

***Crimen et delictum* in Isidoro di Siviglia: cenni sul *furtum* in *Etym.* 5.26.18.**

Francesco Edoardo Maria Colombo
(Università degli Studi dell'Insubria)

Sommario: 1. Premesse – 2. Lo sviluppo della potestà punitiva romana – 3. *Crimen et delictum* nelle *Etymologiae* di Isidoro – 4. Il *furtum* – 5. Il *furtum* nelle *Etymologiae* di Isidoro – 6. Conclusioni.

1. Premesse

La letteratura scientifica¹, come è noto, ha rilevato come l'atteggiamento nei confronti scienza giuridica romana di Isidoro di Siviglia sia espressione particolarmente enigmatica di una scelta dell'intellettuale iberico all'interno del mondo

¹ Si veda, *ex multis*: B. KÜBLER, *Isidorusstudien*, in *Hermes*, 25, 1880, 496 ss.; H.E. DIRKSEN, *Über die durch Isidor von Sevilla benutzten Quellen des römischen Rechts*, in *Hinterlassene Schriften zur Kritik und Auslegung der Quellen*, vol. I, Leipzig, 1871, 185 ss.; A. TABERA, *La definición de furtum en las Etimologías de S. Isidoro*, in *SDHL*, n. 8, 1942, 24 nt. 1; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, 213 ss.; C. DIAZ Y DIAZ, *La cultura de la España visigótica del siglo VII*, in *Caratteri del secolo VII in Occidente* (Settimane di Studio, 23-29 aprile 1957), vol. II, Spoleto, 1958, 813 ss.; J. FONTAINE, *Isidore de Séville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique*, Paris, 1959; A. GARCIA GALLO, *San Isidoro iurista*, in *Isidoriana. (Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento)*, Leon, 1961, 135 ss.; J. DE CHURRUCA, *Presupuestos para el estudio de las fuentes jurídicas de Isidoro de Sevilla*, in *AHDE*, n. 43, 1973, 429 ss.; *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla*, Bilbao, 1975; I. VELAZQUEZ SORIANO, *Léxico isidoriano en las Etimologías. Problemas para su estudios*, in *Euphrosyne*, n. 22, 1994, 235 ss.; R. MENTXACA, *Algunas consideraciones sobre Isidoro, Et.5.25.22-24*, in *Collatio iuris Romani. Études dédiées à H. Ankum*, vol. I, Amsterdam, 1995, 332 ss.; *Algunas consideraciones sobre los crimina, en particular contra el Estado*, in *Las Etimologías de Isidoro (Et. 5.26)*, in *RHD*, n. 65, 1997, 397 ss.; *Delitos contra la moral sexual en la Etimologías de Isidoro*, in *Labeo*, n. 44, 1998, 77 ss.; *Algunas consideraciones sobre los crimina contra las personas en las Etimologías de Isidoro*, in *Mélanges F. Sturm*, vol. I, Liège, 1999, 777 ss.; D. LIEBS *Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis 8. Jahrhundert)*, Berlin, 2002, 280 ss.; F. FERNANDEZ DE BUJAN, *Il potere politico nel pensiero di Isidoro di Siviglia*, in *Ravenna Capitale, Uno sguardo ad Occidente – Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 1 ss.

visigoto ove ha vissuto: non è facile, in altre parole, comprendere quale scopo si fosse prefissato l'autore delle *Etymologiae* con la stesura di tale simile opera e con quali conseguenti parametri egli l'abbia realizzata.

In particolare, esaminando l'opera isidoriana nel suo complesso, possiamo riscontrare contemporaneamente l'utilizzo di dati di matrice prettamente classica, unitamente a elaborazioni successive, mutazioni postclassiche e, forse, anche apporti personali dell'autore; il tutto, in un accostamento di opposti di non facile spiegazione, oscillante tra tecnicismi giuridici, spiegazioni etimologiche che potremmo definire ingenue e possibili diretti accenni alla realtà del VI/VII secolo d.C.

In quest'ottica, si pone come centrale la questione del riconoscimento ed individuazione delle fonti utilizzate da Isidoro², che probabilmente erano costituite da materiale postclassico di origine occidentale, già di per sé non scevro da antinomie ed espressione frequente di discordanti tradizioni.

Premesso ciò, anche in ragione del periodo della "edà sincretica"³, ove si colloca l'opera di Isidoro, meritano attenzione i lemmi che egli dedica al diritto⁴, per le peculiari suggestioni che il dotto iberico permette di cogliere, tra l'anelito e la nostalgia del classicismo ed i rilievi prodromici delle trasformazioni del Medioevo, così come emergono anche da questa parte delle sue *Etymologiae*.

Il presente contributo, pertanto, lungi dal voler essere esaustivo in merito, si concentrerà su di un lemma specifico, quello relativo al *furtum*, quale paradigma della concezione isidoriana del diritto criminale.

