



Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<https://www.forhisiur.de>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Stephan Dusil M.A., LMS (Tübingen)

Prof. Dr. Elisabetta Fiocchi Malaspina (Zürich)

Prof. Dr. Martin Schermaier (Bonn)

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)

Prof. Dr. Andreas Thier M.A. (Zürich)

Artikel vom 22. 05. 2020

© 2020 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<https://forhisiur.de/2020-05-rossetti/>

ISSN 1860-5605

Giulietta Rossetti*

Alle origini della moderna responsabilità extracontrattuale. L'*actio ex lege Aquilia* tra “natura penale” e “funzione reipersecutoria”.

1. Considerazioni introduttive.

La locuzione responsabilità extracontrattuale indica tradizionalmente, com'è noto, nella sua accezione più generale il rapporto giuridico che nasce fra due soggetti non legati da un preesistente vincolo contrattuale a seguito della commissione di un fatto dannoso, che viola il dovere generico del *neminem laedere*; l'autore del fatto dannoso, che versi in una delle ipotesi di responsabilità previste dalla legge, “risponde”, è cioè obbligato nei confronti del danneggiato a risarcire il danno¹.

È altrettanto noto che nel linguaggio dei giuristi moderni² per designare la responsabilità extracontrattuale si utilizza correntemente la dizione “responsabilità aquiliana” (e le espressioni “danno aquiliano” e “colpa aquiliana” come sinonimi, rispettivamente, di danno extracontrattuale e di colpa extracontrattuale) per ricordare che le radici storiche dell'istituto sono da individuare nella *lex Aquilia de damno*, un plebiscito di datazione incerta, collocabile probabilmente nel corso del III secolo a.C.³, che intervenne a sanzionare nei suoi tre capi⁴ alcune specifiche fattispecie di danneggiamento materiale, alla cui precisazione semantica e concettuale la giurisprudenza romana del periodo classico ha dedicato un raffinato e complesso percorso interpretativo, che ha portato all'elaborazione della nozione di *damnum iniuria datum* da intendersi, verosimilmente, come danno causato da un comportamento oggettivamente ingiustificato, e quindi antigiusuridico.

Questi profili definitivi, se valutati con specifico riferimento al diritto romano – e nell'ottica delle nostre osservazioni intendiamo per diritto romano il prodotto dell'attività interpretativa dei giuristi classici, quindi il diritto romano nella sua dimensione giurisprudenziale e casistica, che la tradizione

* Università degli Studi Roma Tre.

¹ Sono queste le coordinate che caratterizzano, in linea di principio, il modello incentrato sulla codificazione del principio di responsabilità per danni attraverso l'enunciazione di una clausola generale, modello adottato, com'è noto, nei sistemi di Civil Law e inaugurato dal diritto francese con la *regula aurea* dell'art. 1382 Code Napoléon, recepita letteralmente, in particolare, dal codice civile italiano del 1865 (art. 1151); il codice civile italiano attuale ha modificato invece tale regola, prevedendo all'art. 2043 una fattispecie atipica di responsabilità civile a struttura complessa incentrata sull'elemento dell'ingiustizia del danno. Su questi temi, ovviamente non suscettibili di approfondimento in questa sede, si segnalano le recenti osservazioni critiche di A. di MAJO, *La tutela civile dei diritti*⁴, III, Milano 2003, 167 ss.

² Si veda, *ex plurimis*, ad esempio U. BRECCIA-L. Brusciuglia e Altri, *Diritto privato*², II, Milano 2013, 610.

³ In tal senso v., in particolare, C.A. CANNATA, *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)*, a cura di L. VACCA, Torino 1995, 31 s., che, ribadita l'impossibilità di addivenire ad una datazione certa – «Allo stato delle nostre conoscenze, la data della *lex Aquilia* oscilla avanti o indietro nel corso del III sec. a.C.» –, osserva conclusivamente che «per noi la *lex Aquilia* rappresenta dunque unicamente un momento della storia del diritto privato». Per una recente e dettagliata messa a punto sulla *vexata quaestio* della data del plebiscito aquiliano si rinvia a S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di “damnum”*, I. *Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli 2015, 51 ss., con ampia citazione di fonti e letteratura.

⁴ Sulla portata originaria dei tre capi della *lex Aquilia* v. *infra*, nt. 16.

giuridica occidentale ha recepito per il tramite della Compilazione giustiniana, il c.d. *Corpus iuris civilis*, ed in particolare il Digesto, la sua parte più autenticamente scientifica – sollecitano alcune precisazioni introduttive.

In primo luogo occorre evidenziare che nell'esperienza giuridica romana la nozione di responsabilità si risolve in un *actione teneri*. A questo proposito Letizia Vacca⁵ infatti sottolinea che «con riferimento all'esperienza giuridica romana possiamo utilizzare il termine “responsabilità” per indicare l'esposizione di un soggetto all'azione processuale di un altro soggetto per la riparazione del detrimento, che questi lamenta a seguito di un “fatto non conforme al diritto” e quindi meritevole di tutela (*actione teneri*)».

Se tra le parti sussiste un preesistente rapporto contrattuale e il danno ad uno dei contraenti è derivato dal mancato adempimento della prestazione richiesta, tipicamente o convenzionalmente, all'altro contraente, in diritto romano il contraente danneggiato è tutelato con un'*actio in personam* tramite il cui esercizio in giudizio “*intendimus dare facere praestare oportere*”⁶. Questo tipo di azione è detta “reipersecutoria”, in quanto – e riprendiamo a questo proposito la eloquente terminologia adottata dal giurista Gaio in alcuni passaggi testuali delle sue *Institutiones* (Gai 4.6 e 7) relativi ad una nota classificazione tripartita delle *actiones in personam* (Gai 4.6-9)⁷ – scopo dell'azione è soltanto la *rei persecutio*, cioè tramite il suo esercizio il soggetto danneggiato intende ottenere soltanto la riparazione del detrimento patrimoniale ingiustamente subito a seguito dell'inadempimento del debitore⁸. Questa situazione è in linea di massima riconducibile alla moderna idea di responsabilità contrattuale se la circostanza, che ha determinato la mancata soddisfazione dell'interesse all'adempimento, era

⁵ L. VACCA, *Osservazioni in tema di responsabilità contrattuale: modelli romanistici e problemi attuali*, in *La responsabilità contrattuale. Profili storici e attuali*, in *Quattordicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers (Roma, 30 settembre-1 ottobre 2016)*, a cura di G. ROSSETTI, Napoli 2016, 1 ss., specialmente 5. In tal senso v. anche C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania 1996, 6: «Con il termine “responsabilità” si indica la situazione di un soggetto X contro il quale l'ordinamento riconosce ad un altro soggetto Y una pretesa (protetta da azione) per un danno sofferto dallo stesso Y». Sulla identificazione “responsabilità-azione teneri” si vedano, nell'ottica del nostro profilo d'indagine, in particolare D. 19.2.25.5 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D.17.2.47.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*) e D.17.2.48 (Paul. 6 *ad Sab.*).

⁶ Gai 4.2: *In personam actio est, qua agimus quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE*.

⁷ Gai 4.6: *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam*. 7. *Rem tantum persequimur, veluti actionibus <quibus> ex contractu agimus*. 8. *Poenam tantum <persequimur>, veluti actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum: nam ipsius rei et vindictio et condictio nobis competit*. 9. *Rem vero et poenam persequimur veluti ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem indicati, depensi, damni iniuriarum <legis> Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem <certa> relicta sunt*. Sulla tripartizione gaiana, sulla cui interpretazione torneremo nel paragrafo seguente a proposito della controversa inclusione dell'azione aquiliana tra le *actiones* “*quibus rem et poenam persequimur*” richiamate al § 9, mi permetto di rinviare, anche per i relativi riferimenti bibliografici, ad alcune mie precedenti ricerche: G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di “struttura” e “funzione” delle azioni penali private*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 96-97 (1993-1994) [pubbl. 1997], 370 ss.; Ead., *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne*, in “*Actio in rem*” e “*actio in personam*”. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. GAROFALO, I, Padova 2011, 598 ss.; Ead., “*Poenam*” e “*rei persecutio*” nell'*actio ex lege Aquilia*, Napoli 2013, 39 ss.

⁸ La nozione di *rei persecutio* è esplicitata, in particolare, nel noto D.44.7.35 pr. (Paul. 1 *ad ed. praet.*), ove il giurista Cassio precisa che si ha *rei persecutio* quando l'attore intende recuperare, mediante l'esercizio dell'azione, ciò che è venuto meno dal suo patrimonio.

evitabile ove il debitore avesse posto in essere la condotta richiesta dal diritto in relazione a quel tipo di contratto⁹.

Se non sussiste un preesistente rapporto contrattuale *inter partes*, il profilo dell'esposizione dell'autore del fatto dannoso all'*actio* esercitata dal danneggiato (*actione teneri*) assume nel diritto romano – e in questa sede mi riferisco principalmente al periodo preclassico e classico del diritto privato romano – una configurazione assai peculiare, che mi sembra difficilmente riconducibile alla moderna categoria della responsabilità extracontrattuale.

Un fondamentale profilo distintivo si traduce nella circostanza che nel diritto romano la responsabilità *ex lege Aquilia* costituisce un'ipotesi tipica di responsabilità *ex delicto*, cioè un tipo di responsabilità, la cui *causa* consiste nella commissione di un *delictum* – ovvero di un illecito penale privato tipico e riconosciuto dallo *ius civile*¹⁰ – il *damnum iniuria datum* punito appunto dalla *lex Aquilia de damno*; in questo caso l'esposizione processuale dell'autore del delitto all'*actio* si traduce nella circostanza che il *delictum* è sanzionato tramite un'*actio poenalis*, nel caso di specie l'*actio ex lege Aquilia*, un'azione penale privata, che è in ogni caso un'*actio in personam*, ma tramite il suo esercizio in giudizio la vittima intende ottenere soltanto l'irrogazione di una *poena*, in epoca storica – e quindi una volta superato lo stadio iniziale dell'afflizione corporale e quello intermedio della composizione pecuniaria volontaria – sanzione esclusivamente pecuniaria irrogata nelle forme del processo privato a scopo afflittivo, cioè per punire il reo. Anche a questo proposito sembra opportuno riprendere la terminologia gaiana, secondo la quale in tale ipotesi l'attore tramite l'esercizio dell'*actio* intende “*poenam tantum persequi*” (Gai 4.6 e 8), in altri termini l'azione è diretta soltanto a punire il reo, obbligandolo a pagare alla vittima una determinata somma di denaro¹¹.

⁹ L. VACCA, *Osservazioni in tema di responsabilità contrattuale: modelli romanistici e problemi attuali* cit., 5.

¹⁰ A scopo di completezza espositiva merita ricordare che nell'ordinamento giuridico romano la repressione penale assume una duplice configurazione, privata e pubblica, e quindi si distinguono, almeno a partire dal periodo preclassico, illeciti penali privati (*delicta* o *maleficia*) e illeciti penali pubblici (*crimina*). I *delicta*, ritenuti essenzialmente lesivi di un interesse privato, erano perseguiti su iniziativa dell'offeso, che era appunto attivamente legittimato all'esercizio dell'*actio poenalis*, nelle forme del processo privato ed erano puniti con una *poena* privata, afflizione esclusivamente pecuniaria sostituito della più risalente afflizione corporale. Secondo le Istituzioni di Gaio (Gai 3.182) i *delicta* produttivi di *obligationes iuris civilis* sono quattro: il furto, la rapina, l'*iniuria* e il *damnum iniuria datum*. I *crimina*, in quanto ritenuti lesivi di interessi della collettività, erano invece perseguiti su iniziativa dello Stato nelle forme del processo pubblico tramite l'esercizio di un'*actio criminalis* e comportavano l'irrogazione di pene pubbliche corporali e/o patrimoniali. Questo schema ricostruttivo incentrato su una rigida distinzione fra *delicta* e *crimina* presenterebbe, a detta della dottrina romanistica più recente, non pochi profili di perplessità in riferimento sia al periodo più antico sia al periodo preclassico e classico. A quest'ultimo riguardo si osserva che, se in un primo momento, data la medesima finalità afflittiva dell'azione privata e dell'azione pubblica, le due azioni concorrono alternativamente, a partire dalla tarda Repubblica e ancor più nel Principato l'espansione della funzione punitiva statale e la generale depenalizzazione delle azioni penali private implica, da un lato, l'attrazione di alcuni illeciti penali privati (in particolare alcune fattispecie aggravate di rapina, di furto e di *iniuria*) nella sfera della repressione criminale, da altro lato, il concorso tra azione penale privata (*civiliter agere*) e azione criminale (*criminaliter agere*) diventa cumulativo in quanto con la prima azione ormai “*damnum sarcitur*”, con la seconda “*crimina vindicantur*”: Paul. Sent.5.3.1; D.9.2.23.9 (Ulp. 18 *ad ed.*).

