

DAMNAS ESTO E MANUS INJECTIO NELLA LEX AQUILIA: UN INDIZIO PALEOGRAFICO?

Riccardo Cardilli*

1. Il problema della diretta esecutività con *manus injectio* della *lex Aquilia* in base al *damnas esto* dei *verba legis* è ancora fortemente discussa. Vi sono, a mio modo di vedere, ragioni sostanziali per seguire la dottrina che la ipotizza, ed *in primis* il richiamo alla natura confessoria dell’azione e la litis crescenza ad essa connessa ancora ricordata nella giurisprudenza classica¹. La riconfigurazione della posizione di *damnatus ex lege* dell’autore del danno in termini di obbligazione a risarcire il maggior valore dello schiavo nell’anno o della cosa nel mese è legato al passaggio dalla tutela originaria nel processo per *legis actiones* a quello per *formulas*, all’interno di un ampio movimento di assimilazione di vari schemi giuridici nello schema dell’*oportere*.

2. In questo breve contributo, dedicato a Laurens Winkel, voglio richiamare l’attenzione su una vecchia disputa legata alla restituzione del testo delle Istituzioni di Gaio in base al palinsesto veronese (d’ora innanzi *V.*) che aveva visto impegnati i grandi fondatori della scuola storica ed i primi editori del manuale gaiano².

Si tratta del *solum 96 verso*, linee 14-17 relative alla parte introduttiva della trattazione gaiana sulla *manus injectio*, corrispondente nelle moderne edizioni a IV, 21.

1 Cfr. per tutti, M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², 133; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 626. I dubbi avanzati al riguardo da C.A. CANNATA, *Delitto e obbligazione, in Illecito e pena privata in età repubblicana*, (Atti Copanello 1990), Napoli, 1992, 23 ss., in particolare 43, non superano a mio modo di vedere le lucide precisazioni della rilettura del problema di G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di "damnum"*, Torino, 1998, 40 ss.

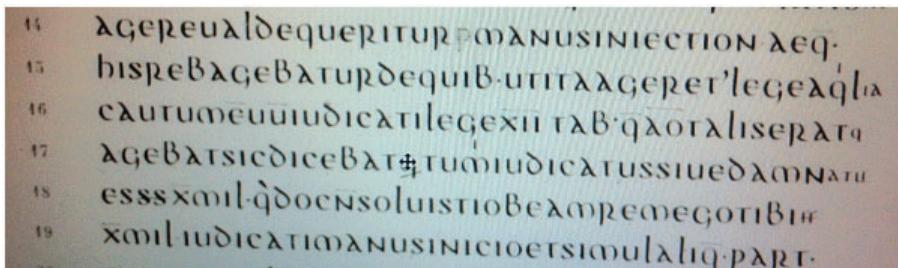
2 Per l’importanza del ritrovamento del palinsesto veronese e del riconoscimento in esso delle *Institutiones* di Gaio nella Scuola storica vd. C. VANO, “Il nostro autentico Gaio”. *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000, 5 ss.; 109 ss.; 167 ss.; F. BRIGUGLIO, “Gaius”. *Ricerche e nuove letture del Codice Veronese delle “Institutiones”*, Bologna, 2008; IDEM, *Barthold Georg Niebuhr und die Entdeckung der Gaius-Institutionen – tatsächlich ein “Glückstern”* in ZSS. CXXVIII, 2011, 263 ss.; IDEM, *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna, 2012, 55 ss.; 131 ss; 208 ss.; M. VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, in *Sem. Compl. XXII*, 2009, 435 ss.; IDEM, *Der Gaius der Preußen*, in ZSS. CXXVIII, 2011, 239 ss.; M. AVENARIUS, *L’ autentico Gaio’ e la scoperta del Codice Veronese. La Percezione delle Institutiones sotto l’influsso della Scuola Storica*, in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, 2009, 9 ss.

* Professore ordinario presso l’Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

Nell'attuale realtà paleografica di *V.*, purtroppo, le linee 14-17 sono totalmente illeggibili. Speriamo che in una futura restituzione della *scriptura inferior* con gli strumenti innovativi ai quali Filippo Briguglio sta sottoponendo *V.* si possa ritornare a leggere quanto Studemund riusciva con relativa comodità ancora a decifrare.

Per ora mi accontento dell'apografo di quest'ultimo:

G. STUDEMUND, *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum conficit*, Lipsiae, 1874, 195.



Come si legge chiaramente alla fine della linea 15 la sequenza delle lettere è:

l e g e a qⁱ l i a.

La sequenza, per come la leggeva Studemund, esprime senza dubbio un *lege Aquilia*. D'altronde, sulla lettura paleografica, né Savigny, né Hugo avevano sollevato dubbi ed avevano da ciò dedotto, oltre che dalle ragioni sostanziali sopra ricordate, che il *damnas esto* della *lex Aquilia* legittimasse una *manus injectio* sull'autore dell'illecito e non un giudizio dichiarativo.

In particolare Gustav Hugo rafforzava questa sua convinzione richiamando la sicura ed esplicita conferma in V .³

3. I guai per la attendibilità della tradizione di *V.*, rispetto alla lettura di Savigny e Hugo, cominciano con l'edizione di Goeschen. Goeschen, infatti, non dubita del testo paleograficamente tramandato, ma della correttezza della sequenza delle lettere come copiata dall'amanuense della *vetus scriptura* di *V.* e la sostituisce con un “*aliqua*”⁴. Leggiamone più attentamente le ragioni.

Cod. a'qlia Mihi vero, quominus recta esse possit haec scriptura, adversari videtur totius loci constitutio. Quid quod, ista lectio admissa, Lege Aquilia anteriores dicendae erunt Lex Furia de sponsu, quaeque hanc praecessit. Apuleja, item Publilia? De quo valde dubito. Itaque librarium, in exaranda hac et sequente pagina toties turpi errore lapsum, in eo quoque peccasse opinor; quod a'qlia scripsit, cum scribere deberet aliqua. Quod tamen ne nimis fidenter contendam, Hugonis et Savinii facit auctoritas, qui Codicis lectioni standum esse existimant⁵.

³ G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian*, Berlin, 1832¹¹, 400 e ss. ed in particolare 401-402 n. 2.

⁴ Sul lavoro di Goeschen si vd. F. BRIGUGLIO, *Il Codice Veronese in trasparenza* cit., 131 ss.