2. Lo sviluppo della potestà punitiva romana

Innanzitutto, occorre rilevare in quale modalità il diritto romano si sia sviluppato sin dagli albori dell'età arcaica: nel periodo più risalente dell'esperienza giuridica romana, prevaleva una concezione penalistica degli atti considerati illeciti, che si evolse lentamente verso una categorizzazione degli illeciti privati afferente alla sfera civile del diritto: in via primaria interveniva la potestà punitiva insita nella *patria e dominica potestas*; accanto a questa era lasciato ampio spazio alla

² P. BIASCHI, *Un esempio del metodo pedagogico isidoriano: Etym. 5.25.17*, in *Ravenna Capitale, Uno sguardo ad Occidente – Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 277 ss.; A. TRISCIUOGGIO, *Sul divieto di usare le abbreviature nella trascrizione dei codici (a proposito di Isid. Siv. Etym. I.23.2)*, in *Studi Martini*, vol. III, Milano, 2009, 759 ss.; J. FONTAINE, *Isidore de Seville cit.*, 123.

³ M. CRUZ HERNANDEZ, *San Isidoro y el problema de la «cultura» hispano-visigoda*, in *Anuario de estudios medievales*, vol. 3, 1966, 413 ss.

⁴ I lemmi riguardanti il diritto, sono individuabili soprattutto nei libri V e IX ed appaiono molto diversificati, sia per struttura sia nei contenuti.

reazione ed alla vendetta dell'offeso. Quest'ultima, che all'inizio comprendeva sanzioni personali e fisiche, venne via via limitata portando alla creazione della categoria degli illeciti privati passibili di sanzione meramente pecuniaria e perseguibili nelle forme del processo privato.

Durante l'epoca monarchica di Roma, la repressione delle condotte illecite più gravi era affidata al Re, ma se esse non producevano la violazione di interessi considerati comuni dalla collettività, la punizione era delegata normalmente al potere del *pater familias*: la potestà punitiva pubblica veniva esercitata, in via per così dire suppletiva, quando la gravità dell'infrazione del cittadino fosse stata tale da compromettere la *pax deorum*, cioè quella peculiare situazione di benevolenza e di favore da parte degli dèi⁵. Tale concezione, mutò molto precocemente nella storia romana tanto che è opinione comune che il diritto si evolse separatamente dalla sfera religiosa già in età monarchica, venendo assorbito dalla concezione e dall'espressione di potere politico-militare in senso lato.

Un ulteriore elemento da sottolineare è rappresentato dal fatto che, a differenza di oggi, nel mondo romano non esisteva, sino all'ultima età, il monopolio dell'irrogazione della *poena* da parte degli organi di governo e neppure una concezione di pena come punizione irrogata da un magistrato giudicante tramite sentenza: non è attuabile, infatti, una categorizzazione dogmatica attualizzata, al mondo classico e postclassico.

In epoca repubblicana e durante il principato, emerse più compiutamente la distinzione tra *delicta* e *crimina* e la relativa repressione: per i primi, che erano considerati lesivi di interessi individuali o familiari, extracontrattuali (*furtum*, *iniuria*, *damnum iniuria datum*, *rapina*, cui si aggiunse il *dolus*, illecito penale di genesi pretoria), si applicava il processo civile, il quale, semplificando, si svolgeva nei modi del *lege agere* e successivamente *per formulas*. La sanzione, inoltre, era una pena prettamente privata di carattere pecuniario, che andava a ripagare il torto patito dall'offeso. Al contrario, i *crimina*, che si riteneva coinvolgessero l'intera comunità cittadina, erano oggetto di una repressione di carattere pubblicistico, dapprima sottostante al giudizio regio o magistratuale, poi evolutasi nello *iudicium populi*, nelle *quaestiones* ed infine nelle *cognitiones* imperiali. L'*imperium* consolare venne limitato con la *provocatio ad populum*, esercitabile contro le condanne capitali e pecuniarie superiori ad una cifra fissata per legge: essa era artico-

⁵ Dion. Hal. 2.29.1: “[Romolo] *Rese* [...] *i giudizi riguardanti le offese reciproche non lunghi, ma rapidi, alcuni reati giudicando personalmente, altri rimettendoli ad altri, e commisurava le pene alla gravità dei reati. Vedendo che soprattutto la paura poteva distogliere gli uomini da ogni delitto, preparò a tal fine, nel punto più visibile del foro, un posto in cui giudicava stando seduto; inoltre una scorta di soldati, in numero di trecento, che erano davvero tremendi per aspetto, e dodici uomini che portavano verghe e scuri, con le quali battevano nel foro quelli che avevano compiuto azioni degne di castighi e decapitavano in pubblico quelli che avevano compiuto i delitti più gravi*”.

lata, a seconda della gravità della pena ritenuta congrua dal magistrato, in esercizio discrezionale dell'*imperium* o meglio della *coercitio* (dei consoli, pretori, edili e governatori provinciali), e negli *iudicia populi* a cui furono affiancati i tribunali speciali. La pena, in questi casi, era pubblica ed incideva sulla persona e/o sul patrimonio del reo: non essendo mai stata prevista la pena di tipo detentivo, nella tradizione romana, questa era di solito costituita dalla pena capitale, dall'esilio e dall'espropriazione di tutti i beni del reo.

