

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LX
(2017)

Estratto



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1262-9

ISSN 1972-8441

La pubblicazione dei contributi proposti a questa Rivista è subordinata – secondo il procedimento di *peer review* – alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano i contributi con il sistema del *double-blind*. Ciò in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

I contributi, muniti di *abstract* in lingua inglese e parole chiave, vanno inviati al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaupa@unipa.it.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Aricò Anselmo	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaupa@unipa.it; redazioneaupa@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, Lauro Chiazze, a sessant'anni dalla scomparsa	7
---	---

ARTICOLI

T. BEGGIO, Note in tema di condanna <i>ad tempus</i> nelle <i>damnationes ad metalla</i>	17
S. LONGO, <i>Sponsor, fidepromissor, fideiussor: condicio 'similis' e condicio 'dissimilis'</i>	43
E. POOL, Significati diversi di <i>causa</i> in tema di <i>possessio</i> e di <i>usucapio</i> . Interpretazioni di qualche testo chiave. Parte II	95
C. RUSSO RUGGERI, La rilevanza dell' <i>anteacta vita</i> nell'esperienza processuale romana	117
A.S. SCARCELLA, <i>Adnotatiunculae</i> su una costituzione greca indirizzata da Giustiniano ai professori di diritto	163
S. SCIORTINO, Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano	185
F. TERRANOVA, Tracce di ' <i>improbis intestabilisque</i> ' nella Parafrasi di Teofilo e nei Basilici	237

NOTE

T. DALLA MASSARA, In tema di <i>exceptio rei residuae</i> : commisurazione dell'area dell'accertamento e funzione di concentrazione processuale	273
G. D'ANGELO, Azioni nossali e clausola arbitraria	289
G. D'ANGELO, Sulla difesa del servo assente da parte del terzo nel processo nossale classico. A proposito di D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 <i>ad ed.</i>)	301
G. LUCHETTI, La <i>miserecordia</i> nelle fonti giurisprudenziali romane	317
F. MUSUMECI, In difesa della genuinità di un testo di Giuliano (48 <i>dig.</i> D. 9.2.42)	333
B. SANTALUCIA, Sulla legislazione criminale di Marco Antonio	345

VARIE

M. AMABILE, Il rogo della croce nel Codice Teodosiano	359
G. FALCONE, Per gli ottanta anni di Antonino Metro	367
G. NICOSIA, Breve nota sull'integrazione <i>nisi in</i> nella voce ' <i>possessio</i> ' di Festo	371

GIACOMO D'ANGELO
(Università di Palermo)

Azioni nossali e clausola arbitraria

ABSTRACT

On the basis of I. 4.6.31 and other sources the author argues in contrast to the *communis opinio* that *actiones noxales* were already in classical Roman law *actiones arbitrarie*.

PAROLE CHIAVE

Azioni nossali; azioni arbitrarie; clausola arbitraria; *iusiurandum in litem*.

AZIONI NOSSALI E CLAUSOLA ARBITRARIA

1. Prendiamo le mosse da

I. 4.6.31: *Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat rell.*

Fra i contenuti della *satisfatio* a cui il convenuto con un'*actio arbitraria* avrebbe dovuto provvedere in favore dell'attore per sottrarsi alla condanna si annovera in questo celebre passo, fra l'altro, la *noxae deditio* di un servo. Vien fatto però di chiedersi se la testimonianza, sul punto, possa far fede anche per diritto classico e deporre nel senso della presenza della c.d. clausola arbitraria nella formula delle azioni nossali. I più (facendo talora eccezione per l'*actio iniuriarum noxalis*) credono di no,¹ ma secondo noi a

¹ V. almeno S. ZIMMERN, *Das System der römischen Noxalklagen*, Heidelberg 1818, 163 ss.; ID., *Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les Romains, exposée historiquement depuis son origine jusqu'à Justinien*², trad. e annotazioni a cura di L. ÉTIENNE, Paris 1846, 200 nt. 3; P.F. GIRARD, *Les actions noxales*, in NRHD 11, 1887, 448 (= *Mélanges de Droit romain*, II. *Droit privé et procédure*, Paris 1923, 350 s., da cui citeremo); ID., in P.F. GIRARD/F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929, 1086 s. nt. 2; F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, trad. a cura di V. SCIALOJA, Torino 1893, 160 e nt. s; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 1169; E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, II, Paris 1902, 741 nt. 2; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, 114; ID., *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, Cambridge 1963, 660; M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala 1910, 49; B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, I, Palermo 1913, 20, 23; ID., *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in AUPA 10, 1925, 268 ss.; G. MAY, *Observations sur les Actions arbitraires*, in *Mélanges P.F. Girard. Études de droit romain dédiées à Mr. P.F. Girard Professeur de droit romain à l'Université de Paris à l'occasion du 60^e anniversaire de sa naissance* (26 octobre 1912), II, Paris 1912, 163 nt. 1; G. SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges P.F. Girard. Études de droit romain dédiées à Mr. P.F. Girard Professeur de droit romain à l'Université de Paris à l'occasion du 60^e anniversaire de sa naissance* (26 octobre 1912), II, Paris 1912, 566 s. (= *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, a cura di N. SCAPINI e con prefazione di G. GROSSO, Torino 1976, 493 ss.); ID., *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, III, Milano 1930, 615 (= *Scritti vari di diritto romano*, con prefazione di G. GROSSO, Torino 1952, 407, da cui citeremo); O. LENEL, *Zur Lehre von den actiones arbitrariae*, in *Festgabe für R. Sohm dargebracht zum goldenen Doktorjubiläum von Freunden, Schülern und Verehrern*, München-Lepizig 1914, 203 [= *Gesammelte Schriften herausgegeben und eingeleitet von O. BEHREND und F. D'IPPOLITO*, III (1902-1914), Napoli 1991, 505, da cui citeremo]; R. DÜLL, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht. Ein Beitrag zur Lehre der Bedeutung von arbiter, actiones arbitrariae, Verfahren in iure und exceptio*, München 1931, 85; R. SOHM, in R. SOHM/L. MITTEIS/L.

