

La storia dell'editto del pretore prima della 'codificazione' di Salvio Giuliano nel II sec. d.C. è un tema tra i più importanti nella ricostruzione del diritto privato romano, ma è allo stesso tempo un argomento irto di difficoltà. Il fatto che l'editto giuliano sia divenuto la base dei grandi commentari dei giuristi del II-III sec. d.C. ha avuto l'effetto di cancellare il ricordo degli editti precedenti e di renderne difficile la palinogenesi. Questo volume affronta la materia mediante un confronto tra opere giurisprudenziali ed editto, sia dal punto di vista del sistema edittale che da quello degli istituti, nel tentativo di tracciare alcune linee di sviluppo. I temi trattati sono la formula dell'*actio Publiciana* (Emanuela Calore), il diverso ruolo del pretore, prima e dopo l'editto giuliano, come riflesso nei rimedi aquiliani (M. Floriana Cursi), la possibilità di delineare una stratigrafia dell'editto attraverso lo studio della *negotiorum gestio* (Giovanni Finazzi), la formazione storica del 'sistema romano dei contratti' (Roberto Fiori), la sistematica dell'editto pregiuliano per quanto ricostruibile attraverso i *Digesta* di Alfeno Varo (Cristina Giachi).

Roberto Fiori è professore ordinario di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo nell'Università di Roma Tor Vergata.

Per una storia dell'editto

Per una storia dell'editto

La costruzione del diritto privato attraverso l'editto del pretore

a cura di
Roberto Fiori

€ 50,00



Jovene

Jovene editore 2026

Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato

_____ *Quaderni* _____

11

COMITATO DI DIREZIONE

M. Floriana Cursi *Roma Tor Vergata*
Roberto Fiori *Roma Tor Vergata* - Paola Lambrini *Padova*
Gianni Santucci *Trento*

CONSIGLIO SCIENTIFICO

Luisa Antonioli *Trento* - Martin Avenarius *Köln*
Christian Baldus *Heidelberg* - Emmanuelle Chevreau
Panthéon-Assas Paris II - Edgar Cortés Moncayo
Externado de Colombia - Thomas Duve *Max-Planck-Institut Frankfurt a.M.*
Giuseppe Falcone *Palermo* - Giuseppe Ferri jr. *Roma Sapienza*
Calixto Salomão Filho *São Paulo* - Giovanni Finazzi *Roma Tor Vergata*
Jean-François Gerkens *Liège* - Michele Graziadei *Torino*
Peter Groeschler *Mainz* - Carla Masi Doria *Napoli Federico II*
Luca Nogler *Trento* - Pascal Pichonnaz *Fribourg* - Isabella Piro
Catanzaro - Tilman Reppen *Hamburg* - Martin J. Schermaier *Bonn*
Claudio Scognamiglio *Roma Tor Vergata* - Mario Stella-Richter *Roma Tre*
Anna Veneziano *Teramo* - Stefan Vogenauer
Max-Planck-Institut Frankfurt a.M.

I contributi dei volumi della serie dei *Modelli teorici e metodologici*
nella storia del diritto privato e dei relativi *Quaderni*
sono sottoposti alla valutazione del comitato di direzione.

Per una storia dell'editto

La costruzione del diritto privato
attraverso l'editto del pretore

a cura di

Roberto Fiori



Jovene editore

Napoli 2026

Finanziato dall'Unione europea Next Generation EU, Missione 4 Componente 1
CUP 2022KLW4CM_002.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2026

ISBN 978-88-243-3005-3

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli

Tel. (+39) 081 552 1019 / 1274 / 3471

www.jovene.it info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi.

Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248.

È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Stampato in Italia *Printed in Italy*

Indice sommario

<i>Prefazione</i>	p. IX
<i>Bibliografia</i>	» XI

Emanuela Calore

*Actio Publiciana. Dall'editto del pretore Publicio
all'editto adrianeo*

1. Premessa	» 1
2. La clausola edittale	» 4
2.1. La questione della datazione	» 4
2.2. La questione della collocazione	» 8
2.3. Il contenuto. a) Le fonti	» 10
2.4. Il contenuto. b) Una unica clausola edittale?	» 13
3. Analisi per una storia dell'editto Publiciano	» 16
3.1. Sabino, Cassio e il momento in cui vi deve essere la buona fede	» 16
3.2. Nerazio e la funzione dell' <i>actio Publiciana</i> , concessa a <i>qui bona fide emit</i>	» 20
3.3. Giuliano e l' <i>emptio bonae fidei</i> come causa della <i>tra-</i> <i>ditio</i>	» 26
3.4. Gaio: la parafrasi della clausola edittale e la formula dell' <i>actio Publiciana</i> tra <i>traditio ex iusta causa ed emere.</i> » 31	
3.5. I <i>verba edicti</i> citati e commentati da Ulpiano	» 33
4. Una valutazione d'insieme	» 42
<i>Bibliografia</i>	» 51

Maria Floriana Cursi

*Dall'actio in factum all'actio utilis ex lege Aquilia.
Una storia sul ruolo del pretore
prima e dopo la codificazione dell'editto*

1. Il problema	» 57
2. La dottrina	» 58
3. La fungibilità dell'uso dell' <i>actio in factum</i> sia per il danno da dispersione di <i>res</i> sia per il danno non <i>corpore</i> nella giu- risprudenza tra la fine della Repubblica e il Principato	» 63

3.1. Un caso di dispersione di <i>res</i> in Alfero e un caso di danno non <i>corpore</i> in Ofilio e Labeone	» 63
3.2. Labeone e l' <i>actio in factum</i> per sanzionare il danno da dispersione di <i>res</i>	» 69
3.3. Pareri di Labeone di incerta rilevanza per l'applicazione dei rimedi aquiliani	» 76
4. Continuità nell'uso dell' <i>actio in factum</i> nella riflessione dei giuristi del I secolo d.C.	» 84
4.1. L' <i>actio in factum</i> per la dispersione di <i>res</i> nei pareri di Sabino	» 84
4.2. Il danno da dispersione di <i>res</i> e il danneggiamento con nesso causale mediato nella casistica di Proculo .	» 90
4.3. Due riferimenti all' <i>actio in factum</i> nella giurisprudenza di Aristone?	» 102
5. Ancora una conferma sull'ambito di applicazione dell' <i>actio in factum</i> nella riflessione dei giuristi del II secolo d.C..	» 107
5.1. L' <i>actio in factum</i> per ipotesi di nesso causale mediato nei pareri di Nerazio	» 107
5.2. L' <i>actio in factum</i> usata per le due tradizionali ipotesi di applicazione nella casistica di Celso	» 109
6. Le premesse del cambiamento: la codificazione dell'editto e i suoi effetti	» 128
6.1. La riflessione di Giuliano in linea con le soluzioni precedenti	» 129
6.2. Il ruolo di Giuliano nella codificazione dell'editto: l'uso dell'analogia per colmare le lacune dell'editto..	» 133
6.3. Gli effetti della codificazione dell'editto: il contenimento dell' <i>actio in factum</i> e la scelta dell' <i>actio utilis</i> come strumento dell'estensione analogica	» 142
6.4. <i>Actio in factum</i> aquiliana e <i>utilitas legis Aquiliae</i> : la connessione creata da Pomponio	» 149
7. Gaio e l' <i>actio utilis</i> aquiliana: una rilettura dell' <i>actio in factum</i> ispirata dalla codificazione dell'editto	» 151
8. Cenni alla giurisprudenza successiva a Gaio sull'uso promiscuo di <i>actio in factum</i> e <i>actio utilis</i>	» 156
<i>Bibliografia</i>	» 158

Giovanni Finazzi

Stratigrafia dell'editto pretorio e gestione di affari altrui

1. Dinamica dell'editto e analisi sostanziale dei materiali edittali	» 167
2. Le opinioni secondo le quali in origine vi sarebbe stata una separazione fra parte normativa dell'editto e appendice contenente le formule	» 169

3. Le ipotesi secondo le quali in origine vi sarebbe stata una separazione fra la parte dell'editto contenente le promesse edittali e le azioni pretorie e una parte contenente le formule delle azioni civili	p. 176
4. Il materiale edittale relativo alla <i>negotiorum gestio</i> nei commentari <i>ad edictum</i> di Pedio e in quelli di Ulpiano e la topografia del commento al <i>iudicium negotiorum gestorum</i> di buona fede nell'editto pregiuliano	» 184
4.1. Premessa	» 184
4.2. Ulp. 10 <i>ad ed. D.</i> 3, 5, 5, 11 (6, 9)-13 (6, 11)	» 188
4.3. Estraneità delle opinioni pediane rispetto all'editto <i>de negotiis gestis</i> e alla <i>formula in factum concepta</i>	» 196
4.4. Contestualizzazione degli apporti di Pedio e ordine dei materiali edittali	» 210
5. Inesistenza di elementi di valutazione circa la topografia del <i>iudicium negotiorum gestorum</i> di buona fede nelle opere di commento all'editto precedenti a quella di Pedio	» 214
6. Il <i>fidem praestare</i> del <i>procurator</i> ricavato per <i>inductio</i> in Cic. <i>top.</i> 42: una diversa topografia tardo-repubblicana del <i>iudicium negotiorum gestorum</i> di buona fede?	» 219
7. La datazione del <i>iudicium negotiorum gestorum</i> di buona fede	» 232
8. Ipotesi di diverse datazioni dell'editto <i>de negotiis gestis</i> , che prometteva l'azione con <i>formula in factum concepta</i> , e del <i>iudicium negotiorum gestorum</i> di buona fede	» 254
9. Ipotesi di diverse datazioni delle azioni diretta e contraria per l'azione con <i>formula in factum concepta</i> e per quella di buona fede	» 257
10. Ipotesi di diverse datazioni delle formule relative alla gestione degli affari di una persona vivente e di quelle relative agli affari appartenenti a una persona al momento della morte	» 264
11. La mancanza di tracce di una promessa edittale del <i>iudicium negotiorum gestorum</i> di buona fede e il problema del suo originario fondamento (pretorio o civile)	» 274
12. Alcuni rinvii	» 294
<i>Bibliografia</i>	» 297

Roberto Fiori

La formazione del 'sistema romano dei contratti'

1. Il problema della tipicità	» 307
2. La terminologia delle XII tavole	» 309
3. Le commedie di Plauto e Terenzio	» 312
4. Sesto Elio Peto Cato e Caio Livio Druso	» 317
5. I formulari del <i>De agri cultura</i> di Catone	» 325
5.1. Premessa	» 325

5.2. I formulari dell' <i>oleam legendam locare</i> e dell' <i>oleam faciundam locare</i>	p. 326
5.3. Il formulario dell' <i>oleam pendentem venire</i>	» 332
5.4. Il formulario del <i>pabulum hibernum venire</i>	» 335
5.5. Il formulario del <i>fructum ovium venire</i>	» 338
6. Le <i>leges venditionis</i> nel <i>De re rustica</i> di Varrone	» 342
7. Altre testimonianze sul diritto contrattuale del II sec. a.C.	» 352
8. Quinto Mucio	» 356
8.1. Le categorie dell' <i>obligatio contracta</i>	» 356
8.2. La tutela dei <i>iudicia bonae fidei</i>	» 361
8.3. I singoli contratti in Q. Mucio: l' <i>emptio venditio</i>	» 373
8.4. I singoli contratti in Q. Mucio: la <i>locatio conductio</i>	» 380
8.5. I singoli contratti in Q. Mucio: la <i>societas</i>	» 383
8.6. I singoli contratti in Q. Mucio: il <i>commodatum</i>	» 387
9. Tipicità dei negozi e tipicità delle azioni	» 390
9.1. Il problema	» 390
9.2. L'origine della tipicità nel diritto pretorio	» 391
9.3. Il problema della genesi del <i>ius gentium</i>	» 393
9.4. Le azioni generali di diritto civile	» 399
10. Servio e la nascita della tipicità delle azioni	» 403
11. Labeone, l' <i>actio civilis in factum</i> e l' <i>agere praescriptis verbis</i>	» 410
12. La struttura formulare dell' <i>agere praescriptis verbis</i>	» 415
13. La formula dell'azione generale di <i>incertum</i> in età repubblicana e la sua posizione negli editti pretorii	» 423
13.1. La formula dell'azione generale di <i>incertum</i> in età repubblicana	» 423
13.2. La posizione dell'azione generale di <i>incertum</i> negli editti pretorii	» 426
14. Le discussioni sui confini dei contratti tra I e II sec. d.C.	» 430
15. Un'ipotesi di sviluppo: dalle azioni generali alle azioni tipiche e ritorno	» 439
<i>Bibliografia</i>	» 442

Cristina Giachi

Tracce di storia dell'editto pregiuliano nei Digesta di Alfeno

1. L'editto nella letteratura giurisprudenziale	» 459
2. Struttura dell'editto e <i>dispositio</i> nei commenti <i>ad edictum</i> ...	» 461
3. Variazioni sticometriche... ..	» 463
4. ... e loro possibili spiegazioni	» 473
5. Tracce nei <i>Digesta</i> di Alfeno	» 476
6. Collocazione edittale della <i>condictio</i>	» 478
7. La classificazione delle azioni	» 480
8. La <i>iuris epitomae</i> di Ermogeniano	» 483
9. A mo' di conclusione	» 488
<i>Bibliografia</i>	» 489

Dall' *actio in factum* all' *actio utilis ex lege Aquilia*. Una storia sul ruolo del pretore prima e dopo la codificazione dell'editto

1. *Il problema.*

Come è noto, accanto all'azione aquiliana diretta, il pretore ha previsto *actiones utiles* e *in factum* per completare le forme di tutela che discendono dalla *lex Aquilia*.

Mentre l'azione diretta viene richiamata in fattispecie di danno in cui il nesso causale è immediato – si pensi ai casi di *occidere* in cui la morte di uno schiavo è realizzata con un pugno o con una spada (*corpore corpori*) – più incerto è l'ambito di applicazione degli altri due rimedi. La difficoltà di tracciarne i confini deriva dalla mancata corrispondenza tra il quadro sistematico delle azioni aquiliane proposto da Giustiniano nel suo manuale istituzionale e l'uso che invece ne fanno i giuristi romani nella casistica raccolta nel Digesto.

Giustiniano imposta il rapporto tra le tre azioni lavorando per sottrazione sulle caratteristiche del danno causato *corpore* e *corpori* nell'*actio directa*: si usa l'*actio utilis* se il danno non è realizzato *corpore*, si pensi al caso dello schiavo che viene fatto morire di fame; si ricorre all'*actio in factum* quando il danno non è causato né *corpore*, né *corpori*, come nelle ipotesi di dispersione del bene appartenente al patrimonio del *dominus*: ad esempio lo schiavo che, liberato dalle catene, fugga¹.

¹ Inst. 4, 3, 16: *ceterum placuit ita demum ex hac lege actionem esse, si quis <praecipue> corpore suo damnum dederit. ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus erit, utilis in eum actio datur. sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen deiecerit et si suffocatus fuerit, eo quod proiecerit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit ideoque*

La cristallina nitidezza della sistematica imperiale entra in crisi nel momento in cui la si confronta con le testimonianze dei giuristi pregiustiniani, i quali ricorrono all' *actio utilis* e all' *actio in factum* secondo logiche che non coincidono sempre con quella giustiniana.

Mi sembra pertanto necessario ricostruire la vicenda che ha condotto alla tipizzazione di queste due azioni, seguendo le tracce che emergono dai pareri dei giuristi romani. Essi non sono soltanto testimonianza delle diverse opzioni dei *prudentes*, ma aiutano a illuminare anche la scelta del pretore nel concedere l'una o l'altra azione: una scelta, come vedremo, condizionata dal ruolo, non irrilevante, giocato dalla codificazione dell'editto giuliano.

2. *La dottrina.*

La dottrina ha fornito diverse spiegazioni del rapporto che intercorre tra i rimedi aquiliani. Possiamo distinguere due tendenze principali:

a) autori che impostano sistematicamente il confronto tra i due rimedi, *actio in factum* e *utilis*;

b) autori che invece esaminano le fonti in ordine cronologico, interpretando le scelte dei giuristi nel tentativo di ricostruirne la vicenda.

Rispetto al primo orientamento, vanno distinti gli studiosi che hanno annullato le differenze tra le due azioni, giustificandone così l'uso promiscuo (a_1), da coloro che invece hanno individuato un criterio sostanziale della loro distinzione (a_2).

a_1) Vi è chi ha ritenuto che la portata dell' *actio utilis*, tradizionalmente usata per indicare azioni fittizie con estensione della legittimazione attiva e passiva, sia stata ampliata alla tutela di fattispecie in cui il danno è causato *alio modo*, comprensiva anche dei casi in cui l' *actio in factum* è concessa sulla

ipsa lege Aquilia tenetur. sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compendium solverit, ut fugeret.

base della situazione concreta². In maniera speculare si è invece ipotizzata la polisemia dell'espressione *actio in factum* a indicare sia la fattispecie priva di somiglianza sostanziale con quella del danno *corpore corpori*, tutelata con un'azione autonoma (*in factum*), sia un danno simile a quello diretto, analogicamente tutelato, annullando la differenza di questa azione rispetto a quella *utilis*³. Altri hanno riservato all'*actio utilis* un significato sostanziale e all'*actio in factum* uno processuale, con riferimento alla struttura della formula, rendendole così compatibili⁴. Altri ancora hanno accomunato le due espres-

² PERNICE 1867, p. 144 ss., spec. 161. Non diversamente LENEL 1927, p. 203 ss., il quale, constatando che i giuristi romani usano promiscuamente le due espressioni, ritiene che l'*actio utilis* abbia due significati: essa sanziona l'uccisione non realizzata secondo un nesso causale diretto (*mortis causam praestare*) – le azioni utili di questo tipo erano concesse *in factum* –, oltre a indicare le azioni con finzioni, trasposizione di soggetti, per estendere la legittimazione attiva o passiva all'azione diretta. L'*actio in factum* invece sarebbe concessa sulla base della fattispecie concreta, diversamente dalla formula *vulgaris* dell'editto.

³ LÜBTOW 1971, p. 180 ss. Perplesso sul doppio significato di *actio in factum*, GRÖSCHLER 2002, 37 ss. Per un approfondimento critico dei profili processuali dell'ipotesi di von Lübtow, cfr. THIELMANN 1982, 295 ss., al quale von Lübtow risponde in VON LÜBTOW 1984, 317 ss., riconfermando la sua opinione. Non troppo diversa è la lettura di MACCORMACK 1975, 42: «from the text in which the phrase *ad exemplum legis Aquiliae* or a similar phrase occur one may conclude that an *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* was allowed in cases where there was no physical contact between the property damaged and the person made liable and in cases where a person other than the *dominus* was allowed an action. But even within these spheres it is probable that there was development throughout the classical period». Per SANTORO 1991, p. 83 ss. (= 2009, p. 349 ss.), le *a. in factum*, che tutelano casi di danno del tutto sganciati dalla fattispecie aquiliana, hanno formula con *intentio in factum concepta* (casi di danno né *corpore* né *corpori*), le *a. in factum utiles* (*ad exemplum legis Aquiliae, accomodatae legi Aquiliae*), che riguardano casi di estensione analogica di danno aquiliano, hanno formula con *intentio in ius concepta*, recante l'*oportere*, determinato in rapporto al fatto concreto generatore della pretesa (azioni *civiles in factum*).

⁴ WESENER 1962, p. 495 ss., spec. 500: «Aus dieser Betrachtung ergibt sich m. E. eine Lösung der Frage, wieso Klagen in gleichgelagerten Fällen einmal als *actiones utiles* und einmal als *actiones in factum* bezeichnet werden. Eine sachliche Unterscheidung läßt sich nicht finden. *Actio utilis* und *actio in factum* stellen keine Gegensätze dar, die einander ausschließen. *Actio utilis* ist ein Terminus des materiellen Rechts, abgestellt auf das Verhältnis des gegebenen Anspruchs zu seinem Vorbild; *actio in factum* hingegen ist ein

sioni per il fatto di condividere la natura decretale dell'azione⁵.

L'annullamento parziale o totale delle differenze tra le due azioni se, per un verso, ha il vantaggio di giustificare l'uso promiscuo delle espressioni, per un altro, ha il difetto di non spingere la ricerca sino al punto di verificare l'esistenza di un eventuale criterio discretivo seguito dai giuristi⁶. A dire il vero, non sono mancati gli studiosi che si sono cimentati in quest'ultimo campo di indagine.

a₂) Alcuni autori hanno proposto una distinzione basata sulla diversa condotta del danneggiante⁷; altri hanno collegato l'uso delle azioni alle differenti scelte delle scuole di giuristi⁸; altri infine hanno ricordato l'adozione dell'*actio utilis* alla presenza di elementi di analogia con la fattispecie tutelata dall'azione diretta, mentre la concessione dell'*actio in factum*

prozessualer Begriff, der sich auf die Konzeption der Formel bezieht (Gai. 4, 46)». Ogni *actio in factum* decretale avrebbe una *formula in factum concepta* e da decretale, se consolidatasi nel tempo, sarebbe diventata editale. L'espressione *utilis actio in factum* si giustificerebbe in relazione alla nuova natura della situazione tutelata dall'azione in fatto (editale).

⁵ Cfr. TALAMANCA 1990, p. 626 s.

⁶ ROTONDI 1914 (1922), p. 444 ss., e Id. 1916 (1922), p. 470 ss., si limita a prendere atto della promiscuità nel riferimento ai due tipi di azione (*utilis* e *in factum*) nelle fonti classiche e sottolinea l'alterazione giustiniana della nozione di *actio in factum*, estesa a ricomprendere qualsiasi tipo di danno patrimoniale. Per una recente panoramica delle diverse posizioni della dottrina sul tema e un'analisi dell'applicazione delle azioni aquiliane *utilis* e *in factum* in senso promiscuo in epoca classica, si veda TORRENT 2019, p. 327 ss.

⁷ ALBANESE 1950, p. 43 s., ritiene che l'*actio utilis* preveda un danno *non corpore*, l'*actio in factum* un danno collegato a un comportamento omissivo del responsabile, o a un *non facere* legittimo del responsabile, oppure in assenza dell'*iniuria agere*, o di un *damnum corpori datum*. Le innovazioni giustiniane sarebbero consistite nella soppressione dell'*actio utilis*, e dunque della distinzione tra danni causati *corpore* e danni prodotti *non corpore*, favorendo la trasformazione della nozione classica di danno aquiliano nella concezione vastissima della *deminutio patrimonii*, il cui risarcimento viene garantito dall'*actio in factum generalis*.

⁸ ARNÒ 1933, p. 33 ss., forzando l'interpretazione di alcuni frammenti, distingue nettamente le due azioni non sul piano dei contenuti, ma rispetto alle scuole di giuristi che le avrebbero separatamente elaborate: i serviani l'*actio utilis*; i muciani l'*actio in factum*. I giustiniani, di fronte all'imbarazzo della scelta, avrebbero ridefinito l'ambito dogmatico delle due azioni creando la sistematica attestata nelle Istituzioni imperiali.

sarebbe dipesa dalla valutazione ampiamente discrezionale del pretore, suggerita dalle circostanze del caso concreto⁹. Tuttavia, le difficoltà emerse in sede di verifica sulle fonti delle ipotesi avanzate dagli studiosi hanno portato, in alcuni casi, a ritenere interpolate le testimonianze¹⁰; in altri, a forzare l'interpretazione dei testi, con l'effetto di indebolire la plausibilità delle letture proposte¹¹.

b) Metodologicamente più fruttuoso si rivela a mio avviso l'approccio storico. Numerosi studiosi hanno sottolineato l'importanza del ruolo di Gaio che, nel suo manuale istituzionale, ha usato per primo l'espressione *actio utilis* per qualificare il rimedio che i giuristi a lui precedenti, per le medesime fattispecie, avevano definito *in factum*. L'uso di questa diversa terminologia avrebbe autorizzato i giuristi successivi all'uso promiscuo delle due espressioni¹².

⁹ CORBINO 2007, p. 43, ritiene che «l'azione utile sarebbe dipesa dalla esistenza di elementi di analogia riconoscibili (e perciò ancora rilevabili negli scritti della giurisprudenza accolti nella compilazione e incidenti perciò, come tali, sull'*officium* di chi conosceva ed istruiva al lite); quella in fatto, sarebbe dipesa da una valutazione suggerita dalle circostanze, affidata al funzionario giudicante, che l'avrebbe compiuta certo anche in questo caso con l'ausilio del pensiero giurisprudenziale selezionato, ma disponendo tuttavia, in proposito, di una discrezionalità più ampia (giustificata dal più aperto pensiero giurisprudenziale che si era venuto esprimendo al riguardo)». Nel successivo contributo, CORBINO 2008, p. 127 ss., sposta l'attenzione sull'individuazione dei requisiti delle azioni, legate al diverso atteggiarsi del nesso di causalità (rispetto a quest'ultimo profilo, da ultimo, PIRO 2004, p. 25 ss.). Già VALDITARA 2004, p. 191, aveva sostenuto che «laddove mancasse un solo elemento per ravvisare la fattispecie aquiliana si proponesse l'impiego della *fictio* e dunque dell' *actio utilis* ; laddove invece la fattispecie fosse irrimediabilmente distante da quella prevista dalla legge si desse l' *actio in factum* ».

¹⁰ Così ALBANESE 1950, *passim*.

¹¹ Così ARNÒ 1933, p. 33 ss.; CORBINO 2007, p. 1 ss.; ID. 2008, p. 127 ss. Per l'approfondimento delle teorie rispetto alle singole fattispecie conservate nelle fonti, rinvio a *infra*, §§ successivi.

¹² Cfr. VAN WARMELO 1982, p. 359: «en résumant, nous croyons que les juristes de l'époque classique qui ne se souciaient guère d'une théorie exacte, employaient les expressions *actio in factum* , *actio utilis* ou *actio ad exemplum legis Aquiliae* , à moins en ce qui concerne le domaine de la loi Aquilienne, à indiquer des actions agréées par le Pretor. Ces actions, d'ailleurs, avaient des formules dans lesquelles étaient inscrites une description des évènements

I tentativi di spiegazione della novità gaiana sono stati diversi. Alcuni hanno ritenuto che il giurista antoniniano, formatosi lontano da Roma, avesse risentito dell'uso provinciale dell'*actio utilis* per rendere quella che i classici chiamavano *actio in factum*¹³; altri hanno ipotizzato un uso improprio facilitato dal declino del processo formulare¹⁴; altri infine hanno pensato che dopo la consolidazione dell'editto giuliano, con una minore influenza del pretore, non avrebbe avuto più

ments donnant lieu à l'action, ou bien elles pouvaient contenir une fiction ou même les personnes pouvaient être transposées. Seulement, dans les écoles de droit les savants, pour le besoin de l'enseignement, employaient des classifications plus ou moins rigoureuses»; *ibid.*, p. 360: «c'est une classification de ces actions qui n'était pas employée par Gaius. Celui-ci note l'action directe, s'il s'agit de *damnum corpore corpori datum* et l'*actio utilis* si le dommage a été effectué sans qu'un objet soit endommagé. Il ne parle pas de l'*actio in factum* et les *actiones utiles* sont instituées indifféremment si le dommage est *damnum corpori datum* ou *damnum datum*. En ce qui concerne la classification de Justinien, il nous semble probable qu'il ne s'agit pas d'une théorie inventée par Justinien et ses compilateurs».

¹³VALIÑO 1974, p. 337 ritiene che Gaio, vissuto in provincia, abbia risentito dell'uso provinciale dell'*actio utilis* come azione cognitoria. Id. 1973, 21, pensa che le *actiones utiles* si dessero per i casi di estensione della legittimazione attiva, le *actiones in factum* in tutti gli altri casi in cui non arrivava l'azione diretta.

¹⁴SELB 1984, p. 759, distingue le azioni *in factum* che estendono un contenuto civilistico a situazioni simili, una sorta di sostituzione della fattispecie, dalle *actiones utiles* che invece creano il fondamento civilistico in situazioni in cui manca (finzione), tramite l'analogia, con una minima modificazione della formula. Gaio usa solo l'espressione *actio utilis* e questa novità, in connessione con il declino del processo formulare già in età classica, fa perdere di specificità all'uso tecnico delle due espressioni, confuse nell'uso dei giuristi successivi. Per la verità l'analisi di Selb è piuttosto articolata e si svolge per approssimazioni successive in una serie di contributi: Id. 1973, p. 230 ss., parla di uso promiscuo delle due espressioni (*actio in factum* e *utilis*), lasciando aperto il problema; Id. 1977, p. 431, ritiene che sino a Giuliano vi fosse una distinzione nell'uso delle due categorie, poi sfumata con Paolo e Ulpiano, a seguito della perdita di consapevolezza della distinzione; Id. 1982, p. 329 ss., specifica che sino a Giuliano i giuristi avrebbero distinto l'*actio utilis*, un'azione basata sull'analogia rispetto all'azione diretta, consistente nella trasposizione di soggetti sia dal lato passivo che attivo, o nell'uso della finzione per modificare la formula, dall'*actio in factum*. I giuristi tardo-classici avrebbero interpretato le espressioni *actio in factum* e *actio utilis* nel senso di una moderna analogia e non più nel senso di una modifica della formula, perdendo la specificità dell'uso.

peso l'esatto grado di modificazione della formula, potendosi parlare sempre di *actiones utiles*¹⁵.

Come si può facilmente osservare, tutti i tentativi di spiegazione insistono sul carattere atecnico del lessico gaiano delle azioni, ricondotto talora a ragioni soggettive, legate alla personale esperienza del giurista antoniniano, talaltra oggettive, in relazione ai mutamenti intervenuti in età imperiale nel processo formulare o nel ruolo del pretore. Tuttavia, resta il dubbio circa il fatto che Gaio potesse aver fatto una scelta tecnica. Esplorare questa possibilità è il motivo che mi porta ad affrontare nuovamente la questione, partendo proprio dall'*actio utilis* di Gaio. Per comprendere appieno il senso della scelta del giurista è necessario: *a*) in primo luogo ricostruire l'orientamento della giurisprudenza prima di Gaio per verificare l'effettiva innovatività della soluzione del giurista antoniniano (§§ 3-5); *b*) indagare il contesto nel quale Gaio ha maturato il suo orientamento per individuare le possibili cause della trasformazione (§§ 6 e 7); *c*) infine verificare l'impatto che sui giuristi successivi ha avuto l'approccio gaiano (§ 8).

3. *La fungibilità dell'uso dell'actio in factum sia per il danno da dispersione di res sia per il danno non corpore nella giurisprudenza tra la fine della Repubblica e il Principato.*

3.1. *Un caso di dispersione di res in Alfeno e un caso di danno non corpore in Ofilio e Labeone.* – La più antica testimonianza

¹⁵ GRÖSCHLER 2011, p. 45, analogamente a Selb, fa un discorso di tecnicismo prima di Giuliano, con riferimento alla diversa estensione dell'azione civile, più o meno ampia, che avrebbe giustificato l'*actio in factum* o quella *utilis*. L'*actio utilis* avrebbe riguardato ipotesi di *factio* o di trasposizione di soggetti, mentre l'*actio in factum* tutte le altre ipotesi nelle quali si lavora su un nuovo caso concreto, sempre con *formula in ius concepta*. Anche l'*actio utilis* aquiliana pregiustiniana sarebbe stata un'*actio in factum* originariamente. Dopo Giuliano si sarebbe persa la consapevolezza del tecnicismo e pertanto l'uso sarebbe divenuto promiscuo. Lo studioso, *ibid.*, 48, evidenzia come Gaio usi solo l'espressione *actio utilis*, rompendo per primo il tecnicismo. Nella spiegazione di questa novità, Gröschler non concorda con Selb, che aveva ipotizzato il declino del processo formulare in età classica, per il fatto che Gaio sarebbe attento ai meccanismi del processo formulare. Gröschler ritiene piuttosto che, dopo la consolidazione dell'editto giuliano, in tutti i

sulla concessione dell'*actio in factum* aquiliana è in un parere di Alfeno riportato nell'epitome paolina dei *digesta*:

Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19, 5, 23: Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione.

Il caso descritto riguarda la perdita di un anello che finisce nelle acque del Tevere perché un terzo, che passeggia con il proprietario dell'anello lungo l'argine del fiume, lo fa rotolare in acqua. Il giurista ritiene che si possa agire nei confronti del terzo con un'*actio in factum*.

Il testo è considerato sostanzialmente genuino e, nonostante l'assenza di un espresso riferimento alla *lex Aquilia*, viene fatto rientrare nel novero delle testimonianze relative all'estensione della tutela aquiliana a ipotesi di danno *non corpori*¹⁶. In realtà, la perdita di una *res* perché caduta nel fiume, o nel mare, configura un caso paradigmatico preso in esame a più riprese dalla giurisprudenza e risolto nell'alternativa tra *actio furti*, *actio de dolo* e *actio in factum* aquiliana, a seconda dell'intento dell'agente¹⁷. Nel nostro caso, il giurista non si sofferma sul profilo soggettivo, lasciando presumere, come nei casi analoghi in cui si ricorre all'azione in fatto aquiliana, che l'agente abbia agito negligenemente¹⁸, escludendo una possibile rilevanza del caso fortuito¹⁹.

Dalla testimonianza non si evince la *ratio* della decisione di Alfeno. Sempre tenendo presente il dibattito successivo, la concessione dell'*actio in factum*, in luogo di quella diretta aquiliana, poggia sulla natura del danno. Si tratta di quello che oggi definiamo danno meramente patrimoniale: la per-

casì di modificazione della formula si potesse parlare di *actiones utiles*. Questo potrebbe spiegare perché la distinzione, rigida sino a Giuliano, sia stata abbandonata dai giuristi successivi. Cfr. anche Id. 2002, p. 34 ss.; 286 ss.

¹⁶ ALBANESE 1950, p. 81 ss.; SCHIPANI 1969, p. 192; SELB 1984, p. 730 s.; NÖRR 1986, p. 150 s.

¹⁷ Cfr. *infra*, § 3.2, D. 19, 5, 14 pr.; D. 19, 5, 14, 2; D. 9, 2, 27, 21.

¹⁸ MACCORMACK 1975, p. 30 s.

¹⁹ Cfr. SCHIPANI 1969, p. 192.

dita di un bene nel patrimonio del *dominus* che non ne comporta la distruzione materiale. Questa caratteristica (danno *non corpori*) giustifica la concessione dell'*actio in factum* e pone la testimonianza in linea di continuità con la funzione attribuita all'azione dai giustiniani. Tuttavia, dal confronto con un frammento altrettanto risalente, in cui Ulpiano riporta le opinioni di Labeone, Ofilio, oltre che di Nerazio, emerge la difformità di prospettiva tra la giurisprudenza più risalente e quella giustiniana circa l'ambito di applicazione dell'*actio in factum*:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 9 pr.-3: Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit. 1. Si quis per vim vel suasum medicamentum alicui infundit vel ore vel clystere vel si eum unxit malo veneno, lege Aquilia eum teneri, quemadmodum obstetrix supponens tenetur. 2. Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait. 3. Si servum meum equitatem concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.