3. *Crimen et delictum* nelle *Etymologiae* di Isidoro

Partendo dall'*incipit* del titolo 5.26 delle *Etymologiae*, possiamo innanzitutto individuare una prima qualificazione etimologica del *crimen* da parte di Isidoro:

Etym. 5.26.1: Crimen a carendo nomen: ut furtum, falsitas et cetera, quae non occidunt sed infamant.

Il termine *crimen*, deriverebbe, secondo il vescovo iberico, da *carere nomen*, cioè essere privo di nome: i reati più gravi sarebbero quindi il furto, la falsità ed azioni similari; quest'ultima fattispecie è seguita da un generico *et cetera*, cui si lega una proposizione relativa.

Come oculatamente rilevato da Martini e Pietrini, il pronome *quae* lascia molti dubbi interpretativi di difficile soluzione⁶: se esso debba essere riferito a “tutti gli altri crimini” ad eccezione del furto e della *falsitas*, si dovrebbe giungere alla conclusione che mentre per questi due crimini era prevista la pena di morte, per tutti gli altri la sanzione è quella minore dell'*infamia*⁷; al contrario, qualora il pronome *quae* debba essere riferito a “tutti gli altri crimini”, i quali come il furto e la *falsitas* non comporterebbero la pena di morte, ma quella dell'*infamia*, si verrebbe ad escludere l'applicazione della pena capitale per qualsiasi delitto; fatto che non corrisponderebbe a verità storica. L'incongruenza potrebbe essere giustificata semplicemente poiché Isidoro non fu, in senso tecnico, un giurista, ossia non fu

⁶ R. MARTINI E S. PIETRINI, *Cognizioni giuridiche nel libro V delle Etymologiae di Isidoro di Siviglia*, in *Ravenna Capitale, Uno sguardo ad Occidente – Romani e Goti – Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 68.

⁷ Infamia, nel linguaggio giuridico romano, definiva quella speciale diminuzione dell'onore del cittadino, per cui chi ne è colpito incorreva in alcune particolari incapacità stabilite tassativamente dalla legge. Gli effetti giuridici dell'infamia erano principalmente: esclusione dalle cariche pubbliche; perdita del diritto di *postulare pro aliis nisi pro certis personis*, che comportava l'incapacità di esercitare un'azione popolare, nonché di essere rappresentante o rappresentato in giudizio; incapacità, in certi casi, di testimoniare nei processi.

un “*profesional del Derecho o un hombre consagrado al cultivo del mismo*”⁸: è il vescovo di Siviglia che, infatti, ci informa in un’epistola indirizzata a Braulione di essere ben consapevole che l’Enciclopedia contenesse errori, ma che non era stato in grado di correggerli per motivi di salute⁹.

La succinta definizione isidoriana dà atto della tendenza del tardo impero, a partire soprattutto dall’età di Costantino, indirizzata verso un inasprimento generale del sistema penale romano¹⁰: non approfondendo l’inesattezza dell’etimologia del termine *crimen*, ciò che emerge immediatamente e che qui interessa precipuamente, è che la fattispecie del furto, generalmente considerata, sembrerebbe valutata ed espressamente inserita da Isidoro, fra i comportamenti criminosi più noti e diffusi, tale da essere il primo esempio di *crimen*, pertanto perseguibile attraverso le forme del processo pubblico e non privato, che conseguentemente prevedeva, in caso di colpevolezza, l’irrogazione di una pena altrettanto pubblica, quale appunto l’*infamia* o la pena di morte. Di diverso avviso, invece, Pelloso, che ritiene che Isidoro non utilizzi il termine *crimen* in senso così tecnico: più precisamente, “*attesa la fluidità del vocabolario romano in tema di illeciti, nessuno stupore dovrebbe suscitare l’impiego di crimen (Gaio, Isidoro) o scelus (Servio) per indicare il furtum manifestum delle origini*”¹¹. In effetti, il rigore nell’uso tecnico di *delictum* e *crimen*, sembrerebbe essersi molto attenuato nel tardo impero: come esempio si prenda il parallelo tra le *Institutiones* di Gaio, che fanno riferimento al *furtum* quale *delictum*¹², mentre nel corrispondente *Liber Gai* del *Breviarium*, al furto sono accostati l’omicidio e l’adulterio, che erano sicuramente parte dei *crimina*¹³.