5 *Gaii Institutionum commentarii quattuor ex membranis deleticiis Veronensis bibliotcae capitularis eruit Io. Frid. Lud. Goeschen, editio tertia, Berolini, 1842, 321 n. 2.*

Il Goeschen quindi non contesta la versione di *V.* (confermando la correttezza delle letture di Savigny, Hugo e quella verificata poi da Studemund e presente ora nel suo *apographum*), ma fonda la scorrettezza della *scriptura* leggibile su una presunta necessità di rispettare la sequenza cronologica delle leggi richiamate nei §§ 22 ss. (*lex Pubilia, lex Furia, lex Appuleia*) rispetto alla *lex Aquilia*. La sciatteria del *librarius* avrebbe cioè prodotto il leggibile (ai suoi tempi) *aq'lia* al posto dell'originario *aliqua*. L'argomentazione del moderno editore, peraltro, trova un accoglimento quasi unanime nelle successive edizioni critiche.

Huschke, nel contributo su *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, nel tredicesimo numero della *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, del 1846 (p. 268 n. 25) era ancora incerto: “Ob in 4,21 ‘*lege Aquilia*’ mit der HS. zu lesen sei, ist eine Frage, die nun auch noch in ein anderes Licht tritt”.

Al contrario, nella sua edizione delle *Institutiones* di Gaio in *Iurisprudentiae Anteiusustinianae quae supersunt*, Lipsiae, 1882 (352 n. 1), Huschke sostituisce *Aquilia* con *aliqua*. La lettura è diventata tralatizia.

Anche l'*editio* di Krüger – Studemund conferma la proposta di Goeschen⁶, diventando nelle edizioni successive addirittura un dato sicuro, senza che si senta più la necessità di richiamare in nota la diversa *lectio* di *V.*⁷ secondo l'*apographum* di Studemund.

La lettura che oggi si riscontra in tutte le edizioni critiche usate è la seguente:

per manus injectionem aequa de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, veluti iudicati lege XII tabularum.

4. Senza avere in questa sede la presunzione di contestare una *communis opinio* così forte da potersi dire oramai acquisita, propongo di verificare quale potesse essere il significato della *lectio* che l'amanuense, secondo la lettura che ne faceva Studemund, ci tramanda.

per manus injectionem de aequa his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege Aquilia cautum est vel iudicati lege XII tabularum.

La costruzione è piana, con una differenza nella esplicitazione dell'abbreviazione *uū*, non come *veluti*, ma come *vel*.

Studemund, al riguardo, nell'*index notarum* fa un elenco dettagliato degli usi delle abbreviazioni del palinsesto veronese.

Come si evince da uno spoglio esaustivo dell'abbreviazione *uū* essa può essere esplicitata sia come *vel* (soluzione preferita da Studemund alla linea 16 del foglio 195) che come *velut* o *veluti* (come poi preferiranno le letture che propongono *aliqua*).

Credo, quindi, che si possa ripensare con pacatezza sulle ragioni sostanziali e non paleografiche in base alle quali Goeschen reputava non convincente la *lectio* del *V.* Il punto fondamentale per Goeschen, è la stigmatizzata anticipazione cronologica della

6 *Gai Institutiones ad codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum in usum scholarum*, edd. P. KRÜGER – G. STUDEMUND, Berolini, 1912⁶, 161. Cfr. anche Ph. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae Anteiusustinianae quae supersunt*, Lipsiae, 1886, 352 n. 1.

7 *Gai Institutiones secundum codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*, ed. M. DAVID, Leiden, 1964, 127; *Gaius Institutiones – Die Institutionen des Gaius*, hrsg. U. MANTHE, Stuttgart, 2004, 333.

lex Aquilia sulla legge delle XII Tavole, ma soprattutto su quelle successive (che Gaio introduce con un *postea*) che introdussero la *manus injectio pro iudicato*. In sostanza per Goeschén è strano che Gaio indichi come prima ricorrenza della *legis actio per manus injectionem* quella fondata con la *lex Aquilia* e non direttamente con la legge delle XII Tavole. D'altronde, la *lex Aquilia* avrebbe dovuto necessariamente rientrare nelle *leges* che successivamente (Gai. IV, 22: *postea*) alle XII Tavole introdussero la *manus injectio pro iudicato*. Quindi, si coglierebbe una grave incongruenza nel primo richiamo alla *lex Aquilia*.

Da un lato, se si compara tale elencazione con quella che emerge nella trattazione gaiana sulle stipulazioni di garanzia (*sponsiones*, *fideipromissiones* e *fideiussiones*) III, 121 ss. nell'ordine delle leggi (*lex Furia*, *lex Appuleia*, *lex Cicereia*, *lex Cornelia*), mi sembra che si abbia un ordine legato alle problematiche e soltanto parzialmente rispettoso della cronologia⁸. Questo dato è stato spesso notato in Gaio in specifici ambiti e non soltanto proprio delle *Institutiones*, ma anche in sue altre opere.

D'altro lato, poi, va evidenziato come il richiamo della *lex Aquilia* insieme alla legge delle XII Tavole come esempi fondamentali di *manus injectio* introdotta con *lex* potrebbe essere spiazzante soltanto se si parte dal presupposto che la *lex Aquilia* o non produceva immediata esecuzione con *manus injectio* o, se la produceva, essa non era nella forma principale – almeno dalle XII Tavole in poi – della *manus injectio iudicati*.

Da una parte va rilevato che Gaio sul punto sembra distinguere, specificando soltanto nel caso delle XII Tavole che si tratti di *manus injectio iudicati*. D'altra parte, come attenta dottrina ha già ben evidenziato, non è per nulla sicuro che la diretta *manus injectio* derivante dalla *lex Aquilia* debba per forza ritenersi *pro iudicato*. La sua posteriorità alla *lex Publilia* nulla dimostra tenendo in conto che il *damnas esto* aquiliano è il precipitato recenziore ed unificante delle sanzioni previste dall'epoca decemvirale per ipotesi specifiche⁹.

5. In sostanza, Gaio ricorda come prime *manus injectiones* introdotte da leggi pubbliche le due ipotesi probabilmente più significative e fondamentali nell'immaginario romano (la legge Aquilia e le XII Tavole) tenendo conto che la prima – pur più recente – era l'esempio emblematico di una *manus injectio* contro il *damnatus* (fondata sul *damnas esto* della legge, mentre la *damnatio* testamentaria ricordata in Gai. III, 176 avrebbe origine consuetudinaria) e la seconda quello di una *manus injectio* contro il *iudicatus*.

Per verificare l'attendibilità di una tale ipotesi è necessario approfondire il formulario della *solutio per aes et libram* e della *manus injectio*.

Il formulario della *solutio per aes et libram* è ricordato in:

Gai. III, 173-175: *Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur. / Eaque res ita agitur; adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is qui liberatur ita oportet loquatur QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS CONDEMNATUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO <SECUNDUM> LEGEM*

8 Cfr. al riguardo L. PARENTI, “*In solidum obligari*”. Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito, Napoli, 2012, 165 ss.

9 Vd. G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di “damnum”* cit., 61-62.

PUBLICAM. Deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa. / Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat. De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet; et ita si certum sit. Quidam et de eo quod mensura constat idem existimant.