La prima parte di questo lungo frammento raccoglie diversi esempi di danno aquiliano distinti a seconda che esso sia stato arrecato con un nesso causale mediato o immediato. Il primo caso viene legato al precedente frammento di Gaio²⁰ dall'*item* con cui Ulpiano inizia la descrizione della casistica: un'ostetrica, come il medico negligente nella testimonianza di Gaio, dà una medicina che procura la morte di una donna. Labeone distingue tra una somministrazione dalle mani del-

²⁰ Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9, 2, 8: *idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit ...*, con riferimento al ricorso all'azione aquiliana nei confronti del medico che abbia operato con imperizia uno schiavo altrui, creando evidentemente un danno.

l'ostetrica che configura un *occidere*, ovvero sia un'uccisione secondo un nesso causale diretto, e una somministrazione del farmaco che presuppone un passaggio per le mani della donna che quindi lo assume personalmente. In quest'ultimo caso – sottolinea Ulpiano – si deve concedere un' *actio in factum*, perché la fattispecie configura più che un *occidere* un caso di *mortis causam praestare* – formulazione, quest'ultima, probabilmente presa in prestito dalla riflessione celsina²¹. Sul modello della distinzione labeoniana, Ulpiano ricorda altre situazioni simili: se qualcuno, con la forza o la persuasione, introduca un farmaco poi rivelatosi letale per bocca o per clistere, oppure abbia spalmato un unguento velenoso – tutte azioni che comportano un intervento materiale del danneggiante sul corpo del danneggiato –, sarà tenuto con l'azione aquiliana diretta²². Diversamente, se qualcuno avrà fatto morire di fame uno schiavo, non essendo l'uccisione causata direttamente dal danneggiante, Nerazio ritiene che debba essere tenuto con l' *actio in factum*. Un caso più complesso viene proposto di seguito: qualcuno, facendo imbizzarrire il cavallo sul quale cavalcava lo schiavo altrui, ne causa la caduta nel fiume e la morte. Ofilio ritiene che si debba concedere l' *actio in factum*, come nel caso in cui uno schiavo fosse attratto in un agguato da uno e ucciso da un altro.

Dalla testimonianza emerge in tutta evidenza la distinzione, ricondotta a Labeone, tra danno causato direttamente, consistente nell' *occidere* del primo *caput* della legge Aquilia, e danno causato senza contatto materiale con il danneggiato, reso da Ulpiano con *mortis causam praestare*²³, cui si lega la specifica tutela individuata nell' *actio in factum*²⁴. Per chiarire la

²¹ Cfr. *infra*, § 5.2.

²² GENOVESE 2016, p. 321 s., ipotizza, anche se nel frammento non vi sono espressi riferimenti in merito, che la responsabilità dell'agente sia a titolo di colpa.

²³ GENOVESE 2016, p. 333 s., riconosce che «l'uso delle mani, rispetto a un'azione che in presenza di continuità causale impatti sulla vittima provocandone la morte, assuma particolare pregnanza nell'argomentare dei giuristi intorno all' *occidere* aquiliano ...».

²⁴ Labeone, in un frammento in materia di locazione (*Iav. 9 ex post. Labeonis* D. 19, 2, 57), descrive il criterio di applicazione dell'azione aquiliana,

differenza tra l'*occidere* e il *mortis causam praestare*, Ulpiano riporta un ulteriore esempio di danneggiamento in cui la morte della vittima è causata direttamente da chi introduce, con la forza o con la persuasione, la medicina letale nel corpo del danneggiato (*actio directa*). La fattispecie ricorda quella labeoniana, di cui conserva intatta la *ratio*, pur con qualche differenza nei particolari. È già stato messo in evidenza l'uso della violenza o della persuasione per costringere o convincere il malato ad assumere la medicina: strumenti di pressione, invece, assenti nella configurazione della fattispecie dell'ostetrica²⁵. Si è giustamente ritenuto che il riferimento

dal quale *e contrario* si può ricavare quello che ispira la concessione dell'*actio in factum*. Il giurista esprime un parere sull'azione per il danno causato da un cumulo di terra che, addossato alla parete della costruzione del vicino, bagnatosi a seguito delle frequenti piogge, aveva inumidito il muro del vicino, al punto da far crollare l'intero edificio. Egli ritiene che l'azione aquiliana vada usata soltanto qualora il danno sia stato arrecato senza l'intervento di una causa esterna che possa incidere sul nesso causale diretto tra l'azione o, nel caso di specie la *res*, e il danno che quest'ultima produce. Il fatto che il cumulo di terra si fosse bagnato, e dunque fosse intervenuto un fattore esterno all'azione del vicino che aveva accumulato la terra, lo porta a escludere l'applicazione dell'azione aquiliana. Nonostante il giurista non offra una soluzione concreta, possiamo immaginare che avrebbe potuto trovare applicazione l'azione in fatto. NÖRR 1986, p. 162 ss., si domanda perché Labeone, dopo aver escluso l'applicazione dell'azione aquiliana nel caso di specie, non abbia completato il suo parere con la previsione dell'azione in fatto. Egli ipotizza che il giurista, ritenendo possibile il ricorso all'azione di locazione, sia stato indotto a non approfondire il profilo del danneggiamento aquiliano (*ibid.*, 164). Cfr. MACCORMACK 1982, p. 265, 268, sulla prospettiva 'naturale' o di 'senso comune' dell'interpretazione del nesso causale.

²⁵ GENOVESE 2016, p. 340 ss. Anche tenendo conto di questa precisazione, non trovo convincente l'interpretazione di recente proposta da PRO 2024, p. 353 nt. 31, circa l'applicazione dell'azione diretta anche in assenza di un contatto materiale. La studiosa trae tale conclusione dal riferimento nel passo in esame al danno realizzato *per suasum*, senza alcun contatto fisico, che il giurista riferisce direttamente alla condotta del danneggiante. Tuttavia, come sottolinea l'a., questa soluzione non può essere generalizzata: in Gai. 3.219 la persuasione genera un danno indiretto, sanzionato con un'azione utile. A me sembra che la ragione della scelta nel caso del *medicamentum* dell'azione diretta per il danno realizzato *per suasum* trovi una spiegazione non tanto sulla base della specificità del caso concreto, quanto piuttosto distinguendo da una parte la persuasione, quale strumento attraverso il quale si supera la diffidenza del danneggiato – generata, come giusta-

alla violenza o alla persuasione sarebbe necessario per parificare l'esempio a quello dell'ostetrica: mentre in quest'ultimo caso il paziente, contando sulla competenza professionale dell'ostetrica si sarebbe affidato a quest'ultima, nel secondo esempio il responsabile è un *quivis de populo* che può indurre il malato ad assumere il farmaco solo con la violenza o con la persuasione, escludendo in questo modo qualsiasi concorso di colpa della vittima. A Nerazio invece viene ricondotto il caso dello schiavo fatto morire di fame, quale esempio del *mortis causam praestare* sanzionato con l'*actio in factum*. Ofilio, infine, ricorda, come esempio di applicazione dell'*actio in factum*, il caso in cui il danneggiante abbia fatto imbizzarrire il cavallo che, disarcionando il proprio cavaliere, lo faccia finire nel fiume e lì muoia. Anche in questo caso, chi provoca la morte dello schiavo non agisce direttamente sulla vittima: la morte è l'effetto finale di una serie di concause, dal cavallo al fiume, che offrono la causa della morte.

Più difficile è comprendere la logica dell'ultimo esempio²⁶ di Ofilio usato per confortare la soluzione dell'*actio in factum* nel caso appena ricordato. Lo schema di confronto tra casi simili, che si trova usato anche in Celso²⁷ per una situazione non distante, induce a ritenere che l'ultimo caso sia più risalente del primo, essendone estesa analogicamente la soluzione²⁸. Due soggetti concorrono nell'arrecare la morte di uno schiavo: uno lo attrae in un agguato, l'altro lo uccide. Sul presupposto della comune responsabilità che obbliga, sulla base della natura anche penale dell'azione aquiliana, ciascuno dei due danneggianti a rispondere integralmente del danno, ci si pone il problema di scegliere l'azione da usare nei loro confronti. La somiglianza con l'ipotesi precedente di

mente osservato da Genovese, dall'incompetenza del *quivis de populo* che propone l'assunzione del farmaco – rispetto all'assunzione della medicina, e dall'altra *infundere*, l'attività consistente nell'introdurre il farmaco nel corpo del danneggiato. La condotta lesiva del danneggiante consiste nell'*infundere*, nell'introdurre direttamente nel corpo della vittima il farmaco, dopo averne superato la resistenza o con la forza o con la persuasione.

²⁶ Cfr. MACCORMACK 1982, p. 258 s.

²⁷ Cfr. Celso in Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 7, 7.

²⁸ Cfr. NÖRR 1986, p. 139.

applicazione dell'*actio in factum* porta a ritenere che essa sia richiamata anche in questo esempio. A me sembra che l'azione in fatto possa essere usata nei confronti di chi attira lo schiavo nell'agguato mortale, perché ha offerto l'occasione della morte, realizzata materialmente dal secondo danneggiante, nei confronti del quale ritengo si debba senz'altro applicare l'azione aquiliana diretta, anche per l'uso inequivocabile del verbo *occidere*, a descriverne la condotta²⁹.

Per concludere, gli esempi riportati nel frammento in esame sono coerenti nel concedere l'*actio in factum* in ipotesi di *mortis causam praestare*, ovvero sia in casi nei quali i giustiniani avrebbero parlato di *actio utilis*. Questa divergenza ha portato la dottrina o a dubitare della genuinità del testo³⁰, oppure a giustificare la concessione dell'*actio in factum* con argomenti che non paiono tuttavia convincenti³¹.

Si può veramente mettere in dubbio la genuinità dell'orientamento di Ofilio, Labeone, confermato da Nerazio, oppure ritenere che esso rappresenti una scelta diversa rispetto all'indicazione giustiniana? Prima di trarre qualsiasi conclusione definitiva è necessario ampliare lo sguardo all'orientamento della giurisprudenza contemporanea e successiva alla testimonianza. Cominciamo con la verifica degli ulteriori pareri di Labeone.

3.2. Labeone e l'actio in factum per sanzionare il danno da dispersione di res. – Il rilevante numero di pareri forniti dal giu-

²⁹ NÖRR 1986, p. 140 s., si interroga sul perché non sia stata usata l'*actio de dolo* e sia stata preferita l'*actio in factum* aquiliana. Sulla logica differenziale delle due azioni, che avrebbe reso impossibile l'applicazione dell'azione di dolo, rinvio a CURSI 2008, p. 46 ss.

³⁰ ALBANESE 1950, p. 111 ss.

³¹ CORBINO 2007, p. 30 e nt. 79, sostiene che l'evento non solo non sarebbe conseguenza diretta del comportamento lesivo (come nell'azione utile), ma sarebbe ulteriormente indiretto perché verrebbe a colpire una cosa diversa da quella sulla quale si dirige l'azione: l'ostetrica ha offerto il medicamento ma è morta la donna. Senonché, anche nel caso in cui la persona danneggiata assuma direttamente il farmaco offertogli dall'ostetrica, ci troviamo di fronte a un caso in cui l'azione consistente nell'offrire il farmaco colpisce altro, ovvero sia la donna che è morta per averlo assunto. In questo caso però la testimonianza richiama l'azione diretta e non *in factum*.

rista augusteo sui rimedi aquiliani consente di ricostruire un quadro abbastanza completo del suo orientamento in materia. Tuttavia, accanto a tre testimonianze univoche sul ricorso all'*actio in factum* per danni da dispersione di cose altrui, vi sono anche un paio di testimonianze di cui è più incerta la rilevanza ai fini della definizione dell'ambito di applicazione dei rimedi aquiliani nella riflessione del giurista.

Cominciamo da una testimonianza di Ulpiano nella quale viene riportato il parere di Labeone a proposito della concessione di un'*actio in factum* per un danno da dispersione di cose:

Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 50, 4: Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.

La condotta consiste nel mostrare un panno rosso in modo da mettere in fuga il bestiame con due possibili finalità: il furto degli animali, oppure il semplice gioco che però produce effetti perniciosi. Nel primo caso, la condotta è dolosa con lo specifico intento di sottrarre gli animali al *dominus*. Nel secondo caso, invece, siamo di fronte a un comportamento ludico ma sconsiderato: in altri termini, chi agisce lo fa con negligenza, senza prevedere gli effetti dannosi dell'atto. Mentre nel primo caso, il rimedio è senz'altro l'azione di furto, nel secondo, nell'impossibilità di ricorrere ad azioni diverse, Labeone si affida all'azione in fatto aquiliana per sanzionare il danno derivante dalla perdita del bestiame che non coincide necessariamente con la morte degli animali³².

La conseguenza letale della condotta sconsiderata sarà invece presa in esame da Gaio³³ in una testimonianza che i com-

³² ALBANESE 1950, p. 55 ss., ritiene genuina la testimonianza in esame e la considera una prova della classicità dell'*actio in factum* per danni *rebus intactis*.

³³ Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47, 2, 51: *nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.*

pilatori hanno collocato immediatamente dopo il parere di Labeone. Il *responsum* di Gaio, dando per presupposta la condotta lesiva, ritiene che il danno, consistente nella distruzione totale o parziale degli animali fatti cadere, debba essere sanzionato con l'azione utile aquiliana.

Ci occuperemo più avanti della differente scelta di Labeone e di Gaio rispetto all'azione da intentare per fattispecie simili, ma non identiche³⁴. In questo contesto, mi preme evidenziare la previsione dell'*actio in factum* in risposta all'esigenza di sanzionare il danno derivante dalla dispersione delle *res* altrui, in continuità con la posizione già assunta da Alfeno per la dispersione dell'anello nel Tevere.

La distinzione segnalata da Ulpiano circa la condotta dannosa che, a seconda del profilo soggettivo, viene sanzionata con l'*actio furti* o con l'*actio in factum* aquiliana, si ritrova in un'altra testimonianza sempre di Ulpiano che riporta il dubbio di Labeone rispetto all'azione da usare in un ulteriore caso di dispersione di *res* altrui:

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 7, 7: Idem Labeo quaerit, si comeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.

Labeone si interroga sulla possibilità di concedere l'*actio de dolo* nell'ipotesi in cui un terzo abbia liberato dai vincoli uno schiavo per consentirne la fuga. Ulpiano non riporta il parere di Labeone, ma soltanto la soluzione proposta più tardi dal giurista Quinto il quale, spostando il discorso su binari alternativi all'azione di dolo, mette in evidenza il carattere sussidiario del rimedio: se il terzo abbia liberato lo schiavo non per un atto di misericordia, ma per appropriarsene, risponderà di furto, se invece lo abbia liberato per compassione, si concederà l'azione modellata sul fatto.

³⁴ Cfr. *infra*, § 7. CORBINO 2007, p. 39 ss., rileva una differenza nel contenuto e nella natura delle due azioni, a partire dalla sicurezza con cui Gaio fa riferimento all'*actio utilis* e dall'incertezza che trapelerebbe dal parere di Labeone circa l'*actio in factum*.

Non conosciamo quale fosse l'orientamento di Labeone, se cioè fosse favorevole o contrario alla concessione dell'*actio de dolo*³⁵. Possiamo però ricavare dal dubbio del giurista e dalla natura residuale dell'azione che, rispetto al nostro caso, mancava un rimedio tipico, e che il dibattito giurisprudenziale non era ancora giunto, nel I secolo d.C., a una conclusione definitiva³⁶.

A ben vedere, in considerazione di un danno che non comportava la distruzione della *res*, ma che per il *dominus* dello schiavo rappresentava indubitabilmente una perdita patrimoniale³⁷, Labeone, pur escludendo l'azione aquiliana diretta, avrebbe potuto pensare all'*actio in factum ex lege Aquilia*. Va ricordato che lo stesso giurista aveva sperimentato proprio questa possibilità nel caso analogo del danno causato da un terzo che, sventolando un panno rosso, aveva messo in fuga il bestiame altrui, con l'effetto di privare il *dominus* della disponibilità dei propri animali³⁸.

Si potrebbe rilevare che, rispetto alla fattispecie precedente, in quella che stiamo esaminando, l'agente, liberando lo schiavo, poteva ben prevedere le conseguenze dannose

³⁵ Nonostante una parte della dottrina abbia avanzato diverse ipotesi circa l'orientamento di Labeone sull'applicazione dell'*actio de dolo* nel caso specifico, non mi sembra che le diverse soluzioni poggino su dati significativi: PERNICE 1895, p. 211, ritiene che Labeone fosse contrario all'azione di dolo, ma senza indicazioni sulla ragione; diversamente ALBANESE 1956, p. 98, pensa a un orientamento favorevole di Labeone, sulla base del generale atteggiamento del giurista circa la concessione dell'*actio de dolo*. Nello stesso senso, WATSON 1961, p. 393 s., il quale, inserendo il parere di Labeone all'interno della tendenza del giurista a estendere l'applicazione dell'azione di dolo al di fuori della frode negoziale, pensa che Labeone fosse favorevole all'esperimento dell'*actio de dolo*. Il parere dissenziente di Quinto sarebbe da ricollegare all'opposto tentativo di restringere la sfera di applicazione dell'azione, mentre Ulpiano avrebbe condiviso quest'ultima soluzione per ragioni esclusivamente morali, legate alla condotta misericordiosa. Così MACCOR-MACK 1975, p. 33 s.; Id. 1986, p. 242. Da ultimo, negando la possibilità di definire la risposta fornita da Labeone, MANFREDINI 1992, p. 207 e nt. 10 s.

³⁶ Cfr. LÜBTOW 1963, p. 211 ss., sulla tarda affermazione dell'*actio in factum* quanto alla tutela di un danno non necessariamente materiale del patrimonio del *dominus*.

³⁷ Cfr. CORBINO 2007, p. 32 s.

³⁸ Cfr. *supra*, in testo.

della propria azione. In altri termini, anche se animato da misericordia, egli agisce volontariamente. Ciò nonostante, poiché il danneggiamento aquiliano può essere sia doloso sia colposo, Labeone avrebbe potuto richiamare l'*actio in factum* anche in questo caso. Perché richiama, sia pure in forma dubitativa, solo l'*actio de dolo*?

Ho già avuto modo di mettere in evidenza³⁹ la particolare attenzione di Labeone per il criterio della sussidiarietà dell'azione di dolo che, come è noto, può essere usata solo qualora manchi qualsiasi altro rimedio. Tuttavia, precisa lo stesso Labeone, anche nell'ipotesi in cui non si sia certi dell'esistenza di una tutela accordata dal pretore, si può far ricorso all'*actio de dolo*. Labeone, evidentemente, non ha la certezza che il pretore potesse concedere l'*actio in factum* e dunque preferisce ricorrere all'*actio de dolo* edittale. Il che significa che l'azione in fatto aquiliana non è, all'epoca di Labeone, un'azione edittale, ma probabilmente – come giustamente evidenziato da Watson⁴⁰ – decretale, non garantendo quella tutela che invece l'azione edittale di dolo assicura.

Quinto – giurista di difficile identificazione, ma successivo a Labeone⁴¹ –, nel riprendere il dubbio labeoniano (*apud eum*

³⁹ Cfr. CURSI 2008, p. 39 ss.

⁴⁰ WATSON 1961, p. 393 ss. e 402.

⁴¹ ARNÒ 1933, p. 34 ss., identifica il Quinto richiamato nella testimonianza con Quinto Mucio Scevola, ritenendo corrotto l'inciso nel quale si lega l'intervento di Quinto al commento dell'opera di Labeone. Difende il riferimento a un giurista precedente a Labeone, l'interpretazione di ALBANESE 1956, p. 107 ss., il quale, portando l'attenzione sul fatto che la costruzione dell'*apud* e l'accusativo può essere usata per indicare l'opinione citata presso un altro giurista, non necessariamente precedente a quello il cui parere viene richiamato nel testo, ma anche successivo, ritiene che Labeone avesse annotato il lavoro di un giurista, non meglio identificato, che avrebbe opinato per l'*actio furti*. Pur escludendo per ragioni formali l'identificazione con Q. Mucio Scevola, l'Albanese ricostruisce il rapporto tra i due giuristi, evidenziandone il disaccordo sostanziale che avrebbe indotto Labeone a ritenere applicabile l'*actio de dolo*, in luogo dell'*actio furti*. A prescindere dalla difficoltà di interpretare coerentemente, nella ricostruzione di Albanese, i nessi sintattici della porzione di frammento relativa all'annotazione che pongono Quinto come soggetto della glossa a Labeone, e non il contrario (cfr. MACCORMACK 1975, p. 33 s. e nt. 59), lo stesso a. pone in crisi la propria ipotesi, vedendosi costretto a supporre il rimaneggiamento del passo che, per ragioni sostanziali, non può testimoniare, nel periodo precedente a La-

notans), distingue il rimedio a seconda dell'intenzione di chi ha liberato lo schiavo dalle catene: se egli ha agito con misericordia⁴² si concederà l'azione in fatto aquiliana⁴³, in assenza di misericordia si ricorrerà all'*actio furti*. Nel ventaglio delle possibili azioni che, nella prospettiva di Quinto, assicurano la tutela al proprietario dello schiavo, l'*actio de dolo* non viene affatto presa in considerazione. Questa assenza nella valutazione del giurista testimonia, a mio avviso, la trasformazione dell'*actio in factum* aquiliana che, nel lasso di tempo che separa Labeone da Quinto, è diventata edittale.

Infine, Ulpiano riporta un ulteriore caso di danneggiamento in cui Labeone ritiene si debba applicare l'*actio in factum* aquiliana:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27. 35: Item si tectori locaveris laccum vino plenum curandum et ille eum pertudit, ut vinum sit effusum, Labeo scribit in factum agendum.

beone, l'applicazione dell'*actio in factum*. Per questi motivi, sintattici e formali, appare preferibile rivolgersi all'ipotesi di chi ravvisa in Quinto o Q. Saturnino – come suggerisce KUNKEL 1967, p. 181 nt. 321 – o Q. Cervidio Scevola – secondo l'alternativa indicata da KRÜGER 1912, p. 157 nt. 24 e 200 –; possibilista su Cervidio Scevola, VALDITARA 1992, p. 144 nt. 400. CORBINO 2005, p. 185, esclude vi siano elementi per qualificare il Quinto richiamato nel passo.

⁴²Non mi sembra convincente il ruolo della misericordia, quale attenuante funzionale a evitare l'infamia derivante dall'*actio de dolo*, che MANFREDINI 1992, p. 219, ravvisa nella concessione dell'*actio in factum*. Una simile configurazione mi pare calibrare il ruolo della misericordia in funzione del dolo e, in corrispondenza, creare un rapporto tra l'*actio in factum legis Aquiliae* e l'*actio de dolo* che non passa per la misericordia ma per un criterio di residualità molto più generale. Diverso il caso riportato da Sabino, richiamato da Gellio (Gell. 11, 18, 14), circa la configurazione di un furto nell'ipotesi in cui qualcuno abbia favorito la fuga di uno schiavo, sventolando la toga allo scopo di impedire al padrone di vedere.

⁴³Mi pare ormai superata la perplessità di una parte della dottrina, soprattutto più risalente, circa la riferibilità dell'*actio in factum* richiamata da Quinto alla *lex Aquilia*. Il dibattito giurisprudenziale successivo e la sistemazione giustiniana consentono di ancorare stabilmente il rimedio alla risoluzione delle problematiche relative all'*interpretatio* della *lex Aquilia*. Si veda in questo senso, con valide argomentazioni ispirate a logiche di sistema, ALBANESE 1950, p. 85 ss.; ID. 1956, p. 110 ss.; MACCORMACK 1975, p. 30 s. e nt. 50; MANFREDINI 1992, p. 208 e nt. 11.

Richiamando con l'*item* iniziale la soluzione della fattispecie precedente, in cui l'azione aquiliana aveva trovato applicazione parallelamente all'azione di locazione⁴⁴, Ulpiano riporta il caso di un vasaio che ha forato un recipiente che gli era stato locato per la manutenzione, versando così il vino in esso contenuto. Labeone scrive che si deve agire con l'*actio in factum*. La posizione del giurista augusteo sul punto non è l'unica a essere registrata da Ulpiano, il quale, in un altro paragrafo dello stesso frammento, riporta anche il diverso parere di Celso⁴⁵, secondo cui alcune condotte, quali adulterare il vino, spargerlo, trasformarlo in aceto, costituiscono ipotesi di applicazione dell'azione aquiliana diretta. Esse, infatti, configurano un *corrumpere*, assimilabile estensivamente al *rumpere* presente nel terzo capitolo della legge.

Come appare evidente, la strategia rimediale seguita da Labeone e da Celso, in merito allo spargimento del vino, è diversa. Lasciando da parte ipotesi di interpolazione del testo⁴⁶, confrontiamo le due posizioni per comprenderne la *ratio*. Mentre la soluzione di Celso, favorevole all'applicazione dell'azione aquiliana diretta, è motivata come un'ipotesi di *corruptio*, l'opinione di Labeone, favorevole all'*actio in factum*, non è giustificata in alcun modo. Possiamo immaginare almeno due scenari: nel primo, Labeone richiama l'azione in fatto perché il nesso causale tra condotta e danno è indiretto, visto che il vino viene versato a seguito del colpo che il vasaio assesta al contenitore, forandolo⁴⁷; nel secondo, invece, ragionando sull'*interpretatio* dei *verba legis*, così da portare sullo

⁴⁴ Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 34: ... *mihī autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae.*

⁴⁵ Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 15: *cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiauit, agi posse Aquilia Celsus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur.*

⁴⁶ ALBANESE 1950, p. 66 ss., ha ritenuto interpolata l'opinione di Celso, perché, a suo avviso, lo *spurcare* e l'*effundere vinum* non configurerebbero ipotesi di *corruptio* e *mutatio rei* tali da qualificare un'ipotesi di danno aquiliano diretto (su cui Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 14, richiamato *ibid.*, p. 67), e viceversa genuina l'opinione di Labeone perché ammette un'*actio in factum* in un caso di pura perdita patrimoniale, in mancanza della distruzione materiale del vino.

⁴⁷ Cfr. ZILLOTTO 2000, p. 186 s.

stesso piano il confronto tra le posizioni dei due giuristi, Labeone, diversamente da Celso, non ravvisa le caratteristiche né del danno aquiliano tradizionale, né della sua estensione legata all'ampliamento della portata del verbo *rumpere* a significare *corrumpere*. Ulpiano riconduce ai *veteres* tale interpretazione⁴⁸, specificando che *fere omnes veteres*, quasi tutti i giuristi repubblicani interpretavano estensivamente il verbo *rumpere*. Tra questi, forse, non c'era Labeone.

Celso, accogliendo l'interpretazione di *rumpere* come *corrumpere*, pensa al versamento del vino come a un'ipotesi di *corruptio* e dunque all'applicazione dell'azione aquiliana diretta. In quest'ultimo caso, il danno sarà un danno patrimoniale, consistente nella distruzione del bene; per Labeone, invece, il danno sarà meramente patrimoniale, avendo egli escluso la distruzione materiale del bene, che continua a conservare la sua integrità, pur essendo diventato inutilizzabile. L'*actio in factum*, come ipotizzato da Albanese⁴⁹, tutelerebbe dunque un caso di lesione patrimoniale *non corpori*.

3.3. *Pareri di Labeone di incerta rilevanza per l'applicazione dei rimedi aquiliani*. – In un frammento di Ulpiano, inserito dai compilatori nel titolo sulla rapina nel libro 47 del Digesto, si descrive un caso particolare di sottrazione violenta di un bene altrui, per il quale si cita il parere di Labeone. La riflessione si estende a ricomprendere anche l'ipotesi di un danno causato in maniera indiretta in conseguenza della sottrazione violenta del bene. È in questa parte che viene richiamato il rimedio aquiliano:

Ulp. 56 *ad ed.* D. 47, 8, 2, 20: Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: quamvis erraverit, agi tamen cum

⁴⁸ Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 13: *inquit lex 'ruperit'. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt 'corruperit'*. Cfr. VALDITARA 2005, p. 29.

⁴⁹ ALBANESE 1950, p. 68. *Contra* MACCORMACK 1975, p. 20, il quale ritiene che la distinzione tra le due fattispecie risieda nel diverso criterio soggettivo: il dolo autorizzerebbe a usare l'azione diretta, la colpa l'azione in fatto. Non mi sembra, tuttavia, che vi siano elementi, nella descrizione della fattispecie, che possano giustificare una simile chiave di lettura.

eo vi bonorum raptorum non posse Labeo ait: sane dolo caret: si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia.

Più nel dettaglio, il caso riguarda la condotta di un pubblicano che, nell'erronea convinzione che il proprietario di una mandria avesse violato la legge sui tributi, gliela porta via. Labeone sostiene che, nonostante l'errore, non si possa agire contro il pubblicano con l'azione di rapina, in assenza del dolo. Se però la mandria – prosegue la testimonianza – è stata rinchiusa così da impedirle di pascolare, facendola morire di fame, si potrà agire con l'azione utile aquiliana.

Come si è detto, l'opinione di Labeone è richiamata espressamente solo per escludere il ricorso all'azione per la rapina, visto che la condotta del pubblicano non era dolosa⁵⁰, perché legittimata dalla convinzione, sia pure erronea, che fossero state violate norme sui tributi. La procurata morte degli animali, conseguente alla sottrazione, configura invece un danno che, per la modalità della condotta lesiva, richiede l'uso di un'azione aquiliana diversa da quella diretta, individuata in questo caso in un'*actio utilis*. L'ipotesi è analoga ai casi descritti nel frammento prima esaminato di D. 9, 2, 9 pr. 3 e, in particolare, a quello dell'uomo che viene fatto morire di fame, che porta Nerazio, nel caso specifico, ma anche Ofilio e lo stesso Labeone per fattispecie in cui la lesione è prodotta da un nesso causale indiretto, a prevedere l'*actio in factum* e non quella *utilis*.

Se la soluzione dell'azione utile fosse da attribuire a Labeone, ciò determinerebbe un problema di coerenza interna nella riflessione del giurista augusteo. La soluzione più semplice sarebbe quella di ritenere che il parere non sia stato reso da Labeone⁵¹, ma da Ulpiano che menziona l'*actio utilis*.

⁵⁰ VALIÑO 1974, p. 338 s., ritiene pesantemente alterato il testo sia rispetto alla motivazione, sia rispetto al riferimento all'*actio utilis* che avrebbe sostituito un'originaria *actio in factum*. HARKE 2016, p. 130 s., pensa a un uso promiscuo delle due espressioni già in Labeone.

⁵¹ Diversamente ALBANESE 1950, p. 187, ritiene che questa testimonianza attesti, con riferimento a Labeone, la più antica applicazione dell'*actio utilis* aquiliana.

La successiva vicenda delle due azioni sino alla casistica severiana mostra in effetti un uso promiscuo che potrebbe confermare l'ipotesi proposta.

Resta da esaminare un ultimo parere di Labeone, richiamato in una testimonianza di Ulpiano, nella quale è però difficile identificare l'*actio in factum* ivi menzionata con il rimedio aquiliano:

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

Il frammento è inserito nel titolo relativo all'*edictum de effusis vel deiectis* ma riguarda un'ipotesi nella quale non sembra trovare applicazione l'azione edittale. Qualora qualcuno sia stato condannato con l'azione aquiliana al risarcimento del danno derivante dal gettito di qualcosa, a parere di Labeone gli spetterà un'azione *in factum* contro l'ospite o altri che abbia gettato qualcosa dal piano superiore, e questa soluzione viene approvata da Ulpiano. Inoltre, se ha locato a chi ha compiuto il gettito, gli spetterà anche l'azione di locazione.

La testimonianza ha dato luogo a interpretazioni molto distanti tra loro, per lo più basate sulla modifica del suo tenore letterale, nel tentativo di garantire una maggiore coerenza nell'interpretazione del testo⁵². Tali proposte, tuttavia, arrivano ad alterare in modo significativo il contenuto del frammento, con l'effetto di costruire ipotesi interpretative del tutto sganciate dal testo originario, che, così com'è, è indub-

⁵² Cfr. l'*editio maior* di MOMMSEN 1870, p. 295 nt. 3: *cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis tenetur, merito ei, qui ob hoc condemnatus est*, e quella *minor* (MOMMSEN, KRÜGER 1911, p. 163 s.) che propone la seguente variante: *cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis teneatur, quod deiciendo damnum dederit, merito ei, qui ob hoc condemnatus est*, nonché la *Palingenesia* di LENEL 1889, coll. 550 nt. 2 e 551 nt. 1: *<lege Aquilia propter hoc quis damnas est>*, *merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, <condemnatus est>*. Cfr. anche la posizione di ANKUM 2002, p. 7 ss., tendenzialmente conservativa dell'attuale tenore del testo.

biamente piuttosto oscuro⁵³. Lo dimostra il fatto che, anche se ci si trova all'interno del commento all'editto *de effusis vel deiectis*, non compare alcun riferimento alla relativa azione, al contrario viene richiamata l'azione aquiliana e un'*actio in factum* non meglio identificata per un danno causato da un gettito di cose da un *cenaculum*.

Emendando il testo, gli studiosi che si sono occupati della testimonianza hanno ritenuto di leggerci non solo il riferimento all'azione aquiliana ma anche all'*actio de effusis vel deiectis*. Come si è detto, quest'ultimo rimedio non è espressamente menzionato nel frammento, ma secondo alcuni, l'*actio de effusis vel deiectis* con la quale sarebbe stato condannato l'*habitor*, concorrerebbe con l'azione aquiliana intentata contro il *deictor*⁵⁴, legittimando l'azione in regresso dell'*habitor* nei

⁵³ Cfr. GIMÉNEZ-CANDELA 1990, p. 81.

⁵⁴ VAN HOEK 2000, p. 456 ss., ipotizza che il *deictor* sia stato condannato *ex lege Aquilia*. Tuttavia, l'a. ritiene che anche il suo ospite (dobbiamo pensare in veste di *habitor*) sia stato condannato in base all'*actio de effusis vel deiectis*. Quest'ultimo intenta un'azione di regresso contro il *deictor* che ha già subito una condanna con l'azione aquiliana. Una simile ricostruzione obbligherebbe a presumere una concorrenza di azioni mosse dalla persona lesa – l'una contro il *deictor*, l'altra contro l'*habitor*. L'a. tenta di superare il problema richiamando la natura popolare dell'*actio de effusis vel deiectis* quando il danno viene arrecato a una persona libera, immaginando che non sia il danneggiato ma un terzo a proporre l'azione. Sul presupposto dell'esistenza di questo tipo di danno, l'a. fa concorrere l'azione aquiliana mossa dal danneggiato contro l'autore della lesione con l'azione popolare *de effusis vel deiectis* intentata da un terzo contro l'*habitor*, ammettendo poi l'azione di regresso di quest'ultimo contro il *deictor*. Due sono a mio avviso i limiti di questa ingegnosa ricostruzione: da una parte, l'impossibilità di verificarne la plausibilità a partire dal tenore letterale del testo. Non solo non vi è traccia dell'*actio de effusis vel deiectis*, ma non troviamo alcun riferimento nemmeno della lesione a un uomo libero – unica condizione per ammettere il concorso delle due azioni. Dall'altra, l'impossibilità di identificare il danno sanzionato con l'azione aquiliana (a cose) con il danno sanzionato con l'*actio de effusis vel deiectis* (a una persona libera). Il che crea un problema di coerenza interna nella ricostruzione della fattispecie che ne rende difficile l'accoglimento (cfr. ANKUM 2002, p. 16 nt. 60). Analogamente ANKUM 2002, p. 15 ss., ritiene che l'*actio de effusis vel deiectis* sia richiamata con riferimento alla *deictio* dell'*hospes* o di qualcun altro, escludendo che il condannato sulla base della legge Aquilia coincida con il condannato nell'azione *de effusis vel deiectis*. Lo studioso ritiene che il *deictor* sia stato condannato con l'azione aquiliana, pur avendo egli causato un danno senza una diretta influenza sulla

confronti del *deictor*; secondo altri, che seguono la proposta di emendazione di Mommsen⁵⁵, essa sarebbe usata contro l'*habitor* per il danno di cui il *deictor* è responsabile sulla base della *lex Aquilia*, legittimando l'azione di regresso dell'*habitor* contro il reale autore del gettito⁵⁶. Nel primo caso, si pone un problema di concorrenza di azioni che non trova adeguata spiegazione, nel secondo, si corre il rischio di generalizzare una soluzione che potrebbe invece essere legata alla peculiarità del caso concreto⁵⁷.