¹¹ Rigorosa nel delineare, sul piano funzionale, i termini distintivi della bipartizione “*rei persecutio-poenae persecutio*” la ricostruzione di P. VOGLI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, 9: «... la *rei persecutio* ha lo scopo di riportare nel patrimonio del leso quanto l'illecito ha sottratto; la *poenae persecutio* ha lo scopo di punire il reo (sia pure pecuniariamente). Ne segue, non solo, che la *rei persecutio* bada al leso, mentre la *poenae persecutio* ha di mira il reo, ma, pure, che la *rei persecutio* ha un fine patrimoniale immediato, mentre il fine della *poenae persecutio* è un fine patrimoniale solo mediato: si vuol colpire il reo, e ci si serve, come mezzo di afflizione, di una aggressione al suo patrimonio».

2. La distinzione tra azioni penali private e azioni reipersecutorie e la “funzione reipersecutoria” dell'*actio ex lege Aquilia*: ricostruzione tradizionale e fonti giurisprudenziali classiche a confronto.

Alla distinzione tra azioni penali private e azioni reipersecutorie la prevalente dottrina romanistica tradizionale¹² ha dedicato un quadro ricostruttivo dal rigore sistematico pressoché ineccepibile, attribuendo alle due categorie di azioni puntuali caratteri distintivi sotto il profilo della natura, della funzione e del regime. Infatti, come le azioni reipersecutorie erano attivamente e passivamente trasmissibili in via ereditaria, esperibili *de peculio* e *de in rem verso* (se dirette a far valere la responsabilità del *pater* per le obbligazioni assunte da soggetti *alieni iuris*) e solidali in via elettiva, così le azioni penali private erano *iure hereditario* trasmissibili attivamente e intrasmissibili passivamente¹³, nossali e solidali in via cumulativa in caso di correatità. Inoltre, se *ex uno facto* scaturiva una duplice responsabilità, penale e patrimoniale, azioni penali private e azioni reipersecutorie si cumulavano, essendo esclusa l'elisione *ex litis contestatione*, dato il difetto di *eadem res* tra le azioni concorrenti, diverse per *petitum* e *causa petendi*¹⁴.

La rigidità concettuale di questa ricostruzione tradizionale, che peraltro individua generalmente la espressa enunciazione testuale della classificazione tra *actiones poenales* e *actiones quibus rem persequimur* in alcuni famosi passi – nell'ottica delle nostre osservazioni ricordiamo, in particolare, Gai 4.6-9, già citato, e il suo corrispondente giustiniano, Inst.4.6.16-19 – non trova tuttavia piena conferma nelle fonti giurisprudenziali classiche.

Vediamo, in sintesi, i profili di discordanza più significativi.

¹² Il riferimento è alla dottrina romanistica della prima metà del secolo scorso: v. in particolare, salve le singole varianti interpretative, P. de FRANCISCI, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano 1912, 5 ss.; E. ALBERTARIO, *Nota sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano* 26 (1913), 90 ss., ora in *Studi di diritto romano*, IV, Milano 1946, 369 ss.; Id., *Responsabilità fino al limite dell'arricchimento nelle azioni pretorie concesse in luogo delle azioni penali contro l'erede*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo* 46 (1913), 449 ss., ora in *Studi di diritto romano* IV, cit., 301 ss.; E. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin 1915, 1 ss.; 135 ss.; Id., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918 (rist. Aalen 1964), 80 ss.; Id., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin 1922 (rist. Aalen 1964), 1 ss.; 178 ss.; E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, II. Le “*actiones quibus et rem et poenam persequimur*” del processo classico, 1915, 1 ss.; Id., *Diritto romano*, I. Parte generale, Padova 1935, 563 ss.; Id., *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*, Milano 1955, 190 ss.; G. ROTONDI, “*Dolus ex delicto*” e “*dolus ex contractu*” nelle teorie bizantine sulla trasmissibilità delle azioni, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia* 28 (1913), ora in *Scritti giuridici*, II. *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, a cura di E. ALBERTARIO, Milano 1922, 371 ss.; Id., *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia* 29 (1914), ora in *Scritti giuridici*, II cit., 411 ss.; Id., *Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Rivista italiana di diritto commerciale* 14 (1916), parte I, 942 ss.; 15 (1917), parte II, 236 ss., ora in *Scritti giuridici*, II cit., 465 ss.; M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litis aestimatio im klassischen römischen Recht*, München 1935, 167 ss.; P. VOICI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* cit., *passim*, specialmente 4 ss.; 94 s.

¹³ Soluzione affermata nel periodo classico per le azioni penali di furto, di rapina e di *damnum iniuria datum* con esclusione dell'*actio iniuriarum*, che restò intrasmissibile anche dal lato attivo, data la sua natura rigidamente personale e il carattere non patrimoniale della lesione prodotta (in proposito v., in particolare, Gai 4.112; Inst.4.12.1; D.47.10.13 pr. (Ulp. 57 *ad ed.*); D.47.10.15.14 (Ulp. 77 <57> *ad ed.*).

¹⁴ L'esempio tipico di concorso cumulativo riguarda in età classica il delitto di furto; il derubato infatti poteva esercitare contro il ladro in via cumulativa l'azione di furto, diretta soltanto a punire il ladro, e l'azione reipersecutoria concorrente diretta a ottenere la restituzione della refurtiva o il suo controvalore (*rei vindicatio* o *condictio ex causa furtiva*) con la conseguenza «*ut neque furti actio per conditionem neque condictio per furti actionem consumatur*»: D.13.1.7.1 (Ulp. 42 *ad Sab.*).

In primo luogo, dato che nelle azioni penali private la *poena* consiste esclusivamente, come è stato già ricordato, in una obbligazione pecuniaria a vantaggio dell'offeso, l'individuazione della "funzione" di queste azioni può risultare talvolta problematica, in quanto, ferma restando la loro tipica ed originaria funzione "afflittiva", potrebbe configurarsi per esse una funzione anche "reipersecutoria" (cioè diretta alla reintegrazione del patrimonio dell'attore). Questa osservazione assume particolare evidenza in riferimento alle *actiones poenales* con *condemnatio in simplum*, infatti in queste azioni – e, fra le tante, basti ricordare, secondo il nostro profilo d'interesse, l'*actio ex lege Aquilia* data in *simplum adversus confitentem* e le azioni penali pretorie in *simplum*¹⁵ – il *quantum* della *litis aestimatio* (condanna) è equivalente all'entità del danno inferito¹⁶, e quindi funzione "afflittiva"

15 Delle *actiones poenales in simplum* di natura pretoria ricordiamo, in particolare, l'*actio doli*, la cui *condemnatio* al "*quanti ea res est*" conferisce all'azione una sostanziale funzione di reintegrazione patrimoniale, che implica un affievolimento della sua originaria natura penale: sul punto si vedano, di recente, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008, 28 ss.; P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010, 71 ss.; S. VIARO, *Azioni penali munite di clausola arbitraria*, in "*Actio in rem*" e "*actio in personam*". In ricordo di M. Talamanca, I cit., 647 ss.

16 Si ritiene generalmente che tale corrispondenza fra il *quantum* della condanna e l'entità del danno arrecato abbia trovato la sua prima manifestazione proprio nella *poena* aquiliana. Occorre ricordare, sia pure limitandoci in questa sede ai profili istituzionali, che il testo originario della *lex Aquilia* si articolava in tre capi, oltre a due norme processuali di chiusura, che concernevano, rispettivamente, la c.d. litiscrescenza dell'azione aquiliana e la responsabilità del *dominus* per l'illecito compiuto da un suo schiavo. Secondo la ricostruzione del testo originario del plebiscito aquiliano elaborata, in particolare, da Carlo Augusto Cannata [C.A. CANNATA, *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in *Studia et Documenta historiae et iuris* 58 (1992), 194 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. VACCA, II, Torino 2012, 1 ss.; Id., *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria* cit., 25 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II cit., 153 ss.; Id., *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della lex Aquilia*, in *Index* 22 (1994), 151 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II cit., 119 ss.; Id., *Il terzo capo della lex Aquilia*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano* 97-98 (1995-1996) [pubbl. 2000], 111 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II cit., 239 ss.], il capo I sanzionava l'uccisione ingiustificata di un servo altrui o di un capo di bestiame altrui rientrando fra i quadrupedi [D.9.2.2 pr. (Gai. 7 ad ed. prov.); Gai. 3.210; Inst.4.3 pr.] con una pena (dovuta dall'uccisore al proprietario offeso) corrispondente al maggior valore raggiunto dal bene nell'ultimo anno precedente il fatto delittuoso ("*quanti id in eo anno plurimi fuit*": Gai. D.9.2.2 pr.): il riferimento al "maggior valore" probabilmente si collegava alla circostanza che si trattava di beni inseriti in un contesto di economia agricola ed il cui prezzo era soggetto quindi a variazioni stagionali dovute alla variazione stagionale della relativa domanda (sul punto v. C.A. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria* cit., 45 s.). Sebbene in questo caso il *quantum* della condanna aquiliana, considerato il riferimento al "maggior valore" della *res*, potesse non coincidere con l'ammontare del danno – e ciò ha indotto alcuni autori (ad esempio, G. VALDITARA, *Superamento della "aestimatio rei" nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai "non domini"*, Milano 1992, 188 ss.; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra "verba legis" e interpretazione giurisprudenziale*, Torino 2015, 158 ss.) a individuare nel *plurimi* una pena ulteriore da infliggere all'autore del danno – autorevole dottrina [G. PUGLIESE, *Relazione finale*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del Deuxième Colloque de Philosophie Pénale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, a cura di O. DILIBERTO, Napoli 1993, 432 s.; C.A. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria* cit., 54 s.] osserva correttamente che il riferimento, peraltro eventuale, al *plurimi* risponde ad una logica reipersecutoria, essendo finalizzato ad una piena reintegrazione del *dominus*. Il capo II contemplava la condotta dell'*adstipulator*, che avesse danneggiato lo *stipulator* rimettendo fraudolentemente il debito e la sanzionava con una pena corrispondente all'ammontare del debito estinto ("*quanti ea res est, tanti actio constituitur*": Gai. 3.215). Il capo III riguardava ogni altra ipotesi di danneggiamento materiale a cose altrui (diverse da quelle previste nei capi precedenti), che si concretasse in un *urere, frangere, rumpere iniuria* (cioè nel bruciarle, spezzarle, romperle ingiustamente) [Gai. 3.217; D.9.2.27.5 (Ulp. 18 ad ed.)] e comminava una *poena* corrispondente, secondo l'opinione più diffusa, al valore che la cosa distrutta aveva avuto nei trenta giorni immediatamente precedenti la sua distruzione ("*quanti ea res fuit in diebus triginta proximis*": Ulp. D.9.2.27.5). Questi sintetici profili ricostruttivi mi sembra che evidenzino chiaramente che i 3 capi del plebiscito aquiliano tipizzano tutti, già nella loro portata originaria, fattispecie di danneggiamento materiale sanzionate prevalentemente con pene al *simplum*, la cui funzione reipersecutoria ormai prevale sulla originaria prospettiva afflittiva, che verosimilmente aveva caratterizzato la disciplina sanzionatoria del danneggiamento nelle XII Tavole. A questo proposito occorre altresì osservare che questa "funzione reipersecutoria" della pena aquiliana può considerarsi originaria, cioè è deducibile espressamente dai *verba legis*. Torniamo a considerare il disposto legislativo del capo I: "*si quis ... occiderit, ... tantum aes ero (domino) damnas esto*", che significa che la pena consiste nel fatto che l'uccisore, a seguito dell'uccisione, "è obbligato" a pagare al

e funzione “reipersecutoria” sembrerebbero coesistere, quasi confondersi¹⁷, sfumando così la linea di confine fra azioni penali private e azioni reipersecutorie.

