

ha providamente escluso (e gliene diamo atto) che di essi dovesse occuparsi l'indaffaratissimo *magister populi*, il quale oltre tutto era tenuto (lasciamo andare perché) a non girellare per il campo di battaglia a cavallo. È perciò che egli ha pensato al meno impegnato comandante della cavalleria.

Ma è credibile la notizia di Varrone? Io direi proprio di no. Il comandante della cavalleria non poteva badare seriamente ai veloci *equites* e nel contempo agli *accensi*, i quali ultimi procedevano (per quel che sappiamo) a piedi. È questione di tattica elementare, confermata al giorno d'oggi, tanto per fare un esempio, dal fatto che una « Panzerdivision » esclude nel modo più assoluto l'inclusione nei suoi ranghi di fanteria a piedi. Né l'impossibilità per il *magister equitum* di provvedere ad avviare gli *accensi* a ricalzo dello schieramento di fanteria viene meno nel caso che si accolga l'ipotesi (che peraltro escluderei fermamente) secondo cui egli si occupava di fornire altri ricalzi alla fanteria facendo smontare dalle cavalcature, all'occorrenza, certi suoi improbabili reparti non di « cavalleria pesante », ma addirittura di opliti a cavallo (« berittene Hoplitene »). Se si trattava di opliti, per di più forniti di cavalcatura, a maggior ragione non poteva trattarsi di *accensi* (o mi sbaglio?).

Marco Terenzio Varrone sapeva e scriveva, come è ben noto, moltissime cose, forse troppe. Tutti sanno che non sempre era preciso. Di tattica e di strategia militare, comunque egli si intendeva, in termini di elementare buon senso, veramente poco. Forse era la maledizione della sua discendenza da quel Gaio Terenzio Varrone che tanto malaccortamente si era comportato nel 216 a Canne.

4. I DECEMVIRI E IL « FUR NEC MANIFESTUS ».

1. — Ugo Betti (1882-1953), fratello del nostro grande Emilio, ha acquistato meritatissima fama come poeta e come drammaturgo, ma non tutti sanno che egli era un magistrato e che l'impegno e la delicatezza di questa sua funzione, esercitata sempre col massimo scrupolo, hanno profon-

⁴ Sul tema, da ultimo: R. LA ROSA, *La repressione del « furtum » in età arcaica, « Manus iniectio » e « duplione damnum decidere »* (1990), con bibliografia. V. anche A. GUARINO, *Giusromanistica elementare* (1989) 208 ss., spec. 250 ss. Sul *furtum manifestum*, oltre la letteratura citata in A. GUARINO, *Dir. priv. rom.*⁹ (1992) nt. 96.3.1, da ultimo: M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, in *ACOP.* 5 (1992) 49 ss.

damente influito sulla sua attività letteraria. Vi sono di lui, tra gli altri, due drammi molto belli, che attengono appunto, ed esplicitamente, all'attività giudiziaria: l'uno dal titolo *Frana allo Scalo Nord* (1936), l'altro dal titolo *Corruzione al Palazzo di Giustizia* (1949). Due drammi in cui l'autore ha fatto talvolta consciamente prevalere, malgrado la sua professione e la sua competenza tecnica, le istanze della visione poetica sull'esigenza dell'esattezza giuridica.

La notazione che precede (alla quale potrei facilmente aggiungerne mille altre) ha influito non poco sulla mia grande diffidenza, ai fini della ricostruzione del diritto romano, nelle cosiddette fonti letterarie, specie se provenienti (come tutte, del resto, per quanto sappiamo, provengono) da autori non specializzati in materia giuridica. E non parliamo poi delle commedie di Plauto. Ovviamente, non pongo affatto in discussione che esse possano e debbano essere utilizzate dai giusromanisti insieme a tutto quanto ci proviene dall'antichità romana, ma escluderei, anzi escludo nel più convinto dei modi che a quelle vicende sceniche possano addirittura collegarsi capovolgimenti di notizie, sia pure vaghe e indiziarie, provenienti da fonti strettamente giuridiche. Né ritengo che le commedie plautine siano in alcun modo tali da prevalere, se non vi sono forti ragioni a sostegno, su quanto, vivaddio, suggerisce il buon senso. Nella quali idee mi trovo, del resto, in buona compagnia.

Ciò premesso, sono lieto che un recente autore, prendendo ancora una volta in esame lo spinoso problema della repressione decemvirale del furto non flagrante, abbia escogitato al riguardo una nuova ed originale teoria. La prova di impegno e di fantasia è fuor di dubbio. Dubbio è, peraltro, che l'ipotesi sia accoglibile solo perché ad essa sembrano offrire qualche appoggio talune situazioni e battute messe in iscena da Plauto.

2. — Per parlare alla spiccia, la nuova teoria è la seguente.

