale il giorno della creazione» e «il Faraone era il suo discendente e il suo successore»; insomma, «la parola 'Stato' non esisteva nella lingua egiziana, poiché tutti gli aspetti significativi dello Stato si concentravano nel re».

⁴⁵ C.J. BLEEKER, *The Pattern of the Ancient Egyptian Culture*, in *Numen*, XI, 1964, 75 ss.; cfr., inoltre S. DONADONI, *Testi religiosi egizi*, Firenze, 1988, che a pag. I dell'*Introduzione* qualifica l'esperienza religiosa come «componente vitale» della lunga civiltà egizia, in tutta la sua durata.

⁴⁶ Cfr. A. THEODORIDES, *The Concept*, cit., 291 ss.

dimento del dato giuridico a mezzo di una casta di esperti, ma altresì l'imporsi di un paradigma – democratico – affine a quello dei νόμοι delle città greche. Entro un quadro così descritto, pertanto, parrebbe non pienamente adeguata la rigorosa contrapposizione tra la «fissità sacrale» dei diritti antichi e il «flusso continuo» proprio dei diritti moderni⁴⁷, giacché sarebbe stato il (cangiante e non predeterminato) volere dei singoli monarchi a dettare, caso per caso, la regola da applicare⁴⁸, senza alcuna fissità se non quella della insindacabile, in quanto divina, potestà 'nomopoietica' del sovrano, sola e incontestabile 'bouche de loi'. Per dirla diversamente: se, seguendo Voegelin – il quale vede la modernità secolarizzata e il positivismo quali sintomi tragici di una «decapitazione di Dio», nonché di un atto di ribellione avverso il creatore a mezzo dell'auto-attribuzione umana del potere – la vita nei contemporanei ordinamenti (politici e giuridici) non può e non deve essere definita quale ambito del tutto profano, connesso in via esclusiva ai problemi attinenti all'organizzazione del potere e del diritto, in quanto la conoscenza di questi due ultimi aspetti sarebbe incompleta senza la comprensione e delle forze religiose della comunità e dei simboli della loro espressione⁴⁹, all'opposto, l'ordinamento 'religioso-giuridico' dell'antico Egitto potrebbe essere inteso 'unicamente' mediante la percezione della pervasiva cifra mitico-rituale, e non 'anche' mediante detta cifra.

La ricostruzione di cui si è dato sinora conto (e che definirei come tesi della 'sudditanza del diritto al culto') non è però l'unica, né è rimasta intatta in tutto il suo – spesso aprioristico – rigore, sicché talune posizioni sono state profondamente smussate e alcune credenze sono, all'attualità, oramai cadute. Basti pensare, da un lato, che l'iscrizione del nobile Metjen (III-IV dinastia) ben può considerarsi quale decisiva testimonianza della vigenza, già per gli albori dell'Antico Regno, del principio della libera disponibilità delle terre, non solo da parte degli uomini ma pure delle donne⁵⁰:

⁴⁷ M. GALANTER, *The Modernisation of Law*, in M. WEINER (ed.), *Modernisation. The Dynamics of Growth*, New York - London, 1966, 154 ss.; L.M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, 1975, 204 ss.

⁴⁸ J.A. WILSON, *Authority*, cit., 1 ss.

⁴⁹ E. VOEGELIN, *Die Politischen Religionen*, Stokholm, 1939, 63 ss.

⁵⁰ Cfr., per il testo geroglifico, Urk. I, 2.8-10.

*in.n.f isw*⁵¹ *3ht s3t*⁵² *200 hr nswtyw*⁵³ / *rđi n.f 3ht s3t 50 n mwt nbsnt* / *ir.s imyt-pr*⁵⁴ *im n ms.wt*⁵⁵ (egli – Metjen – ha acquistato, a titolo oneroso, 200 arure di campi da ‘quelli del re’; / egli ha ottenuto 50 arure da parte di sua madre Nebsenet; / ella aveva trasferito – a titolo gratuito – mediante l’atto di *imyt-pr* ai figli).

⁵¹ Sull’espressione *in.n.f isw*, v. A. THEODORIDES, *Lacte (?) de vente d’Ancien Empire*, in *RIDA*, XXVI, 1979, 42 s., che – con riguardo al negozio traslativo dello scriba Tjenti – traduce «amener à soi (telle chose) contre une contre-valeur» e quindi «se la procurer, l’acquérir, à titre onéreux». Cfr., altresì, A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *isw*, in *Wörterbuch der Ägyptischen Sprache*, I, Berlin - Leipzig, 1926, 131 che rendono con ‘Ersatz’, ‘Lohn’, ‘Entgelt’ (i sei volumi del *Wörterbuch* sono stati pubblicati tra il 1926 e il 1971).

⁵² L’arura (*s3t*) era un multiplo del *khet* (corrispondente a cento *mehw*, cubiti): cfr. A. GARDINER, *Egyptian Grammar. Being an Introduction*³, Cambridge, 1954, 200; A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *s3t*, in *Wörterbuch*, IV, cit., 356, (‘Arure’, ‘Flächenmaß’).

⁵³ Sull’espressione *nswtyw* mi pare convincente l’interpretazione di Garcia che pensa ad ‘ufficiali esercenti funzioni di servizio regale’ (J. GARCIA, *Administration territoriale et organisation de l’espace en Egypte au troisième millénaire avant J.-C.*, in *ZÄS*, CXXIV, 1997, 124 s.); v., inoltre, E. ENDESELDER, *Zum Stand der Interpretation der Meten-Inschriften*, in *OLZ*, LXXVIII, 1983, 5 ss.; K.B. GOEDECKEN, *Eine Betrachtung der Inschriften des Meten*, Wiesbaden, 1976, 206 s.; H. GOEDICKE, *Königliche Dokumente aus dem alten Reich*, Wiesbaden, 1967, 134 s.

⁵⁴ Durante l’Antico Regno l’atto di *imyt-pr* – che necessitava per la sua validità della presenza di testimoni, della perfezione presso ‘magistrati’ competenti, della pubblicazione nei registri di detto ufficio – era impiegato, secondo J.H. JOHNSON, *The Legal Status of Women in Ancient Egypt*, in A.K. CAPEL - G.E. MARKOE (ed.), *Mistress of the House, Mistress of Heaven: Women in Ancient Egypt*, New York, 1996, 177, esclusivamente in funzione di testamento, ossia «used to transfer property to someone other than the person(s) who would inherit said property if the owner died intestate». Secondo A. THEODORIDES, *The Concept*, cit., 304, la *imyt-pr* sarebbe stata originariamente solo «a deed of transfer by gift», anche se «later became the generic term covering all kinds of conveyance». Sul punto si vedano, comunque, A. MORET, *Donations et Fondations en Droit Egyptien*, in *RT*, XXIX, 1907, *passim*; J. PIRENNE, *Histoire*, II, cit., 301 ss.; B. GRDSELOFF, *Deux Inscriptions juridiques de l’ancien Empire*, in *ASA*, XLII, 1943, 30 ss.; E. SEIDL, *Einführung*, cit., 22 ss., 57 ss.; B. MENU, *Le prêt in droit Egyptien. Nouvel Empire et Basse Époque*, in *CRIPPEL*, I, 1973, 65 ss.; B. MENU - I. HARARI, *La notion de propriété privée dans l’Ancien Empire Egyptien*, in *CRIPPEL*, II, 1974, 133 ss.; J.G. MANNING, *Demotic Egyptian Instruments of Transfer as Evidence for Private Ownership of Real Property*, in *Chicago-Kent Law Review*, LXXI, 1995, 237 ss.; C.J. EYRE, *Work and the Organisation of Work in the Old Kingdom*, in M.A. POWELL (ed.), *Labor in the Ancient Near East*, New Haven, 1986, 21; T. LOGAN, *The imyt-pr Document: Form, Function, and Significance*, in *JARCE*, XXXVII, 2000, 49 ss.; cfr., inoltre, R. VERSTEEG, *Law in Ancient Egypt*, Durham, 2002, 102, 112 ss., 140.

⁵⁵ Cfr., *contra*, R. VERSTEEG, *Law*, cit., 194, che interpreta il passo nel senso di un lascito – *mortis causa* – da parte di Nebsenet ai nipoti; allo stesso modo K.B. GOEDECKEN, *Eine Betrachtung*, cit., 211 ss. e 258 ss.; J.H. JOHNSON, *The Legal Status*, cit., 175; I. HARARI, *La capacité juridique de la femme au Nouvel Empire*, in *RIDA*, XXX, 1983, 41 ss.; H. GOEDICKE, *Die Privaten Rechtsinschriften aus den Alten Reich*, Wien, 1970, 38.

Detto questo, non può mancarsi di considerare una – arditamente eversiva – visione, diametralmente opposta a quella di cui s'è appena dato conto; visione secondo la quale uno studio spassionato delle fonti, scevro di preconcetti e di facili quanto fallaci deformazioni, dimostrerebbe un panorama antitetico a quello delineato dal Moret, dal Frankfort e – parzialmente – dal Wilson, in quanto «depuis l'Ancien Empire effectivement, c'est le droit qui s'applique à la religion, et non la religion qui fonde le droit» tanto che, ad esempio, «les pratiques religieuses sont exprimées en termes de droit dans les actes de fondation, contrats ...»⁵⁶: il che conduce a ritenere che «il ne faut pas rabaisser, revaler les capacités des égyptiens sous prétexte que il y a des documents religieux et des documents de 'magie' (car on appelle trop souvent magique simplement ce qui n'est pas rationnel)»⁵⁷. Non, dunque, una secolarizzazione – 'désacralisation' – del diritto, bensì, una progressiva intrusione di pratiche religiose entro un nucleo originario di natura sostanzialmente, elaboratamente e raffinatamente, 'giuridica', lontana dal vago empirismo di cui solitamente si colora il mondo (orientale e non solo) del 'diritto', prima della 'invenzione romana'⁵⁸.

⁵⁶ In questo senso A. THEODORIDES, *Le problème*, cit., 19, il quale continua sostenendo come «l'histoire de la pensée – qui n'est pas l'histoire des idées – révèle chez les Egyptiens anciens un potentiel mental tel que je n'hésite pas à les qualifier d'intellectuellement juristes»

⁵⁷ A. THEODORIDES, *Le problème*, cit., 19

⁵⁸ Cfr. A. THEODORIDES, *The Concept*, cit., 291 il quale, dopo aver constatato che «in daring to speak of 'law' in ancient Egypt one tends to lay oneself open to a number of criticism», in quanto «in the opinion of some authorities it is nonsense to talk of law before it was elaborated by the Romans, and this view, which holds for the whole ancient Orient, applies particularly to Egypt owing to the lack of documentary evidence», conclude nel senso che «the history of ancient Egypt does not present an example of the 'secularization' of law», giacché, «on the contrary – and this is what miraculous – it attained from the outset, during the Old Kingdom, a high level of institutional and juridical development, which was subsequently distorted by the intrusion of religious practices» (Id., *The Concept*, cit., 321). Ora, l'appassionata tesi dell'autore (il quale possedeva una formidabile conoscenza delle fonti), merita una precisazione: anzitutto, bisogna distinguere tra diritto nel senso di 'norma' e diritto nel senso di 'pensiero'. Se nessuno vuole negare l'esistenza anche per l'Antico Egitto di un diritto nella prima accezione – il che è il portato della (quasi) banale relazione *ubi societas ibi ius* – per quanto già le fonti del Regno Antico testimonino l'elaborazione di categorie 'giuridicamente' rilevanti, ciò ben è lontano dalla 'invenzione' del diritto quale 'scienza'. Riprendendo lo Schiavone mi pare lecito proclamare, senza esitazione, che «il diritto è una forma che ha invaso la modernità, diventandone presto un carattere insostituibile: ed è una forma inventata dai Romani», in quanto seppur possiamo parlare «di 'diritto' mesopotamico, o egiziano, o greco, o anche (fuori del mondo antico) hawaiano o atzeco ... è solo il diritto romano che ci ha fornito

Sulla stessa scia, ma entro un contesto di ben più ampio respiro, si è espresso, più recentemente, lo stesso Assmann in quel suo libro – bello e appassionato – con il quale l'egittologo tedesco ha criticato e, per certi versi, tentato di capovolgere la tesi schmittiana della «juridisch-politische Theologie»⁵⁹, secondo la quale «tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati», e ciò «non solo in base al loro sviluppo storico, poiché essi sono passati dalla teologia alla dottrina dello Stato, facendo – per esempio – del Dio onnipotente l'onnipotente legislatore, ma anche nella loro struttura sistematica»⁶⁰.

Ad avviso di Assmann, in buona sostanza, se la posizione di Carl Schmitt può essere adeguatamente compendiata nella formula «la nascita della politica – ovvero e meglio: della scienza politica – dallo spirito della teologia», i termini della sua personale ricostruzione critica

il paradigma che consente di riconoscere come 'giuridiche' quelle pratiche prescrittive originariamente integrate all'interno di contesti e sistemi ben diversi: apparati teologici più o meno connessi alla regalità, rapporti di parentela, istituzioni politiche» (A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 5). Sul punto – con precipuo riguardo, però, all'aspetto puramente normativo – pare d'uopo ricordare anche J. GILISSEN, *L'apport de l'histoire du droit égyptien à l'étude de l'évolution générale du droit et à la formation du juriste*, in A. THEODORIDES, *Le droit égyptien*, cit., 235, il quale, appunto, agli studiosi dell'Antico Egitto, «juristes» e «non-juristes», che non accettano «l'idée de l'existence du droit à l'époque de l'Ancien Empire égyptien», rimprovera l'errore – di matrice jheringiana – proveniente «de la persistance ... de l'idée que le droit ne peut être conçu que dans le cadre d'un Etat qui fixe les règles juridiques sous la forme de lois». In tema, non può peraltro non farsi menzione dell'audace scritto che ha dedicato alla presunta invenzione della scienza giuridica in Oriente P.G. MONATERI, *Black Gaius: A quest for the multicultural origins of the Western legal tradition*, in *Hastings Law Journal*, LI.3, 2000, 479 (ora, in italiano, col titolo *Gaio nero*, in P.G. MONATERI - T. GIARO - A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, 19 ss.: sola menzione, perché v'è già stato chi si è industriato nello smontare i fondamenti di tale tesi (cfr. E. CANTARELLA, *Diritto romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gaius: recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, 101 ss.; G. SANTUCCI, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Europa e diritto privato*, X, 2007, 1057 ss.).

⁵⁹ La posizione di Carl Schmitt, etichettata da Assmann come una «teologia politica della violenza», 'militante' più che 'descrittiva' (J. ASSMANN, *Potere*, cit., 10 ss.), è definita 'teologia politica giuridica' da E. BLOCH, *Theorie und Politische Theologie*, in J. TAUBES (ed.), *Der Fürst dieser Welt, Carl Schmitt und die Folgen*, München, 1983, 15: sulla preminenza del 'giuridico' rispetto al 'politico' nel campo di indagine di Schmitt, cfr., da ultimo, L. GAROFALO, *Carl Schmitt e la «Wissenschaft des römischen Rechts»*, in *Diritto e Storia*, n.s., II, 2007, 175 ss.

⁶⁰ C. SCHMITT, *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, trad. it., Bologna, 2003, 61.

sono invertiti nella relazione «nascita della religione dallo spirito della politica»⁶¹. Come per Théodoridès sarebbe il diritto – a quanto si è poc'anzi già rilevato – a prestare i propri modelli concettuali alla religione, così Assmann è convinto, in una logica più ampia, che il processo storico di secolarizzazione registri altresì una direzione contraria, da lui denominata «teologizzazione», ossia un «divenire teologico di concetti politici fondamentali»⁶², come testimonierebbe, ad esempio, la teologia veterotestamentaria dell'alleanza⁶³ (ove i modelli politici del trattato di Stato e del giuramento di fedeltà vengono impiegati quale base teologica del manifestarsi di Dio al mondo secondo talune forme del dispiegarsi del diritto internazionale) o, altresì, l'origine politica della gerarchia della Chiesa primitiva⁶⁴.

Sia l'una ricostruzione – tesi della 'sudditanza' – che l'altra – tesi del 'prestito' –, invero, paiono muovere da un punto di partenza che non coglie bene un elemento essenziale della civiltà egizia delle origini: ossia il principio di 'indifferenziazione'. Vero è che discorrere di 'diritto' e di 'religione', così come di 'teologia' e di 'politica', ha senso compiuto solo allorquando ognuno dei quattro termini testé indicati abbia assunto, in un dato contesto storico, una propria indipendenza e sia assunto a elemento peculiare e differenziato di una cultura, per quanto influenzato o influenzabile, più o meno intensamente, da forze estranee alla sua sfera di dominio: sicché, solo una volta raggiunta la autonomia della sfera religiosa e di quella giuridica, potrebbe essere chiamato in causa, a mio avviso, il fenomeno della 'secolarizzazione' della teologia ovvero quello della 'teologizzazione' del diritto. Quando, all'opposto, si considerano gli ostici problemi delle 'origini', non riterrei lecito interpretare il manifestarsi del pensiero nel senso della prevalenza di un dato – quello religioso – su un altro – quello giuridico –, ovvero nel senso della mutuabilità dei modelli di una sfera da parte di un'altra: e ciò in quanto, *ab origine*, non parrebbero emergere due campi distinti (seppur, ovviamente, suscettibili di reciproche influenze), bensì affiorerebbe dalla documentazione un'unica 'indiffe-

⁶¹ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 21.

⁶² J. ASSMANN, *Potere*, cit., 22.

⁶³ Cfr. K. BLATZER, *Das Bundesformular*, Neukirchen, 1964, *passim*; O. ECKART, *Das Deuteronomium*, Berlin, 1999, *passim*.

⁶⁴ Cfr. T. KLAUSER, *Der Ursprung der bischöflichen Insignien und Ehrenrechte*, Krefeld, 1948, *passim*.

renziata' sfera concettuale. Entro quest'ultima, dunque, la valutazione della preminenza del religioso sul giuridico ovvero l'esistenza di 'emprunts' dell'uno rispetto all'altro ambito implicherebbe la (impropria) riconduzione di un certo fenomeno a categorie concettuali eccentriche rispetto alla *forma mentis* data, in quanto quelli del 'teologico', del 'politico', del 'giuridico', sarebbero settori ancora indistinti in un *unicum*. Non sono idee nuove: già il Frankfort era consapevole che «per gli egiziani non esistevano quelle distinzioni che noi non possiamo esimerci dal fare», giacché «dove la società è parte di un ordine divino universale, le nostre differenziazioni non hanno significato alcuno»⁶⁵; tuttavia esse non sembrano essere state messe a frutto sempre opportunamente, come di recente ha avuto modo di puntualizzare anche Giorgio Agamben, incitando alla «accortezza di non proiettare semplicemente sull'indistinto primordiale' presupposto i caratteri che definiscono la sfera religiosa e quella profana che ci sono noti e che sono, appunto, il risultato della scissione»⁶⁶.

Tale ragionamento, nella sua essenza, può compendiarsi efficacemente nella seguente antinomia: «compact form»⁶⁷ e unitarietà⁶⁸ delle concettualizzazioni mitiche egizie – ove, per un prolungatissimo lasso temporale non potrebbe ricondursi alla sfera del diritto o della religione un dato fenomeno, attesa la inconsistenza di tali distinzioni – contro 'differenziazione e pluralità' che, in Occidente, già a partire dalla cd. laicizzazione della classe di *iurisperiti* romani, hanno permesso l'insorgenza e lo sviluppo di una 'giurisprudenza', inte-

⁶⁵ Così si pronunciava già H. FRANKFORT, *La religione*, cit., 49, pur in direzione 'religioso-centrica'.

⁶⁶ G. AGAMBEN, *Signatura rerum*, cit., 91.

⁶⁷ Mutuo il sostantivo da E. VOGELIN, *Order and History*, I, Louisiana, 1956, 13.

⁶⁸ Mi piace qui ricordare le incisive parole di A. AMENTA, *Il faraone*, Roma, 2006, 35, che – seppur sul presupposto della preminenza del dato religioso sugli altri aspetti – illustrano la 'unitarietà e compattezza': «nella speculazione egizia la dimensione cosmica e quella terrena si intersecano, dipendono l'una dall'altra, santificando il suo interprete di volta in volta come garante dell'armonia del cosmo e del buon andamento dello stato, perché la sopravvivenza del cosmo è la sopravvivenza dello stato e viceversa, perché la minaccia dell'uno è minaccia dell'altro, perché il faraone è 'colui che realizza *ma'at*' e allo stesso tempo il responsabile delle leggi che regolano il paese», sicché «per tutta la durata dello stato faraonico la religione si fa politica e la politica si fa rito». Istituiscono, inoltre, uno stretto legame tra 'unitarietà' e 'onnicomprendività' di *Ma'at* sia V.A. TOBIN, *Ma'at and 'Dike': Some Comparative Considerations of Egyptian and Greek Thought*, in *JARCE*, XXIV, 1987, 113 ss., che C.J. BLEEKER, *The Pattern*, cit., 74 (cfr., altresì, ID., *Egyptian Festivals: Enactments of Religious Renewal*, Leiden, 1967, 7).

sa – almeno per quanto attiene al ‘sapere privatistico’ – quale sapere a sé stante rispetto alla ‘teologia’ e alla ‘politica’⁶⁹. Qualche esempio dalle fonti egizie ben può illustrare detta originaria ‘confusione’.

Anzitutto, senza prendere in considerazione l’ostico problema della ‘regalità divina’ quale unica fonte di produzione di disposizioni vincolanti e quale *pyramidion* della gerarchia del potere esecutivo e giudiziario⁷⁰, può esser utile partire dalla disamina della complessità che contraddistingue la natura delle cariche dei ‘šrw’⁷¹, vale a dire dei

⁶⁹ Cfr., sul punto, A. SCHIAVONE, ‘Ius’, cit., 78. Come poco sopra, nel testo, si accennava, sarebbero state le forme stesse di pensiero proprie della speculazione egizia ad impedire il crearsi di una vera e propria ‘filosofia del diritto’ o di una ‘scienza del diritto’; forme contraddistinte dall’assenza di quella razionalità propriamente greca che nelle forme della retorica e del metodo diairetico platonico sarebbe stata mutuata dagli stessi Romani a profitto della loro speculazione tecnico-giuridica: cfr., ottimamente, M. VILLET, *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Paris 1962, 23 ss.; M. DUCOS, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, *passim*; F. SCHULZ, *Storia*, cit., 119 ss.; A. SCHIAVONE, ‘Ius’, cit., 161.

⁷⁰ La questione, in buona sostanza, consiste nel vedere se è la persona del sovrano ad essere divina, ovvero la funzione da lui esercitata per mandato: cfr., per ora, D. LORTON, *Towards a Constitutional Approach to Ancient Kingship*, in *JAOS*, XCIX, 1979, 460 ss.; ID., *The King*, cit., 53 ss.; R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 273 ss.; S. MORENZ, *Die Heraufkunft des transzendenten Gottes in Ägypten*, Berlin, 1964, *passim*; G. POSENER, *De la Divinité du Pharaon*, Paris, 1960, *passim*; W. BARTA, *Untersuchungen zum Götterkreis der Neunheit*, in *JARCE*, XI, 1974, 101 ss.; J.A. WILSON, *The Culture of Ancient Egypt*, Chicago, 1951, *passim*; ID., *Authority*, cit., 1 ss.; D. O’CONNOR - D.P. SILVERMAN, *Ancient Egyptian Kingship*, Leiden, 1995, *passim*.

⁷¹ Come ha messo in luce A. THEODORIDES, *Les ouvriers-magistrats en Egypte à l’époque ramesside (XIX^e-XX^e dyn.; 13^e-10^e s. av. J.-C.)*, in *RIDA*, XVI, 1969, 108, il vocabolo in parola (šr) è di difficile traduzione, giacché «en traduisant ‘fonctionnaire’ come on le fait souvent, on ne dit pas assez, vu que le ‘ser’ est doué d’une compétence judiciaire; en traduisant ‘magistrat’ comme on le fait aussi, on ne dit non plus assez, puisque le ‘ser’ est doublé d’une capacité administrative et exécutive»: peraltro, non può mancarsi di sottolineare come l’autore, tutto teso a dimostrare l’autonomia del diritto faraonico dalla sfera sacrale, dimentica nella sua concisa trattazione di dar conto della natura intimamente religiosa che connotava l’esercizio della funzione (o magistratura) faraonica. Vero è, tuttavia, che è proprio al Théodoridès stesso che si deve la corretta interpretazione del sostantivo šr; esso non indica affatto un ‘notabile’ – come ritenevano sia J. PIRENNE, *Histoire des Institutions et du Droit Privé de l’Ancienne Egypte*, I, Bruxelles, 1932, 206 (cfr. ID., *Histoire*, II, cit., 133 ss., 188 s., 248) sia A. MORET, *L’administration locale sous l’Ancien Empire*, in *CRAIBL*, s.n., 1916, 378 ss. –, bensì un ‘funzionario’ (*latu sensu*) in carica; cfr., inoltre, A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens*, cit., 66 ss., il quale ricorda la competenza dei šrw in materia di diritto privato (quali giudici delle cause relative a proprietà terriera, nonché quali conservatori degli atti dello stato civile), di diritto penale (data la loro competenza di repressione), nonché all’interno dell’apparato dell’amministrazione faraonica (quali soggetti competenti in materia di tasse e *corvées*). Sul punto proficua è la consultazione di W. HELCK, *Wirtschaftsgeschichte des Alten Ägypt-*

principali ‘funzionari faraonici’: natura che, appunto, confonde aspetti che oggi noi saremmo decisamente portati a ricondurre ora alla sfera del ‘sacro’, ora a quella del ‘giuridico’. Quale paradigma lampante che attesta come «chi era a servizio del Faraone non adempiva a una funzione puramente secolare bensì a una funzione religiosa, e il senso del dovere era rafforzato dalla fede»⁷², si impongono le parole tratte dalla biografia tombale di uno dei massimi personaggi della VI dinastia⁷³, Pepiankh⁷⁴:

A 1-6: *iw ir.n.i ḥꜥw(i) r rnpt 100 m-m im3ḥw⁷⁵ ḥꜥw hr k3.i⁷⁶ ir.n.i bw ḥꜥw pn m imy-r3 ḥm(w)-ntr n hwt-ḥr (...) ink im3ḥ(w) hr nswt ink im3ḥ(w) hr ntr ḥꜥ (...) ir.n(i) ḥꜥw nb ir(w).n.i m wnwꜥt(i) śr śk w(i) ḥr*

ten im 3. und 2. Jahrtausend vor Chr., Leiden, 1975, 100 ss.; nonché di H. GOEDICKE, *Königliche Dokumente*, cit., 32. Da ultimo si ricorda, incidentalmente, che *śrw* erano pure – nel Nuovo Regno – gli operai che formavano, in qualità di giudici, la *ḥnbt*, ossia la Corte, presso la colonia di Deir el Medinah, i quali, per di più, come evidenzia J. ČERNÝ, *Le culte d'Amenophis I chez les ouvriers de la Nécropole thébaine*, in *BIFAO*, XXVII, 1927, 192 s., «fonctionnaient comme prêtres» di Amenhotep I ed erano «chargés de porter la statue du roi dans les processions» (in tema cfr. S. ALLAM, *Quenbete et administration autonome en l'Égypte pharaonique*, in *RIDA*, XL, 1995, 56 ss.; Id., *Egyptian Law Courts in Pharaonic and Hellenistic Times*, in *JEA*, LXXVII, 1991, 109 ss.; A.G. McDOWELL, *Jurisdiction in the Workmen's Community of Deir el-Medina*, Leiden, 1990, 113 ss.). Peraltro, in stretta connessione col tema della ‘indifferenziazione’, non può mancarsi di mettere in luce come presso il tribunale di tali *śrw*-operai, due fossero le procedure applicabili. La prima, ordinaria e umana, si concludeva con una pronuncia resa dagli stessi giudici; l'altra, straordinaria e divina, prevedeva il ricorso allo strumento oracolare con l'intervento della statua del faraone divinizzato Amenhotep I: come ben ha illustrato S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 20, «le jugement de dieu se pratiquait parallèlement à la procédure judiciaire purement rationnelle»; infatti, nella concezione egizia (anche tarda) «les dieux, mieux que tout être humain, apprécient le bon droit d'un plaignant et la justice d'une requête; plus surement que les institutions humaines, ils savent trancher les différends entre les êtres humains d'une façon plus juste et plus efficace», in quanto «les dieux sont considérés comme la source et les gardiens du droit; ce son eux à qui l'on s'adresse en cas de doute par obtenir un jugement» (sul punto imprescindibile è J.G. GRIFFITH, *The Divine Verdict: a Study of Divine Judgement in the Ancient Religions*, in M.H. VAN VOSS - H.G. KIPPENBERG - K.J.Z. WERBLOWSKY [ed.], *Studies in the History of Religions*, III, Leiden, 1991, *passim*).

⁷² H. FRANKFORT, *La religione*, cit., 41.

⁷³ Sulla collocazione temporale della vita di Pepiankh, cfr., J. PIRENNE, *Histoire des Institutions et du Droit Privé de l'Ancienne Égypte*, III, Bruxelles, 1935, 570.

⁷⁴ Cfr., per il testo, A.M. BLACKMAN, *The Rock Tombs of Meir*, IV, London, 1924, 24 ss. (nonché Urk. I, 221-224).

⁷⁵ Sulla categoria degli *imakhu*, cfr. J. PIRENNE, *Histoire*, I, cit., 242.

⁷⁶ Cfr., sull'espressione, A. BONGIOANNI - M. TOSI, *Spiritualità dell'antico Egitto. I concetti di akh, ba e ka*, Rimini, 2002, 16.

irt bw-nfr hr dd mrrt n-mrrt sbt kd.(i) hr ntr (...) *iw wp.n.(i) sn.wy r htp. sn n rh.(i) mrrt ntr is pw (...)*; B 1 *ir.n.(i) h^cw nb ir(w).n.(i) hr srt m i3t db^c.wt r phwy n sp sdr:(i) db^c.wt.(i) hr:t(i) r(i) dr rdi.t(w).(i) m sr* (io ho vissuto i miei cent'anni tra gli *imakhu* viventi nel pieno della mia forza vitale; ho passato la più parte di questa mia vita come sommo sacerdote della dea Hator ...; io ero presso il re un suo *imakhu*; io ero un *imakhu* del grande dio ...; sono stato un *ser* che sempre ha fatto il bene nell'esercizio delle sue funzioni, cosa amata, così da mostrare al dio ... il mio valore; io ho giudicato i due contendenti sì che fossero soddisfatti, perché il dio vuole questo ... e io lo sapevo; tutto il tempo che ho esercitato la funzione di *ser*, ho fatto ciò sino alla fine con il sigillo reale).

Così, allo stesso modo, un altro eminente rappresentante della macchina 'statale' faraonica dell'Antico Regno, Neferseshemra, non esita ad affermare⁷⁷:

ir.n.(i) m3^ct⁷⁸ n nb.s⁷⁹ / shtp.n.i-sw n mrrt / dd.n.(i) m3^ct ir.n.i m3^ct / dd.n.(i) nfr⁸⁰ whm.n.(i)⁸¹ nfr / (...) *mr.i nfr im n rmt(t)* (ho realizzato *ma'at* in luogo del suo signore / ho reso lui in pace facendo ciò che egli ama / ho pronunciato *ma'at*, ho realizzato *ma'at* / ho detto ciò che è giusto e perfetto / sono stato araldo di ciò che è giusto e perfetto / ... ho amato fare il giusto per gli uomini).

Sia Pepiankh che Neferseshemra rivestirono in vita la carica di vizir: carica che ben testimonia non solo la originaria indistinzione tra gli aspetti religiosi e quelli giuridici – così marcata durante i secoli del Regno Antico –, bensì l'assenza 'regolare' del principio – democratica-

⁷⁷ Urk. I, 198.14-18.

⁷⁸ Sul 'realizzare *ma'at*' in luogo del faraone, cfr. V.A. TOBIN, 'Ma'at', cit., 113 s.; N. SHUPAK, *A New Source for the Study of the Judiciary at Law of Ancient Egypt: The Tale of the Eloquent Peasant*, in *JNES*, LI.1, 1992, 1 ss.; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat and Hesiodic Metis*, in *Mnemosyne*, LVII, 2004, 187.

⁷⁹ Fa riferimento al monarca, come giustamente sottolinea A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens*, cit., 60; *contra*, F. DAUMAS, *La naissance de l'humanisme dans la littérature de l'Égypte ancienne*, in *OA*, I, 1962, 159 s.

⁸⁰ Sull'uso di *nfr* nel senso di giusto e perfetto cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *nfr*, in *Wörterbuch*, II, cit., 253 ss.

⁸¹ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *whm*, in *Wörterbuch*, I, cit., 341 ss.

mente orientato – della separazione dei poteri⁸²: vero è, infatti, che con l'avvento della IV dinastia, il dogma della natura divina della funzione regale – per cui il monarca identificava la propria *auctoritas* con quella che fu, secondo la teologia eliopolitana, la forza creatrice del dio-solare⁸³ – si estende all'intera 'macchina statale-culturale' e, quindi, ai poteri legislativo, giudiziario ed esecutivo. Teoria dello 'stato' e 'teologia' si compenetrano *in unum*, talché culti divini ed esercizio dei poteri statali vanno a confondersi: Thot, *ntr n hp.w*, ossia il dio delle leggi, ha come massimo esercente del suo culto il vizir, al contempo primo ministro e giudice supremo (*Biti s3b ʒty*) e *Ma'at*, personificazione della giustizia e patrona dei tribunali, ha come propri sacerdoti i giudici stessi⁸⁴.

Quanto, più in particolare, alla carica di vizir (che, se durante la IV dinastia viene attribuita esclusivamente ai 'figli del re', con la V è esercitabile da qualsiasi membro della nobiltà), essa in sé assomma, come lasciano intendere i titoli ad essa afferenti, una pluralità di poteri: il vizir, infatti, è nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie 'Presidente del tribunale supremo' denominato 'Grande Corte dei Sei', e come tale 'Sovrintendente di tutti i giudizi', inoltre è 'Profeta di *Ma'at*'⁸⁵. L'aurea che oggi si definirebbe religiosa è innegabile, e sconcertante è la allora pacifica, normale attribuzione di cariche contestualmente istituzionali (proprie del potere amministrativo e giudiziario) e religiose. Tutto ciò, tuttavia, non significa affatto che il vizir, in quanto legittimato a pronunciarsi per la divinità (ossia tanto per il re, come risulta dai due passi sopraccitati, quanto per *Ma'at*, come si evince dalla titolatura testé rammentata) sia *absolutus*: la legge procedurale, le istruzioni regali, i precedenti e l'equità – come è agevole ricavare dalle Istruzioni al Vizir Rekhmira (XVIII dinastia) – sono, infatti, i referenti che dovevano animare l'esercizio della sua funzione di sommo giudice-sacerdote (ll. 4-20)⁸⁶:

⁸² Cfr., in tema, J. PIRENNE, *La loi et les décrets royaux en Egypte sous l'Ancien Empire*, in *RIDA*, IV, 1957, 21; S. ALLAM, *Quenbete*, cit., 13.

⁸³ Cfr., per tutti, R. ANTHES, *Egyptian Theology in the Third Millennium B.C.*, in *JNES*, XVIII.3, 1959, 169 ss.

⁸⁴ V., ampiamente, J. PIRENNE, *Histoire*, I, cit., 139 ss.

⁸⁵ Cfr., sul punto, J. PIRENNE, *Histoire*, I, cit., 139 ss.

⁸⁶ Cfr. N. DE GARIS DAVIES, *The Tomb of Rekh-mi-rè at Thebes*, I, New York, 1943; 86 ss.; v., altresì, R.O. FAULKNER, *The Installation of the Vizier*, in *JEA*, XLI, 1955, 22 ss.; K. SETHE, *Die Einsetzung des Viziers*, Leipzig, 1909, 7 s.; G.P.F. VAN DEN BOORN, *The Duties of the Vizier. Civil Administration in the Early New Kingdom*, London, 1988 (v., per il testo geroglifico, ovviamente, anche Urk. IV, 1086-1093).

*mk iw sprw*⁸⁷ *n šm^cw (t3)-mḥw; (t3) r-dr:f^cpr(w) r sdm m ḥ3 [n Bty] / iḥ m3n.k n.k irt ḥt nbt mi ntt r hp irt ḥt nbt r mt(r) iryw m rdit s nb r wn.f m3^c (...) / mk ibw pw n šr irt ḥt ḥft tp-rd m irt dddt sprw wpy*⁸⁸ *nn dd.f n [rdi.twi] r wn.i m3^c / (...) bwt ntr rdit ḥr gš iw n3 m šb3yt k3.k ir:k mitt m3.k rḥ n.k mi ḥm n.k tkn im.k mi w3 [r.k] (...) / m wn n hnnt.k mdw.f*⁸⁹ *ir wnn wn sprw nty r spr r.k / m [ni] n3 dd.f m ddt hd.k-šw rdi.n.k sdm.f n3 hd.k šw ḥr.š mk.tw dd.tw mr sprw hnn ṯw.f r sdm iit.[n.f] ḥr.š / m ir 3dw r s m nf 3d.k ḥr 3dt ḥr.š (...) / mk [š] fyt nt [s] r ir:f m3^ct (...) / mk š (y) pḥ.k n ir:k t3 i3t ir:k m3^ct mk 3bbt irt m3^ct m prw Bty mk [ir Bty] iry.š pw mt (y) dr ntr mk dd.t(w) r sš wr n Bty, m3^ct sš ḥr.t(w) r:f ir ist ḥ3 sdm.k im.f iw wšht im.f ḥrn ḥr ssw wd^c-mdw*⁹⁰ *[nb] ir irt (y).f (y) / m3^ct ḥr ḥ3t rmt(t) nbt Bty pw mk wnn s m i3t.f ir:f ḥt ḥft ḥr dd(w) n.f b^ck n s ir:f ḥft ddt [n].f m ir 3b[t].k m [ḥ]t ntt rḥ.t(w) hp(w)*⁹¹ *iryw mk ḥr dmi n šhm-ib mri nb sndw r šhm-ib. Th ir:k ḥft p^c ḥr dd(w) n.k.* (Ecco, se si presenta da te chi pretende di far valere un proprio diritto, o del Sud o del Nord, da tutto l'Egitto, per ottenere udienza nell'ufficio del vizir, / devi controllare che tutta la procedura avvenga in conformità della legge, e devi giudicare ogni controversia secondo equità, in modo tale che a ognuno sia riconosciuto il proprio diritto ... / Ecco, un ser deve svolgere la sua funzione secondo le istruzioni: questo è il suo rifugio; chi agisce in giudizio non sia giudicato mai in modo tale da dire 'non è stato riconosciuto il mio diritto' / ... Giudicare arbitrariamente è cosa abominevole per il dio; / ecco l'insegna-

⁸⁷ Cfr. N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 10; E. PERRY, *A Critical Study of the Eloquent Peasant*, 1986, Michigan, 154; R.O. FAULKNER, voce *sprw*, in *A Concise Dictionary of Middle Egyptian*, Oxford, 1962, 223.

⁸⁸ Sul verbo 'wpy', cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *wpy*, in *Wörterbuch*, I, cit., 298 ss. («trennen; richterlich trennen; öffnen; entscheiden»); proficuamente, si v., inoltre, R. ANTHES, *The Legal Aspect of the Instruction of Amenemhet*, in *JNES*, XVI.3, 1957, 176 ss., 181.

⁸⁹ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *mdw*, in *Wörterbuch*, II, cit., 480 («Wort; Rede; Angelegenheit»); v., inoltre, A.G. MCDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 20; E. PERRY, *A Critical Study*, cit., 230.

⁹⁰ Sull'espressione *wd^c-mdw*, cfr., A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *wd^c*, in *Wörterbuch*, I, cit., 405, ove si rende con «(ab)trennen; richten; zuweisen» il verbo semplice e con «richten (zwischen zwei Parteien)» il composto; cfr., inoltre, A.G. MCDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 23, nonché N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 12 s.

⁹¹ Cfr., per ora, sul sostantivo *hp*, dal punto di vista linguistico, C.F. NIMS, *The term hp, 'Law', 'Right' in Demotic*, in *JNES*, VII.4, 1948, 243 ss.; nonché, in particolare, sull'esistenza di leggi scritte, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 137 s.; ID., *La formation*, cit., 13 ss., contro la tesi di J.A. WILSON, *Authority*, cit., 1 ss.

mento: agisci in conformità ad esso e considera sullo stesso piano chi conosci e chi non conosci, chi t'è vicino come chi ti è lontano / ... se qualcuno ricorre a te per far valere i suoi diritti / non licenziarlo adducendo ciò che lui ha detto, ma solo dopo aver motivato il mancato accoglimento della sua pretesa ché chi agisce in giudizio preferisce che la sua richiesta venga ascoltata più ancora di vincere la causa. / Non ti scagliare ingiustamente contro un uomo, ma fallo solo se ciò è fondato ... Ecco, il prestigio di un *ser* sta nel realizzare *ma'at*. / Ecco che tu sarai in grado di far ciò a patto che la tua funzione sia esercitata realizzando *ma'at*, ché è realizzare *ma'at* ciò che deve fare un vizir con la sua condotta. / Ecco, il vizir ne è il protettore dai tempi del dio e si dice che il suo scriba capo è lo scriba di *ma'at*. L'ufficio nel quale tieni udienza è dotato di un luogo ove vengono conservate tutte le sentenze poiché chi deve realizzare / *ma'at* pubblicamente, dinanzi a tutti gli uomini, questi è il vizir. Vedi, l'uomo conserva la propria magistratura se giudica in conformità alle istruzioni che gli sono state date ed è felice l'uomo che agisce in conformità alle prescrizioni dategli. Non fare dunque ciò che vuoi nei processi / di cui conosci le leggi da applicare: ché il re preferisce chi agisce secondo le istruzioni a colui che pensa di poter agire arbitrariamente).

Non solo l'esercizio del potere giudiziario – in una con quello esecutivo, essendo il vizir anche il primo ministro – manifestava la forte unitarietà – per impiegare il 'lessico della differenziazione' – della sfera del giuridico e del religioso: la stessa analisi di alcune fattispecie che oggi ricondurremmo all'ambito del diritto privato permette di apprezzare il principio di indistinzione di cui si è detto.

Così un'iscrizione, ancora databile al Regno Antico, testimonia come dinanzi ad un consesso di testimoni prevalentemente sacerdotale (i *hmw-k3w*⁹² Ini, Sabni, Niankhher, il *hrty-ntr*, ossia l'addetto alla necropoli, Meha, il collegio religioso formato da Nehut e Kamipu, i

⁹² Sulla figura e sulle funzioni del cd. prete funerario (*hm-k3*), si rinvia a S. ALLAM, *Le hm-k3 était-il exclusivement pretre funerarie?*, in *RdE*, XXXVI, 1985, 1 ss., secondo il quale tale figura era deputato a provvedere alle offerte per il *ka*, tanto in vita quanto dopo la morte, ma anche T. MRISCH, *Untersuchungen*, cit., 120 ss. che reputa che detto soggetto in realtà non sarebbe un vero sacerdote, ma un custode della statua e sorvegliante della regolarità del culto funerario.

costruttori Ini e Rahertep, il macellaio Tjenti), oltre ai membri della corte (*d3d3t*⁹³) della piramide di Cheope, verosimilmente entro i locali di un tempio⁹⁴, un venditore – qualificato come ‘lo scriba Tjenti’ – in quanto non aveva ancora eseguito la prestazione oggetto della sua obbligazione – trasferimento della casa compravenduta con ciò che era in essa contenuto – a favore dell’acquirente – l’artigiano (*mḥnk*) Serefka⁹⁵ – che già, invece, aveva pagato il prezzo pattuito (beni per un valore complessivo di dieci *shat*⁹⁶), ricorre ad un giuramento, a mezzo del quale chiama in causa la divinità del sovrano⁹⁷, onde garantire il futuro adempimento e la conformità del bene a quanto convenuto⁹⁸:

⁹³ Cfr. S. ALLAM, *Quenbete*, cit., 11 ss., nonché, S. GABRA, *Les Conseils de fonctionnaires dans l’Égypte pharaonique*, Le Caire, 1929, 7 ss., 33 ss.; I.M. LURJE, *Studien zum altägyptischen Recht des 16. bis 10. Jahrhunderts v.u.Z.*, Weimar, 1971, 63 ss.; H. GOEDICKE, *Die privaten Rechtsinschriften*, cit., 159 s.; W.C. HAYES, *A Papyrus of the Late Middle Kingdom in the Brooklyn Museum (Papyrus Brooklyn 35.1446)*, Brooklyn, 1955, 45 s.

⁹⁴ E. SEIDL, *Einführung*, cit., 51.

⁹⁵ Il nome è dato sulla base della ricostruzione del testo di H. GOEDICKE, *Die privaten Rechtsinschriften*, cit., 151 s.

⁹⁶ Su detta unità di misura non si può che rinviare a E. CHASSINAT, *Un type d’étalon monétaire sous l’ancien Empire*, in *Rec. Travaux*, XXXIX, 1920, 87, che discorre di un «système monétaire officiel» in virtù del quale «les transactions entre particuliers, lorsqu’elles donnaient lieu à des formalités d’ordre juridique, étaient soumis à la même règle d’estimation: la nature du paiement était laissée au choix des parties, mais la valeur des matières constituant le versement était appréciée sur la base de l’étalon de métal».

⁹⁷ J.A. WILSON, *The Oath in Ancient Egypt*, in *JNES*, VII.3, 1948, 130 s., sostiene che la differenza intercorrente «between a juridical and non juridical oath may seem to be of minor importance in a state which was basically sacred, inasmuch as secularization and the impersonal authority of law were secondary to the personal authority of the god-king», sicché il giuramento «in the name of a king or of a god-king in itself invoked that deity as a witness and thus ... had a force as binding»; del pari, cfr. S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 17. Si rammentino, peraltro, i cd. contratti di Messuia, che, stipulati durante il regno di Amenhotep III, avevano ad oggetto mano d’opera servile – una sorta di *locatio operarum* od *operis* – e che testimoniano l’impiego del giuramento allorché vi fosse un differimento nel tempo dell’esecuzione di una prestazione: cfr. A. THEODORIDES, *The Concept*, cit., 313 s.