In secondo luogo, diversi passi giurisprudenziali attestano, alcuni indirettamente, altri espressamente, la “funzione reipersecutoria” (oppure il “contenuto reipersecutorio”) dell’*actio ex lege Aquilia*. 12

A titolo esemplificativo vediamo, innanzitutto, Gai 4.9¹⁸, un passo delle Istituzioni gaiane dall’interpretazione a tutt’oggi non poco controversa e al quale sembra opportuno dedicare in questa sede alcuni rilievi testuali sia pure limitatamente al nostro specifico profilo d’interesse. 13

Dopo aver classificato nel § 6 le azioni in tre categorie, a seconda che tramite il loro esercizio in giudizio l’attore consegua o soltanto la *res*, cioè soltanto la reintegrazione patrimoniale, o soltanto la *poena*, cioè soltanto l’irrogazione di una sanzione afflittiva a carico dell’autore del delitto, oppure, in ultima ipotesi, tanto la *res*, quanto la *poena*, nel § 9 Gaio include l’*actio ex lege Aquilia*, se esercitata *in duplum adversus infitiantem*¹⁹, nella terza categoria di azioni, quelle “*quibus rem et poenam persequimur*”. Siccome in questo paragrafo il giurista afferma espressamente che la *condemnatio* aquiliana è comprensiva della *poena* soltanto se essa è raddoppiata a causa della *infitiatio* (contestazione infondata) del convenuto, sembra possibile dedurre che, quando la condanna aquiliana è *in simplum adversus confitentem*, essa include la *rei persecutio*, dovendosi intendere il termine *poena*, di cui al § 9, come pena processuale irrogata contro il convenuto, che contesta infondatamente la propria responsabilità. E la consapevolezza del “contenuto reipersecutorio” dell’azione aquiliana *in simplum* potrebbe peraltro aver indotto Gaio, da un lato, a non annoverarla tra le azioni soltanto penali (“*quibus poenam tantum persequimur*”) (§ 8), di cui il giurista infatti afferma il cumulo con i rimedi reipersecutori concorrenti²⁰, dall’altro, a ricomprenderla tra le azioni sia penali sia reipersecutorie 14

proprietario della cosa distrutta una somma equivalente al maggior valore conseguito dalla cosa stessa nell’ultimo anno; a questo proposito C.A. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria* cit., 56, osserva: «Il legislatore aquiliano inventa dunque l’obbligazione da delitto, con l’idea del sorgere di un credito equivalente al valore della cosa distrutta a favore del proprietario di questa. Si tratta di un’operazione escogitata a tutela della proprietà, ... Come si vede, il carattere penale dell’azione non traduce unicamente lo scopo punitivo della legge; esso è strumentale allo scopo risarcitorio a favore di un proprietario che non può più ottenere soddisfazione altrimenti. Si crea un diritto soggettivo di credito che rimpiazza il diritto di proprietà perduto».

¹⁷ B. ALBANESE, *Cenni sullo svolgimento storico dell’illecito privato in Roma*, in *Syntheleia V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 110 ss.; Id., voce *Illecito (storia)*, in *Enciclopedia del diritto* 20 (1970), 62 ss., sottolinea come tale confusione di pena e di risarcimento nella *poena in simplum* trovi espressione nel concetto «concertante» di pena risarcitoria, inaugurato appunto dalla pena aquiliana, e «che potrebbe sembrare un *monstrum* concettuale» [Id., voce *Illecito (storia)* cit., 64].

¹⁸ Gai 4.9: *Rem vero et poenam persequimur veluti ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriarum legis Aquiliae, aut legatorum nomine, quae per damnationem certa relictas sunt*. Per una rassegna critica delle principali proposte ricostruttive cui ha dato adito l’interpretazione di questo noto passo mi permetto di rinviare a G. ROSSETTI, “*Poena*” e “*rei persecutio*” nell’*actio ex lege Aquilia* cit., 49 ss.

¹⁹ Cioè per il doppio del valore contro il convenuto, che contesta temerariamente la fondatezza della pretesa dell’attore: infatti l’azione aquiliana insieme all’azione di giudicato, all’azione di regresso e all’azione *ex testamento* data a tutela dei legati *per damnationem* (azioni che sono tutte richiamate in Gai 4.9, unitamente all’azione aquiliana, per esemplificare le azioni “*quibus rem et poenam persequimur*”) è annoverata tra le azioni in cui “*lis infitiando crescit in duplum*”, la cui *condemnatio* cioè raddoppia a seguito dalla infondata contestazione del convenuto, mentre resta commisurata al valore semplice se costui si riconosce obbligato.

²⁰ Infatti nel § 8 Gaio, nell’esemplificare le azioni “*quibus poenam tantum persequimur*”, cita l’azione di furto, l’azione di ingiurie e l’azione di rapina e di quest’ultima ribadisce la natura soltanto penale probabilmente in adesione all’orientamento giurisprudenziale prevalente in diritto classico e che considerava la *condemnatio* nel quadruplo di quest’azione tutta e soltanto *poena*, ammettendone quindi il cumulo con le azioni reipersecutorie concorrenti.

(“*quibus rem et poenam persequimur*”) (§ 9) perché la *condemnatio* dell’azione aquiliana comprende anche la *poena* (che però nell’ottica gaiana è sanzione di tipo processuale) se raddoppia a causa della contestazione infondata del convenuto.

Questi rilievi testuali mi portano altresì a ritenere che nell’ottica di questa tripartizione gaiana delle *actiones in personam* la circostanza che la *condemnatio in simplum* dell’azione aquiliana comprenda la reintegrazione patrimoniale, senza alterare la “natura” dell’azione, che formalmente resta *poenalis*, riveste un rilievo esclusivamente pratico, dato che determina l’esclusione del cumulo fra la stessa azione e le azioni reipersecutorie concorrenti aventi il medesimo contenuto e nascenti dal medesimo fatto e, come vedremo nel prosieguo della ricerca, questa soluzione Gaio probabilmente la induce dalle soluzioni giurisprudenziali correnti alla sua epoca.

Inoltre assumono particolare rilievo due passi del giurista Paolo – D.17.2.50 (Paul. 6 *ad Sab.*) e D.44.7.34.2 (Paul. *lib. sing de concurr. act.*) – che attestano espressamente la “funzione reipersecutoria” (oppure il “contenuto reipersecutorio”) dell’*actio ex lege Aquilia*. Essi contemplano due casi di concorso dell’*actio ex lege Aquilia*, rispettivamente, con l’*actio pro socio* (si tratta del socio, che ha danneggiato il bene comune)²¹ e con l’*actio commodati* (si fa il caso del comodatario, che ha strappato gli abiti ricevuti a titolo di comodato)²², e in entrambi i casi il giurista giustifica l’esclusione del cumulo fra le azioni concorrenti, astrattamente cumulabili secondo il *rigor iuris civilis* perché non sono *de eadem re*, tramite l’esplicito riferimento al loro comune contenuto reipersecutorio.

Il dettato di questi passi giurisprudenziali – e in questa sede mi sono limitata a ricordarne alcuni dei più significativi – ha provocato e continua a provocare in una parte della dottrina romanistica non poco disagio innanzitutto per la difficoltà di conciliare dati testuali e costruzioni teoriche, in quanto il rilievo testuale della “funzione reipersecutoria” dell’azione aquiliana sembrerebbe difficile da conciliare, per un verso, con la sua “natura penale”, peraltro ampiamente attestata nelle fonti classiche²³, per altro verso, con la distinzione fra azioni penali private e azioni reipersecutorie se ricostruita con assoluta rigidità dogmatica.

Delle diverse proposte interpretative elaborate dalla dottrina tradizionale in riferimento ai passi giurisprudenziali ricordati poco sopra, che attestano la funzione reipersecutoria dell’azione aquiliana, mi limito a ricordare che una parte della letteratura della prima metà del secolo scorso²⁴, anche al fine di salvare la classicità di questi testi, ha condiviso la teoria dell’“azione

²¹ D.17.2.50 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat.*

²² D.44.7.34.2 (Paul. *lib. sing de concurr. act.*): *... et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraque enim actiones rei persecutionem continent. et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finiuntur: ...*

²³ La natura penale dell’azione aquiliana trova conferma, com’è noto, nella circostanza che essa presenta alcune delle caratteristiche tipiche del regime delle *actiones poenales* e, in particolare, la nossalità [Gai 4.76; Coll. 12.7.9; D.9.4.2 pr. e 1 (Ulp. 18 *ad ed.*)], l’intrasmissibilità passiva [Gai 4.112; D.50.17.111.1 (Gai. 2 *ad ed. prov.*); D.9.2.23.8 (Ulp. 18 *ad ed.*) sull’azione per l’arricchimento spettante contro l’erede del reo], la cumulatività soggettiva [D.9.2.11.2 (Ulp. 18 *ad ed.*); D.9.2.51.1 (Iul. 86 *dig.*)].

²⁴ V., in particolare, E. BETTI, *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, II. *Le “actiones quibus et rem et poenam persequimur” del processo classico* cit., 23 ss.; Id., *Diritto romano*, I. *Parte generale* cit., 563 ss.; Id., *La struttura dell’obbligazione romana ed il problema della sua genesi* cit., 190 ss.; G. ROTONDI, *Dalla Lex Aquilia all’art. 1151 Cod. Cin. Ricerche storico-dogmatiche* cit., 497 ss., la cui adesione alla teoria dell’azione qualitativamente mista mi sembra che presenti tuttavia profili critici di indubbia novità rispetto alla stessa impostazione del Levy (a questo

15

16

17

18

qualitativamente mista” – la cui elaborazione teorica si deve agli studi magistrali di Ernst Levy²⁵ – e ha ipotizzato che nel corso del periodo classico l’azione aquiliana, pur conservando la sua originaria natura penale, avrebbe gradualmente assunto una sostanziale funzione di reintegrazione patrimoniale, che tuttavia assumerebbe rilievo solo agli effetti della esclusione del cumulo con le azioni reipersecutorie concorrenti. Altri autori²⁶, procedendo dal presupposto che in diritto classico la funzione reipersecutoria dell’azione aquiliana non possa coesistere con la sua natura penale – infatti secondo questa dottrina la concezione classica dell’*actio poenalis* si risolverebbe in un’azione penale sia per natura sia per funzione – per un verso, hanno negato la classicità del concetto di azione qualitativamente mista, e hanno ritenuto quindi interpolati i passi giurisprudenziali che attestano la funzione reipersecutoria dell’azione aquiliana, considerandoli espressione della concezione giustiniana dell’*actio mixta* di cui in Inst.4.6.19²⁷, per altro verso, hanno imputato ad un errore gaiano²⁸ l’inclusione dell’*actio ex lege Aquilia* tra le *actiones* “*quibus rem et poenam persequimur*”, di cui in Gai 4.9.

3. La “funzione reipersecutoria” dell’*actio ex lege Aquilia* e il concorso con le azioni contrattuali: una rassegna di giurisprudenza casistica.

Sebbene non sia opportuno approfondire in questa sede i limiti dogmatici ed esegetici delle proposte ricostruttive tradizionali richiamate poco sopra, mi sembra che sia tuttavia importante chiarire innanzitutto che la corretta impostazione di queste tematiche dovrebbe seguire una prospettiva diversa da quella tradizionale, non condizionata da aprioristiche “gabbie classificatorie” e più conforme alla portata casistico-problematica delle soluzioni giurisprudenziali classiche.

