

I

LE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI

SOMMARIO: 1. La nozione di fonte d'obbligazione. – 2. La classificazione delle Istituzioni di Gaio.

1. LA NOZIONE DI FONTE D'OBBLIGAZIONE. – Per fonti delle obbligazioni s'intendono i fatti giuridici che le producono.

L'espressione "fonte d'obbligazione" non è romana. I romanisti usano talora, per esprimere il concetto, quella di *causa obligationis*, che ricorre bensì in qualche testo, ma per lo più in altro senso, ad esprimere l'idea della situazione che corrisponde ad un'obbligazione, cioè la consistenza degli obblighi delle parti o il loro regime. Si possono vedere Pomp. D.50,17,27 (*quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure et per pacti conventi exceptionem*); Iav. D.24,1,20 (*in pendenti puto esse causam obligationis*, concetto poi espresso di nuovo con *causam stipulationis*); Paul. D.36,1,41 pr. (la '*causa naturalium obligationum*' transit per effetto della norma del senatoconsulto Trebelliano che dispone il trasferimento delle azioni che *iure civili heredi et in heredem competunt*, norma che deve essere intesa anche come disponente il trasferimento delle azioni pretorie). Nel senso di un'allusione alla fonte dell'obbligazione può essere interpretato il *si ex alia causa perpetuae obligationis* di Scaev. D.3,5,34,3, nonché l'*ulla causa praecesserat debendi* di Pomp. D.15,1,49,2 (cfr. Pomp. D.39,5,26)¹.

A partire almeno dall'epoca di Quinto Mucio i giuristi impiegarono delle classificazioni sistematiche, cioè delle diairesi dialettiche, per presentare le fonti delle obbligazioni². Quella che si legge nelle Istituzioni di Gaio è – per quanto

¹In entrambi questi due ultimi testi *nuda ratio* significa "la sola scrittura nei libri contabili (*rationes*) di per se stessa".

²Per la storia della classificazione delle fonti d'obbligazione (ed anche sulle fonti d'obbligazione in generale) devo rinviare ad alcuni miei vecchi lavori, non senza ricordare che essi vennero ad inserirsi in una rivisitazione della tematica della *divisio obligationum* suscitata dall'acuta sensibilità giuridica del compianto collega, e già da allora amico, Theo MAYER-MALY, in particolare con una conferenza sulla *Divisio obligationum* appunto, pubblicata in *The Irish Jurist*, 2 n. s. (1967), 375 ss. Fra i miei contributi ricordo in particolare: *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in *Sein und Werden im Recht (Festgabe von Lübnow)*, Berlin 1970, 431 ss., ripubblicato nei miei *Scritti scelti di diritto romano*, 213 ss.; *Sulla divisio*

ci risulta – la prima che sia stata concepita come generale, cioè come comprensiva di tutte le obbligazioni previste dal *ius civile*. Come avremo modo di constatare, essa non è né esauriente, né tecnicamente ineccepibile; ciò nonostante è opportuno che la prendiamo come punto di partenza della nostra esposizione perché riveste un'importanza storica tutta particolare. Infatti, da un lato essa rappresenta la sintesi di elementi precedenti facilmente identificabili, dall'altro ha costituito il punto di partenza del filone che ha determinato l'impostazione del problema delle fonti delle obbligazioni sino ai nostri giorni.

2. LA CLASSIFICAZIONE DELLE ISTITUZIONI DI GAIO. – Leggiamo anzitutto, per esteso o *per indicem*, i passi delle Istituzioni gaiane dai quali la classificazione emerge, nel terzo libro dell'opera, a partire dal luogo nel quale la trattazione delle obbligazioni prende inizio:

Gai.3,88: <Nunc transeamus>³ *ad obligationes; quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto. 89: Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*

90: *Re contrahitur obligatio velut mutui datione. <Mutui autem datio>*⁴ *proprie in his [fere] rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum. Quae res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit. 91: Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur. Nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine t<utoris auctoritate>*⁵ *non debitum per errorem datum est, non teneri condic-*

obligationum nel diritto romano repubblicano e classico, in Iura 21(1970), 52 ss. (*Scritti scelti I*, 237 ss.); *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico*, in TARELLO (ed.), *Materiali per una storia della cultura giuridica IV*, Bologna 1974, 37 ss. (*Scritti scelti I*, 265 ss.); anche la voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto*⁴. *Sez. civile XII*, Torino 1995, 418 ss. (i paragrafi 3-9). Si può vedere anche un mio (più recente) scritto civilistico (*Sulle fonti delle obbligazioni*), pubblicato nel *Trattato della responsabilità contrattuale diretto da Giovanna Visintini I: inadempimento e rimedi*, Padova 2009, ripubblicato nei miei *Scritti scelti III* (Torino 2014), 221-260, nonché, infine, il volume *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino 2008.

³ Integrato in base a I.3,13 pr.

⁴ Integrato in base a I.3,14 pr.; vedi anche res cott. D.44,7,1,2.

⁵ Cfr. I.3,14,1.

tione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat magis distrabere vult negotium quam contrahere.

92: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione ...* [La trattazione dell'obbligazione che *verbis fit* prosegue sino al § 127; vi si tratta della *stipulatio*⁶, ma nei § 95a-96, assai lacunosi⁷, si faceva menzione, come casi di fonte d'obbligazione contratta con dichiarazione verbale di uno solo dei due soggetti interessati (*uno loquente*), della *dotis dictio* (§ 95a) e del *iusiurandum liberti* (§ 96).]

128: *Litteris obligatio fit veluti nominibus transscripticiis ...* [La trattazione relativa ai *nomina transscripticia* prosegue sino al § 133.] 134: *Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.*

135: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.* 136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.* 137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.* 138⁸: *Sed absenti expensum ferri potest, etsi verborum obligatio cum absente contrahi non possit. ...* [La trattazione delle obbligazioni che *consensu fiunt* prosegue fino al § 162, così articolata: *emptio venditio* § 139-141; *locatio conductio* § 142-147; *societas* § 148-154; *mandatum* § 155-162; di seguito Gaio inserisce due digressioni: la prima (§ 163-167) sull'acquisto per mezzo di altri, la seconda (§ 168-181) sui modi di estinzione delle obbligazioni.]

182: *Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit; quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.* [La trattazione analitica delle obbligazioni da delitto prosegue sino alla fine del terzo libro (§ 225).]

⁶ Cioè degli argomenti già trattati nel vol. II,1, cap. Va, § 1-5.4

⁷ Gli istituti qui menzionati risultano già dai frammenti di testo che ci rimangono, ma il tenore letterale del testo doveva essere abbastanza simile a quello di Gai ep.2,9,3-4; cfr. Ulp.6,2.

⁸ Si ammette in genere l'idea del Krüger che considerava il § 138 proveniente da un glossema. Infatti, anche se la frase, che riprende la seconda parte del § 136, non ne rappresenta una semplice ripetizione perché la completa con un chiarimento, essa è inserita palesemente fuori luogo.

Traduco quanto sopra riportato; quanto alle annotazioni che vi ho inserito fra parentesi quadre, le riprendo riducendole all'essenziale.

“88: Passiamo ora alle obbligazioni⁹, la divisione principale delle quali si articola¹⁰ in due specie: qualunque obbligazione, infatti, nasce o da contratto o da delitto. 89: E occupiamoci anzitutto di quelle che nascono da contratto. Di queste esistono quattro generi: infatti l'obbligazione si contrae¹¹ o *re*¹² o *verbis* (= con parole dette) o *litteris* (= con parole scritte) o *consensu* (= col consenso, cioè con l'accordo informale delle parti).

90: L'obbligazione si contrae *re* come nel caso in cui si dia a mutuo¹³. Il dare a mutuo ha luogo esclusivamente con riguardo alle cose che vengono in considerazione per il peso, il numero o la misura¹⁴, quali denaro, vino, olio, granaglie, bronzo, argento, oro. Contandole, misurandole o pesandole¹⁵, queste cose le diamo con l'intesa che esse passino in proprietà di colui che le riceve e che in un momento successivo ci vengano restituite, non esse stesse, ma altre di ugual natura. Questa è anche la ragione per la quale (questo negozio) è stato chiamato mutuo, in quanto quel che da me ti è stato dato da mio diventa tuo¹⁶. 91: È obbligato *re* anche chi ha ricevuto un indebitato da colui che

⁹ Vedi nel vol. II,1, p. 11 (cap. V § 1, presso la n. 1).

¹⁰ Ad evitare un frequente equivoco, sottolineo che il verbo *diducere* che Gaio usa (*diducitur*) non è una variante di *deducere* (*de-ducere*: “condurre dall'alto verso il basso” e quindi “far discendere, dedurre”): *diducere* (*dis-ducere*) significa “condurre in direzioni diverse” e quindi contiene l'idea del “separare, distinguere”.