⁹⁸ Per il testo geroglifico cfr. Urk. I, 157-158; in tema v. J. PIRENNE, *Histoire*, II, cit., 293 ss., 342 ss., nonché A. THEODORIDES, *Lacte*, cit., 31 ss. (con ampissima bibliografia).

*dd.f in.n.(i) pr pn r isw hr sš tnty / rdi.n.(i) 10 šct ir:f*⁹⁹ (...) / *sš tnty dd.[f]*¹⁰⁰; / *ʕnh nswt, di.(i) wn-mʕ*¹⁰¹ *hṯp.k*¹⁰² *hr.š r hpr imy(t) nb.t n.t pr pn mh.n.k dbʕ(w)*¹⁰³ *ipn m wdb*¹⁰⁴ / *htm r htm ht m-bʕh dʕdʕt n.t mr ʕhty hwfw [m-bʕh] mtr(w) ʕšʕw*¹⁰⁵ (egli dice: ho acquistato a titolo oneroso questa casa dallo scriba Tjenti / e gli ho pagato un valore di dieci *shat* ... / Dice lo scriba Tjenti: io giuro sulla vita divina del Faraone di dare ciò che è conforme a *Maʕat*, e di adempiere alla obbligazione che nasce nei tuoi confronti dal negozio affinché tutto ciò che è dentro questa casa sia a te trasferito. Tu, infatti, hai già effettuato il pagamento previsto quale controprestazione. / Contratto siglato alla presenza della corte della piramide di Khufu e di numerosi testimoni).

Un ulteriore conforto alla tesi della indifferenziazione risiede in quello che chiamerei il fenomeno (peraltro particolarmente diffuso) della 'patrimonializzazione' della carica sacerdotale. La celebre stele di Ahmes Nefertari, secondo la persuasiva interpretazione del Kees e del Gitton¹⁰⁶, ad esempio, ci rende edotti che la regina, attraverso il nego-

⁹⁹ B. MENU - I. HARARI, *La notion*, cit., 148, mettono in luce come dal testo risulti che «la contrepartie ... à déjà été versée», sicché sarebbe in torto J. PIRENNE, *Histoire*, II, cit., 295, a parlare di 'consensualismo' egizio.

¹⁰⁰ Leggo *dd.f* e non *dd.n.f* con H. SOTTAS, *Etude Critique sur un Acte de Vente Immobilière du Temps des Pyramides*, Paris, 1913, 7 s.

¹⁰¹ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *wn-mʕ*, in *Wörterbuch*, I, cit., 310, che rendono la perifrasi sostantivata «Wahrheit; Richtigkeit»; pensa invece a un impiego copulativo K. SETHE, *Aegyptische Inschrift auf dem Kauf eines Hauses aus dem Alten Reich*, in *Berichte über die Verhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaften*, LXIII, 1911, 147 che traduce «ich werde machen, dass es in Ordnung ist»; così come E. EDEL, *Altägyptische Grammatik*, Roma, 1955, che traduce «ich werde veranlassen dass es in Ordnung ist».

¹⁰² Per *shṯp* nel senso di *solvere*, cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *shṯp*, in *Wörterbuch*, IV, cit., 221 s., sicché *hṯp* può intendersi come 'essere soddisfatto' a seguito del pagamento.

¹⁰³ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *dbʕ*, in *Wörterbuch*, V, cit., 555: «ersetzen; bezahlen; vergelten».

¹⁰⁴ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *wdb*, in *Wörterbuch*, I, cit., 408: «umwenden; zuwenden».

¹⁰⁵ B. MENU - I. HARARI, *La notion*, cit., 148, sottolineano che «le contrat est scellé en présence du Conseil de la ville de la pyramide et devant des témoins», e che questi ultimi «sont ceux de Tenty, pour la raison que nous venons d'énoncer: le scribe Tenty n'a encore exécuté son obligation».

¹⁰⁶ M. GITTON, *La résiliation d'une fonction religieuse: nouvelle interprétation de la stèle de donation d'Ahmes Nefertari*, in *BIFAO*, LXXVI, 1976, 65 ss.; E. KEES, *Das Gottesweib Ahmes-Nofretete Amonsriester*, in *Orientalia*, XXIII, 1954, 57 ss.; *contra*, v. la

zio detto *imyt-pr*, trasferisce il proprio sacerdozio di Seconda Profetessa di Amon (*hmt ntr nt imn*), al marito, il faraone Ahmosis, ottenendo da quest'ultimo, quale controprestazione¹⁰⁷, una pluralità di beni per un valore complessivo di 1010 *shat* (l.13): *kn.n.s t3 t3t htm.ti*¹⁰⁸ *dd.n.s grh.kwi hr t3 swnt*¹⁰⁹ (la carica [sacerdotale] le è stata completamente pagata ed ella ha detto: «Sono soddisfatta per il prezzo»). Operazione analoga a quella testé descritta si rinviene, altresì, nel Pap. Kahoun II.1 (XII dinastia) dove la 'merce' è rappresentata da *f3t w3w3w*, ossia dal complesso di funzioni (religiose)¹¹⁰, contro il pagamento di un 'capitale'¹¹¹ – rimasto, invero, inadempito –, da parte di uno scriba, talché il figlio del venditore, morto quest'ultimo, fa valere giudizialmente il credito del padre (ll. 37 ss.): *dd.n.f n it.i iw.i rdit n.k tp hm^c f3t w3w3w nb n.k-imy* (ed egli disse a mio padre: «Io ti darò un capitale in una col trasferimento di tutte le funzioni che tu eserciti»). Allo stesso modo, grazie alla iscrizione contenuta nella celeberrima 'Stele giuridica' di Karnak, sappiamo che il Principe di Nekheb, Keksi, convenuto in giudizio dal fratello Sebeknakht, per un cospicuo debito, rimasto non onorato, ammontante a 60 deben d'oro, nell'impossibilità di adempiere all'originaria obbligazione (contratta verosimilmente a titolo di mutuo¹¹²), propone alla prima udienza, presso l'ufficio dell'Araldo del distretto settentrionale Kamosis (*m h3 n whmw n w^crt mh^{tt}*), al procuratore attoreo – il Profeta dell'Horus di Nekheb, omonimo della parte processuale rappresentata – quale 'dazione in pagamento', il trasferimento – sempre a mezzo di *imyt-pr* – della propria carica, considerando a titolo di *swnt* (*i.e.* prezzo già versato) l'ammontare in oro

serrata argomentazione di B. MENU, *La stèle d'Ahmès Nefertary dans son contexte historique et juridique*, in *BIFAO*, LXXVII, 1977, 89 ss.

¹⁰⁷ Cfr. R. VERSTEEG, *Law*, cit., 112, il quale ricorda come l'atto di *imyt-pr* fosse impiegato già nel Medio Regno «for a certified deed of conveyance of real property».

¹⁰⁸ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *htm*, in *Wörterbuch*, III, cit., 198: «tilgen (die Schuld); bezahlen».

¹⁰⁹ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *swnt*, in *Wörterbuch*, IV, cit., 68: «Handel; Kaufpreis». Cfr., altresì, A. THEODORIDES, *Lacte*, cit., 42.

¹¹⁰ K. SETHE, *Ägyptische Lesestücke zum Gebrauch im akademischen Unterricht, Texte des Mittleren Reiches*, Darmstadt, 1959, 91; A. THEODORIDES, *Lacte de sonnet (vente) dans la Stèle juridique de Karnak*, in *RIDA*, VI, 1959, 118.

¹¹¹ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *tp*, in *Wörterbuch*, V, cit., 267.

¹¹² Si prende atto che B. MENU, *Le prêt en droit égyptien*, in *Etudes sur l'Égypte et le Soudan anciens*, Lille, 1973, 59 ss., non cita il passo (propendendo così implicitamente alla tesi del deposito).

prestato: *db3.n.i n.f st m t'y.i i3t h3ty^c n nhb pht n.i m ht n it.i imy-r3 niwt 3ty (...)* *rđi(w) m mitt m hr n p^c hm-ntr s. nty m rwdw n p3 h3ty^c n nhb. hr(w) hr s m mitt* (ll. 19-21).

Concludiamo con un'ultima importante testimonianza: quella relativa alla 'contrattualizzazione del culto funerario'¹¹³. In virtù delle radicate credenze egizie relative alla vita ultraterrena, difatti, la sopravvivenza *post mortem* poteva essere garantita unicamente da un adeguato e continuo sostentamento verbale-materiale 'spiritualizzato', sicché, alla luce di ciò, è comprensibile come l'importanza dell'espletamento del culto funerario del *ka* dei privati fosse considerata – escatologicamente – troppo elevata perché la pratica dei riti necessari per assicurare la vita eterna al defunto potesse essere lasciata alla semplice 'pietà filiale'¹¹⁴. Di qui la prassi, ben testimoniata per il Medio Regno, di rivestire di forme 'giuridicamente vincolanti' i servizi funerari di nutrimento del *ka*, deducendo questi ultimi a prestazione contrattuale: Hapidjefa, governatore di Assiut sotto la maestà di Sesosti I (vente-

¹¹³ Secondo la nota interpretazione di Sethe, il carattere spirituale della sopravvivenza dell'uomo, messo in luce dalla teologia solare, presuppone che il *ba* di un defunto – vale a dire la sua personalità – dopo la decomposizione delle carni rimanga legato all'elemento divino che si ritrova nell'uomo, il *ka*, 'Lebenskraft' (cfr. U. SCHWEITZER, *Das Wesen des Ka im Diesseits und Jenseits der Alten Ägypter*, Hamburg, 1956, *passim*, la quale, dopo aver precisato il significato più adeguato da attribuire a *ka*, prende in esame la questione delle statue del *ka*, ossia di quei simulacri di appoggio, la cui perduranza era necessaria per la sopravvivenza del *ka* stesso). Così, secondo radicate credenze religiose, al fine di garantire la sopravvivenza del *ba* attraverso una 'alimentazione' atta a ricostituire la forma apparente, è imprescindibile procedere a offerte funerarie di 'energie' (*kaw*) che, ridotte a pura 'essenza' mediante combustione o evaporazione, permettano di mantenere per l'eternità il *ba* del defunto che, insieme al *ka*, poteva fruire dell'immortalità. Ma il potere creativo della parola spesso sostituiva l'atto materiale: pronunciare la formula di un'offerta equivaleva a compierla, sicché l'offerta funeraria stessa era concepibile, anzitutto, come una preghiera ad Osiride o Anubi, affinché questi procurassero i necessari *kaw* (v. K. SETHE, *Übersetzung und Kommentar zu den altägyptischen Pyramidentexte*, IV, Glückstadt - Hamburg, 1962, 123). Come è stato ben sintetizzato, «il sacerdote funerario, incaricato di presentare le offerte al *ka* del defunto, si riconosce abitualmente nello *hemka*, 'servo del *ka*'. Nell'antico Regno sacerdoti di questo tipo celebravano ogni giorno riti in suffragio dei defunti, di solito illustri dignitari imparentati con la famiglia reale o potenti funzionari statali, i quali nel corso della loro vita avevano predisposto donazioni di terra e prodotti agricoli, in modo tale che si devolvessero quotidianamente offerte per i loro *ka*. I servi del *ka*, dopo la presentazione delle offerte, facevano libagioni d'acqua recitando le formule che magicamente dovevano ricreare la realtà» (A. BONGIOANNI - M. TOSI, *Spiritualità*, cit., 51; per un'utile rassegna antologica delle principali teorie sui concetti di *akh*, *ba* e *ka*, v., inoltre, ID., *Spiritualità*, cit., 125 ss.). Un altro esempio delle 'performative utterances' alla Austin.

¹¹⁴ S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 25 ss.

simo secolo a.C.), ad esempio, ne concluse – come testimoniano le iscrizioni della sua tomba – addirittura dieci, dei quali si riportano, di seguito, il n. 1 (ll. 273-276), il n. 6 (ll. 302-304)¹¹⁵:

*htm.t*¹¹⁶ *irt.n* *h3ty-^c* *imy-r3* *hmw-ntr* *h^cpy-df3* *m3^c-hrw*¹¹⁷ *hn^c*¹¹⁸ *wnwt*
hwt-ntr *nb* *wpw3wt* *nb* *s3wt* *m* *rdi.t* *n.f* *t3-hd* *hr* *w^cb* *nb* *n* *hnt* (*y*).*f* *nty*
m *hwt-ntr* *nt* *inpw* *nb* *n* *r3-krrt*, *m* *rnpt* *5* *hryw* *sw* *1* *hft* *wd3* *wpw3wt* *nb*
s3wt *r* *hwt-ntr* *tn* *rdit.n.f* *s* *sn* *hr.s* *hrt.f* *m* *k3* *m3^c* (*w*) *n* *wpw3wt* *nb* *s3wtm*
hwt-ntr *tn*, *hft* *wd3.f* *ir.s* *m* *w^cbwt.f* *prrt* *n* *h3ty-^c* *h^c.n* *dd.n.f* *n.sn* *r* *dd*
m.tn *rdi.n.i* *n.tn* *t3* *w^cbt* *prrt* *n.i* *m* *hwt-ntr* *n* *mrwt* *mn^h* (*w*) *p3* *t3-hd* *didiw*.
tn *n.i*. *h^c.n* *rdi.n.sn* *n.f* *n* *hnt* (*y*).*f* *hr* *^c* *n* *hm-k3.f* *iw^c* *n* *k3* *hnt* *rdi.n.f* *n.sn*
m *w^cbt* *tn*. *h^c.n* *sn* *hrw*¹¹⁹ *hr.s* (Contratto scritto in forma pubblica
[*htmt*] concluso tra il Governatore e Sommo Sacerdote Hapidjefa, dichiarato conforme a *ma'at*, e i preti *unut* del tempio di Upuaut, signore di Assiut: ciascun prete *uabu* si impegna a offrire un pane bianco alla sua statua che si trova nel tempio di Anubis, signore della necropoli Raqerret, il primo dei cinque giorni epagomeni, allorché Upuaut, signore di Assiut, si manifesterà in questo tempio, contro la dazione, da parte sua – di Hapidjefa – e a loro van-

¹¹⁵ Per il testo cfr. E.L. GRIFFITH, *The Inscriptions of Siut and Der Rifeh*, London, 1889, pll. 6-8; Cfr., in generale e con ampio ragguaglio bibliografico, A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 109 ss. e ID., *A propos du sixième contrat du Gouverneur Hapidjefa*, in *AIPHOS*, XX, 1973, 439 ss.; nonché ID., *The Concept*, cit., 303 e ID., *Le problème*, cit., 19. Si segnalano, altresì, B. MENU, *Quelques principes d'organisation du travail d'après les textes du Moyen Empire égyptien*, in A. THEODORIDES, *Le droit égyptien*, cit., 196 s.; v., inoltre, S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 26 s.; ID., *Quenebete*, cit., 42; R. VERSTEEG, *Law*, cit., 195 ss. e nt. 39; E. REVILLOUT, *Precis du droit égyptien comparé aux autres droits de l'Antiquité*, Paris, 1903, 20 s.

¹¹⁶ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *htmt*, in *Wörterbuch*, III, cit., 352; E. SEIDL, *Einführung*, cit., 24; W.C. HAYES, *A Papyrus*, cit., 122; H. GOEDICKE, *Die Privatn Rechtsinschriften*, cit., 117 s.

¹¹⁷ Sul significato originale e sulla sua evoluzione, cfr. l'illuminante saggio di R. ANTHERS, *The Original Meaning of m3^c-hrw*, in *JNES*, XIII.1, 1954, 21 ss.

¹¹⁸ Come ben sottolinea A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 232 s., «par essence le contrat-*htmt* est lui bilatéral, et il est dresse *hn^c*, 'avec' quelqu'un» e «*hn^c* est l'indice d'une coopération à l'élaboration de l'acte», sicché «nous sommes convaincu que l'acte-*htmt* se faisait ... sous forme d'une déclaration et que exprime une participation à une discussion, qui devait aboutir au consentement»: sul punto cfr., ampiamente, ID., *La preposition hn^c dans les documents égyptiens de nature juridique*, in *RBPH*, XLVII, 1969, 1315 s.

¹¹⁹ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *hrw*, in *Wörterbuch*, II, cit., 496 s., che rendono come aggettivo «zufrieden; ruhig; angenehm» e, come verbo, «zufrieden sein; angenehm sein».

taggio, di una porzione di toro sacrificale che gli si deve in questo tempio, in onore di Upuaut, allorché questo dio si manifesta: tale ostia purificata, infatti, si deve consegnare al Governatore. Egli così ha parlato: «ecco io vi do questa ostia che mi deve essere consegnata nel tempio, cosicché sia retribuita l'offerta di pane bianco che su di voi incombe». Essi si sono obbligati verso di lui a favore della sua statua sotto la sorveglianza del suo *hemka*, a offrire una coscia di toro da prelevare da ciò che egli ha loro dato di tale ostia. Essi hanno manifestato il loro consenso a riguardo).

htmt irt.n ḥṣty-ṣ imy-rṣ ḥmw-ntr ḥṣpy-dfβ mṣṣ-hrw hnṣ imy-rṣ ḥmw-ntr n wpwṣwt, m ṣṣr n iwḥ prr ḥr ṣḥ didiw ḥr http n k3 nb sftw m ḥwt-ntr ḥnṣ ḥnkt ṣt3 n dṣ ¼ hrw nb n wn-hr prr n imy-rṣ ḥmw-ntr nb imy hṣw.f rdīt.n.f n.f ḥr.ṣ hrww 2 nw ḥwt-ntr m ḥt.f¹²⁰ nw pr it.f n is m ḥt pr hṣty-ṣ ṣḥṣ.n dd.n hṣty-ṣ ḥṣpy-dfβ r dd: ṣm ṣṣr pn n iwḥ ḥnṣ ḥnkt ṣt3 pn n hrw nb n wn-hr, prr.ṣn n ḥnt(y).i ḥr ṣ n ḥm-k3.i. ṣḥṣ.n.f hrw ḥr.ṣ r-gṣ knbt nt ḥwt-ntr¹²¹ (Contratto scritto concluso tra il Governatore e Sommo Sacerdote Hapidjefa, dichiarato conforme a *ma'at*, e il Sommo Sacerdote di Upuaut, avente ad oggetto la carne di animale sacrificale che deve deporsi sul braciere e sulla tavole dei sacrifici, per ogni toro abbattuto nel tempio e un *setcha* di birra di ¼ di *des*, cose che debbono offrirsi a ogni sommo sacerdote in funzione. Ciò che egli [Hapidjefa] si è impegnato a dare a lui [Sommo Sacerdote], a tal riguardo: due giorni del tempio che fanno parte del patrimonio ereditato da suo padre e non di quello della casa del Governatore. Il Governatore Hapidjefa ha dichiarato: «questa carne da sacrificio e questa misura di birra per ogni giorno di epifania dovranno essere offerte alla mia statua sotto il controllo del mio *hemka*». Egli [il Sommo Sacerdote] ha manifestato il suo consenso dinanzi al Consiglio del tempio).

Dunque, in virtù del primo contratto riprodotto, Hapidjefa si impegna a cedere ai cd. preti 'orari', o meglio 'di servizio'¹²², quale contro-

¹²⁰ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *ht*, in *Wörterbuch*, I, cit., 124. Cfr., altresì, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 114 ss.

¹²¹ Cfr., sulla funzione della *knbt nt ḥwt-ntr*, S. ALLAM, *Quenebete*, cit., 45, nonché A. THEODORIDES, *A propos du sixième contrat*, cit., 462.

¹²² Cfr. A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 116 e nt. 5.

prestazione per le offerte funerarie da devolvere – in concreto da parte degli *uabu*¹²³ – alla sua statua, un diritto che egli ha acquisito con l'assunzione della carica di Governatore – diritto, peraltro, sia permanente in suo capo anche una volta dismessa la funzione governatoriale, sia trasmissibile *mortis causa*): quello di prelevare una parte prestabilita di ciascun toro da sacrificio abbattuto (ottenendo ciò dal tempio di Anubis) ogniqualvolta fosse portata in processione la statua di Upuaut.

Il sesto contratto – che il Seidl ha definito giustamente come un curioso «Fall eines Selbstvertrag»¹²⁴ – vede quali parti, da un lato, il 'privato' Hapidjefa, dall'altro, il 'Sommo Sacerdote di Upuaut' in carica, ossia lo stesso Hapidjefa: il tutto dinanzi alla *knbt nt hwt-ntr* in funzione di testimone. Gli effetti del contratto paiono chiari: da un lato, il sommo sacerdote, che in quanto tale ha diritto ad ottenere per sé – per tutta la durata della sua carica – una parte di carne e di birra sacrificali, rinuncia a tale diritto impegnandosi a riservare la medesima parte a profitto del perenne culto della statua del 'privato' Hapidjefa, risultando così palese, come ha messo in luce Revillout, che «il désirait faire apporter à sa statue, après sa mort, ce qu'on lui apportait à lui même de son vivant quand il présidait aux cérémonies religieuses»¹²⁵; dall'altro, Hapidjefa cede al Sommo Sacerdote – carica attualmente da lui stesso rivestita¹²⁶ – il diritto, ereditato dal padre¹²⁷, avente ad oggetto 'due giorni del tempio', ossia 1/180 dei redditi annui templari¹²⁸.

¹²³ Cfr. A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 116, nt. 6: si tratta di sacerdoti 'purificati' in servizio.

¹²⁴ E. SEIDL, *Einführung*, cit., 44.

¹²⁵ E. REVILLOUT, *Précis*, cit., 21.

¹²⁶ Cfr. A. ERMAN, *Life in Ancient Egypt*, trad. ingl., London, 1971, 147: «a people could so clearly grasp the double nature of an individuality as to allow him to conclude contracts with himself, was certainly long past the time of judicial infancy, and attained to a highly developed legal status».

¹²⁷ Cfr. R. VERSTEEG, *Law*, cit., 197: «there are two aspects of the Hapdjefai contracts which deserve special comment. First, because Hapdjefai himself was a member of the priesthood with which he was contracting ... he had to delineate his roles and separate his obligations. As a consequence of this duality, he was able to pay his colleagues, at least in part, with rations from the temples to which he and his heirs would have otherwise been entitled. Second, Hapdjefai emphasized that the real property that he promised to give as consideration (in addition to temple rations) was property that derived from his family's inheritance, not property in which he had a life estate by virtue of being a nomarch. These two aspects of the Hapdjefai contracts illustrate that the Egyptians reached a sophisticated level of legal abstraction».

¹²⁸ Cfr. A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 126 s. e nt. 61.

I pochi, ma significativi, paradigmi qui rammentati mi paiono ben attestare – e ciò sino al Nuovo Regno – la perdurante, se non sempre monolitica, indifferenziazione tra ‘diritto’ e ‘religione’ nel mondo egiziano: che una convenzione avesse ad oggetto lo scambio di un immobile contro un prezzo, ovvero di una carica sacerdotale contro un prezzo era cosa, come si è visto, del tutto indifferente; così come naturale era il principio per cui chi – tra l’altro – amministrava la giustizia dovesse essere ritenuto altresì legittimato a parlare in vece della personificazione divinizzata della giustizia stessa, *Ma’at*.

Le cose, in definitiva mi paiono ben diverse dallo *status* di «lawlessness» postulato da Wilson per giustificare l’assenza di ‘leggi scritte’ nell’Egitto antico e la convinzione secondo cui «each king was a newly reborn god, a source of verbal law» e «it would be unfitting if he were to be made the heir to a long-standing code which came from outside of him»¹²⁹; ma, altresì, non mi pare fondata – se non sull’entusiasmo eccessivo – la asserzione di Theodorides: «je ne serais pas étonné que nous trouvions un jour un recueil de définitions juridiques, de commentaires juridiques, voire un véritable trait de droit»¹³⁰.

Da un lato, come si è visto, il monarca, fonte unica di prescrizioni, non è svincolato da queste ultime, non è ‘assoluto’ e libero di agire arbitrariamente, non è anche ‘fuori dall’ordinamento’ e dotato, pertanto, del potere di ‘sospendere l’ordinamento’¹³¹: egli, anzitutto, è

¹²⁹ J.A. WILSON, *Authority*, cit., 7.

¹³⁰ A. THEODORIDES, *Le problème*, cit., 19.

¹³¹ L’allusione non può che essere a Carl Schmitt. Secondo il grande ‘filosofo e politico’, il diritto inteso come ‘konkrete Ordnung’ in sé assomma concetti come quello di storia e di positivismo ed è concepito come un *quid* non di posto, ma di sorto sulla base di una involontaria evoluzione della quale solo la scienza giuridica può dar conto (C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, trad. it., Roma, 1996, 67). Il diritto non è solo norma, quindi, ma ‘prassi rivolta ad una decisione’: decisione promanante, anzitutto, dal sovrano. A lui l’ordinamento riserva la decisione ultima, ossia la proclamazione dello ‘stato di eccezione’ (C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 34, 61) e il potere, quindi, di sospendere lo stesso ordinamento (cfr., in tema, G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 19 ss.; ID., *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 9 ss., 44 ss.; L. GAROFALO, *Homo sacer* e *‘arcana imperii’*, in ID., *Studi sulla sacertà*, cit., 75 ss.; ID., *Carl Schmitt e la «Wissenschaft des römischen Recht»*, cit., 192 ss.). Sullo sfondo della secolarizzazione dei concetti teologici, Schmitt equipara il sovrano giudice e legislatore (e tale era innegabilmente anche il faraone) a Dio onnipotente: come quest’ultimo può decidere se compiere un miracolo e sospendere così le leggi naturali, così il sovrano può decidere se esistano i presupposti (di pericolo e di urgenza) che rendano necessario rendere quiescente (in uno stato di disattivazione che è pure conservazione) l’ordinamento, sicché «lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia» (C. SCHMITT,

tenuto ad un ordine superiore, inderogabile, invincibile e totalizzante (*Ma'at*), ordine che si impone quale limite e fine del suo mandato divino; inoltre, la stele di Ahmes-Nefertari ci dipinge un monarca (Ahmosis), 'ingabbiato' nello schematismo contrattuale della *imyt-pr*, costretto come qualsiasi altro privato, in altre parole, ad adeguarsi alle formule prescritte per acquistare un bene (qui, una carica sacerdotale), nonché a pagare il prezzo – peraltro particolarmente elevato – concordato; e ancora, le istruzioni al vizir Rekhmira testimoniano l'esistenza di cogenti norme procedurali che il vizir, quale delegato del faraone nell'amministrazione della giustizia, è tenuto – per ordine stesso di quest'ultimo – a seguire scrupolosamente.

Dall'altro, l'assenza di un procedimento logico di impronta greca¹³², nonché l'indifferenziazione sopra esaminata, hanno precluso l'affermarsi di una casta di esperti che potessero elevare la speculazione tecnico-giuridica a 'sapere professionale': casta che in Roma affondava sì le proprie origini in un fortissimo ritualismo prescrittivo e in un pensiero che intrecciava il piano delle *res humanae* con quello delle *res divinae*, ma che ben presto si seppe scindere quale autonoma deposi-

Le categorie del politico, cit., 61). La concettualizzazione schmittiana non mi pare, tuttavia, conformabile alla realtà teologico-istituzionale dello 'stato faraonico': e ciò anzitutto perché il dio egizio (nelle sue infinite molteplici manifestazioni) non è 'altro' rispetto alla 'natura', ma è esso stesso oggetto di una considerazione puramente immanentistica. Il dio non comanda la natura; è 'legge di natura', è forza cosmica: «le dieu égyptien n'est pas créateur, pas transcendant du monde, pas d'une autre origine que le monde, pas antérieur au monde, et il n'existe pas de toute éternité» (A. THEODORIDES, *La formation*, cit., 15; ID., *L'Orient et spécialement l'Égypte dans la pensée de Julien l'Apostat*, in *Atti Accademia costantiniana*, III, 1977, 383 ss.). Atteso, quindi, che il dio si identifica nella natura (nelle sue componenti materiali, energetiche, spirituali), e in una sorta di immanente determinismo non è ammesso ad eccedere la sua funzione di elemento cosmico (è vento, è sole, è acqua, è sovranità, è giustizia: ma è soltanto ciò), del pari, i dogmi della sovranità egizia impongono che il faraone, che incarna Horus (dio-regalità) ed è figlio di Ra (dio-sole e primordiale 'reggente'), quale surrogato della divinità stessa per regnare sull'umanità 'realizzando *Ma'at*' (cfr. J. ASSMANN, *Maât*, cit., 124 s.), non sia affatto, come vuole Schmitt, al contempo 'fuori e dentro l'ordinamento': egli è l'ordinamento e per non negare sé stesso, per non negare la sua funzione divina, non può che compiere il suo mandato ontologicamente astretto all'essere faraone. Sospendere l'ordinamento per l'Egitto antico, in definitiva, non sarebbe un miracolo (ossia un *quid* che è trascendente le leggi di natura, ma non è né negazione della natura né negazione della divinità, anzi sua manifestazione), bensì inconcepibile negazione del cosmo e inammissibile sovvertimento dell'essere.

¹³² A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 78, nt. 39: «nel definire un concetto la logica egizia procedrebbe accostandone numerose sue definizioni, anche opposte tra loro, tutte ugualmente valide, che si integrano e si completano; in altre parole, una molteplicità di risposte che rendono comprensibile un'unica idea, uno schema caleidoscopico privo di dogmi».

taria di cognizioni, del tutto particolari, relative al piano ‘orizzontale’ dei rapporti interumani.

3. ‘Weltordnung’ e monarchia divina: alle fonti dell’antico diritto egizio.

Non v’è tra gli studiosi che si sono occupati, vuoi occasionalmente, vuoi *ex professo*, di m^3t (*ma’at*), chi non abbia preliminarmente sostenuto la intraducibilità di detto sostantivo¹³³, significante di un «concept central de philosophie (sociologie, idéologie, cosmologie ...: ‘vision’) égyptienne», il quale, anzitutto, «semble effacer les limites entre la religion et tout ce qui n’est pas religion»¹³⁴: ma, intraducibilità, ovviamente, non significa sempre e comunque in-intelligibilità, per quanto un concetto, come quello espresso dal segno m^3t , possa dirsi di ardua decifrazione. Punto di partenza imprescindibile onde individuare la portata prescrittiva totalizzante di m^3t , non può che essere quella suggestiva interpretazione, la cui paternità è da attribuirsi a Helck, per cui il geroglifico di ‘ m^3t ’, quale ‘fonogramma simbolico’, stilizzerebbe un ‘basamento’, sicché il significato primario del termine in parola sarebbe, per l’appunto, quello di ‘Grundlage’¹³⁵: m^3t rappresenterebbe visivamente e concettualmente il fondamentale presupposto, il caposaldo ‘metafisico’ – ma da rendere immanente – della vita stessa nel cosmo o, meglio, il presupposto indefettibile perché l’‘essere’ sia ‘cosmo’, il *quid* che lega il tutto in una unità incrollabile. M^3t , s’è affermato, è il principio per cui «the universe, the natural world, the state, and the individual were all seen as parts of the wider order»¹³⁶.

L’elemento focale del concetto di m^3t – seppur qualcuno ha arditamente dire che una fedele ed esaustiva parafrasi di quest’ultimo sarebbe tale da prendere le dimensioni di una vera e propria «Kulturgeschichte»¹³⁷ egizia – risiede nell’idea di ordine, verità e giustizia. Il cuore di m^3t ,

¹³³ Cfr., paradigmaticamente, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 137 e R. VERSTEEG, *Law*, cit., 21.

¹³⁴ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 16.

¹³⁵ W. HELCK, voce *Maat*, in W. HELCK - E. OTTO - W. WESTENDORF (ed.), *Lexicon der Ägyptologie*, III, Wiesbaden, 1990, 1110 ss.

¹³⁶ V.A. TOBIN, ‘*Ma’at*’ and ‘*Dike*’, cit., 113.

¹³⁷ R. ANTHES, *Die Maat des Echnaton von Amarna*, in *JAOS (Supplement)*, XIV, 1952, 2.

non starebbe, come un tempo riteneva Morenz¹³⁸, nell'etica (essendo, a ben vedere, l'etica stessa non tanto una sovracategoria inglobante, quanto una *species* dell'«Oberbegriff *m3t*»), bensì nell'ordine universale: una 'Weltordnung', per dirla con l'incisivo tedesco di Assmann¹³⁹. Vero è, peraltro, che se si consulta il 'Wörterbuch der Ägyptischen Sprache', tra le numerose traduzioni rinvenibili, quale «das Rechte, die Wahrheit», non è dato trovare affatto quella di 'ordine cosmico'¹⁴⁰: a quanto mi risulta, infatti, il primo a interpretare *m3t* attribuendole un significato non 'etico', bensì 'cosmico' e quindi unitariamente plurivalente, è stato il Bleeker¹⁴¹, in un'opera risalente al lontano 1929, destinata a divenire pietra miliare degli studi successivi e sostrato della *communis opinio* in tema di *m3t*.

La visione 'bleekeriana' avrebbe riscosso una fortuna straordinaria, invero, non solo nel campo dell'egittologia pura – tanto da essere elevata a *primum* degli studi sulle concezioni religiose e delle 'digressioni' di stampo giuridico¹⁴² –, ma anche nel campo della filosofia e della politologia, spesso imponendosi come 'matching dot' di più discipline, necessariamente involte al contempo per poter comprendere le innumerevoli sfumature insite nel concetto di *m3t* nonché da esso presupposte e implicate. Così Jaspers, nello sviluppare – sulle ceneri della catastrofe bellica e all'insegna di un programma etnocentrico e umanisticamente orientato – la celebre teoria dell'«Achsenzeit» (ossia dell'età storica, collocabile attorno al sesto secolo a.C., in cui si sarebbe verificato un 'Durchbruch', una svolta radicale che avrebbe impresso i caratteri fondamentali dell'universo intellettuale odierno, massimamente occidentale), eleva il concetto 'monofisita' di 'Weltordnung' a paradigma antitetico al prodotto dell'età assiale stessa, vale a dire la 'bicipite' tensione tra il trascendente e lo *status quo*: così il pensiero egizio, entro tale quadro evolutivo, in quanto intimamente pervaso in ogni sua sfaccettatura da *m3t*, veniva concepito come 'Gegenwelt', prototipo di una civiltà dell'era pre-assiale¹⁴³.

Sulla stessa scia, si pone, di poi, il già menzionato Voegelin – po-

¹³⁸ S. MORENZ, *La religion égyptienne*, cit., 120 ss.

¹³⁹ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 16.

¹⁴⁰ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *m3t*, in *Wörterbuch*, II, cit., 18 ss.

¹⁴¹ C.J. BLEEKER, *De Beteekenis van de Egyptische Godin Ma-a-t*, Leiden, 1929, *passim*.

¹⁴² R. VERSTEEG, *Law*, cit., 5 ss.

¹⁴³ K. JASPERS, *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*, München, 1949, *passim*.

litologo conservatore della scuola di Othmar Spann – che nel monumentale ‘*Order and History*’ contrappone la ‘Weltordnung’ egizia – o, meglio, più in generale, l’ordine cosmologico dell’antico Vicino Oriente – all’ordine storico di Israele e dei Greci¹⁴⁴. Se, da un lato, in Egitto il cosmo si imponeva quale modello archetipico di tutto ciò che è permanente ed ordinato, e tutto ciò che tende alla permanenza e all’ordine deve conformarsi ed integrarsi entro la ‘Weltordnung’, dall’altro, Israele – attraverso la rivelazione – e i Greci – attraverso la metafisica – si svincolarono dalla cattività cosmologica in un movimento che «beyond existence in an embracing cosmic order, entailed a progress from the compact form of the myth to the differentiated forms of history and philosophy»¹⁴⁵. Ritorna il concetto, già visto, di ‘compactness’, ossia di indifferenziazione e, quindi, di identificazione programmatica del cosmo, della società, della natura e della cultura¹⁴⁶; concetto che si incarna perfettamente nel segno *m³t*, il quale, per l’appunto, concerne al contempo la verità e la giustizia, e fa convergere *ad unum* – per citare Kelsen – la sfera del ‘Sein’ a quella del ‘Sollen’¹⁴⁷. Voegelin parlava di un ordine ‘teopolitico’ e ‘cosmologico’ in virtù del quale, da un lato, un dio creatore, preservatore e reggente il mondo, si manifestava nella carica del monarca, dall’altro, tutti i concetti politici e giuridici venivano semanticamente inclusi nel sostantivo ‘vincolo’, inglobante, per l’appunto, contemporaneamente le dimensioni del politico, del diritto, della religione e dell’etica¹⁴⁸. E, indipendentemente da Voegelin, il filologo Schmid, nel suo ‘*Gerichtigkeit als Weltordnung*’, perveniva alla elaborazione di quel ‘dogma trinitario’ (che lo stesso Assmann avrebbe fatto proprio, seppur con qualche riserva, nelle sue trattazioni ‘sociologiche’ e ‘politologiche’¹⁴⁹) basato sulla credenza dell’esistenza di un dio supremo garante dell’ordine cosmico, della necessità di uno Stato monarchico di diritto divino, della pervasività unitaria di un ordine immanente: un ordine che, peraltro, assurgeva a «mythe d’état fondamental» e ad «idée unificatrice par laquelle on

¹⁴⁴ E. VOEGELIN, *Order and History*, I-IV, cit., *passim*.

¹⁴⁵ E. VOEGELIN, *Order and History*, IV, cit., 75.

¹⁴⁶ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 16.

¹⁴⁷ H. KELSEN, *Vergeltung und Kausalität*, Den Haag, 1946, *passim*.

¹⁴⁸ E. VOEGELIN, *Order and History*, IV, cit., 16.

¹⁴⁹ H.H. SCHMID, *Gerechtigkeit als Weltordnung: Hintergrund und Geschichte des alttestamentlichen Gerechtigkeitsbegriffes*, Tübingen, 1968, 46 ss.

pouvait rassembler les habitants des regions du Delta du Nil jusqu'à la première cataracte sous une domination commune»¹⁵⁰.

Alla luce di tale ricostruzione ben si comprende, dunque, quel nesso indissolubile – cui già si faceva riferimento nel precedente paragrafo – tra *m3ʕt* e il monarca, nonché, ovviamente, tra *m3ʕt* e i delegati del monarca¹⁵¹, chiamati – come insegna il vizir del re Uni (III dinastia), ad esempio, al figlio Kagemni, destinato a divenire lui stesso vizir sotto Snofru (IV dinastia)¹⁵² – a (*ir*) *m3ʕt r nswt m3ʕt mrrt-ntr* (ossia a fare *maʕat* in luogo del re e per volontà del dio), nonché a *dd bw-m3ʕ n nswt*, cioè pronunciare quanto sia conforme a *m3ʕt* in luogo del re; ovvero a essere, come Rekhmira, un *hm ntr m3ʕt* (Profeta di *m3ʕt*) chiamato come *wp m3ʕt n nb t3wy m hrt hrw nt rʕ nb*, ossia come 'colui che ogni giorno determina *maʕat* per il signore delle due Terre'¹⁵³, ad imitazione del dio Thot, *wp m3ʕt n psdt ʕ3 nty m-b3h wʕir* (colui che determina *maʕat* per la Grande Enneade dinanzi ad Osiride)¹⁵⁴. E tutto ciò, come incisivamente è stato messo in luce, poichè secondo «la dogmatique (ou doctrine) royale ... le Roi est le délégué de la divinité sur terre; le Vizir

¹⁵⁰ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 33.

¹⁵¹ Come ben evidenzia R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 278: «the king was theoretically the source of all orders, which then had to be carried out by subordinate officials. Yet, just as with the institution of kingship itself, there existed an almost constant tension between the all-powerful king and the reality of a monarch who needed to delegate responsibilities and whose rule could not possibly encompass all of his subjects at all time».

¹⁵² Urk. I, 195.6-8. Peraltro, come è agevole ricavare, altresì, dal racconto dell'Oasita Eloquente, gli ufficiali cui il re delega il proprio potere debbono 'fare *m3ʕt*' (*iri m3ʕt*: B1 67-68; 303-304), 'dire *m3ʕt*' (*dd m3ʕt*: B1 320), 'conoscere *m3ʕt*' (*rḥ m3ʕt*: B1 210) e addirittura 'creare *m3ʕt*' (*shpr m3ʕt*: B1 67, 241); né va scordato come i giudici – come Montuhotep – venissero chiamati 'sacerdoti di *m3ʕt*' e portassero un medaglione che raffigurava la personificazione della dea *m3ʕt* sulle ginocchia: cfr., sul punto, N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 15 ss., nonché R. VERSTEEG, *Law*, cit., 21. Cfr., inoltre, sul rapporto tra vizir e *m3ʕt* (con riguardo alle istruzioni a Rekhmira), *ex plurimis*, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 148 ss., nonché ID., *Les égyptiens anciens*, cit., 53, ove si rammenta che «le première secrétaire (ou scribe) du Vizir est appelle le 'Secrétaire de *M3ʕt*', come le Vizir était *M3ʕt*, et que *M3ʕt* dépendait du Vizir», e che «l'ouvre du Vizir était parallèle a celle du Roi qu'il secondait, dans toute la force expressive du terme (dans l'optique égyptienne effectivement, être le second de, c'est être semblable à)».

¹⁵³ Urk. IV, 1169.16. Sul significato da attribuirsi al sintagma *wp m3ʕt*, cfr. R. ANTHES, *The Legal Aspect*, cit., 178 ss., oltre, ovviamente, a A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *wpi*, in *Wörterbuch*, I, cit., 299 ss.

¹⁵⁴ Papiro di Ani (Libro dei morti) 30.16-17 (cfr. E.A. WALLIS BUDGE, *The Egyptian Book of the Dead [The Papyrus of Ani]*. *Egyptian Text, Transliteration and Translation*, London, 1895, 15 s.).

est le délégué du Roi, qui lui prodigue des 'instructions'; le Vizir en impègne son administration et ses propre délégués dans le pays»¹⁵⁵.

Lo 'Stato' faraonico, immagina – se non identificazione stessa – del cosmo, nonché ente divino (in quanto 'creazione divina' e concepibile esclusivamente in termini di 'monarchia rappresentativa di diritto divino'¹⁵⁶), esiste a condizione che *mꜣt* sia realizzata ed esiste affinché *mꜣt* sia tra gli uomini (e come si dirà, *a fortiori*, altresì nel cosmo): l'istituto monarchico è la forma costituzionale con cui il dio, *ab origine*, si è preoccupato della 'pace sociale' tra gli uomini, i quali, per la loro innata debolezza (che li porta inesorabilmente ad *isft* [*isfet*] ossia alla disegualianza e alla prevaricazione¹⁵⁷), necessitano dello 'Stato'.

¹⁵⁵ A. THEODORIDES, *La formation du droit*, cit., 27. Cfr., altresì, V.A. TOBIN, *Ma'at' and 'Dike'*, cit., 113.

¹⁵⁶ Secondo J. ASSMANN, *Potere*, cit., 36 s., «lo Stato presume ... la lontananza di Dio e la compensa», giacché «se gli dei fossero presenti, lo Stato non esisterebbe», ma, data la loro lontananza «occorre un'istituzione che conservi il contatto con il mondo degli dei»; lo Stato, in altri termini, sarebbe un rimedio a una frattura e una contropartita della perdita della vicinanza fisica (ossia della presenza reale) degli dei; lo Stato sarebbe una «rappresentanza» e «il dominio del creatore sul creato» sarebbe «l'immagine prima e il modello del potere legittimo». Se la monarchia è quindi il prototipo divino della forma dello stato, la sua necessità, il suo essere condizione indefettibile e ineludibile della convivenza *inter homines*, si fondano, sempre secondo altra approfondita analisi condotta dall'autore sulle implicazioni sociali del concetto di *mꜣt*, su una «anthropologie négative» che è «à la base de toute doctrine conservatrice de l'État de l'ancienne Égypte», con la conseguenza che «l'État pharaonique ne s'entend pas comme une institution de force, de violence et d'assujettissement (évdout), comme il est peint dans l'Exode, mais comme une institution de libération: libération de l'homme de la main de l'homme», poiché «l'oppression, selon l'opinion égyptienne, n'est pas un fait politique mais naturel qu'il faut contrecarrer par la politique, par l'État»; il quale ultimo, in quanto «le monde, comme il émanait du dieu primordial, n'avait pas besoin de l'État», si impone come «la seconde solution, la seule forme pour réaliser l'équité, la justice, l'harmonie dans les conditions du monde après le clivage» (ID., *Maât*, cit., 126 s.). Come già si è avuto modo di constatare, ben diversa è la posizione assunta da H. FRANKFORT, *La religione*, cit., 27, secondo cui lo Stato «era un'istituzione divina, contemporanea alla creazione del mondo»: nessuna frattura, dunque, sarebbe incorsa tra la originaria presenza degli dei e la seguente separazione del cielo dalla terra, bensì una linea di continuità avrebbe percorso lo Stato primevo 'esclusivamente divino' e quello 'parzialmente divino' in quanto retto da un uomo esercente funzioni divine: sul punto istruttiva la lettura di R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 274, che sottolinea la continuità rispetto alla frattura tra «kingship» e «time when god ruled the earth».