Non sarebbe vero che le XII tavole stabilirono, come si usa desumere da Gaio (3.190) e da altre fonti, che il *fur nec manifestus*, cioè non colto in evidenza di commissione dell'illecito, fosse da portare in giudizio di cognizione per essere condannato, a seguito del vittorioso esperimento di una (*legis*) *actio in personam*, al pagamento di una *poena dupli*, e per essere solo successivamente deferito, qualora non pagasse la pena, alla (*legis*) *actio per manus iniunctionem*, quindi all'*addictio* in favore del derubato, ai tre mercati eccetera eccetera. Anche nei suoi riguardi si sarebbe esercitata una (*legis*) *actio per manus iniunctionem* (comportante al più una sommaria verifica del suo comportamento), salvo che egli, a differenza del *fur manifestus*, avrebbe avuto il diritto di sottrarsi all'*addictio*, purché si fosse sobbarcato preventivamente all'onere di pagare il doppio del valore

della cosa rubata. In questo senso andrebbe intesa la tab. 8.16, così come congettalmente ricostruita sulla scorta di Festo (sv. « *nec* », L. 158) e di Ulp. D. 4.4.9.2: « *Si adorat furto, quod nec manifestus erit, duplione damnum decidito* ».

Bene. Mettiamo che il *Poenulus* di Plauto (commedia nella quale si parla, da notare, del furto di 300 « *philippi* ») si riferisca al diritto di Roma e non, come alcuni hanno sostenuto, al diritto attico. Che cosa vi si legge di tanto significativo?

Vi si legge di un tale (*Agorastocles*) che, per mettere nei guai un talaltro (*Lycus*), gli manda in casa un suo schiavo (*Collybiscus*) a offrirgli una borsa di 300 filippi nella veste di finto aspirante ai favori di una prostituta della sua pensione d'amore. Il ruffiano, manco a dirlo, è pronto ad incamerare di buon grado i filippi contro la prestazione richiesta, ma ecco sopravvenire davanti alla sua casa (cioè sul proscenio) Agorastocle ad affermare che lo schiavo ed i soldi sono suoi, che il ruffiano altro non è se non un ladro, anzi manifestamente un ladro dei suoi filippi (v. 785: « *Manifesto fur es* »), che egli ha sotto mano degli *advocati* disposti ad entrare nella pensione e a ritrovarvi il suo schiavo con relativa borsa (cfr. v. 796 s.). Il ruffiano, rendendosi conto di essere esposto al rischio di una *addictio* pretoria a favore di Agorastocle, gli propone, a titolo di accomodamento, di darglisi spontaneamente in *addictio* extragiudiziale sino all'indomani, affinché possa avere frattanto il modo di raggranellare mediante un'asta il *simplum* dei 300 filippi, di cui lo prega di accontentarsi: « *Quin egomet tibi me addico; praetore opust? / verum opsecro te ut liceat simplum solvere / trecentos Philippos; credo conradi potest. / cras auctionem faciam* » (v. 1362-1365).

La faccenda è divertente, ma razionale non è, né del resto vuol esserlo: « *Multa verba fecimus; / malum postremo omne ad lenonem recidit. / . . . plausum postulat comoedia* » (v. 1369-1371), dice giocondamente Agorastocle rivolto al pubblico. E infatti, da che mai risulta che il lenone, per avere accettato i filippi offertigli da Collibisco, sia concepibile come ladro dei medesimi? E che senso hanno le invettive di Agorastocle nei confronti di Lyco, fuori che di mettergli addosso una grande paura, ora accusandolo di essere *manifesto* un ladro, ora minacciando una perquisizione in casa da parte di terzi (chi sa perché, non una propria personale perquisizione *lance licioque*), ora tagliando corto con un « *Leno, eamus in ius* » (v. 1342) e con un « *In ius te voco* » (v. 1344)? E perché mai Lyco, sentendosi ormai intrappolato (« *Perii hercle!* », v. 1360), la composizione del *simplum* (cioè i trecento filippi appena incassati) non la offre

sull'unghia, ma la rimanda all'indomani a seguito di un'*auctio*, se ben si capisce, di altri suoi beni?

Che Lyco abbia un sacrosanto timore dell'*addictio* ad Agorastocle nessuno può negarlo e glielo hanno detto anche i suoi amici (cfr. v. 1340 s.: « *Nam omnibus amicis meis idem unum convenit / ut me suspendam, ne addicam Agorastocli* »). Ma tutti sanno che l'*addictio* si applicava in *executivis*, anche al *fur nec manifestus*, se gli mancava il danaro per pagare il *duplum* della pena a lui inflitta nella precedente sede di cognizione. Perché escludere che a ciò corresse con i suoi timori il lenone? Insomma, posso sbagliare, ma non mi pare che il *Poenulus* di Plauto autorizzi la supposizione che anche il ladro non *flagrante* subisse, per le *XII tabulae*, l'*addictio* al derubato a seguito di *legis actio per manus iniectioem*. La *vocatio in ius* (da eseguirsi eventualmente con *manus iniectio* stragiudiziale) minacciata due volte da *Agorastocles* a *Lycus* induce, se mai, a pensare che Agorastocle tutta la sicurezza di vedersi *addicere* Lyco non l'aveva, cioè induce a ritenere che Gaio abbia rappresentato nelle *institutiones* proprio la normativa decemvirale.

