

Roberto Scevola

‘VIM VI REPELLERE LICET’: CONFIGURABILITÀ, STRUTTURA ED EVOLUZIONE DELLA DIFESA REATTIVA IN DIRITTO ROMANO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ipotesi previste dalla legislazione decemvirale (*tab. 8.12-13*): interpretazione tradizionale e sua *ratio*. – 3. Decostruzione dell’ipotesi mommseniana da parte della concezione punitivo-sanzionatoria. – 4. La necessità di ‘un passo indietro’ nel segno della liberazione dagli eccessi dogmatici. – 5. Gli apporti della giurisprudenza classica come autentico ‘gremio’ della legittima difesa. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il fondamento antropologico dell’autodifesa personale si rinviene nell’istinto di conservazione, essendo radicato nella natura umana l’impulso di reagire a un attacco che ponga in pericolo la vita dell’agredito: non discende essenzialmente da alcuna norma giuridica l’esigenza – in se stessa considerata – di respingere un assalto alla propria incolumità ed è altresì del tutto plausibile che il soggetto preso di mira possa procurare danno all’aggressore durante l’attività difensiva. Questo ‘stato naturale’, tuttavia, confligge con l’aspirazione ‘sociale’ (benthamiana) a evitare uno scenario (hobbesiano) riconducibile al *bellum omnium contra omnes*, innescato da un’applicazione indiscriminata della difesa reattiva, sicché a quest’ultima è stata riconosciuta una rilevanza sempre più marginale, subordinandone la liceità a circostanze in cui i pubblici poteri non possano preservare tempestivamente e autonomamente l’integrità personale degli individui. Il monopolio legittimo della forza rivendicato e ottenuto dalla comunità organizzata

* Contributo sottoposto a valutazione.

ha infatti ridotto, da un lato, l'insicurezza collettiva, grazie alla fruibilità di organi giurisdizionali istituzionalizzati in vista della risoluzione pacifica delle controversie *inter privatos*; ha circoscritto, dall'altro, l'uso individuale della violenza difensiva soltanto alla circostanza estrema di materiale indisponibilità degli strumenti di tutela forgiati dall'ordinamento, sempre sul presupposto di un concreto pericolo per la sopravvivenza dell'agredito. Sotto questo profilo, se è vero che l'atteggiamento di quest'ultimo – proteso a salvaguardare il proprio interesse primario – assolve un ruolo di necessaria integrazione dell'attività statale in materia di prevenzione degli illeciti, appartiene tuttavia a un superiore livello di elaborazione concettuale ravvisare nel meccanismo autodifensivo una sorta di 'delega' al privato, sulla base della quale questi reagirebbe in nome e per conto dell'autorità pubblica, sì da sostituirsi alla medesima in attuazione di un'ipotetica 'competenza concorrente'. Si giustifica, quindi, la graduale introduzione di limiti normativi alla discrezionalità dell'agredito con riguardo tanto ai casi in cui sia ammessa la liceità della reazione, quanto alle modalità con cui essa debba operare perché non si amanti di finalità ritorsive: la preservazione della propria vita (e dei propri beni, reputati strumentali alla realizzazione della stessa), nonché di quella dei propri congiunti, rappresenta il punto di partenza per ricondurre entro binari giuridici – e, pertanto, controllabili – un istinto non completamente coercibile, sebbene disciplinabile in relazione alle convinzioni correnti in un determinato contesto storico-sociale¹.

¹ Sulle enunciazioni introduttive sino a questo momento formulate, oggetto di una letteratura sterminata, si vedano G. CALORE, voce *Legittima difesa* (*dir. can.*), in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 47 ss. e M. RONCO, voce *Legittima difesa*, in *Dig. disc. pen.*, diretto da R. Sacco, a cura di A. GAITO, B. ROMANO, M. RONCO e G. SPENGER, vol. XI (Aggiornamento), Milano, 2021, p. 403 ss. (con vasta bibliografia), il quale, da ultimo, riconosce giustamente (p. 414) «un monumento di cultura storica e di precisione giuridica» nell'opera di N. NICOLINI, *Le questioni di diritto*, novella edizione a cura di G. MADIA, Napoli, 1870, Parte Prima. Questioni XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX, pp. 290-313, in cui – commentando gli artt. 373, 374 e 377 del codice penale per il Regno delle Due Sicilie – «una pietra miliare sul tema della legittima difesa» veniva posta indelebilmente dallo studioso teatino.

Nell'esperienza romana la reazione difensiva a un'aggressione violenta è definita dal principio secondo cui *'vim vi repellere licet'*, essendo invece sconosciuta una qualificazione attingua alla moderna 'legittima difesa': muovendo da un fondamento 'naturalistico', quindi, viene posto l'accento sulla simmetria tra l'attacco e la risposta, connotate entrambe dalla *vis*, ossia dalla forza e/o dalla violenza. Qualora si ritenga, come si è pacificamente fatto, che l'elaborazione romana costituisce il fondamento della moderna esimente, la mancata corrispondenza terminologica testé rilevata potrebbe rappresentare un serio problema: sovviene, a tal proposito, la celebre diatriba metodologica tra Betti e De Francisci in tema di 'nome' e 'cosa'. Per il primo, «l'essenziale non è che nelle fonti romane si trovi bell'e formulato il 'concetto' o posta la 'distinzione' o – tanto meno – enunciato il 'nome', [ma] che nel diritto positivo romano-classico ci sia la 'cosa': vale a dire il fatto, il rapporto, l'istituto, di cui noi non possiamo veramente approfondire e spiegare a noi stessi l'essenza se non mercé quei concetti e quei nomi che la nostra stessa mentalità ci suggerisce»²; il secondo, invece, considerava «assurdo, non solo pericoloso, separare la 'cosa' dal 'concetto', e pretendere di sostituire al concetto romano il nostro 'concetto' e quindi la nostra formulazione, nonché la nostra terminologia». Quest'ultima, infatti, è costruita a suo avviso su «parole rappresentative di concetti e l'identità di parola (soprattutto quando essa rappresenti categorie elastiche) può indurre nella convinzione che anche

² Così E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG*, 1928, 99, p. 129 ss.; 1928, 100, p. 26 ss., ora in *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*, a cura di G. LURASCHI e G. NEGRI, Como, 1997², p. 25 ss. (il citato è a p. 75), secondo cui inoltre «neppure è necessario ricorrere alla giustificazione – messa innanzi di recente – che si tratta di idee già preesistenti nella 'subcoscienza' giuridica dell'epoca, nella subcoscienza, cioè, degli stessi giuristi romani ... Perché altra cosa è la consapevolezza acquistata dai contemporanei circa il diritto vigente nel proprio tempo; altra cosa è questo diritto in sé e per sé considerato. Ciò che interessa non è la maggiore o minore consapevolezza, che i giuristi abbiano raggiunto, del diritto che creavano o applicavano, [ma] che le loro soluzioni obbediscano oggettivamente a una determinata 'logica degli istituti', e così ne rivelino le direttive e i principi» (p. 75 s.).

i concetti (e cioè le cose) siano identici»³. Orbene, questa controversia investe frontalmente l'argomento di cui ci si occupa perché, alla stregua di molti altri, un concetto tecnico di difesa non si era ancora sviluppato fra i romani del periodo classico, i quali operavano sul terreno casistico piuttosto che sul piano teorico: *defensio*, infatti, «usually means something quite different, that is, defending a case in court (either in one's own or somebody else's name)»⁴. Soltanto dal diciassettesimo secolo iniziano a comparire opere in tema di *legitima* (o *necessaria*) *defensio*, qualificazione poi mutuata dalle lingue neolatine – 'légitime défense', 'legítima defensa', 'legittima difesa' – in sostituzione di '*vim vi repellere licet*'; mentre, sin dal basso medioevo, l'espressione tedesca appropriata è stata scorta in 'Notwehr'⁵ (parola recepita in olandese: 'noodweer', in dane-

³ P. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, p. 3 ss., ora in *Questioni di metodo. Diritto romano*², cit., p. 85 (il citato è a p. 99), il quale rigettava l'idea bettiana «di categorie che fungano da 'comuni denominatori' e che con opportuni adattamenti possono applicarsi anche a diversi climi storici e sociali»; in questo modo, «si vengono a foggare delle categorie puramente nominali che non sono certo quelle del diritto storico e non sono nemmeno quelle della dogmatica odierna». Siffatta operazione riduzionistica costringe a eliminare «tutte le particolarità e peculiarità di contenuto, si distrugge cioè la storia, si offusca tutto il processo per cui dai *cunabula iuris* si è pervenuti via via alla dottrina attuale», sicché «non ci resteranno che dei nomi, nei quali noi potremo versare ora un contenuto di concetti romani ora un contenuto di dogmi odierni, al solo scopo di poter dare un aspetto esteriore, uniforme o simile, alla ricostruzione del diritto romano e a quella del diritto odierno».

⁴ A. WACKE, *Defence and Necessity in Aquilian Liability*, in *Estudios en Homenaje al profesor J. Iglesias*, I, Madrid, 1989, p. 526, anche in *ZSS*, 1989, Dogm. p. 471 (con titolo: *Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung. Dogmengeschichtliches über Selbstverteidigung und Aufopferung*).

⁵ Nello statuto municipale di Wiener Neustadt (anno 1220) si legge: *Vim vi repellendo, quod vulgariter dicitur 'notwehr'* (cfr. E.C. HELBLING, *Versuch, Notwehr und Mitschuld nach den wichtigsten landrechtlichen Kodifikationen Österreichs vom Ausgang des Mittelalters bis zur Theresiana und der CCC. Eine Gegenüberstellung, in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Festschrift H. Eichler zum 70. Geburtstag*, Wien - New York, 1977, p. 241 ss.; R. HAAS, *Notwehr und Nothilfe. Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriff: geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik*, Frankfurt a.M. - Bern, 1978, p. 19; A. WACKE, *Notwehr*, cit., p. 472 s.). Inoltre, nella 'Mainzer Reichslandfrieden' – uno dei documenti di rango costituzionale del Sacro Romano Impero Germanico – risalente al 1235, Federico II statuiva *ut nullis ...*

se: 'nødværge' e in svedese: nödvärn), di certo meno efficace di quella neolatina perché 'Not' indica un generico stato di necessità o bisogno oppure, ancora, un caso di forza maggiore, indipendentemente da un'aggressione alla persona⁶. Nonostante ciò, il significato originario del lemma allude proprio alla coercizione fisica esercitata su un'altra persona, sì da adombrare l'influsso del diritto romano: è pertanto indispensabile esaminare le fonti *ab origine*, naturalmente tenendo conto delle interpretazioni attuali, ma senza lasciarsene travolgere, per capire se dal tessuto casistico proprio dell'esperienza giuridica romana emergano le fattezze di un istituto ben definito oppure soltanto indizi isolati, cui la dinamica corrente tra 'nome' e 'cosa' possa applicarsi con efficacia armonizzatrice o divisiva.

2. *Ipotesi previste dalla legislazione decemvirale (tab. 8.12-13): interpretazione tradizionale e sua ratio*

Il punto di partenza è offerto dal contenuto delle disposizioni duodecimitabulari⁷ – desunte, come noto, da testimonian-

se ipsum vindicet, ... nisi in continenti ad tutelam corporis sui vel bonorum suorum vim vi repellat, quod dicitur 'nothwere' (MGH, leges IV, Const. Tom. 2, herausgegeben von L. WEILAND, Hannover, 1896, nr. 196, p. 243, su cui R. HAAS, Notwehr, cit., p. 19 s. e nt. 19; A. WACKE, Notwehr, cit., p. 473).

⁶ In proposito, vanno rammentate le espressioni medievali 'Not kennt kein Gebot' (*necessitas non habet legem*) e 'Not bricht Eisen' (*necessitas frangit ferrum*), su cui A. WACKE, *Notwehr*, cit., p. 472 e nt. 18.

⁷ Secondo M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Paris, 2018, p. 519, non esistono argomenti solidi che ostino alla «attribution conventionnelle» (da Dirksen a Riccobono) dei due versetti in parola nella *tab. VIII*, benché non siano mancati «les partisans d'une autre localisation», con speciale riferimento alle prime due tavole: dopo aver esaminato minuziosamente gli argomenti che hanno indotto ancora di recente parte della dottrina – v. in specie *Das Zwölfstafelgesetz. Leges XII Tabularum*, herausgegeben, übersetzt und kommentiert von D. FLACH, Darmstadt, 2004, 57, p. 181 s., in cui il curatore optava per l'inserimento delle prescrizioni nella *tab. 1.17-18*, sulla scorta di *Roman Statutes*, edited by M. CRAWFORD, II, London, 1996, pp. 578, 609 ss. – a revocare in dubbio la proposta di R. SCHOELL, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, Lipsiae, 1866, p. 144 s., lo studioso francese concludeva come (p. 521) «rien ne prouve que le *furtum* se trouvait dans la T. VIII», ma «aucun motif scientifique ne permet de détacher le vol de la "Table des délits"»,

ze più recenti⁸ – che attengono, rispettivamente, al furto not-

sicché «le plan conventionnel, uniquement parce qu'il est devenu un langage comun, mérite d'être conservé». In argomento, M.A FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli, 2008, p. 25, nt. 30, ha fatto rilevare come i sostenitori di una collocazione alternativa si basassero sulla *sedes materiae* del furto in Gai. 1 *ad XII tab.*: «siccome è pensabile che venisse seguito l'ordine di trattazione delle dodici tavole, ed essendo il commentario gaiano diviso in sei libri, si dovrebbe arguire che ogni libro del commento affrontasse criticamente il contenuto di due tavole decemvirali, e che, di conseguenza, il *furtum* nelle XII tavole fosse già regolato nella prima o al massimo nella seconda tavola».

⁸ In ordine a entrambe le prescrizioni, v. Cic. *Tull.* 20.47: *atque ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit, ut furem noctu liceat occidere et luce, si se telo defendat, et legem antiquam de legibus sacratis, quae iubet impune occidi eum, qui tribunum pl. pulsaverit. nihil, ut opinor, praeterea de legibus.* 20.48: *qua in re hoc primum quaero, quid ad hoc iudicium recitari istas leges pertinuerit. num quem tribunum pl. servi M. Tulli pulsaverunt? non opinor. num furatum domum P. Fabi noctu venerunt? ne id quidem. num luce furatum venerunt et se telo defenderunt? dici non potest ...* 21.49: 'non', inquit, 'ad eam rem recitavi, sed ut hoc intellegeres, non visum esse maioribus nostris tam indignum istuc nescio quid quam tu putas, hominem occidi'. *at primum istae ipsae leges, quas recitas, ut mittam cetera, significant, quam noluerint maiores nostri, nisi cum perneceesse esset, hominem occidi ...* 21.50: *furem, hoc est praedonem et latronem, luce occidi vetant XII tabulae; cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas, nisi se telo defendit, inquit, etiam si cum telo venerit, nisi utetur telo eo ac repugnabit, non occides; quod si repugnat, 'endoplorato', hoc est conclamato, ut aliqui audiant et convenient. quid ad hanc clementiam addi potest, qui ne hoc quidem permiserint, ut domi suae caput suum sine testibus et arbitris ferro defendere liceret?* 22.52: *si qui furem occiderit, iniuria occiderit. quam ob rem? quia ius constitutum nullum est. quid, si se telo defenderit? non iniuria. quid ita? quia constitutum est; Cic. Mil. 9: Quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?; Quint. inst. or. 5.14.18: et a ratione fas est incidere deinde concludere, ut ibidem: 'quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet'; Gell. noct. Att. 11.18.6: Decemviri autem nostri, qui post reges exactos leges, quibus populus Romanus uteretur, in XII tabulis scripserunt, neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt. 7: Nam furem, qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdum telo se, cum prenderetur, defenderet; Augustin. quaest. in Heptat. 2.84: hoc et in legibus antiquis secularibus ... invenietur, impune occidi nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defendit; Gai. 7 ad ed. prov. D. 9.2.4.1:*

turno e a quello diurno in cui il ladro si fosse difeso con armi:

Tab. 8.12: SI NOX FVRTVM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IVRE CAESVS ESTO.

Tab. 8.13: LVCI ... SI SE TELO DEFENDIT ... ENDOQVE PLORATO.

*lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdium autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur; Coll. 7.3.1: quod si duodecim tabulae nocturnum furem <quoquo modo, diurnum> autem si se audeat telo defendere, interfici iubent: scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit, sicut lectio manifestat. Moyses dicit: 'Si perfodiens nocte parietem inventus fuerit fur et percusserit eum alius et mortuus fuerit hic, non est homicida is qui percusserit eum. Si autem sol ortus fuerit super eum, reus est mortis percussor: et ipse morietur'. 2 (Ulp. 18 ad ed.): Sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit, non videbitur iniuria occidisse. Proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu; I. 4.18.5: Item lex Cornelia de sicariis, quae homicidas ultore ferro persequitur vel eos, qui hominis occidendi causa cum telo ambulant. telum autem, ut Gaius noster in interpretatione legis duodecim tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur quod ab arcu mittitur, sed et omne significatur quod manu cuiusdam mittitur: sequitur ergo ut et lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur. Nel richiamare il dettato decemvirale, si riferiscono al solo furto notturno Sen. Rhet. *controv. excerpt.* 10.6: *Lex, quae nocturnum furem occidi quoque modo iubet, non de damnato tantum sed de fure loquitur; Gell. noct. Att.* 20.1.7: *Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accipisse convictus est, capite poenitur; aut quae furem manifestum ei cui furtum factum est in servitute tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit.* 8. *Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non digna esse capitis poenae existumes?; Macr. Sat.* 1.4.19: *Non esse ab re puto hoc in loco id quoque ammonere, quod decemviri in XII tabulis inusitatissime 'nox' pro 'noctu' dixerunt. Verba haec sunt: 'si nox factum sit, si im occisit, iure caesus esto': in quibus verbis id etiam notandum, quod ab eo quod est 'is' non 'eum' casu accusativo sed 'im' dixerunt. Attiene esclusivamente al ladro che si difende con un'arma Gai. 13 ad ed. prov. D. 47.2.55(54).2: *Furem interdium deprehensum non aliter occidere lex duodecim tabularum permisit, quam si telo se defendat. Teli autem appellatione et ferrum et fustis et lapis et denique omne, quod nocendi causa habetur, significatur* (per il significato di *telum*, v. Gai. 1 ad leg. XII tab. D. 50.16.233.2).**

Secondo Rein⁹ e Mommsen¹⁰ si tratterebbe di fattispecie riconducibili al *furtum manifestum*, accomunate entrambe dalla necessità ineludibile di difendersi ('Nothwehr'), al punto che nel primo caso se un ladro colto a rubare durante la notte fosse stato ucciso (quand'anche non armato e/o pronto a reagire) l'omicidio sarebbe avvenuto *iure* e, di conseguenza, il suo autore si sarebbe valso dell'impunità; nel secondo, qualora il ladro diurno avesse resistito con un arma al tentativo di catturarlo da parte dell'agredito e questi lo avesse ucciso, la sua condotta sarebbe stata scriminata in subordine alla sussistenza dall'*endoploratio*, vale a dire dalla chiamata di testimoni al fine di scongiurare il sospetto che il derubato avesse commesso l'omicidio al di fuori dei presupposti di necessità richiesti dalla prescrizione decemvirale¹¹. Come posto in rilievo da Mommsen, la causa di giustificazione si sarebbe scorta nella presunzione di pericolo per la vita del derubato¹², senza alcuna distinzione quindi tra l'evenienza in cui la minaccia fosse incombente ma ancora potenziale e quella in cui sussistes-

⁹ Si veda W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis als Justinianus. Ein Hülfsbuch zur Erklärung der Classiker und der Rechtsquellen für Philologen und Juristen nach den Quellen*, Leipzig, 1844, p. 298 s. e nt. 2, p. 322.

¹⁰ Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 620, per il quale, come principio generale, «im Fall der Nothwehr gegen einen Angriff auf das Leben oder auf die Keuschheit ist die Tödtung des Angrifers straflos»; nello specifico, «als Lebensgefährdung gilt nach Zwölftafelrecht schon der Angriff auf fremdes Eigenthum, wenn er zur Nachtzeit stattfinden oder wenn der Angreifer sich mit bewaffneter Hand zur Wehr setzt und in beiden Fällen der Angegriffene um Hülfe gerufen hat».

¹¹ Se per TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 620 e nt. 6, l'*endoploratio* sarebbe richiesta in entrambi i casi, tanto più che le fattispecie «zusammengestellt sind» da Schoell, ad avviso di W. REIN, *Das Criminalrecht*, cit., p. 299, il citato presupposto per l'efficacia dell'esimente sarebbe da limitare al caso del ladro diurno che si difende *cum telo*.

¹² Come si deduce da TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 620, laddove lo studioso contrapponeva al diritto decemvirale quello posteriore («das neuere Recht»), in cui «diese Rechtsvermuthungen der Lebensgefahr» sarebbero state abbandonate, rientrando nella discrezionalità del tribunale adito determinare l'effettiva sussistenza del pericolo («und giebt die Frage, ob dieselbe vorlag oder nicht, dem erkennenden Gericht anheim»).

se l'esigenza di respingere un'aggressione attuale¹³. Per meglio dire, in riferimento al *furtum nocturnum*, la presunzione di pericolosità si sarebbe fondata sull'introdursi del ladro nella proprietà o dimora altrui, sfruttando l'oscurità per commettere il reato e contando altresì sulla minorata difesa attuabile da chi fosse stato sorpreso: qualora l'autore dell'illecito fosse stato ucciso, all'omicida sarebbe stata assicurata l'impunità sussistendo una scusante per il suo agire. Di notte, infatti, sarebbe risultato quasi impossibile comprendere la reale pericolosità dell'intruso e pertanto, in qualsiasi modo decidesse di agire, il comportamento del soggetto passivo sarebbe stato strettamente giustificato dalla contingenza temporale di realizzazione dell'evento. Per quanto riguarda invece il *furtum diurnum*, nel corso del quale il reo si fosse opposto *cum telo* al tentativo di catturarlo, si è sostenuto che la reazione del ladro avrebbe legittimato l'aggredito a impiegare a propria volta un'arma per riequilibrare la situazione di svantaggio e difendere la propria vita concretamente minacciata, potendo anche arrivare a uccidere l'antagonista: nel caso, la circostanza si sarebbe tradotta nell'applicazione del principio *vim vi repellere licet*, con efficacia scriminante a favore dell'aggredito-omicida.

Lasciando al momento da parte giustificazioni legate al *ius naturale*¹⁴ o al *ius gentium*¹⁵, appartenenti a elaborazioni dottrinali di certo posteriori alla regolamentazione decemvirale, la dottrina meno recente ha posto in luce tre aspetti, in adesione alla ricomprensione delle due fattispecie menzionate nella legittima difesa.

In primo luogo, il fondamento che le accomunerebbe veniva scorto nell'operatività di «un'altra forma di forza maggiore, quella cioè di agire perché costretti da una potenza

¹³ Tuttora B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998², p. 63, sostiene che «la situazione di pericolo determinata dal tempo notturno e dall'uso delle armi è riconosciuta come causa di giustificazione dell'omicidio».

¹⁴ Ulp. 69 *ad ed. D.* 43.16.1.27: *Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.*

¹⁵ Paul 10 *ad Sab. D.* 9.2.45.4: *... vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt* (qualora, tuttavia, non sia possibile *aliter se tueri*).

assalitrice»¹⁶, laddove «l'azione dell'incolpata tutela discrimina il dolo, non rende punibile il fatto, ma indubbiamente è voluta: quindi non è che l'azione non è imputabile, ma è esente da qualsiasi responsabilità chi la compie, perché non può commettersi un delitto per la salvezza della propria persona»¹⁷.

In secondo luogo, malgrado ciò, non sfuggiva ad alcuno la differenza tra l'aggressione del ladro diurno e di quello notturno, in quanto *vim vi repellere licet* si sarebbe potuto affermare in modo naturale soltanto nel primo caso, i cui presupposti contemplavano l'illiceità della condotta instaurata dal soggetto attivo, l'attualità del pericolo per la vita dell'agredito e la necessità di reagire utilizzando mezzi egualmente offensivi per l'incolumità dell'aggressore: il che non si sarebbe potuto parimenti dire per il *furtum nocturnum*, corredato appieno soltanto dal primo dei requisiti indicati¹⁸. Lo iato si sarebbe potuto colmare solo presumendo che il «fondato o giusto timore»¹⁹ di un pericolo potenziale per la propria vita avrebbe dispiegato efficacia scriminante in quanto maggiore durante la notte: «e quindi in definitiva avviene che seppure le condizioni reali non legittimerebbero una data reazione»²⁰, sfociante nell'uccisione del ladro, «l'opinione ragionevole di una più grave imminente offesa, la quale si avvera per un'aggressione notturna, satura la ragione scriminante»²¹. Comune a entrambe le fattispecie di cui alle *tabulae* 8.12-13 sarebbe stata la flagranza di reato, elemento tacito ma imprescindibile, che avrebbe reso *manifestum* il furto: in età decemvirale, essa si sarebbe realizzata 'naturalmente' quando il ladro fosse stato colto sul fatto, vale a dire sorpreso nel momento in cui agiva (*deprehenditur dum fit*, secondo Gell. *noct. Att.* 11.18.1). A tale circostanza allude l'ottativo atematico *faxsit* nel versetto 13, modernizzato da Macrob. *Sat.* 1.4.19 in *factum sit*, che

¹⁶ G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei Romani*, Messina, 1883 [Roma, 1972], p. 134.

¹⁷ G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio*, cit., p. 137.

¹⁸ Cfr. G.F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Treviso, 1930, p. 150.

¹⁹ Così G.F. FALCHI, *Diritto penale romano*, cit., p. 154.

²⁰ G.F. FALCHI, *Diritto penale romano*, cit., p. 154.

²¹ G.F. FALCHI, *Diritto penale romano*, cit., p. 154.

esprime «l'indétermination du sujet, et équivaut à 'si on vole' ou 'si un vol a été fait'»²², ma lascia in ombra il problema della *finis faciendi*, ovvero della delimitazione spazio-temporale dello stato di flagranza, la cui persistenza era necessaria a delineare il discrimine oltre il quale la condotta dell'agente avrebbe integrato un *furtum nec manifestum*. In proposito, è cautamente ipotizzabile che Gai 3.184 riecheggiasse nel complesso non solo – pur distaccandosi dall'orientamento prevalente – i termini sostanziali del problema, ma anche le varie fasi storiche attraversate dal concetto di flagranza²³, il quale doveva verificarsi *ab origine* nei primi due casi descritti dal giurista: quando il ladro fosse stato preso mentre commetteva il furto oppure nel luogo in cui lo aveva eseguito («per esempio nell'uliveto nel caso di furto di olive e nel vigneto per il vino», fino a che permanesse negli ambienti menzionati, oppure, «se il furto sia stato fatto in una casa, fino a che il ladro sia in quella casa»²⁴). Vengono poi indicate le due tesi reputate da Gaio meno verosimili, secondo cui la qualificazione di *manifestum* permarrrebbe sin quando la *res furtiva* non sia giunta

²² M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 517.

²³ Gai 3.184: *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit, deprehenditur. alii uero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit, uelut si in oliueto oliuarum, in uineto uuarum furtum factum est, quamdiu in eo oliueto aut uineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. alii adhuc ulterius eo usque **** manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens uisus fuerit; quae sententia non optinuit. sed et illorum sententia, qui existimauerunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non uidetur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit; quod eo pertinet, quia saepe in aliis ciuitatibus surreptas res in alias ciuitates uel in alias prouincias destinant fures perferre. ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant.* In argomento cfr., da ultimi, L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII tavole e nel diritto attico*, Milano, 2004, pp. 60 ss., 68 ss.; P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, p. 156, nt. 139; M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce*, cit., p. 272 ss.; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, p. 262 ss.; M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M.F. CURSI, II, Napoli, 2018, p. 585 s.