Tenendo fermo il tenore letterale della testimonianza, a me sembra che si possa avanzare un'ipotesi interpretativa diversa, traendo spunto dalla riflessione giurisprudenziale sull'editto *de effusis vel deiectis*, conservata dai compilatori.

A tal fine, la prima domanda che ci si deve porre è perché non si sia fatto ricorso all'*actio de effusis vel deiectis* che per il danneggiato ha l'indubbio vantaggio, rispetto all'azione aquiliana, di presumere in maniera assoluta la colpevolezza dell'*habitor*, evitando di provare la *culpa* del danneggiante, con

cosa danneggiata (anche se: «the *deictor* did not have a direct influence on the damaged things; he acted *corpore* but not *corpori*»). Ankum ritiene che il riferimento all'azione aquiliana diretta sia da giustificare con riferimento alle soluzioni della giurisprudenza contemporanea a Labeone che, pure in mancanza dell'elemento *corpori*, nondimeno avrebbero concesso l'azione diretta. L'*habitor* invece sarebbe stato condannato con l'*actio de effusis vel deiectis*. L'*actio in factum* sarebbe stata concessa all'*habitor* contro il *deictor*, il quale risarcirebbe il danno due volte per il triplo del valore della cosa distrutta: una al passante e una all'*habitor*, per il doppio del valore della cosa distrutta, sulla base dell'*actio de effusis vel deiectis*. Si deve immaginare pertanto che il danneggiato intenti sia l'azione aquiliana contro il *deictor*, sia l'*actio de effusis vel deiectis* contro l'*habitor*, ammettendo un doppio risarcimento. Anche questa ricostruzione crea, come la precedente, un problema di concorrenza di azioni che Ankum però non tenta di superare richiamando l'azione popolare, ma ritenendo che il danno sia un danno patrimoniale a cose appartenenti al danneggiato.

⁵⁵ Cfr. *supra*, nt. 52.

⁵⁶ Cfr. MATTIOLI 2010, p. 99 ss., la quale propone un'ulteriore modifica del testo, espungendo '*legis Aquiliae actione*', focalizzando l'attenzione sull'azione di regresso (*ibid.*, 102 nt. 25); e da ultimo ZILLOTTO 2024, p. 813 ss., la quale ritiene che l'*habitor* sia stato condannato con l'*actio de effusis vel deiectis* e, sulla base della responsabilità aquiliana del *deictor*, l'*habitor* agisca in regresso nei confronti di quest'ultimo.

⁵⁷ Rinvio a CURSI 2007a, p. 117 ss.; EAD. 2007b, p. 657 ss.

una riparazione pari al doppio del valore della *res* distrutta, direttamente prevista dalla clausola editale, senza collegarla, come invece accade nella legge Aquilia, all'*infinitio* del convenuto.

A fronte di questi evidenti vantaggi, perché nel nostro caso il danneggiato agisce con l'azione aquiliana?

Se leggiamo il primo frammento del titolo in cui Ulpiano si sofferma sull'interpretazione dei *verba* della clausola editale, nei §§ 1 e 2⁵⁸ il giurista severiano si preoccupa di chiarire il significato del riferimento al *locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur*, quale condizione per l'applicazione dell'azione. Avendo presente l'obiettivo che ha condotto il pretore a prevedere l'azione, ovvero a garantire la sicurezza del transito o della permanenza nei luoghi frequentati dal pubblico, Ulpiano sottolinea che non è rilevante la natura pubblica o privata della via, ma è sufficiente che la gente sia solita passare per una via (anche non pubblica) per giustificare l'uso dell'azione. E poi prosegue con un esempio: se viene gettato qualcosa in una via che all'epoca del fatto non era frequentata, e che solo in seguito comincia a essere un luogo di pubblico transito, Ulpiano ritiene che non si possa usare l'*actio de effusis vel deiectis*.

L'esempio è particolarmente rilevante per tentare di ricostruire la nostra fattispecie: qualcosa viene gettato dalle finestre di un'abitazione nella via sottostante, non frequentata, causando un danno a un terzo. La mancanza del requisito del *locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur*, non comporta l'applicazione dell'azione editale. Di fronte a un danno, comunque realizzato, non resta che agire con l'azione aquiliana diretta, poiché ciò che è stato gettato ha causato immediatamente un danno. È la soluzione meno vantaggiosa, ma, a questo punto, l'unica per ottenere la riparazione del danno.

⁵⁸ Ulp. 23 ad ed. D. 9, 3, 1, 1-2: *summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari. Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere. ceterum si aliquando vulgus in illa via non commeabat et tunc deiectum quid vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo coepit commeari, non debet hoc edicto teneri.*

Qualche riga più avanti troviamo il confronto tra le due azioni⁵⁹: il che porta a ritenere che i giuristi si siano interrogati sul confine tra le due azioni.

Il ricorso all'azione aquiliana obbliga l'attore, in primo luogo a identificare l'autore del gettito per chiamarlo in giudizio, in secondo luogo a provarne la colpa o il dolo. Nella nostra fattispecie, il convenuto, che non a caso non viene qualificato dal giurista come *habitor*, proprio perché non viene usata l'*actio de effusis vel deiectis*, potrebbe al contrario essere identificato, per il riferimento alla possibilità di usare in regresso l'azione di locazione, con il proprietario del *cenaculum*, oppure con il conduttore che a sua volta subaffitta l'immobile a terzi (*modica hospitali*)⁶⁰. In ogni caso, pur venendo condannato, egli non è l'autore del gettito⁶¹. Soltanto l'individuazione dell'autore materiale del danno gli consentirà di rivaleersi su di lui. L'azione che Labeone, con l'approvazione di Ulpiano, ritiene debba concedersi per il risarcimento del danno è un'*actio in factum*. Non è semplice stabilire se si tratti di un'azione decretale, creata per l'occasione dal pretore, con o senza riferimento a modelli edittali⁶², in funzione di re-

⁵⁹ Ulp. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 1, 4: *haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget.*

⁶⁰ La contiguità con il frammento che estende l'applicazione dell'*actio de effusis vel deiectis*, azione in fatto edittale (cfr. LEVY 1918, p. 328 e nt. 8; GRÖSCHLER 2002, p. 116), al caso dell'*horrearius* o del *conductor apothecae*, potrebbe indurre a ritenere, in una logica sistematica, che nel nostro caso non si avesse a che fare con un *habitor*, ma con una delle due figure menzionate, come conferma il commento dei Basilici al frammento (Bas. 60.4.5.3 [Scheltema, A.VIII, 2772] e relativi *scholia* [Scheltema, B.VIII, 3175]). Cfr. su questi testi VAN HOEK 2000, p. 456 ss., che non ritiene di poter seguire la ricostruzione dei Basilici. Così ANKUM 2002, p. 14 nt. 46).

⁶¹ LEVY 1918, p. 328 e nt. 7, ritiene che l'azione civile (aquiliana) sia data contro l'autore del danno, richiamando il frammento in esame. Nel nostro caso, il fatto che il condannato con l'azione aquiliana agisca in regresso contro il *deictor* fa pensare che il condannato non sia il reale autore del danno. Su questa base mi sembra superabile anche la perplessità di ZILLOTTO 2024, p. 820, circa la condanna *ex lege Aquilia* di chi non sia l'autore del danno.

⁶² GRÖSCHLER 2002, p. 211 s., ritiene che si tratti di un'azione decretale in regresso, inventata per l'occasione, senza riferimento a modelli edittali.

gresso⁶³, oppure se essa sia da identificare con un'azione aquiliana in fatto, sempre in funzione di regresso per il danno meramente patrimoniale patito da chi è stato condannato a risarcire un danno senza averlo causato⁶⁴.

Oltre all'azione in fatto è possibile usare anche l'azione di locazione, se vi è un contratto di locazione tra chi è stato condannato ingiustamente al risarcimento del danno e il reale autore del danno. In considerazione del rapporto di locazione, il danno causato dal gettito di cose dall'abitazione locata, si inserisce nella sfera di controllo del conduttore che, come tale, va da lui sopportato⁶⁵.

Al termine della disamina del frammento, non nascondo che la conservazione del tenore letterale della testimonianza obbliga a ipotizzare una dinamica del fatto alquanto artico-

⁶³ Una situazione analoga è testimoniata in un frammento di Paul. 19 ad ed. D. 9, 3, 4: *perceptione, non litis contestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit*. Il caso riguarda più *habitatores* di uno stesso piano di un edificio dal quale è stato gettato qualcosa che ha causato un danno. Visto che è impossibile – scrive Gaio in D. 9, 3, 2 – individuare l'autore del gettito, Ulpiano in D. 9, 3, 3, ritiene che tutti siano responsabili in solido. Ma se si è agito nei confronti di uno, gli altri saranno liberati dalla richiesta di pagamento da parte del danneggiato, sebbene presteranno la loro parte del danno a chi paga o con l'azione a favore del socio o con un'azione utile. L'*actio utilis*, intesa come un'azione di regresso, si è ritenuto fosse modellata o sull'*actio societatis* (HARKE 2016, p. 205) o sull'*actio de effusis vel deiectis* (VALIÑO 1974, p. 223 s.). Sulla fungibilità dell'*actio in factum* e di quella *utilis* successivamente alla codificazione dell'editto, rinvio a *infra*, § 8.

⁶⁴ Cfr. in questo senso, SEIDL 1971, p. 76, che inquadra l'azione all'interno di una logica oggettiva di incidenza del rischio da parte di chi agisce in regresso, presupponendo la responsabilità oggettiva dell'*habitor* nell'*actio de effusis vel deiectis*, e non la responsabilità soggettiva dell'azione aquiliana; più cauto per la difficoltà di interpretare il testo, SELB 1984, p. 737: «M.E. ist entweder eine *actio in factum* nach der *lex Aquilia* gemeint – das wäre eine überaus kühne Konstruktion – oder eine aus der Gastaufnahme resultierende kontraktliche *actio in factum praescriptis verbis*, als Idee nicht minder kühn. Der Text läßt freilich zu viele Fragen offen, um als Argument zu dienen». Anche GIMÉNEZ-CANDELA 1990, p. 82, si sofferma sul significato dell'*actio in factum* come azione simile a quella in regresso. Perplesso FRIER 1980, p. 140 e nt. 193, il quale ritiene che l'estensione della nozione di danno in questa situazione crei difficoltà tanto sul piano aquiliano che contrattuale.

⁶⁵ ANKUM 2002, p. 18, richiama la *bona fides* del conduttore che, in quanto *deictor*, sarebbe tenuto a risarcire l'ingiusto esborso dell'*habitor*.

lata, che presuppone un'erronea individuazione del responsabile, a favore del quale è riconosciuta l'azione in regresso contro il reale responsabile. L'ipotesi, vicina negli esiti a quella basata sulla proposta di emendazione di Mommsen, ha però il vantaggio, rispetto a quest'ultima, di non modificare il testo che ci è pervenuto, oltre a introdurre la possibilità del regresso in un caso specifico, senza generalizzare la soluzione.

L'impossibilità di stabilire con certezza la natura dell'*actio in factum* e il suo collegamento con la logica rimediale aquiliana, porta a concludere per l'irrilevanza della testimonianza rispetto alla riflessione labeoniana.

4. *Continuità nell'uso dell'actio in factum nella riflessione dei giuristi del I secolo d.C.*

4.1. *L'actio in factum per la dispersione di res nei pareri di Sabino.* – Sabino richiama l'applicazione dell'*actio in factum ex lege Aquilia* a proposito di un caso analogo a quello esaminato da Alfeno:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 21: Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenerint, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. Idem etiam in factum dari posse actionem ait.

Il caso è quello di chi fa cadere dalla mano di un terzo delle monete in un luogo nel quale è difficile, se non impossibile, recuperarle, come in un fiume, nel mare o in una cloaca. Sono perdute per il proprietario, anche se nessun altro se ne è appropriato, e dunque Sabino ritiene si debba agire con l'azione aquiliana. Diverso sarebbe il caso in cui le monete siano state fatte cadere di mano con l'intento di rubarle⁶⁶. In questo caso si agirà per il furto, secondo l'opinione

⁶⁶ Cfr. sull'*ope consilio* presente nella testimonianza, la lettura di LAMBRINI 2021, p. 199 ss., quale indizio di forme di complicità.

già sostenuta dagli antichi giuristi repubblicani. Sabino ritiene che si possa anche concedere l'azione in fatto.

Come si è detto, il caso descrive una situazione simile a quella esaminata da Alfeno in D. 19, 5, 23, anche se, a ben vedere, l'impostazione della questione presenta punti di contatto anche con la fattispecie dello schiavo liberato dalle catene descritto da Labeone in D. 4, 3, 7, 7 e con il caso della dispersione del bestiame esaminato sempre da Labeone in D. 47, 2, 50, 4: il giurista augusteo, come Sabino, porta l'attenzione sull'alternativa tra l'azione di furto e l'azione di danneggiamento aquiliano. La *ratio* della distinzione è la medesima: dispersione delle *res* con appropriazione altrui (furto), mera dispersione (danneggiamento aquiliano). Rispetto al danneggiamento, Sabino pensa a un'azione aquiliana diretta, salvo poi ad ammettere, come precisa Ulpiano, anche l'*actio in factum*⁶⁷. Nonostante nell'ultimo caso non sia precisato il riferimento alla *lex Aquilia*, considerata la somiglianza con le ipotesi di ricorso all'azione in fatto aquiliana dibattute dai giuristi, ritengo che possa ritenersi aquiliana⁶⁸.

L'incertezza di Sabino sul rimedio aquiliano diretto o concesso in fatto testimonia, a mio avviso, il dibattito giurisprudenziale⁶⁹ sulla possibilità di forzare i *verba legis* o al contrario estendere l'ambito della tutela aquiliana con azioni modellate sul fatto – come già era emerso dal contrasto tra l'opinione di

⁶⁷ Cfr. ALBANESE 1950, p. 51 ss., sulla ricostruzione del testo del frammento che esclude la classicità della prima soluzione proposta da Sabino, per via della contraddizione con la seconda, riportata alla fine del frammento, la più probabile per il confronto con soluzioni analoghe conservate in altre testimonianze. Diversamente WATSON 1961, p. 396, ritiene interpolata l'attribuzione a Sabino dell'*actio in factum*. Difende la genuinità del testo SELB 1984, p. 740, per la consapevolezza di Sabino del rischio di usare l'azione diretta, qualora non fosse ravvisato un *rupisse* nella condotta lesiva.

⁶⁸ Cfr. in questo senso SELB 1982, p. 739 s.

⁶⁹ Cfr. GRÖSCHLER 2011, p. 38 ss., ipotizza che dietro l'incertezza del giurista sull'azione diretta o in fatto, vi fosse il modo di ragionare per azioni, secondo la logica del processo formulare. Con l'azione diretta l'attore avrebbe corso il rischio che il *iudex* non riconoscesse il danno in mancanza delle caratteristiche strutturali del danno aquiliano, mentre con l'azione in fatto avrebbe garantito maggiormente l'attore per essere più vicina alle caratteristiche concrete della fattispecie.

Labeone e quella dei *veteres* circa la possibilità di considerare la dispersione del vino un caso di *corruptio*⁷⁰. In questa prospettiva, non è da escludere che il ricorso all'*actio in factum* fosse legato, ancora all'epoca di Sabino, a una concessione sul caso concreto in via decretale, confermando la cautela di Labeone che preferisce ricorrere all'*actio de dolo* edittale nel frammento sulla liberazione dello schiavo altrui.

Con riferimento allo specifico rapporto tra *actio in factum* e *actio de dolo*, Ulpiano, nel commento a Sabino, riporta un caso di dispersione di *res* le cui soluzioni potrebbero risalire proprio a Sabino:

Ulp. 41 *ad Sab.* D. 19, 5, 14 pr.: Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur.

Il passo si trova nel libro 41 del commento ulpiano *ad Sabinum* in tema di *furtum*⁷¹. La collocazione riconduce la fonte, nella quale pure manca un espresso richiamo al furto⁷², all'interno della tradizionale distinzione tra *actio furti* e *actio in factum legis Aquiliae*. Nel nostro caso, la testimonianza è in realtà più articolata: chi abbia gettato in mare merci altrui per salvaguardare le proprie, non è chiamato a rispondere con nessuna azione. Se tuttavia lo abbia fatto senza motivo sarà tenuto con un'*actio in factum*, se abbia invece agito dolosamente, risponderà con l'azione di dolo.

Il passo è stato studiato con riguardo a profili specifici e principalmente con attenzione alla genuinità del testo che alcuni ritengono pesantemente rimaneggiato⁷³, altri, invece,

⁷⁰ Cfr. *supra*, § 3.2.

⁷¹ LENEL 1889, col. 1164.

⁷² ALBANESE 1956, p. 243 s., ritiene che l'assenza del riferimento al *furtum* dipenda da un accorciamento compilatorio.

⁷³ EISELE 1897, p. 22 s., giudica compilatorio il riferimento all'*actio de dolo* che sarebbe insolito in presenza dell'*actio in factum* aquiliana; DE MARTINO 1938, p. 182 ss., interpretando il testo alla luce del regime della *lex Rhodia de iactu*, lo ritiene gravemente rimaneggiato, escludendo la classicità del riferimento all'*actio in factum*, sia in rapporto alla *lex Aquilia*, sia rispetto all'*actio furti*, non ravvisando ragioni per escludere l'azione civile nell'uno e

considerano fedele all'originale⁷⁴. Dal mio punto di vista, non posso escludere che il frammento sia stato accorciato dai compilatori, visto che resta sottinteso il riferimento all'*actio furti* probabilmente presente in origine, sia perché rispondeva a un modello che circolava tra i giuristi, sia per la collocazione della testimonianza nel libro del commento ulpiano sul furto.

Detto questo, a me sembra che l'esame complessivo della testimonianza consenta di ricostruire le varianti della medesima fattispecie concreta e i diversi rimedi proposti. Cominciamo da una considerazione generale: condividendo un'osservazione di Pernice⁷⁵, il fatto che le merci siano dell'autore del gettito fa pensare che il danno non sia stato causato dall'armatore ma da un privato e questo renderebbe plausibile la natura aquiliana dell'*actio in factum* richiamata, in assenza di rapporti contrattuali pregressi.

Nella prima ipotesi di gettito delle merci altrui per salvaguardare le proprie, non si prevede alcuna responsabilità per aver agito in stato di necessità o di pericolo, ossia in presenza di una causa di giustificazione. La stessa condotta viene esaminata, però, con riguardo sia all'assenza della causa di giustificazione (*sine causa*), sia alla presenza di dolo. Nel primo caso si ritiene di poter usare l'*actio in factum* che riterrei *ex lege Aquilia*, per coerenza con il modello circolante nella casistica

nell'altro caso. Anche il richiamo all'*actio de dolo* non sarebbe coerente con l'esclusione della condotta dolosa nella prima parte della testimonianza. Più moderata la censura di ALBANESE 1950, p. 72 ss.: l'attuale versione della testimonianza sarebbe il frutto di una sintesi compilatoria che il confronto con *responsa* analoghi consentirebbe di ritenere conforme alla sostanza classica, eccezione fatta per il glossema relativo all'*actio doli*.

⁷⁴Decisamente conservativa la lettura di PERNICE 1895, p. 72 s., il quale colloca il frammento nella casistica sull'*actio furti* e osserva giustamente che esso non ha alcun collegamento con la *lex Rhodia*, visto che chi getta in mare le merci altrui lo fa per salvaguardare le proprie, escludendo così l'armatore della nave. Chi ha disperso le merci altrui, non avendo un *animus furandi*, non risponde di furto ma, in assenza di una specifica causa (pericolo o necessità), è tenuto per il risarcimento del danno. A conclusioni non dissimili circa la genuinità del passo giunge WATSON 1961, p. 396, il quale spiega la compresenza dell'*actio de dolo* e dell'*actio in factum* aquiliana in considerazione del carattere decretale dell'ultima azione.

⁷⁵Cfr. *supra*, nt. precedente.

giurisprudenziale sulla dispersione di *res*. In questo caso, la logica seguita è quella della dispersione senza distruzione delle merci, come le monete perse in mare. Più complessa, in questo quadro, è l'interpretazione dell'*actio de dolo*, richiamata nell'ipotesi del gettito doloso. Come è noto, l'*actio de dolo* è un'azione sussidiaria, che non vi sarebbe motivo di richiamare in presenza di un'*actio in factum* in grado di sanzionare la dispersione sia colposa sia dolosa delle merci.

Accogliendo l'ipotesi di Watson, secondo cui l'*actio in factum* decretale non avrebbe impedito l'applicazione dell'*actio de dolo*, si potrebbe ipotizzare che, nel nostro caso, l'*actio in factum*, proprio perché modellata sul caso concreto, non assicurasse una tutela certa che, al contrario, l'*actio de dolo*, in quanto azione edittale, avrebbe comunque garantito. E dunque, di fronte a una dispersione di *res* senza distruzione materiale, qualora non si ravvisasse il dolo, l'unico rimedio possibile, pur nella sua incertezza, era l'azione in fatto aquiliana; in presenza di dolo, l'incertezza della concessione del rimedio, portava a preferire l'azione dolo che, come aveva già chiarito Labeone, poteva essere invocata non solo quando si era sicuri che non vi fosse altro rimedio, ma anche quando non si era certi che vi fosse.

Nello spiegare il dubbio di Labeone sulla concessione dell'*actio de dolo* nel caso della liberazione dello schiavo da parte di un terzo, si era ipotizzato il carattere decretale dell'*actio in factum* all'epoca di Labeone, che infatti aveva preferito usare l'azione di dolo. Soltanto con il passare del tempo, come attesta la soluzione di Quinto che annota Labeone, l'azione assunse un carattere tipico che ne consentì l'ingresso nell'editto. Lo stesso fenomeno sembrerebbe attestato nel frammento in esame, anche se nel nostro caso sorge un problema: Ulpiano, al quale è riconducibile la testimonianza, scrive in un momento nel quale l'azione in fatto è già da tempo inserita nell'editto. L'unica possibilità è ritenere che Ulpiano stesse riportando il parere di Sabino che scrive in un momento di poco successivo a Labeone, registrando la stessa incertezza relativa alla natura decretale dell'azione. Una simile ipotesi sarebbe coerente con la soluzione-tipo che la casistica

stava costruendo in quel periodo sul rapporto tra *actio furti* e *actio in factum* aquiliana, alternativa all'*actio de dolo*. Del resto, lo stesso Sabino, nel frammento prima esaminato, aveva mostrato incertezza sull'uso dell'azione aquiliana diretta o *in factum* rispetto a un caso simile.

Rielaborando probabilmente un parere di Sabino, a un secolo di distanza, Pomponio non ha dubbi sull'uso dell'*actio in factum* in una situazione analoga:

Ulp. 41 *ad Sab.* D. 19, 5, 14, 2: Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi, Pomponius libro septimo⁷⁶ decimo ad Sabinum scripsit neque furti neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum.

L'ipotesi di dispersione riguarda un calice d'argento che viene gettato nella profondità (del mare) allo scopo di arrecare un danno, non di appropriarsi del bene. Pomponio, nel diciottesimo libro di commento a Sabino, in materia di furto, ritiene che non si debba agire con le azioni civili di danno o di furto, ma che si debba agire in fatto.

Il frammento è un ulteriore paragrafo del passo di Ulpiano di commento *ad Sabinum* appena esaminato e insiste sullo stesso tema, ribadendo l'alternativa ormai tipica tra furto e danneggiamento. Nel parere di Pomponio⁷⁷ si avverte l'eco del dibattito dei giuristi precedenti, attraverso il riferimento alle azioni civili di furto e di danneggiamento, sia pure per escluderle, e la sicura indicazione dell'*actio in factum*, senz'altro aquiliana perché l'intento è di arrecare danno. Viene meno il riferimento all'azione di dolo, mancandone il presupposto legato alla sussidiarietà dell'azione, visto che si prevede l'azione in fatto. All'epoca di Pomponio l'azione in fatto è evidentemente diventata editale.

⁷⁶ Corretto in ottavo da LENEL 1889, col. 1164, per coerenza con la materia trattata nel frammento.

⁷⁷ Cfr. ALBANESE 1950, p. 75 s., sull'intervento dei compilatori sul testo che non tocca però la genuinità dell'opinione di Pomponio.

4.2. *Il danno da dispersione di res e il danneggiamento con nesso causale mediato nella casistica di Proculo.* – In continuità con il caso precedente, anche Proculo richiama l'*actio in factum* nell'ipotesi di dispersione di un bene:

Proc. 2 *epist.* D. 41, 1, 55: In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oporteret, quaero. respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

Il frammento è piuttosto articolato e ruota intorno all'acquisto della proprietà di un animale selvatico, come conferma la collocazione che i compilatori giustinianeî hanno dato al passo, inserendolo all'interno del titolo *de acquirendo rerum dominio*. In particolare, il caso riguarda un cinghiale che, caduto in una trappola, viene liberato e portato via da un soggetto diverso da chi ha teso la trappola. Ci si chiede se chi ha portato via il cinghiale lo abbia sottratto a chi lo ha acquistato per il fatto di essere caduto nella trappola. E se si crede che sia stato acquistato in questo modo, se qualcuno lo avesse liberato e lasciato andare per la selva, in questo caso cesserebbe di essere nella proprietà di chi ha teso la trappola o vi rimarrebbe? E nel primo caso, sarebbe da intentare un'azione in fatto contro chi lo avesse liberato? Di fronte a queste domande, il giu-

rista risponde distinguendo diverse ipotesi: se la trappola fosse stata tesa in un terreno pubblico o privato, e in quest'ultimo caso se nel fondo di chi ha teso la trappola o di altri che abbia dato oppure non dato il permesso di tenderla. Inoltre, si dovrà valutare se il cinghiale caduto nella trappola non fosse in grado di liberarsi da solo, oppure, al contrario, lo potesse fare, lottando a lungo. In conclusione, Proculo ritiene che il cinghiale sia di colui nella cui potestà sia entrato. E se qualcuno lo abbia liberato facendolo tornare alla sua naturale libertà, allora sarà data contro costui un'azione in fatto, come si è ritenuto di concedere nel caso di chi abbia gettato in mare una coppa appartenente ad altri.

Il passo è stato probabilmente oggetto di intervento compilatorio⁷⁸, in considerazione di alcune sconessioni nel testo⁷⁹, frutto di tagli volti a sintetizzare il lungo parere⁸⁰ di Proculo: mentre la prima parte del frammento, prima del *respondit*, sembra descrivere il caso concreto, la seconda parte sviluppa una serie di variabili che suonano come approfondimenti del caso che il giurista intende valutare per fornire il responso. Tuttavia, i diversi scenari che danno corpo alle richieste di chiarimento del giurista non trovano spazio nella soluzione⁸¹. La risposta al quesito principale, riguardante l'appropriazione del cinghiale da parte del cacciatore, viene data ellitticamente, tanto da sembrare lapalissiana, perché l'animale diviene del cacciatore quando cade in suo potere: *summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit*⁸². Nulla viene infatti specificato circa la modalità attraverso la quale l'animale entri nella disponibilità del cacciatore. Solo nella precisazione finale, che riconduce a chi libera

⁷⁸ Cfr. per un'attenta analisi critica del testo GERKENS 1997, p. 122 ss. ALBANESE 1950, p. 83; ID. 1953, p. 186 s., lascia emergere qualche sospetto di successiva semplificazione postclassica.

⁷⁹ Sia formali, sia sostanziali: l'incoerenza nell'uso di *ego* e *tu* nella descrizione del caso e nel successivo parere; i quesiti che restano irrisolti nella soluzione. Cfr. GERKENS 1997, p. 133.

⁸⁰ Sulla natura dell'*epistula* come parere scritto sollecitato da un caso concreto o ispirato a un caso di scuola, cfr. KRAMPE 1970, p. 13 ss.

⁸¹ Così GERKENS 1997, p. 124 ss.

⁸² Così GERKENS 2009, p. 79 ss.

il cinghiale dalla trappola la responsabilità del danno causato al cacciatore⁸³, si riesce a comprendere che il cinghiale diventa del cacciatore per il solo fatto di essere caduto nella trappola. Il giurista ritiene dunque che l'appropriazione dell'animale prescinda dalla sua apprensione materiale.

L'origine di questa opinione potrebbe essere ravvisata in un parere di Trebazio Testa il quale, in un caso analogo in cui l'animale viene ferito dal cacciatore, ritiene che esso appartenga a chi lo abbia ferito sin dal momento del ferimento, e dunque prima della sua apprensione materiale, purché il cacciatore non desista dall'inseguire la preda. Il parere è riportato da Gaio⁸⁴ che lo contrappone alla diversa opinione (maggioritaria) di chi ritiene che l'animale appartenga al cacciatore solo a partire dall'impossessamento. A quest'ultima teoria, maturata probabilmente in ambiente sabiniano, aderisce Gaio, sabiniano anche lui.

La continuità con il parere di Trebazio, maestro di Labeone, il fondatore della scuola che poi prenderà il nome da Proculo, consente collocare in ambito proculeiano l'opinione minoritaria sull'apprensione dell'animale selvatico, fissando su questo specifico punto la differenza di pensiero tra le due scuole⁸⁵.

⁸³ Sul ruolo del passante che libera il cinghiale cfr. GERKENS 1997, p. 151 s.

⁸⁴ Gai 2 *rer. cott.* D. 41, 1, 5, 1: *naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio. Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucri faceret, furtum videri nobis eum commississe. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.* Cfr. GERKENS 1997, p. 127 s., 138 ss.; MANFREDINI 2006, p. 18 ss.

⁸⁵ Altro problema è perché i compilatori giustinianeî hanno inserito all'interno del titolo *de acquirendo rerum dominio* il parere di Proculo. Non tanto perché la sua opinione segue la linea minoritaria di Trebazio circa l'appropriazione dell'animale selvatico prima della materiale apprensione, quanto per il fatto che nelle Istituzioni imperiali (I. 2, 1, 13: *illud quaesitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur. qui-*

Se è chiara, dunque, l'opinione di Proculo sull'acquisizione della proprietà dell'animale selvatico, non conosciamo tuttavia il ruolo che nella soluzione avrebbero potuto svolgere la natura pubblica o privata del fondo sul quale viene allestita la trappola, o la capacità del cinghiale di uscire da solo dalla trappola⁸⁶. Possiamo solo ipotizzare⁸⁷, immaginando un taglio compilatorio, che il cacciatore potesse acquistare la proprietà del cinghiale, prima di averlo materialmente preso, se la trappola fosse stata posta sul fondo proprio, o su quello altrui, ma dietro espressa autorizzazione del suo proprietario⁸⁸, a condizione che il cinghiale fosse caduto nella trappola senza potersi autonomamente liberare.

Nonostante queste precisazioni, se si ammette il principio generale che il cinghiale caduto nella trappola entri nella sfera di appartenenza del cacciatore, non c'è dubbio che il passante, nel liberarlo, abbia arrecato un danno al cacciatore. È a questo punto, nella parte finale del frammento, che viene sviluppato il riferimento all'*actio in factum* che aveva costituito oggetto di uno dei quesiti iniziali. L'azione deve intendersi in fatto aquiliana⁸⁹, per via dell'analogia che lo stesso giurista in-

budam placuit statim tuam esse et eo usque tuam videri, donec eam persequaris, quodsi desieris persequi, desinere tuam esse et rursus fieri occupantis. alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si ceperis. sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias) i compilatori manifestano chiaramente la preferenza per la posizione dei Sabiniani che, come si è detto, ritengono essenziale l'apprensione dell'animale per poterne vantare la proprietà.

⁸⁶ ALBANESE 1953, p. 187, ipotizza l'intervento di una mano diversa da quella di Proculo, pur lasciando aperta la questione, immaginando in alternativa una conclusione di Proculo di carattere generale che avrebbe assorbito le questioni specifiche evidenziate dal giurista; cfr. anche GERKENS 1997, p. 125, spec. 131, 139 ss., in senso adesivo all'alternativa di Albanese.

⁸⁷ Con MANFREDINI 2006, p. 30.

⁸⁸ Sull'emergere dello *ius prohibendi*, il diritto del proprietario del fondo di proibire l'ingresso al cacciatore, rinvio a MANFREDINI 2006, p. 12 e nt. 17.

⁸⁹ KRAMPE 1970, p. 66 s., non ritiene che l'azione in fatto richiamata nel frammento sia riconducibile all'azione aquiliana, perché esclude che l'azione possa riguardare un danno senza materiale distruzione del bene. Lo studioso ammette tuttavia il confronto analogico con la dispersione della coppa, caso tipico di azione in fatto aquiliana. *Contra*, ALBANESE 1950, p. 84; ID. 1953, p. 186; più sfumato GERKENS 1997, p. 146 ss.

staura con il caso del lancio di una coppa in mare⁹⁰. Proculo, infatti, avvantaggiandosi del dibattito giurisprudenziale a lui precedente, richiama l'*actio in factum* nel caso tradizionale del gettito in mare, o nel fiume, di una *res* altrui⁹¹, ampliando la casistica⁹², con l'estensione dell'azione alla fattispecie del cinghiale. In entrambi i casi il danno patito dal *dominus* consiste

⁹⁰ Suggestiva l'ipotesi di SCHÜTZE 1863, p. 75 nt. 26, il quale, pure in assenza di qualunque riferimento testuale, ipotizza che il termine *porculum*, pesce porco, fosse originariamente contenuto nel parere, sostituito dai compilatori con l'espressione *populum*.

⁹¹ Cfr. SELB 1982, p. 746 s.