L'unico punto che il *Poenulus* concorre a chiarire è che l'imputato di furto potesse trattare col derubato (non pretendere, però) un accomodamento per un importo minore rispetto alla pena fissata dalle leggi decemvirali. Soluzione (per la quale v. il citato Ulp. D. 4.4.9.2) spesso ben accetta al derubato in base al saggio principio « meglio l'uovo oggi, che la gallina domani ».

3. — Mi sia concesso dire qualcosa di più.

Fatto pur conto che il *Poenulus* plautino riveli in modo inequivocabile l'esistenza di una norma decemvirale per cui il derubato potesse prendere per il collo il *fur nec manifestus* e farselo senz'altro *addicere* dal pretore mediante l'esperimento della *legis actio per manus iniectioem*. Fatto pur conto che a sostegno di questa tesi militi anche un passo dell'*Aulularia* (v. 339 ss.), sul quale, almeno a mio avviso, è del tutto ozioso fermarsi. E con ciò? Come facciamo a crederci?

In qualche parte delle memorie di Jerome K. Jerome ho letto (e mi è rimasto fortemente impresso) di un suo direttore di giornale, il quale soleva dire di se stesso che, pur non essendo un uomo di straordinario coraggio, non avrebbe esitato a fare resistenza a chi, avvicinandolo per strada, gli avesse detto, mostrandogli i pugni, di consegnargli il portafoglio. Se però il passante lo avesse minacciato di citarlo a questo scopo in giudizio, il direttore avrebbe pensato di cavarsela al meglio, consegnandogli spontaneamente portafoglio e orologio. Qualcosa del genere l'ho sempre ritenuta, entro certi limiti, io stesso, convinto come sono (anche per espe-

rienza di avvocato) che « *habent sua sidera lites* » e che anche la causa piú sballata qualche probabilità di accoglimento da parte dei giudici ce l'ha.

Ho detto però « entro certi limiti », e non oltre. Ci tengo a ribadirlo.

Qualunque ragionevole limite di favore, o comunque di condiscendenza, per i litiganti temerari sarebbe stato, salvo mio errore, largamente oltrepassato da una norma decemvirale che avesse concesso al derubato la immediata subordinazione a *manus iniectio* giudiziale, ed a conseguente *addictio* magistratuale, di un *fur nec manifestus*, cioè di una persona soltanto sospettata di aver operato il furto. Una norma di questo tipo avrebbe infatti abilitato tutti coloro che avessero bisogno o voglia di far danaro a simulare di aver subito un furto e a trascinare davanti al *tribunal* il primo venuto, onde farselo *addicere*, senza ombra di prova o tutt'al piú con l'ausilio di un esile *fumus* indiziario, dal magistrato giurisdicente. In questo caso l'unico modo per il malcapitato di sottrarsi al terribile destino dell'*addictio* sarebbe certamente stato il « *duplione damnum decidere* », il versare al sedicente derubato il controvalore della asserita refurtiva sino al massimo del *duplum*. Ma Roma antica avrebbe messo in atto, con ciò, quello che per il direttore di Jerome K. Jerome era solo uno spiritoso paradosso.

4. — Ciò che può essere realmente successo, in applicazione delle XII tavole (ma lo dico, ovviamente, a titolo di cautissima ipotesi) è, piuttosto, quanto segue.

Come dice Gai 3.184, la nozione del *furtum manifestum* era molto controversa, in quanto si andava dall'ipotesi piú ristretta del « ladro » colto proprio sul fatto all'ipotesi piú ampia del « ladro » colto anche a distanza dal luogo del delitto, ma con la refurtiva in mano, ed anzi si andava da alcuni anche ad ipotesi ulteriori. Tutte queste ipotesi non erano mere discettazioni di dottrina, ma erano evidentemente il riflesso della tendenza dei soggetti derubati ad accusare di *furtum manifestum* quante piú persone fosse loro possibile. Stava al magistrato giurisdicente porre un argine a queste comprensibili sfrenatezze e dire: « No, un momento: qui la flagranza dell'asserito furto proprio non ce la vedo ».

Ecco il motivo per cui dovette essere, in pratica, piuttosto frequente la fattispecie di una vittima di furto che trascinava *manu iniectio* davanti al *tribunal* magistratuale quegli che per essa, tanto piú che aveva il sangue agli occhi, era un volgare *fur manifestus* e ne chiedeva l'*addictio*. Dopo di che, avendole il magistrato detto di no, « convertiva » tempestivamente l'azione esecutiva in una *actio in personam* contro il *fur nec manifestus*, con tutte le implicazioni del caso.

Cose del genere succedono anche oggi, in tutti i paesi del mondo. E paradossali no, non lo sono.