19

proposito mi permetto di rinviare a G. ROSSETTI, “*Poena*” e “*rei persecutio*” nell’*actio ex lege Aquilia* cit., 23 ss.; M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisaestimation im klassischen römischen Recht* cit., 167 ss.; Id., *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 501 ss.; Id., *Das römische Privatrecht*, II², München 1975, 343 ss.; B. ALBANESE, voce *Illicito (storia)* cit., 73, nt. 30.

²⁵ Infatti nei due volumi della *Konkurrenz* (1918 e 1922) l’insigne Studioso teorizza puntualmente sia i concetti di «Pölnatur» e di «sachverfolgenden Funktion» sia l’istituto della «judiziale (seltener prätorische) Konsumption», i cui presupposti di operatività si fanno consistere, a differenza della «civile Konsumption», nel difetto di *eadem res* e nell’affinità di scopo tra le azioni concorrenti. Sul pensiero del Levy si veda anche *infra*, nt. 39.

²⁶ Questo orientamento interpretativo fa capo sostanzialmente al VOICI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* cit., 98 ss., le cui riflessioni [peraltro riproposte senza variazioni di rilievo nei più recenti studi *Azioni penali e azioni miste*, in *Studia et Documenta historiae et iuris* 44 (1998), 1 ss. e *Azioni penali in concorso tra loro*, in *Studia et Documenta historiae et iuris* 45 (1999), 1 ss.] hanno senz’altro condizionato la dottrina successiva: v., in particolare, U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano 1957, 72 ss.; C. SANFILIPPO, *Gli atti illeciti. Pena e risarcimento. Corso di diritto romano*, Catania 1960, 35 ss.; H. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law*, in *Bullettino dell’Istituto di Diritto romano* 85 (1982), 15 ss.; Id., *Gaius, Theophilus and Tribonian and the Actiones Mixtae*, in *Studies in Justinian’s Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London 1983, 3 ss.; Id., *El caracter jurídico de la actio legis Aquiliae en el derecho romano clasico*, in *Revista Jurídica de Asturias* 10-11 (1987-1988), 3 ss.; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 36 ss.

²⁷ Su questo passo v. *infra*, § 4.

²⁸ Questo argomento è stato inaugurato, in particolare, dal VOICI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* cit., 98; Id., *Azioni penali e azioni miste* cit., 1 s.; 14 s., che ha ritenuto che la errata inclusione dell’azione aquiliana fra le azioni litis crescenti dipendesse dal fatto che Gaio non si sarebbe accorto che nel caso di questa azione la *poena* per l’*infinitatio* (che è di tipo processuale) si cumula con la *poena* aquiliana, che è una pena privata, mentre nelle altre azioni menzionate al § 9, che sono in origine reipersecutorie, la *poena* per l’*infinitatio* si aggiunge alla *res*.

In primo luogo occorre precisare che quando i *prudentes* richiamano la funzione reipersecutoria (o il contenuto reipersecutorio) dell'*actio ex lege Aquilia*, il loro profilo d'interesse non è astrattamente classificatorio, ma concreto, dato che il giurista analizza casisticamente il contenuto patrimoniale della pretesa processuale (*petitum*) e la sua analisi è funzionale alla soluzione di un problema pratico, qual è il regime processuale del concorso dell'azione aquiliana con le azioni contrattuali. 20

Considerata l'impossibilità di analizzare puntualmente nell'ambito di questa ricerca le singole soluzioni giurisprudenziali, data anche la loro varietà contenutistica e la loro diversa collocazione temporale (si tratta infatti di passi, che coprono un arco temporale che va dal I sec. a.C. al III sec. d.C.), intendo limitare le mie osservazioni ad una breve rassegna casistica esemplificativa, la quale si propone di ricomporre in un sintetico quadro d'insieme i criteri, che hanno guidato i *prudentes*, ispirando, in linea di principio, le *rationes decidendi* giustificatrici dei singoli pareri aventi ad oggetto casi di concorso tra l'azione aquiliana e le azioni contrattuali²⁹. 21

I casi di concorso discussi nelle fonti giurisprudenziali attengono tutti a rapporti contrattuali tutelati da *iudicia bonae fidei* (in particolare locazione, comodato, società, pegno, deposito) e sono caratterizzati dalla comune circostanza che il danno patrimoniale lamentato dall'attore può configurarsi sia come inadempimento dell'obbligazione contrattuale sia come illecito aquiliano: il danneggiato quindi sarebbe astrattamente (cioè ai sensi dello *ius civile*) legittimato ad agire sia con l'azione contrattuale tipica sia con l'azione aquiliana, trattandosi di azioni che non sono *de eadem re*. 22

A titolo esemplificativo ricordiamo alcuni casi, che sembrano particolarmente dimostrativi nell'ottica delle nostre osservazioni. 23

In un passo di Alfeno Varo³⁰ si dice che se il noleggiatore ha fiaccato le mule caricandole oltre il peso pattuito, il locatore può agire con l'azione di locazione e con l'azione aquiliana; secondo Paolo³¹ il comodatario, che ha strappato gli abiti ricevuti a titolo di comodato, risponde *ex commodato* ed *ex* 24

²⁹ Per una esegesi più puntuale dei passi giurisprudenziali richiamati nel presente paragrafo e per ulteriori citazioni bibliografiche mi permetto di rinviare ad alcuni miei precedenti studi dedicati specificamente a queste tematiche: G. ROSSETTI, *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne* cit., 615 ss.; Ead., "Poena" e "rei persecutio" nell'*actio ex lege Aquilia* cit., 105 ss.; Ead., *Alcune considerazioni in tema di consunzione "giudiziale" ed identificazione dell'"eadem res"*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. GAROFALO, III, Padova 2015, 202 ss.

³⁰ D.19.2.30.2 (Alf. 3 *dig. a Paul. epit.*): *Qui mulas ad certum onus pondus locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.* Altri casi di concorso "*actio ex lege Aquilia - actio ex locato*" da segnalare sono i seguenti: in D.19.2.25.5 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) si riferisce che il colono, che ha tagliato abusivamente degli alberi sul fondo locato, risponderà (astrattamente), oltre che con l'azione di locazione, anche con l'azione aquiliana, con l'azione prevista dalle XII Tavole sul taglio furtivo di alberi e con l'interdetto *quod vi aut clam*, se il conduttore ha ferito il servo, che gli è stato locato, Paolo risponde che al locatore spetta, a titolo della medesima ferita, l'azione di locazione e l'azione aquiliana [D.19.2.43 (Paul. 21 *ad ed.*)]; parimenti il medico, che in virtù di un contratto di *locatio-conductio operis* ha operato senza perizia uno schiavo e lo ha ferito, risponde *ex locato* ed *ex lege Aquilia* [D.9.2.7.8 (Ulp. 18 *ad ed.*)].

³¹ D.44.7.34.2 (Paul. *lib. sing. de concurr. act.*): *Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum conditione et furti, quin etiam ex locato: et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur. et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque actiones rei persecutionem continent. et quidem post legis Aquiliae (actionem utique commodati) finietur: post commodati an Aquiliae remaneat in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere, quia simpli accedit et simpli subducto locum non habet.* E Ulpiano nel caso del socio del comodatario, che ha danneggiato la *res commodata*, risponde che "*aequissimum est*" che l'attore, una volta esercitata l'azione contrattuale, rimetta l'azione penale [D.13.6.7.1 (Ulp. 28 *ad ed.*)].

lege Aquilia; alcuni frammenti³², che leggiamo composti in una interessante “catena compilatoria”, riportano il caso del socio, che ha danneggiato la cosa comune, e ne attestano la responsabilità *ex lege Aquilia e pro socio*.

Sebbene le azioni concorrenti nascenti *ex eodem facto* siano astrattamente cumulabili, dato che non sono *de eadem re*, possiamo tuttavia notare come in tutti i passi ricordati sia riportata la diversa soluzione del concorso alternativo.

A quest’ultimo proposito è altresì interessante evidenziare che, se l’esclusione del cumulo tra l’azione contrattuale e l’azione aquiliana si traduce di frequente³³ nell’impiego della locuzione disgiuntiva *vel ... vel*, non mancano frammenti³⁴ nei quali la soluzione del concorso alternativo è sintetizzata nella espressione “*sed alterutra actione contentus actor esse debet*”, che tradotta letteralmente significa che l’attore deve soddisfarsi tramite l’esercizio di una soltanto delle azioni concorrenti. In altri passi³⁵ ancora possiamo notare come il giurista rimetta all’*officium iudicis* l’attuazione tecnica della soluzione della elisione, considerato l’ampio potere discrezionale di cui nei *iudicia bonae fidei* gode il giudice nella determinazione *ex fide bona* della *litis aestimatio*³⁶: in altri termini, i giuristi, utilizzando la duttilità di queste strutture processuali, guidano, in veste di consulenti, il magistrato e il giudice al fine di evitare le conseguenze inique, che produrrebbe l’adozione del cumulo civilistico.

Infatti la soluzione del concorso alternativo è per così dire “imposta” dai principi dell’equità e della correttezza processuale³⁷ e i giuristi la suggeriscono sulla base del rilievo prettamente concreto che, essendo identico il fine pratico (*petitum*) che l’attore intende perseguire tramite l’esercizio dell’azione contrattuale e dell’azione aquiliana, dato che anche l’azione aquiliana “*ad rei persecutionem respicit*” (Paul. D.17.2.50)³⁸, il cumulo delle azioni concorrenti farebbe conseguire all’attore un

³² D.17.2.47.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Iulianus et Pomponius scribunt*; D.17.2.48 (Paul. 6 *ad Sab.*): *sed nihilo minus et pro socio tenetur*; D.17.2.50 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Sed actione pro socio consequitur, ut alterutra <alterutra> actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat.*

³³ V. Alf. D.19.2.30.2; Ulp. D.9.2.7.8.

³⁴ V. D.47.7.9 (Gai. 13 *ad ed. prov.*); Paul. D.19.2.43; Paul. D.17.2.50.

³⁵ Ad esempio, nella parte finale di Gai. D.19.2.25.5 il giurista, una volta indicate le azioni esperibili contro il colono, che ha tagliato degli alberi sul fondo locato, afferma che «rientra nell’*officium* del giudice, che giudica sulla causa di locazione, far sì che il locatore, una volta esercitata l’azione di locazione, rimetta tutte le altre azioni.», e similmente recita la chiusa di Paul. D.19.2.43: «ciò (cioè che l’attore debba soddisfarsi esercitando soltanto una delle azioni concorrenti) rientra nell’*officium* del giudice, dinanzi al quale il locatore ha instaurato la causa agendo a titolo di locazione.»

³⁶ Gai. 4.114: *... de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis.* Sul noto paragrafo gaiano si vedano, in particolare, le osservazioni critiche del CANNATA, “*Bona fides*” e strutture processuali, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001)*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova 2003, 257 ss.

³⁷ Dei diversi riscontri testuali della *ratio* equitativa, che giustifica la soluzione del concorso alternativo, v., ad esempio, i già citati Ulp. D.13.6.7.1 (“*aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem*”), Paul. D.19.2.43, Gai. D.47.7.9 e Paul. D.17.2.50 (relativamente all’espressione “*sed alterutra actione contentus actor esse debet*”).

