SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXLVII

FABIANA MATTIOLI

RICERCHE SULLA FORMAZIONE DELLA CATEGORIA DEI COSIDDETTI QUASI DELITTI

BUP
Bononia University Press

Opera stampata con il contributo di

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2010 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 88-7395-460-6

Impaginazione: Paola Bettini

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: gennaio 2010

Ai miei genitori e a Mea
che hanno tenuto la mia mano nella loro

PREMESSA

Come è noto le singole figure individuate dalle *res cottidianae* come fonti del «*quasi ex maleficio teneri*», poi inserite, nella dogmatica dei bizantini, nella categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*», sono state anche di recente oggetto, singolarmente, di studi monografici e di importanti contributi di approfondimento. Tuttavia tali indagini, talvolta eccellenti, hanno prodotto per lo più studi partiti sulle singole figure senza pervenire, proprio per la loro impostazione, a una conglobante visione storico-dogmatica di un tema di indubbia centralità – credo – nello studio sistematico delle fonti delle obbligazioni e quindi nell'ambito degli stessi schemi generali dell'esposizione istituzionale del diritto romano.

Ciò è forse anche dovuto al tendenziale rifiuto della categoria dogmatica del quasi delitto nelle codificazioni moderne e in particolare nelle codificazioni del Novecento. Residui più risalenti, ma per lo più testimoni di ossequio alla tradizione e comunque tendenzialmente privi di effetti pratici, sono nel Code civil des Français (cfr. l'art. 1370 e la rubrica del II capitolo del titolo IV del libro III, «*Des délits et des quasi-délicts*») nonché – per limitarci ad alcuni esempi significativi di Codici tuttora vigenti, ma comunque tutti in qualche modo ricollegabili sotto questo profilo alla scelta compiuta dal legislatore francese del 1804 – nel Codice civile dello stato americano della Louisiana (v. la rubrica del III capitolo del titolo V del II libro, «*Of offenses and quasi offenses*») e nel Código civil della Repubblica del Cile (v. la rubrica del titolo XXXV del libro IV, «*De los delitos y cuasidelitos*» nonché, in precedenza, l'art. 2284 in cui figura una definizione del quasi delitto) che è sto-

ricamente il più importante fra i non pochi Codici del Centro e del Sud America che conservano ancor oggi la figura del quasi delitto. Nella nostra esperienza giuridica nazionale la categoria, ripresa, anche in questo caso attraverso la mediazione del Codice civile francese, nei Codici della restaurazione e ancora in quello unitario del 1865 (cfr. l'art. 1097), fu invece eliminata nel Codice civile del 1942 (cfr. *Relazione al Re Imperatore sul libro «Delle obbligazioni»*, n. 21) in linea con una tendenza già da tempo manifestatasi nei Codici di matrice tedesca o austriaca. Si deve ricordare che non utilizzano infatti la categoria dei quasi delitti né l'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794, né l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch austriaco del 1811, né, più tardi, il Bürgerliches Gesetzbuch tedesco e che essa del resto sostanzialmente scomparve nella stessa elaborazione della Pandettistica che, come è noto, la considerò una categoria di natura meramente storica.

Quanto rilevato tuttavia non comporta che la figura del quasi delitto sia necessariamente destinata all'oblio. Quella che appare in crisi è semmai la concezione che, come meglio avremo occasione di vedere, ha la sua matrice nel diritto giustinianeo e il suo fondamento storico nell'autorevolezza del principale filone della tradizione giuridica successiva che dalla Glossa, attraverso la scuola dei Culti (penso a Jacques Cujas), scende fino ad arrivare alla dottrina settecentesca (ricordo in particolare Heinecke e Pothier). Mi riferisco ovviamente a quella tradizione interpretativa che ebbe riflesso nei Codici che accolsero la categoria e che, come è noto, è per lo più propensa ad identificare, come risulta anche dalle stesse definizioni codicistiche, il quasi delitto con l'illecito colposo, contrapponendolo al delitto, inteso come illecito doloso. Anzi si può dire che esista oggi una qualificata tendenza (penso a questo proposito, per limitarmi ad un esempio autorevolissimo, alla conservazione della categoria dogmatica da parte di Helmut Coing nel suo monumentale *Europäische Privatrecht*) che intende piuttosto rivendicare al quasi delitto un ruolo significativo nel dibattito dottrinale contemporaneo, in particolare riguardo ai criteri da seguire per l'imputazione del danno e, corrispondentemente, per l'individuazione del/dei responsabile/i dell'illecito che lo ha causato. Questa riviviscenza della figura del quasi delitto come categoria dogmatica cui in potenza ricondurre in particolare ipotesi di responsabilità c.d. oggettiva («strict

liability») – suggerita fra gli altri da Reinhard Zimmermann nel suo ormai classico *The Law of Obligations* – recupera oltretutto, sotto questo particolare profilo, la configurazione originaria che delle fattispecie successivamente ricondotte alla categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*» venne data a Roma dal pretore. Anche questo aspetto contribuisce a mio avviso a giustificare, in una prospettiva non esclusivamente rivolta al passato, ma appunto sotto un profilo di attualità, un rinnovato interesse di studio riguardo al formarsi della categoria e alle caratteristiche che la connotarono nel diritto romano.

È ciò che, pur con i miei tanti limiti, ho tentato di fare in questa ricerca anche grazie all'aiuto di quanti mi hanno seguito e spronato in questo percorso. Devo a questo proposito i miei ringraziamenti, oltre che al professor Giovanni Luchetti, che mi ha sorretto e incoraggiato fin dall'inizio, soprattutto al professor Carlo Augusto Cannata, che ha seguito con impagabile attenzione e acribia il faticoso formarsi di questo lavoro negli anni del dottorato patavino e che è stato con me sempre prodigo di preziosi consigli, fino talvolta a guidare il mio ragionamento laddove fino a quel momento non riusciva a spingersi. A lui va la mia più grande riconoscenza, pur consapevole di non essere riuscita, per mia incapacità, ad arrivare fin dove credo avrebbe voluto condurmi. Tra i tanti cui devo gratitudine, un grazie di cuore va poi in particolare al professor Filippo Briguglio che ha letto il dattiloscritto e lo ha, con benevolenza, pienamente approvato. Il mio pensiero grato non può infine dimenticare tutti gli altri che mi hanno aiutato a superare i non pochi momenti difficili attraversati durante questi anni, ricordando comunque al lettore che, ovviamente, la responsabilità del lavoro – dei suoi difetti e degli errori – rimane interamente mia.

Bologna, maggio 2009

Capitolo I
IUDEX QUI LITEM SUAM FACIT

1. *Il* litem suam facere *come fonte di obbligazione* quasi ex maleficio

La figura del *iudex qui litem suam facit* costituisce *prima facie*, tra i quattro casi individuati nelle *res cottidianae* come quelli nei quali un soggetto «*videtur quasi ex maleficio teneri*», l'elemento per certi aspetti eterogeneo dell'elencazione e pertanto di più difficile inquadramento. Ciò non solo in relazione all'individuazione dei comportamenti sanzionati, ma anche – e soprattutto – in rapporto alle caratteristiche della responsabilità e alla qualificazione del c.d. elemento soggettivo dell'agente, nonché alla sua eventuale rilevanza al fine di ritenere integrata o meno la fattispecie[1].

[1] La difficoltà di inquadrare il *litem suam facere* tra le fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*» è rilevata, nella letteratura recente, da A. Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, III, Napoli, 2001, in specie p. 421, p. 423 e p. 432, che giunge fino alla soluzione radicale di ritenere che il suo inserimento nell'elenco delle *res cottidianae* sia dovuto ai giustinianei. La peculiarità del *litem suam facere* nell'ambito delle fattispecie inquadrate nel «*quasi ex maleficio teneri*» fu del resto già sottolineata, ormai mezzo secolo fa, da P. Stein, *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, in *RIDA* 3e s. 5, 1958, p. 567 e ss. (= *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, in *Jus* 9, 1958, p. 369 e ss.), che da parte sua, al contrario, individuò nel *litem suam facere* il prototipo del «*quasi ex maleficio teneri*», con ciò in particolare rilevando che la priorità della trattazione del *litem suam facere* non possa essere considerata senza significato per l'individuazione degli elementi caratterizzanti della categoria delle *obligationes quasi ex maleficio*. Non a caso, del resto, molti dei contributi sul *litem suam facere* (soprattutto quelli meno recenti) sono inseriti nel quadro di trattazioni più ampie dedicate appunto alle *obligationes quasi ex maleficio* e sono volti essenzialmente a tentare di identificarne gli elementi unificanti: ricordo a questo proposito in specie G.A. Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, Parma, 1919;

In un'indagine che voglia essere dedicata *ex professo* ai c.d. quasi delitti la *species* in esame appare dunque, proprio sotto questo profilo di natura essenzialmente sostanziale, quanto meno una delle possibili chiavi di volta per la comprensione delle caratteristiche comuni del *genus*. A ciò si aggiunga che, forse non senza motivo, il *litem suam facere* risulta anteposto sia nell'elencazione delle *res cottidianae* che in quella corrispondente – e da essa derivata – delle Istituzioni giustinianee a tutte le altre figure che compongono la categoria delle *obligationes quasi ex maleficio*, il che rende opportuno assumerlo, anche per ragioni formali, come tema di partenza della ricerca che qui si intende compiere[2].

D. Stojcevic, *Sur le caractère des quasi-délicts en droit romain*, in *Iura* 8, 1957, p. 69 e ss.; W.M. Gordon, *The Roman Class of Quasi-delicts*, in *Temis* 21 (*Estudios en Homenaje al profesor C. Sánchez del Río*), Zaragoza, 1967, p. 303 e ss.; W. Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, in *RISG* 3ª s. 24, 1970, p. 194 e ss. (dello stesso autore cfr. successivamente anche *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1977, p. 1277 e ss.); R. Hochstein, *Obligationes quasi ex delicto. Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1971, in specie p. 14 e ss.; più recentemente v., oltre al quadro di sintesi fornito da L. Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, in *ANRW*, II, 14, Berlin-New York, 1982, p. 718 e ss. e alla ricerca monografica di T. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, anche le indagini aventi specificamente per oggetto il «*quasi ex maleficio teneri*» nelle *res cottidianae* di J.M. Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996, p. 155 e ss. e le obbligazioni «*quae quasi ex delicto nascuntur*» nelle Istituzioni imperiali di O.F. Robinson, *Justinian's institutional classification and the class of quasi-delict*, in *JLH* 18, 1998, p. 245 e ss.

[2] Il *litem suam facere* è stato per lungo tempo tema scarsamente approfondito dalla dottrina romanistica: oltre alla letteratura indicata a nota 1, trattazioni *ex professo* dell'argomento sono, nella letteratura meno recente, quelle di P. Usteri, *Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters gegenüber den Parteien (Judex qui litem suam facit)*, Zürich, 1877 e di L. Bartoli, *Du Juge «qui litem suam facit»*, Paris, 1909. Successivamente è stato a lungo un punto di riferimento in materia il contributo di H. Hübner, *Zur Haftung der «iudex qui litem suam fecit»*, in *Iura* 5, 1954, p. 200 e ss., cui seguirono poi, negli anni Sessanta e Settanta, quelli di D. Pugsley, *Litem suam facere*, in *The Irish Jurist* 4, 1969, p. 351 e ss. e di D.N. Mac Cormick, *«Iudex qui litem suam fecit»*, in *Acta Juridica*, Cape Town, 1977 (*Essays in Honour of B. Beinart*, II), p. 149 e ss. Trattazioni più ampie, in cui si inquadrano tuttavia aspetti della tematica qui presa in esame, sono, negli stes-

Si tratta di un campo di indagine che, anche in seguito al rinvenimento della *lex Irnitana*, è stato oggetto di un rinnovato e assai vivace interesse degli studi romanistici. Ciò soprattutto a partire da una notissima ricerca del d'Ors degli inizi degli anni Ottanta, cui hanno fatto seguito vari contributi, in particolare di autori spagnoli, che hanno avvalorato – contrastando una precedente, radicata *communis opinio* – una concezione del *litem suam facere* intesa a ricomprendervi la sola omissione da parte del giudice di attività processuali o comunque il mancato rispetto di regole procedurali, identificandone anzi il normale presupposto nella mancanza stessa della sentenza[3]. Tale impostazione ricostruttiva, che ha fornito nella più recente dottrina lo spunto per ulteriori lavori di approfondi-

si anni, quelle di J.M. Kelly, *Roman litigation*, Oxford, 1966, p. 102 e ss. e di G. MacCormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in *ANRW*, II, 14, cit., in specie p. 16 e ss.

[3] Cfr. sul punto A. d'Ors, *«Litem suam facere»*, in *SDHI* 48, 1982, p. 368 e ss., sostanzialmente seguito da I. Cremades-J. Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, in *AHDE* 54, 1984, p. 179 e ss., nonché dal contributo del solo J. Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, Milano, 1986, p. 106 e ss. e da quelli, già ricordati, della Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., in specie p. 52 e di Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., in particolare p. 177. La teoria c.d. oggettivistica, così definita perché fondata sull'idea che il *litem suam facere*, almeno nella sua configurazione classica, prescindesse dall'elemento psicologico dell'agente, sia pure formulata in termini meno estremi, è comunque più risalente: cfr. al proposito in particolare Hübner, *Zur Haftung der «iudex qui litem suam fecit»*, cit., p. 202 e ss.; Stein, *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, cit., p. 569 (= *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, cit., pp. 371-372); F. Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR* 76, 1973, p. 195 e nota 72. Qui va tuttavia al proposito precisato che, per quanto in questo lavoro non si sia del tutto rinunciato a far ricorso, per ragioni di rapidità descrittiva, alle comuni nozioni di responsabilità 'oggettiva' e di responsabilità 'soggettiva', l'utilizzazione di tali categorie risulta per certi aspetti fuorviante, irrigidendo in uno schema artificiale una realtà più complessa e articolata: in questo senso, per la pericolosità dell'uso delle nozioni di responsabilità 'oggettiva' e di responsabilità 'soggettiva', faccio in particolare rinvio alle penetranti osservazioni di C.A. Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966, p. 13 e ss. e p. 17 e ss., che rileva come la colpa non sia un criterio esclusivamente soggettivo nel senso comune del termine (in quanto si determina alla stregua di un modello che può essere soggettivo o, assai più spesso, oggettivo) e come neppure lo sia, al limite, il dolo (per il quale è a sua volta possibile che sia determinato misurando la condotta secondo un modello astratto).

mento[4], ha tuttavia indotto per lo più a considerare come oggetto dell'indagine il formarsi della nozione di *litem suam facere* e il suo svilupparsi fino al diritto dell'epoca classica, senza che, nei tentativi di ricostruzione recenti, ci si sia troppo preoccupati – se non in un numero esiguo di casi – di collocare lo studio della fattispecie considerata nel quadro del processo di definizione del *genus* del «*quasi ex maleficio teneri*» e della sua successiva evoluzione, sfociata, nel diritto giustinianeo, nella creazione della categoria delle obbligazioni «*quae quasi ex delicto nascuntur*»[5].

---

[4] Dopo la ricerca del d'Ors si devono ricordare, oltre ai lavori indicati alla nota che precede, i contributi di P.B.H. Birks, *A New Argument for a Narrow View of Litem suam facere*, in *TR* 52, 1984, p. 373 e ss.; F. De Martino, *«Litem suam facere»*, in *BIDR* 91, 1988 (ma 1992), p. 1 e ss.; F. Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, in *Labeo* 36, 1990, p. 218 e ss.; A. Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in Memoria di G. Provera*, Napoli, 1994, p. 153 e ss. (pubblicato anche in A. Burdese, *Miscellanea Romanistica*, Madrid, 1994, p. 77 e ss., unitamente a *In margine alla responsabilità del giudice in dirittto romano*, *ibidem*, p. 101 e ss. [ripubblicato in *Fraterna munera. Studi in onore di L. Amirante*, Ferrara-Salerno, 1998, p. 53 e ss.]; dello stesso autore, per una sintesi, v. anche *Ancora sul «iudex qui litem suam facit»*, in ΕΡΚΟΣ. *Studi in onore di F. Sartori*, Padova, 2003, p. 21 e ss.); P. Voci, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI* 64, 1998, p. 24 e ss (= *Ultimi studi di diritto romano* [a cura di R. Astolfi], Napoli, 2007, p. 219 e ss.); O.F. Robinson, *The «iudex qui litem suam fecerit» explained*, in *ZSS* 116, 1999, p. 195 e ss.; C. de Koninck, *Iudex qui litem suam fecit. La responsabilité quasi-délictuelle du iudex privatus dans la procédure formulaire*, in *Viva vox iuris Romani. Essays in Honour of J.E. Spruit*, Amsterdam, 2002, p. 79 e ss.; da ultimo si sono aggiunti l'ampio, recente volume monografico di R. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004, nonché i contributi di M. Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, in *SDHI* 71, 2005, p. 457 e ss. e *Litem suam facere. A proposito di una recente monografia*, in *SDHI* 72, 2006, p. 389 e ss.

[5] Dei lavori citati alle note precedenti si occupano, e solo marginalmente, del *litem suam facere* nel diritto tardo solo quelli della Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 265 e s., di Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 185 e ss. (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 98 e ss.) e di Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 468, nota 36; accenni anche in Voci, *Azioni penali e azioni miste*, cit., p. 26 e ss. (= *Ultimi studi di diritto romano,* cit., p. 221 e ss.), con riferimento altresì al sorgere della persecuzione criminale. Comunque emblematica al proposito la recente monografia di Scevola, *La responsabilità del iudex privatus,* cit., che si occupa del *litem suam facere* in epoca postclassica e giustinianea solo brevemente nelle conclusioni (p. 537 e ss.). Si pone invece specificamente proprio nella prospettiva assunta dai compilatori di fronte al *litem suam facere* O.F. Robinson, *Justinian and the Compilers' view of the iudex qui litem suam fecerit*, in *Status familiae. Festschrift für*

Proprio quest'ultimo aspetto dovrà invece costituire il punto di partenza della nostra ricerca, anche al fine di tentare, per quanto possibile, di collocare la tematica del *iudex qui litem suam facit* nel contesto espositivo in cui risulta *in primis* inserita dall'autore delle *res cottidianae* e da cui – come sappiamo – fu successivamente recepita e trasmessa ai posteri ad opera dei compilatori giustinianei, in particolar modo di quelli delle Istituzioni[6].

2. *Il* iudex qui litem suam facit *nelle Istituzioni giustinianee (I. 4, 5 pr.) e nelle* res cottidianae *(D. 44, 7, 5, 4 e D. 50, 13, 6)*

In quest'ottica di fondo e muovendo altresì dalla consapevolezza dell'ardua difficoltà di fissare con precisione il significato stesso del sintagma *litem suam facere*[7], un'indagine su tale fattispecie, in

A. Wacke zum 65. Geburtstag, München, 2001, p. 389 e ss. Da ultimo, con particolare riferimento al ruolo della Parafrasi di Teofilo per la ricostruzione della figura del *litem suam facere*, v. invece A. Petito, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, p. 453 e ss.

[6] Sotto questo profilo l'indagine che qui si intende compiere è quindi rivolta a prendere in considerazione il *litem suam facere* in quanto figura inserita nel *genus* del «*quasi ex maleficio teneri*», in una prospettiva diversa da quella in cui si è posta, a più riprese in anni recenti e recentissimi, la dottrina romanistica: in questo senso è ancora una volta significativa la posizione di Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., che si occupa della testimonianza delle *res cottidianae* solo sommariamente nella parte conclusiva della sua ricerca (p. 542 e ss.), per escluderne, a mio avviso un po' aprioristicamente, ogni attinenza con la configurazione classica dell'istituto.

[7] Sconsolante, ma realistica di fronte alla reticenza delle fonti, la posizione di De Martino, «*Litem suam facere*», cit., p. 1, che prende le mosse della sua indagine riconoscendo che «cosa significhi realmente che il giudice fa propria una lite non si sa bene». Sul punto, per un quadro delle talvolta confuse e contraddittorie posizioni dottrinali, rinvio ai lavori più recenti sul tema: cfr. in particolare, per un'ampia discussione della letteratura, Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., in specie p. 198 e ss. e, ancora, da ultimo, per un quadro bibliografico di sintesi, Petito, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo*, cit., p. 457, nota 9. Per la riproposizione dell'ipotesi che l'espressione *litem suam facere* alludesse in origine all'appropriazione della cosa controversa da parte del giudice, sequestratario della cosa oggetto del litigio, v. da ultimo Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 457, cui si possono aggiungere le argomentazioni addotte dallo stesso autore in *Litem suam facere*, cit., pp. 396-397.

quanto figura di *obligatio* che sorge *quasi ex maleficio*, non può che prendere le mosse proprio dalla trattazione delle Istituzioni imperiali. In esse infatti, come è noto, è dato riscontrare la più compiuta sistemazione dogmatica della categoria, in un contesto in cui la fattispecie del *iudex qui litem suam facit* viene, come si è accennato, significativamente presa in considerazione in apertura del titolo 4, 5, «*de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*»[8]:

> I. 4, 5 pr.: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.*

Il testo, che appunto qualifica il comportamento del *iudex qui litem suam facit* come fonte di «*quasi ex maleficio teneri*», pare voler individuare tale comportamento – sebbene l'uso del *licet* sembri implicare che almeno alcune condotte potessero eventualmente caratterizzarsi per la presenza di un elemento 'soggettivo' di intensità maggiore – come per lo più imputabile a semplice *imprudentia*, facendo a quanto pare in questi termini riferimento alla conduzione negligente della causa da parte del giudice, in violazione di regole cui si sarebbe invece dovuto conformare nell'esercizio del suo *officium*[9]. In questo contesto si precisa anche che l'azione esperibile in

[8] Per un rapido quadro d'insieme riguardo alla composizione del titolo cfr. in particolare C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *BIDR* 13, 1901, p. 190 (= *Opere*, II, Milano, 1929, p. 404). Un interessante esame comparativo del titolo delle Istituzioni e delle fonti utilizzate dai compilatori, con particolare riferimento alle *res cottidianae*, da cui è, come è noto, ripresa anche la struttura espositiva, è inoltre fornito da Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 161 e ss.

[9] Che questo sia il significato da attribuire all'espressione «*per imprudentiam*» sembra potersi ricavare ad esempio da D. 12, 6, 11 (Ulp. 35 *ad Sab.*); D. 12, 6, 32, 1 (Iul. 10 *dig.*); D. 35, 1, 32 (Afr. 9 *quaest.*); D. 44, 4, 4, 3 (Ulp. 76 *ad ed.*). Sul punto, per l'interpretazione dell'espressione «*per imprudentiam*», anche con riferimento al «*peccasse aliquid*» che la precede, cfr. R. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, 2002, pp. 40-41, nota 38, che ritiene che, con riferimento al diritto giustinianeo, il fondamento della responsabilità consistesse «nella misconoscenza o, forse, nel-

caso di eventuale responsabilità del giudice dovesse più esattamente riferirsi al *quantum aequum videbitur*, rientrasse cioè – a quanto sembrerebbe potersi ritenere – nella categoria delle *actiones in* (*bonum et*) *aequum conceptae*[10].

---

la scorretta applicazione della legge (*imprudentia*)». Sul significato di *imprudentia* v. anche M. Talamanca, *Rec.* a T. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, in *BIDR* 94-95, 1991-1992 (ma 1994), p. 614, che vi vede nella sostanza un riferimento alla colpa, in quanto termine «connesso con la sfera della prevedibilità». Sul punto v. anche Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 195. Diversamente, sia pure con riferimento al solo contesto delle *res cottidianae* (cfr. D. 44, 7, 5, 4 e D. 50, 13, 6), Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., pp. 466-467 e *Litem suam facere*, cit., p. 407, che pure ammette che l'*imprudentia* sia equiparata alla colpa nella concezione dei giustinianei (per questi ultimi così anche Burdese, *Ancora sul «iudex qui litem suam facit»*, cit., p. 28). Si deve comunque notare che il riferimento all'*imprudentia iudicis* sembra escludere, già nelle fonti classiche, il dolo, talvolta contrapponendosi ad esso. Si deve infatti a questo proposito più specificamente notare che in D. 21, 2, 51 pr. (Ulp. 80 *ad ed.*) la sentenza erronea emanata dal giudice *per imprudentiam* (in questo senso pare da intendersi la forma endiadica «*per imprudentiam iudicis aut errorem*») è conseguenza della sua *stultitia*, ma è contrapposta, per differenziarla, alla sentenza emanata per motivi abietti: *Si per imprudentiam iudicis aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere: aut quid refert, sordibus iudicis an stultitia res perierit? iniuria enim, quae fit emptori, auctorem non debet contingere*. Sul testo, probabilmente rimaneggiato, cfr. da ultimo Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 355, nota 133 (con bibliografia). Per la contrapposizione *imprudentia-dolus* v. poi esplicitamente D. 2, 2, 2 (Paul. 3 *ad ed.*): *Hoc edicto dolus debet ius dicentis puniri: nam si adsessoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori*.

[10] Sul punto v. in specie O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], Leipzig, 1927 (rist. Aalen, 1956), p. 167. Cfr. anche, tra gli altri, F. Pringsheim, *«Bonum et aequum»*, in *ZSS* 52, 1932, pp. 105-106 (= *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, pp. 190-191), nonché, in particolare, A. Guarino, *«Actiones in aequum conceptae»*, in *Labeo* 8, 1962, p. 10 e p. 14 (= *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli, 1995, p. 24 e p. 29), che da parte sua ritiene che la *condemnatio* fosse modellata esclusivamente sul *quantum aequum*. Per la possibilità che fosse invece comprensiva anche del *bonum* v. in particolare D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*[2], Padova, 1999, p. 75, nota 324. Sul punto cfr. anche Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 615, nonché, recentemente, Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 530 e ss. Per una diversa opinione, con rifermento alla possibilità che l'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit* non contenesse una *condemnatio in* (*bonum et*) *aequum*, v. tuttavia, sulla scia di un'ipotesi già delineata dal d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., pp. 390-391, quanto al proposito osservato da Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 207 e in specie, successivamente, dal solo Paricio,

Il passo, come si è detto, riproduce testualmente e solo con lievi varianti un frammento del terzo libro delle *res cottidianae*, frammento che a sua volta ricorre, sia pure in una diversa estensione, in due diversi luoghi del Digesto. Ciò avviene una prima volta nel quadro dell'ampia e notissima elencazione delle *variae causarum figurae* contenuta in D. 44, 7, 5 e, successivamente, a chiusura di D. 50, 13, «*de variis et extraordinariis cognitionibus et si iudex litem suam fecisse dicetur*», nell'ambito di una rapidissima trattazione specificamente dedicata dai compilatori della raccolta di *iura* proprio alla figura del *litem suam facere*[11]:

> D. 44, 7, 5, 4 (Gai. 3 *aur.*): *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.*
>
> D. 50, 13, 6 (Gai. 3 *rer. cott. sive aur.*): *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per inprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poena sustinebit.*

Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae», cit., pp. 111-112. Sul punto, contro l'opinione che fin dall'origine l'azione prevedesse una *condemnatio in* (*bonum et*) *aequum* e che anzi la previsione edittale contemplasse piuttosto una *condemnatio* nel *quanti ea res erit*, v. recentemente anche le osservazioni formulate da Giusto, *Litem suam facere*, cit., pp. 410-411 (per un accenno v. anche, in precedenza, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 467 e p. 470).

[11] Per le differenze fra i tre testi in esame (i due delle *res cottidianae* e quello delle Istituzioni giustinianee) cfr., per un efficace quadro di sintesi, Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 161 e ss., con specifico riguardo alla qualificazione della azione come azione *in factum* in D. 50, 13, 6 e alla previsione di una *condemnatio in quantum aequum* cui si fa riferimento, oltre che nel testo inserito nel titolo 50, 13, anche in I. 4, 5 pr., ma non in D. 44, 7, 5, 4. Quanto ai motivi della geminazione del passo delle *res cottidianae* nel Digesto v. ora Robinson, *Justinian and the Compilers' view of the iudex qui litem suam fecerit*, cit., pp. 396-397, che riconduce la diversa estensione dei due testi al fatto che quello riprodotto in D. 50, 13, 6 risponderebbe all'esigenza di precisare aspetti processuali estranei alla trattazione di D. 44, 7, 5, condotta invece, nel suo complesso, con intenti essenzialmente definitori.

Dalla lettura comparativa del testo giustinianeo e del modello utilizzato dai compilatori sembra nel complesso potersi ragionevolmente evincere che questi ultimi – nel Digesto e soprattutto nelle Istituzioni – non intendessero fissare una concezione nuova e originale del *litem suam facere*. Parrebbe anzi che si siano limitati ad accogliere, ripetendola in ben tre luoghi della compilazione, quella configurazione, certo più risalente, appena tratteggiata e per più aspetti non pienamente compiuta, che riscontravano nei materiali da loro messi a profitto, e ciò sempreché non si voglia aderire all'idea – tuttavia superata dalla più autorevole dottrina recente – di una matrice giustinianea (o quanto meno di estesi rimaneggiamenti giustinianei) del testo attribuito alle *res cottidianae*[12].

[12] Per un quadro delle ipotesi formulate dalla dottrina interpolazionistica cfr. le indicazioni fornite dall'*Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, Weimar, 1935, rispettivamente, cc. 356-357 e cc. 580-581. In particolare per l'assegnazione ai giustinianei dell'intero § 4 di D. 44, 7, 5 si pronunciò, ad esempio, energicamente S. Perozzi, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, in specie p. 151, nota 1. Per un quadro degli autori propensi a ipotizzare la non genuinità del passo delle *res cottidianae* v. anche la bibliografia, tutta piuttosto risalente, fornita dalla Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 238, note 67, 69 e 70. Per un'interpretazione conservativa dei testi delle *res cottidianae* e per l'opinione che sostanzialmente testimonino la concezione classica cfr. tuttavia, sia pure con particolare riferimento a D. 44, 7, 5 pr.-3, parte che riguarda il «*quasi ex contractu teneri*», ma in cui ricorrono gli stessi schemi dell'argomentare scolastico che ritornano nei §§ 4-6, dedicati appunto al «*quasi ex maleficio teneri*», in specie E. Betti, *Sul significato di «contrahere» in Gaio e sulla non classicità della denominazione «quasi ex contractu obligatio»*, in *BIDR* 25, 1912, p. 87 e ss., nonché S. Riccobono, *Scritti di diritto romano,* II. *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 (Paul. 3 ad Plautium)*, Palermo, 1964, p. 100 e ss. Del resto la sostanziale attendibilità del testo delle *res cottidianae* è sostenuta dalla maggior parte della dottrina: v. ad esempio, tra gli altri, per la parte dedicata al *iudex*, Hübner, *Zur Haftung der «iudex qui litem suam fecit»*, cit., pp. 206-207 e, più in generale, con riferimento all'intera disciplina del «*quasi ex maleficio teneri*», soprattutto Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 194 e ss.; sul punto cfr. anche Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 189 e ss., che tuttavia ritiene che nel § 4 l'espressione «*per imprudentiam*» sia stata aggiunta successivamente (cfr. *ibidem*, p. 194, nota 71 [nello stesso senso ora anche Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 176 e nota 439]), mentre più dubbioso rimane ancora De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 25 e ss. Nei testi qui considerati echi di eventuali rielaborazioni postclassiche potrebbero *prima facie* ricavarsi nell'uso del verbo *peccare* («*utique peccasse*»): così infatti Giusto, *Litem suam facere*, cit., p. 407, che lo ritiene frutto di una rielaborazione postclassica del passo. Va però osservato che l'uso del verbo *peccare* nel senso di aver mancato

3. *Il* litem suam facere *del giudice che abbia emanato una sentenza* «dolo malo in fraudem legis» *(D. 5, 1, 15, 1 [Ulp. 21* ad ed.*]) o esorbitando i limiti indicati dal decreto pretorio (Gai. 4, 52)*

Il quadro, se si vuole un po' indefinito, ma sostanzialmente armonico che così ne deriverebbe, appare tuttavia messo in discussione, nell'ambito della stessa raccolta di *iura*, dalla presenza di un notissimo testo, da sempre contrapposto a quello delle *res cottidianae*, sulla scorta del quale, secondo quella che è stata una *communis opinio* quasi incontrastata nella letteratura più risalente, l'elemento 'soggettivo' del *iudex qui litem suam facit* sarebbe consistito non nell'*imprudentia*, ma piuttosto nel dolo, in cui avrebbe trovato normale fondamento il comportamento parziale del giudice[13].

Mi riferisco a un passo che nell'*inscriptio* si dice tratto dal ventunesimo libro *ad edictum* di Ulpiano, in cui il giurista severiano sembra appunto utilizzare l'espressione *litem suam facere* attribuendole tale diversa connotazione[14]:

---

in qualche cosa è certamente classico: sul punto per una attenta disamina delle fonti v. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 548, nota 11, che tuttavia, nel quadro della sua tendenza ad un'eccessiva svalutazione della rilevanza del testo delle *res cottidianae* per la ricostruzione del regime classico del *litem suam facere*, propende a sua volta per l'ipotesi che il verbo *peccare* sia nel contesto il risultato di un'inserzione postclassica «tesa a coordinare meglio l'aspetto sanzionatorio (*poenam substinebit*) con il principio generale al quale ricondurre le modalità di realizzazione dell'illecito (il *peccatum*)».

[13] Che l'elemento psicologico del dolo caratterizzasse la fattispecie del *litem suam facere* nel diritto classico è stata opinione assai diffusa fino agli anni Quaranta del secolo scorso, cfr. al proposito, in particolare, E. Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 21, 1923, I, p. 510 e nota 2 (= *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, p. 91 e nota 2), nonché, tra gli altri, S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II², Roma, 1928 (rist. Roma, 2002), p. 387 e note 3 e 4. Echi di questa concezione del *litem suam facere* si colgono ancora anche in una parte della più autorevole recente manualistica istituzionale: v. per tutti, in questo senso, M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 632, nonché G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 609 e p. 912 e ss.

[14] L'*inscriptio* ne indica appunto la provenienza dal ventunesimo libro, ma da una parte della dottrina (cfr. per tutti Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 224 e nota 21) è stata avanzata l'ipotesi di collocare piuttosto il nostro testo nel ventitreesimo e, più esattamente, nel quadro della trattazione dedicata *ex professo* alla previsione edittale relativa al *litem suam facere* (*de vacatione. Si iudex litem suam fecerit* [E.P. § 59]), a sua volta inserita, secondo Lenel, *Das*

> D. 5, 1, 15, 1 (Ulp. 21 *ad ed.*): *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*

Il frammento in questione ha dato luogo a numerosi problemi interpretativi nonché – come quelli geminati delle *res cottidianae* – a svariati sospetti di interpolazione[15]. Nel testo conservatoci si afferma che debba rispondere di *litem suam facere* colui che abbia emanato una sentenza «*dolo malo in fraudem legis*», precisando a tal proposito che si sarebbe dovuto considerare doloso il comportamento del *iudex* la cui decisione fosse stata determinata da compiacenza o inimicizia nei confronti di una delle parti o, altrimenti, dettata da motivi abietti. Il testo si conclude prevedendo che tale modo di agi-

---

Edictum Perpetuum[3], cit., p. 167, nota 1, nel titolo edittale *de iudiciis* (XIV), di cui Ulpiano si occupava appunto nel ventitreesimo libro; tuttavia già lo stesso Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 216 e nota 6, nonché *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889 (rist. Graz, 1960 e Roma, 2000), c. 541 e nota 3, ipotizzava che il frammento in esame potesse inquadrarsi nel titolo successivo (XV) sotto la rubrica *de fideiussore et sponsore* (E.P. §§ 83-88) e più precisamente nella trattazione degli *adpromissores*: sul punto e per la ricostruzione degli ondeggiamenti del Lenel v. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 276-277, nota 77, che da parte sua lascia il problema irrisolto, escludendo che il frammento fosse collocato nel ventunesimo o nel ventitreesimo libro, ma senza fornire – invero un po' sorprendentemente – una reale e plausibile ipotesi di soluzione alternativa (v. in specie p. 280 e ss.). Nella dottrina recente prevale tuttavia, in mancanza di convincenti dimostrazioni contrarie, l'ipotesi dell'attendibilità dell'indicazione dell'*inscriptio*: cfr. in specie Birks, *A New Argument for a Narrow View of Litem suam facere*, cit., pp. 386-387; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 49 e nota 216; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., pp. 176-177 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 92-93).

[15] Per un quadro complessivo delle ipotesi della dottrina interpolazionistica cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929, c. 68. I sospetti più incalzanti si sono appuntati sulla frase «*dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes*» inserita nel testo fra parentesi (v. *infra*, nota 23), tuttavia non sono mancati autori che hanno ipotizzato rimaneggiamenti anche più ampi: per limitarci qui alla dottrina recente ricordo la posizione radicale del d'Ors, «*Litem suam facere*», cit., p. 373, che ritiene interpolato l'intero frammento, o quella, appena più moderata, di G. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 409, che considera interpolati sia l'inciso parentetico «*dolo-sordes*» che, sulla scia del Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 168, tutta la chiusa «*ut veram-cogatur*».

re sarebbe stato sanzionato imponendo all'agente di prestare la *vera aestimatio litis* alla parte lesa dal giudizio viziato[16].

Nel suo dettato attuale il passo – letto isolatamente – sembrerebbe dunque voler fissare nei termini descritti una nozione di *litem suam facere* di portata generale, volta a ricomprendervi in via prevalente – se non addirittura esclusiva – i comportamenti dolosi del *iudex* che fossero sfociati in una sentenza viziata da parzialità. Se tuttavia lo si mette in rapporto con gli altri testi della compilazione (e segnatamente con quello tratto dalle *res cottidianae*, riprodotto in D. 44, 7, 5, 4 e in D. 50, 13, 6) appare invece ragionevole ritenere che, almeno nell'ottica dei compilatori giustinianei, il testo attribuito a Ulpiano non fosse rivolto a fornire una vera e propria definizione del *litem suam facere*, ma piuttosto soltanto focalizzarne una delle possibili espressioni[17].

Del resto – a ben vedere – neppure ponendosi dal punto di vista del giurista severiano si deve probabilmente attribuire una funzio-

[16] Sul testo ulpianeo cfr., in particolare, l'ampia trattazione di Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 249 e ss.; su D. 5, 1, 15, 1 esiste una amplissima letteratura: per quanto riguarda i contributi recenti ricordo in particolare Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 201 e ss.; Birks, *A New Argument for a Narrow View of Litem suam facere*, cit., p. 383 e ss.; De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., in specie p. 8 e ss.; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 48 e ss.; Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 224 e ss.; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 176 e ss. (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 92 e ss.); Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., in specie pp. 464-465 e *Litem suam facere*, cit., p. 401 e ss.

[17] Nel contesto della compilazione sembrerebbe cioè che l'inserimento del testo ulpianeo risponda all'esigenza di evidenziare la circostanza che dovessero ricondursi al *litem suam facere* non solo i comportamenti *lato sensu* colposi cui fa generico riferimento il testo delle *res cottidianae* («*…utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam…*»), ma anche, sebbene con riferimento al caso specifico preso in considerazione, quelli dolosi: la nozione giustinianea di *litem suam facere* essenzialmente costruita, forse anche per ragioni classificatorie, sul testo delle *res cottidianae* non poteva cioè del tutto ignorare un filone interpretativo della giurisprudenza classica che aveva comunque costituito il presupposto degli sviluppi postclassici dell'istituto (v. *infra*, p. 55 e ss. e p. 80). Tali sviluppi, per quanto forse disomogenei rispetto alle scelte compiute dai compilatori sul piano dogmatico e sistematico, ne costituivano il riferimento più vicino nel tempo, rappresentando, per certi aspetti, anche la concezione prevalente che dell'istituto avevano il mondo della prassi e il linguaggio comune.

ne astrattamente definitoria a quanto detto in D. 5, 1, 15, 1. Tenuto conto della circostanza che Ulpiano aveva ben presente la differenza tra atti compiuti *contra legem* e *in fraudem legis* è infatti da ritenere che il richiamo alla *fraus legi* trovi compiuta spiegazione nel fatto che il giurista, pur applicando forse una regola di più ampia portata, stava riferendosi al caso particolare dell'attività processuale del *iudex* che sfociasse in una sentenza emanata intenzionalmente in contrasto con la *ratio* di una specifica *lex*[18].

Ciò par vero anche in considerazione dell'opportunità di conservare, allo stato delle fonti (e quindi in mancanza di prove contrarie certe), la collocazione del passo nel ventunesimo libro del commentario all'editto ulpianeo, in un contesto cioè in cui il giurista si occupava delle *leges* che disciplinavano gli obblighi degli *adpromissore*s ed in particolare – tra l'altro – della *lex Cornelia*[19]. Non sembra infatti del tutto azzardato ritenere che Ulpiano individuasse un'ipotesi di *litem suam facere* nel comportamento del *iudex* che, appunto *in fraudem legis* (e quindi aggirandone fraudolentemente la *ratio*), avesse dolosamente eluso il limite massimo di ventimila sesterzi che

[18] Che Ulpiano avesse ben chiara la differenza tra atti *contra legem* e atti *in fraudem legis* è dimostrato in particolare da D. 1, 3, 30 (Ulp. 4 *ad ed.*); sul punto v. anche D. 40, 9, 14, 5 (Ulp. 4 *de adult.*); D. 40, 9, 12, 1 (Ulp. 4 *de adult.*); D. 37, 14, 16 pr.-2 (Ulp. 10 *ad leg. Iuliam et Papiam*). Per la netta distinzione v. anche D. 1, 3, 29 (Paul. *lib. sing. ad leg. Cinciam*). Sulla nozione di *fraus legi*, con particolare riferimento ai testi citati, v. in specie L. Fascione, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983, p. 190 e ss. (con riguardo a D. 1, 3, 29 e 30), nonché p. 147 e ss. Pur in questo quadro è comunque a mio avviso non peregrina l'idea, prospettata da Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 464 e *Litem suam facere*, cit., p. 403, secondo cui Ulpiano, pur forse occupandosi appunto, nel caso concreto, della frode ad una specifica legge, tuttavia ascrivesse «a un caso specifico una regola generale», ritenendo pertanto riconducibile più in generale alla fattispecie del *litem suam facere* il «mancato rispetto di un qualunque precetto giuridico».

[19] Tenuto anche conto che il frammento fu collocato dai compilatori nel titolo *de iudiciis* (cfr. D. 5, 1, «*de iudiciis: ubi quisque agere vel conveniri debeat*») – relativo a regole procedurali – c'è anzi chi, nella letteratura recente, ha ritenuto che anche in questo caso la *fraus legi* fosse da attribuire a mancanze procedurali, ipotizzando che Ulpiano intendesse riferirsi ad un atteggiamento in frode alla *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Per questa ipotesi v. in particolare Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 49-50, che ha così inteso inquadrare anche il caso prospettato dal giurista severiano in una nozione di *litem suam facere* limitata alle sole mancanze procedurali: in questo senso, invero a mio avviso eccessivamente restrittivo, v. già quanto osservato dal d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 368 e ss.

sappiamo previsto dalla *lex Cornelia* per la responsabilità del garante che si fosse impegnato nell'anno a favore dello stesso debitore e a garanzia del medesimo creditore[20]. Sotto questo profilo apparirebbe nella sostanza coerente anche la chiusa «*ut veram aestimationem litis praestare cogatur*», tenuto conto che il riferimento alla *vera aestimatio litis* sembrerebbe voler mettere in relazione il *quantum* della responsabilità del giudice al danno effettivamente arrecato da quest'ultimo attraverso il suo comportamento illegittimo[21].

Quanto riferibile al giurista severiano non si sarebbe del resto necessariamente posto in contrasto con la *condemnatio in* (*bonum et*) *aequum* così come prevista da D. 50, 13, 6, dato che, a quanto pare, la *litis aestimatio* in questione – significativamente qualificata come *vera* – sarebbe ben potuta conseguire a una *condemnatio* formulare *in quantum aequum* e non piuttosto mettersi necessariamente in relazione ad una *condemnatio* nel *quanti ea res erit*[22].

---

[20] Cfr. Gai. 3, 124. Per questa opinione cfr. in specie Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., in specie pp. 176-177 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 92-93). Tale ricostruzione, riguardo alla quale l'ampio tentativo di confutazione tentato da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 307 e ss. non convince appieno (da un lato perché non fornisce un'ipotesi sulla eventuale diversa collocazione originaria del frammento ulpianeo [v. *supra*, nota 14], dall'altro perché comunque può ben ipotizzarsi che il frammento si riferisse non alla semplice disapplicazione della *lex Cornelia*, ma piuttosto al comportamento del giudice che, ricorrendo ad artifizi, ne avesse dolosamente eluso la *ratio*), trova corrispondenza nell'idea, a suo tempo già formulata dal Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., pp. 216-217, che Ulpiano si riferisse specificamente ad ipotesi di frode alla *lex Cicereia* o appunto alla *lex Cornelia*. Ad una frode alla *lex Cicereia* pensa, diversamente dal Burdese, ma sempre in linea con la presumibile collocazione originaria del frammento e comunque nel quadro dell'ipotesi ricostruttiva leneliana, Birks, *A New Argument for a Narrow View of Litem suam facere*, cit., pp. 386-387.

[21] Vale a dire che il *quantum* della responsabilità del giudice si sarebbe dovuto commisurare all'effettiva stima della lite quale sarebbe dovuta essere in applicazione dei limiti previsti dalla *lex Cornelia*: sul punto v. Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., in specie p. 182 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 96). Quanto ai sospetti relativi alla chiusa del frammento che tuttavia, anche alla luce di questa interpretazione, dovrebbero considerarsi ragionevolmente superati v. *supra*, nota 15. Sul punto, per l'impiego della locuzione *vera aestimatio litis* in Ulpiano, v. in aggiunta le osservazioni di S. Tafaro, *L'interpretatio ai verba «quanti ea res est» nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, in specie p. 186.

[22] Contro la dottrina che ha considerato insanabile il contrasto tra la parte finale di D. 5, 1, 15, 1 e la circostanza, riferita da D. 50, 13, 6 (e ripresa da I. 4, 5

Rimangono i dubbi sulla natura glossematica – sostenuta da gran parte della dottrina – dell'inciso parentetico «*dolo-sordes*»[23]. Si tratta di riserve che investono il passo in questione non solo dal punto di vista stilistico-formale e per la natura incidentale che potrebbe denunciarne, a sua volta, un inserimento successivo, ma anche, a ben vedere, per il fatto che in esso viene a determinarsi uno sviamento di prospettiva dal dato essenzialmente oggettivo del compor-

---

pr.), che l'azione prevedesse una condanna *in* (*bonum et*) *aequum* (v. *supra*, nota 10) cfr. in specie Guarino, *«Actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 8 e ss. (= *Pagine di diritto romano*, VII, cit., p. 22 e ss.), che rileva come la *condemnatio in quantum aequum* comportasse di rapportarne l'ammontare «alle valutazioni economico-sociali della fattispecie, così come obbiettivamente esistenti e correnti al momento della *sententia*» (*ibidem*, p. 8 [p. 22]) e che perciò il dilemma prospettato da parte della dottrina «non sussiste, perché non vi è contraddizione tra l'invito al giudice a condannare *in quantum aequum* e l'affermazione che la condanna deve essere rapportata alla *vera aestimatio litis*» (*ibidem*, p. 14 [p. 29]). Sul punto, per l'assenza di contrasto tra la condanna alla *vera aestimatio litis* e il criterio del *bonum et aequum* (o del solo *aequum*: v. *supra*, nota 10) v. anche, sulla scia del Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 168, quanto osservato da P. Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 86. Per quanto riguarda la possibilità che la *vera aestimatio* si ponesse come «criterio 'speciale' da applicare nei casi in cui le circostanze avessero consentito una valutazione precisa della pretesa vanificata per effetto della condotta illecita», nel quadro comunque dell'apprezzamento equitativo che rimaneva pur sempre elemento imprescindibile della *condemnatio*, v. ora anche Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., in specie pp. 533-534. Per l'opinione invece che la condanna alla *vera aestimatio litis* del testo ulpianeo faccia riferimento, in chiave evolutiva rispetto alla previsione edittale (v. *supra*, nota 10), ad un *quid pluris* rispetto alla semplice *aestimatio litis* e quindi ad un ristoro non limitato al semplice valore della *lis*, ma quantificato in base alla valutazione equitativa del giudice e che pertanto tale condanna risultasse nei fatti sostanzialmente equivalente ad una condanna *in* (*bonum et*) *aequum* e che anzi, proprio per questo motivo, le *res cottidianae* intesero esplicitare tale assimilazione facendo riferimento – semplificando i termini della questione – ad una *condemnatio in quantum aequum* v. recentemente Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 465, p. 467 e p. 470, nonché *Litem suam facere*, cit., p. 411.

[23] Per la natura glossematica dell'inciso «*dolo-sordes*», largamente condivisa anche dalla dottrina più recente, cfr., tra gli autori citati dall'*Index interpolationum*, in specie B. Kübler, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, in *ZSS* 39, 1918, p. 220, nota 2; tale opinione, a suo tempo già sostenuta dal Lenel, *Das Edictum perpetuum*[3], cit., p. 168, è ancora accolta, tra gli altri, da Guarino, *«Actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 14 (= *Pagine di diritto romano*, VII, cit., pp. 28-29), nonché, più di recente, da Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., in specie p. 204 e da Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 173.

tamento del *iudex* rivolto, sia pure intenzionalmente, a emanare una sentenza *in fraudem legis*, ai motivi soggettivi dell'*in fraudem legis sententiam dicere*, riconducendo appunto esplicitamente tale comportamento al dolo del giudice parziale[24].

La circostanza tuttavia non sposta più di tanto i termini della questione: sia che l'inciso sia da considerarsi genuino[25], sia che abbia piuttosto matrice ulpianea quanto meno il richiamo al binomio *gratia-sordes*[26], sia infine che, con la dottrina dominante, tutta la frase fra parentesi vada espunta come un'aggiunta successiva, rimane comunque il fatto che Ulpiano, forse attraverso un'interpretazione estensiva della nozione originaria di *litem suam facere*, ne individuava una particolare figura nel comportamento del *iudex* che avesse emesso dolosamente una sentenza in violazione di una norma so-

[24] La necessaria distinzione dei due piani mi induce a non condividere l'opinione di chi, come De Martino, «*Litem suam facere*», cit., pp. 8-9 e pp. 34-35, ha invece ritenuto che la menzione del dolo abbia nel testo una valenza più generale e costituisca ipotesi separata rispetto alla *fraus legi*: a mio avviso il dolo si inquadra nella *fraus legi*, è cioè l'elemento psicologico di chi agisce *in fraudem legis* (v. anche D. 37, 14, 16 pr.-2 [Ulp. 10 *ad leg. Iuliam et Papiam*]) e solo nell'inciso «*dolo-sordes*» si manifesta in forma indipendente, come dolo del giudice parziale. Detto questo non credo che si possa neppure aderire all'opposta opinione di chi, facendo leva sull'originario carattere oggettivo della *fraus legi* (cfr. H. Krüger-M. Kaser, *Fraus*, in *ZSS* 63, 1943, p. 142), ha ipotizzato che il testo ulpianeo nella sua versione originaria non facesse neppur menzione del dolo (così Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 50).

[25] Cfr. a questo proposito, senza tuttavia porsi il problema degli eventuali rimaneggiamenti del passo (e quindi, in questi termini, forse espressione di un talvolta un po' acritico riflusso anti interpolazionistico), Fascione, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, cit., p. 153. La posizione del Fascione non è comunque del tutto isolata nella dottrina recente: la questione della genuinità rimane infatti sostanzialmente impregiudicata anche in Kelly, *Roman litigation*, cit., p. 110.

[26] In questo senso v. ora l'ampio tentativo di dimostrazione compiuto da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 251 e ss., che, sulla base di un'indagine del lessico ulpianeo e dell'analisi dei frammenti in cui risulta l'uso congiunto dei vocaboli *gratia* e *sordes* nel commentario *ad edictum*, ha ipotizzato che i due termini qualificassero già nel testo genuino l'atteggiamento di favore o avversione del *iudex* nei confronti di una delle parti e che l'aggiunta del lessema *inimicitia* da parte dei giustinianei abbia alterato successivamente l'equilibrio del testo originario, con il conseguente snaturamento del termine *sordes*, marginalizzato dall'opposizione *gratia-inimicitia*.

stanziale derivante da una *lex publica* o, più esattamente, nel caso specifico disattedendone la *ratio*[27].

La posizione di Ulpiano, così ricostruita, lungi dal condurre nell'ambito del *litem suam facere* l'ipotesi della sentenza emanata *iniuria iudicis*[28] e quindi lungi dal fornire attraverso tale strumento processuale un rimedio all'ingiustizia sostanziale della sentenza[29],

[27] Che quello prospettato nel testo ulpianeo fosse un caso specifico di *litem suam facere* – risultato forse di una interpretazione estensiva della nozione originaria – è stato del resto più volte affermato nella dottrina recente: sul punto cfr., tra gli altri, in specie Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 250; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 176 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 92). Anche Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 284 e ss., che pure tenta di avvalorare la natura definitoria del testo ulpianeo, ammette che esso rimane connotato da una forte specificità e che comunque la fattispecie prospettata da Ulpiano non si sovrapponeva, ma si aggiungeva ai casi di inadempimento procedurale già considerati integrare il *litem suam facere*. La specificità della fattispecie considerata in D. 5, 1, 15, 1 è ammessa del resto anche da Giusto, *Litem suam facere*, cit., p. 404, che pure, come si è detto (v. *supra*, nota 18) ritiene – forse non a torto – che il testo ulpianeo potesse riguardare in ultima analisi «l'inosservanza o l'inesatta applicazione o l'elusione di un qualunque precetto normativo».

[28] Sul punto v. l'ampia discussione fornita da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 320 e ss. Quanto all'*iniuria iudicis* e al fatto che essa comunque prescindesse dallo stato soggettivo del *iudex* v. in particolare G. Pugliese, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi E. Betti*, III, Milano, 1962, p. 725 e ss. (= *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1977, p. 27 e ss.). Sul punto v. anche M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, p. 294 e ss. Del resto a ciò corrisponde l'assenza nel processo formulare di un principio generale di responsabilità civile del giudice riguardo al merito della decisione, circostanza quest'ultima avvalorata anche dalla mancanza di testimonianze che concernano eventualmente i relativi procedimenti: in questo senso è significativa la testimonianza della *Tabula Contrebiensis* di cui, proprio con riferimento al nostro tema, si è occupato *ex professo* il Birks, *A New Argument for a Narrow View of Litem suam facere*, cit., p. 375 e ss. Per una svalutazione della pretesa testimonianza della *Tabula Contrebiensis*, pur in un quadro adesivo all'idea che l'*iniuria iudicis* non fosse in alcun modo riconducibile al *litem suam facere*, v. però ora Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 463.

[29] L'*imprudentia iudicis* cui si fa riferimento nelle *res cottidianae* (D. 44, 7, 5, 4 e D. 50, 13, 6) e nelle Istituzioni imperiali (I. 4, 5 pr.) non deve indurre a ritenere, in relazione a quanto appena detto (v. nota precedente), che nella previsione relativa al *iudex qui litem suam facit* il pretore facesse rientrare l'ipotesi del giudice che emette per errore un giudizio ingiusto e che possa dunque tracciarsi quella linea di continuità che fu ipotizzata da Stein, *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, cit., p. 567 (= *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, cit., pp. 370-371) tra la nozione di *litem suam facere* che risulta dalle *res cottidianae* e la concezione che emerge in Aristoteles, *ethica Nicomachea* 5, 9, 12 (1136b), laddo-

sembra del resto porsi in un rapporto di continuità e di sviluppo con la testimonianza ricavabile da un passo delle Istituzioni di Gaio. Mi riferisco a Gai. 4, 52 in cui si dice che il giudice *litem suam facit* qualora, nelle azioni con una *condemnatio* con oggetto consistente in un *certum*, avesse pronunciato una sentenza riguardante una somma in denaro maggiore o minore di quella fissata nella formula o altrimenti, nelle azioni con una *condemnatio* in un *incertum*, avesse comunque disatteso il limite imposto nella *taxatio*[30]:

> Gai. 4, 52: *Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit, alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est…*

Il testo ci è giunto incompleto, ma pare che nelle circa cinque righe quasi del tutto illeggibili del Veronese che immediatamente seguivano non venissero meglio sviluppate le fattispecie delineate o, altrimenti, prese in considerazione altre ipotesi di *litem suam face-*

---

ve il filosofo ritiene che il giudice che emana una sentenza ingiusta per errore, pur non commettendo un illecito sul piano del νομικὸν δίκαιον, lo commetta tuttavia su quello del πρῶτον δίκαιον. Il *litem suam facere*, almeno in origine – e direi certamente per tutta l'epoca classica –, non ha infatti a che fare con l'ingiustizia della sentenza ed è per questo e non perché il dolo fosse insito nella fattispecie (così invece Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, cit., p. 510, nota 2 [= *Studi di diritto romano*, III, cit., p. 92, nota 2], v. al proposito *supra*, nota 13) che non può, almeno a mio avviso, costruirsi una connessione tra la figura individuata dal pretore e l'ipotesi prospettata dal pensatore greco, che tra l'altro distingue più esattamente tra ciò che è illecito per l'ordinamento positivo e ciò che lo è in assoluto, perché per sua essenza ingiusto.

[30] Sul testo gaiano v. De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., in specie p. 1; per un inquadramento del passo nell'ambito della trattazione istituzionale della *condemnatio* (Gai. 4, 43-57) cfr. in particolare Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 241 e ss. Su Gai. 4, 52, che tra i testi giuridici relativi al *litem suam facere* è forse quello che fra tutti ha meno attratto l'attenzione della dottrina, v. anche d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., pp. 372-373; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 45-46; Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., pp. 227-228; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 170 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 88) e *Ancora sul «iudex qui litem suam facit*, cit., pp. 25-26; Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 462 e *Litem suam facere*, cit., p. 399.

re in qualche modo connesse alle due precedenti[31]. Quello che dunque per noi allo stato delle fonti appare certo è che Gaio si occupava nelle sue *institutiones* del caso in cui il giudice non si atteneva ai termini formali della *condemnatio* e qualificava tale comportamento come *litem suam facere* sia qualora fosse stata disattesa l'indicazione di un *certum*, sia nel caso in cui si fossero invece superati i limiti indicati in una eventuale *taxatio*[32].

Siamo dunque non sul piano della violazione di norme imperative, riconducibili ad una *lex* comiziale come nel caso prospettato da Ulpiano, ma su quello della violazione di un precetto indicato nella formula magistratuale e più esattamente di una sentenza emanata esorbitando i poteri attribuiti al giudice nel decreto pretorio[33].

---

[31] Tenuto conto dello stato del manoscritto, che nella parte che ci interessa versa in condizioni davvero critiche, faccio rinvio, per una ricostruzione, sia pure del tutto congetturale, delle righe successive a Ph.E. Huschke, *Iurisprudentiae Anteiustinianae quae supersunt*[5], Lipsiae, 1886, p. 364, che ritenne in particolare che il testo continuasse occupandosi in primo luogo del caso in cui mancasse l'indicazione della *taxatio*: *…at si etiam* taxatio posita non sit, quanti velit condemnare potest. 4, 52a. Unde quia, quod petit, *qui formulam acci*pit*, intendere de*b*et, nec am*plius iudex quam *certa condemnatione constringi*tur*,* sed nec ite*r*um *eand*em formul*am accipi*t, qui egit, et in condemnatione *cer*tam pecuniam, quam petit, ponere debet, ne consequatur min*us quam* (o eam quo*usque*) *velit*. Le parti in corsivo sono quelle ancora leggibili nel Veronese e che, come tali, sono riportate dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 45. Erroneo sul punto Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 242, nota 54, che le attribuisce invece inopinatamente ad una ricostruzione dell'autrice spagnola.

[32] A quest'ultimo proposito sembra che la prescrizione dovesse valere anche nel caso di *taxatio incerta*, stabilita cioè *per relationem*, cfr. sul punto quanto osservato da Burdese, *Ancora sul «iudex qui litem suam facit*, cit., pp. 25-26. Più in generale sulla *taxatio*, rispetto alla quale, qualora fosse stata inclusa, il giudice, come è noto, avrebbe comunque potuto condannare ad una somma minore («*minoris autem damnare ei permissum est…*») cfr. per tutti, D. Nörr, *Zur «condemnatio cum taxatione» in römischen Zivilprozess*, in *ZSS* 112, 1995, p. 51 e ss. (= *Historiae iuris antiqui: gesammelte Schriften*, III, Goldbach, 2003, p. 2029 e ss.). Sul punto v. anche la recente monografia di Ph. Grzimek, *Studien zur taxatio*, München, 2001, p. 4 e ss. Si può aggiungere per completezza che, secondo Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 462 e *Litem suam facere*, cit., p. 399, un'ulteriore ipotesi di *litem suam facere* si sarebbe potuta verificare, al di là delle fattispecie prospettate in Gai. 4, 52, nel caso in cui il giudice avesse omesso la menzione della eventuale possibilità della dazione a nossa. Sul punto v. già Mac Cormick, «*Iudex qui litem suam fecit*», cit., p. 154.

[33] Rimane dubbio se una sentenza emanata in contrasto con il precetto formulare fosse valida e irrevocabile, circostanza questa che parrebbe doversi dedurre dalla testimonianza di D. 42, 1, 55 (Ulp. 51 *ad Sab.*): per l'opinione affermativa e

Il rapporto di continuità tra le due ipotesi appare tuttavia nel complesso abbastanza evidente: anche in questo caso, come in quello prospettato da Ulpiano, siamo di fronte ad una condotta del giudice che sfocia in una sentenza che, fosse o no invalida, rimaneva come tale generatrice di responsabilità in quanto emanata in arbitraria violazione dei poteri riconosciuti all'organo giudicante dalla legge o appunto dal decreto pretorio[34]. Ciò tuttavia non esclude, al di là della diversa fat-

che pertanto la responsabilità del giudice non avesse carattere sostitutivo, ma aggiuntivo e fosse preordinata esclusivamente ad ottenere il risarcimento del danno relativo al precedente giudizio, v. De Martino, «*Litem suam facere*», cit., p. 31 e ss.; Kelly, *Roman litigation*, cit., in specie p. 112 e ss.; Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 256 e nota 163. In questo senso è poi da vedere se il *iudex* fosse tenuto nei confronti dell'attore che aveva consumato la lite (nel caso fosse stata pronunciata una condanna in una somma minore al *certum* fissato nella formula) o nei confronti del convenuto che fosse stato eventualmente condannato in una somma che avesse oltrepassato i limiti del *certum* o della *taxatio* fissati nella formula, cfr. sul punto Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 614. La dottrina dominante è invece per la negativa e cioè per l'opinione che la sentenza fosse nulla e che conseguentemente la responsabilità del giudice avesse carattere sostitutivo: sul punto v. in particolare Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 173 e ss. (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 90 e ss.), nonché, nella letteratura precedente – sulla scia del d'Ors, «*Litem suam facere*», cit., p. 372, che, proprio fondandosi sulla nullità della sentenza, equiparava il caso prospettato in Gai. 4, 52 a quello, a suo avviso tipico del *litem suam facere*, dell'omissione della sentenza – in particolare Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 183; Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., pp. 108-109; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 46; sul punto v. anche Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 164 e p. 170; Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 462 e *Litem suam facere*, cit., pp. 399-401.

[34] Sul punto, per il collegamento sotto questo specifico profilo, tra la fattispecie prospettata da Gaio e quella cui si fa riferimento in D. 5, 1, 15, 1, v. in specie le osservazioni di Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., pp. 177-178 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 93): «ci troveremmo ancora di fronte ad una estensione delle ipotesi gaiane di *litem suam facere*, resa possibile dalla elasticità della relativa espressione formulare, ad altra ipotesi sostanzialmente affine». A ciò si aggiunga che secondo lo stesso autore nel caso prospettato da Ulpiano la sentenza emanata dolosamente in frode alla legge sarebbe stata a sua volta da considerarsi nulla (v. *supra*, nota precedente), in relazione all'affermarsi, probabilmente già in sede di processo formulare, del principio – attestato specie nell'ambito della *cognitio extra ordinem* – della nullità delle sentenze emanate *contra constitutiones aut leges* (nonché *senatusconsulta*): sul punto, su cui il Burdese è più volte ritornato, v. da ultimo il quadro di sintesi fornito in *Ancora sul «iudex qui litem suam facit»*, cit., p. 27.

tispecie, la presenza di significative differenze: in particolare, nel caso prospettato da Gaio, l'elemento 'soggettivo' non viene preso in alcuna considerazione ai fini di integrazione dell'illecito e rimane sullo sfondo sostanziandosi, solo in forma del tutto implicita, nel comportamento del giudice che abbia appunto agito al di fuori dei suoi poteri[35].

4. *Il* litem suam facere *nelle fonti giuridiche papirologiche (il Pap. Antinoopolis 22,* recto*) ed epigrafiche (il cap. 91 della* lex municipi Flavi Irnitani*)*

Il quadro così prospettato in relazione ai principali materiali conservati nella compilazione giustinianea e nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio va messo a questo punto a confronto con alcune ulteriori fonti giuridiche e letterarie che direttamente o indirettamente a loro volta si occupano del *litem suam facere*, per verificarne il grado di attendibilità e per renderlo, per quanto possibile, più ampio e completo.

Quanto alle testimonianze giuridiche deve essere preso anzitutto in considerazione uno dei papiri di Antinoopolis (il n. 22), pubblicato ormai da oltre mezzo secolo dal Roberts[36] e comunemente

[35] Questo aspetto è ora a mio avviso giustamente sottolineato da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., in specie p. 310 e ss. (v. anche p. 249): «è quindi il caso di ribadire come tale analogia vada considerata con cautela perché il passo gaiano presenta notevoli differenze sotto il profilo strutturale, essendo caratterizzato da una semplice pronuncia in violazione del precetto formulare (e non *in fraudem legis*), rispetto alla quale la prova della sussistenza dell'elemento soggettivo non veniva richiesta ai fini dell'integrazione dell'illecito» (p. 317).

[36] Cfr. C.H. Roberts, *The Antinoopolis papyri*, I, London, 1950, pp. 47-51, che ne propone la datazione al quarto secolo. La pubblicazione del papiro suscitò vasta eco nella romanistica del tempo, v. in particolare le dettagliate rassegne che ne fecero V. Arangio-Ruiz, *Rec.* a C.H. Roberts, *The Antinoopolis papyri*, in *Iura* 2, 1951, p. 344 e ss. e E. Seidl, *Juristiche Papyruskunde 11. Bericht (Neuerscheinungen von September 1949 bis September 1952)*, in *SDHI* 18, 1952, p. 343 e s. Del testo si sono successivamente occupati Kelly, *Roman litigation*, cit, p. 107; MacCormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, cit., pp. 18-19; d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., pp. 373-374; Birks, *A New Argument for a Narrow View of Litem suam facere*, cit., p. 374; Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 182; T. Giménez-Candela, *Una revisión de Pap. Ant. 22*, in *Estudios de derecho romano en honor de A. d'Ors*, I, Pamplona, 1987, p. 565 e ss.;

ritenuto, secondo un'ipotesi originariamente prospettata dal de Zulueta[37], un frammento del commentario ulpianeo all'editto *quod eo auctore qui tutor non fuerit* (*gestum*?) *esse dicatur* (E.P. § 43)[38].

Qui interessa specificamente solo la parte del testo (Pap. Antinoopolis 22, *recto*, col. II, l. 5 e ss.) che risulta diretta a circoscrivere l'ambito applicativo della prescrizione edittale relativa al *falsus tutor*, di cui il commento del giurista si era appunto occupato nella parte immediatamente precedente[39]:

De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 14 e ss.; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 41 e ss.; Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 228 e ss.; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., pp. 159-160 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 84-85), nonché *Ancora sul «iudex qui litem suam facit»*, cit., pp. 24-25; E. Metzger, *A new outline of the roman civil trial*, Oxford, 1997, p. 129 e ss.; D. Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana. Contributo all'interpretazione e alla critica testuale del capitolo LXXXXI*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, V, Napoli, 2001, p. 254 e ss.; F. Bertoldi, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, 2003, pp. 195-196; Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 212 e ss.; Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., pp. 460-461 e *Litem suam facere*, cit., p. 398.

[37] Il Roberts poté infatti avvalersi della collaborazione giuridica di F. de Zulueta, la cui opinione è testualmente riprodotta tra virgolette alle pp. 48-49 della già citata edizione londinese del papiro.

[38] Per questa ipotesi v. F. de Zulueta, in *The Antinoopolis papyri*, I, cit., p. 48. La rubrica edittale è quella ricostruita da Lenel, *Das Edictum perpetuum*[3], cit., p. 119 e nota 1, che ipotizza che l'inserimento del termine *gestum* nella rubrica di D. 27, 6 sia dovuto ai compilatori. Tale rubrica così recita: *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* (per la sua derivazione dall'editto cfr. in precedenza Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 1249). Rimane a mio avviso non del tutto certo che il frammento conservatoci derivasse dai *libri ad edictum* di Ulpiano (da cui sono tratti D. 27, 6, 1; 3; 5; 7; 9; 11; 12) e non piuttosto da quelli di Paolo, la cui trattazione è a sua volta altrettanto ampiamente utilizzata in D. 27, 6 (dai *libri ad edictum* di Paolo derivano infatti D. 27, 6, 2; 4; 6; 8). Va tuttavia a onor del vero sottolineato che l'ipotesi avanzata senza spiegazioni da de Zulueta e acriticamente seguita da larga parte della dottrina successiva trova comunque un fondamento indiziario nel fatto che Pomponio viene citato solo nei frammenti ulpianei del titolo 27, 6 del Digesto (cfr. D. 27, 6, 1, 3-5; D. 27, 6, 7, 3; D. 27, 6, 9 pr.).

[39] Per questa parte del papiro v., nella letteratura recente, in specie Giménez-Candela, *Una revisión de Pap. Ant. 22*, cit., p. 565 e ss., nonché, della stessa autrice, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 42; da ultimo v. anche l'ampia disamina fornita, anche con riferimento alla letteratura precedente, da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 214 e ss. Rimane tuttavia dubbio (v. *infra*, nota 41) se il frammento papiraceo si riferisca specificamente ad un'ipotesi in cui il pupillo non fosse debitamente assistito per la presenza in giudizio di un *falsus tutor* o se piuttosto descriva una situazione analoga, ma non identica a quella prevista dall'editto con riferimento al caso del pupillo privo di *auctoritas* tutoria, perché erroneamen-

> Pap. Antinoopolis 22, *recto*, col. II, l. 5 e ss.: *…Item Pompo(nius) scr(ibit), si falso t(utore) a(uctore) m(inus) fuerit diffis<s>us dies, ed(ictum) qu(i)d(em) cessare, et iudicem, q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue) s(ententi)am dixit, litem suam fe<cisse videri>.*

Il testo, qui riprodotto accogliendo le integrazioni proposte dalla Giménez-Candela[40], menzionava dunque un'opinione di Pomponio secondo il quale, nel caso in cui il *iudex* non avesse compiuto la *diffissio*, benché si fosse costituito in giudizio un *falsus tutor*, non si sarebbe dovuto applicare l'editto *quod eo auctore qui tutor non fuerit*[41], ma piuttosto quello relativo al *iudex qui litem suam fa-*

---

te ritenuto di età adeguata alla comparizione in giudizio senza la dovuta assistenza del tutore (in questo senso deporrebbe infatti l'espressione «*sine tutore auctore*» presente alla precedente l. 4). Su tutta la questione, con particolare riferimento al rapporto tra la fattispecie considerata dall'editto e quella presa in esame dal papiro, v. da ultimo l'accurata disamina fornita dal Metzger, *A new outline of the roman civil trial*, cit., pp. 132-134.

[40] Cfr. ancora *Una revisión de Pap. Ant. 22*, cit., p. 569 e ss. e *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 42 e ss.; ricordo che la proposta di lettura della Giménez-Candela è stata accolta, tra gli altri, dalla Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., pp. 230-231, dal Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 160, nota 17 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 81, nota 17) e *Ancora sul «iudex qui litem suam facit»*, cit., p. 25, dal Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 167 e nota 417, dal Metzger, *A new outline of the roman civil trial*, cit., p. 135 e ss., dalla Bertoldi, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, cit., p. 196 e dal Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 461. Dubbioso rimane tuttavia sul punto Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., p. 256 e nota 115, che esprime riserve sull'uso del *si minus* non preceduto da una frase condizionale positiva, osservando ulteriormente come esso sia comunque volto ad esprimere una negazione meno perentoria di *non*. Un ampio quadro della dottrina è ora fornito anche da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 233 e ss., che sembra, pur a sua volta con molta cautela, accogliere la lettura dell'autrice spagnola. Va ricordato che la proposta dell'aggiunta del *videri* finale risale invece già ad una ipotesi di Arangio-Ruiz, *Rec.* a Roberts, *The Antinoopolis papyri*, cit., p. 345.

[41] Per l'editto in questione, la cui trattazione era collocata nel dodicesimo libro dei commentari di Paolo e di Ulpiano e nel trentesimo e nel trentunesimo di quello di Pomponio, cfr. Lenel, *Das Edictum perpetuum*[3], cit., pp. 119-120. Probabilmente il commento di Pomponio (occupandosi dell'*actor insciens* e *sciens*) forniva una spiegazione dell'ambito di applicazione della clausola in questione, con riferimento alle diverse conseguenze connesse alle diverse situazioni prospettabili. Sembrerebbe infatti che in col. II, ll. 1-5 si affrontassero situazioni distinte e cioè da un lato quella in cui si fosse intentata una azione contro un pupillo senza sapere che fosse tale o – situazione esplicitamente presa in considerazione dall'editto – in

cit (E.P. § 59)[42]. In particolare la lettura «*m*(*inus*) *fuerit diffis*<*s*>*us dies*» permette di superare l'*empasse* determinata dall'altra, originariamente proposta dal Roberts – «*m*(*ale*) *fuerit diffis*<*s*>*us

presenza di chi fosse erroneamente, e indipendentemente dal suo dolo, considerato *tutor* (parrebbe che l'espressione *falsus tutor* equivalesse infatti a *non tutor*: in questo senso deporrebbe D. 50, 16, 221 [Paul. 10 *resp.*]; la circostanza è tuttavia certa per il diritto giustinianeo, ma non per il diritto classico, in cui, secondo alcuni [v. S. Solazzi, *«Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur»*, in *AG* 91, 1924, pp. 155-156 = *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, pp. 598-599], *falsus tutor* era espressione che implicava comunque il dolo di chi si presentava come tutore; sul punto v. ora Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 223, che sottolinea la sostanziale fungibilità delle due diverse situazioni nel linguaggio dei giuristi classici, fatto che, aggiungerei io, sembra testimoniato dallo stesso papiro che utilizza a distanza ravvicinata le due espressioni «*sine tutore auctore*», l. 4 e «*falso tutore auctore*», ll. 5-6) – circostanza questa che secondo la previsione edittale dava luogo tra l'altro ad una *restitutio in integrum* a favore dell'attore che erroneamente e in buona fede avesse accettato in giudizio la presenza del *falsus tutor* –, dall'altro quella invece in cui l'attore fosse appunto *sciens* riguardo alla situazione processuale determinatasi, caso questo in cui non si sarebbe applicato il rimedio dell'editto, ma si sarebbe potuta opporre nei confronti dell'attore soccombente che avesse nuovamente convenuto il pupillo l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (sembra in questo senso da interpretare l'espressione «*repelletur iure pretorio*» contenuta nelle ll. 4-5 del frammento papiraceo). Rimane invece incerto a favore di chi e in quale modo operasse l'*exceptio* ricordata alle ll. 1-2 nel caso in cui l'attore fosse *insciens*: sul punto per le varie ipotesi prospettabili cfr. ora ampiamente Scevola, *ibidem*, p. 216 e ss. Per quanto mi riguarda propenderei sommessamente per l'ipotesi che in questo caso si facesse riferimento ad un rimedio favorevole all'attore in relazione al duplice modo in cui poteva prodursi, nel processo romano, la preclusione, cioè *ipso iure* e *ope exceptionis*: è probabile cioè che il testo affermasse che, a differenza della situazione prospettata nel prosieguo, al pupillo, nuovamente convenuto, non sarebbe stata concessa contro l'attore *insciens* l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

[42] Cfr. Lenel, *Das Edictum perpetuum*[3], cit., pp. 167-169. Per questa interpretazione del testo v. già de Zulueta, in *The Antinoopolis papyri*, I, cit., p. 49. Sul punto, nella letteratura successiva, v., tra gli altri, Arangio-Ruiz, *Rec.* a Roberts, *The Antinoopolis papyri*, cit., p. 346; MacCormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, cit., pp. 18-19; d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 374; Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 182; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 42; Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 229. Per questa impostazione della questione posta da col. II, ll. 5 e ss. del papiro, v. anche Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., in specie pp. 225-226 e p. 230. Ciò tuttavia non avrebbe comportato – a quanto pare – il venir meno della responsabilità del *falsus tutor* per gli eventuali danni: v. al proposito De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 16 e Burdese, *Ancora sul «iudex qui litem suam facit»*, cit., p. 25.

dies» –, che implicava o l'arbitraria identificazione di *male diffidere* e *non diffidere* o altrimenti l'incongruenza di vedere affiancate, a breve distanza nel testo, due situazioni almeno parzialmente diverse[43], salvo poi, in quest'ultima ipotesi, il porsi dell'ulteriore difficoltà, incontrata dalla dottrina meno recente, di definire esattamente in cosa consistesse il *male diffidere*[44].

[43] Già Roberts (cfr. *The Antinoopolis papyri*, I, cit., p. 51, *ad h. l.*) ammetteva che per *m* = *male* non vi fossero precedenti nelle fonti giuridiche, sebbene fosse riscontrabile *m* per *malo* o per *mali* con riferimento, rispettivamente, a *dolo* o *doli*: sul punto cfr. G. Studemund, *Gaii Institutiones*, Leipzig, 1873, p. 276. Quanto all'uso dell'avverbio *male* (da solo o preceduto da *si*) in Ulpiano (sempreché – aggiungerei io – il frammento di Antinopoli riproduca un passo del commentario ulpianeo, cfr. *supra*, nota 38) v. tuttavia le fonti ora raccolte da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 234, nota 39, che però a mio avviso fraintende la questione che evidentemente non è quella di vedere se l'avverbio fosse usato dai giuristi (sia o no il frammento riconducibile ad Ulpiano), ma consiste piuttosto nella possibilità di sciogliere l'abbreviazione *m* in *male*.

[44] Cfr. per la questione già de Zulueta, in *The Antinoopolis papyri*, I, cit., p. 49, che così affermava: «The impropriety of the *diffissio* cannot have arisen from the fact that the *tutor* was *falsus*, for the liability of the *judex* cannot have been engaged by a fact of which he was unaware, and unaware he must have been since his awareness is not stated. The adjournment must have been improper on some other ground which would have made the *judex* liable even if there had been no *falsus tutor*». Anche secondo Arangio-Ruiz, *Rec.* a Roberts, *The Antinoopolis papyri*, cit., p. 346, l'improprietà del rinvio non sarebbe stata determinata dal difetto di rappresentazione del pupillo (e quindi eventualmente dalla presenza in giudizio di un *falsus tutor*), ma dal fatto che la *diffissio* sarebbe stata compiuta, in ossequio all'antica norma decemvirale sul *morbus sonticus* (XII Tab. II, 2, su cui cfr. in particolare F. D'Ippolito, *XII tab. 2. 2*, in *Index* 18, 1990, p. 435 e ss., nonché ora ampiamente Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 108 e ss.), «per malattia (supposta, onde l'avverbio *male*) di una delle parti». Diversamente più di recente d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 374, ritiene che la *diffissio* fosse stata compiuta *male* perché «nula por la intervención de un falso tutor»: l'ipotesi dall'autore spagnolo pare tuttavia singolare, in quanto è semmai proprio il fatto che l'*auctoritas* non possa essere validamente prestata che deve indurre il *iudex* a compiere la *diffissio* (v. *infra*, nel testo e nota 46). Sul punto cfr. anche Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 182, che sembrano interpretare *male* nel senso che il *iudex* non avesse prestato il giuramento c.d. provvisorio riguardo alla causa della *diffissio*, in relazione al caso in cui quest'ultima fosse stata compiuta dal giudice per chiarirsi le idee circa il modo di risolvere la controversia (cfr. Gellius, *noctes Atticae* 14, 2, 11). Su quest'ultimo punto cfr. ancora J. Paricio, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, Madrid, 1987, p. 101 e ss. Diversamente tuttavia Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., p. 259 e ss., che ha efficacemente dimostrato l'illusorietà del giuramento sulla *diei diffissio* quale ipotizzato da alcuni autori sulla base di lex Irnitana, cap. 91 (Tab. X, col. A,

Così ricostruito il testo sembra invece assumere una sua ragionevole coerenza interna: il comportamento illecito del giudice può configurarsi come *litem suam facere* sia quando, dovendolo fare, non si fosse provveduto alla fissazione di un *dies* per la prosecuzione della causa, sia qualora non venisse emanata la sentenza nel giorno in cui fosse stata regolarmente aggiornata l'udienza e comunque nel limite di tempo di diciotto mesi prescritto dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum*[45]. Nel caso di specie veniva in considerazione proprio la mancanza della *diffissio*, cioè il non aver provveduto a fissare una nuova udienza per permettere la regolarizzazione della posizione del *pupillus*, una volta che fosse appunto emersa, *post litem contestatam*, la carenza di legittimazione del falso tutore[46]. Il giurista, pren-

ll. 49-50): in realtà il giuramento cui si fa riferimento in quel contesto non è altro che il *iusiurandum iudiciale* di cui si tratta in C. 3, 1, 14 (v. *infra*, nota 90).

[45] Sulle disposizioni della *lex Iulia* relative alla *mors litis* v., da ultimo, la sintesi fornita dalla Bertoldi, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, cit., p. 185 e ss. (e in specie p. 194 e ss. per la configurazione come *litem suam facere*, anche in relazione a Pap. Antinoopolis 22, *recto*, del comportamento del *iudex* che l'avesse determinata). Il termine di diciotto mesi, previsto per i *iudicia legitima* e richiamato anche da lex Irnitana, cap. 91 (Tab. X, col. A, ll. 53 e ss e col. B, ll. 1-3, v. *infra*, nel testo), decorreva, come è noto, dalla *litis contestatio* (cfr. Gai. 4, 104: *…eaque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori*). Diversamente, come apprendiamo da Gai. 4, 105, avveniva nei *iudicia imperio continentia* che rimanevano validi finché fosse rimasto in carica il magistrato che li aveva instaurati (v. Gai. 4, 105: *…Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit*). Dubbio rimane se prima della *lex Iulia* vi fossero o meno termini giudiziali di scadenza per i *iudicia legitima*: per la negativa R. Martini, *La legislazione giudiziaria di Augusto e la durata dei processi*, in *Seminarios complutenses de Derecho Romano*, I, 1990, p. 96 e ss.; diversamente sul punto Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 260 e ss., che ritiene che il termine di scadenza fosse anche per tali giudizi quello conservato dalla *lex Iulia* per i soli *iudicia imperio continentia*.

[46] Credo cioè verosimile che l'irregolare costituzione in giudizio fosse alla base della necessità della *diffissio* e che le due parti di Pap. Antinoopolis 22, *recto* siano sotto questo profilo strettamente correlate (sul punto v. da ultimo Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 461 e *Litem suam facere*, cit., p. 398; per un esame delle diverse posizioni dottrinali v. anche Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., in specie p. 226 e ss.). In sostanza il *iudex*, accertata l'assenza o la mancanza di legittimazione del presunto *tutor* (circostanze queste ovviamente scopertesi, nel caso prospettato, dopo la *litis contestatio*), avrebbe dovuto, fin dal momento dell'udienza iniziale del giudizio, rinviare la prosecuzione del processo per permettere la regolare presentazione di chi fosse nella condizione di prestare validamente l'*auctoritas* richiesta. Sulla *diffissio*, cfr. già de Zulueta, in *The Anti-*

dendo dunque in considerazione un giudizio caratterizzato contemporaneamente dall'irregolare costituzione di una delle parti e da una inosservanza degli obblighi procedurali del *iudex*, nel possibile conflitto tra le prescrizioni edittali riguardanti il *falsus tutor* e il *iudex qui litem suam facit*, prevedeva che la mancanza del *iudex* che non avesse compiuto la *diffissio*, emanando eventualmente una sentenza viziata, comportasse la prevalenza della seconda[47].

Il testo in esame parrebbe anzi dimostrare che l'omissione della *diffissio* veniva in via interpretativa equiparata, quanto alle con-

noopolis papyri, I, cit., p. 48. Per la sua alta risalenza e sul fatto che almeno in origine dipendesse di norma da motivi di impedimento del giudice cfr. la letteratura indicata da Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 158, nota 12 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 80, nota 12). Per altri motivi che potevano dar luogo alla *diffissio* v. tuttavia De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 15. Da ultimo, per la pluralità delle *causae* della *diei diffissio* e per la loro risalenza, v. anche Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., pp. 248-249 e nota 98. Per un'articolata trattazione cfr. altresì Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 29 e ss., che però da parte sua ritiene che comunque la *diffissio* dovesse essere compiuta dal *iudex* previa autorizzazione del magistrato; tuttavia è sul punto da rilevare che, salvo che il rinvio non si producesse *ope legis* per impedimento del giudice impossibilitato ad effettuarlo (v. *infra*, nota 51), la *diffissio* sembra invece essere atto esclusivamente giudiziale: sulla questione – mi pare a ragione – W. Simshäuser, *La jurisdiction municipale à la lumière de la lex Irnitana*, in *RHD* 67, 1989, p. 629 e ss., nonché, con specifico riferimento all'opinione sostenuta dall'autrice spagnola, A. Burdese, *Rec.* a T. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, in *SDHI* 57, 1991, p. 451.

[47] Il giudice, qualora avesse accertato l'irregolare costituzione di una delle parti, non avrebbe potuto sfuggire all'alternativa tra l'emanare una sentenza viziata (che, a quanto si deve ritenere, lo avrebbe reso responsabile di *litem suam facere*) e il non emanarla, operando però la *diffissio* (circostanza questa che gli avrebbe permesso di non incorrere nel *litem suam facere*, di cui si sarebbe ugualmente reso responsabile se si fosse invece limitato a non emanare la sentenza). Altra questione è quella di vedere quali conseguenze si sarebbero determinate qualora la *litis contestatio* fosse stata compiuta alla presenza di un *falsus tutor*. A mio sommesso avviso – benché possano legittimamente avanzarsi dubbi circa la stessa validità della *litis contestatio* – l'effetto pratico (sempreché il *iudex* avesse correttamente provveduto da parte sua a compiere la *diffissio*) sarebbe comunque stato quello di rendere applicabile l'editto *quod eo auctore qui tutor non fuerit* e quindi di ammettere la concessione, all'attore *insciens,* del duplice rimedio della *restitutio in integrum* e della non concessione dell'*exceptio*, così come parrebbe affermato nella prima parte di Pap. Antinoopolis 22, *recto* (v. *supra*, nota 41). Qualora il *iudex* avesse fatto quello che doveva fare il procedimento rimaneva cioè viziato, ma si sarebbero applicate le prescrizioni edittali riguardanti il *falsus tutor* e non quelle relative al *iudex qui litem suam facit*.

seguenze giuridiche, a quello che doveva essere comunque ritenuto il comportamento tipico del *litem suam facere*, che, a quanto risulta dalla chiusa del breve frammento a noi conservato – «*q*(*ui*)*a neq*(*ue*) *diffidit neq*(*ue*) *s*(*ententi*)*am dixit, litem suam fe<cisse videri>*» –, doveva pur sempre essere il *non dicere sententiam* da parte del giudice, circostanza che, se protratta oltre i termini previsti dalla legge, avrebbe determinato per l'attore l'irreparabile conseguenza dell'estinzione del processo[48].

I comportamenti così ricondotti da Pap. Antinoopolis 22, *recto* al *litem suam facere* trovano del resto sostanziale corrispondenza in quanto previsto nel cap. 91 della *lex municipi Flavi Irnitani*, che a sua volta ripropone – sia pure con una terminologia almeno in parte diversa – l'alternativa tra *diffissio* e *sententia*; ne riproduco le parti che qui più direttamente interessano, traendone il testo dall'edizione del González[49]:

> Lex Irnitana, cap. 91 (Tab. X, col. A, ll. 51 e ss. e col. B, ll. 1-3): *…et si neque dies diffi<s>sus neque iudicatum fuerit, uti lis iudici arbitrove damni sit, et si intra it tempus, quod*

[48] Sul punto v. *supra*, nota 45. Per le conseguenze determinate dall'omissione del giudice che non emanasse la sentenza nei tempi prescritti, che, come è noto, consistevano nella decadenza dall'azione e nella perdita del diritto da parte dell'attore, cfr. per tutti De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 14. Quanto al fatto – unanimemente condiviso – che il maggior rischio dell'*expiratio iudicii* si potesse riscontrare nei *iudicia imperio continentia* v. Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 259.

[49] Cfr. J. González, *The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law*, in *JRS* 76, 1986, p. 179 e pp. 235-236. Ricordo che altre edizioni della *lex Irnitana* sono in specie quelle di A. d'Ors, *La ley Flavia municipal*, Romae, 1986 e di A. d'Ors-J. d'Ors, *Lex Irnitana. Texto bilingüe*, in *Cuadernos Compostelanos de Derecho Romano*, I, Santiago de Compostela, 1988, nonché di F. Fernández Gómez-M. del Amo y de la Hera, *La lex Irnitana y su contesto arqueológico (texto y comentario)*, Sevilla, 1990. Per una scrupolosa analisi sintattica e grammaticale del cap. 91 della *lex* e per una ipotesi di revisione del testo così come riprodotto nell'edizione critica di González v. anche l'ampia indagine di Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., p. 216 e ss. Sulla *lex Irnitana* esiste, come è noto, una ricchissima letteratura: sul punto rinvio, in generale, alle indicazioni bibliografiche fornite dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 3, nota 2, nonché, più di recente, da J.G. Wolf, *Iurisdictio Irnitana*, in *SDHI* 66, 2000, p. 29 (v. in specie nota al *Summarium*) e da F. Lamberti, *La maggiore età della «lex Irnitana». Un bilancio di diciotto anni di studi*, in *Minima Epigraphica et Papyrologica* 3, 2000, p. 249 e ss.

> *legis Iuliae, quae de iudici<i>s privatis proxime lata est, kapite XII senatusve consultis* [[*ad it kaput*]] *ad it kaput legis pertinentibus conpr<e>hensum est, iudicatum non sit, uti res in iudicio non sit…* (Tab. X, col. B, l. 15 e ss.) *…si neque diffi*[*s*]*sum e lege neque iudicatum sit per quos dies quoque loco ex h*(*ac*) *l*(*ege*) *iudicari licebit oportebit, iudici arbitro<ve> lis damni sit, utique, si intra it tempus quod supra conpr<e>hensum est iudicatum non sit, res in iudicio non sit…*

Anche nel testo della c.d. *lex Flavia municipalis*, in cui tra l'altro si era fatto in precedenza riferimento all'*intertium* che imponeva al magistrato di fissare il giorno d'inizio della fase *apud iudicem* a partire dal terzo giorno successivo alla comparizione delle parti *in iure*[50], viene preso in considerazione l'atteggiamento del *iudex*

[50] Cfr. lex Irnitana, cap. 90 («*de intertium dando*»); anche il cap. 91, la cui rubrica risulta essere «*quo iure in tertium denuntietur, dies diffindantur, diffi<s>susve sit, res iudicetur, lis iudici{i} damni sit, res in iudicio esse desinat*», si occupava a sua volta, in precedenza, dell'*intertium* (l. 48), ma in questo caso sotto il profilo dell'attività che doveva esser svolta dalle parti (e quindi con riguardo all'*intertium denuntiare* e non all'*intertium dare*): sul punto, con particolare riferimento all'espressione «*in biduo proximo*», cfr. Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., p. 220, nota 16. Ancora all'*intertium* si riferisce poi il cap. 92 («*quibus diebus res ne iudicentur et in quos intertium ne detur*»). Sull'*intertium*, cui si accenna anche in Pap. Antinoopolis 22, *verso*, col. I, ll. 6-8, v., in specie, l'ampia trattazione di J.G. Wolf, *«Intertium» und kein Ende*, in *BIDR* 100, 1997 (ma 2003), p. 1 e ss. (ed ivi p. 1, nota 2 indicazione della letteratura precedente). In precedenza, con particolare riferimento alla giurisdizione municipale, v. anche Simshäuser, *La jurisdiction municipale à la lumière de la lex Irnitana*, cit., p. 629 e ss. e la sintesi di R. Domingo, *Estudios sobre el primer título del Edicto pretorio*, I, *El edicto por desacato al decreto del magistrado municipal*, Santiago de Compostela, 1992, p. 70 e ss. Quanto al rapporto con la *comperendinatio* cui, come è noto si fa riferimento in Gai. 4, 15, v. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 13 e ss., che ritiene che l'antica *comperendinatio* del processo *per legis actiones*, conservatasi nel più tardo linguaggio delle fonti letterarie, abbia sostanzialmente assunto nel processo formulare il nome tecnico di *intertium* (testimoniato sia nelle fonti epigrafiche che nella prassi documentale). Sul punto, che trova un riscontro anche in Cicero, *pro Murena* 12, 27 («*…iam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, post tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum 'diem tertium' an 'perendinum'… dici oporteret*»: per la sostanziale fungibilità di *diem tertium* e *perendinum* cfr., pur nel quadro di una particolare teoria sulla *comperendinatio*, in specie O. Behrends, *Das Zwölftafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, p. 56), cfr. altresì A. Rodger, *The Lex Irnitana and Procedure in Civil Courts*, in *JRS* 81, 1991, p. 74 e ss., nonché Metzger, *A*

che, contravvenendo ai suoi doveri, non avesse compiuto la *diffissio* eventualmente prescritta o comunque non avesse legittimamente emanato la sentenza (col. A, l. 52: *neque dies diffi<s>sus neque iudicatum fuerit*; col. B, l. 15: *neque diffi*[*s*]*sum e lege neque iudicatum sit*)[51]. La principale differenza rispetto al testo precedentemente considerato sembra consistere nella terminologia impiegata e nel diverso angolo di prospettiva che ne risulta. Se in Pap. Antinoopolis 22, *recto* si guardava alla condotta illegittima del *iudex*, consistente appunto nel *litem suam facere*, qui, con un linguaggio (*litem damni iudici esse*) che riecheggia forse anche una maggiore risalenza dell'istituto, si fa riferimento piuttosto alla sanzione all'uopo prevista dall'ordinamento e consistente nel far ricadere le conseguenze del comportamento lesivo nell'ambito della sfera giuridica del giudice che appunto con il suo atteggiamento le aveva determinate (col. A, ll. 52-53: *uti lis iudici arbitrove damni sit*; col. B, ll. 16-17: *iudici arbitro<ve> lis damni sit*)[52].

---

new outline of the roman civil trial, cit., p. 77 e ss. e Bertoldi, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, cit., in specie p. 211 e ss.

[51] L'attenzione su questa parte del cap. 91 della *lex Irnitana* fu portata per primo dal d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 374 e ss. (v. anche successivamente, dello stesso autore, *Nuevos datos de la Ley Irnitana sobre jurisdicción municipal*, in *SDHI* 49, 1983, p. 40 e ss.); è appena il caso di ricordare che dopo il d'Ors praticamente tutti gli autori che si sono occupati del *litem suam facere* hanno dedicato più o meno ampie trattazioni a questa parte della *lex municipi Flavi Irnitani*: sul punto cfr., tra gli altri, in particolare Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 182; De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 17 e ss.; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 37 e ss.; Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 231 e ss.; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 159 e nota 16 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 81 e nota 16); Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 236 e ss.; Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., pp. 459-460. Si deve aggiungere che su questo aspetto del cap. 91 della *lex Irnitana* va ora menzionata anche l'ampia ed esauriente trattazione di Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., p. 241 e ss., cui rinvio (v. in specie p. 250 e ss.) in particolare per la distinzione tra *diem diffindere* e *diem diffisum esse* che ricorre nella legge municipale di Irni per distinguere tra un aggiornamento *ope iudicis* (*diem diffindere*) e un aggiornamento *ope legis* (*diem diffisum esse*).

[52] Ne deriva conseguentemente anche l'assenza nel testo della *lex municipi Flavi Irnitani* dell'espressione *litem suam facere* che qualifica giuridicamente il comportamento del *iudex*: sul punto v. già quanto osservato dalla Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 233 e nota 51. Per la possibilità che

L'osservazione non esclude tuttavia il rapporto di contiguità fra le due fonti: il fatto che il procedimento previsto dalla *lex Irnitana* ricalcasse le linee del processo civile è infatti dimostrato dall'esplicito riferimento in essa compiuto alla *lex Iulia iudiciorum privatorum* (col. A, ll. 53-54) e alla previsione circa la *mors litis* («*res in iudicio non sit*») nel caso di mancata pronuncia della sentenza entro il limite di tempo di diciotto mesi da essa previsto (cfr. col. B, ll. 2-3 e l. 18)[53]. Anzi, a fronte di quest'ultima considerazione, non pare a mio modesto avviso azzardato ritenere che proprio nella stessa *lex Iulia* si imponesse esplicitamente al *iudex* l'alternativa tra *diffissio* e *sententia* e ciò, evidentemente, in termini generali, al di fuori cioè del caso particolare prospettato in Pap. Antinoopolis 22, *recto*, con riferimento alla costituzione in giudizio di un *falsus tutor*[54].

---

il *litem damni iudici esse* di cui si fa parola nella *lex Irnitana* non sia perfettamente equivalente al *litem suam facere* e che anzi la terminologia utilizzata nella legge municipale di Irni e la collocazione della trattazione del *litem damni iudici esse* nel cap. 91, che riguarda istituti regolati da leggi o plebisciti, permetta di ipotizzarne una origine civilistica, su cui si sarebbe solo successivamente sovrapposta una tutela pretoria (il *litem suam facere*), cfr. le osservazioni di Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., p. 257, nota 119.

[53] Sul punto v. da ultimo Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 460 e *Litem suam facere*, cit., pp. 398-399. Quanto al significato dell'espressione «*res in iudicio non sit*» e alla possibilità di intenderla – entro il limite dei diciotto mesi – come riferita ai soli effetti processuali (e quindi alla sola *potestas iudicandi*) cfr. Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 262. Sul punto, per la possibilità in tale circostanza di una *translatio iudicii* mediante *mutatio iudicis*, v. anche M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*[2], München, 1996, p. 196, nota 38, p. 352, nota 21, p. 353, nota 28, p. 354, note 34 e 37. Diversamente, per l'ipotesi che l'espressione in esame indichi piuttosto il fatto che la pretesa sostanziale dell'attore cessava definitivamente di essere oggetto di un qualunque giudizio, v. Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 164 e nota 29 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 84 e nota 29), nonché *Ancora sul «iudex qui litem suam facit»*, cit., pp. 23-24, in cui si precisa che in presenza di una mancanza del *iudex* l'effetto della perenzione della lite si sarebbe comunque dovuto produrre «con effetto immediato», anche indipendentemente dal decorso del termine legale dei diciotto mesi previsto dalla *lex Iulia*.

[54] Per l'ipotesi che l'alternativa tra *sententia* e *diffissio* fosse, nei termini posti dalla *lex Irnitana*, riconducibile alla *lex Iulia* cfr., da ultimo, quanto osservato dalla Bertoldi, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, cit., p. 215. Per la possibilità che il rinvio al regime dei *iudicia legitima* riguardi un più ampio *ius legitimum*, comprensivo della legislazione decemvirale che certo contemplava norme in materia di *diei diffissio* v. Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., p. 241 e ss. Un po' troppo categorica è, a mio avviso, la Giménez-Candela, *Los llamados cuaside-*

5. *Le origini e gli sviluppi del* litem suam facere *nelle fonti letterarie: Macrobius,* saturnalia *3, 16, 15-16; Gellius,* noctes Atticae *10, 1, 4-5; Cicero,* de oratore *2, 75, 305; Seneca,* dialogi *11, 2, 2*

Il quadro, che nei termini sopra descritti emerge dalle fonti giuridiche, sembra trovare conferma in alcune – assai note – fonti letterarie che anzi ci permettono con certezza di arretrare all'epoca repubblicana (e probabilmente quanto meno al II secolo a.C.) il momento della formazione della nozione di *litem suam facere*[55]. Deve

litos, cit., p. 39, che sembra voler affermare la perfetta equivalenza dei due testi. Che Pap. Antinoopolis 22, *recto* e lex Irnitana, cap. 91 riguardassero, pur nei limiti anche qui condivisi, un'ipotesi sostanzialmente identica è opinione sostenuta anche da Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 159 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 81-82). La prospettiva, anche a voler prescindere dall'opinione autorevolmente espressa dal Mantovani (v. *supra*, nota 52), rimane tuttavia, anche sotto un altro profilo legato alla diversa natura delle due fonti, leggermente differente: nella *lex Irnitana* troviamo enunciata una regola generale, mentre in Pap. Antinoopolis 22, *recto* ne riscontriamo un singolo caso di applicazione concreta.

[55] Sembra invece non riguardare il nostro tema un testo di Aulo Gellio in cui, nel riferire di una controversia tra il filosofo Favorino e il giurista Sesto Cecilio Africano a proposito della codificazione decemvirale (su tale disputa – di cui si dà ampiamente conto in Gellius, *noctes Atticae* 20, 1 – e sui suoi protagonisti v. in specie F. Casavola, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 77 e ss.), si accenna ad una norma delle XII tavole che avrebbe previsto la severa sanzione della pena capitale per i giudici corrotti; cfr. Gellius, *noctes Atticae* 20, 1, 7-8: '*Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit.* 8. *Dic enim, quaeso, dic, vir sapientiae studiosissime, an aut iudicis illius perfidiam contra omnia iura divina atque humana iusiurandum suum pecunia vendentis aut furis manifesti intolerandam audaciam aut nocturni grassatoris insidiosam violentiam non dignam esse capitis poena existumes?*'. Sul testo di Gellio e sul contenuto della eventuale disposizione decemvirale v. Kelly, *Roman litigation*, cit., p. 109, nonché, da ultimo, la dettagliatissima e amplissima trattazione che ne fornisce Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 21 e ss. Per una discussione della questione e per l'esclusione di ogni collegamento tra la presunta previsione decemvirale (XII Tab. IX, 3) e il *litem suam facere* cfr. anche quanto già osservato dalla Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 219 e ss., che da parte sua sottolinea – forse con qualche eccesso critico di fronte alla testimonianza gelliana – come sia singolare che di un precetto di tanto rilievo non esistano altre testimonianze nelle fonti letterarie (e soprattutto nell'opera ciceroniana che pure ad altro proposito si sofferma a più riprese su norme relative alla corruzione giudiziale: cfr. *ibidem*, p. 223, nota 17). D'altra parte deve ritenersi congetturale (perché priva di riscontro

essere preso in primo luogo in considerazione un passo tratto dal terzo libro dei *saturnalia* di Macrobio, in cui lo scrittore erudito, vissuto a cavallo tra il IV e V secolo d.C., riferisce di un energico discorso pronunciato dall'oratore Caio Tizio in favore della *lex Fannia*, databile intorno al 161 a.C. e da inquadrarsi nell'ambito della

---

nelle fonti) l'opinione che già le XII tavole prevedessero che il *iudex qui litem suam fecisset* fosse comunque perseguibile attraverso una *legis actio per manus iniectionem*, opinione che, nella sua compiuta formulazione, risale quanto meno a O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 1349 (dello stesso autore cfr. anche *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, p. 368) e che, nella letteratura recente, è ripresa, tra gli altri, da Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 186 e ss. e da Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., pp. 458-459 e *Litem suam facere*, cit., pp. 392-393; per l'ipotesi (altrettanto congetturale) che il *litem suam facere* determinasse una sorta di *translatio iudicii* v. invece la non meno risalente presa di posizione di M. Voigt, *Geschichte und allgemeine juristische Lehrbegriffe der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I, Leipzig, 1883, in specie p. 554 (sul punto, per un quadro della letteratura a cavallo tra il XIX e il XX secolo, cfr. Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., pp. 38-39). Critico nei confronti di tutte queste ipotesi ricostruttive si è dimostrato recentemente Burdese, *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, cit., p. 103 e ss. (= *Fraterna munera*, cit., p. 56 e ss.), che tuttavia riconosce piuttosto una certa attendibilità alla testimonianza di *noctes Atticae* 20, 1, 7-8 quanto all'esistenza nella legge delle XII tavole di una statuizione volta a prevedere sul piano criminale la responsabilità del *iudex* corrotto, in relazione alla violazione del giuramento giudiziale prestato al momento dell'assunzione della veste di giudice nello specifico giudizio. Per la possibilità che comunque l'antico *ius civile* già prevedesse almeno alcune ipotesi di *litem suam facere* e che la previsione edittale fosse semplicemente intervenuta a renderne più elastico e flessibile il sistema sanzionatorio, cfr. MacCormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, cit., in particolare pp. 5-6 (ed ivi, nota 6 indicazione della letteratura precedente) e p. 9. In questi termini l'ipotesi presenta a mio avviso un certo grado di plausibilità: indipendentemente dal sistema sanzionatorio più antico, che allo stato delle fonti rimane incerto, anche a mio avviso – in particolare alla luce delle osservazioni del Mantovani (v. *supra*, nota 52) – non si può infatti del tutto escludere l'esistenza di un'antica tutela civilistica su cui si sarebbe sovrapposta quella pretoria. Sul punto, anche per una ampia rassegna delle precedenti posizioni dottrinali, v. altresì Scevola, *ibidem*, p. 125 e ss., che da parte sua ipotizza che già nel regime delle XII tavole fosse almeno in taluni casi perseguibile la condotta del *iudex* che non osservasse i doveri inerenti al suo incarico (assenza del *iudex* all'udienza senza che fosse stata addotta una valida *excusatio*; *iudex* che avesse disposto una *diffissio* per un motivo diverso dalle fattispecie indicate in XII Tab. II, 2, *iudex* che avesse celebrato il processo benché il convenuto avesse addotto una giustificazione legale che ne rendesse legittima l'assenza: cfr. *ibidem*, p. 113) e che tale comportamento fosse sanzionato attraverso una *multae dictio*.

c.d. legislazione suntuaria, in quanto volta a limitare i lussi e la fastosità dei banchetti della *nobilitas* romana[56]:

> Macrobius, *saturnalia* 3, 16, 15-16: *Ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati. Ubi horae decem sunt, iubent puerum vocari ut comitium eat percontatum quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. Inde ad comitium vadunt ne litem suam faciant. Dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non impleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant.* 16. *Veniunt in comitium, tristes iubent dicere. Quorum negotium est narrant, iudex testes poscit, ipsus it minctum. Ubi redit, ait se omnia audivisse, tabulas poscit, litteras inspicit: vix prae vino sustinet palpebras. Eunt in consilium. Ibi haec oratio: 'Quid mihi negotii est cum istis nugatoribus. Quin potius potamus mulsum mixtum vino Graeco, edimus turdum pinguem bonumque piscem, lupum germanum qui inter duos pontes captus fuit?'.*

L'occasione della menzione dell'*oratio* di Caio Tizio ha origine dalla trattazione dedicata nei *saturnalia* ai più rinomati prodotti della pesca. Più precisamente lo spunto è tratto dal fatto che l'oratore, nel descrivere le mollezze dei giudici e gli eccessi che ne caratterizzavano le abitudini alimentari, menzionava il *lupus*, cioè la spigola del Tevere, individuata da Macrobio come una delle prelibatezze ittiche degli antichi[57].

---

[56] Sulla *lex Fannia* cfr. in specie E. Baltrusch, *Regimen morum. Die Reglementierung des Privatlebens der Senatoren und Ritter in der römischen Republik und frühen Kaiserzeit*, München, 1989, p. 81 e ss. (cui rinvio per l'indicazione della letteratura precedente), nonché, recentemente, A. Bottiglieri, *La legislazione sul lusso nella Roma repubblicana*, Napoli, 2002, p. 138 e ss.; per un quadro di sintesi e per l'indicazione delle fonti principali (cfr. in specie Gellius, *noctes Atticae* 2, 24, 2 e 20, 1, 23 e Plinius, *naturalis historia* 10, 50 [71], 139) è ancora utile G. Rotondi, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, pp. 287-288. Più in generale, sulla legislazione suntuaria, cfr. inoltre G. Clemente, *Le leggi sul lusso e la società romana tra III e II secolo a.C.*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III, *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, 1981, p. 1 e ss. (sulla *lex Fannia* cfr. in specie p. 6).

[57] In precedenza Macrobio aveva menzionato le murene pescate nello stretto di Messina (cfr. *saturnalia* 3, 15, 7-8), lo storione (cfr. *saturnalia* 3, 16, 1-9), la triglia (cfr. *saturnalia* 3, 16, 9), lo scaro (cfr. *saturnalia* 3, 16, 10) ed infine appunto la spigola ed in genere tutti i pesci del Tevere (cfr. *saturnalia* 3, 16, 11 e ss.).

Quanto qui più direttamente interessa è che l'orazione, che sembrerebbe testualmente riprodotta nei *saturnalia*, ci rappresenta i giudici impegnati in una vita oziosa e dissipata, preoccupati solo di evitare di incorrere nel *litem suam facere*, a questo fine recandosi *ad comitium* solo all'ultimo momento[58], disinteressati delle cause trattate al loro cospetto, alticci e sempre intenti a pensare a nuove libagioni a base di vino melato, tordi e spigole pescate «*inter duos pontes*»[59]. Benché, come da alcuni è stato osservato, non si possa del tutto escludere che Macrobio – o più probabilmente la sua fonte – abbia sostituito un linguaggio tecnico-giuridico posteriore (appunto l'espressione *litem suam facere*) a diversi modi di dire eventualmente utilizzati dall'oratore del II secolo[60], appare fuori discussione

[58] Il riferimento al *comitium* pare dover essere inteso in questo caso come riferito al luogo in cui veniva amministrata la giustizia civile. Si trattava più in generale di un luogo, collocato nella zona settentrionale del Foro, in cui si riunivano le assemblee popolari e dove aveva luogo l'esercizio della giurisdizione: sulla cronologia e la topografia cfr. in specie F. Coarelli, *Il foro romano. Periodo arcaico*, Roma, 1983, p. 119 e ss. (cfr. anche, dello stesso autore, *Il foro romano. Periodo repubblicano e augusteo*, Roma, 1985, p. 11 e ss.); sul punto si può rinviare inoltre, per un rapido accenno, a C. Ampolo, *Le origini di Roma e la «Cité antique»*, in *Mélanges de l'École française de Rome* 92, 1980, p. 570.

[59] Si tratta più precisamente del ponte Sublicio e, a quanto pare, del ponte Cestio (o, eventualmente, del ponte Fabricio): sul punto cfr. anche Plinius, *naturalis historia* 9, 54 (79), 169; per quanto riguarda la spigola del Tevere v. altresì Horatius, *saturae* 2, 2, 30-32 e Columella, *de re rustica* 8, 16, 4. Quanto al fatto che la cattiva amministrazione della giustizia, che inevitabilmente conseguiva agli eccessi alimentari e agli abusi di bevande alcoliche, non costituisse – a stare alla testimonianza di Macrobio – in alcun modo fonte di responsabilità per i giudici cfr. quanto osservato da MacCormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, cit., pp. 10-11.

[60] Cfr. in questo senso quanto osservato dalla Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., in specie p. 236. Dello stesso avviso sembra ora essere Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 176 e nota 30, che ritiene a sua volta difficile credere «che Macrobio riportasse le esatte parole pronunciate in quella occasione» (*scil.* da Caio Tizio nel discorso in difesa della *lex Fannia*) e ciò anche in quanto non si sarebbe potuto giovare di «fonti documentali dirette». A questo proposito va ricordato che secondo De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 5 e ss., la fonte di Macrobio sarebbe stato l'erudito Sammonico Sereno (cfr. Macrobius, *saturnalia* 3, 17, 4), a suo modo di vedere una fonte scadente e assai poco affidabile per la ricostruzione del *litem suam facere* e della questione della responsabilità civile dei giudici: sull'inaffidabilità della testimonianza di Macrobio cfr. anche le osservazioni di A. Guarino, «*Praesenti litem addicito*», in *Seminarios complutenses de Derecho Romano*, IV, 1994, p. 85 (= *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, pp. 124-125). Pur con qualche incertezza sarei comunque tenden-

che il comportamento del *iudex* che non si recasse in giudizio per la trattazione della causa fosse già all'epoca dell'*oratio* non solo un atteggiamento fortemente riprovato dalla coscienza sociale, tanto che anche personaggi dediti ad una vita dissoluta si preoccupavano di evitarlo, ma anche un comportamento da cui poteva originarsi una responsabilità a suo carico come conseguenza della inosservanza dei doveri inerenti al proprio *officium*[61].

A mio avviso la testimonianza, nonostante lo iato temporale che separa l'autore dei *saturnalia* dall'oratore citato e dalla vicenda narrata, appare tuttavia significativa anche al di là di quanto appena rilevato. Ciò soprattutto in quanto il linguaggio colorito e a tratti violento che la caratterizza sembra ragionevolmente deporre a favore dell'idea che il grammatico ed erudito africano stesse qui effettivamente riproducendo testualmente le parole in cui trovava espressione la *vis oratoria* di Caio Tizio[62].

