

TRA ASINI E CAVALLE

1. — « *Omnia munda mundis* ». Con questa citazione di Paolo di Tarso o, se si preferisce, del manzoniano padre Cristoforo¹ si apriva, qualche anno fa, una brevissima nota da me dedicata, come testualmente dicevo, a « un problema innegabilmente shocking, e che potrebbe sembrare a prima vista un po' banale, sul quale si sono tuttavia chinate le teste pensose di antichi giuristi romani e di innumerevoli romanisti moderni »².

Le tre o quattro facciate del mio scritterello di allora hanno provocato, qualche tempo dopo, un'ampia e approfondita replica, in venti e più pagine, dell'Archì³. Replica, ma sino ad un certo punto, direi, perché l'Archì ha autorevolmente confermato la mia tesi di fondo (la tesi, come vedremo, del « furto no ») e si è allontanato da me, a prescindere dalle meditazioni dedicate a risvolti che avevo deliberatamente lasciato da parte, essenzialmente nella valutazione della rilevanza socio-economica del *casus*. Il problema degli amori fuggevoli tra asini o cavalli di sesso maschile e cavalle di sesso femminile, ammonisce il mio interlocutore, non è « shocking » e tanto meno è banale: vi è poco da sorridere su di esso ed è difficile credere che di esso, come mi ero permesso di ipotizzare sorridendo, abbia sorriso il contegnoso Ulpiano⁴. È chiaro, per l'Archì, che nel mio primo approccio io sono stato preda di quell'« atmosfera panica » che, secondo i non napoletani, sarebbe « sempre presente in Neapolis »⁵.

E allora bando all'atmosfera panica, bando al quadretto di stile

* Da *Inezie di giureconsulti* (1978) 189 ss.

¹ Per S. Paolo, cfr. *ad Tit.* 1.15; per padre Cristoforo, v. A. MANZONI, *I promessi sposi* (ed. 1840) c. VIII, 158 s.

² Da ultimo: A. WATSON, *D.* 47.2.52.20: *The jackass, the mares and «furtum»*, in *St. Volterra* 2 (1969) 445 ss.

³ G. G. ARCHI, *Asini e cavalle in un passo di Ulpiano*, in *Labeo* 19 (1973) 135 ss.

⁴ V. *infra* n. 6.

⁵ Cfr. ARCHI (nt. 3) 135.

Poussin che avevo abbozzato, bando anche al tono scherzevole del primo pezzullo. I rapporti tra equini di sesso diverso appartenenti a diversi proprietari reclamano una riflessione più consapevole, nella quale cercherò di adeguarmi all'esperienza georgica dell'amico e collega « cispadano »⁶.

2. — La parola è a Domizio Ulpiano, o meglio ad un frammento a lui attribuito dall'*inscriptio* di D. 47.2.52.20, nel titolo « *de furtis* ». In questo passo, ritagliato dal libro 37 del commento all'editto, l'antico autore, illustrando appunto la rubrica edittale « *de furtis* »⁷, si occupava in particolare del *furtum nec manifestum*, del furto non flagrante e dell'azione penale riconosciuta al derubato nei confronti dell'asserito ladro⁸.

Nella stesura giustiniana il testo suona così: « *Si quis asinum meum coegisset et in equas suas τῆς γονῆς dumtaxat χάριν admisisset, furti non tenetur, nisi furandi quoque animum habuit. quod et Herennio Modestino studioso meo de Dalmatia consulenti rescripsi circa equos, quibus eiusdem rei gratia subiecisse quis equas suas proponebatur: furti ita demum teneri, si furandi animo id fecisset, si minus, in factum agendum* ».

Ulpiano, dunque, nel primo periodo fa un'ipotesi teorica e, come usano coloro che parlano *docendi causa*, se ne erge a protagonista, divenendo proprietario di un asino⁹; nel secondo periodo passa a sorreg-

⁶ Così si autoqualifica l'ARCHI (nt. 3) 136, contrapponendo la sua esperienza georgica di « nativo dell'ambiente rurale della Cispadana » alla disinvoltura dell'« amico napoletano, venato di epicureismo ». Lieto, anche se un po' sorpreso, di essere paragonato in qualche modo ad Orazio, mi vien fatto di ripetere con questi l'invito dell'epistola a Tibullo (Hor. *epist.* 1.4.15 s.): « *Me pinguem et nitidum bene curata cute vises, / cum ridere voles, Epicuri de grege porcum* ».

⁷ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³ (1927) 322 ss., tit. XXIII.

⁸ Cfr. LENEL, *Pal. Ulp.* 1041, e più in generale 1039-1052. In questo articolo il derubato sarà spesso identificato, sulle tracce del frammento di Ulpiano, col *dominus* delle cose rubate, ma si ricordi che l'*actio furti* penale era concessa non solamente al *dominus*, ma, più in generale, a colui « *cuius interest rem salvam esse* »: GUARINO, *Dir. privato romano*⁵ (1976) 878.