4. Il furtum

Anticamente la configurazione originaria del furto appariva come segue: il furto¹⁴

⁸ Così A. GARCIA GALLO, *San Isidoro iurista cit.*, 135.

⁹ R. MARTINI E S. PIETRINI, *Cognizioni giuridiche cit.*, 68.

¹⁰ V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana*, Napoli, 1984, 155 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, Milano, 1989.

¹¹ C. PELLOSO, *Studi sul furto nell’antichità mediterranea*, Padova, 2009, 226.

¹² Gai 3.157 *Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias.*

¹³ Liber Gai 2.9.18: *Nam si contra bonos mores aliquid mandare voluerimus, hoc est, si cuidam mandemus, ut alicui furtum faciat, aut homicidium, aut adulterium admittat in his rebus mandati obligatio non contrahitur.*

¹⁴ Sul furto, da ultimo nell’ampia bibliografia ad esso dedicata, si segnala: B. SANTALUCIA, ‘*Crimen furti*’. *La repressione straordinaria del furto nell’età del Principato*, in *On. Murga Gener*, Madrid, 1994, 785 ss.; O. BEHREND, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, in AA.VV., *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens. VI Symposium der Kommission, Die Funktion*

veniva disciplinato nelle XII Tavole¹⁵ senza che vi fosse una vera e propria definizione dello stesso¹⁶; d'altra parte, prima di tale fonte, non è giunta sino a noi alcuna regolamentazione in materia che possa aiutare l'esegeta¹⁷; in linea generale, secondo la *communis opinio*, sostenuta ed accettata dalla maggior parte degli studiosi¹⁸, la disciplina decemvirale del *furtum*, sarebbe stata costituita da una nozione piuttosto simile a quella rinvenibile negli odierni ordinamenti positivi, individuata specificatamente e, forse restrittivamente, nella sottrazione di una cosa mobile dall'altrui sfera dispositiva (*amotio rei*)¹⁹.

In epoca classica, il *furtum* si ampliò e successivamente si ridimensionò nel proprio significato, entrando a far parte stabile della categoria dei *delicta*: sebbene, in un periodo non conosciuto, ma successivo alle XII Tavole, il concetto di furto andò a comprendere qualsiasi condotta dolosa ed illecita extracontrattuale, che provocava una perdita economica, relativamente ad una cosa, nella tarda Repubblica romana, in concomitanza con la creazione di nuove figure di illeciti dolosi extracontrattuali, il *furtum* tornò ad essere la sottrazione di cose mobili, ma

des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart (a cura di O. Behrends, W. Sellert), Göttingen, 1995, 225 ss.; C. M. MOSCHETTI, *Furtum commissum a nautis dicitur casus fortuitus. La responsabilità dell'armatore per i delitti commessi dall'equipaggio*, in *Miscellanea Domenico Maffei dicata*, IV, 1995, 337 ss.; M. GARCIA GARRIDO, *Derecho Privado Romano. Casos acciones instituciones*, Madrid, 1997, 484 ss.; F. AMARELLI, L. DE GIOVANNI, P. GARBARINO, A. SCHIAVONE, U. VINCENTI, *Storia del diritto romano*, Torino, 2000, 261 ss. e 271; L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano, 2004; P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006; L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2006, 138 ss. e 417 ss.; P. APATHY, *Commodatum und furtum*, in *Festschrift für Herbert Hausmaninger*, 2006, 15 ss.; M.A. FENOCCHIO, *Il momento genetico e l'evoluzione del concetto di furtum nel diritto romano*, Napoli, 2008.

¹⁵ Gli studiosi collocano il *furtum* nella Tavola ottava, presuntivamente dedicata al diritto criminale, e precisamente: il *fur nocturnus* è collocato in Tab. 8.12, il *fur diurnus qui se telo defendit* in Tab. 8.13, il *fur manifestus* (senza ulteriori aggravanti) in Tab. 8.14; il *fur reso manifestus* con la *quaestio lance et licio* in Tab. 8.15a; il *fur nec manifestus* in Tab. 8.16. C. PELLOSO, *Studi sul furto cit.*, 32.

¹⁶ P. STEIN, *School attitudes in the law of delicts*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano, 1982, 281; W. W. BUCKLAND, *The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge, 1931, 327; A. WATSON, *The origins of usus*, in *RIDA*, 23, 1976, 266: "The basic law of theft was not set out in the XII Tables. This is in line with the view that a fundamental rule may be regarded as so obvious that it can be taken for granted and not set out".

¹⁷ L. LANDUCCI, *Storia del diritto romano dalle origini fino alla morte di Giustiniano*, I, Verona-Padova, 1898, 908.