torto. Vorremmo dunque giustificare in questa sede il nostro diverso convincimento.²

2. Secondo un'interpretazione riduttiva³ I. 4.6.31 non proverebbe in generale che le azioni nossali erano arbitrarie: proverebbe soltanto che in alcune azioni penali per loro natura arbitrarie, quali l'*actio de dolo* e l'*actio quod metus causa*, il giudice avrebbe potuto subordinare la condanna del convenuto alla omessa *noxae deditio* del colpevole quando esse fossero esercitate in via nossale.⁴

A tacer d'altro,⁵ però, si può rilevare che, nel caso di azioni di per sé arbitrarie esperite in via nossale, la dazione a noxa del sottoposto avrebbe dovuto essere imposta al convenuto, quale condizione della sua assoluzione, in alternativa al comportamento ritenuto altrimenti idoneo a soddisfare l'interesse dell'attore. Ma di questo ulteriore comportamento il testo delle Istituzioni giustiniane non fa parola, limitandosi a considerare l'ipotesi '*vel ex noxali causa servum dedit*'. Il che si giustifica assai meglio pensando che chi scrisse il brano dovesse avere presente quale presupposto dell'assoluzione del convenuto il solo compimento della *noxae deditio*, senza tener conto di quei casi particolari (come quelli dell'*actio de dolo* e dell'*actio quod metus causa*) in cui la *satisfactio* dell'attore potesse scaturire in alterna-

WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*¹⁷, München-Leipzig 1933, 700 nt. 10; E. BETTI, *Diritto romano, I. Parte generale*, Padova 1935, 580 nt. 15; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova 1942, 314 s. nt. 129; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. a cura di R. ORESTANO, Milano 1938, 144, 146; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*', in PWRE Suppl. 7, Stuttgart 1940, 624; F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle*, Bruxelles 1947, 419 s., 463; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, Torino 1950, 135 e nt. 1; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano 1958, 101 e nt. 2; M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*², München 1968, 111 s.; ID., in M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (d'ora innanzi RZ²), München 1996, 336 nt. 12, 610 e nt. 39; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano 1996, 182 nt. 17; S. VIARO, *Azioni penali munite di clausola arbitraria: una contraddizione in termini?*, in L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di M. Talamanca*, I, Padova 2011, 645 nt. 18.

² A favore della presenza della clausola arbitraria nella formula delle azioni nossali v. anche C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, II, Paris 1874, 1183 s.; F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, I, Pisa 1886, 146, 147; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², Roma 1928, 97 nt. 1; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II. Il processo formulare*, Torino 1982, 108 e nt. 5, che dedicano tutti all'argomento, comunque, solo brevi cenni. V. inoltre S. ZIMMERN, *Das System cit.*, 163 nt. 63, per i riferimenti alla storiografia più antica.

³ Cfr. S. ZIMMERN, *Das System cit.*, 165 s.; ID., *Traité des actions*² cit., 200 nt. 3; P.F. GIRARD, *Les actions noxales cit.*, 350 s.; ID., in P.F. GIRARD/F. SENN, *Manuel*⁸ cit., 1086 s. nt. 2; F.C. SAVIGNY, *Sistema V cit.*, 160 e nt. s; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery cit.*, 114; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 624.

⁴ Per un'analogia interpretazione riduttiva e a parer nostro ancora più artificiosa della menzione del *noxae dedere* nel passo in commento v. E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, in ZSS 36, 1915, 80 nt. 2 (= *Gesammelte Schriften. Zu seinem achtzigsten Geburtstag mit Unterstützung der Akademien der Wissenschaften zu Göttingen, Heildeberg und München sowie von Basler Freunden ihm dargebracht von W. KUNKEL und M. KASER*, I, Köln-Graz 1963, 374 nt. 63), che pensava ad azioni reipersecutorie nelle quali era concesso al convenuto di dare a noxa il servo responsabile del danno, e la cui spiegazione veniva già seccamente respinta da L. CHIAZZESE, *Jusiurandum cit.*, 101 nt. 2. Similmente R. SOHM, in R. SOHM/L. MITTEIS/L. WENGER, *Institutionen*¹⁷ cit., 698 nt. 6, 700 nt. 10, che in particolare, sulla base di D. 5.3.40.4 (Paul. 20 *ad ed.*), adduceva il possibile inserimento della clausola della *noxae deditio* nella formula della *hereditatis petitio*.