¹⁵⁷ Cfr. J. ASSMANN, *Potere*, cit., 103; ID., *Maât*, cit., 125; v., altresì, A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *isft*, in *Wörterbuch*, I, cit., 129. Ben evidenzia N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 15, nt. 56, sulla scia di E. OTTO, *Prolegomena zur Frage der Gesetzgebung und Rechtsprechung in Ägypten*, in *MDAIK*, 1956, XIV, 150 ss., che «grg is an antonym of *mꜣt* in the moral sense, while *isft* is its antonym in a political-statesmanship sense»; v.,

Ma non è concepibile forma diversa dalla monarchia per assicurare l'antonimo di *isfet*, ossia *ma'at*. Anzi, giusta la indissolubile connessione tra il fondamento e il fine della monarchia faraonica, da un lato, e l'essenza dei dogmi regali, dall'altro, si è addirittura arditamente sostenuto che «l'état, c'est *Maât*»¹⁵⁸, nel senso che l'antropologia e la sociologia negativa¹⁵⁹, radicate intimamente nello spirito egizio, non potevano trovare altro riscontro positivizzante se non in quella forma di Stato che, secondo la tradizione, fosse protesa 'ontologicamente', più ancora che 'deontologicamente', a tenere lontano l'uomo da quello *status naturae* che il sostantivo *isfet* connotava, quale somma di «toutes les manifestations de l'imperfection qui s'est installée dans le monde et dont le monde a besoin d'être sauvé»¹⁶⁰. La venuta meno della reggenza monarchica – sia fisiologicamente momentanea¹⁶¹, sia

infine, V.A. TOBIN, *'Ma'at' and 'Dike'*, cit., 115 e nt. 14 e M. SANDMAN, *Texts from the Time of Akhenaten*, Brussels, 1938, 91.18-19, 76.16-17, 77.1-2. Sull'antitesi *m3't-isft*, cfr., paradigmaticamente, M. LICHTHEIM, *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, Göttingen, 1992, 18; J. YOYOTTE, *Le jugement des morts selon l'Égypte ancienne*, in *Sources orientales*, IV, 1961, 18.

¹⁵⁸ E. TEETER, *The Presentation of Maat. Ritual and Legitimacy in Ancient Egypt*, Chicago, 1997, 2. Cfr., altresì, J. ASSMANN, *Ma'at, Gerechtigkeit und Unsterblichkeit*, cit., 200.

¹⁵⁹ Cfr. sull'invenzione dello Stato e sulla tesi secondo cui ogni teoria politica per essere autentica presuppone la connaturale malvagità dell'uomo, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 149 ss. Cfr., inoltre, J. ASSMANN, *Maât*, cit., 124, secondo cui «le premier prince de l'anthropologie égyptienne dit que l'homme est incapable de vivre sans *M3't*, dans la vie terrestre» allo stesso modo in cui «est incapable de vivre sans l'État».

¹⁶⁰ Cfr. J. ASSMANN, *Maât*, cit., 128.

¹⁶¹ Seppur le sfumature lasciano intendere una concezione essenzialmente 'teofisita', piuttosto che 'duofisita', del monarca egizio (per la quale ultima è d'uopo prendere in considerazione, anzitutto, D. LORTON, *The King*, cit., 55; ma anche R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 278) merita di ricordarsi la bella e densa sintesi di A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 26 s.: «soltanto il nuovo re può garantire che *ma'at* scenda dal cielo sulla terra ancora una volta. Dopo un periodo di attesa, in cui si compiono i fondamentali riti di imbalsamazione sul sovrano defunto, si procede allo svolgimento del funerale, che comprende una serie di rituali atti a legittimare l'accesso al mondo divino come un vero e proprio dio; solo allora si può procedere all'incoronazione del nuovo re, attraverso la quale egli acquista statura divina. Nello stesso momento almeno idealmente, in cui il sarcofago del re morto viene alloggiato nella camera funeraria della sua tomba, laddove avviene la sua rigenerazione trasfigurazione in dio la Doppia Corona è posta sul capo del nuovo sovrano, trasfigurandolo in dio sulla terra agli occhi del suo popolo; il faraone appena incoronato appare così in tutto il suo splendore come creazione e immagine divina, e allo stesso tempo erede della stirpe divina, 'scelto' dagli dei ... intermediario per gli uomini presso di loro. E la storia si svolge e, idealmente, 'deve' svolgersi in maniera ininterrotta, di padre in figlio».

intesa come deprecabile definitiva prevalenza del polo di *isfet* sulla ‘Weltordnung’ – significava rottura dell’ordine ‘tout court’, sconvolgimento sia sul piano politico-istituzionale, sia su quello naturale, a dimostrazione tanto del nesso intercorrente tra micro- e macro-cosmo, quanto della necessità della monarchia faraonica, quale ‘forza cosmica essenziale’. Forza che è essa stessa divinità, elemento universale imprescindibile, da un lato, per la pacificazione sociale, dall’altro per garantire la permanenza di un equilibrio universale tra tutti gli elementi cosmologici. Non possono dimenticarsi, a tal proposito, le profezie di Neferty (4.2; 5.1; 13.1) che icasticamente dipingono prima un Egitto non più retto dalla monarchia divina del faraone, ma da una oligarchia di ‘*wr.w m shr.w n.w t3*’, poi il salvifico avvento di ‘*nswt pw*’:

m.k (i) r:f wr.w wr.w m shr.w n.w t3 iri.ywt m tm.t iri š3^c r^c.w m grg t3 3k.w r 3w n hpr wd3.wt (ecco che più principi hanno il dominio dell’Egitto; ciò che è stato fatto è come ciò che non è stato fatto e ogni giorno inizia nel caos; la terra è perita in tutta la sua estensione e ciò che è prospero non è più);

hđi t3 pn nn mhi hr:f nn đđ nn iri rmw wnn t3 pn m(i) mitn hbs.w nn psđw:f <r> m33 rhyt (mentre questa terra è perita, nessuno la cura, nessuno si pronuncia, nessuno si chiede a cosa questa terra assomigli. Ra, il sole, è nascosto e nessuno lo vede);

nswt pw r iyi.t n.(y) rsy Imn.y m3^c-hrw rn.f s3 hm.t pw n(.y) T3-sty msi pw n.(y) Hn-Nhniw:f r šsp hđ.t iw.f r wts đšr.tiw.f <r> sm3 šhm.ty iw.f r shtp Nb.wy (ma un re verrà dal sud, il suo nome è Ameni, il giustificato, figlio di una nubiana, nato nell’Alto Egitto, egli avrà la corona bianca e quella rossa; egli unirà le due corone e pacificherà le due terre)¹⁶².

Se dunque lo Stato e *m3^ct* si identificano e lo Stato, geografica somma delle Due Terre, è rappresentazione dell’intero cosmo¹⁶³, come la

¹⁶² Cfr. W. HELCK, *Die Prophezeiung des Nefertj*, Wiesbaden, 1970, 42 ss.; cfr., altresì, J. ASSMANN, *Maät*, cit., 129.

¹⁶³ Cfr. J. ASSMANN, *Potere*, cit., 103: «il potere esercitato sui due paesi significa aver potere su ‘tutto’: ‘dominazione universale’ (*nb tm*) e ‘dominazione di uno solo’ (*nb w^c*), per dirla con gli egizi. I due paesi si unificano per diventare il mondo. Se uno spazio

sola forma di Stato concepibile, per diritto divino, al fine di 'realizzare *mꜣꜥt*' è quella monarchica (meglio, quella faraonica), così, tutto ciò che è estraneo allo Stato egizio è sintomo di *isfet*. Ancora una volta, mutuando da Carl Schmitt, possiamo parlare di una vera e propria teologizzazione egizia del 'Freund-Feind Schema': lo 'Stato' faraonico è, infatti, il prodotto di una unificazione¹⁶⁴ compiuta nel tempo del mito dell'Alto e del Basso Egitto, grazie alla composizione 'giudiziale' della lite tra Horus – simbolo del diritto, dell'ordine, della civiltà – e Seth – simbolo della violenza, del disordine, del mondo 'naturale' – per la successione al trono del defunto Osiride (rispettivamente padre del primo contendente e fratello del secondo)¹⁶⁵; unificazione, per vero, che ogni sovrano è chiamato a compiere all'atto stesso dell'incoronazione. Il mito non è evidentemente relegato ad una condizione di stasi, ma si impone come il programma archetipico del monarca egizio: lo Stato, allorché il faraone è sul trono, è *ma'at*, laddove tutto ciò che non è ad essa conforme, o fuori di essa – e quindi lo stesso Egitto dopo la morte del re e prima della nuova incoronazione – è *isfet*¹⁶⁶. Donde la tensione eterna tra lo Stato faraonico e lo straniero, che in quanto tale, sia esso un nubiano, un libico o un asiatico, è concepito come ontologico *hostis*, vale a dire come 'alterità esistenziale negatrice della propria specie'¹⁶⁷: oltre i confini orientali rappresentati dal deserto, quelli settentrionali circoscritti dal Mediterraneo, quelli meridionali segnati

è diviso – così gli egizi continuerebbero il ragionamento – e le sue parti sono unite, ne scaturisce un universo. Il potere esercitato sul tutto significa sovranità sull'intero mondo creato dal dio sole e affidato al re»: in altre parole, il faraone si imporrebbe come il sovrano del mondo intero, fermo restando – ovviamente – che tale concetto non avrebbe implicazioni geografiche e politiche, né starebbe alla base di disegni espansionistici, ma risulterebbe esclusivamente di valenza mitica.

¹⁶⁴ Cfr., in tema, J. PIRENNE, *Histoire*, I, cit., 109 ss.

¹⁶⁵ Cfr., *ex plurimis*, S. ALLAM, *Legal Aspects in the 'Contendings of Horus and Seth'*, in A. LLOYD (ed.), *Studies in Pharaonic Religion and Society in Honor of J. Gwyn Griffiths*, London, 1992, 137 ss.; R.A. ODEN JR., *The Contending of Horus and Seth (Chester Beatty Papyrus No. 1): A Structural Interpretation*, in *History of Religions*, XVIII.4, 1979, 352 ss.; F. HASSAN, *Primeval Goddess to Divine King: The Mythogenesis of Power in the Early Egyptian State*, in R. FRIEDMAN - B. ADAMS (ed.), *The Followers of Horus. Studies Dedicated to Michael Allan Hoffman*, Oxford, 1992, 318.

¹⁶⁶ Non vale, all'evidenza, quel pensiero così ben consacrato nelle immaginifiche parole di J.J. Bachofen, riportate da M. BRETONE, *Come l'anatra*, in Id., *Diritto e tempo*, cit., 144: «è contro l'ordine della storia ... che Omero rinasca per la seconda volta, che ritorni un Fidia e che l'unità delle cose si dissolva affinché un secondo Priamo implori un secondo Achille per il cadavere di Ettore».

¹⁶⁷ Cfr., sulla ostilità, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 115, 122, 133 ss.

dalla prima cataratta del Nilo v'è *isfet* ove «abitano 'i nove archi', nomadi incivili che si tratta non di sottomettere ma di 'tenere fuori'»¹⁶⁸. Ed ecco, dunque, il fondamento teologico della 'violenza politica' del sovrano verso l'interno e verso l'esterno: violenza e *m3ʕt* nella sua figura si identificano, tanto che Tefnut, la dea dell'ureo, simbolo centrale del potere punitivo regale, già nei tempi più antichi, viene equiparata alla personificazione stessa della 'Weltordnung' (la dea piumata *Maʕat*)¹⁶⁹, evidente emblema della necessità della violenza da parte del sovrano nel gerire il suo mandato, o, meglio indice immaginifico di un duplice postulato: da un lato, la legittimazione teologicamente supportata del potere statale di uccidere – monopolio esclusivo del faraone, essendo preclusa l'irrogazione della pena di morte o delle amputazioni al Vizir e alle corti locali –, dall'altro l'invalidabile linea di contenimento di tale potere rappresentata da *m3ʕt* stessa. La violenza del monarca, in altri termini, non è autonoma e assoluta, ma circoscritta ed eteronoma, e ancora una volta, come sempre, il termine di relazione è *m3ʕt*: se per Girard¹⁷⁰ il pensiero occidentale è padre di una incessante opera di cancellazione delle tracce della violenza fondatrice, nonché dell'occultamento delle altre successive sue espulsioni, l'iconografia teologico-politica dell'Egitto, nel procedere di tutta la sua storia millenaria, è costellata, senza alcun impolveramento o mascheramento, di immagi-

¹⁶⁸ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 99. Non mi riesce di comprendere, invero, la posizione dell'autore là dove prima considera – più o meno fondatamente – lo Stato egizio quale 'spazio della lontananza da dio' e, quasi per automatismo, l'estero come 'spazio della vicinanza di dio', seppur egli sia ben conscio del fatto che il faraone manifesti, come dio-cocodrillo, la sua 'ira giusta' – in quanto espressione di *maʕat* – nei confronti degli stranieri, emblema di ciò che è opposto allo Stato-cosmo di origine e funzione divine (Id., *Potere*, cit., 37 ss., 83 ss., 90 ss.).

¹⁶⁹ J. ASSMANN, *Maʕat, Gerechtigkeit*, cit., 180 ss., 205 ss.; Id., *Der König als Sonnenpriester. Ein Kosmographischer Begleittext zur kultischen Sonnenhymnik in thebanischen Tempeln und Gräben*, in *ADAIK*, VII, 1970, 22, 35, 58 ss.

¹⁷⁰ R. GIRARD, *Delle cose nascoste*, cit., 87. Lo schema – celeberrimo – propugnato dall'autore è semplice e persuasivo. La violenza primeva si impone, quale essenziale del 'Mitsein' e realtà fondatrice: anziché decostruire le istituzioni umane, essa assurge a fondamento del vincolo di aggregazione che lega gli uomini che la vogliono fuggire e che conseguono il loro scopo allorché convergano la loro aggressività sulla 'vittima espiatoria' (incarnazione di una funzione contestualmente antagonista e salvatrice). Portato di tale argomentazione è, dunque, il fatto che le istituzioni stesse muoiono non tanto perché soggette a una *vis destruens*, ma perché corrose dalla pace: ove pervenga la cd. crisi sacrificale, cioè quando i riti aggregativi sono divenuti consueti e inconsistenti, si determina un momento di frattura dell'ordine, con la conseguente reviviscenza della violenza distruttrice.

ni che, in modo palese, esaltano la violenza – divinamente giusta – del faraone. Anzitutto, simbolo della sovranità faraonica è quell'ureo, quel serpente che si inarca, eloquentemente definito *nsrt*¹⁷¹ 'colei che fiammeggia'; e i *b3w*, ossia le manifestazioni della violenza del potere divino e regale ('Ruhm', 'Ba-Macht')¹⁷², sono considerati quali espressione della virtù precipua e fondamentale dello 'Stato forte', di cui il faraone è il vertice, in quanto proiezione terrena del divino demiurgo¹⁷³. Né, d'altro canto, si sottrae la cd. 'propagande royale égyptienne'¹⁷⁴ a raffigurare incessantemente la violenza legittima quale peculiare elemento non tanto della *natura* quanto della funzione di *dominium* o meglio di *imperium*¹⁷⁵ e *auctoritas* del sovrano: già Narmer, primo storico unificatore del nord e del sud, nella celeberrima Tavoletta ieracompolitana, è effigiato nell'atto solenne – divenuto, in seguito, un 'cliché' dell'iconografia faraonica – di abbattere il nemico (*recto*), nonché in quello di passare in rassegna, nel suo trionfo, i dieci sovrani stranieri le cui teste sono poste tra i loro piedi (*verso*)¹⁷⁶.

La dialettica è semplice e potente: la violenza cosmicamente giustificata di *m3rt* (con l'imposizione dall'alto di modelli comportamentali, di soluzioni vincolanti), contro la violenza caotica di *isfet* – lo stato di natura (privo di modelli) – di cui gli stranieri, alterità deprecabile, sono portatori¹⁷⁷, in un perfetto modello di 'differenziazione', per cui

¹⁷¹ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *nsrt*, in *Wörterbuch*, II, cit., 236, 320, 336.

¹⁷² Cfr. J.F. BORGHOUTS, *Divine Intervention in Egypt and its Manifestation*, in R.J. DEMARÉE - J.J. JANSSEN (ed.), *Gleanings from Deir el Medinah*, Leiden, 1982, 1 ss.; cfr. altresì, A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *b3w*, in *Wörterbuch*, I, cit., 413 s.

¹⁷³ J. ASSMANN, *Ma'at, Gerechtigkeit*, cit., 180 ss.

¹⁷⁴ Mutuo l'espressione da N. GRIMAL, *Les termes de la propagande royale égyptienne de la XX^e dynastie à la conquête d'Alexandre*, Paris, 1986.

¹⁷⁵ Uso il termine, memore del pensiero di M. Weber secondo cui il potere extradomestico di punire, specialmente il potere di piegare la disobbedienza non soltanto con l'uso diretto della forza, ma anche con la minaccia di pregiudizi è una forma strutturale e costitutiva di ogni *imperium*, quale potere disciplinare e potere punitivo (ID., *Economia e società*, II, Milano, 1974, 11).

¹⁷⁶ Cfr., per tutti, A. GARDINER, *La civiltà*, cit., 363 ss. e la riproduzione grafica (del *recto* e del *verso* della Tavoletta) sub nn. 23 e 24.

¹⁷⁷ Non mi convince appieno, quindi, R. GIRARD, *Delle cose nascoste*, cit., 27, là dove afferma che «mentre noi nel conflitto guardiamo soprattutto al risultato, e cioè alla vittoria dell'uno e alla sconfitta dell'altro, vale a dire alla differenza che emerge dalla lotta, le società tradizionali e primitive pongono l'accento sulla reciprocità del processo, vale a dire sull'imitazione vicendevole degli antagonismi», e che, quindi, sarebbero messe in risalto «le somiglianze tra i concorrenti, l'identità degli scopi e delle manovre, la simmetria dei gesti».

la nascita dell'istituzione monarchica, l'imporsi del suo potere autoritativo, l'insorgenza e l'applicazione del suo 'diritto' altro non dipendono che dalla violenza fatta alla violenza. Come Heidegger, ricordando Eraclito e il celebre frammento che attribuiva la paternità del tutto a *Polemos*, giungeva a identificare quest'ultimo al *Logos*, nonché ad affermare che è «nell'esplicarsi vicendevole del contrasto che si produce il mondo»¹⁷⁸, così il contrasto tra *ma'at* e *isfet* – indi, tra Horus e Seth, tra Egitto e paesi stranieri, tra Ra e Apopis, tra *bwt* e atto lecito – si risolve nell'antinomia fondante la monarchia del dio demiurgo nei cieli e la monarchia del faraone sulla terra, e così, il simbolico trionfo di Narmer consacra epigraficamente la nascita dell'ordinamento teologico-giuridico quale necessaria 'violenza' che 'regola' per il ristabilimento e il perdurare del cosmo¹⁷⁹.

Il mito stesso della fondazione statale¹⁸⁰, del resto, simbolizza l'installazione del 're' sulla terra (o meglio della incarnazione nella 'persona del re' del 'dio-regalità') per mezzo del dio demiurgo, con il mandato di realizzare *ma'at* e annientare il suo opposto, cioè *isfet* «violenza cosmica, intollerabile e insopportabile, dalla quale è necessario distaccarsi con un atto di frattura, ma della quale peraltro continuano ad operare gli effetti pur se in modo a volte occulto e sotterraneo»¹⁸¹. Ne consegue, stando a tale concezione, che «lo Stato (cioè il cosmo) si identifica con il sovrano e non può esistere senza di lui» e la morte di quest'ultimo «vede dunque precipitare il mondo nel caos, mentre la salita al trono di un nuovo re ne ripete magicamente la creazione del cosmo, celebrandone al tempo stesso la perfezione»¹⁸². Così, incisivamente ed efficacemente, i Testi delle Piramidi rendono testimonianza

¹⁷⁸ M. HEIDEGGER, *Introduzione alla metafisica*, cit., 72.

¹⁷⁹ Non può non richiamarsi l'idea hobbesiana secondo cui il *Nomos der Erde* trova la sua origine nell'aggressione, nella regola della conquista violenta, sicché «la spada della guerra sta nella medesima mano in cui sta la spada della giustizia» (T. HOBBS, *Elementi di legge naturale e politica*, trad. it., Firenze, 1985, 169).

¹⁸⁰ Cfr. J. BERGMAN, *Zum 'Mythus vom Staat' im alten Ägypten*, in H. BIEZAIS (ed.), *The Myth of the State*, Stockholm, 1972, 80 ss.; cfr., inoltre, proficuamente, la brillante disamina di R.T. RUNDLE CLARK, *Mito e simbolo nell'antico Egitto*, trad. it., Milano, 1997, 25 ss.

¹⁸¹ Seppur inserite in ben altro e noto contesto, mi avvalgo delle incisive parole impiegate da F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia*, cit., 7, con riguardo al nesso tra l'*arkhè* del diritto e la violenza.

¹⁸² V., per tutti, A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 19.

della prima manifestazione di detto mito¹⁸³ dipingendo il monarca, a imitazione del demiurgo¹⁸⁴, nell'esercizio della sua funzione istituzionale (ma, ancor prima, divina) in virtù della quale egli «n'est pas dieu, mais il a eu l'insigne honneur de succéder à un dieu: il fait le dieu, il joie le rôle du dieu sur la scène que constitue l'Égypte»¹⁸⁵:

*dd.n.i m3't im.f (im š-sisi) m st isft*¹⁸⁶ (io ho posto *ma'at* in luogo di *isfet* nel 'Lago delle fiamme'¹⁸⁷);

pt htpw t3 m 3w ib / sdm.n.sn ddi nfr-k3-r^c m3't m st isft (il cielo è in festa e la terra gioisce nel cuore perché Neferkara ha posto *ma'at* e ha debellato *isfet*)¹⁸⁸.

Il mito diventa dinamismo e fondamento teologico-giuridico del mandato faraonico: il *sp-tpy* ('erstes Mal', 'Urzeit')¹⁸⁹, il tempo originario in cui si stabilirono i cicli universali reggenti l'universo, secon-

¹⁸³ Sul punto, cfr. J. ASSMANN, *Maât*, cit., 116.

¹⁸⁴ Sebbene non sia per me condivisibile la sua concezione del faraone come monarca 'assoluto', ha illustrato brillantemente l'importanza del mito (e della tradizionale ripetizione di questo), C.J. BLEEKER, *The Pattern*, cit., 79: «the ascension to the throne of the pharaoh was celebrated by archaic ceremonies which alluded to the myth of creation. For the pharaoh simply repeated the primeval deed of the sun-god. The ascension to the throne was indicated by a verb which also was used for the sunrise, both in primeval time and each morning. From the divine origins the pharaoh derived his absolute and his great power». Cfr., inoltre R. ANTHES, *The Original Meaning*, cit., 37, il quale ricorda come nella Stela di Ramses IV, alla linea 13, la descrizione del sovrano come 'sorgente' sul trono di Horus per portare *m3't* all'Egitto, sia espressione dell'idea secondo cui «the new king newly creates *m3't* as did the first of the gods».

¹⁸⁵ A. THEODORIDES, *La formation du droit*, cit., 16; v., altresì, conformemente, D. LORTON, *The King*, cit., 58; ID., *Towards a Constitutional Approach*, cit., 460 ss.; *contra*: J.A. WILSON, *Authority*, cit., 1 ss.; H. GOEDICKE, *Die Stellung des Königs im Alten Reich*, Wiesbaden, 1960, 4; W. BARTA, *Untersuchungen zur Göttlichkeit des Regierenden Königs, Ritus und Sakrakönigtum in Altägypten nach Zeugnissen der Frühzeit und des Alten Reiches*, in *Münchner ägyptologische Studien*, XXXII, 1975, 15.

¹⁸⁶ K. SETHE, *Die Altägyptischen Pyramidentexte nach den Papierabdrucken und Photographien des Berliner Museums*, I, Leipzig, 1908, 144, *sub* 265 c.

¹⁸⁷ Il cd. 'Lago delle fiamme' è la evocativa immagine dello stadio umano contraddistinto da un hobbesiano *bellum omnium contra omnes*: cfr., per tutti, J. ASSMANN, *Maât*, cit., 116.

¹⁸⁸ K. SETHE, *Die Altägyptischen Pyramidentexte nach den Papierabdrucken und Photographien des Berliner Museums*, II, Leipzig, 1910, 429 (*sub* 1775 b); v. R.O. FAULKNER, *The Ancient Egyptian Pyramid Texts*, Oxford, 1969: *m3't pw dd nswt* (*M3't* è ciò che il re afferma).

¹⁸⁹ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *sp*, in *Wörterbuch*, III, cit., 438.

do le leggi di *ma'at*, e prese forma altresì lo stesso Stato egizio, non è attimo 'unico' e 'irripetibile' collocato in un remoto passato, ma si impone quale momento di generazione (o, meglio, rigenerazione) che si ripete ogniqualvolta venga re-insediato sul trono dell'Horus il *hm*, ossia la persona incarnante il potere divino regale (*nswt*)¹⁹⁰. Così il re, dio perfetto (*ntr nfr*) 'che emana leggi perfette per pacificare le Due Terre' (*nfr htpw sgrh t3wi*), 'che rende salda *ma'at*' (*smn m3'et*)¹⁹¹, che è 'perfetto nell'amministrare' (*hk' nfr*) e agisce quale *nswt nhh hr w3h n dt* (re dell'eternità lineare e Horus che dura per l'eternità ciclica) per ottenere – in controprestazione – la 'effettività' del padre di tutti gli dei (*ir r 3ht n it ntrw nbw*), è descritto nei seguenti termini (ll. 5-6):

srwd.n.f nty w'csw m mn.w hnty nhh dr.n.f isft ht t'wy m3'et mnty m st.š di.f wn grg m bwt t3 mi sp.f-tpy (egli ha restaurato ciò che era in rovina, con azioni che sono monumento dell'eternità, ha eliminato *isfet* e *ma'at* è stata collocata al suo posto: ha fatto sì che *gereg*, la falsità, fosse un crimine e che la terra fosse come nel suo *sp-tpy*, il tempo primevo)¹⁹².

Tale istituzione, quindi, è intrinsecamente divina in quanto concepibile come 'forza cosmica': forza, quanto alla sua natura e alla sua funzione, da intendersi in termini analoghi a quelli del sole (Ra) o di qualsivoglia altro elemento universale esistente *in rerum natura* (che in quanto tale è, per l'appunto, divino), atteso che il 'dio' egizio (*ntr*) non è affatto una suprema entità trascendente, ma una forza immanente

¹⁹⁰ J.P. ALLEN, *Middle Egyptian*, cit., 31: «the pharaoh ... possessed a divine power, because his will and actions could cause enormous changes in society, just like those of the gods. This dual nature of the king is reflected in two Egyptian words. When referring to the king's divine power, texts use the word *nswt* ... usually translated 'king'. It is the *nswt*, for example, who issues decrees, appoints officials, and represents Egypt before the gods. When referring to the individual who happened to hold this divine power, texts use the word *hm*. It is usually translated 'Majesty', but it really means something like 'incarnation': the *hm* is the individual in whom the divine power of kingship is incarnated».

¹⁹¹ Cfr. Urk. IV, 2061.4; 2051.10, 18 (W. HELCK, *Urkunden der 18. Dynastie. Text des Hefies 22*, Berlin, 1984; ID., *Urkunden der 18. Dynastie. Übersetzung zu den Hefien 17-22*, Berlin, 1984, 365 ss.); v., in tema, D. LORTON, *The King*, cit., 54 s.

¹⁹² Il testo della stele è *sub 772* in Urk. IV, 2025 ss.; cfr. J. BENNETT, *The Restoration Inscription of Tut'ankhamun*, in *JEA*, XXV, 1939, 8 ss.; J. VAN DIJK, *De restauratiestèle van Toetanchamon*, in R.J. DEMARÉE - K.R. VEENHOF (ed.), *Zij Schreven Geschiedenis*, Leiden, 2003, 226 ss.

della natura, facente parte dello stesso 'ordine' cui sono soggetti gli uomini¹⁹³.

La regalità, quindi, è diretta emanazione del mondo degli dei: la persona del sovrano è scelta da questi ultimi quale «unico garante e intermediario per gli uomini presso di loro»¹⁹⁴ e 'la realizzazione di *m3t*' è, sinteticamente, l'oggetto della funzione regale, la quale, in modo paradigmatico, si esplica nel 'soddisfare gli dei' e nel 'giudicare gli uomini'¹⁹⁵. Vero è, dunque, che l'ordine terreno necessita della monarchia, sola istituzione atta alla realizzazione di *m3t* tra gli uomini e, pertanto, di un faraone legislatore, giudice e capo dell'esercito. Ma altrettanto vero è che l'ordine 'tout court' necessita, per il ciclico avvicinarsi dei fenomeni universali, della cd. 'Kultpolitik' faraonica, che in buona sostanza si esaurisce nel culto di *m3t* estrinsecantesi sia nell'amministrazione della giustizia (nonché, a monte, nella creazione di disposizioni sostanzialmente conformi a *m3t*), sia nell'adempimento ritualistico quotidiano e straordinario: insomma, «la *m3t* dépende du roi pour être réalisée, le monde dépend de la *m3t* pour être univoque et habitable»¹⁹⁶. Istruttive, a riguardo, sono le parole di un comune inno solare, datato all'inizio della XVIII dinastia (vv. 30-44)¹⁹⁷, e i versi tratti dal capitolo CXXVI del 'Libro dei morti' ove i babuini (vv. 4-7), che accompagnano il corso solare con adorazioni, assurgono a modello dell'agire del sovrano, quale figlio del sole¹⁹⁸:

*iw-rdi.n r^c nswt N tp-*t3* n-^cn^hw n-n^hh hn^c-*dt* hr-wd^c-rmtw hr-sh^tp-n^trw
hr-sh^tpr-m³t hr sh^tm-is^t iw.f di h^tpwt n-n^trw prt hrw n-3^hw iw rn n-nswt
m.pt mi r3 iw 3n^h.f m3wt-ib mi-r^c hrw-3^hti h^c-p^ct n-m33.sn-sw iri-n.f r^hiit*

¹⁹³ Cfr., per tutti, A. THEODORIDES, *L'Orient*, cit., 383 ss.; v., inoltre, E. HORNUNG, *Gli dei dell'antico Egitto*, cit., 13 ss., 29 ss.

¹⁹⁴ A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 19.

¹⁹⁵ Esaltano – forse eccessivamente – la dicotomia piuttosto che l'unitarietà del fine, J. ASSMANN - D. FRANKFURTER, *Histories. Egypt*, in S. ILES JOHNSON (ed.), *Religions of the Ancient World*, Harvard, 2004, 155.

¹⁹⁶ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 116. Cfr., altresì, A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 18: «ogni elemento del cosmo, ogni ciclo della natura, ogni aspetto della vita sulla terra deve ... periodicamente rigenerarsi per poter conservare la propria efficacia. *Maât* rappresenta un ingranaggio fondamentale del processo che mantiene in vita tutto il creato in questo stato di rigenerazione continua».

¹⁹⁷ Cfr. J. ASSMANN, *Der König*, cit., 22 e 48.

¹⁹⁸ Papiro di Nu (Libro dei morti) 126.4-7 (v. E.A. WALLIS BUDGE, *The Chapters of Coming Forth by Day*, I, London, 1889, 269).

hnw m irw.f n.nhnw (Ra ha installato il re sulla terra dei viventi per sempre, affinché egli amministrasse la giustizia e soddisfacesse gli dei, per realizzare *M3t* e debellare Isft, facendo offerte agli dei e offerte funerarie ai defunti immortali. Il nome del re è nel cielo come quello di Ra ed egli vive nel giubilo come Ra-Horakhte, gli uomini giubilano alla sua vista e il popolo lo acclama come fanciullo).

sryw m3t n nb r dr wpiw m3r hn wsr shtpw ntrw m hh n rw.sn didiw htpw-ntr n ntrw prt r hrw n 3hw nhw m m3t semyw m m3t (essi elevano *m3t* al Signore universale / giudicano il misero e il potente / soddisfano gli dei con lo spirito della loro bocca, / sacrificano agli dei / offrono ai morti immortali, / essi vivono di *m3t* e si nutrono di *m3t*).

Non v'è Stato senza il re; non v'è re che non abbia per mandato divino il realizzare *m3t*; non v'è micro- e macro-cosmo senza *m3t*; non v'è *m3t*, in cielo e in terra, senza faraone, persona fisica che incarna il dio 'regalità' e che è, dunque, strumento per l'attuazione della 'Weltordnung': legislazione, amministrazione della giustizia, perfezione del culto divino sono, dunque, i presupposti primi ed indefettibili dell'essere ordinato «at large and in the word of human affairs»¹⁹⁹, in quanto sostanziano attività che determinano *m3t*, la quale, offerta agli dei, li nutre vitalmente. *M3t* è, in definitiva, ciò di cui sia gli dei che gli uomini (partecipi entrambi, nella loro immanenza, di uno stesso ordine, poggianti il loro essere in rapporto di reciprocità costante sulla medesima 'Grundlage') non possono fare a meno e ciò che il faraone – nella sua posizione 'intermedia' in quanto sì essere umano, ma destinato a rivestire una carica divina e quindi a impersonare una forza cosmica, quella della regalità – non può non conseguire per essere tale.

L'immanentismo si fonde con una buona dose di determinismo²⁰⁰: come, sul piano macrocosmico, il sole non può che compiere il suo tragitto nel cielo – elemento di un complesso meccanismo universale – e il suo viaggio trova motore nell'ordine-*m3t*, così, su quello microcosmico, il re d'Egitto non può che essere, nella sua attività di legislatore (prima ancora che di giudice) e di condottiero, il vertice del sistema giuridico-

¹⁹⁹ J.P. ALLEN, *Middle Egyptian*, cit., 116.

²⁰⁰ V., tuttavia, quanto scrive J. ASSMANN, *Maât*, cit., 128.

cultuale, teso al conseguimento di un ordine, quello terrestre, che è parte imprescindibile di quello universale²⁰¹. E il re realizza *m3ʕt* ogniqualvolta faccia valere, nel caso concreto, la giustizia per gli uomini e dia soddisfazione agli dei: diritto, da un lato, e culto, dall'altro, sono le due sfere d'azione in cui si scompone quel principio sovraordinato che è stato persuasivamente definito «die unsichtbare Religion»²⁰². E all'insegna, e sulla base, e in vista di *m3ʕt*, ambiti distinguibili si assommano in un unico indistinto concetto «che racchiude tutti gli ordinamenti»²⁰³; poteri eterogenei si concentrano in una sola persona tesi verso un solo fine, la salvezza intesa sia come pace sociale degli uomini, sia come persistenza ciclica e continua delle forze cosmiche. E la 'salvezza terrena', in concreto, si esplica quanto al 'diritto', sia nel punire sia nell'amnistiare (anzi «il compito più nobile del re è la realizzazione della giustizia, e la forma più tipica di questa realizzazione sono gli editti di grazia, di scarcerazione, di amnistia»²⁰⁴); quanto al culto, attraverso «una specifica istituzionalizzazione e messa in mostra (sotto forma di edifici, immagini e riti) di religione, ovvero e più precisamente di 'vicinanza con dio' quale spazio di comunicazione specifico, delimitato rispetto al mondo degli uomini e aperto verso il mondo degli dei»²⁰⁵.

Ecco, quindi, che *m3ʕt* si impone finanche quale 'ordine solidaristico'²⁰⁶, che lo Stato faraonico attraverso le 'leggi regie' e le pronunce giudiziali attua²⁰⁷ di modo che «le proverbiali vedove e i proverbiali

²⁰¹ La funzione della regalità si proietta nella dimensione del cosmo, imponendo come solo garante dell'«Urzeit» il re: ogni azione di questi è volta a ripetere il momento primo dell'instaurazione di *ma'at*, talché il processo storico si dispiegherebbe come un rituale, come un dramma cultuale che rappresenta la vittoria di *m3ʕt* su *isft*: cfr. E. HORNING, *Geschichte als Fest*, Darmstadt, 1960, *passim*.

²⁰² T. LUCKMANN, *Die unsichtbare Religion*, Frankfurt, 1991, 80.

²⁰³ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 34 (cha parla di 'annullamento del diritto': io, invece, discorrerei di conservazione di *m3ʕt* attraverso misure eccezionali, giacché il diritto seppur singolare rimane 'conservato'); cfr., altresì, Id., *Maât*, cit., 12; C.J. BLEEKER, *Egyptian Festivals*, cit., 6 s.

²⁰⁴ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 33.

²⁰⁵ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 34 s.

²⁰⁶ A mente di quanto sin qui compendiato, non mi pare cogliere nel segno – o meglio, mi pare, colorare di sfumature eccessivamente 'cristianologiche' il concetto di *ma'at*, pur ben mettendo in risalto il ruolo essenziale dello 'scambio' – J. Assmann, là dove asserisce esser necessario «abandonner la notion de l'ordre cosmique, 'Weltordnung', comme le centre du concept de *M3ʕt*», giacché «le véritable centre, le point de départ d'où toutes ses acceptions plus spécifiques dérivent, c'est la catégorie sociale de la *solidarité communicative*» (Id., *Maât*, cit., 133).

²⁰⁷ Cfr., in tema, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 116 ss., 122 s.

orfani»²⁰⁸ abbiano riconoscimento di ciò che loro spetta di diritto, come ci attesta il già citato vizir Rekhmira il quale, nella sua autobiografia, proclama, quale delegato dal monarca: *iw nh.n.i h3rt ntt hi smn.n.i s3 ... hr grt-it.f* (ho protetto la vedova ché non aveva più marito e ho reso saldo il figlio sul seggio del padre)²⁰⁹; e dalla ‘*Storia dell’oasita eloquente*’²¹⁰ apprendiamo come il protagonista, Khunanup, si rivolga – nella sua prima supplica – al giudice Rensi, sotto la maestà del re Kheti III (X dinastia): *ntk it n nmh(y) hi n h3r.t sn n wd.t šnd.y.t n.t iw.t(y)w-m.t.f* (tu sei come un marito per la vedova e come un padre per l’orfano, come un fratello per colei che è divorziata, un sostegno per chi è senza madre)²¹¹.

La monarchia faraonica, quindi, è intesa (o forse solo dipinta), al contempo, come un istituto di ‘protezione’ verso il basso (i sudditi), di ‘liberazione’ da ciò che è ‘altro’ (lo straniero), di ‘devozione’ verso l’alto (gli dei): in una parola, di conformità verso l’ordine superiore e immanente (*m3t*). Quanto alla funzione protettiva del sovrano, gli esempi nelle fonti sono copiosi. Così, per la celebrazione del proprio primo ‘giubileo’ (*h3b-sd*)²¹², Amenhotep III (XVIII dinastia), spesso definito *ndyty n imy w3st*, ossia colui che protegge quello di Tebe (cioè il dio Amun)²¹³, decreta la ‘protezione’ (*hw*) e la ‘consacrazione’ (*sw**b***) delle cantrici e delle danzatrici del tempio di Amun, nonché delle donne residenti nella città del dio, esonerando tutte dai *b3k(w)* (corvé

²⁰⁸ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 33; v., altresì, Id., *Ma’at, Gerechtigkeit*, cit., 197 ss.

²⁰⁹ Urk. IV, 1078.6-7.

²¹⁰ Cfr., per il testo e la traduzione, A. GARDINER, *The Eloquent Peasant*, in *JEA*, IX, 1923, 5 ss.; F. VOGELANG, *Kommentar zu den Klagen des Bauern*, Leipzig, 1913, *passim*; R. PARKINSON *The Tale of the Eloquent Peasant*, Oxford, 1991, *passim*; v., altresì, per un commento squisitamente giuridico, N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 2 ss. e R. VERSTEEG, *Law*, cit., 15 ss.

²¹¹ Oas. B1 62-64.

²¹² Cfr., per tutti, E. UPHILL, *The Egyptian Sed-Festival Rites*, in *JNES*, XXIV.4, 1965, 365 ss., nonché E. HORNUNG, *Ancient Egyptian Religious Iconography*, in J.M. SASSON (ed.), *Civilizations of the Ancient Near East*, III, New York, 1997, 1711 ss. e H.W. FAIRMAN, *The Kingship Rituals of Egypt*, in S.H. HOOKE (ed.), *Myth, Ritual and Kingship*, Oxford, 1958, 74 ss.: detta festa, tradizionalmente resa col sostantivo ‘giubileo’, invero, rappresentava simbolicamente un rito di rinnovamento del potere del sovrano, e spesso è stata interpretata come il portato di un preistorico regicidio rituale che avveniva allorché il sovrano fosse divenuto incapace di attendere al proprio mandato (v., sul punto, M.A. MURRAY, *Evidence from the Custom of Killing the King in Ancient Egypt*, in *MAN*, XIV, 1914, 17 ss., ovviamente oltre l’imprescindibile J.G. FRAZER, *Il ramo d’oro. Studio sulla magia e sulla religione*, trad. it., Roma, 2007, 309 ss.; *contra*, cfr. R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 278).

²¹³ Urk. IV, 1688.17; 1702.14; 1703.7; 1707.4; 1857.7.

annuali obbligatorie²¹⁴), quale corrispettivo, a favore di Amun, per la concessione da parte di questo ultimo della sua prima festa *sd*²¹⁵. Il generale Horemhab, divenuto faraone in età post-amarniana (dopo Tutankhamun e Ay), nel suo celeberrimo editto²¹⁶ proclama di voler proteggere (*hw*)²¹⁷ e disciplinare (*hn*)²¹⁸ l'intera terra (*t3 r dr:f*), in evidente spregio della politica e della metafisica del faraone eretico, colpevole di aver identificato *m3t* con la volontà del dio (Aton) e, di conseguenza, con la sua rivoluzionaria dottrina 'enoteistica', che aveva annichilito il supremo principio ordinatore dello Stato e del cosmo²¹⁹. Il successore di Ramses I, Seti I (XIX dinastia), nel celebre decreto di Nauri²²⁰, intende *hwi*²²¹ e *mki*²²² (beneficare e salvaguardare) tutta la gente del tempio di Abido: tali atti comportano, sostanzialmente, la consacrazione del tempio e il divieto di esproprio delle proprietà, in modo tale che gli attendenti possano esercitare le loro funzioni (*hn*) senza alcuna interferenza esterna (*nn rdit d3tw t3 r.sn*), vuoi da parte del viceré di Kush, vuoi da parte di qualsivoglia altro funzionario farao-

²¹⁴ Cfr., quanto alle 'corvées', C.J. EYRE, *Work and the Organization of Work*, cit., 18 ss.

²¹⁵ Cfr., per tutti, sul primo giubileo di Amenhotep III, J.M. GALAN, *The Ancient Egyptian Sed-Festivals and the Exemption from Corvée*, in *JNES*, LIX.4, 2000, 255 ss.

²¹⁶ Cfr. per l'edizione del testo K. PFLÜGER, *The Edict of Horemhab*, in *JNES*, V.4, 1946, 260 ss.; J.-M. KRUCHTEN, *Le Décret d'Hormheb*, Bruxelles, 1981.

²¹⁷ Urk. IV, 2142.15-16.

²¹⁸ Urk. IV, 2161.17.

²¹⁹ Imprescindibile, sul punto, R. ANTHES, *Die Maat des Echnaton*, cit., 33 ss. (ma v. pure, per un ottimo riassunto del suo pensiero, ID., *The Original Meaning*, cit., 23 ss.).

²²⁰ V., in tema, W.F. EDGERTON, *The Nauri Decree of Seti I: A Translation and Analysis of the Legal Portion*, in *JNES*, VI.4, 1947, 219 ss.; A. GARDINER, *Some Reflections on the Nauri Decree*, in *JEA*, XXXVIII, 1952, 24 ss.; per il testo del decreto cfr. F.L. GRIFFITH, *The Abydos Decree of Seti I at Nauri*, in *JEA*, XIII, 1913, 193 ss. (pl. 38-43).

²²¹ Detto verbo è generalmente impiegato per indicare la concessione di un beneficio o di un privilegio, talché H. GOEDICKE, *Problems concerning Amenophis III*, Baltimore, 1992, 30, lo interpreta come «to exert royal authority over something, which in the case of taxation has the technical meaning of exemption».

²²² Con tale verbo si fa riferimento, anzitutto, alla protezione fisica, tanto che l'azione da esso espressa è spesso associata alla spada del re e alla sua potenza (cfr., paradigmaticamente, Thutmosis [testimonianze matrimoniali] Urk. IV, 557.3); vero è, altresì, che sembrerebbe esserci una stretta connessione tra la protezione e la emanazione di *hpw* (come dimostra il Decreto di Horemhab e la Stela della Restaurazione di Tutankhamun): cfr. J.M. GALAN, *The Ancient Egyptian Sed-Festivals*, cit., 261. Va rilevato, inoltre, che le azioni di protezione nel decreto di Neferhotep (XIII dinastia) sono associate alla qualifica di *dsr* (sacra) per la terra di Abido (cfr. J.K. HOFFMEIER, *Sacred in the Vocabulary of the Ancient Egypt*, in *OBO*, LIX, 1985, 138 ss.).

nico inviato in missione a Kush. Nessuno, per volere regale, poteva compiere, a danno degli attendenti del tempio (e quindi a detrimento del dio stesso), i seguenti atti: *th iB šn^c hd* (ingerirsi negli affari del tempio, prelevare persone o beni, ostacolare l'adempimento dei doveri templari); ma, soprattutto, alle autorità amministrative locali era fatto esplicito 'divieto di prelevarli o trasferirli in altri distretti come mano d'opera servile sui campi per l'aratura o la raccolta' (*m kf^cw m wnw m brt m bhw n sk3 m bhw n ^cw3y*)²²³.

Di grande interesse, a tal proposito, si rivelano le parole scolpite – pochi ma densissimi decenni dopo Amenhotep III – nella Stele della restaurazione di Tutankhamun (21-22), soprattutto in ordine a quel rapporto sinallagmatico che è dato dall'«échange balancé de don et contre don ... qui est à la base de la communication du roi avec le dieux»²²⁴:

iw sw^cb.n hm.f ^cw.s. hmw hmwt šm^cw hbywt wn m ndtyw m pr-nswt ip.tw b^ckw.šn r ^ch r (pr-hd) n nb t3wi. di.i wn.šn h^w mkw n itwn^crw nbw m mry shtp.šn m irt mrrt k3.šn, šw.sn t3 mry (Sua maestà – vita, forza, salvezza – ha consacrato i servi maschi e femmine, le cantrici e le danzatrici alle dipendenze dell'amministrazione faraonica, la cui mano d'opera era impiegata a palazzo, al ministero del tesoro, presso il signore delle Due Terre. Io farò sì che essi vengano beneficiati e salvaguardati in nome degli antenati e degli dei, nella speranza che essi siano soddisfatti dal mio fare ciò che il loro *ka* desidera e che essi possano, quindi, proteggere la Terra da loro amata).