⁹ R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*⁴ (tr. ital. 1953) 92 ss., ha già acutamente rilevato la tendenza professorale ad usare per gli esempi un unico e solo attrezzo personale ed ha citato a questo proposito un suo professore di pandette, purtroppo non facilmente identificabile, che, essendo un grande annusatore di tabacco, faceva oggetto di tutte le possibili vicende giuridiche tra « le ben note figure di Tizio e Mevio » la sua fidata tabacchiera (« si sarebbe detto che tutto il

gere la soluzione data col ricordo di un caso concreto analogo, non proprio identico, relativo a più cavalli di sesso maschile, da lui risolto in precedenza, fondamentalmente allo stesso modo, in risposta ad un quesito sottopostogli da Modestino¹⁰. « Si ponga che un tale abbia forzato il mio asino e lo abbia spinto addosso alle sue cavalle, solo però a fini di monta¹¹: ebbene egli non è aggredibile con l'azione di furto, a meno che abbia avuto anche l'intenzione di rubare. Il che comunicai in risposta (*rescripsi*) anche ad Erennio Modestino mio fedele discepolo, che dalla Dalmazia mi interrogava circa certi cavalli cui gli si diceva un tale aver sottoposto, agli stessi fini, le proprie cavalle: che questo tale sarebbe stato aggredibile con l'*actio furti* solo se avesse compiuto la sua azione con l'intenzione di rubare, se no dovesse agirsi contro di lui con un'*actio in factum* »¹².

Il testo della mia traduzione è, stilisticamente e sintatticamente, quella povera cosa che è, perché ho cercato di riprodurre il più fedelmente possibile l'andamento, alquanto scomposto dal punto di vista stilistico e sintattico, del frammento dei *Digesta*. Ma non fermiamoci per ora su ciò e cerchiamo di afferrare la sostanza. Su questo piano la prima

commercio giuridico dell'antica Roma e tutti gli interessi della vita romana si concentravano sulle tabacchiere e sul tabacco da naso». Questo sistema, osserva giustamente Jhering, ha il grave inconveniente di ostacolare la concentrazione dei discenti sui problemi giuridici. Ancor più pernicioso, aggiungo io, è l'usanza di molti docenti di fare di se stessi il centro dell'ordinamento giuridico e di diventare, per poco che possano o che se la sentano, volta a volta mariti, padri, tutori, pupilli, proprietari, enfiteuti, creditori e magari adulteri, pazzi furiosi, ladri, falsari e defunti. Non so se sia realizzabile e seria la proposta di Jhering di istituire nelle università, accanto ad una collezione di oggetti giuridici, anche un gabinetto dei soggetti giuridici (questi ultimi per « stipulare contratti, fare testamenti e codicilli, emettere cambiali, far processi, rendere testimonianza, giurare il falso, vidimare documenti, emanare ordini di arresto, eseguire crimini e delitti, compiere insomma tutti gli atti che possono avere rilevanza per il diritto »), ma penso che l'egocentrismo professorale negli esempi dovrebbe essere accuratamente evitato. Ulpiano proprietario di un asino che si congiunge a cavalle, francamente, non mi pare all'altezza della sua rispettabilità.

¹⁰ Il frammento D. 47.2.52.20 è ben noto agli storici del diritto romano perché fornisce qualche elemento ai fini della ricostruzione della carriera di Erennio Modestino: cfr. A. HONORÉ, *The Severan Lawyers: a preliminary Survey*, in *SDHI*, 28 (1962) 213 ss. La Dalmazia può anche essere stata la patria del grecoquente Modestino, ma è più probabile che in Dalmazia Modestino si sia recato, dopo essere stato uditore di Ulpiano a Roma, per coprirvi qualche ufficio pubblico.

¹¹ Che l'ipotesi sia del tutto astratta è mostrato dall'uso del più che perfetto congiuntivo (*coegisset, admisisset*).

¹² Sull'*actio in factum* v. *infra* n. 5.

lettura non par presentare problemi. Il provocare le baldanze amorose di un asino altrui o il favorire le disposizioni amatorie di alcuni cavalli di altri nei confronti delle proprie cavalle non costituisce fattispecie di *furtum*, sia pur temporaneo e limitato, dell'asino o dei cavalli, salvo che lo si faccia con precisa intenzione di rubare, cioè con *animus furandi*¹³. Se l'*animus furandi* eccezionalmente c'è e viene provato, il possessore dell'asino o dei cavalli eserciterà fondatamente l'*actio furti nec manifesti*, contro il proprietario delle giumente, ottenendo la sua condanna in *duplum*, al doppio del valore del maschio o dei maschi¹⁴. Se l'*animus furandi* non c'è o non può esser provato, come è poi l'ipotesi normale, il padrone dell'asino o dei cavalli dovrà accontentarsi di un'*actio in factum*, non si capisce bene se intesa ad ottenere il risarcimento del lieto affaticamento subito dal maschio o dai maschi, oppure se volta ad assicurargli la giusta parte dell'arricchimento ben più consistente che dall'incontro amoroso può derivare al proprietario delle cavalle.

Di questa lettura, che riflette lo stato del diritto in età di Giustiniano, molti romanisti si sono accontentati in passato, altri invece no. Il quesito che questi ultimi si sono posti è se dal « diritto classico », dal diritto dell'epoca in cui visse Ulpiano, il problema e la sua soluzione fossero visti allo stesso modo che dal diritto postclassico-giustiniano¹⁵. E a tal proposito alcuni hanno ritenuto che il requisito dell'*animus furandi* non fosse richiesto, ad integrare la fattispecie del *furtum*, in età classica, sicché Ulpiano avrebbe risolto i due casi sulla base di un secco « *furti tenetur* »¹⁶; altri invece, pur convenendo nella tesi della non clas-

¹³ La prima idea che può venire alla mente, nell'esame della specie trattata da Ulpiano, è che non ricorra un *furtum rei*, ma piuttosto un *furtum usus*, cioè un uso non autorizzato della cosa altrui: uso non perseguibile penalmente, se compiuto nella ragionevole convinzione che il proprietario della cosa non avrebbe mancato di permetterlo. Ma il *furtum usus* presuppone un pre-affidamento della cosa dal proprietario all'agente (per esempio, a titolo di comodato o di deposito), che qui invece manca. Cfr. sul tema Gai 3.196-197 (...at si permissurum credant, extra furti crimen videri rell.) e C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in *Opere* 5 (1930) 137.