---

zialmente propensa – insieme ad una parte della dottrina – a riconoscere una complessiva affidabilità della testimonianza di Macrobio: in questo senso cfr., nella letteratura più recente, ad esempio Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., pp. 457-458 e *Litem suam facere*, cit., pp. 394-395 e p. 397.

[61] Su quest'ultimo aspetto cfr. recentemente Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 177. Quanto alla riprovazione sociale qualcosa più che indizi paiono potersi ricavare dal quadretto di vita, particolarmente colorito, che emerge dalla lettura del testo: il gioco dei dadi dei giudici attorniati da donne in atteggiamenti lascivi («*Ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati*»), lo smodato abuso di bevande alcoliche («*Dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non impleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant… Quorum negotium est narrant, iudex testes poscit, ipsus it minctum*»), lo stato di ebbrezza e di sonnolenza che ne conseguiva («*Ubi redit, ait se omnia audivisse, tabulas poscit, litteras inspicit: vix prae vino sustinet palpebras*»), infine la volontà di sbarazzarsi al più presto dei propri doveri istituzionali per potersi nuovamente dedicare agli eccessi e alle libagioni («*Quid mihi negotii est cum istis nugatoribus. Quin potius potamus mulsum mixtum vino Graeco, edimus turdum pinguem bonumque piscem, lupum germanum qui inter duos pontes captus fuit?*»). Su questa parte del passo e sulla vita dissoluta dei giudici così come descritta dal testo di Macrobio v. MacCormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, cit., pp. 9-10, nonché, recentemente, L. Gagliardi, *La figura del giudice privato del processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma* (a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano, 2007, pp. 9-11, che ritiene – a mio avviso giustamente – che il testo si riferisca a tutti gli organi giudicanti, «compreso il *iudex unus*».

[62] Non mi sembrano in questo caso da condividere le perplessità della Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., pp. 235-236 (cfr. anche pp. 257-258), che, come abbiamo accennato (cfr. *supra*, nota 60), dubita della risalen-

A questo proposito anzi non pare da escludere che la preoccupazione dei *iudices* di evitare il *litem suam facere* evidenziata nel testo, con riferimento a personaggi che pure evidentemente non rifuggivano dal tenere comportamenti altrimenti riprovevoli (gioco d'azzardo, pubblici comportamenti lascivi, abuso di cibo e di alcolici), fosse determinata dal fatto che l'assenza del giudice nel giorno fissato per la discussione della controversia venisse già allora qualificata come *litem suam facere* proprio da un'apposita previsione contenuta nell'editto[63].

za dell'espressione *litem suam facere* all'epoca della pronuncia del discorso di Caio Tizio in difesa della *lex Fannia*: «è da ritenere altamente improbabile che lo stralcio del discorso di Tizio in favore dell'approvazione della legge venga riportato pedissequamente, tenendo conto tra l'altro del grande distacco temporale tra l'epoca di emanazione della *lex* e l'età di redazione dei *saturnalia*» e ancora «nulla esclude che Macrobio abbia reso con parole e schemi giuridici del proprio tempo una situazione che nell'età di Caio Tizio poteva non essere qualificabile allo stesso modo». Sappiamo tuttavia che l'espressione è utilizzata – e in senso traslato (il che dovrebbe far ipotizzare una terminologia tecnica più risalente) – già in Cicerone (cfr. *de oratore* 2, 75, 305, su cui *infra*, p. 51 e ss.) e che, d'altro canto, all'epoca in cui visse l'autore dei *saturnalia* il *litem suam facere* aveva ormai assunto da lungo tempo diverse e ben più ampie connotazioni (oltre a D. 5, 1, 15, 1, cfr., per l'epoca postclassica, quanto meno C.Th. 11, 36, 2, su cui *infra*, p. 55 e ss.).

[63] A questo proposito è significativo sottolineare che il testo di Macrobio riconduce il *litem suam facere* all'eventuale assenza *in comitio* dei *iudices*, senza tuttavia attribuire rilevanza giuridica al loro totale disinteresse nella trattazione della causa e alle conseguenze che ne sarebbero potute derivare (v. *supra*, note 59 e 61). Se al tempo della perorazione di Caio Tizio non fosse stata presente una prescrizione edittale in questo senso (e cioè rivolta a sanzionare l'assenza del *iudex*) non si capirebbe altrimenti il timore di incorrere nel *litem suam facere* a meno di non voler ricondurre piuttosto la testimonianza di Macrobio ancora al regime processuale delle *legis actiones*: per tale possibilità cfr. tuttavia quanto osservato da D'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 372, nonché dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit. p. 48 e p. 54 e, da ultimo, da Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 458 e *Litem suam facere*, cit., p. 397, che vede nel riferimento all'ora decima («*ubi horae decem sunt*») un richiamo indiretto alla previsione di XII Tab. I, 9 e al limite della dodicesima ora ivi indicato come termine ultimo per emanare la sentenza; in precedenza, per la possibilità che la testimonianza di Macrobio denunci, sotto il profilo della terminologia utilizzata, un legame con la procedura *per legis actiones*, già M. Lemosse, *Cognitio: étude sur le role du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Paris, 1944 (rist. Roma, 1971), p. 167 e ss. Sul punto v. anche B. Albanese, *La menzione del meridies in XII Tab. 1, 6-9*, in *Annali Palermo* 42, 1992, p. 100 e s. Tale interpretazione ovviamente presupporrebbe una rilevanza del *litem suam facere* nell'antico *ius civile* (sulla questione, comunque assai controversa, cfr. *supra*, nota 55). Al proposito, sebbene nel quadro di un'ipotesi ricostruttiva che tende – forse non a torto – ad avvalorare la possibilità che già nella legi-

Questione connessa è quella di chiarire se la *suasio* di Caio Tizio sia stata compiuta in occasione dell'approvazione della *lex Fannia* (e quindi risalga grosso modo alla fine della prima metà del II secolo a.C.) o se piuttosto sia stata pronunciata per impedirne l'abrogazione e sia quindi riconducibile al periodo immediatamente postgraccano, in un momento cioè – come è stato da taluni rilevato – di minor fiducia nei confronti dei giudici, anche in considerazione delle accese lotte politiche riguardo alla composizione delle giurie giudicanti nei processi di *quaestiones*[64].

La scelta fra le due ipotesi, che allo stato delle fonti rimane a mio avviso incerta, non sposta tuttavia più di tanto i termini del problema: per il progressivo diffondersi nel corso del II secolo dei nuovi schemi processuali rimane infatti comunque ragionevolmente plausibile ritenere che la responsabilità da *litem suam facere* sia stata configurata dal pretore attraverso la concessione di un'azione formulare *in factum* con tutta probabilità da collocarsi al più tardi in un arco cronologico posto grosso modo a cavallo dell'epoca di emanazione della *lex Aebutia*[65].

---

slazione decemvirale fossero perseguiti comportamenti successivamente ricondotti nell'ambito del *litem suam facere*, v. in particolare le osservazioni di Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 177 e ss. (ed in specie p. 181), che ritiene, con ricchezza di argomentazioni – a mio avviso convincenti – che la testimonianza di Macrobio, quale che sia la precisa collocazione cronologica della *suasio* di Caio Tizio (v. subito *infra*, nel testo), vada comunque riferita al processo formulare, che del resto sappiamo già operante in epoca preebuzia.

[64] Sul punto cfr. Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 159 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 81). Per un quadro delle fonti che potrebbero corroborare tale ipotesi ricostruttiva cfr. ora Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 178-179, nota 33. Per l'ipotesi che il discorso dell'oratore fosse stato pronunciato contro la proposta di abolizione della *lex Fannia* cfr. anche De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 4 e ss. e p. 14. Diversamente, contro l'ipotesi di una datazione della *suasio* posticipata agli ultimi decenni del II secolo, He. Malcovati, *Oratorum Romanorum fragmenta liberae rei publicae*, Augusta Taurinorum, 1955, p. 201 e ss., nonché Albanese, *La menzione del meridies in XII Tab. 1, 6-9*, cit., pp. 96-97.

[65] Pare dunque da ritenere sufficientemente verosimile che l'introduzione della clausola nell'editto risalga al più tardi all'epoca immediatamente postgraccana: sostanzialmente in linea con questa opinione Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., in specie p. 167 (che tuttavia posticipa ulteriormente la datazione, ponendola a cavallo tra il II e il I secolo a.C.; in questo senso si pronuncia anche Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 459, pur nel quadro di un'interpretazione che ipotizza che la testimonianza di Macrobio rimandi ancora al regi-

Che d'altra parte l'espressione in questione fosse penetrata molto per tempo anche nel linguaggio comune (presupponendo quindi un ben più risalente impiego nel linguaggio tecnico-giuridico) è documentato da un altro testo letterario, che a sua volta rafforza l'idea che il *litem suam facere* si configurasse in antico – e ancora per almeno parte dell'età del Principato – come comportamento negligente del *iudex* che avesse mancato di adempiere ai suoi doveri. Mi riferisco ad un passo delle *noctes Atticae* di Aulo Gellio, in cui il retore, con riferimento ad una controversia tra eruditi, afferma di non aver voluto correre il rischio, restando assente, di essere appunto accusato di *litem suam facere*[66]:

> Gellius, *noctes Atticae* 10, 1, 4-5: *Ad haec ego rescripsi nihil amplius quam verba M. Varronis, hominis, opinor, quam fuit Claudius cum Coelio doctioris, quibus verbis utrumque, de quo ad me scripserat, decideretur;* 5. *nam et Varro satis aperte, quid dici oporteret, edocuit, et ego adversus eum, qui doctus esse dicebatur, litem meam facere absens nolui.*

Gellio utilizza l'espressione tecnica di *litem suam facere* in un contesto non giuridico che tuttavia sembra voler assumere, nella descrizione della questione semantica circa il significato dei termini *tertium* e *tertio*, l'andamento di una controversia giudiziale[67]. In

---

me delle *legis actiones* [cfr. *supra*, nota 63]). Per la datazione al II secolo (che pare indirettamente suffragata anche dalla testimonianza ciceroniana [v. *infra*, p. 51 e ss.] che pone il termine *ante quem* intorno alla metà del I secolo, ma che, per l'uso colloquiale dell'espressione, ne presuppone un uso tecnico assai più risalente) cfr. però anche J.M. Kelly, *The Growth-Pattern of the Praetor's Edict*, in *The Irish Iurist* 1, 1966, p. 341 e ss., nonché A. Watson, *The Development of the Praetor's Edict*, in *JRS* 60, 1970, p. 105 e ss.

[66] Sul testo cfr., nella letteratura recente, in specie d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 372; Birks, *A New Argument for a Narrow View of Litem suam facere*, cit., pp. 382-383; De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 36; Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., pp. 240-241; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 161 e nota 25 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 82 e nota 25); Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 171 e ss.

[67] La circostanza è significativa e va, mi pare, rilevata anche perché Gellio, in altra parte dell'opera (*noctes Atticae* 14, 2, 1 e ss.), aveva descritto ampiamente la sua personale esperienza di *iudex privatus*: cfr. a questo proposito G. Pugliese, *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *RIDA* 3e s. 3, 1956, p. 403

questo contesto l'espressione, certamente utilizzata in senso traslato, intendeva probabilmente chiarire che la partecipazione dell'erudito alla discussione lessicale propostagli era volta – sia pure attraverso le parole di Varrone – ad evitare appunto di incorrere nell'accusa di *litem suam facere*[68], così come gli sarebbe invece accaduto se si fosse astenuto dal manifestare il proprio parere, svincolandosi così indebitamente da quello che – come ben si percepisce dal testo – considerava come una sorta di 'dovere', consistente nell'adesione al punto di vista dell'autorevole predecessore[69].

Sembra cioè ulteriormente avvalorata la convinzione che l'espressione passata dal linguaggio giuridico a quello comune – sia pure tra eruditi – stesse effettivamente ad indicare, ancora all'epoca di Gellio (e quindi intorno alla metà del II secolo d.C.), non tanto

(= *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1985, p. 233). Sul punto, quanto al ricordato andamento in forma di causa del testo di Gellius, *noctes Atticae* 10, 1, 1 e ss., cfr. anche Birks, *A New Argument for a Narrow View of Litem suam facere*, cit., p. 383; l'osservazione è stata successivamente ripresa anche dalla Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., pp. 240-241, nonché da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 171.

[68] Più in particolare a Gellio era stato richiesto di spiegare perché per dire che qualcuno era stato console per la terza volta si dovesse dire *consul tertium* piuttosto che *consul tertio* (*noctes Atticae* 10, 1, 1 e ss.): lo aveva fatto citando testualmente Varrone (cfr. *noctes Atticae* 10, 1, 6 = fr. 218 ed. Funaioli, pp. 258-259) e senza ricorrere allo stratagemma (che avrebbe comportato agli occhi dell'erudito di incorrere in *litem suam facere*) consigliato invece da Cicerone a Gneo Pompeo il quale, dovendo far incidere la menzione delle sue cariche nel teatro adiacente al tempio della Vittoria che stava per dedicare, utilizzò, per non incorrere in errore, l'abbreviazione *tert.* (cfr. *noctes Atticae* 10, 1, 7).

[69] Tale 'dovere' corrisponde – direi non a caso – all'obbligo del giudice di presentarsi in giudizio per la trattazione della causa: cfr. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 173. Nonostante sia forse in dottrina minoritaria (per un quadro delle ipotesi prospettate cfr. Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 165 e nota 410, con relative indicazioni bibliografiche), mi sembra dunque sostanzialmente da condividere – sia pure alla luce di quanto precisato nel testo – l'opinione a suo tempo prospettata dal d'Ors, «*Litem suam facere*», cit., p. 372 che al proposito rileva: «…Aulo Gelio dice que… no quiso abstenerse de dar juicio por no incurrir en el *litem suam facere* en que incurre el juez que se 'ausenta' y no da sentencia, cuando ha sido requerido para hacerlo: *litem meam facere absens nolui*». Diversamente – per l'opinione contrapposta – da ultimo, tendenzialmente, Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 469, nota 38, secondo il quale Gellio «si sarebbe limitato a riportare l'insegnamento di Varrone, per non lasciarsi coinvolgere troppo nella discussione, coinvolgimento che avrebbe determinato il *litem suam facere*».

la partecipazione connivente (e quindi dolosa) agli interessi di una delle parti in causa, quanto piuttosto per lo più comportamenti essenzialmente omissivi che, come sappiamo, trovavano principalmente espressione o nel non recarsi in giudizio nei giorni fissati per la discussione delle controversie giudiziali o comunque nella violazione di regole procedurali[70].

Quanto rilevato pare trovare tendenziale conferma in un'ulteriore e più risalente testimonianza, ricavabile questa volta dal *de oratore*, in cui Cicerone utilizza l'espressione *litem suam facere* con riferimento all'avvocato che si faccia coinvolgere eccessivamente sotto il profilo emotivo nella perorazione della causa, perdendo di vista gli interessi che è dovere dell'oratore tutelare, cioè in primo luogo quelli del cliente[71]:

> Cicero, *de oratore* 2, 75, 305: *Quid, si, quae vitia aut incommoda sunt in aliquo iudice uno aut pluribus, ea tu in adversariis exprobrando non intellegas te in iudices invehi, mediocre peccatum est? Quid? Si, quom pro altero dicas, litem tuam facias aut laesus efferare iracundia, causam relinquas, nihilne noceas? In quo ego, non quo libenter male audiam, sed quia causam non libenter relinquo, nimium patiens et lentus existimor…*

---

[70] In questi termini cfr. anche Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., pp. 161-162 e nota 25 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 82 e nota 25). Diversamente chi ritiene che Gellio abbia risposto riferendo l'insegnamento di Varrone per evitare di lasciarsi coinvolgere personalmente nella controversia: cfr. in questo senso, soprattutto sulla base dell'espressione «*ego rescripsi nihil amplius quam verba M. Varronis*» e del contenuto dei successivi §§ 7-11, in specie Birks, *A New Argument for a Narrow View of Litem suam facere*, cit., p. 383 e De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 2, nota 5; incerta sul punto, anche se sembrerebbe prudentemente propendere per l'interpretazione ipotizzata dal Birks, la Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 241 (v. anche p. 262).

[71] Sul testo ciceroniano, la cui data di redazione è collocabile negli anni 55-54 a.C., cfr. ampiamente, da ultimo, Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 159 e ss.; nella letteratura precedente v., tra gli altri, Kelly, *Roman litigation*, cit., p. 106; d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 371; Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., pp. 239-240; per un accenno cfr. anche Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., pp. 161-163 e nota 23 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 82-83 e nota 23).

Il discorso dell'Arpinate, tutto rivolto – attraverso le parole di Marco Antonio – ad evidenziare ciò che l'oratore deve fare e soprattutto ciò che deve assolutamente evitare[72], è qui funzionale a mettere in guardia gli avvocati contro i rischi derivanti da una eccessiva partecipazione emotiva nel sostenere le ragioni del proprio assistito. Dopo aver sottolineato infatti l'inopportunità di fondare le proprie argomentazioni sui vizi e i difetti dell'avversario quando si sappia che essi sono propri anche di uno o più dei giudici, giunti al *climax* del ragionamento, si paventano altresì i pericoli di un'incontrollata emozionalità nella perorazione della causa, circostanza che, oltre che incongrua rispetto all'atteggiamento *patiens* e *lentus* che nella valutazione ciceroniana dovrebbe contraddistinguere l'attività dell'oratore, determina – cosa ancor più grave – la perdita di controllo del processo e la conseguente probabile soccombenza[73].

Il linguaggio è ovviamente figurato, ma, ciò nonostante, la relazione che si riesce a individuare tra il *litem suam facere* e il *causam relinquere* appare significativa, in un contesto in cui la congiunzione disgiuntiva *aut* parrebbe assumere, così come è stato recentemente rilevato, «una valenza quasi endiadica». Ciò viene in ultima analisi a porre il *litem suam facere* in un rapporto di causa ed effetto con il *causam relinquere*, avvicinando i due momenti fin quasi a sovrapporli in un rapporto di stretta consequenzialità logica: così come per il *iudex* il *litem suam facere* consiste nel venir meno ai suoi doveri di giudicante e in particolare nel non recarsi in giudizio al momento

[72] Il testo si inquadra in un più ampio squarcio in cui, attraverso le parole di Marco Antonio, viene fornita spiegazione del perché il non danneggiare la causa dovesse essere considerato il maggior pregio dell'oratore (cfr. *de oratore* 2, 73, 297 e ss.): più precisamente il ragionamento era iniziato sottolineando l'opportunità di non scagliarsi contro i testimoni per non suscitarne l'ira, anche qualora le esigenze della causa potessero apparentemente giustificarlo agli occhi dei clienti: v. *de oratore* 2, 74, 301 e ss.

[73] In precedenza in *de oratore* 2, 75, 304 si era anche sottolineata l'opportunità di non esaltare pregi e virtù dei propri clienti per non far insorgere invidia nell'uditorio, nonché la necessità di non usare contro altri, e particolarmente contro persone legate da rapporti di affetto e simpatia ai giudici, un linguaggio offensivo ed insolente: *Quid? Quom cum personarum quas defendunt rationem non habent, si quae sunt in his invidiosa non mitigant extenuando, sed laudando et efferendo invidiosiora faciunt, quantum est in eo tandem mali! Quid? Si in homines caros iudicibusque iucundos sine ulla praemunitione orationis acerbius et contumeliosius invehare, nonne a te iudices abalienes?*

stabilito, anche per l'oratore il *litem suam facere* induce a *causam relinquere*, nel senso – parrebbe appunto – di perdere, quanto meno sul piano emotivo, il controllo del processo[74].

Anche l'avvocato che *litem suam faciat* viene insomma meno ai suoi doveri professionali, il suo lasciarsi trascinare nella polemica personale nuoce al cliente e determina, almeno in un senso traslato, l'abbandono della causa. L'elemento partecipativo – che pure è ben presente nel ragionamento ciceroniano – soccombe di fronte agli effetti che determina: in ultima analisi ciò che sembra rilevare maggiormente è che il *litem suam facere* dell'oratore, come quello del *iudex*, si risolve nel non presenziare, in senso reale o figurato, alla trattazione della causa[75].

Che tuttavia, almeno nel linguaggio comune, l'espressione fosse venuta anche specificamente ad indicare il prender parte emotivamente nella causa altrui parrebbe testimoniato da un breve cenno incidentale al *litem suam facere* contenuto nel nono dialogo di Seneca, indirizzato *ad Polybium*, potente liberto di Claudio, per consolarlo

[74] A mio avviso è dunque sostanzialmente da condividere l'opinione del D'ORS, *«Litem suam facere»*, cit., p. 371, laddove ritiene che l'espressione *litem suam facere*, utilizzata con riferimento all'oratore, abbia essenzialmente il carattere di un artificio retorico. Quanto alla «valenza quasi endiadica» dell'*aut* che, nella frase «*litem tuam facias aut laesus efferare iracundia, causam relinquas*», finisce per assumere la funzione di congiungere i due poli dell'alternativa cfr. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 165. Si vuole a mio modo di vedere mettere in evidenza come l'eccessiva partecipazione emotiva nella causa, individuata come *litem suam facere*, si risolvesse in ultima analisi, come nel caso del *iudex* che non si fosse recato in giudizio (e che in questo senso a sua volta fosse incorso nel *litem suam facere* in quanto responsabile per la mancata prosecuzione del processo), nel perderla di vista, e quindi nell'abbandonarla o, il che mi sembra sostanzialmente la stessa cosa, come per il *iudex*, nel non parteciparvi. Quanto al collegamento tra *litem suam facere* e assenteismo dell'oratore cfr. già, per un accenno, BURDESE, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 163 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 83).

[75] Non mi sembra invece che il coinvolgimento personale dell'oratore venga in sé e per sé considerato, connotandosi nel senso di esprimere una sorta di interesse privato in atti di ufficio: così invece tendenzialmente KELLY, *Roman litigation*, cit., p. 106: «Here the sense is that of behaving as though one were one of the parties to the suit, i.e. failing to preserve some detachment *vis-à-vis* one's client's case». A tale opinione sembra aderire, sia pure con molta cautela, anche la LAMBERTI, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., in specie p. 240: «è preferibile sostenere che egli (*scil.* Cicerone) abbia avuto presente il comportamento del giudice che partecipi – come dire? – un po' troppo attivamente alla lite».

della morte del fratello (da qui il sottotitolo del dialogo: *de consolatione*) e così ingraziarselo al fine di suscitare la clemenza dell'imperatore che, accusandolo di complotto, lo aveva in precedenza esiliato in Corsica[76]:

> Seneca, *dialogi* 11, 2, 2: *Conqueramur, atque adeo ipse hanc litem meam faciam.*

Il breve passo, posto all'inizio del dialogo, costituisce l'*incipit* della *lamentatio* contro la *Fortuna* e vuole manifestare al destinatario il coinvolgimento emotivo al suo dolore da parte dello scrivente[77]. Ne discende anche qui un uso traslato dell'espressione che, nel linguaggio del filosofo, vuole indicare la sua partecipazione accorata alla disperazione di Polibio per la morte del fratello[78]. Alla luce della testimonianza senecana sembra dunque potersi ragionevolmente ipotizzare che nel sentire comune e di riflesso nel linguaggio atecnico – sia pure degli uomini colti – più che guardare alle modalità

---

[76] Anche riguardo a questo testo v. da ultimo Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 168 e ss.; quanto alla letteratura precedente le trattazioni cui si deve fare riferimento sono essenzialmente quelle del d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 371 e della Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 241; per un rapido riferimento v. anche in questo caso Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., pp. 161-162 e nota 24 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 82-83 e nota 24).

[77] L'espressione nel contesto del discorso senecano, del tutto estraneo a vicende processuali, ha dunque certamente un valore non tecnico (cfr. d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 371) e implica senza dubbio un coinvolgimento personale. Ciò permette forse di ipotizzare che nella percezione collettiva – prescindendo dall'irrilevanza giuridica dell'elemento 'soggettivo' – l'espressione fosse passata ad indicare, come riflesso dell'*id quod plerumque accidit*, anche il coinvolgimento del giudice nella causa, coinvolgimento che poteva essere determinato dai rapporti con le parti in causa o da semplici stati passionali (v. Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 241).

[78] Per la possibilità che nel linguaggio comune l'espressione venisse utilizzata con un «significato sostanzialmente travisato a indicare parzialità di comportamento» anche in considerazione del fatto del dilatarsi, a partire dalla tarda Repubblica, del «fenomeno della corruzione dei giudici legislativamente sanzionata come crimine» v. in specie Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 162 ed ivi nota 27 riferimenti bibliografici (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 83 e nota 27). Sul punto cfr. altresì lo stesso Burdese, *Ancora sul «iudex qui litem suam facit»*, cit., p. 29, per la possibilità che nel corso del tempo «si sia affermato un uso comune dell'espressione intesa come generica immedesimazione in faccende, eventualmente controverse, altrui».

di verificazione del *litem suam facere* si tendesse piuttosto a percepire e a evidenziare le possibili conseguenze della condotta illecita del *iudex*, che – benché il diritto tendenzialmente si disinteressasse dell'elemento 'soggettivo' dell'organo giudicante – necessariamente finivano per avvantaggiare una delle parti.

6. *Il* litem suam facere *nelle fonti giuridiche postclassiche (C.Th. 11, 36, 2 e 16) e nella testimonianza di Dracontius,* Romulea *8, 31-38: la riconduzione alla fattispecie dell'ipotesi del comportamento parziale del giudice*

L'impiego dell'espressione nel linguaggio profano per indicare atteggiamenti di partecipazione emotiva (circostanza questa evidente nella testimonianza senecana, ma attestata, sia pure in forma meno netta e diretta, già nel *de oratore* ciceroniano, che a sua volta ne testimonia la risalenza), trova successivamente corrispondenza nelle fonti giuridiche, in un contesto in cui la responsabilità del giudice per la propria condotta illecita tende fra l'altro ad assumere, nel quadro della *cognitio extra ordinem*, una connotazione pubblicistica. A parte la discussa testimonianza di D. 5, 1, 15, 1, in cui – come abbiamo visto – già si individuava una figura di *litem suam facere* nel comportamento del *iudex* che avesse emesso dolosamente una sentenza *in fraudem legis*, riconducendo tra l'altro esplicitamente tale comportamento al dolo del giudice parziale, è al più tardi nella legislazione postclassica del IV secolo che il *litem suam facere* viene ad indicare esplicitamente – sia pure ancora con specifico riferimento alla violazione di obblighi procedurali – il coinvolgimento connivente del giudice nella causa[79].

Di quanto appena affermato risulta in particolare testimone una costituzione di Costantino del 315 volta a ribadire il divieto, già previsto dalla precedente legislazione dello stesso imperatore, di interporre appello *ante sententiam*[80]:

[79] Rimane tuttavia a mio avviso incerto se nel testo di D. 5, 1, 15, 1 il riferimento alla parzialità del giudice, contenuto nell'inciso «*dolo-sordes*», sia originario o sia il frutto di un'aggiunta posteriore (v. *supra*, pp. 25-26 e nota 23 e ss.).

[80] Precedenti della costituzione del 315 sono ravvisabili in C.Th. 11, 36, 1 del 313 o del 314 e in C.Th. 11, 30, 2 (= C. 7, 62, 12), a sua volta databile al 313 o al

> C.Th. 11, 36, 2: *Idem A.* (*scil.* Constantinus) *ad Volusianum p*(*raefectum*) *u*(*rbi*). *Qui a praeiudicio appellaverit vel ab executoribus rerum antea statutarum atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit, XXX follium poena multetur, ita ut omnem causam ipse sine dilatione discingas, quippe cum et causam tuam videaris esse facturus, si per coniventiam huiusmodi appellationem admiseris. Si quas sane de omni causa interpositas esse provocationes perspexeris, in earum disceptatione observare debebis, quod iam pridem a nobis est evidentissime constitutum. P*(*ro*)*p*(*osita*) *V kal. Mart. Rom*(*ae*) *Constantino A. IIII et Licinio IIII conss.*

Nella costituzione, indirizzata al *praefectus urbi*[81], si stabiliva innanzi tutto che il giudice d'appello, cui fosse stata trasmessa un'impugnazione interposta «*a praeiudicio*» (quindi contro provvedimenti non sfocianti in una sentenza di merito definitiva) o «*ab executoribus*» (e perciò contro gli atti esecutivi relativi ad una sentenza

314 (cfr. anche C.Th. 9, 40, 1 = C. 9, 47, 16). Sul divieto di appellare *ante sententiam* nella legislazione costantiniana e più in generale nella legislazione del tardo impero, nonché sui suoi limiti e sulle sue oscillazioni, v. in specie U. Vincenti, *Ante sententiam appellari potest*, Padova, 1986, p. 41 e ss. e p. 98 e s. (per un quadro di sintesi cfr. anche Id., *Per uno studio sugli appelli ante sententiam*, in *BIDR* 86-87, 1984, p. 91 e note 69-72); sulla tendenziale inosservanza del divieto nella prassi postclassica, confermata tra l'altro dalla sua costante reiterazione nella legislazione imperiale conservataci nel Teodosiano, cfr., tra gli altri, anche quanto rilevato, in particolare, da G. de Bonfils, *Prassi giudiziaria e legislazione nel IV secolo. Symm., Rel. 33*, in *BIDR* 78, 1975, p. 286 e da J. Gaudemet, *Constitutions constantiniennes relatives à l'appel*, in *ZSS* 98, 1981, p. 52.

[81] Ovviamente come titolare di giurisdizione in grado di appello: diversamente, ma a mio avviso sulla base di un fraintendimento nella lettura del testo, Gaudemet, *Constitutions constantiniennes relatives à l'appel*, cit., p. 57, nota 74. Per le costituzioni costantiniane indirizzate al prefetto della città cfr. C. Dupont, *Les textes constantiniens et le préfet de la ville*, in *RHD* 47, 1969, p. 613 e ss. (e particolarmente p. 614 e ss. con riferimento specifico al nostro testo). Su C.Th. 11, 36, 2 v. anche, della stessa autrice, *Le droit criminel dans les constitutions de Constantin. Les infractions*, Lille, 1953, p. 108 e ss., nonché *La procédure civile dans les constitutions de Constantin. Traits caractéristiques*, in *RIDA* 3e s. 21, 1974, p. 204. Altre trattazioni dedicate *ex professo* alla costituzione costantiniana sono quelle di W. Kolitsch, *Praescriptio und exceptio ausserhalb des Formularverfahrens*, in *ZSS* 76, 1959, p. 299 e ss., di W. Litewski, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, II, in *RIDA* 3e s. 13, 1966, p. 248 e ss., nonché, in particolare, di Vincenti, *Ante sententiam appellari potest*, cit., p. 49 e ss.

di condanna), dovesse irrogare all'appellante una multa quantificata nella somma di *triginta folles*[82].

Per quanto qui più direttamente interessa si prevedeva inoltre che sarebbe stato chiamato a rispondere di *causam suam facere* il giudice d'appello (e specificamente il *praefectus urbi*)[83] che, invece di sanzionare tali comportamenti, avesse ammesso «*per conventiam*» le impugnazioni illegittimamente sottoposte alla sua *cognitio*, omettendo di avocare avanti al suo tribunale – come invece sarebbe stato tenuto a fare – l'intero procedimento («*omnem causam*»)[84]. In

[82] Per la possibilità che il testo originario riguardasse piuttosto i soli appelli «*a praeiudicio*», ai quali esclusivamente si riferirebbe l'espressione «*atque alterius auditorii praepropere iudicia poposcerit*», cfr. in particolare Litewski, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, II, cit., p. 236, nota 16; sul punto v. anche Dupont, *La procédure civile dans les constitutions de Constantin*, cit., p. 204, nota 85 e Gaudemet, *Constitutions constantiniennes relatives à l'appel*, cit., p. 56. Per gli scopi del legislatore, che erano evidentemente quelli di impedire manovre volte a ritardare i tempi della giustizia, cfr. Vincenti, *Ante sententiam appellari potest*, cit., pp. 50-51. Quanto alla previsione della sanzione pecuniaria di *triginta folles* cfr. anche il testo di C.Th. 11, 36, 3 che, per le corrispondenze di linguaggio con C.Th. 11, 36, 2, può forse considerarsi, nonostante le differenze, un testo dello stesso provvedimento inviato ad altro funzionario (in questo caso il *proconsul Africae*): sul punto v. in particolare O. Seeck, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart, 1919 (rist. Frankfurt am Main, 1984), p. 163, che data la costituzione al 26 aprile del 315. Su C.Th. 11, 36, 3 cfr. in specie L. Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano, 1961, p. 151 e ss. (che tuttavia risulta, a mio sommesso avviso, non del tutto perspicuo quanto alla definizione del rapporto cronologico tra le costituzioni 2 e 3 del titolo 11, 36 del Teodosiano).

[83] La sanzione in questione non viene menzionata invece nel testo parallelo di C.Th. 11, 36, 3: il fatto che quest'ultimo testo ci sia prevenuto in forma più ampia rispetto a C.Th. 11, 36, 2 induce ad ipotizzare che nel *litem suam facere* incorresse specificamente il *praefectus urbi*. La circostanza pare corroborata dal fatto che anche nella legislazione successiva si mantiene sotto questo profilo un trattamento differenziato nei confronti del *praefectus* rispetto agli altri funzionari: cfr. C.Th. 11, 36, 5 (a. 341), indirizzata al *vicarius Hispaniarum* (che ribadisce la sola sanzione dell'ammenda nei confronti dell'appellante: cfr. anche C.Th. 11, 36, 15 del 364) e, come meglio vedremo (cfr. subito *infra*, pp. 58-59), C.Th. 11, 36, 16 (a. 364), che ha come destinatario il *praefectus urbi* e nuovamente sanziona il suo comportamento in violazione della legge: sul punto cfr. per tutti Gaudemet, *Constitutions constantiniennes relatives à l'appel*, cit., pp. 57-58.

[84] In questo senso v. O. Gradenwitz, *Weitere Interpolationen im Theodosianus*, in *ZSS* 38, 1917, p. 38 e p. 43, seguito da Vincenti, *Ante sententiam appellari potest*, cit., pp. 49-51. La soluzione prospettata trovava evidentemente la propria giustificazione nella *ratio* del provvedimento che come si è detto era volto a sanzionare le manovre intese a dilatare i tempi richiesti per la conclusione delle procedure giudiziarie: sul punto v. anche Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel*

questo contesto la disposizione costantiniana ribadiva infine l'ammissibilità del gravame qualora l'appello fosse proposto «*de omni causa*», circostanza che, si dice, avrebbe semplicemente richiesto al giudice di seconde cure di osservare le disposizioni in precedenza «*evidentissime*» stabilite[85].

Che il comportamento dell'organo giudicante che avesse indebitamente ammesso appelli *ante sententiam* si risolvesse in un caso di *litem suam facere* è del resto espressamente confermato da una successiva costituzione del 364, a sua volta indirizzata, come la precedente, al *praefectus urbi*:

> C.Th. 11, 36, 16: *Idem AA.* (*scil.* Valentinianus et Valens) *ad Symmachum p*(*raefectum*) *u*(*rbi*). *Interpositas appellationes a praeiudicio vel ab exsecutione damnantes et eum, qui ab istiusmodi titulis provocaverit, et officium, quod non renuntiarit, quinquagenas argenti libras fisco nostro iubemus inferre, litem suam faciente iudice qui recepit. Dat. VIII Id. Octob. Altino; Acc*(*epta*) *XVI kal. Nov. Divo Ioviano et Varroniano conss.*

La disposizione di Valentiniano I sanzionava a sua volta, sulla scia della disposizione costantiniana, il comportamento del giudice che avesse ammesso un'impugnazione interposta «*a praeiudicio*» o «*ab executoribus*»: a questo proposito veniva confermata la responsabilità del giudice d'appello a titolo di *litem suam facere* e innalzata la poco più che simbolica sanzione pecuniaria prevista dalla costituzione costantiniana alla rispettabile cifra di cinquan-

---

processo romano, cit., pp. 152-153. Diversamente, ma in contrasto con l'esplicito tenore letterale della costituzione costantiniana («*sine dilatione discingas*»), A. Padoa-Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Milano, 1967, pp. 49-50 e nota 24, che da parte sua ritiene invece che il giudice *ad quem* dovesse rinviare la trattazione al giudice *a quo* perché risolvesse la causa *sine dilatione*.

[85] Si tratta probabilmente delle disposizioni previste nella già citata C.Th. 11, 30, 2 (= C. 7, 62, 12), che riconoscevano la piena legittimità del gravame qualora la sentenza impugnata avesse esaurito il giudizio avanti all'organo adito accogliendo un'eccezione perentoria oppure decidendo la causa proposta («*...universo negotio peremptoria praescribtione finito vel per cuncta membra decurso...*»): sul punto, con riferimento al contenuto della costituzione e al suo probabile richiamo in C.Th. 11, 36, 2, v. in specie Vincenti, *Ante sententiam appellari potest*, cit., rispettivamente p. 46 e ss. e p. 50.

ta libbre d'argento, sanzione che, tra l'altro, veniva irrogata non solo nei confronti dell'illegittimo appellante, ma anche allo stesso ufficio che non avesse rifiutato l'inoltro dell'appello[86].

A questo proposito, benché la costituzione di Valentiniano non lo ribadisca in termini espressi, proprio la sanzione pecuniaria di cinquanta libbre d'argento, salomonicamente irrogata all'appellante e all'organo giudicante, sembrerebbe comunque indirettamente presupporre quanto la costituzione costantiniana aveva invece affermato in termini espliciti, che cioè il *litem suam facere* sanzionasse ormai, nella legislazione del IV secolo, quanto meno con riferimento ad alcuni comportamenti, la collusione del giudice con una delle parti in causa[87].

La circostanza trova sostanziale conferma in un passaggio dei *Carmina profana* (detti comunemente *Romulea*) del poeta cristiano Draconzio, vissuto nel corso del V secolo d.C. Si tratta di un testo tratto dall'ottavo *carmen – de raptu Helenae –* nella cui parte iniziale viene fatto riferimento al mitico giudizio di Paride[88]:

---

[86] La sanzione pecuniaria di cinquanta libbre d'argento prevista a carico dell'organo giudicante ci è attestata anche dalla precedente C.Th. 11, 36, 15, a sua volta emanata da Valentiniano I nel 364, riguardo alla quale rimarrei tuttavia in dubbio se seguire Vincenti, *Ante sententiam appellari potest*, cit., p. 63 e p. 99, che ritiene che la costituzione citata, a differenza della C.Th. 11, 36, 16, prevedesse l'irrogazione della sanzione nei confronti del giudice *a quo* che avesse dato corso all'impugnazione proibita. Quanto al considerevole inasprimento della sanzione pecuniaria nei confronti della parte che avesse proposto appello *ante sententiam* v. già C.Th. 11, 36, 5 del 341 (che l'aveva elevata a quindici o trenta libbre d'argento a seconda del valore della causa). La sanzione si stabilizzò poi a cinquanta libbre d'argento dopo la disposizione di Valentiniano I: cfr. a questo proposito C.Th. 11, 36, 25 e 30, due costituzioni di Graziano, rispettivamente del 378 e del 385.

[87] Sulla costituzione di Valentiniano I e per una sua rapida esegesi, sia pure senza riferimento al profilo specifico del *litem suam facere*, v. in specie Vincenti, *Ante sententiam appellari potest*, cit., pp. 63-64. Appare singolare che la costituzione non venga neppure citata nell'ampio volume di Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., come risulta anche dell'indice delle fonti a p. 561.

[88] Sul testo, non sempre tenuto in adeguata considerazione anche nelle trattazioni dedicate *ex professo* al *litem suam facere*, v., per brevissimi accenni, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 47 e nota 198; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 186 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 98-99) e *Ancora sul «iudex qui litem suam facit*, cit., p. 27. Del resto (come già C.Th. 11, 36, 16), il passo del *de raptu Helenae* di Draconzio non è neppure citato da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., come risulta dell'indice delle fonti a p. 569. Si tratta invece, a mio avviso, di un testo di indub-

Dracontius, *Romulea* 8, 31-38:
Caelicolum praetor iam sederat arbiter Idae:
iam gremium caespes, iam surgens herbida tellus
stabat et aetherium fuerant herbosa tribunal.
Solverat Iliacus caeli vadimonia pastor
et litem facit ipse suam: laudata recedit
contempta Iunone Venus. Tunc virgo decore
victa dolet, nam tristis abit: heu nescia mens est,
quae mala circumstent ausum dare iura Minervae.

In un testo in cui fa a più riprese capolino una terminologia tecnico-giuridica (in questo senso appare significativo l'uso ravvicinato dei termini *praetor*, *arbiter*, *tribunal* e dell'espressione *vadimonium solvere*) il *litem suam facere* assume, con riferimento alla scelta di Paride, favorevole a Venere, il chiaro significato di comportamento parziale del giudice che emana una sentenza ispirata da un atteggiamento connivente con una delle parti in causa[89].

In questo senso appare significativo che il *litem suam facere* di cui viene accusato Paride (l. 35), definito in precedenza «*arbiter Idae*» (espressione la cui connotazione giuridica appare rafforzata dall'apposizione «*caelicolum praetor*»: cfr. l. 31), sia stato preceduto dalla rottura dell'impegno, da lui assunto in qualità di *iudex*, di svolgere le sue funzioni con diligenza e di emanare sentenza secondo equità (in questo senso potrebbe infatti forse interpretarsi il *solverat vadimonia* alla l. 34) riguardo alla controversia che era chiamato a risolvere e che coinvolgeva le tre dee, cioè Venere, Giunone e Minerva (cfr. l. 33: *aetherium tribunal*, che pare doversi intendere come *tribunal unde de deabus iudicetur*)[90].

---

bia importanza in quanto il giudizio di Paride viene descritto da Draconzio con un efficace *mélange* di lingua poetica e giuridica, rendendolo certo assai interessante e significativo ai nostri fini.

[89] La circostanza, oltre a risultare dal contesto, trova conforto nel fatto che la vicenda del giudizio di Paride, come è noto già messo in scena da Euripide (v. in particolare *Andromache* 274-292 e *Troades* 924-937) e narrato, tra i poeti latini, da Ovidio (*heroides* 16, 53-88 e 17, 115-122), costituiva nel mondo classico l'esempio per antonomasia di un giudizio parziale, emesso in collusione con una delle parti.

[90] Quanto al *iusiurandum iudiciale*, che ci è ben attestato soprattutto nella legislazione giustinianea (cfr. C. 3, 1, 14 dell'anno 530), ma che si praticava certamente fin dall'epoca repubblicana e consisteva appunto in una promessa che vincolava il *iudex* ad agire correttamente riguardo alla conduzione del processo, im-

Nella tarda testimonianza poetica di Draconzio troviamo pertanto confermata – tra l'altro attraverso l'uso di un linguaggio volutamente riecheggiante quello giuridico-giudiziario – la tendenza a connotare di nuovi significati il concetto di *litem suam facere*. Tale tendenza, già altrimenti testimoniata dal testo attribuito ai *libri ad edictum* di Ulpiano (che, come sappiamo, aveva fatto riferimento a una specifica ipotesi in cui il comportamento doloso del giudice sfociava, in ultima analisi, in una sentenza ispirata dal favore o dal disfavore nei confronti di una delle parti), aveva del resto trovato manifestazione anche nella legislazione imperiale postclassica. Quest'ultima – come abbiamo avuto occasione di vedere – aveva infatti a sua volta ricondotto nel quadro del *litem suam facere*, pur in una nuova ottica e, più esattamente, in relazione all'interesse pubblico al corretto esercizio della giustizia, un'altra fattispecie particolare, consistente nel comportamento del giudice che, colluso con una delle parti («*per coniventiam*» secondo al terminologia di C.Th. 11, 36, 2), avesse ammesso, contravvenendo alle reiterate previsioni legislative, appelli *ante sententiam*.

7. *Il* litem suam facere *nella legislazione giustinianea (C. 2, 3, 29)*

Al *litem suam facere* fa del resto ancora esplicito riferimento una costituzione giustinianea del 531 (C. 2, 3, 29), in cui si stabiliva che chi avesse pattiziamente rinunciato ad avvalersi di un foro privilegiato (spettantegli per l'appartenenza alla *militia*, dall'essere inve-

---

pegnandosi ad osservare la legge e ad amministrare la giustizia con imparzialità, cfr. di recente S. Puliatti, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustinianea*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustinianea tra passato e futuro*, *Atti del Convegno, Modena, 21-22 maggio 1998*, Milano, 2000, p. 65 e ss. (ed in specie p. 69 e nota 84 per il riferimento presente in C. 3, 1, 14 pr. agli *antiqui iudices* e per le fonti letterarie che attestano a loro volta la risalenza del giuramento), nonché, in precedenza, Paricio, *Sobre la administración de la justicia en Roma. Los juramentos de los jueces privados*, cit., p. 61 e ss., che rileva come il giuramento avesse per referente, nei giudizi privati, il *bonum aequumque*. Sul punto v. anche le osservazioni di Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., p. 265 e ss. (ed ivi nota 141, con ampia, ulteriore indicazione delle fonti letterarie che si riferiscono al giuramento giudiziale).

stito di una qualche *dignitas* o in virtù del sacerdozio)[91] non avrebbe successivamente potuto avvalersi – avendoci ripensato – delle proprie prerogative, ma sarebbe comunque stato vincolato a quanto in precedenza previsto e ciò in ragione della prescrizione di origine pretoria che obbligava al rispetto dei «*pacta conventa*, *quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt*»[92]:

> C. 2, 3, 29: *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp. Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit non usurum fori praescriptione propter cingulum militiae suae vel dignitatis vel etiam sacerdotii praerogativam, licet ante dubitabatur, sive oportet eandem scripturam tenere et eum qui hoc pactus est non debere adversus suam conventionem venire, vel licentiam ei praestari decedere quidem a scriptura, suo autem iure uti: sancimus nemini licere adversus pacta sua venire et contrahentes decipere.* 1. *Si enim ipso edicto praetoris pacta conventa, quae neque contra leges nec dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac causa pacta non valent, cum alia regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare?* 2. *Omnes itaque iudices nostri hoc in litibus observent, et huiusmodi observatio et ad pedaneos iudices et ad compromissarios et arbitros electos perveniat scituros, quod, si neglexerint, etiam*

[91] Quanto a quest'ultimo profilo, riguardo alle prerogative derivanti dal sacerdozio, cfr. anche il testo geminato di C. 1, 3, 50 in cui tra l'altro si aggiungeva la previsione secondo cui la soluzione adottata dalla cancelleria doveva applicarsi a tutti i casi pregressi, purché non decisi con sentenza o transazione (cfr. § 1: *Quam generalem legem in omnibus casibus obtinere sancimus, qui necdum per iudicialem sententiam vel amicalem conventionem sopiti sunt*). Sulle origini di tali limiti alla retroattività v. in particolare G. Broggini, *La retroattività delle legge nella prospettiva romanistica*, in *SDHI* 32, 1966, p. 22 e ss.; p. 29 e ss.; pp. 49-50 (= *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, p. 366 e ss; p. 374 e ss.; pp. 397-398). Sulla questione, per uno spunto, v. anche R. Bonini, *Ricerche di diritto giustinianeo*[2], Milano, 1990, p. 256.

[92] Il riferimento alla prescrizione pretoria è assente invece nella chiusa del testo parallelo di C. 1, 3, 50 pr.: *…sancimus non licere ei adversus sua pacta venire et contrahentes decipere, cum regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his quae pro se introducta sunt renuntiare*. Sul rapporto fra i testi di C. 2, 3, 29 e di C. 1, 3, 50 cfr., per alcune osservazioni, Giusto, *Per la storia del litem suam facere*, cit., p. 468, nota 36. Più in generale sulla legislazione giustinianea volta a sanzionare errori e manchevolezze del giudice (cfr. C. 4, 20, 19, 3 [a. 530] e C. 3, 1, 13, 6 [a. 530]) v. Voci, *Azioni penali e azioni miste*, cit., p. 29 *(= Ultimi studi di diritto romano,* cit., p. 224).

litem suam facere intellegantur. D. k. Sept. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc.

Qui interessa in particolare la previsione finale contenuta nel § 2; vi si prescriveva che quanto in precedenza disposto dovesse trovare applicazione nei confronti di tutti gli organi giudicanti (compresi non solo i *iudices pedanei*, ma anche i *compromissarii* e gli arbitri) e che costoro, nel caso avessero omesso di applicare la disposizione in questione, dovessero rispondere di *litem suam facere*[93].

La circostanza appare significativa per due ordini di motivi: viene infatti non solo dimostrata una residua vitalità dell'istituto fino all'epoca giustinianea – risultandone così confermata l'ultrattività rispetto all'antico processo *per formulas* –, ma anche la sua permanente comprensività relativamente a situazioni non necessariamente riconducibili al comportamento parziale o connivente dell'organo giudicante, ma eventualmente determinate dalla sua imperizia nella gestione della causa (in questo senso appare non senza significato l'uso del verbo «*neglexerint*», che indica il non occuparsi o il non tener conto di qualcosa)[94].

[93] Sul sistema dei *iudices pedanei* così come istituito all'epoca di Zenone e sulla sua successiva completa riorganizzazione in epoca giustinianea (v. in particolare la Nov. 82) cfr. per tutti cfr. A.H.M. Jones, *The Later Roman Empire, 284-602*, I, Oxford, 1964, pp. 501-502 e III, Oxford, 1964, p. 143, nota 72 (= trad. it. *Il tardo impero romano (284-602 d.C.)*, II, Milano, 1974, p. 720 e p. 1072, nota 72). Quanto alla figura dei *compromissarii iudices* cfr. anche, nella legislazione giustinianea, C. 2, 55, 5, 4 (a. 530); C. 4, 20, 20 (a. 530); C. 2, 46, 3, 1 (a. 531); per quanto riguarda la raccolta di *iura* v. altresì D. 4, 8, 41 (Call. 1 *ad ed. mon.*) e D. 26, 5, 4 (Ulp. 9 *ad leg. Iuliam et Papiam*).

[94] Sotto questo profilo il testo giustinianeo richiama in qualche modo alla mente il «*licet per imprudentiam*» che, come sappiamo, caratterizzava *il litem suam facere* nell'ottica dell'autore delle *res cottidianae*, cfr. D. 44, 7, 5, 4 (Gai. 3 *aur.*): *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri* (cfr. anche il testo gemino di D. 50, 13, 6). Del resto per l'ampia comprensività del *litem suam facere* nel diritto giustinianeo anche con riferimento a ipotesi di responsabilità di tipo colposo cfr. le osservazioni di Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 186 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 98-99), nonché, dello stesso autore, *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, cit., p. 120 (= *Fraterna munera*, cit., p. 73).

Nel caso prospettato rileva infatti che il giudice sbagli nel giudicare, o più esattamente giudichi al di fuori della sua competenza, benché essa fosse esclusa solo pattiziamente dalle *conventiones* concluse in precedenza dalle parti, circostanza questa che avrebbe comunque comportato un esorbitare del giudice dai poteri attribuitigli dal legislatore[95].

Si deve pertanto notare che, pur in un contesto assai articolato come quello fin qui descritto, alla luce della presa di posizione della cancelleria giustinianea ben si giustificava, nell'ambito della compilazione, la centralità assunta dal testo delle *res cottidianae*. Quest'ultimo, recepito anche nel testo istituzionale, aveva la funzione di manifestare una concezione del *litem suam facere* che, sia pur con valenze nuove, si poneva ancora, almeno per certi aspetti, in un rapporto di continuità con quelle che ne erano le caratteristiche fissate dal pretore e tendenzialmente pur sempre condivise da almeno parte della giurisprudenza dell'epoca del Principato, che non a caso – si pensi al testo di Gai. 4, 52 – aveva individuato una specifica ipotesi di *litem suam facere* nella fattispecie in cui il giudice avesse agito al di fuori dei suoi poteri[96].

---

[95] Non mi pare dunque pienamente condivisibile quanto di recente sostenuto da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 547, nota 10, secondo il quale nella costituzione giustinianea l'espressione *litem suam facere* designerebbe «un profilo di responsabilità nascente dalla disapplicazione di disposizioni impartite da superiori gerarchici». Tale concezione può essere condivisa solo nel senso di ipotizzare che l'istituto sia stato ritenuto funzionale anche a stabilire un controllo di natura amministrativa sui giudici, cfr. in questo senso Robinson, *Justinian and the Compilers' view of the iudex qui litem suam fecerit*, cit., p. 396. Il controllo sull'apparato giurisdizionale – certo fortemente sentito nell'epoca giustinianea – pone, è vero, il problema del rapporto tra responsabilità privatistica dell'organo giudicante e le sanzioni cui il giudice può andare incontro nella sua qualità di funzionario imperiale in relazione alla violazione, ad esempio, dell'obbligo di *iudicare legibus* (sul punto cfr. Puliatti, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustinianea*, cit., in specie p. 122 e ss.), ma nel caso in questione certo non c'entrano le «disposizioni impartite da superiori gerarchici»: quello che si vuole impedire è piuttosto, come appunto ho rilevato, che il giudice esorbiti dai poteri attribuitigli dal legislatore e più precisamente dalla sua competenza, tra l'altro, nel caso, esclusa solo pattiziamente dalle parti.

[96] È cioè vero che la costituzione giustinianea riconduce al *litem suam facere* nuovi comportamenti, ma lo fa in un rapporto di continuità con la concezione classica, così come per certi aspetti documentata da Gai. 4, 52. Quanto al già ricordato rapporto con le *res cottidianae* è poi vero che l'illecito individuato dalla cancelle-

8. *La questione della trasmissibilità passiva dell'azione (D. 5, 1, 16 [Ulp. 5* ad ed.*]) e quella della possibilità di agire contro il* filius familias iudex *(D. 5, 1, 15 pr. [Ulp. 21* ad ed.*])*

Se queste paiono essere le linee di sviluppo della nozione di *litem suam facere* fino al diritto della compilazione, va altresì ricordato che tra le fonti accolte nel Digesto va anche tenuto in considerazione, riguardo al nostro tema, un passo ulpianeo in cui si pone la questione della trasmissibilità passiva dell'azione relativa alla fattispecie considerata, questione risolta in senso negativo dal giurista severiano e che tuttavia – si dice – era stata oggetto in precedenza di una diversa valutazione da parte di Salvio Giuliano[97]:

> D. 5, 1, 16 (Ulp. 5 *ad ed.*): *Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est.*

Il fatto che Giuliano si fosse espresso in termini contrari rispetto all'orientamento giurisprudenziale poi prevalso (e cioè nel senso dell'esperibilità dell'azione anche contro gli eredi) è del resto testimoniato anche da un altro passo ulpianeo conservatoci nei *Fragmenta Argentoratensia*, tratto questa volta dai *libri disputationum*:

> *Fragm. Argent.* IIb *versum* (Ulp. 3 *disp.*): *…quamvis Iulianus in heredem magistratus non putaverit tribuendam actionem,*

---

ria non richiedeva esplicitamente «la prova di un ben determinato stato soggettivo» (cfr. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 547, nota 10), ma è altrettanto vero che il comportamento sanzionato presupponeva, in piena conformità con la costruzione delle *res cottidianae*, quanto meno la colpa.

[97] Sul testo ulpianeo cfr. recentemente l'ampia discussione di Scevola, *La responsabilità del «iudex privatus»*, cit., p. 467 e ss., nonché in specie Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 199 e ss. Sulla questione posta da D. 5, 1, 16 cfr. anche, nella letteratura meno recente, Stojcevic, *Sur le caractère des quasi-délicts en droit romain*, cit., pp. 69-70. Nella letteratura degli ultimi anni v. invece, tra gli altri, in particolare i contributi di d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 383 e ss.; Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 193 e ss.; De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., pp. 11-12; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 58-59.

> *cum idem heredem iudicis, qui litem suam fecisset, teneri existimaverit. Sed utrumque contra est, cum heres magistratus teneatur et iudicis non teneatur…*

In questo ultimo testo si conferma dunque che – secondo l'opinione del giurista adrianeo – l'azione di responsabilità contro il giudice era da considerarsi passivamente trasmissibile[98], benché si dovesse al contrario escludere che si potesse agire contro gli eredi del magistrato municipale per i comportamenti tenuti da quest'ultimo in danno del pupillo ed in particolare – come meglio si desume dal contesto in cui lo squarcio qui riprodotto si inseriva – nel caso in cui il magistrato avesse omesso di richiedere al tutore legittimo di prestare la *cautio rem pupilli salvam fore*[99].

La ricostruzione delle posizioni giurisprudenziali così come ricavabile dalle due testimonianze ulpianee deve dunque farci pervenire alla conclusione di essere di fronte ad un caso di *ius controversum*, che probabilmente riguardava la stessa natura penale dell'azione, che forse Giuliano escludeva e che invece Ulpiano e – sembrerebbe – numerosi altri (D. 5, 1, 16 dice infatti «*quae sententia vera non est et a multis notata est*») erano propensi ad af-

[98] Altro problema – non risolto dalle fonti – è piuttosto quello della eventuale trasmissibilità dell'azione agli eredi del danneggiato: va rilevato a questo proposito che le *actiones in* (*bonum et*) *aequum conceptae* di norma potevano essere esperite dagli eredi e che con la morte del danneggiato si estinguevano solo alcune azioni penali, le c.d. *actiones vindictam spirantes*: sul punto v. brevemente F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951 (rist. Aalen, 1992), p. 44.

[99] Anche sotto quest'ultimo profilo l'opinione di Ulpiano si discostava da quella giulianea: *Sed utrumque contra est, cum heres magistratus teneatur et iudicis non teneatur…* Sulla questione della trasmissibilità agli eredi della azione prevista contro il magistrato negligente che avesse mancato di esigere la *cautio rem pupilli salvam fore*, questione tuttavia già risolta in senso positivo da un rescritto di Antonino Pio, v. A. Gómez-Iglesias Casal, *La acción «subsidiaria» del fragmento Argentoratense de Ulpiano*, in *Estudios en homenaje al prof. F. Hernández-Tejero*, II, Madrid, 1992 (ma 1994), p. 269 e ss. Sul punto, per tale ulteriore contrasto tra Ulpiano e Giuliano, v. in specie Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 482 e ss. Per un'ampia indagine sul frammento in esame e per un quadro del rapporto tra le due azioni, anche con riferimento al contrasto giurisprudenziale che ne risulta sotteso, cfr. anche d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., in specie pp. 383-386. In generale sul testo dei *Fragmenta Argentoratensia* v., tra gli altri, anche Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 200 e Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 58.

fermare. Quello che tuttavia allo stato delle fonti non rimane del tutto chiaro è se l'opinione giulianea fosse isolata già ai suoi tempi o se invece fosse stata superata solo dai giuristi della generazione successiva[100].

In quest'ultimo senso pare doversi interpretare la frase finale «*a multis notata est*», che, anche per l'autorevolezza del giurista adrianeo, parrebbe far pensare, più che a contrasti tra Giuliano e i giuristi coevi, piuttosto ad un cambio di prospettiva manifestatosi nella giurisprudenza postgiulianea. Ciò, al di là delle possibili spiegazioni tecniche in relazione alle tipologie di garanti cui venivano assimilati nell'elaborazione giurisprudenziale i magistrati municipali e il *iudex*[101], potrebbe a mio avviso essere avvenuto di pari passo alla pro-

[100] Sul punto, per il contrasto di opinioni tra Giuliano e Ulpiano con riferimento alla trasmissibilità o meno dell'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, v. Wołodkiewicz, *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, cit., pp. 1284-1285. Per l'ipotesi che l'opinione giulianea fosse stata formulata prima della codificazione dell'editto e che il giurista medioclassico, già nella redazione dell'editto perpetuo, si fosse conformato alla maggioranza v. d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 384; sul punto, quanto a una diversa opinione riguardo al superamento della concezione giulianea, cfr. però Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 194 e ss. Sulla posizione del giurista adrianeo v. anche V. Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, pp. 31-32. Per un quadro delle varie ipotesi formulate in dottrina v., da ultimo, Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 476 e ss. Da parte mia credo che la posizione assunta da Giuliano vada messa in relazione al riconoscimento della responsabilità diretta del *filius familias* e alla contestuale esclusione della possibilità che l'azione potesse essere considerata nossale (v. *infra*, in specie pp. 72-73), circostanza questa che indusse forse il giurista adrianeo a mettere più in generale in discussione la stessa natura penale dell'azione, intendendosi come tale l'azione che derivava da un comportamento illecito (non necessariamente un delitto) previsto dal *ius civile* o dal pretore, alla cui commissione l'ordinamento ricollegava un rimedio non caratterizzato da una funzione meramente reipersecutoria.

[101] Per l'ipotesi che il contrasto giurisprudenziale prospettato nelle fonti fosse infatti da ricondurre al fatto che Giuliano considerava i magistrati municipali come *fideiussores* che in quanto tali erano responsabili in solido, mentre Ulpiano (e già prima Marcello) li assimilava piuttosto agli *sponsores* che erano invece responsabili *pro parte* e che pertanto, in questo ultimo caso, la trasmissibilità passiva fosse funzionale al rafforzamento delle possibilità di esecuzione v. Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., pp. 471-472 e *Litem suam facere*, cit., pp. 408-409, che sottolinea altresì come diverso nell'ottica giulianea (evidentemente riferibile ad un momento antecedente alla generalizzazione ad opera di Adriano del *beneficium divisionis* precedentemente ammesso dalle *leges Furia* e *Cicereia* solo per lo *sponsor*

gressiva tendenza – già sopra tratteggiata – a colorare la figura del *litem suam facere* con l'elemento 'soggettivo' del dolo (o della colpa) e a ricondurvi, forse sulla scia del linguaggio comune (si pensi a questo proposito alla testimonianza, che parrebbe precorritrice, di Seneca), situazioni e comportamenti parziali del giudice, che tendevano ad avvicinarsi, proprio sotto questo profilo, alla categoria dei delitti[102].

In questo stesso contesto sembra doversi inquadrare, in relazione alle predette problematiche, un altro passo istituzionale. In esso i compilatori, ancora una volta sulla falsariga delle *res cottidianae*, precisano che, come a certe condizioni avveniva per l'*effusum vel deiectum* e il *positum aut suspensum*, anche nel caso del *filius familias iudex* l'azione relativa al *litem suam facere* non poteva essere intentata contro il *pater*, ma doveva essere piuttosto direttamente proposta nei confronti del *filius familias* stesso[103]:

> I. 4, 5, 2: *Si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est: Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. quod et in filio familias iudice observandum est, qui litem suam fecerit.*

---

e il *fidepromissor*) fosse invece il caso del *iudex* per la normale impossibilità di costruire la sua responsabilità come solidale.

[102] L'intrasmissibilità passiva è, come noto, elemento caratterizzante delle azioni penali (sia civili che pretorie): può essere dunque che il progressivo avvicinamento alla categoria dei delitti, di cui è in qualche modo espressione la stessa individuazione del *genus* del «*quasi ex maleficio teneri*», abbia contribuito a far risolvere la questione nel senso indicato da Ulpiano e condiviso dai compilatori. Non vi è invece alcun cenno nelle nostre fonti al problema della cumulatività che del resto potrebbe porsi solo in ordine ai collegi giudicanti: cfr. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 391, nota 3.

[103] In generale sulle caratteristiche e sui limiti della nossalità con riferimento all'*effusum vel deiectum* e al *positum aut suspensum* v. *infra*, rispettivamente cap. II, p. 136 e ss. e cap. III, p. 165 e ss. Qui si può anticipare che l'esclusione della nossalità non era assoluta e che anzi, tranne il caso del *filius* o del servo che abitassero autonomamente, era di norma possibile convenire il titolare della potestà, che tuttavia si poteva liberare della propria responsabilità attraverso il ricorso all'abbandono nossale, facendo uso – almeno nel caso dell'*effusum vel deiectum* – della c.d. *exceptio noxalis*.

Il testo, che appunto deriva dalla parte finale di D. 44, 7, 5, 5[104], prende ancora una volta in considerazione un'opinione giulianea: secondo il giurista adrianeo le azioni *de effusis vel deiectis* e *de positis aut suspensis* dovevano essere intentate non nei confronti del *pater familias*, ma piuttosto contro il sottoposto a potestà, sempreché quest'ultimo fosse l'autonomo *habitator* di un *cenaculum* e quindi, più precisamente, abitasse separatamente dal padre («*seorsum a patre habitaverit*»)[105].

Sulla prima parte del passo, con riferimento all'*effusum vel deiectum* e al *positum aut suspensum*, dovremo necessariamente ritornare[106]. Qui piuttosto particolarmente interessa che una questione analoga sembra si fosse posta per il *filius familias* nominato giudice e accusato di *litem suam facere*: a questo proposito – in un'appendice che sembrerebbe apposta dai compilatori, ma che nella sostanza appare di origine classica – si riferisce che anche in questo

---

[104] D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): *…ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum*. Sul punto, per lo stretto rapporto intercorrente fra I. 4, 5, 2 e D. 44, 7, 5, 5, che pure si differenziano per il fatto che nel testo delle Istituzioni imperiali venne eliminato dai compilatori il riferimento espresso all'*actio de peculio* e all'*actio noxalis*, cfr. le osservazioni di Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, cit., p. 190 (= *Opere*, II, cit., p. 404). Per la sostanziale classicità della parte finale del testo delle *res cottidianae* v. da ultimo Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 432-433, nota 41.

[105] Sulla questione cfr. anche D. 9, 3, 1, 7 (Ulp. 23 *ad ed.*) su cui v. *infra*, cap. II, p. 140 e ss. Il termine *cenaculum*, che in origine indicava la camera da pranzo, finì poi di norma per indicare gli alloggi posti ai piani superiori degli edifici o comunque parte di essi (cfr. Festus, s.v. *cenacula* [Lindsay, p. 47]; Varro, *de lingua latina* 5, 162), in cui potevano essere alloggiati tra l'altro gli ospiti di rango inferiore e gli schiavi: sul punto cfr. per tutti quanto osservato da F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, p. 229, nota 191 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in *BIDR* 73, 1970, p. 190, nota 191). La concessione delle azioni in questione contro il *filius familias* presupponeva comunque che costui vivesse in un autonomo appartamento (sul punto v. anche *infra*, cap. II, in particolare p. 140 e pp. 145-146): al proposito cfr. quanto recentemente osservato da T. Palmirski, *Effusum vel deiectum*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à W. Wołodkiewicz*, II, Warszawa, 2000, p. 683 e note 73-75.

[106] Sul testo, per l'esclusione della possibilità di intentare l'azione contro il *pater* nel caso specifico del *filius familias* che «*seorsum a patre habitaverit*», v. *infra*, rispettivamente cap. II, p. 140 e ss. e cap. III, pp. 168-169.

caso il problema doveva essere risolto con la concessione di una azione diretta contro il figlio in potestà[107]. Sotto questo profilo è anzi interessante notare che, a stare almeno alla testimonianza ulpianea contenuta in D. 5, 1, 15 pr., tale azione sarebbe stata concessa nei limiti del peculio[108]:

> D. 5, 1, 15 pr. (Ulp. 21 *ad ed.*): *Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.*

Il passo, che costituisce il *principium* del frammento in cui, come si è visto, viene configurata la responsabilità del *iudex* che abbia emanato una sentenza *in fraudem legis*[109], ha suscitato anche di recente le perplessità di una parte della dottrina per la soluzione – invero un po' anomala – che vi è prospettata, consistente, come si è

---

[107] Rimane dubbio se l'aggiunta sia di mano compilatoria o fosse mutuata da una fonte classica diversa da D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): a mio avviso sembrerebbe da condividersi la prima soluzione, ma la questione risulta puramente formale in quanto è da ritenere che la possibilità di rivolgere direttamente l'azione contro il *filius familias* fosse comunque già prevista, come meglio vedremo, dal diritto classico: per l'ipotesi, che appare condivisibile, che l'aggiunta della frase finale di I. 4, 5, 2 sia dovuta ad «un'esigenza di completezza metodologicamente cara ai bizantini, preoccupati di conferire omogeneità al titolo relativo alle *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*» v. ora Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 445-446, nota 51.

[108] Sul testo, nella letteratura più recente, cfr. l'ampia trattazione di Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 391 e ss.; in precedenza v. in specie d'Ors, «*Litem suam facere*», cit., p. 381 e ss., nonché Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 55-58. Del testo si è occupato anche G. Luchetti, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 2004, p. 232 e ss. Per alcuni accenni v. inoltre Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 250; De Martino, «*Litem suam facere*», cit., p. 12; Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 169 e nota 48 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 87-88 e nota 48).

[109] Quanto alla possibilità di individuare uno stretto collegamento tra il pr. e il § 1 di D. 5, 1, 15 v. in specie le considerazioni della Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 250. Al contrario non è mancato chi come Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 280-281, ha ritenuto piuttosto che dall'accostamento tra le fattispecie previste in D. 5, 1, 15 si ricavi «l'impressione che i due paragrafi fossero estratti da parti diverse di uno stesso lavoro e compattati in omaggio alle esigenze di razionalizzazione» con «l'intento di conferire uniformità al materiale relativo ad uno stesso istituto, in modo da offrire un quadro omogeneo del medesimo».

accennato, nel concedere sì una azione contro il figlio, ma nei limiti dell'entità del peculio quale fosse risultata al momento dell'emanazione della sentenza[110].

Da qui l'ipotesi, sostenuta in passato, che il testo, così come a noi pervenuto, sia stato alterato e che in realtà l'azione concessa in diritto classico fosse nossale, ipotesi questa però ormai unanimemente rigettatata dalla dottrina recente[111], che tuttavia ha talvolta da parte sua escluso la genuinità del frammento, immaginando piuttosto che nell'originale venisse concessa, nella fattispecie considerata, una *actio de peculio* contro il titolare della *patria potestas*[112]. Tale ultima opinione appare però, a mio modo di vedere, difficilmente condivisibi-

[110] Veniva dunque introdotto un particolare regime della responsabilità personale del figlio in potestà: cfr. in specie Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 200, nota 148. Per la tendenza a riconoscere ai *filii familias* la piena soggettività giuridica già a partire dal III secolo d.C. v. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 414 e ss. Sul punto cfr. anche i rilievi di G. Pugliese, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, Milano, 1963, pp. 285-286 e nota 19, che a sua volta ritiene che non si possa negare che l'azione diretta contro il figlio fosse stata concessa, per taluni illeciti pretori, già in epoca classica. In questo senso v. altresì F. De Visscher, *Le régime romain de la noxalité – De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, 1947, p. 512, nota 51, nonché Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 231 e nota 192 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 191 e nota 192).

[111] Per un quadro d'insieme delle ipotesi della dottrina interpolazionistica cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 68. Per una ampia e dettagliata ricostruzione in chiave storica delle proposte di emendamento del testo da Pothier in poi v. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 392 e ss. Quanto all'ipotesi che l'azione avesse carattere nossale v. in specie B. Biondi, *Actiones noxales*, Cortona, 1925, p. 63, nota 8, che a sua volta condivideva le ipotesi di alterazione allora prospettate (ed in particolare quelle di M. Pampaloni, *Sopra la condictio furtiva*, in *Studi senesi* 16, 1899, p. 234 e ss. [= *Studi sopra il delitto di furto*, II, Torino, 1900, p. 77 e s.] = *Scritti giuridici*, I, Pisa, 1941, p. 711 e ss.). Diverso l'orientamento dominante nella dottrina più vicina nel tempo: sul punto v. per tutti Pugliese, *Il processo civile romano*, II, cit., p. 285, nota 19. Contro l'interpolazione si sono pronunciati anche la Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 250 e Scevola, *ibidem*, pp. 399-400, nonché, sia pure implicitamente, De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 12 e nota 29.

[112] Per questa opinione v. in specie le osservazioni di d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., pp. 381-383; nello stesso senso sostenuto dal d'Ors v. anche Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 56-58, secondo la quale il testo sarebbe stato rimaneggiato dai compilatori per adattarlo alla mutata condizione patrimoniale dei *filii familias*: i compilatori avrebbero pertanto ammesso che l'azione po-

le, non solo per il fatto che la menzione della *taxatio* con riferimento all'entità del peculio non può che apparire nel diritto giustinianeo un retaggio del passato, ma soprattutto perché, com'è noto, già nell'ottica del diritto classico la responsabilità *de peculio* presuppone di norma un'attività negoziale che in nessun modo pare potersi intravedere nel comportamento antidoveroso del *iudex filius familias*[113].

Risulta dunque più probabile ritenere che il testo sia nella sostanza effettivamente riferibile ad Ulpiano e che rappresenti la soluzione elaborata dalla giurisprudenza dell'epoca del Principato. Rimane da domandarsi perché i giuristi del periodo classico (quanto meno da Giuliano a Ulpiano) abbiano escluso la possibilità di concedere l'azione come nossale, benché l'aver all'uopo previsto una responsabilità diretta del *filius familias* potesse nei fatti compromettere l'efficacia della protezione della parte lesa, senza che a quest'ultima potesse, sul piano giuridico, rimproverarsi alcunché[114]. Ciò, co-

---

tesse rivolgersi direttamente contro il figlio, lasciando però nel testo il riferimento alla *taxatio de peculio*.

[113] Per l'ipotesi della classicità dell'azione contro il figlio v. in particolare De Martino, *«Litem suam facere»*, cit., p. 12 e Lamberti, *Riflessioni in tema di «litem suam facere»*, cit., p. 250. Sulla questione v. anche E. Valiño, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, in *AHDE* 38, 1968, pp. 463-464, che tuttavia da parte sua rimane dubbioso se l'azione diretta nei confronti del *filius familias* nei limiti del peculio possa essere considerata classica o giustinianea. Nel senso della classicità della testimonianza ulpianea si pronuncia anche Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 399 e ss., che giustamente rileva, con ampie argomentazioni, come sia improponibile, sul piano dogmatico e sistematico, ipotizzare l'attribuzione di una responsabilità *de peculio* al *pater familias* in relazione alla responsabilità del *filius* per *litem suam facere* (v. in specie p. 453 e ss.). Quanto all'inserimento del passo ulpianeo nella compilazione va notato che il particolare regime di responsabilità personale del *filius familias* previsto dal diritto classico ben si armonizzava nel diritto giustinianeo, in un quadro in cui la capacità patrimoniale era ormai sostanzialmente riconosciuta anche ai figli in potestà, in un contesto dunque cui non pare potersi, anche per questo motivo, riportare l'introduzione della *taxatio* con riferimento all'entità del peculio: sul punto v. Luchetti, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, cit., in specie p. 234.

[114] Si può a questo proposito rilevare che chi negozia con un *filius familias* sa infatti di poter far conto solo sul suo peculio, ma altrettanto non si può dire di norma per chi l'ha come giudice. Poteva infatti ben accadere che le parti ignorassero lo *status* giuridico di *filius familias* del *iudex* scelto nell'ambito delle liste pretorie, benché il meccanismo delle ricusazioni garantisse comunque quanto meno il comune gradimento nei suoi confronti di entrambe le parti in causa. Si può aggiungere che, in un quadro più ampio, quest'ultimo aspetto costituisce forse anche la giustificazione della mancanza nel processo formulare di un principio generale di respon-

me è stato sostenuto, avvenne forse perché la facoltà di scelta riconosciuta alle parti riguardo alla designazione del *iudex* non poteva non renderle in qualche modo partecipi dei possibili rischi conseguenti alle limitazioni personali e patrimoniali che caratterizzavano la posizione del *filius familias*. In particolare nel caso del *iudex* individuato al di fuori delle liste pretorie la scelta di un soggetto *alieni iuris* comportava infatti la consapevole e necessaria accettazione del rischio di potersi soddisfare – qualora costui fosse venuto meno ai suoi doveri – nei soli limiti dell'ammontare del *peculium*. Tale eventualità doveva dunque essere semmai evitata optando – così evidentemente ragionavano i giuristi – per un soggetto *sui iuris* e non pretendendo piuttosto il riconoscimento di un'eventuale azione di responsabilità contro il padre[115].

Alla luce di queste ultime osservazioni si spiega meglio anche la già ricordata posizione giulianea riguardo alla trasmissibilità passiva. Il problema sotteso alle fonti qui esaminate appare cioè, in ultima analisi, quello della *natura actionis*, che il giurista adrianeo – esclusa la nossalità – risolveva probabilmente manifestando un maggiore interesse verso gli aspetti risarcitori del rimedio pretorio[116].

---

sabilità civile del giudice in relazione al merito sostanziale del giudizio: cfr. sul punto Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 184 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 97).

[115] Per questo tentativo di spiegazione del carattere non nossale dell'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit* v. già Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., in specie pp. 462-463. Altra questione è quella di valutare se si possa escludere la natura nossale dell'azione fin dall'epoca in cui fu introdotto il rimedio pretorio: in questo senso, sia pure dubitativamente, lo stesso Scevola, la cui posizione mi pare tuttavia in questo caso discutibile, essendo comunque difficile immaginare una responsabilità diretta del *filius familias* per l'epoca più risalente. Del resto anche Scevola (*ibidem*, p. 418) più in generale giustamente ammette che già in età classica e soprattutto a partire dall'epoca severiana «il carattere nossale delle *actiones* volte a fare valere la responsabilità penale del *filius* fosse in via di significativa attenuazione».

[116] In questo senso, per alcuni spunti, v. M. Talamanca, *Rec.* a V. Scarano Ussani, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, in *BIDR* 91, 1988 (ma 1992), p. 867, nonché *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 615, che sottolinea come la controversia riguardasse in ultima analisi la natura penale o meno dell'azione, questione che il giurista di epoca adrianea inquadrava in un contesto di 'depenalizzazione', valorizzando l'interesse della persona offesa dall'illecito ad ottenere la reintegrazione patrimoniale, conseguentemente dovuta non solo dal *iudex*, ma anche dai suoi eredi.

Altri, a stare ad Ulpiano la maggioranza, non riconducevano invece all'esclusione della nossalità altre conseguenze sul regime dell'azione: la circostanza non impediva cioè il riconoscimento della sua natura penale e ciò anche perché, in relazione alle azioni penali pretorie, non erano seguite regole rigide e costanti, ma venivano applicati criteri caratterizzati da un certo margine di variabilità. In relazione al rapporto tra la qualificazione dell'azione e il suo regime si poteva dunque accogliere l'idea che l'azione, benché non fosse concessa come nossale, fosse, in quanto penale, intrasmissibile[117].

9. *Il quadro conclusivo: l'evoluzione dell'istituto fino al diritto giustinianeo e il suo inquadramento nella categoria delle obbligazioni* «quae quasi ex delicto nascuntur»

Appare necessario a questo punto tirare le somme del discorso fin qui svolto. Alla luce delle considerazioni che precedono sembra potersi ritenere che, forse sovrapponendosi a una fattispecie analoga di matrice civilistica[118], la figura pretoria del *litem suam facere* si sia andata delineando, probabilmente nella fase centrale o al più tardi negli ultimi decenni del II secolo a.C.[119], come figura caratteriz-

[117] Sul punto v. ancora le osservazioni di Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 617, che rileva come il rapporto tra la qualificazione dell'azione e il suo regime risulti complesso soprattutto nelle azioni pretorie: ciò permette di ritenere che l'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit* potesse essere considerata penale dalla giurisprudenza postgiulianea, benché non se ne prevedesse la nossalità che pure – come sappiamo – era considerata una caratteristica tipica delle azioni penali.

[118] Quanto agli eventuali precedenti dell'istituto nella legislazione decemvirale e per la possibilità di riscontrare già in essa ipotesi di responsabilità del giudice in relazione a condotte inosservanti dei doveri inerenti al suo incarico v. in particolare Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 108 e ss. Più in generale, per l'ipotesi che l'istituto sia stato preceduto da una fattispecie analoga di matrice civilistica (il *litem damni iudici esse* di cui fa parola il cap. 91 della *lex Irnitana*) su cui si sarebbe solo successivamente sovrapposta una tutela pretoria, cfr. le osservazioni di Mantovani, *La «diei diffissio» nella lex Irnitana*, cit., p. 257, nota 119.

[119] Per quanto riguarda la fissazione del momento del manifestarsi della previsione pretoria rimane a mio avviso significativo – nonostante le perplessità avanzate da una parte della dottrina – quanto attestato da Macrobius, *saturnalia* 3, 16, 15-16 (v. *supra*, pp. 42-48), anche in relazione alla risalente penetrazione dell'espressione tecnico-giuridica nel linguaggio comune, così come testimoniata dall'uso figurato

zata dal comportamento del giudice che venisse meno ai suoi doveri, circostanza che avveniva o in quanto non si era affatto recato in giudizio o perché comunque aveva mancato di emettere la sentenza nei termini stabiliti dalla legge o, in alternativa, non aveva compiuto la *diffissio*, nel caso in cui quest'ultima fosse richiesta. Sembrerebbe cioè che nella sua configurazione originaria il *litem suam facere* consistesse nell'omissione da parte del giudice di attività processuali o comunque nel mancato rispetto di regole inerenti al processo, circostanze queste che lo rendevano responsabile in relazione alla particolare natura dell'ufficio ricoperto e pertanto indipendentemente dalla qualificazione dell'elemento 'soggettivo' che avesse eventualmente caratterizzato tali comportamenti[120].

In questo contesto, delineato essenzialmente sulla base delle testimonianze letterarie, epigrafiche e papirologiche, si inserisce, a ben vedere con un sufficiente grado di coerenza, quanto ci viene riferito nelle fonti giuridiche e soprattutto nelle Istituzioni gaiane. In particolare queste ultime individuano un'ipotesi ulteriore di violazione da parte del giudice dei doveri inerenti al proprio *officium* nel caso in cui costui avesse esorbitato i poteri attribuitigli nel decreto pretorio, con ciò evidentemente presupponendo l'emanazione di una sentenza (fosse valida o no). Proprio tale ultima circostanza salda, almeno per certi aspetti, la testimonianza del giurista medioclassico con quella – assai controversa – attribuita ad Ulpiano in cui si precisa che poteva configurarsi come *litem suam facere* anche l'emanare sentenza «*dolo malo in fraudem legis*»[121]. Secondo il giurista

che se ne fa, già verso la metà del I secolo a.C., in Cicero, *de oratore* 2, 75, 305 (v. *supra*, pp. 51-53).

[120] In questo senso, per la ricostruzione della nozione originaria del *litem suam facere* così come configurata dalla previsione edittale sono più di tutte determinanti le testimonianze di Pap. Antinoopolis 22, *recto* (col. II, l. 5 e ss.) e del cap. 91 della *lex Irnitana* (v. *supra*, pp. 31-41).

[121] Nel caso prospettato da Gai. 4, 52, come in quello configurato da Ulpiano in D. 5, 1, 15, 1, siamo infatti di fronte ad una condotta commissiva del giudice che sfocia in una sentenza (benché si possa poi discutere se si tratti o no di sentenza valida): per il collegamento, sotto questo specifico profilo, tra la fattispecie prospettata da Gaio e quella cui si fa riferimento in D. 5, 1, 15, 1, v. in specie le osservazioni di Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., pp. 177-178 (= *Miscellanea romanistica*, cit., p. 93). Ciò non esclude la presenza di differenze: in particolare nel caso menzionato da Gaio non entrava in gioco, nel-

severiano – come abbiamo visto – sarebbe stata da ricondurre alla fattispecie considerata anche la condotta del *iudex* che avesse emesso dolosamente una sentenza in violazione di una norma sostanziale derivante da una *lex publica* o, nel caso specifico, della sua *ratio*. L'elemento 'soggettivo', che in Gai. 4, 52 rimaneva ancora in ombra, solo implicitamente sotteso al comportamento del giudice che avesse agito al di fuori dei suoi poteri, emerge con nettezza. Più precisamente si evidenzia la tendenza a colorare la figura del *litem suam facere* – pur sempre inerente alla violazione di regole e limiti imposti, questa volta dalla legge, ai poteri del giudice – con l'elemento psicologico del dolo e a ricondurvi, forse sulla scia di quanto già avveniva nel linguaggio profano (si pensi a questo proposito alla testimonianza senecana e a quella, sia pure meno netta e diretta, riscontrabile già nel *de oratore* ciceroniano), anche situazioni e comportamenti inficiati, in ultima analisi, da parzialità[122].

Nella stessa linea di sviluppo si colloca, per certi aspetti, anche la testimonianza delle *res cottidianae*, in cui il rilievo dell'elemento 'soggettivo', sia pure in forma più sfumata, appare a sua volta evidente nel riferimento all'*imprudentia* che caratterizza il comportamento del *iudex qui litem suam facit*. Il termine, che va messo in relazione con la sfera della prevedibilità, richiama la nozione della negligenza e quindi – almeno tendenzialmente – della colpa insita nel non aver previsto ciò che era prevedibile. La circostanza è tanto più significativa perché l'emersione dell'elemento 'soggettivo' avviene in questo caso nell'ambito stesso della formazione della categoria del «*quasi ex maleficio teneri*». L'autore delle *res cottidianae*, che

---

la costruzione dogmatica della fattispecie, la sussistenza dell'elemento 'soggettivo', cfr. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., in specie p. 310 e ss.

[122] Sulla discussa testimonianza di D. 5, 1, 15, 1 e sulla sua sostanziale attendibilità per quanto ci attesta in relazione all'evoluzione delle nozione di *litem suam facere* nell'elaborazione della tarda giurisprudenza classica v. *supra*, pp. 20-28. In quest'ordine di idee qui si può aggiungere che, come è stato opportunamente di recente rilevato dal Burdese, *Ancora sul «iudex qui litem suam facit»*, cit., p. 26, il testo ulpianeo sembra ancora riferirsi – nel suo contesto originario – «al giudice privato della procedura formulare». Per quanto riguarda l'utilizzazione dell'espressione nel linguaggio comune in relazione a comportamenti di carattere 'partecipativo' è invece – come si è avuto già occasione di osservare – in particolare e più di ogni altra significativa la testimonianza di Seneca, *dialogi* 11, 2, 2 (su cui v. quanto si è detto *supra*, pp. 53-55).

per quel che sappiamo ne fu l'artefice, vi inquadrò la figura del *litem suam facere* con specifico riferimento, a quanto pare, ad ipotesi di negligenza processuale, in un testo comunque forse volutamente anodino – e per questo ampiamente comprensivo – circa l'identificazione del comportamento illecito imputabile al *iudex*[123].

Dato questo quadro parrebbe rimanere irrisolto il contrasto tra il dolo di D. 5, 1, 15, 1 e l'*imprudentia* di D. 44, 7, 5, 4 (= D. 50, 13, 6). A mio avviso tale divergenza non può essere comunque spiegata in chiave meramente evolutiva e tanto meno ipotizzando una dilatazione della responsabilità del giudice dal piano del dolo a quello più ampio dell'*imprudentia*, ma immaginando piuttosto che si sia determinata una situazione di *ius controversum* nel momento in cui la giurisprudenza (probabilmente nell'epoca classica inoltrata) dovette cominciare ad analizzare il comportamento del *iudex qui litem suam facit* sotto il profilo dell'elemento 'soggettivo', forse anche in relazione alla possibilità – connessa con il progressivo affermarsi della *cognitio extra ordinem* – di verificare la sentenza in sede di appello[124]. Intendo dire che, ad una visione più legata agli schemi

[123] La testimonianza delle *res cottidianae* rimane a mio avviso fondamentale non solo per la ricostruzione della concezione giustinianea del *litem suam facere* (e ciò per il fatto che il testo delle *res cottidianae* risulta geminato nel Digesto [D. 44, 7, 5, 4 e D. 50, 13, 6] e riprodotto in I. 4, 5 pr.), ma anche per la definizione dell'atteggiamento assunto nei confronti dell'istituto dal diritto classico avanzato; la diversa opinione prospettata da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 542 e ss. e in specie nota 7, non tiene conto del fatto che il passo degli *aurea* – al di là di alcuni dubbi sulla terminologia utilizzata, peraltro superabili (v. *supra*, nota 12) – ben si inserisce nel quadro di emersione dell'elemento 'soggettivo' connotante il comportamento del *iudex*, quadro di cui ulteriore dimostrazione ci è conservata – come è noto – nel testo ulpianeo di D. 5, 1, 15, 1. Del resto, per l'importanza del testo delle *res cottidianae*, cfr. recentemente anche Giusto, *Litem suam facere*, cit., p. 406, che pure sembra volervi piuttosto individuare una testimonianza riconducibile al diritto postclassico.

[124] Per uno spunto in questo senso, ma con esclusivo riferimento al regime testimoniato da D. 5, 1, 15, 1, v. recentemente J. Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, Madrid, 1987, p. 42, nonché ancora Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 173 e ss. Che già il testo delle *res cottidianae* si riferisse probabilmente al *iudex* della *cognitio* è ora sostenuto dalla Robinson, *Justinian and the Compilers' view of the iudex qui litem suam fecerit*, cit., p. 389 e ss.; Ead., *Gaius and the Category of Quasi-Delict*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VII, Napoli, 2001, pp. 127-128. Sulla questione v. anche le osservazioni di A. Burdese, *Rec.* a J. Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, in *SDHI* 56, 1990, pp. 448-449, che

del passato che individuava tendenzialmente nella colpa l'elemento caratterizzante il comportamento del giudice con particolare riferimento ai comportamenti omissivi tradizionalmente ricondotti al *litem suam facere*, se ne affiancò un'altra che, probabilmente anche ispirandosi all'*id quod plerumque accidit*, intravide nel comportamento del *iudex*, eventualmente sfociante in un giudizio parziale, per lo più l'elemento del dolo[125]. Del resto la possibilità di qualificare il comportamento del *iudex* sotto il profilo del dolo o della colpa – sia pure probabilmente entrambi in forma tipizzata e perciò tale da escludere un'indagine in concreto del contegno tenuto dal *iudex* nella conduzione del processo – trovava in qualche modo terreno potenzialmente fertile già nella formula accolta nell'editto che, per quel poco che ne sappiamo, pur certo non facendo riferimento all'elemento 'soggettivo' dell'agente, doveva presentare una *intentio in factum concepta* che nella sua genericità (almeno secondo la ricostruzione leneliana) la rendeva in concreto compatibile con una pluralità di condotte. A ciò si aggiunga che la flessibilità di tale formula, in quanto contenente – a quanto parrebbe – una *condemnatio in* (*bonum et*) *aequum*, ben permetteva di tener conto, in maniera differenziata, della diversa gravità dei comportamenti im-

---

tuttavia sottolinea come la responsabilità dolosa del *iudex* potesse farsi valere in sede di procedura formulare e quindi anche indipendentemente da una revisione della sentenza nel contesto della *cognitio extra ordinem*.

[125] Il contrasto tra D. 5, 1, 15, 1 e D. 44, 7, 5, 4 (= D. 50, 13, 6) se non si risolve quanto meno si spiega nella contrapposizione tra chi, facendo riferimento ai comportamenti del giudice che venisse meno ai suoi doveri omettendo attività processuali o comunque non rispettando regole inerenti al processo, individuò l'elemento 'soggettivo' caratterizzante il *litem suam facere* essenzialmente nella colpa e chi invece, come Ulpiano, ampliando la categoria ad ulteriori fattispecie, con riferimento, nel caso specifico, al *iudex* avesse emanato una sentenza «*in fraudem legis*», connotò la fattispecie con l'elemento del dolo. Alla luce di quanto appena detto e come accennato nel testo non mi pare dunque da condividere l'intepretazione recentemente formulata da Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., pp. 466-467, secondo cui la concezione risultante dal testo delle *res cottidianae* si porrebbe in un rapporto evolutivo rispetto a quella che si ricava invece dal testo ulpianeo e più esattamente nel quadro di un inasprimento della responsabilità del *iudex*, tenuto a rispondere dapprima solo per dolo e successivamente *per imprudentiam*.

putabili al *iudex* e di volta in volta dogmaticamente costruiti come colposi o come dolosi[126].

In questo articolato contesto si inquadra forse lo stesso contrasto tra Giuliano e i «*multi*» citati da Ulpiano e alla cui opinione lo stesso giurista severiano aderiva. È cioè probabile che, esclusa la possibilità di esperire l'azione come nossale e delineato un particolare regime di responsabilità personale con riferimento alle mancanze del *iudex filius familias*, qualcuno – e specificamente il giurista adrianeo – escludesse, sulla base di questo aspetto inerente al regime dell'azione, la sua stessa qualificazione come penale, con la conseguenza di ammetterne la trasmissibilità passiva. La presa di posizione giulianea parrebbe cioè porsi in un rapporto di continuità logica

[126] Sulla questione v., per uno spunto, le osservazioni di Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 615; quanto alla unicità della formula edittale del *litem suam facere* e alla sua indeterminatezza e flessibilità in relazione all'identificazione delle violazioni sanzionabili cfr. in particolare la ricostruzione del Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 169: *Si paret Nm. Nm. litem, quam inter Am. Am. et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse quantum ob eam rem aequum videbitur Nm. Nm. Ao. Ao. condemnari, tantam pecuniam etc.* Sul tenore della formula v. ora anche P. Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin, 2002, p. 110 e ss., che aderisce all'ipotesi leneliana in particolare circa il fatto che la formula prevedesse una *condemnatio in* (*bonum et*) *aequum*. Come sappiamo (v. *supra*, nota 10) diversa sul punto l'opinione formulata dal d'Ors, «*Litem suam facere*», cit., p. 391, seguito, per quanto riguarda il tenore della *condemnatio* («*in quantum Lucius Titius condemnari debuisset, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato; si non paret, absolvito*»), da Cremades-Paricio, *La responsabilidad del Juez en el Derecho Romano Clásico. «Actio adversus iudicem qui litem suam fecit»*, cit., p. 207, nonché dal solo Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 112 e da Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., pp. 179-180. Dubbi sulla *condemnatio in* (*bonum et*) *aequum* anche in Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 470 e *Litem suam facere*, cit., p. 411 (v. già *supra*, note 10 e 22). Sul punto v. altersì Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 515 e ss., cui rinvio per l'analisi delle varie ipotesi ricostruttive formulate dalla dottrina in relazione alla struttura della formula (e in particolare da A.F. Rudorff, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, pp. 91-92 e dal d'Ors, «*Litem suam facere*», cit., p. 391, anche con riferimento alla *nominatio facti* dell'*intentio* che, secondo l'autore spagnolo, non avrebbe fatto genericamente riferimento al *litem suam facere*, ma specificamente al *sententiam non dixisse*) e in particolare per la congettura, non priva di suggestione e comunque non del tutto confliggente con l'ipotesi ricostruttiva leneliana, che nell'*intentio* fossero formulate non genericamente, ma in via alternativa le differenti condotte illecite (dubbioso tuttavia ora sul punto Giusto, *Litem suam facere*, cit., p. 410).

con la configurazione tradizionale dell'illecito come caratterizzato prevalentemente da comportamenti omissivi che, almeno nella valutazione dell'editto, prescindevano da ogni considerazione di criteri di imputazione della responsabilità di tipo 'soggettivo', mentre la soluzione contrapposta sembrerebbe risentire della successiva tendenza a colorare la figura del *litem suam facere* del dolo o della colpa dell'agente e ad inquadrarvi comportamenti che tendevano ad avvicinarsi, proprio sotto questo profilo, alla categoria dei delitti[127].

In prosieguo di tempo, con il definitivo prevalere della *cognitio extra ordinem* e con il conseguente affermarsi di un processo 'statalizzato', nel quadro cioè di un processo civile governato non più da un giudice-arbitro privato scelto dalle parti, ma da pubblici funzionari che istruiscono la causa ed emanano la sentenza, il contenuto giuridico del *litem suam facere*, pur se ancora per lo più consistente nella violazione di regole procedurali inerenti all'*officium*, si orienta sempre più decisamente nel senso di indicare la condotta del giudice connivente che avesse tenuto un comportamento parziale, favorendo una delle parti in causa. Tale tendenza, che si esprime in un contesto in cui l'istituto è concepito ormai per far valere la responsabilità dei nuovi giudici/funzionari, ben risulta evidenziata dalla testimonianza di un paio di costituzioni del Teodosiano risalenti al IV secolo (e particolarmente di quella costantiniana conservata in C.Th. 11, 36, 2) e, successivamente, in termini del tutto espliciti, da un passo del poeta Draconzio[128].

---

[127] Intendo dire che l'opinione giulianea sembra porsi in una fase storica in cui non si era ancora manifestata, nella valutazione dei giuristi, la rilevanza dell'elemento 'soggettivo' che ispirava la condotta del *iudex* e in cui pertanto, anche per questo motivo, si poteva mettere in discussione la stessa natura penale dell'azione: sul punto, quanto agli ondeggiamenti della giurisprudenza del medio e tardo Principato in relazione alla qualificazione dell'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit* e quanto al porsi tra i giuristi dell'alternativa tra l'avvicinamento del suo regime a quello delle azioni penali o piuttosto a quello delle azioni reipersecutorie, v. *supra*, in specie p. 66 e ss. e p. 73 e s.

[128] Quanto alle testimonianze del Teodosiano (cfr. C.Th. 11, 36, 2 e 16) e del *de raptu Helenae* di Draconzio, v. rispettivamente *supra*, p. 55 e ss. e p. 59 e ss. Per quanto sia vero che con l'affermarsi della *cognitio extra ordinem* il *litem suam facere* tenda a connotarsi come illecito di natura disciplinare, caratterizzato da «venature marcatamente penalistiche» (l'espressione e il quadro ricostruttivo prospettato sono di Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 540), ritengo altrettanto vero che le testimonianze giuridiche e letterarie del IV e V secolo dimostrino,

Ciò comunque non offuscò del tutto la concezione del *litem suam facere* come inteso a ricomprendere anche comportamenti di negligenza processuale, circostanza questa che risulta a sua volta ben documentatata da una costituzione giustinianea del 531 (C. 2, 3, 29), che se da un lato testimonia – sia pure in una dimensione nuova e di impronta prettamente pubblicistica – la vitalità dell'antico precetto edittale[129], dall'altro giustifica la scelta classificatoria dei compilatori intesa, come sappiamo, ad inquadrare, sulla scorta delle *res cottidianae*, il *litem suam facere* nella categoria del «*quasi ex maleficio teneri*»[130].

---

sia pure nelle forme processuali della *cognitio*, la vitalità dell'istituto in un rapporto di continuità concettuale con il passato, ricostruibile anche attraverso l'anello di congiunzione costituito da D. 5, 1, 15, 1. Sul punto, per la permanenza dell'istituto nel corso del tardo impero nelle forme della *cognitio extra ordinem*, v. ora, per un accenno, anche Giusto, *Litem suam facere*, cit., p. 405.

[129] Per l'ampia comprensività della nozione nel diritto giustinianeo e per l'opinione che al *litem suam facere* venissero riportate mancanze di varia natura addebitabili ai giudici/funzionari nell'espletamento delle loro funzioni cfr. Burdese, *Sulla responsabilità del «iudex privatus» nel processo formulare*, cit., p. 186 (= *Miscellanea romanistica*, cit., pp. 98-99), nonché *In margine alla responsabilità del giudice in diritto romano*, cit., p. 120 (= *Fraterna munera*, cit., p. 73), che sostiene altresì che, nel quadro della *cognitio* e in particolare per l'appellabilità della sentenza, la responsabilità per *litem suam facere* del giudice avesse ormai, salvo nel caso di impossibilità di rivalersi in sede di appello sulla controparte, carattere prevalentemente aggiuntivo, appunto con specifico riguardo alle spese sostenute – forse da entrambe le parti – per l'appello.

[130] Proprio con riferimento alla nozione di *litem suam facere*, che nel diritto giustinianeo torna appunto ad esser posta anche in esplicita relazione a comportamenti di negligenza processuale, è a mio avviso nel complesso plausibile ritenere che la concezione dell'istituto risenta, almeno in parte, dell'atteggiamento di *reverentia* verso il passato tipico degli anni delle compilazioni. Escluderei tuttavia che la stessa presenza del *litem suam facere* nella compilazione sia semplicemente il risultato di un «gusto arcaicizzante» dei giustinianei (così Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., p. 541) o sia dovuta a semplice «ossequio alla tradizione» (così Giusto, *Per una storia del litem suam facere*, cit., p. 468, nota 36), circostanza questa a mio modo di vedere esclusa dal fatto che dell'istituto si occupano non solo i compilatori, ma anche la cancelleria, nonché dalla circostanza che la sopravvivenza giustinianea si colloca, sia pure in un'ottica parzialmente diversa, in un rapporto di continuità cronologica con le testimonianze dell'epoca precedente (risalenti come sappiamo al IV e V secolo), che permettono di negare una cesura netta rispetto al diritto dell'epoca del Principato. D'altra parte quanto all'ipotesi che l'illecito desse luogo ad una semplice responsabilità di tipo disciplinare (cfr. lo stesso Scevola, *ibidem*, p. 540) v. ora le condivisibili argomentazioni contrarie fornite da Petito, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo*, cit., pp. 472-473.

Si tratta di una scelta sistematica certamente consonante con la *forma mentis* dei bizantini, ma che, per certi profili, sembra ricondurre il *litem suam facere* al passato, dettata in qualche modo dalla *reverentia antiquitatis*. Benché si conservi nel Digesto il passo ulpianeo che ravvisava un'ipotesi di *litem suam facere* nel comportamento del giudice parziale che avesse dolosamente emanato una sentenza *in fraudem legis*, il punto di vista dei giustinianei, rappresentato essenzialmente dal testo 'trigemino' delle *res cottidianae*, sembra tendenzialmente volto ad escludere il dolo. Ciò detto va pur tuttavia rilevato che comunque si riflette nella compilazione quel contrasto di opinioni che aveva caratterizzato lo sviluppo della figura del *litem suam facere* nei secoli precedenti. I compilatori non potevano infatti certo dimenticare che nel *litem suam facere* rientravano anche i comportamenti dolosi del giudice, ma, parrebbe prevalentemente per ragioni sistematiche connesse alla costruzione dogmatica della categoria delle *obligationes quasi ex maleficio* da loro accolta, preferirono piuttosto sposare l'idea che il *litem suam facere* si caratterizzasse essenzialmente attraverso l'elemento 'soggettivo' della colpa[131].

Da questo punto di vista, non tenendo certo più come collante della categoria del «*quasi ex maleficio teneri*» – se mai lo fu – l'origine pretoria degli illeciti che la componevano, è appunto l'elemento 'soggettivo' che sembra assurgere a carattere distintivo della categoria: così come per i bizantini è essenzialmente il dolo che connota i delitti (come è testimoniato anche dal fatto che il termine ἁμάρτημα traduce talvolta indifferentemente il *dolus* e il *delictum* delle fonti classiche)[132], al contrario sembra essere l'assenza (quan-

[131] Sul complesso atteggiamento assunto dai compilatori di fronte alle testimonianze delle fonti messe a profitto per la redazione della compilazione e del Digesto v. in particolare quanto osservato *supra*, nota 17. Del resto il contrasto, che, come rilevato, investe gli stessi testi inseriti nella compilazione, sembra potersi parzialmente comporre (sul piano della individuazione dei comportamenti sanzionati, anche se forse assai meno su quello dell'elemento 'soggettivo' dell'agente) nella tendenziale indeterminatezza dell'area di punibilità, individuata in termini estremamente vaghi e comprensivi nel testo delle *res cottidianae* attraverso l'uso dell'espressione «*utique peccasse aliquid*».

[132] Cfr. a questo proposito ad esempio Bas. 52, 1, 49 (Scheltema-van der Wal, A VI, p. 2428 = Heimbach, V, p. 110) con riferimento a D. 44, 7, 49 (Paul. 18 *ad Plaut.*), in cui ἁμάρτημα traduce il termine latino *delictum*, che però nel con-

to meno potenziale) di dolo che caratterizza la categoria delle obbligazioni nascenti *quasi ex maleficio*. Proprio con riferimento al *iudex qui litem suam facit*, ciò si evince a mio avviso con sufficiente nettezza dal testo della Parafrasi di Teofilo corrispondente a I. 4, 5 pr. che qui, per brevità, mi limito a riportare nella parte che più direttamente interessa:

> Theoph, *paraph*. 4, 5 pr.: ...ἐμοὶ καὶ Τιτίῳ ἐδίκαζε Μαέvios· ἠδίκησέ με, τυχὸν γὰρ μηδέν με ἐποφείλοντα κατεδίκασε, καὶ τὸ λεγόμενον παρὰ τοῖς νομικοῖς litem suam ἐποίησε, τουτέστι καθ' ἑαυτοῦ δίκην ἤγειρεν… ἀλλ' οὔτε délicton τοῦτο· ἔσθ' ὅτε γὰρ ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν, οὐ κακῇ διανοίᾳ, τοῦτο ἔπραξεν. ὅθεν ἐπειδὴ ἥμαρτέ τι ὁ δικαστὴς ὡς ἀπὸ τοῦ quasi delíctu κατέχεται καὶ εἰς τοσοῦτον καταδικάζεται εἰς ὅσον ἂν δοκιμάσῃ ὁ δικάζων αὐτῷ καὶ τῷ ἀδικηθέντι χρῆναι αὐτὸν ποινῆς λόγῳ καταβάλλειν· τῷ γὰρ βλαβέντι ἡ in factum ἁρμόζει[133].

Sul punto dovremo ritornare, ma già qui si deve rilevare che l'esplicita precisazione «ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν, οὐ κακῇ διανοίᾳ, τοῦτο ἔπραξεν» (trad. ed.: per imprudentiam, non dolo malo, id fecit), fatta tra l'altro con riferimento all'esempio, assai delicato, del giudice che abbia sbagliato nel giudicare[134], sembra essenzialmen-

---

testo pare equivalere a dolo. Sul punto e per l'uso promiscuo del termine *delictum* per indicare sia l'atto illecito che il dolo cfr. in dottrina in particolare quanto ebbe a rilevare Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, cit., p. 504 e nota 1 (= *Studi di diritto romano*, III, cit., p. 84 e nota 2) (con indicazione di fonti). Emblematica in questo senso una costituzione di Caracalla riportata in una versione probabilmente rimaneggiata in C. 11, 35 (34), 1: *Imp. Antoninus A. Augustali. Fideiussorem magistratuum in his quae ad rei publicae administrationem pertinent teneri, non in his quae ob culpam vel delictum eis poenae nomine inrogentur, tam mihi quam divo Severo patri meo placuit*.

[133] Trad. ed. Ferrini: …cum inter me ac Titium Maevius cognosceret, iniuriam mihi fecit; forte enim me nihil debentem condemnavit. et hoc est, quod apud iure consultos dicitur: 'litem suam fecit'… set neque delictum est: nonnumquam enim forte per imprudentiam, non dolo malo, id fecit. set quoniam aliquid iudex peccavit, quasi ex delicto tenebitur. et in tantum condemnabitur, quantum perebit ei, qui inter eum et illum, qui iniuriam passus est, cognoscit, eum poenae nomine dare oportere. nam ei, qui laesus est, in factum actio competit.

[134] Sul punto, per un'analisi del testo della Parafrasi sotto questo specifico profilo, cfr. il recente lavoro di Petito, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo*, cit., in specie p. 465 e ss., che ritiene che Theoph., *paraph.* 4, 5 pr., nel far riferimento all'errore del *iudex* nel giudicare e in ultima analisi all'ingiustizia

te dettata dalla necessità di ricondurre il comportamento del *iudex qui litem suam facit* nell'ambito della teorica bizantina dei quasi delitti. Il caso della condanna di chi non deve essere condannato, significativamente ricondotto, con evidente forzatura, alla figura che si dice qualificata dai giureconsulti (e più esattamente dai *veteres*) come *litem suam facere*, era infatti diventato una fattispecie tipica dell'illecito da quando vi era stata stabilmente inquadrata la condotta parziale del giudice che si fosse eventualmente spinto fino ad emanare una sentenza che favorisse una delle parti in causa[135]. Non sorprende dunque, nell'ottica dei giustinianei, che, proprio con riferimento a questo che era l'esempio di *litem suam facere* considerato doloso per eccellenza e che come tale poteva risultare incoerente rispetto alla costruzione dogmatica accolta[136], la Parafrasi si affretti a precisare – a chiarimento delle parole «*licet per imprudentiam*» del dettato istituzionale e in particolare del *licet* che evidentemente ai loro occhi poteva implicare che almeno

---

della sentenza, risenta dell'influenza del noto testo di Aristoteles, *ethica Nicomachea* 5, 9, 12 (1136b). A prescindere da questo aspetto (v. *infra*, nota 136) all'attenta analisi di Petito rinvio per l'esame complessivo del testo di Theoph., *paraph.* 4, 5 pr., anche con particolare riferimento all'ampia e un po' pedante digressione di impronta scolastica circa i motivi che escludevano che il *litem suam facere* potesse essere collocato fra i quasi contratti (cfr. *ibidem*, p. 476 e ss.).

[135] La dilatazione dei contorni dell'illecito fino a ricomprendervi i comportamenti del giudice parziale o connivente che determinano l'ingiustizia della sentenza è tipica dell'epoca tarda come, a mio avviso, ben testimoniano le fonti giuridiche (cfr. C.Th. 11, 36, 2) e, soprattutto, letterarie (cfr. Dracontius, *Romulea* 8, 31-38). In questo senso il mutamento della fisionomia dell'illecito va tuttavia ricondotto per certi versi già al testo di D. 5, 1, 15, 1 che, come sappiamo, faceva riferimento a una specifica ipotesi in cui il comportamento del giudice integrante *litem suam facere* dava luogo a una sentenza ispirata dal favore o dal disfavore nei confronti di una delle parti e pertanto, in fin dei conti, a una sentenza potenzialmente ingiusta.

[136] In questo senso convengo con Petito, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo*, cit., p. 471, circa la presa di distanza della Parafrasi rispetto alla concezione che del *litem suam facere* emerge invece da D. 5, 1, 15, 1. Tuttavia non mi sembra che l'esposizione della Parafrasi si ricolleghi più di tanto al pensiero espresso in Aristoteles, *ethica Nicomachea* 5, 9, 12 (1136b) (così invece Petito, *ibidem*, p. 469 e ss.). Quello che a mio avviso interessava al Parafraste era piuttosto principalmente di inquadrare il *litem suam facere* nella dogmatica bizantina dei quasi delitti: a questo proposito, a fronte della testimonianza di D. 5, 1, 15, 1 che pure era appunto conservata nel Digesto, era quantomai opportuno affermare che anche nel caso del *iudex* si rispondeva per lo più per colpa e ciò anche nel caso in cui il giudice avesse sbagliato nel giudicare.

alcune condotte potessero piuttosto caratterizzarsi per la presenza di un elemento 'soggettivo' di intensità maggiore rispetto all'*imprudentia* – che comunque anche l'errore nel giudicare poteva avvenire appunto «ἐξ ἀπειρίας» e non per dolo («οὐ κακῇ διανοίᾳ») e che anzi proprio questo aspetto ne costituiva il normale discrimine rispetto ai delitti.

Capitolo II
EFFUSUM VEL DEIECTUM

1. *La ricostruzione della prescrizione edittale attraverso la lettura congiunta di I. 4, 5, 1 e di D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23* ad ed.*): l'articolazione dell'intervento pretorio e i suoi aspetti essenziali*

Riprendendo la lettura del testo istituzionale, nel § 1 del titolo quinto del quarto libro, ravvicinate e quasi intrecciate tra loro si incontrano, ancora una volta sulla scia dello schema espositivo delle *res cottidianae*, la seconda e la terza fattispecie per cui si dice che ci si obblighi *quasi ex maleficio*[1]. Si tratta, come è noto, rispettivamente dell'*effusum vel deiectum* e del *positum aut suspensum*, due figure strettamente collegate e che sappiamo trattate unitariamente anche nel titolo 9, 3, «*de his, qui effuderint vel deiecerint*» del Digesto[2]. La prima, cui il passo delle Istituzioni imperiali principalmen-

---

[1] Come già rilevato (cfr. *supra*, cap. I, nota 8) l'intero titolo delle Istituzioni giustinianee dipende strettamente, nella successione espositiva degli argomenti, dal testo di D. 44, 7, 5 (Gai. 3 *aur.*), da cui appunto, come è noto, i compilatori derivarono essenzialmente la loro trattazione delle obbligazioni *quasi ex maleficio*.

[2] Nel titolo, più esattamente, sono conservati sette frammenti, tratti dai commentari all'editto di tre diversi giuristi: Ulpiano (23 *ad ed.*: fr. 1, 3 e 5), Paolo (19 *ad ed.*: fr. 4 e 6) e Gaio (6 *ad ed. prov.*: fr. 2 e 7). Va sottolineato che, fra questi, solo D. 9, 3, 5 (§ 6 e ss.) si riferisce specificamente all'editto *de positis aut suspensis* (E.P. § 62: *ne quis in suggrunda*). Secondo alcuni anzi tale editto avrebbe costituito una parte di quello *de his qui deiecerint vel effuderint* (E.P. § 61): sul punto, nella letteratura più risalente, cfr. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1357 e Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 94; più di recente v. anche A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965 (rist. Aalen, 1984), p. 267. Al di fuori della *sedes materiae* si occupa dell'argomento anche il passo, tratto dal terzo libro delle *res cottidianae*, che, come sappiamo, è riprodotto in D. 44, 7, 5, 5 (v. il testo *infra*, nota 7), mentre rimane puramente

te si riferisce, consisteva nella responsabilità addossata all'*habitator* per i danni che potessero essere arrecati ai passanti da cose gettate o versate dalle abitazioni che si affacciavano sulla strada sottostante[3]:

congetturale l'ipotesi, originariamente formulata dal Lenel, che all'editto *de his qui deiecerint vel effuderint* si riferisse anche D. 5, 1, 18, 1 (cfr. *Das edictum perpetuum*[3], cit., p. 173, nota 4).