²⁴ Cfr. A.M. GIOMARO, *Spunti per una lettura critica di Gaio Institutiones*, I. *Il testo*, Urbino, 1994, p. 191 s. e nt. 87.

nel luogo destinato per essa a nascondiglio oppure finché il ladro sia visto con la cosa sottratta: a suo giudizio, infatti, mentre questa non ha incontrato favore, quella non sembra da approvarsi in quanto sorgono notevoli dubbi circa lo spazio di tempo, uno o più giorni, valevole a tal fine²⁵. Quando l'autore delle *Institutiones*, in chiusura, segnala che si seguono le prime due opinioni menzionate nel § 184 e che i più preferiscono la seconda, riecheggia l'interpretazione più antica, incardinata proprio sulla flagranza 'naturale' e adeguata a entrambe le fattispecie duodecimtabulari per le quali operava l'esimente: erroneamente, tuttavia, allude alla *magna dubitatio* – sorta in merito all'arco temporale necessario per l'attività di trasporto della *res furtiva* sino al luogo di destinazione come elemento – come fattore che avrebbe impedito al terzo orientamento di diventare *ius receptum*, sebbene la giurisprudenza classica apparisse compatta nel dividerlo sin dall'epoca di Sabino²⁶ e persino impegnata a risolverne i problemi appli-

²⁵ Così in *Le Istituzioni di Gaio*, traduzione italiana a cura di M. BALZARINI, Torino, 1998, p. 154, che così prosegue: «il che dipende dal fatto che spesso i ladri prevedono di portare la refurtiva in altre città o in altre province».

²⁶ Il *dies a quo* della concezione protesa a estendere la durata della flagranza nel furto coincide con l'opinione di Masurio Sabino, riportata prioritariamente da Gell. *noct. Att.* 11.18.11: '*Manifestum*' autem '*furtum est*', ut ait Massurius, '*quod deprehenditur dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est quo ferri coepat*'. Il giurista riteneva che il *fur* si trovasse in tale situazione qualora venisse colto mentre agiva, avendo riguardo non a un determinato istante, bensì a un torno di tempo che iniziava con l'*amotio* del bene e si concludeva quando il ladro avesse portato la *res furtiva* nel luogo stabilito dal suo programma criminoso: solo una volta che il bottino vi fosse giunto poteva reputarsi consumato il delitto e, da quel momento, il furto sarebbe divenuto *nec manifestum*. Nel I secolo d.C., dunque, vengono ridefiniti dallo scolarca i confini della flagranza, che inizia con la sottrazione del bene e termina con il deposito della stessa nel luogo designato, poi confermati da Cassio, alla luce di Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.5 pr.: *Sive igitur in publico sive in privato deprehendatur, antequam ad locum destinatum rem perferret, in ea causa est, ut fur manifestus sit, si cum re furtiva deprehendatur: et ita Cassius scripsit.* 1. *Sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur.* Attingendo al metodo ermeneutico ulpiano, incline a identificare la 'catena di pensiero' in esito alla quale il giurista di Tiro avrebbe espresso la propria opinione, va rilevato come dal commentario *ad Sabinum* si desuma l'impegno cassiano a conferma e precisare ulteriormente questa linea, alla luce della quale il *fur* può considerarsi *manifestus* soltanto se viene sor-

cativi, come sarebbe emerso nitidamente da una precisa testimonianza paolina²⁷.

preso *cum re furtiva* prima di averla portata a destinazione e, di conseguenza, se fosse stato colto dopo averla già depositata nel luogo designato, non si sarebbe più potuto ritenere *manifestus*. Perché l'elemento della flagranza potesse reputarsi dunque integrato era necessario, innanzitutto, che il ladro venisse catturato *cum re furtiva*, e in secondo luogo che questi non l'avesse ancora portata nel luogo *quo fur eam destinavit*: in altre parole, non doveva essersi ancora perfezionato l'*iter delicti*, consistente in una triade indissolubile di azioni consistenti in *amotio*, *oblatio* e *illatio*. Che qualche discussione si trascinasse sino al II secolo d.C. – sì da riflettersi sulla 'lettura' gaiana – lo si trae anche dall'opinione di Giuliano, conforme alle precedenti, come ricordato da Ulp. 41 *ad Sab. D. 47.2.3.2*: *Sed utrum ita demum fur sit manifestus, si in faciendo furto deprehendatur, an vero et si alicubi fuerit deprehensu? Et magis est, ut et Iulianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, attamen esse furem manifestum si cum re furtiva fuerit adprehensus, priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat*. La questione investiva proprio i dubbi riguardo il preciso momento, nell'*iter delicti*, in cui il *fur* si potesse considerare *manifestus*, delineando il giurista un'alternativa: a una cattura nel momento e nel luogo dell'*amotio*, intesa in senso stretto, avrebbe fatto fronte quella avvenuta in un tempo successivo e in un punto diverso. Secondo il giurista severiano, Giuliano non avrebbe escluso la seconda e più ampia possibilità, nel senso che la flagranza sarebbe sussistita 'persino' quando il ladro fosse stato sorpreso con la *refurtiva* in un momento successivo, altrove e prima di averla deposta nel luogo designato; né Pomponio esprime un diverso punto di vista, giacché non viene posta alcuna alternativa, ma solo affrontato un caso specifico rientrando nell'*interpretatio* tradizionale, trattandosi di furto preceduto da violazione domiciliare. Infatti alla luce di Ulp. 41 *ad Sab. D. 47.2.7.1*: *Ibidem Pomponius eleganter scripsit deprehensione fieri manifestum furem: ceterum si, cum tibi furtum facerem de domo tua, abscondisti te, ne te occidam, etiamsi vidisti furtum fieri, attamen non est manifestum*, l'autore del *liber singularis enchiridii* avrebbe elegantemente fatto notare come una particolare situazione che si poteva prospettare non si sarebbe potuta sussumere nel *furtum manifestum*: il derubato, pur essendo presente in casa nel momento del reato e avendovi assistito, si sarebbe nascosto senza contrastare in alcun modo l'azione del ladro, vanificando con il suo comportamento la flagranza. Schematicamente, dunque, secondo C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 266 s., Sabino «ci informa con puntualità del momento (e del luogo) consumativo del delitto di furto, vale a dire della sua *finis faciendi*, del quando e dell'*ubi* dell'esaurimento dell'*iter delicti*: si tratta non della fine dell'atto materiale di *auferre* o *amovere* (ipotesi normali, ma non esclusive), bensì del *locus* e *tempus* in cui la *res furtiva*, una volta *subrepta*, è stata condotta per essere nascosta, secondo il piano ideativo del *fur* (cioè secondo il progetto culminato nella risoluzione delittuosa e sfociato nella preparazione, esecuzione e perfezione dell'illecito)».

²⁷ Si tratta di Paul. 9 *ad Sab. D. 47.2.4*: *quo destinaverit quis auferre 'sic accipiendum est' quo destinaverit eo die manere cum eo furto*, in cui il giurista

In terzo luogo, era chiaro soprattutto al Mommsen che l'*endoploratio*²⁸ non potesse afferire soltanto alla fattispecie del ladro diurno il quale si difende con le armi²⁹, ma avrebbe do-

severiano sembra fugare le perplessità di cui è traccia in Gai 3.184, il quale sembra evocare – in contrasto con le altre fonti – il rigetto giurisprudenziale dell'orientamento di Sabino: a fronte di difficoltà interpretative, l'intervento paolino si prefigge di definire meglio il limite spazio-temporale entro cui si deve considerare ancora presente lo stato di flagranza: il luogo in cui la refurtiva è destinata ad essere trasportata, infatti, viene convenzionalmente fatto coincidere con quello ove si trova la *res furtiva* il giorno successivo alla sua sottrazione. Di conseguenza, il giurista severiano avrebbe reputato che il *furtum* potesse considerarsi *manifestum*, oltre ai casi dati precedentemente per certi da Gaio, fino al momento e nel luogo in cui la refurtiva si fosse trovata il giorno seguente alla mera *amotio*: detto approdo consente di 'tirare le fila' del dibattito giurisprudenziale. Dai passi menzionati, pertanto, traspare come sul momento iniziale dello stato di flagranza non vi fossero dissensi tra gli autori che ne trattano, dato che sia gli esponenti della scuola sabiniana sia Gaio lo collocano al tempo in cui il *fur* fosse *deprehensus dum fit*; controversie sarebbe sorte, invece, sulla *finis faciendi*, sebbene esse suggerissero non l'abbandono dell'interpretazione 'estensiva', ma il suo affinamento. Sabino e i suoi discepoli, dunque, consideravano *manifestum* il furto fin quando la refurtiva non sia giunta nel luogo adibito dal reo a nascondiglio: il momento consumativo dell'*iter delicti* è, in questo caso, rappresentato dall'*illatio* della refurtiva nel luogo di destinazione, deposizione che concreta quindi il limite temporale tra sussistenza o meno della flagranza; Gaio, invece, riteneva che quest'ultima persistesse fin quando il ladro si fosse trattenuto nel luogo dove aveva sottratto il bene e dal momento in cui se ne fosse allontanato senza essere scoperto si sarebbe potuto configurare a suo carico soltanto il *furtum nec manifestum*.

²⁸ Fest.-Paul. v. 'Endoplorato' (67 L.): *Endoplorato inplorato, quod est cum quaestione inclamare. Inplorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis*; Fest. v. 'Plorare' (260 L.): *Plorare, flere nunc significat, et cum praepositione inplorare, id est invocare: at apud antiquos plane inclamare. In regis Romuli et Tatii legibus: 'Si nurus, sacra divis parentum estod'. In Servi Tulli haec est: 'Si parentem puer verberit, ast olle plorassit parens, puer divis parentum sacer esto'. Id est <in>clamarit, dix<erit diem>; Fest. v. 'Sub vos placo' (402 L.): 'Sub vos placo', in precibus fere cum dicitur, significat id quod 'supplico', ut in legibus: 'transque dato' et 'endoque plorato'; Cic. Tull. 50: ... quod, si repugnat, 'endoplorato', hoc est conclamato, ut aliqui audiant et conveniant.*

²⁹ Constituisse merito di M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 518, avere sfatato due convinzioni sedimentate, la prima delle quali postulava che tutti i testi recassero notizia dell'*endoploratio* per il caso del ladro diurno impegnato a opporsi *cum telo* al tentativo di arrestarlo, mentre solo Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4.1 (peraltro sospetto) la richiedesse anche per il *furtum nocturnum*: esclusivamente nella *pro Tullio* di Cicerone, infatti, si rinviene il diretto

vuto integrare un requisito positivo anche – e, sarebbe il caso di aggiungere, soprattutto – quando il furto fosse perpetrato di notte³⁰: malgrado lo studioso tedesco funzionalizzasse

riferimento al requisito posto da *tab. 8.13*, assente invece tanto nella *pro Milone* quanto nelle fonti che ne avevano utilizzato i lavori (Quintiliano, Seneca Retore e Agostino, di cui *supra*, nt. 8; vi si aggiunga Gellio). Le fonti giuridiche non appaiono più esplicite, considerato che – ad eccezione del sopravvissuto passaggio gaiano – né i giuristi classici né le Istituzioni giustinianee menzionano il rito, che sprofonderebbe nel più completo isolamento con riguardo a entrambe le fattispecie illecite: «il est vain de jouer Cicéron contre Gaius, a fin de ruiner le témoignage de ce dernier». In secondo luogo, quando *Cic. Mil. 9* e *Augustin. quaest. in Heptat. 2.84* sostengono che il ladro notturno può essere ucciso *quoque modo* (e più tardi *omni modo*, per l'Ulpiano della *Collatio*), non avrebbero di mira l'uccisione con o senza *endoploratio*, bensì l'opposizione esistente tra «le meurtre diurne, excusable uniquement lorsque le coupable a opposé une résistance armée, au vol nocturne qui ignore cette condition de légitimité».

³⁰ Depone in tal senso anche *Gai. 7 ad ed. prov. D. 9.2.4.1: ... ut tamen id ipsum cum clamore testificetur ... ut tamen aequae cum clamore testificetur*, passo già menzionato *supra*, nt. 8, e impugnato quanto a genuinità sia dalla dottrina interpolazionista (v. H.F. HITZIG, voce *Furtum*, in *RE*, VII, 1910, p. 591; G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, p. 168 ss. [nonché, del medesimo autore, *Procedura civile romana. Esercizio dei diritti e difesa privata*, I, Bologna, 1946, p. 163 s.; *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozeß*, in *ZSS*, 1956, 73, p. 53 s.]; A. BERGER, *Dig. IX 2, 4 § 1 und das endoplorato der Zwölf Tafeln*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, Padova, 1935, p. 381 ss.; M. BOHÁČEK, *Si se telo defendit*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1953, p. 171 s.), sia da A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, p. 85 s. Paiono invece persuasive le obiezioni sollevate da M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 519, per il quale la ripetizione 'ut tamen ...' dipende dalla simmetria delle ipotesi «que le XII T. avaient certainement distinguées mais juxtaposées», né si capisce perché i postclassici o i giustinianeî avrebbero alterato tardivamente i testi introducendo proprio nel passo gaiano (il quale «conservé au contraire les signes les plus incontestables de la conception archaïque du droit de tuer») una condizione tesa a limitare la difesa reattiva avverso il furto notturno. Si è ipotizzato altresì che l'*endoploratio*, originariamente prescritta per il solo caso del *fur diurnum qui se telo defendit*, fosse applicata a quello notturno dall'*interpretatio* giurisprudenziale – in progresso di tempo – per soddisfare esigenze garantistiche (cfr. L. ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *AUPA*, 1936, 15, p. 134; A. GUARINO, *Il furtum nelle XII Tabulae*, in *Id.*, *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 181 s.; M.F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, p. 91; EAD., *Gli illeciti privati*, cit., p. 588), ma proprio su tale base non sarebbe perspicua la *ratio* della primigenia difformità nel contenuto dei due precetti (cfr. F. WIEACKER, *Endoplorare. Diebstahlsverfolgung und*

le grida del derubato al soccorso che altri (in specie i vicini³¹) avrebbero potuto recargli, è evidente che la reazione non sarebbe stata subordinata o posposta al loro intervento³². Qualora la qualificazione delle due fattispecie decemvirali in termini di esimenti si faccia dipendere dall'operatività di presunzioni non assolute, l'*endoploratio* costituirebbe l'unico mezzo potenzialmente valido per accertare la situazione legittimamente³³: proprio per questa ragione la rilevanza del rito in parola

Gerüft im altrömischen Recht, in *Festschrift für L. Wenger zu seinem 70. Geburtstag*, I, München, 1944, p. 134; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln - Graz, 1956², p. 39, nt. 18; A.W. LINTOTT, *Violence in Roman Republic*, Oxford, 1968, p. 13; R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica*, Napoli, 1990, p. 58; A. CORBINO, *Si nox*, cit., p. 257 ss.; V. GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, Napoli, 1998⁵, p. 21; A. DE FRANCESCO, *Autodifesa privata e 'iniuria' nelle Dodici Tavole*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. HUMBERT, Pavia, 2009, p. 429 s.; M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 519).

³¹ Che, a seguito dell'*endoploratio*, sorgesse in capo a tutti i membri della primitiva comunità un autentico dovere di accorrere sul luogo era già sostenuto da H. BRUNNER, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechtes*, Stuttgart, 1894, p. 449 s., seguito da M. BOHÁČEK, *Si se telo defendit*, cit., p. 153; circoscrivevano ai soli vicini il novero di quanti avrebbero dovuto intervenire, sulla base dell'interesse a mantenere la legalità nel proprio contesto abitativo scoraggiando comportamenti delinquenziali, A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, p. 89, il quale, pur riconoscendo nella *vicinitas* una «sintesi di rapporti potenzialmente conflittuali», ne suggerisce, proprio per la collaborazione nella repressione del *furtum manifestum*, un inquadramento «in momenti di solidarietà attiva»; M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce*, cit., p. 39 s., n. 68, secondo cui «siamo incoraggiati a credere in questo rapporto di solidarietà e di mutuo soccorso tra vicini, nella società primitiva in cui era debole l'autorità dello stato».

³² Vale la pena anticipare come per A. CORBINO, *Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale. Cagliari, 20-22 aprile 1989*, a cura di O. DILIBERTO, Napoli, 1993, p. 257, nt. 31, il valore dell'*endoploratio* «nella prospettiva per così dire 'sanzionatoria', risulta francamente incomprensibile: non vedo davvero quale senso potesse avere imporre al derubato – di fronte ad un ladro armato – attendere l'arrivo dei vicini per concretare la sua contro-reazione. Al ladro che reagisce armato al tentativo di cattura, il derubato non può certo rivolgere a sua volta le armi 'dopo' che siano accorsi i vicini».

³³ Per M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce*, cit., p. 30 ss., «si tratta di una consuetudine interpretativa maturata verosimilmente in età classica, rispecchian-

non potrebbe essere vanificata dalla constatazione dell'assenza di testimoni, allorché nessuno avesse risposto alla chiamata dell'agredito. L'indisponibilità ad accorrere in aiuto poteva aver origine dalle più diverse circostanze, quali non aver udito tempestivamente le grida oppure non voler esser coinvolti in una sgradita, se non pericolosa, situazione: dalle fonti, che sul punto tacciono, non è nemmeno indicato che cosa sarebbe accaduto qualora i vicini fossero giunti sul luogo del delitto, ma l'agredito avesse già reagito all'attacco. Questa ipotesi, tra l'altro, doveva essere molto frequente posto che la vittima contro cui il ladro avesse brandito un'arma, pur avendo avuto l'accortezza di fare *endoploratio* prima di reagire, certo non sarebbe stata ad aspettare l'arrivo di (solo eventuali) testimoni per difendere la propria vita o quella dei familiari dal pericolo imminente. L'effettivo intervento di testimoni a seguito dell'*endoploratio* stessa non sembrerebbe essere logicamente indispensabile per il concretarsi delle fattispecie aggravata in parola e, di conseguenza, per assicurare l'impunità al derubato che, per proteggersi dal *fur qui se cum telo defendit* o agente nottetempo, lo avesse colpito a morte: più che il destinatario dell'invocazione, è la natura funzionale di quest'ultima a essere valorizzata dai sostenitori della dottrina tradi-

te a ben vedere una nuova istanza garantistica estranea al diritto più remoto, quella di apprestare forme di controllo sociale sugli atti di forza dei *cives* su altri *cives* e quindi di esigere il *plorare* in tutti i casi di reazione violenta contro i ladri, compresi quelli notturni». Oltre ad argomentare da Gai. D. 9.2.4.1, lo studioso (p. 32, nt. 44) menziona *ex plurimis* l'obiezione di F. WIEACKER, *Endoplorare*, cit., p. 131, p. 136, secondo cui il rito conferirebbe un ingiustificato vantaggio al *fur nocturnus* «a fronte di un sicuramente 'schewerer Nachtdiebstahl' (rispolverando per tale via la tesi, da alcuni mai sconfessata, riassunta nell'equazione furto notturno=furto aggravato)»; il *clamor* sarebbe stato espressione di una *clementia legum* sconosciuta alla 'Frühzeit' e del tutto «estranea alla 'öffentliche Wahrnehmbarkeit der Tat', dove non si trattava per nulla di disquisire della scusabilità dell'agredito». In definitiva, per Fenocchio (p. 33, nt. 44), l'*endoploratio* sarebbe stata estesa al furto notturno «forse nel momento in cui cominciava a sbiadirsi la primitiva differenza di fondamenti legali delle due forme di manifestazione del furto (l'uccisione del ladro notturno costituisce forse un residuo del diritto-dovere alla vendetta, mentre il furto diurno è già sensibilmente conformato alle neonate esigenze di controllo dello stato su condotte per l'innanzi percepite come diritti non conculcabili dei *patres familias*)».

zionale perché, se il derubato nel corso dell'azione non avesse proceduto all'*endoploratio*, il suo agire avrebbe acquistato rilevanza criminale, «configurando un eccesso di difesa ascrivibile al soggetto passivo dell'illecito originario»³⁴.

Dunque, l'invocazione avrebbe assolto una duplice finalità, sostanziale e certatoria, particolarmente apprezzabile in assenza di uno scontro fisico: da una parte, temperando il carattere assoluto della presunzione di pericolo sì da ancora quest'ultima almeno parzialmente al principio di realtà, dall'altra attestando che il ladro sarebbe stato *iure caesus*, vale a dire ucciso nel rispetto dei presupposti scriminanti dettati dalla codificazione decemvirale, anche a fronte di un eventuale processo per omicidio volontario intentabile a suo carico dai familiari della vittima³⁵. In sostanza, come si è di recente po-

³⁴ Così R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004, p. 61, nt. 21. Ancipite, sul punto, l'orientamento di G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi*, cit., p. 164 ss., il quale, pur reputando che le grida del derubato fossero rivolte ai vicini, non appare convinto che queste concretino una semplice chiamata di soccorso, in quanto già dalla forma della legge trasparirebbe la possibilità di fare *endoploratio* anche dopo l'uccisione del ladro. Lo studioso riteneva trattarsi di un vero e proprio atto processuale, avente allo stesso tempo lo scopo di chiamare i testimoni e di fornire i mezzi per l'esecuzione: «atto in nessun modo trascurabile, in quanto fornisce il ponte di passaggio tra quella che è l'esecuzione di fatto privata, estranea al diritto e contraria ad esso e l'esecuzione giuridica di fronte al gruppo». Sulla scia del Luzzatto, altri studiosi sono concordi nel ritenere che la natura dell'intervento, richiesto dal derubato, fosse diversa dalla mera invocazione di soccorso, ovvero che l'agredito 'endoplorasse' con il fine di chiamare i vicini a testimoni della aggressione in corso. Una volta accorsi, costoro avrebbero potuto assistere allo svolgimento della vicenda, così da esser in grado di confermare che il derubato avesse agito in presenza di una circostanza scriminante e garantendogli dunque l'impunità in caso di uccisione del *fur*, oppure permettere la (e partecipare alla) immediata instaurazione di un processo sommario avverso il ladro, suscettibile di sfociare nell'esecuzione di una condanna a morte qualora questi fosse stato ritenuto autore del delitto.

³⁵ Quanto in sostanza aveva intuito W. REIN, *Das Criminalrecht*, cit., p. 299, per il quale, sebbene solo in riferimento alla *tab. 8.13*, il derubato-uccisore «muss Zeugen herbeirufen während seiner That, um nicht etwa in den Verdacht eines verübten Mordes zu kommen» e ribadito ora tanto da M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 519, quanto da M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 588, nt. 172; per A. CORBINO, *Si nox*, cit., p. 258 s., l'*endoploratio*, richiesta in entrambe le ipotesi, avrebbe permesso al derubato non solo di invocare aiuto «come estremo tentativo di scoraggiamento incruento dell'ag-

sto in risalto, «non è improbabile che originariamente l'impunità per l'uccisione del ladro prescindesse, rispettate le condizioni oggettive fissate dalla norma ... da qualsiasi verifica circa i requisiti soggettivi per l'esercizio della legittima difesa»³⁶. Tale conclusione implica il conferimento di un valore ben determinato a *'iure caesus esto'*: passaggio presente, in base alla testimonianza gelliana, soltanto nella *tab. 8.12*, ma che doveva parimenti comparire nella successiva o, quantomeno, risultarvi sottinteso, essendo l'effetto delle due disposizioni – incontrovertibile impunità del soggetto passivo, la cui condotta aves-

gressore» (adesivamente, A. GUARINO, *Il furtum*, cit., p. 182; si tratterebbe, tuttavia, di una richiesta priva di valore giuridico per M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 588, nt. 172), ma anche di compiere, «dinanzi a coloro che fossero accorsi alle sue invocazioni», il «sacrificio purificatore al quale egli doveva sottoporsi per avere provocato nel difendersi la morte del ladro». Per lo studioso, quindi, «ai vicini convenuti a seguito della sua *endoploratio*, il derubato dirà, sacrificando, *'sub vos placo'*: dinanzi a voi, testimoni della legittimità della mia reazione (in quanto: a. ho *endoplorato*; b. il ladro è appena morto; c. è notte, ovvero egli ha reagito armato), sacrificio agli dei perché io non rimanga nella situazione d'impurità derivante dal sangue versato» (*contra*, per ragioni testuali e sistematiche, M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 588, nt. 172, a fronte delle perplessità in precedenza manifestate da A. GUARINO, *Il furtum*, cit., p. 182 s.). Secondo L. PEPE, *Ricerche*, cit., p. 45 ss., invece (p. 50), «Festo – ancora una volta senza stabilire riferimenti al furto – assimila la *endoploratio* a un grido (*inclamare*) lamentoso (*cum quaestione*), a una petizione piagnucolosa (*cum fletu rogare*), gesti tipici di chi subisce un'offesa (*vapulantis*): essa non sembra avere nulla a che fare con una richiesta di testimonianza e va piuttosto intesa come un appello che il derubato rivolgeva non già ai vicini, ma al ladro stesso, per farlo desistere dalla sua azione e per impedirgli di commettere un torto ai suoi danni». Risulta peraltro del tutto naturale, alla studiosa, che il derubato auspichi la presenza di testimoni per dimostrare la legittimità della sua difesa, ma ciò sembra prescindere da apporti normativi, né «in tutti i casi di φόνος δίκαιος, in cui la legge attica prevedeva l'impunità di chi avesse ucciso legittimamente, non è mai contemplata la necessità che l'omicida chiami dei testimoni a raccolta, [sebbene] ci si apprestava a uccidere provvedeva innanzitutto e spontaneamente a cercare uno o più spettatori» (p. 52). In definitiva, qualora non vi fosse nessuno nei paraggi, «al derubato non restavano se non tre alternative: lasciarsi derubare accontentandosi al limite di tentare contro il ladro un'accusa per furto non flagrante (*actio furti nec manifesti* a Roma, *δικη κλοπῆς* ad Atene) e sperando nella vittoria del processo; uccidere comunque il ladro, correndo poi il rischio di un'imputazione per omicidio senza testimoni a favore; infine, indurre il ladro a desistere, ossia, per dirla con i romani del tempo delle XII Tavole, *endoplorare*» (p. 53 s.).

³⁶ M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 589.

se cagionato l'evento-morte del ladro/aggressore – del tutto identico. Giova soffermarsi, più precisamente, sul valore scriminante attribuito a *ius* da coloro che hanno aderito alla tesi mommseniana della 'Nothwehr', la quale muove da due presupposti: *in primis*, il superamento del principio della vendetta privata da parte dell'ordinamento decemvirale³⁷, e, *in secundis*, l'incongruenza «nell'idea che gli organi della collettività si riservassero la sanzione di illeciti più gravi, lasciando invece ai privati la punizione del furto notturno o diurno»³⁸. Adottata questa contestualizzazione storico-criminalistica, i due versetti non avrebbero disciplinato 'tout-court' (giacché, se così fosse stato, non si sarebbero occupati soltanto del 'Tödtungsrecht') il furto notturno o quello commesso *interdiu* da chi avesse reagito con un'arma al tentativo di cattura, ma deprivato dell'illeceità l'uccisione del ladro³⁹. La prospettiva da assumere, in so-

³⁷ A. CORBINO, *Si nox*, cit., p. 248, per il quale «anche dove continua eccezionalmente a conservarlo – come nel caso della *membri ruptio*, che legittima l'esercizio del taglione – esige comunque che la vendetta sia esercitata previo accertamento e sotto controllo della comunità». Per una maggiore gradualità si era espresso, in origine, V. ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Al Qanoun Wal Iqtisad*, II, 1932, p. 109 ss., da cui si cita (poi in *Rariora*, Roma, 1946, p. 197 ss. e anche in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, p. 369 ss.), per il quale (p. 110) «il est vrai, ajoutez-on, que le système de la vengeance privée a été de plus en plus combattu par l'Etat, jusqu'à élimination complète; mais cela ne s'est fait que par petites étapes, et la loi des XII Tables représente, dans la matière du vol comme dans beaucoup d'autres, une période de transition, où la composition était imposée en cas de vol non flagrant tandis qu'elle était laissée à la discrétion du volé en cas de vol flagrant».

³⁸ M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 584; già A. CORBINO, *Si nox*, cit., p. 24, aveva fatto notare come «se questo è ormai il clima normativo decemvirale [rif. a Gell. *noct. Att.* 20.1.18: *Quin etiam, si quid plus erit aliterve commissum, res fiet ridiculae atrocitatis, ut contraria actio mutuae talionis oriatur et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum*], non vedo come avrebbe potuto conservarsi una vendetta incontrollata – come quella che si assume sarebbe stata legittimata dal furto notturno – per un'ipotesi che sembrerebbe senz'altro meno grave della lesione permanente dell'integrità fisica».