¹⁴ Anzi la pena sarà del *quadruplum* se il proprietario delle cavalle, essendo stato colto in flagrante, sia da qualificare *fur manifestus*.

¹⁵ Per uno specchio dell'orientamento storico-critico sino al 1935 cfr. *Index itp. ahl.* Nel senso della genuinità del testo, da ultimo: J. A. C. THOMAS, « *Animus furandi* », in *Iura* 19 (1968) 14 s.

¹⁶ In questo senso, da ultimo: G. LONGO, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto*, in *Ricerche romanistiche* (1966) 593 s. (ma v. già *St. De Francisci* 3 [1951]), con indicazione della letteratura anteriore.

sicità dell'*animus furandi*, hanno pensato che del proprietario delle cavalle davvero Ulpiano avrebbe detto che in ogni caso «*furti non tenetur*», ma lo avrebbe detto per il fatto che l'azione da lui commessa non ha le caratteristiche della *contrectatio rei*, in cui si materiava il *furtum* dell'età classica¹⁷; altri infine hanno sostenuto che a rigor di diritto classico il proprietario delle cavalle sarebbe stato reo di furto, ma che Ulpiano, nella sua fine sensibilità, avrebbe escogitato per questa sola occasione la necessità dell'*animus furandi* come ingrediente aggiuntivo per la perseguibilità del furto¹⁸.

In altre parole, mentre per il primo e per il secondo orientamento esegetico-critico, il passo dei *Digesta* sarebbe stato più o meno ampiamente interpolato dai commissari giustinianeî o da precedenti commentatori di Ulpiano¹⁹, per il terzo orientamento, che si conforma del resto ad un indirizzo critico più generale di un certo settore della romanistica contemporanea, il passo dei *Digesta* corrisponderebbe almeno sostanzialmente all'originale ulpiano, in quanto l'innovazione basata sul richiamo all'*animus furandi* sarebbe stata operata proprio da Ulpiano²⁰.

3. — Che il testo di Ulpiano sia stato rimaneggiato nella forma da mano o da mani posteriori, è denunciato dall'analisi stilistica.

Il primo periodo non presenta magagne formali, ma il secondo, che ha inizio con un «*quod*», chiaramente doveva concludersi, nella stesura originaria, con la parola «*proponebatur*», senza bisogno della ripe-

¹⁷ In questo senso: B. ALBANESE, *La nozione del «furtum» da Nerazio a Marciano*, in *AUPA*, 25 (1957) 249 s. (estr. 169 s.). L'Albanese, si badi, contesta l'*animus furandi* in questo e in altri frammenti, ma giustamente ritiene che l'elemento subiettivo fosse richiesto dai giuristi classici in misura sostanzialmente non diversa dalla giurisprudenza postclassica.

¹⁸ A. WATSON (nt. 2) 445 ss.

¹⁹ Secondo l'ALBANESE (nt. 17) 170 e nt. 387, l'intrusione è pregiustiniana, cioè dovuta ad un privato commentatore di Ulpiano, perché denuncia fraintendimenti in cui difficilmente sarebbero incorsi gli esperti commissari di Giustiniano. V. *infra* nt. 31.

²⁰ La tendenza a riportare ai giuristi tardoclassici ed a loro innovazioni personali molte variazioni che un tempo erano attribuite alla giurisprudenza postclassico-giustiniana è stata teorizzata da M. KASER in uno scritto del 1967 successivamente rielaborato, anche replicando ai miei rilievi, in *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, in *SBer. Ak. Wien* 227, 5 (1972). Per il mio punto di vista, cfr. A. GUARINO, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, in *Scr. Donatuti* 1 (1973) 479 ss. (v. già in *Atti Acc. Pontaniana* 20 [1971] 61 ss.).

tizione, oltre tutto sintatticamente inconciliabile con quanto precede, secondo cui « *furti ita demum (dominum equarum) teneri, si furandi animo id fecisset* ». Quanto al « *si minus, in factum agendum* », esso segue le sorti del « *furti ita demum rell.* », cui è collegato²¹, sì che la parte sicuramente insitica va da « *furti ita demum* » alla fine²².

Ma l'analisi stilistica non è tutto. Un'analisi di contenuto del passo ulpiano ci avvia a confermare e ad ampliare le prime intuizioni esegetiche.

Si cominci col notare, perché ha la sua importanza, che la singolare questione del « τῆς γονῆς *dumtaxat* χάριν » è stata posta in concreto ad Ulpiano non da un qualunque uomo della strada, ma da un giurista bene informato quale era Erennio Modestino²³, il quale Modestino non era tuttavia riuscito con le sue forze a risolvere il problema creatogli da un interrogante in Dalmazia²⁴. Se teniamo presente ciò, è assai diffi-

²¹ Nota giustamente l'ARCHI (nt. 3) 144, che dei molti sostenitori dell'interpolazione quasi nessuno si è preoccupato di spiegare perché Giustiniano (o, aggiungo io, un maestro dell'epoca pregiustiniana) avrebbe introdotto nel testo l'*actio in factum*: « e ciò in omaggio alla concezione del così detto diritto giustiniano, cui si è soliti attenersi, e cioè che questo sia come una grande marmitta, alla quale si chiede non la congenialità degli aromi, ma solo il loro numero ». Unica eccezione, segnalata anche dall'Archì, è quella del LONGO (nt. 16) 594, secondo cui i « giustiniani » nella « pura ipotesi di uso dell'asino o dei cavalli » avrebbero scorto, anziché un *furtum*, « un atto idoneo a procurare un risarcimento ».