⁹² Alfeno in D. 19, 5, 23; Sabino in D. 9, 2, 27, 21; Ulpiano nel commento a Sabino in D. 19, 5, 14 pr. e 2, nell'ultimo § con parere di Pomponio. Non è possibile ricostruire la *ratio* della scelta di confrontare la perdita del cinghiale con quella della coppa gettata in mare. Di certo, la casistica riconducibile a Labeone avrebbe potuto offrire un termine di confronto forse più vicino alla fattispecie esaminata da Proculo: basti pensare al bestiame messo in fuga da chi mostra un panno rosso (D. 47, 2, 50, 4), o allo schiavo liberato dalle catene consentendone la fuga (D. 4, 3, 7, 7). Il caso del cinghiale, tuttavia, presenta caratteristiche così specifiche da non essere confrontabile neppure con questi ultimi casi. Il cinghiale, una volta liberato dalla trappola, in virtù della sua natura selvatica, perde qualunque rapporto con il cacciatore, divenendo *res nullius* (cfr. Gai. 2 *rer. cott.* D. 41, 1, 3, su cui GERKENS 1997, p. 134 ss.). Diversa è invece la situazione del bestiame messo in fuga o dello schiavo liberato che conservano il rapporto potestativo con il *dominus*, in mancanza di *derelictio* da parte del proprietario. Lo stesso può dirsi anche rispetto all'anello caduto nel Tevere, alle monete cadute in mare, alle merci o al calice gettati in mare di cui il *dominus* continua a conservare la proprietà. Tra le testimonianze che affrontano il problema dello *iactus mercium*, troviamo un frammento di Giavoleno (Iav. 11 *ex Cass.* D. 41, 1, 58: *quaecumque res ex mari extracta est, non ante eius incipit esse qui extraxit, quam dominus eam pro derelicto habere coepit*) nel quale il giurista ritiene che la cosa rinvenuta in mare appartenga a colui che l'abbia estratta, non prima che sia stata considerata abbandonata dall'originario *dominus*. Ciò significa che lo *iactus mercium* non avrebbe comportato automaticamente la *derelictio*, ma essa si sarebbe potuta compiere *solo animo* in seguito. L'ipotesi è quella della merce gettata in mare, salvata con spese di salvataggio tali da superare il valore della merce stessa. In questo caso il proprietario avrebbe potuto abbandonare la merce, una volta recuperata (ROMANO 1933 [2002], p. 115). Anche questa ipotesi, pertanto, come il caso degli animali domestici dispersi, appare distante da quella dell'animale selvatico. Considerata la specificità della fattispecie dell'animale selvatico, possiamo ipotizzare che la scelta di Proculo sia stata causale. La sua attenzione si concentra sul danneggiamento subito dal proprietario, per il solo fatto della perdita di disponibilità della *res*, che è elemento comune a tutte le fattispecie, indipendentemente dalla possibilità per i terzi di appropriarsi o meno della *res* perduta.

nella perdita della cosa in proprietà, senza la sua distruzione materiale.

Accanto al caso della dispersione della cosa altrui, Proculo richiama l'*actio in factum* aquiliana in un'altra circostanza:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 7, 3: Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit neque eum qui impulit teneri, quia non occidit, neque eum qui impulsus est, quia damnum iniuria non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum qui impulit.

La testimonianza di Ulpiano è stata inserita all'interno del titolo della *lex Aquilia* e affronta un caso nel quale la soluzione richiede il superamento della rigida interpretazione dei *verba legis*, in particolare del termine *occidere*. Un soggetto ha causato un danno, uccidendo uno schiavo o un animale⁹³, per impulso di un terzo: Proculo scrive che non si può agire con l'azione aquiliana né nei confronti di quest'ultimo perché non ha causato la morte secondo un nesso causale diretto (*occidere*), né nei confronti di chi ha agito perché spinto dal terzo, perché non ha arrecato il danno con dolo o con colpa (*iniuria*): pertanto si dovrà concedere l'azione in fatto aquiliana nei confronti di chi ha spinto ad arrecare il danno.

Il giurista analizza la fattispecie concreta riconducendola alla fattispecie astratta del danneggiamento aquiliano fissata dai *verba legis*⁹⁴. In particolare, l'attenzione si concentra sul

⁹³ ALBANESE 1950, p. 105 s., ritiene fortemente alterato il frammento per via della presenza del generico *damnum dare* e del più specifico *occidere* per definire la medesima fattispecie, oltre che per la mancanza dell'oggetto. Potrebbe essere sufficiente immaginare un taglio compilatorio che non ha alterato il contenuto del parere di Proculo.

⁹⁴ A me sembra che l'approccio del giurista sia volto a forzare l'interpretazione letterale del testo della legge, affrontando in questa prospettiva l'analisi del profilo causale e di quello soggettivo nelle due diverse condotte. Non aiuta pertanto a far emergere la *ratio* della soluzione né la distinzione tra causalità e colpevolezza, né la loro unitaria considerazione, se non nella prospettiva del loro concreto richiamo nella valutazione della corrispondenza al dettato aquiliano delle due condotte. Rinvia al pragmatismo della giurisprudenza romana VINCI 2022, p. 334 s.

verbo *occidere*, ovvero sia causare la morte secondo un nesso causale diretto⁹⁵, e sul termine *iniuria* a indicare il profilo soggettivo del danno. Rispetto alla condotta dei due soggetti coinvolti nel danneggiamento, il giurista ritiene che non si perfezioni la fattispecie prevista dal primo capitolo della legge né per l'uno né per l'altro – come sottolinea il ripetersi del *neque eum ... teneri* con cui si esclude la responsabilità sia di chi *impulit*, sia di chi *impulsus est*. Non per chi ha spinto perché la sua condotta non costituisce un *occidere*, essendo insufficiente a provocare la morte senza la mediazione del soggetto che materialmente ha ucciso il terzo. Neppure quest'ultimo però può essere considerato responsabile perché ha colpito senza voler colpire e, dunque, non può ravvisarsi nella sua condotta alcuna riprovevolezza.

Proculo, tuttavia, affidandosi all'estensione giurisprudenziale della responsabilità aquiliana oltre il nesso causale diretto (*occidere*), ammette la legittimazione passiva in capo a chi abbia ucciso in maniera mediata (*qui impulit*). Il giurista non resta rigidamente vincolato all'interpretazione letterale del testo normativo, ma segue l'orientamento che supera la causalità diretta⁹⁶, usando l'azione in fatto⁹⁷. Non è un caso che il parere di Proculo sia richiamato nella parte del commentario ulpiano dedicato all'interpretazione del termine *occidere* nel primo capitolo della legge Aquilia⁹⁸. Proculo non usa lo stesso criterio rispetto all'*iniuria*, nozione che resta saldamente ancorata alla soggettività della condotta e che lo porta dunque a escludere ogni responsabilità in chi è stato spinto⁹⁹. Una simile interpretazione porta a scartare la possibilità che l'impulso al quale fa riferimento Proculo sia da intendere come un'istigazione alla condotta lesiva, rispetto alla

⁹⁵ Cfr. sul punto CURSI 2002, p. 158 ss.

⁹⁶ Cfr. NÖRR 1986, p. 205; SCHIPANI 1969, p. 318 s., sulla responsabilità di chi *impulit*, nella cui condotta si ravvisano sia volontarietà che riprovevolezza.

⁹⁷ ALBANESE 1950, p. 106, parla di originaria *actio utilis* che sarebbe stata sostituita dai compilatori con il riferimento all'*actio in factum*.

⁹⁸ Fr. 614 Lenel.

⁹⁹ Cfr. SCHIPANI 1969, p. 318 s., circa l'impossibilità di rintracciare nella condotta di chi *impulsus est* volontarietà e riprovevolezza della condotta.

quale si richiederebbe quantomeno la consapevolezza della condotta lesiva. Dobbiamo dunque immaginare che un soggetto sia stato spinto materialmente e consapevolmente da un altro e, in conseguenza di tale colpo, abbia arrecato un danno a un terzo.

Diversamente da casi simili, nei quali, nonostante la produzione del danno coinvolga strumenti che mediano la condotta del danneggiante (ad es. un cane che, istigato, morda un passante), viene concessa l'azione aquiliana diretta¹⁰⁰, nel caso di specie la diversa soluzione, *actio in factum*, non può essere intesa in maniera dissonante¹⁰¹. Proculo, nel valutare il rispetto dei requisiti previsti dalla *lex Aquilia* ai fini della configurazione del danneggiamento, considera chiaramente distinta la condotta di chi spinge da quella di chi è spinto; il che rende impossibile ritenere quest'ultimo un mero strumento sotto il controllo del primo, spezzando così il nesso causale diretto che invece si conserva nel caso del cane, che resta uno strumento nelle mani dell'istigatore.

Come appare evidente, l'azione in fatto assume in questo contesto un significato completamente differente dal precedente, ponendosi in ogni caso in continuità con l'uso dell'a-

¹⁰⁰ ZILLOTTO 2000, p. 126 s., avvicina questa fattispecie a quella descritta in D. 9, 2, 11, 5, dove Ulpiano richiama il parere di Proculo, confrontato con quello di Giuliano, nel caso di un cane che, istigato da chi lo ha nella propria sfera di controllo, morda un passante. Mentre Proculo ritiene si debba concedere l'azione aquiliana diretta nei confronti di chi avrebbe dovuto controllare il cane, anche nell'ipotesi in cui il cane non fosse stato tenuto al guinzaglio; Giuliano distingue tra il caso del cane tenuto al guinzaglio e quello contrario. Solo nel primo caso prevede la concessione dell'azione diretta, nel secondo, invece, concede l'azione in fatto aquiliana. La studiosa sottolinea il contrasto tra la soluzione di Proculo in quest'ultimo frammento e quella contenuta nel passo che stiamo esaminando in testo (sulla medesima linea PIRO 2004, p. 141 s.). Proculo evidentemente non considera l'uomo che materialmente uccide al pari di un'arma nelle mani di altri, come il cane istigato ad azzannare (su cui di recente PIRO 2024, p. 353 s. e nt. 32, nel senso di ritenere il cane uno strumento del danneggiante, nell'indifferenza circa l'uso o meno del guinzaglio) o il *telum* lanciato (D. 9, 2, 52, 2).

¹⁰¹ PIRO 2004, p. 144, ipotizza l'imprevedibilità dell'esito lesivo, in assenza di massime di esperienza che invece giustificerebbero l'azione diretta.

zione che è emerso dalle testimonianze dei giuristi precedenti.

Conserva il medesimo contenuto il riferimento all'*actio in factum* in un altro parere di Proculo riprodotto nella *Collatio*, e richiamato in un passo di Ulpiano conservato nel Digesto:

Coll. 12, 7, 7, 8: Item libro VI ex Viviano relatum est: si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria teneris? Et ait <Proculus> agi non posse Aquilia lege, quia nec cum eo qui focum haberet: et ideo aequius putat in factum actionem dandam. Sed non proponit exustum parietem. Sane enim quaeri potest, si nondum mihi damnum dederis et ita ignem habeas, ut metuam ne mihi des, an aequum sit me actionem, id est in factum inpetrare? Fortassis enim de hoc senserit Proculus. Nisi quis dixerit damni non facti sufficere cautionem.

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 10: Si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria tenearis? et ait Proculus agi non posse, quia nec cum eo qui focum haberet: et ideo aequius puto in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit: sin autem nondum mihi damnum dederis, sed ita ignem habeas, ut metuam, ne mihi damnum des, damni infecti puto sufficere cautionem.

La questione riguarda un forno addossato a una parete comune e si chiede se il proprietario del forno sia tenuto a risarcire il *damnum iniuria datum*. Nella *Collatio* il quesito viene ricondotto a un'opera incerta di Viviano¹⁰², a differenza del Digesto, dove non è attribuito a un giurista in particolare. Nella versione del Digesto, Proculo è dell'avviso che non si possa agire con l'azione aquiliana, come nel caso di colui che abbia un focolare addossato a un muro comune. Nella versione della *Collatio*, lo stesso parere è da ricondurre a Proculo, in assenza di un riferimento espresso, probabilmente sulla base del confronto con la testimonianza del Digesto. L'alter-

¹⁰² Fr. 1 Lenel.

nativa all'azione diretta è l'*actio in factum*. In questo punto, il testo delle due fonti si differenzia¹⁰³: nella *Collatio* la preferenza per l'azione modellata sul fatto è attribuita a Proculo, perché continua la descrizione in terza persona del parere del giurista che prima aveva escluso l'azione diretta (*et ideo aequius [Proculus] putat in factum actionem dandam*). Nel Digesto, invece, la proposta dell'*actio in factum* discende dalla riflessione di Ulpiano (*et ideo aequius puto [Ulpianus] in factum actionem dandam*). Le due versioni continuano a divergere nel prosieguo: il parere riportato nel Digesto presenta un'articolazione logica più lineare rispetto a quella della *Collatio*. Seguiamo il Digesto: Ulpiano precisa che l'*actio in factum* è concessa se il muro è bruciato. Diversamente, qualora vi sia soltanto il rischio di danno derivante dallo svolgimento dell'attività del *furnus*, Ulpiano ritiene sufficiente ottenere la *cautio damni infecti*. Nella *Collatio*, invece, dopo il riferimento all'*actio in factum*, vi è un breve inciso in cui si introduce una distinzione rispetto al muro bruciato (*sed non proponit exustum parietem*). Il *sed* che apre la breve frase sembrerebbe opporre la soluzione dell'*actio in factum*, in cui il muro è bruciato, alla successiva ipotesi, in cui vi è il timore che il muro possa bruciare. Senonché, l'ipotesi della *cautio damni infecti* è una possibilità contemplata accanto all'azione in fatto, ricondotta dubitativamente al pensiero di Proculo. A meno che, si aggiunge in fine, qualcuno non ritenga sufficiente la *cautio damni infecti*.

La sconnesione della parte finale del testo della *Collatio* potrebbe far pensare a una versione più ampia, ma non per questo non genuina¹⁰⁴, rispetto a quella del Digesto in cui Ulpiano o i compilatori hanno sintetizzato il parere di Proculo in senso adesivo rispetto all'alternativa tra *actio in factum* e *cautio damni infecti*.

Tenendo conto della possibilità che Proculo si sia pronunciato a favore dell'*actio in factum*, soluzione poi confermata da Ulpiano, tentiamo di ricostruirne le motivazioni.

¹⁰³ Cfr. WATSON 1962, p. 209 ss., sullo stile della versione della *Collatio* e in generale sul rapporto tra le due versioni.

¹⁰⁴ WATSON 1962, p. 214.

Proculo, in un caso ricordato nelle *epistulae* e conservato nel Digesto dai compilatori giustinianei¹⁰⁵, affronta una questione simile con riferimento alle attività che il proprietario di una parete comune può lecitamente o illecitamente svolgere: tra le attività illecite è menzionato il passaggio di tubi per il riscaldamento, che, conducendo calore, possono bruciare il muro comune. Anche alla luce di questa testimonianza, non ci sono dubbi che l'attività esercitata sulla parete comune possa essere dannosa o, come nel caso esaminato, aver già prodotto un danno. Nondimeno, resta la perplessità sul rimedio da adottare qualora l'attività illecita causi un danno, visto che Proculo non ne fa menzione. Neppure dal confronto con il caso del focolare addossato alla parete comune, richiamato da Proculo per giustificare l'esclusione dell'azione diretta, si traggono indicazioni utili.

Non resta che ragionare sul tipo di danno prodotto dal fuoco del *furnus*. Pernice¹⁰⁶ ritiene che l'*actio in factum* sia da preferire perché il danno non è stato prodotto direttamente. Nel nostro caso, infatti, il danno sarebbe arrecato dal fuoco e non dalla condotta di chi ha materialmente acceso il fuoco. Trattandosi quindi di un danno *non corpore*, l'azione è *in factum*.

Questa lettura, che mi sembra condivisibile, è stata posta parzialmente in dubbio da Albanese¹⁰⁷, il quale ha introdotto nell'interpretazione del caso un nuovo elemento: egli ha ritenuto che la parete comune, configurando un caso di condominio plurimo integrale, richiedesse l'applicazione dell'*actio communi dividundo* con deduzione del danno. Non sarebbe, a suo avviso, esperibile tra condomini l'azione aquiliana, per

¹⁰⁵ Proc. 2 epist. D. 8, 2, 13 pr.: *quidam Hiberus nomine, qui habet post horrea mea insulam, balnearia fecit secundum parietem communem: non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem, sicuti ne parietem quidem suum per parietem communem: de tubulis eo amplius hoc iuris est, quod per eos flamma torretur paries: qua de re volo cum Hiberno loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit: nec Hiberum pro ea re dubitare puto, quod rem non permissam facit tubulos secundum communem parietem extruendo.*

¹⁰⁶ PERNICE 1867, p. 153.

¹⁰⁷ ALBANESE 1950, p. 34 s.

l'impossibilità di definire altrui una cosa parzialmente propria¹⁰⁸. A sostegno di questa lettura, Albanese¹⁰⁹ richiama diversi casi in cui rispetto a uno schiavo comune – sia esso autore dell'illecito (ipotesi non esattamente coincidente con quella in esame), sia esso oggetto del danneggiamento¹¹⁰ – era stata usata l'azione di divisione. In particolare, quest'ultimo rimedio viene richiamato da Alfeno rispetto al caso dello schiavo comune che si ferisce per colpa di uno dei due *domini*. L'assenza del riferimento all'*actio in factum*, nonostante il danno sia stato causato *non corpore*, quale effetto di un ordine o della persuasione del *dominus*, porta lo studioso a confermare la preferenza, in queste circostanze, per l'azione divisoria. Ciò nonostante, egli non esclude che il riferimento all'*actio in factum* nel frammento sulla parete comune possa essere genuino e rappresentare un'alternativa all'*actio communi dividundo*. Più precisamente, sostiene Albanese, l'*actio in factum legis Aquiliae* è concessa nei casi in cui il danno è collegato a un comportamento omissivo, oppure a un *facere* legittimo del responsabile¹¹¹. A dire la verità, è difficile ravvisare, nel caso della parete comune che viene arsa, il *facere* legittimo del condomino, considerato che Proculo qualifica, in un caso analogo, espressamente illecito il *facere* del proprietario di un muro comune che bruci la parete per il fatto di farvi passare tubi di acqua calda.

Pur non escludendo che possa essere usata l'azione divisoria nei casi sopra ricordati, nondimeno mi sembra preferibile seguire l'interpretazione secondo cui l'azione in fatto aquiliana viene usata perché il danno è il frutto di una condotta illecita mediata, *non corpore*, appunto.

¹⁰⁸ ALBANESE 1950, p. 40.

¹⁰⁹ Cfr. ALBANESE 1950, p. 36 ss.

¹¹⁰ ALBANESE 1950, p. 37 s. richiama un parere di Alf. 2 *dig.* D. 10, 3, 26, rispetto al danno sofferto da uno schiavo comune, mentre lavorava presso uno dei suoi *domini*. Si pose la questione di come l'altro padrone potesse agire nei confronti di quest'ultimo. Alfeno riconobbe la responsabilità del *dominus*, nell'ipotesi in cui lo schiavo avesse subito il danno più per negligenza che per caso, suggerendo di agire con l'azione di divisione della comunione per il risarcimento del danno.

¹¹¹ ALBANESE 1950, p. 43.

4.3. *Due riferimenti all'actio in factum nella giurisprudenza di Aristone?* – In un paio di frammenti, conservati nello stesso libro e titolo del Digesto in materia di *actiones in factum* (D. 19, 5), Aristone descrive due fattispecie nelle quali non ritiene di poter suggerire l'uso di *actiones legitimae/civiles*, ma propone di esperire appunto *actiones in factum*.

In entrambi i casi, il giurista non dice espressamente che l'azione in fatto è modellata su quella aquiliana. Tuttavia, il riferimento a ipotesi di danneggiamento e in un caso, il riferimento testuale, sia pure per escluderne l'applicazione, all'azione aquiliana nella valutazione delle azioni esperibili, portano a ritenere che l'*actio in factum* possa essere *ex lege Aquilia*.

Cominciamo da un frammento di Ulpiano nel quale si richiama il parere Aristone circa il danno patito dal proprietario di frutti che cadano dal proprio albero nel fondo del vicino, nel quale quest'ultimo fa pascolare il proprio gregge, distruggendoli:

Ulp. 41 *ad Sab.* D. 19, 5, 14, 3: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae¹¹² agi posse: in factum itaque erit agendum.

Contro la distruzione dei frutti (*glandes*)¹¹³ Aristone esclude che il proprietario possa agire con un'azione legittima, con ri-

¹¹² Sulla peculiare costruzione con *iniuria* al genitivo, anziché al tradizionale ablativo, rinvio a CURSI 2002, p. 140 nt. 171.

¹¹³ Non mi affiderei alla distinzione di Plinio tra *glandes*, frutti ricoperti di una crosta dura (Plin. *nat. hist.* 15, 112), e *poma*, frutti privi di crosta (Plin. *nat. hist.* 15, 95), per trarre la conclusione che l'azione suggerita da Aristone trovasse applicazione limitatamente alle *glandes*. Considerato il carattere casistico della testimonianza non ritengo se ne possa trarre una regola generale. Peraltro, il termine *glans* ha subito un'evoluzione semantica che dal significato di ghianda ha portato a ricomprendere quello di ogni frutto – accezione, quest'ultima, che appare verisimile sia quella usata da Aristone (rinvio a CURSI 2018, p. 623 ss.). Diversamente STOLFI 2001, p. 524, sul significato da attribuire al termine *glans*, da una parte, e *pecus*, dall'altra. L'a. ritiene che *pecus*, pur potendo avere una valenza generale, nel contesto in esame alluda

ferimento specifico a un'azione che deriva o da una norma delle XII tavole o dalla *lex Aquilia*. Non con l'*actio de pastu pecoris*, perché gli animali non stanno pascolando nel fondo altrui; non con l'*actio de pauperie*, l'azione prevista contro il danno causato dall'animale quadrupede; e infine non con l'*actio legis Aquiliae*¹¹⁴, il rimedio contro il danneggiamento delle cose, preferendo pensare a un'azione decretale concessa per il caso concreto¹¹⁵.

Nonostante il danno sia patito dal proprietario dei frutti, è il proprietario del gregge, ovvero sia il convenuto, a riferire in prima persona il parere di Aristone circa l'azione da usare. L'anomalia è forse da collegare a un intervento compilatorio di semplificazione del parere che, come ha ipotizzato Albanese¹¹⁶, doveva contenere anche un riferimento all'*actio furti*, vista la collocazione del frammento nel libro 41 del commento a Sabino riguardante appunto il furto. A ben vedere, anche i paragrafi del lungo frammento che precedono il nostro testo riguardano l'applicazione dell'*actio furti*, esaminata in rapporto all'*actio legis Aquiliae* a cui Sabino mostra tuttavia di preferire l'azione in fatto aquiliana.

Quest'ultimo elemento va tenuto presente anche nell'interpretazione del § in esame. Aristone ragiona per esclusione: l'*actio de pastu* non può essere usata perché gli animali, precisa il giurista, non pascolano nel fondo del vicino, ma nel proprio. L'*actio de pauperie* viene esclusa perché, si può presumere, il pascolo del gregge¹¹⁷ non configura un'attività contraria alla natura dell'animale che si limita a mangiare frutti, sia pure altrui. Neppure l'azione aquiliana può essere intesa perché si potrebbe presumere, con la maggior parte della dottrina, che il *damnum* non sia stato realizzato *corpore*¹¹⁸, ov-

alle capre in ragione del riferimento alle ghiande, quale mezzo di sostentamento identificato, sembrerebbe, con il frutto delle querce (*ibid.*, 521).

¹¹⁴ Cfr. CURSI 2002, p. 185 ss.

¹¹⁵ Circa i problemi di attribuzione ad Aristone del riferimento all'*agere in factum*, rinvio a STOLFI 2001, p. 527 s. nt. 181.

¹¹⁶ ALBANESE 1950, p. 77 s.

¹¹⁷ Cfr. FLINIAUX 1926, p. 281 s.

¹¹⁸ Cfr. STOLFI 2001, p. 525 s. nt. 171; 527 s. nt. 181, con riferimenti bibliografici.

verosia direttamente dal *dominus* degli animali. È a questo punto che Aristone suggerisce di esperire un'azione in fatto. Si potrebbe pensare all'*actio in factum* aquiliana, precisando però che essa, benché dipendente dall'azione diretta, non configuri la tutela legittima, derivante direttamente dal testo normativo, esclusa da Aristone all'inizio del frammento. Il motivo per cui l'azione aquiliana diretta non trova applicazione, ovvero l'assenza di un *damnum corpore datum*, può, specularmente, costituire il criterio per la concessione dell'*actio in factum*.

In effetti, gli animali possono essere considerati uno strumento di danneggiamento non diversamente dal cane che, istigato, morde un passante. Rispetto a quest'ultimo caso, i giuristi non hanno dubbi sulla responsabilità di colui che ha aizzato il cane a mordere; hanno invece perplessità sull'azione da intentare, se cioè aquiliana diretta o in fatto, distinguendo tra l'ipotesi in cui l'animale ha agito mentre era legato oppure slegato¹¹⁹. Il dubbio riguarda il materiale collegamento tra uomo e animale che si riflette sul controllo di quest'ultimo: un animale al guinzaglio è considerato una *longa manus* dell'uomo che risponde pertanto con l'azione aquiliana diretta; un animale libero ha un'autonomia di movimento che non ne configura l'agire come un'estensione della condotta umana che comporta dunque l'applicazione dell'*actio in factum*. Alla luce di questo confronto, mi sembra verisimile che anche nel caso in esame il danneggiamento degli animali non possa essere ricondotto direttamente al loro *dominus*, ma solo indirettamente tramite un'azione aquiliana in fatto.

Ciò nonostante, una diversa interpretazione circa il motivo che avrebbe spinto Aristone a preferire l'*actio in factum* è stata proposta da Albanese¹²⁰, il quale ha portato l'attenzione su un profilo della fattispecie, diverso dal nesso causale mediato, la cui assenza renderebbe impossibile l'applicazione dell'azione aquiliana diretta. Lo studioso ritiene che la consu-

¹¹⁹ Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 11, 5, richiamato *supra*, nt. 100 e *infra*, § 6.1.

¹²⁰ ALBANESE 1950, p. 80 s.

mazione dei frutti non configuri un'ipotesi di danno aquiliano in senso tecnico, in quanto la naturale destinazione della *res* sarebbe appunto la consumazione. Lo studioso richiama una testimonianza di Paolo¹²¹, in cui viene preferita l'*actio utilis*¹²² rispetto all'azione aquiliana diretta, qualora venga consumato vino o frumento altrui.

Seguendo sia la via del nesso causale mediato (*damnum non corpore*), sia quella della mancata distruzione della *res*, legata alla peculiare natura di cosa consumabile, si giunge dunque al medesimo risultato, ovvero sia l'impossibilità di usare l'azione aquiliana diretta, adattandone la struttura al caso concreto. Resta tuttavia aperta ancora una questione legata al profilo soggettivo che l'azione aquiliana, sebbene *in factum*, in ogni caso richiede. La testimonianza su questo punto non offre indicazioni certe né rispetto al dolo, né rispetto alla *culpa* del convenuto¹²³. Questa assenza di indicazioni come non può costituire un argomento ostativo alla concessione dell'azione aquiliana in fatto, allo stesso modo, non consente di escludere con certezza il riferimento di Aristone a un'azione decretale concessa per il caso concreto¹²⁴.

È ancora più difficile, a mio avviso, ravvisare un riferimento al danneggiamento aquiliano nell'*actio in factum* richiamata da Aristone in una testimonianza di Pomponio:

¹²¹ Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 2: *si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda actio est.*

¹²² Rinvio a *infra*, § 8, la questione circa la differenza tra l'*actio utilis* e l'*actio in factum* che troviamo nelle fonti a proposito dell'analogo caso.

¹²³ *E contrario* si veda *Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Plinio C. 3, 35, 6: de his, quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.* Sappiamo che, qualora il proprietario del fondo sul quale cadono i frutti del vicino abbia introdotto dolosamente il gregge affinché li mangiasse, è possibile agire con l'*actio ad exhibendum* (Ulp. 24 *ad ed.* D. 10, 4, 9, 1). Sul frammento e sulle questioni lasciate aperte cfr. da ultimo SANNA 2025, p. 466 ss.

¹²⁴ Mi sembra difficile da accogliere l'ulteriore possibilità interpretativa lasciata aperta da STOLFI 2001, p. 525 s. nt. 171; 527 s. nt. 181 (oltre all'*actio in factum legis Aquiliae*), che ravvisa nell'*agere in factum* un'azione pretoria con *intentio in factum concepta*. Innanzitutto, non abbiamo alcun elemento per stabilire se l'azione fosse pretoria o civile, in secondo luogo, non emergono indicazioni certe in favore del riferimento a una *formula in factum concepta*.

Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19, 5, 16, 1: Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.

Viene riportato il caso di Tizio che ha permesso a Caio di coltivare il proprio fondo e di portare via i frutti¹²⁵. Dopo la coltivazione del fondo, Tizio tuttavia non consente a Caio di portare via i frutti. A questo punto viene richiamato il parere di Aristone, il quale ritiene che non spetti alcuna azione di diritto civile e che si possa valutare se debba essere concessa un'azione in fatto: si potrà tuttavia agire con l'azione di dolo.

Nonostante sia richiamato espressamente il parere di Aristone, non è semplice definirne la portata. La costruzione grammaticale del passo porta a circoscrivere il parere del giurista al contenuto della proposizione oggettiva. Aristone, dunque, dopo aver escluso l'esperibilità di azioni civili, con una formulazione dubitativa (*deliberari posse*) introduce la possibilità dell'*actio in factum*. Nella frase successiva in cui si richiama l'*actio de dolo*, che non è una proposizione oggettiva, siamo legittimati a ritenere che Pomponio non stia riproducendo il parere di Aristone. Possiamo ipotizzare che l'idea di usare l'*actio de dolo* sia di Pomponio¹²⁶ che risolve il dubbio di Aristone rispetto alla possibilità dell'*actio in factum*, ritenendo esperibile senz'altro l'azione di dolo.

La scarsità di particolari sulla natura dell'*actio in factum* non ci aiuta a definirne l'eventuale modello di riferimento. Sicuramente Caio ha subito un danno dal comportamento di Tizio: un danno che non si sostanzia nella distruzione di un bene, ma nell'impossibilità di incrementare il proprio patri-

¹²⁵ Rinvio a ROMANO 2021, p. 261 s., circa l'assenza di bilateralità del rapporto descritto dal giurista, basato sul semplice permesso di una parte a fare qualcosa che avvantaggia esclusivamente l'altra, quale causa della mancata applicazione dell'*actio civilis incerti*. L'a. lascia aperta la possibilità che all'affermazione del giurista seguisse una più approfondita analisi delle diverse azioni non esperibili e che tra esse figurasse anche l'*actio civilis incerti* (*ibid.*, 267).

¹²⁶ Così anche ROMANO 2021, p. 263 s. e nt. 357.

monio con i frutti della coltivazione del fondo altrui. Un danno simile, ma non identico, a quello che si verifica nelle ipotesi di dispersione di un bene proprio, nei casi di applicazione dell'*actio in factum legis Aquiliae*. C'è però un problema: Aristone aveva escluso il ricorso all'azione civile. L'*actio in factum* aquiliana è verisimilmente un'azione civile. Sarebbe forse preferibile pensare a un'azione in fatto diversa da quella aquiliana, concessa per il caso concreto. È per questo che la soluzione di Pomponio di optare per l'*actio de dolo* non sorprende: di fronte all'incertezza sulla concessione dell'azione decretale, come emerge chiaramente dal dubbio di Aristone, Pomponio fa ricorso all'azione di dolo. Indubbiamente, la condotta del proprietario del fondo è fraudolenta e ha provocato un danno al terzo cui è stato permesso di coltivare il fondo altrui, avendo sostenuto le spese della coltivazione, senza poter poi percepire i frutti.

5. *Ancora una conferma sull'ambito di applicazione dell'actio in factum nella riflessione dei giuristi del II secolo d.C.*

5.1. *L'actio in factum per ipotesi di nesso causale mediato nei pareri di Nerazio.* – Abbiamo già trovato citata l'opinione di Nerazio in un frammento di Ulpiano¹²⁷ con riguardo al *mortis causam praestare* come condotta tipica dell'*actio in factum*. La medesima opinione viene testimoniata anche nel seguente frammento:

Ner. 1 *membr.* D. 9, 2, 53: *Boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.*

Il giurista riporta il caso di chi ha radunato i buoi altrui in un luogo così angusto che gli animali sono precipitati. Per risarcire il danno viene concessa nei confronti del danneggiante l'azione in fatto sull'esempio dell'azione aquiliana.

La dottrina¹²⁸ ha confrontato questa testimonianza con le

¹²⁷ Cfr. *supra*, § 3.1, Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 9, 2.

¹²⁸ Cfr. NÖRR 1986, p. 132.

due attestazioni di Gaio¹²⁹ sulla medesima fattispecie (o a essa molto vicina), con la differenza, tuttavia, che il giurista antoniniano prevede l'azione utile e non in fatto. Pernice¹³⁰ aveva rilevato la sostanziale fungibilità delle due azioni, sostenendo che proprio Gaio avrebbe offerto la base dogmatica della sistematica giustiniana, definendo il perimetro dell'*actio utilis* come un'azione che entra in gioco nelle ipotesi di un nesso causale mediato. Diversamente Albanese ravvisa nella diversa scelta dei due giuristi un'effettiva differenza nella causazione del danno: mentre Gaio avrebbe evidenziato la continuità tra l'azione del responsabile e l'evento dannoso («... o agitando un drappo rosso precipita nel burrone un armento»¹³¹), per Nerazio la conseguenza dannosa del precipitare l'armento sarebbe considerata un'eventualità accessoria, non direttamente connessa all'azione del responsabile, come si ricaverebbe sia dall'*effectum est*, sia dal *deicerentur* che ha come soggetto gli animali¹³². Senonché, nell'ultimo caso, l'eventualità accessoria

¹²⁹ Cfr. Gai. 3, 219 e più specificamente Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47, 2, 51: *nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.*

¹³⁰ PERNICE 1867, p. 145 ss.

¹³¹ ALBANESE 1950, p. 71.

¹³² ALBANESE 1950, p. 71, avvicina la fattispecie di Nerazio a quella di Celso in Coll. 12, 7, 5, nella quale si concede l'*actio in factum* contro chi avesse causato involontariamente un incendio nel fondo del vicino (su cui *infra*, § 5.2), arrivando a ipotizzare un taglio compilatorio della parte in cui Nerazio avrebbe spiegato che i buoi sarebbero precipitati non principalmente, ma perché avvenne che precipitassero. Per CORBINO 2007, p. 24 nt. 72, la fattispecie descritta da Nerazio non consisterebbe nella perdita degli animali perché precipitati a seguito della costruzione nel luogo angusto, bensì nell'allontanamento, senza distruzione materiale, dei buoi dal luogo angusto, con l'effetto di rendere disagevoli e dispendiose le manovre del deflusso. Sebbene originale, l'ipotesi mi lascia perplessa: a prescindere dal significato del verbo *deicere*, diverso da quello più comunemente usato, riesce difficile ricostruire la dinamica del fatto e il relativo rapporto tra condotta lesiva e danno. L'a. immagina che gli animali siano spinti in un luogo tanto angusto da essere poi allontanati. Il problema è che non vi è traccia di un danno se non immaginando, ma senza alcun riscontro nel testo, maggiori costi derivanti dalla più complessa operazione di allontanamento perché il luogo è angusto. Mi sembra pertanto che sia da seguire l'interpretazione tradizionale: i buoi vengono ammassati in un luogo tanto angusto che alcuni di questi precipitano, con un ovvio danno per il loro proprietario. In questo senso anche PIRO 2004, p. 144 ss.

dell'esito letale dell'azione del danneggiante non incide, a mio avviso, sulla causazione del danno, bensì sulla prevedibilità delle conseguenze dannose dell'azione. Forse chi ha radunato i buoi in uno spazio angusto non aveva previsto la possibilità di una caduta degli animali, ma questo non significa che non si possa tracciare un rapporto di causalità tra la condotta e l'evento: significa solo negligenza nella condotta¹³³. In conseguenza, a me sembra che non sia possibile distinguere tra fattispecie in cui viene concessa l'*actio in factum* o l'*actio utilis* in virtù del diverso atteggiarsi del nesso causale: le fattispecie paiono piuttosto accomunate dal fatto che il danneggiante non ha verificato diligentemente le conseguenze della propria condotta, prodromica al danno, offrendone appunto la causa¹³⁴. L'unica certezza è che il danno non è stato realizzato direttamente da chi ha stipato gli animali nello spazio angusto: lo attesta sia l'*effectum est*, sia il *deicerentur* come conseguenza della condotta che ha come soggetto gli animali¹³⁵. In questa prospettiva, resta da risolvere il problema del perché vengano usate due azioni distinte, *actio in factum* e *actio utilis* per la medesima fattispecie. Questa criticità potrà essere affrontata solo all'esito dell'analisi dei pareri di Gaio¹³⁶.