¹⁸ Su tutti si veda l'analisi di B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA*, 23, 1953, 5 ss.

¹⁹ M.A. FENOCCHIO, *Il momento genetico cit.*, 26.

secondo un'interpretazione più estensiva che dava importanza principalmente alla *contractatio rei*²⁰, piuttosto che alla più specifica *amotio*.

Una delle più celebri definizioni di carattere generale è da rinvenirsi in un passo di Paolo, il quale, pur essendo un giurista molto successivo alla tarda repubblica, con molta probabilità in questo passaggio riferisce una definizione tradizionale, con la quale il giureconsulto chiarisce come il comportamento vietato, così come la conseguente sanzione, promanavano da un precetto sancito dalle leggi naturali:

D. 47.2.1.3 (Paul. 39 ad Ed.): Furtum est contractatio fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.

Il passo descrive la celebre triplice distinzione del *furtum*, che si sarebbe potuto concretare sia come sottrazione della cosa in sé, *furtum rei ipsius*, sia come indebito uso della cosa stessa, *furtum usus*, e infine anche come *furtum possessionis*, cioè letteralmente “furto del possesso”.

Gaio estende la generalità della condotta, specificando ulteriormente come il furto non è soltanto *amotio*, ma *generaliter contractatio*²¹:

Gai 3.195: Furtum autem fit non solum cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contractat.

I testi mostrano quindi un elemento oggettivo costituito dalla *contractatio* di cosa altrui, ma lasciano intuire anche come fosse assolutamente necessaria la verifica dell'elemento soggettivo della fattispecie, costituito dal *dolus* del ladro. Quest'ultimo, era comunque configurabile in una duplice forma: poteva essere inteso meramente come intenzione di sottrarre (*animus furti*, *animus furandi*) oppure e più specificamente, come volontà di ottenere un indebito vantaggio economico, attraverso l'appropriazione della cosa altrui (*animus lucri faciendi*).

L'ulteriore distinzione fondamentale operata dagli *iuris periti* romani in tema di furto, fu quella tra *furtum manifestum* e *furtum nec manifestum*²², che Gellio esemplifica nel rigido schema descritto nei seguenti passi:

²⁰ M. MARRONE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 2004, 304.

²¹ *Contractatio*, anche nell'uso comune, designava il tocco ed il maneggiamento: Sen. rh. contr. I.2.3: *Castam te putas, quia invita meretrix es? Nuda in litore stetit ad fastidium emptoris: omnes partes corporis inspectae et contractatae sunt*; Corn. Cels. *De med.* II.8: *Ipsa autem deiectio sine ulla noxa est, quae sine febre est; si celeriter desinit; si contractato ventre nullus motus eius sentitur; si extremam alvum spiritus sequitur*.

²² Non si ritiene questo il luogo per approfondire la dibattuta questione sulla distinzione, a cui si rimanda in: P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, 162 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, 326.

Gell. 11.18.6-10: 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. Nam furem, qui manifesto furto pressus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdiu telo se, cum prenderetur, defenderet. Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicque iusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furti manifesti pressos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri. Ea quoque furta, quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent, vindicaverunt. Sed nunc a lege illa decemvirali discessum est. Nam si qui super manifesto furto iure et ordine experiri velit, actio in quadruplum datur.

Gell. 11.18.11-14: Manifestum autem 'furtum est', ut ait Masurius, 'quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri coeperat'. Furti concepti, item oblati, tripli poena est. Sed quod sit 'oblatum', quod 'conceptum' et pleraque alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque iniucunda, qui legere volet, inveniet Sabini librum, cui titulus est de furtis. In quo id quoque scriptum est, quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito possessione eius dominum intervertisset. Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit furem esse hominis iudicatum, qui, cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset.

Gell. 11.18.15: Aliis deinde furtis omnibus, quae 'nec manifesta' appellantur, poenam imposuerunt dupli.

Per la fattispecie del *furtum manifestum* era previsto che il Pretore statuisse l'*addictio* del *fur* al derubato²³, se questi era persona libera, mentre per gli schiavi era riservata la fustigazione²⁴ e, in epoca arcaica, l'espioria precipitazione dal *saxum Tarpeium*. In epoca classica tale pena mutò, venendo a configurarsi solo la pena pecuniaria del *quadruplum* "tam ex servi persona quam ex liberi"²⁵; per la

²³ Secondo alcuni studiosi l'*addictus* diveniva servo del derubato, mentre secondo altri "adiudicati loco", in ragione di Gai. 3.189 (in successiva nota). Si veda in merito: C. PELLOSO, *Studi sul furto cit.*, 228.

²⁴ Alla *verberatio* anche del cittadino libero romano colpevole di furto manifesto farebbe riferimento la testimonianza di Gai 3.189: "Poena manifesti furti ex lege XII Tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cum furtum feceret; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. In servum aequae verberatum animadvertebatur. Sed postea inprobata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est".