³⁸ Nello stesso senso cfr. Paul. D.44.7.34.2: “*utraeque actiones rei persecutionem continent*”. Sebbene si sia dubitato, specie in passato – v. in particolare, oltre gli autori citati nell’*Index Interpolationum ad hb. ll.*, E. ALBERTARIO, *Le azioni penali. Corso di diritto romano (Programma)*, Pavia 1915, 10; G. von BESELER, *Miscellanea*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung* 44 (1924), 369 s.; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* cit., 102 s.; 137 s.; 143 s.; 151; U. von LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato* cit., 74 s.s.; H. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law* cit., 36 s.; P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste* cit., 39; Id., *Azioni penali in concorso* cit., 10 s. –, della genuinità di questi passi paolini nella parte

doppio risarcimento, che si tradurrebbe quindi sia in un suo arricchimento ingiustificato sia in un eccessivo, e altrettanto ingiustificato, aggravio patrimoniale del convenuto. Tuttavia l'elisione dell'azione concorrente, non potendo essere attuata, come si è già detto, tramite la c.d. consunzione civile, dato che le azioni concorrenti non sono *de eadem re*, si realizza *extrinsecus*, cioè attraverso la c.d. consunzione pretoria o giudiziale³⁹ e in tali sedi l'esclusione del cumulo si ottiene adottando peculiari meccanismi tecnici, in particolare la *denegatio actionis* (nella consunzione pretoria), la *cautio de remittendo* e l'*exceptio doli*⁴⁰ (nella consunzione giudiziale).

Altri passi giurisprudenziali⁴¹ attestano peraltro soluzioni riconducibili ad una tipologia di concorso cumulativo, che potremmo definire "equitativamente attenuato", prevedendo che

28

in cui esplicitano il contenuto reipersecutorio dell'*actio ex lege Aquilia*, nella dottrina più recente è ampiamente condivisa la loro classicità: v., *ex plurimis*, L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, in *A usfrieg und Niedergang der römischen Welt*, II.14, Berlin-New York 1982, 693, nt. 24; Ead., "*Actiones poenales*" e "*actiones quibus rem persequimur*", in *Iura* 40 (1989) [pubbl. 1992], 50; Ead., *Eccezione di dolo generale e delitti*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. GAROFALO, Padova 2006, 330 ss.; G. VALDITARA, *Superamento della "aestimatio rei" nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai "non domini"* cit., 187; C.A. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria* cit., 35, ntt. 35 e 36; P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla Compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* cit., 108, nt. 13; G. VALDITARA, *Dammum iniuria datum*², Torino 2005, 58 ss.; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*², Padova 2008, 182 s.; P. CERAMI, "*Vulneratio vel occisio servi negotiatoris*" e "*laesio societatis*", in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano 2009, 581 s.; 586 ss.; G. ROSSETTI, "*Poena*" e "*rei persecutio*" nell'*actio ex lege Aquilia* cit., 162 s.; 182 s.; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra "verba legis" e interpretazione giurisprudenziale* cit., 144 e nt. 29.

³⁹ Sulla consunzione giudiziale (o pretoria), altrimenti detta consunzione processuale, costituiscono a tutt'oggi un punto di riferimento imprescindibile gli studi del Levy. L'insigne Studioso dedica all'approfondimento dei profili dogmatici ed esegetici di questo istituto il volume II della *Konkurrenz*, ove se ne occupa in riferimento al concorso di azioni in senso stretto e al concorso passivo di persone. La trattazione ha ad oggetto, innanzitutto, «Wesen und Voraussetzungen» della «judiziale Konsumption» in contrapposizione alla «zivile Konsumption», fondata quest'ultima sull'efficacia preclusiva della *litis contestatio* e diretta ad escludere il cumulo se le azioni concorrenti sono *de eadem re*. Evidenziata la funzione sostanzialmente equitativa della consunzione giudiziale, diretta a evitare una doppia condanna a carico del convenuto sebbene le azioni concorrenti non siano *de eadem re*, l'Autore (E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1 cit., 12 ss.) ne individua i presupposti di operatività, uno negativo, risultante dall'assenza di *eadem res* tra le azioni concorrenti, e l'altro positivo, consistente nell'affinità di scopo tra le azioni concorrenti («Annäherung der beiden Klagziele»). A quest'ultimo proposito è assai significativo il rinvio, a titolo esemplificativo, ad alcuni casi di concorso tra l'azione aquiliana e alcune *actiones in rem* (*rei vindicatio* ed *hereditatis petitio*), la cui natura alternativa è giustificata dallo Studioso richiamando la circostanza che le azioni concorrenti hanno una comune «sachverfolgenden Funktion» (Id., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1 cit., 15).

⁴⁰ Se nella consunzione pretoria il ricorso alla *denegatio actionis* comporta l'esclusione dell'azione concorrente, l'impiego nella consunzione giudiziale della *cautio de remittenda altera actione* e della *exceptio doli* presenta le caratteristiche seguenti. Se l'offeso esercita come prima azione l'azione reipersecutoria, arbitraria o di buona fede, il giudice condiziona la condanna del convenuto al fatto che l'attore garantisca, mediante la prestazione di una *cautio*, di rimettere l'azione concorrente. Qualora l'offeso non rimetta l'azione penale, e quindi la eserciti contro lo stesso convenuto, costui potrà paralizzarla con l'*exceptio doli*, in quanto aveva diritto alla remissione. Se l'offeso esercita come prima azione l'azione penale, conseguendo la relativa *litis aestimatio*, il giudice dell'azione penale non avrà alcun potere per costringerlo a rimettere l'azione reipersecutoria concorrente. Tuttavia, essendo contrario alla buona fede che si esercitino entrambe le azioni e che l'offeso possa quindi conseguire due *litis aestimationes*, il giudice della seconda azione, quella reipersecutoria di buona fede, assolverà comunque il convenuto, essendo superflua, trattandosi di un *iudicium bonae fidei*, l'opposizione formale dell'*exceptio doli* per la nota regola dell'inerenza.

⁴¹ V., ad esempio, Paul. D.44.7.34.2 e Ulp. D.13.6.7.1, due passi già richiamati (*supra*, nt. 31) sul concorso dell'azione aquiliana con l'azione di comodato. In particolare, nella parte finale del primo passo Paolo sembra ritenere che, se il comodante ha già esercitato l'*actio commodati*, potrà esercitare anche l'*actio ex lege Aquilia* per ottenere il maggior valore che gli abiti danneggiati hanno avuto negli ultimi trenta giorni; nella chiusa del secondo testo Ulpiano precisa dubitativamente che l'attore, anziché rimettere l'azione aquiliana, la potrà esercitare se si dimostrerà che tramite il suo esercizio sarà conseguita la differenza, dedotto quanto già ottenuto a titolo di comodato.

nell'ipotesi in cui l'attore abbia esercitato per prima l'azione con *litis aestimatio* meno ampia, che coincide solitamente con l'azione contrattuale, egli conserverà la legittimazione ad esercitare l'azione aquiliana; in simili ipotesi il giurista tuttavia attenua equitativamente⁴² il cumulo delle azioni concorrenti, suggerendo di limitare l'esercizio dell'azione aquiliana al *quod amplius* – cioè nei limiti dell'eccedenza, che l'attore potrà conseguire *ex lege Aquilia*, considerata la retrodatazione del calcolo della *litis aestimatio* ai trenta giorni precedenti il fatto delittuoso (Paul. D.44.7.34.2) – affinché l'attore, cumulando le due azioni, possa ottenere non più di quanto avrebbe ottenuto se avesse esercitato sin dall'inizio l'azione più vantaggiosa⁴³.

Questa sintetica rassegna casistica mi sembra che abbia evidenziato, innanzitutto, che i *prudentes* adottano nella soluzione dei diversi casi di concorso dell'azione aquiliana con le azioni contrattuali un angolo visuale assolutamente pratico e problematico, al quale sono del tutto estranee astratte finalità di costruzione concettuale o di classificazione sistematica. E questo angolo visuale si specifica, come si è visto, nel criterio interpretativo guida incentrato sull'analisi del “contenuto patrimoniale” della pretesa dell'attore. Se tale contenuto si identifica con la *rei persecutio* ed è il medesimo per entrambe le azioni concorrenti, in quanto anche l'azione aquiliana “*ad rei persecutionem respicit*” (Paul. D.17.2.50), le azioni si considerano *de eadem re*⁴⁴, e quindi l'attore dovrà accontentarsi del loro esercizio alternativo oppure potrà esercitarle entrambe a condizione che limiti la seconda azione all'eventuale eccedenza.

⁴² Ritengo infatti che il principio che ammette l'esercizio dell'azione aquiliana nei limiti dell'eccedenza, la cui classicità è peraltro ampiamente condivisa nella dottrina più recente (v., in particolare, H. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law* cit., 36, nt. 73; G. NEGRI, voce *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, III, Torino 1988, 262; G. VALDITARA, *Dammum iniuria datum*² cit., 59, nt. 459; L. VACCA, *Eccezione di dolo generale e delitti* cit., 333 e nt. 12; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*² cit., 182 s.; G. ROSSETTI, “Poena” e “rei persecutio” nell'*actio ex lege Aquilia* cit., 165 ss.; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra “verba legis” e interpretazione giurisprudenziale* cit., 144, nt. 30), risponda ad una evidente *ratio* equitativa: il giurista, valutate equitativamente tutte le circostanze qualificanti il caso concreto, e *in primis* gli interessi delle parti processuali, ammette il cumulo, ma lo limita, affinché tramite l'esercizio cumulativo dell'azione aquiliana il comodante non possa ottenere che l'eccedenza, e quindi non più di quanto avrebbe conseguito se fin dall'inizio avesse esercitato tale azione. Altra dottrina (ad esempio, M.F. CURSI, *Iniuria cum damno*. *Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 216, nt. 151; Ead., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli 2010, 68 s.) sostiene, invece, che i giuristi ammetterebbero l'esercizio dell'azione aquiliana nei limiti dell'eccedenza in quanto individuerebbero nel *plurimi* attribuito da questa azione un importo ulteriore rispetto al risarcimento, con valore di pena, e quindi meritevole di essere perseguito.

⁴³ In questi casi di “cumulo attenuato” l'esercizio della seconda azione era ricondotto nei limiti dell'eccedenza o ad opera del pretore, che poteva imporre all'attore di prestare una *cautio*, tramite la quale costui si impegnava a rinunciare alla *litis aestimatio* già conseguita tramite l'esercizio della prima azione, oppure ad opera del giudice, che concedeva al convenuto una *exceptio doli* diretta a una “modulazione diminutoria” della seconda condanna. Della *exceptio doli* utilizzata in diminuzione della condanna costituisce un interessante riscontro testuale D.9.2.47 (Tul. 86 *dig.*), un passo relativo ad un caso di concorso fra l'*actio legis Aquiliae ex capite I* e l'*actio legis Aquiliae ex capite III* dipendente dal ferimento di uno schiavo cui segue la morte a causa della stessa ferita: il giurista afferma che se il padrone, dopo aver esercitato l'azione *de vulnerato* e conseguito la *litis aestimatio* per il danno derivante dalle ferite, avesse esperito anche l'azione *de occiso* per lo stesso schiavo, al convenuto sarà concessa una eccezione di dolo diretta a costringere l'attore a conseguire dall'esercizio cumulativo delle due azioni non più di quanto avrebbe ottenuto se avesse agito fin dall'inizio per l'uccisione del servo, cioè esercitando soltanto l'azione con *litis aestimatio* più ampia.

⁴⁴ Infatti a partire dalla giurisprudenza della tarda Repubblica e del primo Principato la nozione di *eadem res*, essendo angolata sul *petitum*, assume una portata casistico-problematica e diventa quindi irrilevante la diversità della *causa petendi* ai fini della esclusione del cumulo delle azioni concorrenti: sul punto interessanti rilievi critici in G. NEGRI, voce *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno* cit., 259.

Occorre precisare inoltre che il percorso interpretativo, che questa breve rassegna testuale ha tentato di ricostruire nei suoi profili più significativi, mi sembra che contribuisca a confermare il progressivo affievolimento, nel corso del periodo classico, della originaria natura penale dell'*actio ex lege Aquilia* e la contestuale generalizzazione della sua funzione di riparazione del danno patrimoniale.