⁵ Si veda (anche contro gli autori citati nella precedente nota) quanto osserviamo più avanti in merito al problema del fondamento alla cui stregua giustificare l'assoluzione del convenuto con un'*actio noxalis* che prima della sentenza desse a noxa l'accusato.

tiva da una diversa prestazione. In altri termini, l'esclusivo cenno al *noxae dedere* ci induce a credere che con esso si intendesse fare riferimento all'intera categoria delle azioni nossali, non a singole azioni arbitrarie suscettibili di essere intentate come nossali. Né d'altra parte – salvo ogni probabile riferimento del suo originario dettato al *filius*, oltre che al *servus*⁶ – dubitiamo della classicità del passo sul punto in questione.⁷ Diremo anzi che, pure a prescindere da I. 4.6.31, l'appartenenza delle azioni nossali al *genus* classico delle azioni arbitrarie non sarebbe per noi meno sicura. Spieghiamo perché.

È pacifico che nel processo formulare il convenuto con un'azione nossale per il delitto di un servo sarebbe stato assolto se avesse dato a nosa lo schiavo nell'intervallo di tempo compreso fra la *litis contestatio* e l'emanazione della sentenza. Ciò risulta da più testi,⁸ ma bisogna interrogarsi su quali basi si fondasse tale regime.

Si è invocato talora il principio '*omnia iudicia absolutoria*';⁹ e a conferma della sua applicazione in materia, in particolare, Kaser¹⁰ ha richiamato

D. 9.4.15 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): *Praetor decernere debet translationem iudicii in statuliberum fieri: si vero rei iudicandae tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas, Sabinus et Cas-*

⁶ Come è noto, infatti, i commissari giustinianeî provvidero a sopprimere nei testi classici in modo pressoché sistematico [con l'unica eccezione, per quanto ci risulta, di D. 43.29.3.4 (Ulp. 71 *ad ed.*)] ogni cenno alla *noxae deditio* dei *fili*, ai quali ormai non si applicava più ai loro tempi il regime nossale (v. I. 4.8.7).

⁷ Per l'ipotesi di un'origine compilatoria del riferimento alla *noxae deditio* v. invece (nel quadro di ulteriori critiche mosse al testo di I. 4.6.31) B. BIONDI, *Studi cit.*, 18 ss., del quale è rimasta isolata la tesi secondo cui la stessa costruzione della categoria delle azioni arbitrarie sarebbe da ascrivere a Giustiniano; ID., *Le actiones noxales cit.*, 268 s.; O. LENEL, *Zur Lehre cit.*, 505 s.; E. BETTI, *Diritto I cit.*, 580 nt. 15; ID., *Istituzioni I*² cit., 314 s. nt. 129; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum cit.*, 101 e nt. 2; M. KASER, in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 336 nt. 12. V. anche O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II.1 cit.*, 1169; E. CUQ, *Les institutions II cit.*, 741 nt. 2; M. FEHR, *Beiträge cit.*, 49; G. MAY, *Observations cit.*, 163 nt. 1; G. PUGLIESE, *Il processo II cit.*, 135 nt. 1; P. VOCI, *Istituzioni*⁵ cit., 182 nt. 17, convinti tutti che i commissari giustinianeî avessero commesso un errore nell'annoverare le azioni nossali fra le azioni arbitrarie.

⁸ V. D. 4.3.9.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): ... *si servum pigneratum noxae mihi dederis per iudicem et sis absolutus* rell. (su cui v. *infra*, § 3); D. 9.4.8 (Ulp. 37 *ad ed.*): ... *sed non alias poterit is qui conventus est evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum ... plane si propter hoc, quod socii dedere parati non fuerint, in solidum fuerit condemnatus* rell.; D. 9.4.19 pr. (Paul. 22 *ad ed.*): ... *si alterutri nostrum in solidum noxae deditus fuerit* (scil. *servus*) *et ob id ab utroque dominus sit absolutus* rell., fonti tutte non sospette sotto il profilo che qui interessa. Arg. inoltre ex D. 5.3.40.4 (Paul. 20 *ad ed.*): *Ad officium iudicis pertinebunt et noxales actiones, ut, si paratus sit possessor noxae dedere servum qui damnum dedit in re hereditaria vel furtum fecerit, absolvatur* rell., su cui v. per tutti B. BIONDI, *Le actiones noxales cit.*, 270. Non crediamo invece si possano altresì invocare con Biondi (*ibid.*) D. 9.4.1 (Gai. 2 *ad ed. prov.*): ... *ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditio ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem*; D. 9.4.20 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): ... *si maluit dominus priori iudicio litis aestimationem sufferre* rell.; D. 21.1.17.18 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): ... *si quis forte noxae dedere noluerit, sed litis aestimationem sufferre*. Nel primo di tali passi, infatti, la lezione '*damnati*', che Biondi proponeva di emendare in '*conventi*', va per noi mantenuta; e gli ultimi due testi, più probabilmente, si riferiscono al caso in cui il convenuto già condannato avesse preferito pagare la *litis aestimatio* anziché dare a nosa il colpevole (in tal senso v. anche M. KASER, *Restituere*² cit., 113 nt. 2, di cui a sua volta, però, non condividiamo il dubbio che D. 9.4.19 pr. possa alludere piuttosto a una *noxae deditio* effettuata *ante litem contestatam*).

⁹ Cfr. P.F. GIRARD, *Les actions noxales cit.*, 350; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 624; M. KASER, *Restituere*² cit., 111 s.