Si tratta di un discorso che assume una sua particolare coerenza e che sarebbe fuorviante leggere separatamente in base alla scansione moderna per paragrafi. Gaio ricorda nell'ambito dei modi di estinzione dell'*obligatio* anche ipotesi di *imaginariae solutiones*, come l'*acceptilatio* (Gai. III, 169-172) e la *solutio per aes et libram* (Gai. III, 173-174). Quest'ultima, nel manuale gaiano, è rappresentata come *genus* introdotto per cause specifiche. La prima ricordata è quella relativa a *si quid eo nomine debeatur; quod per aes et libram gestum sit*, mentre la seconda, da essa distinta (-ve) *si quid ex iudicati causa debeatur*. A questo punto Gaio richiama il formulario dell'atto.

Il *libram primam postremamque*, come è stato giustamente notato¹⁰, evoca un tempo nel quale la *solutio per aes et libram* importava l'effettiva pesatura (*hanc tibi libram primam, hanc tibi libram secundam ...*). I *verba solemnia* del formulario della *solutio per aes et libram* tramandati da Gaio danno conto di una stratificazione, pur scolpendo l'effetto giuridico tipico della *solutio librale*, nella parte sicuramente più arcaica del formulario (ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA).

Gaio descrive poi il rito della *percussio* della bilancia e della *datio* del simbolo dell'asse librile al soggetto dal quale ci si libera, *veluti solvendi causa*.

In III, 175, Gaio precisa che questo tipo di *imaginaria solutio* era stata estesa per analogia (*similiter*) all'erede onerato da legato *per damnationem*. Il giurista ricorda il ragionamento che avrebbe fondato questa estensione attraverso una similitudine di significati tra il *iudicatus* che *condemnatum se esse significat* e l'erede che *testamento se dare damnatum esse dicat*. L'affermazione è importante e sembra segnare una distinzione netta tra chi è *iudicatus*, in quanto è stato dichiarato *condemnatus* in un giudizio, e chi è *damnatus* in quanto egli riconosce, dichiarandolo (*dicere*), di essere stato nel testamento *se dare damnatum*. Tale differenza non può essere attribuita ad una posizione del giurista Gaio, che in altri luoghi utilizza sinonimicamente *condemnari* e *damnari* (vd. Gai. IV, 52), ma deve essere ricondotta a strati antichi del manuale gaiano. La distinzione sostanziale non avrebbe impedito all'*interpretatio pontificale* di cogliere tra le due posizioni una similitudine ai fini della *liberatio* nell'uso della *solutio per aes et libram*.

Da quanto dice Gaio, emerge con chiarezza che la qualifica di *damnatus* è, nel legato *per damnationem*, conseguente ad una autoqualifica dell'erede in base al testamento del *de cuius* (*heres testamento se dare damnatum esse dicat*) e non conseguenza di una condanna in un giudizio. Tale precisazione gaiana è da collegare con altre fonti che sembrano, invece, qualificare il *damnare* quale attività compiuta dal magistrato o dal *iudex* o dall'*arbiter*.

10 V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1983¹⁴, 395 n. 1; seguito da D. LIEBS, *Contrarius actus zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags in Sympotica F. Wieacker*, Göttingen, 1970, 128 sg. e n. 84; O. BEHRENS, *Der Zwölftafelprozeß*, Göttingen, 1974, 132; H.L. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen*, Berlin, 1999, 409. D'altronde, come nota giustamente R. MONIER, *Le sens vraisemblable de la seconde partie de la formule orale de la solutio per aes et libram*, in *Studi in onore P. de Francisci*, I, Milano, 1956, 33-35, l'inciso, da tradurre nel senso di "dalla prima ... all'ultima", è evocativo dell'effettiva pesatura.

6. In uno studio fondamentale in materia, Moritz Wlassak¹¹, superando la precedente ipotesi del Voigt, ha evidenziato come quella che nelle fonti più antiche sembra esprimere una originaria differenza tra *damnari* e *iudicari* (e che successivamente viene edulcorata in un uso sinonimico tra i due verbi)¹² riposa su una diversa qualifica della sentenza di condanna (*iudicari*) dal risultato della stima in denaro (*arbitrium liti aestimandae*). Ogni qual volta si fosse dovuto procedere alla stima di una *res* di specie in caso di *res iure iudicatae* o di una composizione (*damnum decidere*), volontaria o imposta, tesa ad evitare una *vindicta* in conseguenza di un illecito commesso (evidente in materia di *membrum ruptum*, ma anche di *furtum*) i romani nell'età più antica avrebbero parlato di *damnatus* e non di *iudicatus*.

Ciò si intreccia con lo stesso tenore del formulario dell'atto che Gaio riporta.

QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS CONDEMNATUS SUM¹³, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO <SECUNDUM> LEGEM PUBLICAM.

- 11 *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS. XXV, 1904, 81 ss., in particolare 174-188. La tesi di Wlassak, è stata precisata dal Broggini, nel senso di considerare il *damnare*, oltre che un'attività di parte o dell'*arbiter* e poi del *iudex* in funzione estimatoria, anche un'attività del magistrato, quale “delimitazione del potere di aggressione”; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, 148 ss.
- 12 *Contra D. LIEBS, Damnum, damnare und damnas. Zum Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in ZSS. LXXXV, 1968, 173 ss., in particolare 201 ss., per il quale *damnare* e *condemnare* anche nelle fonti citate esprimerebbero un uso sinonimico (ma vd. le difficoltà interpretative a p. 231 n. 244 per spiegare l'*aut* della *sententia Minuciorum*).
- 13 *Condemnatus sum* riconosciuto da Studemund è, oramai, considerato sicuro. Una *lectio* parzialmente diversa è presente in P.S.I. 1182 dove si ha un *iudic-* (vd. ora l'edizione di U. MANTHE, *Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius*, Stuttgart, 2004, 294). E. LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, in ZSS. LIV, 1934, 264 proponeva in base a P.S.I. 1182 di emendare il testo in *iudic<atus>* invece che *condemnatus*. V. ARANGIO-RUIZ, PSI. 1182. *Frammenti di Gaio*, in *Papiri greci e latini*, 11, I, 1935, nn. 1182-1222, 1-52, in particolare, 16-17, attraverso una rilettura attenta del papiro, confessava che, proprio riguardo alla l. 129 *iudic[io] (con)demna]tus*, “il frammento in calce di questa pagina E-F giunse nelle mie mani un tantino più largo, ma il lembo a sinistra di E e a destra di F mi si sbriciolò fra le dita, per lo spazio di un paio di lettere, nel mio tentativo di scartocciarlo. Prima di questo incidente si leggeva benissimo IUDICIO e poi l'abbreviazione di *con.*”; IX-X *addenda et corrigenda*; IDEM, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in *BIDR*. XLII, 1934, 571 ss., in particolare 581-582 e n. 129. Tale *lectio* è seguita da D. LIEBS, *Damnum, damnare und damnas* cit., 229-230. R. FIORI, “*Ea res agatur*. I due modelli del processo formulare repubblicano”, Milano, 2003, 108-109 n. 132, al contrario, sulla linea di Levy, propone un *iudic<atus vel> damnatus*, integrazione coerente al *iudicatus sive damnatus* di Gai. IV, 21. Tenendo conto che il formulario ricordato da Gaio è quello della *solutio per aes et libram ex iudicati causa* ritengo significativo, però, che da un lato Gaio stesso senta la necessità di chiarire in III, 175 che *iudicatus* significhi *condemnatus* (precisazione che ribalta le naturale prospettiva moderna di un significato di giudicato necessariamente condizionato da una condanna giudiziale) e che, nel senso indicato da Gaio va la stessa *lectio* dei papiri egiziani *iudicio con<demnatus>* (secondo la lettura di Arangio-Ruiz), specificando che nel formulario della *solutio librale* il *condemnatus* vada inteso come connesso ad una condanna giudiziale e non negoziale come nella *damnatio testamentaria*. In sostanza la *lectio* del *Codex Veronensis* (*condemnatus*) sembra da questo punto di vista più coerente a quanto Gaio stesso dice nel § 175 rispetto alla *lectio* di P.S.I. 1182 (*iudicio condemnatus*), potendo la precisazione “*iudicio*” avere la finalità di esplicitare qualcosa che in origine era implicito. Sul rapporto tra *damnati* e *iudicati* nei *certa verba* della *manus injectio iudicati* vd. per il mio punto di vista *infra*.