[3] La questione della responsabilità per *effusum vel deiectum* ha attratto la crescente attenzione della dottrina romanistica solo in anni recentissimi, mentre sono state relativamente poche le ricerche dedicate *ex professo* all'argomento nel corso del XX secolo: a parte le voci delle enciclopedie – tra cui segnalo in particolare R. Leonhard, s.v. *Deicere*, in *PWRE* IV, 2, Stuttgart, 1901, c. 2382 e s.v. *Effundere*, in *PWRE* V, 2, Stuttgart, 1905, c. 1979; C. Ferrini, s.v. *Azione de effusis et deiectis*, in *Enciclopedia giuridica Italiana*, I, Milano, 1904, c. 1334 e ss.; G. Provera, s.v. *Actio de effusis et deiectis*, in *NNDI* I, 1, Torino, 1957, p. 260 e ss. – i contributi che se ne sono occupati non sono infatti numerosissimi e per di più talvolta destinati ad approfondire solo singoli aspetti, senza fornire del tema una trattazione esaustiva: cfr. W. Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, in *RISG* 3ª s. 22, 1968, p. 365 e ss. (cui rinvio per un quadro della letteratura dell'ottocento, cfr. p. 366, nota 3); R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972, p. 63 e ss.; Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., in specie p. 428 e ss.; L. Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjectivo del «edictum de effusis vel deiectis»*, in *Iura* 35, 1984, p. 91 e ss. (in precedenza, dello stesso autore, anche *El Edicto de effusis vel deiectis* y *la problemática urbanística romana*, in *Homenaje al prof. A. Otero*, Santiago de Compostela, 1981, p. 307 e ss. e successivamente *Los actos ilícitos de derecho honorario*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 905 e ss.; p. 910 e ss.); E. Lozano y Corbí, *Popularidad y régimen de legitimación en la «actio de effusis et deiectis»*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, V, Milano, 1984, p. 311 e ss.; R. Zimmermann, *Effusum vel deiectum, in Festschirift H. Lange*, Stuttgart-Berlin-Köln, 1992, p. 301 e ss.; S. Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, II, Milano, 1994, p. 1103 e ss.; Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 667 e ss. (dello stesso autore v. ora anche *How the commentaries to «de his qui deiecerint vel effuderint» and «ne quis in suggrunda» edicts could be used on the ground of «edictum de feris»*, in *RIDA* 3ᵉ s. 53, 2006, p. 323 e ss.); J.B.M. van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, in *ZSS* 119, 2002, p. 454 e ss.; T. Wallinga, *«Effusa vel deiecta» in Rome and Glasgow*, in *Edinburgh Law Review* 6, 2002, p. 117 e ss.; H. Ankum, *Ulpian D. 9. 3. 5. 4: The recourse of the «habitator» against his guest who threw something down onto the street*, in *Summa eloquentia. Essays in Honour of M. Hewitt*, Pretoria, 2002, p. 7 e ss. nonché, dello stesso autore, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, in *Studia Iuridica* 41, 2003, p. 7 e ss. Con particolare riferimento alle questioni inerenti alla nossalità v. ora anche i saggi recentissimi di R. Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano, 2007, p. 317 e ss., e di M.F. Cursi, *Tra responsa-*

> I. 4, 5, 1: *Item is, ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat deiectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intellegitur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi… de eo vero quod deiectum effusumve est dupli quanti damnum datum sit constituta est actio. ob hominem vero liberum occisum quinquaginta aureorum poena constituitur: si vero vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur: iudex enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est.*

Da quanto dunque apprendiamo dal testo delle Istituzioni imperiali l'*actio de effusis vel deiectis* si sarebbe potuta esperire nei confronti di chi abitasse, non importa a quale titolo («*vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat*»), in un *cenaculum*, vale a dire – come abbiamo accennato – in un alloggio autonomo, collocato ai piani superiori degli edifici adibiti ad uso abitativo[4].

---

bilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis», in φιλία. *Scritti per G. Franciosi*, Napoli, 2007, in specie pp. 662-666. Per quanto riguarda le trattazioni dedicate alle obbligazioni *quasi ex maleficio* v., tra gli altri, in particolare quelle di Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 71 e ss.; Stojcevic, *Sur le caractère des quasidélits en droit romain*, cit., p. 64 e ss.; Hochstein, *Obligationes quasi ex delicto. Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, cit., in specie p. 16 e ss.; più di recente Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 61 e ss., nonché Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 180 e ss. Per l'esame di alcune questioni specifiche vanno ricordati altresì, in particolare, tra i lavori di più ampio respiro, quelli di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 98-99 (= *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, in *BIDR* 66, 1963, pp. 22-23), pp. 119-143, pp. 229-235 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., pp. 189-195), pp. 237-248; di F. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, Napoli, 1958 (rist. Martina Franca, s.d., ma 1991), in specie p. 156 e ss.; di Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 72 e ss.; di Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, cit., p. 79 e ss.

[4] Sul punto v. *supra*, cap. I, nota 105. Si deve notare che il *cenaculum* si articolava di norma in un corridoio centrale (detto *medianum*: cfr. G. Hermansen, *The medianum and the Roman Apartment*, in *Phoenix* 24, 1970, p. 342 e ss.) su cui si

Più in particolare, per il danneggiamento cagionato dal versamento di liquidi o dal getto di solidi, si prevedevano tre distinte ipotesi di responsabilità (e quindi in realtà – e più esattamente – tre diverse azioni): un'*actio in duplum* nel caso del danneggiamento o della distruzione di cose (compresa, a quanto si deve ritenere, l'uccisione dell'animale o dello schiavo altrui), una sanzione pecuniaria stabilita in misura fissa – quantificata, per l'epoca giustinianea, in una somma pari a cinquanta aurei – nel caso dell'uccisione dell'uomo libero, infine – qualora il danneggiamento fosse consistito nel semplice ferimento – un'*actio in quantum* (*bonum et*) *aequum*, in base alla quale sarebbe stato invece appunto il giudice a stabilire l'entità del risarcimento dovuto[5]. A quest'ultimo proposito si aggiungeva che si sarebbero dovuti in particolare computare gli onorari pagati ai medici e le altre spese sostenute per la cura e che si sarebbe altresì dovuto tener conto del mancato guadagno che si sarebbe determinato in relazione alle attività lavorative «*quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est*»[6].

---

aprivano stanze adibite a dormitori (*cubicula*: cfr. Vitruvius, *de architectura* 6, 4, 1) ed esedre (cfr. S. Settis, «*Esedra*» *e* «*ninfeo*» *nella terminologia architettonica del mondo romano. Dall'età repubblicana alla tarda antichità*, in *ANRW*, I, 4, Berlin-New York, 1973, p. 661 e ss.). Si deve aggiungere che questo tipo di struttura trova riscontro anche nelle fonti giuridiche, cfr. D. 9, 3, 5, 2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Interdum tamen, quod sine captione actoris fiat, oportebit praetorem aequitate motum in eum potius dare actionem, ex cuius cubiculo vel exedra deiectum est, licet plures in eodem cenaculo habitent: quod si ex mediano cenaculi quid deiectum sit, verius est omnes teneri* (testo su cui v. *infra*, pp. 126-127).

[5] Sulla natura di *actio in* (*bonum et*) *aequum concepta* dell'*actio de effusis vel deiectis* rivolta a sanzionare il ferimento dell'uomo libero cfr. le osservazioni di Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 72 e ss., che appunto sottolinea che nel caso specifico l'azione si caratterizzava per avere una formula edittale contenente una *condemnatio in aequum*. Quanto alle caratteristiche di tale azione e delle altre due rispettivamente previste nel caso di danneggiamento di cose o di uccisione di persona libera cfr. altresì quanto riferito in D. 9, 3, 5, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*) – v. *infra* p. 130 e ss. – che a proposito dell'azione in esame afferma «*nam ex bono et aequo oritur*», espressione sostanzialmente equivalente al «*quantum ob eam rem aequum iudici videtur*» di I. 4, 5, 1 e di D. 9, 3, 1 pr. (v. subito di seguito nel testo): per la possibilità che si tratti di una frase aggiunta, cfr. lo stesso Paricio, *ibidem*, p. 75, nota 104.

[6] In questo senso, con riferimento alla *lex Aquilia*, cfr. anche D. 9, 2, 7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*), che a sua volta prevedeva che, nel caso del ferimento di una persona (nella fattispecie si trattava di un *filius familias*), rientrassero nel danno risarcibile le spese sostenute per la cura e il pregiudizio ricevuto per le *operae* non godute:

Il testo istituzionale, che nella parte iniziale e finale deriva rispettivamente dalle *res cottidianae*[7] e da un passo del commentario di Gaio all'editto provinciale[8], nella parte più strettamente dispositi-

Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit (v. anche D. 9, 2, 27, 17 [Ulp. 18 *ad ed.*]). Sul punto, con riguardo ai due testi ulpianei appena menzionati e per la risalenza già al diritto classico della previsione della risarcibilità sia del c.d. danno emergente che del c.d. lucro cessante, v. per tutti C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, pp. 43-44, nota 91 (= *Iura* 43, 1992, p. 25, nota 82). Ad altro proposito si può aggiungere che l'azione in questione presentava alcune analogie con l'*actio iniuriarium* – che a sua volta era tra l'altro un'*actio in quantum* (*bonum et*) *aequum* –, benché nel danno risarcibile non rientrasse comunque la valutazione della c.d. *contumelia*: sul punto e per la sottolineatura di tale differenza cfr. anche in questo caso Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., pp. 63-64 e pp. 77-78.

[7] Cfr. D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): *Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi…* Le differenze tra i due testi, nella parte in cui quello delle Istituzioni imperiali deriva da quello delle *res cottidianae*, sono minime: la più significativa – che parrebbe risentire del definitivo superamento di ogni distinzione concettuale tra *obligari* e *teneri* (sul punto v. *infra*, cap. V, p. 268 e nota 6) – consiste nella sostituzione nel testo istituzionale di «*quasi ex maleficio obligatus intellegitur*» al «*quasi ex maleficio teneri videtur*» delle *res cottidianae*, espressione come sappiamo tuttavia ancora conservata sia in I. 4, 5 pr.: *…ideo videtur quasi ex maleficio teneri…* (v. *supra*, cap. I, p. 16), che in I. 4, 5, 3: *…quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium… quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur* (v. *infra*, cap. IV, p. 191 e ss.). Tale differenza, unita alle integrazioni che figurano nel testo di I. 4, 5, 1, contribuisce a testimoniare a mio avviso la sostanziale genuinità del testo delle *res cottidianae*: in senso opposto, ma senza convincere Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 187, che ritiene invece che il testo di D. 44, 7, 5, 5 sia il frutto di una completa rielaborazione giustinianea.

[8] La circostanza conferma la prevalente utilizzazione da parte dei compilatori di materiali gaiani (o pseudogaiani) anche nella composizione di un titolo in cui non potevano far uso dei materiali delle Istituzioni del giurista medioclassico. Cfr. D. 9, 3, 7 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): *Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum <aestimationem>, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.* Per l'aggiunta, di carattere formale, indicata nel testo cfr. Th. Mommsen, *ed. maior*, I, p. 296, nota 8. È comunque altresì da notare che nelle Istituzioni imperiali è omesso l'interessante riferimento finale alla non valutabilità della lesione dell'in-

va riecheggia e parafrasa il contenuto di un frammento del commentario *ad edictum* di Ulpiano in cui il giurista severiano riproduceva il testo dell'editto *de his qui deicerint vel effuderint* (E.P. § 61)[9]:

> D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: 'Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur,* [*quinquaginta aureorum*] <*sestertium quinquaginta milium nummorum*> *iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut* [*noxam*] <*noxae*> *dedere'.*

Dalla lettura del testo edittale risulta dunque confermato che nel caso in cui il getto o il versamento fossero avvenuti in luogo di pubblico passaggio o stazionamento veniva concessa un'*actio in du-*

---

tegrità fisica sotto il profilo del danno non patrimoniale (sulla questione si tornerà *infra*, pp. 106-107 e note 33-34).

[9] Per l'opinione che la rubrica edittale facesse riferimento al fatto obiettivo dell'*effusum vel deiectum* piuttosto che agli autori dell'illecito v. tuttavia Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 119 e nota 2, cui rinvio anche per un quadro delle ipotesi di emendazione del testo formulate dalla dottrina (cfr. in specie p. 119, note 3 e 4). È appena il caso di sottolineare che il titolo del Digesto è essenzialmente modellato sul commentario ulpianeo che fornisce ai compilatori lo scheletro su cui viene compiuto l'innesto degli altri materiali messi a profitto: per la ricostruzione dell'andamento del commentario ulpianeo cfr. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., cc. 549-551. Il disordine della trattazione, come pervenutaci attraverso la mediazione del Digesto, è solo apparente: al testo dell'editto (D. 9, 3, 1 pr.), segue la *laudatio* (D. 9, 3, 1, 1) e poi il commento esegetico delle disposizioni edittali: il luogo ove si fosse compiuto il danneggiamento (D. 9, 3, 1, 2), cosa dovesse intendersi per *effusum vel deiectum* (D. 9, 3, 1, 3), l'individuazione di chi fosse responsabile (D. 9, 3, 1, 4), il tenore e i limiti delle azioni previste nel caso di uccisione (D. 9, 3, 1, 5) e ferimento di persone libere (D. 9, 3, 1, 6), i casi in cui l'azione non doveva essere considerata nossale (D. 9, 3, 1, 7-8), in che cosa dovesse consistere l'*habitare* (D. 9, 3, 1, 9), la differenza della figura dell'*habitator* rispetto a quella dell'*hospes* (D. 9, 3, 1, 10), la responsabilità in caso di pluralità di *habitatores* e la relativa articolata casistica (D. 9, 3, 1, 10; D. 9, 3, 3; D. 9, 3, 5 pr.-2), l'estensione della responsabilità ai titolari di alcune attività artigianali e commerciali (D. 9, 3, 5, 3); la possibilità di rivalsa nei confronti del responsabile materiale dell'illecito (D. 9, 3, 5, 4) e infine le caratteristiche delle singole azioni previste dall'editto (D. 9, 3, 5, 5).

plum contro l'*habitator* per i danni cagionati alle cose e che invece per i danni cagionati alle persone si distinguevano due diverse ipotesi a seconda che dal comportamento lesivo fosse conseguita la morte o il semplice ferimento di un uomo libero. Nella prima circostanza la sanzione era con ogni probabilità prevista nella misura fissa di cinquantamila sesterzi e ciò perché – come significativamente si afferma nel successivo § 5 – la vita di un uomo libero non era suscettibile di valutazione economica in termini di risarcimento del danno[10], mentre nella seconda ipotesi la condanna sarebbe invece stata pronunciata nel «*quantum ob eam rem aequum iudici videbitur*», vale a dire avrebbe appunto avuto ad oggetto una somma di denaro stabilita dal giudice secondo equità[11].

[10] Per la sostituzione di *quinquaginta aureorum* (l'introduzione del solido aureo nel sistema monetario romano risale infatti, come è noto, alla riforma monetaria dell'inizio del IV secolo d.C.) con *sestertium quinquaginta milium nummorum* cfr. per tutti Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 173 e nota 11. Quanto alla scelta di una pena pecuniaria in misura fissa è significativa la motivazione addotta in D. 9, 3, 1, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Sed cum homo liber periit, damni aestimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, sed quinquaginta aureorum condemnatio fit.* Tale motivazione, che, come abbiamo visto, ricorre ad altro proposito anche in D. 9, 3, 7 («*quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*»), appare assai significativa e, secondo alcuni, potrebbe contribuire anche a spiegare il fatto che l'*Aquilia* non prevedesse come risarcibile il danno provocato dalla morte o dal ferimento di una persona libera: sul punto, per un accenno alla questione, cfr. Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum»* e *«positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 372 e nota 33. L'ipotesi tuttavia a mio avviso non convince appieno se si rifletta sul fatto che la *lex Aquilia* tutelava la proprietà (nel primo e nel terzo capo) o comunque il patrimonio (il secondo capo) e non la persona. Per la tarda concessione di un'*actio utilis ex lege Aquilia* nel caso di uccisione o ferimento di persone libere, cfr. infatti, per tutti M. Kaser, *Das römische Privatrecht,* I[2], München, 1971, p. 622 e nota 43 e II[2], München, 1975, p. 438, nonché H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*[5], Wien, 1996, p. 36; del resto, per l'opinione che legittimato attivo alla richiesta di risarcimento fosse sempre e solo il *pater familias* e che comunque nel caso del ferimento non fossero risarcibili niente di più delle spese sostenute per la cura e del pregiudizio economico eventualmente determinato dalla perdita del godimento (parziale o totale) delle *operae*, v. da ultimo A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padova, 2005, pp. 61-63. Sul punto, benché in senso parzialmente diverso, v. anche le osservazioni di G. Valditara, *«Damnum iniuria datum»*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a José Luis Murga Gener*, cit., p. 877 (lavoro pubblicato successivamente anche in forma autonoma, Torino, 1996).

[11] Entrava dunque in gioco in questa circostanza la libera *aestimatio* del giudice tipica delle a*ctiones in* (*bonum et*) *aequum conceptae* (v. *supra*, nel testo e nota 5): nel caso, come sappiamo, si sarebbero dovuti computare, agli effetti della

2. *Dalla responsabilità di tipo 'oggettivo' prevista nell'editto alla successiva individuazione della* culpa *come causa giustificativa della responsabilità dell'*habitator: *D. 9, 3, 6, 2 (Paul. 19* ad ed.*) e D. 9, 3, 1, 4 (Ulp. 23* ad ed.*)*

Per quanto ne sappiamo secondo le disposizioni edittali l'*habitator* rispondeva dunque, nei termini appena descritti, per il semplice fatto che l'*effusio* o la *deiectio* avessero cagionato un danno. Non pare invece vi fosse nell'editto menzione alcuna di un criterio di imputazione della responsabilità di tipo 'soggettivo', alla cui stregua valutare il comportamento di colui che era appunto tenuto responsabile in base alla previsione pretoria[12].

Tale criterio tende invece a materializzarsi, sia pure in forma indiretta, nel testo istituzionale e già prima nel testo delle *res cottidianae* (cfr. D. 44, 7, 5, 5), laddove si precisa che l'*habitator* doveva comunque rispondere del danneggiamento anche se di norma non ne era materialmente il colpevole. In tale circostanza – che appunto si dice più frequente nella prassi – l'*habitator* sarebbe dunque stato eventualmente chiamato a rispondere del fatto altrui, sembrerebbe – benché non sia detto esplicitamente – a titolo di *culpa in eligendo* (o forse sarebbe meglio dire, in questo caso, *in vigilando*), sulla base della valutazione di tipo presuntivo che non avesse prestato sufficiente attenzione nell'ammettere altri nel proprio domicilio e a sorvegliarne il comportamento[13]. In termini analoghi l'elemento del-

---

valutazione complessiva del danno, sia il c.d. danno emergente che il c.d. lucro cessante. Quanto a quest'ultimo aspetto v., con riguardo all'*Aquilia*, oltre al già citato Cannata (v. *supra*, nota 6), da ultimo anche Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., p. 62 e p. 86, che, con riferimento a D. 9, 2, 5, 3 (Ulp. 18 *ad ed.*), D. 9, 2, 7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*) e D. 9, 2, 33 pr. (Paul. 2 *ad Plaut.*), ritiene a sua volta che comunque la risarcibilità del lucro cessante sia da ricondursi alla giurisprudenza dell'età del Principato.

[12] Va qui ribadito (v. già *supra*, cap. I, nota 3) che le categorie moderne di responsabilità rischiano di essere fuorvianti quando applicate al diritto romano, sovrapponendo in maniera equivoca concezioni ad esso estranee e che ne offuscano talvolta le peculiarità: per la pericolosità in sé di un uso acritico delle nozioni di responsabilità 'oggettiva' e di responsabilità 'soggettiva' v. per tutti Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, cit., p. 17 e ss.

[13] Sotto questo profilo nell'ottica giustinianea appare sufficientemente chiara, benché appunto per certi versi implicita, l'espressione – che, come abbiamo visto, è mutuata dalle *res cottidianae* (cfr. D. 44, 7, 5, 5) – «*quia plerumque ob alte-*

la colpa emerge, e direi in forma ancor più netta (perché stavolta anche con riferimento esplicito all'eventuale colpa personale dell'*habitator*), in un altro breve frammento che nel Digesto si dice tratto dal diciannovesimo libro del commentario all'editto di Paolo:

> D. 9, 3, 6, 2 (Paul. 19 *ad ed.*): *Habitator suam suorumque culpam praestare debet.*

Il passo è stato comunemente considerato di origine glossematica[14] e tuttavia non si può a mio avviso escludere che possa nella so-

---

rius culpam tenetur aut servi aut liberi», che fa riferimento espresso alla colpa di chi ha piuttosto materialmente compiuto l'*effusio* o la *deiectio* (che si risponda per lo più per colpa altrui è del resto detto anche in Theoph., *paraph.* 4, 5, 1); talvolta tuttavia, con riferimento a diverse fattispecie, il criterio in questione è espresso in termini espliciti a proposito di chi era chiamato a rispondere per l'illecito, cfr., per quanto qui interessa, in specie D. 44, 7, 5, 6, benché si possa discutere se si tratti di *culpa in eligendo* o di *culpa in habendo/utendo/adhibendo* (v. *infra*, cap. IV, in specie pp. 198-199 e pp. 238-240): sul punto e per un elenco di fonti cfr. C.A. Cannata, *Per una casistica della colpa contrattuale*, in *SDHI* 58, 1992, p. 425 e nota 39; Id., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., pp. 94-95, pp. 105-108, nota 85 (= *Iura* 43, 1992, p. 77 e nota 187). La giustificazione nei termini descritti dell'azione contro l'*habitator*, che ben si concilia con la configurazione di una responsabilità che si dice derivare quasi da delitto, non si inquadra tuttavia perfettamente nel contesto dell'editto, nel cui quadro l'intervento pretorio sembra piuttosto fosse ricondotto all'*utilitas publica* (cfr. D. 9, 3, 1, 1 [Ulp. 23 *ad ed.*], su cui v. *infra*, p. 108 e ss.): per l'opinione che l'editto di cui ci stiamo occupando non fondasse in alcun modo la responsabilità dell'*habitator* sul criterio della colpevolezza cfr. infatti, per limitarmi alla letteratura recente che si è occupata *ex professo* della questione, tra gli altri, Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 439-441, nonché soprattutto, successivamente, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., in particolare pp. 77-78, Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 306 e Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 676, nota 46.

[14] Sul punto v. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Suppl. I, Weimar, 1929, c. 158. Per questa opinione, accolta anche da larga parte della letteratura recente, cfr. altresì Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, cit., p. 64, E. Valiño, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 345, nonché ancora, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 77, Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 306, Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 676, nota 46 e Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 11, nota 37. Tale impostazione è seguita anche da coloro che si sono occupati in generale della categoria delle azioni quasi da delitto: cfr. in specie Gordon, *The Roman Class of Quasi-delicts*, cit., p. 304; Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., p. 719.

stanza rappresentare la natura della responsabilità per *effusum vel deiectum* come andava già caratterizzandosi ad opera dell'attività interpretatrice della giurisprudenza severiana, colorandosi appunto dell'elemento 'soggettivo' della colpa al fine di fornire in questi termini la giustificazione della responsabilità automatica, per lo più per fatto altrui, prevista dall'editto[15].

Sotto questo profilo che la responsabilità dell'*habitator* fosse invece configurata dal pretore come responsabilità di natura essenzialmente 'oggettiva', in quanto l'irrogazione della sanzione prescindeva dall'accertamento della effettiva colpevolezza di chi era tenu-

[15] Per tale opinione, minoritaria in dottrina, cfr., per taluni spunti, Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjectivo del «edictum de effusis vel deiectis»*, cit., pp. 93-94. Quanto alla possibilità che la responsabilità per colpa dell'*habitator* possa essere ricondotta già all'elaborazione dei giuristi dell'ultima epoca classica cfr. tuttavia anche G. MacCormack, *Culpa in eligendo*, in *RIDA* 3e s. 18, 1971, in specie p. 548, in un quadro in cui viene messa in discussione la teoria, consolidatasi nella dottrina meno recente, che ipotizza che la c.d. *culpa in eligendo* sia un prodotto della giurisprudenza postclassica o dei compilatori (sul punto v. la letteratura indicata alle pp. 525-526, nota 1). Sul fatto che la nozione di *culpa in eligendo* emerga con concrete applicazioni a livello casistico già nelle fonti classiche e non abbia natura dogmatica, ma solo descrittiva cfr. altresì le osservazioni di Cannata, *Per una casistica della colpa contrattuale*, cit., p. 425; Id., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., p. 20 e pp. 94-95 (= *Iura* 43, cit., p. 24 e p. 77). Sul punto, con riferimento agli appigli testuali presenti nelle fonti classiche, v. anche P. Voci, *«Diligentia», «custodia», «culpa»: i dati fondamentali*, in *SDHI* 56, 1990, p. 104 e ss. (= *Ultimi studi di diritto romano,* cit., p. 142 e ss.). Più in generale, quanto alla possibilità di far risalire l'emergere della nozione di *culpa* all'elaborazione della giurisprudenza tardo-repubblicana che la configurò con riferimento alla colpa aquiliana (da cui derivò solo successivamente la nozione di colpa contrattuale), cfr. per tutti ancora C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, p. 304 e ss., nonché, dello stesso autore, *Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, *I Congresso Internazionale ARISTEC (Madrid, 7-10 ottobre 1993)*, Torino, 1995, p. 41 e *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., in specie p. 136 e ss. (= *Iura* 44, 1993, p. 41 e ss.). Al proposito v. altresì Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., p. 1108. Sul punto, con particolare riferimento al tema qui considerato e per la tendenza a ricollegare la responsabilità 'soggettiva' in tema di *effusum vel deiectum* già all'elaborazione della giurisprudenza classica che l'avrebbe modellata «sul criterio della colpa aquiliana», cfr. ora anche Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema dellla cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., pp. 670-671, nota 46.

to responsabile[16], è tuttavia testimoniato da un frammento ulpianeo che ci è conservato in D. 9, 3, 1, 4.

In tale testo – in conformità con quanto sappiamo delle parole dell'editto da D. 9, 3, 1 pr. – si precisa infatti, con riferimento a quanto diversamente avveniva per la responsabilità *ex lege Aquilia*, che, nel caso dell'*effusum vel deiectum*, il pretore aveva appunto previsto una sanzione *in duplum*, che come tale era però irrogata indipendentemente dall'*infitiatio* e soprattutto, come si diceva, senza attribuire rilevanza alcuna all'elemento 'soggettivo' della colpa («*nec adicitur culpae mentio*»)[17]:

> D. 9, 3, 1, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget.*

[16] In questo senso v. in generale la letteratura indicata *supra*, nota 13, nonché – già sulla base di D. 44, 7, 5, 5, nella parte in cui vi si dice che l'*habitator* non poteva dirsi «*proprie ex maleficio obligatus*», in quanto per lo più tenuto per colpa altrui – in particolare le considerazioni di Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., in specie pp. 192-193 e p. 202 e ss.

[17] Oltre all'esigenza dell'elemento 'soggettivo', la *lex Aquilia*, come è noto, richiedeva anche la presenza del nesso causalità *corpore corpori* e ciò anche se, nel nostro caso, il movimento fisico della *deiectio* poteva forse già di per sé comportare il requisito del danneggiamento *corpore* (cfr. D. 9, 2, 9, 4 [Ulp. 18 *ad ed.*]): è dunque vero che nelle previsioni dell'*Aquilia* poteva trovare sanzione il comportamento di chi avesse gettato o versato qualcosa da un'abitazione cagionando danno alle cose dei passanti, ma è altrettanto vero che in concreto la necessità di identificare il responsabile e la necessità di individuare un preciso rapporto di causa ed effetto tra la condotta e il danno cagionato (necessità che sia pure in via non diretta e immediata permaneva anche qualora il pretore avesse concesso un'*actio utilis*: per l'epoca in cui ciò avvenne, che parrebbe comunque successiva all'introduzione dell'*actio de effusis vel deiectis*, cfr. per tutti Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, cit., p. 153) rischiava di rendere poco efficace e meramente ipotetica la tutela generale prevista dalla legge. Proprio questo motivo determinò forse l'opportunità dell'intervento pretorio in materia di *effusum vel deiectum*, unitamente al fatto che comunque all'epoca dell'introduzione della nostra azione pare certo che il ferimento e l'uccisione dell'uomo libero non fossero sanzionati (sul punto v. *supra*, nota 10): per questo aspetto innovativo dell'intervento pretorio v. in specie Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., pp. 307-308.

Quanto rilevato viene affermato nella seconda parte del passo (da *nec adicitur* fino alla fine) che qui più direttamente interessa. In questo contesto la precedente frase «*culpa enim penes eum est*», posta a chiusura della prima parte (fino a *eum est*), appare *prima facie* chiaramente incongruente. Ciò ha fatto ritenere l'affermazione in questione a sua volta frutto di un intervento compilatorio[18] diretto ad innestare sul tessuto originario la giustificazione teorica della responsabilità prevista dall'editto, argomentandola appunto sul piano della colpa, sia pure essenzialmente intendendola – circostanza non sempre rilevata da chi ha criticato la classicità dell'espressione – in senso lato come imputabilità[19].

Anche alla luce di tale ultimo rilievo non pare tuttavia indiscutibile che la contraddizione evidenziata, che si manifesta altresì in una certo non felice saldatura tra le due parti che compongono il passo ulpianeo, sia necessariamente il risultato di una interpolazione di carattere sostanziale operata dai compilatori. Certo la frase in questione, oltre che male armonizzarsi con quanto segue, mal si relaziona anche con quanto la precede, visto che *eum* – cioè colui che si dice in colpa – è *qui inhabitat* e non il *dominus aedium* cui la frase sembra invece sintatticamente riferirsi, circostanza questa che potrebbe effetti-

[18] Cfr., anche in questo caso, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 117 e Suppl. I, cit., c. 156. Nella letteratura recente v., per l'interpolazione di tutta la parte finale, a partire dalle parole *culpa enim*, Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 439-440; per l'opinione invece che sia stata aggiunta dai compilatori la sola frase «*culpa enim penes eum est*» cfr. Stein, *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, cit., p. 565 (= *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, cit., p. 368); Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 124 e nota 14; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 76 e ss.; Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., p. 1109; Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 676, nota 46; Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 42, nota 39.

[19] Che il termine *culpa* assumesse nel contesto originario di D. 9, 3, 1, 4 il significato di 'imputabilità' è stato recentemente sostenuto da Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 11 e nota 36 (con alcune indicazioni bibliografiche sulla letteratura precedente). Del resto, per la possibilità che la frase in questione fosse quanto meno oggetto di *duplex interpretatio*, cfr. invece Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 311.

vamente far pensare ad un inserimento posteriore. Tutto considerato non si può a mio avviso però neppure escludere che il testo, così come ci è pervenuto, sia semplicemente il risultato di uno o più tagli compiuti dai giustinianei, mal attuati in un contesto in cui, alla concezione originaria dell'editto, che configurava una responsabilità dell'*habitator* di natura 'oggettiva', già tendeva a sovrapporsi un punto di vista nuovo, testimoniato appunto dall'espressione «*culpa enim penes eum est*». Ciò, posto in relazione con quanto attribuito a Paolo in D. 9, 3, 6, 2, potrebbe anzi confermare che già i giuristi severiani tendessero a configurare la responsabilità dell'*habitator* come piuttosto fondata sulla colpa o, più esattamente, come pare avvenire nel testo ulpianeo, su una sorta di presunzione di colpa, intesa come responsabilità essenzialmente riconducibile al fatto di non aver adottato tutte le cautele necessarie a garantire l'osservanza delle prescrizioni edittali[20].

3. *La possibilità concessa all'*habitator *di rivalersi nei confronti del responsabile materiale del danneggiamento: D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23* ad ed.*)*

Del resto che il pretore concedesse al proposito – indipendentemente dalla verifica di una responsabilità di tipo 'soggettivo' e di un diretto e immediato nesso di causalità tra comportamento lesivo ed

[20] Sul punto cfr. in particolare MacCormack, *Culpa in eligendo*, cit, p. 548, che tuttavia da parte sua esclude che nel passo ulpianeo la responsabilità dell'*habitator* sia in qualche modo riconducibile ad una presunzione di colpa (costruzione quest'ultima da larga parte della dottrina attribuita ai compilatori: cfr. *ibidem*, p. 526 e nota 3). Sulla questione e per la genuinità del testo v. però anche P. Krückmann, *Versicherungshaftung im römischen Recht*, in *ZSS* 63, 1943, p. 41, che a sua volta pensa piuttosto che l'espediente della finzione di colpa, per giustificare casi di 'Versicherungshaftung', risalga già alla giurisprudenza classica (a questo proposito cfr. R. Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in *ZSS* 100, 1983, p. 357 e ss. [ed ivi indicazione di letteratura, p. 358, nota 69]). Per la genuinità di un'espressione equivalente («*culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit*») in D. 9, 2, 52, 1 (Alf. 2 *dig.*) cfr. anche Cannata, *Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria*, cit., p. 39 (sul testo di Alfeno e sulle ipotesi interpolazionistiche che a sua volta lo riguardano v. altresì Rodríguez-Ennes, *Notas sobre el elemento subjectivo del «edictum de effusis vel deiectis»*, cit., p. 93 e nota 5).

evento – delle azioni *in factum conceptae*[21], è circostanza che trova ulteriore conferma in un altro frammento, anche stavolta ulpianeo, nel quale, citando un'opinione di Labeone, si definivano i rapporti dell'intervento pretorio in materia di *effusio vel deiectio* con i rimedi in precedenza previsti dalla *lex Aquilia*. Ciò parrebbe testimoniare tra l'altro quella sorta di parallelismo che sembra caratterizzare sotto questo profilo a più riprese l'andamento del commentario edittale del giurista severiano (che in precedenza – nel diciottesimo libro – si era occupato dell'*actio legis Aquiliae*) e, in ultima analisi, il fatto che i rimedi pretori in questione fossero essenzialmente concepiti dai giuristi come complementari dell'azione civile[22]:

> D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem, quod verum est. plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem.*

[21] Che le azioni *de effusis vel deiectis* fossero *in factum conceptae* è ampiamente documentato dalle fonti: oltre a D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*), su cui v. subito *infra* nel testo, cfr. altresì D. 9, 3, 1, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat…* nonché D. 9, 3, 5, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si horrearius aliquid deiecerit vel effuderit aut conductor apothecae vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habebat… in factum actioni locus est...* Sul punto, con particolare riferimento all'azione prevista in caso di ferimento di persone libere, che tale era, come di norma avveniva per le *actiones in* (*bonum et*) *aequum conceptae*, v. in specie Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 72 e ss.

[22] Tale circostanza è ulteriormente testimoniata dal fatto che le azioni previste nel caso di danneggiamento di cose altrui per *effusio* o *deiectio* e del ferimento di un uomo libero qualora agisse lo stesso danneggiato erano, benché pretorie, perpetue (v. D. 9, 3, 5, 5, su cui più ampiamente *infra*, p. 130 e ss.), cfr. a questo proposito Gai 4, 111: *Aliquando tamen ..... imitatur ius legitimum: quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque qui heredis loco sunt accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris iurisdictione proficiscatur, perpetuo datur; et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit*; sul punto v. in particolare M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, p. 43 e nota 105. Per l'opinione che la perpetuità delle *actiones de effusis vel deiectis* non sia incompatibile – per la loro natura parzialmente reipersecutoria – con la regola formulata da Cassio e tramandata da D. 44, 7, 35 pr. (Paul. 1 *ad ed.*: *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum…*) cfr. invece in specie Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 130; p. 247 e nota 25.

Il testo, come è stato già da taluni osservato, non presenta, nella redazione del Digesto, un contenuto plausibile, tanto che il Mommsen così proponeva, sia pur dubitativamente, di 'rileggerne' la parte iniziale[23]:

> *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis tenetur, merito ei, qui ob hoc condemnatus est…*

Ricostruito in questi termini il passo sembra attestare il fatto che all'automatismo della responsabilità dell'*habitator* prevista dall'editto potesse nei fatti porsi rimedio – almeno secondo l'interpretazione giurisprudenziale – allorquando fosse dimostrata in concreto la responsabilità altrui. Se infatti il responsabile materiale del danneggiamento (si menziona in particolare il caso che si fosse trattato di un *hospes*)[24] fosse stato identificato e fosse pertanto risulta-

[23] Cfr. Mommsen, *ed. maior*, I, p. 295, nota 3 (per una diversa ipotesi ricostruttiva – e in particolare per *damnas est* al posto di *condemnatus est* – v. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 550, nota 2). Sul punto, in termini adesivi rispetto alla ricostruzione mommseniana, tra gli altri W. Selb, *Formulare Analogien in «actiones utiles» und «actiones in factum» vor Julian*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, V, Milano, 1984, pp. 736-737. In particolare non si spiega perché sia intervenuta una condanna *ex lege Aquilia* e a carico di chi: va osservato che la confusa dizione del testo del Digesto si riverbera sui Basilici (cfr. Bas. 60, 4, 5) e sugli scoli (cfr. in particolare sch. 14 e 43 a Bas. 60, 4, 5 [Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3175 e p. 3178 = Heimbach, V, pp. 330-331]) che sostanzialmente la confermano, riagganciandola (v. anche sch. 12 a Bas. 60, 4, 5 [Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3175 = Heimbach, V, p. 330]) alla fattispecie prospettata in D. 9, 3, 5, 3 (cfr. *infra*, pp. 128-129) e ipotizzando – in una logica tutta bizantina (cfr. van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., pp. 456-457) – che si trattasse di un'*actio utilis in factum ex lege Aquilia* esercitabile contro coloro che, come il *conductor apothecae* e l'*horrearius*, *non inhabitant* (v. sch. 43 a Bas. 60, 4, 5; cfr. anche sch. 15 [Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3175 = Heimbach, V, p. 330]): sul punto v. però *infra*, note 25-27. Quanto all'inattendibilità del testo conservato nel Digesto – generalmente ammessa in dottrina – v. nella letteratura recente, tra gli altri, Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 437-438 e Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 80 e ss. (da leggersi sul punto unitamente alle osservazioni di Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 616).

[24] Per la normale irresponsabilità dell'*hospes* cfr. D. 9, 3, 1, 9 (Ulp. 23 *ad ed.*) su cui v. *infra*, pp. 118-119. Nel testo si aggiunge l'espressione «*vel quis alius*» da alcuni ritenuta non genuina: cfr. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 437. Il riferimento appare comunque riguar-

to in astratto passibile di una condanna ai sensi della *lex Aquilia*[25], l'*habitator*, contro cui si fosse rivolto il danneggiato esercitando la più favorevole azione concessa dal pretore, in quanto successivamente condannato in virtù di quest'ultima, avrebbe potuto rivalersi nei suoi confronti[26]. Ciò sarebbe potuto avvenire mediante un'azio-

---

dare chi come l'*hospes* non era ritenuto normalmente responsabile: cfr. al proposito in particolare D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*), in cui si escludeva la responsabilità di clienti e liberti cui fosse stato concesso gratuitamente di abitare e degli amici o di chiunque altro cui fosse stata concessa una piccola porzione abitativa, nell'ambito di un più ampio *cenaculum* adibito a propria abitazione (sul punto v. più specificamente *infra*, pp. 119-121).

[25] È questo – a mio avviso – il senso da attribuire al testo ricostruito sulla base dell'emendazione ipotizzata dal Mommsen così come tra l'altro risulta esplicitato nell'*editio stereotypa* del Digesto: *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis teneatur, quod deiecendo damnum dederit, merito ei, qui ob hoc condemnatus est…*: colui che ha compiuto la *deiectio* non è *condemnatus ex legis Aquiliae actione*, ma semmai semplicemente astrattamente tenuto in base all'*Aquilia*. Diversamente, ma – mi pare – senza cogliere la logica della 'rilettura' mommseniana, sia Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 438 che la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 81, ritengono che sia intervenuta una condanna *ex lege Aquilia* a carico dell'*habitator*: ma come fa ad essere condannato *ex lege Aquilia* l'*habitator*? Questo del resto è proprio il problema che si pone – forse senza comprenderlo – già lo sch. 16 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3175 = Heimbach, V, p. 330): cfr. sul punto le osservazioni di van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., pp. 456-457. Anzi si può aggiungere che nel testo riportato nel Digesto si potrebbe anche immaginare, in alternativa alla proposta di emendazione del Mommsen, di espungere le parole «*legis Aquiliae actione*»: il passo si riferirebbe cioè soltanto al regresso dell'*habitator* condannato contro l'autore effettivo della *effusio* o della *deiectio*. Comunque sia, in base all'*Aquilia* poteva essere condannato il responsabile materiale e non l'*habitator* a meno che non fosse l'autore del fatto; dunque il danneggiato, che aveva comunque interesse ad esperire l'*actio de effusis vel deiectis* perché a lui più favorevole, avrebbe di norma agito contro l'*habitator*, che conseguentemente avrebbe potuto rivalersi nei confronti di chi avesse materialmente cagionato il danno, qualora la responsabilità di quest'ultimo risultasse appunto provata.

[26] Non convince, perché fondata sulla non condivisibile ipotesi che le *actiones de effusis vel deiectis* potessero in ogni caso (e quindi anche anche in quello del danneggiamento o della distruzione di cose) essere intentate come azioni popolari – sul punto v. *infra*, p. 130 e ss. e in specie nota 81 –, l'ipotesi di van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., pp. 461-463 e p. 472, che ha ritenuto che il passo ulpianeo prospetti due diverse azioni esperite da diversi soggetti e cioè dal danneggiato, contro il *deiector, ex lege Aquilia* e dal *quivis de populo*, in base all'editto *de effusis vel deiectis* in quanto azione popolare, contro l'*habitator*, salvo il diritto di rivalsa di quest'ultimo contro lo stesso *deiector*. L'ipotesi è ora giustamente rigettata da Ankum, *Ulpian D. 9. 3.*

ne *in factum* di regresso e anche in assenza di un contratto di locazione, circostanza questa che gli avrebbe eventualmente permesso di agire contro il conduttore-responsabile del danneggiamento anche attraverso l'*actio ex locato*[27].

5. 4: The recourse of the «habitator» against his guest who threw something down onto the street, cit., pp. 16-17 e *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., pp. 22-26, che tuttavia, rivendicando a sua volta la genuinità del testo tramandatoci nel Digesto, immagina la possibilità del concorso delle due azioni (ma nel solo caso del danneggiamento o distruzione di cose, non essendo, almeno in origine, tutelati dall'*Aquilia* il ferimento o l'uccisione di un libero [v. *supra*, nota 10]) esercitate da parte dello stesso soggetto nei confronti rispettivamente del *deiector* (l'*actio utilis ex lege Aquilia*) e dell'*habitator* (l'*actio de effusis vel deiectis*), salva comunque in quest'ultimo caso la possibilità di rivalsa nei confronti del *deiector*. Al di là dei gravosi effetti economici che entrambe le soluzioni prospettate finirebbero per addossare al *deiector* (che oltre a rispondere *ex lege Aquilia* si troverebbe esposto a rifondere all'*habitator* quanto da lui corrisposto in base all'*actio de effusis vel deiectis*) anche quest'ultima soluzione a ben vedere non può convincere in quanto prevede un concorso di due azioni penali esercitate dallo stesso soggetto per lo stesso evento lesivo e fra l'altro destinate a ricadere entrambe – almeno economicamente – nella sfera del *deiector*: che in queste circostanze la giurisprudenza si orientasse nel senso di escludere la possibilità di esercitare in concorso i rimedi approntati dall'ordinamento è dimostrato, per quanto qui direttamente interessa, da D. 47, 5, 1, 3 (Ulp. 38 *ad ed.*) e da D. 4, 9, 6, 4 (Paul. 22 *ad ed.*) nel caso parallelo delle *actiones damni et furti adversus nautas, caupones et stabularios*: sul punto, con specifico riferimento ai testi citati, v. ampiamente *infra*, cap. IV, p. 250 e ss.

[27] Poco chiaro sulla questione Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 373, nota 36, che afferma: «nel caso di danno arrecato da altri, l'*habitator* ha contro di essi l'azione della *lex Aquilia* o a titolo di affitto». Sul punto sembra seguire Wołodkiewicz anche Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 676: «In such a case, however, he could claim reimbursement from the perpetrator of the injury under *lex Aquilia*» (per una affermazione simile cfr. anche p. 681). In questo senso cfr. altresì Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 260 (= *Concorso fra actio damni in factum contro l'exercitor e actio legis Aquiliae contro l'autore del fatto*, in *Studi per E. Graziani*, Pisa, 1973, p. 617); B.W. Frier, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, 1980, p. 140 e ss.; Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., p. 1107. Che invece l'azione concessa all'*habitator* contro il responsabile fosse un'azione *in factum* strettamente connessa a quella *de effusis vel deiectis* è infatti comunemente ammesso e – mi pare – sostanzialmente certo: in questo senso cfr. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 437-438, nonché Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 80-82 e Ankum, *Ulpian D. 9. 3. 5. 4: The recourse of the «habitator» against his guest who threw something down onto the street*, cit., p. 17 e nota 62; Id., *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 25 e nota 120. Quanto alla frase

Nel caso specifico, secondo l'opinione giurisprudenziale risalente a Labeone, condivisa e forse maggiormente articolata da Ulpiano[28], l'accertamento della responsabilità del *deiector* permetteva in sostanza all'*habitator* di rivalersi nei confronti dell'autore materiale del danneggiamento, concedendogli dunque la possibilità di essere tenuto economicamente indenne dalla responsabilità prevista nell'editto. A tal fine doveva appunto essere dimostrato dalla prova dei fatti che non all'*habitator*, ma ad altri doveva essere ascritto il comportamento lesivo sanzionato, circostanza questa che impediva che la responsabilità individuata dalla previsione edittale potesse comunque configurarsi, secondo un'impostazione altrove seguita dallo stesso giurista di epoca augustea, come responsabilità per fatto proprio indipendentemente da chi fosse l'autore dell'illecito[29]. Risulta dunque in questi termini che la prescrizione edittale era semplicemente rivolta a individuare un soggetto

finale «*plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem*» sembra far riferimento al caso, previsto da D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*), di colui che abbia dato in locazione ad altri una minima parte del proprio *cenaculum* (cioè un *modicum hospitium*) trattenendo per sé il resto: v. sul punto Palmirski, *ibidem*, p. 677 e Ankum, *ibidem*, rispettivamente pp. 17-18 e pp. 25-26.

[28] Al pensiero di Ulpiano – sempre che non si tratti di un'aggiunta successiva (v. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 437) – sembra infatti da attribuire la parte finale del passo a partire da «*quod verum est*» e quindi in particolare la possibilità che si agisse anche *ex locato* qualora il locale da cui si era compiuta l'*effusio* o la *deiectio* fosse stato dato in locazione: quanto a questa possibilità e alle minori difficoltà che comportava l'agire *ex locato*, per la ben nota natura di buona fede dell'azione, cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 82-83. Su quest'ultimo aspetto v. anche le osservazioni di Ankum, *Ulpian D. 9. 3. 5. 4: The recourse of the «habitator» against his guest who threw something down onto the street*, cit., p. 18.

[29] Per la tendenza già della giurisprudenza tardo-repubblicana e poi di Labeone di costruire la responsabilità per il fatto dei dipendenti direttamente come responsabilità per fatto proprio v., con particolare riferimento a D. 19, 2, 13, 1 (Ulp. 32 *ad ed.*) e D. 19, 5, 20, 2 (Ulp. 32 *ad ed.*), le osservazioni di Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., p. 95 e p. 106, nota 87 (= *Iura* 43, cit., p. 77 e nota 189). Nel caso in esame invece veniva addossata all'*habitator* una responsabilità per fatto altrui che veniva meno – almeno sul piano economico – nel caso in cui risultasse identificato l'autore dell'illecito. Nell'ottica dei giuristi insomma l'*habitator* era responsabile, salvo che venisse dimostrata appunto la responsabilità altrui, circostanza che, pur non escludendo che fosse tenuto a rispondere per *effusum vel deiectum*, lo teneva quanto meno economicamente indenne da responsabilità per l'altrui illecito.

– l'*habitator* appunto – che si potesse, per regola generale, considerare come responsabile ai fini di polizia urbana perseguiti dal pretore, senza che tuttavia ciò implicasse necessariamente l'esclusione di una responsabilità altrui, qualora risultasse appunto in concreto accertata[30].

4. *La valutabilità del danno emergente e del lucro cessante nel caso dell'azione prevista per il ferimento di persone libere e l'affermazione del principio* «liberum corpus nulla recipit aestimationem» *(D. 9, 3, 7 [Gai. 6* ad ed. prov.*]; D. 9, 3, 1, 5-6 [Ulp. 23* ad ed.*])*

Così come l'editto non prendeva in considerazione l'elemento 'soggettivo' dell'agente, altrettanto avveniva, per quanto riguarda le componenti del danno risarcibile, con riferimento all'ipotesi del ferimento dell'uomo libero.

Come affermato anche nelle Istituzioni imperiali (cfr. I. 4, 5, 1), in base all'interpretazione giurisprudenziale, l'*aestimatio* del giudice avrebbe dovuto a tal fine valutare l'entità di tale danno con riferimento alle spese sostenute per le cure mediche e al mancato guadagno cagionato dall'inattività determinata dal ferimento, cioè, come si dice con terminologia moderna, con riguardo sia al danno emergente che al lucro cessante[31]. Tutta-

[30] Diversamente Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 14, nota 27, che parla di «presunzione assoluta» di colpa. Tale ipotesi, alla luce di quanto detto in D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*), non sembra tuttavia cogliere nel segno. L'accertamento della responsabilità materiale altrui implicava infatti, come abbiamo visto, la possibilità di agire in regresso, circostanza che fa pensare piuttosto che l'*habitator* si presumesse responsabile salvo prova contraria: nell'ottica della giurisprudenza severiana e nel quadro di un contesto in cui deve ritenersi stia progressivamente emergendo la rilevanza dell'elemento 'soggettivo' (e quindi a prescindere dalla diversa configurazione dell'illecito nell'editto) si dovrebbe parlare semmai, con riferimento all'*habitator*, di presunzione relativa di colpa.

[31] In questo senso depone anche D. 9, 3, 7 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): *Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum <aestimationem>, quibus caruit aut cariturus*

via – come afferma esplicitamente un passo ulpianeo – non si sarebbe potuto invece comunque ricomprendere in tale valutazione il valore delle cose appartenute al danneggiato che fossero perite o deteriorate nello stesso evento, dovendo piuttosto tale tipologia di ulteriore danno essere risarcita *in duplum* a norma della prima delle formule previste dal pretore:

> D. 9, 3, 1, 6 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Haec autem verba 'si vivet nocitumque ei esse dicetur' non pertinent ad damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta eius vel quid aliud scissum corruptumve est, sed ad ea, quae in corpus eius admittuntur.*

Quanto al danno risarcibile nella fattispecie sanzionata in terzo luogo dall'editto, si precisava pertanto – con un'osservazione che può forse apparire scontata – che dovesse ritenersi tale solo quello cagionato alla persona («*…ad ea, quae in corpus eius admittuntur*») e non alle cose che le appartenessero («*…non pertinent ad damna, quae in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta eius vel quid aliud scissum corruptumve est…*»)[32], sebbene, quanto al primo, nella chiusa di D. 9, 3, 7

est ob id, quod inutilis factus est... Sul punto, con riferimento all'esempio della lesione della mano del fabbro, v. anche Theoph., *paraph.* 4, 5, 1. Sulla sostanziale genuinità del passo gaiano esplicito Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., p. 172 e ss.; sulla questione v. anche Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie pp. 140-141 e altresì Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., pp. 76-77, che sottolinea efficacemente l'importanza del testo per la comprensione, non solo con riferimento al caso di specie, del significato da attribuirsi alla previsione di una *condemnatio in* (*bonum et*) *aequum* nella formula. Per la non contraddittorietà tra l'indicazione delle tipologie del danno risarcibile e il rinvio alla libera *aestimatio* del giudice cfr. anche Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 444, che da parte sua avanza solo cauti dubbi sulla frase «*praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est*», che potrebbe a suo avviso celare un ampliamento voluto dal legislatore. La regola ricorre tuttavia anche in un altro passo del commentario gaiano all'editto provinciale riprodotto in D. 9, 1, 3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse… sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus*.

[32] Il danno alle cose sarebbe stato infatti comunque oggetto di risarcimento, ma rientrava appunto in quanto si poteva richiedere con l'azione *in duplum* pro-

(Gai. 6 *ad ed. prov.*), si escludesse poi, proprio con riferimento alle lesioni fisiche, qualunque rilevanza del danno non patrimoniale («*…cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio*»)[33].

Quest'ultima soluzione trova la sua giustificazione dichiarata nel valore, considerato inestimabile, dell'integrità fisica dell'uomo libero («*…quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*»), motivo questo che si pone evidentemente in perfetta sintonia con quello con cui lo stesso Ulpiano (cfr. D. 9, 3, 1, 5) aveva appena escluso che l'uccisione di chi fosse libero potesse essere risarcibile in un multiplo del valore, adducendo appunto, analogamente, l'inestimabilità del valore della vita umana[34].

---

spettata in D. 9, 3, 1 pr.: v. sul punto quanto osservato da Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 98-99.

[33] Sul danno risarcibile così come risulta determinato in D. 9, 3, 1, 6 e D. 9, 3, 7 v. da ultimo Palmirski, *How the commentaries to «de his qui deiecerint vel effuderint» and «ne quis in suggrunda» edicts could be used on the ground of «edictum de feris»*, cit., pp. 329-330. Sul possibile rimaneggiamento del riferimento alla non risarcibilità del danno non patrimoniale v. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 444-445 (in precedenza così anche A. Marchi, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR* 16, 1904, p. 222 e ss.); tuttavia per la genuinità, e mi pare a giusta ragione, già Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 87, nonché C. Sanfilippo, *Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel diritto romano*, in *Annali Catania* 5, 1950-51, p. 133 e ss. In quest'ultimo senso v., più di recente, fra gli altri anche Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 140-141, nonché Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 77 e note 112-113.

[34] Quanto all'impossibilità di pervenire alla valutazione del danno prodotto dal ferimento o dall'uccisione dell'uomo libero v. appunto anche il già citato (*supra*, nota 10) D. 9, 3, 1, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Sed cum homo liber periit, damni aestimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, sed quinquaginta aureorum condemnatio fit.* Accenni all'inestimabilità del valore della vita e dell'incolumità dell'uomo libero possono riscontrarsi anche in D. 14, 2, 2, 2 (Paul. 34 *ad ed.*): *…corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse…*, nonché nel già ricordato D. 9, 1, 3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat…* Sul principio *liberum corpus nullam recipit aestimationem*, sulla sua importanza e il suo seguito fino all'elaborazione dottrinale settecentesca cfr. in specie Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., pp. 309-311.

5. *La* laudatio edicti *e la* ratio *dell'intervento pretorio: la* publica utilitas *come prospettata in D. 9, 3, 1, 1 (Ulp. 23* ad ed.*)*

Detto questo è per ora opportuno, per quanto riguarda il contenuto della prescrizione edittale e gli sviluppi interpretativi che ne seguirono, arrestare provvisoriamente il discorso, nella consapevolezza tuttavia che già i testi presi in considerazione presentano all'attenzione del lettore una serie di ulteriori delicati problemi su cui dovremo presto ritornare: alludo in particolare alla discussa natura nossale dell'azione cui fa riferimento il testo ulpianeo di D. 9, 3, 1 pr., ammettendola nel caso dell'illecito posto in essere da un comportamento dello schiavo che non fosse riconducibile alla *scientia domini*[35]. Prima di addentrarci più in profondità nell'indagine delle caratteristiche delle azioni previste contro i danneggiamenti causati da *effusio* o da *deiectio* dobbiamo però tentare di approfondire in via preliminare i motivi che indussero il pretore a prendere in considerazione la fattispecie considerata[36]. A questo proposito è innanzi tutto da individuare quale sia stato l'interesse tutelato dell'interven-

---

[35] Cfr. D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) i.f.: *…si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut* [*noxam*] <*noxae*> *dedere*. Altrettanto si dice dell'*actio de positis aut suspensis*, cfr. D. 9, 3, 5, 6 e 10 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait: 'ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum* [*solidorum decem*] <*sestertiorum decem milium nummorum*> *in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur,* <*aut idem dari*> *aut noxae dedi iubebo'.* […] 10. *Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur: quare si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur*. Sul punto v. quanto si dirà *infra*, rispettivamente in questo capitolo, pp. 136-146 e nel capitolo III, pp. 165-169.

[36] Rinviamo dunque per ora la trattazione delle questioni dell'intrasmissibilità passiva delle azioni previste dall'editto, dell'individuazione dei casi in cui ne fosse invece prevista la trasmissibilità attiva, della distinzione tra quelle perpetue e quelle annali, di quali avessero il carattere di *actiones populares*, della eventuale possibilità che fossero esperibili (almeno in taluni casi) da soggetti diversi dal danneggiato: su tutte queste questioni è essenziale il testo di D. 9, 3, 5, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*). Altro problema che dovremo esaminare è poi quello della solidarietà (cumulativa o elettiva) nel caso di pluralità di *habitatores*: sul punto v. i passi, assai discussi, di D. 9, 3, 1, 10 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur*; D. 9, 3, 2 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): *Cum sane impossibile est scire, quis deiecisset vel effudisset*; D. 9, 3, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Et quidem in solidum: sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur*; D. 9, 3, 4

to pretorio e le motivazioni di una scelta normativa tanto gravosa (soprattutto per la sanzione in *duplum* prevista nel caso di danneggiamento di cose altrui) a carico dell'*habitator*. La risposta ci è fornita in un passo ulpianeo che segue immediatamente il frammento, già riportato, in cui il giurista severiano riferiva il testo dell'editto:

> D. 9, 3, 1, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari.*

Troviamo qui riprodotta la c.d. *laudatio edicti* in cui la giustificazione dell'intervento pretorio viene ricondotta, a prescindere appunto dall'elemento 'soggettivo', alla *publica utilitas*[37]; nonostante i molti dubbi avanzati dalla dottrina meno recente sull'attendibilità delle *laudationes edicti* in generale e sulla giustificazione addotta in concreto nella frase «*publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari*»[38], la sostanza del passo pare tuttavia da considerarsi essenzialmente classica[39].

(Paul. 19 *ad ed.*): *Perceptione, non litis contestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit*.

[37] Sulla tendenza dei giuristi classici a ricondurre a motivi di necessità e di utilità l'introduzione di determinate clausole edittali cfr. in specie D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, p. 136 e ss., nonché Th. Mayer-Maly, *Obligamur necessitate*, in *ZSS* 83, 1966, p. 49 e «*Necessitas constituit ius*», in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, p. 189 e ss. e p. 197 e ss. Per quanto riguarda specificamente il riferimento alla *publica utilitas* in D. 9. 3, 1, 1 cfr. anche Rodríguez-Ennes, *Los actos ilícitos de derecho honorario*, cit., pp. 905-906.

[38] Per la sostanziale classicità delle *laudationes edicti* è però la più autorevole dottrina: cfr. F. Wieacker, *Textufen Klassiker Juristen*, Göttingen, 1960, p. 45 e ss.; M. Kaser, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellen*, Wien, 1972, p. 56 e ss.; semmai è il concetto di *publica utilitas* che è apparso ad alcuni non classico, sul punto cfr., con particolare riferimento a D. 9, 3, 1, 1, in specie Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 431-432 (dello stesso autore v. anche «*Utilitas publica*», in *Labeo* 18, 1972, p. 49), che ritiene (p. 431) frutto di rimaneggiamento l'intera frase «*publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari*» (ma sul punto v. *infra*, nota 40).

[39] Del resto proprio il motivo della *publica utilitas* contribuisce a spiegare la grave sanzione *in duplum* prevista nel caso di danneggiamento di cose altrui (sui motivi di ordine sociale che avrebbero spinto il pretore all'intervento cfr. recentemente Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 307), circostanza che non si spiegherebbe, con riferimento alla più mite sanzione prevista dalla *lex Aquilia*, nel caso in cui l'intervento pretorio si giustificasse solo con l'opportunità di favorire il danneggiato quanto alla prova del vero autore del fatto lesivo e della relativa responsa-

Del resto che l'intervento pretorio avesse avuto di mira l'interesse pubblico alla sicurezza dei viandanti è infatti già evidente – sia pur per implicito – dalla stessa formulazione edittale[40]. A ciò si può aggiungere che il riferimento enfatico alla *summa utilitas*, che ha fatto talvolta ritenere l'intero passo non genuino quanto meno dal punto di vista formale e forse frutto di un glossema conservato dai compilatori, non si armonizza certo perfettamente in un sistema sanzionatorio come quello giustinianeo in cui l'antica logica di sicurezza urbana pare aver ormai ceduto il passo, almeno in parte, a nuove sensibilità, in un contesto in cui la responsabilità di tipo 'oggettivo' prevista dall'editto appare ormai piuttosto fondata sul criterio di imputazione della colpa, sia pure intesa come mera giustificazione dell'attribuzione di responsabilità[41].

Da ciò sembra potersi ricavare la convinzione che il testo in esame ci fornisca in chiave storica – con un accettabile grado di attendibilità sul piano sostanziale – la reale e dichiarata motivazione dell'intervento pretorio, volto appunto a garantire, nell'interesse collettivo, la sicurezza della circolazione viaria, finalità tanto più sentita per la progressiva diffusione a Roma (e probabilmente in buona par-

---

bilità. Sul punto, per un'analisi dell'antico contrasto di opinioni tra Unger e Pernice da una parte e Glück dall'altra, cfr. Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, p. 87 e ss., nonché, nella letteratura a noi più vicina nel tempo, Wołodkiewicz, «*Deiectum vel effusum*» *e* «*positum aut suspensum*» *nel diritto romano*, cit., pp. 385-386 e note 90-91; Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 670, nota 19.

[40] Cfr. D. 9, 3, 1 pr.: *…'Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit…'*. Non così Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 431. Tuttavia che anche la chiusa «*publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari*» rispecchi un concetto classico, sia pure dovendosi intenderla come riferita alla tutela non di un interesse pubblico, ma di un interesse collettivo riconducibile ai singoli *cives* è affermato, mi pare giustamente, dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 67.

[41] Intendo insomma dire che l'insistito riferimento all'utilità dell'intervento pretorio (*summa utilitas-publica utilitas*) ben si inquadra piuttosto in un sistema fondato esclusivamente su una logica di sicurezza urbana, fornendo, nei termini espressi dalla *laudatio edicti*, la giustificazione del sistema sanzionatorio previsto dal pretore. Con l'individuazione del criterio di imputabilità della colpa si spostano invece almeno in parte i termini della questione: l'*habitator* risponde per la necessità di tutelare sì un interesse collettivo, ma anche perché è appunto ritenuto versare in colpa, sia pure al mero fine di giustificare sotto questo profilo la responsabilità prevista nell'editto.

te dei grandi centri urbani) di quel tipo di costruzione che va sotto il nome di *insula*, caratterizzata, soprattutto nei quartieri popolari, da un addensamento di strutture abitative ravvicinate con un forte sviluppo verticale[42]. Il fenomeno è attestato dalle fonti già per l'epoca repubblicana, allorquando lo sviluppo in altezza delle costruzioni urbane si rese necessario, come ci documenta la testimonianza di Vitruvio, per ovviare al sovraffollamento cittadino[43].

Si trattava di edifici che arrivavano fino all'altezza di tre o quattro piani, formati da più appartamenti indipendenti fra di loro, adibiti ad uso abitativo e caratterizzati da portali, logge, finestre e balconi che si aprivano sulla facciata esterna. Il tutto in un contesto urbano contraddistinto dall'angustia e dalla strettezza dell'apparato viario, circostanza questa a sua volta ampiamente documentata per la Roma repubblicana e imperiale nelle fonti letterarie e dai moderni studi topografici e urbanistici, che dimostrano come di norma la larghezza delle strade si aggirasse tra i quattro e i cinque metri e solo raramente raggiungesse i sei[44].

---

[42] Su tale tipologia di edifici – originariamente tra loro separati da un *ambitus* di una larghezza di circa due piedi e mezzo (cfr. Festus, s.v. *ambitus* [Lindsay, p. 5 e 15] e s.v. *insulae* [Lindsay, pp. 98-99]) – e sulle loro caratteristiche, la cui conoscenza è dovuta soprattutto agli scavi di Ostia (v. J.E. Packer, *The «Insulae» of Imperial Ostia*, in *Memoirs of the American Academy in Rome* 31, 1971, p. 65 e ss.), cfr., per un quadro di sintesi, Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 367 e ss. (con ampi rinvii bibliografici e in particolare al classico studio di G. Calza, *La preminenza dell' «insula» nell'edilizia romana*, in *Monumenti antichi della R. Acc. Lincei* 23, 1915, p. 541 e ss.).

[43] Cfr. Vitruvius, *de architectura* 2, 8, 17: *...In ea autem maiestate urbis et civium infinita frequentia innumerabiles habitationes opus est explicare. Ergo cum recipere non possint areae planatae tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis aedificiorum res ipsa coegit devenire...* Sulle modifiche dell'assetto urbanistico di Roma e per i riflessi che ciò determinò sulla creazione di strumenti giuridici rivolti alla tutela della sicurezza cittadina v., in generale, J.M. Rainer, *Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht*, Graz, 1987, p. 80 e ss. La diffusione di edifici di altezza rilevante (gia documentata per il III secolo a.C.: cfr. Livius, *ab urbe condita* 21, 62, 3) è del resto indirettamente testimoniata dai divieti di epoca imperiale di costruire edifici che superassero determinate altezze (fissate in 70 piedi al tempo di Augusto e abbassate a 60 al tempo di Traiano): sul punto cfr. da ultimo Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 669 (ed ivi note 11-12, indicazione di fonti).

[44] L'angustia delle strade nella città di Roma è illustrata in termini coloriti da Martialis, *epigrammata* 1, 86, 1-2: *Vicinus meus est manuque tangi de nostris Novius potest fenestris*; il disordine e la strettezza dell'impianto viario e urbanistico so-

Benché si trattasse di un modello urbanistico certamente diffuso, in quanto destinato a rispondere alle necessità di tutte le classi sociali, non appare tuttavia azzardato ipotizzare che il pericolo per i passanti per il getto di solidi e il versamento di liquidi fosse più grave e imminente nei quartieri popolari. Qui è infatti del tutto probabile che la densità abitativa fosse più elevata e che quindi fossero astrattamente maggiori i pericoli che qualcosa venisse gettato e versato fuori dall'alloggio, nonché che quanto gettato o versato cagionasse danni per la corrispondente presumibile maggiore densità del passaggio e del passeggio sottostanti[45].

A quanto ne sappiamo il pericolo era poi maggiore nelle ore serali e notturne, quando cioè diventava possibile il traffico di carri interdetto durante la giornata (tra il sorgere del sole e l'ora decima), traffico che per la poca larghezza delle strade imponeva ai passanti di camminare rasente ai muri[46]. In questo senso appare significativa la testimonianza di Giovenale, in cui – sia pure nei toni coloriti del linguaggio poetico – si metteva in guardia dai rischi che incombevano su chi si fosse avventurato nel passeggio notturno senza aver fatto in precedenza testamento:

---

no inoltre documentati, con riferimento all'epoca repubblicana e imperiale, da altre fonti (cfr. Livius, *ab urbe condita* 5, 55, 3-5; Cicero, *de lege agraria* 2, 35, 96; Tacitus, *annales* 15, 38, 3 e 15, 43, 5): al proposito v. F. Castagnoli, *Topografia e urbanistica di Roma*, Bologna, 1958, p. 65. Sul punto, per un quadro di sintesi, ricordo anche Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 370, nonché Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 669.

[45] Su questo aspetto e sulla possibilità che l'*effusum vel deiectum* fosse un fenomeno tipico dei quartieri popolari cfr. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., pp. 157-158. Quanto alle cattive condizioni igieniche di tali quartieri v. Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 302. Che tuttavia il sistema abitativo delle *insulae* fosse diffuso anche in quartieri abitati dalle classi socialmente ed economicamente elevate è testimoniato tra l'altro da D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): sul punto cfr. Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 369 e note 15-17.

[46] Sulla proibizione diurna del traffico su ruote cfr. U.E. Paoli, *Urbs. Aspetti di vita romana antica*, Firenze, 1942, p. 63. Sul punto v. in specie la testimonianza della *Tabula Heracleensis*, ll. 56-57 (C.I.L., I, p. 119 e ss., n. 206 = I, 2^2, p. 482 e ss., n. 593, anche in *FIRA*, I, 140). La stessa fonte documenta altresì l'esenzione dal divieto dei mezzi della nettezza urbana adibiti alla raccolta dei rifiuti (cfr. *Tabula Heracleensis*, ll. 66-67): v. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 70 e Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 674.

Iuvenalis, *saturae* 3, 268-277:
Respice nunc alia ac diversa pericula noctis,
quod spati-m tectis sublimibus unde cerebrum
testa ferit, quoties rimosa et curta fenestris
vasa cadunt, quando percussum pondere signent
et laedant silicem. possis ignavus haberi
et subiti casus improvidus, ad cenam si
intestatus eas; adeo tot fata quot illa
nocte patent vigiles te praetereunte fenestrae.
ergo optes votumque feras miserabile tecum,
ut sint contentae patulas defundere pelves.

La descrizione delle tegole che cadono dai tetti, dei vasi che vengono svuotati, delle suppellettili lanciate dalle finestre dei piani superiori che si infrangono rumorosamente sulla via sottostante del resto ben si armonizza con il fatto che proprio quelle notturne erano le ore di norma deputate alla raccolta delle immondizie, appunto non infrequentemente gettate, dalle finestre, sui carri della nettezza urbana allo scopo predisposti[47].

Questa ultima circostanza potrebbe anzi contribuire a spiegare il perché, nell'interpretazione giurisprudenziale, il rimedio pretorio – nonostante la maggiore intensità del rischio – non fosse ritenuto originariamente applicabile, con apparente contraddittorietà, proprio nelle ore notturne, come risulta dalla presa di posizione di La-

[47] Per l'uso di gettare i rifiuti dalle finestre sulla pubblica via cfr. Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 302. Sul punto v. anche Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 70-71: nella ricostruzione dell'autrice spagnola appare tuttavia difficile armonizzare i diversi elementi congiuntamente prospettati: a) la circostanza che la raccolta di rifiuti avvenisse per lo più nelle ore notturne, anche se il divieto di circolazione diurno non riguardava i mezzi predisposti per la raccolta delle immondizie; b) il fatto che, benché in origine le previsioni edittali non si ritenessero applicabili nelle ore notturne, si ipotizzi che l'intervento pretorio fosse stato determinato dalla necessità di garantire da un lato la sicurezza del passeggio urbano, dall'altro l'esistenza di un efficace sistema di raccolta dei rifiuti (circostanze in parte indirettamente documentate anche da Iuvenalis, *saturae* 3, 268-277). In questo quadro appare incoerente immaginare che la previsione edittale fosse sorta per favorire la raccolta delle immondizie, quando proprio nel momento in cui ciò di norma avveniva quella si riteneva non applicabile (cfr. D. 9, 3, 6, 1 [Paul. 19 *ad ed.*], su cui v. subito *infra*, nel testo). Anzi la sospensione notturna dell'applicazione della norma edittale ben si armonizza con il fatto che di notte era ammesso gettare rifiuti dalle finestre perché questo era il metodo per raccoglierli.

beone, di cui si fa esplicita menzione in un passo del Digesto attribuito a Paolo[48]:

> D. 9, 3, 6, 1 (Paul. 19 *ad ed.*): *Labeo ait locum habere hoc edictum, si interdiu deiectum sit, non nocte: sed quibusdam locis et nocte iter fit.*

Nel testo dell'editto conservatoci da Ulpiano (D. 9, 3, 1 pr.) non si accenna tuttavia ad alcuna limitazione dell'applicazione delle disposizioni ivi previste alle ore diurne e del resto Paolo non a caso sembrerebbe prender le distanze dall'opinione labeoniana, segnalando, attraverso la precisazione «*sed quibusdam locis et nocte iter fit*», come non fosse comunque da intendere in termini assoluti[49]; tuttavia più che immaginare un contrasto di opinioni tra il giurista protoclassico e quello tardoclassico è, a mio avviso, forse più ragionevole ipotizzare che l'affermazione paolina – nei termini in cui sembra contrapporsi all'autorevole scelta interpretativa del giurista di epoca augustea – sia piuttosto il risultato di una soluzione adottata dalla giurisprudenza posteriore, compiuta con maggior senso della realtà sociale e delle effettive esigenze di sicurezza e magari – si potrebbe forse anche immaginare – trasfusa in una redazione successiva dell'editto. Pur in un quadro meramente congetturale, non si può infatti a mio modesto avviso neppure escludere, di fronte al

---

[48] Non pare neppure che si possa arrivare alla conclusione che il rimedio edittale non trovasse applicazione di notte limitatamente ai luoghi in cui non si potesse presumere il passaggio o lo stazionamento appunto nelle ore notturne: in questo senso parte della letteratura più risalente, cfr. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1355 e Ferrini, s.v. *Azione de effusis et deiectis*, cit., c. 1334, che così in particolare interpretano la frase finale di D. 9, 3, 1, 2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *…ceterum si aliquando vulgus in illa via non commeabat et tunc deiectum quid <est> vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo coepit commeari, non debet hoc edicto teneri*; sul punto, pur escludendo che quanto detto dal giurista severiano si riferisse esclusivamente alle ore notturne, v. anche Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., pp. 674-675: «Ulpian also mentioned only that the edict did not apply 'when a district is deserted before road and traffic reappears', which did not mean, however, that it referred exclusively to night time».

[49] Sul testo di D. 9, 3, 6, 1 (Paul. 19 *ad ed.*) cfr. in particolare Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 369 e note 15-17. Nella letteratura più recente cfr. anche Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 70 e Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 674.

contrasto appena evidenziato, che Labeone e Paolo si occupassero, nei loro commentari edittali, di una previsione sul punto non perfettamente coincidente[50].

6. *L'ambito di applicazione dell'editto: il danneggiamento doveva avvenire in* «loca, per quae vulgo iter solet fieri» *(D. 9, 3, 6 pr. [Paul. 19* ad ed.*] e D. 9, 3, 1, 2 [Ulp. 23* ad ed.*])*

L'ambito di applicazione delle disposizioni edittali non era tuttavia limitato al contesto urbano, ma si estendeva anche alla rete viaria extraurbana. In questo senso risulta del tutto esplicita la testimonianza di un altro passo di Paolo tratto ancora una volta, come il precedente, dal diciannovesimo libro del commentario all'editto:

> D. 9, 3, 6 pr. (Paul. 19 *ad ed.*): *Hoc edictum non tantum ad civitates et vicos, sed et ad vias, per quas vulgo iter fit, pertinet.*

Il testo, con il duplice riferimento alle *civitates* e ai *vici* da un lato e alle *viae* attraverso le quali si svolge il pubblico passaggio dall'altro, intende evidentemente precisare che secondo il giurista severiano erano riconducibili all'ipotesi edittale anche i danneggiamenti che si fossero realizzati al di fuori del territorio urbano di città

[50] Per l'opinione che il passo paolino celi invece un contrasto giurisprudenziale ebbe a pronunciarsi Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., pp. 74-75. Dell'idea che piuttosto la soluzione che pare condivisa da Paolo sia il frutto di un'interpretazione estensiva della previsione edittale è invece Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., p. 157. Diversamente Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 675, che ha semplicemente ipotizzato che la previsione della *Tabula Heracleensis* sul divieto del traffico ruotato nelle ore diurne sia posteriore alla presa di posizione labeoniana e che quindi all'epoca in cui visse il giurista il problema fosse meno pressante nelle ore notturne: la circostanza pare tuttavia difficile da sostenere data la quasi certa risalenza del testo della *Tabula Heracleensis* all'ultima epoca repubblicana: sul punto, per la *communis opinio* che vuole che l'epigrafe conservi il testo di una *Lex municipalis* databile tra l'80 e il 43 a.C. e per un'analisi del suo contenuto, cfr. per tutti F. De Martino, *Nota sulla «Lex Julia municipalis»*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1956, p. 225 e ss. (con ampia rassegna della letteratura precedente).

e villaggi[51], cioè in ambito extraurbano e particolarmente, sembrerebbe doversi ritenere, lungo le *viae* di grande comunicazione, comprese evidentemente le grandi vie consolari ai cui lati più frequentemente sorgevano edifici[52].

Si sarebbe dovuto comunque trattare di strade di abituale pubblico passaggio («*per quas vulgo iter fit*») come ribadisce un passo, questa volta di Ulpiano, in cui si evidenzia come non fosse rilevante invece che il passaggio avvenisse *in publico* o *in privato loco*:

> D. 9, 3, 1, 2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere. ceterum si aliquando vulgus in illa via non commeabat et tunc deiectum quid <est> vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo coepit commeari, non debet hoc edicto teneri.*

Il testo, per quanto sospettato sotto diversi profili, sembra da considerare nella sostanza genuino[53]. In particolare appare classi-

---

[51] Non mi sembra condivisibile la diversa opinione della Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 68, ove, con riferimento al testo in esame ipotizza che il riferimento ai *vici* vada essenzialmente inteso nel senso di 'calles' (*vicus* = calle). A mio sommesso avviso la distinzione non è infatti quella tra *via* e *vicus* (come diverse denominazioni di strade e vie all'interno della città), ma quella tra *civitates* e *vici*, intendendo questi ultimi come villaggi extraurbani formati da un gruppo di case: sul punto, per il significato di *vicus*, termine con cui si indicava un agglomerato di abitazioni e quindi anche un quartiere di una città, ma soprattutto un sobborgo e un autonomo insieme di abitazioni costituenti un villaggio, cfr. H. Heumann-E. Seckel, s.v. *vicus*, *sub* 1, in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*[10], Graz, 1958, p. 623.

[52] In questo senso è esplicita nel testo la contrapposizione tra ambiente urbano (*civitates* e *vici*) e ambiente extraurbano (*viae*). Del resto, come sappiamo, le uniche strade che nel territorio urbano di Roma erano definite *viae*, forse perché a loro volta originariamente appartenenti al territorio extraurbano, erano la *via Sacra* e la *via Nova*: sul punto cfr. da ultimo Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 675 e nota 42.

[53] Per un quadro delle ipotesi interpolazionistiche cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 117 e Suppl. I, cit., c. 156. In particolare per l'interpolazione della frase «*semper-habere*» v. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., pp. 156-157. Per la genuinità v. però Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 432. Quanto al carattere certamente classico della prima parte del testo che presentereb-

ca la prima parte, ove l'affermata irrilevanza della natura pubblica o privata del luogo in cui fosse avvenuto il danneggiamento («*parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus…*») sembra corrispondere al generale e diffuso interesse pubblico alla sicurezza del traffico viario che abbiamo già visto essere posto a fondamento dell'intervento pretorio («*…semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere*»)[54].

Con ciò nel complesso ben si armonizza anche la parte finale del testo in cui, affermando una sorta di principio di irretroattività, si precisa, con riferimento al danneggiamento provocato in un luogo non adibito al pubblico passaggio, che ciò doveva comunque implicare l'inapplicabilità dell'editto, anche se successivamente lo stesso luogo fosse divenuto di passaggio abituale. Dal testo parrebbe cioè che l'inapplicabilità dell'editto durasse solo e nella misura in cui la consuetudine del passaggio non si fosse consolidata. La chiusa risulta dunque, in questi termini, consequenziale rispetto a quanto enunciato in precedenza e cioè che non era comunque la natura giuridica del luogo in cui fosse avvenuta l'*effusio* o la *deiectio* che rilevava ai fini dell'applicazione dell'editto, ma piuttosto appunto che si trattasse di «*loca, per quae vulgo iter solet fieri*»[55].

---

be stilemi tipici del linguaggio del giurista severiano v. invece in specie T. Honoré, *Ulpian*, Oxford, 1982, p. 73 e nota 468. Sul punto, recentemente, per la sostanziale genuinità del testo ulpianeo nella sua interezza, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 69.

[54] La distinzione tra *locus publicus* e *locus privatus* appare in qualche modo conforme alla distinzione, essa stessa ulpianea, tra *ius publicum* e *ius privatum* (cfr. D. 1, 1, 1, 2 [Ulp. 1 *inst.*]): per la risalenza della contrapposizione *publicus-privatus* alla giurisprudenza severiana cfr. in specie Honoré, *Ulpian*, cit., pp. 247-248. Quanto poi alla frase «*semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere*» va notato che essa riecheggia evidentemente la *laudatio edicti* che abbiamo visto contenuta in D. 9, 3, 1, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari.*

[55] Sulla parte finale del testo cfr. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., p. 157. Quanto all'ipotesi che la chiusa contenga un «sottilizzare tutto bizantino» v. tuttavia Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 432. Con tale autore pare in questo caso doversi per certi aspetti convenire: appare in effetti più che ovvio che la circostanza della responsabilità per *effusum* o per *deiectum* non potesse che essere valutata al momento del compimento del fatto, essendo conseguentemente del tutto irrilevante che il luogo in questione fosse divenuto successivamente di pubblico passaggio. Per una

7. *La responsabilità dell'*habitator *(D. 9, 3, 1, 4 e 9 [Ulp. 23* ad ed.*]) e il suo atteggiarsi nel caso della concessione di* «modica hospitiola» *(D. 9, 3, 5, 1[Ulp. 23* ad ed.*])*

Proprio nell'interesse della sicurezza del transito viario la responsabilità di quanto caduto o versato incombeva sull'*habitator* e non sul proprietario e ciò – a quanto pare – perché l'inquilino veniva evidentemente considerato nei fatti – e dunque al di là di ogni ulteriore accertamento – più direttamente ed immediatamente identificabile[56]. La circostanza, di cui si è già fatta a più riprese menzione, è affermata in termini del tutto espliciti in un testo di Ulpiano ove appunto si commentava la clausola «*qui ibi habitaverit*»:

> D. 9, 3, 1, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium…*

Del passo ci siamo già occupati per quanto ci riferisce relativamente all'emersione del criterio di imputabilità della colpa[57]; qui interessa specificamente nella parte in cui, esclusa la responsabilità del *dominus aedium* in quanto tale, vi si identifica appunto in colui che «*inhabitat*» il soggetto nei cui confronti doveva essere esercitata l'azione. Ciò detto rimane tuttavia imprecisato chi dovesse considerarsi *habitator* ai sensi della previsione edittale. Al possibile interrogativo risponde esplicitamente lo stesso Ulpiano in un altro luogo del suo commentario edittale:

---

diversa interpretazione del passo e per la possibilità di riferirlo al continuo fluire e defluire del passeggio viario rispettivamente nelle ore diurne e notturne v. la letteratura indicata *supra*, nota 48.

[56] La scelta di far ricadere la responsabilità per *effusum vel deictum* sull'*habitator* – da intendersi come colui che abita stabilmente in una dimora – appare funzionale ad attribuire alla previsione edittale la massima efficacia: permetteva infatti da un lato di prescindere dall'individuazione del diretto responsabile del fatto lesivo, dall'altro di non dover procedere ad un'indagine circa la proprietà dell'immobile da cui era stata compiuta l'*effusio* o la *deiectio*: su quest'ultimo aspetto, recentemente, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 76.

[57] Il testo infatti così continua: *…culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget*. Sulla questione v. quanto osservato *supra*, pp. 96-99.

> D. 9, 3, 1, 9 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel in gratuito. hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur, qui hospitium dederit: multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.*

Si considera dunque *habitator* non solo colui che abita una dimora che gli appartiene, ma appunto anche colui che *habitat* «*in conducto*» o «*in gratuito*»[58]. Non però l'ospite, in quanto la responsabilità ai fini dell'editto implica evidentemente la dimora abituale e del resto, come infatti viene a questo proposito precisato, «*multum autem interest inter habitatorem et hospitem*»[59].

La regola generale presentava tuttavia alcune eccezioni. Talvolta infatti non risponde l'*habitator* «*in gratuito*» (o «*in conducto*»), ma piuttosto il concedente. Alcuni interessanti casi specifici sono prospettati in un altro testo ulpianeo tratto a sua volta dal ventitreesimo libro del commentario all'editto:

> D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibus vel suis vel uxoris, ipsum eorum nomine teneri Trebatius ait: quod verum est. idem erit dicendum et si quis amicis suis modica hospitiola distribuerit. nam et si quis cenacularium exercens ipse maximam partem cenaculi habeat, solus tenebitur: sed si quis cenacularium*

[58] Su questo aspetto cfr. anche I. 4, 5, 1: *Item is, ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat deiectum effusumve aliquid est…*; D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): *Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est…*

[59] Per l'interpolazione della frase «*multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem*» cfr. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 432. Per l'eventuale possibilità di correggere il testo nelle parole «*multum autem interest*» sostituendovi *interest autem* cfr. Mommsen, *ed. maior*, I, p. 294, nota 3. Sulla nozione di *hospitium* e sulla sua diffusione a Roma v. tra gli altri P. Frezza, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano*, in *SDHI* 4, 1938, p. 403 e ss.; M. Kaser, *Das Altrömische Ius*, Göttingen, 1940, p. 339 e nota 18; L.J. Bolchazy, *Hospitality in early Rome: Livy's concept of its humanizing force*, Chicago, 1977, p. 17 e ss. Tuttavia l'*hospes* non sempre era tenuto indenne: non lo era in particolare, come abbiamo visto (v. *supra*, p. 100 e ss.), quando la sua responsabilità fosse comunque dimostrabile: cfr. sul punto D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*).

> *exercens modicum sibi hospitium retinuerit, residuum locaverit pluribus, omnes tenebuntur quasi in hoc cenaculo habitantes, unde deiectum effusumve est.*

Riferendo l'opinione di Trebazio si ammetteva dunque che, nel caso in cui fosse concessa licenza di abitare gratuitamente in un appartamento ad un liberto o a un cliente proprio o della propria moglie, fosse responsabile per *effusum vel deiectum* il concedente e non coloro che lo abitassero[60]. Ulpiano aggiungeva che altrettanto sarebbe avvenuto qualora fosse stata concessa ad amici una piccola porzione abitativa nell'ambito di un più ampio *cenaculum* adibito a propria abitazione, così come anche nel caso del «*cenacularium exercens*» che avesse locato ad altri una minima parte del proprio appartamento trattenendo per sé il resto[61]. Diverso il caso in cui in-

[60] Per l'opinione che in questa prima parte del testo le parole «*vel suis vel uxoris*» siano il frutto di un'aggiunta posteriore v. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 435. Quanto all'abitudine di distribuire abitazioni ai propri clienti e liberti v. per tutti le osservazioni di Frier, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, cit., p. 141. Si può aggiungere che verosimilmente tali soggetti erano anche di norma scarsamente solvibili, cfr. in specie Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 20.

[61] I casi prospettati si avvicinano dunque a quello dell'*hospes*, di cui forse per analogia assumono, sotto questo profilo, la stessa disciplina. Anche per questa parte del testo sono stati avanzati dalla dottrina sospetti di interpolazione: cfr. ancora una volta Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 435-436, che ritiene frutto di un'inserzione il doppio riferimento alla modicità degli spazi concessi o riservatisi dal «*cenacularium exercens*» nonché appunto quest'ultima espressione (sul punto v. già Mommsen, *ed. maior*, I, p. 295, nota 1; quanto al fatto che si tratti di un *hapax legomenon* cfr. R. Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008, p. 130, nota 50 [con indicazioni bibliografiche]). Per la ricorrenza della figura nel linguaggio ulpianeo v. però D. 13, 7, 11, 5 (Ulp. 28 *ad ed.*) da cui si ricava che il «*cenacularium exercens*» era a sua volta un conduttore: cfr. al proposito anche Frier, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, cit., pp. 30-31; quanto all'ipotesi che il *cenacularius* di D. 13, 7, 11, 5 sia però figura diversa dal «*cenacularium exercens*» di D. 9, 3, 5, 1, in quanto quest'ultimo si configurerebbe piuttosto, in quanto *exercitor*, non come un semplice conduttore ma – nella sua qualità di proprietario o conduttore dell'intera *insula* – come un vero e proprio speculatore edilizio v. Fercia, *ibidem*, p. 131, nota 50. Al proposito, per un ampio quadro delle articolate attività economiche che ruotavano intorno alle *insulae*, ivi comprese le attività di sublocazione dei singoli *cenacula*, cfr. L. Capogrossi Colognesi, *«Remissio mercedis». Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli, 2005, in specie pp. 22-23. Va tuttavia evidenziato che in D. 9, 3, 5, 1 non rileva tuttavia più di tanto la distinzione tra *dominus* e conduttore: così in parti-

vece il *cenaculum* fosse stato locato a più persone, riservando a se stessi solo un *modicum hospitium*: in tale circostanza si prevedeva infatti che il precetto edittale fosse applicabile al concedente e agli affittuari, che sarebbero stati conseguentemente tenuti in solido in quanto considerati tutti *habitatores* del *cenaculum* da cui fosse risultata compiuta l'*effusio* o la *deiectio*[62].

Si prospettano dunque varie ipotesi distinte, collegate, parrebbe, da un unico filo conduttore; la seconda e la terza, strettamente connesse, enunciano infatti, sia pure in forma indiretta, un principio comune. Nel caso in cui in un'unica unità abitativa fossero presenti il titolare e uno o più concessionari si sarebbe tendenzialmente applicato un criterio di prevalenza quantitativa, sarebbe stato cioè tenuto per *effusio* o per *deiectio* chi abitasse la maggior parte del *cenaculum*, eventualmente in solido con il concedente che, nel caso di pluralità di *habitatores*, si fosse riservato solo un *modicum hospitium* (quarta ipotesi). Probabilmente la chiave interpretativa enunciata da Ulpiano si applicava anche alla prima fattispecie che si dice già risolta da Trebazio, dalla cui opinione il giurista severiano aveva probabilmente tratto spunto per risolvere i dubbi che potevano sorgere nel caso in cui nello stesso contesto abitativo dimorassero più soggetti: la responsabilità di clienti e liberti era forse a sua volta esclusa da Trebazio proprio perché era d'uso concedere loro – fra l'altro sovente scarsamente solvibili – una piccola porzione abitativa nell'ambito di un più ampio *cenaculum* adibito a propria abitazione[63].

---

colare nelle fonti bizantine su cui v. in specie le osservazioni di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 126, note 16 e 18. Quanto al testo di D. 9, 3, 5, 1 cfr. anche R. Röhle, *Rekonstruktion von D. 9, 3, 5, 1*, in *Iura* 30, 1979, p. 86 e ss., nonché Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 84 e Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 20.

[62] L'eventuale eliminazione della frase finale «*quasi in hoc cenaculo habitantes, unde deiectum effusumve est*» non altera il contenuto sostanziale del testo: sulla possibilità di espungerla cfr. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 435-436, che ne sottolinea la ridondanza.

[63] Che si dovesse applicare un criterio quantitativo di prevalenza apparve anche ai bizantini: cfr. Bas. 60, 4, 5 e il relativo sch. 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3175 = Heimbach, V, p. 330). Sulla crisi abitativa a Roma e per la frequenza – soprattutto tra le classi più povere – della prassi di concedere gratuita-

8. *La regola della responsabilità* in solidum *nel caso di pluralità di* habitatores *(in specie D. 9, 3, 1, 10 e D. 9, 3, 3 [Ulp. 23* ad ed.*]) e le sue eccezioni (D. 9, 3, 5 pr. e 2 [Ulp. 23* ad ed.*])*

Il testo appena considerato pone la questione della presenza di una pluralità di *habitatores* in un unico *cenaculum* e nei termini descritti introduce una parziale eccezione alla regola generale che prevedeva invece che tutti fossero di norma tenuti in solido[64]. Tale regola si precisa in una catena di testi raggruppati nella raccolta di *iura*, due dei quali ancora una volta tratti dal ventitreesimo libro del commentario all'editto di Ulpiano:

> D. 9, 3, 1, 10 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur.*
>
> D. 9, 3, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Et quidem in solidum: sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur.*

Il regime della solidarietà elettiva che ne risulta è stato considerato il prodotto di un intervento compilatorio che in D. 9, 3, 3 avrebbe sostituito il *sed* ad un *nec* che sarebbe invece stato presente nel testo originale del giurista severiano e che avrebbe piuttosto prospettato la solidarietà, secondo la regola generale nelle azioni penali, come cumulativa[65].

---

mente o in affitto ad altri alloggi-posti letto nella propria abitazione cfr., nella letteratura recente, Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 677.

[64] La regola del resto è, come abbiamo visto, già esplicitamente enunciata nella chiusa di D. 9, 3, 5, 1: *…sed si quis cenacularium exercens modicum sibi hospitium retinuerit, residuum locaverit pluribus, omnes tenebuntur quasi in hoc cenaculo habitantes, unde deiectum effusumve est*. Sulla regola generale v., da ultimo, Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 19.

[65] In questo senso in specie Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 456. Quanto alle ipotesi interpolazionistiche, nella letteratura precedente, v. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 238 e nota 3. Sulla questione, con riferimento alla normale regola della cumulatività con riferimento alle azioni penali, cfr. in particolare E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918 (rist. Aalen, 1964), p. 330. Più di recente cfr. anche Valiño, *Actiones utiles*, cit., p. 223. La trasformazione giustinianea sarebbe essenzialmente da mettersi in relazione al superamento della netta distinzione tra *actiones poenales* e *actiones reipersecutoriae* (sul punto v. in specie Voci, *Risarcimento e pena priva-*

Tale ipotesi non appare tuttavia la sola prospettabile: non si può escludere cioè che il giurista classico, in virtù del fatto che il rimedio in questione era di origine pretoria, facesse implicitamente riferimento alla possibilità che gli *habitatores* non convenuti in giudizio avessero eventualmente la facoltà di esercitare l'*exceptio rei iudicatae* nei confronti di chi li convenisse successivamente per lo stesso episodio lesivo e per questo mezzo liberarsi[66].

A ciò si aggiunga che se, nella logica della disposizione edittale, risulta pienamente comprensibile la configurazione di una responsabilità in solido, che ne garantiva appunto la massima efficacia risarcitoria, non altrettanto può dirsi per la natura cumulativa di tale responsabilità, tenendo conto che chi era chiamato a rispondere per *effusum vel deiectum* lo era – come sappiamo – a tutela della sicurezza della circolazione viaria e non perché autore di un atto lesivo da sanzionare in quanto tale[67].

---

ta nel diritto romano classico, cit., soprattutto p. 5 e ss.; p. 123 e ss.) e del corrispondente sostituirsi, come sanzione dell'illecito, dell'obbligo del risarcimento del danno all'antica pena privata. Sul punto v. però anche, nel quadro dei più recenti orientamenti dottrinali, tendenzialmente contrari a rigidi schematismi, G. Rossetti, *Problemi e prospettive in tema di «struttura» e «funzione» delle azioni penali private*, in *BIDR* 96-97, 1993-1994 (ma 1997), p. 343 e ss. (per una sintesi v. in specie pp. 393-394).

[66] Cfr. in particolare D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, pp. 68-69 (dello stesso autore cfr. anche *Die Klagenkonsumption des römischen Recht*, in *ZSS* 86, 1969, p. 178), cui aderisce la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 86-87. Per l'attribuibilità del testo ad Ulpiano v. tuttavia in precedenza già Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, cit., p. 328 e ss., che da parte sua rilevava che la solidarietà elettiva trovava la sua ragion d'essere nel principio di portata generale secondo cui ad un unico evento dannoso doveva di norma corrispondere un'unica pena.

[67] Per uno spunto in questo senso v. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 239 e ss., nonché, da ultimo, Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 679. Sotto questo profilo è inoltre significativo che lo sch. 2 a Bas. 60, 4, 2 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3174 = Heimbach, V, p. 329), nell'ottica bizantina, giustifichi il regime prospettato in relazione alla natura di quasi delitto dell'*effusum vel deiectum*. L'interpretazione che qui si propone tiene conto dell'atteggiamento della dottrina recente a riconsiderare, soprattutto con riferimento alle azioni penali pretorie, gli schemi tradizionali e a rifiutare rigide schematizzazioni (sul punto cfr. *infra*, note 80 e 88). Del resto è vero che la responsabilità cumulativa è considerata una caratteristica tipica delle azioni penali, ma è altrettanto vero che la responsabilità per *effusum vel deiectum* presenta anche una componente reipersecutoria: i due caratteri parrebbero insomma nel nostro caso

Sia come sia, il regime della solidarietà enunciato in D. 9, 3, 3 trovava la sua giustificazione teorica in un inserto gaiano posto dai compilatori tra i due già citati passi ulpianei:

> D. 9, 3, 2 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): *Cum sane impossibile est scire, quis deiecisset vel effudisset.*

Secondo i giustinianei il regime della solidarietà avrebbe dunque trovato la sua ragion d'essere nell'impossibilità di individuare il responsabile. Si tratta, come è evidente, della enunciazione di una *ratio decidendi* meramente pratica e che, laddove risulta collocata, in effetti mal si accorda con la natura della responsabilità posta dall'editto a carico dell'*habitator*[68]. A mio sommesso avviso non è tuttavia affatto certo che, come da taluni è stato sostenuto, il passo sia frutto di un'intervento compilatorio[69], essendo forse non irragionevole ritenere che il frammento, estratto da un contesto originale per noi non più ricostruibile, sia stato semplicemente utilizzato per evidenziare, nel nuovo quadro in cui veniva inserito, la ragione della scelta della solidarietà, individuata appunto nella difficoltà pratica di discernere nel caso concreto la responsabilità individuale[70].

---

concorrere così come avveniva anche per l'*actio ex lege Aquilia*, dove tuttavia, come risulta da D. 9, 2, 11, 2-4 (Ulp. 18 *ad ed.*) e D. 9, 2, 51 pr.-1 (Iul. 86 *dig.*), era invece prevista la cumulatività.

[68] Per quest'ultima osservazione cfr. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 242, che rileva come il discorso di D. 9, 3, 2 sia «espressione di un ambiente giuridico-culturale in cui è andato perdendosi il senso della responsabilità oggettiva sancita nell'editto del pretore e si tende in qualche modo a ricollegare la responsabilità al fatto proprio dell'*habitator*».

[69] A questo proposito v. *Index interpolationum in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Suppl. I, cit., c. 157. Nella letteratura recente cfr. in specie Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 456, che categoricamente afferma: «Il fr. 2 è un glossema rimasto a esplicare, goffamente, la *ratio decidendi*, ma con un'angolazione empirica che è fuor di posto». Sembra ora invece avvalorare la provenienza gaiana del testo Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 19.

[70] Per l'impossibilità di ricostruire il quadro esatto in cui doveva essere inserito l'attuale testo di D. 9, 3, 2 cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889 (rist. Graz, 1960 e Roma, 2000), c. 200. Sul significato della riflessione gaiana cfr. R. Sotty, *Recherches sur les «utiles actiones»*, Grenoble, 1977, p. 292. Del resto il fatto che il testo attribuito a Gaio dimostri la tendenza a 'soggettivizzare' la responsabilità dell'*habitator* non necessariamente ne esclude la sostanziale classi-

Inevitabilmente alterato sembra invece da ritenersi, in linea con unanime dottrina, il successivo passo di Paolo da cui – in apparente contrasto con quanto detto da Ulpiano – sembra doversi implicitamente ricavare che la liberazione dei corresponsabili in solido si sarebbe determinata al momento della *perceptio* e non con la *litis contestatio*[71]:

> D. 9, 3, 4 (Paul. 19 *ad ed.*): *Perceptione, non litis contestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit.*

Il testo – benché non limpido – nella sua attuale redazione sembra dunque voler affermare che il soggetto chiamato a rispondere per *effusum vel deiectum* potesse chiedere il rimborso ai responsabili in solido per le quote che li riguardavano solo quando avesse pagato: ciò evidentemente si armonizza con quanto disposto dalla cancelleria giustinianea in C. 8, 40 (41), 28 (del 531) e in particolare con la previsione, ivi contenuta (§ 2), circa la liberazione dei responsabili in solido solo al momento in cui il creditore fosse stato soddisfatto, circostanza questa che pare anche a me testimone di un probabile intervento compilatorio[72].

Qualche incertezza rimane semmai sulla seconda parte del passo: una volta ammesso che la responsabilità per *effusum vel*

---

città. Che questa fosse la tendenza, quanto meno a partire dall'epoca severiana, si è detto *supra*, pp. 94-99.

[71] Per il punto di vista ulpianeo cfr. il già citato D. 9, 3, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Et quidem in solidum: sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur.* Per il contrasto di opinioni che ne emergerebbe tra i due giuristi severiani cfr., per un accenno, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 86.

[72] Cfr. C. 8, 40 (41), 28, 2: (*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*) *Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat* (a. 531). Per il rilievo secondo cui il contrasto tra D. 9, 3, 3 e D. 9, 3, 4 sarebbe dovuto al rimaneggiamento compilatorio di quest'ultimo per adeguarlo alla riforma giustinianea del 531 v. Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., pp. 678-679, nota 59. Sul punto v. recentemente anche Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 19 e nota 85, che attribuisce il rimaneggiamento all'abolizione dell'effetto consumativo della *litis contestatio*. La circostanza è comunemente accettata già dalla dottrina più risalente: sul punto v. infatti Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, p. 77 e nota 3 (con ulteriori riferimenti alla dottrina precedente).

deiectum potesse non essere cumulativa già per il diritto classico, non pare fuor di luogo che chi fosse stato chiamato a rispondere in giudizio per quanto avvenuto fosse poi ammesso a richiedere il rimborso della quota dovuta dai corresponsabili, così rivalendosi nei loro confronti (anche se, in questo quadro ricostruttivo, rimane ulteriormente in dubbio che ciò potesse eventualmente avvenire – come dice il testo – oltre che con un'*actio pro socio*, anche attraverso un'*actio utilis* di regresso)[73].

La responsabilità solidale trovava del resto un ulteriore limite nel caso in cui, pur in presenza di una pluralità di *habitatores* conviventi, fosse accertato che l'*effusio* o la *deiectio* si fossero determinate in una parte del *cenaculum* concesso a taluno in abitazione esclusiva (cioè provenissero da uno specifico *cubiculum* o da una particolare *exedra*):

> D. 9, 3, 5, 2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Interdum tamen, quod sine captione actoris fiat, oportebit praetorem aequitate motum in eum potius dare actionem, ex cuius cubiculo vel exedra deiectum est, licet plures in eodem cenaculo habitent: quod si ex mediano cenaculi quid deiectum sit, verius est omnes teneri.*

[73] In particolare quanto alle riserve circa la genuinità della menzione dell'*actio utilis* nel testo attribuito a Paolo v. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, cit., p. 330. Per la possibilità che si trattasse della stessa azione *de effusis vel deiectis* esercitata in funzione di regresso cfr. Valiño, *Actiones utiles*, cit., p. 224. Rimane fortemente critica rispetto all'autenticità di tale *actio utilis* la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 87. In effetti le azioni utili si riferiscono propriamente ad azioni civili e non ad azioni *in factum*: sul punto cfr. in specie Valiño, *ibidem*, p. 344 e ss.; nello stesso senso, sostanzialmente, anche W. Selb, *Formulare Analogien in «actiones utiles» und «actiones in factum» am Beispiel Julians*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano, 1982, p. 350. A mio avviso è tuttavia possibile che venisse concessa in via utile un'azione di regresso modellata su quella *de effusis vel deiectis* e, per certi aspetti, simile a quella cui si fa riferimento in D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): nel caso in esame l'azione si dice *utilis* non in senso strettamente tecnico, ma per indicare, in senso generico, che poteva comunque efficacemente giovare, con una terminologia che, in questo senso, poteva in via estensiva adattarsi anche alle azioni *in factum* (cfr. a questo proposito sch. 2 a Bas. 60, 4, 4 [Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3174 = Heimbach, V, p. 329]).

Purché non venisse leso l'interesse dell'attore, il pretore – *aequitate motus* – avrebbe dunque concesso l'azione contro colui che abitasse in quella parte del *cenaculum* da cui fosse effettivamente avvenuta l'*effusio* o la *deiectio*, salvo nel caso in cui qualcosa fosse caduto o versato «*ex mediano*», cioè dalla parte di uso comune del *cenaculum* stesso, circostanza quest'ultima che avrebbe ovviamente determinato il ritorno alla responsabilità *in solidum* di tutti gli *habitatores*.

Una regola analoga – e cioè un regime di responsabilità esclusiva – si sarebbe del resto a maggior ragione dovuta applicare nel caso di più *habitatores* di un *cenaculum pro diviso*, e quindi non conviventi. La precisazione proviene ancora una volta da un passo del commentario all'editto ulpianeo[74]:

> D. 9, 3, 5 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si vero plures diviso inter se cenaculo habitent, actio in eum solum datur, qui inhabitabat eam partem, unde effusum est.*

Si sarebbe dunque dovuta anche in questo caso escludere la responsabilità solidale. In piena coerenza col regime descritto a proposito di coloro che occupassero specifici ambiti dell'unità abitativa, qualora più soggetti abitassero uno stesso *cenaculum* in diversi ambiti anche formalmente separati, il pretore avrebbe concesso l'azione nei confronti di colui che si fosse trovato ad abitare il luogo da cui fosse in concreto avvenuta l'*effusio* o la *deiectio*.

---

[74] Per una messa a confronto delle ipotesi prospettate nei due testi ulpianei cfr. recentemente anche Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 87-90, che in particolare sottolinea come nel primo (D. 9, 3, 5, 2) si facesse riferimento ad una divisione di fatto e come il secondo (D. 9, 3, 5 pr.) riguardasse piuttosto il caso in cui vi fosse una divisione in senso formale e non meramente materiale. Sul punto v. ora, in termini adesivi, Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., pp. 19-20, nonché, nella stessa linea interpretativa, in precedenza, anche Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 126-127, che in aggiunta, con riferimento all'espressione «*sine captione actoris*» di D. 9, 3, 5, 2 – che pure secondo l'autore potrebbe essere parte di un rimaneggiamento del testo – precisa che il limite alla solidarietà fosse ammesso sempreché l'attore non ne avesse pregiudizio, con evidente riferimento al fatto che l'*habitator* convenuto potesse non essere solvibile.

9. *Le estensioni della prescrizione edittale: il caso dell'*horrearius *e del* conductor apothecae *(D. 9, 3, 5, 3 [Ulp. 23* ad ed.*] e quello del* praepositus navi *(D. 9, 3, 6, 3 [Paul. 19* ad ed.*])*

Il rimedio pretorio venne successivamente esteso in via interpretativa anche al di fuori dei normali casi previsti dall'editto. L'azione si poteva infatti esercitare anche nei confronti di chi *non habitat*, ma che comunque svolgeva stabilmente in un luogo determinato attività *lato sensu* commerciali o artigianali: è da notare infatti a questo proposito come Ulpiano la prevedesse anche con specifico riferimento all'*horrearius* e al *conductor apothecae*[75]:

> D. 9, 3, 5, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si horrearius aliquid deiecerit vel effuderit aut conductor apothecae vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habebat, ut ibi opus faciat vel doceat, in factum actioni locus est, etiamsi quis operantium deiecerit vel effuderit vel si quis discentium.*

Colui che gestisce un deposito di merci, che conduce un magazzino, un opificio o comunque una bottega ove svolga tra l'altro attività di insegnamento della professione sarà tenuto anche per i danneggiamenti causati da quanto versato o gettato dai dipendenti o appunto dagli apprendisti[76]. In tal caso non rileva dunque l'*habitare* in

---

[75] Non mi sembra pienamente da condividere l'opinione della Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 79, che ritiene che il testo ulpianeo si riferisse specificamente all'*habitare in conducto* e ciò benché si faccia riferimento tra l'altro a soggetti che erano affittuari dei luoghi in cui svolgevano la propria attività («*…conductor apothecae vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habebat…*»). Sotto questo profilo mi sembra piuttosto da condividere l'ipotesi ricostruttiva di Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 550 e ss., che non individuava una specifica continuità tra D. 9, 3, 1, 9 (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 9, 3, 5, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*). Del resto le attività di impresa in questione non implicano di norma l'*habitare*: sul punto, con specifico riferimento all'*horrearius*, v. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 508 e nota 37.

[76] Per l'individuazione dei soggetti tenuti cfr., con riferimento alla differenza tra l'*horrearius* (imprenditore di magazzini di deposito) e il *conductor apothecae* (conduttore di un magazzino principalmente adibito ad uso proprio), in specie Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 128 e nota 24. Quanto alla natura della responsabilità di costoro non deve ingannare l'*incipit* del testo: *Si horrearius aliquid deiecerit vel effuderit aut conductor apothecae vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habebat…*; più avanti infatti si aggiunge *…in factum actioni locus est, etiamsi quis operantium deiecerit vel effuderit vel si*

senso stretto, ma piuttosto, a quanto pare, l'esercitare stabilmente in un luogo un'attività; quello che avvicina le ipotesi prospettate a quella dell'*habitator* è appunto la stabilità – non importa se nella dimora o nell'esercizio della propria attività – che giustifica l'attribuzione della responsabilità[77].

Qualcosa di simile, anche se la distanza rispetto alla fattispecie originariamente prevista nell'editto appare più netta e dilatata rispetto al caso appena prospettato, avveniva qualora la *deiectio* fosse compiuta da una nave. Anche in questa circostanza, come stavolta ci documenta Paolo, veniva esteso in via interpretativa il regime previsto dall'editto nei confronti dell'*habitator*:

> D. 9, 3, 6, 3 (Paul. 19 *ad ed.*): *Si de nave deiectum sit, dabitur actio utilis in eum qui navi praepositus sit.*

Responsabile per la *deiectio*, nel caso in cui il getto fosse avvenuto da una nave, era ovviamente considerato – per analogia con la normale azione *de effusis vel deiectis* – il *praepositus navi*. Anche nei suoi confronti, sempreché la nave stazionasse in porto[78], si sa-

quis discentium. Se ne ricava perciò che, anche nel caso specifico prospettato, la responsabilità prevista nell'editto veniva per lo più configurata dalla giurisprudenza severiana come responsabilità per fatto altrui, in quanto tale destinata a ricadere sull'*horrearius* o sul *conductor apothecae* o su chi *in conductum locum habebat, ut ibi opus faciat vel doceat*, forse anche, a quanto parrebbe, in virtù dell'attribuzione di rischio connessa all'attività svolta.

[77] Sul punto cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 79, nonché Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, p. 81 e nota 1, che ritengono che nella fattispecie venisse concessa la normale azione *in factum*; tuttavia per l'opinione che nel caso specifico si rendesse invece necessaria un'estensione in via utile dell'editto v. Lenel, *Das edictum perpetuum*[3], cit., p. 174, nota 1. Per quest'ultima opinione cfr. anche Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 438. È d'altra parte a mio avviso plausibile ritenere che l'estensione in via utile dell'editto avvenisse attraverso una specifica azione *in factum* modellata sulla normale azione *de effusis vel deiectis*: cfr. anche sch. 8 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3175 = Heimbach, V, p. 330), che, contrapponendola alla normale azione diretta, ricorda appunto che l'azione doveva comunque ritenersi *in factum*.

[78] In questo senso è sostanzialmente unanime la dottrina recente che sottolinea come qualora si fosse voluto ricomprendere il caso della *deiectio* compiuta in navigazione si sarrebbe piuttosto utilizzato il termine *iactus*: cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 105 e nota 192; Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 304; Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 675 e nota 45. Quanto alla respon-

rebbe infatti dovuta esercitare un'azione modellata su quella tipica prevista per la *deiectio* compiuta da una abitazione sulla strada di pubblico passaggio[79].

10. *Le caratteristiche delle azioni previste dall'editto: intrasmissibilità passiva, azioni attivamente trasmissibili e intrasmissibili, azioni private e* actiones populares *(D. 9, 3, 5, 5 [Ulp. 23* ad ed.*])*

Se pure, come abbiamo visto, rimane incerto, allo stato delle fonti, se i rimedi pretori previsti per l'*effusio* e la *deiectio* comportassero una responsabilità *in solidum* cumulativa o elettiva (e anzi delle due sarei per parte mia più propensa a ritenere attendibile la seconda delle due possibilità prospettate), risulta tuttavia acclarato che le azioni *de effusis vel deiectis* fossero comunque compartecipi di almeno una delle caratteristiche proprie delle azioni penali: mi riferisco alla intrasmissibilità passiva, che appunto caratterizzava tutte e tre le azioni previste dall'editto, come risulta da un altro notissimo passo del commentario ulpianeo[80]:

---

sabilità del *praepositus*, e quindi, parrebbe, del *magister navis*, cfr. le osservazioni di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 128-129, anche se a me pare che l'attribuzione della responsabilità al *magister* e non all'*exercitor* sia ineccepibile già nell'ordine di idee classico: la responsabilità per *effusum vel deiectum*, qui estesa in via utile, poggiava non sulla titolarità di una posizione economica, ma su un dato di puro fatto che è quello della presenza – in una posizione preminente – nel luogo (sia il *cenaculum* o la nave) in cui risulta avvenuta la *deiectio*.

[79] Tale azione viene esplicitamente definita *utilis* nel testo attribuito a Paolo: la circostanza è messa in discussione da Valiño, *Actiones utiles*, cit., p. 344 e, sulla sua scia, da Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 74, nota 100, secondo i quali l'azione non sarebbe stata *utilis* ma *in factum*: sul punto rinvio tuttavia a quanto già detto *supra*, nota 73, riguardo alla genericità della denominazione *actio utilis* e al fatto che con tale terminologia si indichi nelle fonti una azione congegnata per essere usata appunto in modo utile, quando l'azione edittale sarebbe invece risultata inutile; diversamente Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 106, che ritiene che l'azione concessa contro il *praepositus navi* fosse, come quella contro l'*horrearius*, la normale azione *de effusis vel deiectis*. Su quest'ultimo aspetto v. tuttavia in senso esplicitamente contrario il già citato sch. 8 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3175 = Heimbach, V, p. 330).