¹⁰ M. KASER, *Restituere*² cit., 112.

*sius liberari heredem putant tradendo servum, quia toto suo iure cederet: quod et verum est.*¹¹

Appuntando l'attenzione sul tratto '*si vero-verum est*', Kaser¹² ragionava in questi termini: «Ist bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung die Bedingung der statuta libertas noch nicht eingetreten, dann ist der statuliber eben noch Sklave und ebenso zu behandeln, als wäre ihm die Freiheit überhaupt nicht in Aussicht gestellt worden. Wird er nun bis zum tempus rei iudicandae dem Kläger übereignet, so wird der Beklagte frei. Wenn sich hier Gaius sogar bemüht fühlt, den Sabinus und Cassius als Gewährsmänner anzuführen, so beweist er damit, daß deren Gegner diese Entscheidung nicht gutgeheißen haben». Così argomentando, però, l'insigne romanista non teneva adeguatamente conto della particolarità del caso. Sembra infatti che nell'ipotesi di un delitto commesso da uno *statuliber*, per ragioni che non interessa qui approfondire, al riconoscimento di un'efficacia liberatoria della *noxae deditio* non si pervenne senza contrasti;¹³ onde è da presumere che per ciò Gaio sentisse il bisogno di richiamare l'opinione di Sabino e Cassio, non perché in generale dovesse apparire dubbio se la *noxae deditio* di uno schiavo *post litem contestatam* potesse o no condurre all'assoluzione del convenuto. Si consideri, poi, che l'adagio '*omnia iudicia absolutoria*' risale a un'epoca relativamente recente, mentre di certo assai prima – crediamo – si dovette avvertire e soddisfare l'esigenza che il convenuto evitasse la condanna dando a nosa l'accusato *pendente iudicio*. Frustrare tale esigenza – si badi – sarebbe equivalso a negare nel corso del processo l'essenza stessa della nossalità e il principio di equità che ne costituiva la *ratio*: il principio per cui l'avente potestà non poteva essere chiamato a rispondere del delitto di un proprio sottoposto oltre il limite rappresentato dalla perdita di quest'ultimo,¹⁴ che per ciò gli era consentito dare a nosa.

Meglio fondata, quindi, potrebbe apparire la tesi di quanti, come Biondi¹⁵ e De Visscher,¹⁶ hanno cercato di giustificare l'efficacia liberatoria di una *noxae deditio* eseguita in pendenza della lite facendo leva sul principio in questione e sulla base che a esso offre

D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 *ad ed.*): *Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit ... et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur* rell.¹⁷

¹¹ Il passo non è immune da critiche (cfr. gli autori citati nell'*Index itp.* e nel relativo *Supplementum I ad h.l.*, nonché, almeno, J.C. NABER, *Ad noxales actiones*, in *Mnemosyne* 30, 1902, 174 e nt. 6; P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii. Eine Studie zum römischen Zivilprozeß*, Graz 1905, 200 ss.; G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano 1940, 171, 173; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 619 ss.; F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*, I. *Translatio iudicii*, Napoli 1956, 121 ntt. 1-2; M. KASER, *Restituere*² cit., 112 nt. 3), ma la sua genuinità sostanziale non è in discussione.

¹² V. *supra*, nt. 10.

¹³ Tanto si evince da D. 40.7.9.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Illud tractatum est, an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum. et Octavenus putabat liberari* rell., a cui si richiamano, fra molti, P. KOSCHAKER, *Translatio* cit., 206; B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 325; G. DONATUTI, *Lo statulibero* cit., 170; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 623; F. BONIFACIO, *Studi I* cit., 121 s.; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001, 113 s. V. anche, di recente, M. PENNITZ, *Noxalhaftung und Eigenverantwortung bei den Delikten bedingt freigelassener Sklaven*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag herausgegeben von H. ALTMEPPEN et al.*, Heidelberg 2009, 867 ss., ma con una più articolata argomentazione, che non ci riesce persuasiva.

¹⁴ V. Gai 4.75; D. 2.10.2 (Paul. 6 *ad ed.*); D. 9.4.2 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 47.2.62(61).5 (Afr. 8 *quaest.*); I. 4.8.2.

¹⁵ B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 273 ss., 325.

¹⁶ F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 419 s.

¹⁷ B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 273 s.; ID., *Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales*, in BIDR

in cui la facoltà concessa al condannato di dare a nozza il colpevole¹⁸ (fino alla contestazione della lite nell'*actio iudicati*)¹⁹ si fa discendere dalla legge, con sicura allusione, secondo noi, alla legge delle Dodici Tavole.²⁰