²⁵ Non è certo quando il *quadruplum* sostituì le antiche pene della fustigazione e dell'*addictio*. Risulta assai probabile, in ogni caso, che l'*addictio* venisse ancora applicata nel II sec.

seconda fattispecie, cioè il *furtum nec manifestum*, era invece ritenuta adeguata la pena pari al pagamento in favore del derubato, del doppio del valore della cosa sottratta²⁶.

5. Il *furtum* nelle *Etymologiae* di Isidoro

Venendo alla disamina del lemma isidoriano specifico in tema di furto, si può notare come il dotto autore ispanico sembrerebbe limitarsi a descrivere solo la scelta repressiva più antica, paragonata a quella del periodo classico del diritto romano, senza specificare come questa si sia evoluta²⁷:

Etym. 5.26.18: *Furtum est rei alienae clandestina contrectatio, a furvo, id est fusco vocatum, quia in obscuro fit. Furtum autem capitale crimen apud maiores fuit ante poenam quadrupli.*

La definizione etimologica del furto potrebbe sembrare già di per sé di non facile accostamento con le altre fonti giuridiche sul *furtum*, che esplicitano la pena pecuniaria del quadruplo, classicamente prevista solo per il *furtum manifestum*.

A parere di Tabera²⁸, il passo di Isidoro troverebbe le proprie precipe fonti, sia dal punto di vista etimologico, sia da quello definitorio, in un passo di Varrone ed in un commento del grammatico Servio all'Eneide²⁹; oppure, secondo quanto suggerito da Huvelin³⁰, il passo andrebbe letto congiuntamente con i pareri più prettamente giuridici di Gaio, Labeone e Paolo. Pur non potendo sostenere una posizione definitiva in merito, si rileva come la definizione, particolarmente semplicistica e limitata, sarebbe difficilmente giustificabile in rapporto alle precise fonti giuridiche citate in materia, ragion per cui potrebbe essere più probabile, per quanto stentatamente spiegabile, che Isidoro abbia fatto proprio una definizione più sommaria, derivante da fonti letterarie.

Secondo Biavaschi³¹, le ipotesi che in questo caso si possono formulare sono essenzialmente due: o Isidoro ha copiato parzialmente e sommariamente un passo

a.C., ai tempi di Marco Porcio Catone, come rivela Gell. *noct. Att.* 11.18.8.

²⁶ Si veda in merito: G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, 148.

²⁷ P. BIAVASCHI, *La "Christiana societas" nei lemmi giuridici delle Etymologiae di Isidoro*, in *Index*, Napoli, 41, 2013, 104.

²⁸ A. TABERA, *La definición de furtum cit.*, 24 ss.

²⁹ *Ad Aen.* 8.205: *pro ingenti scelere furis nomen posuit; capitale enim crimen apud maiores erat ante poenam quadrupli.*

³⁰ P. HUVELIN, *Etudes sur le furtum*, Parigi, 1915, 430 ss.

³¹ P. BIAVASCHI, *La "Christiana societas" cit.*, 94 ss.

di autore classico, nel quale si citavano i *maiores* come coloro che applicavano la pena capitale al *furtum*, mentre successivamente si applicava la pena pecuniaria del quadruplo del valore della refurtiva; oppure, ha semplicemente attinto ad un manuale tardoantico, volutamente semplificando al minimo il dato citato e dimenticando completamente l'evoluzione dell'istituto dopo il periodo classico. Infatti, in verità, risulta assai complicato scoprire con sicurezza le fonti utilizzate dal vescovo iberico per la stesura dell'etimologia del *furtum*, forse addirittura rinvenibile in quel ipotizzato manuale del V secolo d.C. andato perduto.

Venendo ad esaminare il citato lemma, appare evidente la diversità dal diritto giustiniano, codificato in Oriente circa un secolo prima, e dal diritto classico, ma altresì si può notare la distanza dal diritto delle *Pauli Sententiae*³² e delle *Istitutiones* di Gaio, opere queste che Isidoro, quantomeno nella versione tradata dalla *Lex romana Wisigothorum*, molto probabilmente conosceva³³. Infatti, non vi è neppure un accenno alla tradizionale configurazione del *furtum* quale *privatum delictum*, atto illecito e fonte di obbligazione: la considerazione del furto quale fonte di obbligazione *ex delicto* era presente nelle Istituzioni e nel Digesto di Giustiniano, ma stranamente Isidoro non ne fa alcuna menzione, bensì anzi indica la fattispecie come esempio tipico di *crimen*, pur nella sua accezione più sfumata tipica del periodo tardoantico.