Il graduale processo di depenalizzazione, che l'azione aquiliana viene subendo nel corso del periodo classico, costituisce, com'è noto, il prodotto dell'interpretazione casistica dei giuristi, che interviene estensivamente sui *verba legis*, coinvolgendo diversi profili, sostanziali e processuali, dell'illecito aquiliano. A questo proposito, oltre al progressivo consolidamento della funzione risarcitoria dell'azione aquiliana⁴⁵, il cui esercizio "*damni sarciendi gratia*" non esclude quello dell'azione criminale ormai diretta in via esclusiva alla punizione del colpevole⁴⁶, non possiamo non ricordare l'emergere della *culpa* come criterio soggettivo di responsabilità⁴⁷, l'affermarsi nella stima del danno in luogo dell'originaria *aestimatio rei* del criterio dell'*id quod interest*⁴⁸, dal quale

⁴⁵ Dimostrativi sul punto D.39.2.7.1 (Ulp. 53 *ad ed.*) e D.47.10.7.1 (Ulp. 57 *ad ed.*): nel primo passo il giurista precisa che, se la *cautio damni infecti* riguarda i danni non ancora causati, tutte le altre azioni prevedono il risarcimento dei danni già accaduti e tra queste si cita appunto l'*actio legis Aquiliae* come esempio di rimedio risarcitorio per eccellenza; nell'altro passo si legge che l'azione di ingiurie era esperita "*de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnnum sarciatur*", come invece l'azione aquiliana.

⁴⁶ V., a questo proposito, *Imp. Gordianus A. Dolenti* C.3.35.3 (a. 241): *Ex morte ancillae, quam caesam conquestus es, tam legis Aquiliae damni sarciendi gratia actionem quam criminalem accusationem adversus obnoxium competere posse non ambigitur*. Si tratta di un rescritto nel quale l'imperatore Gordiano, nel caso dell'uccisione di una schiava esposto da un certo Dolente, autorizza l'esercizio cumulativo dell'azione aquiliana, diretta a risarcire il danno, e dell'azione criminale (derivante dalla *lex Cornelia de sicariis*) data contro il colpevole.

⁴⁷ A proposito di questo profilo tematico, il cui approfondimento esula dai limiti di questo contributo, sembra importante ricordare che la ricostruzione della portata originaria dell'*iniuria* aquiliana è tuttora controversa: se infatti secondo una parte della dottrina essa avrebbe presentato, sin dalle origini, una coloritura soggettiva, ricollegabile secondo alcuni autori (v., in particolare, M.F. CURSI, "*Iniuria cum damno*". *Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano* cit., *passim*; Ead., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit., 31 ss.) ad una condotta dolosa, secondo altri (v., *ex plurimis*, G. MacCORMACK, *Aquilian Studies*, in *Studia et Documenta historiae et iuris* 41 (1975), 56 ss.; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*² cit., 171 ss.; Id., *Antigiuridicità e colpevolezza nella previsione del plebiscito aquiliano*, in *Studia et Documenta historiae et iuris* 75 (2009), 77 ss.) alla colpevolezza, altra dottrina [v., *salve le singole varianti interpretative*, S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino 1969; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano 1969; Id., *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria* cit., 35 ss.; G. VALDITARA, *Dammum iniuria datum*² cit., 33 ss.; Id., *Dalla "iniuria" alla "culpa". Su una dibattuta questione*, in *Studia et Documenta historiae et iuris* 75 (2009), 131 ss.) ritiene, forse più correttamente, che l'identificazione dell'*iniuria* con la *culpa* abbia rappresentato il prodotto di un articolato processo di interpretazione condotto dalla giurisprudenza preclassica e classica sui *verba legis*.

⁴⁸ Com'è noto un altro profilo direttamente collegato al graduale processo di depenalizzazione dell'azione aquiliana è rappresentato dal passaggio, nella determinazione della *condemnatio* aquiliana, dal criterio originario della stima del valore di mercato del bene distrutto o danneggiato (c.d. *aestimatio rei*) a quello dell'*id quod interest*, definitivamente affermatosi in età giustiniana. Di questo complesso percorso evolutivo – per il cui approfondimento basterà qui rinviare a G. Valditara, *Superamento della "aestimatio rei" nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai "non domini"* cit., *passim*; Id., *Dall'"aestimatio rei" all'"id quod interest" nell'applicazione della "condemnatio" aquiliana*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* cit., 76 ss.; Id., *Dammum iniuria datum*² cit., 42 ss. – furono ancora una volta artefici i giuristi (sul punto cfr. Inst.4.3.10), che attraverso una *interpretatio* evolutiva e nel rispetto dei *verba legis*, che prescrivevano come criterio di stima il riferimento al valore del *corpus peremptum*, dapprima aggiunsero all'*aestimatio rei* la valutazione della c.d. *causa rei* (cioè dell'utilità che il proprietario avrebbe tratto dalla cosa distrutta o danneggiata, se essa fosse rimasta integra nel suo patrimonio) – e un simile criterio di stima, tradizionalmente definito del "prezzo formale", introduceva nella valutazione del danno aquiliano quelle entità che il diritto moderno, recependo la dogmatica dei giuristi medievali, denomina danno emergente e lucro cessante – quindi pervennero, in età severiana [cfr., in particolare, D.9.2.21.2 (Ulp. 18 *ad ed.*); D.9.2.33 pr. (Paul. 2 *ad Plaut.*)], a prospettare la liquidazione diretta dell'*id quod interest*.

conseguono ‘a cascata’, da un lato, l’estensione della legittimazione attiva a soggetti *non domini*⁴⁹, dall’altro, l’ampliamento della tutela aquiliana mediante l’introduzione di *actiones utiles* e *in factum ad exemplum legis Aquiliae*, cioè di azioni pretorie concesse a tutela di fattispecie di *damnum* non tutelabili con l’azione diretta della legge Aquilia perché il danneggiamento era stato cagionato *non corpore*, cioè senza implicare l’attività fisica dell’autore sul bene, e addirittura *non corpori*, ovvero senza ledere materialmente il bene⁵⁰.

L’emersione ad opera dell’*interpretatio prudentium* di questi profili mi sembra che evidenzi con sufficiente chiarezza che è proprio nel periodo classico che si pongono, ad opera della giurisprudenza più matura, le premesse per la definitiva affermazione della funzione risarcitoria generale dell’azione aquiliana, che Giustiniano realizzerà tramite la costruzione di un’*actio damni dati in factum ex lege Aquilia*, un’azione generale che, superata la tipicità dell’illecito aquiliano, renderà sanzionabile il danno comunque causato.

32

⁴⁹ Infatti la elaborazione giurisprudenziale del criterio dell’*id quod interest* permise di estendere la tutela aquiliana (mediante la concessione di *actiones utiles*) a soggetti che, pur non essendo proprietari della *res* danneggiata, avessero derivato un danno dalla condotta del danneggiante (*pater* per le ferite inferte al *filius*; creditore pignoratizio; usufruttuario; comodatario; *liber homo* posseduto in buona fede): in proposito si segnala ancora, anche per i relativi riferimenti testuali, G. Valditara, *Superamento della “aestimatio rei” nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai “non domini”* cit., 201 ss.; 447 ss.

⁵⁰ Infatti in dottrina è oggetto di ampia condivisione (*contra* di recente, in particolare I. Piro, “*Damnum corpore suo dare*”. “*Rem corpore possidere*”. L’oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della “*possessio*” nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani, Napoli-Roma 2004, *passim* e A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*” cit., 113 ss.) il rilievo che l’azione aquiliana diretta era esperibile a condizione che si trattasse di un “*damnum corpore corpori datum*”: in altri termini, la condotta del danneggiante, inizialmente tipizzata dai *prudentes* mediante una interpretazione letterale e restrittiva dei *verba legis* che descrivevano le condotte tipiche (*occidere, urere, frangere, rumpere*), doveva tradursi in un contatto fisico diretto tra la persona del danneggiante e la cosa, essendo richiesto un nesso di causalità materiale e diretta tra la condotta dell’agente e l’evento dannoso. Successivamente i giuristi suggerirono di adattare questo modello rimediabile a ipotesi di danno più o meno distanti da quelle tipiche tutelate con l’azione diretta e ciò condusse all’introduzione, ad opera del pretore, di *actiones utiles* e *in factum*, il cui rispettivo ambito di applicazione, delineato nelle fonti classiche con evidente promiscuità terminologica, sembra potersi ricostruire nei termini seguenti: a tutela dei casi maggiormente vicini al dettato legislativo, e innanzitutto per i danni causati *non corpore*, sarebbero state accordate delle *actiones utiles* modellate sull’azione diretta, mentre a tutela delle fattispecie maggiormente distanti, cioè i danni causati *né corpore né corpori*, sarebbero state concesse delle *actiones in factum*, forse decretali. Sebbene si tratti di una questione molto complessa, il cui approfondimento non attiene al nostro profilo d’interesse, tuttavia sembra interessante ricordare che questa ipotesi ricostruttiva, condivisa da una parte della dottrina più recente (si veda, ad esempio, M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit., 64 ss.; Ead., *Dalla tipicità della tutela del danno extracontrattuale alle clausole generali di responsabilità*, in *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, a cura di G. Santucci, Napoli 2012, 17 ss.; L. Desanti, *La legge Aquilia. Tra “verba legis” e interpretazione giurisprudenziale* cit., 68 e 165), argomenta dai criteri applicati in un passo delle Istituzioni giustinianee (Inst.4.3.16), che riporta una chiara esposizione sintetica della tutela aquiliana. Il lungo squarcio riferisce, in particolare, che, se l’azione diretta trova applicazione nei casi di danno causato “*praecipue corpore suo*”, l’azione utile tutela le fattispecie in cui il danno è dato *non corpore*, ma *corpori* (tra gli esempi riportati rientra il caso dello schiavo che, rinchiuso, viene fatto morire di fame), l’azione *in factum* infine riguarda i danni arrecati *né corpore né corpori* (ad esempio, se qualcuno libera, spinto da misericordia, lo schiavo altrui facendolo fuggire). Ma su questo passo torneremo *infra*, § 4.

4. Verso un'azione generale di risarcimento del danno: la prospettiva giustiniana.

Una significativa conferma testuale delle osservazioni svolte a conclusione del paragrafo precedente mi sembra che possa essere rappresentata dalla configurazione che l'*actio ex lege Aquilia* assume in un famoso passo delle Istituzioni giustiniane, Inst.4.6.19⁵¹.

Il § 19 fa parte, unitamente ai tre paragrafi che lo precedono, di un ampio squarcio del manuale istituzionale, che Giustiniano dedica alla tripartizione fra azioni reipersecutorie, azioni penali e azioni miste⁵². Sebbene questi paragrafi delle Istituzioni imperiali costituiscano, sul piano formale, il luogo corrispondente di Gai 4.6-9, una parte della dottrina⁵³ esclude, correttamente, ogni coincidenza di ordine sostanziale fra la tripartizione giustiniana e quella gaiana.

In via generale vi è da notare infatti che nel passo di Gaio i concetti di *res* e di *poena*, oggetto del *persequi*, rappresentano, come abbiamo visto⁵⁴, il concreto contenuto della pretesa dell'attore e inoltre rilevano come concetti chiave in vista della soluzione del problema pratico del regime del concorso processuale tra azioni penali e azioni reipersecutorie; nei paragrafi delle Istituzioni imperiali si ha riguardo, invece, alla “funzione” penale o/e reipersecutoria dell'azione al fine di enunciare una classificazione generale di tutte le azioni dotata di compiutezza sistematica e rigore dogmatico.

⁵¹ Riporto il testo del § 19 limitatamente alla parte che in questa sede interessa specificamente: Inst.4.6.19: ... *Sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si adversus injuriantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit. Veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: (tanti) enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum iam traditam divisionem.*

⁵² Considerato che della tripartizione giustiniana, di cui in Inst.4.6.16-19, si esamineranno in questa sede soltanto i profili pertinenti all'oggetto specifico di questo contributo, per l'approfondimento dei diversi problemi di critica testuale sollevati dall'interpretazione di questi paragrafi mi permetto di segnalare alcune mie precedenti ricerche, alle quali rinvio anche per la citazione della letteratura: G. Rossetti, *Problemi e prospettive in tema di “struttura” e “funzione” dell'actio ex lege Aquilia* cit., 385 ss.; Ead., *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne* cit., 629 ss.; Ead., *“Poena” e “rei persecutio” nell'actio ex lege Aquilia* cit., 55 ss.