36, 1928, 126 (= *Scritti giuridici*, III. *Diritto romano. Diritto privato*, Milano 1965, 391 s., da cui citeremo); H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II. *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 229; M. SARGENTI, *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano*, in *Studi Pavia* 32, 1951, che non ci è stato possibile consultare [= *Scritti di Manlio Sargenti (1947-2006)*, a cura di G. CRIFÒ e F. PERGAMI, Napoli 2011, 175 s.] reputavano interpolata la menzione del *noxae dedere* nella frase '*decem-condemnatus*'; mentre G. BESELER, *Miszellen: 'et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque'*, in ZSS 45, 1925, 479, e O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, in ZSS 47, 1927, 24 [= *Gesammelte Schriften herausgegeben und eingeleitet von O. BEHREND und F. D'IPPOLITO*, IV (1915-1932), Napoli 1992, 514, da cui citeremo] appuntavano il tratto '*et ideo-tribuitur*' (v. anche A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig 1927, 64 nt. 2, che in alternativa proponeva di espungere come un'inutile ripetizione la proposizione '*facultatem-accipit*', e F. DE VISSCHER, *Le régime cit.*, 401, 417 nt. 17, che parrebbe comunque salvare le parole '*et ideo-condemnatus*'). A parer nostro, però, entrambi i segmenti di cui consta la parte di testo che abbiamo riportato ('*Decem-accipit*'; '*et ideo-tribuitur*') meritano fede; e le stesse parole '*his enim solis condemnatur*', che pure a prima vista sembrerebbero contraddire la precedente affermazione '*Decem aut noxae dedere condemnatus*', ci appaiono piuttosto utili a chiarirne meglio la portata: il convenuto con un'azione nossale, se condannato a pagare dieci o a dare a nozza il colpevole, doveva intendersi propriamente condannato soltanto a pagare dieci (in conformità al noto principio della *condemnatio* pecuniaria nel processo formulare: v. Gai 4.48), non essendo la *noxae deditio* anch'essa '*in obligatione*' bensì semplicemente '*in solutione*' (o, come pure si usa dire, '*in facultate solutionis*'). In altre parole, dalla lettura combinata delle suddette dichiarazioni si evince che nelle azioni nossali la *condemnatio*, benché formulata in termini disgiuntivi (o pagare la *litis aestimatio* o procedere alla *noxae deditio*), era in effetti, più che una *condemnatio* alternativa, una *condemnatio* semplice (al pagamento della *litis aestimatio*) con facoltà alternativa (di dare a nozza il colpevole fino al compimento della *litis contestatio* nell'*actio iudicati*). In tal senso v. anche, fra tanti, S. ZIMMERN, *Das System cit.*, 161 s.; ID., *Traité des actions*² cit., 164 s. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II.1 cit., 1171 s.; P. JÖRS/W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*³, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, 168 nt. 4; G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 127; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law*³ cit., 601 e nt. 6, 660 e nt. 11. Quanto, poi, all'espressione '*facultas noxae dedendae*', che pure è stata oggetto di critiche, v. quel che osserviamo nella successiva nota.

¹⁸ Nel testo si parla di una '*facultas noxae dedendae*', espressione in cui '*noxae*' ricorre nel significato, ritenuto da molti non classico, di '*corpus quod nocuit*' (v. I. 4.8.1): di qui il sospetto di un'interpolazione (così B. BIONDI, *Problemi cit.*, 378 s.) o di un errore di un copista o dello stesso Ulpiano (di tale avviso O. LENEL, *Die Formeln cit.*, 501 s.; Z. LISOWSKI, v. '*Noxa/noxia*', in PWRE Suppl. 7, Stuttgart 1940, 604; F. DE VISSCHER, *Le régime cit.*, 540 nt. 9; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 132 nt. 570) in luogo di un originario o comunque più corretto riferimento a una '*facultas noxae dedendi*'. Sebbene relativamente poche, tuttavia, le testimonianze classiche in cui '*noxae*' allude al corpo del delinquente – testimonianze, quasi tutte, di Ulpiano [oltre al passo in commento v. D. 5.3.20.5 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 9.1.1.16 (Ulp. 18 *ad ed.*) e C. 3.41.3 (Diocl. et Maxim., a. 293), in cui pure si discorre di una '*facultas noxae dedendae*', nonché D. 9.3.1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 43.24.7.1 (Ulp. 71 *ad ed.*); v. anche I. 4.17.1] – sono secondo noi bastevoli per autorizzare a credere che già ad esse, in effetti, risalga l'uso del termine nel significato di cui discutiamo. Si veda del resto D. 9.4.42.2 (Ulp. 37 *ad ed.*), in cui nel cenno non sospetto a una '*servi dedendi facultas*' si può scorgere un corrispettivo della locuzione '*facultas noxae dedendae*'.

¹⁹ A questo limite, per la cui *ratio* rinviamo alle osservazioni di P. GRÖSCHLER, *Considerazioni sulla funzione della responsabilità nossale in diritto romano*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, a cura di C. RUSSO RUGGERI, Milano 2010, 217 s., fa espresso riferimento D. 5.3.20.5 (Ulp. 15 *ad ed.*): ... *tamdiu quis habet noxae dedendae facultatem, quamdiu iudicati conveniatur, post susceptum iudicium non potest noxae dedendo se liberare rell.*

²⁰ Di analogo avviso v. già, fra molti, O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin 1872, 121; ID., *Römische Rechtsgeschichte* II.1 cit., 1171, che pensava altresì alla *lex Aquilia*; B. BIONDI, *Le actiones noxales cit.*, 275, 280 e nt. 4; S. MORGESE RASIEJ, *Sul regime della nossalità nelle XII*