³⁹ Cfr., sul *furtum nocturnum*, V. ARANGIO RUIZ, *La répression*, cit., p. 113 s., secondo cui «que l'on voie dans cette règle un résidu de la vengeance illimitée qui était coutumière à une époque primordiale, ou qu'on y voie, comme nous le préférons, une présomption de défense légitime, toujours est-il qu'il ne s'agit pas d'une peine dont la loi menace le voleur, mais d'une cause de justification qu'elle pose au profit du volé»; inoltre, mentre, circa il ladro «qui sur-

stanza, sarebbe stata quella dell'agredito o derubato, la cui condotta omicida – nel caso in cui il furto avesse presentato le caratteristiche summenzionate e vi fosse stata l'*endoploratio* – non avrebbe comportato l'irrogazione di alcuna pena: si sarebbe trattato in ogni caso di un elemento 'negativo', a prescindere dalle dogmatizzazioni moderne, tendenti a classificarlo come escludente il fatto delittuoso o l'antigiuridicità del medesimo⁴⁰. A ben vedere, le pene decemvirali riservate al *furtum manifestum* (*verberatio-addictio* del libero, *verberatio-praecipitatio* dello schiavo) trascurano l'immediata messa a morte dell'agente e pertanto, qualora i casi del ladro notturno e di quello diurno armato si reputino *species* di tale *genus*, analoga dovrebbe essere la concezione sottostante al trattamento sanzionatorio: l'*occisio* del ladro cesserebbe di essere punibile soltanto in forza di un'apposita previsione normativa che, in presenza di condizioni prefissate (ossia notte, difesa armata ed *endoploratio*), rendesse operante questo 'Entschuldigungsrecht'. Se ne trae evidente conferma da Cic. *Tull.* 21.50, il quale rovescia la descrizione della fattispecie, chiarendo come le XII *tab.* vietino (*vetant*) di uccidere il ladro diurno e ciò sia proibito persino quando costui si introduca tra le pareti domestiche, «*etiam si cum telo venerit, nisi utetur telo eo ac repugnabit*», vale a dire detenendo un'arma ma senza farne uso, né si difenda con

pris en plein jour, se serait défendu par les armes afin d'empêcher le volé et son entourage de l'appréhender», lo studioso precisava come «cette hypothèse était sujette au même régime en vigueur pour le vol flagrant et nocturne».

⁴⁰ È il caso di ricordare, *incidenter tantum*, che «le cause di giustificazioni o scriminanti sono situazioni in presenza delle quali un fatto che altrimenti sarebbe reato non è punibile in quanto la legge o lo consente o addirittura lo impone: oggi si ritiene, comunemente, che il fondamento sostanziale delle scriminanti sia la prevalenza dell'interesse tutelato dalla norma di liceità (norma scriminatrice) rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice in base ad un comportamento diverso. Come è noto, seguendo ragionamenti e adottando categorie che il mondo romano non aveva elevato ancora a dogma, le scriminanti sono il classico terreno di scontro tra la teoria della bipartizione della struttura del reato, secondo la quale le cause di liceità altro non sarebbero che elementi negativi del fatto, e la teoria della tripartizione che inquadra situazioni come la legittima difesa tra il 'fatto' e la 'colpevolezza', quali elementi negativi della 'antigiuridicità' in senso oggettivo» (C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., p. 153, nt. 50).

la medesima: a meno che (*nisi*) non si abbia una reazione al tentativo di cattura, caratterizzata dall'impiego del *telum*. Per quanto l'Arpinate descriva il dettato decemvirale nella forma più consona alle proprie finalità processuali, il contenuto 'normativo' non appare deformato, venendo ad accreditare la natura esimente di *tab. 8.12*⁴¹.

Si è detto che conferme testuali andrebbero ricavate analizzando l'espressione *iure caesus esto*, la quale sancirebbe il carattere esimente di *tab. 8.12-13*, con particolare riguardo al significato di *ius* in quanto compatibile con la tesi mommseniana, quindi come sottrazione della condotta omicida alla illiceità: eppure la nota polisemia del vocabolo – all'interno della codificazione decemvirale – non sembra facilitare l'approdo a esiti affidabili, come si evince dalle ricognizioni più recenti⁴². Eccettuando le citate disamine di Arangio Ruiz e Corbino, cui può essere affiancata più cautamente quella di Luzzatto⁴³, si traggono infatti spunti soltanto generici, se non persino inconciliabili con la ricostruzione che propende per legittima difesa: alla prima tipologia vanno riportate le ipotesi di conformità (della morte del ladro) al procedimento stabilito, a ciò che è approvato o ancora a principi di giustizia⁴⁴, mentre alla secon-

⁴¹ A una più precisa determinazione (legittima difesa, stato di necessità, *sacer esto*) preferisce rinunciare A. CORBINO, *Si nox*, cit., p. 257, nt. 30, «anche perché siamo di fronte ad un'ipotesi specifica e non ad un enunciato normativo generale», sebbene sia chiaro come la «Nothwehr» indicata dal Mommsen resti l'ipotesi più accreditata in prospettiva di sussunzione entro il catalogo delle scriminanti.

⁴² Cfr. in particolare L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, in *Labeo*, 1999, 45, p. 425 ss.; C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 158 s., nt. 68; M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 525 s.

⁴³ Vedi *supra*, nt. 34.

⁴⁴ Si vedano, nell'ordine espositivo summenzionato, G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I. *Le origini*, Torino, 1980, p. 76, secondo cui «all'epoca e nel linguaggio delle XII Tavole il concetto di *ius* come 'diritto' era ancora in via di emersione e non si era pervenuti alla chiarificazione concettuale che progressivamente portò all'individuazione di un 'diritto' in senso oggettivo e correlativamente alla configurazione dei diritti in senso soggettivo; al contrario il significato di *ius* che si presenta nelle XII Tavole come consolidato (e quindi assai più risalente) è quello che abbiamo illustrato di 'procedimento'» (*contra*, M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 525 s., che reputa ridondante la formulazione, in quanto «si la loi fixe au meurtre du voleur des con-

da si riconducono letture inclini a trarre dall'impiego di *iure* la legittimazione all'esercizio della vendetta privata o, comunque, l'autorizzazione a eseguire 'legittimamente' – e non solo 'lecitamente' – l'uccisione del ladro⁴⁵.

ditions de temps, de lieu et d'action, c'est pour qu'elles soient respectées»); B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1968, 76, nt. 7, per cui l'espressione si sarebbe dovuta rendere come «sia ucciso conformemente a ciò che è approvato»; A. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, p. 39 e nt. 58, per cui *iure* «pare esprimere, oltre all'idea della conformità di determinate situazioni al dover essere, anche la loro rispondenza a principi di giustizia sostanziale» (sulla scia di C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 43, nt. 20).

⁴⁵ Per F. WIEACKER, *Ius e lex in Roma arcaica*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Napoli, 1984, p. 3015 ss., «la qualità di *ius* spetta anche ad antichi atti stragiudiziali (*ius feci, iure caesus esto*) e dunque deve essere più antica dell'originaria giurisdizione urbana», il che risulta piuttosto anodino rispetto alla visione mommseniana, sebbene in precedenza lo studioso avesse ricondotto *iure* alla 'Selbsthilfe' (cfr. ID., *Endoplorare*, cit., pp. 134, 137); più espliciti nel propendere per l'esercizio della vendetta privata M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, p. 12 s.; H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, in *ZSS*, 1950, 47, p. 215; D.V. SIMON, *Begriff und Tatbestand der iniuria im altrömischen Recht*, in *ZSS*, 1965, 82, p. 154 s.; E. PÓLAY, *Iniuria dicitur omne, quod non iure fit*, in *BIDR*, 1985, 88, p. 73 ss.; ID., *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986, p. 15 s. (per il quale al padrone di casa sarebbe liberamente spettato il diritto di vendetta a fronte dell'*iniuria* sofferta). Determinati a tradurre *iure* come 'legittimamente', e a dedurne che *tab.* 8.12-13 avessero conferito al soggetto passivo una vera e propria 'autorizzazione' a uccidere il ladro, si erano detti C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, p. 67, ed E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1991, p. 336 s., laddove il primo poneva l'accento sulla distinzione con la mera liceità dell'uccisione, mentre la seconda precisa che «il ladro 'poteva', ma non 'doveva' essere ucciso», sicché la regola qualificava come legittima siffatta esecuzione, «ma non la rendeva obbligatoria» (critico, sul punto, M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 525, che assegna a 'legittimamente' un valore debole, «car ce sens est incapable de restituer aux *verba* de la loi leur puissante portée juridique»). Eccentrica, infine, la ricostruzione di A. MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 86, per cui «a titre absolument exceptionnel, une sentence de mort est prononcée [avverso il *fur nocturnus*] par un *privatus*, qui la met assitôt à exécution: la loi dit *iure caesus*, comme elle dit *iure iudicare*, dans les deux cas *ius* est la sentence», con conseguente sacertà proclamata dal derubato affinché l'esecuzione non gli sia addebitabile a titolo di omicidio. Tuttavia, come rilevato da C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 159, nt. 68, in materia di '*sacer esto*' non esistono fonti idonee a supportare l'ipotesi formulata dallo studioso francese e, inoltre, «la

L'espressione *'iure caesus esto'* considerata nel suo insieme suscita, d'altra parte, due riflessioni, la prima delle quali trae spunto dal fatto che soltanto Macrobio la riporti letteralmente in materia di *furtum nocturnum*, mentre gli altri autori sostituiscono il primo lemma con avverbi o perifrasi⁴⁶: rispet-

caractéristique de la *sacratio* est de soustraire l'élimination de l'être maudit à la condition d'un jugement préalable», sicché «affirmer que le voleur doit être préalablement déclaré *sacer* pour que son élimination puisse alors être considérée comme l'exécution d'un jugement est logiquement impossible» (così M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 526).

⁴⁶ Cfr. L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., p. 433 ss., per il quale l'espressione va collocata all'interno delle dinamiche esaminate da F. SERRAO, *Ius e lex nella dialettica costituzionale della prima repubblica. Nuove riflessioni su un vecchio problema*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, II, Napoli, 1997, p. 279 ss.: alla luce di tale impostazione, come sussunta proprio da Gagliardi (p. 422), «il *ius* è espressione di un *populus* politicamente attivo costituito solo da patrizi», mentre «la *lex* è lo strumento di normazione quando a fianco dei patrizi, o meglio in dialettica con loro, anche i plebei sono ammessi a partecipare attivamente alla vita politica nel corso del V secolo a.C.». Sotto questo profilo, continua lo studioso sulla scorta di Serrao, le XII Tavole (p. 423) «racchiudono i risultati delle conquiste della plebe strappate al *mos* patrizio, mescolate alla redazione scritta dello stesso *mos* preesistente e rimasto in vigore»; dunque, deve valutarsi se *tab. 8.12* possa recare sostegno alla dialettica costituzionale in parola, tanto in ordine al suo contenuto quanto avendo riguardo alla sua chiosa, il che sarebbe possibile se vi si scorgesse un'innovazione legislativa rispetto al previgente *ius*. Del duplice ordine di ragioni che induce lo studioso milanese a ritenere di nuova introduzione la norma sul *furtum nocturnum* (p. 436), il primo consisterebbe nell'appartenenza di quest'ultima al «processo di progressiva limitazione del sistema della vendetta privata nella Roma arcaica», in quanto «avrebbe individuato, con riferimento al concreto caso di specie, alcune condizioni la cui esistenza avrebbe reso legittima l'amministrazione della giustizia da parte dei cittadini». Inoltre, «doveva esservi la volontà dei plebei di limitare il potere dei patrizi di uccidere i ladri in caso di furto», consentendolo solo nottetempo: nella logica dello scontro economico-sociale tra le classi, l'autore reputa credibile che l'illecito fosse commesso soprattutto da plebei poveri. Se così fosse stato, il versetto decemvirale avrebbe dovuto riportare in fine l'espressione *lege caesus esto*, ma «per conferirgli un vigore che essa sola [la *lex*] non era in grado di conferire, dovette affermare che quel principio era conforme al *ius*», cioè «a fonte dotata, fino a quel momento, di maggiore autorità». Indipendentemente dal supposto valore innovativo della norma sul furto notturno – rispetto al quale Gagliardi si mostra nel complesso prudente, mentre C. PELLOSO, *Studi*, cit., pp. 160, 169 e nt. 86, propende per il suo carattere ricognitivo e per «l'alterità parallela» del modello innovativo della *lex* a quello del *ius*

tivamente e con maggiore frequenza⁴⁷, tramite *impune* (Cic. *Mil.* 3.9; Quint. *inst. or.* 5.14.18; Ulp. 37 *ad ed.* D. 48.8.9) e mediante una flessione di *permittere* (Cic. *Tull.* 20; Gell. *noct. Att.* 11.18.6-7; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4.1; Coll. 7.3.2-3 [Ulp. 8 *ad ed.*]). Si è dunque ritenuto che siffatti impieghi alternativi smentissero la tesi della legittima difesa, certificando come – in presenza delle condizioni richieste – l'eliminazione del ladro fosse «oggettivamente improduttiva di conseguenze giuridiche per l'uccisore, poiché autorizzata dalla legge (Cic. *Mil.* 3.9: *Tabulae ... voluerunt*)»⁴⁸ e come svolgessero il significato di quest'ultima «mostrando di cogliere nella prescrizione decemvirale una mera facoltà per il derubato»⁴⁹. In verità, le surrogazioni citate non depongono univocamente per la natura 'vindicatorio-punitiva' della disposizione in tema di *furtum nocturnum* (senz'altro più 'tormentata', circa la rispondenza al principio secondo cui *vim vi repellere licet*, rispetto a *tab.* 8.13), giacché l'avverbio descrive le conseguenze per l'uccisore, destinate a non mutare in dipendenza dell'una o dell'altra qualificazione giuridica; né '*voluerunt*' recherebbe qualcosa di più, dal momento che si riferisce comunque al profilo sanzionatorio, imperniato in ogni caso sull'impunità dell'agente. Similmente, non si ricaverebbe di più dal verbo *permittere*, atteso che il potere – e non il dovere – di uccidere il ladro sem-

più antico» –, l'intera ricostruzione è criticata da M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 525, perché sfornita di argomenti testuali e prove storiche: «de fait, il n'y pas de conflit entre le *ius* et la *lex* (des XII T.)», che si afferma come «source exclusive du *ius* et décide, en 8.12, d'intégrer dans le *ius* le meurtre autorisé». In definitiva, nel caso di specie, Gagliardi escludeva l'interpretazione di *ius* come legittima difesa sull'assunto che (p. 433) «l'uccisione del ladro, consentita dalla legge al cittadino privato, pur richiedendo la flagranza di reato, aveva natura prettamente punitiva, e non soltanto esimente».

⁴⁷ Se ne distaccano Sen. *Rhet. controuv.* 10.6.2 (*occidi quoque modo iubere*) e Gell. *noct. Att.* 20.1.7 (*nocturnum autem furem ius occidendi tribuit*), laddove la prima occorrenza evocerebbe l'ordine di uccidere il ladro, senz'altro non menzionato da *tab.* 8.12, mentre la seconda denoterebbe un approccio spiccatamente 'sanzionatorio', il cui rilievo andrebbe però contestualizzato all'interno della *disputatio* sul significato della pena avente come protagonisti Sesto Cecilio e Favorino (cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., p. 21 ss. e ntt. 4-9, con ampia bibliografia; C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 9 ss.).

⁴⁸ L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., p. 434.

⁴⁹ L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., p. 435.

bra emergere già dalla protasi *'si im occidit'* e appare del tutto compatibile con la legittima difesa: nel citato passo della *Tulliana*, forse da valorizzare maggiormente, Cicerone connette i 'pezzi del mosaico', quando scrive che la *lex* decemvirale *'permittit ut furem noctu liceat occidere'*, si da giustificare le perplessità sulla pretesa distinzione tra legittimità e liceità dell'omicidio. In altre parole, dunque, non si scorgono dall'analisi di *iure* – sia come vocabolo singolo, sia nel suo legame con *caesus esto* – elementi davvero decisivi a detrimento dell'interpretazione mommseniana.

Vi è poi una seconda riflessione originata dal passaggio nel suo complesso, da tenere presente quando si voglia ravvisare nelle due disposizioni decemvirali altrettante norme incriminatrici: si tratta della differenza corrente con *'ita ius esto'*⁵⁰. Da uno spoglio della letteratura, quale quello effettuato da Gagliardi⁵¹, *iure caesus* compare soprattutto in circostanze liminari, nelle quali cioè si dubita se l'uccisione perpetrata sia punibile o meno e il ricorso alla citata formula giustificherebbe la soluzione favorevole all'autore della condotta materiale, offrendo una copertura giuridica – sotto forma di «sottrazione alle ordinarie conseguenze del fatto»⁵² – alla decisione di non perseguirla: emerge sullo sfondo l'assenza o l'inoperatività di una precisa norma incriminatrice e, piuttosto, una correlativa

⁵⁰ Tab. 5.3: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*; 6.1: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*; 12.5: *quodcumque postremum populus [iussisset] <iusserit>, id ius ratumque [esset] <esto>*. L'ipotesi che *ius*, quanto meno nei primi due versetti menzionati, alluda latamente all'intero ordinamento (come 'diritto obiettivo' oppure nel senso 'concreto' di 'regime giuridico' o, ancora, nel senso astratto di 'regola') è avversata da C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 165 ss., secondo cui «invece, il richiamo al *ius*, proprio in virtù della correlazione che lega la proposizione imperativa a quella in cui compare il *nuncupare* e il *legare*, sia giustificabile come segnale di una 'sfera soggettiva' che il solenne e rituale procedimento ha creato nei limiti dei *verba* pronunciati *palam*. E che l'autorità stia nello stesso imperativo (percepito come un *quid* di diverso dal *ius* in quanto *lex*, anche se, di poi, conglobato entro il *ius civile Romanorum*)».

⁵¹ Cfr. Cic. *Mil.* 3.9, *Phil.* 13.2, *orat.* 2.25.106, *off.* 2.12.43, *ad Att.* 15.3.2; Liv. 1.26.9, 4.15.1, 24.24.9, 31.44.7-8, 39.36.16; Sen. *ben.* 5.16.6, *nat. quaest.* 1.16.1; Tac. *ann.* 14.43; Suet. *div. Iul.* 76-77; Vell. Pat. 2.4.4 (L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., p. 436 s., nt. 73).

⁵² A. CORBINO, *Si nox*, cit., p. 252.

opzione di carattere 'ordinamentale', vertente sulla ricerca di ragioni sistematiche – molto spesso a sfondo ideologico-politico – in base alle quali la legislazione sull'omicidio non troverebbe applicazione. Sebbene il rilievo possa essere riferito al periodo decemvirale con estrema cautela, va rimarcato come la forza prescrittiva di *'ita ius esto'* sia ben distinta da una valutazione di semplice 'non contrarietà' al dettato normativo, al di là delle minute analisi – invero alquanto 'modernizzatrici' – elaborate di recente: senza contare che alla luce di ciò, come è stato fatto rilevare da Corbino, se la norma avesse inteso attribuire al derubato notturno il 'diritto di uccidere' essa avrebbe dovuto essere redatta diversamente, vale a dire *'si nox furtum faxit, occidito'* o anche *'si nox furtum faxit, si volet occidito'* o ancora *'si nox furtum faxit, iure caesus esto'*, «ma mai: *si im occisit*», in quanto «la presenza di una seconda protasi subordinata lega a questa e non alla prima la conseguenza prevista: *iure caesus esto* è conseguenza normativa di *si im occisit*, non di *si nox furtum faxit*»⁵³. Analoga l'argomentazione relativa alla natura esimente della *tab. 8.13*, la quale subordinava l'uccisione al fatto che il ladro si fosse difeso (*si se telo defendit*) e che, «l'uccisione, dunque, sia avvenuta nel corso di un'aggressione da parte del derubato» (esclusa qualsiasi «altra aggressione se non quella rivolta a catturare il ladro e alla quale questi abbia tentato di sottrarsi usando le armi»): si dovrebbe concludere che «se la norma avesse voluto attribuire il diritto di uccidere il ladro armato, essa avrebbe dovuto prevedere non *si se telo defenderit*, ma *si se telo venerit*». In definitiva, «l'aver previsto, come suo presupposto di applicazione, la reazione armata del ladro significa che la norma ha voluto ipotizzare il caso di una morte procurata nel tentativo di catturare il ladro e in conseguenza della sua reazione armata»⁵⁴.

⁵³ A. CORBINO, *Si nox*, cit., p. 251.

⁵⁴ L'intera trama argomentativa è articolata da A. CORBINO, *Si nox*, cit., p. 253 e nt. 27, il quale poi richiama Cic. *Tull.* 21.50 per sottolineare come il pericolo non sarebbe potuto essere putativo, «ma è necessario che si sia in presenza di un'aggressione sicura, risultante da circostanze oggettive acclarabili» (*hostis certissimus*), né sarebbe potuta mancare l'*endoploratio*, ossia «la dimostrazione di avere tentato di dissuaderlo [il *fur*, s'intende] con l'invocazione dei vicini». Correttamente lo studioso fa notare come alcuni aspetti non secondari, delineati dall'Arpinate, segnalino aggiustamenti di carattere giurisprudenziale

Vagliata l'interpretazione a lungo dominante alla luce dei testi e delle riflessioni dai medesimi suggerite, si può ricostruire in forma definitiva il tenore letterale e sintattico dei due versetti, rammentando con Michel Humbert come originariamente i passi recassero con tutta probabilità *'ast'* in luogo di *'si'*⁵⁵, per il fatto che la lingua arcaica si asteneva dall'introdurre due condizionali successive in modo identico, «surtout lorsque la seconde est, comme ici, incluse dans la première»: ad una circostanza generale nella prima proposizione farebbe seguito una speciale nella seconda⁵⁶. Inoltre, di *'faxsit'* per *'factum sit'* si è già detto in precedenza, mentre *nox* sarebbe avverbio formato dal genitivo **noctes*⁵⁷, dovendosi dunque riformulare i due versetti come segue⁵⁸:

Tab. 8.12: SI NOX FVRTVM FAXSIT <AST> IM OCCISIT endoque plorato, IVRE CAESVS ESTO.

Tab. 8.13: LVCI, SI SE TELO DEFENDIT <ast im occisit> ENDOQVE PLORATO, iure caesus esto.

3. *Decostruzione dell'ipotesi mommseniana da parte della concezione punitivo-sanzionatoria*

Si è detto che l'inquadramento delle due fattispecie decemvirali nella *'Notwehr'* da parte del Mommsen appalesava elementi di fragilità, i quali non sfuggivano all'illustre studioso, in quanto già oggetto di discussione nei decenni precedenti al-

(e, forse, anche giudiziale) successivi alla formulazione delle norme: «ma è evidente che in tanto tale riflessione giurisprudenziale poté svolgersi, in quanto mirasse ad elaborare e approfondire la norma decemvirale, non in quanto essa fosse diretta invece a stravolgerla, come sarebbe stato ove questa avesse originariamente comminato una sanzione e non invece previsto una scriminante».

⁵⁵ Cfr. R. SCHOELL, *Legis duodecim tabularum reliquiae*, cit., p. 111; Id., *Roman Statutes*, II, cit., p. 611.

⁵⁶ Cfr. M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 517, che richiama G. LOTITO, *Nota testuale a si in ius vocat*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, cit., p. 214, secondo cui il carme «mostrerebbe un procedere arcaico del pensiero, presente anche in Plauto».

⁵⁷ Così ora M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 517, con richiamo di Enn. *Ann.* 431; Plaut. *Trin.* 864.

⁵⁸ M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 521.

la pubblicazione dello *Strafrecht*: in particolare, se il caso del *furtum interdianum* in cui l'autore avesse reagito (al tentativo di bloccarlo) *cum telo* si sarebbe potuto ricondurre più agevolmente al principio per cui *vim vi repellere licet* – nonostante non sia mancato chi abbia fatto notare come nel carme «non si contempra affatto la reazione contro un ladro che aggredisce per primo il derubato»⁵⁹ –, di contro il *fur nocturnus* sarebbe stato ucciso *quoquo modo* (Cic. *Mil.* 3.9), vale a dire quand'anche concrete esigenze difensive fossero mancate. Ricondurre entrambe le situazioni alla 'difesa di necessità' avrebbe dato luogo a una forzatura o, meglio, sarebbe stato possibile facendo ricorso a 'presunzioni di pericolosità' crescente, sicché la difficoltà in cui si fosse trovato il soggetto passivo del furto commesso durante la notte – nel determinare le intenzioni e fronteggiare le condotte del malvivente – avrebbero scriminato l'uccisore di quest'ultimo pure in assenza di una concreta minaccia per il derubato stesso. Era allora sembrato, nella prima metà dell'Ottocento, che le due ipotesi potessero essere separate, in quanto la morte del *fur nocturnus* sarebbe stata applicazione di vendetta privata, sebbene regolata in senso limitativo mediante la norma incriminatrice decemvirale⁶⁰:

⁵⁹ C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 160.

⁶⁰ A supporto di questa interpretazione si adducono talora anche i risultati del confronto di fattispecie con la disciplina prevista dalla legislazione soloniana, sebbene in questa sede sia possibile darne conto solo per sommi capi, muovendo da L. PEPE, *Ricerche*, cit., p. 23 ss., a sua volta impegnata ad approfondire le ricerche condotte tempo addietro da E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, p. 131 ss. e da D. COHEN, *Theft in Athenian Law*, München, 1983, p. 31 ss. Il testo rilevante, in quanto unica testimonianza sul furto notturno nel diritto ateniese, è escerpibile da Dem. in *Timocr.* 113: καίτοι γ' ὁ Σόλων, ὃ ἄνδρες δικασταί, ἢ οὐδ' ἂν αὐτὸς Τιμοκράτης φήσειεν ὅμοιος νομοθέτης εἶναι, οὐχ ὅπως ἀσφαλῶς κακουργήσουσι φαίνεται παρασκευάζων τοῖς τοιοῦτοις, ἀλλ' ὅπως ἢ μὴ ἀδικήσουσιν ἢ δώσουσι δίκην ἀξίαν, καὶ νόμον εἰσήνεγκεν, εἰ μὲν τις μεθ' ἡμέραν ὑπὲρ πενήτηκοντα δραχμῶν κλέπτει, ἀπαγωγὴν πρὸς τοὺς ἑνδεκά εἶναι, εἰ δὲ τις νύκτωρ ὅτιοῦν κλέπτει, τοῦτον ἐξεῖναι καὶ ἀποκτεῖναι καὶ τρῶσαι διώκοντα καὶ ἀπαγαγεῖν τοῖς ἑνδεκά, εἰ βούλοιο. Nonostante il tenore letterale difficilmente possa essere ritenuto corrispondente alla legge soloniana, la fedeltà sostanziale della citazione è indubbia, non avendo Demostene motivo per falsificarla «dal momento che l'orazione in oggetto non verte su un caso di furto e di conseguenza non sono in gioco interessi di parte tali da giustificare un'alterazione della norma riportata» (così L. PEPE, *Ricerche*, cit., p. 24, la quale

costituisce testimonianza di questa scissione l'accesa polemi-

menziona altresì Plat. *leg.* 874b: «se [il derubato] uccida, dopo averlo sorpreso a rubare, il ladro che sia entrato in casa di notte, sia puro [καθαρὸς ἔστω]», vale a dire 'resti impunito'). La norma riportata dichiara lecito – per il derubato, ma fors'anche ad iniziativa di chiunque ne abbia interesse od occasione con la γραφή κλοπῆς, come posto in luce da C. PELLOSO, *Flessibilità processuale e regime solonico del furto. A margine di Dem. 22.26-27 e Dem. 24.113-114*, in *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei Greci*, a cura di C. PELLOSO, Napoli, 2016, p. 104 ss., p. 145 s. – uccidere, ferire mentre fugge e condurre agli Undici mediante ἀπαγωγή chi di notte rubi un oggetto qualsiasi». Nonostante una forte corrispondenza lessicale fra la legge solonica e *tab.* 8.12, sussistono discrepanze le quali, tuttavia, non pregiudicherebbero la sostanziale identità delle disposizioni: innanzitutto, ad avviso di Laura Pepe, «mentre nel versetto decemvirale la condizioni 'si im occisit' prospetta l'eventualità che il derubato abbia ucciso il ladro, la protasi del testo greco, εἰ βούλοιο, pone al contrario in rilievo la volontà della vittima del furto di uccidere il malfattore», essendo l'uccisione del ladro considerata un'eventualità anche ad Atene, secondo quanto desumibile dalla prosecuzione dell'enunciato demostenico; in secondo luogo, in quest'ultimo non esisterebbe un equivalente tecnico di 'iure caesus esto', ma ἐξεῖναι alluderebbe al permesso accordato dalla legge in ordine all'eventuale uccisione del ladro; in terzo luogo, è pur vero che la norma soloniana prevedeva il ferimento del ladro in fuga e alternativamente – sussistendo la fragranza – ἡἀπαγωγή, vale a dire un processo sommario in cui il ladro ritenuto colpevole veniva giustiziato dalla pubblica autorità, mentre le XII Tavole non recavano alcun cenno esplicito a tale eventualità. Anche a Roma, tuttavia (p. 34), «di fronte a un furto notturno, il derubato poteva o consegnare il ladro ai magistrati cittadini, perché provvedessero essi stessi a punirlo secondo le regole generali, ovvero, se sceglieva questa soluzione, infliggere lui stesso la sanzione»: arrivando al punto, per effetto della triplice anafora presentata nel testo demostenico «l'uccisione del *fur nocturnus* da parte del derubato è posta sul medesimo piano della sua messa a morte da parte degli organi pubblici, e non può affatto essere intesa come scriminante a favore della vittima del furto, subordinata a una condizione di pericolo» (p. 31). Per concludere, ad Atene l'uccisione del ladro – ben lungi da integrare la legittima difesa – avrebbe rappresentato «una sanzione che la vittima, se voleva, poteva infliggere, sostituendosi in questo alla *polis* nel ruolo di 'agente socialmente autorizzato'; a completamento, C. PELLOSO, *Flessibilità processuale*, cit., p. 134 s., nt. 179, osserva come il sistema solonico «continua a permettere il ricorso all'esercizio della forza privata in funzione sanzionatoria-retributiva», sebbene «meccanismi di controllo si affianchino a tale assetto primordiale, moderando lo stato delle cose». Di ben diverso avviso si dice M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 585, secondo cui il confronto sarebbe sterile, poiché «i comportamenti consentiti al derubato sono così distanti tra loro da non permettere una conclusione univoca» ed anzi, «tra le possibili letture vi è anche quella che, traendo spunto dal riferimento alla consegna del colpevole alla pubblica autorità, porta a escludere qualsiasi forma di sanzione privata, ravvisando per contro nella norma un caso di legittima difesa». Obbiettivamente sussistono analo-

ca tra Abegg e Platner, intervenuta ben prima che fosse dato alle stampe lo *Strafrecht* mommseniano⁶¹. Più precisamente, «nella misura in cui la protasi *si nox furtum faxsit* non fa che riferimento a un pericolo presunto, è obbligato ritenere la facoltà di uccidere il ladro come forma di giustizia privata», mentre «anche la costruzione di *Tab. VIII.13*, che comunque non fa trasparire come necessaria la sussistenza di una reale situazione di pericolo, è parametrata sulla condotta del ladro, in modo che il *ius occidendi* assicurato nell'apodosi parrebbe essere – ancora una volta – sanzione privata di una condot-

gie che indurrebbero a ipotizzare la derivazione almeno parziale della disciplina decemvirale da quella soloniana, ma resta impregiudicato il problema della qualificazione giuridica: se, infatti, la norma ateniese fa trasparire con maggiore chiarezza – attraverso il novero delle condotte fruibili per il derubato – finalità sanzionatorie, lo stesso non può dirsi per *tab. 8.12*, il cui contenuto si presta a letture ambivalenti; né può risultare decisivo un ragionamento per cui 'nel più è contenuto il meno', scorretto essendo attribuire al versetto la portata di una clausola generale o, meglio, di un 'contenitore' suggellato sussuntivamente da un'enunciazione icastica. Peraltro, tra le dissonanze reputate da Laura Pepe non dirimenti, ma che, tuttavia, potrebbero esserlo, vi è la protasi *ei βούλοιοτο* che, combinata con la triplice anafora, pare descrivere compiutamente una disciplina totalizzante, mentre nella norma decemvirale potrebbe aversi riguardo a un caso specifico e derogatore, non essendovi alcuna prescrizione che consenta di uccidere lecitamente il *fur manifestum* al di fuori delle forme previste rispettivamente per l'uomo libero e per lo schiavo. Ma, così argomentando, si ricadrebbe nella rete delle dogmatizzazioni moderne perdendo di vista il fatto che l'autentica peculiarità della disposizione sul *furtum nocturnum* risiede nella impunità dell'uccisore e cioè l'accomuni all'esito sancito da *tab. 8.13*.