²² L'espunzione è indicata anche da P. KRÜGER, nell'edizione del *Corpus iuris* 116, il quale l'attribuisce al Ferrini. Per vero, il FERRINI (nt. 13) 137, sostiene per esplicito solo la non classicità, nel primo periodo, di « *non* » e « *nisi—habuit* »: dal che si ricava, è chiaro, la necessità di espungere anche « *furti ita demum rell.* ».

²³ Su Modestino: A. GUARINO, *Storia del dir. romano*⁵ (1975) 487. Non si dimentichi che Modestino è uno dei cinque giuristi della cd. « legge delle citazioni » di Valentiniano III: GUARINO, SDR. 540 s.

²⁴ A proposito della risposta alla consultazione di Modestino, Ulpiano usa « *rescripsi* ». Come è a tutti noto, « *rescribere* » significa rispondere per iscritto, e lo ribadisce l'ARCHI (nt. 3) 137 e nt. 9, con abbondanza di esempi e con particolare riferimento ad *epistulae* con cui un giureconsulto rispondeva ai quesiti di un altro giureconsulto: dunque l'interpretazione più ovvia del « *rescripsi* » è che Ulpiano alluda ad una lettera di risposta inviata precedentemente a Modestino. Tuttavia, tenendo presente che « *rescribere* » si usa anche e sopra tutto per i rescritti imperiali, che qui la domanda era posta da un uomo qualificato che si trovava forse in Dalmazia per esercitarvi una carica pubblica (v. *retro* nt. 10) e che Ulpiano ebbe a corte incarichi di grande rilievo (cfr., da ultimo, G. CRIFÓ, *Ulpiano, Esperienze e responsabilità del giurista*, in ANRW. 2.15 [1976] 708 ss., spec. 765 ss.), io ho avanzato l'ipotesi, nel mio precedente articolo, che « il caso sia stato sottoposto da un tizio

cile credere che il dubbio vertesse sulla rilevanza o meno dell'*animus furandi*. Posto che in diritto classico l'*animus furandi* non fosse ancora richiesto per la perseguibilità del furto, Modestino si sarebbe evidentemente astenuto dal porre il quesito in ordine ad esso. Posto che l'*animus furandi* fosse invece, come è di gran lunga più probabile, già richiesto²⁵, del pari Modestino non avrebbe fatto ricorso ai lumi di Ulpiano per apprendere una cosa che già certamente sapeva; e tanto meno Ulpiano gli avrebbe pomposamente risposto, o fatto rispondere dall'imperatore con un rescritto, che il furto c'è solo se vi è l'*animus furandi*, il che è quanto dire, in parole più povere, che il furto è furto solo quando è furto.

Resta, come possibile giustificazione del riferimento esplicito all'*animus furandi* sia nel primo che nel secondo periodo del frammento ulpiano, l'ipotesi che il *deus ex machina* rappresentato dalla intenzione specifica di rubare, che prima sarebbe stata trascurata dalla giurisprudenza classica, sia stato portato sulla scena del *furtum*, almeno in ordine alla vicenda dei cavalli e delle cavalle, da Ulpiano²⁶. Ma, a ben guardare, l'ipotesi è assai fragile. La fattispecie proposta da Modestino al suo maestro già era caratterizzata dall'elemento subiettivo, perché chi

in ambasce a Modestino in Dalmazia e che Modestino, non sentendosi in grado di risolverlo da solo con un proprio responso, lo abbia fatto riversare dall'interessato in una richiesta di *rescriptum* imperiale, accompagnando l'invio di tale richiesta con una lettera al suo maestro Ulpiano, introdottissimo nella corte imperiale, affinché ispirasse egli stesso il *rescriptum*. L'Archi contesta questa ipotesi e preferisce credere ad un Ulpiano che, soddisfattissimo della risposta data a suo tempo a Modestino, più tardi, facendo l'esempio del somaro e delle cavalle, esplicitamente la rievoca. Cosa posso obiettare? Assolutamente nulla, salvo, a difesa delle mie preferenze, questo ulteriore rilievo: che il « *proponebatur* » fa pensare più che alla richiesta di un *responsum* rivolta a Modestino, addirittura ad una causa proposta davanti a lui in Dalmazia (cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlex.*⁹ [1914] shv.), nel qual caso la possibilità che Modestino si sia ufficialmente rivolto per lumi all'imperatore (siamo, non si dimentichi, nel terzo secolo d.C.) si consolida.

²⁵ Cfr., per tutti, THOMAS (nt. 15) e ALBANESE (nt. 17). È opportuno segnalare, a scanso di equivoci, che gli avversari della classicità dell'*animus furandi* non intendono dire che in età classica non rilevasse, ai fini della punibilità del furto, la volontarietà dell'azione posta in essere dal ladro (cfr. Gai 3.197: *furtum sine dolo malo non committitur*). Essi si limitano a sostenere, con gratuita sottigliezza, che i post-classici svilupparono il *dolus malus* del *fur*, traendone l'« elemento nuovo » (autonomo, separato dalla *contrectatio rei fraudulosa*) dell'*animus furandi*, cui si aggiungeva l'*animus lucri facendi*.