In particolare, si potrebbe pensare che secondo l'*interpretatio prudentium* il fondamento legale della *facultas noxae dedendi* consentisse e anzi imponesse al giudice di assolvere il convenuto pur quando questi desse a noxa il servo già durante il giudizio. Ma anche questa spiegazione, a parer nostro, non può essere accolta²¹ se solo si considera che nella formula delle azioni nossali, come è opinione largamente diffusa²² e per noi incontestabile,²³ la *condemnatio* si appuntava sull'alternativa fra il pagamento della *litis aestimatio* e la dazione a noxa del sottoposto.²⁴ La stessa presenza nella *condemnatio* formulare della clausola della *noxae deditio*, infatti, dimostra che il giudice non sarebbe stato altrimenti legittimato a consentire al *iudicatus* di dare a noxa il colpevole nonostante il fondamento legale di una siffatta facoltà; ragion per cui, analogamente, non crediamo che il giudice avrebbe potuto assolvere il convenuto nell'ipotesi di una *noxae deditio* effettuata prima della sentenza se non sul presupposto dell'inserimento nella formula di una apposita clausola che a ciò lo autorizzasse: la clausola arbitraria.²⁵

3. A favore dell'ipotesi che avanziamo, peraltro, depongono ulteriori elementi. A parte i frequenti riferimenti in materia nossale all'*officium* e all'*arbitrium iudicis*,²⁶ si può citare anzitutto

Tavole, in AG 211, 1991, 319, 321, 326. Per la previsione della *noxae deditio* nelle XII Tavole v. anche Fest. v. *noxia* (180 L.): *cum lex iubet noxae dedere, pro peccato dedi iubet*, ove pure non dubitiamo che la *lex* a cui si rinvia sia quella decemvirale; Paul. Sent. 2.31.7, che sembra una parafrasi di XII Tab. 12.2a [ed. FIRA, I², *Leges*, Florentiae 1968, 72] e a cui è da accostare Ed. Theod. 117; nonché, in tema di *actio de pauperie*, D. 9.1.1.1 (Ulp. 18 *ad ed.*), che richiama espressamente le XII Tavole. Arg. inoltre ex Gai 4.75-76 e I. 4.8 pr. e 4.

²¹ Alla spiegazione in discorso – è appena il caso di rilevare – non può offrire alcun appiglio I. 4.17 pr.-1: [pr.] *Superest, ut de officio iudicis dispiciamus. et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est*. [1] *Et ideo si noxali iudicio addictus est, observare debet, ut, si condemnandus videbitur dominus, ita debeat condemnare: 'Publium Maevium Lucio Titio decem aureis condemno aut noxam dedere'*. Si intende infatti che il passo è da inquadrare nel sistema del processo giustiniano, quando ormai la *facultas noxae dedendi* non poteva essere negata al convenuto, anche dopo una sentenza di condanna, sul mero presupposto della sua derivazione '*ex lege*' [D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 *ad ed.*)] e non era più altresì necessaria, come nel processo formulare (v. appresso nel testo), una espressa autorizzazione del giudice nella formula.

²² V. per tutti M. KASER, in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 343 e nt. 12, con citazione di altra letteratura.

²³ Oltre a D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 *ad ed.*), che è la fonte principale e che più su abbiamo riportato nel testo, sono particolarmente utili a suffragare tale opinione D. 9.3.1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.3.5.6 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 47.2.42 pr. (Paul. 9 *ad Sab.*); I. 4.17.1.

²⁴ Per il senso in cui intendere questa alternativa v. *supra*, nt. 17.

²⁵ In contrario non vediamo come l'integrazione della *condemnatio* con la clausola della *noxae deditio* avrebbe potuto consentire al convenuto di liberarsi mediante quest'ultima già durante il giudizio. In tal senso v. invece O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II.1 cit., 1169; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*², München 1971, 632; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 1993, 537; 4, ai quali *adde*, implicitamente, S. VIARO, *Azioni penali* cit., 645 nt. 17.

²⁶ P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., 350 nt. 1, prendendo esclusivamente in considerazione D. 9.4.19 pr. (Paul. 22 *ad ed.*) e un altro testo che per una svista citava come D. 9.4.1, con probabile riferimento a D. 9.4.14.1 (Ulp. 18 *ad ed.*), ne svalutava la portata in base al rilievo che in una qualunque azione, anche non arbitraria, il giudice sarebbe stato legittimato a prendere determinate misure in virtù del suo *officium* (analogamente W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 114 nt. 8; ID., *A*

D. 4.3.9.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Et si servum pignoraturnoxae mihi dederis per iudicem et sis absolutus: de dolo teneris, si apparuerit esse eum pigneri datum.*²⁷

Non è essenziale qui addentrarsi nell'esame della fattispecie e della decisione a cui essa mette capo.²⁸ Basta ai nostri fini considerare la generica ipotesi '*si servum ... noxae mihi dederis per iudicem et sis absolutus*'. Ora, l'espressione '*per iudicem*' non ci parrebbe dar senso se le azioni nossali non fossero state azioni arbitrarie. In tal caso, anche a prescindere dal problema di come giustificare il potere del giudice di assolvere nella specie il convenuto,²⁹ sarebbe stato comunque quest'ultimo a dovere offrire di dare a nosa il servo in pendenza della lite; mentre la suddetta espressione ci sembra piuttosto suggerire che la *noxae deditio* avrebbe potuto essere eseguita prima della sentenza³⁰ solo in dipendenza di un'iniziativa del giudice e dei relativi poteri a lui a tal fine conferiti: 'qualora tu' – scrive Ulpiano – 'mi abbia dato a nosa un servo oppignorato per tramite del giudice e sia stato assolto'. Il modo in cui il giurista si esprime, insomma, impone secondo noi di ritenere che, in conformità alla natura arbitraria dell'azione, sarebbe stato il giudice a sollecitare e autorizzare a un tempo il convenuto a dare a nosa il servo *pendente iudicio*, con il risultato di doverlo assolvere una volta che egli avesse così soddisfatto l'attore.