[80] Altro elemento certo che ne denuncia il carattere penale è costituito dalla previsione di una condanna *in duplum* nel caso di danneggiamento o distruzio-

> D. 9, 3, 5, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Haec autem actio, quae competit de effusis et deiectis, perpetua est et heredi competit, in heredem vero non datur. quae autem de eo competit, quod liber perisse dicetur, intra annum dumtaxat competit, neque in heredem datur neque heredi similibusque personis: nam est poenalis et popularis: dummodo sciamus ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest vel qui adfinitate cognationeve defunctum contingat. sed si libero nocitum sit, ipsi perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur.*

Il testo appena riferito può essere scomposto in tre parti, corrispondenti a ciascuna delle tre azioni prospettate in D. 9, 3, 1 pr.; la prima (di cui si parla fino a *vero non datur*), che, come sappiamo, riguardava il danneggiamento o la distruzione di cose, era perpetua e poteva essere esercitata senza limiti di tempo anche dagli eredi del danneggiato, ma non contro gli eredi del responsabile[81]. La se-

---

ne di cose altrui. Per la distinzione tra azioni penali che sono tali per la previsione della condanna in un multiplo e azioni penali che nascono da delitto v. tra gli altri Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, cit., p. 266 e Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, cit., p. 68, nota 160. La distinzione è sostanzialmente accolta nel nostro caso dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 87, pp. 95-96, p. 102, che ricorre al distinguo tra azioni penali e azioni delittuali. Sul punto v. però le osservazioni di Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 617 (per uno spunto v. altresì, dello stesso Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 621), che da parte sua rileva come il rapporto tra la qualificazione dell'azione e il suo regime, risulti complesso soprattutto nelle azioni pretorie rispetto alle quali si determinava un articolato gioco di luci riflesse nel passaggio dall'editto, che spesso ne fissava solo parzialmente il regime, alla qualificazione giuridica, dovendosi da quest'ultima ricavare in via interpretativa la definizione del regime per quanto non esplicitamente regolato.

[81] Dubbi sull'originaria perpetuità dell'azione sono avanzati da Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, cit., p. 270. L'ipotesi che la perpetuità non sia originaria e sia stata introdotta non prima dell'epoca di Adriano è sostenuta anche da Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., p. 162. Nello stesso senso v. anche Lozano y Corbí, *Popularidad y régimen de legitimación en la «actio de effusis et deiectis»*, cit., pp. 316-318, che ritiene che l'azione fosse in origine annale e popolare e che il passo sia stato 'interpola-

conda azione (cui si fa riferimento da *quae autem* fino a *contingat*), come abbiamo visto, riguardava invece l'uccisione di un libero: era annale e, a differenza della precedente, non solo non poteva essere intentata contro gli eredi del responsabile, ma neanche concessa agli eredi del danneggiato, circostanza questa che trovava giustificazione – si dice – nell'essere l'azione *poenalis* e *popularis*[82]. L'ere-

to' dopo l'epoca di Adriano o degli Antonini. Per la eventuale popolarità dell'azione per il danneggiamento o la distruzione di cose si è di recente pronunciato anche VAN HOEK, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., pp. 463-467, ma in senso contrario v. ora le convincenti argomentazioni di ANKUM, *Ulpian D. 9. 3. 5. 4: The recourse of the «habitator» against his guest who threw something down onto the street*, cit., p. 10 e *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 12. Per la possibilità che la perpetuità possa invece risalire più indietro nel tempo (cioè ad un'epoca certamente precedente al II secolo d.C.) e che si spieghi tendenzialmente col fatto che l'azione in questione, benché pretoria, aveva carattere sussidiario rispetto all'*actio legis Aquiliae* cfr. in specie AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, cit., p. 45 (già in precedenza, dello stesso M. AMELOTTI, *«Actiones perpetuae» e «actiones temporales» nel processo formulare*, in *SDHI* 22, 1956, p. 200), nonché PARICIO, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 75. Per un altro punto di vista, con particolare riferimento all'opinione di Cassio che risulta da D. 44, 7, 35 pr. (Paul. 1 *ad ed.*), v. invece SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 130; p. 247 e nota 25 (v. già *supra*, nota 22). Per le differenze rispetto al regime dell'*Aquilia* (responsabilità dell'*habitator*, irrilevanza dell'elemento 'soggettivo', azione *in duplum*) cfr. in sintesi GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 94, che ritiene però che la perpetuità derivi anche dal fatto che la nostra azione, benché penale, non nascesse da delitto (v. *supra*, nota precedente). L'idea che il rimedio pretorio fosse volto a colmare le lacune di tutela lasciate dalla *lex Aquilia* è comunque diffusa in dottrina: cfr. in particolare LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, cit., p. 328 e, più di recente, WOŁODKIEWICZ, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 202.

[82] Nel ragionamento del giurista l'aver ricordato che tale azione era penale ne giustificava la intrasmissibilità passiva, mentre il dire che era anche *popularis* sembrerebbe volto a spiegarne essenzialmente l'intrasmissibilità attiva. Sul punto cfr. WOŁODKIEWICZ, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., pp. 376-377, nota 50 (con bibliografia circa la discussa questione della trasmissibilità delle *actiones populares*). Sui motivi della concessione di *actiones populares* nella fattispecie considerata ed in quella analoga del ferimento dell'uomo libero cfr. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., p. 18: «L'*unus ex populo*… ha un personale interesse alla repressione di quegli illeciti che ledano o compromettano l'incolumità del transito nelle strade, impediscano il libero e normale uso dei *loca publica*, vie, piazze…». Per l'interpolazione, generalmente ammessa in dottrina, dell'espressione «*similibusque personis*» che affianca altre figure a quella dell'erede per escluderne la legittimazione attiva, v. in

de non avrebbe dunque potuto esercitare l'azione *iure hereditario*, ma gli sarebbe stata semmai riconosciuta la precedenza nell'esercizio dell'*actio popularis* in qualità di persona maggiormente interessata, in quanto eventualmente legato all'ucciso da un rapporto di parentela o affinità[83]. Quanto infine alla terza azione – che poteva anzitutto essere intentata dalla persona lesa – se ne prevedeva (nella parte conclusiva, da *sed si libero* fino alla fine) la norma-

specie Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 445.

[83] Nelle azioni popolari la precedenza di chi avesse un particolare interesse ad agire è prevista per regola generale, cfr. D. 47, 23, 3, 1 (Ulp. 1 *ad ed.*): *In popularibus actionibus is cuius interest praefertur*. La scelta, in caso vi fosse una pluralità di attori, era rimessa la pretore, cfr. D. 47, 23, 2 (Paul. 1 *ad ed.*): *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem*. Sulla legittimazione attiva alle azioni popolari e sui criteri pratici della sua applicazione cfr. Sanfilippo, *Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel diritto romano*, cit., pp. 124-125. Sul punto v. ora anche L. Gutiérrez-Masson, *Las acciones populares*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a José Luis Murga Gener*, cit., p. 748 e ss. Per la proposta interpretativa che l'erede fosse ammesso all'esercizio dell'*actio popularis* nel caso in cui potesse provare un rapporto di parentela o affinità con il defunto, v. Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 377, nota 51. L'ipotesi può essere accolta se la si riferisce al fatto che l'erede, se legato da un rapporto di parentela o affinità col defunto, è da individuare come l'*is cuius interest*: il testo sembra voler cioè indicare che ammesso all'azione è l'*is cuius interest* in un quadro in cui il successivo riferimento a parenti e affini si pone rispetto all'indicazione precedente con intenti esemplificativi (sul punto per la possibilità che l'elencazione abbia intento esemplificativo o, in alternativa, crei una gerarchia di precedenze, cfr. Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., pp. 84-85). Nel senso indicato va tendenzialmente anche l'interpretazione delle fonti bizantine: cfr. sch. 20, 55 e 56 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3176 e p. 3180 = Heimbach, V, pp. 331-332), testi che ammettono appunto la precedenza dell'erede in quanto parente del defunto e di quest'ultimo rispetto all'erede che non sia tale. Per l'interpolazione di tutto il tratto «*dummodo… contingat*» cfr. invece Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., pp. 162-163 (che da parte sua sottolinea come sia assurdo porsi la questione della trasmissibilità attiva dell'azione in questione: il defunto non poteva infatti certamente trasmettere al proprio erede un'azione che era sorta con la sua morte e rispetto alla quale per tale motivo non aveva certo potuto avere la legittimazione attiva) e Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 445 (sul punto v. già C. Longo, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, in *BIDR* 14, 1902, p. 159). Nel senso qui sostenuto, per la sostanziale genuità del testo (salvo l'inciso «*similibusque personis*») e per l'esclusione che l'erede cui si fa riferimento possa essere l'erede di chi abbia agito con l'azione popolare, cfr. l'ampia discussione delle fonti in Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 131 e ss.

le perpetuità, salvo che non venisse intentata da altri come azione popolare, circostanza quest'ultima che la rendeva a sua volta, come la precedente, annale[84]. Sembrerebbe cioè che in questo caso il pretore concedesse prioritariamente il rimedio previsto nell'editto al danneggiato e solo in subordine agli altri interessati che si sarebbero visti accordare l'azione solo qualora non fosse stata esercitata l'azione privata[85].

Come nel caso precedente il rimedio in questione non poteva comunque essere intentato contro gli eredi del responsabile e neppure concesso agli eredi, in quanto tali, del danneggiato e ciò – come si afferma – perché «*quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet*»[86].

---

[84] Per le due azioni previste nel caso di uccisione e ferimento di liberi e per il loro comune carattere di *actiones populares* cfr. tuttavia Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., pp. 163-164. Che le due azioni si differenziassero solo per la «efficacia temporale» è sostenuto anche dal Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 445 e nota 86, pp. 448-449, sulla base tuttavia dell'ipotesi, a mio avviso non condivisibile, di una ampia interpolazione della parte finale del frammento ulpianeo (da *sed si alius* fino a *oritur*). A me sembra invece che l'azione avesse carattere popolare solo quando fosse intentata da persona diversa dal danneggiato, circostanza ovviamente inevitabile nel caso dell'uccisione, ma non certo in quello del ferimento: sul punto, per le diverse posizioni dottrinali contrapposte, cfr. in specie Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 377, nota 53 (con bibliografia).

[85] Sul punto v. Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 75, che ritiene che l'azione venisse eventualmente concessa come popolare dopo la morte del soggetto leso. Diversamente, per l'opinione che il danneggiato fosse preferito agli altri interessati solo nel caso in cui l'azione privata fosse stata esercitata prima di quella popolare o le due azioni venissero esercitate simultaneamente, cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 98. Per l'ipotesi invece che l'«*alius*» del testo possa essere in specie l'erede del ferito cui fosse concesso di intentare l'azione qualora il danneggiato fosse successivamente deceduto cfr. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., pp. 164-165. L'ipotesi è a mio avviso plausibile se si tiene conto di quanto detto di seguito nel testo e cioè che veniva escluso non che l'erede potesse esercitare l'azione, ma piuttosto che potesse farlo *iure hereditario*: come nel caso precedente è dunque preferito non l'erede, ma l'*is cuius interest*, e cioè in primo luogo il parente del danneggiato sia o no anche suo erede.

[86] Cfr. van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., p. 466. Per l'interpolazione della involuta espressione finale «*quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur*» cfr. però, tra gli altri, G. Grosso, *Ricerche intorno all'elenco classico dei*

Il quadro che risulta dalla lettura del testo ulpianeo appare dunque nel suo complesso sufficientemente chiaro e coerente: fermo restando il dato comune dell'intrasmissibilità passiva l'azione era anche attivamente intrasmissibile o per sua intrinseca natura (come nel caso del ferimento del libero) o perché concessa come *actio popularis*, circostanza quest'ultima che influiva a sua volta anche sui tempi di esercizio dell'azione.

Perpetue erano infatti l'azione per il danneggiamento o la distruzione di cose e quella relativa al ferimento del libero nel caso in cui ad agire fosse lo stesso soggetto leso; annali invece l'azione per l'uccisione e quella per il ferimento dell'uomo libero, qualora, in quest'ultimo caso, agisse persona diversa dal danneggiato[87].

bonae fidei iudicia, in *RISG* n.s. 3, 1928, p. 57, nonché F. Pringsheim, *Bonum et aequum*, in *ZSS* 52, 1932, p. 109 (= *Gesammelte Abhandlungen*, I, cit., p. 222). Prudente tuttavia Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 75 e nota 104, che ritiene (cfr. p. 75 e nota 103) che l'unica interpolazione certa riscontrabile nel testo ulpianeo sia costituita in precedenza dalle parole «*similibusque personis*» (v. *supra*, nota 82).

[87] Quanto all'azione per il ferimento si deve dunque ritenere che avesse carattere popolare solo nel caso in cui venisse esercitata da persona diversa dal soggetto leso: sul rapporto tra azione privata e azione popolare cfr. Sanfilippo, *Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel diritto romano*, cit., p. 126. Recentemente v. anche van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., pp. 466-467. Sul punto cfr. altresì Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 134 e ss., che ritiene tra l'altro che la *condemnatio in* (*bonum et*) *aequum* permettesse di adeguare la sanzione alle diverse esigenze di valutazione richieste a seconda del caso che fosse intentata l'azione privata dal ferito o quella popolare (cfr. *ibidem*, pp. 142-143). Alla luce di tutto ciò dubbi potrebbero avanzarsi sulla trasmissibilità attiva dell'azione privata, trasmissibilità che tuttavia dovrebbe essere a sua volta esclusa sulla base del principio secondo cui «*quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet*»: in questo senso anche le fonti bizantine, cfr. Bas. 60, 4, 5 e sch. 22 allo stesso Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3176 = Heimbach, V, p. 332). Analogamente Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 98, che tuttavia riconnette piuttosto l'intrasmissibilità dell'azione privata all'analogia che la collegava all'*actio iniuriarum*, rientrando entrambe nella categoria delle c.d. *actiones vindictam spirantes*. Nello stesso senso, anche con riferimento a I. 4, 12, 1, v. in precedenza quanto osservato da Serrao, *ibidem*, p. 136.

11. *La nossalità: la testimonianza di D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23* ad ed.*) e l'esclusione del carattere nossale nel caso di danneggiamenti compiuti da* filii familias *e schiavi che abitassero autonomamente (D. 9, 3, 1, 7-8 [Ulp. 23* ad ed.*])*

Con la natura penale del rimedio pretorio in questione ben si armonizza anche il suo carattere nossale[88]. Dalla frase conclusiva di D. 9, 3, 1 pr. («*si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut* [*noxam*] <*noxae*> *dedere*») parrebbe risultare infatti che il pretore concedesse l'inserimento della clausola nossale nella formula qualora la condotta lesiva fosse risultata ascrivibile ad uno schiavo dell'*habitator*[89], a condizione che il fatto fosse avvenuto all'insaputa di quest'ultimo[90]. Benché l'aver inserito la formula relativa alla facoltà

[88] La nossalità è infatti considerata, come è noto, una caratteristica tipica delle azioni penali anche se non è mancato chi ha ipotizzato che per le azioni penali pretorie la regola fosse seguita con un certo margine di variabilità (v. in questi termini ad esempio Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 621). Sul punto, oltre a quanto in generale detto *supra*, in specie nota 80, contro una acritica generalizzazione della regola, sebbene con particolare riferimento alle *actiones* penali *in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, v. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 162-163 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., pp. 126-127). Da ultimo sulla questione Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., in specie p. 7 e ss. (a sua volta con riferimento specifico alle *actiones furti et damni in factum adversus nautas, caupones et stabularios*). Che del resto la nostra azione avesse carattere essenzialmente penale è tuttavia ulteriormente dimostrato dall'intrasmissibilità passiva che la caratterizza in tutte e tre le formule previste dall'editto (v. *supra*, p. 130 e ss.).

[89] È probabile che la clausola nossale potesse essere originariamente inserita anche quando l'autore materiale del danneggiamento fosse un *filius familias*: sul punto cfr. per tutti, nella letteratura recente, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 100-101 e Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 14, nota 55. Diversamente, con riferimento ai *verba edicti* risultanti da D. 9, 3, 1 pr., Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., p. 319 e p. 335, nota 47. Nel quadro della compilazione l'esclusione della possibilità di intentare contro il *pater* l'azione *cum noxae deditione* si ricollega comunque alla desuetudine della *noxae deditio* del *filius familias* (cfr. a questo proposito in particolare I. 4, 8, 7).

[90] Per una compiuta elencazione dei casi in cui il requisito della *scientia domini* rilevava al fine della concessione di una azione diretta – *suo nomine* – contro il *dominus* per gli illeciti compiuti dallo schiavo v. per tutti B. Albanese, *Sulla responsabilità del «dominus sciens» per i delitti del servo*, in *BIDR* 70, 1967, p. 119 e ss. (= *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, p. 481 e ss.), che ritiene che il motivo del-

di dare a nossa nei *verba edicti* – considerata la natura eventuale della clausola in questione – possa apparire *prima facie* singolare, la testimonianza, anche tenuto conto della varietà delle previsioni edittali in materia di *noxae deditio*, pare comunque attendibile[91]. A ciò si aggiunga che l'inserimento della clausola nossale ben si inquadra nella tendenza – già evidenziata – a configurare l'intervento pretorio di cui si tratta come complementare alla *lex Aquilia*, rispetto al cui ambito di applicazione si prevedeva – come è noto – un'azione *servi nomine* contro il *dominus* qualora il comportamento sanzionato fosse appunto intervenuto *insciente domino*, con la sola conseguente esclusione del caso in cui fosse stato invece quanto meno tollerato dalla *scientia e patientia* dell'avente potestà che, pur potendo impedire l'atto lesivo, non l'avesse fatto[92].

---

la *scientia domini*, elaborato dalla giurisprudenza con riferimento alla *lex Aquilia* per escluderne in sua presenza il regime nossale, sia stato appunto esteso ad altri illeciti già in età classica, ma generalizzato solo dal diritto giustinianeo. Sul punto v. anche Giménez-Candela, *Sobre la «scientia domini» y la accíon de la ley Aquilia*, in *Iura* 31, 1980, p. 119 e ss. Va notato che, per quanto a noi interessa, il requisito della *inscientia domini* per l'inserimento della clausola nossale ritorna a proposito dell'*actio de positis aut suspensis* (cfr. D. 9, 3, 5, 6 [Ulp. 23 *ad ed.*], su cui v. *infra*, cap. III, in specie pp. 166-167).

[91] Quanto alla possibilità che la frase finale di D. 9, 3, 1 pr. sia il risultato di una interpolazione v. l'ormai isolata opinione di Biondi, *Actiones noxales*, cit., in specie p. 23 e ss. (precedentemente M. Pampaloni, *La complicità nel delitto di furto*, in *Studi senesi* 16, 1899, p. 37, nota 30 [= *Studi sopra il delitto di furto*, II, cit., p. 75] e Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., pp. 79-80). Tale ipotesi nella letteratura recente è contrastata anche dal Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 429. Per l'opinione che il regime nossale sia comunque, in via tendenziale, ideologicamente e logicamente incompatibile con il regime della responsabilità per *culpa*, sicuramente accolto nel diritto giustinianeo, cfr. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 207 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 169). Per la non correttezza delle parole finali «*noxam dedere*», già segnalata dal Mommsen (cfr. *ed. maior*, I, p. 294, nota 1), cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 102, che da parte sua ritiene altresì che l'azione concessa nel caso di danneggiamenti compiuti da schiavi e *filii familias* fosse un'azione nossale autonoma e non un'azione normale cui fosse aggiunta la clausola nossale (cfr. anche p. 100 e nota 179). Tuttavia, per la varietà delle previsioni edittali in materia di *noxae deditio* e per l'ipotesi che la clausola nossale in esame si adattasse alle caratteristiche dell'azione che prevedeva un'*intentio* costruita impersonalmente, v. ora Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema dellla cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., pp. 664-665 e p. 679.

[92] Sul punto, per l'opinione che l'applicazione del regime nossale con riferimento all'*actio de effusis vel deiectis* fosse un'estensione dell'analogo regime dell'*Aquilia*, cfr. per tutti le osservazioni di Albanese, *Sulla responsabilità del domi-*

Sembrerebbe cioè che il tipo di responsabilità dell'*habitator*, che è legittimato passivo per scelta edittale, ammettesse comunque, come ad altro proposito nel caso prospettato da D. 9, 3, 5, 4, un contemperamento di interessi: il pretore applicava il regime della *noxae deditio* nei termini in cui era sostanzialmente riconosciuto per l'azione aquiliana e dunque a patto che risultasse accertata l'*inscientia domini*. Con una differenza però. Parrebbe infatti che nel nostro caso l'*habitator* fosse comunque convenuto *suo nomine* (e non *servi nomine*) proprio in forza della responsabilità di tipo sostanzialmente 'oggettivo' prevista dall'editto: il regime della nossalità sarebbe stato cioè regolato con riferimento all'*actio de effusis vel deiectis* dalla c.d. *exceptio noxalis*, vale a dire attraverso una particolare configurazione della *condemnatio* che, nonostante l'*intentio* non individuasse l'autore dell'illecito (ma esclusivamente il luogo da cui era avvenuta l'*effusio* o la *deiectio* e l'*habitator* in quanto soggetto ritenuto responsabile), permetteva pur tuttavia all'*habitator* convenuto di sottrarsi al pagamento della sanzione appunto attraverso l'abbandono nossale del sottoposto che fosse riconosciuto come autore materiale dell'illecito[93].

---

nus sciens per i delitti del servo, cit., in particolare p. 170 e ss. (= *Scritti giuridici*, I, cit., p. 534 e ss.), nonché, più di recente, Giménez-Candela, *Sobre la «scientia domini» y la accíon de la ley Aquilia*, cit., p. 119 e ss. Al proposito v. anche M. Marrone, *Sul concorso tra azione «in solido» e azione nossale: a proposito di D. 9. 4. 43 (Paul. 3 ad ed.)*, in *Annali Palermo* 48, 2003, p. 158, nota 3 (= *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, p. 834, nota 3), che rileva come il comportamento del *dominus sciens* che non avesse impedito la commissione dell'illecito da parte del servo fosse qualificabile come colposo e come sia significativo che «sia stato sanzionato in quei delitti nei quali il grado di responsabilità del colpevole era esteso alla *culpa*, o comunque andava oltre il dolo, come il danno aquiliano e i delitti pretori *de effusis vel deiectis* e *de positis aut suspensis*».

[93] Tale opinione risale ad un'intuizione del Lenel, *Das edictum perpetuum*[3], cit., p. 174, che così ricostruiva la chiusa della formula: *...aut, si paret servum Ni. Ni. insciente eo fecisse, noxae dedere*. Per la ricostruzione della formula con riferimento all'inserimento della clausola nossale nella *condemnatio* v. anche, con alcune differenze di carattere essenzialmente formale, Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 343, nota 31. Diversamente sul punto Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 100 e ss. (e in particolare p. 103), che ritiene che il passo ulpianeo che riporta i *verba edicti* sia (come quello di D. 9, 3, 5, 6) rimaneggiato nella parte finale e che nel testo originario si dovesse leggere l'espressione *noxali actione agere iubebo*, il che determinerebbe, secondo l'autrice spagnola, che, qualora il fatto illecito fosse stato compiuto all'insaputa del

Il carattere particolare della nossalità dell'*actio de effusis vel deiectis,* che consisteva fra l'altro nel permettere all'*habitator* la *noxae deditio* dell'autore del fatto benché – per la responsabilità dello stesso *habitator* – il *deiector,* anche qualora fosse stato *sui iuris*, non potesse essere chiamato a rispondere come diretto responsabile dell'illecito[94], oltre che giustificare per certi versi – unitamente alla

dominus, l'azione contro di lui sarebbe stata data *servi nomine* e quindi come una normale azione nossale. Sul punto, contro l'ipotesi di Lenel, nella letteratura meno recente, v. già Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1357. Cfr. però anche Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., pp. 374-375 e Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 452-453. Nel senso qui ipotizzato v. tuttavia Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie p. 163 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., in specie p. 127 e ss.), nonché Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., in specie p. 149 e nota 16 e 17, che ora osserva, con convincenti argomentazioni, l'improprietà di qualificare come *exceptio* un meccanismo che in realtà si risolveva nell'inserimento della clausola nossale nella *condemnatio*: cfr. a questo proposito Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., p. 320 e ss., cui rinvio anche per l'analisi della *conceptio verborum* delle formule approntate contro l'*habitator* libero e per la probabilità che, con riferimento alla clausola relativa all'abbandono nossale, non si prevedesse necessariamente il riferimento al *factum certi hominis*, essendo plausibile che l'individuazione del servo autore dell'illecito, genericamente indicato nella formula, avvenisse in concreto ad opera dall'*habitator* nella fase *apud iudicem* (cfr. *ibidem*, pp. 325-326, nota 21). Sul punto v. ora anche Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema dellla cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., pp. 663-664 e p. 679, che, a sua volta mettendo in discussione l'ipotesi formulata da Lenel, osserva che è già la *conceptio verborum* dell'*intentio* – redatta in termini impersonali «attraverso la mera descrizione del fatto dannoso, senza individuazione del responsabile» – a rendere di per sé potenzialmente nossale l'azione. Nella letteratura recente, ancora pienamente in linea con la soluzione leneliana, invece Ankum, *Ulpian D. 9. 3. 5. 4: The recourse of the «habitator» against his guest who threw something down onto the street*, cit., pp. 12-13 e *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., pp. 14-16.

[94] Tutt'al più – come sappiamo – poteva essere convenuto in via di regresso qualora si dimostrasse la sua responsabilità: cfr. sul punto quanto detto *supra*, pp. 99-105, a proposito di D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis tenetur, merito ei, qui ob hoc condemnatus est* (Mommsen, *ed. maior*, I, p. 295, nota 3)*, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem, quod verum est. plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem.* Si deve in aggiunta precisare che nel caso dell'illecito compiuto dallo schiavo la dazione a nossa era possibile qualora fosse provata dal *dominus* la responsabilità dello schiavo (v. nota precedente): tale prova era cioè a quanto sembra finalizzata alla consegna dello schiavo e non all'in-

varietà delle previsioni edittali in materia di *noxae deditio* – l'inserimento della relativa clausola nei *verba edicti*, contribuisce forse a meglio spiegare le discussioni giurisprudenziali che, come ci attestano le fonti, si dovettero porre circa l'esperibilità della nostra azione contro il *filius familias* e lo schiavo che rispettivamente abitassero separatamente dal padre o dal *dominus*. A questo proposito dobbiamo prendere le mosse dal caso del *filius familias*, prospettato in un altro frammento del commentario all'editto ulpianeo:

> D. 9, 3, 1, 7 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si filius familias cenaculum conductum habuit et inde deiectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit: in ipsum itaque filium haec actio competit.*

Il giurista severiano rigettava dunque l'ipotesi che il padre potesse essere tenuto *de peculio* nel caso in cui si fosse accertato che l'*effusio* o la *deiectio* fossero avvenute da un *cenaculum* abitato *in conducto* da un *filius familias*. Da ciò si trae la conclusione che l'azione in questione fosse esperibile *in ipsum filium*, cioè direttamente contro il *filius habitator*[95].

La soluzione accolta trova sostanziale corrispondenza nel testo di I. 4, 5, 2 e in D. 44, 7, 5, 5, il passo delle *res cottidianae* che, come sappiamo, costituisce la traccia utilizzata per la redazione dei §§ 1-2 del titolo 4, 5 delle Istituzioni imperiali:

> I. 4, 5, 2: *Si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit, sive quid positum*

serimento nella formula della clausola nossale: sul punto v. ora, in termini convincenti, Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema dellla cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 664.

[95] Il testo è stato tuttavia spesso sospettato: per un quadro delle ipotesi interpolazionistiche cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 117 e Suppl., I, cit., c. 157. Per la possibilità che sia interpolata quanto meno la frase «*de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit*» v. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 453, che ritiene che il dettato attuale ben si inquadri nel contesto giustinianeo, in cui alla decadenza del sistema nossale corrisponde il riconoscimento della capacità patrimoniale al *filius familias*. In questo senso, per l'ipotesi che il passo sia stato rimaneggiato per adeguarlo all'abolizione del regime della nossalità, v. anche Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 101.

> *suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est: Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum…*
>
> D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): *…ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.*

I due testi permettono di cogliere uno sviluppo dell'interpretazione giurisprudenziale per certi aspetti più articolato di quanto risulti dalla lettura del più sintetico testo ulpianeo. In particolare dal passo delle *res cottidianae* emerge infatti che Giuliano si era posto non solo il problema dell'esperibilità dell'*actio de peculio*, ma anche quello dell'*actio noxalis* nei confronti del titolare della potestà e, risolvendoli entrambi negativamente, aveva forse per primo ammesso il ricorso all'azione diretta contro il *filius familias*[96]. Non così, come

[96] Per la possibilità che già in diritto classico si concedesse di agire direttamente contro il figlio dato che nei confronti di quest'ultimo era sicuramente già riconosciuta almeno la possibilità di agire *ex contractu* cfr. in specie Pugliese, *Il processo civile romano*, II, cit., p. 282. Che la concessione dell'azione diretta contro il figlio fosse del resto una necessaria conseguenza della accertata impossibilità di convenire il padre *noxaliter* o *de peculio* appare chiaramente dalla chiusa di D. 44, 7, 5, 5: *…Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum* (sul punto v. già Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 230-231 [= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., pp. 190-191]). Non pare condivisibile l'ipotesi secondo cui nel testo delle *res cottidianae* la frase «*cuis casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem*» sarebbe il risultato di un rimaneggiamento giustinianeo (cfr. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 453), quanto meno perché la menzione esplicita dell'impossibilità di convenire il padre *noxaliter* o *de peculio* non ricorre nel testo parallelo delle Istituzioni, in cui i compilatori preferiscono limitarsi a dire «*in patrem nullam esse actionem*» evidentemente per l'anacronismo dell'alternativa ai loro tempi. Diversa dunque l'ottica in cui si pongono i giustinianei che, rovesciando in parte la prospettiva della soluzione giulianea (che ancora poneva la questione della *formula noxalis* e dell'alternativa della *conceptio verborum de peculio*), ad essa riportano essenzialmente la possibilità di intentare l'azione direttamente contro il figlio, aspetto questo che evidentemente aveva per loro un più immediato significato. Stante la regola generale enunciata in un passo ulpianeo riportato in D. 5, 1, 57 (Ulp. 41 *ad Sab.*) e probabilmente rimaneggiato dai compi-

abbiamo visto, Ulpiano che, dando a quanto pare per pacifica l'impossibilità di intentare l'azione *noxaliter*, si era soffermato piuttosto a dimostrare come l'azione non potesse essere concessa contro il padre neppure *de peculio* e ciò in quanto – come esplicitamente veniva osservato – non poteva dirsi derivata da contratto[97].

Dalla lettura congiunta dei passi in esame sembrano dunque nel complesso potersi ricavare alcuni elementi ragionevolmente attendibili. Da un lato la probabilità che l'azione contro il *filius familias* fosse riconosciuta come ammissibile già a partire dall'epoca adrianea[98], dall'altro che la concessione dell'azione contro il figlio potesse costituire una sorta di rimedio eccezionale per la dichiarata impossibilità di convenire il padre *noxaliter* o *de peculio*, salvo poi il porsi dell'ulteriore problema delle conseguenze pratiche di una eventuale condanna ottenuta ai danni di un *filius familias*, con riferimento ai limiti circa la possibilità di ricorrere nei suoi confronti all'esecuzio-

latori («*Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio…*») era infatti superfluo escludere nel caso specifico l'esperibilità dell'*actio de peculio* e dell'*actio noxalis.*

[97] Riguardo all'esclusione della possibilità che l'azione venisse concessa come nossale può darsi che già il giurista severiano la desse come scontata: cfr. da ultimo Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 195, nota 508. Sul punto, sostanzialmente nello stesso senso, v. ora anche Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., pp. 334-335 e nota 47 (quest'ultima in particolare con interessanti argomentazioni). Per quanto riguarda invece specificamente l'impossibilità di esperire *de peculio* l'*actio de effusis vel deiectis* v. per tutti le osservazioni di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie pp. 229-230 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., in specie pp. 189-190). Sul punto, quanto alla giustificazione dell'esclusione nelle fonti bizantine, cfr. anche Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 450-451.

[98] La circostanza risulta appunto testimoniata dall'opinione giulianea ribadita nel testo delle *res cottidianae*, nonché dalla sicura presa di posizione di Ulpiano: sul punto v. per tutti Pugliese, *Il processo civile romano*, II, cit., pp. 285-286 e nota 19 (ma v. anche De Visscher, *Le régime romain de la noxalité – De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, cit., p. 512, nota 51 e Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit. p. 231 e nota 192 [= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 191 e nota 192]), che, pur non escludendo qualche rimaneggiamento dei passi in questione, ritiene che non si possa negare che l'azione diretta contro il figlio fosse stata concessa, in relazione alle *actiones de effusis vel deiectis* nonché a quella *de positis aut suspensis*, già durante l'epoca classica. Sul punto, per la classicità dell'azione contro il figlio v. anche Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 194, nonché, da ultimo, Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., p. 334 e ss.

ne forzata, cui si poteva eventualmente ovviare – ma forse solo nella 'Geistesart' giustinianea – con la concessione dell'*actio iudicati de peculio* contro il padre[99].

Quanto all'esclusione della possibilità di concedere l'azione *noxaliter* pare derivasse dalla circostanza che comunque poteva ben essere che il *filius nihil nocuisset* in quanto, in qualità di *habitator*, lo si sarebbe dovuto considerare responsabile del danneggiamento – ai sensi dell'editto – anche se di norma non ne era materialmente il colpevole. La nossalità appare del resto esplicitamente esclusa, proprio sulla base di questa eventualità, anche per lo schiavo, come ci dimostra espressamente il testo, immediatamente successivo, del commentario edittale ulpianeo:

> D. 9, 3, 1, 8 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? an de peculio, quia non ex delicto servi venit? neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit. sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum.*

[99] Sul punto v. ancora le osservazioni di Pugliese, *Il processo civile romano*, II, cit., p. 286, che per l'epoca classica esclude la possibilità di un'esecuzione patrimoniale della condanna attraverso la *missio in bona* e la *bonorum venditio*, salvo nel caso in cui il *filius familias* fosse titolare di un peculio castrense. Quanto all'esecuzione personale, favorevole – contro una opinione diffusa – S. Solazzi, *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio*, in *BIDR* 11, 1898, p. 115 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, p. 2 e ss.). Per l'esclusione dell'*actio iudicati* contro il figlio v. invece F. La Rosa, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 188 e ss. Per la possibilità che nel caso di insolvibilità del *filius familias* fosse tenuto in base all'*actio iudicati* il titolare della potestà cfr. D. 15, 1, 3, 11 (Ulp. 29 *ad ed.*): a questo proposito v. anche sch. 26, 27 e 29 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3171 = Heimbach, V, p. 327). Sul punto in dottrina cfr. Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., pp. 375-376 e Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 682, nota 72. Favorevole a ricondurre questa possibilità già all'epoca classica è ora anche Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., pp. 21-22. Sul punto v. però, da ultimo, Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., p. 336 e note 49-51, che, anche con riferimento alle fonti bizantine, argomenta a favore dell'origine giustinianea dell'*actio iudicati de peculio*. Al proposito, nello stesso ordine di idee, in precedenza anche S. Longo, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano, 2003, in specie p. 279 e ss. e p. 285, nota 34.

Anche questo passo è stato in dottrina sospettato sotto diversi profili, ma come il precedente sembra nella sostanza essere, almeno nella prima parte (fino a *nocuerit*), espressione di idee classiche[100]. Il giurista vi prospetta una *empasse* logica in cui in ultima analisi, come per il caso del *filius*, la responsabilità *de peculio* si dice esclusa in quanto non derivata da un *negotium gestum*, mentre quella in forma nossale appunto perché la responsabilità del sottoposto non poteva comunque considerarsi di natura delittuale e ciò in quanto poteva ben essere che lo schiavo non fosse l'autore dell'illecito («*cum servus nihil nocuerit*»)[101].

Solo che nel caso dello schiavo, non potendosi concedere un'azione diretta come contro il figlio, si prevedeva una repressione *extra ordinem* («*…sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum*»), di carattere meramente afflittivo che però da un lato male si armonizza con la *ratio* dell'intervento pretorio, dall'altro risulta confliggente con quanto detto in precedenza a proposito dei motivi dell'esclusione della possibilità di concedere l'azione come nossale[102].

---

[100] Che quanto meno l'impostazione del passo (come del precedente §7) sia classica è sostenuto da Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 617. Sul punto v. ora anche Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., p. 328 e ss. Per l'ipotesi invece che il passo sia frutto nella sua quasi totalità di un rimaneggiamento compilatorio cfr. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 455, che al più salva la frase «*neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit*». Sul punto v. anche *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 117 e Suppl., I, cit., c. 157. Che il testo in esame sia stato sottoposto a rimaneggiamenti insieme al precedente § 7 è opinione condivisa recentemente anche dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 102 e ss.; si tratta in dottrina di una *communis opinio*: sul punto v. già Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., in specie p. 79, nonché Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 229 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 189 e ss.).

[101] Quanto al significato della proposizione «*cum servus nihil nocuerit*» e al fatto che essa prospetti una semplice eventualità potendo il servo *habitator* essere o non essere il responsabile materiale dell'illecito v. Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., p. 329, nota 31 e p. 333, cui faccio rinvio anche per un esame in dettaglio del complesso (e per certi versi singolare) procedere del ragionamento ulpianeo (cfr. *ibidem*, in specie pp. 328-330).

[102] Vale a dire con la circostanza, appunto, che il «*servus nihil nocuerit*». Quanto alla possibilità di tenerlo a sua volta responsabile per *culpa in eligendo* (o *in vigilando*) e per la conseguente legittimità della *correctio extra ordinem* cfr.

A parte l'incongruenza appena segnalata – che potrebbe forse anche indurre a non escludere che nell'originale il giurista severiano si soffermasse, almeno nel caso del servo, a discutere ulteriormente circa la possibilità di concedere eventualmente l'*actio de peculio* o, in alternativa, la stessa formula nossale[103] – quanto riferito in D. 9, 3, 1, 7-8 appare tuttavia quanto meno non contraddittorio rispetto alla nossalità prospettata per regola generale nella clausola finale di D. 9, 3, 1 pr. Alla particolare nossalità prevista per il danneggiamento cagionato dai sottoposti corrispondeva infatti l'impossibilità di concedere un'azione in forma nossale contro il *pater* o contro il *dominus* (in diritto giustinianeo ovviamente solo contro il *dominus*) nel caso in cui i primi vivessero separatamente

sch. 42 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, pp. 3173-3174 = Heimbach, V, p. 328). Il rimaneggiamento del testo, con riferimento all'aggiunta della frase finale «*sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum*», fu avvertito già dal Faber (cfr. A. de Medio, *I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro*, in *BIDR* 13, 1900, p. 224) ed è in dottrina comunemente ammesso: sul punto cfr. per tutti Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 374 e p. 376 e Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 234-235 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., pp. 194-195), nonché da ultimo Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., p. 328, p. 337, nota 52 e pp. 339-340 e nota 62, che al proposito giustamente osserva come la *correctio extra ordinem* avrebbe potuto semmai tutelare la sicurezza della viabilità, ma non certo l'interesse della persona lesa. Diversamente, nella letteratura recente, per la sostanziale genuinità della frase finale del testo, W. Turpin, *Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem*, in *RIDA* 3e s. 46, 1999, p. 563 e nota 132 e Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 21.

[103] Quanto alla possibilità che in diritto classico non mancasse chi, con un'interpretazione forzante, non escludesse del tutto una responsabilità del *dominus de peculio*, v. però Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 232-233 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., pp. 192-193). Sul punto v. anche Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., p. 1106. Diversamente ora Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., p. 339 e ss., ritiene che, dovendosi escludere la *conceptio verborum de peculio* per l'estraneità della fattispecie ad un *negotium gerere*, fosse semmai prospettabile in diritto classico la *formula noxalis* e che nel testo conservatoci sia stato cancellato piuttosto «un discorso su un complesso problema di tecnica formulare» (v. p. 340), forse anche in relazione alla possibilità di compiere la *noxae deditio* dell'*habitator* o in alternativa di altro *servus* che fosse risultato autore materiale dell'illecito: sul punto, per alcune congetture sulla eventuale configurazione della *formula in dominum habitatoris*, cfr. lo stesso Fercia, *ibidem*, pp. 344-345 e nota 70.

dal titolare della potestà: in questa circostanza sarebbero stati infatti tenuti solo in base ad una responsabilità addossata loro per ragioni di polizia urbana e quindi indipendentemente dalla loro materiale colpevolezza, circostanza questa che, per principio generale, doveva escludere che si potesse agire in via nossale[104].

Conseguentemente, già per il diritto classico, si giustificava dunque il ricorso all'azione diretta contro il figlio, mentre, per non lasciare senza sanzione il caso della *deiectio* che fosse avvenuta da un *cenaculum* abitato da uno schiavo, esclusa forse definitivamente anche in questo caso la possibilità di concedere un'*actio de peculio* o, in alternativa, la formula nossale *in dominum habitatoris* che presentava fra l'altro complicazioni non irrilevanti sul piano della *conceptio verborum* formulare e non indifferenti difficoltà sul piano probatorio, si pensò piuttosto di prospettare – ma forse siamo ormai già in epoca postclassica – la possibilità di ricorrere, *officio iudicis*, ad una *correctio extra ordinem*[105].

---

[104] Coglie dunque a mio avviso sostanzialmente nel segno Wołodkiewicz, *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, cit., p. 1286, quando afferma che la nossalità dell'azione risulta esclusa perché lo schiavo viveva separatamente dal *dominus* e quindi, possiamo aggiungere, perché la prospettiva era diversa rispetto a quella presa in considerazione dalla formula contro l'*habitator* libero. Ciò più esattamente avviene perché lo schiavo – come del resto anche il *filius familias* – era egli stesso *habitator* e quindi, in quanto tale, era potenzialmente tenuto indipendentemente dall'essere materialmente l'effettivo responsabile del danneggiamento (in questo senso appunto si può dire che, come ha giustamente rilevato Fercia [v. *supra*, nota 101], il «*servus nihil nocuerit*»): cfr. sch. 42 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3173 = Heimbach, V, p. 328). A questo proposito è anzi significativo, nell'ottica bizantina, che i Basilici e gli scoli escludano che si tratti di una responsabilità per contratto o per delitto, ma affermino piuttosto che sia una responsabilità per quasi delitto: cfr. Bas. 60, 4, 1 e sch. 27 e 31 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3171 = Heimbach, V, p. 327).

[105] Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., p. 682 e nota 71, ritiene che in diritto classico il caso rimanesse impunito, in quanto non previsto probabilmente per l'infrequenza della figura schiavo *habitator*. Migliore sarebbe stata quindi la condizione di chi subisse un danno da uno schiavo che dimorasse in casa del proprio *dominus* o anche presso altri (in tale ultimo caso nei confronti del *dominus* avrebbe comunque potuto trovare eventualmente applicazione l'azione di regresso prevista da D. 9, 3, 5, 4 [Ulp. 23 *ad ed.*]: v. *supra*, pp. 99-105). L'ipotesi in effetti non convince, ma d'altra parte la congettura che in diritto classico si prospettasse la possibilità di *noxaliter agere* con una *formula in dominum habitatoris* si scontra contro un principio indiscutibile che è quello, menzionato nel testo, secondo cui è solo

12. *Il quadro conclusivo: la prescrizione edittale e l'attività interpretativa della giurisprudenza*

Giunti a conclusione dell'esame delle fonti appare opportuno tirare, brevemente e per sommi capi, le fila del discorso fin qui svolto. Pare ragionevole ritenere che il pretore, indotto essenzialmente dall'*utilitas publica*, abbia concesso nell'editto tre diverse azioni volte a sanzionare l'*effusio* o la *deiectio* compiute dalle abitazioni che si affacciavano sulla strada sottostante e che cagionassero il danneggiamento o la distruzione di cose, nonché l'uccisione o il ferimento di persone libere. Il rimedio pretorio venne concepito probabilmente in funzione sussidiaria rispetto alla *lex Aquilia*, forse anche per colmarne sotto diversi profili le lacunosità e le difficoltà applicative (si pensi in particolare alla necessità – richiesta dall'*Aquilia* – di ricostruire un preciso rapporto di causa ed effetto tra la condotta e il danno cagionato, all'eventualità che le lesioni riguardassero persone libere nonché alla difficoltà di individuare in concreto il soggetto responsabile del danneggiamento)[106].

L'intervento risale forse alla prima metà del I secolo a.C., se è vero che – a quanto pare – ne aveva conoscenza già Servio[107]. Il fatto

---

l'autore del fatto che può essere dato a nossa, salvo che non si voglia ritenere (v. *supra*, nota 103) che in tal caso la possibilità di compiere la *noxae deditio* riguardasse esclusivamente colui (il *servus habitator* o un altro servo) che *in iudicio* si fosse eventualmente dimostrato essere – pur con tutte le difficoltà del caso – l'effettivo responsabile dell'illecito: tale circostanza non contrasterebbe con quanto detto in D. 9, 3, 1, 8 e in particolare con l'affermazione secondo cui la *noxae deditio* del *servus habitator* si scontrerebbe contro l'eventualità che costui «*nihil nocuerit*».

[106] Per i riferimenti all'*Aquilia* nelle fonti in materia di *actiones de effusis vel deiectis* cfr. D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis tenetur, merito ei, qui ob hoc condemnatus est (*Mommsen, *ed. maior*, I, p. 295, nota 3)*, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem, quod verum est. plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem*; implicitamente anche D. 9, 3, 1, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget*. Per i rapporti con l'*Aquilia* cfr. *supra*, in specie p. 100 e nota 22 e p. 137 e nota 92. Quanto alle influenze del regime dell'*Aquilia* su quello del rimedio pretorio qui esaminato cfr. anche, sempre *supra*, note 6, 11 e 81.

[107] Cfr. D. 9, 3, 5, 12 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit, quasi*

poi che singole questioni abbiano suscitato l'interesse di Trebazio e di Labeone dimostra altresì che nell'epoca a cavallo tra Repubblica e Principato la giurisprudenza se ne occupò attivamente, forse anche per la crescente importanza – anche statistica – assunta dall'intervento pretorio di pari passo allo sviluppo urbanistico – in quegli anni tumultuoso – della città di Roma[108].

In relazione all'interesse pubblico alla sicurezza viaria e per rendere più efficace il sistema sanzionatorio previsto, il pretore – oltre a concedere come popolari le azioni per le lesioni (ferimento o uccisione) cagionate a persone libere – ritenne opportuno rendere responsabile, per regola generale, il solo soggetto che veniva conside-

---

haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator. nam et cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, Servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita. idem servandum respondit et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit. Benché l'opinione di Servio si riferisse dunque specificamente all'ambito di applicazione dell'*actio de positis* (per l'esame del passo cfr. *infra*, cap. III, p. 174 e ss.) pare ragionevole ritenere – anche alla luce dell'evidente riferimento all'*actio de effusis vel deiectis* posto all'inizio del testo – che già il giureconsulto repubblicano conoscesse anche quest'ultima: in questo senso, sia pure indirettamente, Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., p. 167 e, con cautela, Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 73 e nota 98. Sul punto v. anche quanto osservato da Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, cit., p. 266 e ss., nonché da Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 204 e da Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., p. 1104.

[108] Per Trebazio cfr. D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si quis gratuitas habitationes dederit libertis et clientibus vel suis vel uxoris, ipsum eorum nomine teneri Trebatius ait: quod verum est. idem erit dicendum et si quis amicis suis modica hospitiola distribuerit. nam et si quis cenacularium exercens ipse maximam partem cenaculi habeat, solus tenebitur: sed si quis cenacularium exercens modicum sibi hospitium retinuerit, residuum locaverit pluribus, omnes tenebuntur quasi in hoc cenaculo habitantes, unde deiectum effusumve est* (v. *supra*, p. 119 e ss.). Quanto a Labeone cfr. D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis tenetur, merito ei, qui ob hoc condemnatus est* (Mommsen, *ed. maior*, I, p. 295, nota 3)*, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem, quod verum est. plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem* (v. *supra*, p. 99 e ss.); D. 9, 3, 6, 1 (Paul. 19 *ad ed.*): *Labeo ait locum habere hoc edictum, si interdiu deiectum sit, non nocte: sed quibusdam locis et nocte iter fit* (v. *supra*, p. 113 e ss.).

rato certamente individuabile come colui cui poteva essere appunto addossata la responsabilità per *effusio* o *deiectio*, cioè colui che abitava l'appartamento da cui queste ultime fossero avvenute[109].

La giurisprudenza tuttavia, alla ricerca di una giustificazione della responsabilità costruita nell'editto in una pura logica di polizia urbana, la trovò successivamente – sia pure senza dirlo esplicitamente – nella c.d. *culpa in eligendo* (o *in vigilando*) e ricorrendo altresì all'espediente di presumere la colpa dell'*habitator*. Ciò, a quanto ne sappiamo, avvenne, a stare alle fonti (spesso tuttavia proprio su questo punto sospettate di rimaneggiamenti), con la giurisprudenza severiana nel cui ambito appaiono sotto questo profilo significative le posizioni assunte da Paolo (che, come anche le *res cottidianae* e successivamente le Istituzioni imperiali, configurò la responsabilità dell'*habitator* per lo più – anche se non esclusivamente – come responsabilità per fatto altrui) e da Ulpiano (che prospettò l'idea che la responsabilità dell'*habitator* riposasse su una presunzione di colpa configurabile a suo carico)[110]. In quest'ottica, nella costruzione ulpianea, coerentemente con le premesse, l'accertamento della responsabilità del *deiector* avrebbe permesso all'*habitator* di rivalersi nei confronti dell'autore materiale del danneggiamento con una azione *in factum* di regresso, una volta che fosse stata superata, ap-

[109] Sulla coerenza del rapporto tra il regime della responsabilità previsto dall'editto e l'*utilitas publica* anche con riferimento al sistema sanzionatorio previsto dal pretore, che trovava espressione, oltre che nella natura della responsabilità e nella conseguente individuazione 'automatica' del soggetto tenuto, anche nella gravità delle sanzioni previste cfr. quanto osservato *supra*, nota 39.

[110] Su questo aspetto v. più in dettaglio *supra*, p. 94 e ss. Quanto alla posizione ulpianea v. anche D. 9, 3, 5, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *…in factum actioni locus est, etiamsi quis operantium deiecerit vel effuderit vel si quis discentium* (su cui v. *supra*, pp. 128-129 e nota 76); in tal caso la responsabilità prevista nell'editto veniva configurata dallo stesso Ulpiano essenzialmente come responsabilità per fatto altrui e, conseguentemente, inquadrata nello schema teorico prospettato in D. 9, 3, 6, 2 (Paul. 19 *ad ed.*) e, per certi aspetti, in D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*). La circostanza è forse testimone del fatto che evidentemente i giuristi severiani oscillavano tra le soluzioni prospettate, muovendosi su piani diversi: da un lato si presumeva la colpa dell'*habitator*, dall'altro si diceva che tale colpa poteva essere diretta o gli poteva essere comunque attribuita attraverso la nozione *culpa in eligendo* (o *in vigilando*). Quello che era comunque per loro rilevante era semplicemente l'ancorare all'elemento 'soggettivo' della colpa un sistema sanzionatorio che invece, così come configurato dall'editto, ne prescindeva del tutto.

punto attraverso la prova dei fatti, la presunzione di responsabilità altrimenti prevista[111].

Tuttavia l'attività interpretatrice della giurisprudenza non si limitò certo a questo aspetto. Oltre ad alcuni ampliamenti dell'ambito originario di applicabilità dell'intervento pretorio[112] fu infatti con ogni probabilità dovuta alla riflessione giurisprudenziale anche la fissazione dei criteri da applicare in concreto per l'individuazione dei soggetti tenuti responsabili dall'editto e in particolare dei criteri di ripartizione della responsabilità nel caso in cui si riscontrasse in un *cenaculum* la presenza di una pluralità di persone potenzialmente obbligate. A questo proposito – nel contesto della ricca casistica testimoniataci dalle fonti – si pongono in particolare la distinzione concettuale tra *habitator* e *hospes* e l'elaborazione di quello che abbiamo definito il 'criterio della prevalenza quantitativa' nel caso specifico della pluralità di *habitatores* «*in conducto*» o «*in gratuito*», criterio costruito a parziale eccezione della regola generale della responsabilità *in solidum* di norma prevista nel caso di una pluralità di *habitatores* conviventi[113].

È poi possibile che, in assenza di una precisa determinazione dell'editto, alla stessa elaborazione giurisprudenziale sia dovuta la

---

[111] Si può in sede di coordinamento notare che un'analoga azione *in factum* di regresso è quella prevista da D. 9, 3, 4 (Paul. 19 *ad ed.*) ed ivi denominata *utilis*: sui problemi e i dubbi interpretativi sollevati da tale azione, concessa a favore dell'*habitator* chiamato a rispondere del danneggiamento nei confronti di coloro che, conviventi con lui, fossero tenuti *pro quota* al risarcimento cfr. *supra*, pp. 125-126.

[112] Mi riferisco all'attribuzione di responsabilità a chi *non inhabitat*, ma esercita stabilmente in un luogo la propria attività (cfr., con riguardo all'*horrearius*, al *conductor apothecae* o a chi *in conductum locum habebat, ut ibi opus faciat vel doceat*, D. 9, 3, 5, 3 [Ulp. 23 *ad ed.*]) o altrimenti al *praepositus navi* qualora l'*effusio* o la *deiectio* fossero avvenute da una nave ancorata in porto (cfr. D. 9, 3, 6, 3 [Paul. 19 *ad ed.*]).

[113] Come accennato l'eccezione era solo parziale in quanto nel caso in cui il *cenaculum* fosse per la maggior parte concesso in locazione a più soggetti, questi ultimi, a quanto pare unitamente al *cenacullariam exercens*, sarebbero comunque stati a loro volta tenuti in solido, cfr. sul punto D. 9, 3, 5, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *…sed si quis cenacullariam exercens modicum sibi hospitium retinuerit, residuum locaverit pluribus, omnes tenebuntur quasi in hoc cenaculo habitantes, unde deiectum effusumve est.* La regola generale della solidarietà non si riteneva applicabile neppure nel caso di più *habitatores pro diviso* (D. 9, 3, 5 pr. [Ulp. 23 *ad ed.*]) o nel caso in cui comunque l'*effusio* o la *deiectio* fossero riferibili ad una parte del *cenaculum* concessa in abitazione esclusiva (D. 9, 3, 5, 2 [Ulp. 23 *ad ed.*]).

configurazione di tale responsabilità come elettiva piuttosto che come cumulativa, in un quadro in cui il carattere penale e reipersecutorio del rimedio pretorio sembrano convivere. Ciò tuttavia non impedì ovviamente che le *actiones de effusis vel deiectis* fossero invece compartecipi degli altri elementi che di norma contraddistinguono le azioni penali. Si tratta innanzi tutto della intrasmissibilità passiva, esplicitamente prevista per tutte e tre in D. 9, 3, 5, 5, un passo in cui, come sappiamo, si trovano fissate – in una rapida, ma efficace sintesi – le principali caratteristiche delle azioni *de effusis vel deiectis* e nel quale risultano emergere ulteriori elementi significativi e perfettamente congruenti con lo scopo dell'*utilitas publica* perseguito con l'intervento pretorio. Mi riferisco in questo caso in particolare al carattere di azioni popolari attribuito alle azioni previste per l'uccisione e il ferimento di persone libere e alla conseguente intrasmissibilità attiva che, in quest'ultima circostanza, si dice ulteriormente determinata, qualora l'azione fosse invece concessa come privata, dal fatto che «*quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet*»[114].

In armonia con la natura penale del rimedio pretorio si poneva inoltre il suo carattere nossale, escluso – a quanto pare (e benché nel caso dello schiavo non possa forse dirsi del tutto certo) – solo

[114] A tale ultimo principio pare connesso quell'altro, elaborato dalla giurisprudenza, in tema di risarcibilità del danno cagionato alla persona: si deve ricordare a questo proposito che si escludeva, con riferimento alle lesioni fisiche, il danno non patrimoniale, giustificando la soluzione prospettata col valore inestimabile dell'integrità fisica e della vita umana. Sotto questo profilo gli stessi giuristi stabilirono anzi che, con riferimento al danno alla persona, agli effetti della valutazione complessiva del danno risarcibile, si sarebbero dovuti valutare esclusivamente il c.d. danno emergente (gli onorari dei medici, le spese sostenute per la cura) e il c.d. lucro cessante (il mancato guadagno conseguente all'eventuale impossibilità di svolgere la normale attività lavorativa). Quest'ultima regola, come è noto, veniva applicata anche in altre ipotesi di risarcimento del danno, cfr. D. 9, 1, 3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse… sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus.* Altrettanto deve dirsi per il principio *liberum corpus nullam recipit aestimationem* affermato da 9, 3, 7 (Gai. 6 *ad ed. prov.*) e da D. 9, 3, 1, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*), rispettivamente con riferimento alla non risarcibilità del danno non patrimoniale nel caso di ferimento o uccisione di persone libere: sul punto cfr. infatti anche D. 14, 2, 2, 2 (Paul. 34 *ad ed.*): *…corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse…*; nonché ancora D. 9, 1, 3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): *…cum liberum corpus aestimationem non recipiat…*

nel caso in cui i sottoposti non convivessero col titolare della potestà[115]. A questo proposito più precisamente sembra si concedesse l'inserimento nella formula della c.d. *exceptio noxalis* che, pur non ponendosi come condizione negativa della condanna e risolvendosi in realtà in una particolare configurazione della *condemnatio*, permetteva al convenuto di sottrarsi al pagamento della sanzione e alla conseguente fase esecutiva attraverso l'abbandono nossale del sottoposto (lo schiavo o, in una fase più antica, probabilmente anche il *filius familias*) purché si fosse provato *in iudicio* che quest'ultimo fosse l'autore materiale dell'illecito e alla condizione che il fatto lesivo fosse comunque avvenuto *insciente domino*[116].

[115] Per la sostanziale genuinità di quanto riferito in D. 9, 3, 1, 7-8 (Ulp. 23 *ad ed.*) in merito alla responsabilità diretta dei *filii familias* che abitassero separatamente dal titolare della potestà e all'impossibilità di concedere un'azione con formula nossale contro il *dominus* nel caso di danneggiamento per *effusio* o *deiectio* determinatesi da un *cenaculum* autonomamente abitato da uno schiavo, salvo forse il caso della dimostrazione della responsabilità di chi avesse materialmente compiuto l'illecito (v. *supra*, nota 105), nonché per la sostanziale congruenza con quanto affermato in D. 9, 3, 1, pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) v. più ampiamente *supra*, p. 136 e ss. Quanto invece alla probabile non classicità della *correctio extra ordinem* prevista dallo stesso testo di D. 9, 3, 1, 8 (Ulp. 23 *ad ed.*) nei confronti del servo cfr. in specie note 102 e 105.

[116] Cfr. D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *…si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut* [*noxam*] <*noxae*> *dedere*. Sotto questo profilo appare opportuno ribadire ancora una volta il carattere complementare dell'*actio de effusis vel deiectis* rispetto alla *lex Aquilia*: come abbiamo visto (cfr. *supra*, in particolare p. 137 e nota 92) anche nel caso dell'*Aquilia* si prevedeva infatti che l'azione potesse essere intentata in forma nossale contro il *dominus* (nel caso specifico *servi nomine*) qualora il comportamento lesivo non fosse stato quanto meno tollerato dalla *scientia* e *patientia* di quest'ultimo.

Capitolo III
POSITUM AUT SUSPENSUM

1. *La prescrizione edittale e le questioni interpretative poste in D. 9, 3, 5, 6-9 e 11 (Ulp. 23* ad ed.*)*

Strettamente connessa con la figura di cui ci siamo occupati nel capitolo che precede è la fattispecie del *positum aut suspensum*, cui non a caso, come già sappiamo, le fonti fanno riferimento – talvolta in via meramente incidentale – in contesti appunto principalmente dedicati all'*effusum vel deiectum*[1].

[1] I lavori dedicati *ex professo* al *positum aut suspensum* sono numericamente limitati e anche nella letteratura il tema in questione è trattato spesso congiuntamente all'*effusum vel deiectum*: cfr. A. Watson, *Liability in the actio de positis ac suspensis*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne, 1963 p. 379 e ss. (dello stesso autore v. in sintesi anche *Studies in Roman Private Law*, London, 1991, p. 327 e ss.); Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 379 e ss.; Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., in specie p. 457 e ss.; W.M. Gordon, *The actio de Posito Reconsidered*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London, 1983, p. 45 e ss.; L. Rodríguez-Ennes, *Algunas consideraciones acerca de la «actio de positis vel suspensis»*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 16, 1990 (*Homenaje al Profesor D. Juan Antonio Arias Bonet*), p. 255 e ss. (successivamente, dello stesso autore, *Los actos ilícitos de derecho honorario*, cit., p. 918 e s.); Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., p. 1103 e ss.; D. Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, in *Index* 27, 1999, p. 409 e ss.; Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., pp. 16-18. Per quanto riguarda le trattazioni dedicate alle obbligazioni *quasi ex delicto* cfr. altresì Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 94 e ss.; Stojcevic, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, cit., pp. 66-67; Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 207 e ss.;

Conferma di ciò si trova innanzi tutto nel testo delle Istituzioni imperiali, da cui anche stavolta muoveremo i passi iniziali della nostra indagine, prendendo in via preliminare in considerazione il breve inciso collocato dai compilatori in I. 4, 5, 1, subito dopo aver precisato che i rimedi pretori relativi all'*effusum vel deiectum* si sarebbero dovuti esperire nei confronti dell'*habitator* e avere inoltre affermato che costui era tenuto a rispondere del danneggiamento cagionato a chi passasse o stazionasse nella pubblica via anche se per lo più non ne era materialmente il colpevole[2]. Appunto in questo contesto, seguendo ancora una volta il canovaccio del testo parallelo delle *res cottidianae*, si apre un breve squarcio in cui si richiama la responsabilità – che si dice di analoga natura – di chi, in un luogo di pubblico passaggio, avesse piuttosto posto o sospeso qualcosa che, cadendo, avrebbe potuto a sua volta arrecare danno a chi si trovasse a transitare nella via sottostante:

> I. 4, 5, 1: *…cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere: quo casu poena decem aureorum constituta est…*
>
> D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): *…cui similis est is, qui ea parte, qua volgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere...*

Id., *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, cit., p. 1287; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 109 e ss.; sul punto v. anche Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 191 e ss. Qualche ulteriore spunto, in relazione a questioni particolari, può ritrovarsi in Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., in specie pp. 165-167; più di recente v. anche Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, cit., p. 82 e ss., van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., p. 467 e ss., nonché ancora Palmirski, *How the commentaries to «de his qui deiecerint vel effuderint» and «ne quis in suggrunda» edicts could be used on the ground of «edictum de feris»*, cit., p. 323 e ss., Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., in specie pp. 317-318, nota 4, p. 321, nota 12 e Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., pp. 675-678.

[2] Sul punto, per un esame complessivo del testo di I. 4, 5, 1, con particolare riferimento all'*actio de effusis vel deiectis*, v. *supra*, cap. II, p. 87 e ss.

Come con evidenza risulta dal confronto testuale, l'unica differenza tra i due passi appena riprodotti riguarda l'aggiunta della frase finale «*quo casu poena decem aureorum constituta est*» nel frammento delle Istituzioni imperiali. I redattori di queste ultime ritennero cioè opportuno aggiungere, rispetto al modello utilizzato, la precisazione che il comportamento descritto sarebbe stato sanzionato mediante l'applicazione di una pena fissa di dieci aurei[3].

A fronte di queste scarne indicazioni, più ampie notizie si possono tuttavia riscontrare nel titolo 9, 3 del Digesto nel quale, nell'ambito della trattazione che sappiamo dedicata *ex professo* all'*effusum vel deiectum*, viene conservato un ampio tratto del ventitreesimo libro del commentario ulpianeo *ad edictum* (cfr. D. 9, 3, 5, 6 e ss.), dove già il giurista severiano si occupava – a sua volta in una sorta di appendice – dell'*edictum de positis*, fornendo, in un articolato e puntuale commento (v. i §§ 8-11), i criteri da applicare per l'interpretazione delle previsioni edittali[4].

---

[3] Sono i dieci solidi cui fa riferimento anche D. 9, 3, 5, 6 (Ulp. 23 *ad ed.*) nel riportare i *verba edicti*: v. subito *infra*, nel testo. È appena il caso di osservare che il passo ulpianeo doveva far riferimento piuttosto alla pena edittale di diecimila sesterzi; si tratta di un evidente aggiornamento introdotto dai compilatori per adeguare la sanzione prevista al sistema monetario vigente (v. già *supra*, cap II, nota 10): sul punto, in generale, cfr. per tutti Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 551, nota 2 (con riferimento specifico alla nostra azione v. anche lo stesso Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 174, che sostituisce *solidorum decem* di D. 9, 3, 5, 6 con *sestertiorum decem milium nummorum*).

[4] È incerto se l'editto *de posito* si riferisse anche al *suspensum*: l'incertezza è ingenerata dalla circostanza che nel testo dell'editto e nel relativo commentario ulpianeo si utilizza il termine *positum*, ma non l'espressione *positum aut suspensum* (cfr. i §§ 6, 7, 9, 10, 11 e 12 di D. 9, 3, 5). Si può aggiungere che nel § 8 ricorre inoltre il termine – da ritenersi sostanzialmente equivalente – *expositum*, che ritorna anche nel § 12. Sul punto, per l'opinione che l'*edictum* facesse riferimento al solo *positum*, cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., in specie p. 109. Quale che fosse la dizione edittale, pare potersi ritenere tuttavia che l'editto in questione si applicasse anche al *suspensum*: è vero infatti che la dizione *positum aut suspensum* si trova esclusivamente in I. 4, 5, 1-2 e in D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*), ma è altrettanto vero che, quale che sia l'attendibilità che voglia riconoscersi per la ricostruzione del diritto classico al testo delle *res cottidianae*, l'equivalenza risulta presupposta anche in D. 9, 3, 5, 12 in cui, come meglio avremo occasione di vedere (cfr. *infra*, p. 174 e ss.), si prevedeva la concessione di un'azione *ad exemplum* dell'*actio de positis* nel caso dell'«*amphora ex reticulo suspensa*» che fosse successivamente caduta cagionando un danno e ciò non perché fosse appunto *suspensa*, ma in quanto non lo era «*in suggrunda protectove*». Sul punto, anche con riferimen-

Procedendo con ordine, vengono a questo proposito in considerazione anzitutto i §§ 6-7, in cui i compilatori ci hanno conservato, in successione, la relativa clausola e la c.d. *laudatio edicti*[5]:

> D. 9, 3, 5, 6-7 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. qui adversus ea fecerit, in eum* [*solidorum decem*] <*sestertiorum decem milium nummorum*> *in factum iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur,* <*aut idem dari*> *aut noxae dedi iubebo'. 7. Hoc edictum superioris portio est: consequens etenim fuit praetorem etiam in hunc casum prospicere, ut, si quid in his partibus aedium periculose positum esset, non noceret.*

La stretta connessione tra le prescrizioni edittali relative all'*effusum vel deiectum* e quelle riguardanti il *positum aut suspensum*, al di là della loro continuità spaziale nell'ambito della trattazione ulpianea, è evidenziata dunque in termini espliciti nel § 7 in cui si afferma che l'editto in questione era una semplice *portio* del precedente e che le sue previsioni si ponevano – già nell'ottica dell'interven-

---

to a D. 9, 3, 1, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*) che sembrerebbe a sua volta presupporre che l'*actio de positis* potesse eventualmente riferirsi anche al *suspensum*, v. Gordon, *The actio de Posito Reconsidered*, cit., pp. 45-46.

[5] Si deve notare che, salvo la sanzione pecuniaria dei dieci solidi (v. *supra*, nota 3) e la clausola finale riprodotta nel § 6 («*si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo*»), che risulta incompleta e va probabilmente integrata (cfr. *infra*, p. 167) seguendo il Mommsen (v. *ed. maior*, I, p. 296, nota 1) con l'aggiunta dell'espressione *aut idem dari* o altrimenti facendo precedere la formula «*aut noxae dedi iubebo*» dalle parole *in iudicio adiciam* documentate da D. 9, 3, 1 pr. (così Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 174, nota 10; per un'ulteriore ipotesi v., sulla scia dello stesso Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., c. 551, nota 3, anche Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 17, che ritiene che la formula fosse del tutto uguale a quella della clausola nossale prevista per l'*effusum vel deiectum*: *in iudicio adiciam: aut* [*noxam*] <*noxae*> *dedere*), i §§ 6 e 7 di D. 9, 3, 5 sono andati esenti da sospetti da parte della critica interpolazionistica. Ciò nonostante, in tempi recenti, dubbi sulla genuinità formale del § 7, con riferimento al tratto da *consequens* in poi, sono stati avanzati – ma direi senza convincere – da Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 458.

to pretorio – in un rapporto di stretta continuità con quelle relative all'*effusum vel deiectum*[6].

Quale che sia l'opinione che voglia accogliersi circa la possibilità che il testo edittale riprodotto nel § 6 fosse o meno parte integrante di quello dell'editto precedente[7], ciò che pare ragionevolmente ricavabile dalla lettura del testo è che comunque, anche in questo caso, la previsione introdotta dal pretore era rivolta a tutelare la sicurezza della circolazione e dello stazionamento nella pubblica via, circostanza questa che trova chiara ed indiscutibile espressione nelle parole «*quo vulgo iter fiet inve quo consistetur*», che non a caso riproducono testualmente la stessa dizione che abbiamo già incontrato in D. 9, 3, 1 pr.[8].

---

[6] La circostanza appena rilevata esce ulteriormente rafforzata dalla constatazione della tendenziale coincidenza cronologica delle relative disposizioni edittali: entrambe, come comunemente si ritiene sulla base della testimonianza di D. 9, 3, 5, 12 e al riferimento ivi contenuto all'opinione di Servio, risalgono probabilmente, come abbiamo già avuto modo di vedere (v. *supra*, cap. II, p. 147), alla prima metà I secolo a.C.; sul punto, oltre alla letteratura indicata *supra*, cap. II, nota 107, cfr. anche, tra i lavori che si sono occupati *ex professo* della questione in relazione all'*actio de positis*, Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 94, nonché, nella letteratura più recente, Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 371; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 91 e p. 110; Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, cit., p. 416, nota 3.

[7] Sul punto v. Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, cit., p. 416, nota 7, che propone l'ipotesi che Ulpiano, con le parole «*hoc edictum superioris portio est*» piuttosto che testimoniare un'articolazione interna dell'editto sull'*effusum vel deiectum*, intedesse indicare rispetto ad esso una complementarità sostanziale dell'editto *de positis*. Al proposito sembra infatti opportuno notare che la stretta connessione tra le due disposizioni edittali non pare comunque aver impedito che l'editto *de positis* – sia pure appunto collegato in un rapporto di stretta continuità logica e spaziale a quello relativo all'*effusum vel deiectum* (E.P. § 61: *de his qui deiecerint vel effuderint*) – fosse caratterizzato da un'apposita, autonoma rubrica: benché tale opinione non sia universalmente condivisa (v., per alcune voci divergenti, *supra*, cap. II, nota 2), cfr. in specie, sul punto, la ricostruzione di Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 174 (E.P. § 62: *ne quis in suggrunda*). Non mi sentirei tuttavia del tutto di escludere che la testimonianza ulpianea di D. 9, 3, 5, 7 denunci un'evoluzione successiva in cui le disposizioni dell'editto *de positis* siano state ulteriormente avvicinate – e forse incorporate – a quelle relative all'altro sull'*effusum vel deiectum* (v. *infra*, nota 47).

[8] Cfr. D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: 'Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur…'*. Sul testo, con riferimento all'aspetto qui considerato, v. *supra*, cap. II, p. 110 e nota 40. A questo specifico profilo – e cioè alle comuni finalità di sicurezza pubblica persegui-

Quanto appena rilevato non esclude che la formulazione della prescrizione edittale si differenziasse per altro verso dalla precedente, volta com'era – in questo caso – a vietare a chiunque («*ne quis…*») una condotta, rispetto all'altra che invece – come ben sappiamo –, individuando il presupposto di fatto che avrebbe dato luogo all'intervento del pretore, prevedeva contestualmente la normale responsabilità dell'*habitator*[9].

---

te unitamente alla comune qualificazione di quasi delitti (in questo senso Theoph., *paraph.* 4, 5, 1) – mi pare si riferisca in primo luogo il rapporto di stretta vicinanza tra i due rimedi pretori, sottolineato dall'espressione «*cui similis est*» delle *res cottidianae* e delle Istituzioni imperiali: intendo dire che rimarrei incerta se condividere l'idea che l'espressione sia volta anche ad indicare la sostanziale comunanza di regime tra *positum aut suspensum* e *effusum vel deiectum* (cfr., per l'opinione che con essa si faccia riferimento al comune carattere nossale, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 122 o, per quella che ipotizza che con essa si voglia evidenziare che la responsabilità per *positum aut suspensum* fosse del tutto analoga a quella per *effusum vel deiectum*, Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 193 e nota 66) e in particolare – per i motivi che si esporranno subito di seguito (v. *infra*, nota 10) – l'opinione di Watson, *Liability in the actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 380-381, secondo il quale l'espressione in questione farebbe piuttosto riferimento al fatto che anche nel caso del *positum aut suspensum* fosse tenuto «*non proprie ex maleficio*» l'*habitator* (sul punto v. anche dello stesso Watson, *Studies in Roman Private Law*, cit., pp. 328-329). La mia incertezza a quest'ultimo proposito è legata al fatto che se è vero che, ai sensi dell'editto, l'*habitator* era uno solo uno dei possibili responsabili dell'illecito (v. *infra*, ancora nota 10) è altrettanto vero che in prosieguo di tempo, come testimonia D. 9, 3, 5, 8 (v. subito *infra*, nel testo), la responsabilità per *positum aut suspensum*, venne di norma accollata all'*habitator* o, in subordine, al proprietario dell'edificio. Potrebbe essere cioè che il testo delle *res cottidianae* (nonché quello, da esso derivato, delle Istituzioni imperiali) – riferendosi eventualmente alla responsabilità dell'*habitator* – si richiami dunque all'interpretazione che si fece in prosieguo di tempo delle disposizioni edittali.

[9] Sulla diversa forma di redazione delle due clausole e in particolare sulla struttura dell'*edictum de positis* cfr. in specie quanto osservato dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 110. Per quanto riguarda il rapporto tra le due previsioni edittali e per la loro diversa costruzione formale v. anche le osservazioni di D. Daube, *Forms of Roman Legislation*, Oxford, 1956, pp. 26-27 e di Watson, *Studies in Roman Private Law*, cit., p. 328. Va altresì sottolineato che l'*edictum de positis* presenta invece evidenti assonanze stilistiche e formali con quello *de feris* (E.P. § 295), cfr. D. 21, 1, 40, 1 (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*): *Deinde aiunt aediles:* '*ne quis canem, verrem vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem*'; D. 21, 1, 42 (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*): '*qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit…*'. Sul punto cfr. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 566 e di recente Palmirski, *How the commentaries to «de his qui deiecerint vel effuderint» and «ne quis in suggrunda» edicts could be used on*

Proprio sotto questo profilo appare del resto chiarificatore il commento ulpianeo all'*incipit* della clausola edittale così come ci viene presentato, subito di seguito, nel testo riprodotto dai compilatori del Digesto:

> D. 9, 3, 5, 8 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Ait praetor: 'ne quis in suggrunda protectove'. haec verba 'ne quis' ad omnes pertinent vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis.*

Il giurista severiano notava dunque che la formulazione dell'editto in questione ed in particolare il «*ne quis*» con cui si apriva il testo edittale ne comportava un ambito di applicazione generale («*haec verba 'ne quis' ad omnes pertinent*»)[10]. In via interpretativa si preci-

---

the ground of «edictum de feris», cit., pp. 330-332. Quanto all'*edictum de feris* v., tra gli altri, per limitarmi qui ad indicare la letteratura meno risalente nel tempo, G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 87 e ss.; Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 78 e ss. e *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 55 e ss.; L. Rodríguez-Ennes, *Delimitación conceptual del ilícito edilicio «de feris»*, in *Iura* 41, 1990, p. 53 e ss.; Idem, *Estudio sobre el «edictum de feris»*, Madrid, 1992 e *Los actos ilícitos de derecho honorario*, cit., p. 907 e ss.; E. Lozano y Corbí, *La tenencia de animales peligrosos en lugares de público paso, en el Derecho Romano y su protección edilicia*, in *Actas del II Congreso iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia, 1998, p. 191 e ss.; E. Caiazzo, *Lex Pesolania de cane*, in *Index* 28, 2000, p. 289 e ss.

[10] L'individuazione del responsabile nei termini generali indicati dall'editto implica fra l'altro un contenuto variabile della condotta che può consistere nell'atto di porre, nel lasciar posto ciò che è stato collocato da altri, nonché nel tollerare (*pati*) che altri ponga: v. Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., p. 1111. Sul punto, con riguardo alla possibilità di tenere responsabile, anche alla luce del dettato di D. 9, 3, 5, 10 (Ulp. 23 *ad ed.*), sia chi avesse posto qualcosa in modo da cagionare la situazione di pericolo, sia chi – in qualità di *dominus* o inquilino – non avesse provveduto a rimuovere ciò che tale situazione determinava v., con ampio quadro delle opinioni espresse dalla Glossa fino alla letteratura ottocentesca, Gordon, *The actio de Posito Reconsidered*, cit., p. 51. Va dunque rilevato che alla luce del testo in esame appare comunque inesatta l'opinione di chi ritiene che anche nel caso del *positum aut suspensum* la prescrizione edittale tenesse responsabile il solo *habitator*: così invece Watson, *Liability in the actio de positis ac suspensis*, cit., in specie p. 379. In realtà, come evidentemente si ricava dalla lettura delle fonti, per l'editto in questione avrebbe dovuto rispondere colui che *aliquid positum habeat*, incluso pertanto – in quanto a lui fosse riferibile tale comportamento – l'*habitator*: cfr. a questo proposito, nella letteratura recente, Longo, *I quasi delicta – Actio de effu-*

sava tuttavia che comunque, in virtù della previsione edittale, potevano in pratica essere tenuti – in quanto si potesse dire che *positum habeant* (cfr. § 6) – sia i semplici inquilini, che gli stessi *domini*, indipendentemente dal fatto che si trattasse o meno, nel caso di questi ultimi, di *habitatores*. La responsabilità gravava pertanto non solo su chi abitasse (si trattasse appunto di *dominus* o *inquilinus*), ma anche – si pensi soprattutto al caso dell'edificio disabitato – su chi ne fosse proprietario[11].

---

sis et deiectis – Actio de positis ac suspensis, cit., in specie pp. 462-463 e Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 117-118.

[11] Sul punto v. Gordon, *The actio de Posito Reconsidered*, cit., p. 47. Non è comunque esatto dire che per *positium aut suspensum* fossero chiamati a rispondere 'soltanto' l'inquilino o il proprietario: cfr. Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 676. La polarizzazione della responsabilità in capo a *inquilini* e *domini* in quanto *positum habentes* avviene infatti in via interpretativa a fronte di una previsione edittale che implica piuttosto una individuazione del responsabile in termini inderminati («*ne quis…*»). Quanto a quest'ultima, per la possibilità che *qui posuit* (ad esempio un ospite) fosse tenuto a rispondere personalmente nel caso in cui avesse collocato qualcosa in posizione di pericolo all'insaputa dell'*habitator* o del *dominus*, cfr. Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, cit., p. 417, nota 8 (sul punto v. anche *infra*, nota 56). Per quanto riguarda il riferimento agli inquilini che trova la sua giustificazione nella giustapposizione «*inquilinos vel dominos aedium*» cfr. in particolare Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 117 e nota 41. A mio avviso non si adatta invece al contesto considerato la distinzione tra *inquilini* (conduttori di un'*insula*) e *habitatores* (conduttori di un singolo *cenaculum*) ora prospettata da Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 132 e note 53 e 54. Non credo cioè che dalla frase «*sive inhabitent sive non*» si possa ricavare l'idea che anche gli *inquilini*, come i *domini* possano non essere *habitatores* (così invece Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., in specie p. 318, nota 4): quanto qui sostenuto mi pare avvalorato da un passaggio di D. 9, 3, 5 12 («*nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator*») che sembra dimostrare che *inquilinus* è chi ha comunque la disponibilità della casa (*habitator*) benché non come *dominus* (solo in questo senso può infatti avere un significato la distinzione tra chi *inhabitat* e il *dominus*). È dunque piuttosto vero che possono essere o non essere *habitatores* i *domini* ed è proprio questa la circostanza che a mio avviso il testo del § 8 vuole sottolineare. Del resto, per quanto riguarda l'osservazione circa la responsabilità del *dominus* qualora l'edificio risultasse disabitato, v. in particolare Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., in specie p. 715, che ipotizza che la responsabilità del *dominus* che non abitasse fosse in qualche modo residuale e venisse in gioco quando non ci fosse qualcuno che abitasse la casa (v. anche p. 719 e ss.). Diversamente sul punto Cursi, *op. ult. cit.*, pp. 676-677, nota 65, che ritiene piuttosto che il *dominus* fosse tenuto in quanto effettivo autore del fatto anche se la casa fosse abitata da un inquilino. Sul punto, quanto al rapporto tra la responsabilità del *dominus* e

Su altro piano, quanto invece al profilo oggettivo, quello che rilevava per l'applicazione della prescrizione edittale era essenzialmente che si fosse posto alcunché in posizione pericolosa (significativo in questo senso l'avverbio «*periculose*» utilizzato nel § 7) in alcune parti specificamente individuate dell'edificio – cioè, come risulta dai *verba edicti*, «*in suggrunda protectove*» –, vale a dire in particolare nelle coperture e nelle sporgenze che oltrepassassero la linea del muro di facciata[12].

Ciò più esattamente – come precisa ancora Ulpiano ulteriormente commentando le parole edittali – poteva accadere con riferimento ad ogni tipo di edificio, purché la *positio* fosse appunto avvenuta, come si è detto, «*supra eum locum, qua vulgo iter fieret inve quo consistetur*»:

> D. 9, 3, 5, 9 (Ulp. 23 *ad ed.*): *'Supra eum locum, qua vulgo iter fieret inve quo consistetur, id positum habeat'. accipere debemus positum sive in habitationis vel cenaculi, sive etiam in horrei vel cuius alterius aedificii.*

Ciò che importava era dunque semplicemente la circostanza che si fosse posto qualcosa che, sporgendo sulla pubblica via, potesse mettere in pericolo la sicurezza della circolazione sottostante, non avendo rilevanza se l'edificio in questione fosse adibito ad abitazione privata («*sive in habitationis vel cenaculi*») o piuttosto allo svolgimento di attività commerciali (in questo senso è significativo lo specifico riferimento agli *horrea*)[13]. Del resto, con ogni probabi-

---

quella dell'inquilino e ai limiti in cui potesse riscontrarsi un *positum habere* in capo al primo per quanto *positum aut suspensum* dal secondo e viceversa, cfr. le penetranti osservazioni di Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 619.

[12] Con riferimento alla terminologia utilizzata nell'editto e per un tentativo di definizione del significato dei termini *protectum* e *suggrunda*, non solo alla luce delle fonti giuridiche, ma anche (soprattutto per il significato e l'origine del termine *suggrunda*) attraverso quelle letterarie ed epigrafiche, v. l'ampia ed esauriente trattazione della Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 112 e ss.

[13] Si deve notare che il testo in questione è stato sospettato da Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 459, soprattutto con riferimento alla frase finale «*sive etiam in horrei vel cuius alterius aedificii*», in cui sia l'*etiam*, come anche tutta l'espressione «*vel cuius alterius aedificii*» sarebbero da attribuire ad un completamento formale attribuibile ai giu-

lità, quest'ultimo caso venne a sua volta ricondotto dalla giurisprudenza alla previsione edittale proprio in virtù della portata generale di quest'ultima, aprendo tra l'altro, per questo mezzo, la strada al parallelo riconoscimento, in via interpretativa, della responsabilità dell'*horrearius* per *effusum vel deiectum* che, come sappiamo, ci è a sua volta documentata dal testo ulpianeo di D. 9, 3, 5, 3[14].

Al di là delle rilevate analogie e del parallelismo appena sottolineato la fattispecie regolata dall'editto in questione si differenziava tuttavia, sotto alcuni aspetti, da quella prevista dallo stesso pretore con riferimento alla figura dell'*effusum vel deiectum*: si trattava innanzi tutto di sanzionare in questo caso non un comportamento lesivo, ma piuttosto per lo più – in via preventiva – la condotta di chi avesse tenuto un comportamento anche solo potenzialmente idoneo a cagionare un danno, indipendentemente dal fatto che questo si fosse o meno effettivamente determinato[15].

La circostanza è esplicitamente evidenziata nel commento ulpianeo alle parole edittali «*cuius casus nocere posset*»:

---

stinianei. L'ipotesi – che comunque non modifica più di tanto il contenuto sostanziale del testo – è, mi pare non a torto, respinta dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 112, anche se da parte mia rileverei che comunque il testo, nell'attuale redazione, risulta incompleto in quanto privo del sostantivo che regge i genitivi. La frase finale va cioè a mio avviso così integrata aggiungendo l'ablativo *protecto*: *…accipere debemus positum sive in habitationis vel cenaculi, sive etiam in horrei vel cuius alterius aedificii <protecto>*.

[14] Sul punto v. *supra*, cap. II, pp. 128-129. Non mi sembra dunque di poter convenire con la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 112, laddove l'autrice spagnola ritiene che l'*edictum de positis* trovasse applicazione, a differenza delle prescrizioni riguardanti l'*effusum vel deiectum*, con riferimento ad ogni tipo di immobile, fosse o no adibito ad abitazione privata. Nello stesso equivoco sembra cadere ora anche Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 17 e nota 74. Il problema appare in questi termini male impostato: è infatti la struttura stessa dell'editto in questione che, prevedendone un ambito di applicazione generale, si prestava a far ricadere – almeno in potenza – la responsabilità per *positum aut suspensum* su una pluralità di soggetti («*ne quis…*»), a differenza di quanto avveniva per le disposizioni in tema di *effusum vel deiectum* che – come ben sappiamo – stabilivano invece, per regola generale, la responsabilità del solo *habitator*.

[15] Si trattava cioè di una figura che presentava motivi di affinità con la moderna nozione di illecito di pericolo: sul punto cfr. quanto osservato da Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 457 e, più di recente, da Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 676.

> D. 9, 3, 5, 11 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait 'cuius casus nocere posset'. ex his verbis manifestatur non omne quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere praetorem, ne possit nocere: nec spectamus ut noceat, sed omnino si nocere possit, edicto locus sit. coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit.*

Veniva dunque in considerazione non il semplice dato di fatto che qualcosa venisse posto nei luoghi individuati dall'editto, ma la eventualità che quanto così posto fosse potenzialmente idoneo a cagionare un danno («*sed quidquid sic positum est, ut nocere possit*») e ciò – come abbiamo visto – indipendentemente dalla circostanza che l'evento lesivo si fosse poi effettivamente realizzato («*coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit*»)[16].

Le caratteristiche e le modalità del comportamento così sanzionato spiegano del resto l'altra differenza rispetto all'*effusum vel deiectum* che riguarda invece i soggetti chiamati a rispondere del *positum aut suspensum*. Se infatti per l'*effusum vel deiectum* il pretore non faceva altro che chiamare in causa chi in concreto abitasse nell'edificio da cui erano appunto avvenute l'*effusio* o la *deiectio*, non altrettanto si può dire per la fattispecie qui considerata; in virtù dell'*incipit* della previsione edittale («*ne quis…*») e della conseguente applicazione generale delle disposizioni ivi contenute («*ad omnes pertinent*» dirà Ulpiano) l'azione in questione era infatti potenzialmente diretta contro chiunque *positum habeat*, il che vale a dire che, per l'individuazione del responsabile ai fini dell'eserci-

[16] Quanto all'integrazione del testo sulla base del testo della *Vulgata* in relazione all'assenza nella *littera Florentina* delle parole finali «*sive non nocuit*» e dell'*incipit* del successivo § 12 («*Si id quod positum erat…*») v. Gordon, *The actio de Posito Reconsidered*, cit., pp. 52-53, nota 17. Ciò che rilevava per l'editto era dunque il comportamento di chi «*positum habeat*» qualcosa che fosse potenzialmente idoneo a cagionare un danno, dovendosi prescindere, per l'applicazione della sanzione edittale, dall'effettiva causazione dell'evento dannoso: sul punto cfr. Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 17, nonché in precedenza Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 460, che avanza anche l'ipotesi che il testo sia stato rimaneggiato in particolare con l'aggiunta della parte «*hoc solum-locus sit*», un «glossema che – come rileva l'autore – in modo ridondante, ripete il già detto».

zio dell'*actio de positis aut suspensis*, ciò che rilevava era, almeno a stare al contenuto dell'editto, esclusivamente la determinazione dell'autore della situazione di pericolo[17]. Fu poi la giurisprudenza che, forse anche in base all'*id quod plerumque accidit*, ritenne che il *positum habere* alludesse non solo al fatto di porre, ma anche al fatto di mantenere ciò che è stato posto e che pertanto dovessero essere di norma tenuti responsabili l'*habitator* ed eventualmente – anche se non abitasse – il *dominus aedis*[18].

---

[17] In questo senso, con riferimento al tenore letterale dell'editto come risultante da D. 9, 3, 5, 6 (Ulp. 23 *ad ed.*), si pronuncia in specie Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., p. 715. Da questo punto di vista sarei dunque restia ad accogliere l'idea, avanzata dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 118 e ripresa successivamente da Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 39 e da Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 193, secondo la quale l'editto avrebbe piuttosto preso in considerazione un *positum habere* di natura meramente 'obiettiva': è vero infatti che l'editto richiedeva esclusivamente la prova di una circostanza (cfr. Giménez-Candela, *ibidem*, p. 123), ma è altrettanto vero che la necessità dell'individuazione dell'effettivo responsabile, implicita nella prescrizione edittale («*ne quis…*»), poteva implicare indirettamente una valutazione del comportamento sanzionato sotto il profilo 'soggettivo' della colpa (o eventualmente del dolo) e ciò benché in concreto non se ne richiedesse la prova. La considerazione si ricollega al fatto che chi risponde per *positum aut sospensum* lo fa comunque per fatto proprio (cfr. da ultimo Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., in specie pp. 317-318, nota 4) o perché è colui a cui sia direttamente riconducibile l'atto del *ponere* (e qui mi sembra di dover prendere le distanze da quanto sostenuto da Fercia, *ibidem*, laddove esclude, in contrasto con l'esplicito tenore letterale di D. 9, 3, 5, 10 [v. *infra* nel testo], che la sanzione edittale potesse riguardare il semplice *ponere*) o perché è comunque chi possa invece individuarsi come il *positum habens*, cioè colui che ha tollerato, pur potendovisi opporre, la condotta altrui (v. *supra*, nota 10), circostanza questa che, soprattutto in un illecito di pericolo, vale a mio avviso a sua volta a configurare una responsabilità che solo impropriamente può ritenersi per fatto altrui.

[18] La possibilità che per *positum aut suspensum* potessero essere di norma tenuti solo l'inquilino o il *dominus aedis* trova conferma, per quanto riguarda il diritto tardo, nell'interpretazione degli *antecessores* bizantini: v. sch. 34 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3177 = Heimbach, V, pp. 333-334). Non sembrerebbe dunque infondata l'ipotesi avanzata da Wołodkiewicz, «*Deiectum vel effusum*» *e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 382, secondo il quale «forse ai tempi di Ulpiano l'interpretazione dell'editto era indirizzata verso l'estensione della responsabilità sull'*habitator*». È cioè possibile che l'*habitator*, originariamente individuato – in relazione alla prescrizione edittale – niente più che come uno dei possibili responsabili (v. già *supra*, nota 10), sia stato poi considerato come colui su cui di norma si riversava la responsabilità per *positum aut suspensum* (per questo aspetto cfr. *supra*, nota 8).

2. *La natura dell'azione* de positis aut suspensis*: la nossalità (D. 9, 3, 5, 6 e 10 [Ulp. 23* ad ed.*]) e il suo carattere penale e popolare (D. 9, 3, 5, 13 [Ulp. 23* ad ed.*])*

Tale circostanza è ulteriormente testimoniata da un passo dello stesso commentario ulpianeo in cui si precisa che dovesse essere tenuto a rispondere per *positum habere*, oltre che *qui posuit*, anche chi – pur non avendo posto – avesse semplicemente tollerato il comportamento vietato compiuto da altri. È il caso preso in considerazione laddove viene prevista la possibilità che fosse tenuto *suo nomine* il *dominus* che non avesse impedito che un suo schiavo ponesse in essere il comportamento sanzionato:

> D. 9, 3, 5, 10 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur: quare si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur.*

Il testo considerato pone in primo piano la questione della nossalità dell'azione[19]. Sembra cioè che, analogamente a quanto avveniva nel caso dell'*effusum vel deiectum* (cfr. D. 9, 3, 1 pr.), anche l'*actio de positis aut suspensis* non venisse concessa come nossale[20]

---

[19] L'osservazione si fonda sulla stretta connessione tra la seconda parte del testo (da *quare* fino alla fine) e la prima (dall'inizio fino a *patitur*), e sulla precisazione, ivi fatta, che avrebbe risposto per *positum aut suspensum* anche «*qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur*» e cioè appunto, come risulta poi, il *dominus* che avesse tollerato il comportamento in violazione dell'editto tenuto dal proprio schiavo: sul punto cfr. quanto osservato da Wołodkiewicz, «*Deiectum vel effusum*» *e* «*positum aut suspensum*» *nel diritto romano*, cit., p. 381, nota 68. Per la possibilità che il testo vada letto «as a whole and not in two separate though related parts» v. anche l'ampia discussione in Gordon, *The actio de Posito Reconsidered*, cit., pp. 48-50. Quanto appena rilevato tuttavia non esclude che si possa ipotizzare (cfr. in questo senso ad esempio Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 95) che – nell'ottica del giurista severiano – il testo fosse nella prima parte rivolto a prevedere la responsabilità di chiunque – proprietario o inquilino (con specifico riferimento all'*habitator* v. in specie Watson, *Studies in Roman Private Law*, cit., pp. 327-328) – avesse comunque tollerato la situazione che fosse in contrasto con il precetto edittale (sul punto, oltre a quanto già detto *supra*, note 10, 11 e 17, v. anche, per un accenno, *infra*, p. 179).

[20] Il testo fa riferimento al solo caso del servo, ma come nel caso dell'*effusum vel deiectum* è nel complesso probabile che in diritto classico la clausola nossale

qualora l'illecito fosse intervenuto a fronte della *scientia* e *patientia* del *dominus* che quanto meno, pur potendo impedire il compimento del comportamento sanzionato, non l'avesse appunto fatto[21].

È del resto quanto emerge anche dalla lettura dei *verba edicti*, già sopra riportati, che, a stare alla testimonianza ulpianea, ammettevano appunto esplicitamente – a fronte in questo caso di un'*intentio* redatta in termini personali («*ne quis…*») – la possibilità di prevedere l'aggiunta nella *condemnatio* della clausola nossale a condizione che il fatto fosse avvenuto *insciente domino*[22]:

---

potesse essere prevista nella formula anche quando il responsabile del comportamento illecito fosse un *filius familias*: sul punto cfr. recentemente Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 18, cui *adde* quanto già osservato *supra*, cap. II, nota 89.

[21] L'opinione che il *pati* del testo sia sostanzialmente da identificare con la *scientia domini* è condivisa dalla dottrina quasi unanime: in senso contrario v. però ora le osservazioni di Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 678, che ritiene che il problema della *scientia domini* sia diverso, affermando altresì che «l'operazione di equiparare il *pati* all'attività del *dominus* che colloca personalmente qualcosa su uno sporto è dettata dall'esigenza di introdurre una responsabilità per fatto altrui, presumendo una riprovevolezza in capo al *dominus* che abbia tollerato la condotta pericolosa del proprio schiavo». È vero che il *pati* nel *positum aut suspensum* individua anche il tollerare che qualcuno (non esclusivamente uno schiavo) ponga qualcosa nella casa ove si abita o di cui si è comunque proprietari in posizione di pericolo tanto da poter cadere e cagionare danno («*…verum ab alio positum patitur…*»), ma è altrettanto vero che lo stesso *pati* corrisponde all'atteggiamento inerte, ma consapevole, del *dominus* dello schiavo che pone a sua volta qualcosa in posizione di pericolo («*…quare si servus posuerit, dominus autem positum patiatur…*»). Al proposito va del resto osservato che corrispondentemente all'*inscientia domini* fa esplicitamente riferimento il testo parallelo di D. 9, 3, 1 pr. (per il collegamento v. *infra*, nota successiva) in relazione all'*effusum vel deiectum*.

[22] È appena il caso di ricordare che il requisito della *inscientia domini* per l'inserimento della clausola nossale trova riscontro, per quanto riguarda l'*effusum vel deiectum*, in D. 9, 3, 1, pr.: *'…si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut* [*noxam*] <*noxae*> *dedere'*. Quanto all'origine del motivo della *scientia domini* e per la sua generalizzazione nel diritto giustinianeo oltre ai casi previsti nel diritto classico v. *supra*, cap. II, nota 90. Per il rapporto tra azione *suo nomine* e azione con clausola nossale, con riferimentio specifico al *positum aut suspensum*, cfr. anche – seppure in un contesto certo non esente da fraintendimenti e confusioni concettuali – sch. 29 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3176 = Heimbach, V, p. 332). Per quanto riguarda poi la possibilità che anche in questo caso venisse utilizzato l'espediente della c.d. *exceptio noxalis* cfr. per tutti Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 145 e ss. (e in particolare p. 149, nota 17, con riferi-

> D. 9, 3, 5, 6 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait: '…si servus insciente domino fecisse dicetur, <aut idem dari> aut noxae dedi iubebo'.*

Benché la dizione utilizzata («*aut noxae dedi iubebo*») risulti incompleta, dovendo essere preceduta dalla formula alternativa *aut idem dari* o comunque eventualmente introdotta dalle parole *in iudicio adiciam* documentate da D. 9, 3, 1 pr.[23], la testimonianza – nella sua univocità e anche per ragioni di simmetria con l'*effusum vel deiectum* – pare tuttavia nella sostanza attendibile[24]. Con tale ri-

---

menti bibliografici alla letteratura precedente). Nella letteratura recente, nello stesso senso, v. anche Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 18. Lo stesso Fercia, *Il mistero delle «formulae in dominum habitatoris»*, cit., p. 321, nota 12, ha tuttavia rilevato come l'azione con clausola nossale – qualificata come *iudicium noxale* (cfr. D. 9, 3, 5, 10) – si risolvesse semplicemente anche nel caso del *positum aut suspensum* in un adattamento della *condemnatio* su richiesta del convenuto (per il possibile tenore della clausola v. *ibidem*, pp. 325-326, nota 23). Sul punto v. anche Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 676 e p. 679, che sottolinea come l'*intentio* fosse in questo caso – a differenza di quello dell'*effusum vel deiectum* – personale. Da ciò si potrebbe a mio modesto avviso sviluppare il ragionamento ipotizzando che in questo caso l'*intentio* – come in un normale *iudicium noxale* – fosse concepita *servi nomine*, dato il fatto che, come abbiamo visto (v. *supra*, note 10 e 11), ben poteva accadere – almeno in base all'ampia comprensività della previsione edittale – che fosse tenuto per *positum aut suspensum* non solo il *positum habens*, ma anche *qui posuit*, circostanza che potrebbe forse escludere la necessità di ricorrere all'espediente della c.d. *exceptio noxalis*, visto che lo schiavo, a differenza del caso dell'*effusum vel deiectum*, in quanto identificato come *qui posuit*, qualora fosse stato *sui iuris*, avrebbe potuto essere chiamato a rispondere come diretto responsabile dell'illecito.

[23] Sul punto, con particolare riferimento alle ipotesi ricostruttive di Lenel e di Mommsen, v. *supra*, nota 5. Per la possibiltà che la forma originaria fosse analoga a quella dell'editto *de effusis vel deiectis* cfr. anche Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 458 e Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., p. 17. Per un rapido quadro delle soluzioni prospettate cfr. altresì, nella letteratura meno recente, Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 96. Sulla dizione attestata in D. 9, 3, 5, 6 e per la diversità formale rispetto a quella ricorrente in D. 9, 3, 1 pr. cfr. tuttavia anche Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 165, nota 10 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 128, nota 10).

[24] Il carattere eventualmente nossale dell'*actio de positis aut suspensis* è del resto comunemente ammesso dalla dottrina: cfr., tra gli altri, Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 383 (cfr. anche, dello stesso autore, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit.,

costruzione non confliggono infatti neppure i già noti passi in cui si trova piuttosto affermato che l'azione in questione fosse esperibile *in ipsum filium*, cioè direttamente contro il *filius familias,* qualora costui abitasse separatamente dal padre, caso in cui la responsabilità nossale – anche nel caso dell'*actio de positis aut suspensis* – appunto cessava:

> I. 4, 5, 2: *Si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est: Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum...*
>
> D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): *…ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.*

Si tratta di testi di cui ho già avuto ampiamente occasione di occuparmi e per la cui esegesi rinvio a quanto già detto[25]. Qui si può in aggiunta osservare che, nel caso del figlio che «*seorsum a patre habitaverit*»[26], l'ammettere il ricorso all'azione diretta anche per l'*actio de positis aut suspensis* è nel complesso coerente con la

---

p. 208); Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 464; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 122.

[25] Sul punto v. *supra*, cap. II, p. 140 e ss., anche con riferimento ai testi paralleli di D. 9, 3, 1, 7-8 (Ulp. 23 *ad ed.*) e al confronto ivi tracciato tra la soluzione prospettata nei testi ulpianei e quella che si dice accolta da Giuliano, così come risultante dal testo delle *res cottidianae* e da quello delle Istituzioni imperiali.

[26] Inesatto Wołodkiewicz, *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, cit., p. 1287, laddove pur correttamente rileva che, con riferimento al *positum*, non esiste nel commentario ulpianeo un corrispondente di D. 9, 3, 1, 7-8 per il caso che i subalterni – *filii familias* o schiavi – abitassero per conto loro: ciò, alla luce di D. 44, 7, 5, 5 e di I. 4, 5, 2, non pare infatti potersi ricondurre, come vorrebbe l'autore polacco, alla diversa configurazione della responsabilità per *positum aut suspensum* in quanto connessa non tanto alla persona che abitasse, ma a chi piuttosto avesse collocato qualcosa in modo pericoloso, ma piuttosto ad una semplice scelta espositiva del giurista severiano, che probabilmente – salvo che non si voglia immaginare un non probabile e non dimostrabile taglio operato dai compilatori – semplicemen-

configurazione della fattispecie esaminata. Analogamente a quanto avveniva per l'*effusum vel deictum* si poteva infatti a buon diritto escludere la responsabilità in forma nossale del titolare della potestà anche perché – in una fattispecie essenzialmente configurata come illecito di pericolo come quella considerata – a maggior ragione si poteva dire che colui che era tenuto responsabile in virtù delle disposizioni edittali *nihil nocuisset*[27].

Ulteriore caratteristica dall'azione *in factum* prevista per il *positum aut suspensum* è quella di essere insieme popolare e penale: è quanto sembra potersi ricavare, sia pure non senza qualche difficoltà interpretativa, dall'esame del § 13 di D. 9, 3, 5, un breve testo – allo stato attuale certo non immune da tagli o rimaneggiamenti – con cui si chiude, nel quadro della raccolta dei *iura*, la trattazione specificamente dedicata dal commentario edittale ulpianeo all'*actio de positis aut suspensis*:

> D. 9, 3, 5, 13 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Ista autem actio popularis est et heredi similibusque competit, in heredes autem non competit, quia poenalis est.*

Come accennato il breve passo, così come riprodotto dai compilatori, non sembra poter essere ritenuto, nella sua evidente contraddittorietà, genuino: se infatti appare pienamente coerente l'affermazione secondo cui l'azione in quanto penale – oltre che, come abbiamo visto, esperibile a date condizioni in via nossale – era da considerarsi passivamente intrasmissibile, non altrettanto può dirsi per quanto dichiarato in precedenza e cioè che l'azione fosse invece attivamente trasmissibile (e più esattamente «*heredi similibusque*»)

---

te non ritenne opportuno riproporre la questione dopo averla risolta con riferimento all'*effusum vel deiectum*.

[27] Cfr. a questo proposito D. 9, 3, 1, 8: *…neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit…* Si può qui rilevare che secondo Stojcevic, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, cit., p. 67, proprio il fatto che «le fondement de l'action est le risque couru par le passants, donc quand le dommage ne s'est point encore produit» avrebbe costituito il motivo specifico che determinò l'impossibilità di considerare il *positum aut suspensum* come figura di natura propriamente delittuale. Sul punto cfr. anche quanto osservato da Wołodkiewicz, «*Deiectum vel effusum*» *e* «*positum aut suspensum*» *nel diritto romano*, cit., p. 379.

benché si trattasse di azione popolare[28]. La contraddizione è del resto ulteriormente aggravata dal fatto che comunque la trasmissibilità implica che l'azione competa a qualcuno, ma nel caso del *positum aut suspensum* di norma uno specifico soggetto legittimato ad agire non c'è, non essendo il fatto sanzionato dannoso, ma per lo più semplicemente pericoloso.

Per superare l'*empasse* sono state formulate varie ipotesi, almeno due delle quali appaiono ragionevolmente plausibili. La prima consiste nel ritenere il § 13 strettamente connesso al precedente § 12, che, come avremo meglio modo di vedere, si occupava dell'estensione dell'*actio de positis aut suspensis* a situazioni particolari come quella del *pictor* che «*in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset*» o dell'«*amphora ex reticulo suspensa*» e conseguentemente nell'ipotizzare che nel passo in questione si affermasse «*ista autem actio popularis <non> est*» con riferimento specifico all'azione concessa, nei casi sopraddetti, *ad exemplum* di quella *de positis aut suspensis*[29]. Con la seconda si ritiene piuttosto che quanto detto nel

[28] Il passo pone dunque la questione della trasmissibilità delle azioni popolari (cfr. *supra*, cap. II, in specie note 82 e 83). Tuttavia – come è stato a ragione sottolineato – appare senza senso parlare di trasmissibilità attiva di un'azione che, in quanto popolare, poteva appunto essere esercitata dal *quivis de populo*: cfr. in questo senso Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 121. L'incongruenza presente nel testo è comunemente sottolineata dalla dottrina recente: cfr., tra gli altri, Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 383 e ss.; Idem, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., pp. 208-209 e nota 189; Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 468; Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, cit., p. 419, nota 23.

[29] In questo senso cfr. l'ipotesi avanzata da V. Scialoja, *Note alla traduzione italiana* di C.G. Bruns, *Le azioni popolari romane*, in *AG* 28, 1882, pp. 532-533, nota o, che ritiene che il *non* ben potesse essere caduto per opera di chi avesse riferito piuttosto il § 13 all'azione *de positis aut suspensis* diretta; in termini analoghi anche C. Fadda, *L'azione popolare*, I, Torino, 1894, p. 176. Si può aggiungere che entrambi gli autori riferiscono l'affermazione in questione all'azione prevista nel § 12, che però ritenevano fosse l'*actio de effusis vel deiectis in duplum* rispetto al valore della cosa danneggiata, azione che appunto – come sappiamo (v. *supra*, cap. II, p. 130 e ss. e nota 81) – non sarebbe stata *popularis*. Che il § 13 facesse riferimento all'azione *de effusis vel deiectis in duplum* rispetto al valore della cosa danneggiata si ricaverebbe anche dagli sch. 39 e 41 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3177 = Heimbach, V, p. 334), che tuttavia, proprio in virtù del tenore letterale di D. 9, 3, 5, 13, affermano – al contrario degli autori citati – che

§ 13 – non a caso posto a conclusione della trattazione ulpianea del *postium aut suspensum* – si riferisse invece proprio all'azione diretta, dovendosi pertanto immaginare – salvo allontanarsi ancor più dal dettato letterale del testo[30] – che l'*et* che si legge dopo *popularis est* fosse in realtà un *nec* e che il testo debba essere pertanto così ricostruito: *ista autem actio popularis est* [*et*] <*nec*> *heredi* [*similibusque*] *competit...*[31].

Le due diverse soluzioni, che a mio avviso possono essere considerate entrambe – per diversi motivi – plausibili[32], non spostano

anch'essa fosse a sua volta, oltre che penale, anche popolare: sul punto v. ora VAN HOEK, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., p. 467 e pp. 471-472, che, pur sostenendo il carattere popolare dell'*actio de effusis vel deiectis* anche nel caso di danneggiamento o perimento di cose, esclude che il § 13 possa riferirsi alle *actiones de effusis vel deiectis*, confermando la sua riferibilità all'*actio de positis aut suspensis*.

[30] Non risulta infatti dal testo che l'ereditarietà dell'azione fosse ammessa solo dopo che fosse avvenuta la *litis contestatio*: così invece C.F. GLÜCK, *Ausfürliche Erläuterung der Pandecten*, X, Erlangen, 1808, p. 402 (= trad. it. *Commentario alle Pandette*, IX, Milano, 1905, pp. 93-94). Né mi sembra si possa condividere l'opinione di CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., pp. 166-167, secondo il quale nel passo in esame si farebbe riferimento al § 12, dovendosi altresì ipotizzare che l'*actio popularis* in questione – che secondo l'autore sarebbe la terza *de effusis vel deiectis*, esperibile nel caso di ferite inflitte a uomo libero (cfr. sul punto *supra*, cap. II, in specie pp. 133-134) – potesse spettare all'erede non *iure hereditario*, ma in quanto persona maggiormente interessata: cfr. a questo proposito *supra*, cap. II, note 83 e 85.

[31] Per la sostituzione di *et* con *nec* cfr. in specie quanto ebbe ad osservare BRUNS, *Le azioni popolari romane (trad. it.)*, cit., p. 532. Per l'interpolazione, generalmente ammessa in dottrina, della parola «*similibusque*», che affianca altre figure a quella dell'erede per escluderne la legittimazione attiva, al pari di quanto avviene in D. 9, 3, 5, 5 per l'espressione «*similibusque personis*» (cfr. *supra*, cap. II, note 82 e 86), v. in specie LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 468.

[32] Quanto alla prima ipotesi non pare impossibile che nel trascrivere il testo del § 13 lo si sia ritenuto erroneamente riferibile all'*actio de positis aut suspensis* diretta e si sia conseguentemente eliminato il *non* che non era in sintonia con questa lettura, senza tuttavia accorgersi che così facendo si creava l'incongruenza di rendere un'azione popolare attivamente trasferibile: cfr. sul punto SCIALOJA, *Note alla traduzione italiana* di C.G. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, cit., pp. 532-533, nota o. Quanto alla seconda soluzione prospettata non è priva di fondamento l'ipotesi che quanto detto nel § 13 possa riferirsi, in quanto posto al termine della relativa trattazione, all'*actio de positis aut suspensis* diretta, per ragioni di parallelismo con D. 9, 3, 5, 5 in cui le analoghe considerazioni sulla natura delle *actiones de effusis et deiectis* erano a loro volta poste a conclusione della trattazione ulpianea dell'argomento: cfr. sul punto le osservazioni di WOŁODKIEWICZ, *«Deiectum vel*

comunque più di tanto i termini della questione principale: ritengo cioè che anche se il testo del § 13, in relazione a quanto previsto nel § 12, fosse rivolto ad escludere che potesse ritenersi popolare l'azione concessa *ad exemplum* di quella *de positis aut suspensis* – circostanza che a me sembra plausibile perché il problema della trasmissibilità non si poteva porre che in relazione ad un fatto dannoso quale quello prospettato nel § 12 – lo avrebbe pur sempre fatto per evidenziarne una differenza rispetto all'azione diretta prevista di norma nel caso di semplice pericolo che dunque, comunque sia, anche per la natura stessa dell'illecito, non poteva che essere popolare e come tale attivamente intrasmissibile[33].

---

effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano, cit., pp. 384-385. A ciò si può aggiungere che in questo caso l'indicazione del carattere popolare dell'azione diretta si porrebbe in parallelo con quanto appunto detto in D. 9, 3, 5, 5 dell'azione *de effusis vel deiectis* prevista per l'uccisione di un uomo libero che a sua volta – come sappiamo (v. *supra*, cap. II, p. 90 e p. 93) – prevedeva l'applicazione di una pena fissa: per questo collegamento cfr. quanto detto in sch. 40 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3177 = Heimbach, V, p. 334). Diversamente però il già citato sch. 39 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3177 = Heimbach, V, p. 334), che esclude invece che il passo possa riferirsi all'*actio de positis aut suspensis* diretta, ma sul presupposto, da ritenersi errato, della sua trasmissibilità attiva agli eredi.