A mio avviso, per un tentativo di spiegazione plausibile, bisogna accentuare il fatto che Gaio non sta tramandando il formulario della *solutio per aes et libram* con funzione di *nexi liberatio*, ma della *solutio per aes et libram ex iudicati causa*¹⁴. Tale precisazione ci riporta alla *manus iniection iudicati* che è ricondotta dalla tradizione proprio alle XII Tavole e che materializzerebbe la prima forma di *manus iniection* fondata su una *lex publica, agere* altrimenti già ritualizzato prima delle XII Tavole (*Gai. IV, 21*)¹⁵.

Quella che troviamo ritualizzata nelle XII Tavole sarebbe, quindi, la prima *legis actio per manus iniectionem*, ma non necessariamente il più antico *agere per manus iniectionem*. È chiaro, però, che la ritualizzazione *ex lege* fissa principi e costruisce un modello fondamentale che ha forza attrattiva sulle *causae* che anche negli antichi *mores* rendevano conforme a *ius* l'esecuzione personale. A prescindere, infatti, dalle ipotesi che in dottrina talvolta sono state avanzate di immediata esecuzione del *nexum*, della *sponsio*, della *damnatio testamentaria*, del *confessus*, del *vocatus*, del *fur manifestus*, credo che non si debba sovrapporre l'ideologia del fondamento nella *lex publica* col *manum inicere*. Le XII Tavole, a fronte di una originaria varietà di tipiche forme riconosciute nei *mores* predecemvirali di una potestà di aggressione ammessa nell'ordinamento (*manum inicere*), canonizzano il rito in modo unitario¹⁶, a prescindere dalla disciplina particolare che in origine poteva essere, a seconda della *causa*, espressione tipica di *manum inicere* non necessariamente coincidente. In questa prospettiva si debbono, a mio avviso, rileggere sia la conferma decemvirale dell'*addictio* diretta del *fur manifestus* al derubato (*Gai. III, 189*), che quella prevista dalle XII Tavole del *manum endo iacito* contro l'*in ius vocatus* recalcitrante (*tab. I, 2*)¹⁷.

7. Tornando alla *legis actio per manus iniectionem*, secondo quanto ricorda Aulo Gellio, le XII Tavole statuivano:

tab. III, 1-3: “1. AERIS CONFESSI REBUSQUE IURE IUDICATIS XXX DIES IUSTI SUNTO. 2. POST DEINDE MANUS INJECTIO ESTO. IN IUS DUCITO. 3. NI IUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO IN IURE VINDICIT, SECUM DUCITO, VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS XV PONDO, NE MINORE, AUT SI VOLET MAIORE VINCITO”.

14 Puntuale al riguardo A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, 244 ss., in particolare 247-252. Per il mio punto di vista, già, *Lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio*, in *Homenaje F. Hinestrosa*, Bogotà, 2003, 199 ss.

15 Sulla risalenza dell'*agere per manus iniectionem* vd. M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, 1996², 35; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le legis actiones*, Roma (Corso 1961-62), 303-304; O. BEHRENDTS, *Der Zwölftafelprozess* cit., 114 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano I. Le legis actiones*, Torino, 1980, 41 sgg.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano I. Le origini*, Torino, 1986², 77-98; M. TALAMANCA, *Processo civile (dir. romano)*, in ED. XXXVI, Milano, 1987, 4 sgg. Al riguardo, imposta correttamente la questione con interessanti suggestioni F. ZUCCOTTI, *Vivagni III. “Omnia iudicia absolutoria sunt”*, in *Rivista di Diritto Romano* III, 2003 (<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>) in particolare 9 ss.

16 Si è, al riguardo, parlato efficacemente di “*jurisdiktionelle Solennisierung der Haftungsherrshaft*”; O. BEHRENDTS, *Der Zwölftafelprozess* cit., 116 ss.

17 In questo senso, ritengo si debbano intendere le conclusioni di M. VARVARO, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniectionem in relazione al furtum manifestum*, in *AUPA*, LI, 2006, 349 ss.

La particolare costruzione *AERIS CONFESSI REBUSQUE IURE IUDICATIS* evoca, come autorevole dottrina ha già da tempo ben evidenziato, due differenti *causae* fondanti la *legis actio per manus injectionem iudicati*. Grammaticalmente la costruzione in genitivo ed ablativo assoluto esprime l'anteriorità della *causa* alla scansione della procedura esecutiva.

Vi è innanzitutto la differenza tra *aes* e *res* che ha portato la dottrina, dal fondamentale contributo in materia di Kleineidam, a distinguere la prima *causa*, come relativa a "debiti" di *aes* sui quali vi fosse stato il *confiteri*¹⁸, e la seconda relativa a una sentenza di condanna concernente anche i "debiti" di *res* di specie, confermando la notizia di Gaio che contrappone la necessaria *condemnatio pecuniaria* del processo formulare ad un *ipsam rem condemnare "sicut olim fieri solebat"* (Gai. IV, 28)¹⁹.