Si legga poi

D. 43.1.5 (Paul. 13 *ad Sab.*): *Interdicta noxalia ea sunt, quae ob delictum eorum, quos in potestate habemus, dantur, veluti cum vi deiecerunt aut vi aut clam opus fecerunt. sed officio iudicis continetur, ut dominum sua impensa opus restituentem absolvat: patientiam tollendo operi praestantem noxae dedere iubeat et absolvat, si non dedat, quantum impensae in tollendo opere erogatum sit, tanti condemnet: si neque patientiam praestet neque ipse tollat, cum possit, in tantum condemnet, in quantum iudex aestimaverit, atque si ipse fecisset.*

In passato la prevalente dottrina negava in radice la classicità del brano nella convinzione, facente capo a Biondi,³¹ che gli interdetti nossali fossero una creazione di Giustinia-

*Text-book of Roman Law*³ cit., 660 e nt. 10); ma ai due passi che egli richiamava sono almeno da aggiungere (a parte I. 4.6.31) D. 5.3.20.5 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 5.3.40.4 (Paul. 20 *ad ed.*); D. 9.4.17.1 (Paul. 22 *ad ed.*).

²⁷ La genuinità del passo ci appare sicura nonostante i dubbi, rimasti isolati, di W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 118. In senso critico v. anche B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in AUPA 28, 1961, 261 s., che riconosceva comunque il contenuto classico del brano.

²⁸ Per un approfondimento sul punto cfr. almeno W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 117 s.; B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 305, 323; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El regimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981, 329 s.

²⁹ V. in proposito le considerazioni che abbiamo svolto nel precedente paragrafo.

³⁰ Inammissibile ci appare la congettura di W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 118, per il quale Ulpiano, scrivendo erroneamente '*absolutus*' in luogo di '*officio iudicis liberatus*', potrebbe essersi riferito al compimento della *noxae deditio* dopo la pronuncia di una sentenza di condanna. In tale ipotesi, oltretutto, non potrebbe giustificarsi il ricorso all'*actio de dolo* – notoriamente sussidiaria [v. D. 4.3.1.1 (Ulp. 11 *ad ed.*)] – in quanto il condannato che avesse dato a nosa un *servus pignoraturnoxae* sarebbe stato convenibile con l'*actio iudicati* [v. D. 46.3.69 (Cels. 24 *dig.*), da confrontare con D. 42.1.4.8 (Ulp. 58 *ad ed.*)].

³¹ B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 78 ss.

no.³² Ma con argomenti persuasivi già Berger,³³ il cui punto di vista si è ormai imposto,³⁴ ha fatto giustizia di questa opinione; sicché dallo schema '*noxae dedere iubeat et absolvat*,³⁵ *si non dedat ... condemnet*', che richiama quello tipico delle azioni arbitrarie, ci sembra lecito inferire che la clausola arbitraria doveva essere presente, come nella formula delle azioni proposte sulla base degli interdetti nossali, anche in quella delle azioni nossali ordinarie (da cui supponiamo, anzi, che essa sia trasmigrata nella *conceptio verborum* delle azioni scaturenti dagli omonimi interdetti).

4. Bisogna dunque concludere che il giudice, accertata la colpevolezza dell'accusato, dovesse invitare il convenuto a farne la *noxae deditio* e condannarlo solo se questa non veniva eseguita. Ma *quid iuris* se il convenuto fosse stato contumace, rifiutandosi di ottemperare al *iussus iudicis*, ovvero, privandosi dolosamente della *potestas* sul servo, si fosse posto nelle condizioni di non poterlo dare a nozza?³⁶ Sarebbe stato l'attore a determinare in tal caso l'ammontare della *litis aestimatio* mediante il ricorso al *iusiurandum in litem*? La domanda sorge spontanea se pensiamo al noto impiego di tale mezzo nelle azioni arbitrarie,³⁷ ma non può che ricevere una risposta negativa.³⁸ Certo, il fatto stesso che nella relativa formula, come crediamo, fosse presente la clausola arbitraria, nella quale si deduceva in generale un comportamento atto a realizzare in forma specifica il *desiderium* dell'attore³⁹ e a mitigare così il principio della condanna pecuniaria, suggerisce che l'azione nossale era di per sé diretta, più che al pagamento della pena, alla *noxae deditio*,⁴⁰ al cui mancato compi-

³² Sulla scia di B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 94 ss., 269, v. almeno O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, 451 s., 483 e ntt. 5-6; G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 369 nt. 249; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 610; F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 482; P. BERETTA, *Interdetti in praesens e in praeteritum*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1953, 157 nt. 1; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law*³ cit., 736 nt. 6; M. KASER, *Restituere*² cit., 24 nt. 5, 29 nt. 2, 112 e nt. 2 (ma diversamente in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 412 nt. 33, come già in ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 321 nt. 33). Per altre critiche rivolte al passo, ma comunque non idonee, a nostro avviso, a infirmarne la sostanza, v. gli autori citati nell'*Index itp. ad h.l.*

³³ A. BERGER, *Interdicta noxalia*, in *Eos, Commentarii Societatis Philologiae Polonorum*, XLVIII.1, *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, Vratislaviae-Varsaviae 1956, 395 ss. V. anche ID., v. '*Interdictum*', in *PWRE* 9.2, Stuttgart 1916, 1624 s.