¹¹ Dicendo che una *obligatio* ‘*contrahitur*’ (un'obbligazione «si contrae»), Gaio usa qui intenzionalmente un verbo (*contrahere*) adatto non solo ad esprimere l'idea che un soggetto “risulta obbligato”, cioè «contrae un'obbligazione», come si dice che uno contrae un debito (*contrahere aes alienum*: vedi Cic., Cat.2,2,4) o anche si contrae una malattia (*morbum*: Plin., n. h.30,21,65; vedi anche Plin., n. h.36,69,202); il verbo *contrahere* è direttamente allusivo al *contractus*, termine che altro non è se non il suo participio passato sostantivato (con forma di quarta declinazione).

¹² Preferisco non tradurre l'espressione *re* (*re contrahere obligationem*), perché, come vedremo, il suo senso preciso non può essere reso con una traduzione. Volendo farlo si potrebbe dire che (l'obbligazione si contrae) “per effetto di una cosa” ovvero, volendo essere più aderenti a quel che Gaio forse pensava in questo contesto, “col fatto che è stata data una cosa (trasferita la proprietà di una cosa)”.

¹³ Letteralmente, *mutui datione* significa “con la dazione (impiego per chiarezza questo sostantivo, anche se in italiano esso deve considerarsi desueto o di gergo, e già così lo registrava il Tommaseo) di una cosa prestata”, o più precisamente “mutuata”, perché le locuzioni costruite con *mutuus* (-a, -um) alludono in ogni caso al prestito a consumo (mutuo), e mai al prestito d'uso (comodato = *commodatum*). Il termine *mutuus* è un aggettivo, che significa “dato a mutuo” (ad esempio, *pecunia mutua*, “denaro mutuato, dato a mutuo”; *pecuniam mutuam dare*, “dare denaro a mutuo”); ne è provenuto il sostantivo neutro *mutuum* col significato di “cosa data a mutuo”, e anche “mutuo” in genere, per cui l'ablativo *mutuo* assume il senso di “a titolo di mutuo”.

¹⁴ Si tratta cioè delle cose che noi diciamo fungibili. Vedi nel vol. II,1, p. 197 presso le n. 401-402.

¹⁵ Per coerenza con quanto precede, l'ordine dovrebbe essere “pesandole, contandole, misurandole”.

¹⁶ Con questa frase Gaio dà credito ad un'etimologia popolare del vocabolo *mutuum* (*meum-tuum* = *ex meo tuum*, come se in italiano dicessimo che mutuo deriva da “mio-tuo = da mio [diviene] tuo”). Si tratta di un'etimologia fantasiosa, che sull'analogia varroniana di *nexum* (da *nec-suum*: vol. II,1, p. 48 con la n. 141) ha il solo vantaggio di non essere anche sbagliata nella sostanza giuridica.

gliel'ha pagato per errore. In effetti, si può esercitare contro di lui (per pretendere la restituzione di quanto gli si è pagato) la *condictio* con l'*intentio* 'si paret eum dare oportere' (= se risulta che egli deve dare) esattamente come se (quel che gli è stato erroneamente pagato lo) avesse ricevuto a mutuo. Perciò alcuni ritengono che un pupillo o una donna, ai quali sia stato dato per errore un indebito, non siano tenuti con la *condictio* più di quanto non lo sarebbero se fosse loro stato dato a mutuo. Ma questa specie di obbligazione (cioè: l'obbligazione alla restituzione dell'indebito) non appare formarsi da contratto, perché colui che dà con l'intento di pagare vuole piuttosto por fine ad un affare (*distrabere negotium*) che non farlo in essere (*contrahere negotium*).

92: L'obbligazione nasce *verbis* (da parole dette) per effetto di una domanda e una risposta ... [da questo punto e fino al § 127 Gaio parla della *stipulatio*, di cui si è detto nel vol. II,1 cap. Va § 1-5.4, intercalando però la menzione di due atti obbligatori la cui forma consiste nella sola dichiarazione della parte che si obbliga: la costituzione formale della dote (*dotis dictio*) e il giuramento (*iusiurandum*) del liberto al patrono¹⁷.]

128: L'obbligazione nasce *litteris* (da parole scritte, cioè da una scrittura) come nel caso dei *nomina transscripticia* [di questi – vale a dire dell'*expensilatio* – Gaio tratta fino al § 133.]. 134: Oltre a questo caso un'obbligazione letterale risulta nascere da chirografi e singrafi, cioè nel caso in cui alcuno scriva di dovere o che darà, beninteso se per quello stesso titolo non abbia luogo una *stipulatio*. Ma si tratta di un genere d'obbligazione riservato a stranieri.

135: L'obbligazione nasce dal consenso (= dall'accordo delle parti) nei casi di compravendita, locazione conduzione, società, mandato. 136: E se diciamo che in codeste quattro fattispecie le obbligazioni si contraggono col consenso, è per la ragione che in esse non si esige alcuna particolare formalità orale o scritta, ma basta che coloro che gestiscono l'affare abbiano raggiunto l'accordo. Sicché tali negozi si concludono anche tra assenti, per lettera o mediante un messaggero, mentre l'obbligazione verbale non può invece formarsi fra assenti. 137: Ancora, in questi contratti ciascuna parte risulta obbligata rispetto all'altra alle prestazioni che l'una deve eseguire a favore dell'altra *ex bono et aequo*¹⁸, mentre invece nelle obbligazioni verbali una parte stipula e l'altra promette, come nei *nomina transscripticia* una parte, facendo l'*expensilatio*, obbliga l'altra, e l'altra risulta obbligata. 138: Però l'*expensilatio* può farsi nei confronti di un assente, benché un'obbligazione verbale non possa contrarsi con un assente. [Segue la trattazione dei quattro contratti consensuali menzionati – compravendita, locazione, società, mandato – fino al § 162. Dopo di che Gaio inserisce una digressione sull'acquisto per mezzo di altri, nonché la trattazione dei modi di estinzione delle obbligazioni (§ 168-181: vedi vol. II,1 cap. Va § 6-6.5).]

182: Passiamo ora alle obbligazioni che nascono da delitto, come quando alcuno abbia effettuato un furto, rapinato dei beni, cagionato danno (a cose), commesso *iniuria* (aggressione ad un uomo libero); l'obbligazione che riguarda tutti questi casi consiste di un unico genere, mentre le obbligazioni da contratto si distinguono in quattro generi,

¹⁷ Per questo giuramento obbligatorio si veda Gai. ep.2,9,4 (è il luogo corrispondente alla seconda parte di Gai.3,96) e Ven. D.40,12,44 pr.

¹⁸ Preferisco non tradurre *ex bono et aequo*. Di per se stessa l'espressione alluderebbe ad una determinazione secondo equità del contenuto delle prestazioni dovute da ciascuna parte: ma, come vedremo, con quelle parole Gaio si riferisce al diverso criterio della buona fede. Sarebbe stato più semplice e preciso, in effetti, che egli scrivesse '*quod alterum alteri ex fide bona praestare oportet*', in coerenza con l'*intentio* della formula delle azioni che sanzionavano i contratti consensuali.

come sopra abbiamo esposto. [Gaio prosegue illustrando le quattro specie delle obbligazioni da delitto, fino al § 225, col quale conclude la trattazione delle obbligazioni e insieme il terzo libro del suo manuale istituzionale]

Come si vede, la classificazione delle fonti d'obbligazione non è soltanto enunciata all'inizio della trattazione istituzionale che Gaio fa della materia (Gai.3,88-89): essa ne regge tutta l'esposizione, come ossatura sistematica. Questo schema gaiano, con i suoi pregi e i suoi difetti, sarà per noi un punto di riferimento costante in tutto questo libro: e saranno magari proprio i difetti ad offrirci l'occasione per certi approfondimenti importanti della materia. In ogni caso, dovremo infine riuscire a comprendere bene che cosa Gaio intendesse dirvi, e perché – per quali ragioni storiche o dommatiche – lo dicesse. Nel primo approccio che ne faremo in questo primo paragrafo mi limito ad esporre alcune osservazioni preliminari: [A] sull'impiego, che Gaio vi fa, dei concetti diairetici di genere e specie, [B] sulla nozione di *contractus* che Gaio vi adotta, [C] sui criteri in base ai quali Gaio effettua le sue *divisiones* (diairesi).