L'intreccio tra piano umano e piano divino, dunque, si dipana tutto all'insegna di *m3^ct* e della monarchia (celeste e terrestre). Il linguaggio egizio è fortemente evocativo nelle espressioni che indicano il valore 'panico' di *m3^ct* e la interdipendenza tra gli dei e il faraone. Gli dei – forze cosmiche 'naturali' – debbono vivere di *m3^ct*, nutrendosi di essa²²⁵: gli dei, ossia tutti gli elementi che pervadono l'universo, dal sole alla luna, dal vento, all'acqua, sussistono dispiegando i loro effetti in dipendenza di una forza 'esogena' – e pur sempre divina – che è

²²³ Cfr. J.M. GALAN, *The Ancient Egyptian Sed-Festivals*, cit., 259 s., nt. 34.

²²⁴ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 133 s.

²²⁵ Cfr., sul punto, R. ANTHES, *Die Maat des Echnaton*, cit., 5; A. MORET, *Le rituel du cult divin journalier en Egypte*, Paris, 1902, 140; E. TEETER, *The Presentation*, cit., 82; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 190 s. e nt. 35.

m3ʕt, una forza a presidio del «proper functioning of the universe»²²⁶, sicché, appunto, la totalità dei fenomeni naturali (e, anzitutto, la fonte prima di sussistenza della vita, il dio sole Ra) trova 'alimentazione' nella personificazione (divina) dell'ordine, garante tanto del 'periplo solare', quanto della permanenza (o del ristabilimento) dell'ordine politico tra gli uomini. E, infatti, «to the Egyptians, it was the existence of *m3ʕt* itself that ensured that the world would continue to exist as it had had from the beginning»²²⁷.

In un celebre testo il demiurgo Atum è apostrofato dalla dea Nun in versi che sottolineano come *M3ʕt* sia elemento imprescindibile per la vita stessa della divinità, il suo nutrimento, il suo ossigeno (CT 35 c-g):

s3t.k m3ʕt / d.n.k st r fnd.k / ʕnś ib.k / n hr st r.k / s3t.k pw m3ʕt / hnʕ s3.k šw ʕnh rn.f / wnm.k m s3t.k m3ʕt (Tua figlia è *M3ʕt* / baciala e ponila sotto il tuo naso: / il tuo cuore, così vivrà / chè ella non ti è distante. / *M3ʕt* è tua figlia / insieme a tuo figlio Shu, il cui nome è Vita. / Mangerai tua figlia, *M3ʕt*)²²⁸.

E il divinizzato disco solare, Aton, durante l'età dell'eresia amarniana²²⁹, una volta identificato in Ra e, quindi, nel padre stesso di *m3ʕt*, è detto innumerevoli volte trovare fondamento della propria vita nella (dea) *M3ʕt*: *ntk rʕ* (Tu sei Ra)²³⁰; *ntk rʕ ms m3ʕt* (Tu sei Ra che generasti *M3ʕt*)²³¹; *ʕnh m m3ʕt* (egli è colui che vive di *M3ʕt*)²³². Di più: è la persona stessa del monarca che partecipa della natura divina solo se si nutre, come gli altri dei, di *m3ʕt*: essa, ipostasi al contempo dell'ordine 'cosmico' (divino) e dell'ordine 'statale' (umano), è identificabile con quell'*ordo rerum* che permette «l'homologie du sacré et du politique»²³³, dominando l'uno e l'altro concetto. Akhenaton,

²²⁶ J.P. ALLEN, *Middle Egyptian*, cit., 116.

²²⁷ J.P. ALLEN, *Middle Egyptian*, cit., 116.

²²⁸ Per il testo v. R. FAULKNER, *The Ancient Egyptian Coffin Texts*, I, Oxford, 84. Cfr., sul punto, V.A. TOBIN, *Ma'at*, cit., 120; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 190.

²²⁹ Cfr., sulla teocrazia amarniana, per tutti, L. ZABKAR, *The Theocracy of Amarna and the Doctrine of the Ba*, in *JNES*, XIII.2, 1954, 87 ss.

²³⁰ M. SANDMAN, *Texts*, cit., 59.10; 93.15

²³¹ M. SANDMAN, *Texts*, cit., 76.18.

²³² M. SANDMAN, *Texts*, cit., 71.10; 46.14.

²³³ G. BALANDIER, *Anthropologie politique*, Paris, 1969, 128.

identificato col sole ed effettiva immagine del padre Aton (*tit 3ht*)²³⁴, si dice ‘vivente di *M3ʕt*’ (*ʕnh m m3ʕt*)²³⁵ e ‘possessore di *M3ʕt*’ (*nb m3ʕt*)²³⁶; e Hatshepsut, concepita secondo il mito della ‘nascita divina’ direttamente dalla regina madre e dal dio Amun²³⁷, nell’iscrizione di Speos Artemidos proclama:

*s'.n.i m3ʕt mrt n.f / iw rh.n.i ʕnh.f im.s / t.i pw / s'.i m i3dt / wn.kwi r.f
m hʕwf wʕ hn'.f* (Io ho innalzato *maʕat* che egli – Amun – ama: ho saputo che egli vive di lei e che ella è il mio nutrimento, di cui sorseggi l’essenza. E così io e il dio siamo un solo corpo)²³⁸.

La monarchia faraonica, continuazione della originaria opera demiurgica divina, in definitiva, è quell’istituzione superiore tesa alla realizzazione della ‘Weltordnung’; è la condizione necessaria stessa, come ben ha riassunto Assmann, «non seulement de l’action humaine, mais aussi de l’action divine, c’est à dire cosmique»²³⁹, in quanto il cosmo (o meglio la monarchia cosmica), nel suo dinamismo ciclico, non è retto dall’automatismo, né si impone quale sistema auto-regolato e auto-organizzato, bensì dipende da una duplice istanza che continuamente deve essere attesa: la reggenza del cielo, secondo *m3ʕt*, da parte di Ra (o delle divinità sincretiche che lo inglobano) che legittimi ogni faraone, e la reggenza della terra, secondo *m3ʕt*, da parte del faraone, il quale, così, procura il necessario nutrimento allo stesso monarca divino²⁴⁰.

Già nei più antichi Testi delle Piramidi, il sovrano è descritto nell’atto di portare in dono *M3ʕt*²⁴¹: si tratta di un rituale che, sulla base

²³⁴ M. SANDMAN, *Texts*, cit., 59.10; 71.5; 75.8; 91.3.

²³⁵ M. SANDMAN, *Texts*, cit., 46.13; 75.7; 76.10

²³⁶ M. SANDMAN, *Texts*, cit., 24.5.

²³⁷ Cfr. H. BRUNNER, *Die Geburt des Gottkönigs. Studien zur Überlieferung eines altägyptischen Mythos*, Wiesbaden, 1986, *passim*.

²³⁸ Urk. IV, 384.15-16, 385.1-3.

²³⁹ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 128.

²⁴⁰ All’uopo possono ricordarsi due testimonianze che, seppur afferenti alla donazione da parte di privati, sono assai eloquenti circa il nesso che incorre tra l’offerta (regale) e la permanenza in vita degli dei. Si tratta dell’iscrizione della statua steloforma di Khaemhet e di un’epigrafe della tomba del privato Kheruef della necropoli tebana, ove si trova scritto rispettivamente ‘*in.n.i n.k m3ʕt ʕnh im.s*’ (io ti offro *m3ʕt* cosicché tu possa vivere di essa) e ‘*snm.k m3ʕt hr hry.s*’ (tu ti nutri di *m3ʕt* che hai da colui che la offre): cfr. E. TEETER, *The Presentation*, cit., 122.

²⁴¹ Pyr. 316 a - 319 b.

delle numerose testimonianze iconografiche templari e delle iscrizioni dedicatorie connesse, è stato interpretato, oltre che come sintesi suprema di ogni offerta²⁴², altresì «as a potent expression of the political legitimacy of the king»²⁴³, nonché quale simbolo che «commemorates the willingness of the king to uphold the fundamental principles of world order»²⁴⁴. In altre parole, le immagini dell'offerta da parte del sovrano di *m3ʕt* – ove quest'ultima è rappresentata in forma antropomorfa, seduta sul geroglifico-fonetico del canestro (*nb*), impiegato quale segno di 'dominio' o 'possesso'²⁴⁵ – sono espressione sintomatica della funzione vicaria (rispetto a Ra) del reggente terreno, responsabile verso il padre divino che lo ha direttamente scelto (per il mantenimento di *m3ʕt*), nonché della finalità cui la monarchia terrena è tendenzialmente diretta (ossia la realizzazione di un ordine che, nutrimento degli dei, garantisce il corretto funzionamento dei meccanismi cosmici)²⁴⁶.

Si tratta – come già sopra si accennava – di una reciprocità di prestazioni tra la monarchia dei cieli e quella della terra: da un lato, difatti, «la regolare offerta agli dei garantisce al sovrano milioni di feste di giubileo (*sd*), legittimandolo per l'eternità», in quanto «è dal mondo divino che il faraone ottiene continuamente le potenzialità necessarie

²⁴² V., per tutti, J. BERGMAN, *Zum Mythos vom Staat*, cit., 92 e C.J. BLEEKER, *Hathor and Thot*, in *Study of the History of Religions*, XXVI, 1973, 80.

²⁴³ E. TEETER, *The Presentation*, cit., 82. V., altresì, R. MOFTAH, *Studien zum ägyptischen Königsdogma im Neuen Reich*, in *ADAIK*, XX, 1985, 225 s., secondo cui il rito dell'offerta sarebbe stato espressione sia della conformità della monarchia al diritto divino sia del plauso degli dei stessi.

²⁴⁴ E. TEETER, *The Presentation*, cit., 1.

²⁴⁵ E. TEETER, *The Presentation*, cit., 19 ss.; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 187.

²⁴⁶ Gli esempi potrebbero essere numerosissimi: nel tempio di Abido, Seti I è raffigurato nell'atto solenne di donare *M3ʕt* ad Osiride e l'immagine è accompagnata da un testo di 'dedica' e da una proclamazione pronunciata dal donatario, mentre nella sala ipostila del tempio di Amun a Karnak l'offerta, da parte del medesimo sovrano, è rivolta ad Amun-Ra, laddove in una statua, conservata al Museo de il Cairo, Ramses II dona *m3ʕt* ad Horus; cfr. E. TEETER, *The Presentation*, cit., 95 s.: *ḥnk m3ʕt n nb.s irf di 'nh dt / di n.i n.k ḥḥ ḥbw sd dt m rnpwt ḥtpw / di.ni n.k knt n t3 nb ʕnh w3s nb* (dono di *m3ʕt* al suo signore affinché questi faccia sì che il donante sia dotato di vita per sempre / io ti ho dato milioni di giubilei e il potere su tutta la terra, vita e dominio nella loro totalità); *ḥnk m3ʕt n nb.s / di.ni n.k ʕnh w3s nb 3w-ib snb nb mi rʕ* (offerta di *m3ʕt* al suo signore. / Io ti ho dato ogni vita e ogni potere, ogni gioia e salvezza, come Ra); *di m3ʕt n nb m3ʕt irf di ʕnh mi rʕ / di.f ʕnh nb kn nb snb nb 3wt-ib nb ḥb sd nb* (donazione di *m3ʕt* al signore di *m3ʕt* affinché egli faccia sì che il donante sia dotato di vita come Ra. / Egli dà vita, potere, salvezza, gioia assolute, egli dà ogni giubileo).

per salvaguardare il cosmo»²⁴⁷; dall'altro, è l'offerta suprema di *m3ʕt* che, come s'è detto, mantiene viva la divinità e con essa il cosmo²⁴⁸. In tal contesto, si è parlato, evocativamente, di 'Kultpolitik' per descrivere l'esercizio della funzione regale in vista della conservazione dell'ordine cosmico²⁴⁹. Attraverso detta 'politica' si attua un incessante 'fenomeno osmotico' tra Stato e Cosmo, un vincolo di interdipendenza per cui monarchia terrena e monarchia celeste non possono sussistere indipendentemente l'una dall'altra e l'una senza l'altra: il re – in una con l'Egitto – vive grazie al dio, il dio stesso vive grazie al re. La 'Kultpolitik', quindi, indirizzata alla realizzazione di *m3ʕt* assicura che i cicli cosmici si svolgano regolarmente e senza soluzione di continuità: come Ra sorge ogni giorno garantendo così la rinascita di tutto l'universo grazie all'agire del sovrano, così quest'ultimo fonda la sua autorità sulla sua installazione per mano del dio, e il successo della sua reggenza grazie alla protezione del dio²⁵⁰.

Elemento indicativo della determinazione del monarca al compimento di *m3ʕt* (limite invalicabile del suo mandato divino e principio ispiratore della sua gestione), si impone la stessa nomenclatura regale, che spesso assurge, massimamente con riguardo al nome di intronizzazione, a vero e proprio manifesto del programma politico-religioso del nuovo sovrano²⁵¹: il protocollo faraonico, infatti, a far tempo da Sno-

²⁴⁷ A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 28.

²⁴⁸ Come sottolineano C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 190, «there is little doubt that the offering of *M3ʕt* was thought to end with the god ingesting her in one way or another»; cfr., E. TEETER, *The Presentation*, cit., 78 e J. ASSMANN, *Maat*, cit., 121 s.

²⁴⁹ 'Kultpolitik', che, come abbiamo potuto apprezzare, si sostanzia, ritualmente e simbolicamente, nell'offerta alla divinità di *m3ʕt*, pragmaticamente e sostanzialmente, nell'amministrazione della giustizia, nella legislazione, nonché nello svolgimento del rito quotidiano templare, volto a rigenerare la statua del dio e ad assicurarne la presenza sulla terra, nonché nella costruzione di monumenti.

²⁵⁰ Thutmosis III offre un efficace esempio di tale rapporto di reciprocità – contrattualizzata, per così dire, nella forma 'reale' del *do ut des* – tra monarca celeste e monarca terreno nella celebre 'Stele poetica', ove è lo stesso Amun-Ra a parlare al sovrano: «Io sorgo grazie alla tua devozione e il mio cuore trabocca di gioia perché tu entri nel mio tempio. La cura per la mia statua è dolce e io ti rendo stabile nel mio santuario (...). Io ti installo sul trono di Horus per milioni di anni e tu guiderai per l'eternità i vivi». Per il testo della stele cfr. Urk. IV, 611 ss.; cfr., inoltre S. DONADONI, *La religione dell'antico egitto*, Torino, 1970, 412 ss.; J. OSING, *Zur Poetischen Stele Thutmosis III*, in J. ASSMANN - E. BLUMENTHAL (ed.), *Literatur und Politik im pharaonischen und ptolemäischen Ägypten*, Le Caire, 1998, 75 ss.; A. KLUG, *Königliche Stelen in der Zeit von Ahmose bis Amenophis III*, Brepols, 2002, 111 ss.

²⁵¹ Cfr., paradigmaticamente, N. GRIMAL, *Storia dell'antico Egitto*, trad. it., Mila-

fru (IV Dinastia), è sovente contraddistinto dalla presenza di perifrasi complesse del nome $M3^c t$, sino a divenire regola nel periodo ramesside. Così, Hatshepsut sceglie come nome di incoronazione $M3^c t-k3-R^c$ (il ka di Ra è $M3^c t$), Amenhotep III, quello di $Nb-M3^c t-R^c$ (Ra è il signore di $M3^c t$), Ramses II quello di $Wsr-M3^c t-R^c$ (Ra è potente quanto a $M3^c t$)²⁵².

La relazione biunivoca tra i due termini (monarchia-ordine) emerge, di poi, con chiarezza nel rito dell'incoronazione faraonica: se, da un lato, il re (in una con i suoi sudditi) è vincolato a $m3^c t$ ²⁵³, in quanto la sua carica è ontologicamente funzionale al perseguimento della 'Weltordnung', dall'altro, non vi può essere $m3^c t$ (sia a livello microcosmico che a livello macrocosmico) senza l'istituto della monarchia, unico mezzo – di origine divina – in grado di far le veci, sulla terra, del diretto governo degli dei: così, se, da un lato, la morte della persona del monarca è – provvisoria – sopraffazione di ciò che è contrario a $m3^c t$, ossia rottura dell'ordine, dall'altro, l'incoronazione significa ristabilimento dell'ordine teo-politico e teo-giuridico nonché, *a fortiori*, di quello cosmologico²⁵⁴.

A mente di tutto ciò ben si comprende in quale senso $m3^c t$ si elevi a principio supremo che muove ed ispira l'intera attività di creazione, di interpretazione e di applicazione del 'diritto'²⁵⁵, giammai inteso unitariamente come disciplina positiva, ma sempre come somma di

no, 1988, 289, 316, 318. Sul protocollo faraonico si v. A. GARDINER, *Egyptian Grammar*, cit., 71 ss.

²⁵² E. TEETER, *The Presentation*, cit., 4; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 187 s.; J. ASSMANN, *Maât*, cit., 135.

²⁵³ D. LORTON, *The King*, cit., 58; ID., *Towards a Constitutional Approach*, cit., 464; R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 274; A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 137 ss.; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 188.

²⁵⁴ Tutto ciò ben si evince, ad esempio, dal proclama già citato contenuto nella Stele della Restaurazione di Tutankhamun (documento ufficiale che annuncia, *apertis verbis*, contro il sovvertimento provocato dall'eresia amarniana, il ripristino dei valori tradizionali e, quindi, di $m3^c t$, in una con il clero tebano), nonché dalle già menzionate profezie di Neferty, ove l'avvento del regno di Amenemhat I, fondatore della XII dinastia, è salutato come vittoria della 'Weltordnung' sul Caos: *nswt pw r iyt n.(y) rsy Imm.y m3^c-hrw rn.f s3 hm.t pw n.(y) T3-sty msi pw n.(y) Hn-Nhniw:f r šsp ḥd.t iw:f r wš dšr.tiw:f <r> sm3 šhm.ty iw:f r štp Nb.wy* (cfr., sul punto, R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 277; J.A. WILSON, *Authority*, cit., 2; A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 140; V.A. TOBIN, 'Ma'at' and 'Dike', cit., 115 s.).

²⁵⁵ Scrive brillantemente A. THEODORIDES, *La formation du droit*, cit., 13 s. che «le moteur de toute l'activité juridique et judiciaire réside dans 'm3^c t', notion suprême, qu'il y aura lieu de rendre pratiquement par justice» e che «les lois sont des tentatives d'expression de 'm3^c t'; et au moment de leur application, il est prescrit par le Roi de le faire avec équité».

una pluralità di disposizioni di fonte regia (*hpw*)²⁵⁶: tali disposizioni devono esprimere, nelle singole prescrizioni e sanzioni, lo spirito e, di conseguenza, i dettami ricavabili dalla nozione di *m3ʿt* la quale, invero, «ne forme pas un recueil de recettes à exécuter passivement», bensì «suscite au contraire la création de solutions à découvrir avec discernement au moment de l'exécution des lois»²⁵⁷. Si è addirittura parlato, a riguardo, di una vera e propria «Constitution»²⁵⁸ – ovviamente non cristallizzata in un testo scritto – della monarchia egizia, oppure di un principio fondamentale «à la base de toute législation»²⁵⁹, se non addirittura di «divine law»²⁶⁰.

Si potrebbe parlare, forse e meglio (alla luce dei rilievi emersi nel presente paragrafo), di 'Ragion di Stato' da intendersi, ovviamente, *lato sensu*, come logica fondamentale di un qualsivoglia centro di potere, vuoi politico, vuoi civile, vuoi religioso, nel perseguimento della stabilità generale, quale fine ultimo. Una 'Ragion di Stato', tuttavia, *sui generis*, in quanto essa, al contempo, si imporrebbe altresì come 'Ragion di Cosmo' che vincolerebbe il potere faraonico ad agire non secondo il criterio della mera opportunità politica, bensì in termini di conformità alla 'giustizia', atteso che – nella mentalità egizia – solo aderendo a *m3ʿt*, ossia 'condizionatamente', il sistema 'politico-religioso' sarebbe in grado di conservare sé stesso e la comunità alla cui stabile e paci-

²⁵⁶ Cfr. D. LORTON, *The King*, cit., 53, 60, nt. 9, che mette in luce il dato, rilevante non solo dal punto di vista linguistico, che non esiste (come, per certi versi, pure del resto in Grecia) un sostantivo per indicare il concetto di 'diritto' in senso oggettivo (*ius*, 'Law', 'Recht'), ma, atteso che *hp* può valere anche come «single written law» e che «there is no separate term for codified law», un insieme di disposizioni è indicato col plurale *hpw*; v., altresì, E. OTTO, voce *Abstraktionsvermögen*, in W. HELCK - E. OTTO - W. WESTENDORF (ed.), *Lexicon der Ägyptologie*, I, Wiesbaden, 1973, 19 s.

²⁵⁷ A. THEODORIDES, *La formation du droit*, cit., 14.

²⁵⁸ J.A. WILSON, *The Constitution of Ancient Egypt*, in *BFAA*, X, 1956, 3 ss.; adesivamente, cfr. A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens*, cit., 58.

²⁵⁹ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 75: l'autore nel trattare del rapporto tra la magia e *m3ʿt* giunge ad affermare che questa ultima «est un principe, jamais un système de lois codifiées, comme le code d'Hamourabi par exemple ou la loi de Moïse» e che «elle est à la base de toute législation, comme principe générateur, mais ne constitue pas la loi elle-même». Del pari A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens*, cit., 57, sostiene che «*ma'at* est apparue comme une norme suprasensible, comme un modèle tout à fait idéal, dont il faut s'inspirer, mais qui n'a pas été analytiquement définie quant à son contenu», sicché «les préceptes de *ma'at* ne sont jamais présentés tout faits, ils sont à faire» e che «*ma'at* est l'objet d'une perpétuelle recherche, opérée par le Roi assurément, dans son pays et pour son pays, mais avec la collaboration de ce pays».

²⁶⁰ D. LORTON, *The King*, cit., 58.

fica organizzazione è preposto in una con 'la funzione di nutrire gli dei'. Più precisamente, il fare e il dire *m³ʕt* – da parte dei giudici e dei funzionari faraonici –, nonché il realizzare *m³ʕt* – da parte del re – non significherebbero positivizzare e attuare (attraverso il puntuale rispetto delle prescrizioni rituali per il culto degli dei, attraverso una legislazione attenta al 'proverbiale orfano' e alla 'proverbiale vedova', attraverso una applicazione del diritto secondo equità) una sorta di *ius naturale* (come qualcuno ha peraltro sostenuto²⁶¹), né implicherebbero che di *m³ʕt* «le véritable centre, le point de départ d'ou toutes ses acceptions plus spécifiques dérivent, c'est la catégorie sociale de la solidarité communicative»²⁶²; ciò che noi definiamo 'giusto' o 'equo' (*m³ʕty*) non sarebbe, in altre parole, il fine ultimo dell'attività rituale, nomopoietica, giudiziaria, amministrativa; il 'fare giustizia', entro lo Stato faraonico, insomma, non avrebbe, in sé e per sé considerato, un'autonoma rilevanza, ma sarebbe unicamente il 'mezzo' teleologicamente orientato alla permanenza dell'ordine, il mezzo che garantisce – sul piano statale – la lontananza da *isfet*, cioè la pacifica convivenza e – sul piano cosmico – l'essere (ordinato) del tutto: e *m³ʕt*, appunto, assurgerebbe, quale '*ratio*' e dello Stato faraonico e della monarchia cosmica, a logica condizionante detta relazione tra mezzo e scopo²⁶³.

²⁶¹ Cfr., per tutti, R. VERSTEEG, *Law*, cit., 23.

²⁶² J. ASSMANN, *Maât*, cit., 133.

²⁶³ A prescindere dalle definizioni, ciò che, comunque, importa rilevare è che numerose fonti attestano come – lungi da considerazioni positivistiche – fossero da considerarsi *hpw* (ossia norme giuridiche vincolanti) solo quelle disposizioni che, create sì dal faraone, unico depositario del potere nomopoietico (cfr. D. LORTON, *The King*, cit., 58), consacrassero *m³ʕt*. Oas. B1 304-307: «Fai *m³ʕt* per il signore di *m³ʕt*, chè vi è *m³ʕt* al di sopra di *m³ʕt*. Quando ciò che è giusto è giusto, allora è giusto»; Ptahhotep 88-90 (in Z. ZABA, *Les Maximes de Ptahhotep*, Prague, 1956, 23): «Grande è *M³ʕt* e duratura ed efficace / essa non è stata scossa sin dal tempo di Osiride, poiché chi non ottempera le sue leggi è punito / ... il fine di *m³ʕt* è ciò che permane»; Dedicata a Ramses II in Abido (KRI 2.327.1-2): «L'amato di *M³ʕt*, vive attraverso di lei per mezzo delle sue leggi»; Incoronazione menfita di Horemhab (Urk. IV, 2122.19): «Le sue (del faraone) leggi fioriscono quale offerta di *M³ʕt* sulla terra»; Decreto di Horemhab (Urk. IV, 2142.13): «Egli ha creato *hpw* per diffondere *M³ʕt* attraverso le Due Terre»; Stele Louvre C a 86 22-24 (in A. MORET, *La légende d'Osiris à l'époque thébaine d'après l'hymne à Osiris du Louvre*, in *BIFAO*, XXX, 1931, 725 ss.): «La forza è stata posta nel suo posto e l'abbondanza si è stabilita grazie alle sue leggi – di Horus – sicché le vie sono libere e i cammini aperti. Le due terre ora sono in armonia e l'accusatore si è prostrato; la terra è pacificata sotto il suo Sovrano, e *m³ʕt* è resa salda dal suo signore, e *isfi* è messa alle spalle».

4. *Furti e pene nell'antico Egitto: i giudizi del tribunale operaio, del vizir, del faraone.*

In una tomba di Deir Rifeh troviamo scritto 'ir.n.i m is m hpw š3t.f' ('io ho agito in conformità agli hpw del nb-t3.wy)²⁶⁴; dal testo delle obbligazioni del vizir nella tomba di Rekhmira sappiamo che il funzionario faraonico 'sdm.t.f spr:t nb ht.f hp pn nty m ʿ.f' (egli darà udienza a ogni attore in conformità a questa legge che tiene in mano', ossia al testo scritto del volere faraonico-divino)²⁶⁵; e nel decreto di Horremhab il generale-faraone afferma 'di.n.i tp.rd m hr.sn hpw m hrwy[šn]' (ho dato loro le istruzioni orali e ho posto le leggi nei loro annali)²⁶⁶: il diritto faraonico non era un diritto esclusivamente consuetudinario e fluidamente cangiante e privo di ogni ancora testuale, un diritto che si conformava ai capricci di un sovrano tirannico. Come scriveva il Théodoridès «le Roi d'Egypte ... était le seul législateur de son pays» e «dans la monarchie de droit divin particulier à l'Egypte ancienne, ce droit absolu de légiférer n'a pas impliqué l'arbitraire ou le bon plaisir inconditionnel» in quanto «le Roi, fils des dieux, s'est senti responsable de sa gestion devant les dieux: il était, come le moindre mortel, comptable de ses actes, et il avait à en répondre au moment du jugement de son âme»²⁶⁷. Inoltre, non può essere dimenticato che la stessa vita del cosmo dipendeva dall'adempimento, da parte del faraone, del mandato divino, tanto è che «les rois, pour légiférer, se sont référés à une notion supérieure, celle de Maât»²⁶⁸. *M3ʿt* è, quindi, il sommo criterio teleologico nella produzione (e nell'applicazione) del diritto faraonico in ogni sua branca; è la ragione animante l'ordinamento egizio in vista della conservazione della stabilità e dell'armonia di tutte le forze cosmiche; e il monarca (depositario esclusivo della funzione legislativa), per mandato divino, ha il potere e l'obbligo di eliminare *isft*, sia a mezzo della redazione di norme conformi a *m3ʿt*, sia esercitando la funzione di sommo giudice (funzione che, peraltro, non può delegare ai suoi funzionari quanto all'irrogazione di pene capitali). Non punire un atto contrario all'ordine 'cosmico' e – il che è lo stesso – all'ordine

²⁶⁴ F.L. GRIFFITH, *The Inscriptions of Siut and Deir Rifeh*, cit., pl. 17.

²⁶⁵ Urk. IV, 1111.2.

²⁶⁶ Urk. IV, 2155.9.

²⁶⁷ A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 137.

²⁶⁸ A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 137.

'statale' (ovviamente sia a monte, non contemplando un dato contegno come 'offesa', sia a valle, non irrogando la sanzione appropriata), nella mentalità egizia antica, era mettere in crisi l'equilibrio universale, significava frustrare i fondamenti della vita stessa: come poteva essere concepito, dunque, come *licitum* (ossia *m3^cty*) e restare *impunitum* (ossia senza *hp*) la dolosa sottrazione di una cosa altrui tesa all'impossessamento a fine di lucro? Né, d'altro canto, sarebbe stata pensabile una 'giuridicizzazione' della reazione privata della parte lesa: il ristabilire l'ordine era ufficio di matrice divina e, pertanto, di esclusiva pertinenza del faraone o al più – per delega – dei suoi subalterni.

Di qualsivoglia sfumatura la si voglia colorare, la notizia gelliana secondo cui *omnia furta* erano *licita et impunita apud antiquos Aegyptios* – notizia la cui fonte sarebbe, come noto, un *liber* del giureconsulto Aristone – non può che essere smentita con estrema facilità, a prescindere dalle considerazioni generali già svolte, se si guarda con attenzione alle non numerosissime, ma comunque interessanti, fonti di cognizione dell'antico diritto faraonico rilevanti in tema.

Il potere punitivo faraonico, che, come già abbiamo avuto modo di rimarcare, si traduce in un potere-obbligo di prevedere e comminare, in astratto e in concreto, sanzioni quali conseguenza negative di atti difformi a *m3^ct* (e ciò in virtù della natura dello Stato egizio, ente divino teso a preservare l'ordine interno e, con esso, quello del tutto, nutrendo di *m3^ct* gli dei) è simboleggiato dal serpente ureo, il 'fiammeggiante di ira', e dalla spada²⁶⁹. Esso deve tendere costantemente alla repressione di *isft* (elemento, come già visto, necessario, nella sua negatività, per l'essere stesso del cosmo) nelle sue più diverse manifestazioni, tutte riconducibili, invero, a concetti come quelli di 'peccato', 'aberrazione' e 'crimine'²⁷⁰: manifestazioni che, per sua natura, la 'teologia politico-giuridica' dell'ordinamento faraonico (*ratio* e *finis* dello Stato) è tenuta a bandire.

La repressione criminale è, quindi, un'attività contenuta nel mandato divino del faraone; un'attività imprescindibile e irrinunciabile in

²⁶⁹ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 81, rileva che «l'uccisione è, in Egitto, un monopolio assoluto dello Stato (anche se negli interregni i principi governanti dei distretti – i nomarchi – la rivendicano a sé)» e che «la pena di morte può essere inflitta solo dal re, e gli si raccomanda di esercitare questa facoltà con il massimo ritegno».

²⁷⁰ Cfr., sul punto, C.J. BLEEKER, *Guilt and Purification in Ancient Egypt*, in *Nu-men*, XIII, 1966, 81 ss.

quanto ‘eziologicamente’ supportata dal mito teologico di fondazione e ‘teleologicamente’ protesa all’adempimento del mandato divino *ordinis gratia*; un’attività che, come è consentaneo a verosimiglianza, guardava alla sola materialità della ‘aberrazione criminosa’ (*bwt*), senza alcuna rilevanza dell’intenzione del soggetto attivo: a prescindere dall’elemento psicologico, in altre parole, certi comportamenti, per così come si manifestavano *in rerum natura*, erano in sé e per sé espressione di *isft* e, in quanto tali, erano inesorabilmente destinati ad essere repressi. Così nel decreto di Horemhab²⁷¹ si rinviene, esemplificativamente, una disposizione che sanziona in modo assai severo il giudice che, nell’esercizio delle sue funzioni, *ꜥd3 r m3ꜥty* ossia si atteggiava in modo tale da «causer du tort à celui qui est dans son droit»²⁷² e, così operando, commette un *bt3 n mwt*, un ‘crimine capitale’ di cui rileva il solo oggettivo prodursi e la rilevanza sul piano cosmico, vale a dire l’incedere di *isft* contro *m3ꜥt*. In altre parole, come già taluno ha sottolineato, «le fonctionnaire égyptien ait été tenu, d’une manière générale, d’une obligation de résultat»²⁷³ e la sua ‘responsabilità’ era da intendersi in senso puramente oggettivo.

E, così, per produrre un ulteriore esempio (che ci avvicina alla tematica aristoniana-gelliana del furto egizio), la opposizione – in un caso, per l’appunto, di ‘sottrazione di cosa altrui’ – tra chi, delle due parti in giudizio, è *ꜥd3* e chi è invece *m3ꜥty* si risolve in una valutazione, da parte dei giudici della *knbt*, dei fatti in sé e per sé considerati, ossia si esaurisce in un vaglio della corrispondenza al vero della situazione di diritto descritta e degli accadimenti narrati dall’accusatore (esistenza di un diritto di proprietà su certi beni; sottrazione e impossessamento di tali beni di sua proprietà da parte di una donna di nome Heria), senza alcuna considerazione dell’elemento ‘spirituale’ dell’offesa (dolo, colpa)²⁷⁴; sicché, in definitiva, l’accusata è ritenuta *ꜥd3t* in quanto «elle a commis des faits qu’il ne faut pas commette et s’est mise dans la situation, l’état de celui qui agit ainsi» (infatti, «le concept exprimé par le mot *ꜥd3* serait ainsi plus large que celui d’imputabilité, qui, au pénal, ne concerne que la

²⁷¹ V., sul punto, K. PFLÜGER, *The Edict*, cit., 260 ss.

²⁷² A. THEODORIDES, *Les ouvriers-magistrats*, cit., 131.

²⁷³ R. PARANT, *Recherches*, cit., 34 s.

²⁷⁴ Ostrakon Nash 1 (S. ALLAM, *Hieratische Ostraka und Papyri aus der Ramessidenzeit*, Tübingen, 1973, 214 ss.[n. 217]; J. ČERNÝ - A.H. GARDINER, *Hieratic Ostraca*, Oxford, 1957, pll. 46-46a).

commission matérielle des faits» e «le concept 'd3 est étranger a celui de culpabilité»²⁷⁵). 'Furto' parrebbe, quindi, essere la condotta di chi sottrae *res alius* onde impossessarsene: e ciò senza alcun riguardo al profilo che noi chiameremmo della colpevolezza. Il prodursi di tale sottrazione è sintomo di *isft* e l'ordinamento faraonico, nell'esercizio del mandato divino di cui abbiamo trattato nei pregressi paragrafi, deve (e ha i mezzi per) reprimere detti contegni, onde salvaguardare non solo la pace sociale interna, ma il conservarsi del cosmo: reprimere il furto significa, infatti, 'fare *m3ʿt*' e quindi fornire nutrimento agli dei.

Anzi, se si va indietro sino alla sesta dinastia (2460-2220 a.C.), dal resoconto autobiografico di un notevole dell'epoca, il celeberrimo Weni²⁷⁶, si può constatare che già ai primordi della storia egizia lo stato faraonico era dotato di strumenti sufficienti per perseguire quelle 'offese'²⁷⁷ che oggi noi non esiteremmo a qualificare in termini di furto. Weni, infatti, ci fornisce la prova testuale che esistevano funzionari statali preposti alla vigilanza sulla popolazione onde prevenire (prima ancora che sanzionare) la commissione, a danno di viandanti o degli abitanti dei villaggi, di furti da parte di militari, aventi ad oggetto 'pane, sandali, perizomi, capre'.

Il termine più diffuso, nelle fonti geroglifiche e ieratiche, per indicare il contegno furtivo di un privato egiziano è *t3wt*²⁷⁸, sostantivo

²⁷⁵ R. PARANT, *Recherches*, cit., 35.

²⁷⁶ Cfr. A. GARDINER, *La civiltà*, cit., 90 s.; per il testo geroglifico v. Urk. I, 102 9-16; per la traduzione italiana cfr. E. BRESCIANI, *Letteratura e poesia dell'antico Egitto*, Torino, 2007, 22 ss.; cfr., altresì, per un commento degli aspetti 'giuridici' del testo R. VERSTEEG, *Law*, cit., 49 s., 161. Per alcune testimonianze relative al Regno Antico cfr. E. EICHLER, *Untersuchungen zum Expeditionswesen des ägyptischen alten Reiches*, Wiesbaden, 1993, 319 s. (cfr. P. Berlino 8869 dove l'atto del sottrarre furtivamente è indicato dal vocabolo 'w3).

²⁷⁷ Il termine generalmente usato per indicare ciò che, degli atti umani, è 'penalmente' rilevante sotto il profilo non (solo) privatistico, ma (anche) pubblicistico, è *bt3* (v. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *bt3*, in *Wörterbuch*, I, cit., 483): «in everyday settings *bt3* can mean 'wrong', fault or harm; an unpleasant or even offensive action but not necessarily the sort of thing one would take to court. On the other hand, in denunciations, verdicts and like, *bt3* means 'crime'; at any rate, many of the most blatant crimes are called *bt3* or *bt3 n mwt*, crime worthy of death» (A.G. McDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 26); v., a riguardo, anche D. LORTON, *The Treatment of Criminals in Ancient Egypt: Through the New Kingdom*, in *JESHO*, XX, 1977, 7; nonché, sotto il profilo della 'colpevolezza' (con esplicito riferimento al significato di 'd3 in opposizione a *m3ʿty* nell'Ostrakon Nash 1), o meglio alla irrilevanza dell'elemento soggettivo e al solo rilievo dato all'oggettività del fatto (capace in sé e per sé inteso di minare l'ordine di *m3ʿt*), v. R. PARANT, *Recherches*, cit., 34 ss.

²⁷⁸ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *btwt*, in *Wörterbuch*, V, cit., 353.

dalle cui radicali si forma altresì il vocabolo per indicare la sanzione comminata nel caso detta *bwt* ('Abscheu', 'Frevel' integrante gli estremi di una offesa cosmica) fosse stata commessa (a danno di soli privati): la corte degli operai di Deir el-Medinah, collegio che già abbiamo imparato a conoscere, è protagonista, in qualità di organo giudicante, di due significativi *ostraka* (il primo dei quali abbiamo poc'anzi menzionato) in cui si contemplan, per l'appunto, due ipotesi di 'furto'.

Nell'*ostrakon* Nash n. 1, una donna di nome Heria, l'anno sesto del terzo mese della stagione di *shemu*, il decimo giorno (sotto la maestà di Seti I), viene accusata del furto di uno scalpello di rame dall'operaio Nebnefer, figlio di Nakhy:

hrw pn dd.t nbnfr s-n3hi spr ir.n rmt-ist... r knbt sdmw smi.n.f m 'nh-n-niwt hri3: ir ink tms.(i) w^c h3 ink m p3i.(i) pr hr-s3 p3 hrw iw.tw hr it3. f... hr ir hr-s3 hrw knw iw... 'nh-n-niwt nwbmnhm hr iit r dd n.i b3w ntr hpr(w) ptr:i hri3 iw.st hr i3 p3i.k h3... 'h^c.n dd.n t3 knbt n hri3 mt3.t i3i p3y h3 n nbnfr m m3^ct n3 m bi3t?... M bi3t, bn ink i.i3y sw (In questo giorno ecco ciò che dichiara l'operaio Nebnefer; l'operaio Nebnefer ha convocato in giudizio la cittadina Heria dinanzi questo tribunale. Quello che dichiara è questo: 'per quanto mi riguarda, io avevo sotterrato un cesello di mia proprietà presso la mia casa dopo la guerra. Ma è stato rubato ... ora, dopo parecchi giorni, la cittadina Nubemnehem viene a dirmi: sono angosciata perché ho visto Heria quando rubava il tuo cesello' ... allora il tribunale interroga Heria in questo modo: 'sei tu la ladra dell'oggetto di Nebnefer: sì o no?' e ciò ha risposto Heria: 'no, non lo ho rubato io').

Indi, l'*ostrakon* prosegue con la documentazione del 'giuramento di non commissione', pronunciato dall'accusata in giudizio, in questi termini:

w3h inn w3h p3 hk3 p3 nty bin p3y.f b3w r mwt mtw.tw gm r dd ink i3y p3y h3 ... (possa vivere Amon e il sovrano la cui collera è più terribile della morte: se si dovesse scoprire che io ho rubato il cesello ...) ²⁷⁹.

²⁷⁹ Sull'assenza della protasi nell'*ostrakon* e sul suo possibile contenuto cfr. A. THEODORIDES, *Les ouvriers-magistrats*, cit., 131.

La corte (composta eccezionalmente anche di tre scribi e del sovrintendente alla polizia, oltre agli operai e al capo-operaio e pertanto assurgendo a «exceptional high-powered *ḳnbt*»²⁸⁰, quindi, sulla base degli elementi acquisiti, ordina la perquisizione della casa della accusata ove – alla fine – si rinviene, oltre allo scalpello rubato, anche un incensiere di proprietà del dio Amon: la gravità dei fatti imputabili oggettivamente a Heria (non si riesce però a comprendere se con solo riguardo alla natura della refurtiva ulteriore rinvenuta – un bene sacro – ovvero con riguardo alla violazione del giuramento)²⁸¹ comporta la sospensione del processo, onde deferire il giudizio finale al vizir:

ḥr ir s3 wnwyt iw t3 ḳnbt (ḥr) smtr.st iw.tw ḥr dit ḥn šmś(w) p3šd irm.st iw.st ḥr int p3 ḥ3 ḥn^c w^c wšb n imn n ḥn nfr iw tmś.st swm p3y.st pr ...
(un'ora più tardi durante la quale il tribunale aveva fatto eseguire l'ispezione, viene inviato Pashed, l'araldo della *ḳnbt*, insieme a lei, che consegna l'oggetto che si trovava presso di lei insieme a un incensiere del dio Amon, sotterrato nella sua casa);

ḥ^c.n t3 Ḳnbt ḥr dd ḥd3t ḥ3t ḥnh-n-niwt ḥri3 š3it mwt. m3^cty rmt-ist nbnfr: iw.tw ḥr w3ḥ t^cy.st mdt r ii.t Ḃti (così allora si pronuncia la corte: la cittadina Heria è una grande ḥd3t, degna di essere condannata a morte mentre l'operaio Nebnefer è m3^cty. Si sospenda il processo, dunque, e si aspetti l'intervento del vizir).

Segue la riproduzione delle note dello scriba per il vizir in cui si qualifica ora in termini di *bwt* l'atto di Heria (*t3 bwt n t3y dmit Ḃwt ḥmty m-im.f*) e in cui si ricorda – evidentemente per facilitare la decisione, e non per vincolarla – un precedente, quello della cittadina Tanjemhemes che aveva rubato un vaso del valore di un deben, al tempo del vizir Nefrenpet (V 9-11) il quale la aveva condannata alla 'deduzione alla riva'²⁸² (*iw.f ḥr diti Ḃ.tw.st r mryt*); indi, si sottolinea la necessità di una pena esemplare, di modo che nessuna altra cittadina ripeta una condotta simile (*tm kt st-ḥmt mi ḳd.st wḥm irt m mitt*); infine si ribadisce la competenza esclusiva del vizir ai fini della cognizione e della decisione del caso (*ḥr*

²⁸⁰ A.G. McDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 156.

²⁸¹ Cfr., a riguardo, R. PARANT, *Recherches*, cit., 34 ss.

²⁸² Cfr., sul punto, da ultimo, Z. HAWASS, *Silent Images: Women in Pharaonic Egypt*, New York, 2000, 133.

ḳt p3 nty rḥw imi iry.f šḥr nb mry.f). Il vizir era dunque competente – in alternativa e/o in concorso – in casi di spergiuro (Heria aveva invocato il nome del faraone nella sua dichiarazione di non commissione del fatto) e sacrilegio (Heria aveva sottratto ad Amon un bene di sua proprietà): si trattava di casi per cui, comunque, non era irrogabile la pena capitale o quella della mutilazione (riservate nella loro comminazione, come è noto, al solo faraone)²⁸³, ma, probabilmente, per cui si comminava – come nel caso di Tanjemhemes – la pena dell'esilio (la deduzione alla riva), fermo restando, ovviamente, che la *ḳnbt* locale operaia non era ammessa a pronunciarsi su casi del genere, rimanendo limitata la sua competenza – a quanto pare – al solo furto semplice²⁸⁴.

Quest'ultimo, di regola, veniva punito con una pena privata fissata nel doppio o nel triplo del valore della refurtiva oltre alla restituzione di quest'ultima²⁸⁵: dal papiro di Leida (n. 352, ll. 1-11) apprendiamo che una schiava (*ḥmt*) di proprietà di un carrista di nome Pekhari aveva rubato numerosi utensili, quali diversi tipi di vassoi in bronzo e una giara per l'acqua (per un valore totale di 36 ½ deben), nonché una parrucca, oltre a numerose vesti di prima qualità. Il papiro, che inizia con le parole *r rdi.t n3n ḥt ḳtt ḥmt* (lista delle proprietà che sono state rubate dalla schiava ...) ²⁸⁶, prosegue dopo l'individuazione del derubato, con l'enumerazione delle singole cose sottratte, nonché con la determinazione di una *ḥw3t* fissata sempre nel triplo della cosa rubata (ad esempio per un vassoio di bronzo *ḥsmn* del valore di 6 deben la *ḥw3t* è stabilita in 18 deben di rame; per due indumenti *d3iw* di stoffa di prima qualità dell'alto Egitto la *ḥw3t* è di 6 indumenti di pari

²⁸³ A. THEODORIDES, *Les ouvriers-magistrats*, cit., 137.

²⁸⁴ Il furto poteva esser anche oggetto di un giudizio oracolare come ci testimonia il caso di Amenemuia, cui erano stati rubati cinque indumenti. Il derubato si rivolge a una divinità minore di Tebe (ossia, in pratica, al suo collegio sacerdotale), Amon di Pekhenty, onde sapere il nome del ladro: Amenemuia, quindi, pronuncia i nomi di tutti gli abitanti del suo villaggio fino a che il dio non fa cenno col capo in corrispondenza di Peteumdyamun che quindi viene interrogato, fatto giurare e infine confessare. Sul punto cfr. J. ČERNÝ, *Questions adreeses aux oracles*, in *BIFAO*, XXXV, 1934, 56 ss., nonché W.F. EDGERTON, *The Government and the Governed in the Egyptian Empire*, in *JNES*, VI.3, 1947, 158.