⁶¹ A parere di J.F.H. ABEGG, *Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft*, Breslau, 1830, p. 144, nell'uccisione del ladro notturno si sarebbe dovuta scorgere «eine Anwendung der vor Alters gesetzlich gestatten Privatrache», mentre «reine Nothwehr und Selbstschutz aber sey die Tödtung des *fur diurnus*» (così nella ricostruzione di W. REIN, *Der Criminalrecht*, cit., p. 298, nt. 2); gli si sarebbe contrapposto pochi anni dopo E. PLATNER, *Quaestiones de iure criminum romano praesertim de criminibus extraordinariis*, Marburg - Leipzig, 1842, p. 69 ss., secondo cui il 'Gesichtspunkt' da cui considerare la 'Tödtungsbefugniß' del ladro notturno e diurno non sarebbe potuto essere differente, tanto più che (nel commento di Rein) «wäre es wirklich *vindicta privata* gewesen, so würde sie sich nicht blos auf das Tödtungsrecht beschränkt haben». Esattamente, per Platner (p. 70), «... et utrumque ideo occidi posse, quod cuilibet concessum est, pericula vitae et bonis imminentia propulsare, omnes loci satis evincunt, quibus de furtis manifestis agitur».

ta polarizzata sull'utilizzo del *telum*» da parte del *fur*⁶²: sicché anche questo secondo caso appaleserebbe una forma di autotutela, «solitamente strutturata come facoltà legittima o addirittura *ius* inteso come diritto a tenere l'azione reattiva»⁶³.

Non vi è dubbio che l'aggancio testuale per disassare il furto notturno dalla logica delle esimenti sia rinvenibile in Gell. *noct. Att.* 20.1.7-8, laddove il giurista Sesto Cecilio ricorda come la codificazione decemvirale attribuisse il diritto di uccidere (*ius occidendi*) il ladro notturno (*grassator nocturnus*) in ragione della sua *insidiosa violentia*, reputata meritevole della *poena capitis*: l'assenza dell'avverbio *impune* e del verbo *permittere*, nonché la ricorrenza dell'espressione *quoquo modo*⁶⁴ nella *Miloniana* e in Sen. *Rhet. controv.* 10.6.2, avvalorerebbero la ricostruzione secondo cui *tab.* 8.12 avrebbe delineato le condizioni obiettive in presenza delle quali l'uccisione del ladro fosse legittima⁶⁵. Escluso il ricorso al rito dell'*endoploratio*, non vi sarebbe stato alcun riferimento «a procedere che dovessero essere rispettate, o a decisioni giudiziali»⁶⁶ e «l'uccisione sarebbe avvenuta secondo il diritto in senso oggettivo (*iure*)»⁶⁷: che fosse espressione di un *ius defensionis* o «sentenza di morte deliberata ed eseguita da persona auto-

⁶² M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce*, cit., p. 22, nt. 27, il quale fa altresì notare come «la previsione di una scriminante avrebbe forse reso più agevole e naturale una diversa polarizzazione, sul soggetto 'aggredito' e non su quello 'aggressore', con previsione delle condizioni '*sine qua non*' per sfuggire all'altrimenti inevitabile incriminazione per omicidio».

⁶³ M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce*, cit., p. 22, nt. 27.

⁶⁴ Cfr. anche Quint. *inst. or.* 5.14.18 (in cui però compare '*impune*') e Coll. 7.1, mentre in Coll. 7.3.2 è presente '*omnimodo*'.

⁶⁵ Secondo L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., p. 432, «la differenza [con la fattispecie delineata da *tab.* 8.13] implica che mentre il ladro diurno poteva essere ucciso solo a seguito di colluttazione a mano armata, il notturno poteva essere ucciso comunque: a sangue freddo, oppure a tradimento, come ad esempio in una trappola tesa mente si apprestava a fuggire con la *refurtiva*». Trattandosi di *fur manifestum*, sarebbe stata necessaria la flagranza di reato, ma non anche «la circostanza che il derubato dovesse difendersi da un'aggressione in atto».

⁶⁶ L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., p. 433.

⁶⁷ L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., p. 433, «il che può essere accettato sempre che non si voglia estendere anche a *tab.* 8.12 il regime dell'*endoploratio*» (come osserva C. PELLOSO, *Studi*, cit., 160, nt. 70).

costituitasi giudice in un permanente 'Spielraum' della sfera extra-statuale»⁶⁸, l'uccisione del ladro notturno non avrebbe comunque integrato un'esimente. Come si è anticipato, l'opinione avversa all'impostazione mommseniana ha poi attratto nella propria logica argomentativa anche la fattispecie del ladro diurno che si difende *cum telo*, sull'assunto che essa «solo da un punto di vista 'strutturale' pare assimilabile alla nostra 'legittima difesa', giacché, atteso che è il ladro che si difende con un'arma per evitare la cattura, nel versetto non si contempla affatto la reazione contro un ladro che aggredisce per primo il derubato, ovvero l'impiego della forza – *usque ad mortem* – per impedire la fuga del delinquente stesso»⁶⁹. Anche in questo caso, pertanto, «si 'sanziona' con la morte la re-

⁶⁸ M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce*, cit., p. 22, nt. 27, che sviluppa uno spunto di P. LAMBRINI, *Recensione a C. LOVISI, Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris, 1999, in *Iura*, 1999, 50, p. 282 (*ius* «indicherebbe una sentenza pronunciata dal derubato, che gli permette di uccidere impunemente il ladro notturno»).

⁶⁹ Così C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 160, che implicitamente di troverebbe ad accreditare l'ipotesi avanzata da L. PEPE, *Ricerche*, cit., p. 34 ss., secondo cui – diversamente da quanto si pensi – *tab.* 8.13 farebbe registrare corrispondenze con una norma di Draconte, escerpibile da Dem. in *Aristocr.* 60: Καὶ ἐὰν φέροντα ἢ ἄγοντα βία ἀδίκως εὐθὺς ἀμυνόμενος κτείνει, νηποιεῖ τεθνάναι («se uccida subito, difendendosi, colui che porta via (qualcosa) o trascini (qualcuno) ingiustamente con la forza, muoia impunemente»). Pur riconoscendo l'assenza di precise corrispondenze tra le due disposizioni (in quella draconiana, infatti non si specifica il *tempus commissi delicti* e si puntualizza che oggetto del furto potrebbero essere cose o esseri animati), la studiosa scorge somiglianze muovendo da βία, termine con cui indicare la necessità di un'aggravante nella struttura del reato: «il ladro non deve limitarsi a rubare, ma nella sua azione deve anche usare un'arma – a Roma –, oppure – ad Atene, più genericamente – tenere un comportamento violento» (p. 44). Nel primo caso l'arma sarebbe usata dal reo per difendersi, nel secondo la violenza sarebbe rivolta all'oggetto o alla persona che si sottrae, sicché in entrambe le situazioni si creerebbe «una situazione di pericolo che legittima la reazione della vittima», escludendo l'ipotesi a tenore della quale l'impunità deriverebbe dall'applicazione di una sanzione. Eppure, come rilevato condivisibilmente da M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 585, nt. 157, l'accostamento delle due fattispecie (sino a trarre dalla più risalente la natura esimente della recenziore) non pare immune da forzature, in quanto «gli elementi peculiari del furto diurno – la reazione del ladro (*qui se telo defendit*) e l'*endoporiatio* – non sono infatti ravvisabili nella disposizione di Draconte».

azione armata del *fur* tesa a evitare la cattura»⁷⁰, sicché «le due disposizioni sarebbero tra loro omologabili sotto il profilo, per così dire ‘sanzionatorio’, dell’esercizio (ovviamente nel solo immediato), da parte del derubato, di un potere di messa a morte del *fur*»⁷¹.

Dunque, muovendo dalla critica alla tesi unitaria della ‘Notwehr’ mediante la separazione di 8.12 dalla *lex successiva*, ricondotto – a differenza del primo – al principio *vim vi repellere licet*, si è transitati a un approccio nuovamente ‘monistico’, imperniato sulla ‘Selbsthilfe’: che si trattasse di eseguire la pena in luogo della città o di compiere un atto di vendetta personale oppure, ancora, di agire in autoprotezione difensiva⁷², la «*excuse légal*» veniva più o meno radicalmente scartata. Secondo Michel Humbert, cui si deve la versione più aggiornata dell’orientamento in parola, l’omicidio sarebbe stato ammesso «uniquement quand le fonctionnement normal de la justice a été rendu impossible par le comportement du coupable»⁷³: di conseguenza, l’*occisio* sarebbe stata sancita dalla legge esattamente come se fosse provenuta «d’une déci-

⁷⁰ C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 160.

⁷¹ C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 160; cfr. altresì R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, 2016, p. 100, per il quale sarebbe esistita pure una «*damnatio* comunitaria e senza rito giudiziale di accertamento di illeciti qualificati da flagranza, che ha l’effetto di sottoporre il responsabile ad un immediato potere di aggressione da parte del leso o dei parenti dello stesso con ritualizzazione dell’applicazione della sanzione» (sul punto, v. anche E. CALORE, *Problemi di diritto pubblico nelle XII tavole*, Roma, 2017, p. 71 ss., ora riprodotto in EAD., *Le norme di diritto pubblico*, in *XII Tabulae*, II, cit., p. 754 ss., secondo cui «nel caso del furto non si sarebbe, quindi, trattato dell’uccisione di un *indemnatus*, perché quelle appena richiamate [il *fur nocturnus* e quello che ruba di giorno *si se telo defendit*] erano forme di ‘Volksjustiz’, riconosciute già in epoca predecemvirale, che trovavano ancora una parziale conferma nella legge delle XII tavole»).

⁷² Per M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 527, «le meurtre est analysé tantôt comme une permission, tantôt comme l’exercice d’un droit: une exécution capitale infligée directement par la victime dans l’hypothèse du vol de nuit». In realtà, per lo studioso, «la thèse qui attribue à la victime le rôle d’assurer l’exécution de la peine aux lieu et place de la cité n’est pas fondée. Mais la thèse qui voudrait que l’on fût en présence d’un act d’autodéfense, d’un meurtre excusable, ne répond pas à toutes les question».

⁷³ M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 527.

sion publique au terme d'un procès régulier»⁷⁴ e, quindi, compiuta *iure*. Senza disporre alcuna dispensa di pena, come nel caso di *paricidas nec esto*, le due prescrizioni decemvirali acquisirebbero un valore ben maggiore, in quanto elevano la messa a morte attuata dal derubato «au niveau d'une sanction relevant du pouvoir du magistrat»⁷⁵, sebbene sia da escludere che la legge affidi alla vittima l'esecuzione di un atto di giustizia pubblica, alla luce di una concezione – ad avviso dello studioso – certamente estranea alla mentalità decemvirale.

In definitiva, l'interpretazione che scorge in *tab. 8.12-13* altrettante norme incriminatrici, aventi ad oggetto l'esercizio della vendetta privata, presenta pregi e difetti tali da non consentire di affermarne la sicura prevalenza sulla tesi della 'Notwehr': essa coglie correttamente la discrasia tra i due *furta* quando si cerchi di considerarli entrambi espressione del '*vim vi repellere licet*' e avanza perplessità anche condivisibili sulla metodologia 'per presunzioni' seguita dall'orientamento mommseniano, soprattutto in ordine all'uccisione del ladro notturno. Incorre, tuttavia, in analoghe forzature – sebbene in senso opposto – quando disancora dal principio summenzionato il furto diurno in cui l'agente si difende *cum telo* e cerca di dimostrare che neppure in questo caso si possano ravvisare gli estremi per l'operatività di un'esimente: tanto più che gli argomenti sistematici e gli agganci testuali addotti a sostegno non paiono proprio granitici.

Circa il primo profilo, come Mommsen riteneva apodittico che la codificazione decemvirale avesse segnato il definitivo superamento dell'autogiustizia, così i suoi avversari propugnavano il contrario o, quanto meno, che questo processo

⁷⁴ M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 527.

⁷⁵ M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 527; già in precedenza, peraltro, l'autore francese (v. *La codificazione decemvirale: tentativo di interpretazione*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, cit., 33) ha fatto notare che «il *furtum manifestum* commesso di notte (8.12), quale eccezione [al sistema pubblico di tutela], non dà luogo a un'azione, dunque al ricorso al magistrato, ma la vittima può mettere a morte il colpevole, 'come se ci fosse stata una sentenza di condanna' (*si im occisit, iure caesus esto*); la stessa procedura para-giudiziaria era applicata a un ladro diurno che si difendesse con un'arma (8.13)».

non si fosse ancora del tutto perfezionato e la vendetta privata continuasse a essere possibile, seppure in misura circoscritta e secondo condizioni prestabilite: è ben difficile dimostrare la veridicità della prima a detrimento della seconda o viceversa. In merito al secondo ambito, vengono con insistenza richiamati il *ius occidendi* e la *poena capitis* di cui fa menzione Gell. *noct. Att.* 20.1.7-8, concetti che potrebbero essere legati a sviluppi attualizzanti ben posteriori alla visione corrente nel V secolo a.C.⁷⁶; né i passaggi recanti ‘*permittere*’ o ‘*impune*’ depongono univocamente per la legittimazione all’esercizio della giustizia privata. Quando si afferma infatti, sulla base di siffatti addentellati testuali, «che alla presenza di determinate condizioni, l’uccisione del ladro era oggettivamente improduttiva di conseguenze giuridiche per l’uccisore, poiché autorizzata dalla legge»⁷⁷, si formula una conclusione attinente ad entrambi i versetti e del tutto verosimile, ma – nella sua onnicomprensività – compatibile tanto con la vendetta privata quanto con la legittima difesa.

A fronte degli elementi correttamente adducibili a sostegno dell’orientamento recenziore, e di quelli ‘ancipiti’, vi è un argomento che lo indebolisce decisamente: si è già notato come, ad avviso di Corbino, se *tab.* 8.12-13 non avessero avuto davvero nulla a che fare con esimenti e avessero conferito il *ius occidendi*, avrebbe dovuto esibire un differente tenore testuale. A ciò si aggiunga «una considerazione piuttosto banale: l’uccisione del *fur* sembrerebbe consentita soltanto nel momento in cui il ladro viene sorpreso a rubare»⁷⁸: secondo Maria

⁷⁶ Lasciando da parte gli indubbi profili di politica del diritto – in ordine, segnatamente, alla funzione della pena – che animavano la disputa tra Favorino e Sesto Cecilio, per cui le norme decemvirali in quella circostanza non erano analizzate nella loro naturalità, bensì retrospettivamente, rileva l’osservazione di M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 584, nt. 152, secondo la qual «viene il dubbio che Gellio, nell’accomunare l’*addictio* del *fur manifestus* all’uccisione del *fur nocturnus*, abbia semplificato usando la medesima categoria della *poena capitis*. Se si legge il passaggio immediatamente precedente, infatti, Gellio distingue la *poena capitis* del *furtum manifestum* dallo *ius occidendi* attribuito al derubato rispetto al *fur nocturnus*».

⁷⁷ Così L. GAGLIARDI, *Iure caesus esto*, cit., p. 434.

⁷⁸ M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 585.

Floriana Cursi, infatti, l'impossibilità di ucciderlo al di fuori di questa circostanza rende impossibile la soppressione fisica «come sanzione irrogata direttamente dal derubato»⁷⁹, giacché, per essere tale, «dovremmo immaginare un'uccisione del ladro notturno o diurno realizzabile in qualunque momento e non solo in fragranza»⁸⁰.

4. *La necessità di 'un passo indietro' nel segno della liberazione dagli eccessi dogmatici*

È del tutto evidente che tanto l'impostazione incline a ravvisare il carattere esimente di entrambe le disposizioni a favore del derubato, quanto l'approccio propenso ad attribuire alle medesime natura sanzionatoria presuppongono «una valutazione in termini di 'qualificazione giuridica' della incontrovertibile impunità contemplata dalle XII Tavole delle due ipotesi testé rammentate»⁸¹: ma il fatto che ciò sia avvenuto – già a partire da Mommsen – utilizzando apparati dogmatici sconosciuti all'età decemvirale (si pensi alla moderna diatriba circa la bipartizione o la tripartizione della struttura del reato) e, quindi, «con modalità eccessivamente anticipazioniste»⁸², ha determinato un allontanamento dall'autentica *ratio* delle norme citate. Pare difficile credere che gli artefici del diritto decemvirale, così come gli 'operatori giuridici' di quel tempo, si chiedessero davvero se due prescrizioni comunque sovrapponibili sul piano delle conseguenze (*iure caesus esto*) dovesse essere collocate nel medesimo ambito – in qualità di norme esimenti o incriminatrici – oppure interpretate separandone l'appartenenza; ben più verosimilmente, invece, «disinteressati a concettualizzazioni di tal fatta, i legislatori straordinari del 451 a.C. miravano sì a registrare *mores* inveterati, ma nel

⁷⁹ M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 585.

⁸⁰ M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 585.

⁸¹ C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 152.

⁸² In questi termini C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 152, secondo cui siffatto approccio sarebbe «volto, forse inconsciamente, a purificare con le visioni 'moderne' del presente le concezioni 'primitive' del passato» (p. 153 s.).

tentativo sotterraneo di spostare il *ius occidendi* dal campo di quella repressione privata (fondata, in parte, anche su credenze e pratiche magiche) che sempre più diveniva d'impaccio alla 'pressione ordinante' della comunità politica, al campo della repressione – direttamente o mediatamente – cittadina»⁸³.

Liberandosi dalla dicotomia 'legittima difesa/vendetta privata', i cui poli sono oggettivamente incompatibili, diviene più agevole valorizzare il contenuto che, con ogni probabilità, emergeva effettivamente dal dato testuale dei due versetti: l'uccisione conforme a diritto del ladro colto in flagranza di reato e il requisito dell'*endoploratio*, che distinguono le due fattispecie dai casi 'ordinari' di *furtum manifestum*, categoria nella quale – indubbiamente e senza 'forzature' dogmatiche – esse trovavano dislocazione alla luce della mentalità decemvirale. In questi due casi, infatti, la soppressione fisica del *fur* sarebbe 'perlomeno' lecita, ossia l'autore dell'uccisione non sarebbe perseguibile: a condizione che, rispettivamente, il delitto sia commesso nottetempo oppure, qualora venga realizzato *luci*, vi sia la reazione armata del ladro al tentativo di trarlo in arresto. È altresì vero che il collegio decemvirale si sarebbe ripromesso forgiare una disciplina legale per situazioni concretamente sottratte a procedimento giurisdizionale, in conseguenza della dinamica materiale di realizzazione della condotta illecita e del susseguente atteggiamento adottato dal derubato: qualora si fosse pervenuti all'uccisione del ladro ('*ast im occisit'* è senza dubbio passaggio comune ad ambedue le norme), la quale certamente non era 'ordinata' dalla norma ma la cui eventualità rientrava nell'ordine delle cose, la morte del reo sarebbe stata appropriata e chi l'avesse perpetrata non sarebbe stato perseguito. A dispetto delle dogmatizzazioni recenziori, i contenuti della *tab.* 8.12-13 avrebbero fatto registrare la compenetrazione di sottrazione ad illiceità ed esito punitivo, vale a dire la 'contaminazione' – inammissibile secondo la dottrina penalistica moderna – della natura esimente con quella incriminatrice delle due norme: proprio a questa conclusione, tutt'altro che 'minimalista', sarebbero pervenuti

⁸³ C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 161.

i decemviri. Essa, infatti, assicurava il coordinamento regolativo tra le norme attinenti al *furtum manifestum*, non contemplanti la morte immediata del ladro, e i casi speciali che – in assenza di un'esplicita previsione – avrebbero innescato una 'reazione a catena' di matrice vindicatoria di difficile controllabilità da parte degli organi cittadini. Sotto questo profilo anche *'endoqueplorato'* avrebbe segnalato la necessità di una qualche 'pubblicizzazione' dell'atteggiamento assunto dal soggetto passivo: che si trattasse di una diffida a desistere rivolta al malvivente, di un'invocazione di soccorso o della chiamata di testimoni, il rito – in quanto tale, essendo ben possibile che nessuno si presentasse – avrebbe neutralizzato il carattere 'arbitrario' della condotta tenuta dal soggetto passivo, riconducendola all'interno del quadro normativo predisposto dalla comunità⁸⁴.

⁸⁴ Pur rimanendo l'autore, in definitiva, all'interno dell'approccio che riconosce natura incriminatrice ai versetti divisati, una lettura non priva di originalità viene proposta da C. PELLOSO, *Studi*, cit., p. 176 ss., secondo cui la *ploratio* sarebbe stata necessaria *ab origine* anche nel caso del *fur nocturnum*, ma essa non si sarebbe dovuta intendere come 'chiamata a testimonianza', «bensì quale 'formula magica' pronunciata dinanzi al *fur* e performante, in quel particolare contesto, in capo al derubato un *ius occidendi*». A suo avviso, si sarebbe trattato di una «invocazione-imprecazione» compiuta dal derubato in modo tale da determinare il magico assorbimento della vita del ladro entro (*endo*) la sua sfera di 'Kraft', sicché il *plorare* «sarebbe azione umana dotata di forza magica che – efficace per sé stessa e proiettata sul piano divino – performerebbe un potere immanente al soggetto (*ius*)». *tab.* 8.12 contemplerebbe, pertanto, «la registrazione del potere del derubato di uccidere il ladro colto di notte, ferma restando la volontà del legislatore, sottesa alle parole del precetto scritto, di far apparire tale *ius* non quale risultato di atti magici performativi, bensì di una concessione statale, e di configurare, pertanto, il derubato non quale soggetto agente per se, in quanto titolare di un potere repressivo (performativamente costituito) concorrente con quello della comunità, bensì quale agente della comunità stessa e da quest'ultima autorizzato»: sotto questo profilo, l'analisi di *tab.* 8.13 presenterebbe minori difficoltà in quanto appartenente al medesimo universo ricostruttivo, consentendo allo studioso di affermare che «l'ordinamento decemvirale riconosceva come lecito (e in tal senso va in teso *permittere*) il contegno del derubato consistente nell'uccisione del ladro diurno che si opponeva con violenza alla propria deduzione al magistrato, così lo stesso sistema si palesava come fonte attributiva (*tribuere*) allo stesso derubato, nel caso di furto perpetrato con l'aggravante del tempo notturno, *quoquo modo o omnimodo*, di un 'diritto' (*ius, licet*) consistente nell'uccisione (invero in funzione vindicatoria-punitiva) del *fur*». Se

Sul piano constatativo, inoltre, non vi è dubbio che solo nel furto commesso di giorno, quando il ladro *se cum telo defendit*, si possa ravvisare l'applicazione del principio '*vim vi repellere licet*', mentre nel caso del *fur nocturnum* l'assenza dell'attacco eseguito con la forza dalla quale difendersi ha indotto gli interpreti moderni a non poche acrobazie ricostruttive per richiamare non il principio appena menzionato, bensì il moderno concetto di legittima difesa: l'interpretazione 'atomistica' ha allora avuto buon gioco nel separare le due fattispecie, senza che tuttavia ciò importasse la liberazione dalle dogmatizzazioni recenziori, trattandosi di 'collocare' le norme in cataloghi comunque estranei alle logiche decemvirali. Se, dunque, la scissione tra le *tabulae* 8.12 e 8.13 giova a chiarire come l'applicazione di '*vim vi repellere licet*' rilevi soltanto per la seconda, non è conseguenza ineluttabile, pertanto, né che la secon-

si possono nutrire dubbi sulla menzionata 'funzione', nella misura in cui si riporta allo schema dicotomico – e indebitamente modellato su assetti dogmatici estranei alle logiche decemvirali – da cui rifuggire, va moderatamente condivisa la conclusione, a tenore della quale (p. 179) «il *licere*, quindi, registrato dai decemviri come *ius* 'statalmente' approvato (ma, in origine, unicamente risultato di attività magico-performative che dovevano essere assorbite nella logica e nella struttura della *civitas*) era ciò che, sotto il profilo della *ratio*, accomunava le due disposizioni che, quindi, esplicitamente 'accordavano' ai privati il potere (non il dovere) di mettere a morte un *fur*, una volta pronunciata la formale *ploratio*, nell'immediato contesto dei fatti presupposti per l'esercizio del *ius* (commissione di un furto aggravato in quanto notturno; violenza armata diurna da parte del *fur* recalcitrante)». Va notato, infine, come la peculiare ricostruzione di Pelloso – che presuppone una concezione 'soggettivistica' di *ius* nel contesto di '*iure caesus esto*' – non sia stata condivisa da M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 589, nt. 180, alla quale «la distinzione tra 'diritto soggettivo' e 'diritto oggettivo', sconosciuta evidentemente ai Romani, ... sembra condizionare in maniera poco fruttuosa la lettura della norma il cui significato è, alla fin fine, quello di autorizzare un privato all'uso della violenza, senza che da questo discenda una sanzione» (il lavoro dello studioso si risolverebbe in una mera 'giustapposizione' dei diritti greco, egiziano e romano ad avviso di M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 528). Sul punto, in precedenza anche M. VARVARO, *Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone*, in *AUPA*, 2013, 56, p. 229, nt. 73, aveva manifestato perplessità circa la lettura data da Pelloso a '*iure caesus esto*', adducendo forzature sul piano sintattico e un uso del vocabolo '*caesus*' – come sostantivo equivalente a *caedes* – «che non trova alcun riscontro nella lingua delle Dodici Tavole, e che nel vocabolario latino risulta attestato solamente una volta, in caso ablativo, e con significato diverso».

da fondi la legittima difesa, né che la prima sia espressione di autogiustizia privata, in quanto si ricadrebbe nell'eccesso di dogmatismo dal quale si vorrebbe uscire.