Da un lato, si evidenzia la sostanziale estraneità della *manus injectio* quale procedura esecutiva dell'*agere in rem*²⁰. D'altro lato, si è ipotizzata la necessaria valutazione o trasformazione in *aes* della *res iudicatae* di specie, attraverso l'*arbitrium litis aestimandae*²¹. Quest'ultimo poteva essere innervato, anche, nella procedura esecutiva nell'interesse dell'esecutato, per rendere possibile l'adempimento del *iudicatum* ed evitare il potere di aggressione del "creditore"²².

Aes confessum, poi, evoca il *confiteri* del *pater familias* esecutato su una quantità certa di moneta²³ senza che i decemviri sentano la necessità di precisare che si tratti di un'attività svolta *iure*, cosa che invece è espressa nelle *res iure iudicatae*. A mio modo di vedere, si deve sgombrare il campo da una lettura eccessivamente tecnicizzante del *iure* quale esprimente la fase *in iure* del processo. Il sintagma *res iure iudicatae* sta ad indicare l'esistenza di una sentenza di condanna avvenuta *iure*, conformemente cioè nei tempi e nel luogo che i *mores* imponevano quale spazio giuridico dell'accertamento. La distinzione potrebbe, quindi, evocare, nel caso di *aes confessum*, l'adesione dell'esecutato all'affermazione del "creditore" davanti al titolare dell'*imperium* e *iurisdictio*, sufficiente a fondare, anche in assenza di una sentenza di condanna (*res iure iudicata*), la legittimità della *manus injectio*.

Per Max Kaser, superando una sua precedente interpretazione, sarebbe ipotizzabile una certa capacità assorbente della *aeris confessio* rispetto alle ipotesi nelle quali il convenuto *rem non defendat* o a quelle nelle quali l'esistenza di un *aes alienum* fosse

18 F. KLEINEIDAM, *Die Personalexekution der Zwölftafeln*, Breslau, 1904, 7 ss.

19 F. KLEINEIDAM, *Die Personalexekution* cit., 12 ss.

20 G. PUGLIESE, *Il processo privato romano I. Legis actiones* cit.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht* cit., 132.

21 M. WLAŠAK, *Der Gerichtsmagistrat* cit., 181; F. KLEINEIDAM, *Die Personalexekution* cit., 26 ss.; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht* cit., 135-136.

22 O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess* cit., 129 ss. in base a Gai. III, 78 dove in materia di *bonorum venditio*, si precisa che la vendita in blocco del patrimonio degli *iudicati* avviene "post tempus quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur" e Gell. noct. Att. XX, 1, 42: *Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa*.

23 A. BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in ZSS. XCIX, 1982, 128 ss.; A. BURDESE, "Sulla condanna pecuniaria nel processo civile formulare", in *Seminarios complutenses de derecho romano I*, 175-204.

fondata su *gesta* di pubblica notorietà, come nei casi del *nexum*, del *depensum*, della *damnatio* testamentaria²⁴. Tale capacità includente dell'ipotesi di *aes confessum* avrebbe soppiantato l'immediata esecutività originaria di queste ipotesi, in quanto per esse la "condanna" avverrebbe direttamente di fronte al titolare dell'*imperium* e della *iurisdictio*, senza necessità di una valutazione del *iudex* per la decisione²⁵.

Per l'*aes confessum* e per le *res iure iudicatae* si avevano 30 giorni per liberarsi dalla imminente *manus injectio*. Dopo i trenta *dies iusti*, *qui agebat* affermava solennemente: "QUOD TU MIHI IUDICATUS SIVE DAMNATUS ES [SESTERTIUM] <ASSIUM> X MILIA, QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI [SESTERTIUM] <ASSIUM> X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO" (Gai. IV, 21). L'affermazione trova piena corrispondenza nella procedura descritta in *tab. III*, 2. Il *quandoc*²⁶ non *solvisti* del formulario pronunciato dall'attore rimanda all'eventualità, persa dal convenuto, di adempiere al *iudicatum* nei trenta *dies iusti* (*ni iudicatum facit*) con *solutio per aes et libram*.

Tab. III, 3 richiama l'ulteriore possibilità di evitare *in iure* la *ductio* definitiva a casa del creditore, con l'intervento del *vindex*²⁷.

Il *quandoc non solvisti* pronunciato nel rito di aggressione contro il *iudicatus* attesta già l'estensione della *solutio* librale, operata in via interpretativa e recepita dai *cives* (*receptum est*)²⁸, da atto idoneo a liberare il *nexus* dal vincolo di responsabilità (*si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit*)²⁹ a atto idoneo a liberare il *iudicatus* colpito dalla *manus injectio* (*si quid ex iudicati causa debeatur*; Gai. III, 173).

24 M. KASER, "Unmittelbare Vollstreckbarkeit" cit., 83 ss.

25 M. KASER, "Unmittelbare Vollstreckbarkeit" cit., 132.

26 Sulla cui arcaicità vd. Fest. *quando* (Lindsay 310, 34): *In XII quidem cum c littera ultima scribitur, idemque significat.*

27 G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., I, 312 e n.156.

28 Sul senso da dare al *receptum est* F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1993, 49.

29 La dottrina che si è orientata a negare storicità al *nexum* quale negozio tipico formale di mutuo, reinterpreta la chiara affermazione di Gaio quale evocante non il *nexum*, ma gli effetti "obbligatori" della *mancipatio* ed il legato *per damnationem*; vd. per tutti O. LENEL, *Das Nexum*, in ZSS. XXIII, 1902, 84 ss., in particolare 89-90. Se si può concedere che la *solutio* potesse essere utilizzata per lo scioglimento della responsabilità del *mancipio dans* indotta dall'*uctoritas*, una tale interpretazione non è rispettosa, a mio modo di vedere, dell'*iter* logico del discorso di Gaio nei §§ 173-175 del libro terzo ed impone per il legato *per damnationem* un percorso complesso che passi dal *testamentum per aes et libram* al fine di dare un senso all'affermazione gaiana *si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit* come prima ricorrenza di un uso congruo della *solutio per aes et libram*. Al contrario, è necessario rilevare come il *quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit* di Gaio abbia una incredibile assonanza sia con la definizione muciana di *nexum* (*quae per aes et libram fiant ut obligentur*) sia con la *solutio* come *nexi liberatio* in base alla definizione di Elio Gallo ricordata in Festo (s.v. *nexum*; Lindsay 160, 35). A ciò si aggiunga, come segnala esattamente C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003, 49-50 e n. 147, che la *solutio per aes et libram* appare comunque formalmente costruita come l'atto contrario (*contrarius actus*) del *nexum*, confermando il *prout quidque contractum est, ita et solvi debet* presente in Pomp. *l. 4 ad Quint. Muc. D.* 46,3,80.

Ne incontriamo un esempio storicamente attendibile nel 385 a.C. in Liv. VI, 14, 3-5³⁰, dove è possibile individuare altresì una certa coerenza nella scansione della procedura esecutiva in rapporto a *tab. III*, 1-3³¹.