5.2. *L'actio in factum usata per le due tradizionali ipotesi di applicazione nella casistica di Celso.* – I pareri resi da Celso riguardano per lo più la distinzione tra nesso causale diretto o mediato nella produzione del danno, in funzione dell'applicazione dell'azione aquiliana diretta o dell'*actio in factum*.

Cominciamo da un frammento di Ulpiano in cui è riportata l'opinione di Celso:

¹³³ A dire il vero, neppure rispetto all'altro termine del confronto, ovvero la fattispecie descritta da Gaio, è semplice comprendere il riferimento alla continuità tra azione ed evento lesivo segnalata da Albanese. Cfr. *infra*, § 7.

¹³⁴ Anche PIRO 2004, p. 146 s., non accoglie l'ipotesi di Albanese e porta l'attenzione sul profilo soggettivo della responsabilità.

¹³⁵ Lo evidenzia bene PIRO 2004, p. 146, con riferimento a elementi ulteriori rispetto al radunare gli animali che hanno concorso al perimento degli animali.

¹³⁶ Cfr. *infra*, § 7.

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 7, 6-8: Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum. 7. Sed si quis de ponte aliquem praecipitavit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit aut continuo submersus est aut lassatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo inlisset. 8. Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.

Ulpiano, in un'ampia testimonianza sull'interpretazione del lemma *occidere*, presente nel testo del primo capitolo della legge Aquilia, richiama, tra gli altri, il parere di Celso che distingue, ai fini dell'individuazione del rimedio più adeguato, tra l'uso del verbo *occidere* che rinvia all'azione aquiliana diretta, e quello dell'espressione *mortis causam praestare* che invece richiede l'azione in fatto, usando probabilmente per primo tale ultima formulazione¹³⁷. Il criterio della distinzione emerge attraverso l'esemplificazione casistica¹³⁸: colui che ha dato veleno in luogo di una medicina ha fornito l'occasione della morte, analogamente a chi abbia dato una spada a chi è fuori di sé. Se tuttavia, proseguono gli esempi, qualcuno abbia fatto precipitare qualcun altro da un ponte, il giurista ri-

¹³⁷ Cfr. NÖRR 1986, p. 169 ss., che collega la formulazione *mortis causam praestare* alla permeabilità celsina alle influenze retoriche, oltre a richiamare il testo della *lex Cornelia de sicariis*, con riferimento in maniera particolare al *venenum conficere, dare* (Marc. 14 *inst.* D. 48, 8, 1, 1: ... *qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit* ...). Cfr. anche MACCORMACK 1975, p. 21 sulla novità di Celso rispetto ai giuristi precedenti.

¹³⁸ Sulla differenza tra la prospettiva normativistica di Ulpiano, legata all'interpretazione lemmatica della *lex Aquilia*, e quella di Celso, attenta ai casi concreti di danneggiamento esaminati nei *libri responsorum* e *quaestionum*, in linea con la concezione dello *ius* come *ars*, cfr. CERAMI 1985, p. 121 ss. Già SCHIPANI 1969, p. 323 s., sulla casistica di Celso che distingue il caso generale del veleno da quello «di probabile origine nelle scuole retoriche» del pazzo a cui viene data la spada.

tiene che il danneggiante sia tenuto con l'azione aquiliana diretta, sia che la vittima sia morta sul colpo, oppure annegata, o vinta dalla violenza del fiume, al pari di colui che abbia spinto un giovane schiavo contro un masso. Ulpiano richiama infine un parere di Proculo, il quale ritiene applicabile l'azione aquiliana, o l'azione di locazione, qualora un medico abbia operato senza perizia uno schiavo arrecandogli un danno.

Il parere di Celso si pone in linea con la giurisprudenza precedente, come dimostra, da una parte, l'espreso richiamo al parere di Proculo, dall'altra la distinzione già elaborata da Labeone¹³⁹, sulla base di una casistica parzialmente identica a quella richiamata nel lungo frammento ulpiano che contiene il punto di vista di Celso¹⁴⁰. Labeone, come si ricorderà, aveva affrontato la questione della morte di una donna a seguito dell'assunzione di una medicina, distinguendo, ai fini dell'azione da adottare, tra la diretta somministrazione della medicina da parte del danneggiante, sanzionata dall'azione aquiliana diretta, e l'offerta del farmaco alla vittima affinché la stessa la assumesse, che invece richiede l'*actio in factum*.

Diversamente dal giurista augusteo, Celso non sottolinea la differenza nella modalità di assunzione della medicina, ma si limita a usare il verbo *dare*¹⁴¹ – lo stesso che Labeone aveva usato nell'ipotesi di applicazione dell'*actio in factum*, rimettendo alla vittima la diretta assunzione del farmaco dato appunto dall'ostetrica, e non immediatamente somministrato da quest'ultima. Celso, invece, sottolinea la sostituzione del veleno alla medicina, creando un contesto che consente all'interprete di avvicinare il caso a quello affrontato da Labeone. Può aiutare a gettare luce su questa fattispecie l'esempio successivo, assimilato alla prima tramite il *quemadmodum*,

¹³⁹ In Ulp. 18 *ad ed. D.* 9, 2, 9 pr., su cui *supra*, § 3.1.

¹⁴⁰ Una simile continuità non lascia emergere dubbi sulla genuinità del frammento, rispetto alla concessione dell'*actio in factum* aquiliana. Diversamente ALBANESE 1950, p. 108, ss., ritiene che i compilatori giustinianeî abbiano sostituito all'originaria *actio utilis*, il riferimento all'*actio in factum*.

¹⁴¹ ZILLOTTO 2000, p. 152, ritiene certa la portata dell'espressione *dare venenum pro medicamento* nel senso dell'offerta del veleno e non della sua diretta somministrazione da parte del danneggiante.

in cui si afferma che chi fornisce a un pazzo una spada non lo uccide direttamente, ma gli offre una possibile occasione di morte. Sia la spada sia il veleno sono strumenti potenzialmente letali per chi li riceve: la pericolosità si lega, nel primo caso, all'incapacità del soggetto che la riceve; nel secondo, invece, all'errore, voluto o meno, dell'ostetrica (o di chi per lei¹⁴²) che induce la vittima ad assumere il farmaco letale. I due esempi non hanno la medesima complessità: il caso dell'ostetrica è evidentemente più dibattuto, tant'è che Celso ne propone una spiegazione attraverso l'assimilazione alla fattispecie dell'incapace, di più semplice interpretazione.

Il criterio del *mortis causam praestare* si specifica e *contrario* attraverso il confronto con il caso descritto nel § 7, relativo alla morte causata da chi abbia spinto qualcuno nel fiume. Celso non attribuisce particolare rilevanza alle diverse modalità in cui sopraggiunge la morte: sul colpo, per annegamento immediato, o perché la vittima è vinta dalla violenza del fiume. Nonostante siano innegabili le differenze tra le tre forme di morte – immediate le prime due a differenza della terza¹⁴³ –, e sebbene in tutte vi sia una mediazione tra la spinta e l'esito mortale – nel primo caso il colpo subito a causa della caduta, nel secondo l'annegamento, nel terzo la *vis fluminis* che sovrasta lo schiavo¹⁴⁴ –, Celso le considera in maniera unitaria, riconducendo la responsabilità del danno alla spinta iniziale, senza lasciare spazio a eventuali ulteriori concause. Proprio la specificazione delle diverse modalità della morte e la soluzione che tutte le accomuna, mi porta a

¹⁴² GENOVESE 2016, p. 362 s., ritiene che Celso si riferisca senz'altro a un'ostetrica, sia pure richiamata da un pronome determinativo che tuttavia non esclude in rinvio a una figura professionale.

¹⁴³ Come evidenziato da VINCI 2022, p. 338 s. Anche se Vinci ritiene che, mentre nelle prime due ipotesi la morte giunge immediatamente a seguito della spinta, senza che si potessero insinuare ulteriori concause, nella terza ipotesi la distanza tra la spinta e la morte è dilatata, tanto da far sembrare la spinta dal ponte la causa 'occasionale' e non 'efficiente' della morte.

¹⁴⁴ Come giustamente sottolineato da PIRO 2004, p. 108 ss., a parere della quale anche il riferimento alla *vis fluminis*, anziché indebolire il nesso causale certo, ne sottolineerebbe il rigore, escludendo dal circuito causale il possibile concorso di ulteriori eventi esterni.

ritenere che l'unico elemento rilevante sia il contatto diretto tra danneggiante e danneggiato che si realizza nella spinta¹⁴⁵. Come nei casi precedenti di applicazione dell'*actio in factum*¹⁴⁶, manca l'enunciazione del principio alla base dell'adozione dell'*actio directa* che si chiarisce solo attraverso l'equipa-

¹⁴⁵ Così VALDITARA 2005, p. 22, che porta l'attenzione sull'azione materiale violenta del *corpus* che utilizza l'acqua del fiume come strumento fatale, non diversamente dal masso sul quale viene spinto lo schiavo e VINCI 2022, p. 339 ss. Diversamente, PIRO 2004, p. 111 ss. e nt. 214, considera riduttiva questa giustificazione relativa alla concessione dell'azione aquiliana diretta, in quanto l'esempio finale avrebbe spiegato soltanto la prima fattispecie e non le altre. Soltanto intendendo il principio causale sganciato dal rapporto di continuità fisica sarebbe possibile ricomprendere tutte le fattispecie. Secondo la studiosa, quando «il *damnum* è in ogni caso e con certezza imputabile all'autore della spinta, l'*actio legis Aquiliae* va concessa». La ricostruzione viene ribadita da PIRO 2024, p. 332 ss., spec. 344, individuando «nell'accertamento di una diretta riconducibilità dell'evento dannoso alla condotta iniziale, non offuscata dalla presenza di fatti capaci di deviarne la riferibilità» la chiave di lettura dell'applicazione dell'azione diretta aquiliana. Il fondamento di questa smaterializzazione della riconducibilità dell'evento alla condotta andrebbe rintracciato in alcune testimonianze nelle quali l'azione diretta viene richiamata in assenza della fisicità della condotta. A dire il vero, il quadro delle fonti mi sembra piuttosto articolato: se emerge in molte testimonianze il profilo materiale della condotta per giustificare l'azione diretta (basti pensare alla teorizzazione di Labeone sopra richiamata, o all'altrettanto esplicito riferimento di Gaio al criterio del danno causato *corpore*), è pur vero che in altre l'uso dell'azione diretta sembra prescindere dal criterio del contatto fisico. Uno sguardo alla casistica lascia emergere la costruzione dell'ambito di applicazione dell'azione diretta dalla composizione di prospettive differenti: si veda il *vehementius agere* in Q. Mucio in D. 9, 2, 39 pr. e il *iumentum tam vehementer agere* di Gai. 3, 219, condotte simili ma alla base nel primo caso di un'azione diretta e nel secondo dell'*actio in factum*; o anche la differente posizione di Proculo e Giuliano, riportata da Ulpiano in D. 9, 2, 11, 5, rispetto alla rilevanza, nel sanzionare il danno causato da un cane che viene indotto a mordere, dell'essere o meno tenuto al guinzaglio nell'adozione dell'azione diretta o *in factum*. Oppure l'irrilevanza del profilo materiale in una testimonianza di Mela in D. 9, 2, 27, 34, ove un mulo, turbato da un colpo o da uno spavento, causa un danno a sé stesso e a uno schiavo. Il responsabile del colpo o dello spavento viene convenuto con l'azione aquiliana diretta per entrambi i danni. Un simile quadro porta dunque a riconoscere nella riconducibilità diretta della condotta lesiva all'evento il criterio generale di applicazione dell'azione aquiliana, nel profilo corporale il criterio speciale isolato dalla giurisprudenza che ne fa un uso diffuso e tendenzialmente coerente.

¹⁴⁶ Cfr. § 6 del frammento.

razione (*quemadmodum*)¹⁴⁷ con il caso successivo del giovane schiavo spinto contro un masso¹⁴⁸. Come nell'ipotesi dell'incapace a cui viene data la spada, il caso dello schiavo lanciato contro il masso appare di più immediata interpretazione rispetto alla fattispecie dello schiavo spinto dal ponte, illuminando il caso dubbio. In entrambi, dunque, vi è un colpo, un contatto diretto tra agente e vittima, nella causazione del danno¹⁴⁹. Ragionando *a contrario*, nel caso di applicazione dell'*actio in factum* ciò che manca è proprio questo contatto diretto¹⁵⁰.

Per usare la terminologia gaiana¹⁵¹, solo il danno realizzato *corpore*, attraverso cioè un contatto immediato tra danneggiante e danneggiato nella causazione dell'evento lesivo, giustifica l'uso dell'azione aquiliana, la sua assenza, al contrario, giustifica l'azione in fatto, idonea a sanzionare il danno non *corpore*¹⁵².

Si è sostenuto che la distinzione celsina non avrebbe lo stesso fondamento di quella gaiana: al contrario, mentre l'*occidere* implicherebbe un agire *necandi causa*, sostanzialmente doloso, il *mortis causam praestare* sarebbe ascrivibile al danneg-

¹⁴⁷ Cfr. MACCORMACK 1982, p. 255 s.

¹⁴⁸ Cfr. MACCORMACK 1975, p. 17; ID. 1982, p. 260.

¹⁴⁹ Non mi sembra rilevante, ai fini della soluzione, l'osservazione che nel caso della precipitazione la forza che provoca l'evento è quella di gravità, nello scontro con il masso la forza propulsiva è quella dell'agente, come suggerito da VINCI 2022, p. 336 nt. 31.

¹⁵⁰ Cfr. ZILLOTTO 2000, p. 50 ss.; GRÖSCHLER 2002, p. 23 nt. 30; PIRO 2004, p. 160 ss.

¹⁵¹ Gai. 3, 219, su cui *infra*, § 7.

¹⁵² PIRO 2004, p. 165, definisce la distinzione celsina «una tappa fondamentale nel percorso di ricerca ermeneutica intrapreso dai giuristi, che culminerà nella più sintetica ed omnicomprendensiva formulazione del principio del *damnum corpore suo dare*, segmento finale della elaborazione giurisprudenziale sul principio causale». CORBINO 2007, p. 28 ss., ritiene che nel nostro caso l'evento non solo non sia effetto del comportamento diretto del danneggiante, ma sarebbe indiretto anche perché avrebbe colpito una cosa diversa da quella sulla quale si dirigeva l'azione. L'a. precisa che nei casi in cui è accordata l'*actio in factum*, il danno arrecato non solo non può dirsi arrecato *corpore*, «ma non può dirsi nemmeno che abbia riguardato il *corpus* che era oggetto dell'azione compiuta». Sulla criticità di una simile ipotesi, cfr. § 3.2, nt. 31.

giante sotto il profilo della colpa¹⁵³. Le condotte che esemplificano l'*occidere* sarebbero espressione «di una condotta oggettivamente idonea ed intenzionalmente finalizzata a provocare la morte»¹⁵⁴ e viceversa le ipotesi addotte come esempi del *mortis causam praestare* verrebbero presentate dal giurista come condotte colpose – come si ricaverebbe dal fatto che il *venenum darei*, in quanto si traduca in un consegnare e non in un somministrare, sarebbe indice di un comportamento colposo¹⁵⁵. A me non sembra che la differenza instaurata da Celso tra *occidere* e *mortis causam praestare* sia fondata sul profilo soggettivo. Se esaminiamo gli esempi, gli unici elementi di valutazione in nostro possesso, quanto ai casi di *occidere*, il giurista non specifica se la condotta che consiste nello spingere qualcuno da un ponte o nello sbatterlo contro un masso sia volontaria o colposa. Si preoccupa piuttosto, nel primo esempio, di eliminare ogni dubbio circa la rilevanza della spinta ai fini della concessione dell'azione diretta, chiarendo che la modalità della morte successiva alla spinta è invece irrilevante. Quanto agli esempi di *mortis causam praestare*, non è dato trarre indicazioni sulla colpevolezza dell'agire né di chi consegna il veleno al posto della medicina, né di chi offra una spada a un soggetto incapace. Né mi sembra orientare nel senso della colpevolezza il fatto che il veleno sia stato consegnato e non somministrato. Credo, dunque, sia preferibile pensare alla differente configurazione del nesso causale, mediato o immediato, quale chiave di lettura della distinzione celsina.

La medesima logica si può rintracciare anche in un'altra testimonianza contenuta nella *Collatio*, che riproduce un lungo testo di Ulpiano nel quale viene riportato il parere di Celso:

Coll. 12, 7, 1-6 (Ulp. 18 *ad ed.*, *sub titulo si fatebitur iniuria occisum esse in simplum et cum diceret*): Item si insulam meam adusseris vel incenderis, Aquiliae actionem

¹⁵³ CERAMI 1985, p. 159 ss.

¹⁵⁴ CERAMI 1985, p. 162.

¹⁵⁵ CERAMI 1985, p. 162.

habebo, idemque est, et si arbustum meum vel villam meam. 2. Quod si dolo quis insulam exusserit, etiam capitis poena plectitur, quasi incendiarius. 3. Item si quis insulam voluerit exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur lege vicino etiam, non minus inquilinis ob res eorum exustas, et ita Labeo libro XV responsorum refert. 4. Sed si stipulam in agro tuo incenderis ignisque evagatus ad praedium vicini pervenerit et illud exusserit, Aquilia lex locum habeat an in factum actio sit, fuit quaestio. 5. Sed plerisque Aquilia lex locum habere non videtur, et ita Celsus libro XXXVII digestorum scribit. Ait enim 'si stipulam incendit ignis effugit, Aquilia lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit'. 6. Cuius sententia et rescripto divi Severi comprobata est in haec verba: 'profitere propter ignem, qui pabuli gratia factus culpa servorum Veturiae Astiliae evagatus agrum tuum, ut proponis, depopulatus est, ad exemplum legis Aquiliae noxali iudicio actura: si litis aestimatio permittitur, iudicium consistere potest'. Videlicet non est visa Aquilia sufficere.

La discussione ruota intorno all'incendio di un edificio. Nel primo paragrafo è prevista l'azione aquiliana contro chi abbia bruciato e incendiato un edificio a più piani, una villa o un albero altrui. Si aggiunge poi che se l'incendio fosse stato doloso sarebbe stata prevista anche la pena capitale. Segue la casistica: qualora il fuoco fosse stato appiccato con l'intenzione di incendiare un'*insula* e si fosse poi propagato anche all'*insula* del vicino, il danneggiante sarebbe stato tenuto con l'azione aquiliana nei confronti del proprietario della prima *insula* e della seconda alla quale l'incendio si era esteso. Se fossero andate distrutte anche cose appartenenti agli inquilini dell'edificio, il danneggiante avrebbe risposto anche per quei danni, secondo il parere di Labeone. Subito dopo viene esposto un caso apparentemente simile con soluzione dubbia rispetto all'azione da adottare: se il fuoco, appiccato da qualcuno per bruciare le stoppie nel proprio fondo, si fosse pro-

pagato nel fondo del vicino bruciandolo, si era dibattuto se si dovesse usare l'azione aquiliana o quella *in factum*. L'opinione maggioritaria escludeva l'azione aquiliana, come si evince dal parere di Celso conservato nei suoi *digesta*¹⁵⁶ e che viene riportato testualmente da Ulpiano: se il fuoco di chi stava incendiando le stoppie del proprio giardino si fosse propagato, incendiando il fondo del vicino, non si sarebbe potuto agire con l'azione aquiliana ma con quella *in factum*, perché chi ha appiccato il fuoco nel proprio fondo non compie l'attività del bruciare in via principale, ma mentre faceva altro (*sed dum alium egit*), oververosia una pratica agricola, il fuoco ha cominciato a propagarsi. Questa soluzione si trova confermata in un rescritto di Severo, nel quale si precisa che se il fuoco si era esteso a causa della negligenza degli schiavi, pur essendo stato acceso per scopi agricoli, si agirà con l'azione in fatto con possibilità di consegna nossale.

La dottrina ha proposto diverse interpretazioni della distinzione celsina. Albanese¹⁵⁷ ha ritenuto che l'*aliud facere* di chi appicca il fuoco per bruciare le stoppie nel proprio fondo costituisca un *non facere* rispetto all'eventuale responsabile, senza rientrare nella nozione di danno aquiliano. Senonché – prosegue il maestro palermitano – in considerazione della colpa dell'agente, il fuoco, propagandosi, avrebbe prodotto un danno che solo l'*actio in factum*, con una latitudine di applicazione più ampia dell'azione diretta e di quella *utilis*¹⁵⁸, avrebbe potuto riparare¹⁵⁹. Anche Schipani interpreta l'*aliud facere* come un'attività diversa dall'*urere* nel senso richiesto dalla legge Aquilia, anche se poi «la sensibilità alle esigenze concrete porta a riconoscere ugualmente la responsabilità»¹⁶⁰. Il confronto con il riferimento al caso del rescritto del *divus Severus* illuminerebbe il profilo soggettivo della fattispecie cel-

¹⁵⁶ Fr. 623 Lenel.

¹⁵⁷ ALBANESE 1950, p. 25 ss.

¹⁵⁸ ALBANESE 1950, p. 27, ritiene che l'*actio utilis* sanzioni il *damnum non corpore*.

¹⁵⁹ ALBANESE 1950, p. 27. CORBINO 2007, p. 14, insiste sulla genuinità del riferimento all'*actio in factum* come rimedio distinto dall'*actio utilis* nel testo, escludendo che essa sia frutto di escogitazione compilatoria.

¹⁶⁰ SCHIPANI 1969, p. 336.

sina nel senso della negligenza dell'agente il quale, pur avendo realizzato un'attività lecita nel proprio fondo, non sarebbe stato sufficientemente accorto rispetto alla propagazione del fuoco nel fondo del vicino, al punto da arrecargli un danno del quale è chiamato a rispondere¹⁶¹.

Sviluppa quest'ultimo profilo Cerami, il quale si sofferma sulla locuzione *non principaliter exurere*, ravvisandovi una responsabilità per colpa dell'agente¹⁶². La negligenza di chi ha bruciato le stoppie nel proprio fondo comporterebbe il risarcimento del danno attraverso l'azione in fatto che, secondo Cerami¹⁶³, non sarebbe giustificata dalla condotta omissiva ravvisata da Albanese, bensì dall'assenza degli elementi tipici dell'*urere* aquiliano, come sostenuto da Schipani¹⁶⁴. Insiste sulla mancanza della causalità diretta, instaurando un parallelismo con il *causam mortis praestare*, Ziliotto la quale lascia da parte la valutazione del comportamento del responsabile sotto il profilo soggettivo¹⁶⁵.

Come si vede, per spiegare la distinzione tra azione diretta, *utilis* e *in factum*, gli studiosi hanno portato l'attenzione principalmente sulla configurazione del nesso causale, a cui qualcuno ha collegato anche la rilevanza del criterio soggettivo. Per comprendere il ruolo di questi due elementi nella fattispecie celsina, mi sembra necessaria una rilettura generale della testimonianza.

La prima cosa che emerge chiaramente dalla casistica è la distinzione tra l'appiccare il fuoco a una *res* altrui (*a*) e a una *res* propria (*b*). In entrambi i casi viene poi esaminata la possibilità che l'incendio si propaghi alla *res* di un terzo (*a*₁ e *b*₁). Gli effetti sono ovviamente diversi: *a*) nel primo caso si applicherà l'azione aquiliana diretta¹⁶⁶, accanto alla sanzione criminale, la *poena capitis*, per la condotta dolosa; *a*₁) qualora

¹⁶¹ SCHIPANI 1969, p. 338 ss.

¹⁶² CERAMI 1985, p. 151 s.

¹⁶³ CERAMI 1985, p. 153.

¹⁶⁴ Cfr. *supra*, nt. 160 s.

¹⁶⁵ ZILIOOTTO 2000, p. 161 ss., spec. 170.

¹⁶⁶ Cfr. anche Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 7: *item si arbustum meum vel vilam meam incenderit, Aquiliae actionem habeo.*

l'incendio si propaghi a beni del vicino, si continuerà a usare l'azione diretta e la soluzione risulta avvalorata da un parere di Labeone.

Rispetto al caso *sub a₁*), diversamente dalla fattispecie principale, non è specificato che la *res*, un' *insula* nella specie, appartenga a un soggetto diverso dall'agente¹⁶⁷ (*item si quis insulam voluerit exurere ...*). L'assenza dell'aggettivo possessivo può essere interpretata in due sensi: ritenere che l'edificio incendiato non sia altrui, ma di chi abbia appiccato il fuoco¹⁶⁸; oppure pensare che il possessivo sia caduto in una versione meno accurata¹⁶⁹ del testo di Ulpiano a confronto con quella conservata nel Digesto¹⁷⁰ ove l'aggettivo possessivo, invece, affianca il sostantivo *insula*. A me sembra che la comparazione tra le due versioni possa offrire un elemento testuale che pesa a favore della caduta del possessivo, così da ritenere altrui l' *insula* incendiata. Questa ipotesi mi sembra trovare una conferma anche nella simmetria della trattazione casistica sottolineata dall'uso del *sed* oppositivo con cui si apre la seconda parte della testimonianza dedicata all'esame dell'incendio di una *res* propria.

¹⁶⁷ Mentre nel § 1, l' *insula* è *mea*, nel § 3 si trova solo *insula*.

¹⁶⁸ CANNATA 1971, p. 73 e nt. 20, ritiene irrilevante ai fini della soluzione la titolarità dell' *insula* bruciata per prima. *Contra* ZILLOTTO 2000, p. 165 s., la quale oppone che il redattore della *Collatio*, se la casa incendiata per prima fosse stata della stessa persona che aveva acceso il fuoco, avrebbe posto l'accento su tale circostanza, specificandolo. Si sofferma poi sulla connessione tramite l' *item* nella parte precedente del passo, richiamando adesivamente l'ipotesi di SCHIPANI 1969, p. 200 nt. 1, il quale ritiene che l'aggettivo possessivo fosse assente nel testo di Ulpiano, propendendo per l'aggiunta da parte dei compilatori nella versione conservata nel Digesto, per evitare equivoci dovuti al taglio dei §§ 4-6. Cannata, a dire il vero, parla di irrilevanza della titolarità, portando il discorso su un piano generale. A me sembra tuttavia che, nel prosieguo della testimonianza, l'incendio volontario sul proprio fondo di stoppie, edifici, etc. porti, nell'ipotesi della propagazione del fuoco, a un rimedio processuale diverso da quello adottato in caso di incendio volontario di *res* nel fondo altrui, propagatosi al fondo vicino. Come si vede, dunque, la titolarità della casa incendiata per prima non è affatto irrilevante.

¹⁶⁹ In questo senso WATSON 1962, p. 224; ARANGIO-RUIZ 1965, p. 7.

¹⁷⁰ Ulp. 18 *ad ed. D.* 9, 2, 27, 8: *si quis insulam voluerit meam exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur etiam vicino: non minus etiam inquilinis tenebitur ob res eorum exustas.*

Mentre l'uso dell'azione aquiliana diretta non richiede giustificazioni nel caso dell'incendio dell'*insula* altrui, è necessario per Ulpiano ricorrere all'autorità di Labeone per sostenere l'applicazione della stessa azione in caso di propagazione dell'incendio all'*insula* vicina. In effetti, in questa circostanza la diffusione dell'incendio dalla sua sede principale potrebbe portare a preferire l'*actio in factum* in assenza di un nesso causale diretto. Per giustificare il riferimento all'azione diretta, una parte della dottrina ha puntato sul profilo soggettivo, ovvero sia il dolo iniziale, chiamato a colmare l'assenza del nesso causale immediato tra azione ed evento non voluto¹⁷¹. Per sostenere una simile lettura, Nörr si ispira a un caso affrontato nelle scuole di retorica, riportato da Seneca il vecchio¹⁷², sull'incendio di un albero che si propaga nella casa vicina. La regola di riferimento è la seguente: *qui sciens damnum dederit, quadruplum solvat, qui inscius, simplum*. Essa non sembra trovare corrispondenza in alcuna legge romana¹⁷³, ma nella discussione retorica su di essa vengono modellate le opposte ragioni del danneggiato e del danneggiante, che lasciano emergere, anche sul piano sociale, un ulteriore motivo di contrapposizione per essere il primo un povero, il secondo un ricco. Il ricco ha incendiato l'albero che si trovava sul fondo del vicino povero perché gli ostacolava la vista. Il fuoco però si era propagato anche alla casa del povero, distruggendola. Mentre per l'albero il ricco è disposto a pagare il quadruplo, per la casa egli ritiene di non dover superare il *simplum*, perché non ha agito con dolo. Il povero, dal canto suo, si difende puntando sull'unicità dell'intento doloso sia per l'albero sia per la casa, visto che l'albero è considerato *pars do-*

¹⁷¹ G. MACCORMACK 1982, p. 274 ss.; NÖRR 1986, p. 162 s. Quest'ultimo studioso tiene in considerazione anche una diversa ricostruzione che giustifica l'azione diretta per l'assenza di cause esterne tra azione ed evento. Il profilo soggettivo è sicuramente rilevante nella configurazione della fattispecie aquiliana, tant'è che l'azione diretta e, non c'è motivo di ritenere diversamente, anche quella in fatto vengono concesse solo in presenza di *dolus* o *culpa*, ciò tuttavia non esclude la pari rilevanza di altri fattori, come il nesso causale, sul quale va concentrata l'attenzione nella concessione dell'*actio in factum*.

¹⁷² Sen. *contr.* 5, 5.

¹⁷³ NÖRR 1986, p. 163 e nt. 13, parla di un miscuglio di norme diverse.

mus, trovandosi all'interno della casa¹⁷⁴. L'argomento per conservare il dolo quale criterio soggettivo della condotta risiede dunque nella considerazione unitaria delle *res* bruciate.

In realtà, il caso di propagazione dell'incendio dall'albero alla casa è solo parzialmente analogo a quello esaminato nella *Collatio*, ove l'incendio passa da un'*insula* a un'altra, perché la prima *insula* non può essere considerata, come l'albero nell'esempio retorico, parte della (seconda) casa a cui l'incendio si è esteso. Questa differenza si amplifica evidenziando un'ulteriore distinzione¹⁷⁵. La trattazione della *controversia* del re-tore si concentra sul profilo soggettivo ai fini della quantificazione del risarcimento del danno. Nella testimonianza ulpiana, al contrario, l'attenzione è portata sull'adeguatezza del rimedio processuale, azione aquiliana o *in factum*. Il profilo soggettivo, il dolo, viene esplicitato nel momento iniziale dell'incendio della prima *insula* e non ulteriormente specificato, anche in considerazione del fatto che, ai fini del risarcimento aquiliano, non rileva se l'incendio della seconda *insula* sia stato causato con dolo o con colpa.

Piuttosto, a me sembra che sia il rapporto di causalità a orientare la scelta dell'azione, come emerge dal confronto con il prosieguo della casistica nella quale si affrontano le ipotesi *sub b* e *b₁*).

Va detto preliminarmente che la fattispecie principale (*b*), l'incendio di stoppie nel proprio fondo, non rileva ai fini del danneggiamento, essendo un atto lecito, tant'è che Ulpiano prende in esame soltanto il caso della propagazione dell'incendio al fondo del vicino (*b₁*). Quest'ultima ipotesi ha dato luogo a un dibattito giurisprudenziale circa l'uso dell'azione, aquiliana¹⁷⁶ o *in factum*. La maggior parte dei giuristi si era

¹⁷⁴ E così 'etiamsi partem damni dare nolueris, si tamen volueris partem, in totum, quasi prudens dederis, tenendus es; ex toto enim noluisse debet qui imprudentia defenditur'.

¹⁷⁵ NÖRR 1986, p. 163, ravvisando una vicinanza tra i due casi, ritiene che se si usasse l'argomento della *controversia* per spiegare la decisione di Laboneo, essa poggierebbe sul dolo e sull'immediatezza dell'*urere*. Sul punto cfr. *infra*, in testo.

¹⁷⁶ ZILLOTTO 2000, p. 170 ss., ritiene che un frammento di Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 3 offra la testimonianza della diversa soluzione, overosia del-

orientata nel senso dell'*actio in factum* e, per giustificare questa posizione, Ulpiano riporta il parere di Celso. Il cuore dell'argomentazione sta nella distinzione tra appiccare il fuoco *principaliter* e tenere una condotta diversa (*aliud*), quale causa della propagazione del fuoco (*quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit*).

Nörr porta giustamente l'attenzione sull'uso dell'avverbio *principaliter*, segnalando la novità del significato attribuitogli da Celso¹⁷⁷ nel senso, oggi per noi comune, di 'principalmente'¹⁷⁸, rispetto al significato 'in maniera degna di un principe' attestato in precedenza. Lo studioso ha ipotizzato che l'espressione fosse un grecismo: essa sarebbe l'equivalente greco di *προηγούμεως*, nel significato appunto di 'principal-

l'applicazione dell'azione aquiliana diretta, al caso discusso di bruciatura delle stoppie. Il passo è il seguente: Paul. 22 *ad ed. D. 9, 2, 30, 3: in hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa puniuntur: ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut negligentia id accidit. nam si die ventoso id fecit, culpa reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur): in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa*. Il giurista distingue, nell'ipotesi dell'incendio propagatosi dal proprio fondo a quello altrui, se vi sia stata *imperitia* o *negligentia* di chi abbia acceso il fuoco con la previsione della relativa sanzione aquiliana, oppure sia assente qualsiasi *culpa* e si possa riconoscere in una *subita vis venti* la causa del danno al vicino, escludendo qualsiasi risarcimento. La studiosa, aderendo all'ipotesi avanzata da NÖRR 1986, p. 178, legge nel riferimento iniziale all'azione che nasce dal terzo capitolo della legge il richiamo all'azione aquiliana diretta, ritenendo così che Paolo riportasse l'opinione minoritaria in materia di incendio propagatosi a seguito di una normale pratica agraria. A ben vedere, però, il paragrafo precedente del lungo frammento di Paolo (fr. 366 Lenel) si chiude sull'azione utile aquiliana, nell'ipotesi di consumo di vino o frumento altrui. Il § 3 si apre con *in hac quoque actione*. A me sembra che non si possa escludere che Paolo alludesse proprio all'azione utile e non a quella diretta nel trattare il caso della bruciatura delle stoppie. Vedremo più avanti il significato del riferimento all'azione utile e non in fatto (cfr. *infra*, § 8): quel che emerge, tuttavia, è la possibilità che Paolo non stesse facendo riferimento all'azione diretta. Seguendo questa lettura, avrebbe un senso la precisazione: *nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur*, in linea con il *mortis causam praestare*, altrimenti inutile rispetto all'applicazione dell'azione diretta.

¹⁷⁷ WATSON 1962, p. 213, ritiene che la spiegazione, all'indicativo e non all'infinito, sia di Ulpiano e non di Celso.