[33] In questo stesso senso – e arrivando pertanto alla stessa conclusione – non può neppure escludersi che il testo, nella redazione a noi pervenuta, assai stringato, sia stato sottoposto ad un rimaneggiamento più ampio: può anche essere cioè che la trattazione ulpianea sia stata maldestramente abbreviata dai compilatori nella sua parte finale in modo da eliminare la distinzione che poteva essere fatta dal giurista severiano tra l'azione diretta rivolta a sanzionare lo stato di pericolo – azione che appunto si diceva *popularis* – e l'*actio ad exemplum* esercitabile nel caso in cui si fosse prodotto un danno patrimoniale, azione che – in quanto esercitata dal danneggiato – aveva carattere privato e poteva essere quindi attivamente trasmissibile: sul punto cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 121-122. A ciò si può aggiungere che, pur ammettendo che il testo sia mal conservato, recentemente Ankum, *L'édit du préteur «de his qui deiecerint vel effuderint»*, cit., pp. 17-18, ha piuttosto ipotizzato che il § 13 si riferisca in generale alla trasmissibilità dell'azione all'erede di chi avesse subito la distruzione o il deterioramento delle proprie cose in caso di caduta del *positum aut suspensum*. Per seguire lo studioso olandese nella sua ipotesi ricostruttiva dovremmo ammettere che, in caso di caduta e conseguente danneggiamento, l'azione – sempre che fosse esperibile anche in forma diretta (e propenderei, almeno in taluni casi, per l'affermativa, cfr. *infra*, p. 178 e ss.) – cessasse di essere popolare. L'ipotesi, alla luce del regime delle *actiones de effusis vel deiectis* (cfr. D. 9, 3, 5, 5) e di quello delle azioni *ad exemplum* di cui al § 12, è astrattamente plausibile, anche se, così come prospettata da Ankum, fa venir meno il collegamento del § 13 con il precedente § 12 alla luce del quale è invece appunto

3. *I rapporti con l'*effusum vel deiectum*: la discrasia tra D. 9, 3, 1, 3 (Ulp. 23* ad ed.*) e D. 9, 3, 5, 12 (Ulp. 23* ad ed.*) e il rispettivo ambito di applicazione delle due previsioni edittali*

Certamente più delicata e complessa appare la soluzione del problema del rapporto tra i rimedi pretori previsti per il *positum aut suspensum* e quelli che lo stesso pretore approntava per l'*effusum vel deiectum*. A questo proposito deve esser preso anzitutto in considerazione un passo inserito nella trattazione ulpianea relativa all'*effusum vel deiectum* che ho fin qui deliberatamente tralasciato[34]:

> D. 9, 3, 1, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Quod, cum suspenderetur, decidit, magis deiectum videri, sed et quod suspensum decidit, pro deiecto haberi magis est. proinde et si quid pendens effusum sit, quamvis nemo hoc effuderit, edictum tamen locum habere dicendum est.*

Secondo il giurista severiano quando fosse caduto o si fosse versato qualcosa che fosse sospeso (eventualmente nel momento stesso in cui veniva sospeso) doveva dunque aver luogo l'editto *de effusis vel deiectis* e ciò anche se nessuno avesse materialmente compiuto la *deiectio* o l'*effusio*. Parrebbe cioè doversi trarre la conclusione che l'editto *de positis* trovasse applicazione per il solo fatto di aver posto o sospeso o comunque tenuto posto o sospeso (il passo, con riferimento alla caduta, distingue infatti bene tra «*quod, cum suspenderetur, decidit*» e «*quod suspensum decidit*») qualcosa al di sopra di un luogo di passaggio, per il pericolo che ne derivava, senza che tuttavia fosse stato cagionato un danno, circostanza in cui appunto si sarebbe dovuti piuttosto ricorrere a quanto previsto nell'editto *de effusis vel deiectis*[35].

---

ragionevole prospettare l'ipotesi che il carattere non popolare di cui all'eventuale testo originale del § 13 si riferisse proprio alle azioni *ad exemplum* da caduta.

[34] Come è stato giustamente notato – v. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 461 – il passo in questione, per quanto inserito nella parte del commentario ulpianeo dedicata specificamente all'*effusum vel deiectum*, costituisce nella sostanza un'anticipazione della successiva trattazione dedicata invece al *positum aut suspensum*.

[35] Tale soluzione, che trova conferma anche nelle fonti bizantine (cfr. sul punto sch. 25, 32, 45 e 46 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII,

Il testo, nel considerare «*deiectum*» ciò che fosse caduto mentre veniva sospeso (perché la caduta è effetto stesso dell'atto) e «*pro deiecto*» ciò che invece, in precedenza sospeso, era poi caduto (caso in cui si produceva l'effetto, pur in mancanza di un atto che potesse dirsi assimilabile alla *deiectio*), non si accorda tuttavia con altre testimonianze conservate nelle fonti ed in particolare con quanto affermato nel già ricordato § 12 di D. 9, 3, 5, nell'ambito della trattazione del commentario edittale ulpianeo dedicata appunto al *positum aut suspensum*[36]:

> D. 9, 3, 5, 12 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator. nam et cum pictor in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset eaque excidisset et transeunti damni quid dedisset, Servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita. idem servandum respondit et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit.*

---

p. 3176, p. 3177 e p. 3179 = Heimbach, V, p. 332 e p. 333), appare applicata con riferimento sia alla prima ipotesi presa in considerazione dal testo (caduta di un oggetto nel momento stesso in cui veniva sospeso) che alla seconda e terza fattispecie su cui ci si sofferma subito di seguito (caduta o versamento successivi di qualcosa che fosse stato sospeso in precedenza): sul punto, con riferimento alle tre distinte ipotesi analizzate in D. 9, 3, 1, 3, cfr. le osservazioni di Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 107-108.

[36] Un'ulteriore incongruenza può riscontrarsi anche rispetto alla già vista frase finale di D. 9, 3, 5, 11 («*coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit*») che non a caso immediatamente precede il §12 e ne costituisce il diretto presupposto logico, lasciando appunto indirettamente intendere che fosse possibile l'esercizio dell'*actio de positis aut suspensis* anche nel caso in cui quanto posto o sospeso, cadendo, avesse cagionato danno: sul punto, per la possibilità infatti che nel caso si ponesse l'alternativa tra l'esercizio dell'*actio de positis aut suspensis* o eventualmente di un'*actio in factum legis Aquiliae* (ma sul punto v. *infra*, nota 42), cfr. Fadda, *L'azione popolare*, I, cit., p. 182, nota 2. Per l'opinione che la frase in questione possa tuttavia anche interpretarsi come semplicemente rivolta a ribadire «che l'ipotesi edittale non prende in considerazione l'evento-danno e la sua verificazione» cfr. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 460.

Il passo, nella sua prima parte (e cioè fino a *inhabitator*), appare di non facile interpretazione[37], al punto da aver indotto il Mommsen a ritenerlo corrotto e a ipotizzare, riprendendo un'ipotesi in parte già prospettata in precedenza dal Cuiacio, che dovesse essere così emendato[38]:

> *…in eum competit actio* [*qui posuit, non in eum qui habitaverit*] <*qui habitaverit non in eum qui posuit: itaque utilis danda erit eum qui posuit*>*, quasi haec actio non sufficiat…*[39].

[37] Dubbi – a mio avviso infondati – sulla stessa riferibilità del testo all'*edictum de his qui deiecerint vel effuderint* piuttosto che a quello *ne quis in suggrunda* sono avanzati da Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane: le «actiones populares»*, cit., p. 167 e ripresi da Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, p. 73, nota 98. Che il testo si riferisca all'*actio de positis* è condiviso da larga parte della dottrina e non mi pare possa essere circostanza messa in discussione: nella letteratura recente che si è occupata *ex professo* del testo cfr., in questo senso, Gordon, *The actio de Posito Reconsidered*, cit., pp. 52-54; Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, cit., pp. 410-414; van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., pp. 467-471.

[38] Cfr. *ed. maior*, I, p. 296, nota 6. Comunque sia – nonostante le difficoltà – va a mio avviso superato il pessimismo radicale sullo stato della prima parte del testo (fino a *inhabitator*) manifestato dal Watson, *Liability in the actio de positis ac suspensis*, cit., p. 381 e *Studies in Roman Private Law*, cit. p. 329, che ritiene il testo gravemente corrotto e che ogni tentativo di ricostruzione implichi comunque un ragionamento aprioristico. Sul punto, per l'opinione che il testo sia stato accorciato e per i problemi che suscita così come ci è stato tramandato, cfr. anche le osservazioni di Gordon, *The actio de Posito Reconsidered*, cit., pp. 53-54. Per un altro, più recente, tentativo di emendazione cfr. Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 461-462, che propone di eliminare la parte più involuta del discorso e cioè tutta la frase «*quasi haec actio… vel inhabitator. nam*». Contraria ad ipotesi di corruzione è invece la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 124.

[39] Come accennato, la proposta di emendazione del Mommsen trova in parte corrispondenza in un'ipotesi già formulata da J. Cujacii, *Observationum et emendationum*, [lib. 22, cap. 32], in *Opera*, III, Venetiis, 1758, c. 610, che a sua volta così proponeva di correggere il testo: *…in eum competit actio, qui habitaverit, non in eum qui posuit, quasi haec actio non sufficiat…* Tale ipotesi ricostruttiva è evidentemente volta a concedere, in caso di caduta e di conseguente danno, l'esperibilità delle *actiones de effusis vel deiectis* in linea con D. 9, 3, 1, 3 e si fonda sull'idea – contraddetta però da D. 9, 3, 5, 8 e 11 – che l'*actio de positis* potesse essere esercitata solo qualora quanto posto in posizione di pericolo non fosse caduto e che comunque soggetti passivi di tale azione potessero essere solo l'*habitator* o, eventualmente, il *dominus aedis*. Per l'esclusione dell'applicabilità dell'*actio de positis*

Quanto si ricava dal testo – indipendentemente per ora dal fatto che si voglia seguire il testo della *Florentina* o la proposta di emendazione mommseniana – è comunque che, qualora fosse caduto arrecando danno ciò che era stato collocato pericolosamente, ne sarebbe derivata un'azione contro «*qui posuit*» e non contro «*qui habitaverit*», in quanto l'azione diretta contro quest'ultimo (cioè «*haec actio*», con riferimento – parrebbe – a quella *de positis aut suspensis*) non sarebbe stata in tale circostanza di per sé sufficiente, stante il fatto che *qui posuit* non sempre è anche *qui positum habuit*, a meno che – si dice – non si fosse trattato dello stesso proprietario dell'edificio o dell'*habitator*[40].

Tale involuta premessa apre la strada all'esempio del *pictor* in cui, in stretto collegamento con quanto detto in precedenza, si prospetta appunto la responsabilità di *qui posuit*: si dice infatti che Servio ritenne che si dovesse concedere un'azione *ad exemplum* di quella *de positis aut suspensis* nei confronti del pittore che avesse collocato la tavola destinata ad essere dipinta in un poggiolo della propria bottega («*in pergula*») qualora la tavola fosse poi caduta arrecando danno e ciò in quanto l'azione diretta non la si sarebbe potuta concedere perché la tavola non era stata posta «*neque in suggrunda neque in protecto*»[41]. Altrettanto – secondo lo stesso giurista repubblicano

al verificarsi della caduta e del danno v., nella letteratura recente, per un accenno, Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., pp. 1111-1112, che pensa tuttavia ugualmente ad una responsabilità di *qui posuit*, ma, a suo modo di vedere, da far valere «con un adattamento, o di questa azione (*scil.* quella *de positis*), o di quella *de deiectis* o dell'aquiliana».

[40] Questa mi pare dover essere la lettura della prima parte del testo: per un quadro dei tentativi di ricostruzione, con riferimento alla dottrina meno recente, cfr. l'ampia trattazione di Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 98 e ss.; sul punto, per alcune ulteriori analisi ricostruttive, v. in particolare Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 461 e ss.; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 123 e ss.; Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, cit., p. 410 e ss. (anche con una sia pur rapida discussione delle soluzioni ipotizzate dalla Glossa e dalla Pandettistica: cfr. p. 412); van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., p. 467 e ss.

[41] È infatti questo l'elemento che esclude nel caso di specie l'applicabilità della *actio de positis aut suspensis* edittale: sul punto cfr. per tutti le osservazioni di Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 618.

– sarebbe dovuto avvenire se il danno fosse stato invece causato dalla caduta dalla reticella di un'anfora appesa («*ex reticulo suspensa*») e ciò, conclude il testo, perché non sarebbe altrimenti spettata alcuna azione né legittima, né onoraria[42].

Benché il passo presenti, come abbiamo visto, non poche difficoltà interpretative – forse determinate anche da un probabile raccorciamento che potrebbe aver tagliato qualche discussione presente nell'originale sui rapporti tra l'*actio de effusis* e quella *de positis* – da esso sembra comunque emergere con evidenza quanto meno il fatto che, secondo l'opinione di Servio, nel caso di danneggiamento causato dalla caduta del *positum aut suspensum* che non fosse collocato «*in suggrunda protectove*» si dovesse appunto concedere un'azione *ad exemplum* di quella *de positis aut suspensis* e non, come invece abbiamo visto affermato da Ulpiano in D. 9, 3, 1, 3, l'*actio de effusis vel deiectis*. A stare al tenore letterale dei testi così come pervenutici la contraddizione in questione non pare del resto neppure poter essere risolta differenziando fra *positum* e *suspensum*, ipotizzando cioè che solo a quest'ultimo si riferisse la testimo-

---

Che non si trattasse di una azione rientrante nel normale ambito di applicazione dell'editto per il fatto che quanto caduto non era posto «*in suggrunda protectove*» è del resto sottolineato dalla letteratura che di recente si è occupata *ex professo* del testo: cfr. in particolare Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, cit., p. 413, che a sua volta giustamente sottolinea come tutta la seconda parte di D. 9, 3, 5, 12 presupponga «che fosse indiscussa l'applicazione dell'editto *de suggrundis* anche nel caso in cui l'oggetto tenuto in posizione pericolosa fosse caduto».

[42] Sulla seconda parte del testo (da *nam et cum pictor* fino alla fine) v. van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., pp. 468-469. Nelle fattispecie considerate, in cui era del tutto assente il requisito del danneggiamento *corpore* per la mancanza dello stesso movimento fisico della *deiectio*, non poteva essere infatti concessa l'*actio legis Aquiliae* per la cui esperibilità si richiedeva, come ben sappiamo, la necessità di individuare un nesso di causalità *corpore corpori* o quanto meno – nel caso dell'*actio utilis* – un preciso rapporto di causa ed effetto tra la condotta e il danno cagionato (v. quanto detto *supra*, cap. II, nota 17), né si poteva ricorrere all'*actio de positis aut suspensis* edittale perché la *positio* o la *suspensio* non erano appunto avvenute «*neque in suggrunda neque in protecto*». Quanto poi alle *actiones de effusis vel deiectis* è probabile che all'epoca di Servio se ne escludesse invece l'applicabilità per la mancanza dell'*effusio* o della *deiectio*: è cioè verosimile che solo più tardi si sia arrivati a considerare come *deiectum* o *effusum* ciò che posto o sospeso fosse poi caduto o si fosse versato (cfr. D. 9, 3, 1, 3 [Ulp. 23 *ad ed.*] e quanto, a questo proposito, si dirà *infra*, in specie pp. 181-183).

nianza di D. 9, 3, 1, 3, il cui rimedio non si sarebbe applicato invece nel caso della caduta del *positum*[43].

Alla luce di D. 44, 7, 5, 5 (ripreso in I. 4, 5, 1) risulta infatti assai discutibile ritenere che l'editto *de posito* non si applicasse in via diretta anche al *suspensum*, tenuto conto anche e soprattutto dell'equivalenza delle situazioni risolte da Servio che, pur essendo appunto accomunate dalla stessa soluzione, si riferiscono rispettivamente ad un *positum* (la tavola del *pictor*) e ad un *suspensum* (l'anfora). Del resto il fatto che negli esempi prospettati l'azione fosse concessa *ad exemplum* – e si trattasse dunque, a quanto pare, di un'azione decretale – non meraviglia affatto visto che, come dice espressamente lo stesso testo, l'azione diretta non poteva comunque essere concessa in quanto la *positio* o la *suspensio* non erano avvenute «*neque in suggrunda neque in protecto*», rimanendo perciò effettivamente al di fuori della prescrizione edittale[44].

Detto ciò rimane comunque dubbio quale fosse l'azione che si dovesse esercitare qualora fosse caduto provocando danno quanto fosse stato *positum* o *suspensum in suggrunda protectove* e quale fosse il soggetto passivamente legittimato. L'emendazione proposta dal Mommsen costruisce la prima parte del passo tutta sulla contrapposizione tra un'*actio* che *competit* e un'*actio* che invece si deve dare. La prima è quella *de posito* contro chi *inhabitat* che però in tal caso – si afferma – non poteva bastare, la seconda è quella contro *qui posuit* che doveva essere una azione che poteva andare a buon

[43] Questa è invece l'opinione sostenuta dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., in specie pp. 107-108, p. 119 e pp. 124-125. L'ipotesi troverebbe fondamento nell'opinione che l'*edictum* facesse riferimento al solo *positum* (cfr. *ibidem*, p. 109): sul punto cfr. tuttavia, in senso contrario, quanto già osservato *supra*, nota 4.

[44] Che nel caso di specie si trattasse di un'azione decretale è opinione condivisa anche dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 127, che, seguendo Valiño, *Actiones utiles*, cit., p. 22 e ss., ha tuttavia sostenuto, contro un'opinione diffusa, che l'azione in questione fosse anche in questo caso *in factum*, ma non utile, in quanto nel processo formulare le azioni utili non avrebbero appunto avuto una formula *in factum* (sul punto cfr. tuttavia quanto già osservato *supra*, cap. II, note 73 e 79). Che l'estensione prevista nella seconda parte di D. 9, 3, 5, 12 avvenisse piuttosto attraverso un'azione decretale concessa in via utile è invece, a mio avviso giustamente, sostenuto da Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 618.

fine (e quindi *utilis*), nel caso specifico un'azione *in factum* che, anche in base a quanto si dice nella seconda parte del frammento, doveva essere modellata su quella *de positis*[45].

Ferma restando la legittimazione passiva di *qui posuit* non è tuttavia a mio avviso possibile pensare che il testo in questione faccia riferimento ad un'azione concessa in via utile: da D. 9, 3, 5, 6 sappiamo infatti che il precetto edittale aveva portata generale, mentre, leggendo tra le righe di D. 9, 3, 5, 10 e 11, apprendiamo che quello stesso precetto edittale trovava applicazione sia contro *qui posuit* che contro *qui positum habuit* e ciò anche nel caso in cui l'evento lesivo si fosse effettivamente determinato («*…coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id quod positum erat sive non nocuit*»). Il tutto rende a mio avviso nella sostanza ragionevolmente plausibile l'attuale formulazione del § 12 laddove ci dice testualmente che l'*actio de qua* «*in eum competit qui posuit, non in eum qui habitaverit*», con ciò evidenziando che in questo caso l'azione contro *qui posuit* era data in conformità dell'editto, era cioè un'azione edittale come dimostra del resto l'impiego 'pregnante' del verbo *competere*, così come nuovamente ripetuto, poche righe più avanti, nella seconda parte del passo[46].

---

[45] Secondo Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 98 e ss., dovrebbe invece ritenersi che l'azione concessa contro *qui posuit* fosse, in base a quanto detto in D. 9, 3, 1, 3, l'*actio de effusis vel deiectis*; quanto alla possibilità che si trattasse piuttosto di un'azione decretale *in factum* modellata su quella *de positis* v. invece Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 125. In relazione a quest'ultima ipotesi si può notare che la correzione del testo proposta dal Mommsen ha quanto meno il merito di amalgamare in qualche modo la prima e la seconda parte del frammento ipotizzando che in entrambi i casi si trattasse di *actiones de positis* concesse in via utile contro *qui posuit* in quanto non fosse anche *habitator* (che tali non fossero il *pictor* e il vasaio dei casi risolti da Servio è indiscusso, cfr. van Hoek, *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, cit., p. 470).

[46] Sul punto v. le osservazioni di Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 618, che in D. 9, 3, 5, 12 ritiene difficile riferire il verbo *competere* («*…in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit…*») ad una azione decretale, soprattutto in relazione alla successiva frase «*…Servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse, quia neque in suggrunda neque in protecto tabula fuerat posita…*». Al proposito cfr. anche Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., p. 716, nota 119, che osserva, a mio avviso correttamente, che la lettura del Mommsen non si accorda con il precedente § 11 in cui si

In questo contesto, in cui sembrano intravedersi le ombre di una fase più antica in cui vi era forse nell'editto *de positis* una apposita previsione per il caso che si fosse cagionato un danno[47], il giurista severiano innesta la giustapposizione tra *qui posuit* e *qui positum habuit*, distinzione che tuttavia non risulta dal testo edittale così come ci è pervenuto (cfr. D. 9, 3, 5, 6) e che sembra piuttosto riconducibile a quella stessa interpretazione giurisprudenziale che aveva ritenuto che fossero di norma chiamati a rispondere, in quanto *positum habentes*, l'inquilino e il proprietario (cfr. a questo proposito D. 9, 3, 5, 8 e 10)[48].

---

afferma appunto esplicitamente che si potesse essere tenuti con l'*actio de positis* anche nel caso in cui l'eventuale caduta avesse provocato un danno. Sulla soluzione prospettata dall'emendazione mommseniana e sulle questioni che comunque tale emendazione lascia irrisolte (tale rimane altresì quella costituita dal fatto che nella seconda parte del § 12 l'azione *de positis* è concessa in via decretale perché ciò che è caduto non era posto «*neque in suggrunda neque in protecto*») cfr., nella letteratura recente, Gordon, *The actio de Posito Reconsidered*, cit., pp. 53-54 e Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, cit., p. 413.

[47] In questo senso, per uno spunto, cfr. ancora quanto osservato da Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 618, che, da parte sua, ha appunto, sia pur dubitativamente, ipotizzato che vi fosse un'apposita clausola dell'editto *de positis* «che prevedesse una azione *qui – tantum – posuit* per il caso che si fosse verificato il danno». Tale azione, che non sarebbe spettata contro *qui positum habuit*, non avrebbe esclusivamente previsto una pena fissa a differenza di quanto accadeva per l'azione che sanzionava il *positum habere*. Ciò potrebbe valere per l'editto dell'epoca di Ulpiano. Tuttavia non credo che ciò avvenisse nell'editto commentato da Servio e che conseguentemente ci sia il bisogno di ritenere che la previsione sul danno si indirizzasse già in origine esclusivamente contro *qui posuit* nel quadro di una distinzione tra costui e il *positum habens*. A mio sommesso avviso – considerato anche il fatto che nell'arco di tempo che va da Servio a Ulpiano si colloca la codificazione giulianea – può essere invece che ci sia stata una fase in cui l'editto *de positis* aveva avuto piena rilevanza autonoma (v. *supra*, nota 7) e che poi, successivamente, diventato in qualche modo parte di quello riguardante l'*effusum vel deiectum* (cfr. D. 9, 3, 5, 7), la originaria previsione sul danno – di portata generale – sia stata almeno in parte assorbita dalle disposizioni relative all'*effusum vel deiectum*, che tuttavia a rigore si applicavano nei confronti del solo *habitator*, in quanto *positum habens*.

[48] Sui testi appena citati cfr. più ampiamente quanto detto *supra*, pp. 156-158 e pp. 166-167 (con riferimento a D. 9, 3, 5, 6), e, rispettivamente, pp. 159-160 e pp. 165-166 (per quanto riguarda D. 9, 3, 5, 8 e D. 9, 3, 5, 10). Sembrerebbe dunque che possa individuarsi una tendenza interpretativa che dovette portare da un lato tendenzialmente a ricondurre alle *actiones de effusis vel deiectis* la responsabilità per caduta, dall'altro – proprio perché in questo caso il responsabile edittale

Sembrerebbe pertanto anche qui emergere la propensione – già sopra rilevata – ad individuare, nonostante l'originaria portata generale dell'editto, soprattutto nell'*habitator* – probabilmente sulla scorta di quanto avveniva in materia di *effusum vel deiectum* – il principale responsabile anche del *positum aut suspensum*, nel quadro, parrebbe, di una tendenza a declassare quest'ultima figura ad un ruolo ancillare rispetto a quella dell'*effusum vel deiectum*[49]. Si spiega forse così perché, nell'ottica del giurista severiano, la responsabilità di *qui posuit* potesse essere considerata in qualche modo eccezionale, entrando casomai in gioco, in via residuale, quando fosse stato cagionato un danno e sempreché costui fosse appunto persona diversa dall'*habitator* (indipendentemente dal fatto che si trattasse di inquilino o di proprietario).

Quest'ultimo infatti o rispondeva in base all'editto *de positis* per la situazione di pericolo o per *effusum vel deiectum* nel caso in cui l'eventuale caduta avesse cagionato un danno[50]. Nell'ottica

---

sarebbe stato l'*habitator* – a polarizzare sull'*habitator* stesso (ed eventualmente, in mancanza, sul *dominus aedis*) la responsabilità per *positum aut suspensum* nel caso in cui l'evento dannoso non si fosse verificato.

[49] Sul punto v. quanto appena detto a nota 47. La circostanza appare indirettamente confermata da tarde fonti bizantine: cfr. sch. 46 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3179 = Heimbach, V, p. 333), in cui si sottolinea appunto come, nel caso del *positum aut suspensum* che fosse poi caduto o si fosse versato, dovessero trovare applicazione i rimedi previsti per l'*effusum vel deiectum* e, in virtù di essi, dovessero essere conseguentemente considerati responsabili l'inquilino o il *dominus aedis*, in quanto però – come significativamente si dice – fosse a sua volta *habitator*.

[50] Ciò perché l'*habitator* avrebbe comunque avuto la facoltà di rimuovere quanto posto o sospeso pericolosamente da altri (cfr. anche sch. 28 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3176 = Heimbach, V, p. 332): così anche Watson, *Liability in the actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 379-380, la cui opinione sulla responsabilità dell'*habitator*, che, se pur a mio avviso non trova corrispondenza nel dato testuale dell'editto, sembra tuttavia in qualche modo adattarsi agli sviluppi interpretativi riconducibili alla giurisprudenza del tardo Principato. In quest'ottica può darsi che la stessa configurazione della formula si sia adattata alla nuova concezione (per la configurazione originaria v. invece quanto si è osservato a nota 22) e che nel caso in cui il *ponere* fosse riconducibile ad uno schiavo l'*actio* non fosse concessa *servi nomine*, ma piuttosto con una *intentio* che contemplava il nome dell'*habitator* o del *dominus aedis*, cui corrispondeva una *condemnatio* che prevedeva eventualmente una clausola nossale attraverso un meccanismo analogo a quello previsto nel caso delle *actiones de effusis vel deiectis*: sul punto, per un ampio esame della questione, con riferimento al fatto che la formula presentava in que-

ulpianea tale ultima situazione doveva infatti di regola ormai riportarsi al raggio di applicabilità delle *actiones de effusis vel deiectis*, circostanza questa che è evidenziata in D. 9, 3, 1, 3, sia pure ancora in forma di semplice opinione del giurista, come del resto sembrano chiaramente testimoniare le prudenti espressioni in quel contesto a più riprese utilizzate: «*magis deiectum videri*», «*pro deiecto haberi magis est*», «*edictum tamen locum habere dicendum est*»[51].

Si giustificano a mio avviso in questi termini le ambiguità della prima parte di D. 9, 3, 5, 12 nella quale il giurista severiano sembra mescolare vecchio e nuovo, sovrapponendo ad un tessuto più antico, in cui *qui posuit* poteva essere normalmente chiamato a rispondere per i danni da caduta, il regime forse affermatosi in seguito in cui la responsabilità di *qui posuit* era ormai diventata del tutto anomala in quanto tali danni venivano di regola ricondotti al raggio di applicabilità dell'*effusum vel deiectum*, rendendone appunto re-

sto caso un'*intentio* personale con l'indicazione dell'*habitator* o del *dominus aedis* cfr. Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., in specie pp. 679-680.

[51] Sul punto, nel senso qui indicato, v. quanto in particolare quanto già affermato da Wołodkiewicz, *«Deiectum vel effusum» e «positum aut suspensum» nel diritto romano*, cit., p. 382, nonché da Longo, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 461. Quanto al fatto che in ipotesi di caduta fosse in primo luogo esperibile l'*actio de effusis vel deiectis* contro l'*habitator* è sostenuto da Rossi, *In tema di tutela pretoria della viabilità. A proposito di D. 9. 3. 5. 12*, cit., pp. 413-414, che propone altresì una rilettura dell'*incipit* di D. 9, 3, 5, 12: *Si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio <qui positum habuit non in eum> qui posuit,* [*non*] *<neque> in eum qui habitaverit: <itaque utilis danda erit eum qui posuit>…* Il testo riguarderebbe dunque la concessione in via diretta e in via utile dell'*actio de positis* rispettivamente nei confronti del *positum habens* e di *qui posuit*. La ricostruzione però a mio avviso non convince non solo perché basata su una quasi completa riscrittura del testo, ma anche perché implica – con tutti i problemi di concorso che ne conseguono (v. *ibidem*, pp. 415-416) – che le due azioni (quella *de effusis* e quella *de positis*) di norma si indirizzassero in caso di caduta contro lo stesso soggetto dato che, come sappiamo, l'*habitator* e il *positum habens* tendenzialmente (salvo il caso del *dominus* di un edificio disabitato) coincidono. A ciò si aggiunga che non capisco come potrebbe dirsi «*quasi haec actio non sufficiat*» con riferimento all'*actio de positis* esercitabile contro il *positum habens*, dato che semmai quella che potrebbe non essere sufficiente è l'*actio de effusis* contro l'*habitator* per il fatto – ben noto – che non si sarebbe potuta intentare contro il *dominus* che non fosse *habitator*.

sponsabile l'*habitator* che di norma ormai rispondeva anche per il *positum aut suspensum* in quanto *positum habens*[52].

Che vi sia stata una fase precedente in cui la giurisprudenza si era tuttavia orientata altrimenti è del resto circostanza di cui è rimasta traccia nel ricordo dei due casi risolti da Servio: sappiamo infatti che il giurista tardo-repubblicano ritenne che si dovesse concedere un'azione *ad exemplum* di quella *de positis aut suspensis* se si fosse cagionato un danno per la caduta della tavola *exposita in pergula* o dell'anfora *ex reticulo suspensa*. In tali circostanze l'azione doveva appunto essere concessa *ad exemplum* per il fatto dichiarato che la *positio* o la *suspensio* non erano avvenute «*neque in suggrunda neque in protecto*», ma certo non perché la previsione edittale riguardante il *positum* non trovasse applicazione nel caso di danneggiamento determinato da caduta. Se così fosse stato non si comprenderebbe infatti per quale motivo Servio non avesse piuttosto previsto la possibilità di applicare in via utile le previsioni edittali relative all'*effusum vel deiectum*[53].

---

[52] La circostanza potrebbe spiegare perché D. 9, 3, 5, 12 dica ancora che l'azione *competit* contro *qui posuit*, ma senza poi soffermarsi a precisare se si trattasse di un'azione edittale o decretale: il testo dell'editto – fosse o no quello dell'epoca di Servio – veniva ormai comunque interpretato nel senso che, in caso di caduta, trovassero applicazione le disposizioni per l'*effusum vel deiectum* nei confronti dell'*habitator* (cfr. D. 9, 3, 1, 3: *…edictum tamen locum habere dicendum est*). Quella che in origine era da considerarsi – come abbiamo visto – un'azione edittale si veniva ora a trovare, per certi versi, ai margini (se non ormai al di fuori) della previsione dell'editto *de positis*.

[53] Detto ciò, il sistema sanzionatorio descritto dalle fonti a nostra disposizione è, così come appare costruito in via interpretativa dall'ultima giurisprudenza classica e recepito dalla compilazione, nel complesso sufficientemente coerente: nel caso che quanto *positum aut suspensum* fosse caduto o si fosse versato si sarebbe potuta esercitare un'azione (riconducibile alle prescrizione edittale relativa all'*effusum vel deiectum*) contro l'*habitator* che è di norma *qui positum habuit* e, eventualmente, una azione *de positis aut suspensis* contro *qui – tantum – posuit*: quanto al problema del concorso di azioni aderirei all'idea che venisse risolto con «un'ampia applicazione del principio della consumazione giudiziale»: cfr. Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 619. Si comprende così bene, nel caso prospettato nella prima parte di D. 9, 3, 5, 12, anche la limitazione della legittimazione passiva rispetto all'*actio de positis aut suspensis* appunto a *qui posuit*, perché comunque *qui positum habuit* (si trattasse del *dominus aedis* o dell'inquilino) avrebbe comunque risposto – sembrerebbe – con l'*actio de effusis vel deiectis*, in quanto a costui era riconducibile la disponibilità materiale dell'abitazione che era appunto il normale presupposto del *positum habere*. Rimane tutta-

4. *Il quadro conclusivo: l'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale dall'epoca tardo-repubblicana fino alla giurisprudenza severiana*

Alla luce di quanto fin qui detto sembra potersi concludere che l'*actio de positis aut suspensis* sia stata dunque prevista insieme ai rimedi pretori in materia di *effusum vel deiectum* per tutelare la sicurezza della circolazione e dello stazionamento nella pubblica via. Fu azione *in factum* penale e popolare, eventualmente concessa come nossale a condizione che il comportamento illecito fosse avvenuto *insciente domino*.

In base alla previsione edittale fu caratterizzata dal limite oggettivo che la *positio* o la *suspensio* fossero avvenute, cagionando pericolo, *in suggrunda protectove* e fu tendenzialmente finalizzata – almeno all'epoca del Principato avanzato – a sanzionare non un comportamento lesivo, ma piuttosto, in via preventiva, la condotta di chi avesse tenuto un comportamento potenzialmente idoneo a cagionare un danno, indipendentemente dalla circostanza che questo si fosse o meno effettivamente determinato.

L'interpretazione giurisprudenziale tardo-repubblicana, forse anche fondandosi su una diversa redazione edittale, la ritenne tuttavia in via diretta applicabile anche nel caso in cui quanto *positum* o *suspensum* fosse accidentalmente caduto provocando un danno, come testimonia l'impiego del verbo *competere* in D. 9, 3, 5, 12 per individuare l'azione nel confronti di *qui posuit*.

La circostanza pare inoltre confermata dall'opinione di Servio circa la possibilità di concedere delle azioni *ad exemplum* di quella edittale nel caso del *pictor* che «*in pergula clipeum vel tabulam expositam habuisset*» o dell'«*amphora ex reticulo suspensa*», situazioni queste ultime che si ponevano sì al di fuori dallo 'Schutzbereich' dell'editto *de positis*, ma che non a caso, pur in assenza di una *positio* o una *suspensio in suggrunda protectove*, venivano

via sul punto un'incertezza: non mi sentirei infatti di escludere del tutto che potesse essere tenuto *de posito* anche il *dominus aedis* qualora non si trattasse di *habitator*; dubbi a mio avviso legittimi in questo senso – per la diversa ampiezza della legittimazione passiva nelle due azioni – sono avanzati da Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., p. 716, nota 119.

ricondotte a quest'ultimo e non piuttosto a quello relativo all'*effusum vel deiectum*[54].

La situazione dovette tuttavia successivamente mutare se è vero che, sul declinare della giurisprudenza classica, Ulpiano potrà ricondurre il danneggiamento provocato da *positum aut suspensum* nell'ambito di operatività delle *actiones de effusis vel deiectis*, sia pure prospettando tale soluzione non in termini assoluti, ma semplicemente come quella ai suoi occhi preferibile[55]. Il cambio di prospettiva che si manifesta nell'arco di tempo che va da Servio ad Ulpiano trova del resto probabilmente corrispondenza nel progressivo maggior rilievo teorico e soprattutto pratico assunto dalla tutela edittale contro l'*effusum vel deiectum* rispetto a quella approntata per il *positum aut suspensum*; ciò avviene di pari passo con la tendenza – forse connessa – a polarizzare anche quest'ultima responsabilità nella persona dell'*habitator*, nei cui confronti venne probabilmente a configurarsi come una responsabilità che doveva di norma prescindere sia dall'effettivo accertamento dell'attribuzione del fatto ad una persona determinata (e quindi in particolare dall'accertamento

[54] Nel silenzio delle fonti non mi pare possibile ipotizzare con un qualche grado di sicurezza quale fosse la sanzione prevista nei confronti di *qui posuit* nel caso in cui il danno si fosse verificato: che fosse in qualche modo determinata con riferimento alla regolamentazione prevista per le *actiones de effusis vel deiectis* (così Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 618) può immaginarsi per l'epoca di Ulpiano, ma, a mio avviso, non necessariamente per quella di Servio. Tenderei ad escludere comunque che continuasse ad applicarsi la pena fissa di diecimila sesterzi prevista per il caso di semplice *positio* o *suspensio* e ciò benché nell'interpretazione serviana la sanzione per il *positum aut suspensum* che fosse successivamente caduto o versato rimanesse riconducibile all'editto *de positis*: si trattava infatti di sanzionare non tanto un comportamento semplicemente pericoloso, ma un comportamento che avesse appunto anche cagionato un danno che poteva non essere adeguatamente sanzionato dalla pena fissa – pure di per sé elevata – di diecimila sesterzi.

[55] Non mi pare tuttavia che la linea evolutiva qui tracciata tra il pensiero della giurisprudenza tardo-repubblicana (e segnatamente di Servio) e la diversa impostazione accolta dalla giurisprudenza successiva (di cui è testimone Ulpiano) implichi necessariamente che l'editto *ne quis in suggrunda* sia cronologicamente precedente a quello relativo all'*effusum vel deiectum*: così invece, ipoteticamente, Palmirski, *Effusum vel deiectum*, cit., pp. 674-675, ma per la sostanziale contemporaneità cfr. *supra*, cap. II, p. 147 e nota 107 nonché, in questo cap., nota 6. Insomma tutto si risolve – a mio avviso – sul piano del rapporto tra le due previsioni edittali e nel quadro di una progressivo più ampio raggio di applicazione riconosciuto alle disposizioni in materia di *effusum vel deiectum*.

di chi fosse *qui posuit*), sia da ogni indagine riguardo all'elemento 'soggettivo' (eventualmente configurabile – forse già agli occhi della giurisprudenza severiana – sotto il profilo della colpa)[56].

In quest'ottica si spiega tra l'altro la tendenza all'assorbimento della previsione edittale in materia di *positum aut suspensum* in quella per *effusum vel deiectum* qualora la caduta avesse cagionato un danno[57], nonché, nella stessa circostanza, la permanenza dell'esperibilità della prima azione qualora *qui posuit* non fosse *qui habitaverit*. In tal caso la maggiore ampiezza soggettiva dell'editto *de positis* – di norma compressa – tornava ad assumere la sua originaria dilatazione, permettendo di sanzionare responsabilità diverse rispetto a quella, nella prassi prevalente, dell'*habitator* (fosse o no anche *dominus aedis*).

---

[56] Ciò tuttavia non comportò che la responsabilità per *positum habere* si trasformasse in una sorta di responsabilità 'oggettivizzata'. Sul punto, per la possibilità che il requisito del *positum habere* possa essere interpretato sia in senso 'oggettivo' che in senso 'soggettivo', cfr. del resto – anche con riferimento alla configurazione, secondo le categorie moderne, dell'elemento 'soggettivo' negli illeciti di pericolo – le penetranti osservazioni di Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 619. Per l'idea che il *positum habere* non costituisse un mero fatto obiettivo, implicando comunque la coscienza di tenere una condotta vietata, v. anche Burdese, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 456. Del resto se la responsabilità fosse veramente di tipo obiettivo l'*habitator* o il *dominus aedis* avrebbero dovuto rispondere anche per ciò che fosse stato posto o sospeso a loro insaputa (e magari da chi si fosse introdotto illegittimamente nell'abitazione): il caso sembrerebbe tuttavia esulare da questo tipo di responsabilità salvo che a porre in essere la situazione di pericolo fosse stato uno schiavo, che, in una tale circostanza, in quanto il *positum aut suspensum* fosse avvenuto all'insaputa del *dominus*, sarebbe stato comunque possibile oggetto di una dazione a nossa, cfr. Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., p. 716, nota 120.

[57] Netta sul punto la posizione degli *antecessores* bizantini che, nel caso in cui fosse caduto o si fosse versato quanto semplicemente *positum aut suspensum*, prevedono a più riprese l'applicazione dell'*actio in duplum* o della pena fissa di cinquanta solidi previste per l'*effusum vel deiectum* e non della sanzione di dieci solidi che si dice dovesse invece trovare applicazione nel solo caso in cui non si fosse cagionato danno: cfr. a questo proposito le testimonianze di sch. 32, 38, 39, 41 e 46 a Bas. 60, 4, 5 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3177 e pp. 3179-3180 = Heimbach, V, pp. 333-334).

Capitolo IV
ACTIONES DAMNI ET FURTI IN FACTUM ADVERSUS NAUTAS, CAUPONES ET STABULARIOS

1. *La responsabilità degli* exercitores navis*,* cauponae aut stabuli *e il suo inquadramento nella categoria del* «quasi ex maleficio teneri»*: D. 44, 7, 5, 6 (Gai. 3* aur.*) e I. 4, 5, 3*

Il pretore non si limitò, come nel caso dell'*effusum vel deiectum* e del *positum aut suspensum* di cui ci siamo appena occupati, a tutelare la sicurezza della circolazione e dello stazionamento nelle pubbliche vie, ma – su ben più larga scala – ebbe altresì ad assicurare la sicurezza dei viaggi e dei commerci, predisponendo delle azioni onorarie volte a garantire *vectores* e *viatores* contro furti e danneggiamenti che potessero subire nel corso dei loro soggiorni e dei loro spostamenti lungo le vie di mare e le numerose vie di terra che si dipanavano attraverso il mondo romano[1]. Ciò soprattutto avvenne – sull'evidente presupposto che le azioni civili come l'*actio furti* o l'*actio legis Aquiliae* potessero nei fatti rivelarsi allo scopo insuffi-

[1] Sullo sviluppo del trasporto terrestre e soprattutto di quello marittimo a Roma, in particolare a partire dal II secolo a.C. e per l'importanza sociale dei viaggi nella società romana cfr., per limitarci qui ad alcuni lavori di inquadramento generale, in specie J.A. Crook, *Law and Life in Rome*, London, 1967, p. 223 e ss.; F. De Martino, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1979, p. 129 e ss.; II, Firenze, 1979, p. 322 e ss. Per quanto riguarda lo sviluppo delle rotte marittime a partire dalla seconda guerra punica v. anche, in particolare, C. Nicolet, *Rome et la conquête du monde méditerranéen, 264 -27 avant J.-C.*, I, *Les structures de l'Italie romain,* Paris, 1979, p. 157 e ss., nonché J. Rougé, *Navi e navigazione nell'antichità*, Firenze, 1977, p. 105 e ss. e, già in precedenza, dello stesso autore, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain. Ports. Routes. Trafic*, Paris, 1966, p. 461 e ss.

cienti[2] – attraverso la predisposizione di un'*actio de recepto* che, come è noto, aveva natura reipersecutoria e tendeva a garantire che si conservasse intatto e indenne quanto rimesso alla custodia di coloro che erano titolari di un'impresa marittima (in questo senso, *nautae*) o di un'attività di ricezione alberghiera (*caupones*) o relativa al cambio degli animali in un'apposita stazione con annessa locanda (*stabularii*)[3], imponendo a costoro una responsabilità rigorosa che

[2] Tali azioni, al di là dei presupposti richiesti (penso soprattutto al caso dell'*actio ex lege Aquilia*), si caratterizzavano infatti per la necessità dell'identificazione di un *certus homo* come responsabile dell'illecito, essendo pertanto esperibili esclusivamente contro costui o, altrimenti, se si fosse trattato di uno schiavo, contro il suo *dominus*, eventualmente in via nossale: ciò comportava, come meglio avremo occasione di vedere (v., a proposito del concorso tra azioni, *infra*, p. 250 e ss.), quanto meno maggiori difficoltà sul piano probatorio, richiedendosi ovviamente che nella fase *in iudicio* l'attore dovesse necessariamente *arguere factum certi hominis* (sul punto, con riferimento a tale terminologia, cfr. D. 4, 9, 6, 4 [Paul. 22 *ad ed.*], su cui, sotto questo profilo, v. in specie *infra*, nota 137).

[3] Sull'*actio de recepto* cfr. per tutti la sintesi di Kaser, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 507-508 e p. 586. Numerosi studi sono stati dedicati *ex professo* all'argomento, soprattutto durante gli anni Cinquanta e Sessanta, sulla scia della pubblicazione della monografia di F. de Robertis, *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, Bari, 1952: ricordo, tra gli altri, con particolare riferimento ai rapporti tra *receptum* e *locatio* in relazione al trasporto marittimo, M. Sargenti, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, p. 553 e ss.; Id., *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI* 20, 1954, p. 127 e ss.; J.C. van Oven, *«Actio de recepto» e «actio locati»*, in *TR* 24, 1956, p. 137 e ss.; R. Feenstra, *Deux textes de Gaius sur la resposabilité contractuelle: D. 19, 2, 40 et D. 4, 9, 5*, in *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, 1959, p. 105 e ss.; J.A.C. Thomas, *Carriage by Sea*, in *RIDA* 3e s. 7, 1960, p. 489 e ss.; più in generale sul *receptum* v. anche gli studi monografici di C.H. Brecht, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, München, 1962, in specie p. 83 e ss., e di A.J.M. Meyer-Termeer, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, Zutphen, 1978, in specie p. 185 e ss. Nella letteratura più recente cfr. altresì A. Földi, *Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der haftung ex recepto nautarum cauponum stabulariorum und der Haftung für custodia*, in *RIDA* 3e s. 40, 1993, p. 263 e ss., H. Wicke, *Respondeat superior. Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*, Berlin, 2000, p. 81 e ss., nonché il quadro di sintesi fornito, con particolare riferimento al *receptum nautarum*, da A. Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in P. Cerami-A.Di Porto-A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*², Torino, 2004, p. 269 e ss.; quanto al rapporto tra *actio de recepto* e *actiones furti et damni in factum* v. recentemente M.F. Cursi, *Actio de re-*

veniva meno solo per forza maggiore o caso fortuito[4]. Tuttavia un analogo risultato venne perseguito anche – e forse già prima – con la concessione, per quel che qui più interessa, di ulteriori rimedi, che vengono tradizionalmente individuati dalla dottrina romanistica nelle c.d. *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, da farsi valere appunto nei confronti degli stessi soggetti nel caso in cui, anche ad opera di terzi, purché stabilmente

cepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito, in *Studi per G. Nicosia*, III, cit., p. 117 e ss.; per alcuni spunti, da ultimo anche Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 292 e ss. (e ivi pp. 293-294, nota 3 ulteriori indicazioni bibliografiche).

[4] Secondo Pomponio la grave responsabilità imposta nel caso del *receptum* avrebbe anzi costituito il vero discrimine rispetto alla responsabilità cui l'*exercitor* sarebbe stato invece tenuto *ex locato* o *ex conducto* (a seconda rispettivamente della configurazione della locazione marittima come *locatio mercium vehendarum* o come *locatio navis*) o, altrimenti, se non vi fosse stata un'attribuzione pecuniaria, in quanto depositario; la previsione della responsabilità *ex recepto* avrebbe anzi costituito la ragione ultima dell'intervento pretorio che – lo si dice espressamente – era essenzialmente rivolto a reprimere l'*improbitas* della categoria degli *exercitores*, cfr. D. 4, 9, 3, 1 (Ulp. 14 *ad ed.*): *…miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit* (*scil.* Pomponius)*, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiam sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit*. Alla luce del testo sembra comunque potersi escludere che gli *exercitores* potessero essere tenuti per *custodia* secondo il *ius civile* e ciò anche nel caso di *locatio mercium vehendarum* (Ulpiano infatti, senza distinguere tra le ipotesi prospettate in precedenza, ci dice che «*in locato conducto*» rilevava comunque la *culpa*): sul testo – assai discusso in dottrina – e sul suo contenuto cfr. da ultimo Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., pp. 130-132 (con indicazioni bibliografiche a p. 131, nota 50) e in particolare Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, cit., p. 49, nota 25 e pp. 107-108, che, oltre ad escludere che gli *exercitores* potessero essere responsabili per *custodia* secondo il *ius civile*, sottolinea altresì come tale responsabilità e quella *ex recepto* fossero, nonostante le analogie, ben diverse dal punto di vista strutturale (sul punto, con specifico riferimento a D. 4, 9, 5 pr. [Gai. 5 *ad ed. prov.*], v. anche *infra*, nota 48). Sul quest'ultimo punto in senso conforme v. recentemente anche Földi, *Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der haftung ex recepto nautarum cauponum stabulariorum und der Haftung für custodia*, cit., p. 276 e ss., nonché Wicke, *Respondeat superior*, cit., p. 92, nota 213.

inseriti nell'impresa, fosse stato danneggiato o sottratto nella nave, nella *caupona* o nello *stabulum* quanto apparteneva ai loro clienti[5].

Tale responsabilità di *nautae*, *caupones* e *stabularii*[6] per i danni o per i furti subiti da *vectores* e *viatores* viene come è noto individua-

[5] Alle c.d. *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios* è dedicata la recente trattazione *ex professo* di Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., tema su cui lo stesso autore è tornato, per alcuni approfondimenti, in *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 327 e ss.; in precedenza la dottrina se ne era occupata per lo più nell'ambito delle trattazioni dedicate ai quasi delitti: al proposito si segnalano, tra tutte, l'indagine, per molti aspetti superata, di Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 106 e ss., nonché quelle, assai più recenti, della Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 129 e ss. e, pur in una prospettiva particolare, di Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 198 e ss. Spunti, per quanto sparsi, si riscontrano, nella letteratura a noi vicina nel tempo, anche in Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 39 e ss. Tra i lavori di più ampio respiro (al di là di quelli che si sono occupati di singole questioni o di specifiche fonti, che pertanto verranno ricordati, di volta in volta, nei luoghi opportuni), vanno qui in particolare segnalate, per la trattazione di molteplici problematiche attinenti al tema, le importanti ricerche di Serrao raccolte nel volume *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie p. 95 e ss. Indagini recenti che hanno toccato il tema qui considerato (o alcuni aspetti) sono inoltre quelle di Wicke, *Respondeat superior*, cit., p. 85 e ss., di Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, cit., p. 70 e ss., di Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in *Diritto commerciale romano. Profilo storico*², cit., p. 295 e ss. e di Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 117 e ss., nonché *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 657 e ss.

[6] Per la probabilità che l'editto pretorio utilizzasse proprio questi tre termini per riferirsi specificamente ai titolari di un'impresa marittima (per la polisemia del termine *nauta*, che indicava sia coloro che sulla nave si occupavano della navigazione e cioè i marinai, sia – come in questo caso – l'armatore, v. D. 4, 9, 1, 2, riportato *infra*, p. 209) o di un'attività di ricezione alberghiera (*caupona*) o relativa al cambio degli animali in una apposita stazione con annessa locanda (*stabulum*) cfr. A. Földi, *Die Entwicklung der sich auf die Schiffer beziehenden Terminologie im römischen Recht*, in *TR* 43, 1995, p. 1 e ss., nonché, dello stesso autore, *«Caupones» e «stabularii» nelle fonti del diritto romano*, in *Mélanges F. Sturm*, I, Liège, 1999, p. 119 e ss. Sul punto, con riferimento alle rubriche di D. 4, 9, «*Nautae caupones stabularii ut recepta restituant*» e di D, 47, 5, «*Furti adversus nautas caupones stabularios*», cfr. anche quanto osservato da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 2, nota 2.

ta come la quarta ed ultima delle fattispecie da cui, nel diritto giustinianeo, sorgono obbligazioni *quasi ex maleficio*. Benché la previsione edittale trovi, come vedremo, riscontro in numerosi materiali giurisprudenziali, è dunque opportuno, nell'ottica specifica della nostra ricerca, anche in questo caso prendere le mosse dell'indagine proprio da quei testi, assai noti alla dottrina romanistica, in cui si compie appunto l'inquadramento di tale responsabilità nel *genus* del «*quasi ex maleficio teneri*»[7].

Mi riferisco ovviamente, innanzi tutto, al passo che chiude la trattazione del titolo 4, 5, «*de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*» delle Istituzioni imperiali, da prendere in considerazione ancora una volta insieme al suo modello, come è noto costituito dal testo parallelo delle *res cottidianae*, a sua volta riprodotto come paragrafo conclusivo di D. 44, 7, 5:

> I. 4, 5, 3: *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. in his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.*
>
> D. 44, 7, 5, 6 (Gai. 3 *aur.*): *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius*

Quanto alle strutture economiche in questione si può aggiungere che la *caupona* sembra fosse destinata semplicemente a concedere ospitalità alberghiera alle persone, mentre lo *stabulum*, spesso ubicato al di fuori delle città, lungo le vie di comunicazione, sembra fosse destinato, oltre che al cambio e al ricovero degli animali (particolarmente cavalli), anche ad accogliere persone.

[7] Per le altre fonti, in cui pure mai si fa riferimento alla categoria del «*quasi ex maleficio teneri*», cfr. le trattazioni *ex professo* contenute in D. 4, 9, 6 e 7 e nell'intero titolo D. 47, 5. Materiali sparsi – e tuttavia direttamente attinenti alle nostre azioni – sono inoltre, in particolare, quelli che possono leggersi in D. 9, 4, 19, 2 (Paul 22 *ad ed.*) e in D. 47, 2, 42 pr. (Paul. 9 *ad Sab.*).

> *eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur.*

I due passi, che pur presentano alcune significative differenze – tra cui si segnalano in particolare un'importante variante testuale e l'aggiunta della frase finale in quello delle Istituzioni imperiali[8] –, sono funzionali a delineare, nella loro sostanziale coincidenza, più che i precisi contorni della fattispecie, che viene solo sommariamente

[8] Quanto alla chiusa «*in his autem-competit*», che fa riferimento alla trasmissibilità attiva e all'intrasmissibilità passiva delle *actiones in factum*, cfr., con specifico riferimento a quest'ultima, D. 4, 9, 7, 6 (Ulp. 18 *ad ed.*), su cui v. *infra*, pp. 241-243. La differenza più rilevante consiste tuttavia nella sostituzione delle parole «*de damno aut furto*» con l'espressione «*de dolo aut furto*». Su tale modifica, che trova riscontro nella propensione dei bizantini a configurare il dolo come autonoma figura di delitto che tende a sostituirsi nella relativa classificazione al *damnum iniuria datum* (cfr. *infra*, cap. V, pp. 277-278 e nota 23), v. per tutti G. Falcone, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *Annali Palermo* 45, 1, 1998, p. 342 e ss., che individua nel testo di I. 4, 5, 3 uno degli indizi per attribuire il quarto libro a Doroteo (cfr. *ibidem*, le conclusioni a p. 354) sulla base del confronto con il testo corrispondente della Parafrasi («…κατὰ δόλον τινὸς ἤγουν κλέψαντος ὑπιστῶ ἐγὼ ζημίαν…» [trad. ed. Ferrini: …cuiusdam dolo, veluti furis, damnum mihi factum fuerit…]), il quale – come acutamente osserva Falcone – «da un lato, dovendo, comunque, mantenere il riferimento di J [I. 4, 5, 3] al dolo, ha trasformato quest'ultimo in un aspetto del furto, dall'altro lato, ha cercato di recuperare il dettato di RC [D. 44, 7, 5, 6], riproponendo il richiamo al *damnum*». Secondo l'autore palermitano insomma la variante *damnum-dolus* introdotta nel testo Istituzionale sarebbe il frutto di una scelta consapevole del compilatore di I. 4, 5, 3 e tuttavia non condivisa da Teofilo. Sul testo della Parafrasi v. però ora anche Petito, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo*, cit., p. 483, che, al contrario, sostiene che il Parafraste tenda piuttosto ad assorbire il furto nel dolo e non viceversa e che conseguentemente, nel testo della Parafrasi, venga attribuito al primo una valenza meramente esemplificativa (cfr. anche *ibidem*, nota 50). In quest'ottica – visto anche il significato del termine ζημία che esprimerebbe «il mero pregiudizio patito dal derubato» – tutto il discorso della Parafrasi si concentrerebbe sull'*actio furti adversus nautas, caupones et stabularios*. Mi sia tuttavia lecito sommessamente osservare da un lato che l'inserimento del termine ζημία non può non essere considerato significativo alla luce di D. 44, 7, 5, 6, dall'altro che quanto meno il riferimento al singolare ad un'unica azione *in factum* – rilevato dal Petito nel prosieguo del testo della Parafrasi – trova a ben vedere corrispondenza nell'«*haec actio*» di D. 44, 5, 7, 6, che pure appunto conteneva espresso riferimento anche al *damnum iniuria datum* (al proposito, per l'uso del singolare nel testo delle *res cottidianae*, v. *infra*, p. 200 e nota 23).

descritta, le caratteristiche essenziali della responsabilità degli *exercitores navis*, *cauponae aut stabuli*, così come risulta fissata nel quadro della compilazione giustinianea[9].

A questo proposito si può rilevare che in essi si afferma l'idea che gli *exercitores*[10] fossero tenuti *quasi ex maleficio* per gli illeciti commessi «*in nave aut caupona aut stabulo*» da «*alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret*», perché, con riferimento al comportamento dei loro sottoposti, si sarebbero potuti ritenere responsabili «*aliquatenus culpae*», in quanto come viene ulteriormente precisato, «*opera malorum homi-*

[9] Nella stringatissima esposizione istituzionale mutuata dalle *res cottidianae* sembra infatti nel complesso evidente che più che voler fornire un'esatta definizione dei contorni della fattispecie (a questo proposito ci si limita infatti a precisare che gli *exercitores navis aut cauponae aut stabuli* erano chiamati a rispondere del comportamento illecito dei propri ausiliari purché ciò «*in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit*») si intendesse piuttosto delineare, a fini essenzialmente sistematici e classificatori, il tipo di responsabilità di cui erano chiamati a rispondere *nautae*, *caupones* e *stabularii* (ciò soprattutto evidenziando con enfasi che comunque l'*exercitor* in tal caso «*aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur*»), allo scopo ultimo di inquadrare appunto la loro responsabilità nella categoria del «*quasi ex maleficio teneri*» (per la conservazione di tale terminologia in I. 4, 5, 3 [«*…quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium… quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur*»] v. *supra*, cap. II, nota 7 e *infra*, cap. V, p. 268 e nota 6).

[10] In talune fonti l'*exercitor* sembra tuttavia essere esclusivamente l'armatore (cfr. ad esempio Gai. 4, 71 e D. 14, 1, 1, 15 [Ulp. 28 *ad ed.*]): sul punto cfr. in specie F. De Martino, s.v. *exercitor*, in *NNDI* VI, Torino, 1960, p. 1088 e ss. Che comunque vengano individuati nelle fonti come *exercitores* anche il *caupo* e lo *stabularius* è dimostrato, oltre che da I. 4, 5, 3 e D. 44, 7, 5, 6 e dalle altre fonti che riguardano le *actiones in factum*, anche da D. 4, 9, 1, 4 e da D. 4, 9, 3, 2, entrambi tratti dal quattordicesimo libro del commentario all'editto ulpianeo (e quindi relativi al *receptum*): anzi, quanto alla possibilità che la ripetuta utilizzazione del sostantivo *exercitor* e del verbo *exercere* nelle fonti appena ricordate (cfr. anche PS. 2, 31, 16) dimostri una tendenza alla generalizzazione, con riferimento ad almeno alcune disposizioni edittali, cfr. in specie A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1984, p. 87 e nota 51. Sul punto, per una prospettiva rovesciata, nel senso di ipotizzare che il termine *exercitor* sia invece passato da un significato più ampio e diffuso ad indicare successivamente in specie l'armatore cfr. Földi, *Die Entwicklung der sich auf die Schiffer beziehenden Terminologie im römischen Recht*, cit., p. 4 e ss. e ancora, dello stesso autore, *Eine alternative Annäherungsweise: Gedanken zum Problem des Handelsrechts in der römischen Welt*, in *RIDA* 3e s. 48, 2001, p. 78 e ss.

num uteretur»[11]. In questo quadro appare significativo che si affermi altresì che, nel caso in cui l'illecito fosse stato direttamente commesso dagli *exercitores navis, cauponae aut stabuli*, si dovesse escludere che la loro responsabilità fosse da considerarsi *quasi ex maleficio* («*…quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium…*»)[12].

Si tratta in quest'ultimo caso di una affermazione che – se la si voglia riferita ad un contesto di vigenza della procedura formulare – sembra collocarsi tuttavia su un piano essenzialmente teorico. Come meglio avremo occasione di vedere, la formulazione ambivalente delle prescrizioni edittali – che, nel fare riferimento congiunto agli illeciti commessi dagli *exercitores* o dai loro ausiliari, trovava la sua ragion d'essere nella necessità di garantirne l'efficacia – determinava infatti in concreto il superamento del problema di individuare nell'*intentio* della formula il responsabile dell'illecito, chiamando comunque nella *condemnatio* a risponderne l'*exercitor navis, cauponae aut stabuli* in ragione del fatto che costui, come affermano le

[11] Per una attenta lettura dei due testi, che, benché centrali per lo studio delle *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, non sempre sono stati tenuti in adeguata considerazione da chi se ne è occupato *ex professo* (solo un fugace accenno è ad esempio nel lavoro della Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 138), cfr. l'ampia trattazione ad essi dedicata da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., in particolare p. 21 e ss. e p. 87 e ss., nonché ora, in forma più stringata e sotto specifici angoli di visuale, dallo stesso autore in *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 362 e ss.

[12] Sembrerebbe dunque che se l'illecito fosse direttamente ascrivibile all'*exercitor* questi fosse piuttosto tenuto *ex maleficio*; il «*quasi ex maleficio teneri*» parrebbe cioè corrispondere al solo caso in cui l'*exercitor* fosse chiamato a rispondere per fatto altrui: in questi termini ricostruisce infatti la responsabilità degli *exercitores*, anche sulla base dei testi qui considerati, da ultimo Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 416 e pp. 426-427. In precedenza sulla questione si era già esplicitamente espresso Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 109 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 32). Che si tratti di una costruzione teorica riconducibile alla 'Geistesart' bizantina è ora ipotizzato da Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 364-365. L'idea è suggestiva, ma deve fare i conti con il testo di D. 44, 7, 5, 6 e ipotizzare o una sua tarda redazione o, altrimenti, l'esistenza di ampi rimaneggiamenti che quanto meno investirebbero tutta la frase «*si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret*».

fonti, utilizzava gli ausiliari «*suo periculo*», cioè in virtù dell'attribuzione a suo carico di quello che da taluni è stato individuato come un vero e proprio rischio d'impresa[13].

Ciò, nell'ottica dei testi in esame, comportava invece che gli *exercitores*, anche se non direttamente responsabili dell'illecito, potessero essere considerati personalmente responsabili «*aliquatenus culpae*»[14], volendosi così chiarire la ragione di una disciplina giuridica che, anche a stare alle testimonianze in esame, configurava la responsabilità di *nautae*, *caupones* e *stabularii* come essenzialmente riconducibile alla categoria della responsabilità per fatto altrui[15].

---

[13] Cfr. D. 4, 9, 7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit…* Sul punto, quanto all'interpretazione del «*suo periculo adhibuerit*» quale possibile fondamento della responsabilità degli *exercitores*, in quanto volto ad esprimere «un rischio collegato ad un'attività» cfr. per tutti Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 103 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 26). Per quanto riguarda la configurazione dell'attribuzione del rischio come problema di responsabilità cfr. in generale – per quella che mi pare una corretta impostazione dogmatica del problema – le osservazioni di Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., in particolare p. 81 e ss. e, con riferimento alla responsabilità per fatto altrui, più specificamente, p. 94 e ss. (= *Iura* 43, cit., rispettivamente p. 63 e ss. e p. 76 e ss.).

[14] Su tale espressione v. in particolare quanto osservato da Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obbligazioni ex variis causarum figuris*, cit., pp. 204-205 ed in specie nota 88, che l'attribuisce ad un rimaneggiamento bizantino e ritiene che con essa si intenda evidenziare un «alcunché di colpevolezza», in un quadro in cui – secondo l'autore – la responsabilità in relazione alle *actiones in factum* sembrerebbe essere costruita «in assenza della piena consapevolezza del soggetto a cui si accollava la responsabilità, senza escludere che d'altra parte egli fosse in qualche misura colpevole». Con riferimento al significato dell'espressione, sostanzialmente nello stesso ordine di idee sembrano orientarsi anche Voci, *«Diligentia», «custodia», «culpa»: i dati fondamentali*, cit., in specie p. 120 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 157), che, con riferimento agli *exercitores*, afferma che «la colpa c'è in una certa misura» e Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 39, che a sua volta rileva come l'espressione attribuisca all'*exercitor* una «cierta culpa». Sul punto, con riferimento alla valenza dell'espressione nel diritto giustinianeo, v. anche, da ultimo, R. Fercia, *Dovere di diligenza e «rischi funzionali»*, Napoli, 2005, p. 67 e ss., nonché ancora, dello stesso autore, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 363 e nota 73 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

[15] Ciò almeno alla luce dell'*id quod plerumque accidit*, in quanto, in base a un criterio frequenziale, solo raramente l'*exercitor* sarebbe stato tenuto per sua colpa (circostanza che, come abbiamo visto, avrebbe comunque comportato, nell'ottica

In questa logica appare d'altra parte significativo l'impiego della forma avverbiale indefinita *aliquatenus*[16], che, come è stato autorevolmente rilevato, sembrerebbe voler giustificare l'attribuzione della responsabilità sotto il profilo della presunzione di colpa[17] e ciò benché tale responsabilità venga di seguito – nello stesso contesto –

---

dei testi considerati, che la fattispecie dovesse collocarsi al di fuori della categoria del «*quasi ex maleficio teneri*»). Appare significativo rilevare che il concetto qui espresso trova indirettamente corrispondenza in quanto detto in termini espliciti in D. 44, 7, 5, 5 (= I. 4, 5, 1) a proposito della responsabilità dell'*habitator*: *…quia plerumque ob alterius culpam tenetur…* (sul testo, sotto questo specifico profilo, v. più diffusamente *supra*, cap. II, p. 94 e ss., anche con riferimento a D. 9, 3, 6, 2 [Paul. 19 *ad ed.*]: *Habitator suam suorumque culpam praestare debet*). Rispetto all'*habitator* la situazione era tuttavia in parte diversa quanto meno nel caso dell'armatore se non altro perché, all'epoca in cui furono introdotte le azioni *in factum*, doveva essere già del tutto eccezionale che costui fosse imbarcato sulla nave: sul punto cfr. per tutti P. Cerami, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, in Cerami-Di Porto-Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*[2], cit., in specie p. 54.

[16] Va osservato che l'utilizzazione di forme ed espressioni indefinite è tipico della tecnica espositiva utilizzata nella trattazione delle fattispecie ricondotte al «*quasi ex maleficio teneri*» nelle *res cottidianae* e nelle Istituzioni imperiali: cfr. D. 44, 7, 5, 4 e I. 4, 5 pr. in cui, a proposito del *litem suam facere* del *iudex,* si afferma «*…utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam…*» (cfr. *supra*, cap. I, in specie p. 15 e ss.). Tuttavia si deve notare che nel caso del *iudex* l'*aliquid peccasse* fa pur sempre riferimento ad una responsabilità personale del *iudex* e non piuttosto, come nel caso dell'*aliquatenus culpae*, ad una responsabilità che è essenzialmente per fatto altrui: cfr. già Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 40-41, nota 38.

[17] Sul punto v. in particolare Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., pp. 94-95, p. 105, nota 85 (= *Iura* 43, cit., p. 77 e nota 187); Id., *Per una casistica della colpa contrattuale*, cit., p. 425 e nota 39. Che la responsabilità dell'*exercitor* sia basata su una «presunción de culpa» è stato sostenuto di recente anche da Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 46. Quanto alla possibilità che in D. 44, 7, 5, 6 e in I. 4, 5, 3 venga configurato un caso di presunzione di colpa cfr. del resto già la letteratura citata da F. Messina Vitrano, *Note intorno alle azioni «in factum» di danno e di furto contro il «nauta» il «caupo» lo «stabularius»*, Palermo, 1909, p. 43 e nota 2, che tutttavia, da parte sua, riteneva piuttosto che la responsabilità dell'*exercitor* fosse oggetto, caso per caso, di accertamento da parte del giudice (cfr. in specie p. 45). Che si trattasse di una presunzione assoluta di colpa è invece sostenuto – a mio avviso giustamente – da F. de Robertis, *Responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, I, Bari, 1983, p. 435 e ss. (in precedenza v. anche, dello stesso autore, *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, cit., p. 78 e p. 174).

qualificata, secondo uno schema teorico che sappiamo già in qualche modo implicitamente prospettato in D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*) e in I. 4, 5, 1 a proposito della responsabilità dell'*habitator* per *effusum vel deiectum*, sotto il profilo di quella che viene piuttosto tradizionalmente individuata come *culpa in eligendo*[18].

In questo quadro – che pur per certi aspetti non può ritenersi esente da aporie – sembra dunque ricomporsi l'apparente discrasia tra la prima e la seconda parte dei due testi gemelli denunciata da alcuni autori, discrasia che consisterebbe nella contrapposizione tra la riaffermazione (individuabile nella prima parte del paragrafo, fino a *exerceret*) della concezione (che si ritiene classica) del fondamento della responsabilità di *nautae*, *caupones* e *stabularii* su criteri sostanzialmente 'oggettivi' e quanto affermato successivamente (da *cum enim* in poi), laddove si cercherebbe piuttosto, in un'ottica nuova, di ancorare la responsabilità degli *exercitores* appunto al criterio 'soggettivo' della *culpa*[19].

Ciò che appare con sufficiente chiarezza è infatti che la responsabilità di *nautae*, *caupones* e *stabularii* per gli illeciti compiuti dai loro ausiliari veniva configurata – sia pure sottolineandone le particolarità – come responsabilità riconducibile a colpa sia nel testo delle *res cottidianae*, che in quello, da esso derivato, delle Istituzioni

[18] Sotto questo profilo è in particolare ritenuta significativa la precisazione che segue: *…quod opera malorum hominum uteretur…* Sul punto cfr. in specie MacCormack, *Culpa in eligendo*, cit., in specie p. 526 e note 3 e 4, che invece esclude che in D. 44, 7, 5, 6 e in I. 4, 5, 3 possa ravvisarsi una «fiction or presumption» (cfr. *ibidem*, pp. 449-450). Sul carattere puramente descrittivo – e non propriamente tecnico – dell'espressione *culpa in eligendo* cfr. tuttavia Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., p. 20 e pp. 94-95 (= *Iura* 43, cit., p. 24 e p. 77); Id., *Per una casistica della colpa contrattuale*, cit., p. 425. Sul punto v. anche da ultimo Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie p. 364, che riconduce l'*aliquatenus culpae* di D. 44, 7, 5, 6 e I. 4, 5, 3 al «criterio astrutturale» da lui indicato come *culpa in habendo* (sul punto v. più in dettaglio quanto si dirà *infra*, in specie pp. 238-240).

[19] Per l'opinione che tra le due parti del testo vi sia un «netto contrasto letterale e logico» v. invece Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 110 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 32) e, recentemente, le osservazioni di Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., pp. 205-206. Per la sostanziale coerenza del testo cfr. invece Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., in specie pp. 91-92.

imperiali. Si può anzi notare che presunzione di colpa e *culpa in eligendo* paiono a questo proposito sovrapporsi e quasi confondersi, in un argomentare logico in cui la frase «*aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur*» risulta in ultima analisi intesa a fornire la giustificazione di una responsabilità, nell'ambito di una operazione interpretativa essenzialmente finalizzata a individuare *a posteriori* una plausibile giustificazione dell'attribuzione del rischio contenuta nell'editto[20].

Altra questione è quella dell'individuazione del momento in cui il processo evolutivo appena descritto si sia compiuto, questione su cui credo si possa discutere ben più di quanto abbia fatto la moderna dottrina, che l'ha per lo più acriticamente attribuito all'elaborazione postclassica o addirittura agli *antecessores* bizantini[21]. Su ciò si dovrà comunque ritornare laddove dovremo porci altresì il problema di chiarire se

[20] Cfr. anche D. 4, 9, 7, 4 (Ulp. 18 *ad ed.*) e D. 47, 5, 1, 5 e 6 (Ulp. 38 *ad ed.*) su cui v. *infra*, rispettivamente p. 227 e ss., p. 231 e ss. e p. 224 e ss. Qualcosa di simile avviene – per certi versi – con riferimento alla responsabilità per *effusum vel deiectum*: anche in quel caso – benché vi siano tra le due fattispecie significative differenze (cfr. *supra*, cap. II, nota 30 e in questo cap., nota 17, nonché *infra*, nota 105; v. anche cap. V, note 59 e 73) – la giurisprudenza sembra infatti oscillare tra una configurazione della responsabilità dell'*habitator* come riconducibile a una colpa presunta (cfr. D. 9, 3, 1, 4 [Ulp. 23 *ad ed.*]) e l'idea che la giustificazione di tale responsabilità sia da ricercare nella *culpa in eligendo* o *in vigilando* (v., sia pure in termini impliciti, D. 9, 3, 6, 2 [Paul. 19 *ad ed.*], nonché D. 44, 7, 5, 5 [Gai. 3 *aur.*] e I. 4, 5, 1 [su cui *supra*, cap. II, p. 94 e ss.]).

[21] Uno spunto nel senso qui sostenuto è ora in Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., pp. 670-671, nota 46, che ritiene che il criterio della responsabilità 'soggettiva' anche con riferimento alle *actiones furti et damni in factum* sia modellato già dai giuristi dell'epoca classica «sul criterio della colpa aquiliana». Per l'opinione che vuole che il processo di 'soggettivizzazione' sia avvenuto ad opera degli *antecessores* bizantini o al più, in alternativa, per intervento di qualche rielaboratore postclassico – opinione condivisa da praticamente tutti coloro che si sono occupati *ex professo* della questione – cfr., per limitarmi alla letteratura recente (cui – nella letteratura più risalente – si possono aggiungere, tra gli altri, gli autori [v. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 66 e Suppl. I, cit., c. 83] che hanno ritenuto non genuino il riferimento alla *culpa* presente in D. 4, 9, 7, 4 [Ulp. 18 *ad ed.*], v. al proposito anche *infra*, p. 228 e note 78 e 79), Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 110-111 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 33) e pp. 173-174 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., pp. 136-137); Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., in particolare p. 146; Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nos-*

tale processo sia avvenuto utilizzando, nel quadro di una compiuta e consapevole elaborazione, il criterio della *culpa in eligendo* o piuttosto, come è stato ipotizzato di recente, quello della *culpa in habendo/utendo/adhibendo*. Tutto ciò – è bene anticiparlo – in un contesto in cui comunque, indipendentemente dalle possibili costruzioni teoriche, l'individuazione della colpa come giustificazione della responsabilità degli *exercitores* per il fatto dei propri ausiliari sembra pur sempre potersi configurare, alla luce delle fonti, come semplice giustificazione dell'attribuzione di un rischio, circostanza che del resto, come abbiamo visto, parrebbe avvenire anche in D. 44, 7, 5, 6 e in I. 4, 5, 3[22].

2. *Il quadro complessivo delle fonti con riferimento alla duplice protezione giuridica pretoria: l'*actio damni in factum *e l'*actio furti in factum *nell'editto pretorio e nella trattazione giustinianea del Digesto (D. 4, 9, 6 [Paul. 22* ad ed.*] e 7 [Ulp. 18* ad ed.*], D. 47, 5, 1 [Ulp. 38* ad ed.*])*

Il tentativo di risolvere le delicate questioni prospettate, comunque arduo allo stato delle fonti, richiede – nei limiti in cui ciò è possibile – un preventivo esame delle prescrizioni edittali e delle fattispe-

salità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios, cit., in specie, con riferimento alle singole fonti, pp. 27-28 e p. 109.

[22] Nel caso delle azioni *in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, le diverse configurazioni della responsabilità sembrano infatti integrarsi e completarsi a vicenda, riportandosi alla nozione di *culpa in eligendo* (secondo un'impostazione riconducibile, nella dottrina recente, al Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 110-111 [= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 33]) o di *culpa in habendo/utendo/adhibendo* (secondo la recente impostazione del Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., in particolare p. 16 e ss. e p. 61 e ss.; per la figura della *culpa in habendo*, per un cenno, v. già Knütel, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, cit., p. 397), passando comunque attraverso l'idea di una presunzione assoluta (e non relativa) di colpa. Sul punto, per la possibilità che nei testi conviva, a fianco della presunzione di colpa, il criterio di responsabilità della *culpa in eligendo*, inteso a sua volta come «giustificazione dell'attribuzione di rischio», cfr. in specie quanto osservato da Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., pp. 94-95 (= *Iura* 43, cit., p. 77), nonché *Per una casistica della colpa contrattuale*, cit., p. 425.

cie da esse prese in considerazione, sia con riferimento ai comportamenti illeciti previsti, sia con riguardo all'individuazione dei soggetti per la cui condotta gli *exercitores navis*, *cauponae aut stabuli* venivano tenuti responsabili. Quanto al primo aspetto sembrerebbe potersi ritenere, stando in particolare alla testimonianza delle *res cottidianae* – che pure tendono per ragioni di sintesi e per l'analogia di regime a far riferimento ad un unico rimedio processuale –, che il pretore avesse previsto una duplice protezione giuridica che riguardava da un lato il furto e dall'altro il danneggiamento[23].

Va tuttavia rilevato che, per quanto riguarda l'*actio damni in factum*, manca nella compilazione giustinianea ogni riferimento espresso ai *verba edicti* e anzi le due principali testimonianze – entrambe provenienti dai commentari edittali dei giuristi severiani – sono collocate a chiusura del titolo 4, 9, «*nautae caupones stabularii ut recepta restituant*» del Digesto e pertanto in appendice alla trattazione relativa al *receptum*[24].

Tale circostanza ha indotto alcuni studiosi del passato a ritenere l'azione come non mai esistita nell'editto pretorio ed in ultima analisi una creazione dei compilatori giustinianei che l'avrebbero concepita come un'estensione dell'unica azione classica che sarebbe stata esclusivamente quella relativa al furto[25], ipotesi questa che tutta-

---

[23] Cfr. D. 44, 7, 5, 6 (Gai. 3 *aur.*): *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit…* Ciò non esclude, come si è notato nel testo, che il passo delle *res cottidianae* faccia poi riferimento – evidentemente, come si è detto, per ragioni di sintesi e di uniformità di regime giuridico – ad un'unica azione: *…cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio…* La circostanza è ribadita nella frase finale del corrispondente testo delle Istituzioni imperiali che, come sappiamo, non ha riscontro nel passo delle *res cottidianae* riprodotto nel Digesto: *…in his autem casibus in factum actio competit…*

[24] Cfr. a questo proposito i due lunghi frammenti tratti dai commentari paolini e ulpianei all'editto rispettivamente conservati in D. 4, 9, 6 (Paul. 22 *ad ed.*) e D. 4, 9, 7 (Ulp. 18 *ad ed.*). Si può aggiungere che allo stesso contesto di D. 4, 9, 6 doveva appartenere anche il già citato D. 9, 4, 19, 2 (Paul. 22 *ad ed.*): in particolare su quest'ultimo testo v. quanto si dirà *infra*, p. 247 e ss.

[25] Cfr., per questa ipotesi, M. Pampaloni, *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto (actiones furti utiles)*, in *Studi Senesi* 17, 1900, p. 256 e ss., seguito, tra gli altri, da Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., pp. 108-109 e, nella letteratura un po' più vicina nel tempo, in termini ancor più radicali, da Sargenti, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor*, cit., p. 558 e ss. ed in specie p. 565.

via appare contraddetta dalla mancata esplicita menzione dell'*actio damni* nel testo delle Istituzioni imperiali, che, rispetto al modello utilizzato, tende semmai ad obliterarne l'esistenza[26].

Non a caso la dottrina più avveduta è infatti oggi unanimemente orientata ad avvalorare la classicità della repressione onoraria anche con riferimento al *damnum iniuria datum*, benché, secondo alcuni autori, non esistesse forse per essa un apposito editto, ma la relativa formula fosse piuttosto prevista in appendice all'editto *ad legem Aquiliam* (E.P. § 77), accanto a quelle delle altre *actiones damni in factum*[27]. L'opinione di chi ha affermato la classicità dell'*actio damni* pare anche a me sostanzialmente condivisibile. Ciò soprattutto perché le trattazioni dei commentari relative alle due azioni *in factum* si trovavano in luoghi diversi (per Ulpiano rispettivamente il diciottesimo e il trentottesimo libro) e per il fatto che inoltre quella relativa all'*actio damni* è comunque a sua volta separata da

---

Sul punto, sostanzialmente nello stesso ordine di idee, anche Van Oven, *«Actio de recepto» et «actio locati»*, cit., p. 138, nota 4.

[26] Per la spiegazione della diversa redazione del testo delle Istituzioni imperiali (v. I. 4, 5, 3: *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit…*) cfr. quanto si è rilevato *supra*, nota 8, anche con riferimento al testo di Theoph., *paraph.* 4, 5, 3, che, come abbiamo visto, a sua volta ricorda che gli *exercitores* erano tenuti non solo per i furti (il dolo del *fur* sembrerebbe infatti presentato come un'esemplificazione del riferimento al dolo presente nel testo istituzionale), ma – parrebbe – anche per i danneggiamenti che appunto fossero avvenuti *in nave*, *in caupona* o *in stabulo*.

[27] In questo senso ebbe a pronunciarsi già O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[2], Leipzig, 1907, pp. 199-200 (cfr. anche *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 205); l'opinione di Lenel, che appunto riteneva possibile che non esistesse un apposito editto relativo all'*actio damni*, fu seguita da Messina Vitrano, *Note intorno alle azioni «in factum» di danno e di furto contro il «nauta» il «caupo» lo «stabularius»*, cit., p. 5 e ss. Nella letteratura recente la classicità dell'*actio damni* è comunque generalmente ammessa: cfr., tra gli altri, Kaser, *Das römische Privatrecht*, I[2], cit., p. 513, nota 79 e A. Watson, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford, 1974, p. 37. Nella letteratura specificamente dedicata al tema, nello stesso senso v. anche Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 154 e ss.; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 139 e nota 63; Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 100-101, nota 2; Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 120 e nota 8.

quella che riguarda l'*actio de recepto*[28]. È cioè a mio avviso ragionevolmente probabile che, come è stato del resto già da altri ipotizzato, le previsioni relative all'*actio damni in factum* come quelle relative alla corrispondente *actio furti* siano state inserite nell'editto di seguito alle rispettive azioni civili, sulle quali appunto le azioni onorarie erano esemplate[29].

Il fatto poi che con riferimento all'*actio damni* ci siano pervenuti, come si è detto, solo i frammenti dei commenti dei giuristi severiani collocati nel Digesto in appendice alla trattazione dell'*actio de recepto* (e più esattamente D. 4, 9, 6 [Paul. 22 *ad ed.*] e D. 4, 9, 7 [Ulp. 18 *ad ed.*]) e che la relativa trattazione giustinianea sia stata appunto integrata nel titolo 4, 9 risponde ad una logica di associazioni di idee: nella trattazione del *receptum* si inquadrava infatti, senza incontrare eccessive difficoltà, la precisazione che la responsabilità di *nautae*, *caupones* e *stabularii* ben poteva prescindere dal fatto che i beni periti o danneggiati fossero stati affidati alla loro custodia e che anzi fosse aggravata qualora il danneggiamento avvenisse a bordo della nave o all'interno delle locande o degli stallatici ad opera degli stessi ausiliari. La conseguenza fu che, così facendo, si

[28] Quanto all'*actio de recepto* le rispettive trattazioni edittali di Paolo e di Ulpiano erano contenute nel tredicesimo libro (cfr. D. 4, 9, 4 e D. 19, 2, 42 [Paul. 13 *ad ed.*]) e nel quattordicesimo (cfr. D. 4, 9, 1 e 3 [Ulp. 14 *ad ed.*]). Paolo – come sappiamo – si occupava invece dell'*actio damni in factum* nel ventiduesimo (v. *supra*, nota 24). Sappiamo inoltre che dell'*actio de recepto* si occupava Pomponio nel trentaquattresimo libro del suo commentario edittale (cfr. D. 4, 9, 1, 7 [Ulp. 14 *ad ed.*]). Si può notare che numerose sono in argomento le citazioni di Pomponio nei commentari edittali severiani: nell'ambito delle trattazioni dell'*actio de recepto* v. D. 4, 9, 1, 2 e D. 4, 9, 3 pr., 1 e 4 (Ulp. 14 *ad ed.*), mentre, quanto all'*actio damni in factum*, cfr. in specie D. 4, 9, 6, 2 (Paul. 22 *ad ed.*).

[29] Per questa opinione cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 101, nota 2. Quanto alla *lex Aquilia* sappiamo infatti che i commentari edittali di Paolo e Ulpiano ne trattavano rispettivamente nei libri ventiduesimo (Paolo) e diciottesimo (Ulpiano). La trattazione del furto era contenuta invece nei libri trentanovesimo (Paolo) e trentasettesimo/trentottesimo (Ulpiano). Per quanto specificamente riguarda l'esposizione edittale cfr., sulla scia dei commentari, quanto osserva Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., pp. 205-206 e pp. 333-334, che coerentemente individua due diversi luoghi per la collocazione dell'*actio damni in factum* (E.P. § 78) e della parallela *actio furti* (E.P. § 136).

sacrificò appunto l'autonomia della trattazione dell'*actio damni*, che pure invece doveva trovare riscontro nei commentari[30].

Ciò tuttavia non impedì che alla parallela *actio furti adversus nautas, caupones et stabularios* fosse invece dedicato dai compilatori uno specifico titolo del Digesto (D. 47, 5), nel quale viene riportato, in un unico frammento, un ampio squarcio del commentario *ad edictum* ulpianeo in cui, alla previsione edittale riprodotta nel *principium*, seguono alcuni paragrafi (cfr. D. 47, 5, 1, 1-6) dedicati al relativo commento:

> D. 47, 5, 1 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*): *In eos, qui naves cauponas stabula exercebunt, si quid a quoquo eorum quosve ibi habebunt furtum factum esse dicetur, iudicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.*

Si ritiene comunemente, sulla scia del Lenel, che le prime parole del testo (fino a *iudicium datur*) riproducano più o meno fedelmente il contenuto dell'editto[31] e che invece la parte finale – che mal si accorderebbe con la prima per motivi di stile e sostanza e in cui forse si dovrebbe a mio sommesso avviso sostituire l'*esset* conclusivo con

---

[30] Al di là del dato formale la fusione della trattazione dell'*actio damni in factum* con quella del *receptum* produce talvolta anche incertezze riguardo al rispettivo regime: è ad esempio discusso in dottrina (v. *infra*, p. 216 e nota 53) se la possibilità di escludere pattiziamente la responsabilità degli *exercitores* valesse solo con riferimento all'*actio* penale *in factum* o anche per l'*actio de recepto* (D. 4, 9, 7 pr.), così come, relativamente al regime delle *actiones damni* e *furti in factum*, appare incerto (v. *infra*, pp. 240-241) se possa considerarsi originaria o meno la parziarietà della responsabilità di più *exercitores* che esercitassero congiuntamente la stessa attività (D. 4, 9, 7, 5) o, ancora, se tali azioni fossero *ab origine* perpetue (D. 4, 9, 7, 6) e quali fossero i motivi della perpetuità (v. *infra*, nota 107, con riferimento anche a quanto detto a proposito dell'analoga perpetuità dell'*actio de effusis vel deiectis* per il caso di danneggiamento o distruzione di cose: cfr. al proposito anche *supra*, cap. II, nota 81).

[31] Cfr. per tutti Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 333; tuttavia, quanto alla possibilità che il *quosve* debba essere sostituito con un *quos*, cfr. la proposta di emendazione formulata da Mommsen, *ed. maior*, II, p. 761, nota 1 (diversamente Lenel, *op. cit.*, p. 333, nota 15). Per l'ipotesi che sia invece caduta l'indicazione che l'azione era *in duplum* (come risulta successivamente da D. 47, 5, 1, 2) cfr. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1322, seguito, nella letteratura recente, da Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 153.

essent per accordarlo a *eorum qui* cui si riferisce – sia stata adattata dai compilatori. Secondo alcuni questi ultimi l'avrebbero però ripresa dalla formula, da lì recependo tra l'altro l'espressione «*ope consilio*», che adombra l'idea che la responsabilità dell'*exercitor* fosse comunque da mettere in relazione anche con il semplice concorso suo o dei suoi ausiliari nella commissione dell'illecito[32].

In effetti non vi è dubbio che le due parti del testo presentino delle incongruenze, probabilmente dovute ad un raccorciamento compilatorio ed evidenti soprattutto nel fatto che la previsione, che nella prima parte si dice estesa a *nautae*, *caupones* e *stabularii*, si polarizzi poi, nella seconda, sui primi («*…qui in ea navi navigandi causa esset*»), circostanza questa che tuttavia potrebbe forse anche trovare una giustificazione plausibile ipotizzando che la modificazione dei *verba edicti* nella prima parte sia ascrivibile ad un intervento pretorio successivo (comunque semmai pregiulianeo), volto ad estendere la responsabilità, forse originariamente prevista per i soli armatori, anche ai *caupones* e agli *stabularii*[33]. In questa preci-

[32] Sul punto v. ancora in particolare Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 334. Quanto alla formula v. da ultimo anche Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, cit., pp. 78-79. Si può aggiungere che all'opinione di Lenel sostanzialmente aderirono, tra gli altri, Messina Vitrano, *Note intorno alle azioni «in factum» di danno e di furto contro il «nauta» il «caupo» lo «stabularius»*, cit., p. 32 e successivamente Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 110. Nello stesso senso v. anche Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 149 e ss. In parte diversa l'opinione che fu sostenuta invece dal Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1322, che ritenne che il contenuto delle previsioni edittali fosse più articolato e che lo stesso editto prevedesse separatamente le ipotesi che l'illecito fosse stato compiuto dall'*exercitor* o dai suoi ausiliari ovvero con la complicità dell'uno o degli altri: il testo conservatoci nel Digesto non sarebbe dunque, anche in questo caso, altro che un riassunto realizzato dai compilatori.

[33] Per questa possibilità cfr. recentemente anche Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 123 e, soprattutto, pp. 175-177, che ipotizza che la discipina onoraria delle *actiones in factum* «si sia formata principalmente nell'alveo del trasporto marittimo e che, quindi, sia stata estesa anche ad altri soggetti, quali i *caupones* e gli *stabularii*, la cui attività imprenditoriale era comunque connessa con i viaggi ed i trasporti»; sul punto, per questa stessa ipotesi, v. in precedenza quanto osservato da P. Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, p. 120 e ss. Tuttavia secondo altri il riferimento congiunto, nella prima parte del passo, a *nautae*, *caupones* e *stabularii* e nella seconda ai soli *nautae* potrebbe trovare altre spiegazio-

sa ottica sembrerebbe anzi potersi spiegare la prevalenza nelle fonti dei riferimenti specifici agli armatori, del resto attestata, nel medesimo contesto, da quanto detto successivamente dallo stesso giurista severiano nel rapido commento dedicato all'espressione finale di D. 47, 5, 1 pr. («*…qui in ea navi navigandi causa esset*»)[34]:

> D. 47, 5, 1, 1 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Navigandi autem causa accipere debemus eos, qui adhibentur, ut navis naviget, hoc est nautas.*

Ciò quanto meno parrebbe poter dimostrare che le parole «*navigandi causa*» siano effettivamente da mettere in relazione con la prescrizione edittale e che quindi, almeno sotto questo profilo, il testo ulpianeo, anche nella sua seconda parte, sia ad essa pur sempre riconducibile[35]. In questo contesto appare plausibile ritenere

---

ni. Secondo S. Solazzi, *Appunti di diritto romano marittimo*, I, *Le azioni contro il nauta*, in *Riv. dir. navigazione* 2, 1936, p. 113 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 506 e ss.), infatti, pur in presenza di un unico editto che sarebbe stato riferito ai soli *nautae*, l'albo pretorio avrebbe previsto due distinte formule di *actiones* rispettivamente contro il *nauta* e contro il *caupo*, mentre l'estensione della previsione edittale allo *stabularius* sarebbe avvenuta in epoca postclassica. Diversamente, ma sostanzialmente nell'alveo dello stesso indirizzo interpretativo, il de Robertis, *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, p. 134 e ss., ritenne che il pretore avesse invece previsto due diversi editti, uno rivolto a disciplinare la responsabilità dei *nautae* e l'altro, congiuntamente, quella dei *caupones* e degli *stabularii*.

[34] Si può infatti rilevare che nell'ampio frammento conservato in D. 47, 5, 1 – in un contesto dedicato essenzialmente alla responsabilità del *nauta* – si innestano solo alcuni riferimenti più o meno sporadici a quella corrispondente del *caupo* (cfr. pr. e §§ 3-4 nonché in specie § 6) e dello *stabularius* (nel solo pr.). Benché le tre figure vengano affiancate nel testo delle *res cottidianae*, che sappiamo ripreso dalle Istituzioni imperiali, il quadro che emerge da D. 47, 5, 1 trova sostanziale corrispondenza nei frammenti finali del titolo 4, 9: al proposito si deve osservare che nel testo riprodotto in D. 4, 9, 6 mancano del tutto riferimenti alla responsabilità degli *stabularii*, mentre si distribuiscono in maniera equilibrata quelli relativi alla responsabilità dei *nautae* (cfr. pr. e §§ 1, 2 e 4) e dei *caupones* (v. pr. e §§ 1, 2 e 3). Ancora più significativo appare il fatto che in tutto il lungo frammento riprodotto in D. 4, 9, 7 sia presente – in un contesto per il resto tutto dedicato alla responsabilità dei *nautae* – un unico, sporadico riferimento finale alla responsabilità del *caupo* e dello *stabularius* (cfr. § 6).

[35] Benché l'espressione finale «*hoc est nautas*» possa essere una glossa esplicativa, è opinione ampiamente condivisa che il testo sia nella sostanza genuino e in

che anche l'espressione «*ope consilio*» («*…sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset*») sia a sua volta riferibile alla prescrizione edittale relativa all'*actio furti in factum*. Ne rimane tuttavia incerto il preciso significato: essa sembrerebbe infatti porre – a proposito della nostra azione – la questione dell'eventuale concorso dell'*exercitor* o dei suoi ausiliari alla materiale commissione dell'illecito[36]. Secondo alcuni, tuttavia, tale terminologia alluderebbe semplicemente agli autori del furto – cioè all'*exercitor* e ai suoi ausiliari – e sarebbe pertanto indice di una modificazione successiva in cui, alla originaria responsabilità 'oggettiva' degli *exercitores*, si sarebbe sostituita una responsabilità in qualche modo 'soggettivizzata', che avrebbe comunque comportato che costoro rispondessero dell'illecito qualora potesse appunto accertarsi che essi stessi o, in alternativa, qualcuno degli ausiliari da loro adibiti all'esercizio dell'impresa vi avessero partecipato[37].

---

quanto tale appunto testimone del fatto che l'espressione «*navigandi causa*» fosse inserita nell'editto (o quanto meno nella formula): sul punto cfr. in specie Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 134-135.

[36] Per questa interpretazione, che risale a Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., pp. 333-334 (secondo il quale l'espressione – come abbiamo accennato – sarebbe stata presente nella formula, ma non nell'editto), v., nella letteratura recente, Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 151 e ss.; G. MacCormack, *Ope consilio furtum factum*, in *RHD* 51, 1983, p. 290; sul punto cfr. anche Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 134 e ss., secondo la quale la menzione esplicita della complicità sarebbe stata inserita posteriormente nel testo edittale, benché in esso fosse implicita *ab origine* (cfr. p. 135).

[37] In questo senso v. quanto ipotizzato da Sargenti, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, cit., pp. 556-557, secondo il quale in origine la previsione edittale avrebbe avuto portata generale e avrebbe trovato applicazione riguardo a qualunque furto che si fosse compiuto *in nave* (o *in caupona* o *in stabulo*), indipendentemente dal fatto che l'illecito fosse ascrivibile all'*exercitor* o ai suoi ausiliari e quindi anche qualora risultasse eventualmente commesso dai *vectores* o dai *viatores*, circostanza che invece, secondo la testimonianza delle fonti a nostra disposizione (cfr. D. 47, 5, 1, 6 [Ulp. 38 *ad ed.*], su cui v. *infra*, p. 224 e ss.), escludeva la responsabilità dell'*exercitor* (diversamente ora anche Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, cauponES, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 119 e nota 6). Tale interpretazione si associa all'ipotesi che l'espressione «*ope consilio*» non facesse riferimento alla complicità, ma si riferisse semplicemente all'autore dell'illecito (cfr. *ibidem*, p. 556). Per la possibilità che in tal modo si facesse riferimento all'*exercitor* o ai suoi ausiliari come autori dell'illecito è orientata parte della dottri-

La questione è tra quelle su cui, come abbiamo accennato, dovremo ritornare, ma qui si può già rilevare che a ben vedere la previsione edittale in questione risulta ambivalente sotto un duplice profilo: da un lato non sembra infatti voler distinguere tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui (e ciò attraverso la predisposizione di una formula concepita con un'*intentio* in cui figurava menzione dell'*exercitor* e dei suoi sottoposti e una *condemnatio* riferita esclusivamente al primo), dall'altro non sembra volerlo fare neppure rispetto alla possibilità che l'*exercitor* o i suoi ausiliari avessero essi stessi commesso materialmente l'illecito o piuttosto vi avessero semplicemente partecipato, insieme ad altri, come complici[38].

A ciò si aggiunga che anche l'espressione «*quosve ibi habebunt*», la cui «forma secca e icastica» è, come è stato osservato, «propria

---

na più vicina nel tempo: cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 124 e, da ultimo, P. Ferretti, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, pp. 84-85 (cui rinvio anche per l'indicazione della dottrina meno recente: cfr. pp. 82-83 e note 316, 321 e 322), che tuttavia, da parte sua, rimane in dubbio riguardo alla possibilità che l'espressione «*ope consilio*» fosse originariamente inserita nell'editto, facesse parte di un editto emanato posteriormente (per la possibilità che essa abbia un'origine edittale cfr. Fercia, *ibidem*, p. 124), fosse piuttosto inserita nella formula (è l'opinione di Lenel, v. nota precedente) o, altrimenti, fosse invece opera del commento giurisprudenziale (cfr. p. 84).

[38] Quanto al primo aspetto, sull'ambivalenza della prescrizione edittale, cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 124, che appunto rileva in particolare l'assenza di distinzione tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui. Per la possibilità che nell'*intentio* potesse essere indicato accanto al nome dell'*exercitor* eventualmente anche quello dell'autore del fatto, benché di norma l'*intentio* si riferisse genericamente agli ausiliari v. Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., in specie p. 668, p. 672 e p. 675. Perplessità sul punto specifico in Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 334, nota 20. A mio avviso si deve comunque precisare che – come evidenziato nel testo – la previsione dell'editto intendeva probabilmente ricomprendere anche i casi in cui l'*exercitor* o i suoi i ausiliari avessero semplicemente concorso alla commissione dell'illecito. In questo senso già Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., pp. 333-334, secondo il quale il pretore avrebbe fatto indistintamente riferimento a quattro possibili diverse situazioni: il furto compiuto dall'*exercitor* o dai suoi dipendenti, o altrimenti, con la complicità dell'uno o degli altri.

delle disposizioni edittali», parrebbe, nella sua voluta vaghezza – evidentemente intesa ad indicare genericamente tutto il personale dipendente –, deporre in questo senso e non in senso contrario, come è stato invece recentemente sostenuto[39].

A me sembra insomma che l'intero testo – compresa l'espressione «*ope consilio*» fosse o no presente nella clausola dell'editto – risulti funzionale, nella versione che ci è pervenuta, a garantire, attraverso una formulazione ampiamente comprensiva, la più estesa protezione possibile dell'interesse dei *vectores* in tutti i casi in cui fosse risultato di incerta identificazione l'autore del fatto illecito, chiamando comunque a risponderne gli *exercitores* (nel caso specifico l'armatore).

Ciò – quanto alla sfera personale – avveniva indipendentemente dal fatto che costoro ne fossero direttamente gli autori così come dalla circostanza che i loro stessi ausiliari potessero essere individuati come materialmente responsabili del comportamento sanzionato, essendo sufficiente che si potesse dimostrare che alla commissione dell'illecito avesse partecipato, eventualmente anche solo come complice, un qualunque *nauta*, senza tuttavia, in ogni caso, la necessità che avvenisse l'identificazione di un *certus homo*, cioè appunto di uno specifico *nauta*[40].

---

[39] Cfr. al proposito Ferretti, *Complicità e furto nel diritto romano*, cit., pp. 84-85. A mio avviso l'intento della previsione edittale non è infatti quello di distinguere, ma di raggiungere la massima comprensività, prospettando tutte le situazioni possibili. L'espressione «*quosve ibi habebunt*» (con riferimento alla quale le parole di commento virgolettate nel testo sono di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 148) – che sembra indicare altresì coloro che si trovassero stabilmente nei luoghi indicati nell'editto e in particolare nella *caupona*: cfr. D. 47, 5, 1, 6 (Ulp. 38 *ad ed.*) e D. 4, 9, 6, 3 (Paul. 22 *ad ed.*), su cui *infra*, p. 224 e ss. – e quella «*ope consilio*» vanno entrambe in questo senso.

[40] Sulla semplificazione dell'indagine da compiersi *in iudicio* con riferimento alle *actiones in factum* cfr. in specie le osservazioni di Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 161-162 e p. 166: l'indagine sul fatto sarebbe stata infatti di norma limitata alla circostanza che l'illecito fosse stato compiuto *in nave* e che l'autore dell'illecito potesse essere identificato come un *nauta*.

3. *I motivi e i limiti della responsabilità degli* exercitores*: il collegamento del rischio all'attività svolta (D. 4, 9, 7 pr. [Ulp. 18* ad ed.*]), la possibilità della assenza di intento lucrativo (D. 4, 9, 6 pr. [Paul. 22* ad ed.*]) e l'esonero pattizio della responsabilità (D. 4, 9, 7 pr. [Ulp. 18* ad ed.*])*

Si deve a questo punto considerare più in dettaglio la questione dei motivi e dei limiti della responsabilità degli *exercitores*. Al di là di quanto fin qui detto la precisa indicazione dei soggetti tenuti responsabili dall'editto pretorio risulta chiaramente fissata da un passo tratto dal quattordicesimo libro del commentario all'editto ulpianeo che riguarda specificamente l'*actio de recepto*, ma che, sotto questo particolare profilo, può essere preso utilmente in considerazione anche con riferimento alle *actiones in factum,* benché ciò di norma non avvenga nelle trattazioni dedicate *ex professo* al nostro tema:

> D. 4, 9, 1, 2 e 5 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Qui sunt igitur, qui teneantur, videndum est. ait praetor 'nautae'. nautam accipere debemus eum qui navem exercet: quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sint: sed de exercitore solummodo praetor sentit. nec enim debet, inquit Pomponius, per remigem aut mesonautam obligari, sed per se vel per navis magistrum: quamquam si ipse alicui e nautis committi iussit, sine dubio debeat obligari.* […] 5. *Caupones autem et stabularios aeque eos accipiemus, qui cauponam vel stabulum exercent, institoresve eorum. ceterum si qui opera mediastini fungitur, non continetur, ut puta atriarii et focarii et his similes.*

Come ben risulta dalla lettura del testo i *nautae*, i *caupones* e gli *stabularii*[41] erano obbligati *de recepto* personalmente o, qualora non gestissero direttamente la propria attività, rispettivamente attraver-

[41] Quanto ai *nautae* va notata la precisazione contenuta in D. 4, 9, 1, 2 circa il duplice significato del termine (cfr. sul punto, da ultimo, Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 195, nota 510): nell'editto il termine veniva in considerazione come sinonimo di *exercitor navis* (che è appunto colui che trae profitto dall'impresa marittima [cfr. Gai. 4, 71 e I. 4, 7, 2]), benché – si dice – potesse di norma indicare tutte le persone che sulla nave si occupavano della navigazione («*…quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sint…*»): cfr. anche D. 47, 5, 1 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*).

so il *magister navis* o i propri *institores*[42]. La *praepositio institoria* del resto era – come è noto – assai frequente nelle attività imprenditoriali che qui interessano e spesso riguardava schiavi o libertini[43]. A questo proposito va anzi sottolineato che la gran maggioranza soprattutto di coloro che si dedicavano al commercio marittimo – compresi i *magistri navium*, oltre che i marinai e quanti comunque prestassero servizio sulle navi – erano o comunque erano stati di condizione servile[44].

---

[42] Si deve al proposito segnalare che, soprattutto se libero, l'armatore per lo più, almeno a partire da una certa epoca, non era neppure imbarcato (v. *supra*, nota 15) e pertanto, come riferisce il testo, si obbligava *de recepto* attraverso il *magister navis* (cfr. a questo proposito D. 14, 1, 1, 1 [Ulp. 28 *ad ed.*]). Sul punto, per la figura del *magister navis*, cui spettava in particolare la gestione economica della nave, v. altresì D. 14, 1, 1, 5 (Ulp. 28 *ad ed.*) e in letteratura, anche con riferimento ai rapporti con il *gubernator navis* cui, quando affiancato al *magister*, competeva invece specificamente la direzione tecnico-nautica, in particolare A. Guarino, *Magister e gubernator navis*, in *Labeo* 11, 1965, p. 36 e ss. (= *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995, p. 224 e ss.), che tuttavia ritiene che di regola le due figure coincidessero. Sui rapporti tra *exercitor*, *magister navis* e *gubernator navis* v. però anche C.M. Moschetti, *Gubernare navem, gubernare rem publicam*, Milano, 1966, p. 80 e ss. La figura del *magister navis* non rileva invece con riferimento alle azioni *in factum*, a meno che egli non fosse contemporaneamente anche *exercitor*; neppure *de recepto* potevano invece obbligare gli *exercitores* il *mediastinus* (cui sono equiparati gli *atriarii* e i *focarii*) e il *mesonauta* (cui vengono affiancati i rematori), cioè gli schiavi di infimo valore che stavano di norma nel centro della casa o della nave per poter essere pronti al comando di chiunque. Sul punto, per l'individuazione di coloro che potevano obbligare l'*exercitor de recepto* e per l'applicabilità della disciplina del *receptum* anche agli *exercitores ratium* e ai *lyntrarii* (armatori di zattere e battelli fluviali) v. anche D. 4, 9, 1, 3-4, su cui cfr. da ultimo Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in *Diritto commerciale romano. Profilo storico*[2], cit., p. 271.

[43] Secondo alcuni per questo motivo si giustificherebbe la scarsa considerazione di cui, anche nelle fonti giuridiche, sembrano talvolta godere gli *exercitores* con riguardo alla loro moralità: cfr. il già citato D. 4, 9, 3, 1 (Ulp. 14 *ad ed.*): *…ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum…* (v. quanto già accennato *supra*, nota 4). Sulla questione, con riferimento alla cattiva reputazione, risultante da alcune fonti letterarie, di quanti si dedicassero al commercio e ai trasporti, v. appunto Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 131-132 e nota 21 (con indicazione di fonti).

[44] Sul punto cfr. per tutti Rougé, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, cit., p. 309 e ss. Quanto alle testimonianze delle fonti giuridiche cfr. anche Crook, *Law and Life in Rome*, cit., pp. 226-227. Al proposito v. altresì De Martino, *Storia economica di Roma antica*, I, cit., pp. 133-134, cui in particolare rinvio per una disamina delle caratteristiche del

Quest'ultima circostanza è evidenziata da Ulpiano laddove sottolinea che la responsabilità dell'*exercitor navis* si estendeva a tutti i suoi ausiliari, indipendentemente appunto dalla loro condizione e quindi sia che si trattasse di liberi sia che fossero schiavi:

> D. 4, 9, 7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit…*

Il testo ulpianeo fornisce tra l'altro in termini espliciti la motivazione della responsabilità dell'*exercitor*: *…nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit*. Costui, come si è già accennato, utilizzava gli ausiliari «*suo periculo*» e la sua responsabilità rispetto alle azioni *in factum* trovava – almeno nell'ottica della prescrizione edittale – la sua giustificazione esclusiva nell'attribuzione del rischio collegato all'attività svolta[45].

---

commercio e del trasporto marittimo a Roma e per il coinvolgimento delle classi dirigenti (e particolarmente degli appartenenti all'*ordo* senatorio) che appunto ne affidavano la gestione ai propri schiavi e liberti (sulla questione cfr. in particolare p. 126).

[45] A questo proposito cfr. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie p. 103 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., in specie p. 26), il cui punto di vista è condiviso, tra gli altri, da Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit. p. 718, nota 125. Recentemente all'ipotesi del Serrao nella sostanza aderisce – sotto questo profilo – anche il Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., *passim*, che tuttavia – per giustificare fra l'altro l'applicazione delle azioni *in factum* anche nel caso di trasporto marittimo o di alloggio in una *caupona* o in uno *stabulum* gratuiti – precisa (p. 218) che il rischio d'impresa non costituisce «l'unico fondamento di questa disciplina» né esaurirebbe «la ricchezza del fenomeno». Sul punto, per la scarsa portata pratica dell'osservazione in questione per il «normale collegamento delle azioni *in factum* con un contratto di locazione», cfr. tuttavia quanto rilevato da A. Petrucci, *Rec.* a R. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, in *Iura* 52, 2002 (ma 2005), p. 343. Sulla questione v. da ultimo ancora Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 304 e ss., pp. 412-413 e note 199-200, in cui, in risposta all'obiezione di Petrucci, si sottolinea come il riferimento al rischio d'impresa («*suo periculo adhibuerit*») in D. 4, 9, 7 pr. sia essenzialmente opera del lavorio compiuto dall'*interpretatio* giurisprudenziale sul formante edittale (cfr. p. 304) e come la responsabilità prevista dall'editto sia ricollegabile anche a parametri diversi dal rischio di impresa ed in particolare sia altresì comunque riferibile alla sfera di controllo sulla *res* e sugli uomini di cui l'*exercitor* si avvale (v. in specie p. 412 e p. 413, nota 200).

A differenza di quanto avveniva per il *receptum* perché si avesse responsabilità di *nautae*, *caupones* e *stabularii* in relazione alle *actiones in factum* era tuttavia necessario che quanto sottratto o danneggiato si trovasse a bordo della nave o all'interno della locanda o della stazione di cambio; la circostanza, cui come abbiamo visto si accenna anche in I. 4, 5, 3 e in D. 44, 7, 5, 6, è largamente testimoniata dalle fonti[46]:

> D. 4, 9, 7 pr. e 6 (Ulp. 18 *ad ed.*): *…sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit…* 6. *…puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint.*
>
> D. 47, 5, 1, 3 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Cum enim in caupona vel in navi res perit…*
>
> D. 47, 2, 42 pr. (Paul. 9 *ad Sab.*): *Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi perit…*

Ciò detto, va altresì notato che le azioni in questione potevano essere esercitate anche qualora *vectores* e *viatores* fossero trasportati o ospitati gratuitamente. È quanto viene esplicitamente affermato in un testo del commentario edittale di Paolo, riportato all'inizio della trattazione dedicata nel Digesto all'*actio damni in factum*, nell'ambito, come sappiamo, del titolo «*nautae caupones stabularii ut recepta restituant*»:

---

[46] Cfr. I. 4, 5, 3: *…de dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit…*; D. 44, 7, 5, 6 (Gai. 3 *aur.*): *…de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit…* Per il diverso regime del *receptum* v. D. 4, 9, 3 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*): *…idem* (*scil.* Pomponius) *ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere*. Su quest'ultimo testo cfr. Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in *Diritto commerciale romano. Profilo storico*[2], cit., pp. 273-274. Quanto all'area di responsabilità degli *exercitores* relativamente alla localizzazione dell'illecito e alla relativa sfera di controllo cfr. da ultimo anche Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie pp. 307-308 (quanto alla differenza con la responsabilità per *receptum* cfr. p. 298).

> D. 4, 9, 6 pr. (Paul. 22 *ad ed.*): *Licet gratis navigaveris vel in caupona gratis deverteris, non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum iniuria passus es.*

Il testo si riferisce specificamente alla responsabilità del *nauta* e del *caupo*, ma il principio che esprime ha, ragionevolmente, una portata generale[47]. Anzi quanto affermato nel commentario paolino si riconnette in qualche modo a quanto detto in D. 4, 9, 5 pr., un passo gaiano tratto dal commentario all'editto provinciale, nel quale, con riferimento all'*actio de recepto*, si prevedeva che il *nauta*, il *caupo* o lo *stabularius* fossero tenuti per la custodia, benché – si dice – a quel titolo nulla ricevessero[48]:

---

[47] Non interessa qui più di tanto sapere se il testo riguardasse originariamente la sola *actio damni* e se il riferimento al plurale a più azioni («*…non tamen in factum actiones tibi denegabuntur…*») sia stato introdotto da un'alterazione successiva: cfr. in questo senso Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 140-141, che però da parte sua ritiene che l'uso del plurale riguardi l'*actio damni in factum* e l'*actio de recepto* e che l'alterazione sia stata inserita «con la intención de extender al *receptum* la responsabilidad penal por *damnum iniuria*». Qui mi pare sufficiente osservare che, nonostante l'espressione finale «*si damnum iniuria passus est*» faccia specificamente riferimento ad ipotesi di danneggiamento (per l'aggiunta delle parole *vel furtum* cfr. tuttavia ora Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, cit., p. 70), si deve comunque rilevare che a più riprese nel frammento del commentario di Paolo riprodotto in D. 4, 9, 6, troviamo richiami espliciti all'*actio furti in factum* (cfr. §§ 1 e 4), circostanza che potrebbe anche far più semplicemente ritenere che il giurista severiano parlando di *actiones in factum* nella *sedes materiae* dedicata all'*actio damni* intendesse riferirsi di norma anche alla parallela *actio furti*.