²⁸⁵ Cfr. A.G. McDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 230 (ma v., altresì, Id., *Jurisdiction*, cit., 138 per taluni casi in cui la pena era fissata nel quadruplo) e D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 48.

²⁸⁶ Cfr. C. LEEMANS, *Aegyptische Monumenten van het Nederlandsche Museum van Oudheden te Leyden*, II, Leyden, 1846, pl. CLXVIII; cfr. anche i papiri di Illahun per le liste di oggetti rubati: W. SIMPSON, *Papyri of the Middle Kingdom*, in *Textes et languages de l'Égypte pharaonique: Hommage à J.-F. Champollion*, I, Cairo, 1974, 63 ss.

qualità)²⁸⁷, eccezion fatta per il primo oggetto della lista per cui essa è stabilita nel doppio del valore (per la giara di bronzo *hsmn* del valore di 20 deben la *ḥwꜣt* è di 40 deben di rame)²⁸⁸.

Se nel 'Wörterbuch' la parola *ḥwꜣt* è tradotta «gestohlenes Gut», o «Diebesgut (als Wiedererstattungswert)»²⁸⁹, il Černý ha ben dimostrato come essa, in realtà, non faccia riferimento alla somma complessiva del bene rubato e alla pena fissata in un multiplo, ma solamente a quest'ultima: in un coccio dell'«Oriental Institute of Chicago», infatti, si fa riferimento a 'ciò che deve essere prelevato da Rute onde soddisfare il capo degli operai Hay' e si indica una serie di beni – in effetti non espressamente qualificati come refurtiva – cui segue, per ognuno di essi, il sostantivo *ḥwꜣt* cui viene fatto corrispondere sempre e solo il doppio della cosa dovuta²⁹⁰: il che fa propendere per l'interpretazione secondo cui la sanzione per il furto semplice era non solo la *ḥwꜣt*, ossia la pena prefissata (a seconda dei casi) nel doppio o nel triplo (in natura) – potremmo discorrere, in proposito, di una 'pena privata' –, ma in aggiunta ad essa il ladro era tenuto pure alla restituzione della refurtiva (o, come è ovvio, del valore della stessa)²⁹¹.

²⁸⁷ L'impiego del vocabolo è significativo: anzitutto perché riconnesso etimologicamente al nome del furto in antico egizio; di poi in quanto sembra chiara anche terminologicamente la distinzione tra pena pecuniaria e pena corporale: se non è rinvenibile, infatti, una netta dicotomia (sotto il profilo dei termini) tra ciò che – sostanzialmente – è illecito privato e ciò che è illecito pubblico, si individua, dal punto di vista lessicale, da un lato una pena indicata dal sostantivo *sbꜣyt* (A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *sbꜣyt*, in *Wörterbuch*, IV, cit., 86) per significare una sanzione afflittiva e deterrente (R. VERSTEEG, *Law*, cit., 152) che comporta forme corporali di castigo; dall'altra, tale voce non si impiega ove la conseguenza negativa della condotta violata sia una pena che colpisca il patrimonio del responsabile a favore della parte offesa (come nei casi meno gravi di furto, ove è diffuso il termine *ḥwꜣt*): E.D. BEDELL, *Criminal Law in the Egyptian Ramesside Period* (unpublished Ph.D. Dissertation), Brandeis University, 1973, 179, 191.

²⁸⁸ Con riguardo al Medio Regno, le lettere di Hekanakht documentano la sanzione penale privata (a favore del derubato) fissata nel doppio dell'ammontare della refurtiva (v., a riguardo, H. GOEDICKE, *Studies in the Hekanakhte Papers*, Baltimore, 1984, 61). Non pare, comunque, da seguire C.J. EYRE, *Crime and Adultery in Ancient Egypt*, in *JEA*, XCII, 1984, 93, là dove, con perentorietà, afferma: «the basic classification of theft in Egypt seems clearly to have been as a tort. The injured party pursued the matter himself, and the sanctions, so far as they could be enforced, normally took the form of restoration in small multiples of the loss».

²⁸⁹ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *ḥwꜣt*, in *Wörterbuch*, V, cit., 350.

²⁹⁰ J. ČERNÝ, *Restitution of, and Penalty attaching to, Stolen Property in Ramesside Times*, in *JEA*, XXIII, 1937, 186 ss.

²⁹¹ Lo *status* del ladro o lo *status* della parte offesa (così come il sesso) non paiono esser stati rilevanti ai fini della determinazione dell'ammontare totale della pena pecu-

Ma parrebbe che su tale pena (e sul suo ammontare), le parti potessero transigere: dal Papiro del British Museum n. 10335, vs. 21 apprendiamo, infatti, che uno uomo di nome Petjauemdiamun aveva sottratto allo schiavo Amenemuia cinque tuniche *ms*: durante il giudizio oracolare instaurato, l'accusato confessa e promette sotto giuramento di ritornare il maltolto; indi l'oracolo del dio obbliga lo schiavo al seguente giuramento: *bn šdi ʔwt m di.f* che secondo l'interpretazione di Černy non andrebbe tradotto con «ich habe es nicht gestohlen»²⁹², ma significherebbe «I will not exact a penalty from him»²⁹³. In altre parole, tale frammento si imporrebbe quale documentazione della prassi di 'pacere' tra le parti, tant'è che Amenemuia dichiarava – sotto giuramento, attesa la importanza della dichiarazione stessa – di essere soddisfatto della sola restituzione dei cinque vestiti, rinunciando di conseguenza ad esigere la aggiuntiva pena privata stabilita in un multiplo dell'entità (in *deben*) della refurtiva²⁹⁴.

Ben più severa, invece, la pena per furto di cose di proprietà del faraone²⁹⁵, come ci attesta il già menzionato Decreto di esenzione di

niaria: D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 47 s.; R. VERSTEEG, *Law*, cit., 163.

²⁹² H. SPIEGELBERG, *Studien und Materialien zum Rechtswesen des Pharaonenreiches der Dynast. XVIII-XXI*, Hanover, 1892, 77.

²⁹³ J. ČERNY, *Restitution*, cit., 188.

²⁹⁴ Contro l'interpretazione di Černy si è pronunciato, tuttavia, Lorton secondo cui, in consentaneità con quanto ritenuto dallo Spiegelberg, dal testo sarebbe chiaro che la rinuncia da parte del derubato alla penale non era oggetto di contrattazione, bensì di un ordine oracolare e che ciò dimostrerebbe al più che «the persons who administrated these proceedings did not have full confidence in what they had done»: D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 48 s. Va segnalato, a tal proposito, come l'inadempimento contrattuale (consistente nella mancata restituzione di quanto dovuto) viene talora configurato in termini di furto – quando cioè si tratti, invero, di 'appropriazione indebita' – come in Ostrakon Torino 9754: chi non paga entro il termine fissato è *gm nḥm* – ossia trovato essere responsabile di furto – e, di conseguenza, è assoggettato alla pena privata del doppio cui si somma, talora, l'infissione di cento colpi di bastone (v. Ostrakon Ashmolean Museum 1933.810 *recto* 5-6): cfr., sul punto, D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 43, nonché 31 ss. (per ipotesi di furto in cui è l'incarcerazione a fungere da sanzione e non il pagamento della pena: il principio della certezza della pena, evidentemente, non sembra essere stata una conquista del mondo egizio): per i due *ostraka* cfr. S. ALLAM, *Hieratische Ostraka und Papyri*, cit., 252 [n. 255], 18 [n. 2]).

²⁹⁵ Nell'Ostrakon Nash 2 (S. ALLAM, *Hieratische Ostraka und Papyri*, cit., 217 [n. 218]) che tratta del furto di tre ceselli facenti parte della proprietà reale, i testimoni giurano di aver visto l'accusato sottrarre i beni in questione e invocano la pena di cento colpi e la perdita dei loro ceselli per spergiuro: non ci è dato sapere, tuttavia, quale pena in concreto la corte di operai di Deir el-Medina abbia in concreto irrogato: v. A.G. McDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 157; D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 44; R.

Nauri emanato dal successore di Ramses I, Seti I (XIX dinastia), a favore del personale del tempio di Abidos²⁹⁶: il testo, che suddivide i diversi reati a seconda della tipologia della pena, prevede per il furto della nave della fondazione di Osiride o di qualsivoglia dei suoi membri (ll. 47-50) 'duecento colpi di bastone' e 'cinque frustate', oltre alla condanna a tante giornate di lavoro forzato quante sono state quelle in cui la nave è stata presso il ladro (50-52)²⁹⁷; l'amputazione del naso e delle orecchie, nonché la condanna a lavori forzati in qualità di schiavo-coltivatore (*mnyty*)²⁹⁸, è prevista da Seti I nel caso di ladro colto nell'atto di sottrarre – *gmt.f hr ʒwt*²⁹⁹ – un animale di proprietà della fondazione, oltre all'asservimento in qualità di *ndt* dei membri della famiglia dell'*ihwty* condannato ai *b3kw* (71-74)³⁰⁰; la sanzione per il furto di altri beni della fondazione consisteva in cento colpi di bastone, nella restituzione dei beni, nel pagamento di una penale fissata nel centuplo (sempre detta *ʒwt*) del valore della refurtiva (ll. 53-55). L'impalamento (*shr.f diw hr tp-ht*)³⁰¹, invece, era la pena prevista per

VERSTEEG, *Law*, cit., 162; quanto al decreto di Horemhab e alle sanzioni in esso stabilite per i furti di messi, erbe *sm* etc., cfr. A.G. McDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 264, nonché K. PFLÜGER, *The Edict*, cit., 264.

²⁹⁶ V., sul tema, W.F. EDGERTON, *The Nauri Decree*, cit., 219 ss. e specialmente 223 s.; A. GARDINER, *Some Reflections*, cit., 24 ss.; cfr., altresì, R. VERSTEEG, *Law*, cit., 164 che ben sintetizza nei seguenti termini: «the Nauri decree of Seti I (c. 1294 -1279 B.C.) imposed ear and nose amputation plus forced labour as punishment both for direct and in direct forms of theft: 1) stealing an animal of the estate (an offence to sacred animals); 2) moving a boundary marker of the god's estate (an offence to sacred real property). In addition, the thief's family suffered penal servitude on the estate as part of the punishment. Other minor offences that resulted in a loss of production on the estate (*i.e.* other indirect kinds of theft) were punished by a specific number of blows (typically 200 or 100), 'pierced wound' (typically five), and forced labour».

²⁹⁷ D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 25 s.

²⁹⁸ A.H. GARDINER, *The Wilbour Papyrus*, II, Oxford, 1948, 82 e 87 ss.

²⁹⁹ D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 26, propone un'equiparazione tra la perifrasi egizia e il latino *furtum manifestum*.

³⁰⁰ V., altresì, sui furti di animali, il decreto di Elefantina pubblicato in E. ROUGÉ, *Inscriptions hieroglyphiques copiées en Egypte*, Paris, 1878, 256 ss.

³⁰¹ Cfr., sull'impalamento, W. BOOCHS, *Über den Strafzweck des Pfählens*, in *GM*, LXIX, 1983, 7 ss.; I.M. LURJE, *Studien zum altägyptischen Recht*, cit., 146 nt. 31, che pensa alla sottrazione furtiva di animali sacri. Cfr., per la medesima sanzione, il decreto di esenzione rameside citato da D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 27 (per il cui testo si rinvia a *MDAIK*, VIII, 1938, 161 ss.) che interpreta la disposizione in esso contenuta come relativo ad un caso di furto (non flagrante), ma seguito dalla vendita della refurtiva. All'interno della categoria degli illeciti passibili di morte, meritano sicuramente di essere menzionati quelli la cui pena era il suicidio indotto (testimoniato dall'episodio della cospirazione dell'harem di Ramses III); cfr., inoltre, i *b3w ʒw n mwi*

la vendita di un animale della fondazione (*dit m šb*), cui si aggiungeva l'asservimento (*m^cβw*) della moglie e dei figli del condannato a favore della fondazione, nonché la confisca dei beni, mentre il compratore era tenuto alla restituzione (*šd*) di quanto acquistato e condannato altresì al centuplo (per il che il testo non fa riferimento alcuno alla mala o buona fede di quest'ultimo)³⁰².

Nei papiri ramessidi della XX dinastia che documentano i processi contro i predoni delle tombe tebane³⁰³, e che rappresentano «the most vivid narrative of criminal law in ancient Egypt»³⁰⁴, i soggetti accusati vengono identificati con vocaboli che presentano le medesimi radicali del sostantivo indicante il furto semplice; si tratta di *iβw*, *iβw hryw* 'šw³⁰⁵, *n3 hryw ʿyt n iβw*³⁰⁶: ossia 'ladri', 'ladri e grandi trasgressori', 'grandi trasgressori', perifrasi le ultime due che non si compongono dei sostantivi *sbi* ('Frevler') o *sbnty* ('Verbrecher')³⁰⁷, e ciò – molto probabilmente – perché la differenza fondamentale tra *sbi* o *sbnty* e *hryw*

bwt ʿ3w n p3 t3 bwt nṛ nb nṛt nb mi kd.f (di cui al Papiro Rollin e al Papiro Lee), ossia i grandi 'abomini' degni di morte, l'offesa a tutta la terra, l'offesa a ogni divinità (si tratta di illeciti ovviamente aventi carattere sacrale e pubblico: cfr. D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 29 e ntt. 129-130).

³⁰² Non mi pare, pertanto aver pieno fondamento l'affermazione di R. VERSTEEG, *Law*, 163 (che cita E.D. BEDELL, *Criminal Law*, cit., 172) secondo cui «it appears that Egyptian law did not consider the mere purchase of stolen goods as a particularly serious offence». Va, in aggiunta, tenuto in considerazione che i funzionari che non perseguono i crimini indicati nel decreto vengono a loro volta puniti con l'irrogazione di 'pene deterrenti' atroci: il non poter essere seppelliti secondo il rito (con estensione di ciò anche a mogli e figli) e, quindi, la distruzione del loro *ba* (è questa, in altre parole, la punizione – *sswn* – di Osiride); il subire cento colpi di bastone, la destituzione dal proprio ufficio, l'assoggettamento ai lavori forzati (ll. 113-118). Wilson dopo aver sintetizzato quelle disposizioni del decreto di Nauri riguardanti – in buona parte – il furto, nonché le previsioni contenute nel decreto di Horemhab, si chiede: «why are the decrees of Horemhab and Seti I so much harsher in punishment than ... earlier acts? Why do they add cruel physical abuse and the repayment of property in high proportion on top of the earlier removal from office and confiscation of property? It would seem that the word of the king no longer had the same effectiveness in maintaining order; pharaoh was no longer respected and feared as he had been in the more sacred state of earlier times» (J.A. WILSON, *The Culture of Ancient Egypt*, cit., 241).

³⁰³ Cfr., per tutti, T.E. PEET, *The Great Tomb-Robberies of the Twentieth Egyptian Dynasty*, I-II, Oxford, 1930; J. CAPART - A.H. GARDINER - B. VAN DE WALLE, *New Light on the Ramesside Tomb-Robberies*, in *JEA*, XXII, 1936, 169 ss.

³⁰⁴ R. VERSTEEG, *Law*, 165 (con riguardo al Papiro Abbot).

³⁰⁵ T.E. PEET, *The Great Tomb-Robberies*, I, cit., 87 (P. BM 10068 *recto* 1.10).

³⁰⁶ T.E. PEET, *The Great Tomb-Robberies*, I, cit., 147 (P. BM 10052 8.19-22).

³⁰⁷ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *sbnty*, in *Wörterbuch*, III, cit., 254; Id., voce *sbi*, in *Wörterbuch*, IV, cit., 87 s.

consisteva nella difformità di pena inferta per la condotta compiuta: i primi due sostantivi indicavano il delinquente soggetto attivo di una offesa 'semplice' (perseguibile anche da *knbt*), l'altro faceva riferimento a offese aggravate (per esempio dall'oggetto) che implicavano pene assai più gravi. Anzi, si potrebbe ipotizzare che il sostantivo *hrw*, volto qui a distinguere il predone di tombe dal ladro comune, indicasse l'offensore passibile di morte³⁰⁸ fissata direttamente dal faraone³⁰⁹. E tale risulta essere, all'evidenza, la pena prevista per i *ibw hryw 3w* molto probabilmente in quanto, oltre alla violazione delle tombe e alla sottrazione di corredo funerario «the thieves, as would be expected, sold their loot»³¹⁰: in perfetta consentaneità con la disposizione di Seti I a Nauri e, dunque, con la necessità per la corte locale (incompetente) di deferire il giudizio alla Grande Assemblea Tebana³¹¹.

Dal papiro Abbot apprendiamo, di poi, che un processo su iniziativa statale era stato attivato contro un gruppo di predoni: la corte

³⁰⁸ Il fatto che «the penalty for tomb robbery was death ... can be deduced from three statements in the texts» (D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 31): si tratta di P. BM 10052 8.5 ove un accusato esclama: 'condannate loro e non me a morte per le tombe di Gebelin: essi erano là'; di P. BM 10052 8.19-20, ove un sospetto, professando la non commissione dei fatti imputati, afferma: 'ho visto la pena inflitta per ciò che fu posto in essere da ladri al tempo di Khaemuaset'; nonché di P. BM 10052 11.11-12: 'io non conosco le tombe: furono i miei uomini ad andare nel lato ovest ed entrare nella tomba reale: oh uccidere me per quello che hanno fatto i miei uomini!'; cfr., altresì P. BM 10068 *recto* 4.1-2 e P. BM 10053 *recto* (per i papiri citati, cfr. T.E. PEET, *The Great Tomb-Robberies*, I, cit., 90, 104-109, 142, 151, 153).

³⁰⁹ P. Amherst 4.2-3 (T.E. PEET, *The Great Tomb-Robberies*, I, cit., 49).

³¹⁰ D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 31; cfr., altresì, T.E. PEET, *The Great Tomb-Robberies*, I, cit., 90.

³¹¹ A. THEODORIDES, *Les ouvriers-magistrats*, cit., 103 ss.; S. ALLAM, *Das Verfahrensrecht in der altägyptischen Arbeitersiedlung von Deir el-Medineh*, Tübingen, 1973, 31 ss. Lo studio dei papiri ramessidi dei grandi furti di tombe è particolarmente interessante anche per la comprensione del reato di spergiuo: gli accusati (o anche i testimoni) chiamati a giurare sulla veridicità delle loro dichiarazioni, sovente fanno menzione delle pene previste per il caso di spergiuo: il tipico esempio è quello del testimone che afferma di 'poter esser mutilato e spedito a Kush come schiavo' qualora abbia detto il falso (P. BM 10052 3.22-23); altrove però la pena invocata da un accusato è la mutilazione e l'impalamento: ma ciò ben si comprende in quanto l'accertamento della falsità del giuramento implicava *ipso iure* il riconoscimento della responsabilità dello spergiuo per il reato per cui era in processo (il furto nelle tombe), che essendo, all'evidenza, ritenuto più grave dello spergiuo stesso (punibile con la sola 'schiavitù a Kush'), implicava l'irrogazione della pena capitale (P. BM 10052 10.2); in un caso – ma ciò può ritenersi una pura omissione – viene menzionato il solo impalamento (P. BM 10052 15.17); in P. BM 10052 11.20 e in P. BM 10052 12.8 due sospettati ricattatori invocano nel loro giuramento la pena della mutilazione e dell'impalamento (cfr., sul giuramento in generale, J.A. WILSON, *The Oath*, cit., 130 ss.).

inquirente-giudicante era composta dal sovrintendente della città e governatore di Tebe Pesur (*imi-r^c niwt h3ty^c*), nonché da due assistenti, lo scriba e l'araldo del faraone: il collegio aveva formata una commissione d'indagine composta da ufficiali di polizia, sacerdoti e scribi, con il compito precipuo di ispezionare le tombe sospette di essere state depredate (anche se alla fine dell'ispezione solo una, in verità, si dimostrerà effettivamente spogliata³¹²). Uno degli accusati, Amenpnefer, peraltro, aveva confessato la commissione del furto a danno delle mummie del re Sekhmira-shed-taui sa-Ra Sobekemsaf e della regina Nubkhaas, con la complicità di altri uomini (organizzati in una vera e propria 'associazione a delinquere')³¹³. La commissione, quindi, invia ai giudici il rapporto delle indagini; segue la cattura di alcuni dipendenti del tempio di Amon e il loro interrogatorio a mezzo di tortura che induce alla confessione: identificato il luogo del furto, gli *it3w hryw 3w* vengono imprigionati presso il tempio mentre i giudici inviano gli atti al faraone, Ramses IX, che sentenza infine per la responsabilità dei predoni³¹⁴, irrogando, con ogni buona probabilità, la pena dell'impalamento³¹⁵. Gli esempi potrebbero accrescere³¹⁶, ma lo

³¹² P. Abbott (P. BM 10221 5-7): T.E. PEET, *The Great Tomb-Robberies*, I, cit., 28 ss.

³¹³ V. E.D. BEDELL, *Criminal Law*, cit., 25.

³¹⁴ Così riassume la vicenda A.G. McDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 194: «The events are recorded in the order that they occurred, namely: 1) examination of the thieves; 2) taking the thieves to the Necropolis by the vizier and butler on day 19; 3) report of the investigation sent to Pharaoh; 4) handing over of the thieves to the high priest of Amon at the *knbt* session for imprisonment pending Pharaoh's instructions».

³¹⁵ Cfr., in tal proposito, il caso di un uomo che, avendo accesso alla tomba di una famiglia e accusato di furto di oggetti in essa contenuti, giura dinanzi alla corte che se fosse stato trovato responsabile di tal reato, allora avrebbe patito la pena dell'amputazione del naso e delle orecchie, per poi essere impalato (P. Berlino 10496 verso 1-4); invece, un uomo che si fosse solo introdotto nella tomba altrui, pur senza sottrarre alcunché, era tenuto a giurare giudizialmente che se fosse risultato vero che egli era entrato nella tomba, sarebbe stato punito con cento colpi di bastone e cinquanta frustate (P. Berlino 10496 verso 11-12), laddove in altro papiro si dice che la pena consiste in soli cento colpi di bastone (P. Deir el-Medinah 26 A recto 6): sul punto cfr. S. ALLAM, *Hieratische Ostraka und Papyri*, cit., 278 e 297. V., altresì, i graffiti di Nubia della XII dinastia attestanti la pena capitale per i semplici violatori di tombe H. WILLEMS, *Crime, Cult and Capital Punishment (Mollalla Inscription 8)*, in *JEA*, LXXVI, 1990, 39 ss.; v., inoltre, D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 18; A. LEAHY, *Death by Fire in Ancient Egypt*, in *JESHO*, XXVII, 1984, 199 ss. Il concorso materiale del partecipe, invece, era sanzionato con la semplice riduzione in schiavitù a Kush: cfr. D. LORTON, *The Treatment of Criminals*, cit., 33.

³¹⁶ Cfr. per la vicenda di Paneb (XIX dinastia), il Papiro Salt (BM 10055) in S. ALLAM, *Hieratische Ostraka und Papyri*, cit., 297 [n. 266], nonché, per quelle di Userhat e di Penanuqet, v. il resoconto in C.J. EYRE, *Crime*, cit., 94.

scenario sin qui abbozzato, all'evidenza, già è sufficiente a confortare l'assoluta infondatezza della notizia contenuta in Gell. 11.18.16.

5. *Le possibili fonti del 'liber Aristonis' in tema di furto presso gli antichi egizi.*

Quale può essere stata, dunque, la fonte di Aristone, giurista così propenso a guardare verso l'*antiquitas*, nonché ad *haesitare* con 'scettica' *cunctatio*, mettendo in dubbio qualsiasi cosa, anche quella più certa? Qualche precisazione in merito alla diffusione nel mondo greco-romano di fallaci e assai poco fondate nozioni 'egittologiche' (e alla conseguente distorsione della verità storica) potrà, forse, portarci ad una se non indubitabile comunque plausibile risposta.

L'Egitto fu, sin dai primordi della mitica unificazione delle sue due parti in un solo 'Stato' soggetto alla doppia corona del dio-monarca, un paese appartato dal resto del mondo: lo stelo della valle nilotica e la *niphaea cerulea* del Delta trovavano nel Mediterraneo, il Grande Mare Verde, e nel deserto, la Terra Rossa³¹⁷, i confini che lo separavano spazialmente ed idealmente dall'Asia e da una realtà occidentale ancora 'nell'uovo', mentre la prima cataratta segnava l'inizio della Nubia, l'esotica miniera aurea dei sovrani figli di Ra (come la stessa etimologia del nome può palesare: *Nub*, vale a dire 'oro')³¹⁸. E fatta eccezione per i primitivi contatti con la civiltà mesopotamica, negli oscuri meandri storici del predinastico, come ci testimoniano celebri reperti quali il coltello eburneo di Gebel el Harak³¹⁹, assai poco venne mutuato dai popoli stranieri: l'Egitto, fino al diciottesimo secolo a.C., quando gli invasori provenienti dall'Asia affermarono il loro potere su quelle terre, condusse la propria vita in un intatto isolazionismo culturale che, come diretta conseguenza, ebbe l'ardua comprensione e, ancor prima, valutazione delle idee, dei valori fondanti e delle istituzioni di quella ineguagliabile civiltà. Se le concezioni giudaiche, babilonesi e siriane, trasmigrarono da un popolo all'altro per diventar parte integrante, anche se non basilare, del retaggio dell'Occidente, i miti, i simboli, le

³¹⁷ Cfr., sulla suggestiva terminologia egizia in materia geografica, J.P. ALLEN, *Middle Egyptian*, cit., 21 s.

³¹⁸ E.T. RUNDLE CLARK, *Mito e simbolo*, cit., 9 ss.

³¹⁹ A. GARDINER, *La civiltà*, cit., 363 ss.

forme stesse del pensiero degli antichi egizi apparvero già ai conquistatori greci e romani del tutto alieni. Se la scrittura cuneiforme riuscì ad imporsi come mezzo di comunicazione per i popoli del vicino oriente, e l'accadico a diventare lingua franca del commercio, i geroglifici, nella loro essenza originaria, mai esularono dai confini patrii: si determinò così, radicandosi nel tempo, la ferma convinzione che l'Egitto fosse un mondo a sé, che i suoi abitanti fossero diversi dal resto dell'umanità, che i valori della loro cultura fossero un *quid* di insondabile; in altre parole si consolidò la presunta indecifrabilità di tutto ciò che era egizio³²⁰. Le fantasie suscitate in misura alluvionale sfumarono dei colori del mito la realtà storica tanto che se da un lato, l'Egitto era un paese col quale si potevano allacciare – come effettivamente fece il mondo prima greco e poi romano – legami commerciali ed instaurare rapporti di rivalità, di alleanza, di supremazia e dominazione, dall'altro, la terra animata dalle leggende si imponeva, schiacciando quella della esperienza diretta, in una sorta di «mirage»³²¹.

³²⁰ Sul punto, ampiamente, cfr. S. DONADONI, *L'Egitto del mondo classico*, cit., 12 ss.

³²¹ Cfr., in tema, C. FROIDEFOND, *Le mirage égyptien dans la littérature grecque d'Homère à Aristote*, Paris, 1971, *passim*; E. IVERSEN, *The Myth of Egypt and its Hieroglyphs in European Tradition*, Copenhagen, 1961, 34 ss. Come, poi, significativamente ricorda S. DONADONI, *L'Egitto del mondo classico*, cit., 12, nel quindicesimo secolo a.C. il re di Babilonia scriveva ad Amenhotep III: «in Egitto l'oro puro è la polvere delle strade!», e circa cento anni più tardi durante l'epoca ramesside il re hittita chiedeva al faraone un mago e un medico al fine di curare la malattia che affliggeva una delle sue consorti. L'Egitto, quale madre di miti e realtà suscettibile di diretta esperienza, fu considerato anche dai greci, i primi a porsi la questione di cosa la terra dei faraoni fosse e fosse stata; e a tanto giunse la idealizzazione a patria di maestri e saggi che diverrà costume inserire nelle biografie dei pensatori del passato la narrazione di un viaggio e di un soggiorno in Egitto. Si va così a delinare un mito, se in certuni casi non fu reale dato biografico, di un apprendistato presso la casta sacerdotale egizia di grandi tra i quali spiccano i nomi di Talete, di Solone, di Licurgo, di Pitagora, di Democrito e di Platone. Necessario carattere della loro formazione ed esperienza intellettuale fu quindi l'insegnamento ricevuto a una scuola di pensiero facente capo ai custodi di una antichissima sapienza 'altra': così risplendevano di luce egizia anche il pensiero e la cultura della Grecia. Omero, colle parole di Nestore, ci adombra un paese leggendario, ai confini del mondo, una terra dalla quale non v'è speranza alcuna di far ritorno, tanto lontana via mare che non si conoscono uccelli che nello stesso anno possano andarvi e tornarne. Nell'Odissea si dice che «è il paese dei medici più saggi del mondo» (*Od.* 4.220-223; 227-232), è una terra dalla quale Elena ha esportato il nepente, un'erba meravigliosa le cui proprietà sono in grado di lenire i dolori e far svanire ogni affanno (S. DONADONI, *L'Egitto del mondo classico*, cit., 14). Nell'Iliade Tebe è «città in cui ogni dimora è piena di ricchezze, città dalle cento porte, di cui ciascuna vede passare duecento guerrieri coi loro cavalli e coi loro carri» (*Il.* 9.382-384). Una visione quindi, quella omerica, di un Egitto che si impone come ineguagliabile e portentoso paradigma di favolistiche qualità e incommensurabile ricchezza.

La bivalenza classica dell'Egitto viene ben attestata in Erodoto: nella sua opera si fondono in un *unicum* le due esperienze basilari della 'cognizione' e della 'recezione' della civiltà faraonica: al contempo una immediata percezione della realtà così come si palesava *in rerum natura* e una idealizzata descrizione metastorica. «Ora passo all'Egitto del quale parlerò copiosamente giacché confrontato con gli altri paesi è quello che contiene più meraviglie e che offre il numero maggiore di opere che superano ciò che si può raccontare»³²² scrive nel celeberrimo secondo libro il padre della storiografia occidentale (in un passaggio che fu certo uno degli appigli su cui fondare l'accusa mossagli dai posteri di *philobarabaria*). Ed è una citazione questa che, seppur breve, tradisce il vero significato che è da attribuire all'Egitto per l'autore: da un lato «campo sperimentale per un razionalismo che nella sua Ionia andava per vari modi affermandosi», dall'altro, terra esemplare, modello di società universale, governato da concezioni, leggi scritte e non scritte suscettive di valere nell'ambito di una «visione anche greca», ma soprattutto paradigma di civiltà «in cui si attua una utopia speculativa e morale»³²³.

Già negli scritti di Platone (e prima di lui in Pitagora), si percepisce un atteggiamento di devota venerazione verso la 'occulta sapienza' dell'antico Egitto³²⁴; il filosofo ateniese numerose volte (nel

In Eschilo, invece, si delinea un ben comprensibile distacco traboccante di sospetto nei confronti della patria faraonica: il poeta combatté nelle guerre persiane e nell'esercito nemico vide lo schieramento di contingenti egiziani. Nelle *Supplici* viene demarcata la netta antitesi tra Greci ed Egiziani, come nel modo di vestire e nelle abitudini gastronomiche, ma in alcuni passi il sospettoso distacco si fa ben più penetrante ed incisivo (*suppl.* 234-236; 914) gli Egiziani, si trova scritto, sono abili nel tramare inganni (Fr. 373 Noack), e quale conferma di una tale concezione va menzionato l'uso comico del verbo *αἰγυπτιάζειν* nel senso di 'furfanteggiare' (Cratin. 378). Tuttavia accanto a una presa di distanza così categorica, si tradisce una ammirazione dell'Egitto e della sua ubertosa ricchezza, della sua fecondità, del santo Nilo le cui acque sono considerate inviolabili da malattie, di un paese che è santuario *πάμβοτον* di Zeus (*suppl.* 558): un esempio, questo, che attesta la duplice valenza dell'Egitto in una complessa e contraddittoria visione che sarà reiterata nel corso della storia pur se nel mondo greco dominò una concezione che vedeva nell'Egitto l'affidatario di una funzione di origine ideale di ammaestramenti esemplari a fondamento delle proprie convinzioni e speculazioni.

³²² Herod. 2.35: Ἔρχομαι δὲ περὶ Αἰγύπτου μηκυνέων τὸν λόγον, ὅτι πλείστα θομάσια ἔχει [ἢ ἡ ἄλλη πᾶσα χώρα] καὶ ἔργα λόγου μέζω παρέχεται πρὸς πᾶσαν <ἄλλην> χώραν· τούτων εἵνεκα πλέω περὶ αὐτῆς εἰρήσεται.

³²³ S. DONADONI, *L'Egitto del mondo classico*, cit., 17; cfr., altresì, E. IVERSEN, *The Myth*, cit., 37.

³²⁴ Non è peregrino del resto pensare al 'platonismo' come ad una filosofia che emerge (o si palesa) quale fondamentale recupero e rivitalizzazione di dottrine dell'an-

Timeo³²⁵ e nelle Leggi³²⁶ più che altrove) ha cercato echi e convalide alle sue concezioni non solo di pura speculazione, ma anche politiche, contribuendo alla potente creazione dell'immagine di un luogo di mitica saggezza, di stabilità perpetuamente armonica e divina, di un fonte di saggezza in grado di resistere al passaggio dei secoli. Ecco l'Egitto platonico: terra di ispirazione e sperimentazione della filosofia accademica; testimone e depositario di un passato ancora vivo e immortale; paese più di ogni altro vicino agli dei; patria della scrittura, invenzione con cui Theuth ha permesso – con tutte le conseguenze e positive e negative per l'uomo – di render perpetuamente saldo il ricordo di ciò che è stato (in contrapposizione alla viva realtà sempre cangiante del cosmo e del verbo³²⁷).

Senza dimenticare le preziose informazioni che, con talune seppur lievi sfumature di verità, si possono ricavare (soprattutto in tema di

tichità, anzitutto egizia: «Platone guarda con venerazione al passato, a un mondo in cui erano esistiti i sapienti [...]. Amore della Sapienza non significa, per Platone, aspirazione a qualcosa di mai raggiunto, bensì tendenza a recuperare quello che già era stato realizzato e vissuto» (G. COLLI, *La nascita della filosofia*, Milano, 1975, 13 s.). Sul viaggio in Egitto cfr. Clem. Al. *strom.* 1.15, Diog. Laert. *vit. phil.* 3.15 (su cui v. R.M. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*², Roma, 1985, 163); cfr., altresì, G.R. MORROW, *Plato's Cretan City. A Historical Interpretation of the Laws*, Princeton, 1960, 355.

³²⁵ Plato *Tim.* 20 d - 25 e.

³²⁶ Plato *leg.* 656 d-e, 799 a -b, 819 b-c (ma cfr., altresì, Plato *Phil.* 18 b).

³²⁷ Plato *Phaed.* 274 d-e. Aristotele, invece, nel primo libro della *Metafisica*, ricostruendo la storia del sapere dell'antichità, inizia dal pensiero greco trascurando i quasi tremila anni della civiltà del Nilo (o comunque orientale). Così il medioevo forgiato di panaristotelismo e pancristianesimo faceva riaffiorare, nel generale disinteresse verso la tradizione egizia, un atteggiamento di limitata attrazione rispetto a quella millenaria cultura in testi che stanno all'ombra delle grandi opere della letteratura dell'età di mezzo come quelli alchemici, quali *Picatrix*, o riferimenti come in Isidoro di Siviglia che nelle *Origines* (1.3.5) rammenta gli egizi come inventori della geometria e dell'astronomia (ma che afferma, altresì, come Iside, regina degli egiziani, abbia importato nel suo paese le lettere greche, derivanti a loro volta da quelle ebraiche). Il Rinascimento fu invece, come disse Baltrušaitis, all'insegna della «ricerca di Iside»: la dea si impone, infatti, quale indice di un Egitto mitico, scaturigine di ogni sapere, compreso, *de iure*, anche quello di una originaria scrittura sacra idonea a manifestare la natura impenetrabile del divino (J. BALTRUŠAITIS, *La ricerca di Iside*, trad. it., Milano, 1985, *passim*): ed ecco la riscoperta di Giamblico e di Plotino, ed ecco la rinascita di Ermete Trismegisto colla ficiniana traduzione del *Corpus Hermeticum*. Tutto all'insegna dell'Egitto (E. IVERSEN, *Egyptian and Hermetic Doctrine*, Copenhagen, 1984, 55; v., altresì, K. GIEHLOWS, *Hieroglyphenkunde des Humanismus in der Allegorie der Renaissance, besonders der Ehrenpforte Kaiser Maximilian I*, in *JAK*, XXXII, 1915, 1 ss.; U. ECO, *La ricerca della lingua perfetta nella cultura europea*, Roma - Bari, 1993, 157).

scrittura³²⁸), quanto ad autori di lingua greca, da Plutarco³²⁹, da Diodoro Siculo³³⁰, nonché da Plotino³³¹ e da Clemente d'Alessandria³³² e, quanto al mondo romano, da Apuleio³³³ da Ammiano Marcellino³³⁴, si può affermare, in definitiva, che la peculiarità costante della speculazione e dell'indagine intorno all'Egitto nelle culture classiche fu quella singolare discriminazione su due piani antitetici che portò sia all'ammirazione e all'esaltazione celebrativa (nel campo filosofico-teoretico), sia alla diffidenza (nel campo dei rapporti commerciali) e alla derisione (in materia religiosa): l'Egitto, ora proposto come modello, ora rifiutato categoricamente se non addirittura schernito, nella multiformità dei suoi aspetti, dall'antichità sino all'età dei lumi, fu sempre oggetto di interpretazioni sfalsate che ne snaturarono l'essenza e ne stravolsero la cultura³³⁵.

³²⁸ V., sul punto, l'imprecindibile rassegna di autori classici contenuta in H. SOTAS - E. DRIOTON, *Introduction à l'étude des hieroglyphes*, Paris, 1922, 69 ss.

³²⁹ Plut. *de Iside et Osiride* 355 a-e.

³³⁰ Diod. *bibl. hist.* 1.81.

³³¹ Plotin. *enn.* 5.8.6.

³³² Clem. Al. *strom.* 5.4.7-8.

³³³ Apul. *metam.* 11.22.

³³⁴ Ammian. Marc. *rer. gest.* 17.4.6-11.

³³⁵ Basti ricordare, per tutti, quale esempio delle 'fantasie pre-champollioniane', la figura di Athanasius Kircher (1602-1680), il gesuita che seppe porre, tuttavia, la prima, per quanto instabile, pietra dell'edificio dell'egittologia postrossettiana: uomo dottissimo e dotato di una geniale ed innata curiosità, si occupò di ottica, di medicina, di matematica, di astronomia nonché di archeologia e di linguistica. Il suo *Prodromus coptus sive aegyptiacus* si impone come una introduzione allo studio della grammatica della lingua copta e con la *Lingua aegyptiaca restituta* egli sfrutta in pieno e al meglio i documenti di cui dispone, dando vita alla pietra miliare degli studi copti. Ma è nell'*Oedipus Aegyptiacus*, il capolavoro dei suoi studi egittologici, che il controverso studioso spiegò come i geroglifici, fatti incidere da Ermete Trismegisto (ossia Thot) nella pietra, racchiudessero in segni ispirati alla natura la summa di ogni sapere, consegnata all'eternità. Kircher, infatti, si propose di svelare i misteri dei geroglifici e di portare a palingenesi la sublime dottrina dei sacerdoti egizi. Sviluppò così una personalissima arte interpretativa: l'obelisco pamfilico, recuperato nel Circo Massimo e fatto innalzare da papa Innocenzo X nell'attuale Piazza Navona, gli diede l'occasione di dimostrare la sua grande capacità di 'decifratore'. Non solo egli fornì una traduzione dell'iscrizione, ma ricostruì perfino le parti mancanti: per comprendere sin dove si fosse spinto il suo visionario ingegno, basta prendere in considerazione i geroglifici della celeberrima formula protocollare 'nswt bit nb t3wi'; tutti coloro che oggi possiedono seppur rudimentali conoscenze della grammatica del medio-egizio sanno interpretare correttamente e agilmente l'espressione con 'Re dell'alto e del basso Egitto, Signore delle due terre'. Il gesuita tradusse, invece, nei seguenti termini: 'il genio polimorfo della Natura, l'uso delle cose soggette al Meriggio, primamente necessario alle regioni inferiori dei tre mondi per forza e influsso del Nume Triforme'. Anche pochi secoli fa (prima delle due opere fondanti come 'scienza' l'indagine sulla civiltà egizia: J.-F.

Entro tale contesto generale si può ben intendere la produzione letteraria 'greco-egiza' dei cd. gerogrammatici (ιερογραμματεῖς), ossia «i più elevati rappresentanti della cultura profana in seno al sacerdozio»³³⁶, studiosi le cui conoscenze non si limitavano a un campo particolare, ma si estendevano a 'saperi enciclopedici' di matrice divina³³⁷, 'maestri di verità'³³⁸ che trasfondevano nell'arte scrittoria conoscenze universali³³⁹: non a caso i Greci, ammaliati da questa solenne denominazione, facevano nascere addirittura lo stesso Omero da uno di quei nobili saggi³⁴⁰. Né, del resto, può stupire che con questa suggestiva qualificazione fossero chiamati Manetone e Cheremone³⁴¹, forse gli unici sacerdoti egizi dotati di una vera personalità letteraria come scrittori greci³⁴²; né, infine, può sorprendere che i gerogrammatici, una volta che Alessandro ebbe conquistato l'Egitto e una volta che si instaurò nello 'Stato' che fu faraonico la dominazione dei Tolomei (sino a quando, dopo Azio, i Romani non ne fecero una provincia)³⁴³, avessero inteso complica-

CHAMPOLLION, *Lettre à M. Dacier relative à l'alphabet des hiéroglyphes phonétique employés par les Egyptiens pour inscrire sur leur monuments les titres, les noms et les surnoms des souverains grecs et romains*, Paris, 1822; Id., *Précis du système hiéroglyphique des anciens Egyptiens, ou recherches sur les éléments premiers de cette écriture sacrée, sur leur diverses combinaisons, et sur les rapports de ce système avec les autres méthodes graphiques égyptiennes*, Paris, 1984) e non solo all'epoca di Gellio e Aristone, dunque, l'Egitto, la sua cultura, i suoi scritti, rimanevano 'occulti' e oggetto di profonde mistificazioni (cfr. A. HAAKMAN, *Il mondo sotterraneo di Athanasius Kircher*, trad. it., Milano, 1995, *passim*).

³³⁶ F. SBORDONE, 'Hori Apollinis Hieroglyphica', cit., XVII.

³³⁷ Luc. *Philops.* 34: κατὰ δὲ τὸν ἀνάπλουον ἔτυχεν ἡμῖν συμπλέων Μεμφίτης ἀνήρ τῶν ἱερῶν γραμματέων, θαυμάσιος τὴν σοφίαν καὶ τὴν παιδείαν πᾶσαν εἰδῶς τὴν Αἰγύπτιον· ἐλέγετο δὲ τρία καὶ εἴκοσιν ἔτη ἐν τοῖς ἀδύτοις ὑπόγειος ὠκηκέναι μαγαεῦεν παιδευόμενος ὑπὸ τῆς Ἰσιδος.

³³⁸ *Suida lex.* voce ἱερογραμματεῖς· οὗτοι παρ' Αἰγυπτίους ἦσαν δεινοὶ περὶ τῶν μελλόντων τὴν ἀλήθειαν εἰπεῖν. καὶ τούτων τις ἀγγέλλει τῷ βασιλεῖ τεχθήσεσθαι τινα κατ' ἐκεῖνον τὸν καιρὸν τοῖς Ἰσραηλίταις, ὃς ταπεινώσει μὲν τὴν Αἰγυπτίων ἡγεμονίαν, ἀξήσει δὲ τοὺς Ἰσραηλίτας τραφεῖς ἀρετῇ τε πάντας ὑπερβαλεῖ καὶ δόξαν ἀειμνηστον κτήσεται περὶ Μωϋσέως λέγων. καὶ αὐθις Σύνης, Αἰγυπτίων βασιλεὺς, δίκαιος πάνυ. ἔπεται δὲ τῷ τρόπῳ τοῦ ἀνδρὸς τοῦδε ἄλλα μὲν ἐκ θεοῦ ἀγαθὰ, καὶ μέντοι καὶ ἱερογραμματέα ἄδουσιν οἱ Αἰγύπτιοι λόγοι κατ' αὐτὸν γενέσθαι θεοφιλή τε καὶ ἐς πολλὰ λυσιτελή, ὄνομα αὐτῷ Ἰαχίμ· ὃν φασὶ περιάπτων καὶ ἐπαοιδῶν ἔμπειρον γενέσθαι.

³³⁹ Olympiodor. *art. sacr.* 2.80.9: ἱερογραμματεῖς γὰρ τινες τῶν Αἰγυπτίων βουλόμενοι κόσμον ἐγχαράξαι ἐν τοῖς ὀβελίσκοις ἢ ἐν τοῖς ἱερατικοῖς γράμμασι, δρακοντα ἐγκολάπτουσιν οὐροβόρον.

³⁴⁰ Ὀμήρου καὶ Ἡσιόδου ἀγὼν 21-22 (ed. T.P. Allen).

³⁴¹ V. Georg. *Sync. ecl. chron.* 41; Iohann. Tzetzes *chiliad.* 5.6.395.

³⁴² Cfr. F. SBORDONE, 'Hori Apollinis Hieroglyphica', cit., XVIII.

³⁴³ Cfr. H.I. BELL, *Egypt from Alexander the Great to the Arab Conquest*, Oxford, 1948, 65 s.

re all'eccesso la loro mirabile scrittura, in ferma opposizione 'culturale' alle ingerenze politiche dei conquistatori, sì da mantenere esclusiva la propria identità 'nazionale'. Di qui il passo che portò a considerare i discendenti delle antiche caste sacerdotali egizie i depositari di una sapienza segreta e misteriosa, appannaggio di un ceto elitariamente selettivo, impenetrabile dall'esterno, fu assai breve³⁴⁴.