²⁶ V. *retro* nt. 18.

dice che la sottrazione dei cavalli maschi al loro proprietario è stata fatta « solo a fini di monta » implicitamente, ma chiaramente segnala una certa qualità e quantità di *animus*, di intenzionalità, di proiezione verso un fine, che sembra essere quello del *furtum*, di cui è stato provvisto l'agente²⁷. Ora il testo in esame, nella sua edizione giustiniana, parla dell'*animus furandi* come di un requisito assolutamente estraneo alla fattispecie, di un requisito che deve invece concorrere anch'esso (si badi particolarmente al « *quoque* » del primo periodo) affinché l'agente sia perseguibile con l'*actio furti*. È assai difficile credere che Ulpiano sia potuto cadere in questo equivoco grossolano, tanto più che vedremo tra poco cosa egli pensasse del caso della meretrice rapita²⁸. Altra cosa, ben più verosimile, è che nell'equivoco sia incorso un frettoloso e superficiale lettore e annotatore dei suoi *libri ad edictum*.

4. — L'*animus furandi* quindi non figurava nell'originale di Ulpiano. Ve lo ha inserito un annotatore anonimo, al quale sfuggivano le vere ragioni del dubbio di Modestino e della soluzione del suo maestro.

Diremo pertanto che il dubbio di Modestino verteva sulla configurabilità della *contrectatio rei* e che Ulpiano ha deciso che il proprietario delle cavalle « *furti non tenetur* » per il fatto che nella nostra ormai nota fattispecie la *contrectatio*, rispettivamente dell'asino e dei cavalli maschi, non è ravvisabile?

Questa tesi è stata avanzata dall'Albanese²⁹ sulla base di due considerazioni: in primo luogo, che Ulpiano si occupava presumibilmente, a questo punto del suo commentario edittale, proprio del requisito della *contrectatio*; in secondo luogo, che nell'operato del proprietario delle cavalle la *contrectatio* sembra non esservi perché « tanto il *coegisset* quando l'*admisisset* nei loro significati propri non importano necessariamente la *contrectatio* ». Il primo rilievo è esatto, perché proprio nel paragrafo precedente quello in esame Ulpiano afferma recisamente che se non vi è *contrectatio* non vi è *furtum*³⁰, ma decisivo certamente non è: non solo perché la stretta connessione tra i due paragrafi la si

²⁷ Si badi che Ulpiano, sia nel primo sia nel secondo periodo, non parla nemmeno di sottrazione, di *amotio*, ma usa verbi che, in relazione alla fattispecie del *furtum*, sono da qualificare quanto meno ambigui.

²⁸ V. *infra* n. 5.

²⁹ *Retro* nt. 3.

³⁰ Ulp. 37 ed. D. 47.2.51.19 (LENEL, *Pal. Ulp.* 1041): *Hoc enim iure utimur ut furtum sine contrectatione non fiat.*

vede nel frammento ulpiano dei *Digesta*, tuttavia non è detto che vi fosse anche nell'originale classico; ma anche perché, guarda caso, proprio la stesura giustiniana del nostro passo presuppone che la *contractatio rei* sia indiscutibile e che la esistenza del furto dipenda dall'esistenza « anche » di un altro elemento, l'*animus furandi*³¹. Comunque, il carattere significativamente perplesso della motivazione indebolisce di molto la credibilità della tesi: il « non necessariamente » è esatto, ma non esclude che la *contractatio* possa esservi e, stando all'*id quod plerumque accidit*, vi sia³².

Pago di queste osservazioni di carattere critico, ad esse mi limitavo nel precedente scriterello sul tema. Ma questa volta no. Giustamente richiamato dall'Archi ad una considerazione più attenta dei rapporti sessuali tra equini, credo doveroso aggiungere qualche parola in proposito, rifacendomi alla vasta trattazione *de re rustica* pubblicata, sul finire del primo secolo dopo Cristo, dallo spagnolo Lucio Giunio Moderato Columella³³.

Va premesso, a nostro comune ricordo, che il furto non si riduceva, per i giuristi romani dell'età classica, alla sola ipotesi di *amotio*, di sottrazione o asportazione di una cosa mobile a chi l'avesse in suo possesso, di allontanamento della cosa dalla sua sfera di disposizione. Già Masurio Sabino, stando a quanto riferisce Aulo Gellio³⁴, aveva affermato che era responsabile di furto chi « *alienam rem adtrectavit* », cioè chi avesse tirato a sé, ovviamente non autorizzatovi, la cosa altrui³⁵. Circa un secolo dopo, parafrasando e sviluppando questa dichiarazione, Gaio

³¹ L'ALBANESE (nt. 17) 170, ritiene invece che l'interpolatore in tanto abbia chiesto anche l'esistenza dell'*animus furandi*, in quanto non scorgeva nella fattispecie la *contractatio rei*.

³² Osservavo nel mio precedente scritto, a questo proposito, che « l'*admittere asinum in equas*, il *subicere equas* agli stalloni e sopra tutto il *cogere asinum* (anche se volenteroso) verso le proprie cavalle non può essere normalmente esente da una certa quale attività materiale svolta ai fini dell'avvicinamento tra gli animali, che, bisogna supporre, già non vivessero in completa promiscuità ».

³³ Su Columella v. SCHANZ-HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur* 2^a (1935) 785 ss.

³⁴ Gell. N.A. 11.18.20 (ma v. anche 11.18.13, 21 e 23).