¹⁷⁸ Cfr. NÖRR 1986, p. 171 ss.

mente', che Celso avrebbe reso in latino attribuendogli uno specifico significato causale, ispirato alla filosofia aristotelica e che avrebbe trovato il suo primo impiego in Teofrasto¹⁷⁹. E dunque, rispetto alla testimonianza celsina, appare assai verisimile che l'azione diretta venga usata soltanto quando l'agire del danneggiante è *causa principalis* dell'incendio nel fondo altrui, mentre l'*actio in factum* sia usata qualora l'incendio derivi da una *causa per accidens*, quando cioè, bruciando le stoppie nel proprio fondo il fuoco si sia propagato su quello altrui, trasformando una pratica agricola lecita in un incendio, un *aliud* rispetto alla condotta iniziale.

Non c'è dubbio che la motivazione di Celso porti l'attenzione sul profilo causale, lasciando in ombra quello psicologico che dobbiamo ritenere presupposto quanto meno per l'applicazione dell'azione in fatto aquiliana¹⁸⁰. Il profilo soggettivo della colpa, del resto, emerge chiaramente nel rescritto del *divus Severus* riportato da Ulpiano a conferma della soluzione celsina relativa all'*actio in factum*. Il caso è analogo: il fuoco acceso per esigenze agricole, per colpa degli schiavi si propaga e distrugge il fondo altrui. La colpevolezza degli schiavi consente al *dominus* convenuto in giudizio di scegliere se risarcire o consegnare a nozza i colpevoli, come emerge dalle parole del rescritto.

¹⁷⁹ NÖRR 1986, p. 175.

¹⁸⁰ Rispetto alla responsabilità per colpa, cfr. *supra*, nt. 176, la testimonianza di Paolo. Sul rilievo del profilo soggettivo nel frammento cfr. SCHIPANI 1969, p. 362 ss.; ZILLOTTO 2000, p. 173, la quale sottolinea come il parere di Paolo evidenzi «il risolversi di problemi di causalità attraverso l'indagine della colpevolezza». A me sembra che Paolo, in questa testimonianza, porti l'attenzione sul profilo soggettivo del danno, non occupandosi del tipo di azione da adottare. I profili sono indubbiamente connessi, anche se va distinta l'indagine sui requisiti per la configurazione del danno aquiliano, tra cui la colpa o il dolo, da quella dell'azione da usare nel caso specifico, impostata sul rapporto causale. Se l'incendio si è propagato fortuitamente, non essendo configurabile, per mancanza della colpa dell'agente, un danno aquiliano, non si porrà la questione del tipo di rimedio. Sulla base della medesima logica, Celso, nel discutere del rimedio da adottare, nel caso dell'incendio propagatosi dalla bruciatura delle stoppie nel proprio fondo, dà per presupposta l'esistenza della colpa, come confermato dal rescritto del *divus Severus*, in assenza della quale sarebbe stata inutile qualunque discussione relativa all'azione.

Dal confronto dei due casi si desume che la configurazione della fattispecie celsina presupponga, ai fini della responsabilità aquiliana, sia nesso causale che profilo soggettivo, ma il giurista sceglie di concentrare l'attenzione sulla componente causale. Quest'attenzione si riflette sulla scelta del rimedio da adottare, ovvero sia l'*actio in factum* in luogo di quella diretta. Ponendosi in linea con alcune ipotesi di applicazione dell'*actio in factum*, attestate dalla giurisprudenza precedente per casi in cui il danno si realizza con nesso causale mediato¹⁸¹, Celso conferma, con la sua teorizzazione della causa principale del fatto lesivo contrapposta a quella ulteriore, il criterio distintivo tra azione aquiliana diretta e azione in fatto.

Usando il criterio celsino, diviene comprensibile anche la soluzione dell'azione diretta nei casi di incendio doloso di un bene altrui. Essa si fonda sull'unità dell'atto di incendiare che conserva l'immediatezza del nesso causale: si dà per presupposto che appiccare il fuoco volontariamente a un'*insula* altrui non snaturi il suo carattere di *causa principalis* anche se il fuoco si propaghi altrove arrecando ulteriori danni di cui si è necessariamente responsabili.

Proseguendo nella disamina della casistica riconducibile a Celso, possiamo notare come l'uso dell'*actio in factum* non riguardi soltanto fattispecie in cui il nesso causale tra condotta ed evento sia mediato, ma anche ipotesi di danno in assenza della distruzione materiale della *res*. In un frammento di Ulpiano viene espressamente richiamato il parere di Celso rispetto all'interpretazione del verbo *rumpere*, presente nel testo del terzo capitolo della legge:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 14: Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam domini posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit,

¹⁸¹ Cfr. ad es. Lab.-Ner-Ofil. in Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 1, 9 pr.; Lab. in Ulp. 56 *ad ed.* D. 47, 8, 2, 20; Proc. in Coll. 12, 7, 7, 8; Proc. in Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 7, 3.

cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.

Celso pone la questione se il *dominus* o, se il fondo è locato, il colono possano agire solo con l'interdetto *quod vi aut clam*, o anche con l'*actio in factum legis Aquiliae* – sempre che si dia garanzia, nel caso del colono, che il *dominus* non agirà per ottenere il di più –, contro chi inquinì le messi altrui, mischiando loglio o avena. Il ricorso all'azione *in factum* trova giustificazione nel tipo di danno¹⁸²: altro è il corrumpere e il mutare qualcosa¹⁸³ – tipico della condotta tutelata con la legge Aquilia – altro il mischiare qualcosa a una *res*, senza che ne muti la sostanza, rendendone però difficile l'individuazione¹⁸⁴.

In quest'ultimo caso, non solo siamo di fronte a un tipo di danno meramente patrimoniale¹⁸⁵ – il pregiudizio infatti, come specifica Ulpiano, non si sostanzia né nella distruzione

¹⁸² Per la genuinità del riferimento all'*actio in factum*, cfr. ALBANESE 1950, p. 63.

¹⁸³ Celso dà per scontata l'estensione di significato di *rumpere* in *corrumpere*, verbo quest'ultimo di cui precisa la portata *per differentiam* attraverso il caso oggetto del parere. Cfr. anche Ulp. 18 *ad ed. D. 9, 2, 27, 15: cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiavit, agi posse Aquilia Celsus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur*, per la definizione del *corrumpere* in termini positivi attraverso un esempio concreto.

¹⁸⁴ La precisazione, probabilmente di Ulpiano, si pone in linea con quanto il giurista scrive in un frammento conservato in D. 9, 2, 27, 20, esaminando una fattispecie analoga, consistente nella confusione di frumento a sabbia o altro, con l'effetto di renderne difficile la separazione, così da causare un danno che può essere risarcito agendo *quasi de corrupto*, ovvero sia con un'azione in fatto aquiliana (Ulp. 18 *ad ed. D. 9, 2, 27, 20: item si quis frumento harenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit*). Rispetto al frammento in esame, MACCORMACK 1973, p. 344, ritiene che il danno non sia da identificare soltanto con la difficoltà di separazione, ma anche nella più difficile crescita delle messi con l'aggiunta di loglio o avena.

¹⁸⁵ Il danno, in questo caso, doveva intendersi come «un evidente dispendio di tempo e di energia», come sottolinea CERAMI 1985, p. 130.

né nella corruzione della cosa¹⁸⁶ –, ma, rispetto al colono, il pregiudizio patrimoniale che lo stesso ha risentito riguarda il credito che egli vanta in ragione del rapporto di locazione¹⁸⁷.

Ancora di recente, quest'ultima interpretazione è stata posta in discussione¹⁸⁸ sulla base del fatto che la fattispecie concreta riportata nel frammento riguarderebbe non le messi da raccogliere, ma le messi già tagliate. In questo caso, i frutti separati dal suolo apparterranno al colono, se già *percepti*, al *dominus*, se non lo sono ancora. E così, la prospettazione della duplice possibilità di esperire l'azione, sia da parte del *colonus*, che del *dominus*, rifletterebe rigidamente l'alternativa proprietaria sottostante.

Ora, prescindendo dalla considerazione che la valenza del termine *seges* nelle fonti giuridiche non è limitata al raccolto, ma risulta comprensiva anche del significato di messe ancora radicata al suolo¹⁸⁹, e riflettendo, poi, sul fatto che i requisiti della tutela interdittale (interdetto *quod vi aut clam*), accordata alternativamente all'azione aquiliana, presuppongono generalmente un danno al suolo o a *opera in solo*¹⁹⁰, a me sembra preferibile l'opinione tradizionale che ravvisa nella fattispecie un danno arrecato alla messe radicata al suolo e, dun-

¹⁸⁶ Il riferimento al *corrumper*, quale attività che avrebbe giustificato l'esperimento dell'azione aquiliana, è già frutto dell'estensione giurisprudenziale – che Ulpiano (Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 13) fa risalire ai *veteres* – dell'originario valore dei *verba legis*: nel nostro caso *rumpere* contenuto nel terzo *caput* della legge Aquilia.

¹⁸⁷ Il frammento è richiamato da BUSNELLI 1964, p. VIII nt. 13, tra quelli che testimonierebbero un'apertura della tutela aquiliana dal diritto di proprietà ai diritti di credito; così anche VALDITARA 2004, p. 206.

¹⁸⁸ Da CORBINO 2005, p. 162, anche se la tesi non è nuova: cfr. *infra*, nt. 191.

¹⁸⁹ Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 25; Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 3; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 15, 2; Iul. 7 *dig.* D. 22, 1, 25, 1; Ulp. 81 *ad ed.* D. 39, 2, 24, 9.

¹⁹⁰ Cfr. in questo senso, CAPOGROSSI COLOGNESI 1996, p. 82 ss., che insegue l'esegesi del frammento all'interno di una coerente ricostruzione della vicenda interpretativa delle ipotesi di applicazione dell'*interdictum quod vi aut clam*. Del resto, questo è anche l'argomento usato dalla Glossa per ritenere che la messe sia ancora radicata al suolo: gl. *segetem* ad D. 9, 2, 27, 14: «seminando. alias si iam collectis fructibus, cessat interdictum».

que, un danno al diritto di credito vantato dal conduttore¹⁹¹. L'ipotesi che ravvisa nelle messi tagliate l'oggetto della condotta lesiva si scontra infatti anche con un altro dato offerto dalla fonte: l'impegno del colono a che *amplius non agri*¹⁹², al fine di evitare l'ulteriore iniziativa del proprietario, testimonia evidentemente la libertà di quest'ultimo di agire, indipendentemente dalla rigida ripartizione della legittimazione attiva sulla base di logiche proprietarie che si vorrebbero rigorosamente distinte.

Ma ancora di più mi spinge in quest'ultima direzione una considerazione di carattere generale: ovvero sia il rapporto obbligatorio tra *dominus* e colono disciplinato dal contratto di locazione¹⁹³. È, infatti, a tutela dell'*uti frui* che vanta il con-

¹⁹¹ La diversa conclusione di DI PORTO 1988, p. 495 ss. e nt. 117, per il quale Celso applicherebbe senz'altro l'interdetto e l'*actio in factum* a un'ipotesi di confusione del frumento già raccolto, non mi sembra convincente. L'a., infatti, ritiene che seminare loglio e avena nel fondo provocherebbe un danno ben diverso e maggiore, risultando quantitativamente compromesso il raccolto e danneggiata la *bonitas agri*, da non potersi semplicemente ricondurre alla *molesta separatio*. A me pare che una simile interpretazione non tenga in adeguata considerazione l'angolo visuale dal quale Ulpiano guarda alla problematica discussa nel frammento. Il criterio che porta a distinguere tra *corruptio* e *mutatio* della *res* cui si lega l'applicazione dell'*actio* aquiliana da una parte, e *molesta separatio* tutelata dall'*a. in factum* dall'altra, passa per una differenza qualitativa: la presenza o l'assenza della materiale corruzione della cosa. Si può dare *molesta separatio*, dunque, sia nell'ipotesi di una confusione delle *segetes* non ancora raccolte – a nulla rilevando in senso contrario né l'ipotizzata compromissione del raccolto in termini quantitativi, né l'indimostrato danno alla *bonitas agri* – sia nell'ipotesi in cui il frumento sia stato confuso dopo il raccolto.

¹⁹² MACCORMACK 1973, p. 348, ipotizza che il colono agisse con l'*actio in factum* per conto del proprietario, sulla base di un contratto di mandato (*contra* TELLEGEN-COUPERUS 1995, p. 423). CORBINO 2007, p. 34 s. nt. 90, pensa che la *cautio* chiesta al colono non sia relativa all'eventuale azione in fatto esercitata dal *dominus* concorrente con quella del colono, quanto all'eventuale esperimento dell'*interdictum* da parte del colono. La testimonianza, tuttavia, esplicitando che il *dominus* non sarebbe intervenuto con ulteriori richieste, mi pare deponga nel senso dell'interpretazione della *cautio* proposta in testo.

¹⁹³ Così FERRINI 1891 (1930), p. 210 ss., anche se poi conclude per l'interpolazione della parte relativa alla concessione dell'*actio in factum* al colono, sulla base della considerazione che l'azione aquiliana non poteva arrivare a prevedere la tutela di un rapporto obbligatorio.

duttore nei confronti del *dominus*¹⁹⁴, a prescindere dal fatto che le messi siano state raccolte o meno, che viene concessa l'*actio in factum*, sulla base delle caratteristiche concrete del danno¹⁹⁵.

Va aggiunto inoltre che, nel caso del colono, l'*actio in factum* si giustifica non solo in relazione alla natura del danno, ma anche in rapporto all'estensione della legittimazione attiva a soggetti diversi dal proprietario. La dottrina ha già dimostrato che il fenomeno è attestato con sicurezza in età severiana, più controversa invece è l'adozione del rimedio per consentire di liquidare l'*id quod interest actoris* a un soggetto diverso dal *dominus* in età precedente¹⁹⁶.

6. *Le premesse del cambiamento: la codificazione dell'editto e i suoi effetti.*

Dall'esame delle testimonianze della giurisprudenza dall'età tardo-repubblicana sino al II secolo d.C. è emerso con chiarezza che l'unico strumento usato dai giuristi per estendere l'azione aquiliana diretta al danno causato in assenza di un nesso causale diretto (non *corpore* ma *corpori*) e al danno da dispersione di *res* (né *corpore* né *corpori*) sia l'*actio in factum*. Da rimedio concesso in forma decretale, l'azione viene inserita nell'editto nel corso del II secolo d.C. In questo lasso di tempo, non compare mai nella casistica giurisprudenziale il riferimento all'*actio utilis*.

¹⁹⁴ Per il sinallagma '*merces-uti frui*' come schema obbligatorio 'tipico' della locazione, rinvio a FIORI 1999, p. 291 ss.

¹⁹⁵ Per una lettura della fattispecie come un'applicazione della tutela aquiliana in assenza di un diritto di proprietà si veda anche PERNICE 1867, p. 207.

¹⁹⁶ Cfr. VALDITARA 1992, p. 480 nt. 598, 483, 485 ss., il quale ritiene che «il ricorso alla figura del danno indiretto, protetto con *actiones in factum*, fosse dettata ... dalla inidoneità della *aestimatio* aquiliana a liquidare l'*id quod interest actoris*». *Contra* di recente, ERNST 2024, p. 35 ss., spec. 40 ss., il quale esclude che il colono possa usare l'*actio in factum* aquiliana, ravvisando un intervento compilatorio nel testo in esame rispetto all'*eam* che, secondo lo studioso, non si riferirebbe all'azione in fatto ma alla tarda *actionem utilem ex interdici causa*. Sul punto rinvio a *infra*, § 8.

6.1. *La riflessione di Giuliano in linea con le soluzioni precedenti.* – Giuliano richiama sia l'*actio in factum*, seguendo le logiche elaborate dalla giurisprudenza precedente, sia l'*actio utilis*, usata secondo i canoni generali di estensione dell'azione diretta a casi vicini. Vediamo nel dettaglio la casistica: in una testimonianza di Ulpiano, tratta dal libro diciottesimo del commentario all'editto, si esamina un caso di responsabilità aquiliana per il danno derivante dal morso di un cane, incitato ad attaccare:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 11, 5: Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit Aquiliae actionem esse: sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum.

Nei confronti di chi abbia incitato un cane a mordere, Proculo ritiene che si possa agire con l'azione aquiliana, anche se il cane non era tenuto al guinzaglio. Giuliano invece pensa si debba procedere con l'*actio ex lege Aquilia* solo nel caso in cui il cane fosse tenuto e spinto a mordere; qualora invece non fosse legato si dovrà agire *in factum*¹⁹⁷.

Premessa logica all'applicazione della tutela aquiliana è l'esclusione della responsabilità del *dominus* per la *pauperies* dell'animale domestico¹⁹⁸, visto che è stato l'intervento di un terzo a provocare la naturale reazione dell'animale, rendendolo uno strumento nelle mani di chi lo ha istigato. Rispetto alla tutela aquiliana, Ulpiano porta l'attenzione su problemi di causalità per individuare il tipo di rimedio che meglio si attagli alla fattispecie. Il giurista severiano riporta le opinioni discordanti di Proculo, favorevole a usare sempre l'azione diretta, e di Giuliano che invece distingue tra l'ipotesi in cui il

¹⁹⁷ MACQUERON 1971, p. 149, ritiene che l'*actio* fosse indicata nel testo originario come *utilis* e che l'*actio in factum* sia stata introdotta dai compilatori. Più in generale sul pesante rimaneggiamento compilatorio del frammento si veda *ibid.*, 148-149; ALBANESE 1950, p. 125-127; GIANGRIECO PESSI 1995, p. 73-75.

¹⁹⁸ Cfr. CURSI 2015, p. 363 ss. ed EAD. 2018, p. 607 ss.

cane sia condotto dall'uomo e il caso in cui sia sfuggito alla presa di chi lo teneva.

Per comprendere la differente prospettiva interpretativa, è stato giustamente messo in evidenza che mentre Proculo, nel considerare applicabile l'azione diretta, ragionava sulla scia della tradizione che aveva concesso l'azione a casi simili, evidenziando l'incapacità del soggetto di trattenere l'impeto dell'animale e ritenendolo perciò immediatamente responsabile; Giuliano, al contrario, sarebbe stato guidato dalla teoria del contatto fisico, ravvisabile solo nell'ipotesi del cane tenuto al guinzaglio¹⁹⁹. Nel caso contrario il giurista adrianeo ricorre all'*actio in factum* in maniera assolutamente coerente con l'applicazione dell'azione in casi di nesso causale mediato, che in questa fattispecie comporta l'impossibilità di controllare appieno il cane del cui danno si è considerati responsabili.

La seconda testimonianza della giurisprudenza di Giuliano in materia di danno aquiliano riguarda l'*actio utilis*. A dire il vero, le testimonianze relative all'azione utile sono due, anche se in una il richiamo è incerto. Si tratta di un frammento, appartenente al commentario all'editto di Ulpiano, ove il giurista severiano richiama un parere di Giuliano, senza indicarne il contenuto e che solo indirettamente è ricollegabile all'azione utile:

Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 11, 9-10: Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam competere. an fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.

¹⁹⁹ Cfr. NÖRR, 1986, p. 144-145, teoria ripresa da ZILLOTTO 2000, p. 103, 124-127, che richiama l'attenzione sul graduale irrigidimento interpretativo dei *verba legis* alla base della soluzione di Giuliano, al quale tra l'altro si deve la nozione più ristretta di *occidere* come *causam mortis praebere vi et quasi manu*. Recentemente PIRO 2004, p. 100-103, 133 e PIRO 2024, p. 353 s. nt. 32, ha tentato di sfumare l'opposizione interpretativa legando la diversità di opinioni alla differente valutazione della possibilità di riferire in maniera certa l'evento al danneggiante: la possibilità di ascrivere a fatti ulteriori rispetto all'incitamento del cane la responsabilità del danno potrebbe indurre a ritenere incrinata la riferibilità certa dell'evento dannoso all'autore del danno. Rinvio *supra*, nt. 145.

Giuliano sostiene che la persona a cui sono stati dati in comodato i vestiti non possa agire con l'azione aquiliana, qualora siano stati strappati, visto che l'azione spetta esclusivamente al proprietario. Il giurista affronta poi la questione della legittimazione attiva all'azione aquiliana dell'usufruttuario o dell'usuuario. Non conosciamo l'esito della riflessione di Giuliano, ma Ulpiano ritiene che in queste circostanze sia meglio concedere un'azione utile.

Dal testo del frammento appare verisimile immaginare un intervento²⁰⁰, forse un taglio compilatorio, che ha eliminato l'opinione di Giuliano. Per ricostruirla, la dottrina ha tentato di ricavare indizi dall'*et ego puto melius* con cui Ulpiano si inserisce nel dibattito, ipotizzando che Giuliano non avesse previsto l'azione utile²⁰¹, preferita invece dal giurista severiano²⁰². Non sono tuttavia mancati coloro che hanno letto nel modo di esprimersi di Ulpiano un'adesione all'opinione già avanzata da Giuliano in favore dell'*actio utilis*²⁰³. L'unico elemento che a mio avviso può pesare, sia pure in maniera non decisiva,

²⁰⁰ Cfr. ALBANESE 1950, p. 237 ss., spec. 253, il quale ritiene che, nonostante la vasta rielaborazione compilatoria, il frammento si deve ritenere sostanzialmente genuino; ILIFFE 1965, p. 327; VALDITARA 1992, p. 448 s.

²⁰¹ Cfr. VALDITARA 1992, p. 449 e nt. 497, per la coincidenza tra *actio utilis* e *utile iudicium*.

²⁰² Cfr. ALBANESE 1950, p. 238 ss., ritiene che siano ipotizzabili tre opinioni di Giuliano: la concessione dell'azione aquiliana diretta, la sua negazione, l'esclusione dell'*actio utilis*. Ritiene preferibile pensare all'azione diretta esaminando la giurisprudenza di Giuliano a proposito dell'estensione della legittimazione attiva all'usufruttuario della *vindicatio servitutis* o dell'*operis novi nuntiatio*. VALIÑO 1973, p. 85 s. e nt. 127, segue Albanese, nel ritenere che Giuliano possa aver concesso un'azione aquiliana diretta, sebbene non escluda neppure l'azione utile, richiamando la teoria di ILIFFE 1965, p. 330 s. Anche VALDITARA 1992, p. 448 ss., esclude la concessione dell'azione utile, ma diversamente da Albanese non ritiene che Giuliano avesse fatto ricorso all'azione diretta, dando una lettura diversa alle ipotesi di estensione della legittimazione attiva all'usufruttuario nella *vindicatio servitutis* o nell'*operis novi nuntiatio* (*ibid.*, 458 ss.). Sulla base di un'analisi più ampia, lo studioso, *ibid.*, 517 s., ritiene che la mancata concessione delle azioni utili sia da spiegare in relazione al cambiamento del criterio di stima che avrebbe consentito per la prima volta in età severiana di prescindere dalla liquidazione del *pretium rei* e di calcolare direttamente ed esclusivamente l'interesse dell'attore.

²⁰³ Cfr. ILIFFE 1965, p. 330 s.; SELB 1982, p. 319.

sulla ricostruzione dell'opinione di Giuliano è effettivamente il *melius* usato da Ulpiano che sembra orientare nel senso di escludere la previsione dell'*actio utilis* da parte di Giuliano²⁰⁴. Se così è, il passo non può essere usato quale attestazione del ricorso di Giuliano all'*actio utilis* in un caso di danno aquiliano. Più affidabile è sicuramente un frammento, tratto anch'esso dal commentario all'editto di Ulpiano, in cui l'opinione del giurista adrianeo è espressamente riportata:

Ulp. 23 *ad ed.* D. 5, 1, 18, 1: Si filius familias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. nam et Iuliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater exspectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit ...

Il caso riguarda un'ipotesi di estensione della legittimazione attiva all'azione aquiliana (oltre che all'*actio furti*) in favore del *filius familias* contro l'illecito dallo stesso subito, qualora il padre o chi possa agire in suo nome non sia in grado di intentare prontamente l'azione. Il parere di Giuliano viene ricordato in rapporto a un caso specifico, quello del figlio che sia partito per un'ambasceria o per altre occupazioni che lo tengono lontano da casa e dunque dal *pater*. Per evitare che il figlio possa subire un danno dall'inattività o dal ritardato esercizio dell'azione da parte del *pater*, Giuliano ritiene di poter estendere la legittimazione attiva al figlio²⁰⁵. L'azione utile in questo caso è conforme alla logica generale di estensione del-

²⁰⁴ Ancora più difficile è stabilire, sulla base della fonte, l'azione che Giuliano potrebbe aver ritenuto di concedere in alternativa all'*actio utilis*.

²⁰⁵ Sulla più ampia questione della capacità e della legittimazione processuale dei *filius familias*, si veda SOLAZZI 1899, p. 179 ss., il quale ipotizza che le azioni *ex delicto* si potessero concedere al figlio, estendendo il principio contenuto nell'*edictum si ei qui in alterius potestate erit iniuria facta esse dicitur*, con opportuna modificazione della formula; KASER 1950, p. 71, favorevole all'innovazione; più di recente D'ALESSIO 2018, p. 21 ss.

l'azione edittale oltre l'ambito fissato dal diritto civile o pretorio, attraverso una *fictio*²⁰⁶ o una trasposizione di soggetti²⁰⁷.

La distanza di questa fattispecie dai casi sinora esaminati, in cui i giuristi avevano applicato l'*actio in factum* aquiliana, è sicuramente ampia. Giuliano, come abbiamo visto, rispetto al caso del danno causato dal cane si allinea all'elaborazione giurisprudenziale sull'uso dell'*actio in factum* in un caso di nesso causale mediato. In questa testimonianza invece egli porta l'attenzione su una fattispecie in cui il rimedio concesso in via utile segue la logica usuale dell'estensione dell'azione diretta.

6.2. *Il ruolo di Giuliano nella codificazione dell'editto: l'uso dell'analogia per colmare le lacune dell'editto.* – L'indagine sulla riflessione di Giuliano non può tuttavia limitarsi a queste due sole testimonianze. Il ruolo del giurista adrianeo è, in realtà, molto più rilevante di quanto emerga da questa limitata casistica. Per comprenderlo appieno è necessario soffermarsi sul suo coinvolgimento nella codificazione²⁰⁸ dell'editto pretorio.

Come è noto, le fonti tramandano che l'imperatore Adriano si avvale dell'opera del giurista per riordinare l'editto pretorio²⁰⁹, la cui immutabilità sarebbe stata statuita da un *senatus*

²⁰⁶ Pensa a una *fictio* nel caso specifico PERNICE 1867, p. 159.

²⁰⁷ Rispetto alla fattispecie in esame questa è l'opinione di SELB 1982, p. 333 s.

²⁰⁸ Sull'uso dell'espressione e sul suo significato rispetto all'editto pretorio, si veda MANTOVANI 1998, p. 129 ss. Lo studioso critica l'uso di questo termine e dell'espressione legge in riferimento all'editto e al suo contenuto. Indubbiamente, considerata la peculiarità dell'editto, i termini vanno spiegati e adattati alla situazione concreta, anche se una distinzione tra la fase pregiuliana e quella successiva all'intervento di Giuliano, nei rispettivi contesti politici e culturali di riferimento, avrebbe consentito di comprendere meglio la natura dell'intervento pretorio.

²⁰⁹ Per una proposta di datazione si veda PARICIO 2023, *passim*, il quale ritiene che il piano della sistemazione dell'editto venne elaborato durante il viaggio di Giuliano e Adriano in Egitto nel 130 d.C. e portato a compimento nel 131 d.C. Il lavoro sarebbe consistito in un riordino dell'editto, senza la modifica del testo stabilizzatosi già durante il principato di Augusto. Questo limitato intervento, non avendo destato troppo scalpore, potrebbe giustificare, secondo lo studioso, l'assenza di riferimenti all'iniziativa nelle fonti coeve alla codificazione.

tusconsultum sollecitato da un'*oratio in senatu* dello stesso Adriano. Nonostante il tentativo, rimasto in verità isolato, di Antonio Guarino di sostenere l'estraneità di Giuliano all'opera di riordinamento dell'editto perché le relative testimonianze sarebbero basate su una falsificazione²¹⁰, la dottrina

²¹⁰ Si veda GUARINO 1983, p. 265 ss., 337 ss., in cui sono raccolti alcuni precedenti interventi sul tema. Gli argomenti che il maestro napoletano propone sono così sintetizzabili: innanzitutto, assenza di fonti coeve alla presunta codificazione adrianea. Le testimonianze, una quindicina, vanno dal IV secolo d. C. al VI secolo d.C. e sono raggruppabili in tre filoni informativi distinti. Il primo, che include la narrazione di Aurelio Vittore (*Aur. Vict. Caes.* 19) e di Eutropio (*Eutr. Brev. ab urbe condita* 8, 17), non farebbe riferimento a Salvio Giuliano, ma a un suo discendente, Didio Giuliano, a cui vengono attribuiti i meriti dell'avo. Tra questi non vi sarebbe per Guarino, almeno nella testimonianza di Vittore, il riordino dell'editto pretorio che invece Eutropio, interpretando un archetipo comune, attribuisce al giurista adrianeo. Prendendo spunto da questa presunta difformità, Guarino ritiene che sia stato Eutropio a mal interpretare la fonte comune falsificando la notizia della codificazione dell'editto. Questa informazione avrebbe fornito la base del secondo filone di notizie rappresentato da tre costituzioni imperiali (*Gratian. Valent. Theod. ad Hyapatium* CTh. 11, 36, 26, 4 a. 379; *Theod. Asclepiodoto* CTh. 4, 4, 7, 9 a. 424; *NovTh. Valent.* 21, 1, 5 a. 446). Il terzo filone, quello giustiniano, consiste in una costituzione imperiale (*Imp. Iustinianus a. Iuliano* pp. C. 4, 5, 10, 1 a. 530) e nel § 18 del testo bilingue della costituzione *Tanta/Δέδοκεν* del 533. Oltre al riferimento alla codificazione adrianea dell'editto, vi è menzione dell'*oratio in senatu* di Adriano e di una norma che avrebbe previsto l'intervento imperiale per ogni adattamento del contenuto dell'editto pretorio, riducendo lo *ius edicendi* a un potere meramente formale. Nonostante le difformità tra versione greca e latina della costituzione giustiniana, Guarino ritiene che «una qualche iniziativa Adriano, ai suoi tempi, deve averla veramente presa, in relazione a quello che poi si disse *edictum perpetuum*. Ma quale iniziativa? Questo, bisogna ammetterlo, è il mistero.» (*ibid.*, 342 s.). Alla scarsa affidabilità delle fonti, secondo l'interpretazione proposta da Guarino, lo studioso aggiunge il silenzio di Gaio circa la codificazione dell'editto perpetuo e il fatto che i giuristi successivi ad Adriano, nei loro commentari all'editto, seguano sistematiche differenti. Come è noto, Giuliano e Ulpiano seguono un ordine delle materie diverso da quello proposto da Gaio e Paolo. Il che ha portato Guarino a ritenere che non esistesse uno schema editale codificato. Per concludere lo studioso napoletano scrive che «la leggenda relativa si è formata in età postclassica intorno ad un nucleo di verità che, da un lato, è stato certamente costituito dall'alta rinomanza di Giuliano come giureconsulto e dal peculiare contributo che egli dedicò alla illustrazione ed al riordinamento logico-giuridico e sistematico-espositivo della materia editale, mentre, dall'altro lato, può essere consistito in una qualche iniziativa di 'po-

pressoché unanime ha concordemente ritenuto affidabile la notizia tramandata dalle fonti²¹¹.

Ripartiamo proprio dalle testimonianze. Accanto alle fonti sia giuridiche sia letterarie che collegano Adriano, Giuliano e l'attività di riordino realizzata sull'editto pretorio²¹², i testi più rilevanti al fine di chiarire il significato dell'intervento di Giuliano sono le costituzioni parallele *Tanta/Δέδωκεν*

litica legislativa' effettivamente presa da Adriano con il ricorso ad un'oratio in senatu habita, quindi con la chiamata a collaborazione del senato» (*ibid.*, 346). Si veda ancora *Id.* 1994, p. 356 ss., nel quale discute l'ipotesi avanzata da SERANGELI 1989, p. 79 ss., che presuppone l'avvenuta codificazione dell'editto quale base della ricostruzione del rapporto tra una clausola editale e un intervento estensivo della stessa ad opera dell'imperatore.

²¹¹ Per tutti SERANGELI 1989, p. 79 ss.; GALLO 1994, p. 43 ss.; *Id.* 1995, p. 127 ss.; *Id.* 2001, p. 1 ss.; da ultimo PARICIO 2023, p. 28 ss.

²¹² Cfr. Aur. Vict. *Caes.* 19, 1-2: *at Didius (an Salvius?) Iulianus fretus praetorianis, quos in societatem promissis magnificentioribus perpulerat, ex praefectura vigillum ad insignia dominatus processit. Genus ei pernobile iurisque urbani praestans scientia; quippe qui primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus probebatur, in ordinem composuerit.* Eutr. *Brev. ab urbe condita* 8, 17: *post eum Salvius Iulianus rem publicam invasit, vir nobilis et iure peritissimus, nepos Salvii Iuliani qui sub divo Hadriano perpetuum composuit edictum ...* CTh. 11, 36, 26 (= *brev.* 11, 11, 5) (Imp. Grat., Valent. et Theodos. aaa. ad Hypatium pf. u.): *quisquis, ne voluntas diem functi testamento scripta reseretur, vel ne hi, quos scriptos patuerit, heredes edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit provocare, interpositamque appellationem, cuius de ea re notio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri mulcta et litigatorem, qui tam importune appellaverit, et iudicem, qui tam ignave conniventiam adhibuerit, involvat;* CTh. 4, 4, 7 pr. (= *brev.* 4, 4, 7 pr.) (Imp. Theodos. a. Asclepiodoto pf. p.): *... ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas vel secundum nuncupationem ceterasque similes postularit, aut certe ex edicto divi Hadriani se mitti ad possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet ...;* NovTh. Valent. 21, 1, 5: *Cuius heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequitur nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus* (MEYER, MOMMSEN 1905); C. 4, 5, 10, 1 (Imp. Iustinianus a. Iuliano pp): *... et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorum.* Con minore certezza, in assenza dell'espresso richiamo a Giuliano, anche Dio Cass. 36, 40, 1: οἱ στρατηγοὶ πάντες τὰ δίκαια καθ' ἃ δικάσειν ἐμελλον, αὐτοῖς συγγράφοντες ἐξετίθεισαν: οὐ γάρ πω πάντα τὰ δικαιώματα τὰ περὶ τὰ συμβόλαια διετέτακτο, con riferimento al fatto che tutti i pretori pubblicavano i principi di diritto secondo i quali intendevano esercitare la *iurisdictio*, non essendo ancora state riordinate tutte le disposizioni in materia di affari privati. In quest'ultima notizia è stato letto un richiamo all'attività di codificazione dell'editto pretorio (cfr. SERANGELI 1989, p. 105 ss.).

emanate da Giustiniano nel 533 d.C. per promulgare i *Digesta*. Le due costituzioni non sono semplicemente l'una la traduzione dell'altra, perché la greca è la base sulla quale è stata elaborata quella latina con qualche variazione e aggiunta²¹³.