Manetone attese alle sue funzioni di gerogrammatico proprio in quegli anni in cui, il primo diadoco alessandrino, Tolomeo I, si stava dedicando al consolidamento della monarchia ellenistica in Egitto³⁴⁵. Il paese era stato attratto oramai entro l'orbita della *koinè* greco-macedone: donde si fece più pressante il bisogno (da parte degli invasori) di rendere conforme alle nuove esigenze il suo patrimonio di cultura e di tradizione anche religiosa. E atteso che per gli Egizi storia e religione erano «le due risultanti in cui s'instradavano tutti gli altri interessi civili e spirituali», allora è alquanto facile comprendere «come Manetone lavorasse esclusivamente in un campo e nell'altro»³⁴⁶. Di questo ἀρχιερεὺς καὶ γραμματεὺς γένει Σεβεννύτης, infatti, sappiamo che si dedicò alla scrittura sia di un libro 'sulle cose sacre', sia di uno 'sulla storia dell'Egitto'³⁴⁷; anzi, Flavio Giuseppe e Giorgio Sincello ci tramandano che lo stesso Manetone si vantasse di aver attinto per la redazione delle sue opere direttamente ai testi geroglifici e alle antiche fonti sacre³⁴⁸: notizia questa che, se letta *a contrariis*, è chiara attesta-

³⁴⁴ F. SBORDONE, *Hori Apollinis Hieroglyphica*, cit., XVIII.

³⁴⁵ Cfr. Suida *lex.* voce ἀρχιερεὺς.

³⁴⁶ F. SBORDONE, *Hori Apollinis Hieroglyphica*, cit., XXI.

³⁴⁷ Euseb. *praep. evang.* 2 *pref.* 5: πᾶσαν μὲν οὖν τὴν Αἰγυπτιακὴν ἱστορίαν εἰς πλάτος τῆ Ἑλλήνων μετείληφεν φωνῆ ἰδίως τε τὰ περὶ τῆς κατ' αὐτοὺς θεολογίας Μανεθῶς ὁ Αἰγύπτιος ἐν τε ἡ ἔγραψεν ἱερᾶ βιβλῶ καὶ ἐν ἑτέροις αὐτοῦ συγγράμμασιν.

³⁴⁸ Flav. Joseph. *antiquit. iud.* 1.73: ἄρξομαι δὲ πρῶτον ἀπὸ τῶν παρ' Αἰγυπτίους γραμμάτων. αὐτὰ μὲν οὖν οὐχ οἶόν τε παρατίθεσθαι τάκεινον, Μάνεθως δ' ἦν τὸ γένος Αἰγύπτιος ἀνὴρ τῆς Ἑλληνικῆς μετεσχηκῶς παιδείας, ὡς δηλὸς ἐστίν· γέγραφεν γὰρ Ἑλλάδι φωνῆ τὴν πάτριον ἱστορίαν ἐκ τε τῶν ἱερῶν, ὡς φησιν αὐτός, μεταφράσας καὶ πολλὰ τὸν Ἡρόδοτον ἐλέγχει τῶν Αἰγυπτιακῶν ὑπ' ἀγνοίας ἐψευσμένον. Georg. Sync. *ecl. chron.* 41: Ταῦτά μοι ἐκ <τῶν> τὰ Χαλδαϊκὰ μεγαλαυχούντων Ἀλεξάνδρου τοῦ Πολυίστορος καὶ Ἀβυθηνοῦ καὶ Ἀπολλοδώρου προσενήνεκται πρὸς ἔλεγχον τῆς ἀλόγου καὶ μυθώδους αὐτῶν δόξης καὶ ὠφέλειαν τῶν ἀναγινωσκόντων αὐτοὺς, καὶ τοὺς ἐπιμαρτυροῦντας αὐτοῖς τῶν ἡμετέρων ἱστορικῶν, καὶ διὰ τοῦτο μάλλον βλαπτομένους, ὥστε μὴ πείθεσθαι τοῖς λεγομένοις παρ' αὐτῶν ὡς ἀληθεῖσι. πρόκειται δὲ λοιπὸν καὶ περὶ τῆς τῶν Αἰγυπτίων δυναστείας μικρὰ διαλαβεῖν ἐκ τῶν Μανεθῶ τοῦ Σεβεννύτου, ὅς ἐπὶ Πτολεμαίου τοῦ Φιλαδέλφου ἀρχιερεὺς τῶν ἐν Αἰγύπτῳ εἰδωλείων χρηματίσας ἐκ τῶν ἐν τῇ Σηριαδικῇ γῆ κειμένων στηλῶν ἱερᾶ φησι

zione del fatto che già nella prima età tolemaica leggere e comprendere gli scritti negli antichi caratteri del dio Thot era prerogativa di pochissime persone: prerogativa che con l'andare del tempo dovette scemare esponenzialmente sino al completo esaurimento.

Per i tre secoli successivi non ci è dato conoscere altre eminenti figure gerogrammatiche: bisogna attendere il principato di Tiberio e Caligola per incontrare un certo Apione, direttore dopo Teone della scuola grammaticale di Alessandria (nonché, forse, del Museo) e raccoglitore di remote credenze e paradossi³⁴⁹: questo studioso alessandrino, basandosi – non più come Manetone sulle fonti in lingua egizia antica – sulla produzione dei fisiologi di età ellenistica (i quali, oramai, erano i depositari del dominio dello studio del simbolismo e della religione egizi³⁵⁰), compilò una vasta miscellanea dal titolo 'Cose Egizie' (Αἰγυπτικά), suddivisa in cinque libri, che concerneva la storia

διαλέκτω καὶ ἱερογραφικοῖς γράμμασι κεχακτηρισμένων ὑπὸ Θῶθ τοῦ πρώτου Ἑρμοῦ, καὶ ἐρμηνευθεῖσων μετὰ τὸν κατακλυσμὸν ἐκ τῆς ἱερᾶς διαλέκτου εἰς τὴν Ἑλληνίδα φωνὴν γράμμασιν ἱερογλυφικοῖς, καὶ ἀποτεθέντων ἐν βίβλοις ὑπὸ τοῦ Ἀγαθοδαίμονος υἱοῦ τοῦ δευτέρου Ἑρμοῦ, πατὴρ δὲ τοῦ Τατ ἐν τοῖς ἀδύτοις τῶν ἱερῶν Αἰγύπτου, προσεφώνησε τῷ αὐτῷ Φιλαδέλφῳ βασιλεῖ δευτέρῳ Πτολεμαίῳ ἐν τῇ βίβλῳ τῆς Σώθους γράφων ἐπὶ λέξεως οὕτως. Ἐπιστολὴ Μανεθῶ τοῦ Σεβεννύτου πρὸς Πτολεμαῖον τὸν Φιλαδέλφον Βασιλεῖ μεγάλῳ Πτολεμαίῳ Φιλαδέλφῳ σεβαστῷ Μανεθῶ ἀρχιερεὺς καὶ γραμματεὺς τῶν κατ' Αἴγυπτον ἱερῶν ἀδύτων, γένει Σεβεννύτης ὑπάρχων Ἡλιουπολίτης, τῷ δεσπότη μου Πτολεμαίῳ χαίρειν. Ἡμᾶς δεῖ λογίζεσθαι, μέγιστε βασιλεῦ, περὶ πάντων ὧν ἐὰν βούλῃ ἡμᾶς ἐξετάσαι πραγμάτων ἐπιζητοῦντί σοι περὶ τῶν μελλόντων τῷ κόσμῳ γίγνεσθαι καθὼς ἐκέλευσάς μοι παραφανῆσεται σοι ἃ ἔμαθον ἱερὰ βιβλία γραφέντα ὑπὸ τοῦ προπάτορος τρισημῆστου Ἑρμοῦ. ἔρρωσὸ μοι δέσποτά μου βασιλεῦ. Ταῦτα περὶ τῆς ἐρμηνείας τῶν ὑπὸ τοῦ δευτέρου Ἑρμοῦ βιβλίων λέγει.

³⁴⁹ Suida *lex.* voce Ἀπίων ὁ Πλειστονίκου, ὁ ἐπικληθεὶς Μόχθος, Αἰγύπτιος, κατὰ δὲ Ἐλικώνιον Κρής, γραμματικὸς, μαθητὴς Ἀπολλωνίου τοῦ Ἀρχιβίου. ἠκηκόει δὲ καὶ Εὐφράνορος γηραιοῦ καὶ ὑπὲρ ῥ' ἔτη γεγονότος, Διδύμου δὲ τοῦ μεγάλου θρεπτός. ἐπαίδευσεν δὲ ἐπὶ Τιβερίου Καίσαρος καὶ Κλαυδίου ἐν Ῥώμῃ. ἦν δὲ διάδοχος Θεῶνος τοῦ γραμματικῶ καὶ σύγχρονος Διονυσίου τοῦ Ἀλικαρνασέως. ἔγραψεν ἱστορίαν κατ' ἔθνος καὶ ἄλλα τινά (cfr. F. SBORDONE, *'Hori Apollinis Hieroglyphica'*, cit., XXII).

³⁵⁰ Tra i fisiologi di età ellenistica spicca il nome di Bolo da Mende (designato come lo pseudo-Democrito) che, peraltro, potrebbe essere stato il primo a illustrare metodi e sistema di un'opera manetoniana sulla natura (cfr., seppur il riferimento è alquanto labile, Diog. Laert. *vit. phil.* 10). Vissuto circa un secolo dopo Manetone, egli fu interprete *sui generis* del mondo naturale (più portato all'occultismo che all'analisi empirica), promotore della fortunata (quanto fantasiosa) tesi scondo cui ogni cosa organica o inorganica era dotata di una *physis*, ideatore di un complesso sistema di antipatie-simpatie tra animali, vegetali, e pietre desunti da preconcetti medici e magici (cfr., sul punto, F. SBORDONE, *'Hori Apollinis Hieroglyphica'*, cit., XXI).

e le meraviglie di un Egitto oramai più mitico che reale. Un'opera, quella di Apione, che dovette godere di una notevolissima diffusione e di una cospicua fortuna, se da essa sia Plinio³⁵¹ che Gellio³⁵² che Eliano³⁵³ trassero aneddoti e curiosità circa le *physeis* degli animali.

Invero, le opere di carattere 'egittologico' (o, meglio, di parvenza egizia) non si fermarono, nell'ambiente greco-romano, a quelle dei menzionati Manetone o Apione: Cheremone, intellettuale del clero alessandrino e discepolo dello stesso Apione, giunse ad acquisire un elevato prestigio nella ex capitale tolemaica, stando a capo della scuola dei grammatici. La sua fama giunse a tal punto che, insieme ad Alessandro d'Egeo, venne addirittura chiamato a Roma quale precettore del principe Nerone³⁵⁴: definito 'stoico' da Porfirio³⁵⁵, e verosimilmente più interessato alla cultura greca che attratto da quella tradizionale e sacrale egizia, si dedicò alla compilazione – formalmente seguendo orme manetoniane più che apioniane – di una monografia di carattere antiquario sulla storia, di un trattato sui geroglifici, e forse di uno di astronomia³⁵⁶.

Alla luce di tali dati (diffusione nell'impero di opere di carattere 'egittologico' in lingua greca; affermazione e consolidazione dell'idea di un Egitto assolutamente 'altro' rispetto agli altri paesi del mondo antico; incapacità sempre più estesa, profonda e inguaribile di leggere le fonti in caratteri geroglifici; contaminazione delle opere dei tardi gerogrammatici con concezioni stoiche e fisiologiche) e prestando fede a quanto si trova riportato in Gell. 11.18.16, non credo peregrino supporre – seppur, ovviamente, è opportuno riservare la massima cautela in proposito – una lettura da parte dell'ecclettico Aristone di qualche 'aneddoto' sul mondo egizio tratto, se non tanto da Maneto-

³⁵¹ Plin. *nat. hist.* 30.30.99.

³⁵² Gell. 4.14.

³⁵³ Aelian. 10.29.

³⁵⁴ Suida *lex.* voce Διονύσιος, Ἀλεξανδρεὺς, ὁ Γλαύκου υἱός, γραμματικός· ὅστις ἅπῳ Νέρωνος συνῆν καὶ τοῖς μέχρι Τραϊανοῦ καὶ τῶν βιβλιοθηκῶν προὔστη καὶ ἐπὶ τῶν ἐπιστολῶν καὶ πρεσβειῶν ἐγένετο καὶ ἀποκριμάτων. ἦν δὲ καὶ διδάσκαλος Παρθενίου τοῦ γραμματικοῦ, μαθητὴς δὲ Χαϊρήμονος τοῦ φιλοσόφου, ὃν καὶ διεδέξατο ἐν Ἀλεξανδρείᾳ.

³⁵⁵ Porph. *de abst.* 4.6-8.

³⁵⁶ Iohann. Tzetzes *chiliad.* 5.6.396: ὡς δ' ὁ Αἰγύπτιος ἱερογραμματεὺς Χαϊρήμων ἔδειξεν ἐν διδάγμασι τῶν ἱερῶν γραμμάτων, ὁ φοῖνιξ ἔξ τοῖς ἔτεσι καὶ ἑπτακισχιλίοις θνήσκει, παραγενόμενος ἐν τόποις τοῖς Αἰγύπτου (cft., altresì, Iohann. Tzetzes *exeg.* 99; Suida *lex.* voce ἱερογλυφικά; Iambl. *de myst.* 8.4).

ne, probabilmente dall'opera di un Apione o di un Cheremone, tra cui quello della impunità e della liceità dei *furta*: un dato quest'ultimo ovviamente non consentaneo alla verità storica, ma ben iscrivibile in quel contesto di favolistiche false credenze che nel Mediterraneo greco e romano circolavano con costanza e ampia diffusione circa i più disparati aspetti della civiltà dell'Egitto antico. Se, dunque, il furto era atto illecito meritevole di essere sanzionato, vuoi con la pena del doppio, del decuplo o del quadruplo (diritto attico solonico, diritto romano decemvirale e pretorio), vuoi con la pena di morte (diritto dracontino e solonico), vuoi con la *verberatio* e l'asservimento ovvero con la precipitazione dalla rupe Tarpea (diritto decemvirale), quel paese che, come scriveva Erodoto, era antitetico a ogni altro, non poteva che essere retto da un ordinamento tale da non concepire come offese le condotte dei privati qualificabili in termini di *furtum* o di κλοπή, e tale, pertanto, da lasciarle del tutto lecite e impunte³⁵⁷. Anche grazie al contributo di Gellio e, per lui, di Aristone, la profezia dell'*Asclepius* trovava, in parte, compimento³⁵⁸: «*futurum tempus est cum adpareat Aegyptios incassum pia mente divinitatem sedula religione servasse; et om-*

³⁵⁷ Seppur nella consapevolezza della natura elevatamente congetturale dell'idea, i passaggi giustificativi che avrebbero indotto la fonte greco-egizia di Aristone a discorrere di '*furta licita et impunita apud antiquos Aegyptios*' potrebbero, a mio giudizio, essere i seguenti: a) il dio Hermes viene comunemente identificato con l'egizio Thot (cfr., *ex plurimis*, Plato *Phaed.* 274 d; Plut. *de Iside et Osiride* 352 a, 355 d, 366 e); b) Thot-Hermes è 'patrono' dei gerogrammatici e fonte di ogni loro conoscenza (Georg. Sync. *ecl. chron.* 41), nonché – più in generale – scaturigine dell'antica sapienza egizia; c) Omero (che, secondo una tradizione, è addirittura un gerogrammatico [Ὅμηρος καὶ Ἡσιόδου ἄγων 21-22]) più volte testimonia come Hermes (e quindi il dio stesso della saggezza egizia) sia archetipo mitico del ladro (cfr. Hom. *in Mercur.* 68 ss.), protetto dallo stesso Zeus (e, quindi, dalla Giustizia-Ma'at: Hom. *in Mercur.* 389 s.), patrono dei furti e ispiratore di condotte furtive e dolose come quella di Autolico, nonno materno di Ulisse (Hom. *Od.* 9.394 s.; ma cfr. altresì, nella giustificazione della razzia: Hom. *Il.* 1.152 ss.; 9.406 ss.; *Od.* 3.71 ss.; 9.252 ss.; 16.426 ss.; 21.16 ss.; 23.356 ss.; 24.111 s.); d) l'Egitto, retto all'insegna di Zeus-Ma'at e Hermes-Thot, non poteva che conformarsi alla saggezza e alla giustizia degli dei: donde l'impunità e la liceità di *omnia furta* (e tutto ciò, ovviamente, senza dimenticare Gell. 11.18.17: *apud Lacedaemonios quoque, sobrios illos et acres viros, cuius rei non adeo ut Aegyptiis fides longinqua est, non pauci neque ignobiles scriptores, qui de moribus legibusque eorum memorias condiderunt, ius atque usum fuisse furandi dicunt, idque a iuventute eorum non ad turpia lucra neque ad sumptum libidini praebeandum comparandamve opulentiam, sed pro exercitio disciplinae rei bellicae factitatum, quod ea furandi sollertia et adsueto acueret firmaretque animos adulescentium et ad insidiarum astus et ad vigilandi tolerantiam et ad obrepenti celeritatem*).

³⁵⁸ *Asclepius* 3.25. Sulla filosofia ermetica e sul *Corpus Hermeticum* con particolare riguardo al cd. *Discorso perfetto* o *Asclepius*, v., da ultima, I. PARRI, *La vita filosofica di Ermete. Studio sull'Asclepius*, Firenze, 2005, *passim*.

nis eorum sancta veneratio in inritum casura frustrabitur. E terris enim et ad caelum recursura divinitas linquetur Aegyptus terraque, sedes religionum quae fuit, viduata numinum praesentia destituetur. Alienigenis enim regionem istam terramque complentibus non solum neglectus regilium, sed quod est durius de legibus a religione, pietate cultuque divino statuetur praescripta poena prohibitio. Tunc ista terra santissima, sedes delubrorum atque templorum, sepulcrorum erit mortuorumque plenissima. O Aegypte, Aegypte, religionum tuarum solae supererunt fabulae, eaeque incredibiles posteris tuis, solaeque supererunt verba lapidibus incisa tua pia facta narrantibus, et inhabitabit Aegyptum Scythes aut Indus aut aliquis talis, id est vicina barbaria».

NOTA SULLA TRASLITTERAZIONE DEI CARATTERI EGIZI

La presente nota altra ambizione non ha se non quella di facilitare il lettore nella pronuncia delle parole in lingua egizia che sovente, traslitterate, ricorrono nel presente scritto. L'egizio, appartenente al ramo delle lingue cd. camito-semitiche, è caratterizzato da una notazione grafica limitata al solo scheletro consonantico, sicché per convenzione – nella spesso frequente impossibilità di ricostruire, massimamente grazie al copto, l'apparato vocalico originario – si è soliti inserire (secondo una regola empirica e priva di valore scientifico) tra le consonanti seriali, onde permettere una più agevole lettura, i suoni 'é' o 'è' (il primo in fine di sillaba e dinanzi all'aspirata finale; il secondo davanti a consonante che chiude un sillaba, con l'eccezione di 'h'): ne consegue, pertanto, che pressoché nessuna consonante è muta, soprattutto in fine di parola.

La semiconsonante 'aleph' (A) si pronuncia convenzionalmente 'a'; 'yod' e doppia 'yod' (i, y) come la 'i' dell'italiano 'io'; 'ayn' (a) si rende con un breve arresto della pronuncia; 'waw' (w) come la 'w' dell'inglese 'water'; b, p, f, m (b, p, f, m) come le corrispondenti labiali italiane; t, d, n, r (t, d, n, r) come le corrispondenti dentali italiane; s (s) è una spirante sorda (come nella parola 'sacco'); c è come la 'esse' sonora intervocalica italiana (cfr. 'rosa'); S corrisponde al gruppo italiano palatale 'sc' seguito da vocale (cfr. 'sciame'); T si pronuncia sempre come la 'c' palatale italiana seguita da 'i' o 'e' (cfr. 'circolo'); D è assimilabile alla lettera 'g' italiana quando seguita da 'i' o 'e' (gesto); k, g (k, g) sono sempre gutturali (come nelle parole 'casa', 'gatto'); q è una labiovelare corrispondente all'arabo 'quf' e si pronuncia come fosse una 'c' italiana gutturale molto enfatica; h, H, x, X sono quattro gutturali aspirate di diversa intensità, la prima si-

mile alla 'h' dell'inglese 'hot', la seconda lievemente più enfatica, le ultime due come il gruppo 'ch' nel tedesco 'ach' e 'ich' (o come la 'jota' spagnola).

INDICI

INDICE DEGLI AUTORI

- ADAMS B.: 323, nt. 165.
ADKINS A.W.H.: 35, nt. 9; 36, ntt. 12, 13.
AGAMBEN G.: 36, nt. 11; 50, nt. 58; 53, nt. 71; 163, nt. 74; 300 e nt. 66; 314, nt. 131.
AGNATI U.: 168, nt. 81.
ALBANESE B.: 136; 137, ntt. 6, 7; 138, nt. 7; 139; 144, ntt. 23, 24; 145, nt. 27; 147, nt. 31; 151, ntt. 40, 42; 154, nt. 54; 159, nt. 68; 162, nt. 73; 163, nt. 73; 164, nt. 75; 166, nt. 79; 168, nt. 81; 168, nt. 83; 192, nt. 133; 196, nt. 139; 197, nt. 139; 199, nt. 146; 203, nt. 150; 204, nt. 151; 205, nt. 155; 208, nt. 163; 212, ntt. 171, 173; 214, nt. 175; 217, nt. 182; 222, nt. 198; 235, nt. 238; 238, nt. 247; 254, nt. 275; 269, ntt. 309, 311, 312; 270, nt. 316; 271, nt. 317; 276, nt. 325.
ALBERTARIO E.: 211, nt. 169; 223, nt. 199.
ALLAM S.: 290, nt. 25; 291, nt. 29; 302, nt. 71; 304, nt. 82; 306, nt. 92; 307, ntt. 93, 97; 310, nt. 114; 311, nt. 115; 312, nt. 121; 323, nt. 165; 344, nt. 274; 350, ntt. 294, 295; 353, nt. 311; 354, ntt. 315, 316.
ALLEN J.P.: 286, nt. 14; 328, nt. 190; 330, nt. 199; 335, ntt. 226, 227; 355, nt. 317.
ALLEN P.S.: 15, nt. 46.
AMBROSINO R.: 147, nt. 31; 229, nt. 218.
AMENTA A.: 300, nt. 68; 315, nt. 132; 321, nt. 161; 326, nt. 182; 329, ntt. 194, 196; 338, nt. 247.
AMIRANTE L.: 8, nt. 26; 24, nt. 65; 206, nt. 158.
ANDRINI S.: 47, nt. 44.
ANDRIOLO N.: 131, nt. 273.
ANKARLOO B.: 138, nt. 7.
ANKUM H.: 67, nt. 119.
ANTHES R.: 304, nt. 83; 305, nt. 88; 311, nt. 117; 316, nt. 137; 319, nt. 153; 327, nt. 184; 333, nt. 219; 334, nt. 225.
ANTOLISEI F.: 269, nt. 310.
ARANGIO-RUIZ V.: 28, nt. 70; 139, nt. 13; 157, ntt. 63, 64; 159, nt. 68; 168, nt. 83; 173, nt. 97; 197, nt. 139; 198, ntt. 142, 143; 205, nt. 155; 207, nt. 159; 215, nt. 177; 218, nt. 186; 223, nt. 198; 224 e nt. 201; 225; 227, nt. 211; 233, nt. 232; 234, nt. 235; 244, nt. 258.
ARCARIA F.: 3, nt. 8.
ARICÒ ANSELMO G.: 235, nt. 238.
ARU L.: 139, nt. 12; 143, nt. 22; 158,

- nt. 67; 160, nt. 71; 184, nt. 118; 186, nt. 120.
- ASSMANN J.: 288 e nt. 18; 289, nnt. 21, 22, 23; 298 e nt. 59; 299 e nnt. 61, 62; 315, nt. 131; 316, nt. 134; 317 e nt. 139; 318 e nt. 146; 319, nt. 150; 320, nnt. 156, 157; 321, nt. 158, 159; 322, nnt. 162, 163; 324, nnt. 168, 169; 325, nt. 173; 327, nnt. 183, 187; 329, nnt. 195, 196, 197; 330, nt. 200; 331, nnt. 203, 204, 205, 206; 332, nt. 208; 334, nt. 224; 336 e nt. 239; 338, nnt. 248, 250; 339, nt. 252; 340, nt. 259; 341, nt. 262; 343, nt. 269.
- ASTOLFI R.: 268, nt. 309.
- AUSTIN J.L.: 150, nt. 36; 171, nt. 94.
- AVERNICEV S.S.: 22, nt. 62.
- AZFELIUS A.: 234, nt. 236.
- BALANDIER G.: 335, nt. 233.
- BALDWIN B.: 1, nt. 1; 6, nt. 20.
- BALOGH E.: 87, nt. 173.
- BALTRUSAITIS J.: 358, nt. 327.
- BALZARINI M.: 223, nt. 200; 225, nnt. 204, 205; 225, nnt. 206, 207, 208; 238, nt. 243; 240, nt. 252; 245, nt. 258; 248, nt. 260.
- BARIGAZZI A.: 21, nt. 60.
- BARTA W.: 301, nt. 70; 327, nt. 185.
- BASSANELLI SOMMARIVA G.: 144, nt. 23.
- BATEMAN J.J.: 87, nt. 168.
- BAUMAN R.: 138, nt. 7.
- BAYET J.: 145, nt. 27.
- BEALL S.M.: 2, nt. 3; 6, nt. 21.
- BEDELL E.D.: 349, nt. 287; 352, nt. 302; 354, nt. 313.
- BEDUSCHI G.: 162, nt. 73.
- BEHREND D.: 43, nt. 35.
- BEHREND O.: 216, nt. 178; 237, nt. 242.
- BELL H.I.: 360, nt. 343.
- BELLOCCI N.: 167, nt. 80.
- BENJAMIN W.: 46, nt. 43.
- BENNETT J.: 328, nt. 192.
- BENVENISTE E.: 50, nt. 50; 147, nt. 32.
- BERGER A.: 143, nt. 22; 184, nt. 118.
- BERGMAN J.: 326, nt. 180.
- BERNAL M.: 22, nt. 62.
- BERNARDI PERINI G.: 5, nt. 17; 257, nt. 280; 260, nt. 289.
- BESLER G.: 173, nt. 97; 200, nt. 146; 204, nt. 151; 229, nt. 218.
- BETTI E.: 139, nt. 12; 173, nt. 97; 200, nt. 146; 210, nnt. 167, 168; 217, nt. 184.
- BIANCHETTI S.: 58, nt. 90.
- BIEZAIS H.: 326, nt. 180.
- BIONDI B.: 169, nt. 86.
- BISCARDI A.: 34, nt. 5; 39, nt. 20; 42, nt. 34; 57, nt. 86; 72, nt. 131; 73, nnt. 132, 133; 92, nt. 186; 100, nt. 197; 105, nt. 210; 106, nt. 215; 107, nt. 217; 118, nt. 244; 131, nt. 273; 169, nt. 85; 292, nt. 36.
- BISCOTTI B.: 4, nt. 9.
- BLACKMAN A.M.: 302, nt. 74.
- BLATZER K.: 299, nt. 63.
- BLEEKER C.J.: 294, nt. 45; 300, nt. 68; 317 e nt. 141; 327, nt. 184; 331, nt. 203; 337, nt. 242; 343, nt. 270.
- BLOCH E.: 298, nt. 59.
- BLUMENTHAL E.: 338, nt. 250.
- BODIN J.: 32, nt. 77.
- BOGAERT R.: 68, nt. 119.
- BOHÀCHEK M.: 153, nt. 50; 154 e nt. 55.
- BÖHM R.G.: 214, nt. 175.
- BONA F.: 8, nt. 26; 32, nt. 76.
- BONFANTE P.: 147, nt. 31; 167, nt. 80; 210, nt. 168.
- BONGIOANNI A.: 302, nt. 75; 310, nt. 113.
- BONNER R.J.: 69, nt. 125; 78, nt. 141; 103 e nt. 208; 104, nt. 208; 106, nt. 212.
- BOOCHS W.: 351, nt. 301.

- BORGHOUTS J.F.: 325, nt. 172.
 BOSCHERINI S.: 258, nt. 285.
 BOVE L.: 200, nt. 146.
 BOWERSOCK G.W.: 37, nt. 15.
 BOWMAN A.K.: 287, nt. 15.
 BRASIELLO U.: 205, nt. 155; 221, nt. 196; 222, nt. 196; 232, ntt. 227, 228, 230.
 BREMER F.P.: 26, nt. 68; 29, nt. 71.
 BRESCIANI E.: 345, nt. 276.
 BRETONE M.: 17, nt. 52; 18, ntt. 53, 54; 28, nt. 70; 30, nt. 73; 31 e nt. 74; 39, nt. 20; 46, nt. 42; 168, nt. 81; 171, nt. 92; 229, nt. 218; 323, nt. 166.
 BRODERSEN K.: 77, nt. 139.
 BROGGINI G.: 169, nt. 86; 179, nt. 108; 200, nt. 146; 236, nt. 239; 242, nt. 256; 257, nt. 281.
 BROUGHTON T.R.S.: 138, nt. 7.
 BRUNNER H.: 336, nt. 237.
 BRUNS C.G.: 29, nt. 71; 137, nt. 7.
 BUCKLAND J.: 268, nt. 309.
 BURCHFIEL K.J.: 43, nt. 35.
 BURDESE A.: 167, nt. 80; 193, nt. 194; 203, nt. 150; 222, nt. 198; 229, nt. 218; 250, nt. 264; 254, nt. 275.
 BURKERT W.: 37, nt. 15.

 CAHN H.A.: 264, nt. 302.
 CAIRNS L.D.: 36, nt. 13.
 CALBOLI G.: 258, nt. 285.
 CALCANTE C.M.: 4, nt. 16.
 CALHOUN G.M.: 43, nt. 34; 44, nt. 37; 105, nt. 209.
 CALORE A.: 48, nt. 47; 189, nt. 112.
 CALVERT B.: 76, nt. 139.
 CAMBIANO G.: 33, nt. 2.
 CANCELLI F.: 51, nt. 64.
 CANFORA L.: 33, nt. 2.
 CANNATA C.A.: 205, nt. 155.
 CANTARELLA E.: 14, nt. 46; 15, nt. 46; 35, nt. 9; 36, nt. 13; 37, ntt. 14, 15; 38, ntt. 16, 17; 41, ntt. 27, 29; 42, ntt. 33, 34; 43, nt. 35; 44, ntt. 36, 37; 46, ntt. 41, 42; 47, nt. 46; 48, ntt. 47, 49, 50; 52, nt. 69; 55, nt. 81; 77, nt. 139; 82, nt. 156; 83, nt. 158; 88, ntt. 173, 174, 175; 94, nt. 190; 102, nt. 200; 105, nt. 209; 137, nt. 7; 138, nt. 7; 139, ntt. 9, 12; 140, nt. 14; 151, ntt. 41, 42; 154, nt. 54; 157, nt. 62; 159, nt. 68; 161, nt. 72; 168, nt. 82; 174, nt. 98; 187, ntt. 123, 125; 192, nt. 133; 193, nt. 135; 198, ntt. 141, 143; 209, nt. 166; 218, nt. 187; 225, nt. 205; 246, nt. 259; 248, nt. 261; 273, nt. 320; 298, nt. 58.
 CAPART J.: 353, nt. 303.
 CAPEL A.K.: 296, nt. 54.
 CAPOGROSSI COLOGNESI L.: 147, nt. 31.
 CARAWAN E.M.: 87, nt. 170; 131, nt. 273.
 CAREY C.: 34, nt. 2; 88, nt. 173; 102, nt. 202.
 CARRARA F.: 245, nt. 258.
 CARRELLI E.: 191, nt. 133.
 CARRELLI R.: 198, nt. 143; 205, nt. 155; 224 e nt. 203; 225, nt. 205; 230, nt. 219; 238, nt. 243; 245, nt. 248; 278, nt. 326.
 CARTLEDGE P.: 35, nt. 10; 37, nt. 15; 76, nt. 139; 88, nt. 173; 109, nt. 221.
 CASAVOLA F.P.: 2, nt. 6; 5 e ntt. 18, 19; 6, nt. 22; 7, ntt. 23, 24; 9, ntt. 29, 32; 14, nt. 46; 16, nt. 48; 17, ntt. 51, 53; 18, nt. 53; 19, nt. 57; 20, ntt. 58, 59; 30, nt. 73; 135, nt. 1; 136, nt. 5.
 CASCIONE C.: 225, nt. 205.
 CASINI N.: 105, nt. 210.
 CASSON L.: 67, nt. 119.
 CASTIGNONE S.: 150, nt. 36; 171, nt. 94; 174, nt. 97.
 CASTORINA E.: 1, nt. 2; 6, 2, nt. 8; 5,

- nt. 20; 6. nt. 20; 7, nt. 22.
 CATALANO P.: 9, nt. 30; 163, nt. 74.
 CAVALLA F.: 53, nt. 71.
 CAVALLO G.: 4, nt. 16.
 CAVAZZA F.: 1, nt. 1.
 CENDERELLI A.: 4, nt. 9.
 C_ERNY J.: 302, nt. 71; 344, nt. 274;
 348, nt. 284; 349 e nt. 290; 350 e
 nt. 293, 294.
 CHABOD F.: 32, nt. 77.
 CHAMPOLLION J.-F.: 360, nt. 335.
 CHASE A.H.: 76, nt. 139.
 CHASSINAT E.: 307, nt. 96.
 CHIAROMONTE N.: 51, nt. 62.
 CHRIST M.R.: 57, nt. 88.
 CLARCK S.: 138, nt. 7.
 CLARK E.C.: 169, nt. 86.
 CLOCHÉ P.: 85, nt. 162.
 CODINO F.: 35, nt. 9.
 COHEN B.: 268, nt. 309.
 COHEN D.: 15, nt. 46; 38, nt. 16; 39, nt.
 20; 45, nt. 37; 54, nt. 77; 55, nt. 82;
 56, nnt. 83, 84, 85; 57, nnt. 86, 89, 90;
 58, nt. 90; 61, nt. 99; 63, nt. 101; 70 e
 nnt. 126, 127; 71, nt. 129; 72, nt. 130;
 73, nnt. 134, 135; 75; 76, nt. 139; 78,
 nt. 144; 79, nt. 145; 80 e nt. 151; 81 e
 nnt. 152, 153, 154; 83, nnt. 157, 158;
 86 e nt. 164; 88, nt. 173; 90 e nnt. 179,
 182; 95; 96, nt. 192; 101, nt. 199;
 102, nt. 203; 108, nt. 220; 114; 115 e
 nnt. 234, 235, 237; 116 e nt. 240; 119,
 nt. 246; 120, nt. 251; 125, nt. 257;
 126, nt. 263; 127, nnt. 264, 266; 127,
 nt. 267; 128, nt. 269; 129, nnt. 269,
 271, 272; 130, nnt. 272, 273; 131, nt.
 273; 134, nt. 276.
 COHEN E.E.: 68, nt. 119.
 COLEMAN R.: 258, nt. 284.
 COLEMAN-NORTON P.R.: 29, nt. 71.
 COLI U.: 146, nt. 31; 149, nt. 35; 168,
 nt. 81; 229, nt. 219.
 COLLI G.: 358, nt. 324.
 COLORIO A.: 43, nt. 35; 48, nt. 47.
 CONTE G.B.: 4, nt. 15.
 COOPER C.: 56, nt. 84; 82, nt. 156.
 CORBINO A.: 142, nt. 22; 154, nt. 56;
 156 e nnt. 57, 58, 59, 60; 157, nt.
 61; 159, nt. 68; 182, nnt. 114, 115;
 190 e nt. 133; 191, nt. 133; 213, nt.
 174.
 CORNIOLEY P.: 169, nt. 86.
 COSTA E.: 273, nt. 320; 275, nt. 323.
 CRAWFORD M.H.: 24, nt. 65; 265, nt.
 302.
 CRIFÒ G.: 24, nt. 65; 199, nt. 146;
 232, nt. 227.
 CRISCUOLO L.: 101, nt. 199.
 CUIAS J.: 140, nt. 17.
 CUQ E.: 200, nt. 146; 278, nt. 326.
 CURSI M.F.: 275, nt. 323.
 D'AGOSTINO F.: 33 e nt. 2; 37, nt. 14;
 50, nnt. 59, 61; 52, nt. 65; 53, nt.
 73; 326, nt. 181.
 D'ELIA M.: 258, nt. 283; 260 e nt.
 290.
 D'IPPOLITO F.: 26, nt. 67.
 D'ORS Á.: 165, nt. 78.
 DALL'AGLI A.: 148, nt. 33.
 DANIELLI A.: 43, nt. 35.
 DARESTE R.: 273, nt. 320.
 DAUBE D.: 63, nt. 104; 200, nt. 146;
 264, nt. 302; 276, nt. 326.
 DAUMAS F.: 303, nt. 79.
 DAVID M.: 277, nt. 326.
 DE BEAUFORT L.: 31, nt. 76.
 DE FRANCESCO A.: 212, nt. 171; 213,
 nt. 174; 275, nt. 323.
 DE FRANCISCI P.: 146, nt. 31; 162, nt.
 73; 164, nt. 78; 173, nt. 97; 181, nt.
 112; 237, nt. 242.
 DE GARIS DAVIES N.: 304, nt. 86.
 DE MARTINO F.: 148, nt. 33; 207, nt.
 159; 218, nt. 187; 234; 236, nt.
 238.
 DE MEO C.: 199, nt. 145; 257, nt.
 280; 261, nt. 291.

- DE SANCTIS D.: 46, nt. 42; 49, nt. 54.
 DE SANCTIS G.: 105, nt. 209.
 DE VISSCHER F.: 147, nt. 31; 157, nt. 64; 196, nt. 139; 197, nt. 140; 244, nt. 258; 263, nt. 300; 267, nt. 307; 270, nt. 314; 278, nt. 326.
 DEL GRANDE C.: 36, nt. 14; 37, nt. 15.
 DEL PRETE P.: 245, nt. 258.
 DELLA CORTE F.: 274, nt. 322.
 DEMARÉE R.J.: 325, nt. 172; 328, nt. 192.
 DEMELIUS G.: 273, nt. 320; 275, nt. 323.
 DERNBURGER A.: 164, nt. 76; 258, nt. 285.
 DEVOTO G.: 149, nt. 35; 166, nt. 78; 261, nt. 291.
 DI MARZO S.: 283, nt. 7.
 DI SALVO S.: 273, nt. 320.
 DILIBERTO O.: 6, nt. 22; 8 e ntt. 27, 28; 9, nt. 30; 11, nt. 39; 14, nt. 46; 15, nt. 46; 21, ntt. 60, 61; 24, nt. 65; 26, nt. 67; 29, nt. 71; 30, nt. 71; 142, ntt. 20, 21; 143, nt. 22; 222, nt. 198; 226, nt. 209.
 DIONIGI I.: 51, nt. 64.
 DIRKSEN E.H.: 24, nt. 65; 29, nt. 71.
 DODDS E.R.: 19, nt. 55; 36, nt. 13; 37, nt. 14.
 DONADONI S.: 287, nt. 16; 294, nt. 45; 338, nt. 250; 356, ntt. 320, 321; 357, nt. 323.
 DOVER K.: 36, nt. 13.
 DRIOTON E.: 22, nt. 62; 359, nt. 328.
 DUCOS M.: 6, nt. 20; 15, nt. 46; 28, nt. 70; 29, nt. 70; 301, nt. 69.
 DÜLL R.: 29, nt. 71.
 DUMÉZIL G.: 164, nt. 78; 165, nt. 68.
 DURKHEIM E.: 46, nt. 38.
 ECO U.: 358, nt. 327.
 EDEL E.: 308, nt. 101.
 EDGERTON W.F.: 333, nt. 220; 348, nt. 284; 351, nt. 296.
 EHRENBERG E.: 51, nt. 64.
 EHRHARD A.: 264, nt. 302; 278, nt. 326.
 EHRLICH E.: 181, nt. 112.
 EICHLER E.: 345, nt. 276.
 ENDESFELDER E.: 296, nt. 53.
 ERMAN A.: 313, nt. 126; 296, ntt. 51, 52; 303, ntt. 80, 81; 305, ntt. 88, 89, 90; 308, ntt. 101, 102, 103, 104; 309, ntt. 108, 109, 111; 311, ntt. 116, 119; 312, nt. 120; 313, nt. 126; 317, nt. 140; 319, nt. 153; 320, nt. 157; 325, ntt. 171, 172; 327, nt. 189; 345, ntt. 277, 278; 349, ntt. 287, 289; 352, nt. 307.
 ERNOUT E.: 263, nt. 299.
 ERNST W.: 264, nt. 302.
 EYRE C.J.: 293, nt. 43; 296, nt. 54; 333, nt. 214; 349, nt. 288; 354, nt. 316.
 FAIRMAN H.W.: 332, nt. 212.
 FALCONE G.: 273, nt. 320.
 FARALLI C.: 172, nt. 96; 174, nt. 97.
 FARAONE C.A.: 82, nt. 156; 303, nt. 78; 334, nt. 225; 335, nt. 228; 337, nt. 245; 338, nt. 248; 339, ntt. 252, 253.
 FAULKNER R.O.: 304, nt. 86; 305, nt. 87; 327, nt. 188; 335, nt. 228.
 FEDELI P.: 4, nt. 16.
 FERRAJOLI L.: 52, nt. 68.
 FERRETTI P.: 250, nt. 264; 254, nt. 275.
 FERRINI C.: 153, nt. 51; 245, nt. 258.
 FINLEY M.I.: 35, nt. 9; 39, nt. 20.
 FINOCCHIARO F.: 2, nt. 2.
 FIORI R.: 146, nt. 29; 151, nt. 40, 42; 212, nt. 171; 213, nt. 174; 214, nt. 177; 216, nt. 178; 221, nt. 192; 229, nt. 218.
 FISHER N.R.E.: 37, nt. 15; 82, nt. 156.
 FLACH D.: 265, nt. 302.
 FLASHAR H.: 132, nt. 274.