⁵³ Della dottrina più risalente si veda, innanzitutto, P. de Francisci, *Studi sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva* cit., 8 ss.; 67 ss., al quale spetta il merito di essere stato il primo ad evidenziare, con esauriente dimostrazione testuale, la non corrispondenza fra la prospettiva classica e quella giustiniana; in senso sostanzialmente conforme, E. Betti, *Studi sulla “litis aestimatio” del processo civile romano*, II cit., 9 ss.; G. Rotondi, *Dalla “Lex Aquilia” all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche* cit., 492; 498, nt. 1; E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I cit., 434 ss.; 489 ss.; Id., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1 cit., 1 ss.; P. Voci, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico* cit., 91 ss.; di seguito, tra gli altri, B. Albanese, *Cenni sullo svolgimento storico dell'illecito privato in Roma* cit., 119 s.; Id., voce *Illecito (storia)* cit., 82 s.; H. Ankum, *Actions by which we claim a thing (“res”) and a penalty (“poena”) in classical roman law* cit., 15 ss.; 31 ss.; Id., *Gaius, Theophilus and Tribonian and the “Actiones Mixtae”* cit., *passim*; L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel Principato* cit., 687 ss.; Ead., *Azioni penali “ex delicto”: pena e reintegrazione patrimoniale* cit., 210 ss.; EAD., *Eccezione di dolo generale e delitti* cit., 327, nt. 5; P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste* cit., 1; 38 ss.; G. Rossetti, *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne* cit., 630 s.; Ead., *“Poena” e “rei persecutio” nell'actio ex lege Aquilia* cit., 57 s. La tesi che sostiene, in senso contrario, la continuità fra la classificazione gaiana e quella giustiniana, e che individua nella tripartizione giustiniana il completamento e l'esplicitazione di alcune tendenze già presenti nella tripartizione gaiana, risulta condivisa da ultimo, tra gli altri, da G. Valditara, *Superamento della “aestimatio rei” nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai “non domini”* cit., 189 ss.; Id., *Damnum iniuria datum*² cit., 58 s.; M.F. CURSI, *“Iniuria cum damno”. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano* cit., 215 s. e nt. 151 con letteratura; EAD., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit., 68 s.; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra “verba legis” e interpretazione giurisprudenziale* cit., 139, nt. 13.

⁵⁴ V. *supra*, § 2.

Dal confronto testuale fra le due classificazioni emergono, peraltro, ulteriori e specifici profili distintivi. 36

Innanzitutto l'esemplificazione delle *actiones "rei persecuendae causa comparatae"* di cui al § 17, includendo anche "*omnes in rem actiones*", presenta maggiore completezza rispetto al luogo corrispondente della tripartizione gaiana (Gai 4.7), che invece richiama come esempio delle *actiones "quibus rem tantum persequimur"* soltanto le *actiones ex contractu*. 37

In riferimento alle *actiones in personam ex maleficiis*, il § 18 distingue fra quelle, che hanno una finalità soltanto afflittiva ("*tantum poenae persecuendae causa comparatae sunt*"), e quelle, che sono dirette tanto all'irrogazione di una *poena*, quanto alla reintegrazione patrimoniale ("*tam poenae quam rei persecuendae*"): queste ultime, in considerazione di questa loro duplice funzione, penale e reipersecutoria, sono dette *mixtae*. 38

Come esempio di azioni soltanto penali è citata, non a caso, unicamente l'*actio furti*, con la precisazione che la sua *condemnatio*, anche se nel multiplo del valore della cosa rubata, contiene soltanto la *poena*, sicché ne sarà ammesso il cumulo con le azioni reipersecutorie concorrenti, la *rei vindicatio* e la *condictio rei*. 39

Il § 18, se confrontato con il parallelo Gai 4.8, non richiama l'*actio iniuriarum*, probabilmente perché, compiutosi in età giustiniana il processo di pubblicizzazione del *delictum* di *iniuria* – processo avviatosi ad opera della *lex Cornelia de iniuriis* emanata verosimilmente da Silla nell'81 a.C. – l'azione *aestimatoria* privata risulta ormai ampiamente sostituita dall'azione criminale. 40

Inoltre la parte iniziale del § 19 risolve il dubbio riportato da Gai 4.8 a proposito dell'*actio vi bonorum raptorum* classificandola senz'altro fra le *actiones mixtae*, in quanto nella *condemnatio* nel quadruplo di quest'azione si distingue il semplice valore della cosa (*simplum*) a titolo di *rei persecutio* e il residuo *triplum* a titolo di *poena*⁵⁵. 41

Segue l'articolata spiegazione del carattere misto dell'*actio ex lege Aquilia*. A questo riguardo il § 19 distingue a seconda che quest'azione sia esercitata *in duplum adversus infitiantem* oppure *in simplum adversus confitentem*: nella prima ipotesi l'azione è "sempre" mista, nella seconda lo è "talvolta" (*interdum*), vale a dire soltanto nei casi in cui – ai sensi del *caput* I della *lex Aquilia*, che sanciva, come si è già ricordato⁵⁶, il pagamento a titolo di *poena*, nel caso di uccisione di uno schiavo altrui, del maggior valore conseguito dalla *res occisa* nell'ultimo anno – il *quantum* della *litis aestimatio*, calcolato con riferimento al "*quanti id in eo anno plurimi fuit*" (Gai. D.9.2.2 pr.), eccede l'effettivo ammontare del danno cagionato. L'uso di *interdum* mi sembra che sia da sottolineare, 42

⁵⁵ Mi sembra che la classificazione dell'azione di rapina fra le azioni miste, di cui in Inst.4.6.19, confermi la prevalenza, in diritto giustiniano, di quell'indirizzo giurisprudenziale, rimasto minoritario in diritto classico, che, traendo forse origine dallo stretto nesso genetico fra l'*actio vi bonorum raptorum* e l'*actio damni vi hominibus armatis coactisve dati*, individuava nella *condemnatio* nel quadruplo dell'azione di rapina un *simplum* con contenuto reipersecutorio, con la conseguente esclusione del cumulo con le azioni reipersecutorie concorrenti. Peraltro la definitiva affermazione, in epoca giustiniana, del carattere misto dell'*actio vi bonorum raptorum* è strettamente connessa alla circostanza che in quest'epoca la repressione pubblica copre ormai tutte le forme di violenza, così che l'azione privata corrispondente, anche a causa del possibile cumulo delle due azioni, perde la sua originaria funzione penale, per avvicinarsi alle azioni di risarcimento: sul punto, anche per un dettagliato esame testuale e bibliografico, si rinvia a L. Vacca, *Ricerche in tema di "actio vi bonorum raptorum"*, Milano 1972, 145 ss.

⁵⁶ V. *supra*, nt. 16.

dato che sta a significare che in epoca giustiniana ormai l'azione aquiliana, se *in simplum*, era per lo più esclusivamente “risarcitaria”; in via residuale, cioè quando la stima retroattiva implicava il riferimento al maggior valore, anche “penale”, e quindi “mista”. Segue l'eloquente esempio dell'uccisione dello schiavo, zoppo o cieco al momento della commissione del delitto, ma “*integer et magni pretii*” nell'ultimo anno⁵⁷.

La configurazione dell'*actio ex lege Aquilia in simplum* come azione *mixta* per così dire “ad intermittenza” mi sembra che costituisca l'indice forse più significativo della profonda diversità esistente fra la prospettiva giustiniana e quella classica in merito alla considerazione della natura e della funzione dell'azione aquiliana. 43

Nell'ottica del modello gaiano, come si è già visto, la circostanza che l'*actio ex lege Aquilia*, se data *in simplum adversus confitentem*, contenesse la *rei persecutio*, senza escluderne la originaria natura penale, rilevava soltanto allo scopo di giustificare il concorso alternativo con le azioni reipersecutorie *ex contractu* nascenti *ex eodem facto*. Secondo la classificazione giustiniana l'*actio ex lege Aquilia* è “mista” (sempre se *in duplum*, talvolta se *in simplum*) perché l'ordinamento l'ha predisposta al fine sia di risarcire il danno sia di irrogare una sanzione al convenuto. 44

Peraltro, la nuova configurazione assunta dall'*actio ex lege Aquilia* nella prospettiva giustiniana evidenzia, da un lato, quanto fosse lontano il diritto giustiniano dal concetto classico di *actio poenalis*, in quanto nell'ottica dei Compilatori il concetto di *poena* assume una connotazione puramente quantitativa e implica un'operazione di scomposizione della *condemnatio* in linea con le caratteristiche procedurali della *cognitio extra ordinem* giustiniana. A questo proposito il Rotondi⁵⁸ sottolinea acutamente che «proprio l'*a. l. Aquiliae* è quella che più direttamente risente di questo travolgimento di concetti: poiché il suo contenuto normale non eccede la *rei persecutio*, i giustiniani devono per così dire aggrapparsi agli elementi estrinseci della stima retrodatata e della litiscrescenza per ravvisare qualcosa che rappresenti la pena e che permetta di mantenere fede alla sistematica classica, conservando all'*a. l.* la qualifica di penale o, con maggior precisione, dal nuovo punto di vista, di mista». 45

Per altro verso, riteniamo che la nuova concezione giustiniana dell'*actio ex lege Aquilia*, caratterizzata sia dalla marcata generalizzazione della sua funzione risarcitoria sia dalla configurazione dell'*actio in factum ex lege Aquilia* come azione generale per ottenere la *damni culpa dati* 46

⁵⁷ Un altro passo delle Istituzioni imperiali, riproponendo in apertura il medesimo esempio, mi sembra che sia ancora più esplicito nel precisare la natura “talvolta” mista dell'*actio ex lege Aquilia in simplum*. Si tratta di Inst.4.3.9: *His autem verbis legis “quanti id in eo anno plurimi fuerit” illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus aut luscus aut mancus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. qua ratione creditum est poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris: ideoque constat in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis aestimaretur.* Nella seconda parte (*qua ratione aestimaretur*) del passo si precisa che l'*actio ex lege Aquilia* non si trasmette contro gli eredi dell'offensore quando la condanna obbliga l'autore del danno a pagare una somma superiore all'entità del danno, perché in tal caso l'azione si considera anche penale; nel caso contrario si trasmetterebbe passivamente perché, non superando la condanna l'ammontare del danno, l'azione sarebbe interamente reipersecutoria.

⁵⁸ G. ROTONDI, *Dalla “Lex Aquilia” all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche cit.*, 499.

*reparatio*⁵⁹, evidenzi chiaramente come quest'azione si trovi a disagio nella categoria delle azioni penali private più delle altre *actiones poenales*. A conferma di ciò basta ricordare la sistemazione che la Compilazione riserva al *damnum iniuria datum*: se nelle *Institutiones* i Compilatori, ponendosi dal punto di vista delle fonti delle obbligazioni e recependo il modello gaiano, collocano la materia del *damnum iniuria datum* tra le *obligationes quae ex delicto nascuntur* (quindi assieme a furto, rapina e *iniuria*) nel titolo 3 del libro 4, nel Digesto viene meno l'unità sistematica dei *delicta*. Infatti furto, rapina e *iniuria* figurano nel libro 47 dedicato al diritto penale, mentre il *damnum iniuria datum* viene collocato nel libro 9 (D.9.2: *Ad legem Aquilianam*), di stampo prettamente privatistico, assieme ad una gamma variegata di fattispecie di danneggiamento e questa diversa collocazione sistematica evidenzia che nel Digesto i Compilatori si pongono dal punto di vista del *damnum* e della funzione essenzialmente risarcitoria dell'azione aquiliana⁶⁰.

5. Considerazioni conclusive.

Al termine di questo articolato percorso diacronico sono opportune alcune considerazioni di chiusura dirette a rendere conto, riassuntivamente, dei risultati conseguiti, evidenziando, in particolare, la loro parziale divergenza rispetto alle ricostruzioni dottrinali tradizionali, che nell'affrontare queste tematiche sono state non poco condizionate dallo schematismo teorico, che aveva caratterizzato la costruzione pandettistica della teoria generale della responsabilità extracontrattuale intesa come “responsabilità penale con contenuto risarcitorio”.