Nella parte iniziale del § 18 è sottolineata, in termini analoghi nelle due versioni, la differenza tra la perfezione delle cose divine e la provvisorietà del diritto umano, continuamente mutevole e per questo incompleto, la cui integrazione è riservata all'imperatore a ciò preposto da Dio. A questo punto si apre la parentesi storica del riferimento a Giuliano e all'editto adrianeo, concepito quale autorevole precedente di integrazione imperiale del diritto umano:

Δέδωκεν 18 ... καὶ οὐχ ἡμέτερόν γε τοῦτο λέγομεν μόνον, ἀλλ'ἤδη καὶ ὁ πάντων τῶν ἐν νομοθέταις εὐδοκιμηκότων σοφώτατος Ἰουλιανὸς αὐτὸ τοῦτο φαίνεται λέγων καὶ τὴν ἐκ τῆς βασιλείας ἐπὶ ταῖς ἀναφυομέναις ζητήσεσιν ἐπικαλούμενος ἀναπλήρωσιν, καὶ πρὸς γε Ἀδριανὸς ὁ τῆς εὐσεβοῦς λήξεως, ὅτε τὰ παρὰ τῶν πραιτόρων κατ'ἔτος ἕκαστον νομοθετούμενα ἐν βραχεῖ τινὶ συνῆγε βιβλίῳ, τὸν κράτιστον Ἰουλιανὸν πρὸς τοῦτο παραλαβὼν, κατὰ τὸν λόγον, ὃν ἐν κοινῷ διεξῆλθεν ἐπὶ τῆς πρεσβυτέρας Ῥώμης, αὐτὸ δὴ τοῦτο φησὶν, ὡς εἴ τι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀνακύψειεν, προσῆκόν ἐστιν τοὺς ἐν ἀρχαῖς τοῦτο πειρᾶσθαι διαιρεῖν καὶ θεραπεύειν κατὰ τὴν ἐκ τῶν ἤδη διατεταγμένων ἀκολουθίαν.

Tanta 18: Et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia: cum et ipse Iulianus legum et edicti perpetui subtilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et sena-

²¹³ Così WALLINGA 1998, p. 232, 238 ss. Si veda anche ID. 1989, p. 47 ss. Cfr. pure EBRARD 1919, p. 124. Conclusione confermata da DI MARIA 2012, p. 131, il quale, sulla base dell'analisi del § 21 delle due costituzioni, parla di rapporto di derivazione di *Tanta* da Δέδωκεν. Mentre la Δέδωκεν sarebbe il frutto di un lavoro della scuola sulla base dell'ispirazione di Triboniano, quest'ultimo sarebbe stato invece interprete e diretto autore della *Tanta* (*ibid.*, 140).

tus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definitiv, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.

I passaggi rilevanti sono due e ben distinti in entrambe le versioni. Nel primo viene ricordato quanto Giuliano, definito finissimo artefice di leggi e dell'editto perpetuo, aveva scritto nelle sue opere, sostenendo che le lacune che rendono imperfetto il diritto umano sono colmate dall'intervento imperiale. Nel secondo viene richiamato quanto stabilito dall'imperatore Adriano in occasione della codificazione dell'editto e nel senatoconsulto che la seguì, sollecitato dall'*oratio in senatu* dello stesso Adriano, circa la possibilità di colmare le lacune presenti nell'editto, ispirandosi alle regole ivi contenute attraverso un procedimento analogico²¹⁴. Rispetto a quest'ultimo punto, la *Δέδοκεν* e la *Tanta* non sono perfettamente allineate sul soggetto competente a colmare la lacuna per il tramite dell'analogia. Nella versione greca si trova τὸς ἐν ἀρχαῖς, letteralmente 'quelli in carica', overosia i magistrati, i pretori; nella versione latina è richiamata una *nova auctoritas*, interpretata dai più come un riferimento all'autorità imperiale.

Come si è detto, che vi siano passaggi difformi nel testo delle due costituzioni non costituisce una novità: sono state già rilevate differenze nelle due versioni corrispondenti a una diversa mano nella redazione del testo. Il problema che si pone è piuttosto quello di verificare la coerenza logica delle due soluzioni proposte – il pretore da una parte, e l'imperatore dall'altra – rispetto all'obiettivo indicato, che è quello di colmare le lacune dell'editto tramite il procedimento analogico.

²¹⁴ Cfr. MANTELLO 2010, p. 66 s., il quale, dopo aver ricostruito il momento genetico del ragionamento analogico o per similitudine, sostiene che «il consolidamento dell'editto avrebbe reso più forte ed evidente anche il ragionamento per similitudine volto a interpretare norme prefissate» rispetto alla sua applicazione precedente, in ambito giurisprudenziale, realizzata «attraverso un raffronto tra due fattispecie concrete o comunque non disancorate dal reale, onde estendere all'una il principio giuridico dal giurista stesso 'inventato' per l'altra ...».

Nel tentativo di trovare una possibile chiave di lettura della testimonianza, è bene innanzitutto affrontare il tema dell'uso dell'analogia quale criterio interpretativo e, in secondo luogo, individuare il soggetto o i soggetti deputati a usarla e quali ne siano le condizioni.

Il giurista che più di ogni altro sembra essersi interessato di procedimento analogico è proprio Giuliano, l'artefice della codificazione dell'editto. Questa connessione rende la testimonianza della costituzione *Tanta/Δέδωκεν* particolarmente affidabile circa il criterio interpretativo autorizzato dall'imperatore per colmare le lacune dell'editto.

In alcune testimonianze, che i compilatori giustinianeî hanno collegato tra loro nel Digesto, Giuliano evidenzia la possibilità di lacune:

Iul. 48 *dig.* D. 1, 3, 10: Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri;

Iul. 90 *dig.* D. 1, 3, 11: Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.

Nel primo frammento si constata la limitatezza delle leggi e dei *senatusconsulta* che non possono prevedere tutte le fattispecie²¹⁵, ma è sufficiente contengano ciò che per lo più si verifica. Perciò, rispetto alle disposizioni esistenti²¹⁶ il ricorso

²¹⁵ Cfr. anche la *praefatio* di Nov. 74, con espresso riferimento a Giuliano.

²¹⁶ Ho reso la locuzione '*quae primo constituuntur*' con riferimento alla disposizione fissata per prima rispetto a quanto disciplinato in seguito attraverso l'interpretazione o la costituzione imperiale (cfr. ARCHI 1970, p. 20 ss.). Meno credibile la lettura, pure avanzata da CASAVOLA 2011, p. 136 ss., di '*primo*' come 'per la prima volta', in quanto obbliga a pensare all'attività di prima formulazione di norme da parte della giurisprudenza e della cancelleria in una fase ancora sperimentale che l'intervento del principe d'intesa con i giuristi avrebbe reso più certa. L'effetto di questa ipotesi è che l'interpretazione e l'attività imperiale successiva si configura come necessaria, e non eventuale, rispetto a disposizioni normative già emanate. Così anche SCARANO USSANI 1987, p. 82 s. e GALLO 2001, p. 18 che fa riferimento a norme di fresca formazione.

all'interpretazione giurisprudenziale²¹⁷ o alla costituzione imperiale consente di completare in maniera più certa il quadro. Sin qui Giuliano ha richiamato l'attenzione sulla necessità di un lavoro congiunto del legislatore e degli interpreti delle norme per arricchire il ventaglio delle soluzioni possibili, senza tuttavia menzionare il procedimento analogico.

È in un frammento che i compilatori collocano immediatamente di seguito che il giurista adrianeo completa la sua riflessione prospettando, rispetto alla limitatezza delle leggi e dei *senatusconsulta*, il meccanismo dell'integrazione ad opera del pretore su base analogica. L'opinione del giurista adrianeo trova conferma in una testimonianza di Ulpiano, nella quale viene richiamato il parere di Pedio, che i compilatori dispongono subito dopo quanto scrive Giuliano:

Iul. 15 *dig.* D. 1, 3, 12: non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.

Ulp. 1 *ad ed. cur.* D. 1, 3, 13: nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.

La dottrina²¹⁸ ha già evidenziato l'interesse di Giuliano per l'analogia come criterio per colmare le lacune normative,

²¹⁷ Sull'*interpretatio prudentium* e il suo ruolo nel contesto nel quale scrive Giuliano, cfr. ARCHI 1970, p. 20 ss. Sulla coppia giuliana *aut interpretatione aut constitutione optimi principis* si vedano i numerosi riscontri testuali in CASAVOLA 2011, p. 137; e GALLO 2001, p. 15 ss.

²¹⁸ Cfr. sulla natura dell'analogia, quale procedimento usato da Giuliano per colmare le lacune normative, REGGI 1952, p. 105 ss. e ID. 1967, p. 188 ss., il quale dimostra la riconducibilità a Giuliano del ragionamento analogico, fondato sulla ricerca della similitudine, supportato dalla specifica esperienza del giurista in ambito filosofico, retorico e logico; GALLO 1994, p. 67, il quale ritiene che Giuliano non fosse il primo a usare l'analogia, ma usò uno strumento noto «per conciliare la riserva al principe e al senato delle modifiche all'editto con l'esigenza di dare protezione ai casi nuovi in esso non previsti» (cfr. anche GALLO 1995, p. 128 ss.); MAYER-MALY 2002, p. 3 ss., che parla di in-

fondato sul confronto tra casi simili (*ad similia procedere*). Il giurista adrianeo, però, non si limita a individuare il canone metodologico, ma precisa che il pretore è tenuto (*debet*) ad osservarlo, concedendo in conformità ad esso il rimedio idoneo al caso concreto, quando il senso della norma è ben chiaro in ordine a una determinata fattispecie²¹⁹. Non è difficile scorgere dietro la doverosità dell'uso dell'analogia il tentativo di salvaguardare il testo cristallizzato dell'editto, ponendo un limite all'attività creativa del pretore²²⁰, una volta che l'attività legislativa dell'imperatore è posta al culmine della gerarchia delle fonti di produzione del diritto.

Ulpiano, richiamando l'autorità di Pedio, esprime lo stesso contenuto ma con parole diverse che alludono alla possibilità di disciplinare le questioni che tendono alla stessa utilità (*ad eandem utilitatem*), da considerarsi per questo simili²²¹, ricorrendo all'interpretazione o all'attività giurisdizionale per supplire ai limiti della legge²²².

terpretazione estensiva o analogica con riferimento al criterio usato dalla giurisprudenza romana, partendo dalle testimonianze di Giuliano. VACCA 2007, p. 5746 (= EAD. 2010, p. 76 ss.), la quale porta l'attenzione sulla peculiarità dell'uso dell'analogia da parte dei giuristi romani che sfugge alle classificazioni moderne, ritenendo che Giuliano, nell'esortare il magistrato a procedere *ad similia*, non alludesse all'uso dell'analogia come strumento logico-interpretativo, ma come indicazione di tipo 'applicativo', immaginando una plausibile e necessaria collaborazione tra giuristi e pretore (analogamente SEGNALINI 2008, p. 1 ss. e ntt. 6, 10, 11; e MANTELLO 2010, p. 60 ss.). Diversa la conclusione di BUND 1965, p. 76 ss., 106 ss., 121, 178 ss., che tenta di inquadrare i pareri del giurista secondo categorie estranee alla logica casistica romana, arrivando a dubitare della conoscenza dell'analogia da parte di Giuliano.

²¹⁹ ALBANESE 2003, p. 71 s. e nt. 3, propone di leggere *aliqua causa* con riferimento a qualche fattispecie espressamente prevista nelle leggi o nei senatoconsulti e in ordine alla quale la volontà normativa è manifesta. Non sono sicura che questa sia l'unica possibilità: non si può escludere che il riferimento all'*aliqua causa* riguardi piuttosto fattispecie non previste e rispetto alle quali la normativa si applica in via analogica. In ogni caso, che l'*aliqua causa* rappresenti il punto di partenza o il punto di arrivo del procedimento analogico, ciò non tocca il senso della testimonianza.

²²⁰ Cfr. GALLO 2001, p. 11 ss. Distingue l'influenza dell'analogia sulle soluzioni adottate dal pretore, rispetto alla sua ininfluenza sui pareri giurisprudenziali VACCA 1997, p. 458 ss.

²²¹ Si veda GIACHI 2023, p. 27 s.

²²² È plausibile l'interpretazione del termine *lex*, presente nel testo di

Usando questa chiave di lettura, che costringe l'intervento del pretore entro i confini dell'interpretazione analogica per un'esigenza di controllo della *iurisdictio*, sarebbe logicamente preferibile collegare il riferimento all'analogia presente nella costituzione *Tanta* non all'intervento imperiale, bensì all'attività del pretore, come del resto è scritto chiaramente nella Δέδοκεν²²³. Come spiegare allora la differente versione latina che allude alla *nova auctoritas*? Si è giustamente pensato a un intervento di Triboniano²²⁴, estensore della *Tanta*, il quale, modificando il testo greco predisposto dalla cancelleria imperiale, avrebbe inteso enfatizzare il ruolo dell'imperatore²²⁵. Per questo egli avrebbe sfumato l'obbligatorietà del ricorso all'analogia – come previsto nella Δέδοκεν rispetto ai magistrati – nella mera possibilità, che meglio si addiceva alla figura dell'imperatore²²⁶. Nonostante la doverosità sia stata sfumata nella possibilità, il testo della costituzione latina non è pienamente coerente²²⁷ e tradisce il segno della

Ulpiano, avanzata da GIACHI 2023, p. 24 e 25 s. nt. 38 (e prima anche EAD. 2005, p. 403 ss. e 419 ss.), come *lex publica*, in considerazione del collegamento con il frammento di Giuliano precedente che richiama lo stesso procedimento analogico rispetto alla legge pubblica. Una simile interpretazione è in linea con la logica compilatoria, ciò nonostante, non è da escludere, come proposto da FALCONE 1997, p. 240 ss., che nella testimonianza di Pedio *lex* facesse riferimento alla *lex contractus* e che i compilatori l'abbiano interpretata come *lex publica*.

²²³ È interessante il dato che fornisce GORIA 2010, p. 115 s., a partire dall'analisi delle Novelle giustiniane, sul contenuto delle richieste che i giudici sottoponevano all'imperatore: in nessuna di esse viene prospettata la possibilità dell'applicazione analogica di norme preesistenti.

²²⁴ Su Triboniano, quale estensore della *Tanta*, si veda DI MARIA 2012, p. 131. Ma già CASAVOLA 2011, p. 143.

²²⁵ Cfr. TORRENT 1984, p. 56. Nella traduzione della costituzione proposta da GORIA 2005, p. 49, l'espressione *nova auctoritas* è resa 'un nuovo contributo dotato di autorità', alludendo indirettamente all'imperatore. E sempre GORIA 2010, p. 112 s. nt. 47. *Contra*, ZWALVE 1983, p. 147 s., il quale ritiene che la *nova auctoritas* fosse il pretore, richiamando la versione greca, senza valutare il ruolo giocato dall'imperatore.

²²⁶ GALLO 1994, p. 60 s., rileva che nella *Tanta* è venuto meno l'obbligo dell'analogia in rapporto alla *nova auctoritas*, diversamente dalla Δέδοκεν in cui il προσήκόν ἐστιν, riferito al pretore, esprimerebbe la sua doverosità.

²²⁷ GALLO 1994, p. 60 s., sostiene che riservare la possibilità del procedimento analogico a chi ha il potere di creare nuovo diritto, priva di signifi-

manipolazione rispetto all'originale greco, fornendo una significativa testimonianza del contesto nel quale le due costituzioni sono state elaborate e dei rapporti di potere sottostanti.

6.3. *Gli effetti della codificazione dell'editto: il contenimento dell'actio in factum e la scelta dell'actio utilis come strumento dell'estensione analogica.* – La disamina sinora condotta consente di trarre qualche prima conclusione. Dalle fonti emerge un intervento di riordino dell'editto pretorio, realizzato da Giuliano su indicazione dell'imperatore Adriano. Non sappiamo precisamente in cosa esso sia consistito²²⁸, ma l'effetto è la stabilizzazione del testo edittale e l'obbligo per il pretore di colmare le lacune tramite il procedimento analogico. Probabilmente la riflessione di Giuliano sull'analogia²²⁹, di cui i compilatori hanno conservato testimonianza nel Digesto²³⁰, ha rappresentato il punto di convergenza tra la conservazione non solo formale della competenza magistratuale²³¹ e l'esigenza di controllo e accentramento del potere imperiale.

Siamo in realtà dinanzi a una svolta epocale. L'intervento adrianeo va ben oltre la codificazione dell'editto²³²: più reali-

cato l'analogia quale strumento per colmare le lacune nell'editto. Così anche GIACHI 2005, p. 46 s. nt. 100.

²²⁸ Posso soltanto accennare al problema del diverso ordine sistematico che si ricava dai commentari all'editto di giuristi successivi ad Adriano. In particolare, la parte edittale dei *digesta* di Giuliano e i *libri ad edictum* di Ulpiano seguono un ordine, mentre i *libri ad edictum provinciale* di Gaio e quelli di Paolo *ad edictum* ne seguono uno diverso. La differenza è stata interpretata da GUARINO 1983, p. 285, come una prova della mancata codificazione dell'editto adrianeo, da LENEL 1927, p. 5 ss., invece, come espressione della libertà dei giuristi di seguire nel commento all'editto fissato da Giuliano un ordine diverso, agganciando gli istituti secondo logiche non necessariamente coincidenti con quella seguita nella codificazione dell'editto, probabilmente frutto della sedimentazione di centinaia di pretori che lo stesso Giuliano nei suoi *digesta* modifica.

²²⁹ Cfr. GALLO 1994, p. 63.

²³⁰ Cfr. *supra*, in testo.

²³¹ Cfr. GUARINO 1983, p. 270, 281, perplesso sul formale divieto per i pretori di innovare per l'avvenire il testo dell'editto; GALLO 1994, p. 63.

²³² GALLO 2001, p. 11, ritiene che il riordino dell'editto rappresentò l'occasione per ridimensionare il ruolo del pretore: «e il testo rielaborato

sticamente esso riguarda la definizione di un nuovo equilibrio nell'assetto delle fonti di produzione del diritto e dei suoi artefici²³³. In sostanza il ruolo creativo del pretore viene ridimensionato per legge (attraverso il *senatusconsultum*)²³⁴, assicurando al potere imperiale ciò che sino a quel momento era stato di competenza del pretore, ovvero sia l'introduzione di

dal giurista fu sottoposto al Senato e da questo approvato con un senatoconsulto (si noti: con una delle fonti che tenevano il luogo della legge) proposto (richiesto) con un'oratio da Adriano. È chiara l'esautorazione del pretore».

²³³ Diversamente da GUARINO 1983, p. 144 s., 283 s. – il quale osserva che Gaio nella sua descrizione delle fonti del diritto, menzionando lo *ius edicendi* del pretore, non fa alcun accenno alla codificazione adrianea, traendone la conclusione della mancata codificazione dell'editto giuliano –, a me sembra che Gaio abbia fotografato il nuovo assetto. Il giurista antoniniano (Gai. 1, 2) elenca le fonti degli *iura populi Romani*: leggi, plebisciti, *senatus consulta*, costituzioni imperiali, editti magistratuali, *responsa prudentium*. Ogni atto viene descritto usando il medesimo cliché stilistico, a partire dall'organo che lo produce: la legge è ciò che il popolo approva e stabilisce, il plebiscito è ciò che la plebe approva e stabilisce. L'esclusiva partecipazione plebea alla votazione dei plebisciti portò i patrizi a non ritenersi vincolati da questi atti, senonché l'intervento della legge Ortensia, estendendo a tutto il popolo l'applicazione dei plebisciti, li equiparò alle leggi. Il *senatus consultum* è quanto il senato approva e stabilisce e, nonostante alcune perplessità, gli è stata riconosciuta forza di legge. La costituzione imperiale è ciò che l'imperatore stabilisce mediante *decretum*, *edictum* ed *epistula* e, in questo caso, non si dubita che l'atto abbia forza di legge, perché l'imperatore ha ricevuto il proprio potere attraverso una legge. Gli editti dei magistrati, e in particolare l'editto del pretore urbano e peregrino, oltre a quello degli edili curuli, costituiscono un'altra importante fonte di diritto. Infine, i pareri dei giuristi sono decisioni e opinioni che fondano il diritto. Un rescritto di Adriano ha poi precisato che le decisioni che raccolgono il consenso di tutti i giuristi hanno valore di legge, quando invece c'è dissenso, il giudice può seguire la decisione che ritiene più giusta. Solo gli editti magistratuali sembrano sfuggire alla riconduzione alla legge. Se si riflette però sul fatto che all'epoca di Gaio, dopo l'intervento di Adriano, l'editto è una fonte dichiarata immodificabile per senatoconsulto, fatto salvo in senso contrario il solo intervento imperiale, non c'è dubbio che esso assuma nella sostanza il valore di una legge (PALAZZOLO 1996, p. 305, parla dell'editto all'epoca di Gaio come di un testo normativo; PARICIO 2023, p. 116, ritiene che il testo presentato da Giuliano dovette ottenere forza di legge per mezzo del senatoconsulto. Diversamente GALLO 1994, p. 83 s., porta l'attenzione sul ruolo, ancora attivo, benché ridimensionato, dei pretori rispetto all'uso del procedimento analogo nell'esercizio della loro *iurisdictio*).

²³⁴ GALLO 2001, p. 14.

rimedi per casi concreti del tutto nuovi rispetto a quelli editali. Da questo momento, l'unico a poter prevedere nuovi rimedi modificando l'editto è l'imperatore, il quale si sostituisce al pretore nella parte più creativa della sua funzione, quella di concedere una tutela decretale per situazioni del tutto nuove. Soffermiamoci su quest'ultimo punto.

Il quadro dei rimedi pretori prima della codificazione dell'editto era costituito da azioni dirette, a cui si accompagnavano *actiones in factum* decretali per le situazioni non riconducibili al modello diretto, e *actiones utiles*, consistenti in adattamenti della stessa azione diretta (azioni fittizie o con trasposizione di soggetti). Nel riassetto giuliano dell'editto, accanto alle azioni dirette, trovano posto le *actiones utiles*, le *actiones in factum* che potevano avere o una specifica rubrica editale (ad es. *actio in factum adversus nautas, cauponas, stabularios*) oppure, in mancanza, una formula che si può ipotizzare fosse inserita sotto la rubrica dell'*actio civilis*-modello che la precedeva (ad es. *actio in factum ex lege Aquilia*) – seguendo l'ipotesi che Lenel avanza rispetto alle *actiones utiles* non civili²³⁵. Ma non basta. Si è detto che Adriano consentì al pretore il procedimento analogico per superare i rimedi editali, il che significa, in negativo, che al pretore venne interdetto di ricorrere all'*actio in factum* decretale per situazioni che non trovassero una somiglianza con quelle previste nell'editto²³⁶; e

²³⁵ Cfr. LENEL 1927, p. 13.

²³⁶ Non mi sembra che possa sostenersi, a fronte di quanto stabilito nella *constitutio Tanta/Δέδοκεν*, che il pretore potesse ancora concedere l'*actio in factum* per il caso nuovo, sia pure in subordine rispetto alla prescrizione dell'estensione analogica, come sostiene GALLO 1994, p. 67 s. Lo studioso aggiunge poi che: «chiaramente tale concessione non poteva costituire, per il pretore, la premessa per la recezione nell'editto; a questo fine si rendeva necessaria una costituzione imperiale o un senatoconsulto» (*ibid.*, 78). Analogamente ID. 1995, p. 139, spec. 147 nt. 54; e ID. 2001, p. 14, ove ritiene che dopo la codificazione dell'editto fosse preclusa al magistrato preposto alla *iurisdictio* la trasformazione dell'*actio* così concessa in mezzo editale (così TALAMANCA 1996, p. 352). Non diversamente già ZWALVE 1983, p. 145 s., il quale ritiene che il pretore sarebbe stato vincolato, nell'emanare il suo editto, alla *compositio* adrianea, non potendo omettere quanto in essa contenuto, ma potendo aggiungere dell'altro, visto che il pretore (così l'a. rende la *nova auctoritas* della *Tanta*) sarebbe stato in grado di colmare le lacune. Per la verità, questa possibilità risulta limitata, come si è visto, dalla ne-

in positivo, che per estendere analogicamente le fattispecie edittali egli doveva ricorrere a uno strumento specifico. Giuliano non dà indicazioni in proposito, cosicché possiamo soltanto avanzare un'ipotesi collegando le tracce sparse nelle fonti. La testimonianza più significativa è quella di Ulpiano (D. 1, 3, 13), prima riportata, in cui Pedio, alludendo al procedimento analogico, coglie nell'identità di *utilitas* delle questioni l'elemento comune che giustifica la somiglianza di una fattispecie rispetto a quella edittale. Il riferimento all'*utilitas* porta a ipotizzare che lo strumento dell'estensione analogica potesse essere l'*actio utilis* che, già nelle sue applicazioni precedenti la codificazione, era usata proprio per estendere oltre i limiti edittali l'azione²³⁷.

Un indizio circa la connessione tra il rimedio concesso in via utile e l'estensione analogica dell'azione edittale è da ravvisare nel fatto che Giuliano, lavorando sulle eccezioni processuali²³⁸, inventa la figura della *exceptio utilis*²³⁹ che serve a estendere un'eccezione tipica, edittale, a una nuova situazione sulla base della somiglianza della disciplina. Essa viene richiamata in tre fattispecie collegate o alle disposizioni di un senatoconsulto (*exceptio senatus consulti Macedoniani* e *Velleiani*) o di una legge (*exceptio legis Pletoriae*)²⁴⁰.

cessità di seguire il procedimento analogico, elemento a cui l'a. non sembra però dare troppo peso. GIACHI 2005, p. 419 s. nt. 152, ritiene che, pur restando possibile, il rimedio dell'*actio in factum* doveva senz'altro sembrare meno opportuno. Diversamente, per PALAZZOLO 1996, p. 312, le modifiche o le aggiunte alle clausole edittali sarebbero tutte originate da interventi imperiali, anche se ritiene possano essere state percepite dai giuristi come appendici del testo edittale (*ibid.*, 368). A prescindere dalla recezione o meno nell'editto della nuova azione decretale, a me sembra che la *constitutio Tanta/Δέδοκεν* riservi i casi nuovi all'intervento diretto dell'imperatore.

²³⁷ Così SCARANO USSANI 1987, p. 140. Analogamente GALLO 1995, p. 138.

²³⁸ SCIANDRELLO 2023, p. 146, intuisce un collegamento con la stabilizzazione dell'editto adrianeo, ma senza verificarne gli effetti.

²³⁹ NICOSIA 1958, p. 280 s., 283, 288, ritiene che l'*exceptio utilis* fosse volta a realizzare l'estensione di eccezioni fondate su una norma di *ius civile*; SCIANDRELLO 2023, p. 35 ss., 64 ss., 146, ritiene che l'estensione si rendesse necessaria per contrastare un tentativo di *fraus legi*.

²⁴⁰ Iul. 45 dig. D. 4, 4, 41: *si iudex circuvuento in venditione adulescenti ius sit fundum restitui eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta, exceptionem utilem adversus petentem pretium quasi ex*

Giuliano, in altre parole, conserva al pretore la possibilità di concedere in via utile le azioni edittali, estendendone analogicamente la portata. La nuova centralità dell'*actio utilis*, rimasta l'unico strumento per superare i limiti dell'editto, viene enfatizzata dalla riflessione giurisprudenziale i cui esiti vengono fissati dai giuristi severiani in sistematiche nelle quali l'*actio utilis* viene giustapposta all'azione diretta, con carattere suppletivo rispetto a quest'ultima, rimanendo del tutto assente l'*actio in factum*. Basta leggere al riguardo due testimonianze di Ulpiano:

Ulp. 2 *disp.* D. 19, 5, 21: Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est²⁴¹,

Ulp. 4 *ad ed. praet.* D. 44, 7, 37 pr.: Actionis verbo continentur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius ...,

e una di Paolo:

Paul. 1 *sent.* D. 3, 5, 46, 1: Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum,

per rendersi conto di come la distinzione tra azione diretta e azione utile, che nella prima testimonianza ulpiana coinvolge anche le eccezioni, abbia carattere generale. Paolo la

causa iudicati adulescens habere poterit ...; Ulp. 29 *ad ed.* D. 14, 6, 7, 1: *Idem (Iulianus) ait, si duos reos accepero filium familias et Titium, cum ad filium familias esset perventura pecunia, ideo autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio senatus consulti uteretur, utilem esse exceptionem aduersus fraudem dandam*; Afr. 4 *quaest.* D. 16, 1, 19, 5: *... respondit videndum, ne non sine ratione dicatur eius loco, qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere, ut quemadmodum illi, quamvis ignorauerit mulierem intercedere, exceptio aduersus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio denegat, ita mihi quoque aduersus te utilis exceptio detur mihi in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit*. In quest'ultima testimonianza di Africano, allievo di Giuliano, la dottrina ha ritenuto di ravvisare il pensiero di Giuliano perché di regola Africano lo riporta (cfr. NICOSIA 1958, p. 283).

²⁴¹ Dubbi sulla genuinità del frammento sono avanzati da NICOSIA 1958, p. 290 ss.

considera un residuo del passato, contrapponendola ai processi cognitori nei quali, come è stato scritto²⁴², la presentazione dei fatti è da sola sufficiente a fondare la domanda corrispondente a una pretesa giuridica, riuscendo così ad assicurare meglio delle formule, la cui distinzione è concepita ormai come un'inutile sottigliezza, la giustizia sostanziale.

Va fatta però una precisazione. L'azione utile delle sistematiche severiane non è la stessa *actio utilis* che, successivamente alla codificazione adrianea, veniva usata per assicurare l'estensione analogica dell'azione edittale a situazioni simili. I giuristi post-giulianei, nel giustapporre l'azione utile all'azione diretta, hanno cambiato il termine del confronto: non più tutte le formule contenute nell'editto, ma solo l'azione diretta. L'aver instaurato un rapporto tra azione utile e azione diretta ha fatto sì che ogni adattamento dell'azione diretta fosse a questo punto concepito come un'azione utile. In altri termini, l'*actio utilis* svolge anche il ruolo che era stato sino a quel momento dell'*actio in factum* edittale priva di specifica rubrica²⁴³, come l'*actio in factum* aquiliana. Quest'ultima azione, non potendo concepirsi come diretta, per essere essa stessa una modificazione dell'azione diretta, viene reinterpretata nella nuova sistemica binaria, come *actio utilis*²⁴⁴.

Sulla base di una simile classificazione dovremmo aspettarci la scomparsa dell'*actio in factum*. Questo però non accade. Nella casistica, i giuristi continuano a usare l'espressione *actio in factum* diventata, come l'*actio utilis*, polisemica: c'è l'*actio in factum* menzionata nei *responsa* più risalenti e che i giuristi per conservatorismo mantengono; c'è l'*actio in factum* usata come sinonimo di *actio utilis*, a indicare l'estensione analogica dell'azione diretta. Così come l'*actio utilis* dei giuristi severiani assorbe l'*actio in factum*, allo stesso modo i giuristi usano l'*actio in factum* anche per qualificare casi di estensione analogica²⁴⁵.

²⁴² Cfr. MAROTTA 2022, p. 13.

²⁴³ Le azioni in fatto con rubrica edittale (ad es. *actio in factum adversus nautas, cauponas, stabularios*) sono da considerarsi dirette.

²⁴⁴ Cfr. *infra*, § 4.3.

²⁴⁵ Cfr. SELB 1984, p. 329 ss., a parere del quale i giuristi tardo-classici avrebbero interpretato le espressioni *actio in factum* e *actio utilis* nel senso di una moderna analogia; GRÖSCHLER 2002, p. 287.

Lo stesso fenomeno si è verificato anche sul versante delle eccezioni processuali: l'invenzione giuliana dell'*exceptio utilis* non sembra aver riscosso grande fortuna, essendole preferita la preesistente *exceptio in factum* che estende un'*exceptio in edicto proposita*²⁴⁶.

Piuttosto, ciò che mi sembra inconciliabile con la previsione del senatoconsulto che cristallizza l'editto e consente al pretore il solo procedimento analogico è l'uso post-giuliano dell'espressione *actio in factum* a indicare l'azione decretale per il caso concreto. Ammettere una simile possibilità, come pure è stato fatto²⁴⁷, significherebbe svuotare di senso il riassetto adrianeo. Per il momento, considerati i limiti di questo contributo, non posso che rinviare a un ulteriore lavoro di verifica delle testimonianze successive alla codificazione nelle quali compare l'espressione *actio in factum*, per escludere il carattere indipendente dell'azione²⁴⁸.

²⁴⁶ NICOSIA 1958, p. 283 s.; SCIANDRELLO 2023, p. 145 s. Quest'ultimo studioso, nell'esaminare storicamente le ipotesi di applicazione dell'*exceptio in factum*, conclude per la conservazione, pur con gli adattamenti legati ai diversi contesti di riferimento, della funzione dell'*actio in factum* come rimedio per casi con profili di somiglianza con le ipotesi previste nell'editto. Ai nostri fini, l'attestazione di questa funzione nelle testimonianze post-giuliane confermerebbe l'interdizione adrianea a introdurre strumenti rimediali del tutto sganciati da quelli edittali (*ibid.*, 77 ss., 105 ss., 143 ss. Un dubbio può venire da un frammento di Pomponio D. 13, 7, 3, nel quale la concessione di un'eccezione in fatto sganciata da quella edittale potrebbe rinviare alla riflessione di Labeone in un periodo nel quale il pretore aveva ancora un ruolo creativo).

²⁴⁷ Cfr. *supra*, nt. 236.

²⁴⁸ Un valido supporto in questa disamina è il lavoro di GRÖSCHLER 2002, *passim*, il quale, nell'esaminare le fattispecie in cui l'*actio in factum* viene usata in assenza di un rapporto contrattuale, distingue tra azioni in fatto contenute nell'editto, e azioni in fatto decretali. Concentrando l'esame su queste ultime, a parte i casi in cui l'*actio in factum* è suggerita da giuristi pregiuliani e i casi di applicazione dell'azione nella *cognitio extra ordinem*, nelle rimanenti evenienze l'*actio in factum* può essere interpretata come estensione analogica di un'azione edittale. Più complessa si rivela invece la disamina nella casistica contrattuale. Basti a questo proposito il solo esempio della notissima testimonianza di Ulpiano in D. 2, 14, 7, 2 nella quale si riporta la diversa opinione di Mauriciano e di Giuliano circa l'azione da usare in un caso non riconducibile a un preciso tipo contrattuale. Quest'ultimo propone un'*actio in factum* che parte della dottrina ha interpretato come decretale per il caso concreto.

Al termine di questa lunga parentesi sul ruolo giocato dalla codificazione dell'editto rispetto ai rimedi pretori, è emersa la tendenza generale, fissata nelle sistematiche severe, a un rinnovato uso dell'*actio utilis*, che non cancella tuttavia il richiamo all'*actio in factum* nella casistica giurisprudenziale.

Vediamo come questa tendenza ha influito sulla vicenda dell'*actio in factum* aquiliana di cui abbiamo seguito sinora le tracce.

6.4. *Actio in factum aquiliana e utilitas legis Aquiliae: la concessione creata da Pomponio.* – Un frammento di Pomponio del commentario a Quinto Mucio è particolarmente significativo a questo proposito:

Pomp. 38 *ad Q. Muc.* D. 19, 5, 11: Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.

Il giurista testimonia in termini generali la concessione delle *actiones in factum* quale rimedio all'incompletezza del numero delle azioni edittali. Lo stesso accade anche rispetto a quelle azioni che sono derivate dalle leggi: se la legge è giusta e necessaria, interviene il pretore colmando le lacune che la casistica fa emergere rispetto al dettato della legge. E così rispetto alla legge Aquilia il pretore concede *actiones in factum* modellate sulla norma in funzione dell'utile applicazione della legge.