Tale estensione espressa nell'uso di *solvere* dei *certa verba*, dato il silenzio di *tab. III* – che menziona soltanto come condizione della *ductio* il *ni iudicatum facit* – non può che essere stata il frutto dell'opera dell'*interpretatio pontificum*. Si estese l'utilizzabilità dell'atto librale di scioglimento dallo stato di responsabilità derivante da *nexus* (*solutio per aes et libram – nexi liberatio*)³² all'ipotesi di esecuzione personale su chi fosse stato giudicato prevista dalla Legge delle XII Tavole (*solutio per aes et libram ex iudicati causa*). Potrebbe, per altro, aver avuto qui un ruolo, seguendo l'ipotesi del Kaser, la non immediata percezione – come al contrario avveniva in antico – dell'*aes alienum* realizzato con *nexus* quale *causa* fondante secondo le XII Tavole la *manus injectio*, ma la sua necessaria ritualizzazione quale *aes confessum*. Di qui, però, l'adattamento dei *verba solemnia* che bisognava pronunciare nella *solutio ex iudicati causa* ritualizzata dai pontefici, ove si ha l'inserimento, oltre che della diversa causa della *solutio* (non più *nexus sum*, ma *condemnatus sum*) – che come abbiamo visto Gaio intende come essere *iudicatus* (Gai III, 175) –, della conformità di una tale estensione alla *lex publica*. Conformità non tanto alla lettera della *lex XII tabularum* quanto al suo spirito (*tab. III*, 1: ... *triginta dies iusti sunto*; III, 3: *ni iudicatum facit* ...). L'estensione degli effetti liberatori tipici scolpiti nel formulario originario dell'atto (*ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEQUE LIBRA*) viene realizzata cogliendo una analogia tra lo stato di vincolo redimibile del *nexus* e lo stato di soggezione del *iudicatus*, in aspettativa a divenire vincolo materiale nella *manus injectio* con l'*addictio*.

Il punto rilevante è, in ogni caso, la posizione differenziata tra il *nexus*, il *confessus*, il *iudicatus* ed il *damnatus*, che non impedisce ai pontefici di utilizzare la *solutio per aes et libram* come atto di liberazione per tutte le ipotesi.

8. Proprio il formulario che Gaio ricorda della *manus injectio iudicati causa* secondo le XII Tavole, contiene, al riguardo, un sintagma di grande significato al riguardo.

30 *Centurionem, nobilem militaribus factis, iudicatum pecuniae cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua accurrit et manum iniecit; vociferatusque de superbia patrum ac crudelitate feneratorum et miseriis plebis, virtutibus eius viri fortunaque "Tum vero ego – inquit [M. Manlius] – neququam hac dextra Capitolium arcemque servaverim, si civem commilitonemque meum tamquam Gallis victoribus captum in servitutem ac vincula duci videam". Inde rem creditorri palam populo solvit libraque et aere liberatum emitit [...].*

31 *Iudicatum pecuniae* corrisponde a *tab. III*, 1; il *duci* alla *ductio in ius* di *tab. III*, 2; l'intervento di Manlio sarebbe avvenuto in *jure* per evitare la *ductio* definitiva nella casa del creditore secondo *tab. III*, 3; il *rem creditorri ... solvit libraque et aere liberatum emitit* indica l'effettivo pagamento del dovuto accompagnato dall'atto formale (*libra ... et aere*) per la liberazione del debitore, particolare quest'ultimo tanto più significativo in quanto il *solvere* risulta realizzato *palam populo*. Sull'importanza della testimonianza in relazione, invece, agli *addicti* vd. L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I, Milano, 1981, 108 ed in rapporto alla *solutio* 145-146.

32 Si potrebbe ipotizzare come formulario dall'arcaica *nexi liberatio*: *QUOD EGO TIBI <tot milibus> NEXUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEQUE LIBRA*.

*QUOD TU MIHI IUDICATUS SIVE DAMNATUS ES [SESTERTIUM] <ASSIUM> X MILIA, QUANDOC NON SOLVISTI,
OB EAM REM EGO TIBI [SESTERTIUM] <ASSIUM> X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO*

Il formulario sembra presentare una incongruenza. Esso indica la *causa* della *manus injectio* con *iudicatus sive damnatus*, costruzione complessa che si concretizza nell'affermazione performativa dell'imposizione della *manus* in modo unitario *ob eam rem ... iudicati manum inicio*³³.

Gli editori moderni delle *Institutiones* gaiane e gli autori che se ne sono occupati non sono concordi nel valore da riconoscere al *sive*. Per alcuni esso indicherebbe un'alternativa per la redazione del formulario (o ricorreva *iudicatus* o *damnatus*)³⁴, per altri esso esprimerebbe il ricorso del sintagma *iudicatus sive damnatus* in ogni *manus injectio ex iudicati causa*, esprimendo o meno una endiadi³⁵.

Le distinte ipotesi interpretative possono altresì essere organizzate in base ad una spiegazione della *distinctio* in chiave per così dire “processuale” oppure in chiave “sostanziale”³⁶.

Va, per altro, evidenziato come in dottrina, tenuto conto della distinzione decemvirale tra *aes confessum* e *res iure iudicatae* quali ragioni distinte della *manus injectio*, si è

33 L'assenza di un qualsiasi richiamo al *confessus*, dato l'esplicito richiamo all'*aes confessum* in tab. III, 1, deve spiegarsi proprio in relazione all'attrazione per finzione della posizione del *confessus* a quella del *iudicatus*, nella scelta di politica del diritto fatta dai decemviri di rendere la *manus injectio iudicati* la procedura legittima di aggressione del cittadino di fronte a specifiche *causae*; vd. F. KLEINEIDAM, *Die Personalexekution der Zwölftafeln* cit., 141; O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess* cit., 116-118; M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., 137.

34 P.E. HUSCHKE, *Über das Recht des Nexus und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846 [rist. Aalen, 1980], 10 ss., 66 n. 76; F. KLEINEIDAM, *Die Personalexekution der Zwölftafeln* cit., 138 ss.; E.I. BEKKER, *Über die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse Geschichtliches Überschau, von der Zeit der Manusinjektion bis in die Gegenwart*, in ZSS. XXIII, 1902, 1 ss., in particolare 18-21; M. WLAŠAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS. XXVIII, 1907, 100 ss., in particolare 174 ss. (come varianti della *manus injectio iudicati*); M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, 120 ss.; 232 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., I, 307 (secondo il quale il formulario tramandato da Gai evocherebbe due rituali distinti di *manus injectio*, quella *iudicati* e quella *damnati*); per la particolare posizione assunta da M. KASER, “*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*” cit., 116, vd. *infra*; O. BEHREND, *Der Zwölftafelprozess* cit., 126-128 (damnare conseguenza della *poena* compositiva per i *delicta*; *iudicare* come conseguenza della *iudicis postulatio* nell'*oportere ex sponsione*); C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni* cit., II, 1, 40 ss.