- FLESS F.: 265, nt. 302.
 FLEW A.: 150, nt. 36; 171, nt. 94.
 FLORIA HIDALGO M.D.: 210, nt. 168.
 FÖGEN M.T.: 28, nt. 70.
 FOXHALL L.: 48, nt. 48.
 FRAENKEL E.: 274, nt. 322.
 FRANCIOSI G.: 146, nt. 30.
 FRANCOTTE H.: 105, nt. 210.
 FRANKFORT H.: 293, 294, nt. 44; 297;
 300 e nt. 65; 302, nt. 72; 320, nt. 156.
 FRANKFURTE D.: 329, nt. 195.
 FRAZEL T.D.: 264, nt. 302.
 FRAZER J.A.: 332, nt. 212.
 FREDERHAUSEN O.: 273, nt. 320.
 FREZZA P.: 171, nt. 92.
 FRIEDMAN L.M.: 295, nt. 47.
 FRIEDMAN R.: 323, nt. 165.
 FROIDFOND C.: 356, nt. 321.
 FUGIER H.: 191, nt. 133.
 FUNAIOLI G.: 166, nt. 79.
 FUSELLI S.: 53, nt. 71.
- GABBA E.: 43, nt. 35; 206, nt. 158.
 GABRA S.: 307, nt. 93.
 GAGARIN M.: 15, nt. 46; 34, nt. 3; 36,
 nt. 13; 37, nt. 15; 38, nt. 17; 39, nt.
 20; 41, nt. 29; 45, nt. 37; 47, nt. 44;
 54, nt. 77; 57, nt. 86; 63, nt. 103;
 66, nt. 115; 76, nt. 139; 82, nt. 156;
 83, nt. 158; 102, nt. 203.
 GAGLIARDI L.: 139, nt. 12; 143, nt. 22;
 154, nt. 53; 158, nt. 67; 159, nt. 69;
 160, nt. 70; 178, nt. 108; 179, nt.
 109; 180, nt. 110; 181, nt. 112;
 185, nt. 120; 186, nt. 121; 197, nt.
 140; 273, nt. 320.
 GALAN J.M.: 333, ntt. 215, 222; 334,
 nt. 223.
 GALANTER M.: 295, nt. 47.
 GALLO F.: 147, nt. 31; 229, nt. 218;
 281 nt. 2; 282, nt. 4; 284, nt. 9.
 GAMBERALE L.: 4, nt. 16.
 GARCIA GARRIDO M.J.: 210, nt. 168.
 GARCIA J.: 296, nt. 53.
- GARDINER A.: 288, nt. 19; 296, nt. 52;
 325, nt. 176; 332, nt. 210; 333, nt.
 220; 339, nt. 251; 344, nt. 274;
 345, nt. 276; 351, ntt. 296, 298;
 352, nt. 303; 355, nt. 319.
 GAROFALO L.: 3, nt. 8; 13, nt. 45; 19,
 nt. 55; 40, nt. 22; 138, nt. 7; 144,
 nt. 23; 145, nt. 29; 146, nt. 29; 147,
 nt. 32; 149, nt. 35; 151, nt. 41; 174,
 nt. 98; 206, nt. 158; 224, nt. 201;
 231, nt. 222; 298, nt. 59; 314, nt.
 131.
 GARZETTI A.: 206, nt. 158.
 GELZER M.: 234, nt. 236.
 GERACI G.: 101, nt. 199.
 GERNET L.: 33, nt. 2; 37, nt. 15; 41,
 nt. 25; 42, nt. 34; 43, ntt. 34, 35; 45
 e nt. 38; 46 e ntt. 39, 40, 41, 42; 47,
 ntt. 44, 45, 46; 48, nt. 51; 49, nt.
 53; 51, nt. 63; 54 e nt. 75; 60, nt.
 94; 70 e nt. 128; 71 e nt. 129; 74,
 nt. 136; 79 e ntt. 146, 147; 80; 102,
 ntt. 200, 203; 104, nt. 208; 111, nt.
 227; 114 e ntt. 231, 233; 115, nt.
 238; 116; 119, nt. 246; 122, nt.
 253; 125 e nt. 260; 149, nt. 35; 151,
 nt. 41.
 GIANNELLI G.: 97, nt. 193.
 GIARDINA A.: 4, nt. 16.
 GIARO T.: 298, nt. 58.
 GIEHLOWS K.: 358, nt. 327.
 GILISSEN J.: 298, nt. 58.
 GIOFFREDI C.: 15, nt. 46; 44, nt. 36;
 154, nt. 54; 159, nt. 68; 164, nt. 78;
 165, nt. 78; 167, nt. 80; 168, nt. 83;
 169, nt. 86; 229, nt. 218; 234, nt.
 234; 237, nt. 242; 241, nt. 253.
 GIRARD P.-F.: 278, nt. 326.
 GIRARD R.: 49 e nt. 56; 50, nt. 57; 52,
 nt. 66; 324, nt. 170; 325, nt. 177.
 GIRONE M.: 58, nt. 90.
 GITTON M.: 308 e nt. 110.
 GIUFFRÈ V.: 241, nt. 254; 242, nt. 255
 Glotz G.: 44, nt. 36; 45, nt. 38; 49,

- nt. 53; 55, nt. 81; 58, nt. 90; 60, ntt. 93, 95; 73, nt. 134; 76, nt. 139; 77, nt. 140; 108, nt. 219; 112, nt. 227; 113 e nt. 229; 123, nt. 255; 125 e ntt. 257, 259; 128, nt. 268; 129, nt. 272; 134, nt. 276.
- GNOLI F.: 13, nt. 45.
- GOEDECKEN K.B.: 296, nt. 53.
- GOEDICKE H.: 293, nt. 43; 296, ntt. 53, 55302, nt. 71; 302, nt. 71; 307, ntt. 93, 95; 311, nt. 116; 327, nt. 185; 333, nt. 221; 349, nt. 288.
- GOLDMANN E.: 264, nt. 302.
- GORDON R.: 138, nt. 7.
- GORIA F.: 27, nt. 69.
- GOTHOFREDUS J.: 24, nt. 65; 30, nt. 71.
- GRAPOW H.: 296, ntt. 51, 52; 303, ntt. 80, 81; 305, ntt. 88, 89, 90; 308, ntt. 101, 102, 103, 104; 309, ntt. 108, 109, 111; 311, ntt. 116, 119; 312, nt. 120; 317, nt. 140; 319, nt. 153; 320, nt. 157; 325, ntt. 171, 172; 327, nt. 189; 345, ntt. 277, 278; 349, ntt. 287, 289; 352, nt. 307.
- GRDSELOFF B.: 296, nt. 54.
- GRIFFITH F.L.: 311, nt. 115; 333, nt. 220; 342, nt. 264.
- GRIFFITH J.G.: 302, nt. 71.
- GRIMAL N.: 325, nt. 174; 338, nt. 251.
- GROSSO G.: 180, nt. 111.
- GUARINO A.: 3, nt. 8; 7, nt. 22; 26, nt. 68; 143, nt. 22; 145, nt. 26; 146, nt. 31; 155, nt. 57; 156, nt. 57; 162, nt. 73; 164, nt. 77; 165, nt. 78; 169, nt. 85; 170, nt. 87; 175 e nt. 100; 181, nt. 112; 186, nt. 121; 189, ntt. 128, 129; 198, nt. 141; 209, nt. 166; 223, nt. 199; 231, nt. 222; 235, nt. 238; 239, nt. 248; 255, nt. 276; 256, nt. 279; 273 e nt. 320.
- GUILLÉN J.: 258, nt. 285.
- GULLI F.P.: 153, nt. 51; 219, nt. 188.
- GUTHRIE P.: 41, nt. 30.
- HACKL K.: 205, nt. 155; 217, ntt. 181, 182, 184; 234, nt. 234.
- HÄGERSTRÖM A.: 150, nt. 36; 171, nt. 94; 172, nt. 96; 173, ntt. 96, 97; 210, nt. 168.
- HANSEN M.H.: 62, nt. 101; 63, nt. 102; 64, nt. 105; 67, nt. 117; 68, nt. 119; 69, nt. 125; 72, nt. 130; 74, nt. 137; 78, nt. 141; 79, ntt. 148, 149; 80 e ntt. 149, 151; 81, nt. 154; 82, nt. 156; 83, nt. 157; 101, nt. 199; 114 e nt. 233; 116; 125, nt. 257; 126 e nt. 263; 131, nt. 273.
- HARARI H.: 296, nt. 54; 308, ntt. 99, 105.
- HARRELL H.C.: 104, nt. 208; 106, nt. 212.
- HARRIS E.M.: 37, nt. 15; 38, nt. 16; 56, nt. 84; 69, nt. 124; 81 e nt. 154; 82, ntt. 155, 156; 85, nt. 163; 86, nt. 163; 86, nt. 166; 88, ntt. 173, 174; 89, nt. 178; 93, nt. 187; 97, nt. 193; 98 e nt. 195; 118, ntt. 243, 244; 271, nt. 319; 278, nt. 327; 279, nt. 330.
- HARRISON A.R.W.: 56, nt. 85; 57, nt. 86; 65, ntt. 105, 107, 109; 65, ntt. 111, 113; 69, nt. 124; 73, ntt. 134, 135; 78, nt. 141; 101, nt. 199; 103 e nt. 204; 105, nt. 210; 107, ntt. 216, 217; 112, nt. 227; 118, nt. 244; 126, nt. 263; 127, nt. 267; 128, nt. 268; 129, nt. 272; 134, nt. 276.
- HART H.L.A.: 85, nt. 163; 98.
- HASSAN F.: 323, nt. 165.
- HAVELOCK. E.A.: 38, nt. 17.
- HAWASS Z.: 347, nt. 282.
- HAYES W.C.: 307, nt. 96; 311, nt. 116.
- HEFFTER A.W.: 109, nt. 220; 122, nt. 253.
- HEGEL G.W.F.: 53, nt. 71.
- HEIDEGGER M.: 50, nt. 58; 326 e nt. 178.

- HEITSCH E.: 86, nt. 164.
 HELCK W.: 301, nt. 71; 316, nt. 135; 322, nt. 162; 328, nt. 191.
 HERMANN F.: 108, nt. 219; 122, nt. 253.
 HEWITT J.W.: 42, nt. 31.
 HIGNETT C.: 78, nt. 141; 105, nt. 209.
 HINARD F.: 206, nt. 157.
 HITZIG H.: 246, nt. 259; 278, nt. 326.
 HOBBS T.: 326, nt. 179.
 HOEBEL A.: 47, nt. 44; 153, nt. 51; 189, nt. 131.
 HOFFMEIER J.K.: 333, nt. 222.
 HOLFORD-STREVENIS L.: 2, nt. 2.
 HOLZ H.H.: 78, nt. 141.
 HOMMEL H.: 105, nt. 210.
 HOOKER J.T.: 36, nt. 14.
 HORAK F.: 264, nt. 302.
 HORNUNG E.: 22, nt. 62; 329, nt. 193; 332, nt. 212.
 HOTMANN F.: 229, nt. 218.
 HUBE R.: 30, nt. 71.
 HUBERT B.: 104, nt. 208.
 HUMBERT M.: 24, nt. 65; 28, nt. 70; 140, nt. 16; 142, nt. 22; 152, ntt. 46, 47; 153, ntt. 50, 51; 167, nt. 80; 168, nt. 81; 171, nt. 90; 180, nt. 111; 181, nt. 111; 182, nt. 114; 183, nt. 116; 207, nt. 158; 212, nt. 171; 222, nt. 198.
 HUMPHREYS S.C.: 43, nt. 35.
 HUSCHKE P.E.: 170, nt. 89.
 HUVELIN P.: 25, nt. 66; 26, nt. 68; 27, nt. 69; 29, nt. 71; 30, nt. 71; 45, nt. 38; 134, nt. 276; 137, nt. 7; 140, nt. 17; 142, nt. 20; 143, nt. 22; 147, nt. 31; 182, nt. 114; 192, nt. 133; 194, nt. 137; 196, nt. 139; 200, nt. 146; 209, nt. 166; 214, nt. 176; 218, ntt. 186, 187; 223 e nt. 200; 246, nt. 259; 254, nt. 275; 257, ntt. 281, 282; 263 e nt. 298; 264, nt. 302; 269, nt. 311; 275, nt. 323; 278, nt. 326; 285, nt. 11.
 HYART C.. 4, NT. 16.
 ILES JOHNSON S.: 329, nt. 195.
 IMPALLOMENI G.: 13, nt. 45; 145, nt. 27.
 IVERSEN E.: 356, nt. 321; 357, nt. 323; 358, nt. 327.
 JACOB R.: 171, nt. 91.
 JAEGER W.: 33, nt. 1; 291, nt. 33.
 JAKAB E.: 264, nt. 302.
 JANKO R.: 35, nt. 9.
 JANSEN J.J.: 325, nt. 172.
 JASNOW R.: 288, NT. 17.
 JASPERS K.: 317 e nt. 143.
 JELLAMO A.: 35, nt. 11; 36, nt. 12; 52, nt. 65.
 JOHNSON J.H.: 296, nt. 54.
 JONES J.W.: 54, nt. 75; 291, nt. 35.
 JÖRS P.: 188, nt. 126.
 JUST M.: 66, nt. 113.
 KAPPARIS K.: 88, nt. 173.
 KARLOWA O.: 153, nt. 50; 225, nt. 205; 238, nt. 243.
 KASER M.: 109, nt. 220; 159, nt. 68; 164, nt. 78; 165, nt. 78; 169, ntt. 85, 86; 170, ntt. 89, 90; 171, nt. 90; 173, nt. 97; 180, nt. 111; 181, nt. 111; 200, nt. 146; 205, nt. 155; 212, nt. 172; 213, nt. 164; 217, ntt. 181, 182, 184; 218, nt. 184; 220, nt. 189; 234, nt. 234; 235, nt. 238; 237, nt. 242; 243, nt. 256; 252, nt. 269; 278, nt. 326.
 KAUFMANN-HEINIMANN A.: 264, nt. 302.
 KEES E.: 308 e nt. 110.
 KEIL B.: 78, nt. 141.
 KELLY J.M.: 249, nt. 262; 264; 265 e nt. 303.
 KELSEN H.: 318 e nt. 147.
 KERÉNYI K.: 52, ntt. 67, 69.
 KHALIDI T.: 293, nt. 43.
 KING H.T.: 104, nt. 208.
 KIPPENBERG H.G.: 302, nt. 71.

- KIRCHER A.: 359, nt. 335.
 KLAUSER T.: 299, nt. 64.
 KLUG A.: 338, nt. 250.
 KRAUSE J.-U.: 56, nt. 85; 60, nt. 92.
 KRUCHTEN J.-M.: 333, nt. 215.
 KRÜGER P.: 26, nt. 68; 278, nt. 326.
 KUNKEL W.: 3, nt. 8; 26, nt. 67; 27, nt. 69; 173, nt. 97.
- LA ROSA R.: 139, nt. 10; 158, nt. 67; 194, nt. 136; 198, nt. 142; 205, nt. 155; 209, nt. 166; 218, nt. 186; 234, nt. 235; 247, nt. 259; 248, nt. 261; 249, nt. 262; 250, ntt. 264, 265; 251, nt. 267; 253; 254, ntt. 274, 275; 255, ntt. 276, 277; 256, nt. 279; 261, nt. 274; 265, nt. 304; 273; 274, nt. 323; 275, nt. 323; 277, nt. 326; 278, nt. 326.
- LABRUNA L.: 273, nt. 320.
 LAFFI U.: 209, nt. 166.
 LANGDON S.: 35, nt. 9.
 LANZA D.: 33, nt. 2.
 LATTE K.: 80, nt. 149; 108, nt. 219; 114, nt. 233; 127, nt. 265.
 LATTIMORE E.: 37, nt. 15.
 LAURENTI R.: 39, nt. 21.
 LAURIA M.: 24, nt. 65; 30, nt. 71.
 LE FORESTIER M.A.: 104, nt. 208.
 LEAHY A.: 354, nt. 315.
 LEEMANS C.: 348, nt. 286.
 LEITNER P.: 273, nt. 320.
 LEMOSSE L.: 196, nt. 139; 257, nt. 281.
 LENEL O.: 24, nt. 65; 29, nt. 71; 254, nt. 275.
 LEO F.: 273, nt. 320.
 LEPROHON R.J.: 289, nt. 20; 310, nt. 70; 319, nt. 151; 320, nt. 156; 321, nt. 161; 332, nt. 212; 339, ntt. 253, 254.
 LEVY E.: 219, nt. 188; 229, nt. 218; 231, nt. 225; 232, ntt. 228, 230.
 LÉVY E.: 37, nt. 14; 52, nt. 69; 76, nt. 139.
- LÉVY-BRUHL H.: 149, nt. 35; 166, nt. 78; 173, nt. 97; 204, nt. 151; 205, nt. 255; 218, nt. 186.
 LEWIS A.D.E.: 48, nt. 48.
 LICANDRO O.: 3, nt. 8.
 LICHTHEIM M.: 321, nt. 157.
 LIEBS D.: 200, nt. 146; 207, nt. 159; 214, nt. 177; 215, nt. 177; 251, nt. 267; 253 e nt. 271.
 LIPSIVS J.H.: 63, nt. 102; 67, nt. 116; 68, nt. 120; 69, nt. 125; 73, ntt. 134, 135; 78, ntt. 141, 143; 103 e ntt. 205, 207; 106, nt. 211; 108, ntt. 219, 220; 109, nt. 221; 111, nt. 227; 125; 126, nt. 261; 127, nt. 267; 168, nt. 268; 129, nt. 271; 130, nt. 273.
 LLOYD-JONES H.: 34, nt. 7.
 LOGAN T.: 296, nt. 54.
 LONDRES DA NÖRBEGA V.: 149, nt. 35.
 LONGO G.: 222, nt. 198.
 LONGO O.: 39, nt. 20.
 LORINI G.: 150, nt. 36; 171, nt. 94.
 LORTON D.: 288, nt. 17; 289, nt. 20; 290, ntt. 27, 29; 301, nt. 70; 321, nt. 161; 327, nt. 185; 328, nt. 191; 339, nt. 253; 340, ntt. 256, 260; 341, nt. 263; 345, nt. 277; 348, nt. 285; 350, nt. 291, 294, 295; 351, ntt. 297, 299, 301; 352, nt. 301; 353, ntt. 308, 310; 354, nt. 315.
 LOUIS P.: 132, nt. 274.
 LOVISI C.: 150, nt. 42; 206, nt. 57.
 LUCKMANN T.: 331, nt. 202.
 LURJE I.M.: 307, nt. 96; 351, nt. 301.
 LUZZATTO G.I.: 153, nt. 51; 154; 155, nt. 57; 157; 159, nt. 68; 199, nt. 146; 203, nt. 150; 204, nt. 151; 205, nt. 155; 234, nt. 234; 245, nt. 258.
 MACCORMACK G.: 173, nt. 97.
 MACDOWELL D.: 37, nt. 15; 74, nt. 135; 102, nt. 202; 103, nt. 208;

- 106, nt. 213; 108, nt. 219; 127, nt. 264; 129, nt. 272; 131, nt. 273.
- MACKENZIE M.M.: 76, nt. 139.
- MAFFI A.: 33, nt. 2; 43, nt. 35; 49, nt. 53; 76, nt. 139; 105, nt. 210.
- MAGDELAIN A.: 145, nt. 25; 153, nt. 51; 159, nt. 68; 169, nt. 85; 200, nt. 146; 206, nt. 158.
- MAGGIO L.: 3, nt. 8.
- MANFREDINI A.D.: 153, nt. 51; 159, nt. 68; 208, nt. 162.
- MANNING G.J.: 296, nt. 54.
- MANTELLA A.: 27, nt. 69, 282 e nt. 7; 283 e nt. 7.
- MANTHE U.: 264, nt. 302.
- MANTOVANI D.: 230, nt. 222; 231, nt. 222.
- MANTOVANI F.: 153, nt. 50; 267, nt. 308.
- MARACHE R.: 4, nt. 16.
- MARCHANT E.C.: 79, nt. 149; 264, nt. 302.
- MARCHESI C.: 2, nt. 2.
- MARKOE G.E.: 296, nt. 54.
- MAROTTOLI P.: 151, nt. 40.
- MARRONE M.: 207, nt. 159; 230, nt. 219; 283, nt. 7.
- MARTINI R.: 28, nt. 70; 37, nt. 15; 68, nt. 119; 69, nt. 124; 72, nt. 131; 107, nt. 217; 111, nt. 225; 118, nt. 244; 273, nt. 320.
- MAXWELL-STUART P.G.: 79, nt. 149; 265, nt. 302.
- McCLURIE L.K.: 82, nt. 156.
- McDOWELL A.G.: 302, nt. 71; 305, nnt. 89, 90; 345, nt. 277; 347, nt. 280; 348, nt. 285; 350, nt. 295; 351, nt. 295; 354, nt. 314.
- MEIER M.H.E.: 63, nt. 102; 103 e nnt. 205, 207; 106, nt. 211; 108, nt. 219.
- MEIJERS E.M.: 277, nt. 326.
- MEILLET A.: 263, nt. 299.
- MENU B.: 296, nnt. 54, 55; 308, nnt. 99, 105; 309, nnt. 106, 112; 311, nt. 115.
- MEREMETIS A.: 76, nt. 139.
- MEUSS H.: 69, nt. 125; 78, nt. 141.
- MICHEL J.-H.: 9, nt. 30.
- MILAZZO F.: 209, nt. 166.
- MILLETT P.: 35, nt. 10; 37, nt. 15; 76, nt. 139; 88, nt. 173; 109, nt. 221.
- MITTEIS L.: 19, nt. 55; 181, nt. 112; 200, nt. 146.
- MITTICA M.P.: 44, nt. 36.
- MOMIGLIANO A.: 39, nt. 20; 223, nt. 198.
- MOMMSEN T.: 26, nt. 68; 150, nt. 37; 157, nt. 64; 159, nt. 68; 200, nt. 146; 207, nt. 159; 228, nt. 214; 244, nt. 258; 263, nt. 297; 278, nt. 326.
- MONATERI P.G.: 298, nt. 58.
- MONDI R.: 34, nt. 8.
- MONETI I.: 101, nt. 199; 102, nnt. 202, 203; 106, nt. 214; 108, nt. 219; 109 e nt. 223; 110, nt. 224; 123, nt. 255; 125, nt. 258; 134, nt. 276.
- MORANI M.: 145, nt. 27.
- MORDECHAI RABELLO A.: 147, nt. 31.
- MORENZ S.: 291, nt. 32; 301, nt – 70; 317 e nt. 138.
- MORET A.: 291, nt. 32; 293, nnt. 41, 42; 296, nt. 54; 297; 301, nt. 71; 334, nt. 225; 341, nt. 263.
- MORGESE S.: 29, nt. 71.
- MORRIS I.: 35, nt. 9.
- MORROW G.R.: 358, nt. 324.
- MOSCADI A.: 8, nt. 26.
- MRISCH T.: 293, nt. 43; 306, nt. 92.
- MUELLER I.: 103, nt. 208.
- MÜLLER-LUCKNER E.: 76, nt. 139.
- MURRAY M.A.: 332, nt. 212.
- MURRAY M.A.: 332, nt. 212.
- MURRAY O.: 37, nt. 15.
- MUSTI D.: 206, nt. 158.
- NAGY G.: 35, nt. 9.

- NATALI C.: 40, nt. 22.
 NENETH G.: 105, nt. 210.
 NESPOR S.: 64, nt. 108.
 NETTLESHIP H.: 2, nt. 2.
 NICOSIA G.: 154 e nt. 54; 159, nt. 68; 166, nt. 79; 203, nt. 150; 213, nt. 174; 225, nt. 205; 234; 235, nt. 238; 236, ntt. 239, 240; 237, 239; 242, nt. 256; 257, nt. 281.
 NIEBUHR B.G.: 229, nt. 218.
 NIEDERLAENDER H.: 269, nt. 309.
 NIGHTINGALE A.W.: 76, nt. 139.
 NIKOLSKY A.: 30, nt. 71.
 NIMS C.F.: 305, nt. 91.
 NOAILLES P.: 162, nt. 73.
- O'CONNOR D.: 301, nt. 70.
 ODEN R.A. JR.: 323, nt. 165.
 OLDING G.: 82, nt. 156.
 OLIVECRONA K.: 150, nt. 36; 171, nt. 94.
 ORESTANO R.: 162, nt. 73; 163, ntt. 73, 75; 173, nt. 97; 206, nt. 158; 237, nt. 242.
 OSBORNE R.: 124, nt. 256.
 OSING J.: 338, nt. 250.
 OTTO E.: 24, nt. 65.
 OTTO E.: 316, nt. 135; 320, nt. 157; 340, nt. 256.
- PAIS E.: 234; 235, nt. 238; 236, nt. 238.
 PALADINI V.: 1, nt. 2; 2, nt. 8; 5, nt. 20; 6, nt. 20; 7, nt. 22.
 PALAZZOLO N.: 3, nt. 8.
 PALLOTTINO M.: 234, nt. 237.
 PALMA A.: 143, nt. 22; 153, nt. 51; 182, nt. 114.
 PALMER R.: 50, nt. 60.
 PAMPALONI M.: 245, nt. 258.
 PAOLI J.: 204, nt. 151.
 PAOLI U.E.: 26, nt. 67; 34, nt. 5; 35, nt. 11; 57, nt. 87; 59, nt. 92; 64, nt. 109; 66 e ntt. 113, 114; 68, nt. 119; 64, nt. 136; 77, nt. 140; 88, ntt. 173, 175; 102, nt. 200; 105, nt. 210; 107, ntt. 217, 218; 108, nt. 219; 112, ntt. 227, 228; 113 e nt. 230; 119, nt. 246; 120, nt. 250; 125, nt. 257; 126 e nt. 262; 273, nt. 320.
 PARANT R.: 289, nt. 24; 344, nt. 273; 345, ntt. 275, 277; 347, nt. 281.
 PARKER R.: 42, nt. 32.
 PARKINSON R.: 332, nt. 210.
 PARRI I.: 364, nt. 358.
 PASCUCCI G.: 261, nt. 292.
 PASQUALE M.: 90, nt. 182.
 PASQUALI G.: 149, nt. 35.
 PEET T.E.: 352, ntt. 303, 305, 306; 353, ntt. 308, 309, 310; 354, nt. 312.
 PELLOSO C.: 40, nt. 22; 270, nt. 312; 283, nt. 7; 286, nt. 12.
 PEPE L.: 60, nt. 95; 61, nt. 98; 71, nt. 129; 72, nt. 131; 74, ntt. 135, 136; 75, nt. 138; 76, nt. 139; 77, ntt. 139, 141; 80 e ntt. 150, 151; 81, nt. 154; 83, nt. 157; 84, nt. 161; 86 e nt. 165; 87, nt. 169; 88; 89, nt. 177; 90 e ntt. 180, 181, 182; 91 e nt. 184; 93, ntt. 187, 188; 94, nt. 191; 96, nt. 192; 100, nt. 198; 101, nt. 199; 102, nt. 199; 114, nt. 232; 115 e nt. 236; 116 e nt. 239; 118, nt. 245; 119, ntt. 246, 248; 120, ntt. 249, 251; 121, nt. 252; 125, nt. 257; 127, nt. 266; 130, nt. 272; 134, nt. 276; 139, ntt. 8, 9; 155, nt. 57; 184 e nt. 118; 189, nt. 130; 194, nt. 137; 195, nt. 137; 196, nt. 139; 198, nt. 144; 205, nt. 155; 218, nt. 187; 225, nt. 205; 226, nt. 210; 227, nt. 212; 238, nt. 243; 242, nt. 256; 244, ntt. 257, 258; 248, nt. 260; 257, ntt. 281, 282; 258, nt. 285; 263, nt. 301; 264, nt. 302; 266, nt. 305; 270, ntt. 313, 315;

- 271, ntt. 317, 319; 273; 274, ntt. 321, 323; 275, nt. 323; 277, nt. 326; 278, nt. 326.
- PEPPE L.: 15, nt. 147; 205, nt. 157; 207, ntt. 159, 160; 216, nt. 178; 217, ntt. 182, 183, 184; 218, nt. 186; 228, nt. 215; 245, nt. 258; 275, nt. 323.
- PERNARD L.: 275, nt. 323.
- PERNICE A.: 29, nt. 71; 153, ntt. 50, 51; 199, nt. 146.
- PEROZZI S.: 209, nt. 167; 210, nt. 167; 228, nt. 213.
- PERRIN B.: 191, nt. 133.
- PERRY E.: 305, nt. 87.
- PESARESI R.: 205, nt. 155.
- PEZZATI M.: 4, NT. 16; 21, NT. 60.
- PFLÜGER K.: 333, nt. 215; 344, nt. 271351, nt. 298.
- PIANEZZOLA E.: 4, nt. 15.
- PIERART M.: 131, nt. 273.
- PIRENNE J.: 293, nt. 43; 296, nt. 54; 301, nt. 71; 302, ntt. 73, 75; 304, ntt. 82, 84, 85; 307, nt. 98; 308, nt. 99; 323, nt. 164.
- PIRZIO STEFANELLI L.: 264, nt. 302.
- PISANI V.: 149, nt. 35.
- PISCHINGER A.: 103 e nt. 206.
- PIZZORNI R.M.: 358, nt. 324.
- PLATNER E.: 109, nt. 220.
- POHLENZ M.: 43, nt. 34.
- POLACEK V.: 289, nt. 24.
- POLAK J.M.: 277, nt. 326.
- PÖLAY E.: 159, nt. 68.
- POLY J.-P.: 15, nt. 46.
- POMA G.: 4, nt. 12; 24, nt. 65; 59, nt. 91; 71, nt. 131; 105, nt. 209; 206, nt. 158; 234, nt. 237.
- PORCHEDDU R.: 76, nt. 139.
- PORTER J.R.: 87, nt. 170.
- POSENER G.: 301, nt. 70.
- POSPISIL L.: 47, nt. 44.
- POWELL M.A.: 296, nt. 54.
- PROVERA G.: 278, nt. 326.
- PUCHTA G.F.: 31, nt. 76.
- PUGLIESE G.: 165, nt. 78; 168, nt. 82; 198, nt. 142; 203, nt. 150; 204, ntt. 151, 154; 205, nt. 155; 211, nt. 169; 212, nt. 172; 224, nt. 200; 234, ntt. 234, 235; 288, nt. 17.
- PUGSLEY D.: 245, nt. 258; 263 e nt. 301.
- PUTNAM M.C.J.: 37, nt. 15.
- QUADRATO R.: 150, nt. 40.
- RAAFLAUB K.A.: 235, nt. 237.
- RACHENSTEIN R.: 83, nt. 159.
- RADKE G.: 258, nt. 285.
- RANDAZZO S.: 171, nt. 93.
- REDFIELD J.M.: 35, nt. 9.
- REIN W.: 153, nt. 50.
- REINACH E.: 191, nt. 133.
- REISKIUS J.J.: 109, nt. 221.
- REVILLOUT E.: 22, nt. 62; 311, nt. 115; 313 e nt. 125.
- RHODES P.J.: 78, nt. 141; 80, nt. 149; 107, nt. 218; 131, nt. 273.
- RICCOBONO S.: 19, nt. 55; 22, nt. 62; 24, nt. 65; 29, nt. 71; 140, nt. 15; 142; 152, nt. 49; 167, nt. 80; 217, nt. 181; 246, nt. 259; 264, nt. 302.
- RIGANTI E.: 263, nt. 299.
- RIGONI M.: 286, nt. 14; 287, nt. 15.
- RIVES J.B.: 137, nt. 7.
- ROBERT C.: 274, nt. 322.
- ROBINSON O.F.: 225, nt. 205.
- ROEBUCK D.: 104, nt. 208.
- ROMANO A.: 273, nt. 320.
- ROMEO F.: 48, nt. 47.
- ROSS A.: 150, nt. 36; 171, nt. 94.
- ROUGÉ E.: 351, nt. 300.
- RUDORFF A.A.F.: 275, nt. 323.
- RUNDLE CLARK R.T.: 326, nt. 180; 355, nt. 318.
- RÜPKE R.: 145, nt. 27.
- RUSCHENBUSCH E.: 56, nt. 85; 59, nt. 91; 66, nt. 113; 73, nt. 135; 127, nt. 265; 129, nt. 272.

- SABBATUCCI D.: 189, nt. 127.
 SAIRE P.: 33, nt. 1.
 SALE W.M.: 34, nt. 8.
 SALVATERRA C.: 101, nt. 199.
 SAN NICOLÒ M.: 22, nt. 62.
 SANDMAN M.: 321, nt. 157; 335, nnt. 230, 231, 232; 336, nnt. 234, 235, 236.
 SANDRI A.: 36, nt. 11.
 SANTALUCIA B.: 140, nt. 14; 143, nnt. 22, 23; 144, nt. 23; 157, nt. 64; 192, nt. 133; 206, nt. 158; 207, nt. 161; 208, nt. 162; 222, nt. 198; 223, nt. 198; 224, nt. 201; 225, nt. 205; 230, nt. 219; 231, nt. 222; 232, nt. 229; 241, nt. 253.
 SANTORO R.: 165, nt. 78; 166, nt. 78; 167, nt. 80; 176, nt. 101; 200, nt. 146; 222, nt. 198; 242, nt. 256; 251, nt. 267; 252, nt. 268.
 SANTUCCI G.: 298, nt. 58.
 SASSON J.M.: 288, nt. 17; 289, nt. 20; 332, nt. 212.
 SAUNDERS J.: 76, nt. 139.
 SBORDONE F.: 258, nt. 285; 287, nt. 15; 360, nnt. 336, 342; 361, nnt. 344, 346; 362, nnt. 349, 350.
 SCANDONE TASSI E.: 180, nt. 111; 234, nt. 234.
 SCARANO USSANI V.: 15, nt. 46; 18, nt. 53; 32, nt. 76.
 SCEVOLA R.: 206, nt. 157.
 SCHERILLO G.: 210, nt. 168.
 SCHIAFFONATI V.: 43, nt. 35.
 SCHIAVONE A.: 2, nt. 5; 2, nt. 7; 4, nt. 14; 22, nt. 64; 169, nt. 86; 171, nt. 92; 182, nt. 112; 223, nt. 198; 281, nt. 2; 291, nt. 36; 292 e nt. 38; 297, nt. 58; 298, nt. 58; 301, nt. 69.
 SCHIEMANN G.: 219, nt. 188.
 SCHMID H.H.: 318 e nt. 149.
 SCHMID W.P.: 164, nt. 76; 258, nt. 285.
 SCHMITT C.: 298 e nt. 60; 314, 131; 321, nt. 159; 323 e nt. 167.
 SCHMITZ W.: 88, nt. 173.
 SCHOELL R.: 24, nt. 65.
 SCHOEMANN G.F.: 63, nt. 102; 103 e nnt. 205, 207; 106, nt. 211; 108, nt. 219.
 SCHOEPSDAU K.: 76, nt. 139.
 SCHÖNENBURG V.: 78, nt. 141.
 SCHUBERT C.: 77, nt. 139.
 SCHUCHT H.T.: 102, nt. 203.
 SCHULZ F.: 2, nt. 4; 164, nt. 75; 218, nt. 229; 281, nt. 1; 301, nt. 69.
 SCHUSTER S.: 67, nt. 119.
 SCHWEITZER U.: 310, nt. 113.
 SCULLY S.: 35, nt. 9.
 SCUTO P.: 3, nt. 8.
 SEALEY R.: 34, nt. 3.
 SEIDL E.: 293, nt. 43; 296, nt. 54; 307, nt. 94; 313 e nt. 124.
 SELB W.: 213, nt. 174; 243, nt. 256.
 SEMERANO G.: 50, nt. 60; 174, nt. 98; 238, nt. 245; 250, nt. 266; 251, nt. 267; 263, nt. 299.
 SERRAO F.: 158, nt. 68; 169, nnt. 85, 86; 170, nt. 87; 179, nt. 110; 181, nt. 112; 182, nt. 113.
 SETHE K.: 304, nt. 86; 308, nt. 101; 309, nt. 110; 310, nt. 113; 327, nnt. 186, 187.
 SHUPAK N.: 303, nt. 78; 305, nnt. 87, 90; 319, nt. 152; 320, nt. 157; 332, nt. 210.
 SIEWERT P.: 28, nt. 70.
 SILVERMAN D.P.: 301, nt. 70.
 SIMON D.: 213, nt. 174.
 SIMON D.V.: 159, nt. 68.
 SIMPSON W.: 348, nt. 286.
 SINI F.: 163, nt. 74; 172, nt. 96; 188, nt. 128.
 SMITH G.: 69, nt. 125; 78, nt. 141; 103 e nt. 208; 106, nt. 212.
 SNELL B.: 36, nt. 14.
 SOLAZZI S.: 184, nnt. 118, 119; 185, nnt. 119, 120; 197, nt. 140.
 SOMMA A.: 298, nt. 58.

- SOROF M.: 78, nt. 141.
 SOTTAS H.: 308, nt. 100; 359, nt. 328.
 SPAGNUOLO VIGORITA T.: 148, nt. 33.
 SPENGLER O.: 22, nt. 62.
 SPIEGELBERG H.: 350, nt. 292.
 STALLEY R.: 76, nt. 139.
 STARACE P.: 283, nt. 7.
 STECCHINI L.C.: 78, nt. 141.
 STEIN P.: 139, nt. 11; 182, nt. 112.
 STEINWENTER A.: 43, nt. 34.
 STOLFI E.: 39, nt. 20; 102, nt. 202;
 291, ntt. 34, 36; 292, nt. 40.
 STOLZ F.: 164, nt. 76; 258, nt. 285;
 260 e nt. 290.
 STRASBURGER H.: 30 e nt. 72.
 SUMMER MAINE H.J.: 236, nt. 241.
- TADDEI A.: 43, nt. 35.
 TALAMANCA M.: 3, nt. 8; 6, ntt. 20, 22;
 7, nt. 22; 9, nt. 31; 14, nt. 46; 17,
 nt. 51; 18, nt. 53; 24, nt. 65; 27, nt.
 69; 32, nt. 76; 39, nt. 20; 48, nt. 50;
 111, nt. 226; 167, nt. 80; 179, nt.
 108; 182, nt. 112; 194, nt. 134;
 202, nt. 149; 204, nt. 151; 207, ntt.
 159, 160; 208, nt. 164; 209, nt.
 166; 210, nt. 168; 211, ntt. 169,
 170; 212, nt. 171; 213, nt. 174;
 214, nt. 175; 215, nt. 177; 217, nt.
 184; 219, nt. 188; 220, nt. 192;
 223, nt. 199; 234, nt. 234; 235, nt.
 238; 273, nt. 320; 292, nt. 37.
 TAUBES J.: 298, nt. 59.
 TEETER E.: 303, nt. 78; 321, nt. 158;
 334, nt. 225; 335, nt. 228; 336, nt.
 240; 337, ntt. 243, 244, 245, 246;
 338, nt. 248; 339, ntt. 252, 253.
 THALHEIM T.: 108, nt. 219; 122, nt.
 253.
 THEODORIDES A.: 288, nt. 17; 289, nt.
 24; 290, nt. 26; 291 e ntt. 30, 31;
 293, nt. 43; 294, nt. 46; 296, ntt.
 51, 54; 297, ntt. 56, 57, 58; 298, nt.
 58; 299; 301, nt. 71; 303, nt. 79;
 305, nt. 91; 307, nt. 98; 309, ntt.
 109, 110; 311, ntt. 115, 118; 312,
 ntt. 120, 121, 122; 313, ntt. 123,
 128; 314, nt. 130; 315, nt. 131;
 316, nt. 133; 319, nt. 152; 320, nt.
 155; 327, nt. 185; 329, nt. 193;
 331, nt. 207; 339, ntt. 253, 254,
 255; 340, ntt. 257, 258, 259; 342 e
 ntt. 267, 268; 344, nt. 272; 346, nt.
 279; 348, nt. 283; 353, nt. 311.
- THOMAS Y.: 15, nt. 46.
 THOME G.: 221, nt. 196.
 THONISSEN J.J.: 109, nt. 220.
 THÜR G.: 48, ntt. 48, 49, 50; 77, nt.
 139.
 TOBIN V.A.: 300, nt. 68; 303, nt. 78;
 316, nt. 136; 320, nt. 155; 321, nt.
 157; 335, nt. 228; 339, nt. 254.
 TODD S.: 37, nt. 15; 56, nt. 85; 68, nt.
 119; 76, nt. 139; 88, nt. 173; 102,
 nt. 203; 107, nt. 217; 109, nt. 221;
 111, nt. 225.
 TODESCAN F.: 53, nt. 71.
 TOMULESCU C.S.: 278, nt. 326.
 TONDO S.: 4, nt. 16; 24, nt. 65; 166,
 nt. 68; 169, nt. 84; 170, nt. 88; 174,
 nt. 98; 192, nt. 133; 206, nt. 158.
 TOSI M.: 302, nt. 75; 310, nt. 113.
 TRAINA A.: 164, ntt. 75, 76; 257, nt.
 280; 258, nt. 283; 260, nt. 289;
 266, nt. 306.
 TRESTON H.J.: 41, nt. 31; 44, nt. 36.
 TREVES FACCHETTI F.: 273, nt. 320.
 TRINCHERI T.: 150, nt. 37; 151, nt.
 40.
 UNTERSTEINER E.: 52, nt. 70.
 UPHILL E.: 332, nt. 212.
 URMSON J.O.: 150, nt. 36; 171, nt. 94.
- VACCA L.: 18, nt. 53.
 VALDITARA G.: 199, nt. 146; 205, nt.
 155; 219, nt. 188.
 VAN DE WALLE B.: 353, nt. 303.

- VAN DEN BOORN G.P.F.: 304, nt. 86.
 VAN DIJK J.: 328, nt. 192.
 VAN EFFENTERRE H.: 43, nt. 35.
 VAN GRONINGEN B.A.: 277, nt. 326.
 VAN VOSS M.H.: 302, nt. 71.
 VANGEROW K.A.: 278, nt. 326.
 VARVARO M.: 198, nt. 144; 205, nt. 156;
 207, nt. 159; 212, nnt. 171, 173; 213,
 nt. 174; 215, nt. 177; 218, nt. 186;
 240, nt. 251; 248, nt. 261.
 VEENHOF K.A.: 328, nt. 192.
 VEGETTI M.: 34, nt. 6; 42, nt. 33.
 VELISSAROPOULOS KARAKOSTAS J.: 76,
 nt. 139.
 VERDIER R.: 15, nt. 46.
 VERNANT J.-P.: 22, nt. 63; 34, nt. 9;
 38, nt. 18; 40 e nt. 23; 41, nt. 26;
 42, nt. 33; 51 e nt. 65.
 VERSTEEG R.: 296, nnt. 54, 55; 309, nt.
 107; 311, nt. 115; 313, nt. 127;
 316, nt. 133; 317, nt. 142; 319, nt.
 152; 332, nt. 210; 341, nt. 261;
 345, nt. 276; 350, nt. 291; 351, nnt.
 295, 296; 352, nnt. 302, 304.
 VIDAL-NAQUET P.: 41, nt. 28.
 VILLET M.: 301, nt. 69.
 VILLEY M.: 32, nt. 76.
 VINOGRADOFF: 127, NT. 265.
 VISSER M.: 42, nt. 31.
 VOCI P.: 3, nt. 8; 168, nt. 81; 192, nt.
 134; 193, nt. 134; 223, nt. 198;
 240, nt. 253.
 VOEGELIN E.: 295 e nt. 49; 317; 318 e
 nnt. 144, 145, 148.
 VOGELSANG F.: 332, nt. 210.
 VOIGT M.: 24, nt. 65; 30, nt. 71; 150,
 nt. 37; 199, nt. 146; 200, nt. 146;
 251, nt. 267; 275, nt. 323.
 VOLONAKI E.: 64, nt. 105; 84, nt. 160.
 VOLTERRA E.: 28, nt. 70; 167, nt. 80;
 218, nt. 187.
 VON ERFFA C.E.: 36, nt. 14.
 VON JHERING R.: 278, nt. 326.
 VON REDEN S.: 35, nt. 10.
 VON SCHWERIN C.: 264, nt. 302.
 VOSSLER K: 164, nt. 75.
 WALDE A.: 263, nt. 299.
 WALLACE M.B.: 105, nt. 210.
 WALLACE R.: 61, nt. 98.
 WALLIS BUBGE E.A.: 317, nt. 154; 329,
 nt. 198.
 WARBURTON D.A.: 293, nt. 43.
 WARD W.A.: 293, nt. 43.
 WARMINGTON E.H.: 29, nt. 71; 257,
 nt. 281.
 WARNOCK G.J.: 150, nt. 36; 171, nt.
 94.
 WATSON A.: 246, nt. 259; 259 e nt.
 287; 268, nt. 309; 283, nt. 7.
 WEINER M.: 295, nt. 47.
 WEISS E.: 278, nt. 326.
 WERBLOWSKY K.J.Z.: 302, nt. 71.
 WESTBROOK R.: 22, nt. 62; 35, nt. 9;
 45, nt. 37; 257, nt. 281; 259, nt.
 288; 278, nt. 326; 288, nt. 17.
 WESTENDORF W.: 316, nt. 135; 340,
 nt. 256.
 WESTERMANN W.: 102, nt. 203.
 WHITEHEAD D.: 58, nt. 90; 106, nt.
 210.
 WICKERT E.: 265, nt. 302.
 WIEACKER F.: 3, nt. 8; 28, nt. 70; 155,
 nt. 57; 159, nt. 68; 165, nt. 78; 169,
 nt. 86; 259, nt. 288.
 WILKEN U.: 19, nt. 55.
 WILLEMS H.: 354, nt. 315.
 WILLIAM V.H.: 38, nt. 16.
 WILSON J.A.: 291, nt. 29; 292, nt. 39;
 295, nt. 48; 297; 301, nt. 70; 305,
 nt. 91; 307, nt. 97; 314 e nt. 129;
 327, nt. 185; 339, nt. 254; 340, nt.
 258; 352, nt. 302; 353, nt. 311.
 WILSON P.: 56, nt. 84.
 WITT P.: 275, nt. 323.
 WŁASSAK M.: 200, nt. 146; 207, nt.
 159; 209, nt. 165; 218, nt. 187;
 233, nt. 233; 235, nt. 238.

- WOLF E.: 37, nt. 14.
WOLF G.: 264, nt. 302; 265, nt. 302.
WOLFF H.J.: 42, nt. 34; 43, nt. 34;
72, nt. 131; 100, nt. 197; 123, nt.
255.
YAMAGATA N.: 36, nt. 13; 37, nt. 14.
YARON E.: 257, nt. 281; 259 e nt. 286.
YOUNI M.: 76, nt. 139.
YOYOTTE J.: 321, nt. 157.
ZABA Z.: 341, nt. 263.
ZABKAR L.: 335, nt. 229.
ZABLOCKA M.: 264, nt. 302.
ZAGREBELSKY G.: 51, nt. 64.
ZANATTA M.: 40, nt. 22.
ZANCO E.: 286, nt. 14; 287, nt. 15.
ZANETTI G.: 39, nt. 19.
ZIOLKOWSKI A.: 4, nt. 11.
ZLINSKY J.: 224, nt. 201.
ZOCCO-ROSA A.: 138, nt. 7.
ZUCCOTTI F.: 137, nt. 7; 146, nt. 29;
192, nt. 133.
ZWIERLEIN O.: 275, nt. 323.