E che così fosse tenderebbe a provarlo, in epoca ben successiva all'età decemvirale, persino Cicerone il quale, nella *pro Tullio* e nella *pro Milone*⁸⁵, richiama la legislazione duodecimtabulare a supporto delle sue perorazioni, finendo per fornire rilevanti indizi sulla natura ambivalente delle citate disposizioni: sebbene fosse intervenuta *medio tempore* la *lex Aquilia* (nonché l'editto di Lucullo⁸⁶) e l'interpretazione delle norme decemvirali avesse iniziato a subire sensibili aggiustamenti, gli elementi traibili dai ragionamenti dell'Arpinate devono indurre a relativizzare gli inquadramenti dogmatici ai quali siamo adusi al fine di qualificare le stesse⁸⁷. Nella *Tulliana* Cicerone, schierato dalla parte dell'agredito, deve replicare all'avvocato di controparte, Quinzio, il quale – cercando di accreditare la tesi della provocazione – aveva 'recitato' le norme delle XII Tavole che stabilivano la liceità dell'uccisione del ladro notturno e di quello diurno *qui se cum telo defen-*

⁸⁵ Per i testi rilevanti di entrambe le orazioni v. *supra*, nt. 8.

⁸⁶ Rileva P. LAMBRINI, *Il dolo è contenuto nella violenza: l'interpretazione proposta da Cicerone*, in *Crimina e delicta. Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. GAROFALO, Napoli, 2019, p. 83, come nell'azione *'de damno vi hominibus armatis coactisve dato'* (editalizzata dal pretore peregrino Marco Terenzio Varrone Lucullo nel 76 a.C.) mancasse «il richiamo all'*iniuria*, che caratterizzava invece il danno *ex lege Aquilia*: si voleva con ciò evitare che i padroni approfittassero della situazione di generale confusione per incitare gli schiavi contro i propri nemici e liberarsi poi della responsabilità invocando delle scriminanti come la legittima difesa» (è altresì probabile che il *dominus* assumesse una sorta di responsabilità oggettiva – essendo l'azione concessa *sine noxae deditioe* – anche per gli atti compiuti da uomini liberi che agli schiavi si fossero uniti, giusta L. SOLIDORO, *La repressione della violenza nel diritto romano. Appunti delle lezioni*, Napoli, 1993, p. 6 ss.).

⁸⁷ Già nel IV secolo d.C., ma forse traendo spunto da commentari precedenti, ne emergono indizi da Schol. Bob. *Mil.* 9: *Βαίως auctoritatem XII tabularum ad defendendam confessionem Milonis trahit, quae grassatoris interficiendi potestatem faciunt per diem, si armatus veniat, noctu vero, quoquo modo venerit. Evavtia huic argumentatio est in illa oratione, quae Pro M. Tullio inscribitur {Tul. 49}. Ibi quippe, quoniam aliut praesentis negotii condicio poscebat, ipsas quoque XII tabulas adseveravit excubare pro hominum salute, quae hanc interemendi potestatem non facile permiserint.*

dit (20.47): oltre a rilevare l'assenza dei presupposti di fatto ai fini dell'operatività di tali disposizioni – le quali, se verificate, avrebbero potuto indurre i *recuperatores* a statuire che la *familia* servile di Publio Fabio aveva ucciso impunemente gli schiavi di Marco Tullio –, l'Arpinate ricorda come sulla base di tali prescrizioni fosse consentito dai *maiores* uccidere un uomo soltanto in caso di estrema necessità (*nisi cum pernecesse esset*) e sussistendo strettamente i requisiti richiesti dalla legge (uso delle armi ed *endoploratio*). Cicerone avrebbe dunque posto in luce la natura esimente delle *leges* menzionate⁸⁸, an-

⁸⁸ In questa circostanza, secondo M. HUMBERT, *La Loi des XII Tables*, cit., p. 527, «l'orateur soutient la thèse de l'excuse légale exceptionnelle (*lex quae permittit ... ut liceat*): une simple tolérance encadrée de conditions strictes (*telo defendere, nox, endoplorato*). On est dans le cadre de l'excuse légale, proche de la légitime défense». Nella *Miloniana*, invece, «il invoque au contraire le *ius occidendi*, fondé tant sur la loi (*lex constituit*) que sur la nature». Circa l'esatta identificazione della scriminante, hanno optato per la legittima difesa W. STROH, *Taxis und Taktik. Die advokatische Dispositionskunst in Ciceros Gerichtsreden*, Stuttgart, 1975, p. 161 ss.; R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, p. 62; S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di damnum*, II. *I criteri d'imputazione del danno tra lex e interpretatio prudentium*, Napoli, 2016, p. 67 s., mentre propendeva per l'esercizio del diritto B.-Z. BEINART, *The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1953, p. 290. Che si potesse trattare dell'una o dell'altro, ma senza oltrepassare lo stadio dell'alternativa, veniva posto in luce da S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969, p. 76; S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II a.C.*, Napoli, 1979, p. 253 e nt. 93; A. LINTOTT, *Property and Violence: The Pro Tullio and Pro Caecina*, in *Cicero as Evidence: A Historian's Companion*, Oxford, 2008, p. 71; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015, p. 29; P. LAMBRINI, *Il dolo è contenuto nella violenza*, cit., p. 85 s. Infine, circa la differente impostazione di M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*, cit. p. 24 ss., che esclude la rilevanza di esimenti riporta le richieste di Quinzio all'esigenza di verificare il coinvolgimento personale del *dominus*, si vedano le riflessioni di P. ZILLOTTO, *Dolo e iniuria nella pro Tullio di Cicerone*, in *BIDR*, 2017, 111, p. 135, nt. 11, ora anche in *Crimina et delicta*, cit., p. 102, nt. 11 (dal quale si cita). La medesima studiosa ha sottolineato, inoltre, come Cicerone si fosse preoccupato non del fatto che Quinzio potesse invocare l'esercizio del diritto, quanto piuttosto la legittima difesa, insinuando nella mente dei *recuperatores* il dubbio di una reazione ad un attacco attuale, vale a dire della risposta a una provocazione: infatti (p. 116, nt. 59), «solo se nel corso di una rude espulsione [effettuata esercitando il diritto di proprietà] ci fosse stata una pericolosa aggressione al proprietario, l'uccisione avrebbe forse potuto essere

che a prescindere dal rinvio sovrastrutturale al *ius constitutum*, compiuto per fondare l'uccisione – di regola esclusa – del ladro (22.52). Dovendo difendere Milone, invece, dall'accusa di avere ucciso Clodio, l'oratore pare propendere per l'attribuzione del *ius occidendi*, in quanto le XII Tavole avrebbero disposto (*voluerunt*) che il ladro notturno in qualunque circostanza e quello diurno se si fosse difeso con armi sarebbero stati uccisi *impune*: la norma avrebbe allora intonazione vindicatorio-punitiva⁸⁹. In questo modo, Cicerone pare illuminare la duplice portata delle succitate regole decemvirali, ovvero l'essenzialità da responsabilità per il soggetto passivo e l'appropriatezza della morte per l'aggressore, qualora fossero puntualmente sussistite le condizioni indicate da *tab. 8.12-13*.

giustificata, ma sulla base allora non già dell'esercizio del diritto, bensì della legittima difesa» (circa la quale, tuttavia, sarebbe stato facile per l'Arpinate dimostrare l'inesistenza dei presupposti concreti). Peraltro, a differenza di M. BALZARINI, *Cic. pro Tullio e l'editto di Lucullo*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, p. 350 ss. e in accordo con L. VACCA, *L'editto di Lucullo*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 4-7 giugno 1990*, a cura di F. MILAZZO, Napoli, 1992, p. 244, ora anche in EAD., *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, Napoli, 2015, p. 328, Paola Ziliotto reputa impensabile (p. 115) «che Lucullo, escludendo la parola *iniura* dalla formula, avesse voluto negare rilevanza alla legittima difesa», essendo irragionevole che gli schiavi attaccati si fossero lasciati uccidere senza opporsi, e dunque, «se si legittima difesa si fosse trattato, quello di Cicerone apparirebbe un tentativo disperato».

⁸⁹ È pur vero, tuttavia, che subito dopo *Cic. Mil. 4.9* alluda esplicitamente alla difesa reattiva a fronte di un'aggressione in corso, come ragione idonea a giustificare l'uccisione: *Atqui si tempus est ullum iure hominis necandi, quae multa sunt, certe illud est non modo iustum, verum etiam necessarium, cum vi vis inlata defenditur*, laddove si dichiara l'omicidio non solo giusto, ma anche necessario (nel senso di 'inevitabile') nel caso in cui si debba difendere con la forza da un attacco violento. Siffatte oscillazioni non possono che deporre per la natura 'bifronte' delle disposizioni in parola le quali, proprio in quanto non categorizzate rigidamente nello schema 'norma esimente/incriminatrice', potevano essere adottate secondo sfaccettature peculiari, ma sempre (e almeno) per tenere ferma la giuridicità della condotta del derubato, sì da inferirne la non punibilità.

5. *Gli apporti della giurisprudenza classica come autentico 'gremio' della legittima difesa*

L'analisi delle norme decemvirali condotta sino a questo momento permette di escludere che nelle medesime si radicassero i fondamenti del concetto di 'legittima difesa', quale risulta conforme agli assunti della scienza penalistica moderna: non tanto perché tali disposizioni sarebbe alternativamente spiegabili in termini di giustizia privata – tesi da abbracciare con estrema cautela laddove parimenti pregiudicata da prolegomena 'attualizzanti, se non altro nella misura in cui fu formulata per controbattere la precedente –, quanto per la ragione secondo cui soltanto il furto diurno accompagnato dal *se defendere cum telo* avrebbe evocato (e non senza 'distinguo') il principio *vim vi repellere licet*, genuinamente consustanziale all'ordinamento romano.

Una volta disinnescati i pericoli insiti nella fuorviante dia-triba qualificatoria tra natura esimente e incriminatrice delle previsioni duodecimtabulari, all'esito dell'individuazione del loro contenuto minimo e della rispettiva *ratio* si può procedere diacronicamente sulla strada dell'interpretazione post-decemvirale sino ai risultati esibiti dalla più matura (e ultima) giurisprudenza classica. Il novero degli elementi che hanno contribuito a supportare questo percorso, più tardi perfezionato dai *prudentes*, attinge sia a ragioni generali sia a interventi legislativi: alle prime, innanzitutto, va ricondotta l'esigenza statale – manifestatasi *paulatim* – di ridurre drasticamente le situazioni nelle quali fosse lecito a ciascuno fruire della difesa reattiva o, comunque, ricorrere all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, attraverso una più precisa definizione dei presupposti di giuridicità e un maggior favore verso forme di tutela incruente⁹⁰. Ai secondi, infine, appartengono la *lex Aquilia de damno* e, in seguito, la *lex Cornelia de sicariis*

⁹⁰ Appropriate, sul punto, le osservazioni di G. LONGO, *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, herausgegeben von W.G. BECKER und L. SCHNORR VON CAROLSFELD, Berlin, 1970, p. 325, p. 327.

et veneficis, che avrebbero pungolato il dibattito giurisprudenziale al fine di chiarire eventuali interferenze applicative con *tab. 8.12-13* e, dunque, contribuito a definirne *e contrario* fondamento e caratteri della reazione difensiva⁹¹.

Che gli influssi testé delineati abbiano indotto i giuristi classici, durante il II secolo d.C., a manifestare dubbi sulla persistente e integrale vigenza delle norme decemvirali in parola potrebbe essere testimoniato dalla chiosa di Coll. 7.3.2 (Ulp. 8 *ad ed.*): *Et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu*⁹². Perplessità circa tale interpretazione emergerebbero in conseguenza dell'andamento testuale, forse costruito dal compilatore assemblando passaggi eterogenei, e del precedente riferimento alla disciplina aquiliana, cui '*haec lex*' potrebbe alludere per contiguità⁹³: subito prima della *dubitatio* pom-

⁹¹ L'Anwendungsbereich' delle norme decemvirali in materia di furto, cui fosse seguito l'uccisione del ladro, sarebbe stato progressivamente circoscritto in virtù del peso via via attribuito all'elemento psicologico, sì da superare le 'presunzioni giuridiche' evocate da Mommsen: naturalmente, come osservato da M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 586, «la riflessione giurisprudenziale non si è concentrata *ex professo* sulla questione, ma ha preso spunto dal dibattito sul significato del termine *iniuria* all'interno della *lex Aquilia*», dovendosene comprendere meglio il contenuto.

⁹² Cfr. M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 587 (per il testo di Coll. 7.3.2 nella sua interezza, cfr. *supra*, nt. 8). Non mancano problemi di restituzione testuale, come evidenziato da A. WATSON, *Two Studies in Textual History*, in *TR*, 1962, 30, p. 220, il quale rilevava come tutti e tre i manoscritti (berlinese, vindobonense e vercellese) contenenti la *Collatio* recassero: *et Pomponius dubitat. Kp dcliii. NUNC haec lex non sit in usu* [v. M. HYAMSON, London, 1913, p. 25, p. 94, p. 208]. La sostituzione di *nunc* con *num* (pacificamente accolta ora anche da R.M. FRANKS, *Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum in Late Antiquity*, New York, 2011, p. 175) e la controversa presenza di *non* prima di *sit* avvalorano il giudizio di Watson, secondo cui «the editors' practice of running on *dubitat* with what flows is entirely justified but it cannot be doubted that there was great confusion as the result of some scribal error».

⁹³ Cfr. A. BERGER, *Dig. IX 2, 4 § 1*, cit., p. 391, nt. 29, secondo cui Pomponio e Ulpiano si soffermerebbero entrambi sulla rilevanza della *lex Aquilia* per il caso considerato, sicché un'interpretazione diversa sarebbe fuorviata dall'espressione *in usu esse*: se ad essa si attribuisce il significato di «nicht mehr in Geltung», sarebbe errata tanto per le XII Tavole quanto per la *lex Aquilia*. Per A. WATSON, *Two Studies*, cit., p. 218, la *dubitatio* «grammatically must refer to the *lex Aquilia*, but ... must in fact mean the XII Tables»; inoltre, a suo avviso (p. 221, nt. 28), «*lex* used to mean a provision of the XII Tables would be espe-

poniana, infatti, Ulpiano si sarebbe chiesto se l'uccisione del ladro notturno o diurno difeso con armi – di condizione servile, evidentemente – avesse fatto sorgere una responsabilità aquiliana in capo all'autore della condotta (*videamus, an lege Aquilia teneatur*). Pare tuttavia improbabile che la titubanza di Pomponio attenesse al primo capitolo di quest'ultima disposizione, nel caso di specie inapplicabile per l'assenza di *iniuria* da parte dell'autore dell'*occisio*: piuttosto, è plausibile che il giurista stesse riflettendo – sebbene nel passo non compaia l'articolazione del suo pensiero – sulla perdurante efficacia di *tab. 8.12-13*, manifestando una certa prudenza nel sancire il superamento di queste ultime per desuetudine⁹⁴. Al fine di sceverare meglio il punto, bisogna anticipare una divergenza tra Paolo e Ulpiano appalesata dalla *Collatio* circa la sorte del ladro *cum posset (eum) adprehendere*, ove secondo il pri-

cially inappropriate here where the whole enactment had just been called *lex duodecim tabularum*», non ricorrendo un uso del termine preposto a designare una singola clausola della codificazione.

⁹⁴ Si veda, sul punto, H.J. WOLFF, *Ulpian XVIII ad edictum in Collatio and Digest and the Problem of Postclassical Edition of Classical Works*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, IV, Milano, 1949, p. 65 ss., secondo cui il breve riferimento a Pomponio avrebbe sunteggiato una più ampia descrizione del suo punto di vista e generato, altresì, l'equivoco nascente dalla vicinanza tra *lex Aquilia* e *haec lex*. Per Wolff, il ragionamento ulpiano rimpiazzato dall'editore postclassico si sarebbe sviluppato come segue: <*Pomponius dubitari posse ait an lex Aquilia duodecim tabularum legi, quae furem nocturnum, diurnum autem si telo se defendat, occidere permittit, derogaverit. quid enim, si adprehendendi eum illi qui furem occidit facultas fuerit?*>. Lo studioso rilevava correttamente come, alla luce del testo così ricostruito, la questione sollevata da Pomponio non attenesse alla desuetudine delle previsioni decemvirali, ma all'interpretazione della *lex Aquilia* (p. 67, nt. 2), «with the possible result that the letter statute had superseded the earlier law in the point in question»; ne consegue che l'abolizione di *tab. 8.12-13* non sarebbe stata minimamente prospettata da Pomponio e che l'impostazione adottata dagli interpreti moderni sarebbe da addebitare alla «inaccurate formulation» del suo dubbio (adesivamente F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 236). A meno che, come osservava V. ARANGIO RUIZ, *I passi di Ulpiano 18 ad edictum, comuni alla Collatio e al Digesto*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1965, p. 13, non si volesse attribuire a Pomponio «il pensiero che la questione fosse già risolta in base al requisito dell'*iniuria*, onde non valesse più la pena di riportarsi a una vecchia norma praticamente desueta», il che presuppone comunque che '*haec lex*' fosse quella delle XII Tavole.

mo (7.2.1 = 5 *sent.*), chi lo avesse ucciso non sarebbe stato in ogni caso perseguibile *ex lege Cornelia*, ma meglio avrebbe fatto a consegnarlo alla pubblica autorità⁹⁵; ad avviso del secondo (7.3.3), invece, colui il quale avesse preferito sopprimerlo lo avrebbe fatto *iniuria*, assoggettandosi alle sanzioni previste dalla summenzionata legge⁹⁶. In sostanza Pomponio, latore di una tradizione sabiniana, avrebbe espresso maggiore cautela nel circoscrivere l'efficacia applicativa delle disposizioni decemvirali a fronte del posteriore reticolato normativo e Paolo riecheggerebbe ancora tale orientamento, a fronte della tendenza recenziere espressa da Ulpiano, che pure doveva avere lavorato ampiamente su materiale pomponiano⁹⁷. Questi

⁹⁵ Coll. 7.2.1 (Paul. 5 *Sent. l. Corn. sic. et ven.* = 5.3.29): *Si quis furem nocturnum vel diurnum cum se telo defenderet occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus optulerit.*

⁹⁶ Coll. 7.3.3 (Ulp. 8 *ad ed.*): *Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur: ergo etiam lege Cornelia tenebitur* (corrispondente a Ulp. 18 *ad ed. D. 9.2.5 pr.*: *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur*). Oltre a ricordare come l'uccisore sarebbe incorso anche nelle pene previste dalla *lex Aquilia*, S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, I. *Furto di notte e desuetudine della legge*, in *Studi in onore di A. Albertoni*, I, Padova, 1932, p. 35 ss., poi in *Id.*, *Scritti di diritto romano*, III (1925-1937), Napoli, 1960, p. 400 s., imputava alla *Collatio* un'errata interpretazione della fattispecie, in quanto i Romani non avrebbero fatto dipendere l'esistenza del reato dalla catturabilità dell'ucciso, piuttosto sostituendo alla previsione contenuta nel carme decemvirale desueto «la circostanza del tempo di notte con un'altra circostanza, che si ritenga più grave e sia ugualmente seria, ad es. il *telo se defendere*, la minaccia della vita dell'offeso e simiglianti».

⁹⁷ Cfr. P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I. *Les sources*, Lyon - Paris, 1915, p. 37 s., ad avviso del quale comunque «rien ne prouve qu'Ulpien ait connu directement le texte des Douze Tables; rien ne prouve qu'il ait utilisé ici autre chose que des explications et des commentaires provenant d'auteurs du début de l'empire (tels que Labéon et Sabinus); rien ne prouve même qu'il les ait utilisés de première main, plutôt que par l'intermédiaire d'auteurs plus récents, et notamment de Pomponius»; inoltre, per L. ARU, *Appunti*, cit., p. 132 s., il richiamo alla *dubitatio* pomponiana sarebbe genuino, in forza del riscontro offerto dal passo di Paolo (*Coll. 7.2.1*), ma

avrebbe ridotto drasticamente l'Anwendungsbereich' dei *carmina* decemvirali mediante precisazioni e temperamenti sicché, in età severiana, il principio *vim vi repellere licet* si sarebbe definitivamente arricchito di una serie di 'requisiti subordinanti', tale da incidere profondamente sul suo originario assetto duodecimitabulare: a coronamento di un'elaborazione comunque iniziata in epoca di gran lunga anteriore.

1) *Ratio*. Si deve rimontare all'età tardorepubblicana per rinvenire una riflessione giustificatrice circa la liceità di respingere 'la forza con la forza', occasionata dall'applicazione delle *leges* decemvirali, ma propensa a inaugurare una prospettiva più ampia: si deve tornare, dunque, alla *Miloniana*, in cui Cicerone cerca di far valere la tesi secondo cui il suo assistito, uccisore di Clodio, avrebbe potuto vantare ragioni tali da rendere necessitata la sua condotta e, pertanto, non punibile l'imputato, alla medesima stregua di chi è costretto a difendersi sino alle estreme conseguenze da un *insidiator* o da un *latro*. Malgrado in *Tull. 22.52* l'Arpinate avesse invocato l'esistenza di una norma scritta (*ius constitutum*) perché la soppressione del malvivente difeso con le armi non fosse illecita, le argomentazioni addotte a sostegno di Milone – e, naturalmente, condizionate dal vano tentativo di farle assolvere – appaiono di più ampio respiro. Muovendo dall'assurdità di infliggere una sanzione senza avere riguardo alle circostanze in cui taluno fosse stato ucciso, quando in determinate circostanze le leggi stesse avrebbero porto il gladio a tale fine⁹⁸, l'o-

sarebbe stato eliminato dai giustinianeî per attribuire rilievo esclusivo all'opinione di Ulpiano.

⁹⁸ Nel contesto della sua approfondita analisi, M. VARVARO, *Legittima difesa*, cit., p. 215 ss., fa notare come (p. 226 s.) «in tale ordine di idee è richiamato anche il contenuto del primo capitolo della *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, che fra le altre cose vietava entro la città di Roma ed entro una cerchia di mille passi da essa il porto d'armi a scopo di omicidio e di furto»; tuttavia, «poiché il dettato di questa legge si riferiva a chi andasse in giro armato *hominis occidendi furtive faciendi causa*, ma non a chi circolasse armato a scopo difensivo, Cicerone precisava che bisognava indagare sulla causa dell'uccisione, e non sull'uccisione in sé». Per questa ragione l'Arpinate rammenta ai giurati «un principio che essi non avrebbero dovuto dimenticare, in base al quale era possibile uccidere legittimamente chi avesse teso un'imboscata». Dunque, «lo *status causae* – quello che i greci chiamavano *κρῖνόμενον* – non era una *quae-*

ratore affermava come fosse non solo *iustum*, ma financo *necessarium* difendersi con la forza dalla *vis inflata*. E perviene, dunque, al punto essenziale:

Cic. *Mil.* 4.10: *Insidiatori vero et latroni quae potest inferri iniusta nex? Quid comitatus nostri, quid gladii volunt? quos habere certe non liceret, si uti illis nullo pacto liceret. Est igitur haec, iudices, non scripta, sed nata lex; quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripiimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus, ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim et in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis. 11. Silent enim leges inter arma; nec se exspectari iubent, cum ei qui exspectare velit, ante iniusta poena luenda sit, quam iusta repetenda. Etsi persapienter et quodam modo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi, quae non hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa vetat; ut, cum causa non telum quaeretur, qui sui defendendi causa telo esset usus non minis occidendi causa habuisse telum iudicaretur. Quapropter hoc maneat in causa, iudices, non enim dubito quin probaturus sim vobis defensionem meam, si id memineritis quod oblivisci non potestis, insidiatorem iure interfici posse.*

L'Arpinate si chiede retoricamente se a chi tenda imboscate e al bandito possa essere inferta una morte ingiusta: atteso che la risposta è *in ipsa re*, in quanto le scorte e le spade non sarebbero autorizzate se in nessun caso ne fosse permesso l'uso, la *confutatio* difensiva attinge a ragioni ulteriori rispetto a quelle (tecniche) insite nell'opposizione *iustum-iniustum*: diversamente dalla *Pro Tullio*, nella quale si invocava una norma *constituta* per rendere lecita l'uccisione del *fur qui cum telo se defendit*, Cicerone propugna ora l'esistenza di una legge *non scripta sed nata*, ossia non imparata né ereditata né letta, bensì ricavata dalla natura stessa. Non per via d'insegnamento ma in virtù della nascita, non per educazione ma grazie all'istinto questa legge giunge ad affermare che, se la vita

stio facti, ma una *quaestio iuris*», dovendo la giuria stabilire unicamente se l'uccisione fosse avvenuta «*iure*» (o «*recte et iure*»).

di ciascuno sia in pericolo per qualche tranello o si trovi esposta alla violenza e ai colpi di banditi o di nemici, ogni mezzo atto a garantirne l'incolumità è lecito. Stagliatasi a un livello di caratura filosofica attingendo all'*honestum*, la *ratio* giustificatrice torna a riecheggiare latamente il dettato decemvirale, nella misura in cui le *insidiae* sarebbero quelle recate dal ladro notturno e la *vis* accompagnata dal *telum* alluderebbe allo specifico *furtum interdianum*: di nuovo, tuttavia, l'oratore se ne distacca e invoca la vigenza della prescrizione *non scripta sed nata* quando le armi, prevalendo sulle *leges* (*constitutae*), costringono queste ultime al silenzio e sarebbe esiziale attenderne l'intervento, «perché chi volesse ottenerlo dovrebbe scontare una pena ingiusta prima di poter esigere giustizia». La stessa legge di natura⁹⁹, con grande saggezza e in maniera implicita, accorderebbe a ciascuno il diritto di autodifesa (*potestas defendendi*), che non vieta di uccidere un uomo, ma di circolare armati con l'intento di ucciderlo: e pertanto, «se s'indaga sulla causa, non sull'arma del delitto, chi se n'è servito per difendersi non è giudicato colpevole di omicidio premeditato». L'intera impostazione della *refutatio* ciceroniana si basa, dunque, sull'assunto che l'*insidiator* possa essere ucciso *iure* perché, andando in profondità, il diritto è a sua volta 'autorizzato' dalla natura, come più oltre viene rammentato ai giudici: «se però è vero che la ragione agli uomini acculturati, la necessità ai barbari, la consuetudine ai popoli civi-

⁹⁹ Cic. *div.* 2.65-67, «dopo avere descritto il *naturae ius* come quel diritto ingenerato non da *opinio*, ma da una *vis* innata, ne individuava i contenuti nella *religio*, nella *pietas*, nella *gratia*, nella *vindicatio*, nell'*observantia*. La *vindicatio* consisteva nel respingere la *vis* e la *contumelia* da sé e dai propri cari, punendo in tal modo le colpe dell'aggressore» (così S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino. Etica, natura e logica nelle Institutiones*, Napoli, 1996, p. 147 e nt. 173, che precisa altresì come i «*iura naturae* assolvevano al compito di estendere e rafforzare le norme positive» [ad *similitudinem vero reliquam aut rem amplificandam saepe sunt inferenda*]). Si è infine osservato che «il riferimento alla *vindicatio*, nell'accezione di legittima difesa, quale aspetto fondamentale del *ius naturae* non pare tuttavia affatto ambiguo o contraddittorio ... Probabilmente influenzato dalla riflessione sul rapporto fra violenza e diritto già nella cultura greca, costituiva tuttavia, nella giustificazione 'naturalistica' del diritto alla legittima difesa, un pensiero originale» (EAD., *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 148).