I dubbi sull'etimologia dedicata al furto, aumentano a maggior ragione se si analizza il passo ad esso direttamente concatenato e successivo, cioè quello con oggetto la *pervasio*, istituto tipicamente tardoantico e ampiamente citato nel Codice Teodosiano:

Etym. 5.17.29: Pervasio est rei alienae manifesta praesumptio. Furtum autem earum rerum fit, quae de loco in locum transferri possunt: pervasio autem et earum quae transferuntur et earum quae immobilia sunt.

La *pervasio* è definita come l'appropriazione manifesta di cose mobili ed immobili, spesso caratterizzata dalla presenza dell'ulteriore elemento della violenza, mentre il *furtum*, viene descritto *a contrario*, evidenziandolo quasi come una *species* della *pervasio*, limitato alla sola sottrazione clandestina di cose mobili.

Anche in questo caso, per spiegare le antinomie proprie della lettura congiunta dei due passi sul *furtum* e *pervasio* citati, si può solo operare per congetture. Può darsi che Isidoro abbia attinto a fonti completamente diverse, peraltro in modo piuttosto approssimativo, scegliendo una fonte intermedia e forse letteraria, per il furto; mentre abbia scelto una fonte prettamente postclassica per definire la *per-*

³² PS 5, 3, 3.

³³ R. MARTINI E S. PIETRINI, *Cognizioni giuridiche cit.*, 71.

vasio; altra possibilità è rappresentata dal fatto che il vescovo, pur attingendo alla stessa categoria di fonti, abbia scientemente presentato il *furtum* in modo piuttosto sommario³⁴.

Un ulteriore ragione di dibattito in merito, nasce, infine, dal passo immediatamente successivo a *Etym.* 5.26.1:

Etym. 5.26.2-3; *Facinus dictum a faciendo malum, quod noceat alteri. Flagitium a flagitando corruptelam libidinis, qua noceat sibi. Haec sunt duo genera omnium peccatorum.*

Sotto il profilo giuridico, pur trovandoci nella Spagna visigota del VI/VII secolo d.C., desta notevole perplessità la neppure tanto implicita corrispondenza e coincidenza tra *crimina* e peccati³⁵ e pertanto la conseguente classificazione dei *crimina* in *facinora* e *flagitia*.

Tali due nozioni ricorrono abbastanza frequentemente in varie fonti di diritto romano quali sinonimi, per indicare genericamente l'atto illegittimo e, quindi, nella concezione morale cristiana, una condotta immorale, pur non costituendo precise fattispecie di carattere prettamente giuridico: secondo Isidoro, tali figure, rappresentano i due generi in cui necessariamente rientrano tutti i peccati. La fonte del vescovo di Siviglia è, senza dubbio, non una fonte giuridica, ma il *De doctrina christiana* di Agostino d'Ipbona: tale elemento depone a favore della succitata tesi per cui anche il libro V, che tratta principalmente il diritto, sia basato su molteplici fonti non per forza tutte di carattere eminentemente giuridico.

Volendo tracciare brevemente l'evoluzione dell'istituto del furto, non considerata dal dotto vescovo iberico, il regime giuridico ed il conseguente profilo sanzionatorio cominciano a svilupparsi diversamente soltanto a partire dall'età del principato³⁶: il furto, in linea generale, tra i giuristi del periodo, continuava ad essere considerato una figura di *privatum delictum*, pertanto fonte di obbligazione pecuniaria sanzionabile attraverso lo strumento del processo civile; tuttavia, parallelamente, alcune ipotesi di furto più gravi e particolari, che sono state fatte rientrare nell'ambito della *coercitio* discrezionale dei magistrati, iniziarono ad essere regolamentate prima da *senatusconsulta*, poi da costituzioni dei principi, e quindi perseguite giurisdizionalmente nelle forme del processo pubblico e punite di conseguenza con *poena* altrettanto pubblica: si tratta di fattispecie quale ad esempio la sottrazione di abiti nelle terme e nei bagni pubblici, che i giustiziani-

³⁴ P. BIAVASCHI, *La "Christiana societas" cit.*, 104.

³⁵ Si noti che in Paolo, 1, Cor. 6, 9-10, il furto viene descritto come peccato grave che esclude dal Regno di Dio.

³⁶ R. MARTINI E S. PIETRINI, *Cognizioni giuridiche cit.*, 72.

nei qualificarono, forse in ragione del parere del giurista Paolo³⁷, quali *crimina extraordinaria*.

6. Conclusioni

Le succitate ipotesi ricostruttive della *ratio* sottesa alla stesura del lemma sul furto, peraltro, trovano conferma nel destino all'interno delle *Etymologiae* isidoriane, anche di un'altra delle quattro tradizionali figure di *delicta*, cioè l'*iniuria*. La sorte dell'etimologia isidoriana relativo all'*iniuria*, potrebbe ben applicarsi anche alla fattispecie del *furtum* sopra analizzata. Infatti, sebbene questo illecito, secondo la sistematica di Gaio, era stato ricompreso pacificamente dai compilatori giustinianeî fra le fonti delle obbligazioni da atto illecito, per Isidoro invece anch'essa rientrava nel novero dei *crimina*:

Etym. 5.26.10: Iniuria est iniustitia. Hinc est apud Comicos "iniuria's"; qui audet aliquid contra ordinem iuris.