35 L. MITTEIS, *Über das Nexus*, in ZSS. XXII, 1901, 96 ss, in particolare 105 ss.; S. SCHLOSSMANN, *Altrömische Schuldrecht und Schuldverfahren*, Leipzig, 1904, 143 ss. ed in particolare 150-152 n. 2, da porre, però, in relazione a quanto l'autore dice, in base a *Gai.* III, 174-175, sulla *imaginaria solutio* in materia di legato *per damnationem*, per il formulario della quale ipotizza al posto del *condemnatus sum* in caso di *iudicatus* il *testamento dare damnatus sum*; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in RIDA. XXVII, 1980, 212 ss., in particolare 240 ss.; R. FIORI, “*Ea res agatur*” cit., 108-112 (per cui la *damnatio* – quale determinazione del *quantum* a seguito di *litis aestimatio* – presupporrebbe sempre una *iudicatio* o una *confessio*).

36 In chiave per così dire “sostanziale” i contributi citati nelle due note precedenti di Huschke, Bekker, Kaser, Cannata, Mitteis, Schloßmann, i quali approfondiscono il problema partendo dall'esame del *iudicatus sive damnatus* della *manus injectio iudicati* di Gai. IV, 21 in relazione alla *solutio per aes et libram ex iudicati causa* di Gai. III, 174, mentre in chiave “processuale” Wlassak, Pugliese, Behrends, Magdelain e Fiori, che esaminano le fonti gaiane sopra citate, partendo dalla distinzione tra *talionem imperare* e *pecuniae damnare* in materia di *poena* del delitto di *iniuria* di Gell. *noct. Att.* XX, 1, 37-38.

colto – come già segnalato – un significato specifico del *damnari*, in base soprattutto a Gell. *noct. Att.* XX, 1, 38³⁷, distinguendo tra *iudicatio pecuniae* (conseguente ad una sentenza di condanna del *iudex*) e *damnatio pecuniae* (conseguente ad una *aestimatio* di arbitri secondo Val. *Prob.* 4, 10).

Tale distinzione, a mio modo di vedere, è fondamentale se la si collega alla natura costitutiva e non dichiarativa del titolo dell'esecuzione, nel senso che il *iudicatum* non servirebbe per far valere il credito originario accertato definitivamente con sentenza, ma sarebbe il necessario titolo – quello della *condemnatio* del giudice – per legittimare il potere di aggressione sul *iudicatus*³⁸. È, infatti, il *iudicatum* – a quanto espressamente statuiscono le XII Tavole (*ni iudicatum facit*) – il titolo che giustifica il potere di aggressione sul cittadino e non il rapporto originario. Ora tale precisazione dogmatica coglie una differenziazione tra il momento costitutivo della posizione di responsabilità per il pagamento di una somma certa a seconda che essa derivi direttamente dalla sentenza del *iudex* (ipotesi di *iudicatum*) – ed al di là del titolo originario del rapporto – oppure che essa sia conseguenza di una *damnatio*, sia quella “negoziale”, sia quella derivante dalla particolare procedura estimatoria successiva alla *iudicatio*. Mi sembra, infatti, che si evidenzi nella dottrina che si è occupata del problema una certa incomunicabilità di dati che le fonti attestano e che al contrario non possono essere esaminati disgiuntamente. Vi sono *damnationes* che non presuppongono un *iudicatum* (*damnatio* testamentaria e quella *ex lege* in relazione ad alcuni illeciti) e la *damnatio* conseguenza della *aestimatio* degli arbitri successiva alla *iudicatio*. Gell. *noct. Att.* XX, 1, 46³⁹, in relazione a *tab. III*, ricorda il *ius paciscendi* teso ad evitare la caduta in *vinculis* del *iudicatus*. Lo stesso Gellio in *noct. Att.* XX, 1, 37-38 sopra visto⁴⁰, evidenzia come nella *interpretatio* alle XII Tavole fosse maturato un rituale di *aestimatio iudicis*, anello intermedio tra composizione volontaria (*ius paciscendi*) e valore compositivo imposto dalla legge, quando le parti coinvolte, pur esclusa di comune accordo la *talio*, non riuscissero però ad accordarsi sull'entità della composizione. La *aestimatio* è imposta dal *iudex* ed è necessaria per determinare l'entità compositiva per sciogliere la posizione di responsabilità prodottasi direttamente col *talio esto* della legge. Se si valorizza al riguardo Cat. *orig.* 4, frg. 5 (Jordan) che evoca una *talio* anche per l'*os fractum* (*si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*), potrebbe cogliersi un movimento consuetudinario, guidato dalla *interpretatio pontificum*, che perfeziona la composizione volontaria sul piano del

37 *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo ho ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. 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.*

38 M. TALAMANCA, *Relazione conclusiva*, in “*Praesidia libertatis*”. *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana*, Napoli, 1994, 317.

39 *Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.*

40 *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo ho ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. 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.*

quantum di riscatto, attraverso la statuizione *ex lege* della entità compositiva⁴¹. Le parti, in sostanza, d'accordo nella scelta compositiva, ad un livello più profondo del senso del *ni cum eo pacit* delle XII Tavole, non trovano l'accordo sul *quantum* della composizione. Le *aestimationes* consuetudinarie avrebbero rappresentato un modello di riferimento del *quantum* fissato *ex lege* quale *poenae esto*. L'*aestimatio iudicis* ha quindi la funzione di integrare il *pacisci* compositivo della *poena*, quasi che tale determinazione sia percepita come comunque attratta nell'alveo della composizione negoziale, producente un *dare damnatus sum*. In questa chiave di lettura potrebbe cogliersi una unità di fondo di natura per così dire “negoziale” nel significato del *damnatus*, distinto dal *iudicatus*, che potrebbe avvicinare i due orientamenti dottrinali (“processuale” e “sostanziale”) sopra richiamati.

A mio modo di vedere, fondamentale per comprendere l'incongruenza tra il *iudicatus sive damnatus* e il *iudicati manum inicio* della *manus injectio iudicati*, è quanto lo stesso Gaio precisa in materia di *solutio per aes et libram* in III, 175, dove appunto si dice che *sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat*. Gaio intende il significato di *iudicatus* come colui che è stato condannato. Se nel formulario tramandato – e al quale Gaio attinge – vi fosse stato scritto in origine *iudicatus*, rappresentando il *condemnatus* un ammodernamento gaiano più coerente alla *condemnatio* formulare⁴², non si spiegherebbe come mai lo stesso Gaio senta la necessità di sciogliere la presunta incongruenza nel formulario tra il *condemnatus sum* e la qualifica della *solutio per aes et libram* richiamata come *ex iudicati causa* (Gai. III, 173).