li, l'istinto naturale alle bestie hanno prescritto di respingere sempre e con qualsiasi mezzo la violenza dai loro corpi, dalla loro testa, dalla loro vita», la condotta di Milone non potrebbe essere reputata come criminale «senza emettere al tempo stesso il verdetto che quanti s'imbattono nei banditi debbono morire o per le loro armi o per le vostre sentenze»¹⁰⁰. È plausi-

¹⁰⁰ Cic. *Mil.* 11.30: *Haec, sicuti exposui, ita gesta sunt, iudices: insidiator superatus est, vi victa vis, vel potius oppressa virtute audacia est. Nihil dico quid res publica consecuta sit, nihil quid vos, nihil quid omnes boni: nihil sane id prosit Miloni, qui hoc fato natus est, ut ne se quidem servare potuerit, quin una rem publicam vosque servaret. Si id iure fieri non potuit, nihil habeo quod defendam. Sin hoc et ratio doctis, et necessitas barbaris, et mos gentibus, et feris etiam beluis natura ipsa praescrispsit ut omnem semper vim, quacumque ope possent, a corpore, a capite, a vita sua propulsarent, non potestis hoc facinus improbum iudicare, quin simul iudicetis omnibus, qui in latrones inciderint, aut illorum telis aut vestris sententiis esse pereundum.* Per S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 141 s., «due erano – secondo Cicerone – le emergenze politiche in grado di giustificare l'uso della violenza, dalla quale egli si dichiarava alieno anche in circostanze drammatiche per l'incolumità personale, entrambe conseguenza della dissoluzione della società dei *boni*: la tirannia e l'assenza di *ius* e *iudicia*, alla radice – ormai fin dal tribunato gracciano – di sanguinosi scontri fra 'bande rivali', nelle quali confluivano non solo cittadini eminenti, ma anche intere *familiae* servili e clientele, capeggiate da personaggi che Cicerone definiva *latrones* della *res publica*» (cfr. altresì Cic. *Mil.* 6.14: *Non enim est illa defensio contra vim umquam optanda, sed non numquam est necessaria. Nisi vero aut ille dies quo Ti. Gracchus est caesus, aut ille quo Gaius, aut quo arma Saturnini oppressa sunt, etiam si e re publica oppressa sunt, rem publicam tamen non volnerarunt; Sest. 40.86: et tu hoc loco laudas Milonem et iure laudas. quem enim umquam virum tam immortalis virtute vidimus? qui nullo praemio proposito praeter hoc, quod iam contritum et contemptum putatur, iudicium bonorum, omnia pericula, summos labores, gravissimas contentiones inimicitiasque suscepit, qui mihi unus ex omnibus civibus videtur re docuisse, non verbis, et quid oporteret a praestantibus viris in re publica fieri et quid necesse esset: oportere hominum audacium, eversorum rei publicae, sceleri legibus et iudiciis resistere; si leges non valerent, iudicia non essent, si res publica vi consensuque audacium armis oppressa teneretur, praesidio et copiis defendi vitam et libertatem necesse esse. hoc sentire prudentiae est, facere fortitudinis; et sentire vero et facere perfectae cumulataeque virtutis; 40.89: descendit ad accusandum. quis umquam tam proprie rei publicae causa, nullis inimicitis, nullis praemiis, nulla hominum postulatione aut etiam opinione id eum umquam esse facturum? fracti erant animi hominis; hoc enim accusante pristini illius sui iudici turpitudinem desperabat. ecce tibi consul, praetor, tribunus plebis nova novi generis edicta proponunt; 'ne reus adsit, ne citetur, ne quaeratur, ne mentionem omnino cuiquam iudicum aut iudiciorum facere liceat!' quid ageret vir ad virtutem,*

bile che l'impostazione ciceroniana risentisse del clima politico tardorepubblicano e dei disordini ad esso riconducibili, così da rendere «necessario fondare su basi 'ontologiche' i diritti dei singoli, calpestati non solo dalla situazione di illegalità, ma anche dalla legislazione dei 'tiranni', dei *latrones* della *res publica*»¹⁰¹: in ogni caso il nucleo di pensiero ricavabile dalla *Miloniana* circa il *vim vi repellere*, sebbene fortemente contestualizzato, avrebbe travalicato il suo orizzonte storico non solo innovando rispetto al passato – mediante l'individuazione di una giustificazione sistematizzatrice sconosciuta alla legislazione decemvirale –, ma anche aprendo la via all'elaborazione giurisprudenziale, che all'impianto concettuale dell'Arpinate avrebbe largamente attinto.

Che la liceità dell'autodifesa reattiva derivasse direttamente dalla natura viene asserito per la prima volta, in seno alla giurisprudenza, da Cassio Longino per il tramite di Ulpiano:

Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.27: *Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere.*

dignitatem, gloriam natus vi sceleratorum hominum conroborata, legibus iudiciisque sublatis? cervices tribunus plebis privato, praestantissimus vir profligatissimo homini daret? an causam susceptam adfligeret? an se domi contineret? et vinci turpe putavit et deterreri (et clam eripi: id egit) ut, quoniam sibi in illum legibus uti non liceret, illius vim neque in suo neque in rei publicae periculo pertimesceret.

¹⁰¹ S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 149, secondo cui «ammoniva infatti Cicerone che Milone, uccidendo, seconda una difesa violenta pienamente legittimata dalla *lex non scripta sed nata*, Clodio, aveva salvato, oltre a se stesso, anche lo stato»; dello stesso avviso M. VARVARO, *Legittima difesa*, cit., p. 242 s., secondo cui la forza persuasiva della *Miloniana* si sarebbe fondata su due piani difensivi ben distinti, «entrambi basati sull'idea della legittima difesa ed entrambi riconducibili alla *naturalis ratio*». In definitiva, «Milone non è colpevole, e dunque non può essere condannato, perché ha ucciso Clodio per difendere sé (difesa della persona); Milone, inoltre, non è colpevole, e va pertanto assolto, perché ha tolto la vita a Clodio per difendere tutti i *cives* e la *res publica* da un tiranno, che può essere ucciso *honeste* (difesa dello Stato)».

Inserito dai giustiniani nel titolo relativo all'*interdictum de vi et de vi armata*¹⁰², il passo rappresenta con buona probabilità il precipitato di un più ampio ragionamento condotto da Cassio Longino, dal quale più tardi Ulpiano – se non i compilatori – avrebbe desunto la *regula*, cui però sarebbero seguite le ragioni della sua limitazione attraverso la fruibilità dello strumento interdittale: d'altra parte, una volta approntato quest'ultimo, soltanto il *possessor iustus* espulso *vi aut clam* avrebbe potuto ripristinare impunemente lo stato di fatto anche mediante l'esercizio della violenza. È dunque avendo di mira l'esigenza di circoscrivere quest'ultima (o, in ogni caso, l'uso della forza) che Cassio avrebbe affermato come il *vim vi repellere licere* fosse un *ius* allestito dalla natura e che, parimenti, fosse lecito 'respingere le armi con le armi'¹⁰³, ma tale difesa si sarebbe dovuta 'pacificare' adendo ai rimedi pretorii. Scontate le censure interpolazioniste sulla genuinità del passo, tendenti – per ragioni stilistiche o per una presunta non corrispondenza contenutistica al pensiero classico – a salvare solo la parte iniziale sino a *scribit* o a 'tagliare' giustappunto il passaggio *idque-comparatur*¹⁰⁴, va osservato come, al con-

¹⁰² Va notato come l'*interdictum de vi armata* sarebbe stato introdotto – nel quadro del clima politico e normativo magistralmente descritto da L. LABRUNA, *Vim fieri veto. Alle radici di una ideologia*, Napoli, 1971, p. 3 ss. (capitolo primo: *Storia di un problema*) – poco prima della pronuncia della *pro Tullio* da parte di Cicerone, come si ricaverebbe da 20.46: *Age illud alterum interdictum consideremus, quod item nunc est constitutum propter eandem iniquitatem temporum nimiamque hominum licentiam*, ove proprio '*nunc est constitutum*' deporrebbe per la recenziarietà cui allude lo studioso partenopeo (p. 22 e nt. 46).

¹⁰³ Cfr. W. WALDSTEIN, *Vorpositive Ordnungselemente im römischen Recht*, Salzburg - München, 1967, p. 16, p. 31; J.M. GARCÍA MARÍN, *La legítima defensa hasta fines de la Edad Media. Notas para su estudio*, in *AHDE*, 1980, 50, p. 416; U. MANTHE, *Die libri ex Cassio des Iavolenus*, Berlin, 1982, p. 96 s.; A. WACKE, *Notwehr*, cit., p. 474.

¹⁰⁴ Per la ricostruzione più restrittiva v. G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR*, 1930, 10, p. 188, secondo cui la parte successiva sarebbe stata aggiunta più tardi e G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma, 1947, p. 220, nt. 5, che aveva espunto il riferimento a *natura* e tutto l'inciso «a costruzione singolarissima», pur salvando la frase successiva da *apparet a licere*; infine G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 331, riversava i propri sospetti «soltanto sull'inciso '*idque ius natura comparatur*', che è stilisticamen-

trario, la testimonianza meriti fiducia in quanto del tutto coerente con l'impostazione ciceroniana. Non va dimenticato come Cassio protraesse «una tradizione familiare che affondava le radici nella storia politica tardorepubblicana»¹⁰⁵ e che aveva fatto del diritto di opporsi alla forza con la forza non una rivendicazione sterile, ma un concreto programma operativo e un orgoglioso vessillo ideologico¹⁰⁶: «tutt'altro che oscure appaiono dunque origini e motivazioni del principio, che, assai significativamente, proprio in materia di *interdicta*, utilizzava quegli stessi strumenti teorici preposti, nell'ottica ciceroniana, alla definitiva eliminazione delle lotte intestine e delle spoliazioni violente»¹⁰⁷. In secondo luogo, la giustificazione teorica della difesa reattiva fornita dal giurista avrebbe rappresentato il fondamento per successive elaborazioni enucleatesi all'interno della scuola sabiniana, seppure con elementi di peculiare differenziazione: ne fornisce riscontro Gaio, nel suo commentario all'editto provinciale.

Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4 pr.: *Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*

I compilatori hanno inserito il lacerto nell'ampio titolo *ad legem Aquiliam*, facendolo seguire da alcuni passi – che saranno esaminati tra poco – riguardanti i furti 'speciali' originariamente disciplinati dalle XII Tavole, come a voler individuare il discrimine applicativo tra le due fonti normative: sa-

te poco raccomandabile e che inoltre riecheggia le idee apparse non classiche in D. 1.1.4».

¹⁰⁵ S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 152.

¹⁰⁶ Tra gli ascendenti del giurista vi era anche il cesaricida Cassio, la cui profonda amicizia con Cicerone era notoria nonché corroborata da un progetto comune, vale a dire «l'abbattimento dei *crudelissimi tyranni* e degli *impertunissimi latrones*» (cfr. S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 149, che trae spunto da Cic. *ad fam.* 12.12: lettera destinatagli dallo stesso Cassio il 7 maggio 43, il quale prendeva di mira Antonio e Dolabella). È invece dell'ottobre 44 la missiva dell'Arpinate all'amico, nella quale il primo si chiedeva (*ad fam.* 12.3): *quid enim est quod contra vim sine vi fieri possit?*

¹⁰⁷ S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 152.

rebbe stato certamente non perseguibile colui il quale avesse ucciso lo schiavo altrui che, impegnato a rubare (ove *latronem* allude a un'attività ben più temibile di quella del semplice *fur*¹⁰⁸), lo avesse aggredito mettendone in pericolo l'incolumità. Paiono non venire direttamente in rilievo *tab.* 8.12-13, benché sia possibile – anche in considerazione delle norme successive – che un rimaneggiamento avesse sussunto entrambe, come a lumeggiare una condotta di portata generale cui fosse sottesa una giustificazione altrettanto universale¹⁰⁹. Secondo quest'ultima, infatti, a fronte del pericolo la *naturalis ratio* avrebbe permesso l'autodifesa e correttamente nell'impiego della locuzione si è ravvisato un 'salto qualitativo' rispetto all'interpretazione cassiana, il cui riscontro è nitidamente appalesato dalla sezione centrale del celeberrimo Gai 1.1, laddove nella ragione naturale si rinviene la fonte del *ius gen-*

¹⁰⁸ «Proprio negli anni del principato antonino si assisteva a una recrudescenza del fenomeno del brigantaggio, che giungeva a costituire, in particolare nelle province, una delle maggiori insidie all'incolumità personale», motivi certamente registrati da Gaio nel suo commentario all'editto provinciale (S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 153 s. e nt. 189, con bibliografia in materia di 'Räubergeschichte'; sul problema, v. inoltre W. RIESS, *Apuleius und die Räuber. Ein Beitrag zur historischen Kriminalitätsforschung*, Stuttgart, 2001, p. 45 ss.; *The Topography of Violence in the Greco-Roman world*, edited by W. RIESS and G.G. FAGAN, Ann Arbor, 2016, p. 209 ss.; J. TATUM, *Gang Violence in the Late Roman Republic*, in *The Cambridge World History of Violence*, I. *The Prehistoric and Ancient Worlds*, edited by G.G. FAGAN, L. FIBIGER, M. HUDSON and M. TRUNDLE, Cambridge - New York, 2020, p. 400 ss.; G.G. FAGAN, *Roman Violence: Attitudes and Practice*, in *The Cambridge World History of Violence*, I, cit., p. 550 ss.

¹⁰⁹ Non considerava genuina la giustificazione offerta dalla conclusione del passo G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, cit., p. 132, nt. 1, secondo cui '*nam-defendere*' andrebbe rigettato, sulla scia delle valutazioni di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II. *Obbligazioni e azioni - diritto ereditario, donazioni*, Roma, 1928², p. 160, nt. 1 e p. 328, nt. 3, secondo cui solo in forza delle interpolazioni giustiniane dei testi che il diritto di vendetta si sarebbe mutato in diritto di difesa, e di G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR*, 1928, 8, p. 320; Id., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, Leipzig, 1931, p. 23, che eliminava l'inciso e sostituiva '*securus ero*' con '*lex Aquilia non tenebor*'. Per Lombardi, oltre ad un «arresto di pensiero estraneo alla trama del contesto», avrebbe prevalso l'inquadramento della giustificazione nell'atteggiamento postclassico e giustiniano, in connessione con gli altri passi rilevanti.

tium¹¹⁰, vale a dire dei precetti osservati *apud omnes homines*. È del tutto appropriato affermare che «la *naturalis ratio* non si identificava infatti con la *natura*, ma rinviava a figure giuridiche e modelli comportamentali recepiti dai rispettivi ordinamenti *apud omnes gentes*, costituenti appunto il *ius gentium*»¹¹¹ ed ecco che il fondamento del *vim vi repellere licet* – pur conservando la propria universalità – avrebbe assunto un taglio precisamente normativo, in linea con gli sviluppi di età postadrianea¹¹².

La giurisprudenza dei Severi avrebbe assunto due orientamenti rispetto al lascito sabiniano in argomento, il primo dei quali più conservativo facente capo a Paolo e il secondo latore di approfondimenti innovativi, i cui segni si rinvencono in Fiorentino: per iniziare dalla testimonianza più aderente all'opinione gaiana, in 10 *ad Sab.* D. 9.2.45.4 si precisa che *vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*, affermazione che traduce in termini prettamente giuridici il richiamo alla *naturalis ratio*. Pur non venendo quest'ultima menzionata *expressis verbis*, Paolo ne indica la proiezione normativa e ordinamentale, non limitandosi tuttavia al solo *ius gentium*, ma richiamando astrattamente gli *iura propria* operanti alle più diverse latitudini: che si tratti di approccio maggiormente attento ai risvolti pratici – e meno alle definizioni concettuali di carattere istituzionale – sarebbe attestato pure dalla pro-

¹¹⁰ Gai 1.1: *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius civile, quasi ius proprium ciuitatis; quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*

¹¹¹ S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 155.

¹¹² Precisa altresì S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 155, che «dalla teorizzazione cassiana, più semplicemente e immediatamente 'naturalistica', si perveniva – in Gaio – a una giustificazione della legittima difesa orientata, in modo non solo più sottile sul piano filosofico e giuridico, ma soprattutto congruente con i modelli etici e antropologici proposti dalla cultura del suo tempo, in totale consonanza con le tematiche della propaganda e gli orientamenti del potere imperiale nell'età degli Antonini».

secuzione del passo, nonostante i sospetti di alterazione del quale viene gravato¹¹³, ma sempre nel solco dell'orientamento sabiniano. Circa l'approccio adottato da Fiorentino, invece, va ricordato il seguente frammento:

Florent. 1 *inst.* D. 1.1.3: *Ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse.*

Conviene seguire sul terreno esegetico le riflessioni formulate da Serena Querzoli, secondo cui *l'incipit* riporterebbe «la conclusione di un più ampio ragionamento sulle modalità di convivenza fra gli *homines*, finalizzato a legittimare giuridicamente la risposta violenta a *vis* e *iniuria*»¹¹⁴: prima di *'ut-propulsemus'* sarebbe comparso il riferimento al *ius gentium*, o comunque una locuzione non troppo differente da quella patolina, perché – a prescindere dal connettivo *nam*, forse inserito dai compilatori per legare i due enunciati – *'iure hoc evenit'* designerebbe l'intento di trarre le fila del ragionamento. Secondo Fiorentino, dunque, «da questo diritto deriva che ciò che ciascuno abbia fatto per la protezione del proprio corpo,

¹¹³ L'inciso *'vim enim-permittunt'* non era ritenuto genuino da G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, cit., p. 230 s., sia perché, sul piano formale, la giustificazione «risulta sovrapposta, costituendo un arresto nella trama logica del contesto», tanto più che «il riconoscimento della legittimità di quanto compiuto è già implicita nell'inciso *'cum aliter teuri se non possent'*»; sia per il fatto che, sul terreno sostanziale, la giustificazione si inquadrirebbe nell'atteggiamento, postclassico e giustiniano, «di riportare al *ius gentium* e al *ius naturale* il principio per cui è lecito *vim vi defenderet*». Analogamente, sarebbero alterati per lo studioso (p. 231, nt. 2) anche Gai. D. 9.2.4 pr., Fior. D. 1.1.3 e Ulp. D. 43.16.1.27, in quanto «i classici si limitavano presumibilmente a sottolineare tale liceità – soprattutto in tema di applicazioni specifiche – senza rifarsi a superiori categorie concettuali» (p. 155 s., nt. 2).

¹¹⁴ S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 135 s. Per la palingenesi del frammento, v. L. MAGANZANI, *Florentinus. Institutionum libri XII*, Roma - Bristol, 2022, p. 109, che lo pone al termine di una sequenza in cui sarebbe preceduto da Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.4 e da Pomp. *lib. sing. ench.* D. 1.1.2: quest'ultimo esporrebbe regole applicabili al solo genere umano (devozione religiosa; obbedienza ai parenti e alla patria), analogamente alla *tutela corporis sui*.

sia considerato averlo fatto *iure*». Qualora la si reputi genuina¹¹⁵, o perlomeno tale da riflettere la concezione appalesata dal giurista severiano, è tuttavia la seconda parte del frammento a offrire un *quid novi*: si richiama, infatti, quella sorta di consanguineità (*cognitionem quandam*) istituita fra gli uomini dalla natura, in conseguenza della quale sarebbe cosa spregevole che un uomo insidi un suo simile, sicché *nefas* qualificherebbe in prima istanza la condotta di chi avesse cagionato la necessità della difesa reattiva¹¹⁶. Tuttavia, il carattere

¹¹⁵ La sezione finale del testo, '*et cum-nefas esse*', era considerata insiticia da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 62 e nt. *), in quanto «gehört nicht zur Sache» e, di conseguenza, non era a suo avviso accoglibile la riflessione formulata da S. PEROZZI, *Circa i limiti della cognizione in Roma*, in *Studi in onore di B. Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, Palermo, 1910, p. 272. Secondo quest'ultimo, «l'idea di una specie di cognazione che unisce tutti gli uomini poggia evidentemente sul concetto naturale di cognazione, come comunanza di sangue senza limite di grado; ed è da questo concetto che il giurista tra la giustificazione di un precetto giuridico che vale appunto per tutti gli uomini, cioè per cognati all'infinito»; lo studioso berlinese avrebbe rilevato che la deduzione di Perozzi «ist auch unter der (unmöglichen) Voraussetzung der Echtheit des Stückes nicht stichhaltig». Ad avviso di G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 330, il passaggio finale esprimerebbe un concetto romano, in cui «tale principio è dichiarato *iuris gentium* nel senso di una sua riscontrata rispondenza a nozioni di base, comuni e fondamentali, presso i popoli dai Romani conosciuti e con i quali avevano rapporti»; parimenti, sulla base del medesimo motivo, «essi caratterizzarono – in tal caso per delineare la sistemazione concreta tra le norme positive del loro ordinamento – essere *iuris gentium* gli istituti recepiti da tali rapporti». Dissentivano, propendendo per la classicità della giustificazione resa da Fiorentino, L. ARU, *Appunti*, cit., p. 123, nt. 1, nella misura in cui la regola generale che permette la difesa reattiva non sarebbe qualificata di 'diritto naturale', ma solo «riferita alla *natura*, vale a dire alla *naturalis ratio*, che è, come apprendiamo da Gaio (I, 1) la fonte dello *ius gentium*»; B. BIONDI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, p. 144, nt. 2, secondo cui l'elemento *natura* alluderebbe «a tale vincolo di sangue, che si può considerare come intercorrente fra tutti gli uomini»; G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 330, per cui l'attribuzione della frase ai compilatori sarebbe frutto di un «preconcetto illogico» e il fatto che si riconduca la legittimità della difesa a «un'esigenza insita nell'ordine naturale dei rapporti umani» costituisce «l'accezione filosofico-giuridica classica della *naturalis ratio*».

¹¹⁶ Per L. MAGANZANI, *Florentinus*, cit., p. 110, «l'istinto primordiale alla difesa del proprio corpo dalle insidie altrui si fonda sulla natura che, da una parte, instilla nell'uomo come negli altri esseri viventi la tendenza all'auto-

reciproco e compattante della *cognatio* avrebbe operato anche in direzione inversa, nel senso che «il diritto a salvaguardare l'incolumità personale non giungeva, in alcun modo, a giustificare azioni insidiose nei confronti di un proprio simile, giudicate addirittura contrarie al *fas*»¹¹⁷: qualsiasi condotta, tenuta dall'agredito, che fosse sfociata nella *ultio* sarebbe stata parimenti contraria alle comuni regole di convivenza tra gli uomini e la sua riprovevolezza non sarebbe sfuggita neppure alla divinità. Il distacco dalla tradizione cassiano-gaiana è pertanto tangibile, nella misura in cui quest'ultima fondava sulla *natura* e poi sulla *naturalis ratio* la validità delle sole norme finalizzate a legittimare la reazione violenta, «senza – diversamente da Fiorentino – riflettere su altri contenuti della 'razionalità' intrinseca alla natura, certamente più proficui per una pacifica convivenza all'interno dell'ecumene»¹¹⁸. In tal mo-

conservazione e quindi all'autodifesa; dall'altra, nell'uomo soltanto, crea progressivamente, sulla base della ragione, la consapevolezza dell'esistenza di una parentela naturale con i suoi simili, di qualunque condizione e stato, la quale rende *nefas* ogni attentato all'integrità fisica di ciascuno di essi». Proprio tale termine, «tipico del linguaggio giuridico-religioso romano, mostra che Fiorentino, nel proemio della sua opera didattica, riprendeva sì principi filosofici, ma non lo faceva passivamente, quanto rielaborandoli e presentandoli sotto un profilo prettamente giuridico» (p. 111).

¹¹⁷ S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 155. Si aggiunga che per M. BETTINI, *Fas*, in *Giuristi nati. Antropologia e diritto romano*, a cura di A. McClintock, Bologna, 2016, p. 17 ss., il sostantivo esiste «quasi esclusivamente per definire se una certa cosa/azione è *fas* o meno, predicando questa qualità attraverso il verbo *sum*. Questa la sua principale valenza sintattica e semantica. Più che un sostantivo, insomma, *fas* è un sigillo, un timbro, che si imprime sui comportamenti o sugli avvenimenti appellandosi ad un principio che dovremo cercare di individuare. In quanto predicato assoluto – sostantivo che definisce ciò che è *fas* e ciò che non lo è – *fas* non è quasi mai accompagnato da epiteti. Cicerone lo qualifica come *omne*, Virgilio una volta con *divinum* e un'altra con *immortale*, Plinio il Giovane una volta con *publicum*. Il fatto è che *fas* è *fas* e non ha bisogno di altre specificazioni. Infine, noteremo che l'endiadi *fas nefasque* è molto frequentemente usata per designare l'intero spettro delle azioni e dei comportamenti umani; ciò che è lecito e ciò che è illecito, anzi riprovevole: tanto da risultare un'espressione che già gli antichi sentivano come proverbiale».

¹¹⁸ S. QUERZOLI, *Il sapere di Fiorentino*, cit., p. 155 s., secondo cui «la *cognatio inter nos*, stabilita dalla *natura*, rendeva *nefas* ogni insidia reciproca fra gli esseri umani», disegnano «uno scenario universale di reciproco rispetto tra le persone, con una fortissima tensione etica, il cui amplissimo spettro

do, il giurista assicura una copertura concettuale all'interpretazione ulpiana, latamente 'garantista' nel circoscrivere drasticamente le condizioni in presenza delle quali sarebbe stato possibile *vim vi repellere*¹¹⁹: e che siffatta giustificazione teorica fosse pervenuta al termine della meditazione giurisprudenziale attesta come una serie di requisiti specifici, sconosciuta al dettato decemvirale, fosse ormai invalsa nella prassi e alla giurisprudenza severiana andasse ascritta una 'messa a punto' strutturale dell'istituto, tendente a denotarne un'embrionale autonomia.

II) *Condizioni di liceità del 'vim vi repellere'*. Nel corso dell'età classica la giurisprudenza elabora gli spunti tardorepubblicani e perviene gradualmente a limitare l'applicabilità delle norme decemvirali relative al *furtum nocturnum* e a quello commesso *luci* dal ladro *qui se telo defendit*: perché l'uccisore restasse impunito, infatti, non sarebbe più bastata il rigoroso rispetto dei requisiti originariamente previsti, in quanto ai medesimi se ne aggiunsero di nuovi, anche in conseguenza delle tensioni liminari di carattere applicativo emerse dopo l'introduzione delle citate *leges Aquilia* e *Cornelia*. I frammenti disponibili non consentono di delineare passo dopo passo il percorso seguito per pervenire alle determinazioni illustrate specialmente da Ulpiano: che l'indiscriminata liceità dell'oc-

doveva estendersi all'intera articolazione dei rapporti interumani e imporre modelli comportamentali, che certo comprendevano anche l'obbligo di lealtà e correttezza assolute nei rapporti di scambio». Scorge ora un richiamo all'οικειωσις L. MAGANZANI, *Florentinus*, cit., p. 110, per la quale il vocabolo descriverebbe «l'istinto di autoconservazione proprio di ogni essere vivente che, negli uomini, raffinato dalla ragione, crea una tensione positiva verso la piena corrispondenza del proprio vivere alla razionalità cosmica e porta con ciò a riconoscere l'eguaglianza di tutti gli uomini e l'esistenza di una parentela naturale fra loro».

¹¹⁹ Riguardo una possibile corrispondenza fra il già citato Florent. 1 *inst.* D. 1.1.3 e 9 *inst.* D. 1.5.4 (dello stesso giurista), in tema di *libertas*, cfr. L. MAGANZANI, *Florentinus*, cit., p. 174, per la quale quest'ultima «può di fatto essere limitata sia dalla violenza altrui – che può condurre fino alla riduzione in schiavitù del malcapitato –, sia dal diritto – che impone ai consociati le dovute regole di comportamento –; e tuttavia c'è una radicale differenza fra le due forme di limitazione della libertà: infatti chiunque può opporsi con violenza alla violenza e all'*iniuria*, ma nessuno può opporsi legittimamente al *ius*».

cisio conseguente alla difesa reattiva iniziasse a essere valutata con maggiore cautela è comunque provato dalle perplessità di Pomponio, in parte riecheggiate da Paolo, laddove ci si interrogava sulla persistenza delle modalità applicative di *tab.* 8.12-13 e si raccomandava – ma non s'imponeva – di consegnare l'aggressore alla pubblica autorità, qualora ciò fosse prospettabile in alternativa all'uccisione. A conclusione dell'età severiana, l'esizialità del *vim vi repellere* è reputato conforme al *ius* in subordine alla presenza di requisiti che riguardano la causa, il modo e il tempo della reazione: sicché, a questo punto dell'evoluzione storica, si possono identificare con ragionevole certezza profili che consentono di qualificare come esimenti le disposizioni in parola.