[A] La prima osservazione. È ovvio notare – lo si fa sempre, perché la cosa si vede *ictu oculi* alla prima lettura dei due paragrafi iniziali – che nella costruzione diairetica gaiana è invertito l'ordine dei generi e delle specie: Gaio divide la materia delle obbligazioni in due specie (obbligazioni da contratto e obbligazioni da delitto), e poi divide la specie delle obbligazioni da contratto in quattro generi (*re, verbis, litteris, consensu*); quanto alla specie delle obbligazioni da delitto fa poi (Gai.3,182), dal punto di vista logico, la stessa cosa, anche se solo per dire che non v'è diairesi per queste obbligazioni, sicché le considera come consistenti in un unico genere. Ora, questa impostazione di Gaio – con la *divisio* in *species* che precede quella in *genera* – non rappresenta un suo errore, bensì una sua scelta¹⁹. Si tenga anzitutto presente che la classificazione adottata da Gaio viene ad ordinare il contenuto della materia trattata (le obbligazioni o, se vogliamo: l'obbligazione) su tre livelli: il più alto (la *summa divisio*) è quello delle nozioni di obbligazione da contratto e obbligazione da delitto; sotto di questo sta il livello delle nozioni di obbligazione contratta *re*, obbligazione contratta *verbis*, obbligazione contratta *litteris*, obbligazione contratta *consensu*, alle quali non corrispondono, per le obbligazioni da delitto, concetti equivalenti; il terzo livello è quello della tipologia dei contratti e dei delitti (mutuo, *stipulatio, nomen transscripticium*, compravendita, locazione, società, mandato; furto, rapina, danno aquiliano, *iniuria*). Ora, lo strumentario concettuale della dialettica non aveva tre nozioni diairetiche per tre livelli, ma soltanto due: *genus* e *species*.

¹⁹ La spiegazione che propongo è piuttosto orientata nel senso di quella del MARTINI, *Genus e species nel linguaggio gaiano*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz* I, Napoli 1964, 462 ss., che non in quello di ORESTANO, *Obligaciones e dialettica* (1959), in ORESTANO, *Scritti* III, Napoli 1998, 1343 ss.

Ciò non rappresentava una difficoltà operativa²⁰, perché nulla vieta di riprendere la classificazione a partire da qualunque punto del già classificato. Per esempio, Gaio avrebbe potuto operare così: l'oggetto della sua analisi essendo l'*obligatio*, dopo averla divisa nei due *genera* dell'*obligatio ex contractu* e *ex delicto*, avrebbe potuto ripartire dall'*obligatio ex contractu* come (nuovo) oggetto di analisi e dividerla nei *genera* delle obbligazioni *re, verbis, litteris, consensu contractae*, sicché poi mutuo, *stipulatio*, vendita etc. sarebbero venuti a rappresentare le specie di questi generi. In altre parole, gli strumenti operativi dei *genera* e delle *species* sono sufficienti per operazioni diairetiche di qualunque estensione; essi diventano insufficienti solo quando lo scopo dello scienziato sia quello di presentare in un unico panorama contestuale tutto il contenuto del campo osservato, con tutte le diairesi possibili. Per questo le scienze naturali moderne, specie a partire dal XVIII secolo, hanno ampliato la gamma delle categorie disponibili nelle classificazioni con più livelli, introducendo ad esempio quelle di famiglia, ordine e classe.

Ora, siccome Gaio voleva presentare un sistema unitario osservabile, per così dire, con un unico colpo d'occhio, doveva necessariamente impiegare (non era stato il primo a farlo) gli strumenti disponibili in sequenza continua, senza ripartire da zero, cioè senza considerare come (nuovo) punto di partenza per l'operazione diairetica un'entità già prima definita come genere o come specie. Accettato tutto ciò, non solo non ha molto senso criticare Gaio perché stabilisce la sequenza delle sue diairesi nell'ordine *species-genus-species* invece che *genus-species-genus*. D'altra parte, per scegliere come ha scelto, egli aveva due imprescindibili ragioni: anzitutto che la diairesi delle obbligazioni *re, verbis, litteris, consensu*, almeno per i primi tre membri, era già stata stabilita fin dall'epoca di Quinto Mucio come serie di *genera* di obbligazioni, e non era certo il caso di definirla diversamente; in secondo luogo, la tipologia finale delle singole fonti (mutuo, *stipulatio*, vendita, locazione etc., ed i singoli delitti, cioè furto, rapina etc.) dovevano risultare come una serie di *species*²¹, trattandosi degli individui finali non divisibili di tutta la classificazione, così com'era concepita.

Cioè come sistematica generale delle obbligazioni, che giunge dunque a collocare nel sistema le diverse fattispecie contrattuali o delittuali, cioè i diversi tipi di contratto o delitto. La descrizione speciale di ciascun tipo potrà comportare che esso sia fatto oggetto di diairesi ulteriori, ma il singolo tipo costituirà allora il punto di partenza di una nuova

²⁰ Un'esposizione, semplice ma – credo – sufficientemente chiara, di modi e scopi della *divisio* per *genera* e *species* è presente in CANNATA, SG I, 218 ss. Nella letteratura romanistica l'opera principale che riguarda questa tematica è comunque quella – alquanto difficile per vero – del TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, Roma 1977 (da: *Colloquio italo-francese: La filosofia greca e il diritto romano (1973)* II. *Accademia nazionale dei Lincei*, Quaderno N. 221).

²¹ Per vero, Gaio parla rispettivamente di *species* e *genera* per i due primi livelli; degli elementi dell'ultimo – quello della tipologia dei contratti e dei delitti – non qualifica formalmente in modo espresso la loro posizione nella classificazione, anche se il fatto che si tratti di *species* emerge con chiarezza dall'insieme della sua costruzione, ed anche espressamente almeno nel '*Sed haec species obligationis*' di Gai.3,91.

operazione che si ridurrà ad una *divisio in genera*. Gaio stesso riferisce della discussione sui “generi di furto” (*genera furtorum*: Gai.3,183), citando in proposito le opinioni di Servio, Labeone e Sabino.

[B] La seconda osservazione preliminare. La *divisio* iniziale (*summa divisio*) di Gaio è fatta con riferimento alle nozioni di contratto (*contractus*) e delitto (*delictum*). Quel che richiede un chiarimento, è il senso in cui Gaio impiega il termine *contractus*; infatti, la sua terminologia è in proposito varia, perché egli non parla solo di *obligatio* che “nasce da contratto” (*ex contractu nascitur*, § 88; *obligationes quae ex contractu nascuntur*, § 89), ma anche di *obligatio* che *contrahitur*²². Potrebbe provenirne il sospetto che Gaio si esprimesse in questo modo perché quel ch’egli contrapponeva all’obbligazione da delitto era genericamente l’obbligazione originata da qualunque altro fatto che non sia un delitto; come si dice talora oggi: ogni obbligazione da fatto lecito²³. Ma certamente non è così. La nozione di *contractus* che Gaio impiega nella sua *divisio obligationum* si definisce come un accordo delle parti diretto alla produzione d’obbligazioni. La certezza di questa conclusione ce la fornisce Gaio stesso, come suol dirsi, *apertis verbis*. Leggendo sopra il § 91 della sua trattazione, si è visto che egli giustificava l’opinione di coloro che ritenevano non necessaria l’*auctoritas tutoris* perché un pagamento indebito ricevuto da un pupillo o da una donna producesse l’obbligazione di restituire al *solvens* quanto ricevuto, scrivendo: ‘*Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat magis distrabere vult negotium quam contrahere*’. Non si tratta di un semplice enunciato; Gaio vi compie un’analisi dommatica precisa del pagamento: colui che paga non ha la volontà di ‘*contrahere negotium*’, cioè di “porre in essere (con l’altro che riceve il denaro) un affare”, bensì quella di ‘*distrabere negotium*’, ‘eliminare un affare (già instaurato con il suo partner)’. Ora, siccome da questo Gaio trae la conseguenza che l’obbligazione di restituire l’indebito non va considerata “prendere esistenza da un contratto” (*non videtur ex contractu consistere*), ciò significa appunto che il contratto è per Gaio un affare posto in essere da un soggetto con un altro soggetto. La cosa si fa ancor più chiara considerando che nel contesto di questa frase il contratto preso in considerazione come punto di partenza era il mutuo, e l’aspetto contrattuale del mutuo dipende dall’accordo fra le parti sulla causa (*causa credendi*) della prestazione del denaro (o delle altre cose mutate); ma anche il pagamento consiste in una *traditio* accompagnata dall’accordo causale (sulla *causa solven-*

²² Gai.3,89; 90. Vedi anche sopra, n. 11. Sul significato di *contrahere* e *contractus* si veda l’accurata indagine del WUNNER, *Contractus*, Köln/Graz 1964, 4-42.