INDICE DELLE FONTI

1. FONTI GRECHE		<i>In Ctesiphontem</i>	
A) FONTI LETTERARIE		3.9-10	86, nt. 166
Aeschylus		Andocides	
<i>Choephoroe</i>		<i>De mysteriis</i>	
439	161, nt. 72	1.33	118, nt. 243
<i>Eumenides</i>		1.78	131, nt. 273
445-453	42, nt. 32	1.91	67, nt. 118
<i>Fragmenta</i> (Noack)		<i>In Alcibiadem</i>	
373	357, nt. 321	4.18	69; 118, nt. 243
<i>Supplices</i>		Alexis	
234-236	357, nt. 321	<i>Fragmenta</i>	
914	357, nt. 321	78 K.-A.	80, nt. 151; 119, nt. 246
Aeschines		Antiphon	
<i>In Timarchum</i>		<i>In novercam</i>	
1.69	107, nt. 217	1.3	81, nt. 154; 94
1.90	60, nt. 126	1.9	81, nt. 154; 94 s.
1.91	61, nt. 99; 64, nt. 110; 66, nt. 114; 69, nt. 125; 80, nt. 151; 82	<i>De caede Herodis</i>	
1.110-111	58, nt. 90	5.9	63, nt. 102; 69, nt. 125
1.113	69, nt. 125; 131, nt. 273	5.17	64, ntt. 106, 108
<i>De falsa legatione</i>		Apollodorus	
2.87-88	86, nt. 166	<i>Bibliotheca</i>	
		3.14.1	86, nt. 157

Aristophanes		<i>Respublica Atheniensium</i>	
<i>Aves</i>		1	40, nt. 24
497	58, nt. 90	4.1	60, nt. 93
<i>Equites</i>		7.1	60, nt. 93
		7.3	78, nt. 141; 119, nt. 247
436	58, nt. 90		
442 ss.	131, nt. 273	14.1	61, nt. 98
444	58, nt. 90	29.4	67, nt. 118
1224	58, nt. 90	39.5	85, nt. 162
1226	58, nt. 90	48.3-5	130, nt. 273
		52.1	64, ntt. 108, 110; 66, nt. 114; 68, nt. 123; 70, nt. 126
<i>Nubes</i>			
497-499	80, nt. 151		
1321 ss.	59, nt. 92		
<i>Vespae</i>		53.1	104; 110
		53.2	107; 110 e nt. 225
842	131, nt. 273		
894	131, nt. 273	54.2	58, nt. 90; 130, nt. 273
907	131, nt. 273		
935	103; 130, nt. 273	54.5-6	106
1108	65, nt. 110; 66, nt. 114	56.6	106
		58.1-3	104
		59.1-4	127, nt. 267
Aristoteles		59.2	131, nt. 273
<i>De iustitia</i> (Rose)		60.2	86, nt. 167
<i>Fr.</i> 84	70, nt. 126; 96, nt. 192; 119, nt. 246	68-69	107, nt. 218
		<i>Rhetorica</i>	
<i>Ethica Nicomachaea</i>		1367 a	56, nt. 83
1130 a 8 ss.	39, nt. 21	1369 b	14, nt. 46
1130 b 30-1131 a 1	285, nt. 12	1370 b-1371 a	15, nt. 46; 56, nt. 83
1131 a 1-9	286, nt. 12	1378 a-b	15, nt. 46; 56, nt. 83
<i>Problemata</i>		Athenaeus	
952 a-b	126; 131	<i>Deipnosophistae</i>	
952 a 17-20	99; 121	6.227 d- 228 b	59, nt. 92
952 a 17-30	132, nt. 274		
952 b 13-34	132, nt. 274		
<i>Politica</i>		Claudius Aelianus	
1274 a-b	42, nt. 33	<i>De natura animalium</i>	
1274 b 15	60, nt. 93	10.29	363, nt. 353

Clemens Alexandrinus			123; 128; 134
<i>Stromata</i>		22.26	62; 116
		22.27	103; 104; 114;
1.15	358, nt. 324		118
5.4.7-8	359, nt. 332	22.32	119, nt. 246
		22.60	189, nt. 130
Democrates		22.65	57, nt. 90; 131,
<i>Fragmenta</i>			nt. 273
3	70, nt. 126	22.71	131, nt. 273
		<i>In Aristocratem</i>	
Demosthenes		23.27	119, nt. 247
<i>Philippica III</i>		23.51	77, nt. 159
9.22	58, nt. 90	23.53	87 e nt. 171; 88
		23.60	77, nt. 139
Περὶ τῶν συμμορῶν		23.75-76	56
14.81	80, nt. 151	23.80	118, nt. 243
		23.157	86, nt. 166
<i>De falsa legatione</i>		<i>In Timocratem</i>	
19.121-123	86, nt. 166	24.2	57, nt. 90; 131,
19.293	86, nt. 166		nt. 273
<i>Adversus Leptinem</i>		24.7	118, nt. 243
20.29-40	117, nt. 241	24.59	100, nt. 197;
20.156	67, nt. 118		117, nt. 241
		24.60	57, nt. 90; 131,
<i>In Midiam</i>			nt. 273
21.9	37, nt. 15	24.63	64, nt. 108; 66,
21.47	118, nt. 243		nt. 114
21.54	37, nt. 15	24.65	65, nt. 110
21.72	37, nt. 15	24.103-104	134, nt. 276
21.74-76	56	24.103	102, nt. 201
		24.105	64, nt. 108; 99;
<i>Adversus Androtonem</i>			101, nt. 199;
22.21	117, nt. 241		102, nt. 199;
22.25	102, nt. 201;		108; 109, nt.
	116; 117, nt.		220; 111; 114;
	242		122, nt. 254;
22.26-27	72, 74, 99; 116;		123; 127, nt.
	117; 124 e nt.		267
	256; 125, nt.	24.106	102, nt. 201
	257; 127 e nt.	24.112	58, nt. 90; 109,
	267; 128; 130;		nt. 220; 131, nt.
	134		273
22.26-28	69, nt. 125; 103;	24.113-114	61; 70, nt. 126;

	72; 76; 116; 123; 125, nt. 257	32.12	57, nt. 90
24.113	69, nt. 125; 64, nt. 108; 80, nt. 151; 102, nt. 201; 118; 119; 121; 122, nt. 254	<i>Contra Apatourium</i> 33.24	57, nt. 90
24.114	99; 101, nt. 199; 103; 108; 109, nt. 222; 111; 112; 113; 114; 120; 123; 126; 127, nt. 267	<i>Contra Phormionem</i> 34.13 <i>Contra Lacritum</i> 35.47	57, nt. 90 61, nt. 99; 64, nt. 108; 66, nt. 114; 67; 69, nt. 125
24.115	109, nt. 222	<i>Pro Phormione</i> 36.27	123, nt. 255
24.127	58, nt. 90; 131, nt. 273	<i>Contra Boeotum I</i> 39.35-26	86, nt. 166
24.144	66, nt. 114		
24.146	66, nt. 114; 67, nt. 118	<i>Contra Macartatum</i> 43.70	86, nt. 167
24.172	58, nt. 90; 131, nt. 273	<i>In Stephanum I</i> 45.81	61, nt. 99; 69, nt. 125; 70, nt. 126; 86, nt. 166; 127, nt. 267
<i>In Aristogitonem I</i>			
25.61-62	119, nt. 246		
<i>In Aristogitonem II</i>			
26.9	118, nt. 243	<i>In Evergum et Mnesibulum</i> 47.68 ss.	49, nt. 52
26.24	102, nt. 202	<i>Contra Nicostratum</i> 53.1	118, nt. 243
<i>In Aphobum I</i>		53.17	59, nt. 92
27.29	58, nt. 90	<i>In Cononem</i> 54.9	37, nt. 15
27.40	58, nt. 90		
27.48	58, nt. 90	<i>In Dionysodorum</i> 56.4	57, nt. 90
<i>In Aphobum II</i>			
28.16	57, nt. 90	<i>In Theocrinem</i> 58.1-2	55, nt. 80
<i>Contra Aphobum</i>		58.6	118, nt. 243
29.29	57, nt. 90	58.11	67, nt. 118
29.49	57, nt. 90		
<i>Contra Zenothemin</i>			
32.5	57, nt. 90		
32.7	57, nt. 90		

58.15	58, nt. 90; 131, nt. 273	1.81 12.12-20 12.11.3-4 12.23.2 12.23.25	359, nt. 330 42, nt. 33 180, nt. 111 180, nt. 111 180, nt. 111
<i>In Neaeram</i>			
59.45	60, nt. 95		
Dinarchus		Diogenes Laertius	
<i>In Demosthenem</i>		<i>Vitae philosophorum</i>	
1.29	97	3.15	358, nt. 324
1.53-54	97, nt. 194	10	362, nt. 350
1.70	58, nt. 90		
1.77	98, nt. 194	Euripides	
<i>In Aristogitonem</i>		<i>Supplices</i>	
2.4	55, nt. 78	524-526	51, nt. 64
2.9-10	119, nt. 246	537-541	51, nt. 64
<i>Fragmenta</i>		563	51, nt. 64
54.1	61, nt. 97	671	51, nt. 64
Dionysius Halicarnassensis		Eusebius	
<i>Antiquitates Romanae</i>		<i>Praeparatio evangelica</i>	
2.10.3	146, nt. 29; 151, nt. 43	2 <i>pref.</i> 5	361, nt. 347
2.27	148, nt. 32	Flavius Josephus	
2.74.3	146, nt. 29; 151, nt. 45	<i>Antiquitates Judaicae</i>	
4.25.2	222, nt. 197; 239, nt. 248	1.73	361, nt. 348
4.36.2	239, nt. 248	Herodotus	
10.8.4	232, nt. 228	<i>Historiae</i>	
10.51.5	28, nt. 70	2.35	286, nt. 13; 357, nt. 322
11.46.4	232, nt. 228	6.72	95
13.5.3	232, nt. 228	7.6.3	96, nt. 192
Dio Cassius		Hesiodus	
<i>Historiae Romanae</i>		<i>Opera et dies</i>	
4.17.8	203, nt. 150	238-247	35, nt. 9
37.29.1	231, nt. 226	<i>Theogonia</i>	
Diodorus Siculus		91	35, nt. 11
<i>Bibliotheca Historica</i>			

Hyperides		Ἵμῆρου καὶ Ἡσιόδου ἀγῶν (Allen)	
<i>In Athenogenem</i>		21-22	360, nt. 340
5.29	67, nt. 118	Horapollus Niliacus	
Homerus		<i>Hieroglyphica</i>	
<i>Ilias</i>		1.13	287, nt. 14
1.152 ss.	364, nt. 357	Iamblichus	
1.233-239	35, nt. 9	<i>De mysteriis</i>	
2.204-206	35, nt. 9	8.4	363, nt. 356
6.351	52, nt. 69	Isaeus	
9.96-99	35, nt. 9	<i>De Apollodoro</i>	
9.382-384	356, nt. 321	7.7	57, nt. 90
9.406 ss.	364, nt. 357	<i>De Nicostrato</i>	
16.384-392	35, nt. 9	4.28	69, nt. 125; 70, nt. 126; 80, nt. 151
18.497-508	44, nt. 37	Isocrates	
23.553-554	48, nt. 49	<i>In Callimachum</i>	
23.570-585	48, nt. 50	2.51-53	91, nt. 183
24.734-737	44, nt. 36	<i>De bigis</i>	
<i>Odyssea</i>		4.90	61, nt. 99
1.298-300	44, nt. 36	<i>Evagoras</i>	
1.376-380	44, nt. 36	15.90	69, nt. 125
2.202-209	44, nt. 36	15.237	68
3.71 ss.	364, nt. 357	<i>Areopagiticus</i>	
4.220-223	356, nt. 321	18.57	58, nt. 90
4.227-232	356, nt. 321	<i>Philippus</i>	
9.394 s.	364, nt. 357	20.5	55, nt. 79;
9.252 ss.	364, nt. 357	20.6	127, nt. 267
11.568-571	35, nt. 9	Johannes Chrysostomus	
11.185-187	35, nt. 9	<i>De incomprehensibili Dei natura</i>	
12.439-440	35, nt. 9	12.1.108	54, nt. 74
15.272-278	44, nt. 36		
16.426 ss.	364, nt. 357		
17.485-487	35, nt. 11		
21.16 ss.	364, nt. 357		
22.40	52, nt. 69		
23.356 ss.	364, nt. 357		
24.111 s.	364, nt. 357		
<i>Hymnus Homericus in Mercurium</i>			
68 ss.	364, nt. 357		
389 ss.	364, nt. 357		

Lucianus		13.69	80, nt. 151
<i>Eunuchus</i>		13.85	65, nt. 112
		13.86	65, nt. 113
10	83, nt. 158; 87 e nt. 172; 88; 120, nt. 250	Δήμου καταλύσεως ἀπολογία	
		25.19	131, nt. 273
<i>Philopseudes</i>		<i>In Epicratem</i>	
34	360, nt. 337	27.3	131, nt. 273
		27.6	131, nt. 273
Lycurgus		27.7	131, nt. 273
<i>Oratio in Leocratem</i>		27.11	58, nt. 90; 131, nt. 273
1.93	63, nt. 103	27.12	131, nt. 273
Lysias		<i>In Ergoclem</i>	
<i>De caede Eratosthenis</i>		28.3	131, nt. 273
		28.11	131, nt. 273
1.19-21	89	<i>In Philocratem</i>	
1.21	87		
1.24	88, nt. 176; 155, nt. 57	29.11	60, nt. 65; 109, nt. 220; 112, nt. 228; 131, nt. 273
1.29	88		
<i>Contra Simonem</i>		29.13	131, nt. 273
3.6	59, nt. 92	<i>In Nicomachum</i>	
3.85-87	70, nt. 126; 83 s.		
<i>Areopagiticus</i>		30.23	131, nt. 273
		30.25	131, nt. 273
7.42	86, nt. 167; 81, nt. 154; 86	Menander	
<i>In Theomnestum I</i>		<i>Misumenos</i>	
10.5	57, nt. 90	216-221	93, nt. 189
10.15	102, nt. 201	216 ss.	80, nt. 151
10.16	99; 101; 112		
10.17	60, nt. 95; 61, nt. 99	Olympiodorus Alchemicus	
<i>In Agoratum</i>		<i>De arte sacra</i>	
		2.80.9	360, nt. 339
13.3	15, nt. 46	Pindarus	
13.3-4	54, nt. 76	<i>Fragmenta</i>	
13.29-30	86, nt. 166		
13.48	15, nt. 46; 54, nt. 76	169	50, nt. 58

<i>Olympia</i>		274 d	364, nt. 357
4.15-16	35, nt. 11	<i>Philebus</i>	
13.9-10	35, nt. 11	18 b	358, nt. 326
<i>Pythia</i>		<i>Protagoras</i>	
66-67	35, nt. 11	318 e-319	53, nt. 72
Plato		322	71, nt. 129
<i>Apologia Socratis</i>		324 a-b	15, nt. 46
32 b	67, nt. 118	<i>Respubilca</i>	
36-38	107, nt. 217	339 b	39, nt. 21
<i>Gorgias</i>		359 a	39, nt. 21
535 b	14, nt. 46	<i>Theaetetus</i>	
<i>Leges</i>		172 a	39, nt. 21
854 a-855 a	42, nt. 33	<i>Timaeus</i>	
865 b	41, nt. 31	20 d-25 e	358, nt. 325
874 b	76, nt. 139	<i>Plotinus</i>	
874 c	77, nt. 139	Enneades	
656 d-e	358, nt. 326	5.8.6	359, nt. 331
799 a-b	358, nt. 326	Plutarchus	
819 b-c	358, nt. 326	<i>Romulus</i>	
844 c	112, nt. 228	13	151, nt. 43
857 a-b	123, nt. 255	22.3	151, nt. 44
913 c-d	112, nt. 228	<i>Lycurgus</i>	
914 b	109, nt. 220	6.2	41, nt. 31
914 b-c	123, nt. 255	<i>Publicola</i>	
933 b	60, nt. 95	12.1-2	146, nt. 29
941 c	123, nt. 255	<i>Solon</i>	
954 a	277, nt. 326	17.1-3	60, nt. 93
954 a-b	123, nt. 255; 275, nt. 323	<i>De Iside et Osiride</i>	
955 b	112, nt. 228	355 a-e	359, nt. 329
<i>Menon</i>		352 a	364, nt. 357
80 b	68, nt. 122	355 d	364, nt. 357
<i>Minos</i>		366 e	364, nt. 357
314 d	39, nt. 21		
<i>Phaedo</i>			
274 d-e	358, nt. 327		

Polybius		Thucydides	
<i>Historiae</i>		<i>Historiae</i>	
6.14.6	231, nt. 222	1.134.4	63, nt. 103
6.14.7-8	232, nt. 228	3.39-40	15, nt. 46
		3.45.3	63, nt. 103
		4.105.2	92
Porphyrus			
<i>De abstinentia</i>		Xenophon	
4.6-8	363, nt. 355	<i>Anabasis</i>	
		1.9.13	63, nt. 103
Scholia		<i>Hiero</i>	
Aristoph. <i>nub.</i> 499	60, nt. 95	10.4	63, nt. 103
Aristoph. <i>Plut.</i> 455	80, nt. 151; 92 s.		
Aristoph. <i>vespae</i> 1108	65, nt. 110	<i>Memorabilia</i>	
Dem. 20.156	68, nt. 122	1.2.56	63, nt. 103
Dem. 22.26	64, nt. 108; 68, nt. 122	1.2.62-63	70, nt. 126; 90
Dem. 24.80	64, nt. 108	4.6.5-6	39, nt. 21
Dem. 24.293	69, nt. 125	<i>Oeconomicus</i>	
Plato <i>leg.</i> 865 b	41, nt. 31	14.4-5	70, nt. 126
Plato <i>Menon</i> 80 b	68, nt. 122	14.5	96, nt. 192
Solon			
<i>Elegia</i>		B) LESSICOGRAFIA	
3.36	35, nt. 11	Etymologicum Magnum	
		voce ἔνδεκα	68
Sophocles		voce ἐπ'αὐτοφῶρῳ	80, nt. 151; 81, nt. 154
<i>Antigone</i>			
51	80, nt. 151	Harpocration	
332-375	51, nt. 64	<i>Lexicon</i>	
447 ss.	51, nt. 64	voce ἀμφιγνοεῖν	61, nt. 96
<i>Electra</i>		voce ἀπαγε	68
445	161, nt. 72	voce οἴκημα	61, nt. 96
Strabo		Hesichius	
<i>Geographica</i>		<i>Lexicon</i>	
14.1.25	28, nt. 70	voce ἀπαγωγή	68
		voce ἐπ' αὐτοφανεῖσι	92

Synopsis Basilicorum		Augustinus Hipponensis	
K. 19.20	142, nt. 19; 143, nt. 22; 175, nt. 99	<i>Quaestiones in heptateuchum</i>	
		2.84	158, nt. 66; 172, nt. 103
Synopsis minor Basilicorum		<i>De civitate Dei</i>	
K. 42	175, nt. 99	2.9	230, nt. 222
		21.1	200, nt. 146
Paraphrasis Theophili		Cato	
4.12 pr.	202, nt. 148	<i>Origines</i> (Peter ²)	
		81	174, nt. 98; 207; 243; 252
2. FONTI LATINE			
A) FONTI LETTERARIE			
Accius		<i>De agricultura</i>	
<i>Tragoediae</i> (Ribb. ³)		139	163, nt. 73
266	261, nt. 291	Charisius	
Ammianus Marcellinus		<i>Institutio de arte grammatica</i> (Keil)	
<i>Res gestae a fine Corneli Taciti</i>		I, 133	141, nt. 18
17.4.6-11	359, nt. 334	Cicero	
Apuleius		<i>Epistulae ad Atticum</i>	
<i>Metamorphoseon libri</i>		15.3.2	184, nt. 118
11.22	359, nt. 333	<i>De domo sua ad pontifices</i>	
{Auctor}		32.86	232, nt. 227
<i>Asclepius</i>		<i>In Pisonem</i>	
3.25	64 e nt. 358	35.86	203, nt. 150
{Auctor}		<i>In Vatinius</i>	
<i>De viris illustribus librorum</i>		37	231, nt. 226
23	232, nt. 227	<i>In Verrem</i>	
{Auctor}		2.3.10.24	203, nt. 150
<i>Rhetorica ad Herennium</i>		<i>Pro Balbo</i>	
1.13.23	167, nt. 81	6	231, nt. 224
2.13.20	257, nt. 280	<i>Pro Caecina</i>	
		34.100	232, nt. 226

<i>Pro Flacco</i>		<i>De legibus</i>	
20.48	203, nt. 150; 216, nt. 180; 217, nt. 180	2.4.9 2.14-16 2.23.59	30, nt. 71 42, nt. 33 11, nt. 39; 30, nt. 71
<i>Pro Milone</i>		3.4.11 3.19.44	206, nt. 158 206, nt. 158
3.8	183, nt. 117	<i>De natura deorum</i>	
3.9	141, nt. 19; 144, nt. 23; 158, nt. 65; 159, nt. 69	3.30.74	248, nt. 261; 254, nt. 275; 261
31.85	173, nt. 96	<i>De officiis</i>	
69	177, nt. 103	3.5.23	200, nt. 146; 201, nt. 147; 250, nt. 265
<i>Pro Murena</i>		3.16.65	170, nt. 90; 171, nt. 93
67	231, nt. 226	3.16.65-67	166 s., nt. 80
89	231, nt. 226	<i>De oratore</i>	
<i>Pro Plancio</i>		1.40.181-2 1.41.186-192 1.43.194	231, nt. 224 32, nt. 76 200, nt. 146; 250, nt. 265
83	231, nt. 226	1.44.197 1.57.245 3.38.153 3.39.158	28, nt. 70 167, nt. 80 171, nt. 93 174, nt. 98
<i>Pro Roscio Comodeo</i>		<i>De republica</i>	
14.41	203, nt. 250	1.17.31	173, nt. 96
32	251, nt. 267	2.21.38	164, nt. 75; 239, nt. 248
<i>Pro Sestio</i>		2.31.54 2.36.61	206, nt. 158 174, nt. 98; 206, nt. 158
17.38	203, nt. 150	5.2.3	239, nt. 248
30.65	206, nt. 158	5.21.38	239, nt. 248
34.74	206, nt. 158	<i>Topica</i>	
67.141	21, nt. 60	5.28	215, nt. 178
133-134	231, nt. 226	5.30-34	215, nt. 178
<i>Pro Tullio</i>		<i>De finibus honorum et malorum</i>	
17.40	183, nt. 117	5.4.11 28, nt. 70	
20.47	141, nt. 19; 142, nt. 22; 146, nt. 29; 178, ntt. 104, 107	<i>De inventione</i>	
21.50	142, nt. 22; 149; 155, nt. 57	2.50.148 167, nt. 81	

<i>Tusculanae disputationes</i>		Gellius	
1.1.2	21, nt. 60	<i>Noctes Atticae</i>	
Ennius		<i>praef.</i> 1.21	1, nt.1
<i>Annales</i> (Vahl. ²)		<i>praef.</i> 13	9, nt. 30
494	261, nt. 291	1.10.1	21, nt. 60
Eutropius		1.12.14	163, nt. 73
<i>Breviarium historiae Romanae</i>		1.12.18	29, nt. 71
1.20.1	232, nt. 227	1.18.18	203, nt. 151
Festus		1.18.3-6	25, nt. 66
<i>De verborum significatu</i> (Lindsay)		2.15.5	21, nt. 60
voce 'adorare' (17)	257	2.26	21, nt. 60
voce 'escit' (68)	261, nt. 291	2.26.1	21, nt. 60
voce 'im' (92)	141, nt. 18	3.1.1	21, nt. 60
voce 'ne' (158)	246; 254, nt. 274	3.13.14	1
voce 'noxia' (180)	199, nt. 146; 201, nt. 148	3.19.1	21, nt. 60
voce 'nuncupata pecunia'		4.1	9, nt. 31
(176)	166, nt. 80; 171, nt. 93	4.1.1	21, nt. 60
voce 'parrici quaestores'		4.14	363, nt. 352
(247)	145, nt. 29; 148, nt. 32; 174, nt. 98	5.13.11	203, nt. 151
voce 'plorare' (260)	142, nt. 22, 143, 149	6.15.1	29, nt. 71; 202, nt. 148
voce 'reus' (336)	30, nt. 71	7.6.2	1, nt.1.
voce 'sub vos placo'		7.10.2	230, nt. 222
(402)	142, nt. 22	7.14.1-8	14, nt. 46;
voce 'subigere arietem'		8.1	25, nt. 66; 141, nt. 18;
(476)	174, nt. 98	9.13.5	21, nt. 60
voce 'talionis' (496)	190; 208, nt. 62	11.18	30
voce 'viginti' (508)	208, nt. 62	11.18.1-15	23; 136, nt. 4
Florus		11.18.6-7	136, nt. 3; 141, nt. 19; 178, nt. 107
<i>Epitome</i>		11.18.6-10	24
1.22.4	232, nt. 227	11.18.6-14	25, nt. 66
		11.18.6-15	26, nt. 67
		11.18.8	150, nt. 39; 194; 198, nt. 144;
			201, nt. 147; 204, nt. 153;
			239, nt. 249;
			240, nt. 250;
			245, nt. 258
		11.18.9	25, nt. 66; 204,

	nt. 152; 264, nt. 302		nt. 19; 178, nt. 106; 214; 221 e nt. 194
11.18.10	202, nt. 148		10, nt. 35;
11.18.10-12	195, nt. 138	20.1.10-11	11, nt. 37; 29, nt. 71
11.18.11	196, nt. 139; 266	20.1.12-13	208, nt. 162
11.18.11-14	25, nt. 66		10, nt. 36;
11.18.12-13	26, nt. 67; 268, nt. 309	20.1.14	190, nt. 133
		20.1.14-16	203, nt. 151
11.18.13	269, nt. 311	20.1.14-18	12, nt. 42; 16, nt. 49; 21; 136, nt. 1
11.18.14	254, nt. 275	20.1.19	12, nt. 43;
11.18.15	25; 194; 244; 245; 246; 248, nt. 261, 256	20.1.22	208, nt. 162
		20.1.31-32	191, nt. 133
11.18.16	26, nt. 68; 27; 284; 287; 355; 363	20.1.32	12, nt. 44; 13, nt. 44
		20.1.33-38	13, nt. 44;
11.18.17	27, 69, 364, nt. 357	20.1.34-38	203, nt. 151
			203, nt. 151
11.18.18	216, nt. 179; 220, nt. 190	20.1.39	203, nt. 151
		20.1.42	203, nt. 151
11.18.19-23	26, nt. 67	20.1.42-43	166, nt. 79; 203, nt. 151; 216, nt. 180; 217, nt. 184
11.18.20	271, nt. 317	20.1.44	244, nt. 258
11.18.22	269, nt. 311	20.1.45	203, nt. 151
12.11.1	21, nt. 60		13, nt. 44
13.13.1	4, nt. 10; 8, nt. 25	20.1.45-46	203, nt. 151
		20.1.46	203, nt. 151; 228
14.2.1	1, nt. 1.	20.1.47	203, nt. 151
15.13.11	166, nt. 79	20.1.48	13, nt. 44
16.10.8	25, nt. 66; 30, nt. 71; 264, nt. 302	20.1.48-53	203, nt. 151
			203, nt. 151
20.1	30	20.1.52	14, nt. 46
20.1.1-3	10, nt. 33	20.1.54	11, nt. 38
20.1.4	10, nt. 34	20.1.55	203, nt. 151
20.1.5-6	11, nt. 40	20.51	
20.1.6	1, nt. 1		
20.1.7	152, nt. 48; 177, nt. 102; 204, nt. 152; 207, nt. 159; 218, nt. 186; 220, nt. 190; 228, nt. 216; 244, nt. 258	Glossae graeco-latinae (Goetz)	
		II, 251.49	141, nt. 18
		Glossae latino-graecae (Goetz)	
		II, 75.19	141, nt. 18
		II, 77.21	141, nt. 18
		II, 77.23	141, nt. 18
20.1.7-8	12, nt. 41; 141,	II, 252.8	141, nt. 18

Glossaria latina (Lindsay)		7.4.2	200, nt. 146
V, 444.41	232, nt. 231	8.9.86	171, nt. 93
		23.14.2-4	217, nt. 184
Horatius		25.4.9	232, nt. 228
<i>Epistulae</i>		26.3.12	232, nt. 228
2.1.18-27	31, nt. 75	30.7.6	21, nt. 60
		31.30.4	173, nt. 96
		41.9.11	238, nt. 244
Isidorus Hispalensis		Macrobius	
<i>Origines seu Etymologiarum libri</i>		<i>Saturnalia</i>	
5.26.18	202, nt. 148; 204, nt. 152; 222	1.4.19	140, nt. 17; 182, nt. 114
5.2.2	163, nt. 73	1.11.30	217, nt. 184
5.27	200, nt. 146	1.6.30	277, nt. 326
		3.7.5	146, nt. 29
Livius		Martialis	
<i>Ab Urbe condita libri</i>		<i>Epigrammata</i>	
1.23	14, nt. 46	7.48.3	265, nt. 302
1.32.10	164, nt. 76	11.31.19	265, nt. 302
1.32.12	173, nt. 96		
1.32.12	212, nt. 173	Ovidius	
1.41.5	164, nt. 76	<i>Fasti</i>	
1.41.5	239, nt. 248	571 ss.	265, nt. 302
2.8.2	146, nt. 29		
3.13.18	232, nt. 228	Paulus Diaconus	
3.24.3-9	232, nt. 227	<i>Epitome</i> (Lindsay)	
3.25.1-3	232, nt. 227	voce 'addicere' (12)	200, nt. 146
3.29.6	232, nt. 227	voce 'capital' (42)	231, nt. 225
3.31.8	28, nt. 70	voce 'capitalis lucus' (57)	231, nt. 225
3.33.9-10	174, nt. 98	voce 'endoplorato' (67)	155, nt. 57; 176, nt. 100
3.58.9-10	232, nt. 228	voce 'lance et licio' (104)	264, nt. 302
4.15.1	183, nt. 117	voce 'masculino' (137)	150, nt. 38
4.53.7	200, nt. 146	voce 'noxia' (181)	201, nt. 147
5.32.8-9	232, nt. 227	voce 'Terminus' (505)	151, nt. 45
5.32.8-9	232, nt. 228	voce 'volones' (511)	217, nt. 184
6.14.10	203, nt. 150		
6.15.9	203, nt. 150		
6.20.6	203, nt. 150		
6.27.8-10	203, nt. 150		
6.34.2	203, nt. 150		
6.36.12	203, nt. 150		

Petronius		242	231, nt. 224
<i>Satyricon</i>		300	231, nt. 224
		475-482	230, nt. 222
131	265, nt. 302	<i>Poenulus</i>	
Plautus		<i>praef.</i> 53	274, nt. 321
		24	231, nt. 224
<i>Asinaria</i>		183-184	275, nt. 323
563	273, nt. 321	186	274, nt. 323
569	273, nt. 321	720	203, nt. 150
<i>Aulularia</i>		564	203, nt. 150; 274 s., nt. 323
399 ss.	253, nt. 274	785	253, nt. 274
464-467	273, nt. 321	833	203, nt. 150;
700	231, nt. 222		204, nt. 152
<i>Bacchides</i>		1336-1337	126
		1341	203, nt. 150;
67	199, nt. 146		274, nt. 323
378	199, nt. 146	1342-1344	253, nt. 274
1205	203, nt. 150	1361	203, nt. 150
<i>Captivi</i>		1362	253, nt. 274;
			274, nt. 323
327	199, nt. 146;	1371	253, nt. 274
	201, nt. 147	<i>Pseudulus</i>	
<i>Cistellaria</i>		255	231, nt. 224
106	199, nt. 146	519	231, nt. 224
<i>Curculio</i>		1232	231, nt. 222
49	199, nt. 146	<i>Rudens</i>	
<i>Menaechmi</i>		891	203, nt. 150
		929	231, nt. 224
576	151	<i>Truculentus</i>	
<i>Mercator</i>		819	231, nt. 222
153	231, nt. 224	<i>Trinummus</i>	
611-613	230, nt. 222	1187	258, nt. 284
<i>Miles Gloriosus</i>		Plinius Iunior	
293-297	230, nt. 222	<i>Epistulae</i>	
571	258, nt. 284	1.22.1-7	284, nt. 8
<i>Mostellaria</i>		10.54-55	19, nt. 55
211	231, nt. 224		

Terentius		7.2.1	141, nt. 19; 184, nt. 118; 185, ntt. 119, 120
<i>Phormio</i>			
334-335	203, nt. 150	7.3.1-3	142, nt. 19; 185, nt. 119
<i>Eunuchus</i>		7.3.2	144, nt. 23; 178, ntt. 104, 107
919	258, nt. 284	7.3.2-3	158, nt. 66
Tertullianus		7.3.3	184, nt. 118; 185, ntt. 119, 120
<i>Apologeticum</i>			
4.9	203, nt. 151	7.5.3	204, nt. 153
Valerius Maximus –		Epitome Gai	
<i>Facta et dicta memorabilia</i>		2.10.2	204, nt. 153
7.6.1	203, nt. 150; 217, nt. 184	XII tabularum leges	
Varro		1.1	163, nt. 73; 166, nt. 79
<i>De lingua Latina</i>		1.2	203, nt. 151
6.7.60	171, nt. 93	1.3	163, nt. 73; 166, nt. 79
Vergilius		1.6	257, nt. 281
<i>Aeneidos libri</i>		3.1-6	244, nt. 258
8.284	265, nt. 302	3.1	166, nt. 79
8.643	14, nt. 46	3.2	166, nt. 79
<i>Georgicon libri</i>		3.3	163, nt. 73; 166, nt. 79; 203, nt. 150
1.285	265, nt. 302	5.3	163, nt. 73; 167 s. e nt. 81; 169; 170, nt. 87; 171; 178, nt. 108; 180, nt. 110; 181, ntt. 111, 112
2.194	265, nt. 302		
<i>Eclogae</i>			
8.73	265, nt. 302		
B) FONTI GIURIDICHE PREGIUSTINIANEE		6.1	163, nt. 73; 166 e ntt. 79, 80; 168, nt. 81; 169; 170 e ntt. 87, 90; 171 e nt. 90; 178, nt. 108; 180, nt. 110;
Collatio legum Mosaicarum et Romanarum			
2.5.5	208, nt. 162		
7.1	158, nt. 65		
7.1-2	141, nt. 19		

	181, ntt. 111, 112	8.16	24, nt. 65; 208, nt. 162; 241, nt. 254; 250; 251 e nt. 267; 252; 254, nt. 274; 256
6.2	171, nt. 90		
8.2	174, nt. 98; 190; 208, nt. 162; 227; 241, nt. 254; 252	8.24a	174, nt. 98
8.3	208 e nt. 162; 243; 252	9.2	180, nt. 111
8.4	208 e nt. 162; 243; 252	12.3	249, nt. 262
8.9	197; 198, nt. 144; 208; 226; 238	12.5	169; 180, nt. 110; 181, nt. 112
8.10	226; 238		
8.12	24, nt. 65; 29; 139, nt. 34; 152; 153 e nt. 51; 157; 159, nt. 68; 160 e nt. 70; 163, nt. 73; 174; 175; 177; 178, nt. 108; 180, nt. 110; 181, ntt. 111, 112; 182 3 nt. 113; 187; 188; 190; 196, nt. 139; 197; 226; 227; 239; 244; 262	Labeonis ad praetorem libri (Bremer II.1, 116)	
		<i>Fr.</i> 115	231, nt. 224
		Lex Iulia municipalis (CIL, I, 206)	
		110	209, nt. 166
		Lex de Gallia Cisalpina (Riccobono)	
		21.18-20	217, nt. 181
		Lex Ursonensis (Riccobono)	
		61	203, nt. 150
		61.1-7	217, nt. 181
		Gai Institutiones	
8.13	24, nt. 65; 29; 144, nt. 23; 149; 152; 153 e ntt. 50, 51; 157, 160; 175; 176; 181, nt. 111; 183, nt. 116; 187; 189; 205, nt. 157; 227; 239; 244; 262	1.116-123	147, nt. 31
		1.159-162	230, nt. 220
		2.14	164, nt. 75
		2.51	268, nt. 309
		2.104	171, nt. 93
		2.166	212, nt. 173
		2.224	167, nt. 81
		2.282	204, nt. 151
		3.174	203, nt. 150; 212, nt. 173
8.14	24, nt. 65; 197; 227; 241, nt. 254; 252	3.183	194
		3.184	26, nt. 67; 204, nt. 153; 272
8.15a	24, nt. 65	3.185-188	197

3.188	276, nt. 326	4.25	203, nt. 150
3.189	26, nt. 67; 191, nt. 133; 202; 203, nt. 150; 204, nt. 152; 207, nt. 159; 208; 214; 218 e nt. 186; 219, nt. 188; 220, ntt. 190, 191, 192; 221 e nt. 193; 227; 233; 240, nt. 250;	4.21 4.21-23 4.22-24 4.37	200, nt. 146; 203, nt. 150; 204, nt. 151 212, nt. 173 203, nt. 151 209, nt. 106; 246 s., nt. 259; 238, nt. 261; 249, ntt. 262, 264; 253, nt. 273; 254, nt. 275; 261, nt. 294
3.190	26, nt. 67; 245; 246; 248, nt. 261; 256	4.83 4.111	212, nt. 173 202, nt. 148; 221, nt. 195
3.191	26, nt. 67	4.155	224, nt. 202
3.192	26, nt. 67; 264, nt. 302	4.171 4.173	204, nt. 151 202, nt. 148
3.193	278, nt. 326; 276, nt. 326	4.178	224, nt. 200
3.193a	276, nt. 326	Pauli Sententiae	
3.194	244, nt. 258; 245, nt. 258	1.19.1	167, nt. 80; 202, nt. 148; 204, nt. 151
3.195	26, nt. 67; 271, nt. 317	2.25.4	238, nt. 244
3.197	224, nt. 200	2.31.2	204, nt. 153
3.199	26, nt. 67; 147, nt. 31; 216, nt. 180; 217, nt. 184; 268, nt. 309	2.31.22 5.4.6 5.23.9	277, nt. 326 208, nt. 162 142, nt. 19
3.208	224, nt. 200	Tituli ex corpore Ulpiani	
3.217	199, nt. 146	2.4	284, nt. 10
3.223	208, nt. 162	11.14	168, nt. 81
4.8	167, nt. 80		
4.9	202, nt. 148; 204, nt. 151	C) FONTI GIURIDICHE GIUSTINIANEE	
4.13-17	164, nt. 75; 238, nt. 246	Codex	
4.16	212, nt. 173; 248, nt. 261; 254, nt. 275	6.2.13 7.26.6	209, nt. 166 269, nt. 312
4.17 a-b	212, nt. 173	Institutiones 1.16.4	229, nt. 218

3.27.7	204, nt. 151		247, nt. 259;
4.18.2	230, nt. 222		249, nt. 262
4.1.1-2	270, nt. 316	4.5.1	230, nt. 220
4.1	279, nt. 329	4.5.3.1	229, nt. 218
4.1.3	197; 204, nt. 153	4.5.11	230, nt. 220
4.1.9	147, nt. 31	4.6.23 pr.	216, nt. 180;
4.16.1	202, nt. 148		217, nt. 184
Digesta		9.2.2 pr.	204, nt. 151
1.2.1	29, nt. 71	9.2.2.1	204, nt. 151
1.2.2 pr.-4	16, nt. 50	9.2.11.3	18, nt. 53
1.2.2.1	239, nt. 248	9.2.15.1	18, nt. 53
1.2.2.2	180, nt. 111	9.2.21.1	18, nt. 53
1.2.2.4	28, nt. 70	9.2.23.10	204, nt. 151
1.2.2.14	239, nt. 248	9.2.27.21	254, nt. 275
1.2.2.16	206, nt. 158;	9.2.4.1	25, nt. 66; 26, nt.
	231, nt. 222;		67; 140, nt. 16;
	234, nt. 234		141, nt. 19; 143,
1.2.2.23	206, nt. 158;		nt. 22; 149, nt.
	234, nt. 234		34; 155, nt. 57;
1.3.15	18, nt. 53		156, nt. 57; 175
1.3.18	19, nt. 55		e nt. 99; 178,
1.3.20	17, nt. 51; 18, nt.		ntt. 104, 107;
	53	9.2.5	179, nt. 109
1.3.39	18, nt. 53	9.2.5 pr.	184, nt. 118
1.16.2	238, nt. 244		185, nt. 119;
2.4.18	29, nt. 71	9.2.51	186, nt. 120
2.4.20	29, nt. 71	9.4.2.1	16, nt. 50; 17. 53
2.4.22	29, nt. 71		16, nt. 49; 19, nt.
2.11.4 pr.	231, nt. 223		56; 136, nt. 1;
2.11.6	29, nt. 71	10.4.15	196, nt. 139
2.13.9.1	164, nt. 75	13.1.7 pr.	271, nt. 317
2.14.7.2	282, nt. 5; 283,		249, nt. 262;
	nt. 7		253, ntt. 270,
2.14.7.14	100, nt. 198;	13.7.36 pr.	272
	209, nt. 166;	19.1.32	271, nt. 317
	246, nt. 259;	19.2.19.2	282, nt. 3
	249, nt. 263	19.4.2	283, nt. 7
2.14.48	167, nt. 80	20.3.3	282, nt. 3
4.3.7.7	269, nt. 309	22.6.2	2, nt. 7
4.3.8	271, nt. 317	28.1.8.4	232, nt. 231
4.3.7.10	271, nt. 317	28.1.14	172, nt. 95
4.4.9.2	209, nt. 166;	28.3.6.6	232, nt. 231
	246, nt. 259;	29.2.25.3	232, nt. 231

B) EPIGRAFI BIOGRAFICHE		Ramses II (dedica in Abido)
Neferseshemra		KRI 2.237.1-2 341, nt. 263
Urk. I, 198.14-18	303 e nt. 77	Seti I (decreto di Nauri: ed. Griffith)
Pepiankh		pl. 38-43 333, nt. 220
Urk. I, 221-224 (=A1-6; B1 ed. Blackman, 24-26)	302 e nt. 74, 303	47-50 351
Rekhmira (autobiografia)		50-52 351
Urk. IV, 1078.6-7	332 e nt. 209	53-55 351
Rekhmira (titolatura del vizir)		71-74 351
Urk. IV, 1169.16	319, nt. 153	113-118 352, nt. 302
Weni		Tutankhamun (titolatura)
Urk. I, 102.9-16	345, nt. 276	Urk. IV, 2051.10 328, nt. 191
		Urk. IV, 2051.18 328, nt. 191
		Urk. IV, 2061.4 328, nt. 191
		Tutankhamun (stele della restaurazione: ed. Davies)
		772 ll. 5-6 (Urk. IV, 2038.5) nt. 192
		772 ll. 21-22 334
C) EPIGRAFI REGALI		
Amenhotep III		Tuthmosis III (testimonianze matrimoniali)
Urk. IV, 1688.17	332, nt. 213	Urk. IV, 557.3 333, nt. 222
Urk. IV, 1702.14	332, nt. 213	Tuthmosis III (stele poetica)
Urk. IV, 1703.7	332, nt. 213	Urk. IV, 611 ss. 338, nt. 250
Urk. IV, 1707.4	332, nt. 213	
Urk. IV, 1857.7	332, nt. 213	D) TESTI CD. MORALI
Hatshepsut (iscrizione di Speos Artemidos: ed. Fairman-Grdseloff)		Kagemni (istruzioni del vizir al figlio)
384.15-16	336 e nt. 238	Urk. I, 195.6-8 319 e nt. 152
385.1-3	336 e nt. 238	Ptahhotep (massime: ed. Zaba)
Horemhab (decreto)		88-90 341, nt. 263
Urk. IV, 2132.13	341, nt. 263	E) TESTI CD. FUNERARI
Urk. IV, 2142.15-16	333, nt. 217	Libro dei morti (ed. Wallis Budge)
Urk. IV, 2161.17	333, nt. 218	Ani 30.16-17 319, nt. 154
Urk. IV. 2155.9	342 e nt. 266	
Horemhab (incoronazione menfita)		
Urk. IV, 2122.19	341, nt. 263	

Nu 126.4-7	329 e nt. 198	I) TESTI DI PRESENTAZIONE DI MA'AT (ed. Teeter)	
Testi delle Piramidi (ed. Sethe)			
265 c	327 e nt. 187	Khaemhet	
316 a-319 b	336, nt. 241	(p. 122)	336, nt. 240
1775 b	327, nt. 188		
Testi dei Sarcofagi (ed. Faulkner)		Kheruef	
35 c-g	335	(p. 122)	336, nt. 240
G) TESTI POLITICO-RELIGIOSI		Ramses II - Horus	
Inno solare (ed. Assmann)		(p. 99 s.)	337, nt. 246
30-44	329 e nt. 197	Seti I - Amun	
Osiride (Stele Louvre C a 86: ed. Moret)		(p. 99 s.)	337, nt. 246
22-24	341, nt. 263	Seti I - Amun-ra	
Testi di Amarna (ed. Sandman)		(p. 99 s.)	337, nt. 246
24.5	336 e nt. 236	L) TESTI LETTERARI	
46.13	336 e nt. 235	Storia dell'Oasita Eloquente (ed. Vogel- sang - Gardiner; Griffith)	
46.14	335 e nt. 232	B1 62-64	332 e nt. 211
59.10	335 e nt. 230;	B1 67	319, nt. 152
	336 e nt. 234	B1 67-68	319, nt. 152
71.5	336 e nt. 234	B1 210	319, nt. 152
71.10	335 e nt. 232	B1 241	319, nt. 152
75.7	336 e nt. 235	B1 303-304	319, nt. 152
75.8	336 e nt. 234	B1 304-307	341, nt. 263
76.10	336 e nt. 235	B1 320	319, nt. 152
76.18	335 e nt. 231		
91.3	336 e nt. 234		
93.15	335 e nt. 230		
H) TESTI CD. POLITICI		M) PAPIRI	
Profezie di Neferty (ed. Helck)		Amherst	
4.2	322	4.2-3	353, nt. 309
5.1	322	Kahoun	
13.1	322	II.1 ll. 37 ss.	309
13.1-4	339, nt. 254		
Rekhmira (istruzioni al vizir)		Leida	
Urk. IV, 1086-1093	304 ss.	353 ll. 1-11	348

Berlino 10496		<i>recto</i> 4.1-2	353, nt. 308
<i>verso</i> 1-4	354, nt. 315	Deir el-Medinah	
Berlino 10496		26 a <i>recto</i> 6	354, nt. 315
<i>verso</i> 11-12	354, nt. 315		
BM 10221		N) OSTRAKA (ed. Allam)	
5-7 (Abbott)	354, nt. 312	Ashmolean Museum	
BM 10335		1933.810 <i>recto</i> 5-6 n. 2350,	nt. 294
<i>verso</i> 21	350	Nash 1	
BM 10052		n. 217	344, nt. 274; 346 s.
3.22-23	353, nt. 311	Nash 2	
8.19-22	352, nt. 306	n. 218	350, nt. 295
8.5	353, nt. 308	Torino 9754	
8.19-20	353, nt. 308	n. 255	350, nt. 294
10.2	353, nt. 311		
11.11-12	353, nt. 308		
11.20	353, nt. 311		
12.8	353, nt. 311		
15.17	353, nt. 311		
BM 10055		4. FONTI GIURIDICHE ITALIANE	
(Salt)	354, nt. 316	art. 314 cod. pen.	57, nt. 90; 130, nt. 273
BM 10068		art. 316 <i>bis</i> cod. pen.	130, nt. 273
<i>recto</i> 1.10	352, nt. 305	art. 624 cod. pen.	57, nt. 90
		art. 646 cod. pen.	57, nt. 90
		art. 317 cod. pen.	57, nt. 90
		art. 382 cod. proc. pen.	78, nt. 142

L'ARTE DEL DIRITTO

Collana diretta da Luigi Garofalo

1. TOMMASO DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, 2005.
2. LUIGI GAROFALO (a cura di), *Riflessioni su storia e diritto di Roma antica*, 2005.
3. LUIGI GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, 2005.
4. ALBERTO BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, 2006.
5. LUIGI GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, 2006.
6. GIOVANNI FINAZZI, *L'exceptio doli generalis' nel diritto ereditario romano*, 2006.
7. MARIO TALAMANCA, *L'eccezione di dolo generale tra 'bona fides' e 'dolus malus'*, 2006.
8. LETIZIA VACCA, *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniani*, 2006.
9. LUIGI GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, 2007.
10. RICCARDO FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, 2008.
11. FRANCESCO MARIA SILLA, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, 2008.
12. ROBERTO SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione'. Origini terminologiche e concettuali*, 2008.
13. LUIGI GAROFALO, *Piccoli scritti di diritto criminale romano*, 2008.
14. CARLO PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, 2008.