Pertiene alla 'causa' della reazione un testo in materia di danno aquiliano:

Paul. 10 *ad Sab.* D. 9.2.45.4: *Qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.*

Individuata la *ratio* dell'opinione paolina nel passaggio '*vim-permittunt*' e venendo ora alla sostanza, si afferma che sono innocenti quanti abbiano commesso un danno non potendo difendersi in altro modo: l'effetto antiggiuridico provocato dalla reazione, dunque, è scriminato se quest'ultima soddisfa il requisito della 'inevitabilità-altrimenti' (*aliter tueri se non posse*), il che presuppone sia l'attualità sia la gravità del pericolo. La seconda parte del paragrafo, esplorata anche in connessione allo studio dell'*aberratio ictus* monolesiva, viene in realtà concepita dal giurista per rafforzare l'assunto di paratenza, come si evince peraltro dalla conclusione del testo: nel caso in cui si sia scagliata una pietra contro l'aggressore in segno di reazione e si fosse colpito un passante invece dell'*adversarium*, la *lex Aquilia* – inapplicabile nel caso di base, unita-

mente alle norme decemvirali – avrebbe trovato attuazione¹²⁰. Sul piano della difesa scriminata, l'esempio serve per chiarire che il risultato è incompatibile con esiti concorrenti o alternativi in ordine ai soggetti coinvolti e alle finalità perseguite; a riprova, l'esonero da responsabilità opera soltanto qualora si sia ferito esclusivamente l'aggressore e nella misura in cui ciò sia stato fatto non per vendicarsi, ma per difendersi. Se, da una parte, l'inevitabilità-altrimenti sarebbe esclusa dalla fruibilità del *commodus discessus*¹²¹, dall'altra non viene richiesta un'analisi psicologica circa la sussistenza dell'*animus defendendi*, che dovrebbe invece dedursi dalle circostanze di fatto ed escludere la concomitante intenzione di realizzare una *ultio*: sul punto, *'etiam'* suggerisce che persino la semplice compresenza dell'intento vendicativo impedirebbe di qualificare la reazione *tuendi causa* e, quindi, eliderebbe la giuridicità degli effetti dovuti alla reazione. Nonostante il passo appaia ben lontano dal rappresentare un modello di *concinntitas* e si sia dubitato della sua genuinità, gli interventi compilato-

¹²⁰ Come ha rilevato, da ultimo, A.R. RIZZA, *La lex Aquilia. Profili evolutivi della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano*, Canterano, 2018, p. 81, potrebbe trattarsi «di un eccesso di legittima difesa o – piuttosto – di una sfumatura dell'elemento soggettivo, una sorta di 'colpa' configurabile – quasi paradossalmente – nella (non) correttezza dell'esecuzione». In precedenza A. WACKE, *Defence*, cit., p. 530, aveva fatto notare come «the injury inflicted upon the passer-by, however, must have been caused at least negligently (that is to be understood), and here (as has been mentioned) *culpa levissima* suffices for Aquilian liability (D. 9.2.44)».

¹²¹ Cfr., in proposito, I. 4.3.2: *'Iniuria' autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest*. Muovendo dalla qualificazione di antigjuridicità per la condotta dell'uccisore non conforme in alcun modo al diritto, si precisa che colui il quale abbia ucciso un *latro* (evidentemente schiavo) non sia tenuto in base alla *lex Aquilia*, se gli sia altrimenti impossibile sottrarsi al pericolo: che una qualche norma imponga la fuga per salvare i propri diritti minacciati non sembra essere corroborato dalle fonti e, anche in questo caso, *effugere* significherebbe più ampiamente 'declinare' o 'evitare', con modalità tra le quali può anche essere fruibile la fuga (cfr. V. POSITANO DE VINCENTIS, voce *Difesa legitima [cenni storici]*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 360). Piuttosto, dal passo istituzionale si trae conferma del limite rappresentato dalla 'inevitabilità-altrimenti' nel quadro della disciplina giustiniana la quale, sotto questo profilo, recepisce pacificamente le sistemazioni classiche (v. M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 589, nt. 175).

rii non ne hanno alterato la classicità, in quanto il senso resterebbe immutato sia sostituendo *culpam* con *iniuria* sia considerando glossematica la chiusa *'et hoc-factum sit'*, ove la si reputasse una spiegazione superflua.

L'aspetto inerente al momento in cui sarebbe stato lecito attivare la difesa reattiva o, per meglio dire, si sarebbe potuto affermare di avere respinto tempestivamente 'la forza con la forza', è ricavabile da

Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.3.9: *Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti.*

Il giurista si occupa ancora dell'interdetto *de vi armata* e, trattandosi della difesa di fondi, afferma che è legittimo respingere un'aggressione armata con le armi, ma ciò immediatamente e non a distanza di tempo: analogamente, è permesso non solo resistere per non essere espulsi, ma anche cacciare l'autore dell'espulsione sempre osservando le medesime condizioni di tempo. La reazione a un'aggressione si considera dunque avvenuta *iure* solo se posta in essere senza soluzione di continuità rispetto all'agire dell'aggressore sicché, scomparsa la situazione pericolosa, il comportamento violento di colui che era stato aggredito non può più esser scriminato, ma configurerà il compimento di uno o più atti violenti suscettibili di sanzione in quanto tali. Eppure, sin da Mommsen, un'ampia parte della dottrina ha ritenuto inaffidabile il testo, salvando soltanto l'affermazione iniziale¹²²: che il brano sia raf-

¹²² Non riconosceva la genuinità del paragrafo da *'sed hoc confestim'* alla sua conclusione F. KNIEP, *Vacua possessio*, Jena, 1886, p. 372, p. 432, che riteneva siffatte *'Zeitebegrenzungen'* mere aggiunte giustinianeae priva di senso, in ciò seguito da A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1, Halle, 1895², p. 97, nt. 1, secondo cui l'impossibilità di stabilire esattamente il significato dell'avverbio («sind drei Tage oder zwei Stunden nach der Dejektion noch 'sofort'?») condurrebbe a ritenere la parola un «Einschießel», soluzione sulla quale convergeva non senza rammarico persino G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 328. A suo dire, infatti, se

fazzonato è innegabile, ma il significato non stride con l'impostazione ulpiana, quantomeno alla luce del passo esaminato in precedenza. L'esigenza di una reazione immediata colima, infatti, tanto con l'inevitabilità-altrimenti' quanto con l'assenza di moventi che esulino dalla finalità difensiva, giacché il difetto di contestualità recherebbe in dote la fruibilità di mezzi pacifici ai fini della risoluzione del conflitto e legittimerebbe il sospetto per cui la (re)azione tardiva sia condotta *ulciscendi causa*. D'altra parte, se l'approccio tardo-classico si prefigge di restringere i casi in cui la materiale uccisione conseguente a una reazione difensiva sia conforme a diritto, è proprio dall'attualità o imminenza del pericolo che discende in concreto – prima ancora che concettualmente – una valutazione circa la necessaria tempestività della reazione medesima.

I requisiti inerenti alla modalità della difesa costituiscono anch'essi un'innovazione maturata in età classica, alla luce della concezione per cui nei casi previsti da *tab. 8.12-13* la morte del ladro – ai fini dell'impunità – non richiederebbe soltanto il rispetto delle prescrizioni ivi contenute, ma anche un'analisi obbiettiva circa la concreta imprescindibilità dell'evento estremo. Sia un vaglio più attento circa la sottrazione di quest'ultimo al sindacato dell'autorità imperiale sia una maggiore sensibilità per la conservazione della vita umana¹²³ inducono i giuristi a riflettere circa la proporzionalità dei mezzi di difesa all'intensità offensiva del pericolo stesso: il punto nodale è colto da

il passaggio fosse stato genuino «avremmo una sottolineazione dell'esigenza che per una reazione legittima questa deve apparire immediata, come necessità evidente di allontanare il pericolo imminente». Per la verità, non si tratta di argomentazioni insuperabili, vuoi perché l'immediatezza sarebbe apparsa implicita nella situazione ove quest'ultima avesse reso non 'evitabile altrimenti' una reazione contestuale, vuoi in quanto un eventuale sindacato giurisdizionale avrebbe esaminato il requisito in una prospettiva più ampia, vale a dire con riguardo all'attualità dell'aggressione e alla proporzionalità fra difesa e offesa: estrapolare il requisito dal suo ambito naturale, ragionando su dati speciosi o adducendo l'ineleganza del testo, tradisce la concezione dell'istituto così come riformulata *in complexu* dal giurista severiano.

¹²³ Cfr. T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002, p. 77 ss.

Ulp. 37 *ad ed.* D. 48.8.9: *Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.*

L'esonero da responsabilità di colui che uccide il ladro notturno – in assenza di indicazioni circa l'*endoploratio* la quale, a ben vedere, sarebbe dovuta operare sia se vigente *ab origine* sia nell'ipotesi di estensione in progresso di tempo anche a questa fattispecie¹²⁴ – presuppone che non fosse possibile all'agente risparmiarlo (*rectius*, catturarlo) senza correre pericolo. È plausibile ritenere che la minaccia dovesse appartenere al tipo di quelle idonee a giustificare una reazione ispirata al criterio dell'"inevitabilità-altrimenti", il che avrebbe comportato un notevole alleviamento del rigore insito nella norma decemvirale, latrice di un requisito unicamente temporale: in difetto di un pericolo attuale o imminente, al quale non sarebbe stato possibile sottrarsi, il *fur* avrebbe dovuto essere 'risparmiato' e quindi, in caso contrario, per via della sproporzione tra offesa e difesa l'efficacia scriminante non avrebbe operato e il derubato sarebbe stato responsabile dell'omicidio ai sensi delle leggi *Aquilia* e *Cornelia*. Una conferma significativa è offerta dal ritaglio del commentario editale ulpiano riportata in

Coll. 7.3.2: *Sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit non videbitur iniuria occidisse. Proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita [lex] demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. Et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu (= D. 9.2.5 pr.). 3. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur; ergo etiam lege Cornelia tenebitur (= D. 9.2.5 pr).*

Al passo si è già fatto riferimento esaminando l'orientamento di Pomponio, incline a conciliare le disposizioni decem-

¹²⁴ Per il testo di Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4.1, v. *supra*, nt. 8.

virali con la legislazione successiva, ma adesso interessa il punto di vista ulpiano, naturalmente 'filtrato' dall'anonimo compilatore postclassico: premesso che colui il quale avesse ucciso un qualunque aggressore a mano armata non avrebbe agito *contra ius*¹²⁵, si ribadisce come la regolamentazione contenuta in *tab. 8.12-13* non avrebbe subito deroghe da parte della *lex Aquilia*, in quanto il soggetto passivo che avesse soppresso il ladro in linea generale non sarebbe stato tenuto da quest'ultima. Nel caso del furto notturno, tuttavia, che doveva integrare situazioni e contesti nei quali più facilmente sarebbe potuto mancare il pericolo attuale e irreparabile¹²⁶, si

¹²⁵ Va ricordato come in epoca tardo-imperiale la tutela dell'ordine pubblico avesse sollecitato ripetuti interventi imperiali, che dichiaravano lecite uccisioni susseguenti a difesa reattiva esercitata per fronteggiare un pericolo attuale, con particolare riguardo a ladri e rapinatori; taluni provvedimenti giungono a evocare una *publica ultio* «ed è chiaro che, in tale uso e dato il contesto, *ultio* deve, genericamente, intendersi come allusivo all'esercizio, da parte della collettività, della legittima difesa» (così G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 325). Tra le costituzioni rilevanti, vanno menzionate in specie C. 9.16.2 (*Imp. Gordianus*, a. 243): *Is, qui adgressorem vel quemcunque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet*; C. 9.16.13 (*Imp. Gallienus*, a. 265): *Si, ut adlegas, latrocinantem peremisti, dubium non est eum, qui inferendae caedis voluntate praecesserat, iure caesum videri*; C. 3.27.1 (*Imp. Valentinianus, Theodosius, Arcadius*, a. 391): *Liberam resistendi cunctis tribuimus facultatem, ut quicumque militum vel privatorum ad agros nocturnus populator intraverit aut itinera frequentata insidiis adgressionis obsederit, permessa cuicumque licentia digno ilico supplicio subiugetur ac mortem quam minabatur excipiat et id quod intendebat incurrat. Melius enim est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare*; C. 3.27.2 (*Imp. Arcadius, Honorius, Theodosius*, a. 493): *Opprimendorum desertorum facultatem provincialibus iure permittimus. Qui si resistere ausi fuerint, in his velox ubicumque iubemus esse supplicium. Cuncti etenim adversus latrones publicos desertoresque militiae ius sibi sciant pro quiete communi exercendae publicae ultionis indultu*.

¹²⁶ Per U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 91, nt. 38, tuttavia, si sarebbe trattato di una lacuna da colmare: si nota, infatti, «daß im § 3 der *Collatio* 7,3 der Tagdieb übergangen wird, obwohl sich die Fragestellung des § 2 sowohl auf den *fur diurnus* wie auch auf den *fur nocturnus* erstreckt». D'altra parte, tuttavia, nella prima frase '*petentem*' farebbe espresso riferimento a un'aggressione in atto, corroborando la sostanziale affidabilità del testo laddove pone in risalto il problema relativo all'individuazione della norma applicabile per l'eventualità di minaccia non ancora concretizzata (v. A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*, Padova, 2008², p. 163).

precisa che, quando il ladro sarebbe potuto essere arrestato e invece si fosse preferito ucciderlo, prevale l'opinione – *magis est*, forse a fronte del meno radicale ma minoritario approccio pomponiano, ereditato da Paolo – secondo cui ciò non sarebbe stato conforme al diritto: quindi, all'autore si sarebbe ascritta una responsabilità non solo aquiliana, ma anche nascente dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficis*. Nonostante si sia imputata la chiosa a «tendenze nuove» di cui la *Collatio* sarebbe portavoce o, perlomeno, rifletterebbe¹²⁷, la chiosa pare perfettamente armonica con il passo precedente, col solo dubbio inerente all'«Anwendungsbereich», in quanto è possibile che alla fine del IV secolo d.C. esso (fatto salvo l'errore del compilatore nel riferire l'*opinio* ulpiano) sia stato circoscritto al solo furto notturno. Del medesimo testo, riversato nella raccolta postclassica, avrebbero dato conto i giustinianeï:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.5 pr.: *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur.*

Non è detto si tratti della versione più fedele all'originale perché, a ben vedere, il testo si limita a mutuare dalla *Collatio* il passaggio di apertura (*sed-occidisse*) e la parte finale (*et si-tenebitur*), omettendo il richiamo esplicito alle XII Tavole e il punto di vista di Pomponio: aspetto, quest'ultimo, poco con-

¹²⁷ Cfr. G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 323, che, tuttavia, colloca molto avanti nel tempo le «tendenze nuove», fatte presente – a suo dire – dalla *Collatio* e accolte poi dal Digesto, giacché «la preminenza, evidente, della tutela pubblica e della perseguibilità pubblica del delinquente quadra con i principi dell'età più avanzata, di fronte a quelli, risalenti, dell'autotutela privata»: il che non implica, tuttavia, che tali esigenze non fossero già perfettamente avvertite in età classica, come attesta la giurisprudenza (salvo ritenere interpolati tutti i passi alla medesima riconducibili, senza che sia perspicua la ragione in base alla quale i compilatori si sarebbero convinti ad effettuare emendazioni tanto gravose e sistematiche).

forme al ‘Gedankengang’ prevalente nel giurista severiano¹²⁸. Soprattutto, però, si riscontra una palese difformità ove ‘*et si quis noctu furem occiderit*’ diviene ‘*et si metu quis mortis furem occiderit*’, essendo una delimitazione temporale sostituita da un elemento soggettivo¹²⁹: la sostituzione operata senza

¹²⁸ Sul punto, basti in questa sede rinviare alla mirabile analisi condotta da A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Nuova edizione, Torino, 2017, p. 377 ss., in specie p. 383 e p. 398 (in cui si definisce quella ulpiana «scrittura della sistemazione»). In tema di *vim vi repellere licet*, rileva in modo esemplare Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.12.1: *Quaeri poterit, an etiam ei qui vim fecerat passo vim restitui praetor velit per hoc edictum ea quae alienavit. et Pomponius scribit libro vicensimo octavo non oportere ei praetorem opem ferre: nam cum liceat, inquit, vim vi repellere, quod fecit passus est. quare si metu te coegerit sibi promittere, mox ego eum coegero metu te accepto liberare, nihil esse quod ei restituatur*, nel quale si riporta la valutazione di Pomponio, desunta dal suo ventottesimo commentario editale, che mette in esatta correlazione *metus* (inteso come minaccia inquadrabile nei vizi della volontà) e violenza esercitata ‘reattivamente’ subito dopo averla subito in ordine alla validità di una *stipulatio*.

¹²⁹ Avevano accreditato la restituzione compilatoria, ipotizzando un errore del copista nella *Collatio*, A. BERGER, *Dig. IX 2, 4 § 1*, cit., p. 392 s. e A. WATSON, *Two Studies*, cit., p. 220, il quale oblitera il fatto che la simmetria tra furto diurno e notturno sarebbe eliminata, né il fatto che «in practice there would be greater indulgence for one who killed a thief at night» sembra compatibile con la visione più restrittiva del giurista severiano (adesivamente, seppure senza esplicazione, O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, p. 522, nt. 7); di opposto avviso A. PERNICE, *Labeo*², II.1, cit., p. 81; H. NIEDERMEYER, *Voriustinianische Glossen und Interpolationen und Textüberlieferung*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano (Roma, 1 aprile 1933)*, I, Pavia, 1934, p. 372; L. ARU, *Appunti*, cit., p. 133; F. WIEACKER, *Endoplorare*, cit., p. 140 s.; M. KASER, *Eigentum*², cit., p. 38 s.; S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, I, cit., p. 402 e nt. 6; V. ARANGIO RUIZ, *I passi di Ulpiano 18 ad edictum*, cit., p. 12; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., p. 267 s.; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., p. 92, secondo cui, in conseguenza della sostituzione, i giustinianeî avrebbero eliminato la *dubitatio* di Pomponio «als überflüssig» (giacché la portata onnicomprensiva del *metus mortis* avrebbe posto fuori campo *tab. 8.12-13*, condannando all’irrelevanza le norme decemvirali); M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, cit., p. 587 s. e nt. 170, peraltro critica nei confronti di M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München, 1975², p. 64, nt. 8, che dubitava l’espressione dovesse ricollegarsi alla legittima difesa piuttosto che allo stato di necessità. Va detto che, qualora le condizioni di liceità della difesa reattiva valorizzino effettivamente le menzionate riflessioni tardorepubblicane, allora potrebbe costituire un indizio dell’estraneità del *metus mortis* all’impostazione classica Cic. *Tull. 24.56: Verum ut hoc tibi credam, metuisse te ne oppugnarere, quis hoc statuit umquam, aut cui concedi*

dubbio dai compilatori svisa il significato originario della norma perché, sebbene il timore della morte si attagli meglio a circostanze notturne, nulla esclude che in forza della sua genericità possa applicarsi anche al furto commesso di giorno. Favorevole a ravvisare un obbligo di proporzionalità tra offesa e difesa, sicché l'uccisore del ladro 'catturabile' non sarebbe esente da responsabilità, il punto di vista ulpiano viene edulcorato o, comunque, entra in rotta di collisione con l'inasprimento insito nel carattere normativamente indefinibile e oggettivamente inverificabile del *metus mortis*¹³⁰.

III) *Ampliamenti oggettivi e soggettivi dell'ambito applicativo*. Che il '*vim vi repellere*' fosse lecito nel caso di una *iniusta adgressio* recata al corpo e tale da mettere in pericolo la vita, costituendo innanzitutto quest'ultima il bene protetto, emerge già da *tab. 8.13*, con riguardo alla circostanza nella quale

sine summo omnium periculo potest, ut eum iure potuerit occidere a quo metuisse se dicat ne ipse posterius occideretur? Si desume dalle parole di Cicerone che la controparte avesse giustificato il comportamento omicida della *familia* di Fabio adducendo il timore di un attacco da parte dei *servi* di Tullio, avevano così agito: per l'Arpinate è da escludersi la legittimità dell'uccisione, non essendo configurabile l'agire degli assassini come una reazione, dal momento che il mero timore di un male non sarebbe potuto valere in funzione scriminante. Egli insiste, altresì, sull'inesistenza di una norma che permetta di uccidere uomini per il solo timore di un loro futuro attacco e denuncia, per assurdo, le terribili conseguenze che l'emanazione di una simile disposizione avrebbe comportato per la vita della comunità: tutti i consociati, a suo dire, sarebbero stati esposti a un gravissimo pericolo, potendo essere uccisi *iure* esclusivamente sulla base del timore di una loro futura aggressione. A prescindere dalla consistenza o meno di provocazioni da parte degli schiavi di Tullio, su cui cfr. P. ZILLOTTO, *Dolo e iniuria*, cit., p. 113 s., che le ritiene verosimili, Cicerone ha buon gioco nel respingere il tentativo di Quinzio puntualizzando che il *metus* non avrebbe rappresentato un'esimente (p. 114, nt. 51): questa concezione sarebbe stata mutuata dai giuristi in età classica, i quali – salvo che nel il passo analizzato nel testo – avrebbero optato per condizioni di liceità strettamente 'soggettive'.

¹³⁰ Per G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 323, tuttavia, «in realtà l'obbligo di cattura del ladro non è coerente con la determinazione, positiva o negativa, degli estremi per una legittima difesa»; inoltre, «il periodo '*sin autem rell.*' sposta su un terreno diverso la problematica e le relative soluzioni, perché il *posse se tueri* non ha nulla a che fare con l'obbligo della cattura, come nulla a che fare la legittimità – o meno – della legittima difesa con la postulazione di tale obbligo».

il ladro diurno si fosse difeso dal tentativo di cattura *cum telo*; contestualmente, tuttavia, dalla regolamentazione del *furtum nocturnum* si è desunta la legittimità della reazione difensiva di beni patrimoniali, sottintendendo *tab. 8.12* la violazione di domicilio, vale a dire dell'abitazione e/o del fondo. Si è considerata ovvia tale estensione, «perché l'attacco a cose o beni è pur sempre concepibile come aggressione alla sfera giuridica individuale»¹³¹ e la conseguente reazione andrebbe pertanto ricondotta all'«ambito nozionale tipico»¹³², sull'assunto che il patrimonio costituisse una proiezione materiale del corpo medesimo e fosse funzionale alla preservazione della vita. Il ragionamento rileva appieno quando la difesa attenga alla proprietà, ma risulta fruibile anche avendo riguardo alle situazioni possessorie, come si è riscontrato esaminando testimonianze in materia interdittale, alla luce di una visione coerente anche su terreno normativo: è acclarato, infatti, che tanto la giurisprudenza classica quanto la legislazione imperiale abbiano accolto questa interpretazione, infine registrata pacificamente anche dai compilatori giustiniani. Se ne ha traccia anche in

C. 8.4.1 (*Impp. Diocletianus et Maximianus*, a. 290): *Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet.*

Il *possessor iustus* è correttamente autorizzato, quando sia attaccato con la forza, a respingerla per difendere la situazione di fatto, purché la reazione permanga entro il limite della tutela incolpevole: già Mommsen, tuttavia, aveva notato come '*inculpatae tutelae moderatio*' fosse «nicht technisch»¹³³, nel senso che dell'espressione non si ha traccia nella giurisprudenza e tanto *moderatio* (o *moderamen*) quanto *inculpata tutela* compaiono quasi soltanto nelle costituzioni imperia-

¹³¹ G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 327.

¹³² G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 327.

¹³³ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 620, nt. 3.

li¹³⁴. Al contrario, sarebbe insospettabile il richiamo alla liceità della difesa reattiva, con cui la cancelleria diocleziana non farebbe altro che ribadire un principio, assunto come tale e in riferimento alla protezione di beni immobili, senz'altro classico¹³⁵: il problema emergente dal rescritto attiene, invece, al limite indicato attraverso una 'Bezeichnung' riecheggiante «forme linguistiche giustinianee in tema di equilibrio tra situazioni collimanti»¹³⁶. In ogni caso, sebbene non vi siano elementi idonei ad accreditare la genuinità dell'espressione, si deve ritenere classico l'assunto di fondo, vale a dire che la difesa reattiva si sarebbe attuata lecitamente solo rispettando i limiti evidenziati dalla giurisprudenza. Che, pertanto, fosse stato lo stesso Diocleziano a menzionare la '*inculpatae tutelae moderatio*' non può essere escluso a priori, nella misura in cui avrebbe semplicemente riassunto terminologicamente il risultato della disciplina maturata in età classica: se, tuttavia l'inciso fosse di matrice compilatoria, si sarebbe trattato di vivificare un'impostazione giurisprudenziale accolta dalla legislazione imperiale e condivisa dai giustiniane, ma non certo ascrivibile a una loro autonoma creazione. Qualora di inter-

¹³⁴ È sufficiente consultare, anche sommariamente, H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1958¹⁰, p. 347, alle voci '*moderatio*' e '*moderamen*', per rilevare come le occorrenze siano soprattutto postclassiche: nel primo caso riscontrabili in CTh. 6.30.24, 8.18.3 e 9.21.8, mentre nel secondo in CTh. 1.28.4, 11.30.64 (cui aggiungasi C. 6.22.8 pr.). Per gli autori, sarebbero interpolati tanto Ulp. 1 *off. cons.* D. 2.12.7 ('*secundum moderamen locorum*') quanto Marcell. 4 *dig.* D. 8.2.10 i.f. ('*in usus diurni moderatione*'), mentre riconoscevano come genuino solo Paul. *lib. sing. port. quae lib. damn. conc.* D. 48.20.7 pr. ('*cum aliqua moderatione definiri*').

¹³⁵ Di opposto avviso S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in ZSS, 1913, 34, p. 230, il quale considerava *recte* «una qualificazione aggiunta dai Compilatori, che soppressero nel testo la clausola edittale '*nec vi nec clam nec precario ab altero*', e mutarono profondamente il rescritto, ingiungendo al possessore di esercitare la privata difesa: *inculpatae tutelae moderatione*».

¹³⁶ Così G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 327, sulla scia di L. ARU, *Appunti*, cit., p. 213, secondo cui «il diritto giustiniano, influenzato soprattutto dalle idee cristiane di amore verso il prossimo, portò restrizioni anche in questo campo ed ammise la possibilità di difendere i propri beni *inculpatae tutela moderatione*, intendendo con questa frase che la difesa privata dovesse essere contenuta in limiti moderati, poiché in caso contrario si considerava che essa avesse sconfinato nella vendetta».

polazione si tratti, essa consentirebbe mediatamente di concludere che nel periodo epiclassico le (più rigorose) condizioni di liceità della difesa reattiva – riflettendo elaborazioni precedenti – erano da tempo invalse nella prassi, così come attestato in specie da Ulpiano: Giustiniano avrebbe così fondato la regolamentazione vigente alla sua epoca su una tradizione di lungo periodo, come a rimarcare che la restrizione dell'autogiustizia (cui corrispondeva l'avocazione alla giurisdizione statale della repressione di qualsiasi forma di violenza) non costituiva un arbitrario atto d'imperio, ma vantava radici lontane in relazione a ciascuna categoria di bene protetto.

Un terzo ambito di liceità della difesa reattiva, direttamente funzionale alla protezione del corpo e della vita, include l'attentato al pudore e il tentativo di stupro, alla luce di agganci testuali ascrivibili all'età tardorepubblicana: il fatto che la più risalente attestazione in materia sia fornita da Cicerone potrebbe corroborare l'ipotesi secondo cui la morale e l'onore sarebbero assurti a bene protetto soltanto in progresso di tempo, trattandosi pur sempre di proteggere il corpo e la vita.

Cic. Mil. 4.9: Pudicitiam cum eriperet militi tribunus militaris in exercitu C. Mari, propinquus eius imperatoris, interfectus ab eo est, cui vim adferebat. Facere enim probus adulescens periculose quam perpeti turpiter maluit. Atque hunc ille summus vir scelere solutum periculo liberavit.