²³ L’espressione “obbligazione da fatto lecito” non è scorretta, come lo è invece quella di “responsabilità da fatto lecito” (vedi CANNATA, *Sul problema*, 5 s.), quando vuole indicare la responsabilità da inadempimento (o cattivo adempimento), il quale è pur sempre un illecito.

di)²⁴: ed è proprio a questi accordi che evidentemente si riferisce Gaio per affermare che il pagamento non costituisce un contratto: perché non c'è volontà diretta a creare obbligazioni, mentre nel mutuo questa volontà esiste. Del resto, che Gaio considerasse *ex contractu* le obbligazioni che dipendono da un accordo delle parti diretto a crearle risulta anche in modo chiaro dal fatto che tutti i tipi di fonti d'obbligazione *ex contractu* di cui egli parla implicano un simile accordo – anche la *dotis dictio*, il *iusiurandum liberti* e i chirografi –, salvo beninteso il pagamento d'indebito, che egli, e proprio per questa ragione, esclude espressamente dal novero dei contratti (*haec species obligationis non videtur ex contractu consistere*).

[C] La terza osservazione preliminare. Si tratta ora di determinare quale sia il criterio in base al quale sono stabilite le due prime diairesi della classificazione, e cioè che cosa differenzi le obbligazioni da contratto da quelle da delitto, e cosa permetta di distinguere tra loro le obbligazioni contrattuali che si formano *re, verbis, litteris e consensu*. Quanto alle diairesi del terzo livello, è chiaro che i singoli contratti si differenziano per la natura dell'affare che ciascuno realizza e i singoli delitti per la natura della condotta sanzionata: in altre parole, a ciascuno dei tipi (*species*) di contratto o delitto corrisponde una fattispecie diversamente definita.

Ma cerchiamo di impostare tutto il discorso in modo più preciso.

Finora ho piuttosto insistito sul fatto che la classificazione gaiana che stiamo studiando è una classificazione delle fonti delle obbligazioni. In realtà – basta leggerne l'inizio – essa è formalmente impostata come classificazione delle obbligazioni: *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur ...* Certo, in sostanza, tutta questa '*divisio obligationum*', questa "classificazione delle obbligazioni" è stabilita con riferimento alle loro fonti ed è concepita come un discorso sulle fonti: la stessa *divisio* iniziale (*summa divisio*) è infatti già indicata con riferimento al modo in cui un'obbligazione *nascitur*: come l'obbligazione "nasce", cioè si produce, viene ad esistere. Tuttavia, dicendo che qualunque obbligazione nasce da contratto o da delitto (*vel ex contractu vel ex delicto*), la diairesi che si propone ha sempre per oggetto le obbligazioni, sicché la differenza tra le due *species* non va cercata in una differenza tra contratto e delitto, ma tra obbligazione da contratto e obbligazione da delitto. Se così stanno le cose, Gaio doveva pensare che la differenza fra le due specie sta nel fatto che l'obbligazione da contratto è sanzionata con azione reipersecutoria e l'obbligazione da delitto con azione penale. A questa idea conduce anche la stretta omogeneità dei concetti che Gaio impiegava nella *summa divisio* delle obbligazioni e di quelli che fondavano il discorso che nelle Istituzioni si legge più avanti, all'inizio del quarto libro, dove si classificano le azioni.

²⁴ Vedi nel vol. II,1 p. 285 (in fine, dopo la n. 705) s.; anche vol. I p. 310 s.

Ritengo vera questa affermazione, anche se per accettarla si deve superare una difficoltà che proviene dall'esposizione di Gaio relativa alle azioni. (Devo avvertire il lettore che questa digressione esplicativa sarà alquanto lunga e complessa: se, dunque, il lettore intende seguire il filo principale del discorso che sto conducendo, può saltare interamente tutto il presente brano scritto in caratteri piccoli).

Riferisco anzitutto sinteticamente quanto si legge in Gai.4,1-9, riportando gli enunciati che ora specialmente ci interessano:

Gai.4,1: <Superest ut de actionibus loquamur. Et si quaeramus>²⁵ quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam. ...²⁶. 2: In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.

Traduco: “Resta da parlare delle azioni. E se ci chiediamo quanti siano i generi delle azioni, sembra più corretto (dire) che sono due: (le azioni) *in rem* e (le azioni) *in personam*. ... 2: È *in personam* l'azione che esercitiamo contro uno che è obbligato verso di noi da contratto o da delitto, cioè quando la nostra pretesa (espressa nell'*intentio* della formula che usiamo) è che (il convenuto) deve *dare facere praestare*²⁷”.

Siccome quelle che ci interessano sono le azioni *in personam*, possiamo tralasciare qui il § 3, dove Gaio definisce le azioni *in rem*²⁸, ed anche i seguenti §§ 4-5, che riguardano bensì le azioni *in personam*, ma per aspetti particolari che toccheremo altrove. Quelli che ancora ci interessano in modo particolare sono i §§ 6-9, dove Gaio distingue tra azioni reipersecutorie e azioni penali. Noterò subito, prima di iniziare la lettura, che Gaio sembra applicare questa distinzione solo alle azioni *in personam*, mentre in realtà essa rappresenta ancora una *divisio* di tutte le azioni²⁹; però, l'atteggiamento di Gaio non dà luogo, alla fin fine, ad equivoco alcuno perché, essendo le azioni *in rem* tutte reipersecutorie³⁰, la differenza tra i due generi delle azioni reipersecutorie e delle azioni penali si appalesa unicamente in rapporto alle azioni *in personam*. La lettura dei testi relativi a quanto ho detto or ora ci offre però subito una sorpresa, perché in realtà Gaio non enuncia una diaresi in due generi (azioni reipersecutorie, azioni penali), ma in tre generi, perché accanto alle azioni reipersecutorie e a quelle penali egli ne individua altre, che rivestono insieme carattere reipersecutorio e penale, sicché risultano, in questa prospettiva, da classificare come “azioni miste”³¹. Solo che, come potremo facilmente constatare, questa categoria delle azioni “miste” rappresenta con ogni probabilità un'aggiunta fatta da Gaio stesso ad una divisione tradizionale, ed un'aggiunta assai mal co-

²⁵ Così integrava lo HUSCHKE, basandosi su I.4,6 pr.

²⁶ Nel seguito della frase Gaio riferiva e criticava una diversa tesi che divideva le azioni in quattro generi. Vedi vol. II,1 p. 124 con la n. 124.

²⁷ Di questa triade dei verbi che indicano la prestazione dovuta si è parlato nel vol. II,1 cap. V § 1 (p.14 s.), trattando di Paul. D.44,7,3 pr., dove essa pure ricorre (vedi anche, su *praestare*, p. 132 ss., a proposito di Ulp. D.21,2,31). Va notato che se i tre verbi, considerati nel loro insieme, esprimono bene il carattere della prestazione come possibile oggetto di un'obbligazione, essi non sono adatti a descrivere, come invece fa Gaio, il tenore dell'*intentio* di un'*actio in personam*, perché il verbo *praestare* non vi compariva mai.

²⁸ Lo abbiamo considerato nel vol. I cap. IVc (p. 399 ss.).

²⁹ Cfr. I.4,6,16.

³⁰ Cfr. I.4,6,17.

³¹ Così le denomineranno in effetti gli autori delle Istituzioni imperiali: I.4,6,16, e così fanno ancor oggi i romanisti.

struita, la quale conduce ad una vera e propria sciatteria dommatica. Seguiamo comunque quanto egli scrive:

Gai.4,6: *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam. 7: Rem tantum persequimur velut actionibus, <quibus> ex contractu agimus. 8: Poenam tantum <per>sequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum: nam ipsius rei et vindicatio et condictio competit. 9: Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem iudicat<i>, depensi, damni in<iuri>ae <legis> Aqu<ili>ae, a<ut> legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt.*

La traduzione: “Talora agiamo in giudizio per ottenere unicamente la cosa³², talora per ottenere unicamente una pena, altre volte per ottenere tanto la cosa quanto una pena. 7: Perseguiamo solo la cosa come con le azioni che esercitiamo in base ad un contratto (*ex contractu*). 8: Perseguiamo solo una pena come con l’azione di furto (*actio furti*) e d’ingiurie (= aggressioni alla persona; è l’*actio iniuriarum*) e secondo l’opinione di alcuni anche con l’azione per la rapina (*actio vi bonorum raptorum*): infatti per (riottenere) la cosa stessa ci spetta tanto la *rei vindicatio* quanto la *condictio*³³. 9: Cosa e pena le perseguiamo entrambe nei casi³⁴ nei quali agiamo *in duplum* contro il convenuto che non