A parere del vescovo iberico, secondo un significato generale e non tecnico specifico, viene detta *iniuria* l'ingiustizia e, pertanto, commette ingiuria chi compie qualche atto contro l'ordine stabilito dal diritto. È stato sostenuto che tale fattispecie, già nel tardo Principato, sarebbe stata repressa "in sede di giurisdizione criminale extra ordinem, anche se continuava a sussistere entro certi limiti l'azione privata; quest'ultima peraltro sarebbe scomparsa nella fase postclassica, fin dall'età di Diocleziano, per essere riesumata dai compilatori giustinianeî"³⁸.

Seguendo tale proposta evolutiva e concordando in quest'ottica con Martini e Pietrini³⁹, il precitato passo delle Etimologie sul *furtum* potrebbe rappresentare una testimonianza della conclusione, ormai probabilmente già compiutasi nella Spagna visigota del VI/VII secolo d.C., di un processo evolutivo che è stato accolto dai compilatori giustinianeî nelle modalità elaborate in età classica, sebbene probabilmente nella prassi fosse stato soppiantato da una repressione criminale

³⁷ PS 5, 3, 3; anche in Ulpiano, D. 47.17.2. *Ulpianus libro octavo de officio proconsulis. Fures nocturni extra ordinem audiendi sunt et causa cognita puniendi, dummodo sciamus in poena eorum operis publici temporarii modum non egrediendum. Idem et in balneariis furibus. Sed si telo se fures defendunt vel effractores vel ceteri his similes nec quemquam percusserunt, metalli poena vel honestiores relegationis adficiendi erunt.* In merito si veda: V. NERI, *La criminalità comune a Roma e nelle città dell'Occidente: la repressione del furto in età tardoantica, in Città e capitali nella tarda antichità*, a cura di B. Girotti e Ch.R. Raschle, Milano, 2020, 143.

³⁸ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'"iniuria" nel diritto penale del quarto e quinto secolo*, in *AARC.*, vol. VIII, Napoli, 1990, 652.

³⁹ R. MARTINI e S. PIETRINI, *Cognizioni giuridiche cit.*, 73.

pubblica: i giuristi di Giustiniano, infatti, conservarono i passi giurisprudenziali relativi al furto “ordinario” nel titolo *De privatis delictis*, ma collocarono quest’ultimo nel libro 47 del Digesto, che comprendeva anche i *crimina extraordinaria* perseguiti con pena pubblica, tramite la *cognitio* criminale, e che precedeva il libro 48 dedicato alla esposizione dei *crimina publicorum iudiciorum*⁴⁰.

In conclusione, risulta assai difficile distinguere con certezza quali siano state le fonti, così come gli obiettivi di Isidoro in merito alla descrizione dei lemmi inerenti il diritto criminale romano, in particolare quello relativo al furto: vista l’assenza di una regolamentazione del *furtum* nella legislazione tardoantica, è probabile che questo, nell’epoca di Isidoro, essendo da sempre considerato un illecito molto diffuso e particolarmente odioso, venisse perseguito come reato dai tribunali locali, i quali probabilmente applicavano norme di diritto formatesi nella prassi, sulla base dei principi giuridici romani⁴¹. Considerando ciò, è complesso ricostruire l’obiettivo di Isidoro in merito, se cioè il richiamo ai *maiores* e la scarna descrizione della regolamentazione del *furtum* fosse semplicemente l’espressione, magari un po’ approssimativa, del “*gusto por lo antiguo*” del vescovo, noto per la sua *reverentia antiquitatis*, oppure se rappresentasse il desiderio di formare ed istruire la classe dirigente della sua epoca, in un’ottica di elevazione culturale e spirituale.

⁴⁰ Nel *Codex* sono presenti solo i titoli 4.8 *De conditione furtiva* e 6.2 *De furtis et de servo corrupto* composti il primo da due costituzioni predioclezianee, il secondo da 19 costituzioni predioclezianee e dioclezianee a cui segue una legge di Giustiniano, una delle *quingenta decisiones datae* nell’estate del 530 d.C.

⁴¹ Su tale possibile ricostruzione si veda: M.J. GARCIA GARRIDO, *El “furtum usus” del depositario y del comodatario in Aspetti giuridici, economico-sociali, religiosi e culturali dell’Impero dal primo al secondo Teodosio*, Convegno internazionale 1-4 ottobre 1979, IV, Perugia, 1981, 841 ss.