³⁴ V. per tutti M. KASER, in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 412 e nt. 33.

³⁵ TH. MOMMSEN, *Dig. ad h.l.*, proponeva di inserire prima di '*absolvat*' le parole '*si dedat*'; ma anche senza questa aggiunta il senso da essa reso esplicito appare comunque chiaro in considerazione dell'ipotesi (*si non dedat*) a cui appresso si collega l'opposta alternativa della condanna.

³⁶ Nel prosieguo del discorso faremo riferimento per comodità espositiva alla sola ipotesi della *contumacia*.

³⁷ V. per tutti M. KASER, in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 339 s.

³⁸ In tal senso v. già C. ACCARIAS, *Précis* II cit., 1184.

³⁹ Istruttivo al riguardo può essere il confronto di I. 4.6.31, per quanto concerne il riferimento al *satisfacere* nelle azioni arbitrarie, con D. 2.8.1 (Gai. 5 *ad ed. prov.*): ... *satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus* rell. V. anche D. 45.1.5.3 (Pomp. 26 *ad Sab.*): ... *id, quo quis contentus erat, ei praestabatur, satis fieri dictum est* rell.

⁴⁰ Sul piano del diritto sostanziale, dunque, ci sembrano nel giusto quanti in passato si sono rappresentati l'obbligazione nossale di età classica (almeno nel suo funzionamento pratico e prima dell'eventuale contestazione della lite) come un'obbligazione avente ad oggetto la *noxae deditio* e in *facultate solutionis* il pagamento della pena: così, ad esempio, C. ACCARIAS, *Précis* II cit., 1154, 1178; P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., 351 s.; ID., *Les actions noxales*, in *NRHD* 12, 1888, 48 (= *Mélanges de Droit romain*, II. *Droit*

mento si subordinava nella specie la condanna del convenuto. È quindi del tutto logico supporre che quest'ultimo non potesse frustrare l'interesse dell'attore all'appropriazione del colpevole senza esporsi a una sanzione; e si intende che in astratto la determinazione della *litis aestimatio* per mezzo del *iusiurandum in litem* avrebbe senz'altro aggravato la posizione del contumace per via della presumibile stima al rialzo da parte dell'attore del danno arrecatogli (danno a cui avrebbe dovuto commisurarsi l'importo della pena). D'altra parte, però, le fonti non recano alcuna traccia dell'impiego in materia nossale del giuramento estimatorio e fanno anzi intendere che il convenuto con un'azione nossale sarebbe stato se del caso condannato al pagamento di una pena non eccedente quella che gli sarebbe stata inflitta se fosse stato lui stesso l'autore del delitto:⁴¹ il che può ben giustificarsi. In fondo la condanna in un'azione nossale, sia pure con la facoltà di liberarsi dall'obbligo di pagare la *litis aestimatio* mediante la *noxae deditio*,⁴² appare già di per sé una sanzione della *contumacia* del soccombente se poniamo mente al fatto che si trattava di una condanna per un delitto non proprio; e ciò tanto più che il condannato avrebbe potuto perdere la stessa *facultas noxae dedendi* per cause indipendenti dal suo volere⁴³ e che comunque l'avrebbe perduta con l'eventuale contestazione della lite nell'*actio iudicati*.⁴⁴

privé et procédure, Paris 1923, 371); ID., in P.F. GIRARD/F. SENN, *Manuel*⁸ cit., 723, 725; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*³, Milano 1908, 731 nt. 2; G. DONATUTI, *Lo statulibero* cit., 171. Di diverso avviso appare invece la dottrina oggi prevalente, propensa piuttosto a concepire il rapporto fra la *noxae deditio* e il pagamento della pena in un senso diametralmente opposto: v., fra tanti, H. HONSELL, in H. HONSELL/TH.MAYER-MALY/W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin et al. 1987, 222, 382 e nt. 4; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 89, 619; R. FERCIÀ, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova 2008, 119; A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano 2008, 300 e nt. 24; A. MANNI, *Mors omnia solvit. La morte del reus nel processo criminale romano*², Napoli 2013, 133 nt. 68.

⁴¹ Ciò si desume chiaramente dallo speciale regime introdotto dal pretore per il caso di un furto commesso da una *familia* di schiavi [D. 9.4.31 (Paul. 7 *ad Plaut.*); D. 47.6]. La specialità stessa di tale regime, per cui al *dominus* era consentito pagare la *litis aestimatio* come se a commettere il furto fosse stato un solo uomo libero (*si unus liber furtum fecisset*), impone infatti di inferire *e contrario* che altrimenti (e dunque secondo il regime ordinario) il *dominus* avrebbe dovuto pagare per ciascuno dei servi componenti la *familia* una pena comunque corrispondente a quella dovuta da un uomo libero, non una pena superiore (quale è da supporre sarebbe stata una pena determinata per mezzo del *iusiurandum in litem*).

⁴² V. *supra*, nt. 17.

⁴³ Si pensi per tutti al caso della morte naturale del servo.

⁴⁴ V. *supra*, nt. 19.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2017
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220