³⁵ *Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo*: « *qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur* ». V., tuttavia, B. ALBANESE, La nozione del « *furtum* » fino a Nerazio, in AUPA. 23 (1953) 120 ss., il quale esclude, con argomentazione su cui non possiamo qui fermarci, che ai tempi di Sabino la *contractatio* fosse già ritenuta requisito essenziale del *furtum*.

scriveva nel suo manuale che si ha furto « non solo quando taluno asporta la cosa altrui allo scopo di farla propria, ma, più in generale, quando taluno dispone materialmente della cosa altrui senza la volontà del *dominus* »³⁶; né risulta che da questo insegnamento si siano discostati in senso restrittivo i giuristi posteriori. « *Adtrektare* » e « *cumtrektare* », da *ad* (o *cum*) e *tractare*, verbo che è a sua volta un intensivo di *trahere*³⁷, indicano indubbiamente che il ladro si pone in una relazione materiale con la cosa desiderata, allo scopo di tirarla a sé o di escluderla dalla disponibilità del possessore, ma non implicano che il ladro debba apprendere con le mani la cosa o anche solo toccarla, con le mani o altrimenti. Quel che occorre, e che basta, è il 'trattamento' operato con mezzi materiali, sicché se la cosa è semovente, se è un essere animato, la si può rubare anche inducendola con gesti o schiamazzi ad allontanarsi dal luogo in cui il possessore l'abbia sistemata, oppure impedendole in qualunque modo di far ritorno al suo luogo abituale di insediamento: del che Gaio fornisce un esempio lucidissimo in un passo famoso delle *res cottidianae*³⁸ relativo a galline ed a paperi volati altrove perché « *quolibet modo turbati* », in qualsivoglia modo spaventati³⁹.

Venendo ai nostri equini, esaminiamo meglio le due ipotesi esposte da Ulpiano. Nella prima ipotesi, quella cui si riferisce il primo periodo del testo, il proprietario delle cavalle esercita un « *cogere* » nei confronti dell'asino altrui e così ottiene un « *admittere in equas suas* » dell'asino in questione; nella seconda ipotesi, quella del secondo periodo, il proprietario delle cavalle effettua un « *subicere* », di queste ultime ai cavalli di un altro. I tre verbi (*cogere*, *admittere*, *subicere*) hanno un senso tecnico ben preciso, che solo pallidamente sono riuscito a rendere nella mia traduzione⁴⁰. « *Cogere* » non è solo il costringere materiale, che nel caso nostro sarebbe il prendere di peso l'asino o il trascinarlo a viva forza in mezzo alle cavalle, ma è l'indurre con mezzi

³⁶ Gai 3.95: *Furtum autem fit non solum cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.*

³⁷ WALDE-HOFMANN, *Lat. etym. Wb.* shv.

³⁸ Su questo testo, e sul parallelo I. 2.1.16, cfr. ALBANESI (nt. 17) 83 ss.

³⁹ Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.5.6: *Gallarum et anserum non est fera natura: palam est enim alias esse feras gallinas et alios feros anseres, itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbataeque adeo longius evolaverint ut ignoremus ubi sint, tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. qua de causa furti nobis tenetur qui quid eorum lucrandi animo apprehenderit.*

⁴⁰ Retro n. 2.

materiali l'animale a muoversi ed eventualmente a saltare una siepe di confine: anche, insomma, con schiocchi di frusta o con gesti o « arri » di incitamento⁴¹. « Admittere » un maschio su una o più femmine (« in ») è il verbo proprio per indicare che il maschio viene portato alla monta, sì che gli stalloni sono appunto denominati « *admissarii* »⁴², e il « *subicere* » ad un maschio una femmina è chiaro come la luce del sole.

Tutto questo è evidente, ma non sarà male qui aggiungere che l'esperto Columella insegna, e noi non abbiamo ragioni per smentirlo, che la disposizione reciproca tra gli equini ad amarsi non è situazione facile a realizzarsi in un clima di spontaneità, e che anzi gli accorti agricoltori devono a volte darsi da fare non poco per ottenere l'appropriato risveglio della natura⁴³. Dirò di più. Sopra tutto in materia di incontri tra asini e cavalle, destinati alla produzione di muli, la bisogna è particolarmente difficile, perché gli animali subumani non la cedono in nulla di fronte al razzismo di certi animali umani e la cavalla vuol farsela col cavallo, mentre l'asino le preferisce decisamente l'asina⁴⁴. Rivela a questo proposito l'inesauribile Columella che per esaltare l'asino maschio quei birboni degli allevatori usavano mettergli accanto una femmina della stessa razza, dopo di che, « quando lo stallone è stato blandito dalla presenza dell'asina ed è ormai divenuto come ardente e cieco di passione, sottrattagli colei ch'era oggetto del suo desiderio, gli pongono vicino la cavalla di cui aveva avuto fastidio »⁴⁵.

Se si pone mente alle complesse operazioni ora accennate, ogni dubbio circa la configurabilità della *contrectatio*, nelle due ipotesi esaminate, cade⁴⁶. A Modestino, ad Ulpiano, a qualunque altro giurista romano non poteva venire nessuna ragionevole esitazione in argomento.

⁴¹ FORCELLINI, *Lexicon t. L.* shv. Del resto, il fenomeno era colto anche nel « *metu coactus* », nel soggetto giuridico che fosse stato vittima di una minaccia.

⁴² FORCELLINI shv. Cfr. Varro *r. r.* 2.5.14; Colum. *r. r.* 6.27 *passim* (dei cavalli).

⁴³ Colum. *r. r.* 6.27.10: *Quod si admissarius iners in Venerem est...; rursus si equa marem non patitur...* Per maggiori particolari si legga il testo.

⁴⁴ Colum. *r. r.* 6.36.4: *quoniam similia similibus familiariora fecit natura*.