³²La parola *res* (cosa) qui, come nell’aggettivo *reipersecutoria* (attributo di *actio* nell’espressione *actio reipersecutoria*) o nell’espressione *rei persecutio*, sta a significare l’oggetto (entità economica) che l’attore pretende spettargli, e si contrappone alla pena (*poena*), in quanto questa rappresenta solo la punizione del convenuto quale autore di un delitto. Questa differenza non può essere compresa se si osservano i fenomeni sotto il profilo della sostanza, perché così anche la pena rappresenta una somma di denaro che spetta all’attore in quanto dovutagli in forza di un’obbligazione. La differenza emerge invece sotto il profilo processuale, perché lo scopo dell’azione reipersecutoria è di restaurare l’equilibrio patrimoniale che l’ordinamento prevede e protegge, e che risulta compromesso, mentre lo scopo dell’azione penale è quello di punire il convenuto per aver commesso un’infrazione che l’ordinamento prevede e punisce come tale. Dal punto di vista delle strutture, dunque, l’attore di un’azione penale agisce nell’interesse pubblico, per realizzare la punizione, prevista dalla legge o dall’editto pretorio, di un delinquente; il fatto che il convenuto sia condannato a pagare la pena all’attore e non alle casse dello Stato costituisce solo lo strumento tecnico per compensare l’attore di questa sua attività nell’interesse pubblico. Su tutto ciò ritorneremo più avanti, a suo luogo. Quanto alle locuzioni alle quali mi riferivo all’inizio di questa nota, va detto che quella di *actio reipersecutoria* è estranea alle fonti, che non impiegano del tutto l’aggettivo *persecutorius* (nelle fonti latine antiche, giuridiche e no, esso è presente solo in C.10,74,1 pr. a. 409, nella forma *persecutoria*, ma il corrispondente – originale – C.Th.12,8,1 ha invece *prosecutoria*): essa è una creazione dei romanisti, che usano anche correntemente “azione reipersecutoria” in italiano; si legge anche “sachverfolgende Klage” in tedesco e “action réipersécutoire” in francese.

³³Gaio argomenta, per dimostrare il carattere puramente penale (= di *persecutio poenae*) di queste azioni, dal fatto che per perseguire la restituzione della cosa rubata (cioè per la *rei persecutio*) l’attore ha a disposizione altre azioni reipersecutorie (*rei vindicatio* e *condictio*), che concorrono (in concorso cumulativo) con l’azione penale. Questa argomentazione vale però evidentemente solo per l’*actio furti* e l’*actio vi bonorum raptorum*; nel caso dell’*actio iniuriarum* non ci sarebbe nulla da rivendicare né da *condicere*.

³⁴Il lettore avrà notato che, nell’insieme dei testi che abbiamo letto in questo § 1, Gaio introduce spesso le sue enumerazioni con *velut(i)*, congiunzione che in se stessa significa “come; per

confessi, il che avviene con l'*actio iudicati*³⁵, con l'*actio depensi*³⁶, con l'*actio ex lege Aquilia* per il danneggiamento³⁷, o per l'azione che spetta per i legati con oggetto certo lasciati *per damnationem* (= con effetto obbligatorio)³⁸.”

Ora, uno sguardo alle fonti escerpate dai compilatori nel Digesto ci permette di stabilire con sufficiente certezza che i giuristi impiegavano bensì le nozioni di azione reipersecutoria e azione penale nello stesso senso che queste assumono in Gai.4,6-8, ma vediamo anche altrettanto chiaramente che l'idea delle azioni nelle quali tanto l'aspetto reipersecutorio quanto quello penale sono presenti era del tutto diversa da quella descritta in Gai.4,9. Dalle stesse fonti – alle quali appartengono pure alcuni passi dello stesso Gaio, ma tratti da opere diverse dalle Istituzioni – si ricava altresì l'impressione che, se alle nozioni di azione penale e reipersecutoria corrispondevano bensì due concetti dommatici, questi concetti non erano usati come *genera* di una *divisio* (diairesi) delle azioni³⁹: ma, se questa può restare un'impressione, appare invece del tutto certo che nella mente dei giuristi non aveva posto un *tertium genus* di azioni miste – comunque denominate –: solo essi sottolineavano talora che in certe azioni penali è presente pure una *rei persecutio*, o viceversa che certe azioni reipersecutorie posseggono qualche connotato che le avvicina alle azioni penali. Un concreto sguardo sulle fonti principali chiarirà quanto sto dicendo.

a) In una serie di testi, parlandosi di un singolo tipo di azione, si dice che tale azione *rei persecutionem continet* per stabilire che non si tratta di un'azione penale, e quindi si trasmette all'erede del soggetto al quale spetta, si dà contro l'erede del soggetto che ne risulta passivamente legittimato⁴⁰, e, nel caso si tratti di azione pretoria, essa è perpetua e non annale⁴¹. Come testi concepiti in questo senso possiamo cita-

esempio; ad esempio come”: ma Gaio l'impiega indifferentemente dove l'enumerazione sia palesemente esemplificativa (Gai.3,92; 4,7) e dove essa sia esauriente o almeno lo dovrebbe essere secondo il suo modo di vedere (Gai.3,90; 3,128; 3,182). Io ho seguito, nella traduzione, questo suo modo di esprimersi, ma non nel punto al quale si riferisce la presente nota, dove Gaio ha bensì scritto *velut*, ma è evidente che, se appare esemplificativa l'enumerazione dei tipi che segue *quod accidit*, esemplificativa secondo lui non vuol essere l'indicazione che identifica la categoria delle azioni con le quali *rem et poenam persequimur* con l'insieme delle azioni nelle quali ha luogo la litiscrescenza, se almeno le s'intende – ma Gaio non poteva ragionare altrimenti – di azioni in se stesse reipersecutorie.

³⁵ Sull'*actio iudicati* vedi vol. I p. 120; vedi anche vol. II,1 p. 51 ss.

³⁶ Per l'*actio depensi* vedi nel vol. II,1 p. 152 n. 211.

³⁷ Dell'*actio ex lege Aquilia* e del *damnum iniuria datum* parleremo ampiamente a suo luogo, ma vedi già brevemente qui, *infra*, nel brano che s'inizia presso la n. 82.

³⁸ L'allusione è all'*actio ex testamento certi*, di cui si parlerà a suo luogo.

³⁹ Vedi anche le considerazioni del WACKE, *Actio rerum amotarum*, Köln/Graz 1963, 115 s.

⁴⁰ Quelli della limitata trasmissibilità attiva e dell'intrasmissibilità passiva erano caratteri delle azioni penali: se ne parlerà espressamente a suo luogo.

⁴¹ La regola che, secondo l'insieme delle fonti escerpate nel Digesto, era applicata dalla giurisprudenza classica era nel senso che le azioni penali pretorie erano esperibili entro l'anno (la regola fu definita da Cassio, secondo Ulp. D.44,7,35 pr., dove *'ut tamen-similibus'* è difficilmente comprensibile e deve ritenersi corrotto), e non tutte le azioni pretorie, come invece parrebbe dire Gai.4,110-111, dove l'enunciato alla fine del § 110 deve considerarsi forse solo espresso con troppa approssimazione. Il tema è trattato con completezza dall'AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, 23 ss.

re⁴²: Ulp. Pomp. D.4,9,3,4 (*actio adversus nautas, caupones, stabularios ut recepta restituant*⁴³; *rei persecutionem continet*); Ulp. D.13,1,7,2 (*condictio ex causa furtiva*⁴⁴; *rei habet persecutionem*); Ulp. Marcell. D.13,5,18,2 (*actio de pecunia constituta*⁴⁵; ... *utrum poenam contineat haec actio an rei persecutionem: et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio*); D.16,1,10 (riguarda le due azioni⁴⁶ date *ex senatus consulto Velleiano* nel caso in cui una donna *intercessit pro alio*⁴⁷; *habent enim rei persecutionem*); Ulp. D.16,3,7,1 (*actio depositi*⁴⁸; ... *quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit ...*); Ulp. D.25,5,1,4 (riguarda l'azione data contro la donna che, essendo stata immessa nel possesso di beni *ventris nomine*, cioè nell'interesse del nascituro di cui è incinta, abbia dolosamente trasferito ad altri tale possesso⁴⁹; *rei habet persecutionem*); Ulp. D.29,4,12,1 (riguarda l'azione data dal pretore al soggetto beneficiario di un legato in forza di un testamento, contro l'erede istituito nello stesso testamento, il quale non abbia accettato l'eredità testamentaria per succedere come erede legittimo frodando così i legatari⁵⁰; *magis est enim rei persecutionem quam poenam continere*); Ulp. D.38,5,3,1 (riguarda l'azione – con *formula Fabiana* o *Calvisiana* – che spetta al patrono per recuperare i beni dei quali un suo liberto abbia disposto in modo da frodarne le aspettative ereditarie protette ai sensi dell'editto pretorio⁵¹; *habet rei persecutionem*); Ulp. D.39,2,4,10 (si riferisce all'azione accordata a chi avesse richiesto la *cautio damni infecti*, ove il pretore avesse ordinato all'avversario di prestarla e questi non l'avesse prestata e poi non avesse neppure permesso all'istante – a seguito dei relativi ulteriori provvedimenti pretori – di *in possessione esse* e di *possidere* l'immobile pericolante⁵²; *rei habeat persecutionem*⁵³); Ulp. D.42,1,6,3 (*actio iudicati*⁵⁴; *rei persecutionem continet*); Ulp. D.43,16,3,1 (si parla dell'azione data *in id quod ad eum pervenerit*, cioè nei limiti dell'arricchimento, contro l'erede di colui che abbia effettuato una *deiectio* sanzionata con l'*interdictum de vi armata*⁵⁵; *in ea rei persecutio continetur*)⁵⁶. In due casi, nei quali l'azione scaturisce dal com-

⁴²Dopo la citazione di ogni passo aggiungo fra parentesi l'indicazione dell'azione di cui si tratta e, dopo un punto e virgola, l'espressione usata nel testo per indicare il suo carattere reipersecutorio.