[48] Sul testo gaiano – assai discusso in dottrina – e sul fatto che in esso si affermi che il *nauta*, il *caupo* e lo *stabularius* rispondono «*custodiae nomine*» v. per tutti le osservazioni di Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, cit., p. 49 e nota 25 e pp. 107-108, che ritiene che il giurista medioclassico faccia qui riferimento al *periculum custodiae ex recepto* e non alla responsabilità *custodiae nomine ex locato* che invece è propria del *fullo* e del *sarcinator*. Per la possibilità che il *custodiae nomine teneri* del *nauta*, del *caupo* e dello *stabularius* fosse qualcosa di diverso, sia pure di analogo, rispetto alla *custodia ex locato* del *fullo* e del *sarcinator* (cioè, in altre parole, rispetto alla custodia tecnica del *ius civile*), si pronuncia, sulla scia delle osservazioni di Cannata, anche Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 203 e ss. (cui rinvio per una ampia disamina della letteratura precedente, cfr. in specie pp. 189-192, nota 109). Sul punto v. inoltre Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in *Diritto commercia-*

> D. 4, 9, 5 pr. (Gai. 5 *ad ed. prov.*): *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.*

Vi è tra i due passi almeno un punto di contatto: sia la responsabilità *de recepto* che quella relativa alle *actiones in factum de furto* e *de damno* prescindevano dal fatto che gli *exercitores* percepisssero una mercede che giustificasse la loro responsabilità per la perdita o il deterioramento di quanto appartenesse ai loro clienti[49].

Detto di questa analogia è tuttavia necessario rilevare anche le differenze. Nel testo paolino di D. 4, 9, 6 pr. si va infatti ben al di

---

*le romano. Profilo storico*², cit., p. 278, nonché, dello stesso autore, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino, 2007, p. 139 e ss. (ma anche pp. 127-128 e pp. 129-130); da ultimo, a questo proposito, ancora Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 18, nota 51 e p. 302, nota 24. Sul testo gaiano di D. 4, 9, 5 pr., nella letteratura recente, tra gli altri, ricordo altresì in particolare R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, p. 489 e ss. nonché L. Vacca, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella «locatio conductio»*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, pp. 281-282 e Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 132 e ss.

[49] Più esattamente nel testo di D. 4, 9, 5 pr. si afferma infatti che *nautae*, *caupones* e *stabularii* percepiscono semmai un'attribuzione pecuniaria come corrispettivo delle diverse prestazioni cui si sono obbligati e cioè rispettivamente *traicere vectores*, *pati viatores in caupona manere*, *permittere iumenta apud eum stabulari*. Sul punto, anche con riferimento alla diversa prospettiva rispetto alla testimonianza di D. 19, 2, 40 (Gai. 5 *ad ed. prov.*), v. Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 133. Quanto all'inquadramento giuridico del rapporto e alla possibilità che almeno nel caso del *caupo* e dello *stabularius* fosse tendenzialmente riportabile allo schema della *locatio rei* cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 204-205, che, quanto al contratto di locazione marittima, ritiene invece che i problemi di responsabilità e di qualificazione giuridica che esso veniva a porre (v. *supra,* nt. 4) siano stati di fatto superati proprio grazie l'intervento pretorio e cioè grazie alla creazione del *receptum* e alla concessione delle *actiones damni* e *furti in factum* (cfr. in specie *ibidem*, p. 188 e ss.).

là di quanto affermato in D. 4, 9, 5 pr., in materia di *receptum*. In quest'ultimo si esclude infatti semplicemente che la responsabilità *de recepto* potesse dipendere dalla circostanza che si fosse pattuita per la custodia un'apposita mercede[50], laddove, nel passo relativo alle *actiones in factum*, nell'affermare la responsabilità del *nauta* o del *caupo*, si prescindeva dal fatto stesso che i *vectores* e i *viatores* avessero pagato un corrispettivo per la prestazione principale (e cioè il viaggio in nave o il soggiorno nella *caupona*)[51].

Del resto forse anche per questo motivo i *nautae* (ma anche i *caupones* e gli *stabularii*) erano esonerati dalla responsabilità qualora avessero appositamente previsto, con dichiarazione debitamente accettata, che ciascuno dei *vectores* (o in genere dei clienti) dovesse provvedere alla sicurezza delle proprie cose e ciò benché, più in ge-

[50] Un caso particolare, legato tuttavia alla fattispecie contrattuale prospettata, è però quello di cui si ha riscontro in D. 4, 9, 3, 1 (Ulp. 14 *ad ed.*), un noto passo in cui, riportando l'opinione di Pomponio, si configura la possibilità di agire *de recepto* anche nel caso in cui l'armatore avesse ricevuto qualcosa gratuitamente, circostanza che comunque ne avrebbe innalzato il livello di responsabilità, normalmente ancorata al dolo (per la possibilità di esercitare l'*actio depositi*), fino al grado della *custodia ex recepto*: *…sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur…* Per un'analisi del testo ulpianeo, per limitarci ad alcuni lavori recenti, cfr., in aggiunta alla letteratura indicata *supra*, nota 4, in specie R. Fiori, *La definizione della «locatio-conductio». Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, pp. 271-272 (ed ivi note 40-41 ampie indicazioni della letteratura precedente), nonché, successivamente, Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in *Diritto commerciale romano. Profilo storico*[2], cit., pp. 279-281 e, da ultimo, Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 313 e ss.

[51] Si conferma dunque che la responsabilità fatta valere attraverso l'esercizio delle *actiones in factum* era un di tipo responsabilità extracontrattuale, benché connessa ad un *negotium gerere*; tale responsabilità, come rileva Paolo, non veniva appunto meno neppure qualora la causa negoziale di *ius civile* fosse gratuita: sul punto cfr. in specie Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 218-219. Si può aggiungere che, secondo quanto recentemente sostenuto dal Wicke, *Respondeat superior*, cit., pp. 91-92, proprio la possibilità che le azioni *in factum* venissero esercitate al di fuori di un rapporto contrattuale avrebbe costituito il motivo principale di differenziazione rispetto al *receptum*.

nerale, certo non possa far meraviglia che la materia fosse rimessa alla disponibilità delle parti. Alla circostanza appena indicata fa in particolare esplicito riferimento la parte conclusiva del testo ulpianeo recepito in D. 4, 9, 7 pr., da taluni sospettata di essere frutto di un'integrazione giustinianea[52]:

> D. 4, 9, 7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *…item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.*

La norma – che valeva certamente per l'*actio damni in factum*, ma non è ben chiaro se trovasse applicazione anche nel caso della corrispondente *actio furti* e soprattutto con riferimento alla responsabilità *de recepto*[53] – prevedeva dunque che l'*exercitor* potesse eventualmente sottrarsi alla grave responsabilità posta a suo carico dal pretore. Veniva così rimessa in ultima analisi alle scelta delle parti – e quindi all'equilibrio degli interessi dedotti in contratto, benché

[52] Nella letteratura recente v. in questo senso Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 142. Sul punto v. anche, in precedenza, le osservazioni di Meyer-Termeer, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, cit., pp. 207-208 e p. 211, nota 22.

[53] La sua collocazione deporrebbe infatti nel senso che la *praedictio* fosse ammessa con riferimento alle azioni penali: in questo senso Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., pp. 114-115 (con riguardo al contrasto dottrinale presente sul punto nella letteratura ottocentesca: nel senso sostenuto da Palazzo cfr. in particolare già Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1322). Sul punto cfr. Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in *Diritto commerciale romano. Profilo storico*[2], cit., p. 299. Sulla questione v. anche Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 322 e ss., che ritiene a sua volta che la *praedictio* fosse in diritto classico funzionale ad evitare la sola *actio damni in factum* (v. in specie p. 324). Che la norma trovasse invece applicazione anche nel caso del *receptum* è sostenuto da Földi, *Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der haftung ex recepto nautarum cauponum stabulariorum und der Haftung für custodia*, cit., p. 268 e nota 10 (con riferimento allo *status quaestionis*). Per la possibilità che la disposizione fosse originariamente prevista proprio per il *receptum* e che fosse stata estesa dai compilatori anche alle azioni *in factum* cfr. invece Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 142-143, coerentemente con l'ipotesi di rimaneggiamento del testo formulata dall'autrice spagnola. È a mio avviso tuttavia plausibile ritenere che l'estensione al *receptum* della norma in esame sia da ricondurre proprio all'inserimento del testo ulpianeo nel titolo 4, 9 della raccolta di *iura*, che appunto sappiamo dedicato al *receptum*.

ciò avvenisse, a quanto pare, su iniziativa negoziale dell'*exercitor*, cui i clienti erano essenzialmente chiamati ad aderire – la possibilità di accordare o meno ai *vectores* la specifica protezione predisposta dal pretore per gli illeciti compiuti dagli ausiliari nei luoghi indicati nell'editto (nel caso specifico *in nave*)[54].

4. *Gli autori dell'illecito e la responsabilità dell'*exercitor*: l'articolata casistica delle fonti (D. 4, 9, 7, 2-3 [Ulp. 18* ad ed.*], D. 4, 9, 6, 1-3 [Paul. 22* ad ed.*], D. 47, 5, 1, 6 [Ulp. 38* ad ed.*])*

Come abbiamo visto, dalle testimonianze finora analizzate risulta con chiarezza che il *nauta*, il *caupo* e lo *stabularius* rispondevano in base alle prescrizioni edittali per i danni e per i furti che fossero ascrivibili ai loro ausiliari, a coloro cioè che – fossero liberi o servi – venivano da loro impiegati nell'esercizio delle rispettive attività. A questo proposito nelle fonti vengono tuttavia presi specificamente in considerazione – e risolti in via interpretativa – alcuni casi particolari in cui poteva porsi il dubbio se l'*exercitor* fosse tenuto responsabile per quanto avvenuto nei luoghi indicati dall'editto in relazione alla condizione e allo *status* giuridico dei soggetti cui fossero in concreto ascrivibili i comportamenti sanzionati. Si tratta di questioni che vengono di volta in volta poste nelle fonti con riferimento singolarmente o all'*actio damni* o all'*actio furti*, ma che si risolvono con previsioni che sembrano trovare applicazione con riguardo a entrambe le azioni regolate dall'editto[55].

---

[54] Sulla natura e sulle caratteristiche della *praedictio* v. da ultimo Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 323, che sottolinea come essa non fosse frutto di una vera e propria trattativa, ma che i clienti erano semplicemente chiamati ad aderirvi, forse – ma l'ipotesi è prospettata come meramente congetturale e come tale qui le si fa eco – nel solo caso in cui potessero comunque conservare la materiale disponibilità dei beni che gli appartenessero: per l'irragionevolezza di concedere la *praedictio* nel caso in cui le condizioni di carico escludessero la possibilità che il cliente conservasse la materiale disponibilità delle proprie *res* cfr. infatti Fercia, *ibidem*, p. 323, nota 66.

[55] Ciò risulta del resto in termini espliciti da D. 4, 9, 6, 1 (Paul. 22 *ad ed.*), un testo che, pur essendo tratto dal commentario paolino relativo all'*actio damni in factum*, fa appunto espresso riferimento anche all'*actio furti*: *…et damnum mihi det vel furtum faciat, quamquam et furti actio et damni iniuria mecum sit…* (v. *in-*

Intendo riferirmi innanzi tutto a quanto precisato, riguardo all'ambito di applicazione dell'*actio damni*, in D. 4, 9, 7, 2, un testo, tratto dal diciottesimo libro del commentario ulpianeo, in cui si precisa che la responsabilità dell'*exercitor navis* doveva comunque ritenersi esclusa nel caso di danneggiamenti che i *nautae* – nella loro qualità di ausiliari – si fossero cagionati reciprocamente:

> D. 4, 9, 7, 2 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Sed si quid nautae inter se damni dederint, hoc ad exercitorem non pertinet. sed si quis sit nauta et mercator, debebit illi dari: quod si quis quos volgo* ναυτεπιβάτας *dicunt, et huic tenebitur, sed huius factum praestat, cum sit et nauta.*

L'esclusione di responsabilità dell'*exercitor navis* non avrebbe tuttavia potuto aver luogo né nel caso in cui gli ausiliari che avessero subito un danno fossero legati *ex locato* all'*exercitor* in quanto contemporaneamente *mercatores* (se si trattasse cioè, come precisa il testo attraverso quello che parrebbe un glossema esplicativo, di ναυτεπιβάται, cioè insieme di *vectores et nautae*)[56], né qualora il danneggiamento fosse stato invece provocato ad altri passeggeri proprio da costoro. Nel caso particolare prospettato, l'*exercitor* sarebbe stato comunque tenuto ai sensi della previsione edittale: ai fini della sua responsabilità avrebbe cioè dovuto prevalere la circostanza che colui che aveva cagionato il danno fosse comunque un suo ausiliario (qualora al ναυτεπιβάτης si potesse appunto imputare il fatto lesivo compiuto nei confronti di un altro *vector*) o, altrimenti, che colui che lo aveva subito si trovasse sulla nave anche nella veste di *vector* (qualora al contrario fosse invece il ναυτεπιβάτης il danneggiato dal comportamento di un altro ausiliario)[57].

---

fra, p. 221 e ss. e in specie nota 64); al proposito v. anche, sia pure implicitamente, il successivo D. 4, 9, 6, 3.

[56] Sul punto, per il significato del termine ναυτεπιβάται, v. in particolare Rougé, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, cit., p. 218. Per la possibilità che la precisazione sia di natura glossematica anche per la forma «gramaticalmente defectuosa» dell'espressione «*si quis quos… dicunt… tenebitur*», cfr. in specie Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 143.

[57] Per la classicità della prescrizione in questione, cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 143, nonché, sia pure indirettamente, Fercia, *Criteri*

La regola generale rimase però quella che escludeva la responsabilità dell'*exercitor* nel caso di danneggiamenti reciproci provocatisi dagli ausiliari.

Coerentemente si ritenne che, qualora il danneggiato fosse un servo altrui utilizzato dall'*exercitor* come *nauta* o come inserviente nella *caupona*, al suo *dominus* non sarebbe comunque spettata l'*actio in factum* prevista dall'editto. Ciò trova espressa conferma, sempre con riferimento all'ambito di applicazione dell'*actio damni*, in un testo del commentario edittale di Paolo:

> D. 4, 9, 6, 2 (Paul. 22 *ad ed.*): *Sed si damnum in eo datum sit ab alio, qui in eadem nave vel caupona est, cuius factum praetor aestimare solet, non putat Pomponius eius nomine hanc actionem utilem futuram.*

Il passo si ricollega al paragrafo precedente che faceva appunto riferimento ad una fattispecie particolare di danno cagionato dal servo altrui adibito come ausiliario[58].

Qui la situazione però si rovescia ed è il servo che subisce un danno. Secondo l'opinione di Pomponio, benché il danneggiamento fosse avvenuto ad opera di un soggetto dei cui comportamenti l'*exercitor* era tenuto di norma a rispondere[59], l'*actio damni* non avrebbe tuttavia sortito alcun effetto e ciò evidentemente perché, per quanto risultasse in ultima analisi danneggiato il *dominus servi*, si trattava pur sempre di un danneggiamento cagionatosi reciprocamente tra due ausiliari facenti capo allo stesso *exercitor* e che per-

---

di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios, cit., p. 108, nota 14.

[58] Cfr. D. 4, 9, 6, 1 che riguarda il caso specifico del servo altrui adibito come ausiliario *in nave* o *in caupona*, qualora il furto o il danneggiamento fosse stato compiuto ai danni del suo stesso *dominus* (cfr. *infra*, p. 221 e ss.).

[59] Il responsabile infatti, come ben risulta dal testo, era un altro ausiliario, cioè un soggetto del cui fatto, a norma dell'editto, l'*exercitor* avrebbe appunto dovuto rispondere: nel caso di specie tuttavia, come si dice già osservato da Pomponio, la responsabilità dell'armatore o del *caupo* veniva meno perché il soggetto danneggiato (cioè il *dominus servi*) non era legato all'*exercitor ex locato*, ma semmai in virtù dell'eventuale rapporto sottostante.

tanto non coinvolgeva i clienti e cioè, a seconda delle circostanze, i *vectores* (nel caso della nave) o i *viatores* (nel caso della *caupona*)[60].

Diversa – e a quanto pare proprio perché il danneggiamento era comunque causato a chi in qualità di cliente si giovasse dei servizi forniti dall'*exercitor* – la soluzione che venne prospettata per i danni cagionati dal *servus* di un *nauta*, ausiliare libero dell'armatore, benché nel caso di specie il *servus* non fosse un *nauta* a sua volta:

> D. 4, 9, 7, 3 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si servus nautae damnum dederit, licet servus nauta non sit, aequissimum erit in exercitorem actionem utilem dare.*

In questo caso la responsabilità dell'*exercitor* sarebbe stata dunque prevista in via utile per ragioni di equità[61]; il fatto che il *servus* non fosse a sua volta un *nauta* a rigore conduceva infatti la fattispecie al di fuori dell'ambito di applicazione della previsione edittale, richiedendo conseguentemente – come sottolinea il testo ulpianeo – l'intervento correttivo del pretore in via equitativa e ciò perché, nel contrasto di interessi tra l'*exercitor* e i *vectores,* si considerava evidentemente più opportuno tutelare l'interesse di questi ultimi e quindi, in ultima analisi, la sicurezza del trasporto marittimo[62]. Del

[60] È dunque essenzialmente questo il motivo per cui l'azione non avrebbe potuto sortire alcun effetto favorevole all'eventuale attore («*…non putat Pomponius eius nomine hanc actionem utilem futuram*»): il presupposto dell'intervento pretorio era infatti, come sappiamo, che il danneggiamento fosse compiuto da un ausiliario ai danni appunto di un *vector* o un *viator*. Sul punto v. nella letteratura recente, per un breve accenno, Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 120, nota 8.

[61] Per la possibilità che l'azione sia stata classificata come utile solo dai giustinianei cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 143-144, che, sulla scia di Valiño, *Actiones utiles*, cit., p. 22 e ss. e p. 345, ha sostenuto che l'azione in questione fosse piuttosto in diritto classico a sua volta *in factum* e non utile in senso tecnico, in quanto nel processo formulare le azioni utili si riferivano alle azioni civili e non avrebbero appunto avuto una formula *in factum*. A me pare piuttosto (v. già *supra*, cap. II, note 73 e 79 e cap. III, nota 44) che il riferimento alla concessione di un'*actio utilis* contenuto nella frase «*aequissimum erit in exercitorem actionem utilem dare*» possa invece intendersi come utilizzato dal giurista classico in senso generico per indicare, in relazione alla fattispecie considerata, un'azione comunque utile allo scopo.

[62] Del resto anche nel caso prospettato si poteva ritenere che l'*exercitor* avesse accolto «*suo periculo*» il servo altrui sulla propria nave e ciò, sia pure in via me-

resto l'*exercitor* sarebbe stato tenuto invece in via diretta nel caso in cui il servo altrui fosse stato un suo ausiliario. È quanto si ricava *a fortiori* dalla lettura di un passo del commentario edittale di Paolo, che fa riferimento al caso specifico del servo altrui adibito come ausiliario *in nave* o *in caupona*, qualora il furto o il danneggiamento fosse stato compiuto ai danni del suo stesso *dominus* («*damnum mihi det vel furtum faciat*»)[63]:

> D. 4, 9, 6, 1 (Paul. 22 *ad ed.*): *Si servo meo in nave vel in caupona utaris et damnum mihi det vel furtum faciat, quamquam et furti actio et damni iniuria mecum sit, haec tamen actio, quia in factum est, etiam servi mei nomine adversus te competit. idem dicetur, et si communis sit: tu tamen quod mihi praestiteris eius nomine, vel communi dividundo vel pro socio actione, aut si partem eius vel totum conduxisti, etiam ex conducto habebis me obligatum.*

Benché il testo non sia immune da ipotesi di rimaneggiamento, esso sembra potersi ritenere nel complesso genuino[64]. Vi si dice che

---

diata (cioè attraverso il *nauta* suo ausiliario), nell'ambito dell'esercizio dell'impresa: sul punto cfr. quanto al proposito già osservato da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 108 e p. 135.

[63] Non così interpreta il testo la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 141, che, ipotizzando che le parole *mihi det* vadano sostituite con l'espressione *is servus det*, ha ritenuto piuttosto che il passo si riferisca al danno cagionato ad un terzo da uno schiavo appartenente a persona diversa dall'*exercitor*: per la conservazione del dettato *mihi det* cfr. però Burdese, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 457, nonché le osservazioni di Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 134. Sul punto, nello stesso senso qui sostenuto, v. anche Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 120, nota 8.

[64] Per le ipotesi interpolazionistiche cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., cc. 65-66. A parte quanto precisato alla nota precedente a proposito della possibilità di considerare genuina l'espressione «*damnum mihi det*», va rilevato che l'ipotesi di un'intepolazione delle parole «*vel furtum faciat*» pare ora esclusa anche dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 141-142. Conseguentemente non mi sembra da condividere nemmeno l'ipotesi ricostruttiva formulata da S. Solazzi, *Responsabilità del nauta e legittimazione ad agire di danno*, in *Riv. dir. navigazione* 5, 1939, pp. 37-40

per il danno o per un furto avvenuti ad opera di un ausiliario di proprietà altrui ai danni del suo stesso *dominus*, l'*exercitor* sarebbe stato tenuto attraverso l'*actio damni* e l'*actio furti in factum* per averlo utilizzato «*suo periculo*» [65], non potendosi invece esercitare né l'*actio legis Aquiliae* né l'*actio furti* in quanto, nel caso di specie, la legittimazione attiva si sarebbe trovata a coincidere con quella passiva perché le azioni civili si sarebbero dovute esperire contro il *dominus servi* che nella fattispecie era lo stesso danneggiato[66].

(= *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, pp. 57-59), che riteneva che la frase «*quamquam-sit*» andasse ricostruita eliminando il riferimento all'*actio furti* e aggiungendo una negazione («*…quamquam* [*et furti*] *actio* [*et*] *damni iniuria mecum <non> sit…*») e ciò perché da un lato non mi pare necessario, per quanto appena detto, espungere il riferimento all'*actio furti*, dall'altro perché il testo, così come è, certamente non comporta che il *dominus servi* potesse esercitare contro se stesso le azioni extracontrattuali civili: in esso infatti, con riferimento al caso di specie, si fa piuttosto intendere l'impossibilità di esperirle (cfr. *infra*, nota 66), circostanza che tuttavia – precisa Paolo – non avrebbe escluso che si esercitassero invece, ma nei confronti dell'*exercitor*, le parallele azioni onorarie.

[65] Per quanto riguarda l'impiego «*suo periculo*» del servo altrui da parte dell'*exercitor* cfr. D. 4, 9, 7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*) su cui *supra*, in specie pp. 194-195 e p. 211. Quanto all'uso atecnico dell'espressione *servi nomine* nella frase «*…etiam servi mei nomine adversus te competit*», che del resto trova corrispondenza nella successiva «*...tu tamen quod mihi praestiteris eius nomine…*», cfr. quanto osserva Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 134-135.

[66] In questo senso mi sembra infatti da interpretare la già ricordata (v. *supra*, nota 64) frase «*…quamquam et furti actio et damni iniuria mecum sit…*». Il testo, nel suo complesso vuole cioè sottolineare che le azioni onorarie si sarebbero potute esercitare benché non si potessero invece esperire quelle civili e ciò perché, in relazione all'illecito commesso dal *servus meus*, la relativa *actio* appunto *mecum est* (si sarebbe cioè dovuta esercitare nei miei confronti come nossale). Il testo insomma non pone il problema del concorso tra azioni civili e onorarie (così invece Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 141), ma intende giustificare il perché nel caso di specie si potessero esercitare solo le azioni onorarie nei confronti dell'*exercitor*. Sul punto, in generale, per la questione del concorso tra azioni civili e onorarie, cfr. *infra*, p. 250 e ss., a proposito di D. 47, 5, 1, 3 (Ulp. 38 *ad ed.*) e di D. 4, 9, 6, 4 (Paul. 22 *ad ed.*). Con riferimento a quest'ultimo testo sarebbe semmai ipotizzabile che le azioni penali civili fossero concesse all'*exercitor* – in quanto tenuto a rispondere dell'illecito del servo del proprio cliente – nei confronti del cliente stesso: cfr. da ultimo Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 300, nota 15. Il caso prospettato da D. 4, 9, 6, 1 è tuttavia a mio modo di vedere del tutto particolare e per questo non riconducibile nell'alveo della disciplina generale prospettata da D. 4, 9, 6, 4 in base alla quale avremmo una parte lesa che eserciterebbe l'azione onoraria nei confronti dell'*exercitor*, cedendo-

Altrettanto sarebbe avvenuto nel caso del servo comune, circostanza in cui, si aggiunge, l'*exercitor* avrebbe potuto comunque recuperare almeno in parte (in relazione evidentemente alla quota altrui) quanto prestato[67], facendo valere, a seconda del titolo della comunione, una pretesa reciproca attraverso l'*actio communi dividundo* o l'*actio pro socio*[68]. Infine, qualora invece il servo fosse stato dato in locazione, la rivalsa nei confronti del *dominus* sarebbe potuta avvenire almeno in parte (qualora il servo fosse comune) o eventuamente anche per l'intero (qualora il servo fosse invece altrui) attraverso l'*actio ex conducto*[69].

---

gli contemporaneamente l'azione civile (che comunque non potrebbe esercitare) e ciò al fine di permettere all'*exercitor* di rivalersi nei suoi stessi confronti.

[67] Va notato a questo proposito che l'espressione «*quod mihi praestiteris eius nomine*», se correttamente intesa, sembra infatti far riferimento a quanto prestato dall'*exercitor* e ricevuto dal *dominus* per il comportamento dello schiavo. Diversamente sul punto la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 141, che, avendo ipotizzato che la fattispecie prospettata da Paolo riguardasse i comportamenti illeciti tenuti nei confronti di terzi dal servo altrui utilizzato quale *nauta*, è costretta conseguentemente a forzare l'interpretazione della frase in questione, intendendola piuttosto come riferibile a «lo que tú, come *exercitor* demandado, 'me' has abonado al pagar la pena por el delito de aquel esclavo mío».

[68] Quanto alla particolarità – anche sotto questo profilo – delle *actiones in factum*, la cui esperibilità viene qui implicitamente ammessa nonostante che probabilmente non fossero invece ammissibili le azioni civili per l'illecito compiuto da un servo comune in danno di uno dei condomini cfr., con riferimento alla testimonianza di D. 9, 4, 41 (Iul. 2 *ad Urs. Fer.*), Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 135, nota 75.

[69] Ciò ovviamente in relazione al fatto che lo schiavo fosse stato concesso in locazione in tutto o in parte. La prima possibilità dimostra che il testo fa qui riferimento non solo ad un servo comune, ma anche alla possibilità che il servo appartenesse per intero al *dominus* danneggiato. Solo in questo caso infatti l'*exercitor* avrebbe potuto riceverlo «*totum*» in locazione. In tali circostanze l'*exercitor* si sarebbe potuto dunque parzialmente rivalere nei confronti dello stesso *dominus* con l'azione contrattuale. Come abbiamo visto (cfr. *supra*, nota 66) secondo alcuni la rivalsa si sarebbe inoltre potuta realizzare anche con le azioni extracontrattuali di furto o di danno: sul punto, per l'esperibilità delle azioni civili di rivalsa da parte dell'*exercitor*, in quanto titolare dell'*id quod interest*, cfr. già in precedenza Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 133-134, che tuttavia riconduce tale possibilità alla frase «*…quamquam et furti actio et damni iniuria mecum sit…*» che a mio avviso più che avvertire, come vorrebbe l'autore, che le azioni civili fossero esperibili dall'*exercitor* contro il *dominus*, intende – come detto – sottolineare che le azioni civili non potevano nella fattispecie

Talvolta poi la responsabilità dell'*exercitor* non era limitata ai suoi ausiliari, ma si estendeva al comportamento illecito di altri soggetti e più esattamente – come si ricava dai *verba edicti*, riportati in D. 47, 5, 1 pr. – in relazione al fatto di tutti coloro *quos ibi habebunt*[70]. Mi riferisco in particolare al caso prospettato da D. 47, 5, 1, 6, che riguarda specificamente l'*actio furti in factum*, ma che doveva trovare applicazione anche per il caso dell'*actio damni*[71]:

> D. 47, 5, 1, 6 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt: item eorum, qui habitandi causa ibi sunt: viatorum autem factum non praestat. namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes: inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare. in navi quoque vectorum factum non praestatur.*

La responsabilità del *caupo* non era dunque limitata ai suoi ausiliari («*qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt*»)[72], ma si estendeva anche a coloro che abitassero stabilmen-

---

essere esercitate dalla vittima dell'illecito, perché, in quanto di norma esercitabili contro il *dominus*, la legittimazione attiva avrebbe coinciso nel caso specifico con quella passiva.

[70] Sul punto cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 141, nota 86, che giustamente – mi pare – sottolinea come l'uso del verbo *habere* individui comunque l'elemento della presenza «nell'area materiale della responsabilità (*navis*, *caupona*, *stabulum*)» individuata nella previsione edittale. L'espressione tuttavia, a mio avviso, benché caratterizzata da un'ampia genericità, non doveva comprendere anche i clienti (e cioè i *vectores* e i *viatores*): diversamente sul punto Sargenti, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor*, cit., p. 556. Nel senso qui sostenuto v. invece Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 135.

[71] In questo senso appare significativo il passo parallelo di D. 4, 9, 6, 3 (Paul. 22 *ad ed.*) che data la sua collocazione (cfr. *supra*, p. 200 e nota 24), benché al proposito nulla esplicitamente dica (v. *supra*, nota 55), doveva riguardare appunto in particolare l'*actio damni*: sul passo paolino di D. 4, 9, 6, 3, che nella sua genericità appare a sua volta riferibile anche all'*actio furti*, v. comunque anche quanto si dirà *infra*, p. 226.

[72] Si può rilevare che l'espressione ricorda in qualche modo quella contenuta in precedenza nello stesso D. 47, 5, 1 in relazione ai *nautae* (cfr. § 1): *Navigandi autem causa accipere debemus eos, qui adhibentur, ut navis naviget, hoc est nautas* (v. *supra*, pp. 204-205).

te nella *caupona* («*qui habitandi causa ibi sunt*») e ciò in quanto – come significativamente viene rilevato nel testo – si doveva riconoscere che il *caupo* «*inhabitatores vero perpetuos… quodammodo elegit*»[73].

Quest'ultimo è lo specifico motivo per cui – con riferimento non solo al *caupo*, ma anche allo *stabularius* – non altrettanto si poteva invece affermare per i *viatores*, cioè per coloro che, come clienti, fossero stati accolti nella *caupona* o che si fossero avvalsi dello *stabulum* («*namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes*»), così come anche per i *vectores* trasportati sulla nave («*in navi quoque vectorum factum non praestatur*»)[74].

---

[73] Su quest'ultima espressione cfr. quanto osservato da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 141-142, che ritiene che l'uso del «*quodammodo*» ne denunci l'origine compilatoria: secondo l'autore infatti l'uso dell'avverbio indefinito corrisponderebbe alla mentalità bizantina secondo la quale la posizione degli *inhabitatores* poteva equipararsi a quella degli ausiliari perché i primi, come questi ultimi, erano oggetto di un'*electio*, o meglio, nel caso di specie, di una sorta di *electio* che agli occhi dei compilatori valeva a giustificare che il *caupo* fosse chiamato a rispondere degli illeciti da loro commessi, analogamente a quanto avveniva per quelli degli ausiliari: sul punto v. ancora lo stesso Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 307-308, nota 37. Quanto alla possibilità che larga parte del testo («*namque-praestare*»), con il suo riferimento alla responsabilità derivata dalla *electio*, sia di matrice giustinianea cfr. del resto, nella letteratura meno recente, Messina Vitrano, *Note intorno alle azioni «in factum» di danno e di furto contro il «nauta» il «caupo» lo «stabularius»*, cit., pp. 36-37, nonché Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., pp. 121-122. Diversamente però – e in termini a mio avviso convincenti – Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., p. 718, nota 125, che, pur nel quadro di un'impostazione rivolta a ritenere interpolati i riferimenti alla *culpa* degli *exercitores* presenti nelle fonti (sul punto v. in particolare *infra*, pp. 227-228 e pp. 232-233), sottolinea come la giustificazione della responsabilità addotta nel testo non collida con un'impostazione in termini di *factum praestare*; più precisamente secondo l'autrice «il giurista intende infatti dare la giustificazione della circostanza che per esempio il *caupo* risponda del personale addetto alla gestione del locale e delle persone che lo abitano stabilmente, e non dei viaggiatori, il che – afferma – è perfettamente coerente con l'impostazione classica».

[74] Diversa era invece la regola quanto alla responsabilità *de recepto*, cfr. D. 4, 9, 1, 8 (Ulp. 14 *ad ed.*): *…et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum*; D. 4, 9, 2 (Gai. 5 *ad ed. prov.*): *sicut et caupo viatorum*; D. 4, 9, 3 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*): *Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit…*

Il discrimine ruota dunque tutto intorno al fatto che comunque nel caso degli *inhabitatores* si poteva ritenere che fosse pur sempre intervenuta un'*electio* che come tale comportava una libera assunzione di rischio, circostanza che trovava in particolare riscontro nel carattere stabile dell'*inhabitatio* (non a caso il testo dice «*inhabitatores… perpetuos… elegit*») e quindi in ultima analisi nel collocarsi di costoro, tendenzialmente *sine die*, nello spazio materiale indicato nell'editto (la *caupona* appunto)[75].

Questo motivo si trova del resto sostanzialmente ribadito in un breve passo del commentario edittale di Paolo, proprio con riferimento specifico a chi abiti stabilmente nella *caupona*:

> D. 4, 9, 6, 3 (Paul 22 *ad ed.*): *In factum actione caupo tenetur pro his, qui habitandi causa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator.*

La responsabilità del *caupo* è infatti anche qui limitata agli illeciti commessi da chi si trattenga nella *caupona* «*habitandi causa*» e non si estende a quelli di cui fossero autori i *viatores*, coloro cioè che appunto – si dice – sono ricoverati nella *caupona* «*hospitio repentino*». L'*inhabitatio*, purché fosse prolungata nel tempo, comportava dunque la conseguenza di collocare coloro che *inhabitant* nella sfera di rischio degli *exercitores*, differenziandoli appunto da chi invece soggiornasse nella *caupona* solo transitoriamente[76].

---

[75] Su tale giustificazione della responsabilità del *caupo* e sulla sua matrice essenzialmente bizantina cfr. ancora Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 141-142. Ciò tuttavia a mio avviso non esclude la sostanziale genuinità del testo (v. *supra*, nt. 73) che – unitamente alla testimonianza di D. 4, 9, 6, 3 – dimostra come già l'elaborazione giurisprudenziale classica – ai fini della determinazione della responsabilità degli *exercitores* – affiancasse agli ausiliari coloro che soggiornassero stabilmente negli spazi indicati dalla previsione edittale (e in particolare – come appunto risulta dalle fonti – gli *inhabitatores* della *caupona*).

[76] In questo senso appare particolarmente significativa la contrapposizione presente nelle fonti fra il carattere stabile e tendenzialmente perpetuo della *inhabitatio* (cfr. D. 47, 5, 1, 6: *…inhabitatores vero perpetuos…*) e la transitorietà invece della permanenza nella *caupona* dei *viatores* (v. D. 4, 9, 6, 3: *…hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator*).

5. *La c.d. soggettivizzazione della responsabilità di* nautae, caupones *e* stabularii *e i limiti e le modalità entro cui era possibile l'abbandono nossale del responsabile dell'illecito (D. 4, 9, 7, 4 [Ulp. 18* ad ed.*] e D. 47, 5, 1, 5 [Ulp. 38* ad ed.*])*

Detto dei comportamenti illeciti sanzionati dall'editto e dei soggetti per la cui condotta gli *exercitores navis*, *cauponae aut stabuli* venivano di norma tenuti responsabili è giunto il momento di affrontare finalmente le delicate questioni finora lasciate in sospeso. Mi riferisco in particolare all'individuazione del fondamento della responsabilità di *nautae*, *caupones* e *stabularii*, che, come sappiamo, in alcune fonti trova indicata la sua giustificazione nel criterio 'soggettivo' della *culpa*, nonché alla questione – in qualche modo connessa – della possibilità o meno che nel regime classico fosse concessa all'*exercitor* la facoltà di dare a nossa il proprio schiavo che – adibito come ausiliario nell'esercizio dell'impresa – fosse in concreto risultato autore dell'illecito[77].

A questo proposito deve essere preso innanzi tutto in considerazione, con riferimento specifico all'*actio damni in factum,* un testo fondamentale, attribuito ad Ulpiano, in cui si precisa che, anche per gli illeciti commessi dai propri ausiliari, l'*exercitor* doveva esse-

[77] Per la stretta connessione delle due questioni individuate nel testo cfr. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in particolare pp. 207-208 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 169) che, nell'ambito della sua ipotesi ricostruttiva, evidenzia la tendenziale incompatibilità tra un regime di responsabilità fondato sulla colpa (che l'autore – secondo la dottrina tradizionale – più precisamente inquadra nell'ambito della *culpa in eligendo*) e la contemporanea applicabilità del regime della nossalità. Sul punto, recentemente, pur nel quadro di una diversa impostazione del problema, anche Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 13-14 e *passim*, che tuttavia da parte sua ritiene invece «che un'ipotesi di responsabilità dell'*exercitor*, radicata sulla *culpa*, non possa considerarsi, in ragione del particolare carattere che questa presenta nel nostro caso (il riferimento è ovviamente alla teoria della *culpa in habendo/utendo/adhibendo* sostenuta dall'autore, *n.d.r.*), ostativa all'applicazione del 'regime' della nossalità ma, anzi, costituisca – specie sul piano culturale – addirittura la sua giustificazione». Per una rivisitazione della questione v. altresì nuovamente Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 366-367, che ribadisce la piena compatibilità della *noxae deditio* con la concezione della «*culpa in habendo* astrutturale» così come a suo avviso venutasi a delineare in epoca postclassica e giustinianea.

re tenuto *suo nomine*, in quanto responsabile per propria colpa, e ciò in quanto – si dice – si sarebbe appunto avvalso di costoro per propria scelta:

> D. 4, 9, 7, 4 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpae scilicet suae qui tales adhibuit: et ideo et si decesserint, non relevabitur. servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit.*

La concezione che ne emerge, ritenuta non riferibile ai classici[78], si rifletterebbe in particolare nell'espressione «*culpae scilicet suae qui tales adhibuit*», che sarebbe stata inserita nel testo per ancorare appunto la responsabilità – originariamente concepita come 'oggettiva' – all'elemento 'soggettivo' della *culpa*, configurata, a seconda delle diverse concezioni prospettate, come *culpa in eligendo* o come *culpa in habendo/utendo/adhibendo*[79].

---

[78] Sul punto cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 109 e ss., nonché *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie p. 336 e ss. e p. 366 e ss. Si tratta, come si è accennato, di un'opinione ampiamente condivisa nella dottrina recente: cfr., tra coloro che si sono occupati *ex professo* del testo in esame, Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 173 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 136 e ss.) nonché, tra gli altri, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., in specie p. 146.

[79] Per l'interpolazione in questione, cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 66 e Suppl. I, cit., c. 83. In tal senso v. anche, tra gli altri, in specie V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*[2], Napoli, 1933, p. 113, nota 1. Della stessa opinione Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 173-174 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 137) e, da ultimo, Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 109 e p. 111 (cfr. dello stesso autore anche *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie p. 331 e p. 337), che pure – si è appena detto – confliggono rispetto alla configurazione della *culpa* menzionata nella frase in questione, configurandola appunto rispettivamente come *culpa in eligendo* o come *culpa in habendo/utendo/adhibendo*.

In questo quadro viene da alcuni considerata di fattura posteriore (e pertanto non genuina) anche tutta la seconda parte del testo (da *servorum autem suorum* fino alla fine)[80] in cui viene precisato che la previsione che appunto chiamava a rispondere l'*exercitor* si sarebbe dovuta applicare anche per i servi altrui, ma che nel caso degli schiavi che appartenessero allo stesso armatore, quest'ultimo si sarebbe potuto giovare dell'abbandono nossale. Solo per i primi l'*exercitor* si sarebbe infatti dovuto dar cura di «*explorare… cuius fidei, cuius innocentiae sint*», mentre altrettanto non si sarebbe potuto dire per i secondi per i quali – a questo proposito – «*venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit*»[81].

[80] Cfr. in questo senso ancora Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 111 e ss., che – nel quadro della sua ipotesi circa la non classicità dell'applicabilità della *noxae deditio* alle *actiones in factum* (cfr. ora anche *Dovere di diligenza e «rischi funzionali»*, cit., p. 203 e nota 15, nonché, ampiamente *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 327 e ss.) – ritiene appunto che anche la frase «*servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur*» non sia genuina, ma sia dovuta ad un rimaneggiamento successivo. In quest'ottica l'*autem* dell'*incipit* del frammento («*Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur…*») contrapporrebbe il regime dell'*actio in factum* a quello, che si ritiene in precedenza descritto dal giurista, della *lex Aquilia*, che prevedeva come è noto la possibilità di applicare il regime nossale ove il danneggiamento fosse posto in essere dallo schiavo *inscente domino*. Tuttavia la contrapposizione (ammesso e non concesso che si tratti di contrapposizione: a mio sommesso avviso non si può infatti essere certi, allo stato delle fonti e sulla semplice base dell'osservazione della successione degli argomenti nel commentario edittale ulpianeo, che l'*autem* si riferisse – per contrapporlo – al regime delle due azioni come invece suppone il Fercia, *ibidem*, p. 113, nota 24) ben potrebbe riguardare semplicemente il fatto che nel caso della *lex Aquilia* l'*actio noxalis* era data *servi nomine*, mentre in quello dell'*actio in factum* l'azione era normalmente concessa *suo nomine* contro l'*exercitor* in un quadro in cui, per la formulazione ambivalente dell'*intentio*, la nossalità si configurava comunque in termini diversi, per quanto forse non troppo lontani dallo schema formulare ordinario (cfr. sul punto quanto si dirà *infra*, in specie note 82 e 156).

[81] Su questa parte del testo e sulla possibilità che la giustificazione dell'applicabilità del regime nossale all'*actio damni in factum* in base al rilievo che solo «*in suis*» l'*exercitor* sarebbe stato «*venia dignus*» mentre, «*cum alienos adhibet*», avrebbe dovuto valutare «*cuius fidei, cuius innocentiae sint*» non possa risalire al giurista severiano cfr. – tra coloro che pure hanno ammesso la classicità della possibilità di concedere la facoltà dell'abbandono nossale nelle *actiones in factum* – Messina Vitrano, *Note intorno alle azioni «in factum» di danno e di furto contro il «nauta» il «caupo» lo «stabularius»*, cit., p. 30, nonché, più di recente, Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 173 e ss. (= *Respon-*

In particolare in dottrina si è sottolineato come il regime nossale prospettato nella seconda parte del frammento si ponga da un lato in contraddizione con l'affermazione secondo cui l'*exercitor* sarebbe stato tenuto *suo nomine* per gli illeciti commessi dai suoi ausiliari indipendentemente dal loro *status* personale[82], dall'altro con quanto detto alla fine della prima parte del testo

sabilità per fatto altrui e nossalità, cit., p. 136 e ss.). Sul significato della «*venia*» come giustificazione della possibilità di *noxae dedere* cfr. da ultimo anche Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 367 e ss., che tuttavia, coerentemente con la sua ipotesi circa l'originario carattere non nossale delle *actiones in factum*, esclude a sua volta che il riferimento possa appartenere al fondo classico di D. 4, 9, 7, 4.

[82] In questo senso cfr. D. 4, 9, 7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare…* Che l'*exercitor navis* rispondesse mediante le azioni *in factum* di tutti gli illeciti compiuti *in nave* dai suoi ausiliari è ribadito anche da D. 14, 1, 1, 2 (Ulp. 28 *ad ed.*): *…quamquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandae causa in nave sint, detur actio in exercitorem…* La problematicità della contrapposizione tra il «*suo nomine exercitor tenetur*» dell'inizio e il «*servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur*» con cui si apre la seconda parte del testo fu rilevata a suo tempo da F. Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 38, 1911, pp. 47-48, che ipotizzò conseguentemente di sostituire nella prima frase *nautarum nomine* a *suo nomine*. In senso contrario, per l'interpretazione dell'espressione «*servorum autem suorum nomine*» di D. 4, 9, 7, 4 che, come quella parallela di D. 47, 5, 1, 5 (su cui v. in specie *infra*, nota 97), indicherebbe in termini atecnici una responsabilità del *dominus* a causa dei servi e non – come apparirebbe in contraddizione con il *suo nomine* dell'*incipit* del frammento («*Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur…*») – che il *dominus* fosse tenuto con la normale azione nossale attraverso l'azione con cui avrebbero risposto i servi se fossero stati liberi, cfr. però le osservazioni di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 175-176 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., pp. 138-139). Sul punto v. tuttavia ora diversamente Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 667 e ss., che, salvando la sostanziale genuinità dei testi, ipotizza piuttosto che l'espressione *servi nomine* (o *servorum nomine*) costituisca in D. 47, 5, 1, 5 e in D. 4, 9, 7, 4 una sorta di proiezione della struttura formulare bivalente delle *actiones in factum* e che dunque in questi termini possa ipotizzarsi che la normale azione concessa *suo nomine* contro l'*exercitor* si potesse configurare come una azione *servi nomine* qualora l'autore dell'illecito fosse eventualmente risultato essere uno schiavo dello stesso *exercitor*. Che ciò potesse avvenire in relazione alle risultanze processuali già al momento della redazione della formula, pur in presenza di alcune effettive difficoltà sul piano della tecnica formulare (cfr. in dettaglio Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 335, nota 20 e pp. 342-343, nota 30), non mi sembra comunque del tutto da escludere, anche se rimarrei in particolare restia

(«*et ideo et si decesserint, non relevabitur*») e cioè che la morte del servo responsabile del danneggiamento non avrebbe comunque avuto effetto liberatorio nei confronti del *dominus*/*exercitor* come invece sarebbe dovuto avvenire nel quadro del normale regime della nossalità[83].

La stessa interpretazione è riservata ad una testimonianza parallela, riferibile questa volta all'*actio furti in factum*, a sua volta proveniente dal commentario edittale ulpianeo:

> D. 47, 5, 1, 5 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat. cur ergo non exercitor condemnetur, qui servum tam malum in nave admisit? et cur liberi quidem hominis nomine tenetur in solidum, servi vero non tenetur? nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur.*

---

a ritenere che ciò potesse risolversi nell'indicazione del nome dell'autore dell'illecito nell'*intentio*.

[83] In questo senso è significativo che lo stesso Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, cit., pp. 47-48, corregga la frase «*et ideo-relevabitur*» espungendo il secondo *et* e il *non*: *…et ideo* [*et*] *si decesserint,* [*non*] *relevabitur*. Ancora più radicale l'ipotesi ricostruttiva di Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., p. 117, che considera interpolata l'intera frase, unitamente alla precedente «*culpae-adhibuit*» (così, del resto, già F. Eisele *Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars*, in *Arch. civ. Praxis* 84, 1895, p. 337). Anche in questo caso cfr. tuttavia la lettura conservativa di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 174 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 137 e ss.), che da parte sua sottolinea come la liberazione dell'*exercitor* per la morte del servo responsabile dell'illecito conseguisse appunto solo in base regime ordinario della nossalità, ma non qualora, come nella fattispecie considerata, il *dominus* rispondesse piuttosto *suo nomine* salvo – a suo avviso – l'applicazione della c.d. *exceptio noxalis* (sul punto v. *infra*, note 87 e 97). A mio avviso la dichiarata assenza di effetto liberatorio della morte del responsabile dell'illecito («*…et ideo et si decesserint, non relevabitur…*») non va del resto necessariamente collegata alla frase successiva «*…servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur…*»: è cioè anche possibile che il giurista severiano si limitasse a notare che la generale responsabilità dell'*exercitor* non cessava qualora fosse deceduto l'autore dell'illecito, circostanza che invece – se fosse stato chiamato a rispondere quest'ultimo – avrebbe fatto venir meno ogni azione per la regola dell'intrasmissibilità passiva delle azioni penali.

Nel testo si ripete il ragionamento che portava a distinguere tra la responsabilità dell'*exercitor* per gli illeciti compiuti dagli ausiliari liberi (per i quali si dice fosse tenuto *in solidum*)[84] e quelli dei suoi schiavi (riguardo ai quali si dice che dovesse invece ammettersi il regime nossale): la scelta del libero, così come quella dello schiavo altrui, implicava infatti la piena responsabilità dell'*exercitor*, mentre non altrettanto si sarebbe potuto dire per aver adibito il proprio schiavo e ciò – come significativamente si osserva – «*quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit*»[85].

Anche in questo caso il carattere institicio del frammento è generalmente ammesso[86] e anzi l'eventuale nossalità dell'azione, nel caso dell'*actio furti in factum*, troverebbe ulteriore smentita nell'assenza della relativa clausola nella previsione edittale, così come pervenutaci nel *principium* dello stesso frammento ulpianeo[87]. Insom-

[84] Per questa stessa terminologia – che indica sostanzialmente una responsabilità piena e illimitata – cfr. D. 4, 9, 7, 6 (Ulp. 18 *ad ed.*) che tuttavia la utilizza in un rapporto dialettico non con la responsabilità nossale (come avviene in D. 47, 5, 1, 5), ma rispetto a quella *dumtaxat de peculio* (che comunque viene esclusa): *…sed cum voluntate patris vel domini servus vel filius exercent navem vel cauponam vel stabulum, puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint* (v. *infra*, nel testo, pp. 241-243). In quest'ultimo senso, ma con riferimento tuttavia all'*actio de recepto*, cfr. anche D. 4, 9, 3, 3 (Ulp. 14 *ad ed.*) e PS. 2, 6, 1.

[85] La giustificazione riecheggia – benché riguardi specificamente i liberi e non i servi altrui – quella che abbiamo già visto addotta in D. 4, 9, 7, 4: *…nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit*. L'estensione dello stesso regime (e in qualche modo della stessa giustificazione) agli schiavi altrui è comunque esplicita nella frase finale: *…si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur.*

[86] Cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, cit., c. 506. Per la possibilità che l'intero frammento non sia riconducibile ad una matrice classica cfr. da ultimo Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 123 ed in specie p. 136 e ss. (v. anche *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 337 e p. 370), che – anche se non esclude una paternità giustinianea – pensa in particolare che sia dovuto all'opera delle «scuole postclassiche di diritto» (p. 140)

[87] Cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra*

ma secondo la prevalente dottrina in D. 4, 9, 7, 4 sarebbe espressione di rimaneggiamenti posteriori quanto meno la giustificazione sotto il profilo della colpa della responsabilità dell'*exercitor*, responsabilità che ancora nel tardo Principato troverebbe piuttosto esclusiva giustificazione nell'attribuzione a costui di un rischio di impresa di cui è ancora traccia in D. 4, 9, 7 pr.[88], mentre, almeno secondo alcuni, altrettanto si dovrebbe dire del richiamo, presente sia in D. 4, 9, 7, 4 che in D. 47, 5, 1, 5, alla possibilità che la relativa azione venisse concessa come nossale nel caso in cui l'autore dell'illecito fosse un ausiliario schiavo dello stesso *exercitor*[89].

Del resto in questa stessa ottica si muove per certi aspetti anche chi ha invece ritenuto che la nossalità di cui si fa menzione in D. 4, 9, 7, 4 e in D. 47, 5, 1, 5 sia riferibile non alle azioni *in factum*, ma piuttosto alle azioni civili di danno e di furto, in un contesto in cui, pur salvando in parte la genuinità dei frammenti, tutto si risolverebbe nella contrapposizione fra le azioni *in factum* – che in diritto classico non potevano essere concesse come *noxales* – e le corrispondenti azioni civili che potevano invece essere concesse come tali[90].

---

nautas, caupones et stabularios, cit., p. 124 e ss., cui rinvio per un'ampia discussione della questione e per un esame delle oscillazioni di Lenel circa la configurabilità dell'*actio in factum* come *noxalis*, ritenuta in un primo momento indiscutibile (cfr. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[2], cit., p. 323), successivamente affermata in termini più prudenti (v. *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 334, nota 6) con la prospettazione – come è noto – della possibilità del ricorso alla c.d. *exceptio noxalis* (sul punto cfr. *infra*, nota 97). Sul silenzio rispetto alla clausola nossale dei *verba edicti* così come risultanti da D. 47, 5, 1 pr. v., con ulteriori osservazioni, ancora Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 338 e ss.

[88] In questo senso, con riferimento a D. 4, 9, 7, 4, cfr. in particolare Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 173 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 137). Quanto a D. 44, 7, 5, 6 e a I. 4, 5, 3 v. *ibidem*, pp. 110-111 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., pp. 32-33). Per il prevalente orientamento della dottrina, v. Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., pp. 669-670, nota 46 (con discussione della bibliografia).

[89] Sul punto v. l'articolata discussione di Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., in specie p. 101 e ss. (con riferimento a D. 4, 9, 7, 4) e p. 130 e ss. (con riferimento a D. 47, 5, 1, 5) e ancora, ampiamente, dello stesso autore, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 327 e ss.

[90] Cfr. in specie Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 145-146 e pp. 146-148, che, sulla scia di una supposizione che fu già del Cuiacio (v. *In*

Tale interpretazione, pur attraverso un percorso argomentativo sostanzialmente diverso, conduce, nel suo punto d'arrivo, all'identico risultato di ritenere che le azioni *in factum* non potessero essere concesse in diritto classico come nossali[91]. L'ipotesi, per quanto suggestiva, non risulta tuttavia, a mio avviso, pienamente convincente. Innanzi tutto appare fuorviante attribuire i riferimenti alla nossalità contenuti nei testi qui considerati alle azioni civili di furto e di danneggiamento che si sarebbero potute esperire contro l'*exercitor* qualora si fosse potuto identificare il responsabile dell'illecito in un suo schiavo[92]. Da un lato infatti la scelta dell'*actio* da esperire non sembra, alla luce delle fonti, essere affatto condizionata dalla possibilità o meno di identificare l'autore dell'illecito, dall'altro appare nel complesso evidente dall'esegesi dei testi che i richiami alla nossalità in essi contenuti siano piuttosto riferibili alle *actiones in factum* del *ius honorarium*. Non è insomma possibile a mio avviso ipotizzare che in D. 4, 9, 7, 4 e in D. 47, 5, 1, 5 vengano prese in considerazione, nello stesso contesto, azioni diverse, e cioè quelle civili e quelle onorarie: entrambi i frammenti sembrano avere come oggetto esclusivo le azioni *in*

---

libros Pauli ad edictum commentarii seu recitationes solemnes, in lib. XXII, ad l. penult. Naut. caup. stabul., in *Opera*, V, Mutinae, 1777, c. 313) ha appunto ipotizzato che il riferimento alla nossalità, nel quadro di un distinguo rispetto alle *actiones in factum*, debba piuttosto riferirsi – nella prospettiva classica – all'*actio ex lege Aquilia noxalis* (D. 4, 9, 7, 4) e all'*actio furti noxalis* del *ius civile* (D. 47, 5, 1, 5) qualora potesse essere individuato l'autore del fatto illecito.

[91] Anche secondo tale ipotesi – che pure tende almeno in parte a salvare la genuinità dei frammenti qui esaminati (ma per un quadro delle ampie ipotesi di rimaneggiamento che comunque comporterebbe cfr. Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 344-345, nota 35) – solo a partire dall'epoca postclassica la responsabilità degli *exercitores* si sarebbe per così dire 'soggettivizzata': cfr. a questo proposito ancora Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 135-136 (con riferimento al regime originario) e p. 146 (con riguardo agli sviluppi denunciati da D. 4, 9, 7, 4).

[92] Secondo la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 136-137 e pp. 145-148, infatti l'esercizio stesso dell'azione civile o di quella onoraria sarebbe stato condizionato dalla possibilità di identificare o meno l'autore dell'illecito. Contro questa ipotesi cfr. i convincenti rilievi critici formulati da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 159 e ss.

factum[93] e del resto non si vede la ragione per cui il soggetto che avesse subito il furto o il danneggiamento dovesse essere privato della tutela onoraria qualora l'autore del fatto illecito risultasse in concreto identificabile[94].

Ciò porta a concludere che per negare la nossalità delle azioni *in factum* si debba necessariamente ipotizzare che i testi abbiano subito massicci interventi nell'epoca tardo-imperiale o giustinianea. Da parte mia ritengo che una tale conclusione sia nei limiti del possibile da evitare e che piuttosto la consegna nossale non fosse in origine esclusa qualora, a fronte della bivalente formulazione dell'*intentio*, la successiva indagine *apud iudicem* avesse condotto ad individuare il responsabile dell'illecito in un *certus homo* che risultasse essere proprio uno schiavo dell'*exercitor*[95].

Il fatto che la previsione edittale configurasse la responsabilità di quest'ultimo come di natura essenzialmente 'oggettiva' – circo-

[93] In particolare nel primo testo il secondo *autem* («*…servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur…*») sembra introdurre una deroga a quanto detto in precedenza in relazione all'affermazione secondo cui nelle azioni *in factum* l'*exercitor* era tenuto *suo nomine* (v. al proposito *supra*, nota 82), ma ciò non può essere prova di un distinguo introdotto tra azione *in factum* e *actio ex lege Aquilia noxalis*. Quanto alle difficoltà che incontra l'interpretazione prospettata v. del resto anche, recentemente, le perplessità manifestate da Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 344-345, nota 35, che ritiene l'ipotesi in questione caratterizzata da un grado «elevatissimo» di congetturalità.

[94] Cfr. a questo proposito già Burdese, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 457-458. In tal caso la parte lesa avrebbe avuto di fronte l'alternativa tra una duplice tutela, da un lato quella civile nei confronti dell'autore dell'illecito, dall'altro quella onoraria contro l'*exercitor*, più vantaggiosa non solo sotto il profilo dell'onere della prova, ma anche, almeno nel caso del danno, sul piano della condanna da ottenersi. A ciò si può aggiungere che, come rileva Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 620, l'indagine circa l'autore dell'illecito – nella misura in cui avveniva – era comunque aspetto per lo più eventualmente demandato alla fase *apud iudicem* (v. *infra*, nota successiva), circostanza che esclude che il distinguo tra azioni civili e onorarie potesse essere *a priori* affrontato sulla base dell'eventuale individuazione dell'autore del fatto.

[95] È vero infatti che in relazione alle azioni *in factum* l'indagine *in iudicio* risultava semplificata, ma è altrettanto vero che, come risulta anche da D. 47, 2, 42 pr. (su cui v. *infra*, pp. 243-246), nella fase *apud iudicem* si svolgevano indagini sull'autore del fatto: in questo senso v. Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 620. che appunto giustamente rileva come la testimonianza di D. 47, 2, 42 pr. comunque dimostri che «nella fase *in iudicio* s'indagasse sull'autore del fatto».

stanza di cui il «*suo periculo adhibuerit*» di D. 4, 9, 7 pr. è testimone – non contraddice necessariamente, ma anzi per certi aspetti rafforza questa ipotesi, così come la rafforza il fatto che la nossalità delle azioni *in factum* debba comunque ammettersi, alla luce di D. 9, 4, 19, 2 e di D. 47, 2, 42 pr., nel caso – diverso, ma contiguo – di illecito commesso da uno schiavo *exercitor* che conducesse la propria attività d'impresa *sine voluntate domini*[96].

Contro tale ipotesi non può a mio avviso addursi come elemento decisivo la mancanza di riferimenti al carattere nossale dell'*actio furti in factum* in ciò che della previsione edittale si può ancora leggere in D. 47, 5, 1 pr. Il passo ulpianeo, come abbiamo visto, ci conserva infatti solo parte del testo edittale e anzi il confronto con le testimonianze – in qualche modo parallele – relative alle *actiones de effusis vel deiectis* e *de positis aut suspensis* sembra piuttosto avvalorare (unitamente a quanto detto nei testi di D. 4, 9, 7, 4 e D. 47, 5, 1, 5) l'idea che le azioni *in factum* potessero essere a loro volta concesse in via nossale[97].

---

[96] Sul punto con riferimento ai due testi citati, entrambi riferibili a Paolo, v. quanto si dirà *infra*, p. 243 e ss. Che il regime nossale, almeno in questo specifico caso, fosse ammesso è riconosciuto anche da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'*exercitor. *Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 223 e ss. Sulla questione cfr. ora anche *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 375 e ss. Per il resto è semmai la valutazione in senso 'soggettivo' della responsabilità dell'*exercitor* che potrebbe confliggere con il carattere nossale delle *actiones in factum*: sul punto mi sembra di poter aderire alle osservazioni di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in particolare pp. 207-208 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 169).

[97] A questo proposito D. 47, 2, 42 pr. e D. 9, 4, 19, 2 attestano per le azioni *in factum* una clausola del tutto analoga a quella di D. 9, 3, 1 pr. (su cui v. *supra*, cap. II, in specie pp. 136-137 e nota 91). Per la possibilità che ciò avvenisse attraverso l'espediente tecnico della c.d. *exceptio noxalis*, vale a dire attraverso la configurazione di una particolare *condemnatio* simile a quella prevista per le *actiones de effusis vel deiectis* caratterizzata per l'aggiunta della clausola *aut noxae dedere* o altra simile v. – sulla scia di Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 174 e p. 334, nota 6 – in particolare Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 163 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 126 e ss.), che appunto rileva come l'azione *in factum* ben potesse essere data come nossale benché concessa contro l'*exercitor suo nomine* (e ciò proprio in virtù della c.d. *exceptio noxalis*). Sul punto specifico, per le discussioni in dottrina, cfr. quanto detto *supra*, nota 82 a proposito di D. 4, 9, 7, 4. Altrettanto dovrebbe dirsi (cfr. Serrao, *ibidem*, p. 172 e nota 27 [= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*,

D'altra parte si può ancora aggiungere che risulta difficile immaginare che, come è stato di recente sostenuto, l'introduzione della *noxae deditio* nella disciplina delle azioni *in factum* sia avvenuta ad opera del lavorio anonimo di una giurisprudenza che, come quella postclassica, tende alla semplificazione, piuttosto che, come sarebbe in questo caso, ad una maggiore articolazione della disciplina degli istituti, tra l'altro in un contesto sociale ed economico – come quello che caratterizza il tardo impero – nel quale assistiamo contemporaneamente al declino del sistema schiavistico e alla progressiva rarefazione della popolazione servile. Se insomma, come è stato affermato, può esser vero che la facoltà di dare a nossa lo schiavo responsabile dell'illecito poteva costituire, in un momento di maggiore crisi delle attività economiche, una diminuzione del rischio d'impresa, non può dirsi però meno vero che ciò vale a maggior ragione per una epoca – come quella in cui furono introdotte le azioni *in factum* – in cui, per il minore valore di mercato dello schiavo, il beneficio della *noxae deditio* comportava un effettivo vantaggio per l'*exercitor*, vantaggio che andava d'altro canto in qualche modo a contemperare e a bilanciare la rigida e gravosa responsabilità prevista nei suoi confronti dalle prescrizioni edittali[98].

---

cit., pp. 135-136 e nota 27]) quanto all'espressione «*Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat*» di D. 47, 5, 1, 5. Non sfavorevole all'ipotesi dell'*exceptio noxalis* parrebbe anche Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 620. Diversamente però ora Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 666 e ss. e p. 680, che, senza negare la specificità dello schema formulare nossale delle *actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, ritiene piuttosto che la particolare configurazione dell'*intentio* permettesse alla nossalità di operare secondo uno schema non lontano da quello ordinario.

[98] L'ipotesi che vuole che l'introduzione della *noxae deditio* sia da collegare con la crisi economica del tardo impero e fosse finalizzata a sostenere, in quel contesto storico, le attività mercantili è formulata da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 212 e ss., nonché *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 394 e ss., che sottolinea altresì come il nuovo regime della nossalità sarebbe stato funzionale alla «riduzione dei costi del rischio dell'attività svolta» (p. 395). Suggestiva e degna di attenzione appare in questo contesto l'idea che i presupposti dell'innovazione volta a riconoscere la nossalità delle azioni *in factum* siano maturati in sede processuale nell'ambito della *cognitio* «in cui l'azione civile e la corrispondente pretoria del *ius antiquum* finivano per rappresentare ὁδοί suscettibili di incrociarsi»

In questo contesto non si può a mio avviso escludere che anche il processo di emersione dell'elemento 'soggettivo', di cui sono testimoni alcune fonti della compilazione, si sia compiuto ben prima di quanto ritenuto da larga parte della dottrina e che l'individuazione del criterio della *culpa*, sia pure come mera giustificazione dell'attribuzione di rischio, sia avvenuta già nella tarda epoca classica. In una fase storica in cui si era da tempo affermata una concezione essenzialmente 'soggettiva' della responsabilità[99], non si può escludere cioè la possibilità che anche la giustificazione della *culpa* in D. 4, 9, 7, 4 vada attribuita al giurista classico dalla cui opera il frammento proviene e cioè a Ulpiano[100].

Altro problema è quello di qualificare sotto il profilo tipologico la *culpa* di cui parlano le fonti. La questione mi pare sia stata recen-

---

(così Fercia, *op. ult. cit.*, p. 374). A mio avviso tuttavia l'impatto sul piano pratico del riconoscimento della nossalità delle azioni *in factum* deve ritenersi, a ben vedere, nel complesso assai meno significativo di quanto ipotizzato da Fercia in un quadro economico-sociale in cui la diminuzione numerica della popolazione servile (indipendentemente dalla circostanza, ipotizzata, ma in concreto non dimostrata che gli armatori disponessero «di un numero relativamente elevato di personale di estrazione servile», cfr. in questo senso le stesso Fercia, *op. ult. cit.*, p. 395) comportava comunque un innalzamento del valore di mercato degli schiavi. Tale impatto invece – come rilevato nel testo – doveva essere probabilmente assai più consistente in una fase storica, come quella in cui furono introdotte le *actiones in factum*, di forte espansione in cui il valore degli schiavi era più ridotto.

[99] Per quanto riguarda la possibilità di far risalire l'emergere della nozione di *culpa* già all'elaborazione della giurisprudenza tardo-repubblicana v. per tutti le osservazioni di Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, cit., p. 304 e ss., lavoro sul punto ripreso successivamente a più riprese dallo stesso autore, cfr. *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., in specie p. 136 e ss. (= *Iura* 44, cit., p. 41 e ss.) e ancora *Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria*, cit., p. 41. In senso sostanzialmente conforme, cfr. ora Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., pp. 670-671, nota 46.

[100] In questo senso sarei incline ad avanzare un'ipotesi conservativa circa la sostanziale genuinità di D. 4, 9, 7, 4: mi pare da seguire infatti la prudente lettura fornita da Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 173 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 136 e ss.), cui da parte mia aggiungerei la possibilità che anche il riferimento all'elemento 'soggettivo', contenuto nella frase «*culpae-adhibuit*», possa essere il risultato dell'elaborazione giurisprudenziale dell'epoca severiana e non il risultato di un rimaneggiamento posteriore. L'ipotesi mi sembra ora condivisa, anche con riferimento specifico a D. 4, 9, 7, 4, da Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 671, nota 46.

temente posta in termini di troppo netta contrapposizione tra *culpa in eligendo* e *culpa in habendo/utendo/adhibendo*, in un quadro in cui la distinzione prospettata non sembra a mio sommesso avviso corrispondere ad una compiuta e consapevole elaborazione dogmatica effettivamente riscontrabile nelle fonti[101] e in cui anzi i due criteri sembrano comunque rifarsi ad una matrice comune, essendo entrambi funzionali al fine di individuare nella cattiva scelta dei propri ausiliari compiuta dall'*exercitor* la giustificazione dell'attribuzione di rischio in relazione a una responsabilità comunque per lo più ricondotta al fatto altrui[102].

Sembra cioè che la differenza – per molti versi impalpabile – tra *culpa in eligendo* e *culpa in habendo/utendo/adhibendo* si esprima essenzialmente nella distinzione tra una responsabilità pur sempre suscettibile di concreto accertamento da parte del giudice e una analoga responsabilità sottratta invece a specifica prova e pertanto assimilabile ad una moderna presunzione assoluta di colpa[103].

---

[101] La circostanza è ammessa anche da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 78-79, laddove rileva – con specifico riferimento alle ambiguità riscontrabili in uno scolio di Cirillo (cfr. sch. 1 a Bas. 20, 1, 11 [Scheltema-Holwerda, B III, p. 1175 = Heimbach, II, p. 338]) – che si debba ritenere che «la cultura giustinianea non avesse consapevolmente elaborato una 'dogmatica' per quanto concerne la distinzione tra *culpa in habendo* e *culpa in eligendo*» (p. 79). Altrettanto deve per certi aspetti dirsi anche a proposito di uno scolio di Doroteo (v. sch. 126 a Bas. 60, 3, 27 [Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 2133 = Heimbach, V, p. 292]), in cui la distinzione appare in concreto assai meno nitida di quanto enunciato sul piano teorico dall'autore.

[102] Cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 88, che riconosce appunto che «i due criteri sembrano avere una matrice comune (sono criteri di responsabilità operanti ove il debitore debba rispondere di un fatto illecito commesso da ausiliari)».

[103] Così ancora Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 83, la cui ipotesi ricostruttiva si risolve, nei termini qui espressi e al di là del dato nominalistico, nella distinzione già formulata da Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., pp. 94-95 e pp. 105 nota 85 (= *Iura* 43, cit., p. 77 e nota 187); Id., *Per una casistica della colpa contrattuale*, cit., p. 425 e nota 39, che tiene separati i casi in cui la *culpa in eligendo* funziona come colpa presunta (è il caso, anche

Insomma qualificare la colpa degli *exercitores* come *culpa in eligendo* o altrimenti come *culpa in habendo/utendo/adhibendo* sembra risolversi in una scelta formale – fra l'altro influenzata da concezioni dogmatiche moderne – laddove il dato che rimane giuridicamente significativo consiste piuttosto nel fatto che, indipendentemente dalla qualificazione teorica, la *culpa* dell'*exercitor*, l'«*aliquatenus culpae*» di I. 4, 5, 3 (e di D. 44, 7, 5, 6), si configura in ogni caso come giustificazione dell'attribuzione di rischio, colorando una responsabilità cui, dal sorgere della previsione edittale fino al diritto di Giustiniano, l'*exercitor* non può comunque sottrarsi, salvo, a mio avviso, che col consegnare l'autore del fatto alla parte lesa, ma ciò ovviamente solo nel caso in cui costui fosse suo schiavo.

6. *Le caratteristiche delle azioni* in factum *e il loro regime particolare nel caso in cui un* servus *fosse* exercitor sine voluntate domini *(D. 4, 9, 7, 6 [Ulp. 18* ad ed.*], D. 47, 2, 42 pr. [Paul. 9* ad Sab.*], D. 9, 4, 19, 2 [Paul. 22* ad ed.*])*

La nossalità, sia pure nei termini di cui si è detto, era del resto una conseguenza del carattere penale delle due azioni *in factum*. Entrambe erano infatti *in duplum* come risulta dalle convergenti testimonianze di D. 47, 5, 1, 2 e di D. 4, 9, 7, 1, che sappiamo appunto rispettivamente riferibili all'*actio furti* e all'*actio damni* (cfr. D. 47, 5, 1, 2 [Ulp. 38 *ad ed.*]: *Et est in duplum actio*; D. 4, 9, 7, 1 [Ulp. 18 *ad ed.*]: *Haec actio in factum in duplum est*).

Tuttavia, benché appunto penali, nel caso delle azioni onorarie relative al furto e al danneggiamento era esclusa la cumulatività. Ciò viene espressamente detto nelle fonti con riferimento all'*actio damni* riguardo alla quale si afferma che, nel caso in cui «*plures navem exerceant*», ciascuno dovesse rispondere *pro parte* e non per l'intero[104]:

---

secondo il Cannata, delle azioni *in factum*) e quelli in cui appare invece oggetto di specifica prova.

[104] Sul punto cfr. in specie Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 243 e ss. Del testo si è di recente occupato anche Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 397 e ss. Si può ag-

> D. 4, 9, 7, 5 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si plures navem exerceant, unusquisque pro parte, qua navem exercet, convenitur.*

Viene pertanto esclusa nel testo ulpianeo sia la cumulatività, sia la stessa solidarietà elettiva: la prima in quanto, benché i *plures exercitores* fossero tutti passivamente legittimati, la loro responsabilità era comunque prevista non perché avessero commesso l'illecito, ma in virtù di quella che abbiamo visto essere una responsabilità connessa al rischio di attività loro attribuito dall'editto; la seconda – a differenza tra l'altro di quanto di norma avveniva nel caso di più *habitatores* tenuti per *effusum vel deiectum* – forse anche per l'influenza dell'*actio de recepto*, per quanto rimanga a mio avviso incerto se l'analogia di regime tra le due azioni sia dovuta o meno ai giustinianei, questione riguardo alla quale, allo stato delle fonti, non mi sembra che possa esercitarsi altro che l'*ars nesciendi*[105].

Quanto ancora alle caratteristiche delle azioni *in factum* subito di seguito, nello stesso contesto – e quindi sempre con specifico riferimento all'*actio damni* –, Ulpiano precisava altresì che si trattava di azioni normalmente perpetue e che comunque non potevano essere esercitate contro l'erede[106]:

---

giungere che sotto questo profilo l'azione era dunque parziaria come l'*actio de recepto*: cfr. Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., pp. 111-112.

[105] Quanto al diverso regime della solidarietà elettiva applicato nel caso del *effusum vel deiectum* v. quanto detto *supra*, cap. II, pp. 122-123. Per l'ipotesi che la parziarietà fosse in questo caso determinata anche dalla possibilità di porre a carico di ciascuno degli *exercitores* una responsabilità pari alla loro quota nel contratto di società v. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 245. Secondo l'opinione di alcuni il frammento attesterebbe anzi la rilevanza esterna del contratto di società finalizzato all'esercizio di un'impresa di navigazione cfr. al proposito Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in *Diritto commerciale romano. Profilo storico*[2], cit., p. 251. Sul punto v. però le osservazioni di Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie p. 397 e p. 401, che ritiene che la regola enunciata in D. 4, 9, 7, 5 si possa invece fondare sulla mera comunione della *navis instructa*. Quanto invece alla possibilità che l'avvicinamento del regime delle due azioni sia dovuto ai compilatori giustinianei cfr. Palazzo, *Obbligazioni quasi ex delicto*, cit., pp. 111-112.

[106] Ciò a differenza dell'*actio de recepto* di cui Ulpiano, in un frammento del commentario riprodotto nello stesso titolo del Digesto, aveva al contrario esplicitamente evidenziato la trasmissibilità passiva, cfr. D. 4, 9, 3, 4 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Haec autem rei persecutionem continet, ut Pomponius ait, et ideo et in heredem et per-*

> D. 4, 9, 7, 6 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur. proinde et si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum nec intra annum. sed cum voluntate patris vel domini servus vel filius exercent navem vel cauponam vel stabulum, puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint.*

La perpetuità si spiega probabilmente con il fatto che le azioni onorarie erano modellate sulle corrispondenti azioni civili[107], mentre l'intrasmissibilità passiva trovava evidentemente la sua giustificazione nel carattere penale delle azioni *in factum*[108].

La precisazione di portata generale cui si è appena accennato apre la strada all'esame della fattispecie particolare del *servus exercitor* e del connesso problema delle azioni che potessero essere con-

---

petuo datur. Su tale diversità di regime v., nella letteratura più recente, Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 144.

[107] Per tale spiegazione, che è analoga a quella normalmente addotta per spiegare la perpetuità dell'*actio de effusis vel deiectis* qualora venisse intentata dal danneggiato (o dai suoi eredi nel caso della distruzione o del danneggiamento di cose), v. quanto detto *supra*, cap. II, note 22 e 81. Sul punto cfr. in specie Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, cit., p. 45 (v. anche, dello stesso Amelotti, *«Actiones perpetuae» e «actiones temporales» nel processo formulare*, cit., pp. 200-201), cui rinvio (v. p. 26 e ss.) anche per la definizione del contrasto tra Gai. 4, 111 e la regola enunciata da Cassio cui si fa riferimento in D. 44, 7, 35 pr. (Paul. 1 *ad ed.*); che la perpetuità delle azioni *in factum*, in relazione a quanto detto in D. 44, 7, 35 pr., trovi piuttosto giustificazione nella loro natura almeno in parte reipersecutoria è – come sappiamo – sostenuto da Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 245 e ss.

[108] La circostanza che il regime delle azioni onorarie *in factum* e *de recepto* fosse sotto questo profilo diverso si spiega probabilmente con il fatto che, mentre la parziarietà delle azioni *in factum* poteva giustificarsi sulla base dell'osservazione che comunque gli *exercitores* (come singoli e nel loro insieme) non avevano di norma commesso l'illecito (circostanza che a maggior ragione escludeva anche la cumulatività), non altrettanto poteva dirsi con riferimento alla trasmissibilità passiva, che appunto era comunque necessariamente esclusa dal loro carattere penale. Non a caso del resto, nel quadro delle fattispecie individuate come fonti di «*quasi ex maleficio teneri*», quella dell'intrasmissibilità passiva è l'unica caratteristica delle azioni penali che non soffre eccezioni (sia pure non senza contrasti, per il *litem suam facere* [*supra*, cap. I, p. 65 e ss.], ma, del tutto pacificamente, per l'*effusum vel deiectum* [*supra*, cap. II, p. 130 e ss.] e per il *positum aut suspensum* [*supra*, cap. III, p. 169]).

cesse qualora fosse deceduto. In particolare, con riferimento implicito al caso del *servus* che fosse armatore *sine voluntate domini*, si afferma, dando ovviamente per scontata l'impossibilità dell'abbandono nossale, che non si sarebbe potuta neppure intentare l'*actio de peculio* normalmente prevista *intra annum*[109]. Subito di seguito si precisa invece che, qualora fosse intervenuta la *voluntas* del *dominus* o del *pater* (nel caso in cui l'armatore fosse un *filius familias*), l'*actio in factum* si sarebbe dovuta comunque concedere «*in solidum*» nei loro confronti, ricadendo in tale circostanza nella loro sfera di responsabilità quanto fosse accaduto sulla nave, indipendentemente dal decesso del sottoposto a potestà[110].

Il caso più delicato, di cui solo parziale notizia abbiamo da D. 4, 9, 7, 6, è evidentemente quello in cui l'*exercitio navis* da parte di un sottoposto a potestà (e particolarmente di un servo) avvenisse all'insaputa del *dominus*, nell'ambito cioè della autonoma facoltà di amministrazione del peculio riconosciutagli dall'ordinamento. La fattispecie ritorna in un frammento paolino in cui la si esamina da un punto di vista essenzialmente processuale, ma, a differenza di quan-

[109] La regola generale è affermata in D. 15, 2, 1, 1 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quamdiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est: post mortem autem eius vel postquam emancipatus manumissus alienatusve fuerit, temporaria esse incipit, id est annalis*. In caso di morte secondo alcuni entrava in gioco il problema dell'intrasmissibilità passiva dell'azione e sarebbe quindi forse per questo che Ulpiano, nel caso di *inscientia domini*, ne negava l'esperibilità anche *de peculio*: cfr. sul punto Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 221, nota 165 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 182, nota 165). Sulla questione v. anche Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 387, p. 391, nota 139, che ritiene che, a questo proposito, la disciplina delle *actiones in factum* sia da connettersi con la natura penale che, in questa specifica prospettiva, tali azioni specificamente assumono. Per l'opinione che questa prima parte del testo facesse riferimento non all'*actio in factum*, ma piuttosto all'*actio locati* v. invece Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 150-151, ma in senso contrario, e a mio avviso a ragione, Burdese, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 458.

[110] Sul punto v. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 228 e nota 190 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 189 e nota 190). Si può rilevare che la contrapposizione tra responsabilità *in solidum* e responsabilità *de peculio* è strettamente connessa al fatto che l'impresa fosse esercitata dallo schiavo *voluntate* o *sine voluntate domini*: ne derivava appunto, a seconda dei casi, una responsabilità piena e illimitata o limitata (nel caso di specie tuttavia esclusa): cfr. in particolare ancora le osservazioni di Serrao, *ibidem*, p. 107 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 30).

to avviene in D. 4, 9, 7, 6, con riferimento al caso in cui lo schiavo *exercitor* non fosse morto[111]:

> D. 47, 2, 42 pr. (Paul. 9 *ad Sab.*): *Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi perit, volgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit 'dumtaxat de peculio', quod ipse exercitor, adiciatur '*[*ut*] <*aut*> *noxae* [*dederet*] <*dedere*>*'. igitur si manumissus sit, persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum, noxalis ipsum sequetur.*

Il riferimento a ciò «*quod ibi perit*», con evidente richiamo a quanto sia stato rubato *in nave*, ci autorizza a ritenere che la «*volgaris formula*» di cui fa menzione il giurista severiano – quella cioè di normale utilizzazione nel caso prospettato (e perciò *volgaris*) – fosse appunto quella dell'*actio furti in factum*[112]. In questo quadro si esaminano due diverse possibilità e cioè che l'illecito sia stato commesso da un ausiliare («*quod alter admisit*») o sia piuttosto riconducibile allo stesso schiavo *exercitor* («*quod ipse exercitor*»)[113], risol-

---

[111] Si tratta di un testo sottoposto a molteplici 'attenzioni' da parte della dottrina interpolazionistica: cfr. al proposito *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, cit., c. 489. Per un'ampia discussione sul punto faccio rinvio alla dettagliata analisi critica di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 183 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 146 e ss.).

[112] In questo senso cfr. per tutti, con ampiezza di argomentazioni, la convincente discussione di Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 227 e ss. (cui faccio rinvio per i richiami alla conforme letteratura precedente: cfr. p. 228, nota 6). Sulla circostanza che il testo sia praticamente l'unico esempio conservatoci nelle fonti in cui il giurista fornisca indicazioni esplicite sulla *conceptio verborum* della formula v. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*[2], cit., p. 22 e nota 20.

[113] Le due possibilità prospettate trovano del resto corrispondenza nel testo dell'editto quale risulta da D. 47, 5, 1 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*): *…sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset.* Come sappiamo l'editto riconduceva infatti alla responsabilità dell'*exercitor* tanto gli illeciti eventualmente a lui stesso ascrivibili, quanto, come di norma avveniva, quelli attribuibili ai suoi *nautae* (sull'ambivalenza dell'editto cfr., a questo proposito, *supra*, in specie pp. 194-195 e p. 207). Quanto all'alternativa prospettata nel testo di D. 47, 2, 42 pr. fra la responsabilità materiale dell'*exercitor in potestate* e quella di un qualsiasi *nauta* («*alter*») cfr. da ultimo le osservazioni di Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in particolare p. 376.

vendole nel senso che il *dominus* avrebbe risposto nei limiti del peculio nella prima ipotesi[114] e che invece lo stesso *dominus* si sarebbe potuto giovare dell'abbandono nossale nel caso della seconda[115]. Ovviamente tutto ciò sarebbe potuto compiutamente emergere solamente *in iudicio* a fronte di una azione intentata dal derubato che sembra si caratterizzasse per la coesistenza nella formula della clausola *de peculio* e di quella relativa alla facoltà di abbandono nossale[116] con riferimento appunto alla possibilità che l'illecito fosse

[114] A questo proposito parte della dottrina ha in particolare sottolineato la difficoltà di ammettere una responsabilità *de peculio* nel caso di una azione penale come l'*actio furti in factum*: per un'ampia discussione della questione cfr. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 186 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 148 e ss.), che al proposito sottolinea che, benché l'azione contro l'*exercitor* avesse appunto carattere penale, la responsabilità nei limiti del peculio trovava giustificazione nel fatto che era comunque ravvisabile un *negotium gerere* del servo che avesse intrapreso l'*exercitio navis*. In questo senso, per certi aspetti, già G. Micolier, *Pécule et capacité patrimoniale. Étude sur le pécule, dit profectice, depuis l'edit «de peculio» jusq'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932, p. 686 e ss. Del resto la regola enunciata in D. 50, 17, 58 (Ulp. 2 *disp.*) sembra indicare un principio non privo di eccezioni («*Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari*») come risulta dall'impiego dall'espressione «*non solet*»: cfr. a questo specifico proposito quanto osservato da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 229 e ss.

[115] Ciò – lo si dice espressamente – avveniva attraverso l'inserimento nella formula della clausola *aut noxae dedere*, confermata anche da D. 9, 4, 19, 2: cfr. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 165 e nota 10 e p. 197 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 128 e nota 10 e p. 159). Per la possibilità che nel testo venga fatto invece riferimento a due diverse azioni – l'*actio de recepto* reipersecutoria concessa *de peculio* contro il *dominus* e l'*actio furti noxalis* – cfr. in specie Voci, *Azioni penali e azioni miste*, cit., p. 22 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 217); in precedenza dello stesso autore già *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, cit., p. 116, nota 2. Due azioni ipotizza anche in questo caso la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 156, che le individua nell'*actio locati de peculio* e nell'*actio furti noxalis*; a due azioni, rifacendosi almeno in parte all'opinione che fa capo al Voci, pensa altresì M. Melluso, *La schiavitù nell'età giustinianea. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris, 2000, in specie p. 190. Contro tutte queste ipotesi v. da ultimo Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 376-377, nota 107.

[116] Che nella fattispecie l'indagine *in iudicio* fosse più ampia è ammesso anche da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 254-256, che rileva come il giudice do-

risultato rispettivamente riconducibile ad un ausiliare (poco rileva in questo caso che si trattasse di *vicarius*, di libero o di *servus alienus* o anche che non si fosse potuto, nell'ambito degli stessi ausiliari, identificare l'autore dell'illecito) o allo stesso *exercitor* (o perché lo aveva compiuto personalmente, o in quanto lo avesse ordinato o, ancora, fosse risultato *sciens et patiens*)[117]. Ciò avrebbe permesso al *dominus*, qualora fosse stato condannato, di pagare la *litis aestimatio dumtaxat de peculio* o in alternativa, secondo le circostanze accertate, di *noxae dedere* il servo cui fosse direttamente riconducibile l'illecito. Tale ultima possibilità, conclude il testo, non avrebbe però potuto aver luogo nel caso della sopravvenuta manomissione del *servus exercitor*[118]. In tal caso – si dice – l'azione si sarebbe dovuta intentare nei confronti del *dominus*, ma nella forma *annalis*[119] e sarebbe stata prevista nella formula la sola clausola *de peculio*, non essendo più ammissibile per il *dominus* invocare la *noxae deditio* in considerazione appunto del fatto che lo schiavo era ormai divenuto libero e *sui iuris*[120].

---

vesse in tal caso indagare se chi avesse commesso l'illecito fosse uno dei *nautae* o l'*exercitor* stesso.

[117] In questo senso, per l'opinione – a mio avviso condivisibile – che la formula avesse una *intentio* concepita in termini ambivalenti, si è pronunciato recentemente Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 236 e ss. nonché, ancora, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 377-378. Diversamente, per la possibilità che le due clausole fossero inserite alternativamente nella formula, invece Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 185-186 e note 60-61 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 148 e note 60-61).

[118] Sulla frequenza delle manomissioni di schiavi *negotiatores* e sulla normale assenza di *fraus creditorum* per l'*ignorantia domini* circa l'andamento delle *negotiationes transmarinae* v. D. 40, 9, 10 (Gai. 1 *aur.*), su cui cfr. in particolare le osservazioni di Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, cit., p. 21 e ss. e p. 243 e ss.

[119] Quanto all'annalità dell'*actio de peculio* cfr. D. 15, 2, 1 pr.-1 (Ulp. 29 *ad ed.*), che tra l'altro conferma appunto che in caso di manomissione l'azione in questione potesse essere concessa solo *intra annum* (v. *supra*, nota 109). Sulla parte finale del testo di D. 47, 2, 42 pr. cfr. da ultimo le osservazioni di Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 388 e ss.

[120] In questo senso mi pare da interpretare l'espressione finale del testo «*noxalis ipsum sequetur*». Ciò, a quanto pare, poteva comportare che il *dominus* venisse condannato «*dumtaxat de peculio*» anche qualora l'autore dell'illecito fosse stato l'*exercitor* stesso, poi manomesso e ciò sulla base della regola per cui le azioni

Se dunque D. 47, 2, 42 pr. prendeva in considerazione in generale gli illeciti compiuti dagli ausiliari (senza distinzioni) e eventualmente dall'*exercitor* stesso, al caso particolare in cui il danneggiamento fosse stato provocato da un *servus vicarius* di un *exercitor* a sua volta schiavo che avesse esercitato l'impresa al di fuori della *voluntas* del *dominus* fa invece specifico riferimento un altro passo del commentario edittale paolino, probabilmente inserito nella trattazione dedicata *ex professo* all'*actio damni in factum*[121]:

> D. 9, 4, 19, 2 (Paul 22 *ad ed.*): *Si servus tuus navem exercuerit eiusque vicarius et idem nauta in eadem nave damnum dederit, perinde in te actio danda est ac si is exercitor liber et hic vicarius servus eius esset, ut de peculio servi tui* [*ad noxam*] *<aut noxae> dedere vicarium damneris: ut tamen, si servi tui iussu vel sciente et patiente eo damnum vicarius dederit, noxalis actio servi tui nomine esse debeat. idemque* [*sit*] *<fit> etiam, si nautam facere iusserit.*

---

de peculio dovevano esercitarsi nei confronti di chi ne fosse stato titolare. La soluzione è in sintonia con il principio *noxa caput sequitur,* cfr. Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 389-391. Poiché del resto non risulta che il peculio fosse stato assegnato al servo al momento della manomissione si deve ritenere che contro lo schiavo manomesso – in quanto individuato come autore dell'illecito – potesse richiedersi esclusivamente l'azione civile di furto: cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 248 e ss.

[121] Il testo, come il precedente, è stato sovente sospettato dalla dottrina meno recente: cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, cit., c. 120 e Suppl. I, cit., c. 162. Anche in questo caso rinvio all'ampia e lucida disamina critica delle ipotesi interpolazionistiche fornita dal Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 197 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 159 e ss.), che ritiene che il passo sia piuttosto nella quasi totalità genuino salvo la sostituzione di *ad noxam dedere* con *aut noxae dedere* (v. *infra*, nota 123) e la glossa conclusiva, che pare aggiunta, «*idemque sit etiam, si nautam facere iusserit*» (cfr. *ibidem*, p. 215, nota 157) e in cui, tra l'altro, a mio sommesso avviso, dal punto di vista formale, il *sit* del testo sarebbe da sostituire con un più corretto *fit* (così infatti la *littera Bononiensis*). Quanto alla chiusa «*idemque-iusserit*» v. ora anche Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 381-382 e nota 120, che ipotizza piuttosto una «compressione» del testo a noi pervenuto e che l'originale si diffondesse più ampiamente – ma in termini non più esattamente percepibili – su una *quaestio* «in ordine all'applicabilità della soluzione in altra casistica».

Il giurista severiano sembra affermare che qualora il danneggiamento fosse stato provocato dal *servus vicarius* si sarebbe dovuta concedere l'azione contro il *dominus* in termini analoghi a quelli in cui sarebbe stata concessa se l'*exercitor* fosse stato libero e il *vicarius* fosse suo schiavo (benché – a stare alla costruzione del testo – facesse invece solo parte del suo peculio)[122]. Si sarebbe più esattamente trattato di un'azione nei limiti del peculio dello schiavo *exercitor*, salva la possibilità concessa al *dominus* – e qui stava l'analogia con il caso dell'*exercitor* libero – di esonerarsi dalla responsabilità con la *noxae deditio* del *vicarius* in quanto autore dell'illecito[123].

---

[122] Dal testo sembrerebbe infatti che il *vicarius* fosse una *res peculiaris*, benché non si possa escludere che l'*exercitor* disponesse anche di *vicarii* esclusivamente *fide dominica*: sul punto v. da ultimo Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 382 e note 121-122, che, ragionando in via logica e pur mantenendo ferma la sua idea di fondo circa l'impossibilità di compiere la *noxae deditio*, ipotizza che, una volta ammessa la *noxae deditio* del *vicarius* che fosse *res peculiaris* (v. *infra*, nel testo), si debba ammettere analoga possibilità nel caso in cui il *vicarius* non accedesse al peculio dell'*exercitor*. L'osservazione è a mio avviso plausibile anche se va rilevato che la soluzione che Paolo prospettava riguardava comunque uno specifico caso concreto da cui non si può ricavare alcuna ipotesi certa circa il regime complessivo da applicare nel caso in cui il *vicarius* non fosse *res peculiaris* dell'*ordinarius*.

[123] Per l'ipotesi della sostituzione di *ad noxam dedere* con *aut noxae dedere*, cfr. Mommsen, *ed. maior*, II, p. 300, nota 3. Sul punto v. anche, con ulteriori indicazioni, Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 197 e nota 95 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 159 e nota 95). Sulla questione altresì Voci, *Azioni penali e azioni miste*, cit., pp. 21-22 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., pp. 216-217), che però ammette la sola possibilità della dazione a nossa. Diversamente Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 257 e ss., che, conformemente alla sua teoria sulla regola della non nossalità delle azioni *in factum* nel diritto classico, ritiene spuria la frase «*ad noxam dedere vicarium*», in quanto verrebbe ad introdurre una soluzione diversa da quella prospettata in D. 47, 2, 42 pr. in cui in una situazione analoga (con riferimento in quel caso al furto) si alludeva unicamente alla clausola *de peculio* e non a quella nossale (cfr. ora anche, dello stesso autore, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 380 e ss., in cui si precisa ulteriormente che l'originario riferimento paolino alla *noxae deditio* avrebbe riguardato esclusivamente il caso, prospettato nel proseguio del testo, della *scientia* e *patientia* o del *iussus* dell'*exercitor in potestate* rispetto al fatto del vicario): qui tuttavia si fa riferimento specifico ad un *servus vicarius* e non ad un generico *alter* come in D. 47, 2, 42 pr. e la circostanza – benché anch'io non escluda che nell'*alter* di D. 47, 2, 42 pr. rientrasse anche il *vicarius* – giustifica forse che

Tale soluzione si sarebbe però dovuta applicare solo qualora il *servus vicarius* avesse operato in assenza di un *iussus* o comunque senza che fosse intervenuta la *scientia* e *patientia* dell'*exercitor*: in caso contrario il danneggiamento sarebbe stato invece direttamente imputabile a quest'ultimo che pertanto, a fronte della contestuale presenza della clausola *de peculio* e di quella nossale, sarebbe risultato a sua volta passibile di subire l'abbandono nossale[124].

---

il giurista riferisca maggiori dettagli sulle caratteristiche dell'azione. Del resto, come rilevato dal Serrao, *ibidem*, p. 217 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 178), appare conforme al sistema – nella ricostruzione generale qui condivisa, che non esclude la possibilità di *noxae dedere* l'autore dell'atto lesivo – il fatto che il *dominus* potesse esercitare tutte le facoltà che avrebbe potuto esercitare lo schiavo *exercitor* se fosse stato libero e quindi anche dimostrare che l'autore dell'illecito fosse il *vicarius*, ottenendo di darlo a nossa, così evitando di pagare la *litis aestimatio* da prelevare dal peculio dell'*exercitor*. Se si negasse invece la facoltà di *noxae dedere* il *servus vicarius* il trattamento previsto in relazione allo schiavo *exercitor* sarebbe infatti diverso e peggiore di quello previsto per l'*exercitor* libero. Non riesce a convincermi insomma il rinnovato tentativo di Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 379 e ss., volto ad escludere in ogni caso, nelle formule *in dominum exercitoris*, la possibilità di *noxae dedere* l'ausiliare qualora fosse l'autore materiale dell'illecito e si trattasse di un *servus vicarius*, ammettendo invece tale possibilità a beneficio del *dominus* solo nei confronti dello schiavo *exercitor*.

[124] Non trovo che si debba ipotizzare che Paolo prospettasse due diverse *formulae noxales* in relazione all'esistenza o meno della *scientia e patientia* o del *iussus* dell'*exercitor*: contro questa possibilità cfr. giustamente Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 383. Credo piuttosto che si debba ritenere che nell'unica formula *in dominum exercitoris* potessero essere previste varie clausole accidentali, una *dumtaxat de peculio* e l'altra contenente la previsione della *noxae deditio* che poteva in alternativa riguardare il *vicarius* o l'*exercitor*. Questa lettura del testo vale ad armonizzarlo a mio avviso con quello di D. 47, 2, 42 pr. rispetto al quale in questo caso viene soltanto precisato che qualora si fosse accertata *in iudicio* la responsabilità di un *servus vicarius* ne sarebbe potuta avvenire la *noxae deditio* come nel caso della responsabilità dello schiavo *exercitor*. Insomma in D. 47, 2, 42 pr. si prospetta la regola generale, mentre in D. 9, 4, 19, 2 si precisa che l'accertamento della responsabilità di un ausiliario avrebbe potuto comportare anche il ricorso all'abbandono nossale, ma ovviamente nell'unico caso del *servus vicarius* (non potendo ciò ovviamente avvenire negli altri casi prospettabili dell'ausiliario che fosse libero o servo altrui). Si può aggiungere che la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 151 e ss., interpreta il passo ipotizzando che vi si faccia piuttosto riferimento, in entrambe le circostanze, all'*actio legis Aquiliae noxalis* che, nel caso dell'illecito autonomamente compiuto dal *servus vicarius*, avrebbe comportato che la *deditio* di quest'ultimo andasse a detrazione del peculio dell'*exercitor*. Per l'incongruenza dell'ipotesi formulata dall'autrice spagnola, con particolare riferimento all'interpretazione di D. 47, 2, 42 pr. da lei stessa

7. *I rapporti tra* actiones*: il concorso tra le azioni penali onorarie e le corrispondenti azioni civili (D. 47, 5, 1, 3 [Ulp. 38* ad ed.*], D. 4, 9, 6, 4 [Paul. 22* ad ed.*]) e quello tra azioni penali onorarie e azione* de recepto *(D. 47, 5, 1, 4 [Ulp. 38* ad ed.*])*

Ulteriore problema posto dalle fonti è quello del concorso fra azioni: in particolare tra quella civile contro l'autore del fatto da un lato e quella onoraria contro l'*exercitor* o, eventualmente, quella *de recepto* dall'altro[125].

Quanto al primo aspetto nel commento ulpianeo si fa innanzi tutto riferimento alla possibilità concessa al derubato di scegliere se agire con l'*actio furti in factum* contro l'*exercitor* o con l'*actio furti* contro il diretto responsabile:

> D. 47, 5, 1, 3 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Cum enim in caupona vel in navi res perit, ex edicto praetoris obligatur exercitor navis vel caupo ita, ut in potestate sit eius, cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili experiri.*

---

fornita, v. tuttavia le osservazioni di Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 268.

[125] Nelle fonti non è dato invece riscontrare casi in cui i giuristi esaminino *ex professo* la questione del concorso tra azione civile e azione onoraria contro lo stesso soggetto (diversamente tuttavia sul punto Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., in specie p. 148, con riferimento a D. 4, 9, 6, 4 [Paul. 22 *ad ed.*], su cui v. però quanto si dirà *infra*, nel testo e nota 138) e ciò benché non si possa escludere la possibilità del concorso tra azioni *in factum* e azioni civili contro l'*exercitor* qualora costui fosse l'autore del fatto o nel caso in cui l'autore del comportamento lesivo fosse un servo o un figlio dello stesso *exercitor,* nei cui confronti dunque si sarebbe potuta eventualmente esercitare l'azione civile anche in via nossale. Va tuttavia altresì rilevato che la maggior convenienza dell'azione onoraria implicò forse nei fatti il venir meno del ricorso all'azione civile che manteneva la sua utilità quando non ricorressero i presupposti per l'esercizio di quella onoraria e cioè quando l'illecito fosse commesso da un soggetto *in potestate* che non fosse ausiliario o al di fuori dei luoghi cui era limitata la tutela onoraria (la *navis*, la *caupona* o lo *stabulum*), eventualmente in concorso con l'azione contrattuale fondata sul rapporto di *locatio conductio* (cfr. sul punto, da ultimo, Petrucci, *Rec.* a Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., p. 343).

La prescrizione dell'editto, che, come significativamente si afferma, obbligava l'*exercitor navis* e il *caupo*[126], offriva dunque al derubato la libera scelta (in questo senso va infatti a mio avviso interpretata l'espressione «*in potestate sit eius*»)[127] tra l'agire «*cum exercitore*» appunto attraverso l'*actio in factum* o piuttosto – sempreché vi fosse la possibilità di identificare il colpevole – «*cum fure*» attraverso l'azione civile di furto[128], salva sempre la facoltà – tuttavia non esplicitamente menzionata – di esperire l'*actio* contrattuale nei confronti dello stesso *exercitor*[129].

Nello stesso contesto il giurista severiano pone poi – in un rapporto di continuità con la precedente – anche la questione relativa all'individuazione del soggetto cui spettasse invece di esperire l'*actio furti* qualora l'*exercitor* si fosse impegnato mediante *receptum*:

> D. 47, 5, 1, 4 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit.*

---

[126] Sull'espressione «*ex edicto praetoris obligatur*» e in particolare sul fatto che in essa si ammetta il sorgere di una *obligatio* in base all'editto pretorio cfr. Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 212.

[127] Sotto questo profilo – come abbiamo accennato – la Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., pp. 136-137 (ma cfr. anche pp. 145-148), ritiene piuttosto che l'*actio in factum* fosse sussidiaria all'azione civile e più esattamente che l'*actio in factum* venisse concessa solo nel caso in cui l'autore dell'illecito fosse sconosciuto: sul punto v. *supra*, pp. 233-235 e nota 92. Quanto alla pretesa sussidiarietà delle azioni *in factum* rispetto a quelle civili, v. le osservazioni di Burdese, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 457, che rileva come non si possa parlare se non «in via meramente empirica» di sussidiarietà di fronte ad un testo che pone invece la questione del concorso elettivo tra azioni.

[128] Si deve precisare che l'*actio furti* civile si sarebbe potuta esercitare o in via diretta contro l'autore del fatto sia che fosse un ausiliario libero sia che fosse l'*exercitor* stesso (il primo è il caso normale, prospettato in D. 47, 5, 1, 3) o anche in via nossale contro il *dominus* o *pater* del soggetto che avesse commesso l'illecito (per la possibilità che si trattasse dell'*exercitor* v. *supra*, nota 125).

[129] La mancata menzione dell'eventuale azione contrattuale contro l'armatore è probabilmente da attribuire all'approccio essenzialmente casistico della nostra fonte: essa, rispetto all'*actio furti* civile e alla corrispondente *actio in factum*, sarebbe stata infatti certamente meno appetibile per il derubato che, sia nel caso dell'azione civile che in quello dell'azione onoraria, avrebbe comunque di norma ottenuto il *duplum*.

In tal caso, escluso il cumulo, l'azione di furto sarebbe spettata non al *dominus rei* – già garantito attraverso l'*actio de recepto* – ma piuttosto allo stesso *exercitor* su cui, appunto in virtù del *receptum*, gravava il «*periculum custodiae*»[130]. Vale a dire che, in presenza di *receptum,* il derubato che avesse agito con l'azione reipersecutoria non avrebbe potuto far uso né dell'*actio furti* civile né – a quanto pare – dell'*actio in factum*, dovendosi appunto accontentare di esperire l'*actio recepticia*[131], che tra l'altro, come sappiamo, aveva, anche rispetto all'azione penale onoraria, un raggio di applicazione ben più ampio[132].

---

[130] Secondo la regola generale infatti l'*actio furti* spettava a colui che avesse interesse alla conservazione del bene: nel caso di specie colui *cuius interest rem salvam esse* è l'*exercitor* che, avendo assunto una posizione di garanzia, sarebbe stato legittimato all'azione. Pertanto il derubato avrebbe potuto far valere la responsabilità *de recepto* nei confronti dell'*exercitor* che a sua volta si sarebbe vista riconosciuta la legittimazione attiva all'*actio furti*, di norma spettante al primo, proprio in virtù del suo *recipere custodiam*, a condizione che fosse solvibile ed estraneo al furto: cfr. D. 47, 2, 14, 7 (Ulp. 29 *ad Sab*.) e D. 4, 9, 4 pr. (Paul. 13 *ad ed*.).

[131] Quanto alla possibilità che il derubato fosse impedito dall'esperire non solo l'azione civile contro il ladro, ma anche quella onoraria contro l'*exercitor* cfr. le osservazioni di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 152 e nota 17, ora riprese da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 129. La circostanza è avvalorata da D. 4, 9, 3, 5 (Ulp. 14 *ad ed.*) in cui i dubbi di Pomponio vengono sciolti nel senso di escludere il concorso tra l'*actio de recepto* e l'*actio furti in factum*: *Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et Pomponius dubitat: sed magis est, ut vel officio iudicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat*. Sul punto sostanzialmente concordi Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., pp. 140-141 e Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie p. 352 e ss., Diversamente però L. Vacca, *Eccezione di dolo generale e delitti*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. Garofalo), Padova, 2006, pp. 335-336, che pensa piuttosto che il testo ulpianeo di D. 4, 9, 3, 5 si riferisca all'azione civile di furto. In realtà a questa sembra invece piuttosto riferirsi D. 4, 9, 3, 3 (Ulp. 14 *ad ed.*), cfr. Fercia, *op. ult. cit.*, in specie p. 354 (diversamente Cursi, *op. ult. cit.*, p. 140).

[132] È appena il caso di ricordare che l'esperibilità delle *actiones in factum* richiedeva il concorso di alcuni requisiti la cui presenza non era invece richiesta per l'*actio de recepto* la cui sfera di operatività era dunque più ampia: da un lato, come abbiamo visto (v. *supra*, p. 212 e nota 46), si richiedeva che il fatto fosse avvenuto *in nave*, *in caupona* o *in stabulo* (circostanze che invece non erano richieste per il

In questo caso l'*exercitor* avrebbe poi potuto rivalersi nei confronti del ladro, eventualmente ottenendone, con tutte le difficoltà del caso – sia sotto il profilo probatorio che sotto quello della solvibilità – il *duplum* rispetto al valore della cosa rubata[133].

L'alternativa tra l'esercizio delle azioni civili contro i responsabili dell'illecito e delle azioni onorarie contro gli *exercitores* è invece riproposta da un passo del commentario edittale di Paolo che, benché sospettato in passato, deve ritenersi, secondo autorevole dottrina, nella sostanza genuino[134].

La questione viene affrontata sostanzialmente negli stessi termini di D. 47, 5, 1, 3, ma con l'intenzione, in questo caso, di definire

---

receptum, v. D. 4, 9, 3 pr.), dall'altro che l'illecito fosse stato compiuto da uno degli ausiliari e non da un cliente (diversamente D. 4, 9, 1, 8 in cui si precisa che per il *receptum* l'armatore prestava anche il *factum vectorum*): su quest'ultimo aspetto del *receptum* v. Wicke, *Respondeat superior*, cit., p. 82 e ss., nonché Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in *Diritto commerciale romano. Profilo storico*[2], cit., p. 276 (più in generale anche pp. 298-299, per un rapido quadro di sintesi delle differenze riscontrabili fra il regime delle azioni *in factum* e quello del *receptum*). Più in generale, per un quadro completo dei «profili di differenza» riscontrabili nel confronto tra il regime dell'*actio de recepto* e quello delle *actiones in factum,* v. ora anche Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., pp. 143-144.

[133] Sotto il profilo quantitativo della condanna non vi era di norma differenza tra l'esercizio dell'azione civile (di regola quella per il *furtum nec manifestum*) e di quella penale onoraria che a sua volta – come sappiamo – era *in duplum*, cfr. *supra*, p. 240, nonché quanto appena accennato a nota 129.

[134] Per un'ampia dimostrazione in questo senso cfr. in specie Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 177 e ss. e note 37-38 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 140 e ss. e note 37-38), cui rinvio per la discussione delle ipotesi interpolazionistiche (per il fenomeno di omeoteleuto riguardante la frase «*ne saepius de eiusdem hominis admisso quaeratur*» con riferimento alle parole «*exceptio dabitur*», che ricorrono due volte nel frammento v. lo stesso Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie p. 256 e ss. [= *Concorso fra actio damni in factum contro l'exercitor e actio legis Aquiliae contro l'autore del fatto*, cit., p. 613 e ss.]). Sulla questione, per la sostanziale genuinità del testo, cfr. altresì de Robertis, *Receptum nautarum*, cit., p. 120 e ss., nonché Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 163. Sul punto v. ora anche Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 674.

compiutamente i rapporti tra le azioni astrattamente esperibili nei confronti di soggetti diversi per un medesimo illecito[135]:

> D. 4, 9, 6, 4 (Paul. 22 *ad ed.*): *Possumus autem furti vel damni iniuriae actione uti cum nautis, ut certi hominis factum arguamus: sed una contenti esse debebimus, et si cum exercitore egerimus, praestare ei debemus actiones nostras, quamvis ex conducto actio adversus eos competat exercitori. sed si absolutus sit exercitor hac actione, deinde agatur cum nauta, exceptio dabitur, ne saepius de eiusdem hominis admisso quaeratur. et contra, si de admisso unius hominis actum sit, deinde in factum actione agatur, exceptio dabitur.*

L'*incipit* del frammento (fino a *arguamus*) fa riferimento alle *actiones furti vel damni* civili[136], ricordando la circostanza che il loro esercizio avrebbe richiesto in concreto l'individuazione dell'effettivo responsabile dell'illecito[137], nei cui confronti l'azione sarebbe

---

[135] Nel testo ulpianeo ciò che più importa al giurista è invece di affrontare la questione del concorso sotto il profilo dell'interesse ad agire: cfr. a questo proposito Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., pp. 165-166.

[136] Sotto questo profilo non mi sembra si debba aderire all'ipotesi di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 178, nota 38 e p. 179 e ss. (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 141, nota 38 e ss. e p. 142 e ss.), che ritiene il riferimento all'*actio furti* riconducibile all'intervento completomane di qualche maestro postclassico, in quanto il frammento paolino, come sappiamo tratto dal ventiduesimo libro del commentario edittale, si sarebbe dovuto occupare, *ratione loci*, della sola *actio damni*. In realtà, come è stato osservato (cfr. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 164 e nota 52), nulla esclude che il giurista, nella trattazione dedicata *ex professo* all'*actio damni in factum*, si occupasse del concorso tra azioni enunciando una regola generale, precisando che, come tale, doveva trovare applicazione non solo nel caso del concorso tra *actio legis Aquiliae* e *actio damni in factum*, ma anche in quello, del tutto analogo, tra *actio furti* civile e *actio furti in factum*. Si può aggiungere che il frammento riprodotto in D. 4, 9, 6 fa anche altrove riferimento esplicito al furto: cfr. § 1: *…et damnum mihi det vel furtum faciat, quamquam et furti actio et damni iniuria mecum sit…*

[137] Sull'espressione *arguere factum certi hominis* cfr. le osservazioni di Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 166, che rileva come nel caso dell'azione civile incom-

stata intentata[138]. Viene sottolineato poi (da *sed una contenti* fino a *exercitori*) che invece l'esercizio delle più favorevoli azioni onorarie avrebbe comportato la cessione al convenuto (e cioè all'*exercitor*) di quelle civili[139] e ciò benché quest'ultimo potesse comunque eventualmente far valere nei confronti degli ausiliari liberi autori dell'illecito anche l'*actio ex conducto*[140]. Al proposito di seguito (da *sed si absolutus* fino a *quaeratur*) si precisa che al contrario, qualora l'*exercitor* fosse andato assolto nel giudizio intentato contro di lui mediante un'azione onoraria *in factum*, si sarebbe dovuta comunque concedere un'eccezione a beneficio dell'ausiliario qualora nei suoi confronti il giudizio fosse stato riproposto dal danneggiato o dal derubato attraverso l'esercizio dell'azione civile[141].

---

besse all'attore la prova della «riconducibilità dell'evento ad un *certus homo*, onde sostenere *in iudicio* la personale responsabilità di quest'ultimo».

[138] Diversamente Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 148, che nel quadro della sua ipotesi sulla 'sussidiarietà' dell'azione onoraria rispetto a quella civile ritiene piuttosto che il testo paolino si riferisse al concorso tra azione civile (eventualmente concessa in via nossale) e azione onoraria, ma comunque entrambe esercitabili nei confronti dell'*exercitor*: l'ipotesi, al di là di quanto già rilevato (cfr. *supra*, note 125 e 127) non appare sostenibile alla luce della netta contrapposizione fatta nel testo tra l'agire «*cum nautis*» (attraverso l'azione civile) e l'agire «*cum exercitore*» (mediante l'azione onoraria). Che il testo riguardi il concorso elettivo tra l'*actio furti* civile contro l'effettivo responsabile e l'azione onoraria contro l'*exercitor* è sostenuto anche da Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 673.

[139] Quanto al mezzo per ottenere la cessione delle azioni extracontrattuali cfr. in specie Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 251-252 e p. 255 e ss. (= *Concorso fra actio damni in factum contro l'exercitor e actio legis Aquiliae contro l'autore del fatto*, cit., pp. 607-608 e p. 611 e ss.), che ipotizza che lo strumento all'uopo utilizzato fosse l'*exceptio doli* che sarebbe stata inserita nella formula dell'*actio in factum*, mandando assolto il convenuto nel caso di rifiuto di cederle da parte dell'attore.