⁴⁵ Colum. *r. r.* 6.36.4: *Itaque obiectu asinae cum superiectum eblanditi sunt, velut incensum et obcavatum cupidine, subtracta quam petierat, fastiditae imponunt equae.*

⁴⁶ Colum. *r. r.* 6.36 è prevalentemente dedicato alle operazioni agevolatrici degli amori tra asini e cavalle ed eventualmente moderatrici degli eccessivi ardori dei maschi. Gli ardori delle femmine sono stati addirittura cantati da Verg. *Georg.* 3.266 e 269 ss.; ma v. anche Colum. *r. r.* 6.27 e 35, con considerazioni preziose e a volte sorprendenti.

5. — Il dubbio preso in considerazione da Ulpiano non riguardava un requisito specifico del furto, ma concerneva, a mio avviso, la singolare fattispecie nella sua globalità. E il punto era questo. La *contrectatio* di un asino o di alcuni cavalli altrui operata al limitato fine di concludere una monta per le proprie cavalle, quindi con un *animus* del tutto caratteristico, dà luogo o non dà luogo alla figura del *furtum*?

La conferma della risposta di Ulpiano, nel senso che l'agente « *furti non tenetur* », noi la possiamo trarre indirettamente dalla lettura di un altro brano ulpiano, ritagliato dal libro 41 del commentario *ad Sabinum*⁴⁷, nel quale si esamina un caso in certo modo analogo e si mette in esplicito la ragione della configurabilità del furto. « Se un tale ha rapito la schiava altrui esercente il meretricio, la verità è che il furto non c'è: non si guarda invero al puro fatto (della *contrectatio*), ma alla finalità dell'azione, e qui il fine dell'azione è stata la libidine, non il furto »⁴⁸. Dunque, la *contrectatio* e l'*animus furandi* debbono indiscutibilmente concorrere affinché si possa parlare di *furtum*, ma la « *causa libidinis* » non è equiparabile all'*animus furandi*. Si sostituisca a « *causa libidinis* » il « *τῆς γονῆς dumtaxat χάριν* », che è espressione ancor più limitativa della prima, e si capirà finalmente il perché della decisione di Ulpiano in D. 47.2.52.20.

Ancora una volta si riscontra, nel nostro caso, la provvida riluttanza dei giureconsulti romani, di quelli veri, alle lusinghe assillanti del dogmatismo, della consequenzialità logica, di quella insomma che i germanici chiamano la « *Begriffsjurisprudenz* », la giurisprudenza rigidamente ossequiente ai concetti generali⁴⁹. Non vi è dubbio che astrattamente anche il semplice fine di monta sia una specie di *animus furandi*, e che quindi l'utilizzazione degli equini maschi altrui possa essere astrattamente classificata come *furtum*. Ma il buon senso pratico non permette di arrivare a tanto. Un giurista che abbia i piedi per terra, il furto non può che escluderlo.

Perché, si badi bene, la soluzione del nostro caso in un senso piuttosto che nell'altro implicava, per diritto romano, conseguenze pratiche relevantissime. La configurazione del caso come *furtum* portava al rico-

⁴⁷ Ulp. 41 *Sab.* D. 47.2.39 (cfr. LENEL, *Pal. Ulp.* 2866, sub tit. « *de furtis* »).

⁴⁸ *Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit quis [vel celavit], furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi: causa autem faciendi libido fuit, non furtum.* V. *infra* nt. 54.

⁴⁹ Limpide considerazioni, con riferimento ad Jhering, in F. VASSALLI, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, in *St. giuridici* 3.2 (1960) 813 ss.

noscimento dell'*actio in duplum*⁵⁰; la negazione del *furtum* portava alla concessione di un'*actio in factum* limitata al *simplum*, anzi più probabilmente limitata all'«*id quod actoris interest*», in forza della quale il giudice privato era invitato a tener conto, nella condanna, del valore obbiettivo della prestazione effettuata dagli equini maschi, nonché del *quid* in più rappresentato dall'interesse dell'attore ad ottenere il rimborso al momento della *litis contestatio* (o della sentenza, o della violazione lamentata)⁵¹. Umanamente comprensibile è che alla vittima della frode piacesse considerarsi un derubato (di qui probabilmente il quesito posto a Modestino), ma pienamente da approvare sono la sensibilità pratica e la prudenza di Ulpiano, che esclude il *furtum* e nega l'*actio furti*.

E a questo punto un piccolo indugio sull'*actio in factum* non sarà inopportuno. Quali possano essere state le caratteristiche dell'*actio in factum* è cosa che l'Archi ha approfondito in modo altamente penetrante, anche se, bisogna dirlo, a titolo esclusivamente ipotetico⁵². Tuttavia io mi chiedo se il quesito sia stato espressamente posto da Modestino ad Ulpiano e se comunque Ulpiano abbia, nella sua risposta fatto esplicita menzione dell'*actio in factum*. E il mio parere, come già nell'articolo precedente sul tema, è, francamente, negativo. Ai Romani, e sopra tutto ai giuristi romani, tornava assolutamente ovvio, io penso, che in mancanza dell'*actio furti* trovasse luogo, a beneficio della vittima, un'*actio in factum*. È pertanto un po' ingenuo, a mio avviso, attribuire l'escogitazione dell'*actio in factum* ad Ulpiano⁵³, tanto più che Ulpiano, nel discutere il caso della schiava meretrice, dell'*actio in factum*, pur diffondendosi su altri problemi, non parla⁵⁴. Il confuso, e superfluo, accenno all'*actio in factum* come alternativa dell'*actio furti* mi sembra

⁵⁰ V. *retro* n. 2 e nt. 14.

⁵¹ Sulla *condemnatio* nel «*quanti Auli Agerii interfuerit*»: M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht* (1966) 244.

⁵² ARCHI (nt. 3) 144 ss.