⁴³LENEL, EP, 131.

⁴⁴Gai.4,4; vedi anche Ulp. D.13,1,9.

⁴⁵LENEL, EP, 247 ss.

⁴⁶Paul. D.16,1,1,2.

⁴⁷Su nozione e casistica dell'*intercedere pro alio* della donna vedi KASER, RPR I, 667; sulle azioni LENEL, EP, 187.

⁴⁸Gai.4,47.

⁴⁹LENEL, EP, 313 s.

⁵⁰LENEL, EP, 363 s.

⁵¹LENEL, EP, 352 s. (Ulp. D.38,5,1 pr.); KASER, RPR I, 709.

⁵²Ulp. D.39,2,7 pr. come ripreso da LENEL, EP, 372. Sulle nozioni di *in possessione esse* contrapposto a *possidere* vedi brevemente nel vol. I, p. 183.

⁵³Vedi già Ulp. D.39,2,4,7: ... *iudicium datur: quod non ad quantitatem refertur, sed ad id quod interest, et ad utilitatem venit, non ad poenam.*

⁵⁴Vol. II, 1 p. 52; LENEL, EP, 443 ss.

⁵⁵Sull'interdetto vedi vol. I, p. 232 s.; sull'azione data al *deiectus* contro l'erede del *deiciens* Ulp. D.43,16,3 pr.

⁵⁶Si può aggiungere, anche se impostato diversamente, Ulp. D.47,2,52,27: *Si quis iuraverit se*

portamento chiaramente fraudolento di un soggetto, si precisa bensì che essa non deve considerarsi diretta alla punizione del suo autore, bensì solo alla riparazione del danno sofferto dall'altra parte, ma la sua provenienza dalla frode influisce in qualche modo sul regime. Così, in relazione con Iul. D.14,4,8 (*actio tributoria*⁵⁷; *quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet ... quamvis non aliter quam dolo interveniente competat*) viene precisato da Ulp. D.14,4,7,5 che l'azione di cui si tratta è data bensì in perpetuo, ma contro l'erede (del *pater* o *dominus* contro il quale originariamente spettava) solo nei limiti di quanto pervenutogli (*de eo dumtaxat quod ad eum pervenerit*), cioè dell'arricchimento⁵⁸. L'altro caso è quello dell'*actio in factum* che il pretore dava *de alienatione iudicii mutandi causa facta*. Si trattava di un'azione che il pretore accordava⁵⁹ per il caso nel quale un soggetto, passivamente legittimato ad una certa azione, avesse, allo scopo di rendere più gravosa la posizione dell'attore, alienato la cosa alla quale il giudizio si riferiva in modo da costringerlo ad agire contro un convenuto diverso e per lui più scomodo o difficile⁶⁰. In proposito, Ulp. D.4,7,4,6 chiarisce che *Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet, quare et heredi dabitur: in heredem autem* (segue in D. eod. 6⁶¹) *vel post annum non dabitur*, e la ragione è addotta nel Digesto usando un brano di Gaio (D. eod. 7): *quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari*. Traduco: “(fr. 4,6) Quest'azione non è penale, ma ha come contenuto la *rei persecutio* realizzata con arbitrato del giudice, e verrà data all'erede (del soggetto attivamente legittimato); però contro l'erede (del soggetto passivamente legittimato) (fr. 6) o dopo trascorso un anno non sarà data, (fr. 7) perché essa riguarda bensì la *rei persecutio*,

furtum non fecisse, [-] furti quidem actio peremitur, rei tamen persecutio domino servatur. Vi si dice che se un soggetto, convenuto con l'*actio furti*, abbia prestato il giuramento decisorio di “non aver commesso il furto” (*furtum se non fecisse*) di cui si tratta, l'*actio furti* contro di lui vien meno, ma il proprietario della cosa rubata ne conserva la *rei persecutio*. L'allusione alla *rei persecutio* dovrebbe intendersi limitata alla *rei vindictio* della cosa, se si crede a Ulp. Iul. D.12,2,13,2 (testo che si considera in genere rimaneggiato) nel quale si afferma che secondo Giuliano il giuramento '*furtum se non fecisse*' liberava (in forza dell'*exceptio iuris iurandi*) il suo autore anche dalla *condictio ex causa furtiva*, perché passivamente legittimato a questa è solo il ladro. Vedi AMIRANTE, *Il giuramento*, Napoli 1954, 124 s., che però sottovaluta il nostro D.47,2,52,27, in quanto non tiene conto del fatto che l'inciso *deinde rem furtivam contrectet* esige l'aggiunta iniziale di *nec*, come propose il MOMMSEN: io, nel riportare il passo, ho soppresso l'inciso, perché mi sembra una glossa.

⁵⁷ Il passo va letto nel contesto di Ulp. D.14,4,7,2-14,4,9 pr., nel quale il frammento di Giuliano è inserito. La sequenza parla dell'*actio tributaria*, che veniva accordata contro il *paterfamilias* che avesse dolosamente (*dolo malo*) ommesso di chiamare al concorso (previsto dall'editto pretorio con riguardo alla *peculiaris merx* di cui si dirà subito, aumentata di ogni provento risultante dall'affare in cui è stata impiegata: Ulp. D.14,4,1 pr.; 5,5; Gai.4,72), o fatto partecipare al concorso in misura minore del dovuto uno dei creditori risultanti dalla gestione commerciale (Ulp. Ped. D.14,4,1,1) di merce appartenente ai beni peculiari (*peculiaris merx*: Ulp. D.14,4,1,2) del *filius* o dello schiavo, gestione effettuata da costoro *sciente patre dominove* (Ulp. D.14,4,1,3). Vedi Gai.4,72 (integrato secondo P. Oxy. 2103: FIRA II, p.203).

⁵⁸ Vedi da ultimo CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto de tributaria actione*, Roma 1993, 372 s.

⁵⁹ LENEL, EP, 125 ss.

⁶⁰ Vedi Gai. D.4,7,1 pr. e l'ampia casistica presente in tutto il relativo titolo del Digesto.

⁶¹ Il fr. 5, di Paolo, possiamo tralasciarlo.

ma risulta concedersi in base ad un delitto”. Si noterà che il fatto che l’azione reipersecutoria traesse la sua origine da un delitto non dava luogo a conseguenza alcuna in particolare nel caso della *condictio ex causa furtiva* (vedi Ulp. D.13,1,7,2 cit. sopra): ma nel caso del furto l’azione penale (*actio furti*) e le azioni reipersecutorie (*rei vindicatio* e *condictio furtiva*) erano distintamente previste, mentre nel caso *de alienatione iudicii mutandi causa facta* un’unica azione era disponibile. Però nessun dubbio pare sorgesse neppure per l’*actio rerum amotarum*, della quale si dice in Paul. D.25,2,21,5: *Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva; praeterea et heredibus competit*⁶².

b) L’espressione *poenae persecutio* compare anch’essa in qualche testo, ma in genere essa equivale praticamente ad “azione penale”, solo considerata in modo, per così dire, dinamico: l’esercizio dell’azione penale⁶³. Vale invece la pena di leggere interamente Gai. D.47,2,55,3: *Cum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero et vindicatio ad rei recipationem, apparet recepta re nibilo minus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et conductionem tolli; sicut ex diverso post solutam dupli aut quadrupli poenam salva est vindicatio et condictio*⁶⁴. La contrapposizione fra *poena* e *rei persecutio* si trova anche in due testi in materia di *actio sepulchri violati*⁶⁵, a proposito della

⁶² “Questa azione, benché nasca da un delitto, contiene tuttavia una *rei persecutio*, e pertanto non si prescrive in un anno, così come pure la *condictio furtiva*; inoltre essa spetta agli eredi”. Con queste parole Paolo voleva senz’altro, io credo, affermare il carattere reipersecutorio dell’azione (sul tema vedi WACKE, *Actio* cit. 115 ss.), la quale era data dal pretore al marito, dopo il divorzio, contro colei che fu sua moglie, per le cose rubategli da costei durante il matrimonio “in vista del divorzio” (*divortii causa*). Paul. D.25,2,1+ Gai. eod., 2. Essa voleva sostituire l’infamante *actio furti* ed era considerata analoga ad una *condictio furtiva* (Gai. D.25,2,26). LENEL, EP, 308 ss.