Se l'idea che l'origine storica della moderna responsabilità extracontrattuale sia da individuare nella responsabilità *ex lege Aquilia* del diritto romano rappresenta un luogo comune del corrente linguaggio giuridico, il presente contributo in via principale si è proposto di evidenziare come nell'ottica dell'esperienza giuridica romana questa *communis opinio* solleciti diverse riflessioni critiche,

⁵⁹ A questo proposito si veda, come significativa conferma testuale, Inst.4.3.16, il lungo passo delle Istituzioni giustiniane già richiamato (*supra*, nt. 50) nel quale i Compilatori, nel risistemare la complessa materia dell'ambito di applicazione della tutela aquiliana «secondo una logica che conserva le forme classiche, ma sostanzialmente corrisponde all'elaborazione bizantina» (M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit., 90), dopo aver precisato che l'azione diretta e l'azione utile si applicano, rispettivamente, nei casi di danno causato “*praecipue corpore suo*” e nei casi di danno dato *non corpore*, ma *corpore*, sottolineano infine che l'azione *in factum* riguarda i danni arrecati né *corpore* né *corpore*, quindi è esercitabile in via integrativa e sussidiaria per sanzionare le ipotesi di danneggiamento per le quali non è possibile applicare né l'azione diretta né l'azione utile. L'esempio richiamato a questo proposito riguarda il caso di chi, spinto da misericordia, libera lo schiavo altrui facendolo fuggire, cagionando con la sua condotta in capo al *dominus* un danno, che non consiste nella distruzione materiale della cosa, ma nella sua perdita all'interno del patrimonio del *dominus*: questa tipologia di danno, coincidendo con la “dispersione” della cosa e la conseguente impossibilità per il padrone di poterne disporre, potrebbe essere definito, usando la terminologia moderna, «perdita puramente patrimoniale, perché si riflette appunto sul patrimonio del *dominus*, concepito nella sua interezza» (M.F. Cursi, *op. ult. cit.*, 66). Su queste complesse tematiche, non suscettibili di approfondimento in questa sede, si segnalano *ex plurimis*, anche per i relativi riferimenti testuali e bibliografici, G. Rotondi, *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae* cit., 458 ss.; Id., *Dalla “Lex Aquilia” all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche* cit., 470 ss.; G. VALDITARA, *Dalla lex Aquilia all'art. 2043 del codice civile, in Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 3-7 giugno 2000)*, a cura di F. Milazzo, Napoli 2004, 192 ss.; M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit., 89 ss.; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra “verba legis” e interpretazione giurisprudenziale* cit., 165 ss.

⁶⁰ Sul punto da segnalare i rilievi critici di P. Cerami, *La responsabilità extracontrattuale dalla Compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio* cit., 104 ss.

alle quali si è ritenuto di poter pervenire alla luce del contenuto delle soluzioni giurisprudenziali classiche, che si è cercato di analizzare senza sovrastrutturare alla loro concreta dimensione casistico-problematica le moderne categorie concettuali.

In primo luogo si è osservato che l'*actio ex lege Aquilia*, la cui originaria natura di *actio poenalis* è indubitabile e risulta confermata dalla circostanza, testualmente documentata, che il relativo regime giuridico presenta tutte le caratteristiche tipiche del regime delle *actiones ex delicto*, sembra che si possa ritenere la “meno penale” delle *actiones poenales* in considerazione della graduale generalizzazione durante il periodo classico e ad opera della giurisprudenza più matura della sua funzione reipersecutoria. 49

Si è altresì evidenziato che la circostanza che l'azione aquiliana “*ad rei persecutionem respicit*” – attestata sia indirettamente in Gai 4.9 sia espressamente in diverse soluzioni giurisprudenziali, della cui classicità non sembra potersi dubitare: sono meritevoli di menzione, in sede conclusiva, due passi del giurista Paolo, D.17.2.50 e D.44.7.34.2, che riportano due casi di concorso dell'azione aquiliana con *actiones ex contractu* nascenti *ex eodem facto* – ha prospettato alla dottrina romanistica tradizionale prevalente notevoli difficoltà interpretative, sembrando la funzione reipersecutoria dell'*actio ex lege Aquilia* difficile da conciliare, da un lato, con la natura penale di questa azione, dall'altro con la distinzione tra *actiones poenales* e *actiones quibus rem persequimur*, se prospettata in termini assolutamente rigidi. 50

Considerati, alla luce di una breve ricognizione critica, i limiti sia dogmatici sia esegetici delle principali soluzioni ricostruttive proposte dalla dottrina tradizionale al fine di conciliare dati testuali e costruzioni teoriche, si è ritenuta l'opportunità di adottare nell'interpretazione del contenuto reipersecutorio dell'azione aquiliana una prospettiva diversa, non condizionata da aprioristiche “gabbie classificatorie” o da astratte finalità di costruzione concettuale e che tenesse in debito conto gli specifici criteri utilizzati dai *prudentes* nella soluzione di alcuni significativi casi di concorso tra l'azione aquiliana e le azioni contrattuali. Ciò allo scopo di analizzare le enunciazioni prudenziali nella loro originaria prospettiva problematica, che ne giustifica le specifiche soluzioni. 51

La rassegna, necessariamente sintetica, dei principali passi giurisprudenziali sul concorso tra l'azione aquiliana e le azioni *ex contractu* ha condotto ad alcuni risultati, che sembrano parzialmente divergenti rispetto alla ricostruzione tradizionale, e dei quali si dà conto sinteticamente in sede conclusiva. 52

Innanzitutto si è potuto notare che i *prudentes*, nel suggerire al magistrato o al giudice la soluzione del concorso alternativo tra l'azione aquiliana e le azioni contrattuali nascenti *ex eodem facto*, adottano un angolo di visuale assolutamente concreto, incentrato sull'analisi del contenuto patrimoniale della pretesa processuale (*petitum*), apprezzato nella peculiare realtà del rapporto dedotto in giudizio: se tale contenuto si identifica con la *rei persecutio* ed è il medesimo per entrambe le azioni concorrenti, dato che anche l'*actio legis Aquiliae* “*rei persecutionem continet*” (Paul. D.44.7.34.2), le azioni si considerano *de eadem re* e quindi “*alterutra contentus actor esse debet*” (Paul. D.19.2.43) oppure l'attore potrà esercitarle entrambe, a condizione che limiti l'esercizio della seconda azione all'eventuale 53

eccedenza. Quindi si tratta di soluzioni pratiche, che i *prudentes* inducono dalla “funzione risarcitoria” dell’azione aquiliana.

La rassegna casistica inoltre ha evidenziato il profondo senso equitativo, che ispira la *ratio decidendi* giustificatrice della *responsio* giurisprudenziale: il giurista, valutata la posizione sostanziale e gli interessi delle parti del processo, suggerisce infatti la soluzione del concorso alternativo alla luce del criterio tecnico della *bona fides*, affinché la tutela della pretesa risarcitoria dell’attore non si risolva in un eccessivo e quindi iniquo aggravio patrimoniale del convenuto.

Quest’ultimo rilievo permette altresì di rilevare in sede conclusiva che la graduale emersione della “funzione risarcitoria” dell’azione aquiliana nelle soluzioni casistiche dei *prudentes* sul concorso di quest’azione con le azioni contrattuali porta ad evidenziare che queste soluzioni, considerata la loro *ratio* equitativa, intervengono ancora una volta a correggere la rigidità dello *ius civile*, facendosi interpreti del mutare dei valori sociali correnti, ai quali non corrisponde più, con particolare riferimento ad alcune azioni penali private, e *in primis* all’*actio ex lege Aquilia* – la “meno penale” delle *actiones poenales* –, l’idea che con l’azione penale “*poenam tantum persequimur*”.

Il prosieguo della ricerca, dopo aver dato conto dei principali profili sostanziali e processuali dell’illecito aquiliano coinvolti nel graduale processo di depenalizzazione che l’azione aquiliana viene subendo nel corso del periodo classico specie ad opera della interpretazione casistica dei giuristi, approda al periodo giustiniano, nel quale abbiamo visto realizzarsi la definitiva affermazione della funzione risarcitoria generale dell’azione aquiliana tramite la concessione di un’*actio in factum generalis ex lege Aquilia*, la cui portata integrativa e sussidiaria permette di superare la tipicità dell’illecito aquiliano.

Nell’ultimo paragrafo (§ 4) del contributo si è ritenuto opportuno approfondire la nuova configurazione assunta dall’*actio ex lege Aquilia* nella prospettiva giustiniana, facendo espressamente riferimento al famoso passo delle Istituzioni imperiali, Inst.4.6.19, del quale si è proposta una lettura parzialmente divergente da quella condivisa dalla dottrina prevalente e che ne esclude ogni corrispondenza con l’altrettanto noto passo delle Istituzioni gaiane, Gai 4.9.

A questo proposito si è visto infatti che, mentre nella tripartizione gaiana (Gai 4.9) la circostanza che l’azione aquiliana contenesse la *reipersecutio*, oltre a non permetterne l’elencazione tra le azioni “*quibus poenam tantum persequimur*” richiamate al § 8, giustificava il concorso alternativo con le azioni contrattuali derivanti *ex eodem facto*, nella classificazione giustiniana (Inst.4.6.19) invece la nostra azione è mista (sempre se data *in duplum adversus infitiantem*, talvolta se data *in simplum adversus confitentem*) perché l’ordinamento astrattamente l’ha predisposta “*tam poenae quam rei persequendae*”.

La nuova configurazione giustiniana dell’azione aquiliana, funzionale alla sua astratta sistemazione classificatoria, ci ha permesso di rilevare innanzitutto che nell’ottica dei Compilatori la penality di tale azione dipende soltanto da criteri puramente estrinseci ed occasionali, quali la litiscrescenza *ex infitiatione* e il criterio della stima retroattiva e rapportata al maggior valore.

Inoltre si è potuto comprendere, in termini più generali, che in diritto giustiniano prevale una concezione puramente quantitativa del concetto di *poena*: è pena tutto ciò che nella condanna

54

55

56

57

58

59

60

prescinde dalla *rei persecutio* – è il caso delle “*actiones tantum poenae persecuendae causa comparatae*” – o quel tanto che si aggiunge ad essa (quindi l’*ultra simplum*) – si tratta delle “*actiones mixtae*” .

Infine sembra importante evidenziare che il disagio che l’*actio ex lege Aquilia*, divenuta ormai un’azione generale data a sanzione di ogni ipotesi di danneggiamento, sembra risentire nell’essere sistemata nella categoria classica delle azioni penali private, riflette la generale e profonda crisi che nel periodo giustiniano coinvolge ormai l’intera categoria dei *delicta*. **61**

Si tratta di un fenomeno di progressiva “depenalizzazione” del diritto penale privato maturato, come abbiamo visto, specie ad opera della interpretazione giurisprudenziale nel corso del periodo classico e caratterizzato, come ha acutamente affermato l’Albanese ⁶¹, da «una netta tendenza a scalzare sempre più dal diritto privato, riservandola all’ambito del diritto pubblico, la nozione stessa di *poena*»: un percorso evolutivo complesso, portato a compimento dalla riflessione giuridica successiva, ed in specie dalla scuola del diritto naturale, e segnato, da un lato, dal progressivo spostarsi della reazione all’illecito privato dalla forma della *poena* a quella della *rei persecutio*, da altro lato, dal graduale assorbimento, a partire dall’età del Principato, degli illeciti più gravi (furto aggravato, rapina aggravata, *iniuria*) nel campo della repressione penale pubblica con la conseguente parziale sovrapposizione, in molti casi, dell’ambito di applicazione dell’azione pubblica a quello dell’azione privata ⁶² . **62**

⁶¹ B. Albanese, voce *Illecito (storia)* cit., 87.

⁶² A questo proposito v. *supra*, nt. 10.