Il passo può essere distinto in due parti, definite da una brusca cesura (*sed et*) che separa la prima dalla seconda. Esse registrano due diverse concezioni dell'uso delle *actiones in factum*. La prima parte, come è stato già osservato²⁴⁹, veicola il

²⁴⁹ Così GALLO 1994, p. 78 ss. Si veda, anche se più sfumato, STOLFI 2001, p. 236 e nt. 394.

pensiero di Quinto Mucio; mentre la seconda riflette il pensiero originale di Pomponio per via del riferimento all'estensione analogica come criterio usato per colmare le lacune della legge e forse, all'epoca di Pomponio, dopo il senatoconsulto che rende il testo dell'editto assimilabile a una legge²⁵⁰, tutte le azioni contenute nell'editto.

È del tutto verisimile che la codificazione dell'editto abbia svolto la funzione di spartiacque tra le due parti della testimonianza, riflettendosi sul diverso ruolo del pretore: creativo all'epoca di Quinto Mucio, suppletivo entro i limiti dell'analogia nella lettura di Pomponio. Mentre in età repubblicana il pretore ha la discrezionalità di creare qualunque tipo di azione che possa assicurare una tutela, rimanendo irrilevante la distinzione sul carattere indipendente dell'azione o derivato per estensione analogica; nel principato, il pretore ha un ruolo più limitato perché viene chiamato a colmare le lacune che derivano dalle azioni edittali²⁵¹ e, in particolare, dalle azioni di legge, come la legge Aquilia. L'attività del pretore in questo caso ha come termine di riferimento l'azione diretta di cui estende la portata a situazioni affini, seguendo il criterio analogico ispirato all'*utilitas legis*²⁵².

A ben vedere, però, la testimonianza di Pomponio non solo registra questa importante differenza nella concezione della *iurisdictio* pretoria, ma, portando l'attenzione proprio sulle azioni che discendono dalla legge Aquilia, ci aiuta a ricostruire un'ulteriore tappa nella vicenda che abbiamo sinora tracciato. Le azioni in fatto aquiliane che sino a Pomponio la giurisprudenza ha uniformemente usato nei due noti casi dell'assenza di un nesso causale diretto e della dispersione della *res* altrui, vengono da Pomponio reinterpretate alla luce del criterio analogico fissato da Giuliano e che i giuristi successivi tenderanno ad applicare su larga scala, distinguendo le azioni

²⁵⁰ Cfr. *supra*, nt. 233.

²⁵¹ Così SCIANDRELLO 2023, p. 27 nt. 46. Analogamente GALLO 1994, p. 80 s., rispetto alla logica giustiniana per cui tutte le azioni si consideravano previste dalla legge, dalla compilazione.

²⁵² Cfr. *supra*, in testo. Si veda SANTORO 1991, p. 115 s. (= 2009, p. 381 s.); GALLO 1995, p. 139 ss.; GRÖSCHLER 2002, p. 287 ss.

in dirette e utili. In questa prospettiva, non c'è dubbio che le *actiones in factum ex lege Aquilia* siano da considerare *utiles*²⁵³.

Come si è però già segnalato, la nuova qualificazione non riesce a scalzare totalmente la vecchia, tant'è che Pomponio²⁵⁴, riportando un caso di danno causato dalle infiltrazioni d'acqua dovute a condutture altrui che poggiano sull'edificio del danneggiato, ritiene che il rimedio da usare per questo caso sia l'*actio in factum* aquiliana, o in alternativa la *cautio damni infecti*. Ci troviamo di fronte a una classica ipotesi di applicazione dell'azione in fatto aquiliana per sanzionare un danno causato secondo un nesso causale indiretto, non *corpore* ma *corpori*, in linea con la tradizione che per un caso simile risale a Proculo²⁵⁵.

Un'altra attestazione della conservazione della vecchia terminologia si ha nell'ipotesi in cui qualcuno getti un calice d'argento in mare allo scopo di arrecare un danno e non di appropriarsi del bene: Pomponio suggerisce anche in questo caso l'*actio in factum*²⁵⁶.

L'incertezza terminologica di Pomponio viene superata nella riflessione di Gaio.

7. Gaio e l'actio utilis aquiliana: una rilettura dell'actio in factum ispirata dalla codificazione dell'editto.

Gaio adotta l'espressione *actio utilis* per indicare il rimedio che la giurisprudenza a lui precedente aveva definito *actio in factum* nelle due ipotesi di nesso causale mediato e di assenza di danno materiale.

Tre sono i passaggi rilevanti ai nostri fini, uno appartenente al commentario all'editto provinciale conservato nel Digesto, e due tratti dalle Istituzioni. Cominciamo dal frammento del Digesto:

²⁵³ Così GIACHI 2005, p. 410.

²⁵⁴ Pomp. 10 *ad Sab. D.* 8, 2, 18: *si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, in factum actio mihi competit: sed et damni infecti stipulari a te poterit.*

²⁵⁵ Ulp. 18 *ad ed. D.* 9, 2, 27, 10 (= Coll. 12, 7, 7, 8) riportato *supra*, § 4.2.

²⁵⁶ Ulp. 41 *ad Sab. D.* 19, 5, 14, 2, riportato *supra*, § 3.

Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47, 2, 51: Nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.

L'*incipit* del passo rende evidente un adattamento compilatorio al fine di creare una connessione con il frammento immediatamente precedente di Ulpiano che riporta il pensiero di Labeone, senz'altro utile nella ricostruzione della fattispecie gaiana:

Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 50, 4: Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.

Abbiamo già analizzato il frammento nell'esame della casistica labeoniana. Qualcuno mostra un panno rosso in modo da mettere in fuga il gregge altrui con due possibili esiti: il furto degli animali, sanzionato con l'*actio furti*, oppure il danno derivante dalla dispersione del bestiame che porta Labeone a ricorrere all'azione in fatto aquiliana.

Nella precisazione gaiana, invece, gli animali muoiono perché precipitano e Gaio ritiene di dover usare l'*actio utilis ex lege Aquilia*. I compilatori raccordano le due prospettive di Labeone e di Gaio secondo la logica classificatoria delle azioni aquiliane che si trova nelle Istituzioni imperiali. Per la dispersione di beni altrui, produttiva di un danno né *corpore*, né *corpori*, l'azione usata è *in factum*, per la distruzione materiale delle cose altrui, in assenza di un nesso causale diretto, un danno *corpori* ma non *corpore*, viene richiamata l'*actio utilis*.

Si potrebbe pensare a un rimaneggiamento compilatorio dei passi, volto a confermare la sistematica giustiniana: in realtà i compilatori si sono limitati a raccordare le due testimonianze senza alterarle, reinterpretando come differenza sostanziale la diversa qualificazione dell'azione nella fase precedente e in quella successiva alla codificazione dell'editto. Mentre Labeone scrive in un momento in cui ogni intervento

integrativo del pretore rispetto ai rimedi aquiliani era un' *actio in factum* decretale a ricomprendere sia casi di danno da dispersione del bene, sia da distruzione mediata dello stesso, Gaio interviene nella riflessione dopo la codificazione adrianea, quando le *actiones in factum* si sono trasformate, in applicazione del criterio analogico giuliano, in *actiones utiles*, conservando il medesimo contenuto²⁵⁷.

Conferma una simile ricostruzione una testimonianza di Nerazio²⁵⁸ che, come abbiamo visto²⁵⁹, esamina la medesima fattispecie gaiana di uccisione degli animali per essere stati stipati in uno spazio angusto, richiamando l' *actio in factum*. E lo stesso può dirsi per una testimonianza dello stesso Gaio (Gai. 3, 202) in cui il giurista ricorre all' *actio utilis* in una fattispecie di dispersione di beni altrui analoga a quella esaminata da Laboneo:

Gai. 3, 202: Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit, qualis est, cuius ope consilio furtum factum est. in quo numero est, qui nummos tibi excussit, ut eos alius surriperet, vel opstitit tibi, ut alius surriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet. et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro

²⁵⁷ Ciò non toglie che Gaio conservi, come farà la giurisprudenza successiva, le denominazioni *actio utilis* e *actio in factum* secondo l'uso pregiuliano: rispetto all'azione aquiliana è prevista un'azione fittizia per lo straniero danneggiato (Gai. 4, 37), definita *actio utilis*, così per il *bonorum possessor* (Gai. 3, 81), inoltre in D. 4, 4, 25 pr., D. 4, 7, 3, 5, D. 11, 7, 7, 1 (*utilis actio in factum*), D. 13, 4, 1, D. 36, 1, 65, 10, D. 40, 12, 9, 2, D. 41, 1, 9, 2, con riferimento a casi di finzione o semplicemente di estensione di un'azione editale al di fuori dei presupposti previsti per la sua concessione. L'espressione *a. in factum*, invece, si trova in D. 11, 7, 2, 2: *si quis mortuum in locum alterius intulerit vel inferre curaverit* che fa riferimento a un'azione *in factum* editale (cfr. GRÖSCHLER 2002, p. 129 ss.); D. 4, 3, 28 (*actio in factum* nei limiti dell'arricchimento oltre l'anno nei confronti dell'autore del dolo); D. 4, 7, 1 pr. (*actio in factum* editale *de alienatione iudicii mutandi causa facta*); D. 11, 7, 7 pr. (*actio in factum* editale, *ibid.*, 131), D. 19, 5, 22 (*iudicium in factum, agere praescriptis verbis*); D. 40, 12, 13 pr. (azione editale contro il *liber qui bona fides serviens, ibid.*, 162 s.), D. 50, 13, 6 (azione editale *iudex qui litem suam fecit, ibid.*, 110).

²⁵⁸ Ner. 1 membr. D. 9, 2, 53: *boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.*

²⁵⁹ Cfr. *supra*, § 5.1.

fugavit armentum; sed si quid per lasciviam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit, videbimus, an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata <est>, etiam culpa puniatur.

Tizio per gioco sventola un panno rosso per mettere in fuga gli animali, provocandone la dispersione, non la morte. Gaio richiama espressamente quanto scritto dai *veteres*, segno della circolazione della fattispecie nella casistica giurisprudenziale a cui evidentemente il giurista antoniniano attinge. Anche l'impostazione della questione è la medesima: si parte dal caso del furto compiuto da chi abbia favorito l'appropriazione del bene altrui da parte di un terzo, declinato in alcuni casi specifici, per poi passare alla condotta di chi invece abbia spaventato il bestiame altrui senza l'intento di appropriarsene o di consentire l'altrui appropriazione, ma semplicemente per gioco.

Tuttavia, ove Labeone aveva usato l'*actio in factum*, Gaio allude alla possibilità di un'*actio utilis*, visto che la legge Aquilia sanziona anche il danneggiamento colposo: *videbimus, an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata <est>, etiam culpa puniatur*. L'uso del '*videbimus*' segnala il rinvio a una trattazione che il giurista sviluppa nei paragrafi immediatamente successivi a proposito del danneggiamento aquiliano (Gai. 3, 210 - 219). Qui troviamo approfondito sia il profilo soggettivo della colpa, che Gaio richiama a giustificazione della previsione dell'azione utile (Gai. 3, 211)²⁶⁰, sia il tema dell'azione utile che viene distinta dall'azione diretta solo per l'assenza di un nesso causale immediato tra condotta lesiva e danno (Gai. 3, 219)²⁶¹. Per il rapporto che Gaio in-

²⁶⁰ Gai. 3, 211: *iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*.

²⁶¹ Ragionando sull'idea che l'*actio in factum* fosse riservata alla perdita senza distruzione del bene, mentre l'*actio utilis* presupponesse tale distruzione, ALBANESE 1950, p. 54, ritiene che Gaio avesse escluso per l'ipotesi in esame l'uso dell'*actio utilis*. SANTORO 1991, p. 112 s. (= 2009, p. 378 s.), ipotizza che nella parte relativa al danneggiamento aquiliano sia stato omesso

staura tra la valutazione della colpa nella punizione del danneggiamento aquiliano nel caso che ci occupa e la concessione dell'azione utile, è probabile che Gaio, scrivendo '*videbimus, an utilis actio dari debeat*', intendesse segnalare la possibilità, con una propensione per la soluzione positiva (*an*), di far leva sul profilo soggettivo della colpa per concedere l'azione utile contro il danno subito.

Nell'ultimo frammento gaiano (Gai. 3, 219), come si è anticipato, il giurista affronta il tema delle azioni utili:

Gai. 3, 219: <Ceterum> placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; <ideoque> alio modo damno dato utiles actiones dantur, velut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur; item si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit <et> aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit; item si quis alienum servum de ponte a ut ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit; quamquam hic corpore suo damnum dedisse eo quod proiecerit non difficiliter intellegi potest.

La trattazione è impostata secondo lo schema cui si ispireranno le sistematiche severiane, ovvero sia *actio directa*, modellata sul testo normativo e avente a oggetto un danno causato con nesso causale immediato (*ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit*) e *actio utilis*, quando il danno è prodotto *alio modo* (*alio modo damno dato utiles actiones dantur*). Seguono una serie di esempi che rendono il danno causato *alio modo* come un danno prodotto con nesso causale mediato: dalla morte per fame dell'animale o dello schiavo, al ferimento dell'animale condotto violentemente, alla morte o al ferimento dello schiavo indotto a salire su un albero o a scen-

nel manoscritto veronese il riferimento alla nostra fattispecie con la concessione non di un'*actio utilis*, ma *in factum*, per via della corrispondenza con il testo delle Istituzioni imperiali.

dere in un pozzo, sino al caso dubbio dello schiavo che sia stato spinto nel fiume e sia morto, risolto come caso da sanzionare con l'azione diretta, ravvisando nella spinta il segno del nesso causale diretto, che trova nell'analogo parere di Celso prima esaminato²⁶² un significativo precedente.

Considerando unitariamente le testimonianze gaiane in tema di azioni aquiliane, emerge l'alternativa *actio directa-actio utilis*, quest'ultima comprensiva sia del danno realizzato *corpori* ma non *corpore*, sia del danno prodotto né *corpore*, né *corpori*. Gli stessi ambiti di applicazione che prima di Gaio erano tutelati con l'*actio in factum* aquiliana.

Il giurista antoniniano ha sicuramente innovato da un punto di vista definitorio rispetto ai giuristi precedenti, ma si deve aggiungere che la sua scelta è l'effetto della trasformazione del sistema delle azioni prodotta dalla codificazione dell'editto giuliano. E ancora prima di Gaio, Pomponio ha veicolato il cambiamento, adattando la nuova azione utile, quale strumento dell'estensione analogica, proprio al caso delle azioni aquiliane. Una novità, dunque, che è il frutto del lavoro corale della giurisprudenza più che di un solo giurista.

8. *Cenni alla giurisprudenza successiva a Gaio sull'uso promiscuo di actio in factum e actio utilis.*

L'intervento di Gaio autorizza i giuristi successivi a usare in maniera fungibile le due espressioni *actio in factum* e *actio utilis* sia nei due casi tradizionali sia in qualche nuovo caso di estensione della legittimazione attiva all'azione. Nel corso del III secolo d.C., infatti, in conseguenza dell'elaborazione giurisprudenziale del criterio dell'*id quod interest* viene superata l'originaria *aestimatio rei* finalizzata al risarcimento del danno²⁶³. La valutazione dell'interesse del danneggiato a non subire la perdita patrimoniale favorisce l'estensione della legittimazione attiva a soggetti che, pur non essendo proprietari della *res* danneggiata, possono essere titolari di diritti reali su cosa altrui, o vantare un diritto di credito sulla cosa danneggiata.

²⁶² Cfr. *supra*, § 5.2.

²⁶³ VALDITARA 1992, *passim*.

Farò solo qualche esempio per dare conto dell'assoluta promiscuità nell'uso delle due espressioni.

Rispetto al danno causato secondo un nesso causale mediato, Paolo parla di *actio utilis* per il caso dello schiavo morto o ferito per essere stato indotto a salire su un tetto o scendere in un pozzo²⁶⁴, anche se poi lo stesso giurista in termini generali afferma che: *in damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*²⁶⁵. Ulpiano per il danno derivante dall'uccisione delle api altrui tramite il fumo, e non direttamente, richiama l'*actio in factum*²⁶⁶.

Rispetto al danno meramente patrimoniale, Ulpiano ritiene più utile per eredi e legatari di un testamento distrutto dopo la morte del testatore esperire l'*actio in factum*, in considerazione della natura meramente patrimoniale del loro interesse²⁶⁷; Paolo richiama l'*actio utilis* se qualcuno consuma vino o frumento altrui: in questo caso il danno non consiste nella distruzione materiale del bene, visto che per essere usato ogni genere alimentare deve essere consumato, bensì nella mera perdita patrimoniale che deriva dall'usare un bene altrui²⁶⁸.

Infine, quanto alle nuove ipotesi di estensione della legittimazione attiva ai *non domini*, Paolo usa l'espressione *actio ad exemplum legis Aquiliae* per l'azione concessa all'usufruttuario dello schiavo ferito o ucciso²⁶⁹, Ulpiano rispetto allo stesso

²⁶⁴ Paul. 19 *ad ed.* D. 11, 3, 4: *sed commodius est utili lege Aquilia eum teneri*, con riferimento a Ulp. 23 *ad ed.* D. 11, 3, 3, 1: *unde quaeritur, si quis servo alieno suaserit in tectum ascendere vel in puteum descendere et ille parens ascenderit vel descenderit et ceciderit crusque vel quid aliud fregerit vel perierit, an teneatur: et si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur; si dolo malo, tenebitur* (l'azione in questione è l'*actio servi corrupti*).

²⁶⁵ Paul. 2 *ad Plaut.* D. 9, 2, 33, 1.

²⁶⁶ Ulp. 9 *disp.* D. 9, 2, 49 pr.: *si quis fumo facto apes alienas fugaverit vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur quam occidisse, et ideo in factum actione tenebitur.*

²⁶⁷ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 9, 2, 41 pr.: *... sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit.*

²⁶⁸ Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 2: *si quis alienum vinum vel frumentum consumperit, non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda est actio.*

²⁶⁹ Paul. 10 *ad Sab.* D. 9, 2, 12: *sed et si proprietatis dominus vulneraverit seruum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis*

caso parla di *actio utilis*²⁷⁰, ma è *in factum* per il *bonae fidei possessor* o per *qui pignori accepit* (lo schiavo altrui)²⁷¹. Un caso isolato è quello della legittimazione attiva dell'uomo libero per le lesioni dallo stesso subite, in favore del quale Ulpiano²⁷² prevede un' *actio utilis Aquiliae suo nomine. directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*.

L'epilogo di questa vicenda si ha con Giustiniano²⁷³ che riserva, in discontinuità con la riflessione giurisprudenziale precedente, specifici spazi di tutela all'*actio in factum* e all'*actio utilis*. La distinzione terminologica viene tradotta in una differenza sostanziale: l'*actio utilis* sanziona danni prodotti in assenza di un nesso causale diretto, l'*actio in factum* diventa il rimedio per il danno meramente patrimoniale.

Bibliografia

- ALBANESE B. (1950), *Studi sulla legge Aquilia. I. Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, «AUPA» 21, pp. 5-220.
- ALBANESE B. (1953), *La nozione del furtum fino a Nerazio*, «AUPA» 23, pp. 5-212.
- ALBANESE B. (1956), *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, «AUPA» 25, pp. 85-301.
- ALBANESE B. (2003), *Tre testi celebri sull'interpretazione delle norme (Brevi studi di diritto romano IV)*, «AUPA» 48, pp. 9-82.
- ANKUM H. (2002), *Ulpian D.9.3.5.4: the recourse of the habitator against his guest who threw something down onto the street*, «Fundamina» 8, pp. 7-18.
- ARANGIO-RUIZ V. (1965), *I passi di Ulpiano, 18 ad edictum, comuni alla Collatio e al Digesto*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, pp. 3-25.
- ARCHI G. G. (1970), *Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*, «ZRG RA» 87, pp. 1-49.

Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit.

²⁷⁰ Ulp. 18 ad Sab. D. 7, 1, 17, 3: *si quis servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam numquam dubitavi.*

²⁷¹ Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 17: *si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.*

²⁷² Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 13 pr.

²⁷³ Cfr. *supra*, § 1.

- ARNÒ C. (1933), *Actio in factum accomodata legi Aquiliae*, in *Studi per il XIV centenario delle Pandette*, Pavia, pp. 33-94.
- BUND E. (1965), *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz.
- BUSNELLI F. D. (1964), *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano.
- CANNATA C. A. (1971), *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, «Labeo» 17, pp. 64-84.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L. (1996), *Ai margini della proprietà fondiaria²*, Roma.
- CASAVOLA F. (2011), *Giuristi adrianei*, Roma.
- CERAMI P. (1985), *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, «AUPA» 38, pp. 5-250.
- CORBINO A. (2005), *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*, Padova.
- CORBINO A. (2007), *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustinianea del danno aquiliano*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano, pp. 1-43.
- CORBINO A. (2008), *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano²*, Padova.
- CURSI M. F. (2002), *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano.
- CURSI M. F. (2007a), *Actio de recepto e actio furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano, pp. 117-147.
- CURSI M. F. (2007b), *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nosalità: il problema della cosiddetta 'exceptio noxalis'*, in *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, I, Napoli, pp. 657-681.
- CURSI M. F. (2008), *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli.
- CURSI M. F. (2015), *Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht: Das schwerwiegende Erbe des römischen Rechts*, «ZRG RA» 132, pp. 363-407.
- CURSI M. F. (2018), *Gli illeciti privati*, in Ead. (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, II, Napoli, pp. 561-646.
- D'ALESSIO R. (2018), *Le obbligazioni degli alieno iuri subiecti fra metodologia di Gradenwitz e percorsi dell'analisi esegetica*, «TSDP» 11, pp. 1-33.
- DE MARTINO F. (1938), *Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo*, «RDN», pp. 180-214.
- DI MARIA G. (2012), *Tanta/Ἐδέωκεν. Quando la retorica assume forma e valore di legge*, in «Mediaeval Sophia. Studi e ricerche sui saperi medievali», 12, pp. 116-140.
- DI PORTO A. (1988), *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*. I. Acque, «BIDR» 91, pp. 459-570.

- EBRARD FR. (1919), *Das zeitliche Rangverhältnis der Konstitutionen De confirmatione Digestorum, Tanta und Δέδοκεν*, «ZRG RA» 40, pp. 113-135.
- EISELE F. (1897), *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, «ZRG RA» 18, pp. 1-43.
- ERNST W. (2024), *D. 9.2.27.14 (Ulp 18 ad Ed): Weed in the Digest*, in J. Sampson, S. Tofaris (ed.), *Essays in Law and History for David Ibbetson*, London, pp. 35-45.
- FALCONE G. (1997), *D. 1.3.13, Pedio, Ulpiano e la lex contractus*, «La-beo» 43, pp. 240-258.
- FERRINI C. (1891), *La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae*, «RISG», 12, 1891 = *Opere*, V, Milano 1930, pp. 191-219.
- FIORI R. (1999), *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli.
- FLINIAUX A. (1926), *Une vieille action du droit romain. L'actio de pastu*, in *Mélanges de droit romain dédiés a Georges Cornil*, I, Gand-Paris, pp. 247-294.
- FRIER B. W. (1980), *Landlords and tenants in imperial Rome*, Princeton.
- GALLO F. (1994), *Alle origini dell'analogia*, in *Diritto e processo nella esperienza romana (Atti del seminario torinese 1991, in memoria di Giuseppe Provera)*, Napoli, pp. 39-86.
- GALLO F. (1995), *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino.
- GALLO F. (2001), *Princeps e ius praetorium*, «RDR» 1, pp. 1-19.
- GENOVESE M. (2016), *Responsabilità aquiliana nell'occidere tramite medicamentum dare dell'ostetrica e/o di altri: notazioni critico-propositive su D. 9.2.9 pr-1 (Ulp. 18 ad ed.)*, in I. Piro (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, III, Tricase, pp. 307-364.
- GERKENS J.-F. (1997), «*Aeque perituris ...*». *Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège
- GERKENS J.-F. (2009), *Réflexions sur le damnum. Damnum et dommage, l'histoire de deux faux amis?*, in A. Ruelle, M. Berlingin (éd.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes*, Bruxelles, pp. 79-99.
- GIACHI C. (2005), *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano.
- GIACHI C. (2023), *Per una storia dell'editto (I-III secolo). Note preliminari*, «TSDP» 16, pp. 1-34.
- GIANGRIECO PESSI M. V. (1995), *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Napoli.
- GI-MÉNEZ-CANDELA T. (1990), *Los llamados cuasidelitos*, Madrid.

- GORIA F. (2005), *Traduzione*, in S. Schipani (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, Milano, pp. 29-69.
- GORIA F. (2010), *Osservazioni sull'uso dell'analogia nei giuristi greci del secolo VI*, in C. Storti (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Atti Convegno Como 2006)*, Napoli, pp. 93-131.
- GRÖSCHLER P. (2002), *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin.
- GRÖSCHLER P. (2011), *Actiones in factum e actiones utiles intorno alla lex Aquilia. Tra metodo interpolazionistico e anti-interpolazionismo*, in M. Miglietta, G. Santucci (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale (Atti Seminario internazionale di diritto romano, Trento 14-15 dicembre 2007)*, Trento, pp. 29-50.
- GUARINO A. (1983), *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del principato romano*, Napoli.
- GUARINO A. (1990), *L'editto in casa Cupiello*, «Labeo» 36, pp. 50-57 = *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, pp. 356-363.
- HARKE J. D. (2016), *Actio utilis. Anspruchsanalogie im römischen Recht*, Berlin.
- ILIFFE J. (1965), *The usufructuary as plaintiff under the lex Aquilia according to the classical jurists*, «RIDA» 12, pp. 325-346.
- KASER M. (1950), *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfenener mit Statuten zur Natur der manumissio vindicta*, «SDHI» 16, pp. 59-85.
- KRAMPE Chr. (1970), *Proculi Epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe.
- KRÜGER P. (1912), *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*², München, Leipzig.
- KUNKEL W. (1967), *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln.
- LAMBRINI P. (2021), *L'interpretazione di 'ope consilio' proposta da Labeone*, «SDHI» 87, pp. 199-207.
- LENEL O. (1889), *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae.
- LENEL O. (1927), *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig.
- LEVY E. (1918), *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin.
- LÜBTOW U. von (1963), *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende actio*, in *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne, pp. 211-223.
- LÜBTOW U. von (1971), *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin.
- LÜBTOW U. von (1984), *Die Aktionen im Umkreis der lex Aquilia*, «Labeo» 30, pp. 317-328.

- MACCORMACK G. (1973), *Celsus quaerit: D. 9.2.27.14*, «RIDA» 20, pp. 341-348.
- MACCORMACK G. (1975), *Aquilian Studies*, «SDHI» 41, pp. 1-78.
- MACCORMACK G. (1982), *Juristic interpretation of the lex Aquilia*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milano, pp. 256-283.
- MACCORMACK G. (1986), *Dolus in the Law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, «SDHI» 52, p. 236-285.
- MACQUERON J. (1971), *Les dommages causés par des chiens dans la jurisprudence romaine*, in *Flores legum H. J. Scheltema antecessori Groningano oblata*, Groningen, pp. 133-153.
- MANFREDINI A. D. (1992), *Misericordia ductus*, «RIDA» 39, pp. 203-232.
- MANFREDINI A. D. (2006), *‘Chi caccia e chi è cacciato ...’ Cacciatore e preda nella storia del diritto*, Torino.
- MANTELLO A. (2010), *L’analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in C. Storti (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Atti Convegno Como 2006)*, Napoli, pp. 3-70.
- MANTOVANI D. (1998), *L’editto come codice e da altri punti di vista*, in E. Dovero (a cura di), *La codificazione del diritto dall’antico al moderno*, Napoli, pp. 129-178.
- MAROTTA V. (2022), *I Fragmenta Augustodunensia e l’insegnamento del diritto nelle Galliae alla fine del IV secolo*, «RDR» 22, pp. 1-26.
- MATTIOLI F. (2010), *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna.
- MAYER-MALY Th. (2002), *Juristische Reflexionen über ius*, II, «ZRG RA» 119, pp. 1-28.
- MEYER P. M., MOMMSEN Th. (1905), *Leges novellae ad Theodosianum peninentes. Theodosiani Libri XVI*, II, Berlin.
- MOMMSEN Th. (1870), *Digesta Iustiniani Augusti*, Berolini.
- MOMMSEN Th., KRÜGER P. (1911), *Corpus iuris civilis. Digesta*¹¹, Berlin.
- NICOSIA G. (1958), *Exceptio utilis*, «ZRG RA» 75, pp. 251-301.
- NÖRR D. (1986), *Causa mortis*, München.
- PALAZZOLO N. (1996), *Il princeps, i giuristi, l’editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto ad Adriano*, in F. Milazzo (a cura di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano (Atti Copanello 1994)*, Napoli, pp. 289-322.
- PARICIO J. (2023), *Salvio Juliano. Vida del jurista y político*, Madrid.
- PERNICE A. (1867), *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar.
- PERNICE A. (1895), *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*², II.1, Halle.

- PIRO I. (2004), *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.
- PIRO I. (2024), *Logica causale e responsabilità aquiliana. Ancora su D. 9.2.7.7 (Ulp. 18 ad ed.)*, «Iura» 72, pp. 332-355.
- REGGI E. (1952), *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, «Studi parmensi» 2, pp. 105-159.
- REGGI E. (1967), *Recensione di E. Bund, Untersuchungen zur Methode Julians (Köln-Graz 1965)*, «Iura» 18, pp. 183-194.
- ROMANO G. (2021), *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, II, Torino.
- ROMANO S. (1933), *Studi sulla derelizione in diritto romano*, Padova = «RDR» 2 (2002), pp. 99-164.
- ROTONDI G. (1914), *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, «Annali Perugia» 28, pp. 107-171 = *Scritti giuridici. II. Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia 1922, pp. 411-464.
- ROTONDI G. (1916), *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, «Riv. dir. comm.» 14 p. I, pp. 942-970; 15 p. I (1917), pp. 236-295 = *Scritti giuridici. II. Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia 1922, pp. 465-578.
- SANNA M. V. (2025), *L'actio de pastu pecoris e il pascolo abusivo*, in M. F. Cursi, M. Giménez-Candela (a cura di), *Animals in Roman Law*, Valencia, pp. 460-484.
- SANTORO R. (1991), *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in N. Bellocchi (a cura di), *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea (Atti del convegno di diritto romano Siena 1989)*, Napoli, pp. 83-124 = *Scritti minori*, I, Torino 2009, pp. 349-390.
- SCARANO USSANI V. (1987), *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano.
- SCHIPANI S. (1969), *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino.
- SCHÜTZE Th. R. (1863), *Von Eigenthumserwerb am Wildergut*, «Jahrbuch des gem. deut. Rechts» 6, pp. 61-115.
- SCIANDRELLO E. (2023), *Exceptiones in factum. Contributo allo studio dell'eccezione nel processo formulare*, Napoli.
- SEGNALINI S. (2008), *Sull'effettivo ruolo dell'analogia e dell'estensione in via decretale nell'editto Carboniano*, «RDR» 8, pp. 1-12.
- SEIDL E. (1971), *Labeos geistige Profil*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milano, pp. 63-81.
- SELB W. (1973), *Actiones in factum und Formeltechnik (Vorbemerkungen zu einer geplanten Untersuchung)*, in *Festschrift H. Demelius. Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart*, Wien, pp. 223-236.

- SELB W. (1977), *Recensione di E. Valiño, Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (Pamplona 1973), «ZRG RA» 94, pp. 429-431.
- SELB W. (1982), *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum am Beispiel Julians*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, pp. 315-350.
- SELB W. (1984), *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano, pp. 727-759.
- SERANGELI S. (1989), *Abstenti, beneficium competentiae e codificazione dell'editto*, Ancona.
- SOLAZZI S. (1899), *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio*, «BIDR» 9, pp. 113-210.
- STOLFI E. (2001), *Studi sui libri ad edictum di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, Milano.
- TALAMANCA M. (1990), *Istituzioni di diritto romano*, Milano.
- M. TALAMANCA (1996), *Interventi e repliche*, in F. Milazzo (a cura di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano* (Atti Copanello 1994), Napoli, pp. 351-354.
- TELLEGEN-COUPERUS O. E. (1995), *The Tenant, the Borrower and the lex Aquilia*, «RIDA» 42, pp. 415-436.
- THIELMANN G. (1982), *Actio utilis und actio in factum zu den Klagen im Umfeld der lex Aquilia*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano, pp. 295-318.
- TORRENT A. (1984), *La ordinatio edicti en la politica juridica de Adriano*, «BIDR», 86-87, pp. 37-63.
- TORRENT A. (2019), *Previsiones aquilianas. II. Actio directa, in factum, utilis, ad exemplum, quasi damni iniuriae legis Aquiliae. Las llamadas acciones mixtas*, «Revista internacional de derecho romano», pp. 327-446.
- VACCA L. (1997), *La 'svolta adrianea' e l'interpretazione analogica*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, II, Torino, pp. 441-480.
- VACCA L. (2007), *L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VII, Napoli, pp. 5727-5746.
- VACCA L. (2010), *L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica*, in C. Storti (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici* (Atti Convegno Como 2006), Napoli, pp. 71-92.
- VALDITARA G. (1992), *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano.

- VALDITARA G. (2004), *Dalla lex Aquilia all'art. 2043 del codice civile*, in F. Milazzo (a cura di), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea (Atti Copanello 2000)*, Napoli, pp. 173-238.
- VALDITARA G. (2005), *Damnum iniuria datum*², Torino.
- VALIÑO E. (1973), *Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia*, Pamplona.
- VALIÑO E. (1974), *Actiones utiles*, Pamplona.
- VAN HOEK J. B. M. (2000), *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, «ZRG RA» 117, pp. 454-472.
- VAN WARMELO P. (1982), *Les actions autour de la loi Aquilie*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, pp. 351-361.
- VINCI M. (2022), *Rapporto di causalità - Rapporti di causalità: riflessioni frammentarie tra diritto penale moderno e giurisprudenza romana*, in L. Garofalo (a cura di), *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive. I. Le discipline generali*, Napoli, pp. 321-356.
- WALLINGA T. (1989), *Tanta/Δέδοκεν: Two introductory constitutions to Justinian's Digest*, Groningen.
- WALLINGA T. (1998), *Das Verhältnis der Konstitutionen Tanta und Δέδοκεν*, «OIR» 4, pp. 228-240.
- WATSON A. (1961), *Actio de dolo and actiones in factum*, «ZRG RA» 78, pp. 392-402.
- WATSON A. (1962), *Two studies in textual history*, «TR» 30, pp. 209-242.
- WESENER G. (1962), *Utiles actiones in factum*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano, pp. 495-505.
- ZILLOTTO P. (2000), *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova.
- ZILLOTTO P. (2024), *Ulp. 23 ad ed. D. 9.3.5.4: breve nota sul regresso dell'habitor contro il deiector*, in L. D'Amati, L. Garofalo (a cura di), *Scritti per Francesco Maria Silla*, Napoli, pp. 813-823.
- ZWALVE W. J. (1983), *Einige Bemerkungen zur Constitutio Tanta/Δέδοκεν § 18*, «TR» 51, pp. 135-149.