Il *condemnatus sum* che fonda la causa del *sollovo liberoque* conferma pienamente, nella prospettiva di Gaio, la genuinità del formulario della *solutio p.a.e.l.* quale *solutio* necessaria a liberare il *iudicatus* e il *damnatus*. La seconda affermazione (*ita heres testamento se dare damnatum esse dicat*) non impone di ritenere che il *damnatus* non dichiarasse *condemnatus sum* (almeno fino alle XII Tavole), ma che fosse naturale considerare il *damnatus* come un *condemnatus* mentre la cosa andasse chiarita per il *indicatus*. Ciò comporta che la *solutio per aes et libram* liberatoria di una *damnatio* testamentaria avrebbe avuto un formulario eguale negli effetti (*me eo nomine a te solvo liberoque*) e nella causa (*condemnatus sum*).

9. Se, ora, poniamo in rapporto questa tipicità causale con le *causae* della *manus injectio ex iudicati causa* sembra che nella disciplina decemvirale una tale tipicità non sia qualificante, in quanto entrambe le *causae* (*damnatus* e *iudicatus*), in base a Gai. IV, 21, sarebbero richiamate insieme nel titolo della esecuzione (*QUOD TU MIHI IUDICATUS SIVE DAMNATUS ES*) e sciolte in chiave unitaria nella dichiarazione performativa del *iudicati manum inicio*. Ciò è a mio modo di vedere significativo e dimostra un protagonismo assunto dalla *legis actio per manus injectionem ex iudicati causa* delle XII Tavole (Gai. IV, 21: ... *veluti iudicati lege XII tabularum*) rispetto a quelle esistenti in età

41 Sul punto vd. ora M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, a cura di L. Capogrossi Colognesi–M.F. Cursi, Napoli, 2008, 80 ss.; M.F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni “ex delicto”*, in RIDA. LVIII, 2011, 143 ss.

42 Pensa, invece, ad “un adeguamento alla terminologia della procedura formulare” con la sostituzione dell'originario *iudicatus* con *condemnatus* C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni* cit., II, 1, 45; così anche R. FIORI, *Ea res agatur* cit., 108 n. 132.

predecemvirale, nell’alveo della quale l’*interpretatio* pontificale tende ad attrarre ogni ipotesi preesistente di *manus injectio* (quale *agere* fondato nei *mores*) nella *manus injectio* quale *agere* fondato sulla *lex publica*. D’altronde, la cosa per il *confessus* è sicura⁴³ e potrebbe ipotizzarsi anche per il *damnatus* (testamentario o a seguito di *litis aestimatio* della *poena pecuniaria*, come riscatto dalla *vindicta*). Ciò implica una scelta di politica del diritto ben precisa, quella di presupporre a fondamento dell’esecuzione personale con *manus injectio* su un cittadino una verifica da parte del titolare dell’*imperium* e della *iurisdictio* delle cause, ed in particolare proprio quelle che i *mores* predecemvirali riconoscevano diverse dal *iudicatum*, verifica che avrebbe fondato l’esecuzione in modo unitario⁴⁴.

Qualcosa di analogo è percettibile anche nella *solutio per aes et libram*, della quale è sicura l’originaria tipicità causale delle ipotesi nelle quali si poteva ad essa far ricorso per la liberazione (*nexi liberatio*, *damnatio* testamentaria e *iudicatus*). Gaio, infatti, pur ricordandone tre diverse *causae* (III, 173: *veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur*; III, 175: *similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est*), riporta esclusivamente il formulario della *solutio p. a.e.l. ex iudicati causa* con la ricorrenza del *condemnatus sum* e del *secundum legem publicam*.

Il *damnas esto*, sia quale espressione della *damnatio* testamentaria, sia quale conseguenza della *aestimatio* arbitrale a seguito del *pactum* compositivo dei delitti, sia quale sintagma presente in alcune *leges publicae*, dimostra, nella sua attrazione nell’alveo della *manus injectio iudicati*, di conservare il ricordo di una sua autonomia sostanziale (*iudicatus vel damnatus*). Il che conferma nella sostanza la lettura di Studemund del palinsesto veronese nel senso di una qualificazione differenziata tra *manus injectio ex lege Aquilia (damnas esto)* e *manus injectio iudicati ex lege XII tabularum*.

Probabilmente, prima delle XII Tavole, le *manus injectiones* “consuetudinarie” esercitate contro il *damnatus* prevedevano nel loro formulario il titolo esecutivo in modo tipico (solutio: *quod ego tibi tot milibus damnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*; manus injectio: *quod tu mihi damnatus es X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi X milium damnati manum inicio*).

Con la ritualizzazione decemvirale del modello della *manus injectio iudicati* si fissa, per così dire, un *habeas corpus* imprescindibile del *civis* esegutato al quale vengono ricondotte in chiave assimilatrice le diverse *causae* predecemvirali di *manus injectio*, le quali tutte (*nexus*, *damnatus*, *confessus*, *iudicatus*) oramai vengono precipitate nel performativo *iudicati manum inicio*.

La legge Aquilia conserva il costrutto più antico della pena alla *manus injectio (damnas esto)*, fondata sulla qualifica dell’autore quale “*damnatus*”, come nelle ipotesi tipiche di danno dell’età decemvirale, fondando una diretta *manus injectio iudicati* che

43 Fondamentali, al riguardo, F. KLEINEIDAM, *Die Personalexekution der Zwölftafeln* cit., 141; M. KASER, “*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*” cit., 84 e n. 15.

44 Fondamentale, al riguardo, M. KASER, “*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*” cit., 84 e n. 15; 116.

non era per definizione una delle *manus iniectiones pro iudicato* introdotte da leggi successive alle XII Tavole ma precedenti a quella⁴⁵.

Abstract

Over the last decades, scholars analysed the matters concerning the direct effect with *manus injectio* of the “*damnas esto*” of the *lex Aquilia* only from a substantive law perspective. The author here emphasises the relevance of Studemund’s *apographum* of *Gai. IV, 21* and tests the weakness of Goeschen’s hypothesis compared to Studemund’s interpretation of the *Codex Veronensis*.

45 Senza ipotizzare l’attrazione postdecemvirale anche della *m.i.* fondata sulla *damnatio* nella *m.i. iudicati*, le conclusioni di G. VALDITARA, *Sulle origini del concetto di “damnnum”* cit., 60 ss. in relazione alla natura della *manus injectio ex lege Aquilia* sono da condividere nelle conclusioni sulla esperibilità di una *m.i.* contro il *damnatus* da non ascrivere a quelle “*pro iudicato*” simili a quelle introdotte dalla *lex Publilia* e dalla *lex Furia de sponsu*.