⁶³ Gai. D.9,2,32 pr., per esempio. Non riguardano il tema qui trattato due testi. Il primo è Ulp. D.4,8,9,2, dove con *poenae persecutio* (come in Ulp. D.4,8,2 con *poenae petitio*) si allude all’azione per pretendere il pagamento della pena convenzionale che le parti, quando si accordavano col *compromissum* per affidare la soluzione di una loro controversia ad un *arbitrarius* privato, si promettevano reciprocamente per il caso non avessero rispettato poi il lodo arbitrale; la pena era stipulata, e l’azione relativa era quindi una *condictio* e non un’azione penale. Il secondo è Marcian. D.48,16,1,4, che riguarda la *lex Remmia de calumniatoribus* (ROTONDI, 363; SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*², Milano 1998, 180 s. n. 253) e quindi il processo penale pubblico. Un impiego di *poena* simile a quello di Ulp. D.4,8,9,2, e questa volta contrapposto espressamente a *rei persecutio*, si legge in Pap. D.18,7,7, dove il giurista spiega che per una pena convenzionale, pattuita in un contratto di vendita senza *stipulatio*, si può agire con l’azione contrattuale (*actio venditi*) solo se l’azione è giustificata da un danno subito: *vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit incidere*: il venditore potrà agire utilmente solo se (il testo è casistico), a causa del mancato rispetto della clausola penale da parte del compratore, il venditore si trovi a dover pagare una pena da lui promessa ad un terzo: *quidquid enim excedit, poena non rei persecutio est*.

⁶⁴ “Siccome l’*actio furti* riguarda la persecuzione della pena, mentre la *condictio* e la *vindicatio* riguardano il recupero della cosa, è chiaro che, una volta che sia stata recuperata la cosa, l’*actio furti* permane tuttavia, mentre la *vindicatio* e la *condictio* vengono meno; come, reciprocamente, dopo che sia stata pagata la pena del doppio o del quadruplo, permangono *vindicatio* e *condictio*”. L’*actio furti*, come vedremo a suo luogo, era l’azione penale contro il ladro, e serviva per condannare costui alla pena del quadruplo (in caso di furto flagrante) e del doppio (in caso di furto non flagrante) del valore della cosa rubata.

⁶⁵ Ulp. D.47,12,3 pr., da leggere con LENEL, EP, 228 s. L’azione era pretoria, penale, *in bonum et aequum* se esperita da soggetti interessati; ma siccome, in mancanza di interessati o se

quale Papiniano (D.47,12,10) precisava che chi l'esperisse vittoriosamente non ne avrebbe conseguito *id ... quod in rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum*⁶⁶ e Ulpiano (D.29,2,20,5) affermava: *haec enim actio poenam et vindictam, <magis> quam rei persecutionem continet.*

c) Abbiamo infine una serie di testi nei quali in certe azioni si ravvisa la coesistenza di funzione reipersecutoria e funzione penale: e vedremo subito che la prospettiva in essi adottata non è affatto quella in base alla quale Gaio costruì nelle Istituzioni il *tertium genus* delle azioni con le quali *rem et poenam persequimur*. Possiamo aprire la rassegna con un passo di Gaio stesso, che si riferisce all'azione prevista sotto la rubrica edittale *de publicanis*, per il caso in cui un *publicanus* (appaltatore d'imposte pubbliche)⁶⁷ o i suoi collaboratori schiavi o liberi⁶⁸ avesse, nell'esercizio della sua attività pubblica, sottratto con la forza beni ad un privato⁶⁹. L'azione era *in duplum* (*post annum in simplum*), ma era data *si id restitutum non erit* (se ciò – vale a dire: quanto sottratto – non sarà stato restituito)⁷⁰. A quest'ultimo proposito scriveva Gaio:

D.39,4,5 (Gai. ad ed. praet. urbani tit. de publicanis): *Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat, post acceptum vero iudicium nibilo minus poena duret. [sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est.]*⁷¹ 1: *Quaerentibus autem nobis, utrum duplum totum poena sit et praeterea rei sit persecutio, an in duplo sit et rei persecutio, ut poena simpli sit, magis placuit, ut res in duplo sit.*

Traduco: "Con questo editto si ha che l'azione vien meno con la restituzione della cosa (= dell'insieme delle cose sottratte) effettuata prima della *litis contestatio* (del relativo processo), ma (se la restituzione ha luogo) dopo la *litis contestatio* la pena permane (= deve essere comunque irrogata). [-] 1: E se ci chiediamo se il *duplum* rappresenti tutto

gli interessati non volevano agire, chiunque poteva esperirla, in questo caso la pena era prevista dall'editto in una somma fissa di denaro. Si tenga presente che un sepolcro (Ulp. D.47,12,3,2) era sottratto alla proprietà privata (almeno normalmente: Gai.2,6) e quindi, se fosse stato violato, l'eventuale interesse dell'attore non poteva corrispondere ad un danno da lui subito (*cessat Aquilia*: Ulp. D.47,12,2).

⁶⁶ Cfr. la terminologia (*vindictae ratione agere*) usata in Pap. D.18,7,7, riportato sopra alla n. 63. In entrambi i luoghi, come pure nel testo di Ulpiano citato subito dopo, *vindicta* è usato nel senso di "vendetta", ad indicare, cogliendone il carattere – per così dire – psico-sociale, la pena inflitta per iniziativa della parte lesa con l'esercizio della sua azione penale privata.

⁶⁷ Ulp. D.39,4,1,1. Sui *publicani* si veda sempre il bel libro della CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano 1981.

⁶⁸ La *familia publicanorum*, che è definita in Ulp. D.39,4,1,5.

⁶⁹ L'azione data *quod publicanus vi ademerit* (Ulp. D.39,4,1 pr.; LENEL, EP, 387) era concepita come azione speciale, rispetto a quelle comuni per fatti analoghi (in particolare l'*actio furti manifesti* e l'*actio vi bonorum raptorum*; Ulp. D.39,4,1,2-4).

⁷⁰ Ulp. Pomp. D.39,4,1,4.

⁷¹ La frase tra parentesi quadre contrasta con quanto detto precedentemente ed implica una conclusione che escluderebbe il problema posto nel § 1 o almeno ne propone una soluzione che contrasta con quella che ivi adotta Gaio: la considererei un glossema piuttosto che un'interpolarazione, ma comunque la frase non può essere genuina. La sua genuinità è, contro la maggioranza degli autori, difesa praticamente solo dal LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, in ZSS 36(1915), 72 n.1, sulla base di Ulp. D.13,7,9,5, ma non mi pare che l'argomento sia calzante, né comunque sufficiente.