⁵³ Cfr. ARCHI (nt. 3) 147, il quale fa leva sul fatto che «Ulpiano citi se stesso con un accento di particolare compiacimento».

⁵⁴ Cfr. D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*), già parzialmente riportato *retro* nt. 48. Ivi Ulpiano pone anche il quesito, ben altrimenti difficile, se il rapitore di una sguadrina (non schiava?) abbia commesso *crimen* di *plagium* (represso dalla *lex Fabia de plagiariis*, forse del sec. I a.C.) e, senza particolari compiacimenti, segnala di averlo risolto in concreto negativamente: *An tamen vel Fabia teneatur, qui subpressit scortum libidinis causa? et non puto teneri, et ita ex facto, cum incidisset, dixi.*

piuttosto, insomma, frutto di una inserzione, come suol dirsi, « completomane ».

6. — E con ciò ho chiuso. O meglio non ancora, perché ancora mi manca di fare ammenda di una supposizione scherzosa, e forse anche irriverente, che avevo avanzato in quel tal primo mio articolo sul tema.

La domanda che mi ero posta era la seguente: come mai Ulpiano, che nel suo passo ci fa sapere di aver già risolto in concreto un dubbio relativo all'incontro tra cavalle e cavalli, raffigura invece se stesso, nell'esempio astratto del primo periodo, come proprietario di un asino? E siccome mi ero immaginato che Ulpiano fosse capace di sorridere e che in occasione del quesito postogli da Modestino egli avesse sorriso del suo allievo « diligentissimo e alquanto pignolo »⁵⁵, ecco che retoricamente mi chiedevo: « Sarà stato per questo che... il giurista usa a mo' di verso parole greche, probabilmente prese in prestito dalla lettera del grecolloquente Modestino, mentre trasforma i nobili destrieri di cui gli scriveva preoccupato quest'ultimo in un modesto e casalingo somaro? ».

Gravissima leggerezza, lo ammetto. Prima di sottovalutare il somaro di Ulpiano avrei dovuto edurmi circa gli asini atti alla monta delle cavalle⁵⁶. Vi sono asini ed asini, infatti. Indubbiamente utilissimo, anche perché economico, è l'asinello comune, il « *vilis vulgarisque asellus* » di taglia piccola, da mettere a frutto per il trasporto, per il lavoro dei campi, per la macina⁵⁷, nonché, dice Plinio riferendo un insegnamento di Catone, da destinare ai terreni poveri e marci⁵⁸. Ma l'asino per cavalle è ben diversa cosa e trovarne uno adatto è tutt'altro che facile, tanto più che l'aspetto esteriore spesso tradisce: « molti stalloni bellissimi di figura producono poi una razza pessima o per forma o per sesso », mentre « vi sono stalloni spregevoli all'aspetto, che sono

⁵⁵ Giuocavo sul senso di « *studiosus* », che indica l'allievo, ma anche il seguace fedele, il « supporter », e la persona altamente diligente.

⁵⁶ Dice Columella *r. r.* 6.27.1, che il bestiame equino si divide in tre categorie: una razza più nobile, che offre cavalli per i giochi del circo e per le gare sacre; una razza da muli, che per i guadagni che dà con la propria prole si può paragonare alla razza nobile; e finalmente la razza volgare, che produce mediocri femmine e maschi.

⁵⁷ Colum. *r. r.* 7.1.3, che cita anche Verg. *Georg.* 1.273 ss.

⁵⁸ Plin. *n. h.* 18.44: *de terra cariosa exsecratio Catonis abunde indicata est, quamquam praedicere non cessat is: « quicquid per asellum fieri potest vilissime constat ».*

fecondi di semi preziosissimi »⁵⁹. Se la legge della domanda e dell'offerta aveva vigore anche per i Romani, il prezzo delle prestazioni di un asino per cavalle doveva essere dunque sostanzioso.

Anche se continuo a non capire l'inusitato ricorso al greco⁶⁰, mi rendo conto, ed era ora, della scelta dell'asino. Non è che Ulpiano abbia in qualche modo voluto dar la baia al suo allievo ed estimatore Modestino. Al contrario, egli ha voluto imprimere alla fattispecie, a dir così, un tocco di tecnicismo e portarla al grado di evidenza massimo. Ed è comprensibile che, ciò facendo, egli abbia trascurato ogni spiegazione. « Capisca il profano quel che vuole », egli si è detto, « e magari strizzi anche l'occhio, il profano⁶¹: l'esperto di equini non mancherà di intendere la ragione sottile per cui ho fatto l'esempio del somaro ».

Ulpiano come Copernico? « *Mathémata mathematicis scribuntur* »?⁶²

⁵⁹ Colum. r. r. 6.36.3.

⁶⁰ L'ARCIU (nt. 3) 140 e nt. 19, ipotizza poco persuasivamente che « τῆς γονῆς dumtaxat χάριν » fosse un'espressione presa « dal gergo degli allevatori, che nel mondo che parla greco avevano antiche e qualificate tradizioni ».

⁶¹ Cfr. Petron. satyr. 24.7: « Haec », inquit (Quartilla) « belle cras in promulside libidinis nostrae militabit; hodie enim post asellum diaria non sumo ». (L'esperta Quartilla si riferisce qui alle doti promettenti, ma immature del piccolo Gitone. I cibi di ordinata amministrazione non la allettano, dal momento che, oggi come oggi, essa è in condizione di servirsi di un ben più consistente *asellus*: termine che può indicare tanto, in gastronomia, un pesce di specie prelibata quanto, levate le mense, l'asino, animale ben noto per la sua validità amorosa).

⁶² N. COPERNICUS, *De revolutionibus orbium coelestium* (1543) praef.