[140] Ciò evidentemente in relazione al contratto di *locatio operarum*: in questo modo il testo indirettamente sottolinea che all'*exercitor* veniva comunque garantita la libera facoltà di scelta tra le azioni extracontrattuali di furto e di danno e quella contrattuale.

[141] In relazione a quanto detto in precedenza è opportuno sottolineare che, in caso di assoluzione, non sarebbe sorta alcuna questione in relazione al regresso dell'*exercitor*. Non avrebbe cioè avuto luogo alcuna cessione di azioni, in quanto l'invito all'attore nella fase *apud iudicem* di *praestare actionem* presupponeva una soccombenza dell'*exercitor* e non una sua assoluzione: in quest'ultimo caso il *iudex* non avrebbe formulato l'invito previsto nella formula, lasciando pertanto l'attore in astratto titolare dell'azione civile contro il responsabile materiale dell'illecito: cfr. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie pp.

La regola, esclusa la cessione dell'azione civile in caso di assoluzione dell'*exercitor* convenuto[142], era dunque volta ad impedire che la parte che lamentava la lesione (si trattasse di furto o di danneggiamento) potesse comunque agire due volte per il medesimo illecito ancorché contro soggetti diversi[143]. Tale circostanza trova ulteriore conferma nella parte conclusiva del frammento (da *et contra* fino alla fine) in cui si prevedeva che qualora si fosse agito piuttosto contro il presunto responsabile mediante un'azione civile, la stessa eccezione, prevista nella circostanza opposta, la si sarebbe dovuta concedere all'*exercitor* e ciò appunto «*ne saepius de eiusdem hominis admisso quaeratur*»[144].

255-256 (= *Concorso fra actio damni in factum contro l'exercitor e actio legis Aquiliae contro l'autore del fatto*, cit., pp. 611-613).

[142] Interpretato in questi termini il testo diventa coerente senza dover ipotizzare, come fa E. Levy, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar, 1962, p. 23 e ss., che un'ampia parte di D. 4, 9, 6, 4 (da *sed si absolutus* fino a *quaeratur*) sia frutto di un intervento compilatorio: l'autore tedesco, ammessa la cessione dell'azione all'*exercitor* anche in caso di assoluzione, si trova a dover prospettare la duplice contraddizione consistente nell'ammettere o che la parte lesa potesse eventualmente esercitare l'azione civile contro l'autore dell'illecito dopo aver averla ceduta all'*exercitor* convenuto o che quest'ultimo potesse avvalersene contro gli ausiliari benché in precedenza assolto.

[143] Rimane tuttavia dubbio se in questo caso lo strumento processuale per paralizzare una nuova iniziativa processuale della parte che pretendeva di essere stata lesa fosse l'*exceptio doli* (così, tra gli altri, Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie pp. 257-258 [= *Concorso fra actio damni in factum contro l'exercitor e actio legis Aquiliae contro l'autore del fatto*, cit., pp. 614-615]) o, piuttosto, l'*exceptio rei in iudicium deductae* (cfr. M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Annali Palermo* 24, 1955, p. 243 e ss.), idea quest'ultima minoritaria nella moderna dottrina, ma già avanzata, attraverso un articolato percorso argomentativo, dalla Glossa (cfr. gl. acc. *exceptio dabitur* a D. 4, 9, 6, 4). La questione – e la relativa soluzione – coinvolge il problema dei limiti soggettivi della *litis contestatio* a fronte di azioni diverse, intentate contro persone diverse, cioè a situazioni diverse sia in senso oggettivo, in quanto giustificate *ex alia causa*, sia in senso soggettivo, trattandosi cioè di *alia actio inter alias personas*. Al proposito si può comunque notare che sia, pure con riferimento al diverso caso di concorso fra *actio in factum* e *actio de recepto*, il testo di D. 4, 9, 3, 5 (Ulp. 14 *ad ed.*) prevede esplicitamente il ricorso all'*exceptio doli*: sul punto, per l'elasticità di tale strumento processuale, nel caso previsto da D. 4, 9, 3, 5 in cui le azioni onorarie sono comunque indirizzate contro la stessa persona e per la stessa situazione di responsabilità, v. in specie Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 141.

[144] Sotto questo profilo è rilevante notare che la condotta illecita, per quanto perseguibile attraverso diversi strumenti processuali, intentati tra l'altro contro sog-

8. *Il quadro conclusivo: il regime delle* actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios

È tempo di tirare delle conclusioni. Le *actiones damni et furti in factum* furono introdotte nell'editto, secondo i calcoli più ragionevoli, probabilmente a cavallo tra la fine del II e l'inizio del I secolo a.C., con il fine di favorire lo sviluppo del commercio transmarino e in generale di assicurare la sicurezza dei viaggi e dei traffici commerciali, sia che avvenissero per mare sia che avvenissero per terra[145].

A questo proposito l'intervento pretorio, nella sua compiuta configurazione, rese responsabili *nautae*, *caupones* e *stabularii* per i furti o i danni subiti dai loro clienti (rispettivamente i *vectores* e i *viatores*) purché quanto sottratto o danneggiato si trovasse a bordo della nave o all'interno della locanda o eventualmente della stazione di cambio degli animali. Ciò avvenne inoltre a condizione che i comportamenti lesivi sanzionati fossero stati compiuti dai loro ausiliari adibiti all'esercizio dell'impresa (fossero liberi o schiavi, propri o altrui)[146] o ancora, nel caso della *caupona*, dagli *inhabitatores*,

---

getti diversi, era pur sempre una sola e comunque riconducibile nella sua materialità ad un unico soggetto: è quest'aspetto che viene appunto evidenziato con l'espressione «*ne saepius de eiusdem hominis admisso quaeratur*». Questo motivo appare assai rilevante nella riflessione paolina che su di esso infatti ritorna: *…et contra, si de admisso unius hominis actum sit…*; la *ratio decidendi* sta insomma nel fatto che non si può indagare più volte su quanto commesso dalla stessa persona.

[145] Quanto all'epoca in cui il pretore predispose le azioni *in factum* cfr. per tutti Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 100 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 24), che pensa «all'inizio dell'ultimo secolo della repubblica». Per questa datazione v. sostanzialmente anche Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 133. La creazione delle azioni *in factum* precedette forse di poco quella dell'*actio de recepto* (in questo senso Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., pp. 197-198 e da ultimo Petrucci, *Rec.* a Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., p. 343), che viene di solito collocata a sua volta verso la fine del periodo repubblicano: sul punto cfr. in particolare Brecht, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, cit., p. 103.

[146] Una eccezione è tuttavia quella prevista D. 4, 9, 7, 3 (Ulp. 18 *ad ed.*) per i danni cagionati dal *servus* di un *nauta*, ausiliare libero dell'armatore, benché nel caso di specie il *servus* non fosse un *nauta* a sua volta: *Si servus nautae damnum dederit, licet servus nauta non sit, aequissimum erit in exercitorem actionem utilem dare* (sul punto e per le motivazioni della deroga alla regola generale v. *supra*, pp. 220-221).

intendendosi per tali coloro che – in virtù di una duratura autorizzazione dell'*exercitor* – ivi si trovassero ad abitare stabilmente («*qui habitandi causa ibi sunt*»)[147].

La tutela pretoria venne attuata mediante la previsione di due distinte azioni (di cui solo a una, quella per il furto, fu probabilmente dedicata una apposita rubrica dell'editto) e forse riguardò, almeno in una prima fase, i soli armatori, per poi essere successivamente estesa, di lì a poco, anche ai *caupones* e agli *stabularii*. A questo proposito anzi non è forse del tutto fuor di luogo immaginare che nell'editto – in relazione a ciascuna delle due azioni *in factum* – fossero preordinate formule distinte da far valere, a seconda delle necessità, nei confronti dei *nautae* da un lato e dei *caupones* e degli *stabularii* dall'altro[148].

Si trattava in ogni caso di azioni mediante le quali l'*exercitor* era tenuto responsabile sulla base di una previsione che prescindeva non solo dall'elemento 'soggettivo' (come, secondo unanime dottrina, risulta dal «*suo periculo adhibuerit*» di D. 4, 9, 7 pr.), ma anche dalla stessa identificazione del colpevole in un *certus homo*, circostanza quest'ultima che pare potersi ricavare da quanto ci è conser-

[147] In questo senso v. la duplice testimonianza di D. 47, 5, 1, 6 (Ulp. 38 *ad ed.*) e di D. 4, 9, 6, 3 (Paul. 22 *ad ed.*), su cui v. *supra*, pp. 224-226. Rimane a mio avviso invece assai dubbio – e per parte mia propenderei per la negativa – che la previsione edittale avesse in origine portata generale e rendesse pertanto gli *exercitores* responsabili riguardo a qualunque illecito che si fosse verificato *in nave* (o *in caupona* o *in stabulo*), indipendentemente dal fatto che il comportamento sanzionato fosse ascrivibile all'*exercitor* o ai suoi ausiliari e anche qualora fosse stato eventualmente commesso da un cliente e cioè dai *vectores* o dai *viatores*.

[148] Non può essere invece a mio avviso accolta l'ipotesi che fu sostenuta da Solazzi, *Appunti di diritto romano marittimo*, I, *Le azioni contro il nauta*, cit., p. 113 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, III, cit., p. 506 e ss.), secondo il quale l'estensione della previsione edittale allo *stabularius* sarebbe avvenuta solo in epoca postclassica. Ciò in particolare se si pensi al fatto che spesso la stalla della stazione di cambio era annessa alla locanda e che anzi come *stabulum* si intendeva talvolta la locanda con annessa la stalla: cfr. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 149. Per altro verso quanto qui si ipotizza trova una corrispondenza – sia pure forse solo casuale ed estemporanea – nella distinzione tra *actio furti in factum* contro i *nautae* e *actio furti in factum* contro *caupones* e *stabularii* che è dato riscontrare nei Basilici che se ne occupano prima congiuntamente in Bas. 53, 1 (cfr. Bas. 53, 1, 26-30 e 72-73 [Scheltema-van der Wal, A VII, rispettivamente p. 2438 e pp. 2441-2442]) e poi, con specifico riferimento a *caupones* e *stabularii*, in Bas. 60, 14.

vato della clausola edittale relativa all'*actio furti in factum* (cfr. D. 47, 5, 1 pr.), che sembra avvalorare l'idea che la tutela pretoria non facesse distinzioni non solo tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui, ma neppure – secondo alcuni nella formula – con riferimento alla possibilità che l'*exercitor* o i suoi ausiliari avessero partecipato alla commissione dell'illecito in qualità di diretti responsabili o anche solo come complici[149].

Si veniva così in ultima analisi a configurare in capo all'*exercitor* un'ipotesi di responsabilità che trovava giustificazione, nel gioco degli interessi contrapposti, da un lato nella *publica utilitas* di sanzionare illeciti che minavano la sicurezza dei traffici, dall'altro – come è stato da tempo notato dalla dottrina – nel valutare come di norma ragionevole che all'*exercitor* fosse accollato un rischio collegato alla sua attività di impresa[150]. Proprio sotto quest'ultimo profilo appare anzi significativo che le parti potessero configurare diversamente la tutela degli interessi in questione, escludendo pattiziamente la responsabilità degli *exercitores* (cfr., con riguardo alla *praedictio* «*ut unusquisque vectorum res suas servet*», quanto detto in D. 4, 9, 7 pr.), eventualità questa che trova ulteriore giustificazione se si rifletta sul fatto che la responsabilità in questione sorgeva – come sappiamo – anche se il trasporto (o, nel caso del *caupo*, l'alloggio) avesse avuto carattere 'di cortesia', fosse cioè avvenuto (o concesso) gratuitamente (cfr. D. 4, 9, 6 pr.)[151].

---

[149] Per questa interpretazione di D. 47, 5, 1 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*) e della discussa espressione «*sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cuius, qui in ea navi navigandi causa esset*» v. quanto detto *supra*, pp. 205-208 (cui rinvio per l'esame critico della diversa opinione espressa dalla dottrina più recente).

[150] Per questa lettura della parte iniziale di D. 4, 9, 7 pr. (*Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit…*) – sostanzialmente condivisa dalla dottrina più accorta (per un quadro delle discussioni presenti nella dottrina recente che – pur non escludendo l'esistenza di parametri diversi – nelle linee fondamentali mostra comunque di condividere l'idea che la responsabilità prevista dall'editto fosse essenzialmente ricollegabile al rischio di impresa, cfr. *supra*, nota 45) – v. in particolare Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie p. 103 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., in specie p. 26).

[151] Va tuttavia precisato che con ciò non si vuole certo sostenere che la possibilità di esclusione pattizia della responsabilità fosse utilizzata solo nei casi di trasporto o alloggio gratuiti; si vuole solamente sottolineare che le parti potevano

Questa tuttavia non era nei fatti la regola. L'esercizio delle azioni penali onorarie presupponeva infatti per lo più un rapporto contrattuale, da individuarsi di norma nella *locatio conductio operis* o *rei*. Anzi proprio le difficoltà di inquadramento delle varie forme della 'locazione marittima' negli schemi teorici della *locatio conductio* dovette forse costituire un elemento propulsivo non secondario per l'introduzione delle azioni *in factum* che probabilmente non solo contribuirono a superare il problema della qualificazione del contratto in relazione alle questioni più controverse dell'*id quod plerumque accidit*, ma assolsero anche il compito ulteriore di rafforzare *ex poenali causa* (sia pure attraverso una forma di 'penalità affievolita') una responsabilità contrattuale che sembra fosse di norma fondata, almeno in base al *ius civile*, sulla colpa (cfr. D. 4, 9, 3, 1)[152]. In questo le azioni penali onorarie non persero la loro funzione neppure dopo l'introduzione, sempre ad opera del pretore, della responsabilità *custodiae nomine ex recepto* (v. D. 4, 9, 5 pr.). Ciò perché, benché il loro esercizio fosse alternativo all'*actio de recepto* (cfr., oltre a D. 47, 5, 1, 4, in specie D. 4, 9, 3, 5), la loro persistente operatività da un lato – fungendo come deterrente –, forse paradossalmente, favoriva il ricorso al *receptum* (che dava eventualmente luogo ad una condanna *in simplum* e offriva dunque all'*exercitor* la possibilità di evitare una possibile condanna penale *in du-*

liberamente calibrare, anche attraverso questo mezzo, l'assetto degli interessi in gioco, rispetto ad un rimedio rivolto di norma a rafforzare la responsabilità contrattuale: in questo senso v. le osservazioni di Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 247-248, cui in sostanza aderisce Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 278. Sul punto, anche con riferimento al rischio 'calcolato' dell'*exercitor*, v. da ultimo lo stesso Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie p. 420 e ss.

[152] Sul punto, anche con riferimento all'ancoraggio al *culpa*-Prinzip della responsabilità *iure civili* dell'*exercitor*, rinvio alla dettagliata analisi dei problemi compiuta da Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., in specie p. 177 e ss. nonché p. 186 e ss. Per un'attenta esegesi di D. 4, 9, 3, 1, condotta in parallelo a D. 4, 9, 5 pr. (nonché a D. 19, 2, 40), cfr. anche la recente e penetrante indagine di Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 129 e ss.

plum), dall'altro – di fronte all'incertezza che in concreto poteva manifestarsi circa l'effettiva conclusione di quest'ultimo – permetteva comunque di fornire ai clienti la più ampia copertura possibile contro i rischi di furto o danneggiamento che le loro cose potevano correre nel corso dei viaggi per terra e per mare[153].

Le *actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, in quanto penali, erano passivamente intrasmissibili, ma, diversamente da quanto di norma avveniva per le azioni penali, non presentavano la caratteristica della cumulatività e anzi, in deroga alla regola generale secondo cui le azioni penali pretorie erano caratterizzate dall'essere annali, erano perpetue[154]. Ciò dimostra ulteriormente come, in relazione alle azioni penali previste dall'editto, non fossero seguite regole rigide e costanti, ma venissero applicati criteri improntati ad un certo margine di variabilità, circostanza tanto più comprensibile per delle azioni, come quelle qui considerate, la cui natura penale – come è stato da taluni rilevato – non esclude-

[153] In questo senso mi sembra da condividere uno spunto fornito da Petrucci, *Rec.* a Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, cit., p. 343. Quanto alla persistenza della potenziale duplicità di tutela anche quando l'assunzione di responsabilità attraverso il *receptum* divenne implicita con la trasformazione del relativo patto in elemento naturale del sottostante rapporto di locazione v. le osservazioni prospettate dello stesso Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione nel periodo imprenditoriale (242 A.C.-235 D.C.)*, in *Diritto commerciale romano. Profilo storico*[2], cit., p. 300. Sul punto, per i rapporti fra *actio de recepto* e *actiones in factum*, cfr. anche Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., in specie p. 145 e ss., che opportunamente sottolinea come, in un quadro tendenzialmente ipertrofico dei rimedi processuali e in cui la «logica rimediale prevale sulla prospettiva sistematica», la scelta dello strumento di tutela di volta in volta utilizzato fosse essenzialmente dettata dalla configurazione del caso concreto, in un contesto di bilanciamento dei vantaggi e degli svantaggi.

[154] La perpetuità del resto non a caso caratterizzava anche l'azione per *effusum vel deiectum* nel caso riguardasse il danneggiamento o la distruzione di cose o il ferimento dell'uomo libero qualora ad agire fosse lo stesso soggetto leso: su tale circostanza, che risulta da D. 9, 3, 5, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*), cfr. *supra*, cap. II, p. 131 e ss. Quanto alla regola della cumulatività è da ricordare che non solo alle azioni *in factum* non si applicava il regime della solidarietà cumulativa, ma esse – come sappiamo – prevedevano addirittura una semplice responsabilità parziaria (cfr. *supra*, pp. 240-241). Quanto al fatto che tale circostanza tenda a «valorizzare un profilo funzionale reipersecutorio dell'*actio*» v. da ultimo Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 403.

va la contemporanea assunzione di una funzione reipersecutoria[155]. Del resto che il regime delle nostre azioni fosse svincolato da regole e criteri rigidi e preordinati pare dimostrato anche dalle modalità attraverso cui pare fosse possibile dare a nossa l'autore dell'illecito, possibilità che, benché esclusa da alcune recenti ricerche, sembra invece caratterizzasse, sia pure in una forma talvolta non del tutto tradizionale, le *actiones furti* e *damni in factum*[156].

Allo stato delle fonti non riesco infatti a convincermi della possibilità di negare la facoltà del ricorso all'abbandono nossale nel caso dell'*exercitor* libero (o nel caso particolare dell'illecito commesso dal *servus vicarius*) e di ammetterla invece qualora l'impresa fosse condotta dal *servus sine voluntate domini*[157]. Si tratta, è vero, di cir-

[155] In questo senso – come si è detto – alla luce della regola di Cassio enunciata in D. 44, 7, 35 pr. (Paul. 1 *ad ed.*) viene da taluni spiegata la perpetuità delle *actiones furti* e *damni in factum*: cfr. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 245 e ss. Sulla natura almeno in parte reipersecutoria delle azioni *in factum* v. anche Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., in specie p. 278. Sul punto, per la qualificazione delle *actiones in factum* come azioni caratterizzate da una funzione penale affievolita, v. altresì Cursi, *Actio de recepto e a. furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, cit., p. 141 e pp. 145-146, nonché ancora Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie p. 410 e ss.

[156] Sul punto v. recentemente Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., p. 666 e ss. e p. 680, che, senza negare la specificità dello schema formulare nossale delle *actiones in factum*, ritiene che la particolare configurazione dell'*intentio* permettesse comunque alla nossalità di operare secondo uno schema non troppo dissimile da quello ordinario. In senso contrario alla nossalità v. invece Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 146, e Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., in specie p. 101 e ss. e ora *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie p. 362 e ss. e p. 394 e ss., con ulteriori argomentazioni che l'autore ricava soprattutto dalla parziarietà dell'obbligazione *ex poenali causa* (cfr. p. 397 e ss.) e dal parallelo con il caso, che si ipotizza affine, del *mensor* che a sua volta si ritiene non potesse compiere la *noxae deditio* dell'ausiliare *servus* autore della falsa consulenza tecnica (cfr. p. 404 e ss.).

[157] Così invece, con riferimento a D. 47, 2, 42 pr. e D. 9, 4, 19, 2 a proposito del caso in cui fosse accertata la responsabilità del *servus exercitor*, Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 223 e ss. e in particolare p. 273 e ss. Quanto alle caratteristiche della

costanze e situazioni diverse, ma non mi sembra sia irragionevole avanzare l'ipotesi che in entrambi i casi – sia pure con un certo scostamento, almeno nel primo, dallo schema tradizionale – fosse ammesso il ricorso alla *noxae deditio*. Ciò avvenne sfruttando la flessibilità dello schema formulare e in particolare facendo leva sull'ambivalenza dell'*intentio*, senza fra l'altro che ciò necessariamente comportasse, nel caso dell'*exercitor* libero, il ricorso al meccanismo, da taluni ipotizzato, della c.d. *exceptio noxalis* per il solo fatto che il responsabile materiale dell'illecito non avrebbe dovuto rispondere direttamente del suo comportamento se fosse stato libero[158].

D'altra parte la facoltà della consegna nossale a mio modo di vedere ben si integra in un contesto come quello originario in cui si prevedeva che l'*exercitor* rispondesse secondo un criterio di natura essenzialmente 'oggettiva' per i furti e i danneggiamenti commessi dai propri ausiliari ai danni dei clienti nei luoghi in cui era prevista la tutela onoraria (la *navis*, la *caupona* o lo *stabulum*). A ciò si aggiunga che, a mio avviso, la facoltà di *noxae dedere*, lungi dal «vanificare le ragioni dei clienti», sembra piuttosto riconducibile, anco-

formula in dominum exercitoris v. ora anche, nello stesso senso, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 375 e ss.

[158] Per il punto di vista qui sostenuto, a proposito della flessibilità dello schema formulare nel caso dell'azione intententata nei confronti dell'*exercitor* libero, cfr. Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., in specie p. 680. Sul punto, con riferimento all'illecito commesso dal *servus exercitor sine voluntate domini*, cfr. altresì Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 219 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., p. 180). Sulla base dell'ipotesi avanzata da Serrao in D. 9, 4, 19, 2 si prospetterebbero però contestualmente la c.d. *exceptio noxalis* (nel caso dell'illecito commesso dal *servus vicarius*) e la *noxae deditio* in senso tecnico nel caso in cui l'illecito risultasse commesso dell'*exercitor*. La difficoltà della distinzione ipotizzata sta a mio avviso anche nel fatto che, in D. 9, 4, 19, 2 con riferimento all'illecito commesso dal *servus vicarius*, sembra si utilizzasse la stessa clausola *aut noxae dedere* menzionata in D. 47, 2, 42 pr. per la dazione a nossa del *servus exercitor*. A ciò si aggiunga che l'espressione «*servi tui nomine*» di D. 9, 4, 19, 2 risulta corrispondere a quelle analoghe presenti in D. 47, 5, 1, 5 e D. 4, 9, 7, 4, il cui tenore – come ho accennato – appare forse da ricondurre a una sorta di proiezione della struttura formulare bivalente delle *actiones in factum*: cfr. in questi termini Cursi, *op. ult. cit.*, p. 667 e ss. (sul punto v. già *supra*, in particolare nota 82 e nota 97). Si tratta di un aspetto che comunque necessita di ulteriore approfondimento anche con riferimento ai rilevanti argomenti di dubbio recentemente avanzati da Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., in specie p. 335, nota 20 e pp. 342-343, nota 30.

ra una volta, alla necessità di contemperare, secondo un criterio di equilibrio, gli opposti interessi in gioco[159].

In questo quadro articolato e complesso emerse successivamente l'elemento 'soggettivo', sia pure in termini che possono assimilarsi ad una moderna presunzione assoluta di colpa che in quanto tale – come è stato opportunamente rilevato – finiva comunque per risolversi in una semplice giustificazione dell'attribuzione di rischio. A questo proposito è ben possibile che tale criterio di imputazione della responsabilità, con riferimento alle azioni *in factum* e nei termini che abbiamo delineato, sia stato elaborato prima di quanto normalmente ha ritenuto la dottrina e forse già nella tarda epoca classica, in una fase storica in cui era comunque già da tempo ormai emersa la tendenza a rileggere e a teorizzare in chiave 'soggettivizzata' casi di responsabilità che in origine del tutto prescindevano da ogni considerazione riguardo all'elemento 'soggettivo' di colui che era chiamato a rispondere dell'illecito.

[159] Per l'ipotesi che invece la previsione dell'abbandono nossale potesse frustrare l'incentivo a ricorrere al *receptum* determinato dalla predisposizione delle azioni penali *in factum* v. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione di rischio e «regime» della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, cit., p. 200. Che il contemperamento degli interessi in gioco non fosse rimesso alla possibilità di *noxae dedere servos* e che anzi tale possibilità avrebbe fatto sfumare il «rafforzamento» che il *receptum* traeva dalla compresenza delle *actiones in factum* è ora sostenuto dallo stesso Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., p. 422, che ritiene piuttosto che l'equilibrio di interessi fosse semmai garantito attraverso la possibiltà di ricorrere alla *praedictio* «*ut unusquisque vectorum res suas servet*» (cfr. D. 4, 9, 7 pr. [Ulp. 18 *ad ed.*]).

Capitolo V
DAL «QUASI EX MALEFICIO TENERI» ALLA CATEGORIA DELLE «OBLIGATIONES QUAE QUASI EX DELICTO NASCUNTUR»

1. *Dal* «quasi ex maleficio teneri» *delle* res cottidianae *alla categoria delle* «obligationes quae quasi ex delicto nascuntur» *delle Istituzioni imperiali*

Di fronte alle molteplici discussioni che le quattro fattispecie indicate come fonti del «*quasi ex malefecio teneri*» hanno suscitato nella dottrina e alle tante difficoltà incontrate nell'individuare i motivi della loro aggregazione e in ultima analisi i loro caratteri comuni, un dato di partenza minimo, ma che almeno si può assumere come ragionevolmente certo – e in quanto tale generalmente condiviso – è che l'espressione «*quasi ex maleficio teneri*» – per quanto ci consentono di sapere le fonti a noi tramandate – si trova per la prima volta in un ampio e assai noto frammento delle *res cottidianae* attribuite a Gaio[1].

[1] Si tratta – come ben sappiamo – di D. 44, 7, 5, 4-6 in cui si individuano le quattro fattispecie riconducibili al «*quasi ex maleficio teneri*» dopo che, in precedenza, lo stesso testo delle *res cottidianae* (cfr. D. 44, 7, 5 pr.-3) si era soffermato sulle figure per le quali si diceva si fosse invece tenuti *quasi ex contractu*; al proposito si può qui incidentalmente notare che, a differenza di quanto avviene per l'espressione «*quasi ex maleficio teneri*», che ricorre a più riprese nel testo delle *res cottidianae* (v. *infra*, nota successiva) l'espressione parallela «*quasi ex contractu teneri*» vi è presente invece una sola volta, in D. 44, 7, 5, 1: *Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur…* Per l'opinione che l'espressione sia stata introdotta nel testo delle *res cottidianae* dai giustinianei cfr. recentemente Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 32 e Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., pp. 158-159. Va tuttavia rilevato che un'espressione analoga – con riferimento però ad un determinato

In quel quadro l'espressione attesta che per l'autore dell'opera, di chiunque si tratti, le fattispecie così caratterizzate – benché sanzionate attraverso azioni penali – non erano pienamente riconducibili alla categoria dei delitti così come fissata nel terzo commentario delle *Institutiones* gaiane, ciò che, unitamente alla loro origine pretoria, escludeva che potessero far sorgere delle *obligationes* in senso tecnico, essendo a quest'ultimo proposito non senza significato che per ben quattro volte in D. 44, 7, 5, 4-6 si parli appunto di «*quasi ex maleficio teneri*», senza che mai si faccia riferimento alle fattispecie in questione come fonti di vere e proprie *obligationes*[2].

---

tipo di contratto e più esattamente al contratto di mutuo – ricorre a proposito della *solutio indebiti* in D. 44, 7, 5, 3: *Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus…* Nel complesso sembrerebbe potersi comunque ricavare l'idea di una certa maggiore difficoltà delle *res cottidianae* ad utilizzare le forme verbali *tenetur* e *teneri* con riferimento a fattispecie di origine essenzialmente civilistica, come quelle descritte in D. 44, 7, 5 pr.-3 e che effettivamente l'uso del *teneri* o di forme verbali analoghe sul piano semantico sia stato generalizzato dai giustinianei, per analogia con il reiterato uso dell'espressione «*quasi ex maleficio teneri*» che riscontravano nella parte del frammento riprodotto in D. 44, 7, 5, 4-6. La questione rimane comunque assai discussa in dottrina: dell'opinione che dalle *res cottidianae* siano stati invece ripresi anche gli altri casi in cui, nel titolo 3, 27 delle Istituzioni, si utilizza l'espressione «*quasi ex contractu teneri*» o simili (v. *infra*, nota 8), compresi quelli che fanno riferimento alla *communio* e alla coeredità, che pure non figurano nell'elencazione delle fattispecie riconducibili al «*quasi ex contractu teneri*» che si può leggere nel testo conservatoci in D. 44, 7, 5 pr.-3, è infatti Burdese, *Rec.* a Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., pp. 444-445. Sul punto, nello stesso senso, v. anche Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 179, nota 30. Incerto sulla questione rimane invece Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 167 e ss.

[2] Cfr. D. 44, 7, 5, 4-6 (Gai. 3 *aur.*): *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.* 5. *Is quoque, ex cuius cenaculo (vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat) deiectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio teneri videtur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur ut servi aut liberi…* 6. *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de damno aut furto, quod in nave aut caupona aut stabulo factum sit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex*

La trasformazione di quella che pare dunque una semplice articolazione interna alle *variae causarum figurae* in una vera e propria categoria contrapposta a quella dei delitti sembra piuttosto ascrivibile, nella sua compiuta maturazione, all'elaborazione successiva, nell'ambito della quale, avvenuto tra l'altro il definitivo superamento di ogni differenza tra *obligari* e *teneri*[3], ebbe probabilmente un ruolo non irrilevante l'insegnamento delle scuole giuridiche orientali e in particolare di quelle di Costantinopoli e di Berito[4]. In questo senso appare significativo – e costituisce un'implicita conferma di

maleficio teneri videtur. Quanto all'uso del termine *teneri* e al mancato impiego, con riferimento alle quattro fattispecie di origine pretoria, della forma verbale *obligari* cfr. ancora Burdese, *Rec.* a Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 446.

[3] Un prodromo tuttavia già si riscontra in un passo del commentario edittale ulpianeo riferito alle c.d. *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios*; mi riferisco a D. 47, 5, 1, 3 (Ulp. 38 *ad ed.*): *Cum enim in caupona vel in navi res perit, ex edicto praetoris obligatur exercitor navis vel caupo ita, ut in potestate sit eius, cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili experiri*. In questo senso v. già uno spunto in Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 212. Si può aggiungere che nella stessa direzione sembra andare, almeno per certi versi, anche la testimonianza di D. 11, 1, 11, 9 (Ulp. 22 *ad ed.*) in cui, in tema di *interrogatio in iure*, ricorre invece l'espressione «*quasi ex contractu obligatus*»: *Qui interrogatus responderit, sic tenetur quasi ex contractu obligatus pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur…*

[4] Mi pare al proposito convincente l'ipotesi di recente formulata da Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 416, nota 12. Si pensi anche alla *summa divisio* tra obbligazioni civili e pretorie di cui dà conto I. 3, 13, 1: *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur*. Per la possibilità che la *summa divisio* giustinianea sia riconducibile nella sua compiuta elaborazione alle scuole giuridiche orientali cfr. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I², cit., p. 524 (con bibliografia). Ciò, a mio avviso, non esclude necessariamente che la matrice di I. 3, 13, 1 e della *summa divisio* ivi contenuta sia da ravvisare già nelle *res cottidianae* come di recente è stato sostenuto da G. Falcone, *«Obligatio est iuris vinculum»*, Torino, 2003, p. 118 e ss., che, da parte sua, mette in relazione la *divisio* prevista in I. 3, 13, 1 anche con l'origine pretoria degli illeciti menzionati in D. 44, 7, 5, 4-6 (cfr. *ibidem*, p. 125): l'osservazione mi pare nel complesso plausibile benché, alla luce della terminologia impiegata in D. 44, 7, 5, 4-6, a me paia difficile sostenere che già nel testo originario di I. 3, 13, 1 – se esso appunto derivi dalle *res cottidianae* – ricorresse menzione di una categoria di *obligationes* cui si facesse riferimento con la qualifica di *obligationes praetoriae*.

quanto ipotizzato – il fatto che proprio gli *antecessores* bizantini costruiscano nelle Istituzioni imperiali, la categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*», dedicando ad essa, come è noto, un apposito autonomo titolo del manuale (I. 4, 5)[5].

A ciò si aggiunga che – nel medesimo ordine di idee – gli stessi compilatori tendono, sia pure senza alcuna sistematicità, a riferirsi appunto alle fattispecie in questione come fonti di vere e proprie *obligationes* che sorgono *quasi ex maleficio* piuttosto che, come avviene nelle *res cottidianae*, come cause di «*quasi ex maleficio teneri*». Di tale circostanza si ha tuttavia riscontro soprattutto laddove i giustinianei mostrano di muoversi in autonomia rispetto al loro modello (come avviene in I. 3, 12 e nella rubrica di I. 4, 5) e invece assai meno nell'ambito dello stesso titolo dedicato *ex professo* alla trattazione dei quasi delitti in cui – forse per la tendenza alla meccanica riproduzione della fonte utilizzata – ciò avviene con riferimento ad uno solo dei quattro casi in cui l'espressione ricorreva in D. 44, 7, 5, 4-6 (e più precisamente in quello di I. 4, 5, 1)[6].

---

[5] I. 4, 5 rubr.: *De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur*. Sembra dunque doversi convenire anche con coloro che hanno ritenuto che la nozione di *obligatio quasi ex delicto* sia stata fissata, nella sua forma definitiva, dai giustinianei: in questo senso D'Ors, «*Litem suam facere*», cit., p. 392 e, più di recente, Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 36 e p. 61. Sul punto v. anche Ankum, *Ulpian D. 9. 3. 5. 4: The recourse of the «habitator» against his guest who threw something down onto the street*, cit., p. 12. La stessa cosa avviene anche per le obbligazioni *quae quasi ex contractu nascuntur*, cfr. I. 3, 27 rubr.: *De obligationibus quasi ex contractu*. A questo proposito v. anche l'enunciazione della *divisio obligationum* contenuta in I. 3, 13, 2: *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio…* Che la creazione delle categorie delle *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio* – sia pur prefigurata dalle *res cottidianae* – sia da ascrivere ai giustinianei è stato recentemente sostenuto anche da Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., in specie p. 157 e ss., che tuttavia, a mio avviso senza convincere, si spinge fino a ritenere che la stessa terminologia *quasi ex contractu-quasi ex maleficio* non appartenga alle *res cottidianae*, ma sia attribuibile alla rielaborazione successiva e in particolare ai compilatori giustinianei (v. in specie p. 161): depone infatti per il contrario l'impiego, strettamente connesso, delle forma verbale *teneri* che non pare poter essere ascritta, se non di riflesso, ai giustinianei, che – come appunto documentano le fonti – non avevano certo difficoltà a qualificare come *obligationes* quelle che *quasi ex contractu* o *quasi ex maleficio nascuntur*.

[6] Cfr. I. 4, 5, 1: *Item is, ex cuius coenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat, deiectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, qua-*

Il tutto si colloca in un contesto in cui la costruzione della categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*» assume, nell'ambito della classificazione delle fonti delle obbligazioni, una forte valenza sul piano sistematico, valenza che certamente appare invece a sua volta assai più sfumata nel modello delle *res cottidianae* in cui l'espressione «*quasi ex maleficio teneri*» pare piuttosto ancora utilizzata, senza un preciso e definito intento classificatorio, nel quadro di una distinzione solo abbozzata tra «*quasi ex contractu*» e appunto «*quasi ex maleficio teneri*», intesi appunto come diverse possibili espressioni concrete della categoria residuale delle *variae causarum figurae*[7].

Nell'intento dei compilatori l'elaborazione dogmatica delle due categorie delle *obligationes quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio* appare invece finalizzata – con ben maggiore ambizione – a creare un sistema, in cui la perseguita razionalità simmetrica, proprio perché trovava espressione nel manuale istituzionale, doveva apparire

---

si ex maleficio obligatus intellegitur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi… Per il resto rimane invariata nelle Istituzioni giustinianee la terminologia utilizzata dalle *res cottidianae*, cfr. I. 4, 5 pr.: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit*; I. 4, 5, 3: *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. in his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.*

[7] Cfr. D. 44, 7, 1 pr. (Gai. 2 *aur.*): *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Sulla *divisio obligationum* nelle *res cottidianae* esiste, come è noto, un'ampia letteratura; qui mi limito a ricordare due lavori che rimangono tuttora fondamentali, entrambi inclini a ritenere genuina tale *divisio* e a riportarla all'elaborazione teorica del giurista medioclassico: v. Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle «obligationes ex variis causarum figuris»*, cit., p. 171 e ss. e Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 84 e ss.; sul tema cfr. però anche, con conclusioni diverse, il quadro d'insieme fornito da Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., in specie p. 211 e ss.

opportuna soprattutto a scopi didattici[8]. In questa tendenza del resto ben si inserisce la testimonianza della Parafrasi di Teofilo nella quale – anticipando di molti secoli la terminologia di *quasi delictum* e *quasi maleficium* che si riscontra nelle opere dei glossatori[9] – si trova a più riprese la forma sostantivata *quasi délicton* che, unitamente alla corrispondente forma *quasi cóntracton*, sembra testimoniare, nel documentare – come è stato rilevato – la «trasposizione dal piano della qualificazione dell'obbligo a quello della qualificazione della relativa causa», uno sviluppo teorico ben più ampio e ar-

[8] Quanto rilevato per le obbligazioni *quasi ex maleficio* vale infatti anche per quelle *quasi ex contractu* di cui i compilatori si occupano – come sappiamo – in I. 3, 27, appunto sotto la rubrica «*de obligationibus quasi ex contractu*». Nel titolo, rispetto all'unico caso presente nelle *res cottidianae* (v. *supra*, nota 1), l'espressione *quasi ex contractu teneri* o altra analoga ricorre più volte: I. 3, 27 pr.: *Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur*. I. 3, 27, 2: *Tutores quoque, qui tutelae iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotiam inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur…* I. 3, 27, 3: *Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius in eam rem necessarias impensas fecerit: non intellegitur proprie ex contractu obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur…* I. 3, 27, 5: *Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intellegitur (neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest): et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intellegitur*. I. 3, 27, 6: *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. adeo enim non intellegitur proprie ex contractu obligatus, ut, si certiorem rationem sequamur, magis ut supra diximus ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse…* Quanto all'uso del *debere* al posto del *teneri* in I. 3, 27, 5 e 6 v. Burdese, *Rec.* a Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 445, che rileva come esso tenda a trasporre l'affinità processuale sul piano sostanziale (circostanza avvalorata anche dalla rubrica e dal «*quasi ex contractu nasci videntur*» di I. 3, 27 pr.).

[9] Sul punto v. in particolare Stein, *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, cit., p. 372; Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 215; Id., *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, cit., p. 1289; Hochstein, *Obligationes quasi ex delicto. Untersuchung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts*, cit., p. 36; Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 417.

ticolato di quanto faccia *prima facie* intendere il semplice confronto testuale fra il passo delle Istituzioni imperiali e quello del modello delle *res cottidianae*[10].

È in questo contesto, certamente non estemporaneo e casuale, che si inserisce – ma forse in subordine – anche la tendenza dei giustinianei a creare belle simmetrie, circostanza che ai loro occhi dovette contribuire a fornire la piena giustificazione della individuazione delle *obligationes quasi ex delicto* (e di quelle *quasi ex contractu*) come categorie autonome e indipendenti, ormai inserite a pieno titolo nel quadro della quadripartizione istituzionale delle fonti delle obbligazioni. La ricerca da parte dei compilatori di quella che è stata efficacemente definita «eine kunstvollen Kombination» di raggruppamenti di quattro[11] appare tuttavia, a mio sommesso avviso, una sola delle componenti della scelta classificatoria compiuta nelle Istituzioni imperiali. Tale scelta, che pure certamente ebbe una componente di natura formale (e direi quasi nominalistica, costruita come era su una sorta di gioco di parole), deve comunque quanto meno indurci al tentativo di comprenderne la giustificazione teorica e

[10] Le parole tra virgolette sono di Burdese, *Rec.* a Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 445. La terminologia in questione venne utilizzata per la prima volta proprio nella Parafrasi: sul punto cfr. le osservazioni di D. Nörr nella prefazione a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. XIII. Le due espressioni ricorrono rispettivamente in Theoph., *paraph.* 4, 5, pr.-1 e 3 e in Theoph., *paraph.* 3, 27, 3 e 5; *paraph.* 4, 5, pr. La nuova terminologia non è tuttavia esclusiva, ricorrendo infatti nella Parafrasi anche alcune perifrasi derivate dalle Istituzioni (cfr. ad es. Theoph., *paraph.* 3, 13, 2). È inoltre da notare che la corrispondente espressione greca ὡσανεὶ ἁμάρτημα è presente nei Basilici: cfr. in particolare Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-van der Wal, A VIII, p. 2770 = Heimbach, V, p. 327).

[11] In questo senso non appare infatti senza significato che le due categorie delle obbligazioni *quasi ex contractu* e *quasi ex maleficio* portino a quattro i *genera* delle fonti delle obbligazioni nella classificazione istituzionale. Per la ricorrenza del numero quattro nelle classificazioni presenti nelle Istituzioni imperiali e particolarmente proprio in quelle relative al diritto delle obbligazioni (quattro sono i tipi di contratti – e ancora quattro quelli reali e quelli consensuali –, quattro i delitti e quattro ancora – come sappiamo – i quasi delitti) cfr. Zimmermann, *Effusum vel deiectum*, cit., pp. 311-312, da cui ho ripreso l'espressione riportata tra virgolette nel testo (cfr. *ibidem*, p. 311). Che la creazione della categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*» e l'individuazione delle quattro figure che ad essa vengono ricondotte risponda essenzialmente ad esigenze di simmetria è sostenuto anche da Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 554-555.

ciò – se ve ne furono – attraverso l'individuazione degli elementi caratterizzanti della categoria[12].

2. *L'idea della* culpa *o della mancanza di dolo come elemento caratteristico delle* «obligationes quae quasi ex delicto nascuntur» *nella elaborazione dei compilatori giustinianei*

Alla luce di quanto appena osservato la delicata questione non può dunque essere elusa. Anzi a mio avviso vi sono indizi sufficientemente rilevanti che lasciano ritenere che almeno i giustinianei tendessero a individuare l'elemento 'soggettivo' della colpa, sia pure in varie e diverse caratterizzazioni e come giustificazione *a posteriori* dell'aggregazione di figure che anche sotto questo specifico aspetto non possono considerarsi affatto omogenee, come denominatore comune delle fattispecie da loro inserite – sulla base del modello delle *res cottidianae* – nella categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*»[13].

---

[12] Per questa posizione v. recentemente anche Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 419 e già, in precedenza, in particolare Stojcevic, *Sur le caractère des quasi-délicts en droit romani*, cit., p. 57. Non appare invece a mio avviso condivisibile l'atteggiamento di H. Goudy, *Artificiality of Roman Juristic classifications*, in *Studi in onore di C. Fadda*, V, Napoli, 1906, p. 225 e ss., che giunse a negare alla categoria delle obbligazioni *quasi ex maleficio* ogni valore. Scetticismo sull'individuazione dei motivi che indussero alla creazione della categoria fu del resto manifestato anche da P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*[8], Paris, 1929, p. 678 e da Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II[2], cit., p. 21 e p. 390.

[13] Tale ipotesi, che fu condivisa successivamente dalla Glossa, è sostenuta anche da Commentatori e Umanisti e tra questi ultimi in particolare da J. Cujacii, *Notae in IV. Libros Institutionum D.N. Justiniani*, in *Opera*, I, Venetiis, 1758, c. 212. Tale ricostruzione ebbe ampio seguito anche nella dottrina del XVIII secolo: cfr. sul punto Jo.G. Heineccii, *Elementa Juris Civilis secundum ordinem Institutionum*, II, [ad Inst. IV, 1, § 1034], Venetiis, 1819, pp. 137-138: Est porro delictum vel verum, vel quasi-delictum. Illud ex dolo malo; hoc ex culpa sine dolo admittitur. V. anche R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, in *Œuvres*, I, Paris-Orleans, 1764, n. 116: On appelle *délit* le fait par lequel une personne par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à une autre. Le *quasi-délit* est le fait par lequel une personne sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre. Tuttavia Pothier distingueva i delitti e i quasi delitti solo in sede definitoria, mentre ne descriveva poi il regime in un paragrafo unitario, cfr. a questo proposito C.A. Cannata, s.v. *Quasi-contratti e quasi-deliti (storia)*, in *ED* XXXVIII, Milano, 1987, p. 34. Per un quadro di sintesi delle tendenze interpretati-

La *culpa* – intesa come elemento 'soggettivo' riconducibile a chi viene individuato come responsabile o perché autore materiale dell'atto tipico o in quanto a lui comunque riferibile per il comportamento di chi rientrasse nella sua sfera di controllo personale – contraddistingue infatti tutte le figure che fanno parte del *genus*. Al proposito va in primo luogo rilevato che essa è indicata in termini espliciti come elemento caratteristico della responsabilità per *effusum vel deiectum* così come anche in relazione ai comportamenti illeciti sanzionati attraverso le *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios*. Nell'ottica complessiva della compilazione si possono al proposito ricordare, oltre che le sfumate testimonianze delle Istituzioni imperiali (I. 4, 5, 1: *…quasi ex maleficio obligatus intellegitur: ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi...*; I. 4, 5, 3: *…cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur…*), che, come sappiamo, corrispondono a quelle parallele delle *res cottidianae* (cfr. rispettivamente D. 44, 7, 5, 5 e 6)[14], anche alcuni testi riprodotti nel Digesto in cui si individua, in termini ben più netti, proprio nella *culpa* – sia pure riferita a chi poteva non essere o certamente non era l'autore materiale del fatto dannoso – la giustificazione ultima della responsabilità attribuita dall'editto rispettivamente agli *habitatores* (D. 9, 3, 6, 2: *Habitator suam suorumque culpam praestare debet*; D. 9, 3, 1, 4: *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat… culpa enim pe-*

ve dalla Glossa fino alla Pandettistica e per la prevalente lettura della responsabilità per quasi delitto come responsabilità per colpa a partire dal diritto postclassico e giustinianeo v. in specie Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., pp. 1108-1109 e p. 1113 e ss. Nello stesso senso, nella letteratura recente, anche Giusto, *Litem suam facere*, cit., pp. 412-413.

[14] Su D. 44, 7, 5, 5 e 6 e sulle differenze – che non riguardano tuttavia l'aspetto dell'elemento 'soggettivo' – rispetto ai paralleli passi delle Istituzioni imperiali cfr. rispettivamente *supra*, cap. II, p. 91, nota 7 e cap. IV, p. 192 e nota 8. Per quanto riguarda le incongruenze logiche che sarebbero state introdotte dai giustinianei rispetto all'originaria costruzione delle *res cottidianae* cfr. in specie Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 202 e ss. e in specie p. 203, nota 85.

nes eum est…) e agli *exercitores* (D. 4, 9, 7, 4: *Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpae scilicet suae qui tales adhibuit…*)[15].

In termini non troppo diversi la questione si pone anche per la responsabilità per *positum aut suspensum*, e ciò, anche tenuto in debito conto della tendenza – che ci è parsa accentuarsi nell'ultima epoca classica per poi definitivamente consolidarsi in epoca bizantina – a renderla ancillare rispetto a quella per *effusum vel deiectum* e a polarizzarla, forse anche in virtù dell'*id quod plerumque accidit*, in via prevalente nella persona dell'*habitator*[16]. Nei confronti di costui – e in subordine nei confronti del *dominus* che non fosse *habitator* – tale responsabilità si venne infatti probabilmente a sua volta a configurare, per analogia con quanto avveniva in materia di *effusum vel deiectum* e benché sul punto le fonti a nostra disposizione non prendano in alcun modo posizione, come responsabilità per colpa, in quanto il *positum habere* implicava comunque che chi abitasse (o chi comunque fosse proprietario) versasse in uno stato di obiettiva imprudenza[17].

---

[15] Quanto all'*actio furti in factum* cfr. anche D. 47, 5, 1, 5 e 6 (su cui v. *supra*, cap. IV rispettivamente p. 231 e ss. e p. 224 e ss.). Non interessa qui più di tanto se chi era tenuto responsabile lo fosse in virtù di una presunzione assoluta o relativa di colpa o se la colpa si configuri come *culpa in eligendo* o piuttosto come *culpa in habendo/utendo/adhibendo*: sul punto, con riferimento a D. 9, 3, 6, 2 (Paul. 19 *ad ed.*) e D. 9, 3, 1, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*), rinvio a quanto detto *supra*, cap. II, p. 94 e ss., nonché, per quanto riguarda D. 4, 9, 7, 4 (Ulp. 18 *ad ed.*) e I. 4, 5, 3 (e D. 44, 7, 5, 6), alle osservazioni già fatte *supra*, cap. IV, p. 227 e ss. e p. 191 e ss. Sul punto dovremo comunque brevemente ritornare (v. *infra*, pp. 293-294 e nota 59), ma intanto quanto qui più interessa è il rilevare che la responsabilità dell'*habitator* e dell'*exercitor*, al di là delle possibili differenti costruzioni dogmatiche, era comunque ricondotta nell'alveo della responsabilità per colpa.

[16] Sul punto, per l'evoluzione della responsabilità per *positum aut suspensum* rispetto a quella originariamente prevista dal testo edittale (cfr. D. 9, 3, 5, 6 [Ulp. 23 *ad ed.*]: *Praetor ait: 'Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat…'*), v., con particolare riferimento a D. 9, 3, 5, 8 («*…vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis*») e 10 («*Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur…*»), quanto osservato *supra*, cap. III, pp. 159-160, pp. 165-166 e, ancora, pp. 180-181 e pp. 185-186.

[17] Per la possibilità che il requisito del *positum habere* potesse essere interpretato in senso 'soggettivo', cfr. in specie le osservazioni di Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 619, che si pronuncia, con ar-

Più complessa – e comunque più articolata – appare la questione con riferimento alla responsabilità del *iudex qui litem suam faciat*. Benché, come sappiamo, si conservi nel Digesto il passo ulpianeo che ravvisava un'ipotesi di *litem suam facere* nel comportamento del giudice parziale che avesse dolosamente emanato una sentenza *in fraudem legis* (v. D. 5, 1, 15, 1), il punto di vista dei giustinianei, rappresentato essenzialmente dal testo delle Istituzioni e da quello geminato delle *res cottidianae* (v. D. 44, 7, 5, 4 e D. 50, 13, 6), sembra invece tendenzialmente volto ad escludere il dolo. Nel conflitto fra la necessità di ricordare che nel *litem suam facere* rientravano anche i comportamenti dolosi del giudice e le esigenze sistematiche che inducevano a sposare piuttosto l'idea che il *litem suam facere* si caratterizzasse essenzialmente attraverso la presenza dell'elemento 'soggettivo' della colpa (in questo è sintomatico, come sappiamo, il riferimento all'*imprudentia iudicis*), i compilatori, pur non arrivando al punto di obliterare del tutto il contrasto di concezioni che aveva caratterizzato lo sviluppo della figura del *litem suam facere* nei secoli precedenti, fecero essenzialmente propria la seconda soluzione, forse proprio perché appunto permetteva ai loro occhi un più coerente inquadramento della fattispecie nella categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*», intesa – nella loro concezione – come composta da fattispecie esclusivamente colpose[18].

---

gomenti convincenti, contro la diversa opinione sostenuta dalla Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 118. Che il *positum habere* non costituisse un mero fatto oggettivo, implicando comunque la coscienza di tenere una condotta vietata è sostenuto anche Burdese, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 456. Che del resto questa fosse inoltre la concezione accolta dai giustinianei mi pare avvalorato – come accennavo nel testo – anche dall'avvicinamento della fattispecie a quella dell'*effusum vel deiectum* cui a mio avviso si assiste quanto meno a partire dall'ultima epoca classica, avvicinamento che, anche sotto il particolare profilo della natura della responsabilità, potrebbe trovare riscontro nell'espressione «*cui similis est*» di I. 4, 5, 1 e D. 44, 7, 5, 5 (sul punto v. *supra*, cap. III, in specie nota 8).

[18] Sul complesso atteggiamento assunto dai compilatori di fronte alle testimonianze delle fonti messe a profitto per la redazione della Compilazione e in particolare del Digesto v. in particolare quanto osservato *supra*, cap. I, nota 17. Del resto il contrasto, che, come rilevato, investe gli stessi testi inseriti nella Compilazione, sembra potersi parzialmente comporre (sul piano della individuazione dei comportamenti sanzionati, anche se non su quello dell'elemento 'soggettivo' dell'agente) nella tendenziale indeterminatezza dell'area di punibilità, individuata in termini

Ciò appare in particolare confermato da Theoph., *paraph.* 4, 5 pr. che, proprio con riferimento alla fattispecie del *iudex qui litem suam facit*, tende ad avvalorare l'idea che, se non la colpa, quanto meno l'assenza di dolo fosse l'elemento caratterizzante della categoria, l'elemento che la teneva distinta rispetto a quella parallela dei delitti[19]. Le parole con cui l'autore della Parafrasi escludeva infatti che la fattispecie del *litem suam facere* potesse essere inclusa tra le figure di delitto non lasciano in questo senso a mio avviso adito a dubbi: nel *litem suam facere* non si poteva ravvisare un delitto perché la condotta del giudice – per quanto illecita – poteva avvenire «ἐξ ἀπειρίας τοῦ δικάζειν» e «οὐ κακῇ διανοίᾳ». Tale precisazione, che a mio modo di vedere non ci deve comunque indurre ad ipotizzare che il comportamento doloso del *iudex* fosse riportato dai bizantini alla categoria dei delitti e che solo quello colposo fosse annoverato tra i quasi delitti[20], sembra essenzialmente finalizzata alla

---

estremamente vaghi nel testo delle *res cottidianae* attraverso l'uso dell'espressione «*utique peccasse aliquid*».

[19] Tale circostanza è ora ammessa, con specifico riferimento al testo della Parafrasi, anche da Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 430. A differenza di Földi mi pare invece di assai minor rilievo la sostituzione in I. 4, 5, 3 delle parole «*de damno aut furto*» presenti nel testo delle *res cottidianae* riprodotto in D. 44, 7, 5, 6 con l'espressione «*de dolo aut furto*» (sostituzione su cui v. quanto detto *supra*, cap. IV, nota 8), in quanto, dal punto di vista che qui interessa, non mi sembra che il riferimento al dolo dell'ausiliario contribuisca più di tanto ad enfatizzare la eventuale colpa dell'*exercitor*.

[20] Per questa ipotesi v. Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, cit., p. 510, nota 2 (= *Studi di diritto romano*, III, cit., p. 92, nota 2). Questa è del resto un'idea che può essere fatta risalire addirittura ad Azzone: sul punto cfr. Stein, *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, cit., p. 372. In questa linea di tendenza si colloca in qualche misura anche il Rudorff (cfr. *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, cit., pp. 91-92), che ipotizzò che già il pretore avesse concepito due azioni distinte, una per i comportamenti dolosi e una per quelli colposi. Sul punto v. ora anche Petito, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo*, cit., p. 481 e ss., che da un lato riprende l'opinione di Albertario (cfr. p. 481), dall'altro ritiene che l'espressione «ἐξ ἀπειρίας… οὐ κακῇ διανοίᾳ» non delinei il tratto comune delle figure rientranti nella categoria dei quasi delitti (p. 484). Soprattutto quest'ultima opinione non mi pare tuttavia condivisibile. A mio avviso – al contrario – il testo della Parafrasi intende proprio giustificare con il riferimento alla ἀπειρία la riconduzione, sotto questo specifico profilo, della figura del *litem suam facere* alla categoria dei quasi delitti; l'intenzione del Parafraste appare semplicemente questa, né se ne può ricavare l'idea che, in presenza del dolo, la fattispecie si trasformasse per ciò solo in delitto. Questo era anzi ciò che Teofilo, nel quadro della dogmatica bizantina dei quasi de-

necessità di inquadrare – se si vuole attraverso una formula in parte artificiosa – nella dogmatica giustinianea dei quasi delitti il comportamento del *litem suam facere* che invece, per la sua evoluzione storica, oscillava, quanto all'elemento 'soggettivo', tra la colpa e il dolo e che anzi assumeva in sé anche condotte tipicamente dolose[21].

Nella logica dei bizantini tendevano ad essere infatti ormai annoverati tra i delitti in via tendenzialmente esclusiva gli illeciti dolosi, mentre erano considerati quasi delitti gli illeciti non dolosi o che comunque non potevano essere ritenuti tipicamente dolosi[22]. A questo proposito appare anzi significativo rilevare che le stesse fonti bizantine dimostrano talvolta la tendenza ad escludere il *damnum iniuria datum* – con riferimento al quale non a caso l'emergere della nozione di *culpa* può, come è noto, farsi risalire a ritroso fino all'elaborazione della giurisprudenza tardo-repubblicana e che costituiva un illecito che comunque mai, almeno nei casi riconducibili al primo o al terzo capo dell'*Aquilia*, aveva implicato il dolo – dagli elenchi dei delitti e a sostituire tale figura, nella tradizionale quadripartizione, proprio con il dolo, ormai configurato non solo come elemento 'soggettivo' carat-

litti, intendeva evitare: il fatto che il dolo tendesse a divenire l'elemento 'soggettivo' tipico dei delitti (v. *infra*, nota 23) non doveva cioè automaticamente comportare che le figure rientranti piuttosto nella categoria dei quasi delitti – e in particolare quella del *litem suam facere* – si trasformassero in delitti se caratterizzate appunto, nella fattispecie concreta, dall'elemento psicologico del dolo.

[21] A mio avviso il testo della Parafrasi non fa altro che esplicitare, con specifico riferimento al caso del *iudex qui litem suam facit*, la distinzione tra delitti e quasi delitti che, agli occhi dei giustinianei, già emergeva – sia pure in termini meno definiti – dalla lettura delle fonti della Compilazione che, come sappiamo, tendono comunque nel loro complesso a caratterizzare i quasi delitti sotto il profilo della colpa. In questo senso sarei dunque incline a non differenziare più di tanto la presa di posizione presente nella Parafrasi rispetto ai materiali che abbiamo visto accolti nelle Istituzioni e nel Digesto: così invece Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 210, che intravede nella Parafrasi la tendenza «a distinguere i delitti e i quasi delitti non più sulla base della colpevolezza piena o meno piena, bensì del dolo e, rispettivamente, della colpa».

[22] Non a caso, a proposito dell'*effusum vel deiectum*, lo sch. 27 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3171 = Heimbach, V, p. 327) rileva che si trattava di quasi delitto perché doveva appunto ravvisarsi grande differenza fra colpa e dolo, tra il comportamento che implicasse semplice negligenza e il proposito meditato di nuocere: sul punto v. già Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, cit., p. 507 e nota 2 (= *Studi di diritto romano*, III, cit., p. 88 e nota 2).

terizzante della categoria, ma anche, in talune circostanze, come fattispecie delittuale a sé stante[23]. In questo quadro ben si comprende insomma che per i giustinianei l'assenza di dolo tendesse a caratterizzare sul piano teorico la categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*», sebbene poi in essa confluissero fattispecie che, benché appunto in qualche modo tipizzate sotto il profilo 'soggettivo' della colpa, presentavano elementi eterogenei in quanto chi era tenuto responsabile non sempre rispondeva del fatto proprio, ma anzi talvolta poteva non essere o, in taluni casi, certamente non era l'autore materiale del fatto dannoso.

3. *Le ipotesi formulate dalla dottrina riguardo alle caratteristiche comuni: l'origine pretoria degli illeciti rientranti nel* «quasi ex maleficio teneri» *e le differenze rispetto alle altre azioni penali pretorie*

Alla luce di ciò è anche a mio avviso più che lecito dubitare che la costruzione dogmatica appena descritta sia stata individuata *ab ori-*

[23] Sul punto cfr. G. Rotondi, *Dolus ex delicto e dolus ex contractu nelle dottrine bizantine sulla trasmissibilità delle azioni*, in *Scritti giuridici*, II, Pavia, 1922, p. 397, nota 2 (già pubblicato in *Annali Perugia*, 1913), nonché Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, cit., pp. 505-506 (= *Studi di diritto romano*, III, cit., p. 86). Da ultimo v. anche Falcone, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, cit., p. 342 e nota 302. Quanto alle fonti v. in particolare il sia pur tardo sch. 2 a Bas. 60, 11, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3332 = Heimbach, V, p. 447) che afferma esplicitamente che tra i delitti privati andavano annoverati il dolo, l'ingiuria, la rapina e il furto. La tendenza a individuare la figura del dolo come fattispecie a sé stante nella categoria dei delitti risale all'epoca giustinianea: in questo senso appare sintomatico il confronto testuale fra I. 4, 16, 2 («*Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo… sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit*») e il suo modello, costituito da Gai. 4, 182 («*Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum… Sed furti aut vi <bonorum> raptorum aut iniuriarum non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edicto praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit…*»), soprattutto con riferimento alla frase «*et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit*» che in I. 4, 16, 2, a differenza di quanto avviene in Gaio, è appunto riferita anche al dolo.

gine, nei termini di consapevolezza teorica forse riconoscibili nel diritto giustinianeo, come fattore aggregante delle figure poi catalogate come fonti delle *obligationes quasi ex maleficio*[24]. Diversamente si è ad esempio autorevolmente ritenuto che il «*quasi ex maleficio teneri*» fosse il *genus* al quale venivano ricondotte fattispecie in cui la responsabilità derivava dalla commissione di illeciti disciplinati dal diritto onorario, che come tali non erano produttivi di *obligatio* in senso proprio e conseguentemente non potevano essere indicati con il termine tecnico di *delicta* (o *maleficia*)[25].

L'ipotesi, come abbiamo visto, non è certo priva di riscontri testuali e tuttavia offre il fianco da un lato al rilievo che comunque anche la rapina era sanzionata con azione pretoria – e che del resto l'analogia con il furto, che ne giustificava l'inserimento nella categoria dei *delicta*, sarebbe dovuta valere anche per l'*actio furti in factum* prevista contro *nautae*, *caupones* e *stabularii* (così come anche per la stessa *actio damni* con riferimento al *damnum iniuria datum*) –, dall'altro all'osservazione che le quattro fattispecie ricondotte dalle fonti nell'ambito del «*quasi ex maleficio teneri*» non esau-

[24] È appena il caso qui di sottolineare che va invece certamente esclusa in radice la possibilità che l'elemento di coesione sia stato costituito proprio dal dolo: cfr. sul punto – ma l'osservazione appare appunto del tutto scontata – Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 45.

[25] Sul punto cfr. in particolare V. Arangio-Ruiz, *Le genti e la città (Discorso inaugurale letto nella R. Università di Messina il 24 novembre 1913)*, in *Studi centenario Jovene*, Napoli, s.d., in specie p. 135 e ss. Nello stesso senso v. anche Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, cit., p. 493 e ss. (= *Studi di diritto romano*, III, cit., p. 73 e ss.) e S. Riccobono, s.v. *Quasi-delitto (diritto romano)*, in *NNDI* XIV, Torino, 1967, p. 635. Nella letteratura manualistica tale posizione è accolta, tra gli altri, da E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, s.d. (ma 1961, rist. anast. 1993), pp. 568-569, benché poi anche quest'ultimo autore sottolinei la difficoltà di individuare i criteri distintivi e aggreganti delle quattro fattispecie classificate nel «*quasi ex maleficio teneri*» (sul punto v. *supra*, nota 12). In un'ottica analoga c'è anche chi ha formulato l'ipotesi, sia pure per scartarla, che le fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*» siano state fra loro collegate sulla base della sistematica dell'editto: sul punto cfr. d'Ors, *«Litem suam facere»*, cit., p. 394, nota 4, e in specie Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., pp. 44-45, che giustamente sottolinea come tale idea incontri tuttavia una difficoltà – che appunto parrebbe in quest'ottica insuperabile – nella collocazione edittale delle *actiones furti et damni adversus nautae, caupones et stabularios* (sul punto v. quanto già detto *supra*, cap. IV, in specie pp. 201-202 e nota 29).

rivano certo il numero degli illeciti che erano sanzionati dal pretore nel suo editto[26]. Soprattutto tale ultima constatazione induce inevitabilmente o a ipotizzare che l'elencazione delle *res cottidianae* ripresa dai compilatori delle Istituzioni imperiali avesse carattere meramente esemplificativo o – ammettendo implicitamente la tendenziale inadeguatezza di tale criterio – a dover tentare di individuare congiuntamente altri motivi della scelta così compiuta[27].

A questo proposito appare interessante rilevare che tutte le azioni con cui si faceva valere la responsabilità in relazione agli illeciti catalogati tra quelli che comportavano un «*quasi ex maleficio teneri*» presentavano almeno alcune delle caratteristiche tipiche delle azioni penali. Tutte erano infatti passivamente intrasmissibili – salvo alcuni dubbi, poi superati, relativi all'azione contro il *iudex*[28] – e per lo più ammettevano di norma la possibilità di dare a nossa l'autore dell'illecito[29]. Non presentavano invece la caratteristica della cumu-

[26] Per la particolare posizione della rapina cfr. Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 218 e, dello stesso autore, brevemente, anche *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, cit., p. 1282.

[27] Per l'opinione che l'elencazione delle fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*» fosse meramente esemplificativa v. in particolare Arangio-Ruiz, *Le genti e la città*, cit., p. 135 e ss. Tale impostazione risulta implicitamente ripresa, dallo stesso autore, anche in *Istituzioni di diritto romano*[14], cit., p. 377 e ss. Nella letteratura manualistica tale ipotesi è fatta propria, ad esempio, anche da J. Iglesias, *Derecho romano*[14], Barcelona, 2002, pp. 299-300.

[28] Quanto *al litem suam facere* v. il contrasto di opinioni di cui fu protagonista Giuliano: cfr. D. 5, 1, 16 (Ulp. 5 *ad ed.*) e *Fragm. Argent.* IIb *versum* (Ulp. 3 *disp.*), su cui v. *supra*, cap. I, p. 65 e ss. Quanto alle altre fattispecie, cfr. invece D. 9, 3, 5, 5 (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 9, 3, 5, 13 (Ulp. 23 *ad ed.*), rispettivamente per l'*effusum vel deiectum* (v. *supra*, cap. II, p. 130 e ss.) e per il *positum aut suspensum* (v. *supra*, cap. III, p. 169 e ss.), nonché I. 4, 5, 3 e D. 4, 9, 7, 6 (Ulp. 18 *ad ed.*) con riguardo specifico alle *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios* (v. *supra*, cap. IV, pp. 191-192 e nota 8; pp. 241-242).

[29] Ciò vale, a mio avviso, sia per l'*effusum vel deiectum* che per le *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios*. In generale sulle caratteristiche e sui limiti della nossalità con riferimento alle due fattispecie appena nominate – anche riguardo all'improprietà di riferirsi con l'ambigua espressione *exceptio noxalis* alla particolare disciplina che le riguarda – v. *supra*, rispettivamente cap. II, pp. 138-140 e nota 93, p. 152 e cap. IV, p. 235 e ss., p. 243 e ss. In un quadro di ampia variabilità delle diverse forme di responsabilità nossale alternative allo schema tradizionale, presupposto minimo della concessione del rimedio nossale sembra comunque essere stato il fatto che il sottoposto a potestà avesse compiu-

latività, probabilmente in quanto, anche quando vi fosse una pluralità di soggetti passivamente legittimati, la responsabilità di costoro di regola prescindeva dalla commissione dell'illecito[30].

Tale regime, comunque variegato, ben corrisponde alla norma nelle azioni penali pretorie per le quali, come sappiamo, non venivano seguite regole rigide e costanti, ma erano applicati criteri improntati ad un certo margine di variabilità. Ciò non impedisce tuttavia che, almeno per un aspetto, le quattro fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*» elencate nelle fonti si differenziassero tutte dalle altre figure di illecito ad esse talvolta assimilate dalla dottrina, perché a loro volta sanzionate dal pretore attraverso azioni penali *in factum*: va infatti rilevato che le fattispecie, di volta in volta avvicinate dagli studiosi a quelle che davano luogo al «*quasi ex maleficio teneri*», nella quasi totalità dei casi presupponevano espressamente il dolo dell'agente, a differenza – come abbiamo visto – di quelle indicate nelle fonti come facenti parte del *genus* qui considerato[31].

---

to materialmente un illecito. Quanto alle caratteristiche della nossalità nel caso del *positum aut suspensum* v. più in dettaglio quanto detto *supra*, cap. III, p. 165 e ss. e nota 22, nonché nota 50. Diverso il discorso per quanto riguarda il *litem suam facere*, per il quale la nossalità sembra fosse – almeno per l'epoca classica – del tutto esclusa, cfr. *supra*, cap. I, p. 71 e ss.

[30] Per l'*effusum vel deiectum* era a quanto pare previsto un regime di solidarietà elettiva, cfr., con riferimento a D. 9, 3, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*), *supra*, cap. II, in specie pp. 122-123. Nel caso delle *actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios* sembra vigesse invece il regime della parziarietà, sul punto, con riferimento a D. 4, 9, 7, 5 (Ulp. 18 *ad ed.*), v. *supra*, cap. IV, pp. 240-241. Non vi è invece alcun cenno nelle nostre fonti al problema della cumulatività nel caso del *iudex qui litem suam facit*, problema che del resto si sarebbe potuto porre solo in ordine ai collegi giudicanti (v. *supra*, cap. I, nota 102).

[31] A maggior ragione si deve dire altrettanto per quelle fattispecie che costituissero ipotesi aggravate di delitti: Ciò vale laddove il pretore provvede a sanzionare fattispecie affini all'*iniuria* come nel caso del *convicium* (E.P. § 191), dell'*adtemptata pudicitia* (E.P. § 192) e dell'*infamatio* (E.P. § 193), o affini al furto come nel caso dell'*actio rerum amotarum* (E.P. § 115) e dell'*actio arborum furtim caesarum* (E.P. § 139), o ancora – e in questi casi il riferimento al dolo è esplicito nelle stesse clausole edittali – che prevedessero illeciti aggravati dalle circostanze particolari in cui fossero stati perpetrati, come quelli avvenuti nel corso di disordini popolari (E.P. § 188: cfr. D. 47, 8, 4 pr. [Ulp. 56 *ad ed.*]: *Praetor ait: 'Cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in duplum, post annum in simplum iudicium dabo'* [cfr. sul punto, recentemente, Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, cit., p. 105 e ss.]) o piutto-

Ciò, come risulta dalle stesse parole edittali riferite da Ulpiano in D. 2, 1, 7 pr. (Ulp. 3 *ad ed.*)[32], è vero in primo luogo per l'azione popolare concessa dal pretore nei confronti di chi alterasse le formulazioni dell'editto affisse in pubblico nell'apposito albo o su qualunque altro materiale scrittorio (E.P. § 7)[33]. Tale circostanza è del resto

---

sto in occasione di calamità naturali (E.P. § 189: cfr. D. 47, 9, 1 pr. [Ulp. 56 *ad ed.*]: *Praetor ait: 'In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicetur: in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo. item in servum et in familiam iudicium dabo'*; D. 47, 9, 3, 3 [Ulp. 56 *ad ed.*]: *Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquunt quam adgressores. sed enim additum est 'dolo malo', quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amiserat? utique non debet teneri*); D. 47, 9, 3, 7 [Ulp. 56 *ad ed.*]: *Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit, cessat edictum. quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit…*).

[32] Cfr. D. 2, 1, 7 pr. (Ulp. 3 *ad ed.*): *Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare est*. Per la sostituzione dei cinquecento aurei all'originaria sanzione di cinquecentomila sesterzi cfr. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 57, nota 5. Per la sostanziale autenticità del testo cfr. tuttavia per tutti A. Guarino, *La formazione dell'editto perpetuo*, in *ANRW*, II, 13, Berlin-New York, 1980, in specie pp. 73-74, nota 47 (= *Pagine di diritto romano*, IV, cit., pp. 310-311, nota 47). Sul punto in senso adesivo v. anche N. Palazzolo, *L'edictum «de albo corrupto» e il problema della pubblicità delle norme edittali in età postadrianea*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, p. 593 e ss. Diversamente G. Mancuso, *«Praetoris edicta». Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività edittale del pretore in età repubblicana*, in *Annali Palermo* 37, 1983, pp. 378-379.

[33] Sulle caratteristiche della fattispecie presa in considerazione dal pretore e sulla sua introduzione nell'editto cfr. per tutti Palazzolo, *L'edictum «de albo corrupto» e il problema della pubblicità delle norme edittali in età postadrianea*, cit., p. 608 e ss. Quanto alla natura particolare del carattere popolare dell'azione che non ne prevedeva, come di norma, la sussidiarietà, cfr. recentemente Gutiérrez-Masson, *Las acciones populares*, cit., pp. 749-750. Per quanto riguarda la precisazione «*in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit*» che sembrerebbe fosse contenuta nello stesso testo edittale cfr. in particolare A. Guarino, *«De albo corrupto»*, in *Index* 18, 1990, p. 276 (= *Pagine di diritto romano*, IV, cit., p. 349), che sottolinea come con essa si faccia riferimento al fatto che l'editto era pubblicato non solo attraverso l'*album*, ma anche mediante altri materiali scrittori (*alia materia* appunto), come, oltre che il papiro (*charta*), anche la pergamena e le tavolette di legno.

a più riprese ribadita dallo stesso giurista severiano laddove viene esplicitamente precisato (cfr. D. 2, 1, 7, 4) che dovesse essere esclusa la responsabilità di chi avesse invece compiuto l'alterazione «*per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praetore iussus vel casu*» o – su altro piano – si fa piuttosto riferimento (cfr. D. 2, 1, 7, 5) alle ipotesi di concorso nell'illecito con riguardo a chi avesse semplicemente compiuto l'asportazione («*Hoc vero edicto tenetur et qui tollit, quamvis non corruperit…*») o a chi, senza aver operato materialmente l'opera di contraffazione, ne fosse stato tuttavia il mandante («*…item et qui suis manibus facit et qui alii mandat*»)[34].

All'elemento psicologico del dolo il pretore faceva esplicito riferimento anche nella previsione edittale volta a sanzionare la *corruptio servi* (E.P. § 63), vale a dire il comportamento di chi avesse favorito la fuga di uno schiavo altrui accogliendolo presso di sé (*recipere*)[35] o avesse nei suoi confronti esercitato pressioni psicolo-

[34] Cfr. D. 2, 1, 7, 4-5 (Ulp. 3 *ad ed.*): *Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quod, si per imperitiam vel rusticitatem vel ab ipso praetore iussus vel casu aliquis fecerit, non tenetur.* 5. *Hoc vero edicto tenetur et qui tollit, quamvis non corruperit: item et qui suis manibus facit et qui alii mandat. sed si alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandavit, qui mandavit tenebitur: si uterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam et si plures fecerint vel corruperint vel mandaverint, omnes tenebuntur*. Un riferimento al dolo è anche in D. 2, 1, 9 (Paul. 3 *ad ed.*) a proposito dell'illecito compiuto da una pluralità di schiavi appartenenti ad un unico proprietario, circostanza in cui, secondo Paolo, si sarebbe potuto aderire all'opinione del giurista Ottaveno che riteneva si potesse concedere un'unica azione contro il *dominus* benché l'illecito consistesse in «*plura facta*» commessi da «*plures servi*» e ciò, secondo il giurista severiano, a una condizione e cioè appunto «*si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta*»: *Si familia alicuius album corruperit, non similiter hic edicitur ut in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine praestiterit, quantum liber praestaret: fortasse quia hic et contempta maiestas praetoris vindicatur et plura facta intelleguntur: quemadmodum cum plures servi iniuriam fecerunt vel damnum dederunt, quia plura facta sunt, non ut in furto unum. Octavenus hic quoque domino succurrendum ait: sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur, quia tunc unum consilium sit, non plura facta. idem Pomponius libro decimo notat*.

[35] Sulla nozione di *recipere* e sul suo significato nel contesto dell'editto relativo alla *corruptio servi* v. B. Bonfiglio, *Corruptio servi*, Milano, 1998, p. 13 e ss., che, anche alla luce di D. 11, 3, 1, 2, sottolinea come il *recipere* fosse un comportamento che consisteva nel permettere al servo di nascondersi, astenendosi dall'opporsi. In senso sostanzialmente analogo, in precedenza, anche B. Albanese, *Actio servi corrupti*, in *Annali Palermo* 27, 1959, p. 67 e nota 94, nonché R. Lambertini, *Plagium*, Milano, 1980, p. 122, nota 81.

giche tali da indurlo a compiere atti che ne diminuissero il valore (*persuadere*)[36]. Quanto detto risulta, con riferimento al *persuadere*, dai *verba edicti* a noi noti, anche in questo caso, attraverso il commentario ulpianeo (cfr. D. 11, 3, 1 pr.), in cui il giurista si sofferma fra l'altro proprio sulle parole «*dolo malo*», per precisare come l'elemento psicologico fosse elemento costitutivo della fattispecie che non poteva appunto considerarsi integrata se non ci fosse stato il dolo (cfr. D. 11, 3, 1, 3)[37].

In questo senso il concetto ritorna anche in D. 11, 3, 3 pr., laddove lo stesso Ulpiano afferma che, facendo uso dell'espressione «*dolo malo*», il pretore intendeva far riferimento all'astuzia di colui che poneva in essere l'attività di convincimento e che conseguentemente la previsione edittale non poteva trovare applicazione nel caso in cui il *persuadere* fosse piuttosto avvenuto «*lusus gratia*»[38]. Si

---

[36] Che questo fosse essenzialmente il significato del *persuadere* è dimostrato dalle fonti raccolte dalla Bonfiglio, *Corruptio servi*, cit., p. 24, nota 40, cui più in generale rinvio per la definizione della nozione di *persuadere* (cfr. p. 19 e ss.) e per la casistica del *persuadere ut deteriorem faceret* (cfr. p. 24 e ss.). Più in generale, sulle caratteristiche dell'azione v., per un rapido quadro di sintesi, Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, cit., p. 155.

[37] Cfr. D. 11, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Qui servum servam alienum alienam recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo'*. D. 11, 3, 1, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*): *…nam et bonum consilium quis dando potest suadere et malum: et ideo praetor adiecit 'dolo malo, quo eum deteriorem faceret': neque enim delinquit, nisi qui tale aliquid servo persuadet, ex quo eum faciat deteriorem. qui igitur servum sollicitat ad aliquid vel faciendum vel cogitandum improbe, hic videtur hoc edicto notari*. Quest'ultimo testo è stato invero a più riprese sospettato: cfr. Albanese, *Actio servi corrupti*, cit., pp. 17-18 e G. Longo, *D. 11, 3*, in *BIDR* 64, 1961, p. 202. Per la sua sostanziale genuinità cfr. tuttavia Bonfiglio, *Corruptio servi*, cit., p. 21 e ss., che avanza dubbi esclusivamente sulla chiusa «*qui-notari*» (cfr. p. 23).

[38] Cfr. D. 11, 3, 3 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Dolo malo adiecto calliditatem notat praetor eius qui persuadet: ceterum si quis sine dolo deteriorem fecerit, non notatur, et si lusus gratia fecit, non tenetur*. Per la sostanziale genuinità dell'intero testo v. da ultimo Bonfiglio, *Corruptio servi*, cit., pp. 65-66. Diversamente per la parte «*ceterum-tenetur*» che sarebbe scontata e quindi inutile nell'economia della trattazione ulpianea cfr. Albanese, *Actio servi corrupti*, cit., pp. 36-37 e Longo, *D. 11, 3*, cit., p. 205. Con riferimento ad uno specifico caso di 'deterioramento materiale', non a caso coerentemente trattato subito di seguito, si precisava inoltre che chi avesse indotto l'altrui comportamento fosse tenuto con l'*actio servi corrupti* solo se si potesse appunto dire che avesse agito *dolo malo*, cfr. D. 11, 3, 3, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Unde quaeritur, si quis servo alieno suaserit in tectum ascendere vel in puteum descendere et ille parens ascenderit vel descenderit et ceciderit crusque vel*

deve infine ancora aggiungere che la giurisprudenza da parte sua richiese in via interpretativa la presenza dell'elemento del dolo anche con riferimento alla fattispecie del *recipere* e all'ipotesi – tuttavia incerta e assai discussa – in cui l'attività illecita avesse avuto come oggetto un servo ritenuto libero[39].

Considerazioni non dissimili devono farsi anche con riferimento alla predisposizione ad opera del pretore di un'azione nel *quantum* del danno subito («*id quod interfuit*») a beneficio di chi fosse stato danneggiato dalle false misurazioni o dalle attribuzioni illegittimamente compiute dall'agrimensore incaricato dalle parti di risolvere una controversia tra loro insorta circa i confini della proprietà dei rispettivi fondi o nominato perito in una vendita o in una divisione (E.P. § 89)[40]. A questo proposito che la responsabilità del *mensor*

---

quid aliud fregerit vel perierit, an teneatur: et si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur, si dolo malo, tenebitur. Per la possibilità che la frase finale «*et si-tenebitur*» sia, per la sua ovvietà, dovuta ad una alterazione v. ancora Albanese, *Actio servi corrupti*, cit., p. 32, nota 39.

[39] Cfr. D. 11, 3, 5 pr.-1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Doli verbum etiam ad eum qui recepit referendum est, ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo recepit: ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit vel humanitate vel misericordia ductus vel alia probata atque iusta ratione, non tenebitur.* 1. *Si quis dolo malo persuaserit quid servo quem liberum putabat, mihi videtur teneri eum oportere: maius enim delinquit, qui liberum putans corrumpit: et ideo, si servus fuerit, tenebitur*. Su D. 11, 3, 5 pr. e per la possibilità che anche qui la frase «*ceterum-tenebitur*» sia stata inserita dai compilatori v. Longo, *D. 11, 3*, cit., p. 205. Lo schema espositivo è tuttavia assai simile a quello di D. 11, 3, 3 pr.-1: cfr. sul punto le osservazioni della Bonfiglio, *Corruptio servi*, cit., in specie pp. 67-68. Può essere che a quest'ultimo proposito l'originale ulpianeo ritenesse invece non colpevole l'agente in ragione del principio secondo cui la convinzione di non ledere il diritto altrui esclude la punibilità: cfr. sul punto Albanese, *Actio servi corrupti*, cit., p. 40 e ss.; la circostanza è avvalorata da D. 11, 3, 1, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*) in cui si esclude l'esperibilità dell'azione nel caso opposto, quello cioè in cui la *corruptio*, benché avvenuta nei confronti di colui che si credeva servo, abbia avuto invece come oggetto un libero. In quest'ultimo caso insomma mancherebbe la legittimazione attiva, in D. 11, 3, 5, 1 rileverebbe invece la non colpevolezza di chi non sa di ledere un diritto altrui: cfr. in specie Bonfiglio, *op. cit.*, pp. 68-69.

[40] Cfr. L. Maganzani, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, Roma, 1997, in specie p. 100 e ss. Sulla previsione edittale v. anche G. Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994, p. 148 e ss., che ritiene che l'attività degli agrimensori potesse rientrare nello schema della *locatio conductio* già al momento della formulazione della previsione edittale e che pertanto l'azione *in factum* contro il *mensor* fosse prospettabile solo quando tale schema contrattuale non fosse intervenuto. Quanto alla possibilità che l'azione fosse con-

implicasse il dolo risulta esplicitamente dal commento ulpianeo (cfr. D. 11, 6, 1, 1)[41] e appare del resto confermato da un passo del commentario edittale di Paolo a proposito della previsione di un'analoga responsabilità da farsi valere nei confronti del *mensor* designato che avesse delegato la misurazione a chi l'avesse poi compiuta appunto dolosamente (cfr. D. 11, 6, 2, 1)[42].

---

cessa non solo nei confronti del *mensor propter iudicium adhibitus*, ma anche contro il *mensor a iudice adhibitus* v. successivamente ancora L. Maganzani, *Arpenter la terre pour le procès: la consultation technique en droit romain*, in *RIDA* 3e s. 53, 2006, p. 284 e ss. Sulle caratteristiche dell'azione v. altresì, anche in questo caso, la rapida sintesi di Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, cit., p. 154 e recentemente le osservazioni di Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, cit., p. 84 e ss. Sul *falsum modum dicere* cfr. anche, nella letteratura meno recente, E. Albertario, *Note critiche sul titolo del Digesto XI, 6 «Si mensor falsum modum dixerit»*, in *SDHI* 9, 1943, p. 27 e ss. (= *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, p. 417 e ss.). Quanto al prestigio sociale degli agrimensori romani, la cui professione rientrava nella categoria delle *artes liberales*, v. K. Visky, *Geistige Arbeit und die artes liberales*, Budapest, 1977, p. 35 e ss. Per una opinione differente v. invece C.R. Beul, *Si mensor falsum modum dixerit. Untersuchungen zu D. 11, 6 zu den Artes liberales und zum Dolus malus*, Darmstadt, 1998, p. 7 e ss. Quanto alla caduta di prestigio sociale dell'agrimensura durante l'epoca del Principato v. il quadro relativo alle fonti epigrafiche fornito da Maganzani, *Gli agrimensori nel processo privato romano*, cit., p. 40 e ss. e p. 109 e ss. Sul punto, per la possibilità che lo schema della *locatio conductio* fosse però tipico di attività modeste rimesse a persone di non elevato prestigio sociale, cfr. Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, cit., p. 27 e ss. e p. 211 e ss.

[41] Cfr. D. 11, 6, 1, 1 (Ulp. 24 *ad ed.*): *Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est…* Per la sostanziale genuinità del testo v. Coppola, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, cit., p. 157. La possibilità che il *mensor* rispondesse per colpa – salvo che non si trattasse di *culpa lata* che sappiamo equiparata al dolo – veniva del resto esplicitamente esclusa. Al proposito il commento ulpianeo così proseguiva: *…proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercede eos intervenire*. Sul punto cfr. in specie A. Wacke, *Sul concetto di «dolus» nell'actio de dolo*, in *Iura* 28, 1977, p. 33, poi sostanzialmente ripreso in *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, in *RIDA* 3e s. 27, 1980, p. 377. Quanto alla possibilità che il riferimento ai *verba edicti*, cui si fa esplicito richiamo nella parte conclusiva di D. 11, 6, 1, 1, riguardasse piuttosto la formula e che anzi la formula dell'azione contro l'agrimensore non fosse preceduta da un'apposita clausola edittale cfr. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 219.

[42] Cfr. D. 11, 6, 2, 1 (Paul. 25 *ad ed.*): *Sed si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut mensuram agri ageres et tu id Titio delegaveris et ille dolo malo quid*

Lo stesso può altresì dirsi con riguardo all'*actio sepulchri violati* (E.P. § 93), all'azione concessa cioè dal pretore contro chi, violando appunto l'altrui sepolcro, vi avesse indebitamente seppellito il cadavere di un parente o anche di un estraneo.

Anche in tal caso l'esercizio dell'azione, che – come è noto – spettava in primo luogo al titolare del *ius sepulchri* ed era concepita *in quantum* (*bonum et*) *aequum iudici videbitur*[43], presupponeva il dolo dell'agente, come è affermato dagli stessi *verba edicti* testualmente riportati nel commentario ulpianeo (cfr. D. 47, 12, 3 pr.)[44] e come è ulteriormente confermato dal commento fornito dallo stesso

---

in ea re fecerit, tu teneberis, quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti. Sul testo cfr. in particolare Wacke, *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, cit., p. 377, nota 72 (con riferimento all'utilizzazione del termine «*mandaverim*») e 73 (con riguardo invece alla frase «*quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti*»). Altri riferimenti al comportamento doloso del *mensor* sono del resto ancora presenti in D. 11, 6, 3 pr. e 4 (Ulp. 24 ad ed.): *Si duobus mandavero et ambo dolose fecerint…* 4. *Idem Pomponius scribit, si propter iudicium adhibitus mensor fraudaverit me in renuntiatione, teneri eum, si ob hoc de iudicio minus tuli: plane si a iudice adhibitus contra me renuntiaverit dolo malo, dubitat, an teneri mihi debeat? quod magis admittit*.

[43] Sull'argomento, limitandoci alla letteratura recente, cfr. in specie M. Kaser, *Zum römischen Grabrecht*, in *ZSS* 95, 1978, p. 15 e ss.; Gröschler, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, cit., p. 107 e ss. Quanto al fatto che si trattasse – quando concessa al titolare del *ius sepulchri* – di un'*actio* che prevedesse una condanna *in* (*bonum et*) *aequum* v. Paricio, *Estudio sobre las «actiones in aequum conceptae»*, cit., p. 64 e ss.

[44] Cfr. D. 47, 12, 3 pr. (Ulp. 25 *ad ed.*): *Pretor ait: 'Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur...'*. Il testo dell'editto continuava prevedendo anche che l'azione potesse essere data come popolare in mancanza di un'iniziativa processuale del titolare del *ius sepulchri*; in tal caso si prevedeva una multa nella somma fissa di centomila sesterzi: *'…si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. si quis in sepulchro dolo malo habitaverit aedificiumve aliud, quamque sepulchri causa factum sit, habuerit: in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum iudicium dabo'*. Come si nota l'elemento del dolo compariva anche con riferimento specifico al comportamento di chi «*in sepulchro… habitaverit aedificiumve aliud, quamque sepulchri causa factum sit*», circostanza che dava a sua volta luogo ad un'azione popolare nella somma di duecentomila sesterzi (così è infatti da correggere l'indicazione dei duecento aurei, così come quella dei cento aurei, entrambe risultanti dal Digesto [cfr. sul punto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3], cit., p. 228]).

giurista severiano alle parole «*dolo malo*» del testo edittale (cfr. D. 47, 12, 3, 1)[45].

Meno netto, almeno da certi punti di vista, appare invece il quadro relativo all'editto *quod publicanus vi ademerit* con cui il pretore sanzionava rapine, danneggiamenti e furti commessi in occasione delle esazioni dai pubblicani o da coloro che facessero comunque parte della *familia publicanorum* (E.P. § 183)[46].

A questo proposito si prevedeva un'azione *in factum* penale – *in duplum intra annum* e *in simplum post annum* – passivamente intrasmissibile, il cui esercizio era comunque condizionato al fatto che il pubblicano non avesse restituito quanto sottratto prima dell'inizio del processo[47].

---

[45] Cfr. D. 47, 12, 3, 1 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Prima verba ostendunt eum demum ex hoc plecti, qui dolo malo violavit. si igitur dolus absit, cessabit eiusdem…* Da ciò conseguiva anche che non potessero compiere l'illecito le persone «*doli non capaces*» come gli impuberi: *…personae igitur doli non capaces, ut admodum impuberes, item omnes, qui non animo violandi accedunt, excusati sunt.*

[46] Su tale editto cfr. da ultimo, per un quadro complessivo dei molti dubbi ricostruttivi che lo riguardano, L. Maganzani, *Pubblicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale de publicanis*, Torino, 2002, p. 184 e ss. (cui rinvio per ulteriori indicazioni bibliografiche). Nella *familia publicanorum* rientravano, come ci testimonia Ulpiano (D. 39, 4, 1, 5 [Ulp. 55 *ad ed.*]), non solo i *servi publicani*, ma anche i liberi e gli schiavi altrui «*qui publicanis in eo vectigali ministrant*». Per l'eterogeneità delle *factiones publicanorum* che sappiamo composte da liberi e da schiavi cfr. la stessa Maganzani, *ibidem*, p. 178 e p. 183. Quanto al fatto che l'azione trovasse applicazione anche nel caso di furti e danneggiamenti e per l'opinione che in D. 39, 4, 1 pr. (Ulp. 55 *ad ed.*) la frase «*item si damnum iniuria furtumve factum esse dicetur, iudicium dabo*» sia nella sostanza genuina cfr., contro una tralatizia riproposizione di ormai invecchiate ipotesi di rimaneggiamento, in specie Voci, *Note sulle azioni pretorie contro i pubblicani*, cit., p. 294 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 184).

[47] Si trattava del più importante degli editti previsti contro i pubblicani: l'altro, sicuramente attestato dalle fonti, era quello che riguardava gli illeciti compiuti dalle *familiae publicanorum*, ma non in occasione di esazioni (cfr. D. 39, 4, 12 pr.-1 [Ulp. 38 *ad ed.*]): su tale editto cfr. ampiamente Maganzani, *Pubblicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale de publicanis*, cit., p. 171 e ss., nonché Voci, *Note sulle azioni pretorie contro i pubblicani*, cit., pp. 298-299 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., pp. 188-189). È probabile che una terza previsione riguardasse specificamente le esazioni illecite (*illicite quid exigere*), come sembrerebbe documentato, per quanto riguarda le fonti giuridiche, da D. 39, 4, 6 (Mod. 2 *de poen.*): sul punto v. in specie Voci, *op. ult. cit.*, pp. 296-297(= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., pp. 187-188).

Anche in questo caso i comportamenti illeciti previsti presupponevano di norma il dolo[48], ma di tutti rispondeva in ogni caso il *publicanus*, secondo un regime che, sotto questo profilo, appare analogo a quello che sappiamo applicato nei confronti di *nautae*, *caupones* e *stabularii* per i danneggiamenti ed i furti compiuti dai loro ausiliari. A questo proposito è infatti vero che, anche per favorire l'identificazione degli eventuali colpevoli era prevista – a pena della perdita del beneficio della *noxae deditio* – l'esibizione *in iure* degli schiavi[49], ma è altrettanto vero che l'azione *in factum* era comunque concessa contro il pubblicano e che, come quelle contro *nautae*, *caupones* e *stabularii*, era *in duplum* e prescindeva comunque dai criteri di stima propri della *lex Aquilia* da un lato e dalle distinzioni che venivano fatte in tema di furto dall'altro[50].

---

[48] In questo senso, con riferimento a quanto fosse stato *vi ademptum*, v. in particolare Voci, *Note sulle azioni pretorie contro i pubblicani*, cit., p. 292 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 182), sulla base di D. 47, 8, 2, 8 (Ulp. 56 *ad ed.*) secondo cui «*qui vim facit, dolo malo fecit*». In senso contrario, per l'ipotesi – che ha avuto largo seguito nella dottrina meno recente – che possa esserci violenza senza dolo, cfr. per tutti Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, cit., p. 490. Sul punto v. anche Maganzani, *Pubblicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale de publicanis*, cit., pp. 199-200, che però – con riferimento specifico a D. 47, 8, 2, 20 (Ulp. 56 *ad ed.*) e nel quadro di un'interpretazione dell'espressione *vi adimere* come rivolta ad indicare «l'esercizio illegale dei poteri di intervento nella sfera giuridica altrui conferiti ai *publicani* dai capitolati d'appalto» (p. 198) – esclude che l'editto presupponesse «di necessità un comportamento doloso» (v. anche *ibidem*, pp. 201-202).

[49] Per l'ipotesi che l'onere di esibizione costituisse uno degli scopi principali della previsione pretoria per dare alle vittime dei comportamenti illeciti una facilitazione di prova v. Voci, *Note sulle azioni pretorie contro i pubblicani*, cit., p. 296 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 186). Come si può ricavare da D. 39, 4, 13, 3 (Gai. 13 *ad ed. prov.*), che forse riguardava l'editto sui delitti commessi dalla *familia publicanorum* (E.P. § 138) cui fa riferimento D. 39, 4, 12, 1 (Ulp. 38 *ad ed.*), il *publicanus* era esonerato dall'onere di esibizione solo in caso di morte dello schiavo: sul testo gaiano v. in specie le osservazioni di Maganzani, *Pubblicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale de publicanis*, cit., pp. 180-183, che esclude in questo caso la stessa possibilità di agire contro il pubblicano per l'estinzione dell'azione nossale.

[50] Quanto a queste ultime va osservato che, sia nel caso dell'*actio furti adversus nautas, caupones et stabularios*, sia nel caso dell'azione contro i *publicani* si otteneva una somma pari al doppio del valore della cosa sottratta. Nel caso di furto manifesto si sarebbe invece potuto teoricamente agire *in quadruplum*, ma l'attore spesso preferiva optare per l'esercizio delle azioni pretorie per le facilitazioni soprattutto sul piano della prova per esse previste: quanto alle azioni *adversus nau-*

Proprio sulla base di tali analogie non è mancato chi, come in specie il Földi[51], ha di recente ritenuto che proprio la responsabilità dei *publicani* costituisse in origine una fattispecie ricondotta al «*quasi ex maleficio teneri*», in quanto, come nel caso dell'*effusum vel deiectum*, delle *actiones adversus nautas, caupones et stabularios* e – secondo l'autore ungherese – del *positum aut suspensum*, anche il *publicanus* era chiamato a rispondere per il fatto altrui, circostanza quest'ultima individuata appunto da taluni come caratterizzante del «*quasi ex maleficio teneri*». La fattispecie sarebbe poi stata esclusa dall'elenco delle *res cottidianae* probabilmente per la progressiva diminuzione dell'importanza dei *publicani* nel sistema di riscossione delle imposte nel corso dell'età del Principato[52].

L'ipotesi appare certamente suggestiva per la forte contiguità che la responsabilità dei *publicani* presenta soprattutto rispetto alla responsabilità di *nautae*, *caupones et stabularii*, ma, in mancanza di un qualunque appiglio testuale nelle fonti, non pare condivisibile. Né basta di per sé a salvarla osservare che il catalogo delle fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*» indicate nelle *res cottidianae* e da lì confluite nelle Istituzioni imperiali, in quanto inserito in opere di carattere didattico, non aveva pretese di completezza[53].

---

tas, caupones et stabularios v. quanto si è avuto occasione di dire *supra*, cap. IV, in specie nota 94, mentre per quanto riguarda l'azione contro i *publicani* cfr., per tutti, Voci, *Note sulle azioni pretorie contro i pubblicani*, cit., p. 296 (= *Ultimi studi di diritto romano*, cit., p. 186).

[51] V. Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 427 e, soprattutto, p. 431 e ss. Per l'indicazione della responsabilità dei *publicani* come figura analoga a quella delle fattispecie rientranti nel «*quasi ex maleficio teneri*» cfr. anche O.F. Robinson, *Gaius and the Category of Quasi-Delict*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VII, Napoli, 2001, p. 124 e p. 127, che da parte sua rileva come l'esclusione dall'elenco delle *res cottidianae* «could be because they would normally fall under the governor's jurisdiction, or that of an imperial procurator».

[52] Per tale giustificazione v. Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 432; su tale aspetto v. quanto osservato in particolare da M.R. Cimma, *Ricerche sulle società di «publicani»*, Milano, 1981, p. 159 e ss.

[53] Sul punto v. gli autori citati a nota 27. Tale ipotesi è ora riproposta da Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 431 e ss., appunto anche sulla base del carattere didattico delle opere in cui è inclusa la classificazione delle figure del «*quasi ex maleficio teneri*». Nella letteratura recente, per la non esaustività degli elenchi fornitici dalle fonti, si è pronunciato anche Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 54 e ss.

Anch'io, in effetti, non mi sentirei di escludere del tutto la possibilità che almeno l'elencazione contenuta nelle *res cottidianae* fosse compiuta più col fine di puntualizzare in via esemplificativa le differenze e i punti di contatto che le singole figure individuate come fonti del «*quasi ex maleficio teneri*» presentavano rispetto ai delitti (gli illeciti erano sì perseguiti con azioni penali, ma il soggetto sanzionato non si poteva di norma indicare come autore di un delitto e comunque per lo più non era neppure l'autore materiale dell'illecito) che con l'intento di fornirne una classificazione esaustiva[54].

Ciò riconosciuto tuttavia, a mio avviso, non altrettanto può dirsi – anche per quanto detto sopra – nell'ottica giustinianea e d'altra parte l'ipotesi che la responsabilità dei *publicani* possa essere stata in qualche tempo inquadrata nel «*quasi ex maleficio teneri*» – oltre a poggiare sull'eventualità, indimostrata allo stato delle fonti, che la categoria preesistesse all'elaborazione dell'autore delle *res cottidianae* – richiede comunque una verifica attenta e stringente del presupposto teorico che la giustifica.

---

[54] In questo senso è significativo che nell'elenco delle *res cottidianae* manchi menzione dell'editto *de feris* (E.P. § 295) che, anche al di là delle assonanze stilistiche e formali con l'*edictum de positis* (v. *supra*, cap. III, nota 9), prospettava una responsabilità non dissimile da quella prevista per l'*effusum vel deiectum*: si trattava tuttavia di una fattispecie di minore importanza e soprattutto contemplata non nell'editto pretorio, ma in quello edilizio; sul punto, per tale motivazione in quanto all'esclusione della fattispecie dall'elenco del «*quasi ex maleficio teneri*», cfr. Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 55 e ss., che sottolinea altresì che, inserendo tale ulteriore fattispecie, si sarebbe alterato l'equilibrio numerico rispetto ai quattro esempi in cui si era invece tenuti *quasi ex contractu* (cfr. D. 44, 7, 5 pr.-3). Su quest'ultimo aspetto v. però Burdese, *Rec.* a Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 450, cui da parte mia aggiungerei che il gusto delle simmetrie è, come abbiamo visto, proprio dei giustinianei (v. *supra*, nota 11) e non del testo delle *res cottidianae*. Quanto rilevato mi pare comunque decisivo per escludere che la menzione della fattispecie in questione fosse nell'elenco originario, a meno di non ipotizzare che l'elencazione dei casi del «*quasi ex maleficio teneri*» sia stato alterato, proprio con l'eliminazione della menzione della fattispecie regolata dall'editto *de feris*, all'atto della ricezione del testo nel Digesto (e dell'inserimento del suo corrispondente nelle Istituzioni), circostanza a sua volta a mio avviso non probabile perché in I. 3, 27 le figure di *obligationes quasi ex contractu* sono – come è noto – sei e non quattro.

4. *Le ipotesi formulate dalla dottrina riguardo alle caratteristiche comuni (continua): la responsabilità per fatto altrui*

È pertanto da domandarsi se possa essere accolta l'idea, riproposta nello stesso contesto dal Földi, di individuare l'elemento aggregante del «*quasi ex maleficio teneri*» nella responsabilità per fatto altrui[55]. Si tratta di una ipotesi che pare avere un riscontro testuale per quanto concerne la responsabilità per *effusum vel deiectum* in relazione alla quale appunto si dice che l'*habitator* è tenuto *quasi ex maleficio* «*quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi*» (cfr. D. 44, 7, 5, 5).

Altrettanto – e più nettamente – può dirsi per la responsabilità degli *exercitores* nel caso delle *actiones damni* e *furti in factum* a proposito delle quali lo stesso testo delle *res cottidianae* afferma che l'*exercitor* «*quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret*» (cfr. D. 44, 7, 5, 6)[56].

---

[55] Cfr. Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 421 e ss., nonché, per un accenno, recentemente Giusto, *Litem suam facere*, cit., p. 412. Si tratta di un'ipotesi che fu già accennata, nella dottrina moderna, da B. Kübler, *Die Haftung für Verschulden bei kontraksähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, in *ZSS* 39, 1918, p. 218 e ss. e già prima da Schulz, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, cit., p. 36 e ss. A una conclusione simile perviene anche Stojcevic, *Sur le caractère des quasi-délicts en droit romani*, cit., p. 73, circostanza tanto più significativa perché ciò avviene con specifico riferimento alla fattispecie del *iudex qui litem suam facit* (v. *infra* nel testo e nota 65). Si può altresì ricordare che nella moderna dottrina civilistica tedesca è riproposta da Ch. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, München, 1996, p. 8 e p. 109.

[56] Con particolare riferimento a D. 44, 7, 5, 5 e 6, v. per tutti Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie p. 109 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., pp. 31-32). Quanto alla responsabilità dell'*exercitor* v. anche D. 4, 9, 7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit…* (v. *supra*, cap. IV, in specie p. 211). Si può aggiungere (per quanto l'ipotesi non mi convinca appieno, v. *supra*, cap. IV, nota 12) che l'esclusione della responsabilità *quasi ex maleficio* nel caso di illeciti compiuti personalmente dall'*exercitor* sarebbe secondo Fercia, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 364-365, non originaria, ma piuttosto da ricondurre alla 'Geistesart' dei giustinianei.

La circostanza è certamente significativa e, almeno secondo alcuni, troverebbe conferma nella già ricordata tendenza a polarizzare anche la responsabilità per *positum aut suspensum* nella persona dell'*habitator*, tendenza che, anche in virtù della distinzione introdotta in via interpretativa tra *qui posuit* e *qui positum habuit*, comportò che il *positum habens* fosse di norma chiamato a rispondere anche per il fatto di *qui posuit*. Da qui l'ipotesi che l'*habitator* potesse essere tenuto per un «*positum habere* objectivo», costruzione che implica appunto che costui potesse a sua volta rispondere per un altro, tanto più – è stato osservato – che spesso poteva esistere un rapporto giuridico tra il *positum habens* e *qui posuit*[57].

Contro tale ipotesi, che ha dalla sua anche un dato d'esperienza e cioè che in concreto effettivamente l'*habitator* e l'*exercitor* per lo più rispondevano per fatto altrui, possono tuttavia addursi due argomenti. Il primo è di carattere testuale e si legge tra le pieghe del confronto tra i due squarci delle *res cottidianae* sopra riportati e relativi rispettivamente alla responsabilità dell'*habitator* e degli *exercitores*. Di questi ultimi – come sappiamo – si dice infatti che non rispondevano *quasi ex maleficio* altro che nel caso in cui l'illecito fosse stato commesso da uno dei loro ausiliari e che altrimenti, nel caso del furto o del danneggiamento riconducibili direttamente all'*exercitor*, si sarebbe piuttosto trattato di responsabilità di cui costui avrebbe dovuto rispondere propriamente *ex maleficio*[58]. Nonostante le

[57] A quest'ultimo proposito cfr. Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 426, che sottolinea come il *positum habens* potesse rispondere, in linea di principio, per un altro *qui posuit*. Per l'idea che l'*habitator* potesse essere tenuto per un «*positum habere* objectivo» cfr. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 118. Che anche per *positum aut suspensum* si fosse tenuti essenzialmente per fatto altrui è sostenuto, sulla base dell'espressione «*cui similis est*» contenuta in D. 44, 7, 5, 5 e in I. 4, 5, 1, anche da Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 193, nota 66. Tali opinioni non mi paiono tuttavia, nel complesso, pienamente soddisfacenti tenendo conto che il *positum habens* risponde invece per lo più per fatto proprio o perché è colui a cui è direttamente riconducibile l'atto del *ponere* o perché è comunque chi possa individuarsi come colui che ha tollerato, pur potendovisi opporre, la condotta altrui: sul punto cfr. più ampiamente *supra*, p. 274 e nota 17.

[58] Per l'opinione che ciò dimostri che l'elencazione compiuta dalle *res cottidianae* abbia un suo fondamento logico e non sia il semplice risultato di un'elaborazione artificiosa cfr. Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., p. 717, nota 124. Una spiegazione dell'affermazione contenuta nei testi in esame si

due fattispecie vengano a questo proposito spesso affiancate, con riferimento alla responsabilità dell'*habitator* la situazione è invece espressa con una sfumatura, a ben vedere, diversa. A proposito della responsabilità per *effusum vel deiectum* sembra infatti piuttosto volersi avvalorare l'idea che l'*habitator,* in quanto chiamato a rispondere «*plerumque ob alterius culpam*», risultasse «*non proprie ex maleficio obligatus*», il che, se da un lato parrebbe voler affermare che l'essere tenuti per colpa altrui non consentiva di ricondurre la fattispecie al *maleficium*, tuttavia dall'altro non escludeva che l'*habitator* rispondesse *quasi ex maleficio* anche nel caso, pur forse meno frequente nella pratica, in cui il comportamento lesivo – al contrario di quanto espressamente si dice per gli *exercitores* – fosse piuttosto a lui stesso riconducibile e non ad altri[59].

---

può individuare altresì nel fatto che, se l'autore dell'illecito fosse stato l'*exercitor* (e come tale fosse stato individuato), a lui stesso si sarebbe potuta accollare una responsabilità di tipo delittuale che la parte lesa avrebbe potuto far valere ricorrendo, piuttosto che alle azioni pretorie, alle apposite azioni civili e cioè, a seconda delle circostanze, all'*actio legis Aquiliae* e all'*actio furti*.

[59] Sotto questo profilo si può dire che il testo di D. 47, 7, 5, 5 riporti al «*quasi ex maleficio teneri*» un comportamento in cui si individua una colpa, non importa se di colui che è tenuto responsabile o altrui: per uno spunto in questo senso Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, cit., p. 1112. Si può aggiungere che la discrasia riscontrabile nel testo delle *res cottidianae* appare tanto più stridente se si rivolga l'attenzione alla circostanza che le *actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, per la formulazione ambivalente delle prescrizioni edittali (che facevano riferimento congiunto agli illeciti commessi dagli *exercitores* o dai loro ausiliari), non implicavano di norma l'individuazione in concreto di un *certus homo* come responsabile dell'illecito e si limitavano a richiedere che quest'ultimo fosse stato compiuto «nell'area materiale della responsabilità (*navis*, *caupona*, *stabulum*)» individuata nella previsione edittale, per chiamare comunque a risponderne l'*exercitor navis*, *cauponae aut stabuli* (cfr. D. 47, 5, 1 pr. [Ulp. 38 *ad ed.*] su cui v. *supra*, cap. IV, p. 203 e ss.). Al contrario non altrettanto può dirsi per la responsabilità per *effusum vel deiectum* da cui l'*habitator*, contro il quale si fosse rivolto il danneggiato, sarebbe potuto rimanere eventualmente indenne, almeno sul piano economico, rivalendosi nei confronti dell'effettivo responsabile mediante un'azione *in factum* di regresso qualora costui fosse stato appunto identificato (cfr. D. 9, 3, 5, 4 [Ulp. 23 *ad ed.*] su cui v. *supra*, cap. II, p. 99 e ss.). Insomma la responsabilità per fatto altrui che sembrerebbe esser posta come elemento caratterizzante della categoria o non risultava nei fatti accertata (è il caso delle *actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios*) o tale poteva essere, ma in relazione ad una fattispecie come quella dell'*effusum vel deiectum* per cui comunque l'*habitator* era chiamato a

A tale argomento se ne aggiunge un altro, ancor più rilevante e a mio avviso decisivo. Va infatti notato che, nell'ottica ricostruttiva volta a ricondurre al «*quasi ex maleficio teneri*» esclusivamente fattispecie di responsabilità per fatto altrui, si pone – al di là dei molti dubbi che pure a mio avviso suscita in questo senso il *positum aut suspensum* – come del tutto anomalo il caso del *iudex qui litem suam facit* che certamente non può configurare un caso di responsabilità qualificabile come tale[60]. Del resto, di fronte alla testimonianza univoca delle fonti – che non distinguono le quattro fattispecie sotto questo profilo –, non credo neppure che si possa accedere all'idea di coloro che, per superare l'*empasse*, tendono a dividere le figure del «*quasi ex maleficio teneri*» in due gruppi, separando la responsabilità del giudice dalle fattispecie in cui appare eventualmente configurabile una responsabilità per fatto altrui[61].

Nello stesso ordine di idee risulta a mio avviso troppo comodo cedere alla tentazione di espungere di conseguenza il *litem suam facere* dal catalogo delle fonti del «*quasi ex maleficio teneri*», come pure recentemente è stato ipotizzato dallo stesso Földi che ha da parte sua ritenuto che la responsabilità del *iudex* sia stata inserita nella categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*» solo dai giustinianei, in sostituzione di quella dei *publicani* che sarebbe stata piuttosto accolta, da Gaio o da qualcun altro, nell'elenco originario[62]. L'ipotesi non è del tutto nuova e, pur manifestando

---

rispondere almeno 'in prima battuta' a prescindere dal fatto che il comportamento lesivo fosse o no a lui stesso materialmente riconducibile.

[60] Questo aspetto è giustamente sottolineato in particolare da Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., p. 718. Sul punto v. anche, per un accenno, Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 194. Da ultimo il problema è rilevato dal Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., pp. 422-423, cui rinvio per un quadro di sintesi delle varie soluzioni – spesso artificiose – prospettate dalla dottrina per risolverlo.

[61] Spunti in questo senso, come rilevato dal Földi (cfr. nota precedente), oltre che già in Piacentino (cfr. *Summa Institutionum*, 4, 5), si possono riscontrare, nella letteratura romanistica, in A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II, Halle, 1900, p. 50, e, recentemente, in Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 109 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 32).

[62] Cfr. Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., pp. 431-432, che ritiene che l'inserimento, appunto a suo avviso compiuto dai giustinianei, sia avve-

una certa qual spregiudicatezza nel porsi di fronte alla testimonianza delle fonti, trova un illustre precedente in quanto già sostenne Hugues Doneau, che a sua volta riteneva piuttosto di poter ricondurre la figura del *litem suam facere* alla categoria dei delitti[63]. L'autorevolezza dei suoi sostenitori (e di Doneau in particolare, che tuttavia ragionava in un'altra epoca e con un'altra mentalità rispetto all'autore delle *res cottidianae* e agli stessi compilatori) non comporta però ovviamente che l'ipotesi debba essere condivisa, soprattutto se si rifletta sul fatto che la precedenza data alla fattispecie del *iudex* nell'elencazione presente nelle fonti sembrerebbe invece deporre a favore dell'idea che proprio il *litem suam facere* possa aver costituito il prototipo del «*quasi ex maleficio teneri*» e che piuttosto le altre ipotesi vi siano state assimilate[64].