Gaio Lusio, tribuno militare dell'esercito di Mario nonché parente del generale, fu ucciso da un soldato di incerta identità mentre tentava di violentare quest'ultimo: il 'giovane virtuoso' preferì compiere un'azione per lui gravida di rischi piuttosto che tollerare tale vergogna e Mario (*ille summus vir*) lo assolse liberandolo dal rischio di una punizione¹³⁷. È difficile

¹³⁷ L'episodio offrì argomenti molto utilizzati dalle scuole di retorica e il comportamento del soldato venne portato a modello di *pudicitia*, come ricavabile da Cic. *inv.* 2.124: *Tum relatio criminis, ut in eo milite, qui, cum communis lex omnium hominem occidere vetaret, tribunum militum [suum], qui vim sibi afferre conaretur, occidit; tum remotio criminis, ut in eo, qui, cum lex, quibus diebus in legationem proficisceretur, praestituerat, quia sumptum quaestor non dedit, profectus non est; tum concessio per purgationem et per inpru-*

dire se la decisione dell'*imperator* costituisse un *novum exemplum* o rispecchiasse una prassi, anche perché le fonti – in ogni caso dipendenti da quella ciceroniana – tendono a rimarcare il valore morale degli specifici comportamenti: ciononostante, l'Arpinate ha appena affermato come in alcuni casi fosse non soltanto giusto ma anche necessario attivare la difesa reattiva *usque ad extremum exitum*, del quale l'autore non potrebbe essere ritenuto responsabile. Il *dies ad quem* potrebbe essere desunto dal seguente passo:

Marcian. 14 *inst.* D. 48.8.1.4: *Item divus Hadrianus rescripsit eum, qui stuprum sibi vel suis per vim inferentem occidit, dimittendum.*

Sembra infatti che solamente al tempo di Adriano fosse stato emanato un rescritto in cui veniva parificato, per quan-

*dentiam, ut in vituli immolatione, et per vim, ut in nave rostrata, et per casum, ut in Eurotae magnitudine. Quare aut ita sententia inducetur, ut unum quiddam voluisse scriptor demonstratur, aut sic, ut in eiusmodi re et tempore hoc voluisse doceatur; Quint. inst., or. 3.11.14: Vel in causa militis Arrunti, qui Lusium tribunum vim sibi inferentem interfecit, quaestio an iure fecerit, ratio quod is vim adferbat, iudicatio an indemnatum, an tribunum a milite occidi oportuerit; Val. Max. 6.1.12: Hoc movit C. Marium imperatorem tum, cum C. Lusium sororis suae filium, tribunum militum, a C. Plotio manipulari milite iure caesum pronuntiavit, quia eum de stupro compellare ausus fuerat; Schol. Bob. Mil. 9: Pertinenter et cito a genere ad speciem prolapsus. At hoc iam confirmatur alio exemplo et iudicato insidiatore P. Clodium interfici a Milone potuisse, quando etiam miles in exercitu C. Mari de tribuni sui interemptione confessus imperatoris ipsius iudicio liberatus sit. Fuit autem C. Lusius tribunus militum, sororis filius C. Mari, qui bello Cimbrico P. Trebonium sive Arruntium, militem suum, liberali facie praeditum cum partim minando partim praemio offerendo ad consensum stupri non potuisset inlicere, nocte intempesta pro potestate vocari eundem iussit (cfr., nel complesso, C.A. WILLIAMS, *Roman Homosexuality. Ideologies of Masculinity in Classical Antiquity*, Oxford, 1999, p. 110 s.; C. SCHNEIDER, *Littérature et propagande au IVe siècle de notre ère dans le recueil des grandes déclamations pseudo-quintiliennes: l'exemple du miles marianus [ps-quint., Decl. Mai. III]*, in *Letteratura e propaganda nell'Occidente latino da Augusto ai regni romanobarbarici. Atti del Convegno internazionale [Arcavacata di Rende, 25-26 maggio 1998]*, a cura di F.E. CONSOLINO, Roma, 2000, p. 45 ss.; G. BRESCIA, *Il miles alla sbarra. [Quintiliano] Declamazioni maggiori*, III, Bari, 2004, p. 199 ss.; N. BERNSTEIN, *Ethics, Identity, and Community in Later Roman Declamation*, Oxford, 2013, p. 21 ss.; M. VARVARO, *Legittima difesa*, cit., p. 228 e ntt. 70-71).*

to riguardava la possibile e giustificata ampiezza della difesa, l'attentato contro la vita a quello contro il pudore e gli atti violenti di stupro: il giurista precisa come sia stato proprio quell'imperatore a prevedere l'equiparazione e ciò fa presumere che sino a quel momento sussistessero dubbi in proposito, ritenendosi giustificata l'uccisione di un uomo o dei suoi familiari – a seguito di difesa reattiva – esclusivamente nel caso in cui il bene posto in pericolo fosse la vita. Che la materia fosse stata oggetto di interventi imperiali è attestato indirettamente anche da

Paul. Sent. 5.23.8: *Qui latronem caedem sibi inferentem vel alias quemlibet stupro occiderit, puniri non placuit: alius enim vitam, alius pudorem publico facinore defenderunt.*

Per quanto la fonte sia di dubbia classicità, sembra attendibile attribuire a Paolo l'equiparazione in parola, laddove *placuit* evoca interventi imperiali, del tipo di quello adrianeo: tanto chi avesse ucciso il ladro nel corso di un'aggressione, quanto chi lo avesse fatto per respingere un tentativo di stupro non sarebbe stato punito, l'uno avendo difeso la vita e l'altro il pudore, vale a dire beni di massima (e pari) rilevanza, al punto che la lesione dei medesimi avrebbe costituito un *publicum facinus*¹³⁸.

Transitando ora agli ampliamenti di natura soggettiva, si è osservato poco sopra – nel passo di Marciano – che è lecito reagire anche in difesa dei *sui*, ovvero dei propri congiunti, ma tale principio dovette essere pacificamente accettato sul piano generale anche prima del rescritto adrianeo, la cui rilevanza innovativa va quindi delimitata alla violenza carnale. Col suo intervento, il principe avrebbe fugato le incertezze in ordi-

¹³⁸ G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 324. Va notato che nel concetto di *homo* ucciso all'esito della difesa reattiva andrebbe ricompreso, ai fini dell'applicazione della *lex Cornelia*, anche lo schiavo, come precisato da M. MIGLIETTA, *Servus dolo occisus. Contributo allo studio del concorso tra actio legis Aquiliae e iudicium ex lege Cornelia de sicariis*, Napoli, 2001, p. 40 s. e nt. 92, nonché ora da I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017, p. 294 e nt. 328.

ne alla punibilità di chi avesse ucciso l'autore dello *stuprum*, stabilendo che dovesse essere liberato senza processo; l'*occasio legis*, inoltre, gli avrebbe consentito di precisare come alla difesa di sé andasse equiparata quella dei propri familiari.

Le fonti inoltre testimoniano come, in caso di reazione difensiva a un'offesa ingiusta, fosse possibile valersi anche dell'ausilio di terzi, essendo determinate categorie di persone propriamente obbligate a fornire tale cooperazione: gli schiavi e i soldati avevano infatti, non solo la facoltà, ma il preciso dovere di difendere i loro padroni ed i loro capi, come emerge da passi che seguono in tema di soccorso necessario.

Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.5.1.18: *Quod si quis puta veneno vel etiam quo alio quod clam necare soleat interemptus sit, ad hoc senatus consultum vindicta mortis eius non pertinebit: hoc idcirco, quia totiens puniendi sunt servi, quia auxilium domino non tulerunt, quotiens potuerunt ei adversus vim opem ferre et non tulerunt: ceterum quid potuerunt facere adversus eos, qui veneno vel quo alio more insidiantur?*

Dal testo ulpiano emerge la regola, data dal senatoconsulto Silariano, secondo cui devono essere puniti i servi che, trovandosi in casa al momento dell'aggressione mortale nei confronti del loro padrone, non siano intervenuti in sua difesa¹³⁹.

¹³⁹ Sulla responsabilità degli schiavi per non aver salvato la vita del loro *dominus*, v. anche Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.5.1.27: *'Eodem' autem 'tecto' qualiter accipiat, videamus, utrum intra eosdem parietes an et ultra intra eandem diaetam vel cubiculum vel eandem domum vel eosdem hortos vel totam villam. Et ait Sextus sic esse saepe iudicatum, ut quicumque eo loci fuerunt, unde vocem exaudire potuerunt, hi puniantur, quasi sub eodem tecto fuerunt, licet alii validioris vocis, alii exiguioris sunt nec omnes undique exaudiri possunt; 50 ad ed.* D. 29.5.1.30: *Si quis in villa agens occisus sit, plus quam iniquum est, si forte diffusa late praedia habeat, de omnibus qui in ea regione fuerint servis et quaestionem haberi et supplicium sumi: sufficit ergo eos, qui cum ipso qui occisus dicitur fuerunt et qui suspicione caedis aut conscientia attingi videbuntur, de his quaestionem haberi.* Dalla lettura di quest'ultimo passo si evince come dovessero essere sottoposti a tortura gli schiavi che non fossero intervenuti per scongiurare la morte del proprio *dominus*, sebbene si tratti dei soli servi che si dice fossero stati con il padrone deceduto ovvero nei cui riguardi vi fosse il sospetto o la certezza nei confronti dell'uccisione (in argomento, cfr. U. ZILLETI, *In tema di servitus poenae* [Note di diritto penale tardoclas-

Tuttavia è precisato dal giurista che non doveva essere inferto alcun castigo agli schiavi che non fossero accorsi in aiuto del *dominus* nel caso in cui questi fosse stato ucciso con il veleno o altro mezzo clandestino, non potendo in ogni caso adoperarsi per evitarne la morte¹⁴⁰. Come è confermato definitivamente nel passo successivo a quello appena visto¹⁴¹, perché sorga in capo ai servi il dovere di intervenire – sanzionato con la conseguente, atroce punizione qualora non si fossero attivati – è necessario che potessero accorgersi dell'aggressione violenta di cui è vittima il padrone; diversamente, l'omissione della difesa non potrebbe essere loro ascritta e non dovranno, dunque, esser sottoposti alle disposizioni del senatoconsulto. Un altro passo del giurista severiano prevede che, quando un servo abbia compiuto un atto normalmente illecito per proteggere il padrone, sia sancita la concessione di un'*exceptio*, volta a paralizzare la pretesa dell'agente.

Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17.8: *Plane si defendendi domini gratia aliquid fecerit, rationem ei constare apparet, inque eam rem adversus agentem exceptio obicienda erit.*

sico], in *SDHI*, 1968, 34, p. 63, nt. 94; A. LAINGUI, *La théorie de la complicité*, in *TR*, 1977, 45, p. 31 e nt. 11; O. ROBINSON, *Slaves and the Criminal Law*, in *ZSS*, 1981, 48, p. 234 s.; D. DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, Milano, 1994, p. 126 s.; D.V. PIACENTE, *Lo schiavo nella disciplina del senatoconsulto Siliano*, Bari, 2018, p. 56 s.). Nel primo frammento riportato, invece, a essere puniti sarebbero stati tutti gli schiavi che, sebbene non si trovassero in 'eodem tecto' avrebbero comunque potuto udire la voce del padrone che chiedeva aiuto (v. D. DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, cit., p. 93; F. REDUZZI, *A propósito del senatoconsulto Siliano y del asesinato de Pedanio Secundus*, in *Poder y heterodoxia en el mundo greco-romano. Estudios en homenaje a la profesora M.J. Hidalgo de la Vega*, editores/as DIONISIO PÉREZ SÁNCHEZ, M.J. RODRÍGUEZ GERVÁS, J. RAMÓN CARBÓ GARCÍA, I. PÉREZ MIRANDA, Salamanca, 2017, p. 88; D.V. PIACENTE, *Lo schiavo*, cit., p. 64 s., e, in particolare, p. 70 ss.; P. LAMBRINI, *L'efficacia dei senatoconsulti nel pensiero della prima giurisprudenza classica*, Napoli, 2020, p. 12 s.).

¹⁴⁰ Sul punto, cfr. D. DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, cit., p. 84 s. e p. 137; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017, p. 216; D.V. PIACENTE, *Lo schiavo*, cit., p. 83, p. 108 e p. 122.

¹⁴¹ Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.5.1.19: *Plane si venenum per vim infusum sit, senatus consultum locum habet.*

La possibilità della concessione di un'*exceptio* fa ipotizzare che l'uccisione perpetrata dal servo in difesa del padrone potesse considerarsi lecita, sicché il paragrafo testimonierebbe l'esenzione da responsabilità «per lo schiavo che abbia agito *defendendi domini gratia*»¹⁴². La liceità della difesa reattiva sarebbe giustificata innanzitutto dalla considerazione secondo cui il servo fungerebbe da 'arto' del padrone e non potrebbe pertanto essere assoggettato alla *lex Cornelia* (alla luce del § 7, subito precedente: *ceterum et si occiderit iussu domini, Cornelia eum eximemus*); in secondo luogo perché, come si è anticipato, qualora il servo – consapevole di un'aggressione al proprio padrone nella casa – non fosse intervenuto, sarebbe incorso nelle sanzioni previste dal *senatus consultum Silanianum* e dunque sarebbe stato, tra atroci torture e supplizi, comunque ucciso. Attivandosi a protezione del proprio *dominus*, quindi, il servo avrebbe provveduto sia alla tutela di questi, sia a quella della propria persona, dal momento che, qualora fosse rimasto inerte e il padrone avesse trovato la morte durante l'aggressione, sarebbe stato legittimamente ucciso¹⁴³.

Anche i militari erano tenuti a difendere il loro comandante in ogni modo possibile.

Menen. 3 *re milit.* D. 49.16.6.8: *Qui praepositum suum non protexit, cum posset, in pari causa factori habendus est: si resistere non potuit, parcendum ei.*

Dal passo emerge che qualora i soldati non avessero adempiuto a questo dovere di protezione, per quanto fosse loro possibile, sarebbero stati oggetto del medesimo trattamento riservato all'autore dell'aggressione; se, invece, si fossero battu-

¹⁴² G. LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., 328; S. FUSCO, *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*, Roma, 2020, 223.

¹⁴³ Sul punto, v. J.M. GARCÍA MARÍN, *La legittima difesa*, cit., p. 416; O. ROBINSON, *Slaves and the Criminal Law*, cit., p. 234; A. WACKE, *Notwehr*, cit., p. 488; S. FUSCO, *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*, cit., p. 226.

ti senza però riuscire a resistere all'attacco, sarebbero stati in ogni caso risparmiati¹⁴⁴.

Menen. 3 *re milit.* D. 49.16.6.9: *Sed et in eos, qui praefectum centuriae a latronibus circumventum deseruerunt, animadverti placuit.*

I compilatori riportano ancora l'opinione di Menenio il quale, in quest'occasione, sostiene come apparisse conforme al diritto punire quei soldati che avessero abbandonato il comandante della centuria, accerchiato da briganti; così facendo, infatti, avrebbero violato il loro dovere di difesa: se ne può desumere che un'eventuale uccisione posta in essere da subordinati allo scopo di tutelare la vita e l'integrità fisica del proprio capo, fosse giustificata – sebbene indirettamente, in assenza di fonti da cui desumere in modo esplicito l'impunità del soldato per l'uccisione dell'aggressore – dalla legge¹⁴⁵.

6. Conclusioni

Una concettualizzazione esauriente della difesa reattiva può essere correttamente ascritta solo alla tradizione romanistica la quale, attraverso gli apporti di Decretalisti¹⁴⁶ e Commentatori¹⁴⁷ prima, nonché di Giusnaturalisti e Pandettisti

¹⁴⁴ In generale, sul passo, v. J.M. GARCÍA MARÍN, *La legítima defesa*, cit., p. 416; A. WACKE, *Notwehr*, cit., p. 488; G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet*, cit., p. 216; quanto, invece, al mancato assolvimento del dovere di protezione e alla *poena capitis* che ne sarebbe conseguita per lo schiavo trasgressore, cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro e la letteratura de re militari*, in *Labeo*, 1974, 26, p. 45; A. LAINGUI, *La théorie de la complicité*, cit., p. 31 s. e nt. 11.

¹⁴⁵ Sul frammento, v. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 45; A. LAINGUI, *La théorie de la complicité*, cit., p. 31 s. e nt. 11; A. WACKE, *Notwehr*, cit., p. 488.

¹⁴⁶ DECRETALIUM GREGORII PAPAE IX COMPILATIONIS, lib. V, tit. XII, *'De homicidio voluntario vel casuali'*, cap. XVIII: *Quamvis vim vi repellere omnes leges et omnia iura permittant; quia tamen id debet fieri cum moderamine inculpatae tutelae, non ad sumendam vindictam, sed ad iniuriam propulsandam.*

¹⁴⁷ Bartolo e Baldo individuarono tre condizioni restrittive, in ordine a *causa, tempus, modus*: alla luce della prima, la reazione avrebbe dovuto es-

poi, ha utilizzato gli elementi offerti dalle antiche fonti legislative e giurisprudenziali per dare forma teorica all'esimente della legittima difesa, sì da inquadrarla dogmaticamente all'interno (e secondo i canoni) della scienza penalistica moderna. Non è questa la *sedes materiae* per una 'storia universale' della legittima difesa, in cui trovi applicazione un approccio evoluzionistico, per effetto del quale i lasciti del diritto romano debbano essere ridotti a 'fondamenti' nella prospettiva di una necessaria corrispondenza a un istituto moderno, del tipo di quello rappresentato dalle scriminanti: simmetria che, invero, non esiste neppure sul piano terminologico, considerato come i Romani – e il pensiero torna alla *disputatio* tra Betti e De Francisci circa 'nome' e 'cosa' – avessero riflettuto sul principio *vim vi repellere licet* permanendo sul versante squisitamente casistico, sebbene non mancasse il tentativo di farne discendere l'operatività giuridica dalla *naturalis ratio*, come attestano ampi squarci delle orazioni ciceroniane.

Da letture fortemente attualizzanti a causa di un eccesso di dogmatizzazione, cui non è risultata aliena neppure la sintetica trattazione dello *Strafrecht* mommseniano, va liberata innanzitutto l'analisi delle fonti decemvirali (in specie, *tab.* 8.12-13) troppo a lungo vincolata all'alternativa dicotomica tra norma esimente e prescrizione incriminatrice, sulla base di argomentazioni di volta in volta (e rispettivamente) evocanti ipotetiche presunzioni giuridiche o incerte risultanze testuali. L'unica 'stella polare' non può che ravvisarsi nel-

sere '*ad defensionem tantum, non ad ultionem vel vindictam*', mentre, con riguardo alla seconda, '*in continenti flagrante adhuc maleficio, non ex intervallo*', e, infine, relativamente alla terza, sarebbe stata richiesta la '*paritas armorum*' (cfr. A. WACKE, *Notwehr*, cit., p. 481). Anche il Claro, allievo dell'Alciato e avverso al bartolismo, attorno alla metà del Cinquecento – nella *Practica criminalis* – affermava identici concetti: *Est autem animadvertendum; quod talis defensio, propter quam quis iuxta praedicta, excusatur ab homicidio, debet esse facta cum moderamine inculpatae tutelae. Quod quidem moderamen circa tria consistit: scilicet, modum, tempus et causam. Si enim aggressus excedat modum in se defendendo, utique erit puniendus: non poena ordinaria homicidii; sed solum de excessu; poena extraordinaria et mitiori arbitrio iudicis. Et hoc non solum quando excessisset modum ex culpa, sed etiam si excessisset modum ex dolo* (G. CLARO, *Compendium Libri Quinti Sententiarum*, Mediolani, 1621, Lib. V, par. 'Homicidium', p. 48).

la liceità del *vim vi repellere*, riscontrabile direttamente nella circostanza in cui sia ucciso il ladro *qui cum telo se defendit*, ma soltanto in via eventuale nel caso del *furtum nocturnum*, implicante sul piano pratico – nella prospettiva probabilistica dell’*id quod plerumque accidit* – anche la violazione domiciliare: accomunare le due fattispecie entro la categoria delle scriminanti, dunque, ha dato luogo a ragionevoli perplessità, tuttavia non fugabili aderendo a una ricostruzione puramente sanzionatoria delle due controverse *leges decemvirali*, come a integrare l’eccesso opposto. Meglio, dunque, proporre una lettura più genuinamente ancorata alla mentalità romana dell’epoca, cui è ben difficile attribuire domestichezza con siffatte schermaglie dogmatico-classificatorie, sì da rimarcare il dato condivisibile: se il ladro fosse stato ucciso, ciò sarebbe avvenuto *iure*, vale a dire che l’autore avrebbe agito conformemente al diritto e/o in assenza di antigiuridicità, risultando non punibile. Nel contempo, nulla impedisce di pensare che la comunità avrebbe avvertito come meritata la sorte subita dal *fur*, tanto più che la fruibilità di strumenti giurisdizionali sarebbe stata materialmente impedita dalle circostanze del caso concreto: per queste ragioni, al netto di posteriori sovrastrutture interpretative, si è optato per il carattere ‘ambivalente’ delle menzionate disposizioni (che non separano in modo nitido le condotte tenute *ulciscendi causa* da quelle realizzate *tuendi causa*) e riconosciuto la necessità di usare estrema cautela nell’estrarre spunti generalizzanti dalle legislazioni decemvirale.

A decorrere dall’età tardorepubblicana, piuttosto, tanto la prassi quanto la giurisprudenza recano indubitabilmente – una volta superati i ‘blocchi’ suscitati dal furore interpolazionistico – apporti che, in progresso di tempo, conferiscono una certa coerenza strutturale al principio ‘*vim vi repellere licet*’, pervenendo ad approdi diagnosticabili soltanto alla luce delle intervenute riflessioni in materia di leggi *Aquilia de damno* e *Cornelia de sicariis et veneficis*: queste ultime, infatti, inducono una riflessione giurisprudenziale che investe anche l’applicazione delle norme decemvirali, come attestato dalla *dubitatio* pomponiana, non in chiave meramente teorica, bensì a

fronte della concreta eventualità di collisione tra norme in casi specifici. Le fonti severiane, in specie ulpianee, danno conto di una serie di elementi volti a limitare gli spazi di liceità per la difesa reattiva, subordinandola a presupposti i quali – visti in complesso, accedendo a un'ottica bettiana – conferiscono alla medesima sembianze scriminanti: impregiudicata l'ingiustizia e l'attualità dell'aggressione, fanno capolino l'inevitabilità-altrimenti', la contestualità e la proporzionalità (nei mezzi e nei fini) della reazione. Pare persino profilarsi un contrasto tra la tesi (maggioritaria) di Ulpiano, secondo cui colui che uccida l'aggressore potendolo invece risparmiare e catturare *sine periculo suo* è tenuto non solo dalla legge Aquilia, ma anche dalla Cornelia, e Paolo, incline a ribadire l'impunità di matrice decemvirale, salvo 'suggerire' che sarebbe meglio catturare il malvivente laddove ciò risulti possibile: elaborazioni che, come ha ricordato autorevole dottrina, senza un'analisi sulla qualificazione in termini di *iniuria* della reazione non sarebbero state formulabili e da cui traspare ormai l'incompatibilità tra *tuitio* e *ultio*. Quasi a contemperamento di questi apporti volti a circoscrivere la liceità del *vim vi repellere*, si registra un ampliamento oggettivo e soggettivo del relativo 'Anwendungsbereich': da un lato, al diritto all'integrità fisica vengono chiaramente accostate la tutela dei beni patrimoniali – inclusiva della proprietà, in qualche modo già adombrata nel caso del furto notturno, ma anche del possesso – e la protezione del pudore, mentre acquisisce forma la difesa altruistica, a favore dei propri congiunti nonché, per espressa volizione normativa, dei servi verso i padroni e dei militari nei confronti del loro superiore.

L'evocazione diocleziana di una *moderatio incolpatae tutelae*, poi accolta da Giustiniano nella compilazione, suggerisce (altresì sussumendola icasticamente) l'impostazione classica e segna il punto di maggiore accuratezza dell'elaborazione antica in materia di difesa reattiva, sicché è ragionevole ipotizzare come il gremio della concezione per cui essa dispiegherebbe efficacia scriminante andasse colto nel riordinamento tardoclassico di apporti caratterizzati da una crescente consistenza: il che si capisce perfettamente scavalcando i seco-

li e guardando alla felicissima formulazione originaria della norma sulla legittima difesa nell'attuale codice penale italiano (art. 52), a tenore della quale «non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa»¹⁴⁸. Ed è forse superfluo aggiungere, avendo riguardo alle successive e più recenti modificazioni, che il progressivo allontanamento dalle elaborazioni giurisprudenziali romane – ossia dalla scienza giuridica – si è riflesso sulla legislazione deteriorandola irrimediabilmente.

¹⁴⁸ «Ogni settore della vita ha le sue bellezze 'intoccabili' (anche se in qualche misura imperfette). La Venere del Botticelli, ad esempio, si può spostare da un Paese all'altro, dagli Uffizi di Firenze a qualche altro prestigioso museo, ma a nessuno, nemmeno al più virtuoso o eclettico dei pittori contemporanei, può venire in mente di correggere la sproporzionata lunghezza del braccio sinistro della Venere con qualche improbabile pennellata. Allo stesso modo, la statuaria bellezza del monito «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite», ha reso il *nullum crimen, nulla poena, sine lege* un prodotto strutturalmente immodificabile, qualcosa di assimilabile a un vero e proprio 'bene culturale'. Lo stesso, a nostro avviso, deve accadere nei confronti dell'art. 52, comma 1 c.p., il quale gode, sebbene con qualche limite del tutto fisiologico, di un rigore tecnico senza eguali. Delle tre versioni che la legittima difesa e la sua disciplina hanno conosciuto all'interno del nostro codice negli ultimi due secoli, la più equilibrata, seria e scientificamente fondata, è quella. Pesa molto ammetterlo, ma il regime fascista e la monarchia, sotto i quali la struttura basica della nostra *lex poenalis* si è formata, hanno dimostrato (su questo tema, beninteso) una 'scienza' della legislazione che la Repubblica, purtroppo, non è riuscita a proteggere» (F. DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, 2020, p. 10 s.).

ROBERTO SCEVOLA, 'Vim vi repellere licet': configurabilità, struttura ed evoluzione della difesa reattiva in diritto romano

Nell'esperienza giuridica romana la reazione difensiva a un'aggressione violenta è definita dal principio secondo cui '*vim vi repellere licet*', mentre le è sconosciuta una qualificazione attigua alla moderna 'legittima difesa': muovendo da un fondamento 'naturalistico', dunque, il contributo indugia sulla simmetria fra attacco e risposta, connotate entrambe dalla *vis*, ossia dall'uso della forza. Liberata innanzitutto l'analisi di XII tab. 8.12-13 dall'eccesso di dogmatizzazione presente nell'alternativa dicotomica tra norma esimente e prescrizione incriminatrice, vengono indagate le fonti legislative e giurisprudenziali, nel segno della progressiva incompatibilità fra *tuitio* e *ultio*. Il ricorso lecito al *vim vi repellere* si restringe, ma nel contempo se ne precisano i contorni applicativi sul piano oggettivo e soggettivo, si da enucleare aspetti in seguito posti a fondamento della 'legittima difesa': al diritto all'integrità fisica vengono chiaramente accostate la tutela dei beni patrimoniali – inclusiva della proprietà, in qualche modo già adombrata nel caso del furto notturno, ma anche del possesso – e la protezione del pudore, mentre acquisisce forma la difesa altruistica, a favore dei propri congiunti nonché, per espressa volizione normativa, dei servi verso i padroni e dei militari nei confronti del loro superiore.

Parole chiave: diritto romano, legittima difesa, giurisprudenza romana, furto notturno, proprietà e possesso.

ROBERTO SCEVOLA, 'Vim vi repellere licet': configurability, structure and development of the reactive defence in Roman law

In Roman legal history, protective reaction to a violent aggression is defined by the principle *vim vi repellere licet*, while a definition close to the modern 'self-defense' is unknown: moving from a 'naturalistic' background, therefore, this essay explores the symmetry between attack and response, both connoted by the *vis*, i.e. the use of force. Having first of all freed the analysis of XII tab. 8.12-13 from the dogmatic stand related to the strong opposition between exempting rule and indictment law, the legislative and jurisprudential sources are investigated, in the light of the progressive inconsistency between *tuitio* and *ultio*. The lawful reliance to the *vim vi repellere* is narrowed, but at the same time its practical boundaries are defined

Abstract

on an objective and subjective level, aiming to identify issues that later became the basis of 'self-defense'. The right to physical integrity is clearly associated to the protection of assets – including property, in some ways already mentioned in the case of night theft, but also of possession – and the safeguard of shame, while selfless defence takes shape, in favour of one's relatives as well as, by given legal statement, of slaves towards their masters and of soldiers regarding their superiors.

Key words: Roman law, self-defense, Roman legal science, overnight theft, property and ownership.