Insomma, a guardar bene, gli argomenti che possono essere addotti contro l'opinione che il «*quasi ex maleficio teneri*» sia stato individuato come polo di aggregazione di fattispecie in cui si rispondeva per fatto altrui sono a mio avviso troppo forti e sicuri perché di essi ci si possa sbarazzare con leggerezza. In quest'ottica appare del resto forzante, anche sotto questo profilo, l'opinione di chi – con una sfumatura appena diversa – ha ritenuto che l'elemento caratterizzante del «*quasi ex maleficio teneri*» sia da individuare, piuttosto che nella responsabilità per fatto altrui, nel concetto di responsabilità sostitutiva che, nella sua maggiore genericità, potrebbe in qualche modo adattarsi anche alla fattispecie del *litem suam facere*. Anche il *iudex* – a causa del danno procurato dal suo comportamento – assumerebbe infatti su di sé una responsabilità che altrimenti sarebbe ricaduta su una delle parti (in questo senso farebbe dunque sua la lite,

---

nuto per scopi pratici e didattici, determinando un grave errore di prospettiva rispetto alla concezione originaria del «*quasi ex maleficio teneri*».

[63] Cfr. H. Donelli, *Commentariorum de iure civili*, [lib. 15, cap. 28, n. 8 e lib. 15, cap. 43, n. 13], in *Opera omnia*, IV, Lucae, 1764, rispettivamente c. 235 e ss. e cc. 445-446. Si può aggiungere che Doneau, nell'ambito dei superstiti quasi delitti, distinse le ipotesi di semplice provocazione del pericolo (*positum aut suspensum*) da quelle che comportavano invece responsabilità per fatto altrui: cfr. *Commentariorum de iure civili*, [lib. 15, cap. 43, n. 3], in *Opera omnia*, IV, cit., cc. 435-436.

[64] In questo senso cfr. in specie Stein, *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, cit., p. 567 e ss. (= *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, cit., p. 369 e ss.). Nella stessa linea di pensiero v., più di recente, anche Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, cit., p. 719, nota 128.

sostituendosi cioè, in questi termini, alla originaria responsabilità di una delle parti in causa)[65].

Tale argomentazione appare però debole: rimane secondo me vero il fatto che la responsabilità del *iudex* non può essere ritenuta – come avviene in una qualche misura anche aderendo all'ipotesi della responsabilità sostitutiva – marginale e atipica nella formulazione del *genus* del «*quasi ex maleficio teneri*». A mio sommesso avviso considerare quest'ultimo come essenzialmente derivato da responsabilità per fatto altrui comporta una non corretta impostazione del problema, così come risolverlo attraverso la nozione di responsabilità sostitutiva pare francamente poco meno di un artificio.

5. *Le ipotesi formulate dalla dottrina riguardo alle caratteristiche comuni (continua): la c.d. responsabilità oggettiva*

Per valutare gli elementi di aggregazione fra le quattro figure del «*quasi ex maleficio teneri*» bisogna dunque rivolgere lo sguardo altrove. In quest'ottica alcuni autori hanno indirizzato la propria attenzione alla configurazione della responsabilità quale risulta dalle disposizioni edittali. Si è infatti sostenuto che le quattro fattispecie ricondotte al «*quasi ex maleficio teneri*» si caratterizzano tutte per essere originariamente fondate su una responsabilità che – con terminologia che appare, come abbiamo sottolineato, non troppo felice – viene comunemente definita 'oggettiva'[66].

---

[65] Cfr. a questo proposito W.W. Buckland, A *textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*[3] (a cura di P. Stein), Cambridge, 1963, p. 599, che ritiene che di «vicarious liability» si possa parlare, come risulterebbe dalla denominazione della fattispecie, anche al caso del *litem suam facere*. In questo senso v. sostanzialmente anche Stojcevic, *Sur le caractère des quasi-délicts en droit romain*, cit., p. 73. Contro tale ipotesi, con riferimento specifico al *positum aut suspensum*, v. le osservazioni di Watson, *Studies in Roman Private Law*, cit., p. 329.

[66] Sul punto, quanto all'ambiguità della nozione di responsabilità 'oggettiva', v. quanto detto *supra*, cap. I, nota 3 e cap. II, nota 12, con riferimento, in particolare alle osservazioni di Cannata, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, cit., p. 17 e ss. Quanto ai sostenitori dell'ipotesi in questione cfr. Stein, *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, cit., p. 563 e ss. (= *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, cit., p. 367 e ss.); Gordon, *The Roman Class of Quasi-delicts*, cit., p. 303 e ss.; Hochstein, *Obligationes quasi ex delicto. Untersu-*

Per quanto ben poco se ne sappia, se è vero che la formula concessa dal pretore contro il *iudex qui litem suam fecit* doveva avere una *intentio* che nella sua genericità la rendeva compatibile con una pluralità di condotte, parrebbe tuttavia altrettanto vero che nella sua configurazione originaria il *litem suam facere* consistesse anzitutto nell'omissione da parte del giudice di attività processuali o comunque nel mancato rispetto di regole inerenti al processo. Si trattava di circostanze che – si è detto – lo rendevano responsabile in relazione alla particolare natura dell'ufficio ricoperto e pertanto indipendentemente dalla qualificazione dell'elemento 'soggettivo' che avesse eventualmente caratterizzato tali comportamenti. Del resto l'elemento psicologico rimaneva solo implicitamente sotteso al comportamento del giudice ancora in Gai. 4, 52 che pure individuava un'ipotesi ulteriore di *litem suam facere* nel caso in cui il giudice avesse emanato una sentenza esorbitando i poteri attribuitigli nel decreto pretorio ed emerge, nei termini che sappiamo, solo nel testo delle *res cottidianae* (cfr. D. 44, 7, 5, 4) e nel discusso passo dei libri *ad edictum* ulpianei riprodotto in D. 5, 1, 15, 1[67].

Anche la responsabilità di *habitatores* ed *exercitores* era almeno in origine fondata – forse anche per rendere più efficace il sistema sanzionatorio – su criteri di natura essenzialmente 'oggettiva', prevedendo, come ben sappiamo, l'individuazione in via automatica del

---

chung zur dogmengeschichtlichen Entwicklung verschuldensunabhängiger Deliktshaftung unter besonderer Berücksichtigung des 16. bis 18. Jahrhunderts, cit., p. 27 e ss.; Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 192 e ss.; d'Ors, «*Litem suam facere*», cit., in specie p. 394; Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., in particolare pp. 159-160; Giusto, *Litem suam facere*, cit., p. 412 (con particolare riferimento alla fattispecie del *iudex*); sul punto v. anche Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 47 e ss. nonché p. 59 e ss., che ritiene che l'elemento di aggregazione in base alla responsabilità 'oggettiva' sia stato originariamente individuato in un'opera classica e da lì recepito, acriticamente, in epoca postclassica, nelle *res cottidianae* che avrebbero appunto utilizzato al proposito la terminologia «*quasi ex maleficio teneri*». Nello stessso ordine di idee anche Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., pp. 208-209 e in specie nota 564.

[67] Sulle teorie 'oggettivistiche' circa la responsabilità del *iudex qui litem suam facit* v. *supra*, cap. I, nota 3. Sulle vicende dell'emersione dell'elemento 'soggettivo' con riferimento alla fattispecie del *litem suam facere* cfr. quanto più in dettaglio si è avuto occasione di dire *supra*, cap. I, p. 15 e ss., nonché p. 20 e ss. con riferimento specifico a D. 5, 1, 15, 1. Quanto agli sviluppi successivi, con riguardo alle fonti giuridiche, cfr. anche p. 55 e ss. e, per un quadro di sintesi, p. 75 e ss.

soggetto tenuto, indipendentemente dalla circostanza che a lui potesse essere direttamente imputabile il comportamento sanzionato[68]. A questo proposito, a tacer d'altro, è anzi significativo che in relazione all'*effusum vel deiectum* la previsione edittale prendesse essenzialmente in considerazione il fatto dannoso (cfr. D. 9, 3, 1 pr.: …'*Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit…*') senza affatto soffermarsi sull'autore dell'illecito e ciò a tal punto che l'elaborazione giurisprudenziale poté successivamente spingersi fino a non distinguere fra danno prodotto da persone e danno determinato invece da cose senza un diretto intervento umano (in questo senso appare emblematico quanto detto in D. 9, 3, 1, 3: *…proinde et si quid pendens effusum sit, quamvis nemo hoc effuderit, edictum tamen locum habere dicendum est*)[69].

Qualcosa di analogo avviene del resto in relazione alle *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, anche se in esse la lesione dell'interesse tutelato appare più chiaramente come cagionata dal fatto dell'uomo. Anche in questo caso l'*exercitor* era infatti tenuto responsabile sulla base di una previsione che prescindeva dall'elemento 'soggettivo' (come – secondo unanime dottrina – risulta dal «*suo periculo adhibuerit*» di D. 4, 9, 7 pr.). A ciò si può aggiungere che anzi le fonti a nostra disposizione attestano che la descrizione della fattispecie veniva talvolta compiuta dai giuristi quasi come se il furto o il danno verificatosi *in nave*, *in caupona* o *in stabulo* non fossero a loro volta direttamente e immediatamente riconducibili ad un comportamento umano (cfr. ad

[68] In questo senso v. tra gli altri Stein, *The nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law*, cit., p. 570 (= *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*, cit., pp. 371-372), che parla a questo proposito di responsabilità senza colpa (cfr., per l'*effusum vel deiectum*, D. 9, 3, 1, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *…nec adicitur culpae mentio…*). Sul punto cfr. anche Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., in specie pp. 192-194. Per l'interpretazione del «*suo periculo adhibuerit*» quale possibile fondamento della responsabilità degli *exercitores*, in quanto volto ad esprimere «un rischio collegato ad un'attività» cfr. inoltre, in specie, Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 103 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 26).

[69] Sulla previsione edittale contenuta in D. 9, 3, 1 pr. e sull'interpretazione volta ad estendere (v. D. 9, 3, 1, 3) l'applicabilità di quanto statuito in materia di *effusum vel deiectum* anche al *positum aut suspensum* che fosse caduto provocando un danno cfr. rispettivamente *supra*, cap. II, p. 92 e ss. e cap. III, pp. 173-174.

esempio D. 47, 5, 1, 3: *Cum enim in caupona vel in navi res perit…*, nonché ancora D. 47, 2, 42 pr.: *Si servus navem exerceat non voluntate domini, de eo, quod ibi perit…*)[70].

Del resto anche la responsabilità per *positum aut suspensum*, per quanto a mio avviso non riconducibile ad un mero fatto oggettivo, posto che comunque il comportamento sanzionato implicava di per sé la coscienza della situazione di pericolo cagionata (e ciò sia in relazione al *quis* dell'editto, sia alla persona dell'*habitator* o eventualmente del *dominus aedis*), doveva comunque prescindere da ogni indagine riguardo all'elemento 'soggettivo' (eventualmente per lo più configurabile sotto il profilo della colpa)[71].

Alla luce di tutto ciò sembra dunque che si possa concludere che, almeno per quanto riguarda la loro configurazione originaria così come fissata nelle previsioni edittali, le quattro fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*» presentino in effetti un elemento che le avvicina: l'essere costituite da situazioni che implicavano tutte una responsabilità collegata ad una particolare posizione obiettiva in cui si trovava il soggetto chiamato a risponderne, benché ciò non sempre comportasse necessariamente la mancanza di un nesso personale di causalità idoneo a ricollegare in via diretta il fatto a colui che era tenuto responsabile. Quest'ultimo aspetto è particolarmente evidente soprattutto nel caso del *iudex qui litem suam facit* e, almeno per certi versi, anche in quello del *positum aut suspensum*, fattispecie in cui rimane comunque ravvisabile la responsabilità diretta e non mediata non solo di *qui posuit*, ma anche del *positum habens* per il comportamento illecito sanzionato dall'editto[72].

---

[70] Per questa osservazione cfr. in particolare Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 101-102 (= *La responsabilità per fatto altrui nel diritto romano*, cit., p. 25).

[71] Sulla responsabilità per *positum aut suspensum* cfr. quanto già detto *supra*, cap. III, note 17 e 56 e ancora in questo cap., p. 274 e p. 293. Entro questi limiti – ma solo in questi limiti – mi pare possa essere accolta l'ipotesi di Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 193, nota 66, circa la possibilità che anche per *positum aut suspensum* si fosse tenuti a titolo di responsabilità 'oggettiva' sulla base del collegamento con la fattispecie dell'*effusum vel deiectum* realizzato attraverso l'espressione «*cui similis est*» contenuta in D. 44, 7, 5, 5 e in I. 4, 5, 1.

[72] Cfr. in particolare Burdese, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 458, che prende in questi termini giustamente le distanze dalla più

6. *Il quadro conclusivo: la probabile origine classica del* «quasi ex maleficio teneri» *e il* Leitmotiv *dell'assenza di piena colpevolezza e della presenza di un alcunché di colpa*

Se dunque, guardando alle previsioni edittali, è forse possibile individuare il fattore 'agglutinante', delle quattro fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*» in quel tipo di responsabilità che viene di norma identificata come 'oggettiva', è tuttavia vero che altrettanto si potrebbe dire – come abbiamo avuto modo di vedere – per l'elemento della colpa che, nelle sue varie caratterizzazioni, sembra a sua volta costituire, almeno nell'ottica giustinianea, il comune denominatore, per così dire in positivo, delle fattispecie inserite nella categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*»[73].

La questione dunque, posta in questi termini, parrebbe proiettarsi in due diverse dimensioni temporali, potendo conseguentemente ricevere diverse risposte in relazione alle diverse visuali da cui la si affronta. Altro è insomma guardarla nel momento in cui le quattro fattispecie trovarono spazio nell'editto pretorio (ragionevolmente, quale prima quale dopo, fra la metà del II e la metà del I secolo a.C.), altro dirigere l'attenzione al punto d'arrivo finale costituito dal diritto giustinianeo. Tuttavia la questione risulta complicata dal fatto che né l'uno né l'altro dei punti di visuale prospettati appare quello corretto, dato che deve considerarsi ragionevolmente certo che la classificazione delle fattispecie rientranti nel «*quasi ex maleficio teneri*» – in quanto contenuta nelle *res cottidianae* – si sia comunque formata in un momento intermedio tra quelli appena indi-

---

radicale presa di posizione assunta, sulla scia del D'Ors, «*Litem suam facere*», cit., p. 394, da una parte almeno della dottrina spagnola.

[73] Più esattamente si dovrebbe dire che per i bizantini erano considerati quasi delitti gli illeciti non dolosi o che comunque non potevano essere ritenuti tipicamente dolosi. Quanto all'elemento della colpa va osservato che, per quanto riguarda la responsabilità dell'*habitator* e dell'*exercitor*, la prima veniva sanzionata sulla base di una presunzione che potremmo forse definire relativa (cfr. D. 9, 3, 1, 4 [Ulp. 23 *ad ed.*] su cui *supra*, cap. II, nota 30), mentre la seconda veniva invece, a quanto pare, prevista sulla base di una presunzione assoluta, in un quadro in cui (v. *supra*, cap. IV, p. 239 e nota 103) la stessa differenza tra *culpa in eligendo* e *culpa in habendo/utendo/adhibendo* si esprime essenzialmente nella distinzione tra una responsabilità per colpa pur sempre suscettibile di concreto accertamento e una analoga responsabilità sottratta appunto a specifica prova.

viduati, anche se difficilmente collocabile con precisione per le note incertezze circa l'attribuzione e la datazione dell'opera[74].

A ciò si aggiunge che non sappiamo neppure esattamente quando si sia manifestato il processo di 'soggettivizzazione' di cui sono testimoni le fonti inserite nelle Istituzioni e nel Digesto. Con riferimento a quelle contenute nella raccolta di *iura* si può tuttavia a mio avviso ipotizzare che, a differenza di quanto ritenuto da una diffusa *communis opinio*, l'emersione dell'elemento 'soggettivo' nelle varie figure inquadrate nel «*quasi ex maleficio teneri*» – sia pure come semplice giustificazione *a posteriori* di un regime sostanzialmente immutato – sia riconducibile a quelle stesse fonti dell'ultima giurisprudenza classica che ce la documentano, tenuto anche conto della possibilità di far risalire più in generale lo stesso affacciarsi della nozione di *culpa* già nell'ambito dell'elaborazione della giurisprudenza tardo-repubblicana che la configurò – come è noto – con riferimento alla colpa aquiliana[75].

---

[74] La letteratura al proposito è – come noto – amplissima: per una rassegna di quella meno recente faccio rinvio a Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., pp. 84-86, note 2-4, mentre, per una più recente indicazione bibliografica di base, cfr. anche Földi, *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, cit., p. 415, nota 7. Si può comunque qui rilevare che quanto alla classicità dell'opera – e per certi versi anche per la sua attribuzione a Gaio – la dottrina recente è assai meno scettica che in passato. Se anche forse non si può convenire con l'ottimismo di A. Honoré, *Gaius*, Oxford, 1962, in specie p. 69 e pp. 113-116, che ritenne di collocare la redazione dell'opera intorno agli anni Settanta del II secolo d.C. e di poterla, sulla base di elementi linguistici, attribuire all'autore delle *Institutiones*, rimane diffusa l'opinione che le *res cottidianae* corrispondano ad un'evoluzione del pensiero gaiano e ad una maturazione dell'impianto espositivo rispetto ai quattro commentari delle Istituzioni. Per citare alcune autorevoli prese di posizione recenti ricordo al proposito, tra gli altri, H.L.W. Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981, p. 117 e ss.; M. Bretone, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*[3], Bari, 2001, p. 89; Falcone, «*Obligatio est iuris vinculum*», cit., p. 30 e ss. (e note 73-77 per ulteriori indicazioni bibliografiche). Sul punto, per una messa in discussione di questa ormai *communis opinio*, v. tuttavia Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., in specie p. 211 e ss., che, riprendendo una opinione da molti condivisa nel recente passato, ne esclude la paternità gaiana e la considera una rielaborazione posteriore, probabilmente postclassica, delle Istituzioni del giurista medioclassico.

[75] Quanto alla possibilità di far risalire l'emergere della nozione di *culpa* all'elaborazione della giurisprudenza tardo-repubblicana che la configurò appunto con riferimento alla colpa aquiliana (da cui derivò solo successivamente la nozione

Ciò nel nostro caso parrebbe valere per la responsabilità degli *habitatores* (cfr. D. 9, 3, 6, 2 [Paul. 19 *ad ed.*]: *Habitator suam suorumque culpam praestare debet*; D. 9, 3, 1, 4 [Ulp. 23 *ad ed.*]: *Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat… culpa enim penes eum est…*), degli *exercitores* (cfr. D. 4, 9, 7, 4 [Ulp. 18 *ad ed.*]: *Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpae scilicet suae qui tales adhibuit…*) e, sia pure con le dovute differenze, del *iudex* (cfr. D. 5, 1, 15, 1 [Ulp. 21 *ad ed.*]: *Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes)…*)[76].

In questo quadro il problema diventa dunque quello di valutare se l'elencazione delle figure del «*quasi ex maleficio teneri*» nelle *res cottidianae* abbia preceduto o seguito il suindicato processo e ciò sempreché quest'ultimo vada poi effettivamente posto in qualche relazione con la stessa creazione del *genus*. Nel primo caso, che presupporrebbe che la *divisio obligationum* presente nelle *res cottidianae* sia nel suo complesso sostanzialmente attribuibile a Gaio, si potrebbe immaginare che l'aggregazione delle figure del «*quasi ex maleficio teneri*» sia avvenuta in un'epoca precedente alla tendenza a far rilevare l'elemento 'soggettivo' nelle fattispecie in questione e quindi essenzialmente sulla base di quella che comunemente viene indicata come responsabilità 'oggettiva'[77]. Altrimenti, qualora si ri-

---

di colpa contrattuale), cfr. per tutti Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, cit., p. 304 e ss., nonché *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., in specie, p. 136 e ss. (= *Iura* 44, cit., p. 41 e ss.), cui si deve ancora aggiungere *Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria*, cit., p. 41. Sul punto, sostanzialmente nel senso qui sostenuto, v. ora anche Cursi, *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema dellla cosiddetta «exceptio noxalis»*, cit., pp. 670-671, nota 46.

[76] Sul punto, quanto ai testi richiamati, v. più ampiamente quanto detto rispettivamente *supra*, cap. II, p. 94 e ss.; cap. IV, p. 227 e ss.; per quanto riguarda D. 5, 1, 15, 1, anche con riferimento a D. 44, 7, 5, 4, D. 50, 13, 6 e I. 4, 5 pr. («*…utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam…*»), cfr. *supra*, cap. I, in specie p. 15 e ss.

[77] Per l'attribuzione a Gaio, tra coloro che hanno ritenuto che l'elemento aggregante delle fattispecie ricondotte al «*quasi ex maleficio teneri*» sia costituito dalla responsabilità 'oggettiva', in termini sostanzialmente coerenti, ma a mio avviso senza una completa riflessione delle complesse problematiche sottese, Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 157. Al contrario Paricio, *Los cuaside-*

tenesse invece che l'opera denunci nella *divisio obligationum* e soprattutto nella distinzione tra «*quasi ex contractu teneri*» e «*quasi ex maleficio teneri*» una revisione postclassica rispetto alla originaria bipartizione gaiana, dovremmo coerentemente ipotizzare che nell'aggregazione delle figure del «*quasi ex maleficio teneri*» sia stata non irrilevante, quanto meno per distinguerle dalle obbligazioni da delitto, proprio la tendenziale qualificazione dell'elemento 'soggettivo' sotto il profilo della colpa[78].

La soluzione del problema non può essere tuttavia ridotta in termini così schematici e, per quanto ardua, non può essere a mio avviso che cercata – e per quanto possibile trovata – all'interno della logica delle *variae causarum figurae*, una categoria ampia ed elastica, nata, come è noto, dalla crisi in cui la *solutio indebiti* aveva fatto cadere la bipartizione delle Istituzioni gaiane e alla quale venivano ricondotte una serie appunto di *figurae* che non costituivano un gruppo omogeneo, se non per avere come loro momento unificante il sorgere, «*proprio quodam iure*», da fattispecie variamente configurate e comunque dotate di propria individualità. In quest'ottica le *causae* in oggetto, che colmavano quella che doveva apparire una evidente lacuna della bipartizione contratto-delitto, si potevano ag-

---

litos. Observaciones sobre su fundamento histórico, cit., pp. 50-51 e p. 59 e ss., pur ipotizzando che il criterio unificante sia stato quello della responsabilità 'oggettiva', ritiene che l'opera abbia un'origine postclassica, ma abbia fatto tuttavia riferimento ad un modello classico in cui trovava già aggregate le fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*». Sul punto, nello stesso senso, anche Coma Fort, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 209 e nota 564.

[78] Per la tendenza della dottrina a distinguere talvolta tra l'individuazione della categoria delle *variae causarum figurae*, che sarebbe classica e la ripartizione delle obbligazioni da esse nascenti nei due gruppi del «*quasi ex contractu teneri*» e del «*quasi ex maleficio teneri*» che risalirebbe invece all'elaborazione successiva (tendenza i cui riflessi si riverberano ad esempio nelle scelte del legislatore italiano del 1942: cfr. *Relazione al Re Imperatore sul libro «Delle obbligazioni»*, n. 21: Non si è considerata la duplice figura dei quasi-contratti e dei quasi-delitti, che non ha mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale essendo ignota al diritto romano classico…) cfr. in specie le osservazioni di Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 172, che da parte sua ha però ritenuto gaiana anche la distinzione tra «*quasi ex contractu teneri*» e «*quasi ex maleficio teneri*»; sul punto, nello stesso ordine di idee, cfr. anche, in precedenza, l'opinione di Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 215 e ss.

gregare nei due gruppi del «*quasi ex contractu teneri*» e del «*quasi ex maleficio teneri*» perché partecipavano rispettivamente delle regole generali proprie delle obbligazioni da contratto o da delitto e ciò benché non si potesse certo dire che sorgessero in senso proprio rispettivamente da contratto o da delitto. Più precisamente quanto al «*quasi ex maleficio teneri*» si intese completare l'elenco degli atti illeciti sottolineando che in qualche modo erano tali anche quelli che davano luogo ad altre quattro figure, che si caratterizzavano appunto per essere sanzionate attraverso azioni penali e tuttavia – pur comportando conseguenze analoghe – non potevano ritenersi e definirsi propriamente delitti, non fosse altro che per il fatto che il responsabile era stato soltanto imprudente e anzi, come abbiamo già rilevato, spesso, almeno in talune fattispecie, poteva non essere o quasi certamente non era l'autore del fatto dannoso[79].

Credo insomma che, ammessa – come viene di norma comunemente ammessa – la sostanziale classicità della categoria delle *variae causarum figurae*, non si possa coerentemente escludere altrettanto per la successiva distinzione tra «*quasi ex contractu teneri*» e «*quasi ex maleficio teneri*» né, tanto meno, ammettere una priorità cronologica dell'uno o dell'altro gruppo[80], benché, sotto questo profilo, rimanga notevole rilevare che nel primo – nonostante le assenze – si annoverino comunque tutte figure di origine civilistica[81], mentre

[79] Per una penetrante analisi della costruzione teorica della distinzione della figure del «*quasi ex contractu teneri*» e del «*quasi ex maleficio teneri*» rispetto ai rispettivi modelli delle obbligazioni da contratto e da delitto rinvio, per tutti, ancora una volta, alle osservazioni di Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 172 e ss.

[80] Mi sembra in sostanza da escludere l'idea di una precedenza cronologica del raggruppamento delle fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*»: sulla questione cfr. tra gli altri Wołodkiewicz, Sulla *cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, cit., p. 1289, nonché, da ultimo, per l'opinione qui contrastata, in specie Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 36 e p. 61. Per un elenco delle fonti che potrebbero comunque deporre nel senso voluto da Paricio cfr. lo stesso Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 215, nota 219.

[81] Per quanto riguarda le assenze, nell'ambito delle obbligazioni da fatto lecito, cfr. in particolare M. Talamanca, s.v. *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, IV, Torino, 1989, p. 67; quanto all'as-

nel secondo si contino invece soltanto figure di origine pretoria, anche se a loro volta in qualche relazione con il *ius civile*[82]. A ciò si aggiunga che, come abbiamo visto, le fattispecie enumerate come fonti del «*quasi ex maleficio teneri*» si distinguono dalle altre tutelate con azioni penali pretorie che la dottrina ha di volta in volta ad esse assimilato anche per un altro motivo, e cioè perché tutte prescindono, quanto alla prescrizione edittale, dall'elemento 'soggettivo' ed in particolare dal dolo. In un quadro così definito le modalità dell'elencazione presente nel testo delle *res cottidianae*[83], la stessa terminologia adoperata e in particolare la visione essenzialmente processuale del fenomeno, non contraddetta dall'uso del *quasi*, sembrano a mio avviso poter costituire prova sufficientemente attendibile della sostanziale classicità della categorizzazione presente nel frammento

---

senza di azioni onorarie con riferimento a quelle rivolte alla tutela di atti leciti come ad esempio l'*actio de pecunia constituta* o quella che aveva origine nel *receptum argentarii*, cfr. lo stesso Talamanca, *Rec.* a Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 621, che ritiene che, per quanto in questo caso il carattere sostanzialmente convenzionale le spingesse verso il *contractus*, fosse però comunque difficile farle rientrare in tale nozione perché appunto tutelate solo dal pretore.

[82] Tale ultimo aspetto appare evidente non solo per le *actiones furti et damni adversus nautas, caupones et stabularios*, ma anche, forse ancor più che per il caso del *iudex qui litem suam facit*, per le *actiones de effusis vel deiectis* e, per la stretta connessione con queste ultime, per la stessa *actio de positis aut suspensis*. Quanto alla fattispecie del *iudex qui litem suam facit* per la possibilità che vi sia stata una sovrapposizione pretoria su una precedente base civilistica v. quanto si è avuto occasione di dire *supra*, cap. I, note 52, 55 e 118. Per quanto attiene invece al rapporto dell'*effusum vel deiectum* – e conseguentemente del *positum aut suspensum* – con la tutela aquiliana v. *supra*, cap. II, in specie p. 100 e nota 22; p. 137 e nota 92.

[83] A questo proposito è da rilevare come manchino quasi del tutto nel contesto classificatorio di D. 44, 7, 5, 4-6 le discipline degli illeciti e la stessa compiuta definizione dei comportamenti atti ad integrarli. In questo senso appare significativo che il testo di I. 4, 5, 1 integri il dettato di D. 44, 7, 5, 5 con quanto si può ricavare da un lato da D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) a proposito delle tre diverse azioni concesse per l'*effusum vel deiectum* in relazione alle varie tipologie del danneggiamento, dall'altro da D. 9, 3, 7 (Gai. 6 *ad ed. prov.*), con riguardo alle modalità di quantificazione del danno da ferimento. Significativo, nel senso della sostanziale genuinità di D. 44, 7, 5, 5, è poi il fatto che, nel testo che si dice tratto dalle *res cottidianae*, si precisi ancora che Giuliano non riteneva applicabile, nel caso di illecito ascrivibile ad un *filius familias*, né l'*actio de peculio*, né l'*actio noxalis*, laddove i compilatori di I. 4, 5, 2, superando l'evidente anacronismo della precisazione contenuta nel testo del Digesto, si limitano piuttosto ad affermare che «*Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem*».

conservatoci in D. 44, 7, 5[84] e ciò tanto da far apparire non azzardato il ritenere che il raggruppamento delle fattispecie riportate al «*quasi ex maleficio teneri*» sia nel complesso attribuibile alla giurisprudenza scolastica del tardo Principato[85].

Se così è, nonostante le incongruenze logiche, che in parte il testo delle *res cottidianae* effettivamente presenta e che sono state efficacemente evidenziate dal Gallo, soprattutto per la tendenza dei giustinianei a ritenere il *non proprie* e il *quasi* come sostanzialmente equivalenti, non sarei d'altra parte altrettanto sicura che l'elemento aggregante delle fattispecie ricondotte al «*quasi ex maleficio teneri*» sia stato costituito dalla mancanza di colpevolezza o altrimenti, come si dice normalmente, dalla c.d. responsabilità 'oggettiva'[86].

---

[84] Quanto alla visione processuale – testimoniata tra l'altro dalla terminologia impiegata e soprattutto dal reiterato uso del verbo *teneri* che non può che denunciare una stesura non tarda – cfr. Burdese, *Rec.* a Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*, cit., p. 450. Per quanto riguarda invece l'uso del *quasi*, in altri tempi individuato come sicuro sintomo di una matrice bizantina (cfr. Albertario, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile*, cit., p. 509 [= *Studi di diritto romano*, III, cit., p. 90] e in precedenza, dello stesso autore, *L'origine postclassica del possesso dell'usufrutto*, in *BIDR* 25, 1912, in specie, pp. 13-14), v., per limitarmi ad un unico esempio – in relazione alla classicità del quasi usufrutto –, Kaser, *Das römische Privatrecht*, I², cit., pp. 453-454. Sul punto, più in generale, con riferimento alla classicità dell'uso del *quasi* per elaborare costruzioni analogiche, cfr. le osservazioni di Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., p. 216 (con bibliografia).

[85] A questo proposito – tra gli autori che ritengono sostanzialmente attribuibili a Gaio le *res cottidianae* – si pronuncia infatti specificamente per la paternità gaiana della figura dogmatica del «*quasi ex maleficio teneri*» e dell'elenco delle fattispecie in esso rientranti, in particolare Wołodkiewicz, *Obligationes ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano classico*, cit., in specie p. 217, nonché, *Sulla cosiddetta responsabilità dei «quasi delitti» nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna*, cit., p. 1283. Quanto all'attribuzione a Gaio dell'opera di aggregazione delle figure del «*quasi ex maleficio teneri*» nell'ambito dell'articolazione della tripartizione delle fonti delle obbligazioni presente nelle *res cottidianae* v. recentemente anche Ankum, *Ulpian D. 9. 3. 5. 4: The recourse of the «habitator» against his guest who threw something down onto the street*, cit., p. 11. Per l'opinione che la classificazione, benché non gaiana, sia comunque ascrivibile alla giurisprudenza scolastica cfr. in specie le osservazioni di Th. Mayer-Maly, *«Divisio obligationum»*, in *The Irish Jurist* 2, 1967, pp. 380-381.

[86] Per le incongruenze logiche cui si accenna nel testo cfr. ampiamente le osservazioni di Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 189 e ss., che, pur ritenendo

Considerato il frammento riprodotto in D. 44, 7, 5, 4-6 nella sua interezza non credo infatti che da un lato possano attribuirsi ai giustinianei i riferimenti che il testo contiene ad una responsabilità in termini 'soggettivi' nel caso del *iudex* («*…utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam…*») e sostenere invece, per quanto riguarda la responsabilità di *habitatores* ed *exercitores*, che appartengano piuttosto al tessuto originale classico le espressioni «*plerumque ob alterius culpam tenetur*» e «*si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret*», cui sarebbe stata aggiunta la precisazione «*aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur*»[87].

A me pare insomma che il tessuto connettivo delle fattispecie inserite nel «*quasi ex maleficio teneri*» sia costruito piuttosto – in una sorta di *Leitmotiv* che caratterizza l'intero andamento di D. 44, 7, 5, 4-6 – proprio sui riferimenti da un lato all'assenza di piena colpevolezza (è essenzialmente il caso dell'*effusum vel deiectum*), dall'altro alla presenza di un alcunché di colpa (nella fattispecie dell'*exercitor* e – sia pure in forma meno definita – anche in quella del *iudex*). Tali riferimenti contraddistinguono, insieme alla comune origine pretoria (a sua volta rilevante per separarle dal *damnum iniuria datum*)[88], tutte e quattro le fattispecie del «*quasi ex maleficio tene-*

---

gaiana la distinzione tra «*quasi ex contractu teneri*» e «*quasi ex maleficio teneri*», ha tuttavia appunto ritenuto che l'elemento qualificante del «*quasi ex maleficio teneri*» fosse ancora per il diritto classico la c.d. responsabilità 'oggettiva' e non la possibilità di riscontrare una qualche colpevolezza del soggetto tenuto responsabile, elemento quest'ultimo che sarebbe stato introdotto successivamente nel tessuto espositivo originario (cfr. *ibidem*, in specie p. 197 e p. 205).

[87] Può essere riconosciuta infatti come vera la tendenza dei giustinianei «a spostare l'accento dal piano della disciplina giuridica delle obbligazioni a quello della struttura delle fattispecie che le producono» (cfr. Gallo, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, cit., p. 205), ma non mi pare che si possa rinunciare a considerare come una sorta di *Leitmotiv* della costruzione originaria proprio l'elemento della colpevolezza (diversamente *ibidem*, p. 205, nota 81), sia pure affrontato di volta in volta sotto il diverso angolo di visuale dell'assenza di piena colpevolezza o della presenza di un alcunché di colpa.

[88] L'origine pretoria delle quattro fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*» è in questo senso motivo non irrilevante della loro aggregazione: tale aspetto parrebbe ancora percepito da Theoph., *paraph.* 4, 5 pr.-3, che – sembrerebbe non a

ri», rapportandole, a ben vedere, in un *continuum* logico con le asserzioni della giurisprudenza severiana. Sotto questo profilo lo iato che divide l'ipotetico autore delle *res cottidianae* dalle prese di posizione della giurisprudenza dell'inizio del III secolo appare infatti sufficientemente esiguo per permetterci di non escludere la possibilità che la classificazione delle fattispecie del «*quasi ex maleficio teneri*» sia avvenuta più o meno – ad ampie spanne – nello stesso contesto cronologico. Il clima che doveva respirare l'autore delle *res cottidianae* giustifica a mio avviso questa ipotesi, in un quadro in cui i comportamenti illeciti di cui alle quattro figure del «*quasi ex maleficio teneri*» venivano ormai tendenzialmente valutati alla luce dell'elemento della colpa, intesa come criterio che, alla stregua di un modello, giudica il comportamento di un soggetto e non le sue intenzioni e senza che tuttavia la costruzione così ottenuta – anche per le diverse configurazioni della colpa e il suo articolato atteggiarsi nelle varie fattispecie – possa poi effettivamente ricondursi, in questo senso, ad una piena e consapevole scelta dogmatica.

Che poi l'autore dell'opera – e della costruzione del «*quasi ex maleficio teneri*» – sia proprio Gaio, anche in considerazione del fatto che i riferimenti alla colpevolezza di chi è tenuto *quasi ex maleficio* appaiono assai più sfumati nel testo di D. 44, 7, 5, 4-6 rispetto alle recise prese di posizione attribuite, nelle fonti a noi pervenute, a Paolo e a Ulpiano, o piuttosto un suo rielaboratore di qualche decennio successivo, rimane a mio avviso questione aperta. La differenza e direi la distanza tra un Gaio precursore e un suo epigono epiclassi-

caso – impiega ben cinque volte e in tutti i paragrafi del titolo l'espressione *in factum* per definire il carattere delle azioni previste in relazione ai quasi delitti. La circostanza, che non trova corrispondenza nell'uso saltuario che viene invece fatto dell'espressione in D. 44, 7, 5, 4-6 e in I. 4, 5 pr.-3, lungi da essere determinata da una semplice sensibilità antiquaria, intende forse ancora rimarcare l'origine pretoria delle figure raggruppate nella categoria: sul punto cfr. l'indagine accurata recentemente condotta da Petito, *Il iudex qui litem suam fecerit nella Parafrasi di Teofilo*, cit., pp. 488-490, che tuttavia – a differenza di quanto qui ritenuto – ipotizza che la comune origine pretoria, sottolineata da Teofilo, abbia caratterizzato e caratterizzi ancora in epoca giustinianea la categoria dei quasi delitti (cfr. *ibidem*, testualmente a p. 490: «L'esigenza di evidenziare l'unico tratto comune delle differenti figure di illecito – se si eccettua quello di non poter essere collocate congruamente nelle altre categorie – starebbe alla base di tali richiami [*scil.* quelli relativi alla natura pretoria delle azioni], anacronistici ma significativi»).

co, che si faceva interprete, in sede scolastica, di una tendenza ormai diffusa alla sua epoca è certo grande, ma lo è soprattutto in relazione alla definizione del ruolo e della figura dello stesso Gaio nell'ambito della scienza giuridica dell'epoca del Principato. Questo però è un altro problema su cui la necessaria prudenza ci induce, almeno per ora, all'esercizio dell'*ars nesciendi*.

INDICE DELLE FONTI

N.B. I numeri in corsivo si riferiscono alle pagine in cui ha luogo la trattazione *ex professo* della fonte; in tali casi non si indicano separatamente le singole citazioni della fonte interessata.

Fonti giuridiche

Fonti pregiustinianee

Codex Theodosianus

9, 40, 1 — 56, nt. 80
11, 30, 2 — 55, nt. 80; 58, nt. 85
11, 36 — 57, nt. 82
11, 36, 1 — 55, nt. 80
11, 36, 2 — 47, nt. 62; *55-58*; 61; 80 e nt. 128; 84, nt. 135
11, 36, 3 — 57, ntt. 82 e 83
11, 36, 5 — 57, nt. 83; 59, nt. 86
11, 36, 15 — 57, nt. 83; 59 nt. 86
11, 36, 16 — 57, nt. 83; *58-59*; 80, nt. 128
11, 36, 25 — 59, nt. 86
11, 36, 30 — 59, nt. 86

Fragmenta Argentoratensia

IIb *versum* — *65-68*; 280, nt. 28

Gai Institutiones

3, 124 — 24, nt. 20
4, 15 — 39, nt. 50
4, 43-57 — 28, nt. 30
4, 52 — *28-31*; 64 e nt. 96; 75, nt. 121; 76; 298
4, 52a (ed. Huschke) — 29, nt. 31
4, 71 — 193, nt. 10; 209, nt. 41
4, 104 — 36, nt. 45
4, 105 — 36, nt. 45
4, 111 — 100, nt. 22; 242, nt. 107
4, 182 — 278, nt. 23

Lex XII Tabularum

I, 9 — 47, nt. 63
II, 2 — 35, nt. 44; 43, nt. 55
IX, 3 — 42, nt. 55

Pauli Sententiae

2, 6, 1 — 232, nt. 84
2, 31, 16 — 193, nt. 10

Fonti giustinianee

Codex

1, 3, 50 — 62, ntt. 91 e 92
1, 3, 50 pr. — 62, nt. 92

1, 3, 50, 1 62, nt. 91
2, 3, 29 *61-64*; 81
2, 46, 3, 1 63, nt. 93
2, 55, 5, 4 63, nt. 93
3, 1, 13, 6 62, nt. 92
3, 1, 14 36, nt. 44; 60, nt. 90
3, 1, 14 pr. 61, nt. 90
4, 20, 19, 3 62, nt. 92
4, 20, 20 63, nt. 93
7, 62, 12 55, nt. 80; 58, nt. 85
8, 40 (41), 28 125
8, 40 (41), 28, 2 125 e nt. 72
9, 47, 16 56, nt. 80
11, 35 (34), 1 83, nt. 132

Digesta

1, 1, 1, 2 117, nt. 54
1, 3, 29 23, nt. 18
1, 3, 30 23, nt. 18
2, 1, 7 pr. 282 e nt. 32
2, 1, 7, 4 283 e nt. 34
2, 1, 7, 5 283 e nt. 34
2, 1, 9 283, nt. 34
2, 2, 2 17, nt. 9
4, 8, 41 63, nt. 93
4, 9 190, nt. 6; 191, nt. 7; 200; 202; 205, nt. 34; 216, nt. 53
4, 9, 1 202, nt. 28
4, 9, 1, 2 190, nt. 6; 202, nt. 28; *209-210*
4, 9, 1, 3-4 210, nt. 42
4, 9, 1, 4 193, nt. 10
4, 9, 1, 5 *209-210*
4, 9, 1, 7 202, nt. 28
4, 9, 1, 8 225, nt. 74; 253, nt. 132
4, 9, 2 225, nt. 74
4, 9, 3 202, nt. 28
4, 9, 3 pr. 202, nt. 28; 212, nt. 46; 225, nt. 74; 253, nt. 132
4, 9, 3, 1 189, nt. 4; 202, nt. 28; 210, nt. 43; 215, nt. 50; 260 e nt. 152
4, 9, 3, 2 193, nt. 10
4, 9, 3, 3 232, nt. 84; 252, nt. 131
4, 9, 3, 4 202, nt. 28; 241-242, nt. 106
4, 9, 3, 5 252, nt. 131; 256, nt. 143; 260
4, 9, 4 202, nt. 28
4, 9, 4 pr. 252, nt. 130
4, 9, 5 pr. 189, nt. 4; *213-215*; 260 e nt. 152
4, 9, 6 191, nt. 7; 200, nt. 24; 202; 205, nt. 34; 213, nt. 47; 254, nt. 136
4, 9, 6 pr. 205, nt. 34; *212-215*; 259
4, 9, 6, 1 205, nt. 34; 213, nt. 47; 217, nt. 55; 219, nt. 58; *221-223*; 254, nt. 136
4, 9, 6, 2 202, nt. 28; 205, nt. 34; *219-220*
4, 9, 6, 3 205, nt. 34; 208, nt. 39; 218, nt. 55; 224, nt. 71; *226*; 258, nt. 147
4, 9, 6, 4 103, nt. 26; 188, nt. 2; 205, nt. 34; 213, nt. 47; 222, nt. 66; 250, nt. 125; *253-256*
4, 9, 7 191, nt. 7; 200, nt. 24; 202; 205, nt. 34;
4, 9, 7 pr. 195, nt. 13; 203, nt. 30; *211-212*; *216-217*; 222, nt. 65; 230, nt. 82; 233; 236; 258; 259, nt. 150; 292, nt. 56; 299
4, 9, 7, 1 240
4, 9, 7, 2 *218*
4, 9, 7, 3 *220*; 257, nt. 146
4, 9, 7, 4 198, ntt. 20 e 21; *227-231*; 232, nt. 85; 233 e ntt.. 88 e 89;

	234 e ntt. 90 e 91; 236 e nt. 97; 238 e nt. 100; 263, nt. 158; 274 e nt. 15; 303
4, 9, 7, 5	203, nt. 30; *240-241*; 281, nt. 30
4, 9, 7, 6	192, nt. 8; 203, nt. 30; 205, nt. 34; *212*; 232, nt. 84; *241-243*; 280, nt. 28
5, 1	23, nt. 19
5, 1, 15	70, nt. 109
5, 1, 15 pr.	*70-73*
5, 1, 15, 1	*20-27*; 30, nt. 34; 47, nt. 62; 55 e nt. 79; 70, nt. 109; 75, nt. 121; 76, nt. 122; 77 e ntt. 123 e 124; 78, nt. 125; 81, nt. 128; 84, ntt. 135 e 136; 275; 298 e nt. 67; 303 e nt. 76
5, 1, 16	*65-68*; 280, nt. 28
5, 1, 18, 1	88, nt. 2
5, 1, 57	141-142, nt. 96
9, 1, 3	106, nt. 31; 107, nt. 34; 151, nt. 114
9, 2, 5, 3	94, nt. 11
9, 2, 7 pr.	90, nt. 6; 94, nt. 11
9, 2, 9, 4	97, nt. 17
9, 2, 11, 2-4	124, nt. 67
9, 2, 27, 17	91, nt. 6
9, 2, 33 pr.	94, nt. 11
9, 2, 51 pr.-1	124, nt. 67
9, 2, 52, 1	99, nt. 20
9, 3	87; 155
9, 3, 1	87, nt. 2
9, 3, 1 pr.	90, nt. 5; *92-93*; 97; 107, nt. 32; 108 e nt. 35; 110, nt. 40; 114; 131; 136 e nt. 89; 137, nt. 91; 145; 152, ntt. 115 e 116; 156, nt. 5; 157 e nt. 8; 165; 166, ntt. 21 e 22; 167 e nt. 23; 236, nt. 97; 299 e nt. 69; 306, nt. 83
9, 3, 1, 1	92, nt. 9; 95, nt. 13; *109-111*; 117, nt. 54
9, 3, 1, 2	92, nt. 9; 114, nt. 48; *116-117*
9, 3, 1, 3	92, nt. 9; 156, nt. 4; *173-174*; 175, nt. 39; 177, nt. 42; 177; 178; 179, nt. 45; 182; 183, nt. 52; 299 e nt. 69
9, 3, 1, 4	92, nt. 9; *97-99*; 100, nt. 21; *118*; 147, nt. 106; 198, nt. 20; 273-274 e nt. 15; 299, nt. 68; 301, nt. 73; 303
9, 3, 1, 5	92, nt. 9; 93 e nt. 10; 107 e nt. 34; 151, nt. 114
9, 3, 1, 6	92, nt. 9; *105-106*; 107, nt. 33
9, 3, 1, 7	69, nt. 105; *140*; 144, nt. 100
9, 3, 1, 7-8	92, nt. 9; 145; 152, nt. 115; 168, ntt. 25 e 26
9, 3, 1, 8	*143-145*; 147, nt. 105; 152, nt. 115; 169, nt. 27
9, 3, 1, 9	92, nt. 9; 101, nt. 24; *118-119*; 128, nt. 75
9, 3, 1, 10	92, nt. 9; 108, nt. 36; *122*
9, 3, 2	87, nt. 2; 108, nt. 36; *124*
9, 3, 3	87, nt. 2; 92, nt. 9; 108, nt. 36; *122-123*; 125, ntt. 71 e 72; 281, nt. 30
9, 3, 4	87, nt. 2; 108-109, nt. 36; *125-126*; 150, nt. 111
9, 3, 5	87, nt. 2; 155, nt. 4
9, 3, 5 pr.	*127*; 150, nt. 113

9, 3, 5 pr.-2 92, nt. 9
9, 3, 5, 1 102, nt. 24; 104, nt. 27; 112, nt. 45; *119-121* 122, nt. 64; 148, nt. 108; 150, nt. 113
9, 3, 5, 2 90, nt. 4; *126-127*; 150, nt. 113
9, 3, 5, 3 92, nt. 9; 100, nt. 21; 101, nt. 23; *128-129*; 149, nt. 110; 150, nt. 112; 162
9, 3, 5, 4 92, nt. 9; *99-104*; 105, nt. 30; 119, nt. 59; 126, nt. 73; 138; 139, nt. 94; 146, nt. 105; 147, nt. 106; 148, nt. 108; 294, nt. 59
9, 3, 5, 5 90, nt. 5; 92, nt. 9; 100, nt. 22; 108, nt. 36; *130-135*; 151; 171, nt. 31; 171-172, nt. 32; 172, nt. 33; 261, nt. 154; 280, nt. 28
9, 3, 5, 6 108, nt. 35; 137, nt. 90; 138, nt. 93; 155, ntt. 3 e 4; *156-157*; 160; 164, nt. 17; *166-167*; 179; 180 e nt. 48; 274, nt. 16
9, 3, 5, 6 e ss. 87, nt. 2; 155
9, 3, 5, 7 155, nt. 4; *156-157*; 161; 180, nt. 47
9, 3, 5, 8 155, nt. 4; 158, nt. 8; *159-160*; 175, nt. 39; 180 e nt. 48; 274, nt. 16
9, 3, 5, 8-11 155
9, 3, 5, 9 155, nt. 4; *161-162*
9, 3, 5, 10 108, nt. 35; 155 nt. 4; 159, nt. 10; 164, nt. 17; *165-166*; 167, nt. 22; 179; 180 e nt. 48; 274, nt. 16
9, 3, 5, 11 155, nt. 4; *162-164*; 174, nt. 36; 175, nt. 39; 179 e nt. 46
9, 3, 5, 12 147-148, nt. 107; 155, nt. 4; 157, nt. 6; 160, nt. 11; 163, nt. 16; 170 e nt. 29; 171, nt. 30; 172 e nt. 33; *174-183*; 184
9, 3, 5, 13 *169-172*; 173, nt. 33; 280, nt. 28
9, 3, 6 87, nt. 2
9, 3, 6 pr. *115-116*
9, 3, 6, 1 113, nt. 47; *114-115*; 148, nt. 108
9, 3, 6, 2 *94-96*; 99; 149, nt. 110; 196, nt. 15; 198, nt. 20; 273; 274, nt. 15; 303
9, 3, 6, 3 *129-130*; 150, nt. 112
9, 3, 7 87, nt. 2; 91, nt. 8; 93, nt. 10; 105-106, nt. 31; 106-107 e nt. 33; 151, nt. 114; 306, nt. 83
9, 4, 19, 2 191, nt. 7; 200, nt. 24; 236 e nt. 97; 245, nt. 115; *247-249*; 262, nt. 157; 263, nt. 158
9, 4, 41 223, nt. 68
11, 1, 11, 9 267, nt. 3
11, 3, 1, pr. 284 e nt. 37
11, 3, 1, 1 285, nt. 39
11, 3, 1, 2 283, nt. 35
11, 3, 1, 3 284 e nt. 37
11, 3, 3 pr. 284 e nt. 38
11, 3, 3 pr.-1 285, nt. 39
11, 3, 3, 1 284-285, nt. 38
11, 3, 5 pr. 285, nt. 39
11, 3, 5, 1 285, nt. 39
11, 6, 1, 1 286 e nt. 41
11, 6, 2, 1 286 e nt. 42
11, 6, 3 pr. 287, nt. 42
11, 6, 3, 4 287, nt. 42
12, 6, 11 16, nt. 9

12, 6, 32, 1 16, nt. 9
13, 7, 11, 5 120, nt. 61
14, 1, 1, 1 210, nt. 42
14, 1, 1, 2 230, nt. 82
14, 1, 1, 5 210, nt. 42
14, 1, 1, 15 193, nt. 10
14, 2, 2, 2 107, nt. 34; 151, nt. 114
15, 1, 3, 11 143, nt. 99
15, 2, 1 pr.-1 246, nt. 119
15, 2, 1, 1 243, nt. 109
19, 2, 13, 1 104, nt. 29
19, 2, 40 214, nt. 49; 260, nt. 152
19, 2, 42 202, nt. 28
19, 5, 20, 2 104, nt. 29
21, 1, 40, 1 158, nt. 9
21, 1, 42 158, nt. 9
21, 2, 51 pr. 17, nt. 9
26, 5, 4 63, nt. 93
27, 6 32, nt. 38
27, 6, 1 32, nt. 38
27, 6, 1, 3-5 32, nt. 38
27, 6, 2 32, nt. 38
27, 6, 3 32, nt. 38
27, 6, 4 32, nt. 38
27, 6, 5 32, nt. 38
27, 6, 6 32, nt. 38
27, 6, 7 32, nt. 38
27, 6, 7, 3 32, nt. 38
27, 6, 8 32, nt. 38
27, 6, 9 32, nt. 38
27, 6, 9 pr. 32, nt. 38
27, 6, 11 32, nt. 38
27, 6, 12 32, nt. 38
35, 1, 32 16, nt. 9
37, 14, 16 pr.-2 23, nt. 18; 26, nt. 24
39, 4, 1 pr. 288, nt. 46
39, 4, 1, 5 288, nt. 46
39, 4, 6 288, nt. 47
39, 4, 12 pr.-1 288, nt. 47
39, 4, 12, 1 289, nt. 49
39, 4, 13, 3 289, nt. 49
40, 9, 10 246, nt. 118
40, 9, 12, 1 23, nt. 18
40, 9, 14, 5 23, nt. 18
42, 1, 55 29, nt. 33
44, 4, 4, 3 16, nt. 9
44, 7, 1 pr. 269, nt. 7
44, 7, 5 18 e nt. 11; 87, nt. 1; 191; 307
44, 7, 5 pr.-3 19, nt. 12; 265-266, nt. 1; 291, nt. 54
44, 7, 5, 1 265, nt. 1
44, 7, 5, 3 266, nt. 1
44, 7, 5, 4 17, nt. 9; *18-19*; 22; 27, nt. 29; 63, nt. 94; 77 e nt. 123; 78, nt. 125; 196, nt. 16; 266, nt. 2; 275; 298; 303, nt. 76
44, 7, 5, 4-6 19, nt. 12; 265-266, nt. 1; 266 e nt 2; 267, nt. 4; 268; 306, nt. 83; 308; 309 e nt. 88
44, 7, 5, 5 69 e nt. 104; 70, nt. 107; 87, nt. 2; 91, nt. 7; 94 e nt. 13; 97, nt. 16; 119, nt. 58; *140-142*; 149, nt. 110; *154-155*; *168-169*; 178; 196, nt. 15; 197; 198, nt. 20; 266, nt. 2; 273 e nt. 14; 275, nt. 17; 292 e nt. 56; 293, nt. 57; 294, nt. 59; 300, nt. 71; 306, nt. 83
44, 7, 5, 6 95, nt. 13; *191-198*; 199; 200, nt. 23; 212 e nt. 46; 233, nt. 88; 240; 266-267, nt. 2; 273 e nt. 14; 274, nt. 15; 276, nt. 19; 292 e nt. 56
44, 7, 35 pr. 100, nt. 22; 132, nt. 81; 242, nt. 107; 262, nt. 155
44, 7, 49 82, nt. 132
47, 2, 14, 7 252, nt. 130
47, 2, 42 pr. 191, nt. 7; *212*; 235, nt. 95; 236 e nt. 97;

	243-246; 247; 248, nt. 123; 249, nt. 124; 262, nt. 157; 263, nt. 158; 300
47, 5	190, nt. 6; 191, nt. 7; 203
47, 5, 1	205, nt. 34; 224, nt. 72
47, 5, 1 pr.	*203-208*; 209, nt. 41; 224; 233, nt. 87; 236; 244, nt. 113; 259 e nt. 149; 294, nt. 59
47, 5, 1, 1	*205*; 224, nt. 72
47, 5, 1, 1-6	203
47, 5, 1, 2	203, nt. 31; 240
47, 5, 1, 3	103, nt. 26; 205, nt. 34; *212*; 222, nt. 66; *250-251*; 253; 267, nt. 3; 300
47, 5, 1, 4	205, nt. 34; *251-253*; 260
47, 5, 1, 5	198, nt. 20; 230, nt. 82; *231-232*; 233 e nt. 89; 234, nt. 90; 236; 237, nt. 97; 263, nt. 158; 274, nt. 15
47, 5, 1, 6	198, nt. 20; 205, nt. 34; 206, nt. 37; 208, nt. 39; *224-225*; 226, nt. 76; 258, nt. 147; 274, nt. 15
47, 8, 2, 8	289, nt. 48
47, 8, 2, 20	289, nt. 48
47, 8, 4 pr.	281, nt. 31
47, 9, 1 pr.	282, nt. 31
47, 9, 3, 3	282, nt. 31
47, 9, 3, 7	282, nt. 31
47, 12, 3 pr.	287 e nt. 44
47, 12, 3, 1	288 e nt. 45
47, 23, 2	133, nt. 83
47, 23, 3, 1	133, nt. 83
50, 13	18 e nt. 11
50, 13, 6	17, nt. 9; *18-19*; 22; 24 e nt. 22; 27, nt. 29; 63, nt. 94; 77 e nt. 123; 78, nt. 125; 275; 303, nt. 76
50, 16, 221	34, nt. 41
50, 17, 58	245, nt. 114

Institutiones

3, 12	268
3, 13, 1	267, nt. 4
3, 13, 2	268, nt. 5
3, 27	266, nt. 1; 270, nt. 8; 291, nt. 54
3, 27 rubr.	268, nt. 5; 270, nt. 8
3, 27 pr.	270, nt. 8
3, 27, 2	270, nt. 8
3, 27, 3	270, nt. 8
3, 27, 5	270, nt. 8
3, 27, 6	270, nt. 8
4, 5	16; 140; 191; 268
4, 5 rubr.	268 e nt. 5
4, 5 pr.	*16-17*; 18, nt. 11; 24-25, nt. 22; 27, nt. 29; 77, nt. 123; 83; 91, nt. 7; 196, nt. 16; 269, nt. 6; 303, nt. 76
4, 5 pr.-3	308, nt. 88
4, 5, 1	*87-90*; 91, nt. 7; 105; 119, nt. 58; *154-155*; 178; 196, nt. 15; 197; 198, nt. 20; 268 e nt. 6; 273; 275, nt. 17; 293, nt. 57; 300, nt. 71; 306, nt. 83
4, 5, 1-2	140; 155, nt. 4
4, 5, 2	*68-70*; *140-142*; *168-169*; 306, nt. 83
4, 5, 3	91, nt. 7; *191-198*; 199; 201, nt. 26; 212 e nt. 46; 233, nt. 88; 240; 269, nt. 6; 273; 274, nt. 15; 276, nt. 19; 280, nt. 28
4, 7, 2	209, nt. 41

4, 8, 7 136, nt. 89
4, 12, 1 135, nt. 87
4, 16, 2 278, nt. 23

Novellae

82 63, nt. 93

Fonti bizantine

Basilica (ed. Scheltema)

52, 1, 49 82, nt. 132
53, 1 258, nt. 148
53, 1, 26-30 258, nt. 148
53, 1, 72-73 258, nt. 148
60, 4, 1 146, nt. 104; 271, nt. 10
60, 4, 5 101, nt. 23; 121, nt. 63; 135, nt. 87
60, 14 258, nt. 148

Basilicorum Scholia (ed. Scheltema)

a Bas. 20, 1, 11
1 239, nt. 101
a Bas. 60, 3, 27
126 239, nt. 101
a Bas. 60, 4, 1
26 143, nt. 99
27 143, nt. 99; 146, nt. 104; 277, nt. 22
29 143, nt. 99
31 146, nt. 104
42 145, nt. 102; 146, nt. 104
a Bas. 60, 4, 2
2 123, nt. 67
a Bas. 60, 4, 4
2 126, nt. 73
a Bas. 60, 4, 5
5 121, nt. 63
8 129, nt. 77; 130, nt. 79
12 101, nt. 23
14 101, nt. 23
15 101, nt. 23
16 102, nt. 25
20 133, nt. 83
22 135, nt. 87
25 173, nt. 35
28 181, nt. 50
29 166, nt. 21
32 173, nt. 35; 186, nt. 57
34 164, nt. 18
38 186, nt. 57
39 170, nt. 29; 172, nt. 32; 186, nt. 57
40 172, nt. 32
41 170, nt. 29; 186, nt. 57
43 101, nt. 23
45 173, nt. 35
46 173, nt. 35; 181, nt. 49; 186, nt. 57
55 133, nt. 83
56 133, nt. 83
a Bas. 60, 11, 1
2 278, nt. 23

Theophili Paraphrasis

3, 13, 2 271, nt. 10
3, 27, 3 271, nt. 10
3, 27, 5 271, nt. 10
4, 5 pr. *83-85*; 271, nt. 10; 276
4, 5 pr.-3 308, nt. 88
4, 5, 1 95, nt. 13; 106, nt. 31; 158, nt. 8; 271, nt. 10
4, 5, 3 192, nt. 8; 201, nt. 26; 271, nt. 10

Fonti epigrafiche

Lex Irnitana

90 39, nt. 50
91 35-36, nt. 44; 36, nt. 45; *38-41*; 42, nt. 54; 74, nt. 118; 75, nt. 120
92 39, nt. 50

Tabula Heracleensis

ll. 56-57 112, nt. 46
ll. 66-67 112, nt. 46

Fonti papirologiche

Pap. Antinoopolis

22 31
22 *recto* *32-38*; 40; 41; 42, nt. 54; 75, nt. 120
22 *verso* 39, nt. 50

Fonti medioevali

Accursius

Glossa

a D. 4, 9, 6, 4
gl. *exceptio dabitur* 256, nt. 143

Placentinus

Summa Institutionum

4, 5 295, nt. 61

Fonti moderne

Code civil des Français

art. 1370 7

Codice civile italiano del 1865

art. 1097 8

Codice civile italiano del 1942

Rel. al Re Imp. sul libro delle obbligazioni

n. 21 8; 304, nt. 78

Código civil de la República de Chile

art. 2284 7

Fonti letterarie

Aristoteles

ethica Nicomachea

5, 9, 12 (1136b) 27, nt. 29; 84, ntt. 134 e 136

Cicero

de lege agraria

2, 35, 96 112, nt. 44

de oratore

2, 73, 297 e ss. 52, nt. 72
2, 74, 301 e ss. 52, nt. 72
2, 75, 304 52, nt. 73
2, 75, 305 47, nt. 62; *51-53*; 75, nt. 119

pro Murena

12, 27 — 39, nt. 50

Columella

de re rustica

8, 16, 4 — 45, nt. 59

Dracontius

Romulea

8, 31-38 — *59-61*; 80 e nt. 128; 84, nt. 135

Festus

de verborum significatu

s.v. *ambitus* — 111, nt. 42
s.v. *cenacula* — 69, nt. 105
s.v. *insulae* — 111, nt. 42

Euripides

Andromache

274-292 — 60, nt. 89

Troades

924-937 — 60, nt. 89

Gellius

noctes Atticae

2, 24, 2 — 44, nt. 56
10, 1, 1 e ss. — 50, nt. 67 e 68
10, 1, 4-5 — *49-51*
10, 1, 6 — 50, nt. 68
10, 1, 7 — 50, nt. 68
10, 1, 7-11 — 51, nt. 70
14, 2, 1 e ss. — 49, nt. 67
14, 2, 11 — 35, nt. 44
20, 1 — 42, nt. 55
20, 1, 7-8 — 42-43, nt. 55
20, 1, 23 — 44, nt. 56

Horatius

saturae

2, 2, 30-32 — 45, nt. 59

Iuvenalis

saturae

3, 268-277 — *112-113*

Livius

ab urbe condita

5, 55, 3-5 — 112, nt. 44
21, 62, 3 — 111, nt. 43

Macrobius

saturnalia

3, 15, 7-8 — 44, nt. 57
3, 16, 1-9 — 44, nt. 57
3, 16, 9 — 44, nt. 57
3, 16, 10 — 44, nt. 57
3, 16, 11 e ss. — 44, nt. 57
3, 16, 15-16 — *43-48*; 74-75, nt. 119
3, 17, 4 — 45, nt. 60

Martialis

epigrammata

1, 86, 1-2 — 111, nt. 44

Ovidius

heroides

16, 53-88 60, nt. 89
17, 115-122 60, nt. 89

Plinius senior

naturalis historia

9, 54 (79), 169 45, nt. 59
10, 50 (71), 139 44, nt. 56

Seneca philosophus

dialogi

11, 2, 2 53-55; 76, nt. 122

Tacitus

annales

15, 38, 3 112, nt. 44
15, 43, 5 112, nt. 44

Varro

de lingua latina

5, 162 69, nt. 105

Vitruvius

de architectura

2, 8, 17 111, nt. 43
6, 4, 1 90, nt. 4

INDICE DEGLI AUTORI

Albanese B. 47, nt. 63; 48, nt. 64; 136, nt. 90; 137-138, nt. 92; 283, nt. 35; 284, nt. 37; 284-285, nt. 38; 285, nt. 39
Albertario E. 20, nt. 13; 28, nt. 29; 83, nt. 132; 276, nt. 20; 277, nt. 22; 278, nt. 23; 279, nt. 25; 286, nt. 40; 307, nt. 84
Amelotti M. 100, nt. 22; 132, nt. 81; 242, nt. 107
Ampolo C. 45, nt. 58
Ankum H. 88, nt. 3; 95, nt. 14; 98, nt. 19; 102-103, nt. 26; 103-104, nt. 27; 104, nt. 28; 121, nt. 61; 122, nt. 64; 124, nt. 69; 125, nt. 72; 127, nt. 74; 132, nt. 81; 136, nt. 89; 139, nt. 93; 143, nt. 99; 145, nt. 102; 153, nt. 1; 156, nt. 5; 162, nt. 14; 163, nt. 16; 166, nt. 20; 167, ntt. 22 e 23; 172, nt. 33; 268, nt. 5; 307, nt. 85
Arangio-Ruiz V. 31, nt. 36; 33, nt. 40; 34, nt. 42; 35, nt. 44; 228, nt. 79; 279, nt. 25; 280, nt. 27
Astolfi R. 14, nt. 4

Baltrusch E. 44, nt. 56
Bartoli L. 12, nt. 2
Behrends O. 39, nt. 50
Bertoldi F. 32, nt. 36; 33, nt. 40; 36, nt. 45; 40, nt. 50; 41, nt. 54
Betti E. 19, nt. 12
Beul C. R. 286, nt. 40
Biondi B. 71, nt. 111; 137, nt. 91
Birks P. B. H. 14, nt. 4; 21, nt. 14; 22, nt. 16; 24, nt. 20; 27, nt. 28; 31, nt. 36; 49, nt. 66; 50, nt. 67; 51, nt. 70
Bolchazy L. J. 119, nt. 59
Bonfiglio B. 283, nt. 35; 284, ntt. 36, 37 e 38; 285, nt. 39
Bonini R. 62, nt. 91
Bottiglieri A. 44, nt. 56
Brecht C. H. 188, nt. 3; 257, nt. 145
Bretone M. 302, nt. 74
Broggini G. 62, nt. 91
Bruns C. G. 170, nt. 29; 171, ntt. 31 e 32
Brutti M. 27, nt. 28
Buckland W. W. 297, nt. 65
Burdese A. 14, ntt. 4 e 5; 17, nt. 9; 21, nt. 14; 22, nt. 16; 24, ntt. 20 e 21; 27, nt. 27; 28, nt. 30; 29, nt. 32; 30, ntt. 33 e 34; 32, nt. 36; 33, nt. 40; 34, nt. 42; 37, nt. 46; 40, nt. 51; 41, nt. 53; 42, nt. 54; 43, nt. 55; 48, nt. 64; 49, nt. 66; 51, ntt. 70 e 71; 53, nt. 74; 54, ntt. 76 e 78; 59,

nt. 88; 63, nt. 94; 70, nt. 108; 73, nt. 114; 75-76, nt. 121; 78, nt. 124; 81, nt. 129; 186, nt. 56; 221, nt. 63; 235, nt. 94; 243, nt. 109; 251, nt. 127; 266, nt. 1; 267, nt. 2; 270, nt. 8; 271, nt. 10; 275, nt. 17; 291, nt. 54; 300, nt. 72; 307, nt. 84

Caiazzo E. 159, nt. 9

Calza G. 111, nt. 42

Cannata C. A. 13, nt. 3; 91, nt. 6; 94, ntt. 11 e 12; 95, nt. 13; 96, nt. 15; 99, nt. 20; 104, nt. 29; 189, nt. 4; 195, nt. 13; 196, nt. 17; 197, nt. 18; 199, nt. 22; 213, nt. 48; 238, nt. 99; 239-240, nt. 103; 272, nt. 13; 297, nt. 66; 303, nt. 75

Cantarella E. 46, nt. 61

Capogrossi Colognesi L. 120, nt. 61

Cardilli R. 214, nt. 48

Casavola F. 42, nt. 55; 89, nt. 3; 106, nt. 31; 112, nt. 45; 115, nt. 50; 116, nt. 53; 117, nt. 55; 131, nt. 81; 132, nt. 82; 133, nt. 83; 134, ntt. 84 e 85; 148, nt. 107; 154, nt. 1; 171, nt. 30; 175, nt. 37

Castagnoli F. 112, nt. 44

Cerami P. 188, nt. 3; 196, nt. 15

Cimma M. R. 290, nt. 52

Clemente G. 44, nt. 56

Coarelli F. 45, nt. 58

Coing H. 8

Coma Fort J. M. 12, nt. 1; 13, nt. 3; 19, nt. 12; 25, nt. 23; 30, nt. 33; 33, nt. 40; 50, nt. 69; 77, nt. 124; 79, nt. 126; 89, nt. 3; 91, nt. 7; 142, ntt. 97 e 98; 154, nt. 1; 164, nt. 17; 190, nt. 5; 197, nt. 19; 209, nt. 41; 257, nt. 145; 265, nt. 1; 268, nt. 5; 269, nt. 7; 298, nt. 66; 302, nt. 74; 304, nt. 77

Coppola G. 285-286, nt. 40; 286, nt. 41

Corbino A. 93, nt. 10; 94, nt. 11; 97, nt. 17

Cremades I. 13, nt. 3; 17, nt. 10; 22, nt. 16; 25, nt. 23; 30, nt. 33; 31, nt. 36; 34, nt. 42; 35, nt. 44; 40, nt. 51; 43, nt. 55; 65, nt. 97; 67, nt. 100; 79, nt. 126

Crook J.A. 187, nt. 1; 210, nt. 44

Cujacius J. 8; 175 e nt. 39; 233-234, nt. 90; 272, nt. 13

Cursi M. F. 88-89, nt. 3; 96, nt. 15; 137, nt. 91; 139, nt. 93; 140, nt. 94; 154, nt. 1; 160, nt. 11, 162, nt. 15; 166, nt. 21; 167, nt. 22; 182, nt. 50; 188-189, nt. 3; 189, nt. 4; 190, nt. 5; 198, nt. 21; 201, nt. 27; 206, nt. 37, 207, nt. 38; 214, ntt. 48 e 49, 220, nt. 60; 221, nt. 63; 230, nt. 82; 233, nt. 88; 237, nt. 97; 238, ntt. 99 e 100; 242, nt. 106; 252, nt. 131; 253, ntt. 132 e 134; 255, nt. 138; 256, nt.

143; 260, nt. 152; 261, nt. 153; 262, ntt. 155 e 156; 263, nt. 158; 303, nt. 75

Daube D. 158, nt. 9
de Bonfils G. 56, nt. 80
de Koninck C. 14, nt. 4
del Amo y de la Hera M. 38, nt. 49
De Martino F. 14, nt. 4; 15, nt. 7; 19, nt. 12; 22, nt. 16; 26, nt. 24; 28, nt. 30; 30, nt. 33; 32, nt. 36; 34, nt. 42; 37, nt. 46; 38, nt. 48; 40, nt. 51; 45, nt. 60; 48, nt. 64; 49, nt. 66; 51, nt. 70; 65, nt. 97; 70, nt. 108; 71, nt. 111; 72, nt. 113; 115, nt. 50; 187, nt. 1; 193, nt. 10; 210, nt. 44
de Medio A. 145, nt. 102
de Robertis F. 188, nt. 3; 196, nt. 17; 205, nt. 33; 253, nt. 134
De Visscher F. 71, nt. 110; 142, nt. 98
de Zulueta F. 32 e ntt. 37 e 38; 34, nt. 42; 35, nt. 44; 36-37, nt. 46
Di Porto A. 188, nt. 3; 193, nt. 10; 196, nt. 15; 246, nt. 118
D'Ippolito F. 35, nt. 44
Domingo R. 39, nt. 50
Donellus H. 296 e nt. 63
d'Ors A. 13 e nt. 3; 14, nt. 4; 17, nt. 10; 21, nt. 15; 23, nt. 19; 28, nt. 30; 30, nt. 33; 31, nt. 36; 34, nt. 42; 35, nt. 44; 38, nt. 49; 40, nt. 51; 47, nt. 63; 49, nt. 66; 50, nt. 69; 51, nt. 71; 53, nt. 74; 54, ntt. 76 e 77; 65, nt. 97; 66, nt. 99; 67, nt. 100; 70, nt. 108; 71, nt. 112; 79, nt. 126; 268, nt. 5; 279, nt. 25; 298, nt. 66; 301, nt. 72
d'Ors J. 38, nt. 49
Dupont C. 56, nt. 81; 57, nt. 82

Eisele F. 231, nt. 83

Faber A. 145, nt. 102
Fadda C. 170, nt. 29; 174, nt. 36
Falcone G. 192, nt. 8; 267, nt. 4; 278, nt. 23; 302, nt. 74
Fascione L. 23, nt. 18; 26, nt. 25
Feenstra R. 188, nt. 3
Fercia R. 16, nt. 9; 88, nt. 3; 98, nt. 18; 105, nt. 30; 120, nt. 61; 136, ntt. 88 e 89; 138-139, nt. 93; 142, ntt. 97 e 98; 143, nt. 99; 144, ntt. 100 e 101; 145, ntt. 102 e 103; 146, nt. 104; 154, nt. 1; 160, nt. 11; 164, nt. 17; 166-167, nt. 22; 189, nt. 3; 190, nt. 5; 190-191, nt. 6; 194, ntt. 11 e 12; 195, nt. 14; 196, nt. 16; 197, ntt. 18 e 19; 198-199, nt. 21; 199, nt. 22; 201, nt. 27; 202, nt. 29; 204, nt. 33; 207, ntt. 37 e 38; 208, nt. 40; 211-212, nt. 45; 212, nt. 46; 213-214, nt. 48; 214, nt. 49; 215, ntt. 50 e 51; 216, nt. 53; 217, nt. 54; 218-219, nt. 57; 221, ntt. 62 e

63; 222, ntt. 65 e 66; 223, ntt. 68 e 69; 224, nt. 70; 225, nt. 73; 226, nt. 75; 227, nt. 77; 228, ntt. 78 e 79; 229, nt. 80; 230, ntt. 81 e 82; 232, nt. 86; 232-233, nt. 87; 233, nt. 89; 234, ntt. 91 e 92; 235, nt. 93; 236, nt. 96; 237-238, nt. 98; 239, ntt. 101, 102 e 103; 240, nt. 104; 241, nt. 105; 243, nt. 109; 244, ntt. 112 e 113; 245, ntt. 114, 115 e 116; 246, ntt. 117 e 119; 247, ntt. 120 e 121; 248, nt. 122; 248-249, nt. 123; 249-250, nt. 124; 252, nt. 131; 253, nt. 134; 254, ntt. 135 e 136; 254-255, nt. 137; 260, ntt. 151 e 152; 261, nt. 154; 262, ntt. 155 e 156; 262-263, nt. 157; 263, nt. 158; 264, nt. 159; 292, nt. 56

Fernández Gómez F. 38, nt. 49

Ferretti P. 207, nt. 37; 208, nt. 39

Ferrini C. 16, nt. 8; 69, nt. 104; 83, nt. 133; 88, nt. 3; 114, nt. 48; 192, nt. 8

Fiori R. 215, nt. 50

Földi A. 11, nt. 1; 188, nt. 3; 189, nt. 4; 190, nt. 6; 193, nt. 10; 194, nt. 12; 216, nt. 53; 267, nt. 4; 270, nt. 9; 272, nt. 12; 276, nt. 19; 290 e ntt. 51, 52 e 53; 292 e nt. 55; 293, nt. 57; 295 e ntt. 60 e 61; 295-296, nt. 62; 302, nt. 74

Frezza P. 119, nt. 59

Frier B. W. 103, nt. 27; 120, ntt. 60 e 61

Funaioli H. 50, nt. 68

Gagliardi L. 46, nt. 61

Gallo F. 13, nt. 3; 17, nt. 9; 19, nt. 12; 97, nt. 16; 158, nt. 8; 195, nt. 14; 266, nt. 1; 269, nt. 7; 273, nt. 14; 277, nt. 21; 293, nt. 57; 295, nt. 60; 298, nt. 66; 299, nt. 68; 300, nt. 71; 304, nt. 78; 305, nt. 79; 307; 307-308, nt. 86; 308, nt. 87

Garofalo L. 252, nt. 131

Gaudemet J. 56, ntt. 80 e 81; 57, ntt. 82 e 83

Giménez-Candela T. 12, nt. 1; 13, nt. 3; 21, nt. 14; 22, nt. 16; 23, nt. 19; 26, nt. 24; 28, nt. 30; 29, nt. 31; 30, nt. 33; 31-32, nt. 36; 32, nt. 39; 33 e nt. 40; 34, nt. 42; 37, nt. 46; 38, nt. 49; 39, nt. 50; 40, nt. 51; 41-42, nt. 54; 47, nt. 63; 59, nt. 88; 65, nt. 97; 66, nt. 99; 70, nt. 108; 71, nt. 112; 89, nt. 3; 95, ntt. 13 e 14; 98, nt. 18; 101, nt. 23; 102, nt. 25; 103, nt. 27; 104, nt. 28; 106, nt. 32; 110, nt. 40; 112, nt. 46; 113, nt. 47; 114, nt. 49;

116, nt. 51; 117, nt. 53; 118, nt. 56; 121, nt. 61; 123, nt. 66; 125, nt. 71; 126, nt. 73; 127, nt. 74; 128, nt. 75; 129, ntt. 77 e 78; 130 nt. 79; 131, nt. 80; 132, nt. 81; 134, nt. 85; 135, nt. 87; 136, nt. 89; 137, ntt. 90 e 91; 138, ntt. 92 e 93; 140, nt. 95; 144, nt. 100; 154, nt. 1; 155, nt. 4; 157, nt. 6; 158, ntt. 8 e 9; 160, ntt. 10 e 11; 161, nt. 12; 162, ntt. 13 e 14; 164, nt. 17; 168, nt. 24; 170, nt. 28; 172, nt. 33; 174, nt. 35; 175, nt. 38; 176, nt. 40; 178, ntt. 43 e 44; 179, nt. 45; 190, nt. 5; 194, nt. 11; 198, nt. 21; 201, nt. 27; 206, ntt. 35 e 36; 210, nt. 43; 213, nt. 47; 216, ntt. 52 e 53; 218, ntt. 56 e 57; 220, nt. 61; 221, ntt. 63 e 64; 222, nt. 66; 223, nt. 67; 224, nt. 70; 228, nt. 78; 233, nt. 90; 234, ntt. 91 e 92; 243, nt. 109; 245, nt. 115; 249, nt. 124; 250, nt. 125; 251, nt. 127; 255, nt. 138; 257, nt. 145; 262, nt. 156; 271, nt. 10; 274-275, nt. 17; 293, nt. 57; 298, nt. 66; 303, nt. 77

Girard P. F. 272, nt. 12

Giusto M. 14, ntt. 4 e 5; 15, nt. 7; 17, nt. 9; 18, nt. 10; 19, nt. 12; 22, nt. 16; 23, nt. 18; 25, nt. 22; 27, ntt. 27 e 28; 28, nt. 30; 29, nt. 32; 30, nt. 33; 32, nt. 36; 33, nt. 40; 40, nt. 51; 41, nt. 53; 43, nt. 55; 46, nt. 60; 47, nt. 63; 48, nt. 65; 50, nt. 69; 62, nt. 92; 67, nt. 101; 77, nt. 123; 78, nt. 125; 79, nt. 126; 81, ntt. 128 e 130; 273, nt. 13; 292, nt. 55; 298, nt. 66

Glück F. 110, nt. 39; 171, nt. 30

Gómez-Iglesias Casal A. 66, nt. 99

González J. 38 e nt. 49

Gordon W. M. 12, nt. 1; 95, nt. 14; 153, nt. 1; 156, nt. 4; 159, nt. 10; 160, nt. 11; 163, nt. 16; 165, nt. 19; 175, ntt. 37 e 38; 180, nt. 46; 297, nt. 66

Goudy H. 272, nt. 12

Gradenwitz O. 57, nt. 84

Gröschler P. 79, nt. 126; 89, nt. 3; 154, nt. 1; 190, nt. 5; 204, nt. 32; 213, nt. 47; 281, nt. 31; 286, nt. 40; 287, nt. 43

Grosso G. 134-135, nt. 86

Grzimek Ph. 29, nt. 32

Guarino A. 17, nt. 10; 25, ntt. 22 e 23; 45, nt. 60; 210, nt. 42; 282, ntt. 32 e 33

Gutiérrez-Masson L. 133, nt. 83; 282, nt. 33

Hackl K. 41, nt. 53

Hausmaninger H. 93, nt. 10

Heimbach G. E. 82, nt. 132; 101, nt. 23; 102, nt. 25; 121,

nt. 63; 123, nt. 67; 126, nt. 73; 129, nt. 77; 130, nt. 79; 133, nt. 83; 135, nt. 87; 143, nt. 99; 145, nt. 102; 146, nt. 104; 164, nt. 18; 166, nt. 22; 170, nt. 29; 172, nt. 32; 174, nt. 35; 181, ntt. 49 e 50; 186, nt. 57; 239, nt. 101; 271, nt. 10; 277, nt. 22; 278, nt. 23

Heineccius Jo. G. 8; 272, nt. 13

Hermansen G. 89, nt. 4

Heumann H. 116, nt. 51

Hochstein R. 12, nt. 1; 89, nt. 3; 270, nt. 9; 297-298, nt. 66

Holwerda D. 101, nt. 23; 102, nt. 25; 121, nt. 63; 123, nt. 67; 126, nt. 73; 129, nt. 77; 130, nt. 79; 133, nt. 83; 135, nt. 87; 143, nt. 99; 145, nt. 102; 146, nt. 104; 164, nt. 18; 166, nt. 22; 170, nt. 29; 172, nt. 32; 173-174, nt. 35; 181, ntt. 49 e 50; 186, nt. 57; 239, nt. 101; 277, nt. 22; 278, nt. 23

Honoré T. 117, ntt. 53 e 54; 302, nt. 74

Hübner H. 12, nt. 2; 13, nt. 3; 19, nt. 12

Huschke Ph. E. 29, nt. 31

Huvelin P. 204, nt. 33

Iglesias J. 280, nt. 27

Impallomeni G. 159, nt. 9

Jones A. H. M. 63, nt. 93

Karlowa O. 43, nt. 55; 87, nt. 2; 114, nt. 48; 139, nt. 93; 203, nt. 31; 204, nt. 32; 216, nt. 53

Kaser M. 26, nt. 24; 41, nt. 53; 93, nt. 10; 109, nt. 38; 119, nt. 59; 128, nt. 75; 188, nt. 3; 201, nt. 27; 267, nt. 4; 287, nt. 43; 307, nt. 84

Kelly J. M. 13, nt. 2; 26, nt. 25; 30, nt. 33; 31, nt. 36; 42, nt. 55; 49, nt. 65; 51, nt. 71; 53, nt. 75

Knütel R. 99, nt. 20; 199, nt. 22

Kolitsch W. 56, nt. 81

Krückmann P. 99, nt. 20

Krüger H. 26, nt. 24

Kübler B. 25, nt. 23; 292, nt. 55

Lamberti F. 14, ntt. 4 e 5; 19, nt. 12; 20, nt. 14; 22, nt. 16; 27, nt. 27; 28, nt. 30; 30, nt. 33; 32, nt. 36; 33, nt. 40; 34, nt. 42; 36, nt. 45; 38, ntt. 48 e 49; 40, ntt. 51 e 52; 41, nt. 53; 42, nt. 55; 45, nt. 60; 46-47, nt. 62; 49, nt. 66; 50, nt. 67; 51, ntt. 70 e 71; 53, nt. 75; 54, ntt. 76 e 77; 70, ntt. 108 e 109; 71, nt. 111; 72, nt. 113

Lambertini R. 283, nt. 35

La Rosa F. 143, nt. 99

Lemosse M. 47, nt. 63

Lenel O. 17, nt. 10; 20-21, nt. 14; 21, nt. 15; 24, nt. 20; 25, ntt. 22 e 23; 32, nt. 38; 33, nt. 41; 34, nt. 42; 79, nt. 126; 92, nt. 9; 93,

nt. 10; 101, nt. 23; 124, nt. 70; 128, nt. 75; 129, nt. 77; 138-139, nt. 93; 155, nt. 3; 156, nt. 5; 157, nt. 7; 158, nt. 9; 167, nt. 23; 201, nt. 27; 202, nt. 29; 203 e nt. 31; 204, nt. 32; 206, nt. 36; 207, ntt. 37 e 38; 233, nt. 87; 236, nt. 97; 282, nt. 32; 286, nt. 41; 287, nt. 44

Leonhard R. 88, nt. 3

Levy E. 122, nt. 65; 123, nt. 66; 126, nt. 73; 132, nt. 81; 256, nt. 142; 289, nt. 48

Liebs D. 123, nt. 66; 131, nt. 80

Lindsay W. M. 69, nt. 105; 111, nt. 42

Litewski W. 56, nt. 81; 57, nt. 82

Longo C. 133, nt. 83

Longo G. 21, nt. 15; 88, nt. 3; 95, nt. 13; 98, nt. 18; 101, ntt. 23 e 24; 102, nt. 25; 103, nt. 27; 104, nt. 28; 106, nt. 31; 107, nt. 33; 109, nt. 38; 110, nt. 40; 116, nt. 53; 117, nt. 55; 119, nt. 59; 120, ntt. 60 e 61; 121, nt. 62; 122, nt. 65; 124, nt. 69; 129, nt. 77; 133, ntt. 82 e 83; 134, nt. 84; 137, nt. 91; 139, nt. 93; 140, nt. 95; 141, nt. 96; 142, nt. 97; 144, nt. 100; 153, nt. 1; 156, nt. 5; 159-160, nt. 10; 161, nt. 13; 162, nt. 15; 163, nt. 16; 167, nt. 23; 168, nt. 24; 170, nt. 28; 171, nt. 31; 173, nt. 34; 174, nt. 36; 175, nt. 38; 176, nt. 40; 182, nt. 51; 284, ntt. 37 e 38; 285, nt. 39

Longo S. 143, nt. 99

Lozano y Corbí E. 88, nt. 3; 131, nt. 81; 159, nt. 9

Luchetti G. 70, nt. 108; 72, nt. 113

MacCormack G. 13, nt. 2; 31, nt. 36; 34, nt. 42; 43, nt. 55; 45, nt. 59; 46, nt. 61; 96, nt. 15; 99, nt. 20; 197, nt. 18; 206, nt. 36

Mac Cormick D.N. 12, nt. 2; 29, nt. 32

Maganzani L. 285-286, nt. 40; 288, ntt. 46 e 47; 289, ntt. 48 e 49

Malcovati He. 48, nt. 64

Mancuso G. 282, nt. 32

Mantovani D. 17, nt. 10; 32, nt. 36; 33, nt. 40; 35, nt. 44; 37, nt. 46; 38, nt. 49; 39, nt. 50; 40, nt. 51; 41, ntt. 52 e 54; 61, nt. 90; 74, nt. 118; 244, nt. 112

Marchi A. 107, nt. 33

Marrone M. 138, nt. 92; 256, nt. 143

Martini R. 36, nt. 45

Mayer-Maly Th. 109, nt. 37; 307, nt. 85

Melluso M. 245, nt. 115

Messina Vitrano F. 196, nt. 17; 201, nt. 27; 204, nt. 32; 225, nt. 73; 229, nt. 81

Metzger E. 32, nt. 36; 33, ntt. 39 e 40; 39-40, nt. 50

Meyer-Termeer A.J.M. 188, nt. 3; 216, nt. 52

Micolier G. 245, nt. 114
Mommsen Th. 91, nt. 8; 101 e nt. 23; 102, nt. 25; 119, nt. 59; 120, nt. 61; 139, nt. 94; 147, nt. 106; 148, nt. 108; 156, nt. 5; 167, nt. 23; 175 e nt. 38; 178; 179, nt. 45; 180, nt. 46; 203, nt. 31; 248, nt. 123
Moschetti C. M. 210, nt. 42

Nelson H. L. W. 302, nt. 74
Nicolet C. 187, nt. 1
Nörr D. 29, nt. 32; 109, nt. 37; 271, nt. 10

Packer J. E. 111, nt. 42
Padoa-Schioppa A. 58, nt. 84
Palazzo G. A. 11, nt. 1; 43, nt. 55; 87, nt. 2; 89, nt. 3; 107, nt. 33; 110, nt. 39; 115, nt. 50; 125, nt. 72; 129, nt. 77; 133, nt. 83; 137, nt. 91; 144, nt. 100; 153, nt. 1; 157, nt. 6; 165, nt. 19; 167, nt. 23; 176, nt. 40; 179, nt. 45; 190, nt. 5; 200, nt. 25; 204, nt. 32; 216, nt. 53; 225, nt. 73; 231, nt. 83; 241, ntt. 104 e 105
Palazzolo N. 282, ntt. 32 e 33
Palmirski T. 69, nt. 105; 88, nt. 3; 95, ntt. 13 e 14; 98, nt. 18; 103-104, nt. 27; 107, nt. 33; 110, nt. 39; 111, nt. 43; 112, ntt. 44 e 46; 114, ntt. 48 e 49; 115, nt. 50; 116, nt. 52; 122, nt. 63; 123, nt. 67; 125, nt. 72; 129, nt. 78; 143, nt. 99; 146, nt. 105; 154, nt. 1; 158-159, nt. 9; 185, nt. 55
Pampaloni M. 71, nt. 111; 137, nt. 91; 200, nt. 25
Paoli U. E. 112, nt. 46
Paricio J. 13, nt. 3; 17-18, nt. 10; 22, nt. 16; 25, nt. 23; 30, nt. 33; 31, nt. 36; 34, nt. 42; 35, nt. 44; 40, nt. 51; 43, nt. 55; 61, nt. 90; 65, nt. 97; 67, nt. 100; 77, nt. 124; 79, nt. 126; 89, nt. 3; 90, nt. 5; 91, nt. 6; 100, nt. 21; 106, nt. 31; 107, nt. 33; 130, nt. 79; 132, nt. 81; 134, nt. 85; 135, nt. 86; 148, nt. 107; 159, nt. 9; 164, nt. 17; 175, nt. 37; 190, nt. 5; 195, nt. 14; 196, nt. 17; 265, nt. 1; 268, nt. 5; 279, ntt. 24 e 25; 287, nt. 43; 290, nt. 53; 291, nt. 54; 298, nt. 66; 303-304, nt. 77; 305, nt. 80
Pernice A. 110, nt. 39; 295, nt. 61
Perozzi S. 19, nt. 12; 20, nt. 13; 272, nt. 12
Petito A. 15, ntt. 5 e 7; 81, nt. 130; 83-84, nt. 134; 84, nt. 136; 192, nt. 8; 276, nt. 20; 309, nt. 88
Petrucci A. 188, nt. 3; 190, nt. 5; 196, nt. 15; 210, nt. 42; 211, nt. 45; 212, nt. 46; 213-214, nt. 48; 215, nt. 50; 216, nt. 53; 241, nt. 105; 250, nt. 125; 253, nt. 132; 257, nt. 145;

261, nt. 153
Pothier R.-J. 8; 71, nt. 111; 272, nt. 13
Pringsheim F. 17, nt. 10; 135, nt. 86
Provera G. 88, nt. 3
Pugliese G. 20, nt. 13; 27, nt. 28; 49-50, nt. 67; 71, ntt. 110 e 111; 141, nt. 96; 142, nt. 98; 143, nt. 99
Pugsley D. 12, nt. 2
Puliatti S. 61, nt. 90; 64, nt. 95

Raggi L. 57, nt. 82; 57-58, nt. 84
Rainer J. M. 111, nt. 43
Riccobono S. 19, nt. 12; 279, nt. 25
Roberts C. H. 31 e nt. 36; 32, nt. 37; 34; 35, nt. 43
Robinson O. F. 12, nt. 1; 14, nt. 4; 14-15, nt. 5; 18, nt. 11; 64, nt. 95; 77-78, nt. 124; 290, nt. 51
Rodger A. 39, nt. 50
Rodríguez-Ennes L. 88, nt. 3; 96, nt. 15; 99, nt. 20; 109, nt. 37; 153, nt. 1; 159, nt. 9
Röhle R. 121, nt. 61
Rossetti G. 123, nt. 65
Rossi D. 153, nt. 1; 157, ntt. 6 e 7; 160, nt. 11; 170, nt. 28; 175, nt. 37, 176, nt. 40; 177, nt. 41; 180, nt. 46; 182, nt. 51
Rotondi G. 44, nt. 56; 278, nt. 23
Rougé J. 187, nt. 1; 210, nt. 44; 218, nt. 56
Rudorff A.F. 79, nt. 126; 276, nt. 20

Sanfilippo C. 107, nt. 33; 133, nt. 83; 135, nt. 87
Sargenti M. 188, nt. 3; 200, nt. 25; 206, nt. 37; 224, nt. 70
Scarano Ussani V. 67, nt. 100
Scevola R. 14, ntt. 4 e 5; 15, ntt. 6 e 7; 17, ntt. 9 e 10; 20, nt. 12; 21, nt. 14; 22, nt. 16; 24, nt. 20; 25, nt. 22; 26, nt. 26; 27, ntt. 27 e 28; 28, nt. 30; 29, nt. 31; 31, nt. 35; 32, ntt. 36 e 39; 33, nt. 40; 34, ntt. 41 e 42; 35, ntt. 43 e 44; 36, nt. 46; 40, nt. 51; 42-43, nt. 55; 45, nt. 60; 46, nt. 61; 48, ntt. 63, 64 e 65; 49, nt. 66; 50, ntt. 67 e 69; 51, nt. 71; 53, nt. 74; 54, nt. 76; 59, ntt. 87 e 88; 64, nt. 95; 65, ntt. 96 e 97; 66, nt. 99; 67, nt. 100; 68, nt. 102; 69, nt. 104; 70, ntt. 107, 108 e 109; 71, ntt. 110 e 111; 72, nt. 113; 73, nt. 115; 74, nt. 118; 76, nt. 121; 77, nt. 123; 79, nt. 126; 80, nt. 128; 81, nt. 130; 271, nt. 11
Scheltema H. J. 82, nt. 132; 101, nt. 23; 102, nt. 25; 121, nt. 63; 123, nt. 67; 126, nt. 73; 129, nt. 77; 130, nt. 79; 133, nt. 83; 135, nt. 87; 143, nt. 99; 145, nt. 102; 146, nt. 104; 164, nt. 18; 166, nt. 22; 170, nt. 29; 172, nt. 32; 173-174, nt.

	35; 181, ntt. 49 e 50; 186, nt. 57; 239, nt. 101; 258, nt. 148; 271, nt. 10; 277, nt. 22; 278, nt. 23
Schipani S.	88, nt. 3; 96, nt. 15; 98, nt. 18; 103, nt. 27; 145, nt. 103; 148, nt. 107; 153, nt. 1, 159, nt. 10, 176, nt. 39; 273, nt. 13; 294, nt. 59
Schulz F.	66, nt. 98; 230, nt. 82; 231, nt. 83; 292, nt. 55
Scialoja V.	170, nt. 29; 171, nt. 32
Seckel E.	116, nt. 51
Seeck O.	57, nt. 82
Seidl E.	31, nt. 36
Selb W.	101, nt. 23; 126, nt. 73
Serrao F.	69, nt. 105; 71, nt. 110; 89, nt. 3; 92, nt. 9; 98, nt. 18; 100, nt. 22; 103, nt. 27; 106, nt. 31; 107, nt. 33; 121, nt. 61; 122, nt. 65; 123, nt. 67; 124, nt. 68; 127, nt. 74; 128, nt. 76; 130, nt. 78; 132, nt. 81; 133, nt. 83; 135, nt. 87; 136, nt. 88; 137, nt. 91; 139, nt. 93; 141, nt. 96; 142, ntt. 97 e 98; 144, nt. 100; 145, ntt. 102 e 103; 167, nt. 23; 190, nt. 5; 194, nt. 12; 195, nt. 13; 197, nt. 19; 198, nt. 21; 199, nt. 22; 201, nt. 27; 203, nt. 31; 204, nt. 32; 206, nt. 36; 208, nt. 39; 211, nt. 45; 227, nt. 77; 228, ntt. 78 e 79; 229-230, nt. 81; 230, nt. 82; 231, nt. 83; 233, nt. 88; 236, nt. 96; 236-237, nt. 97; 238, nt. 100; 240, nt. 104; 241, nt. 105; 242, nt. 107; 243, ntt. 109 e 110; 244, nt. 111; 245, ntt. 114 e 115; 246, nt. 117; 247, nt. 121; 248-249, nt. 123; 252, nt. 131; 253, nt. 134; 254, nt. 136; 255, nt. 139; 255-256, nt. 141; 256, nt. 143; 257, nt. 145; 258, nt. 148; 259, nt. 150; 260, nt. 151; 262, nt. 155; 263, nt. 158; 292, nt. 56; 295, nt. 61; 299, nt. 68; 300, nt. 70
Settis S.	90, nt. 4
Simshäuser W.	37, nt. 46; 39, nt. 50
Solazzi S.	34, nt. 41; 143, nt. 99; 205, nt. 33; 221-222, nt. 64; 258, nt. 148
Sotty R.	124, nt. 70
Stein P.	11, nt. 1; 13, nt. 3; 27, nt. 29; 98, nt. 18; 270, nt. 9; 276, nt. 20; 296, nt. 64; 297, ntt. 65 e 66; 299, nt. 68
Stojcevic D.	12, nt. 1; 65, nt. 97; 89, nt. 3; 153, nt. 1; 169, nt. 27; 272, nt. 12; 292, nt. 55; 297, nt. 65
Studemund G.	35, nt. 43
Tafaro S.	24, nt. 21
Talamanca M.	17, ntt. 9 e 10; 20, nt. 13; 30, nt. 33; 73, nt. 116; 74, nt. 117;

79, nt. 126; 101, nt. 23; 131, nt. 80; 136, nt. 88; 144, nt. 100; 161, nt. 11; 176, nt. 41; 178, nt. 44; 179, nt. 46; 180, nt. 47; 183, nt. 53; 185, nt. 54; 186, nt. 56; 235, ntt. 94 e 95; 237, nt. 97; 274, nt. 17; 306, nt. 81

THOMAS J. A. C. 188, nt. 3

TURPIN W. 145, nt. 102

UNGER J. 110, nt. 39

USTERI P. 12, nt. 2

VACCA L. 12, nt. 1; 95, nt. 14; 160, nt. 11; 164, nt. 17; 179, nt. 46; 184, nt. 53; 186, nt. 56; 211, nt. 45; 214, nt. 48; 225, nt. 73; 252, nt. 131; 293, nt. 58; 295, nt. 60; 296, nt. 64

VALDITARA G. 93, nt. 10

VALIÑO E. 72, nt. 113; 95, nt. 14; 122, nt. 65; 126, nt. 73; 130, nt. 79; 178, nt. 44; 220, nt. 61

VAN DER WAL N. 82, nt. 132; 101, nt. 23; 102, nt. 25; 121, nt. 63; 123, nt. 67; 126, nt. 73; 129, nt. 77; 130, nt. 79; 133, nt. 83; 135, nt. 87; 143, nt. 99; 145, nt. 102; 146, nt. 104; 164, nt. 18; 166, nt. 22; 170, nt. 29; 172, nt. 32; 173-174, nt. 35; 181, ntt. 49 e 50; 186, nt. 57; 239, nt. 101; 258, nt. 148; 271, nt. 10; 277, nt. 22; 278, nt. 23

VAN HOEK J. B. M. 88, nt. 3; 101, nt. 23; 102, ntt. 25 e 26; 132, nt. 81; 134, nt. 86; 135, nt. 87; 154, nt. 1; 171, nt. 29; 175, nt. 37; 176, nt. 40, 177, nt. 42; 179, nt. 45

VAN OVEN J. C. 188, nt. 3; 201, nt. 25

VINCENTI U. 56, ntt. 80 e 81; 57, ntt. 82 e 84; 58, nt. 85; 59, ntt. 86 e 87

VISKY K. 286, nt. 40

VOCI P. 14, ntt. 4 e 5; 25, nt. 22; 62, nt. 92; 96, nt. 15; 122-123, nt. 65; 195, nt. 14; 245, nt. 115; 248, nt. 123; 284, nt. 36; 286, nt. 40; 288, ntt. 46 e 47; 289, ntt. 48 e 49; 290, nt. 50

VOIGT M. 43, nt. 55

VOLTERRA E. 279, nt. 25

VON BAR CH. 292, nt. 55

WACKE A. 286, nt. 41; 287, nt. 42

WALLINGA T. 88, nt. 3

WATSON A. 49, nt. 65; 87, nt. 2; 131, ntt. 80 e 81; 148, nt. 107; 153, nt. 1; 158, ntt. 8 e 9; 159, nt. 10; 165, nt. 19; 175, nt. 38; 181, nt. 50; 201, nt. 27; 297, nt. 65

WICKE H. 188, nt. 3; 189, nt. 4; 190, nt. 5; 215, nt. 51; 253, nt. 132

WIEACKER F. 109, nt. 38

WITTMANN R. 88, nt. 3; 95, nt. 14

WOLF J. G. 38, nt. 49; 39, nt. 50

WOŁODKIEWICZ W. 12, nt. 1; 16, nt. 8; 18, nt. 11; 19, nt. 12;

65, nt. 97; 66, nt. 99; 67, nt. 100; 71, nt. 110; 88, nt. 3; 93, nt. 10; 103, nt. 27; 110, nt. 39; 111, nt. 42; 112, ntt. 44 e 45; 114, nt. 49; 132, ntt. 81 e 82; 133, nt. 83; 134, nt. 84; 139, nt. 93; 143, nt. 99; 145, nt. 102; 146, nt. 104; 148, nt. 107; 153-154, nt. 1; 157, nt. 6; 165, nt. 19; 167-168, nt. 24; 168, nt. 26; 169, nt. 27; 170, nt. 28; 171-172, nt. 32; 182, nt. 51; 251, nt. 126; 266, nt. 1; 267, nt. 3; 269, nt. 7; 270, nt. 9; 280, nt. 26; 302, nt. 74; 304, nt. 78; 305, nt. 80; 307, ntt. 84 e 85

ZIMMERMANN R. 9; 88, nt. 3; 95, ntt. 13 e 14; 97, nt. 17; 98, nt. 19; 107, nt. 34; 109, nt. 39; 112, nt. 45; 113, nt. 47; 129, nt. 78; 271, nt. 11

SOMMARIO

Premessa. 7

CAPITOLO I
IUDEX QUI LITEM SUAM FACIT

1. Il *litem suam facere* come fonte di obbligazione *quasi ex maleficio* . . . 11
2. Il *iudex qui litem suam facit* nelle Istituzioni giustinianee (I. 4, 5 pr.) e nelle *res cottidianae* (D. 44, 7, 5, 4 e D. 50, 13, 6) 15
3. Il *litem suam facere* del giudice che abbia emanato una sentenza «*dolo malo in fraudem legis*» (D. 5, 1, 15, 1 [Ulp. 21 *ad ed.*]) o esorbitando i limiti indicati dal decreto pretorio (Gai. 4, 52) 20
4. Il *litem suam facere* nelle fonti giuridiche papirologiche (il Pap. Antinoopolis 22, *recto*) ed epigrafiche (il cap. 91 della *lex municipi Flavi Irnitani*) 31
5. Le origini e gli sviluppi del *litem suam facere* nelle fonti letterarie: Macrobius, *saturnalia* 3, 16, 15-16; Gellius, *noctes Atticae* 10, 1, 4-5; Cicero, *de oratore* 2, 75, 305; Seneca, *dialogi* 11, 2, 2 42
6. Il *litem suam facere* nelle fonti giuridiche postclassiche (C.Th. 11, 36, 2 e 16) e nella testimonianza di Dracontius, *Romulea* 8, 31-38: la riconduzione alla fattispecie dell'ipotesi del comportamento parziale del giudice 55
7. Il *litem suam facere* nella legislazione giustinianea (C. 2, 3, 29). 61
8. La questione della trasmissibilità passiva dell'azione (D. 5, 1, 16 [Ulp. 5 *ad ed.*]) e quella della possibilità di agire contro il *filius familias iudex* (D. 5, 1, 15 pr. [Ulp. 21 *ad ed.*]) 65
9. Il quadro conclusivo: l'evoluzione dell'istituto fino al diritto giustinianeo e il suo inquadramento nella categoria delle obbligazioni «*quae quasi ex delicto nascuntur*» 74

CAPITOLO II
EFFUSUM VEL DEIECTUM

1. La ricostruzione della prescrizione edittale attraverso la lettura congiunta di I. 4, 5, 1 e di D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): l'articolazione dell'intervento pretorio e i suoi aspetti essenziali 87
2. Dalla responsabilità di tipo 'oggettivo' prevista nell'editto alla successiva individuazione della *culpa* come causa giustificativa della responsabilità dell'*habitator*: D. 9, 3, 6, 2 (Paul. 19 *ad ed.*) e D. 9, 3, 1, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*) 94
3. La possibilità concessa all'*habitator* di rivalersi nei confronti del responsabile materiale del danneggiamento: D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 *ad ed.*) 99
4. La valutabilità del danno emergente e del lucro cessante nel caso dell'azione prevista per il ferimento di persone libere e l'affermazione del principio «*liberum corpus nulla recipit aestimationem*» (D. 9, 3, 7 [Gai. 6 *ad ed. prov.*]; D. 9, 3, 1, 5-6 [Ulp. 23 *ad ed.*]) 105
5. La *laudatio edicti* e la *ratio* dell'intervento pretorio: la *publica utilitas* come prospettata in D. 9, 3, 1, 1 (Ulp. 23 *ad ed.*) 108
6. L'ambito di applicazione dell'editto: il danneggiamento doveva avvenire in «*loca, per quae vulgo iter solet fieri*» (D. 9, 3, 6 pr. [Paul. 19 *ad ed.*] e D. 9, 3, 1, 2 [Ulp. 23 *ad ed.*]) 115
7. La responsabilità dell'*habitator* (D. 9, 3, 1, 4 e 9 [Ulp. 23 *ad ed.*]) e il suo atteggiarsi nel caso della concessione di «*modica hospitiola*» (D. 9, 3, 5, 1 [Ulp. 23 *ad ed.*]) 118
8. La regola della responsabilità *in solidum* nel caso di pluralità di *habitatores* (in specie D. 9, 3, 1, 10 e D. 9, 3, 3 [Ulp. 23 *ad ed.*]) e le sue eccezioni (D. 9, 3, 5 pr. e 2 [Ulp. 23 *ad ed.*]) 122
9. Le estensioni della prescrizione edittale: il caso dell'*horrearius* e del *conductor apothecae* (D. 9, 3, 5, 3 [Ulp. 23 *ad ed.*] e quello del *praepositus navi* (D. 9, 3, 6, 3 [Paul. 19 *ad ed.*]) 128
10. Le caratteristiche delle azioni previste dall'editto: intrasmissibilità passiva, azioni attivamente trasmissibili e intrasmissibili, azioni private e *actiones populares* (D. 9, 3, 5, 5 [Ulp. 23 *ad ed.*]) 130
11. La nossalità: la testimonianza di D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) e l'esclusione del carattere nossale nel caso di danneggiamenti compiuti da *filii familias* e schiavi che abitassero autonomamente (D. 9, 3, 1, 7-8 [Ulp. 23 *ad ed.*]) 136
12. Il quadro conclusivo: la prescrizione edittale e l'attività interpretativa della giurisprudenza 147

CAPITOLO III

POSITUM AUT SUSPENSUM

1. La prescrizione edittale e le questioni interpretative poste in D. 9, 3, 5, 6-9 e 11 (Ulp. 23 *ad ed.*) 153
2. La natura dell'azione *de positis aut suspensis*: la nossalità (D. 9, 3, 5, 6 e 10 [Ulp. 23 *ad ed.*]) e il suo carattere penale e popolare (D. 9, 3, 5, 13 [Ulp. 23 *ad ed.*]) 165
3. I rapporti con l'*effusum vel deiectum*: la discrasia tra D. 9, 3, 1, 3 (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 9, 3, 5, 12 (Ulp. 18 *ad ed.*) e il rispettivo ambito di applicazione delle due previsioni edittali 173
4. Il quadro conclusivo: l'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale dall'epoca tardo-repubblicana fino alla giurisprudenza severiana 184

CAPITOLO IV

ACTIONES DAMNI ET FURTI IN FACTUM ADVERSUS NAUTAS, CAUPONES ET STABULARIOS

1. La responsabilità degli *exercitores navis*, *cauponae aut stabuli* e il suo inquadramento nella categoria del «*quasi ex maleficio teneri*»: D. 44, 7, 5, 6 (Gai. 3 *aur.*) e I. 4, 5, 3 187
2. Il quadro complessivo delle fonti con riferimento alla duplice protezione giuridica pretoria: l'*actio damni in factum* e l'*actio furti in factum* nell'editto pretorio e nella trattazione giustinianea del Digesto (D. 4, 9, 6 [Paul. 22 *ad ed.*] e 7 [Ulp. 18 *ad ed.*], D. 47, 5, 1 [Ulp. 38 *ad ed.*]) 199
3. I motivi e i limiti della responsabilità degli *exercitores*: il collegamento del rischio all'attività svolta (D. 4, 9, 7 pr. [Ulp. 18 *ad ed.*]), la possibilità della assenza di intento lucrativo (D. 4, 9, 6 pr. [Paul. 22 *ad ed.*]) e l'esonero pattizio della responsabilità (D. 4, 9, 7 pr. [Ulp. 18 *ad ed.*]. 209
4. Gli autori dell'illecito e la responsabilità dell'*exercitor*: l'articolata casistica delle fonti (D. 4, 9, 7, 2-3 [Ulp. 18 *ad ed.*], D. 4, 9, 6, 1-3 [Paul. 22 *ad ed.*], D. 47, 5, 1, 6 [Ulp. 38 *ad ed.*]) 217
5. La c.d. soggettivizzazione della responsabilità di *nautae*, *caupones* e *stabularii* e i limiti e le modalità entro cui era possibile l'abbandono nossale del responsabile dell'illecito (D. 4, 9, 7, 4 [Ulp. 18 *ad ed.*] e D. 47, 5, 1, 5 [Ulp. 38 *ad ed.*]) 227

6. Le caratteristiche delle azioni *in factum* e il loro regime particolare nel caso in cui un *servus* fosse *exercitor sine voluntate domini* (D. 4, 9, 7, 6 [Ulp. 18 *ad ed.*], D. 47, 2, 42 pr. [Paul. 9 *ad Sab.*], D. 9, 4, 19, 2 [Paul. 22 *ad ed.*]) 240
7. I rapporti tra *actiones*: il concorso tra le azioni penali onorarie e le corrispondenti azioni civili (D. 47, 5, 1, 3 [Ulp. 38 *ad ed.*], D. 4, 9, 6, 4 [Paul. 22 *ad ed.*]) e quello tra azioni penali onorarie e azione *de recepto* (D. 47, 5, 1, 4 [Ulp. 38 *ad ed.*]) 250
8. Il quadro conclusivo: il regime delle *actiones damni et furti in factum adversus nautas, caupones et stabularios* 257

CAPITOLO V

DAL «QUASI EX MALEFICIO TENERI»
ALLA CATEGORIA DELLE «OBLIGATIONES
QUAE QUASI EX DELICTO NASCUNTUR»

1. Dal «*quasi ex maleficio teneri*» delle *res cottidianae* alla categoria delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*» delle Istituzioni imperiali 265
2. L'idea della *culpa* o della mancanza di dolo come elemento caratteristico delle «*obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*» nella elaborazione dei compilatori giustinianei 272
3. Le ipotesi formulate dalla dottrina riguardo alle caratteristiche comuni: l'origine pretoria degli illeciti rientranti nel «*quasi ex maleficio teneri*» e le differenze rispetto alle altre azioni penali pretorie 278
4. Le ipotesi formulate dalla dottrina riguardo alle caratteristiche comuni (continua): la responsabilità per fatto altrui 292
5. Le ipotesi formulate dalla dottrina riguardo alle caratteristiche comuni (continua): la c.d. responsabilità oggettiva 297
6. Il quadro conclusivo: la probabile origine classica del «*quasi ex maleficio teneri*» e il *Leitmotiv* dell'assenza di piena colpevolezza e della presenza di un alcunché di colpa 301

Indice delle fonti 311

Indice degli autori 321

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto-Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale-L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz-la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2008.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2010
presso Editografica – Rastignano (BO)