intero la pena, e la *rei persecutio* possa spettare a parte oltre a ciò (vale a dire: con le ulteriori azioni reipersecutorie appropriate, cioè la *rei vindicatio* o magari la *condictio furtiva*), ovvero nel *duplum* sia compresa anche la *rei persecutio*, cioè la pena sia del *simplum*, è prevalsa l'opinione che la *res* (= la pretesa restitutoria) sia compresa nel *duplum*⁷². Come si vede, qui Gaio, che scriveva prima di aver composto le *Institutiones*⁷³, interpreta, in conformità con l'opinione prevalente fra i giuristi (*magis placuit*), l'azione di cui si tratta come azione diretta tanto a *rem* quanto a *poenam persequi*, e si tratta bensì, come per le azioni miste delle Istituzioni, di una interpretazione in questo senso della condanna al *duplum*: ma qui il *duplum* non proviene affatto, com'era invece nelle Istituzioni, dalla litiscrescenza *adversus infitiantem*. La stessa interpretazione la troviamo in un testo di Paolo (D.27,3,2,2)⁷⁴ per l'*actio rationibus distrabendis*, azione (in *duplum*) a disposizione del pupillo, da lui esperibile alla fine della tutela⁷⁵ ove risultasse che il tutore, prendendola, aveva asportato dei beni al pupillo⁷⁶. Vengono infine in considerazione i testi – che direi i più interessanti – nei quali si tratta di azioni indubbiamente penali, dicendo che esse *rei persecutionem continent*, volendosi con ciò affermare che la pena per esse prevista ha essa stessa anche funzione reipersecutoria. Ora, in un caso, si tratta di un'azione con pena calcolata in un multiplo del valore dell'oggetto preso in considerazione, per cui qui un'analisi analoga a quelle che abbiamo or ora considerate è ancora astrattamente possibile, benché assente dal testo: si tratta dell'*actio quod metus causa*⁷⁷, che *intra annum* era data in *quadruplum*, e della quale si dice che viene data anche ai successori del soggetto al quale spettava, *quoniam et rei habet persecutionem*⁷⁸: si deve però tener conto del fatto che il carattere penale dell'*actio quod metus causa* deve considerarsi attenuato perché, a tenore almeno di un testo di Paolo (D.4,2,14,15), in casi di concorso di più soggetti nel fatto dannoso (*si plures metum adhibuerint*), se l'azione fosse stata esercitata contro uno solo, essa non era più esperibile contro gli altri non soltanto se il convenuto avesse restituito in corso di giudizio in esecuzione dell'ordine di *restituere* del giudice, ma anche se, condannato, avesse eseguito il giudicato⁷⁹. Ma vi sono anche

⁷² E dunque che il *publicanus* (di questi soggetti tratta il testo, come si desume anche dalla *inscriptio*) convenuto, che abbia restituito dopo la *litis contestatio*, debba essere condannato in *simplum*, cioè alla sola pena.

⁷³ D.39,4,5 proviene dal commentario all'editto del pretore urbano, che in Gai.1,188 è menzionato dall'autore stesso come sua opera precedente.

⁷⁴ *Haec actio licet in duplum sit, in simplum rei persecutionem continet, non tota dupli poena est*. Vedi anche Tryph. D.26,7,55,1 in fine. Del testo di Paolo (che non piaceva punto alla critica interpolazionistica; vedi *Ind. itp.* ad h. l.) il LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen* I, Berlin 1918, 144 scorge bene il rapporto (logico) con Ulp. D.27,3,1,23, ma vi considera spuri in *simplum* e *non-est*, supponendo un'operazione interpolazionistica assai poco verosimile.

⁷⁵ Ulp. D.27,3,1,24.

⁷⁶ Paul. D.27,3,2 pr. KASER, RPR I, 364; l'azione era già prevista nelle dodici tavole e quindi esperibile con *legis actio*: KASER, 89. In origine spettava solo contro il tutore legittimo, ed è discusso se l'estensione agli altri tipi di tutela (cfr. Ulp. D.27,3,1,19) fosse già avvenuta in epoca classica.

⁷⁷ LENEL, EP, 112.

⁷⁸ Ulp. D.4,2,14,2 in fine, da *si annus largiretur* (parole che vanno intese “se l'anno non sia ancora finito”, come traduce DTuÜ II: “wenn die Jahresfrist noch nicht verstrichen ist”); Ulp. D.4,2,16,2; KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis*, Berlin/New York 1974, 235 con la n. 481.

⁷⁹ Il testo dice ‘*ex sententia quadruplum restituerit*’, ma è accettabile l'idea di correggere *restituerit* in *praestiterit*: BESELER, *Beiträge* III, Tübingen 1913, 155. La chiusa del passo è stata

testi nei quali la duplice funzione – penale e reipersecutoria – è attribuita ad azioni *in simplum*, ed un primo esempio è rappresentato dall'*actio in factum* che il pretore accordava disciplinando la situazione creatasi con la *missio in possessionem* che veniva attribuita in funzione della *bonorum venditio*⁸⁰; nel testo seguente si parla in particolare dell'azione data contro il soggetto immesso nel possesso dei beni⁸¹, se per suo dolo siano state deteriorate cose oggetto della *missio in possessionem* a lui fatta:

D.42,5,9,8 (Ulp. 62 ad ed.): *Si possessionis causa deterior facta esse dicetur dolo eius, qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum neque in heredes ceterosque successores dabitur, cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur,*

D. 42,5,10 (Paul. 59 ad ed.): *nisi quatenus ad eum pervenit;*

D. 42,5,11 (Ulp. 62 ed ed.): *heredi autem dabitur, quia et rei continet persecutionem.*

Cioè: "(Ulp.9,8:) Se si dirà che, in ragione del possesso, (una cosa) sia stata deteriorata per dolo di colui che sia stato immesso nel possesso, viene data azione contro di lui sulla base del dolo, la quale azione non verrà data né dopo l'anno né contro gli eredi e gli altri successori, in quanto nasce da delitto ed è concepita a titolo di pena, (Paul. 10:) se non nei limiti dell'arricchimento; (Ulp. 11:) mentre sarà data all'erede, perché contiene anche la *rei persecutio*". Ma l'esempio più chiaro di queste azioni penali *in simplum*, nelle quali all'azione stessa è riconosciuta anche funzione reipersecutoria, ed anzi alla pena stessa, nel suo intero, funzione reipersecutoria (cioè risarcitoria per l'attore) oltre che punitiva (per il convenuto) è quello dell'*actio ex lege Aquilia*; e siccome si tratta di uno dei casi espressamente menzionati in Gai.4,9, possiamo qui apprezzare interamente il divario profondo tra la concezione presente nelle Istituzioni giuriste e quella corrente presso i giuristi classici. Esaminiamo dunque questo tema con precisione.

Il regime dell'*actio ex lege Aquilia* possiamo per ora⁸² sintetizzarlo così: essa spettava al proprietario di una cosa contro colui che l'avesse con colpa distrutta o danneggiata, per farlo condannare ad una somma di denaro equivalente al valore del danno sofferto. L'*actio ex lege Aquilia* era senza dubbio un'azione penale⁸³; in caso di concorso di persone nel fatto dannoso l'azione era esperibile per l'intero contro ciascuno dei concorrenti e il suo esercizio contro l'uno non liberava gli altri⁸⁴, e ancora, la *lex Aquilia* stessa

variamente sospettata di interpolazione (vedi *Ind. itp.* anche nel *Suppl.*), ma, nel complesso, non mi pare vi siano ragioni sufficienti per rovesciare la soluzione presente nel passo, come faceva il Beseler stesso nel luogo or ora cit.

⁸⁰ Vedi nel vol I, p. 122 (in fine) ss. La disciplina era prevista nel titolo edittale (XXXIX nella ricostruzione del LENEL, EP, 423 ss.) *de bonis possidendis proscibendis vendundis*. Qui interessa soprattutto la clausola edittale '*Si quis, cum in possessione bonorum esset, ...*' (Ulp. D.42,5,9 pr.; LENEL, EP, 424, § 215).

⁸¹ La legittimazione attiva o passiva alle azioni che l'editto prevedeva a questo proposito (vedi il cit. D.42,5,9 pr.) era genericamente attribuita nell'editto stesso *ei, ad quem ea res pertinebit* (= al soggetto opportuno), perché le azioni erano previste per casi diversi e la situazione poteva comunque presentarsi diversamente: vedi Ulp. D.42,5,9,3, dove si enumerano il *curator bonis distrabendis datus*, il debitore stesso o il (o un) creditore. Per l'azione che ci interessa, la legittimazione passiva è sempre del soggetto che è stato immesso nel possesso dei beni del debitore.

⁸² Ne parleremo espressamente ed ampiamente nel prosieguo di questo corso.

⁸³ CANNATA, *Sul problema*, 8 s. con l'esame di Iul. D.9,2,51 pr.-3.

⁸⁴ Ulp. Iul. D.9,2,11,2 dove si motiva: *nam ex lege Aquilia quod alius praestitit alium non relevat, cum sit poena*. Sulla cumulatività, propria delle obbligazioni da delitto, si è già detto brevemente nel vol. II,1 p. 135.

prevedeva l'azione nossale⁸⁵ per il caso in cui il fatto fosse stato commesso da uno schiavo senza la consapevolezza del proprio *dominus*. Ora, i giuristi si erano posti questo problema pratico: se, in un caso concreto, contro il soggetto che avesse cagionato ad altri un danno aquiliano⁸⁶ fosse esperibile, per gli stessi fatti, un'azione reipersecutoria, come poteva risolversi il relativo problema di concorso delle due azioni? Il problema si poneva perché, da un lato, la regola del *ius civile* secondo la quale non si poteva agire due volte *de eadem re*⁸⁷ non impediva il concorso cumulativo di un'azione reipersecutoria con un'azione penale, in quanto esse, per definizione, non erano *de eadem re*, ma d'altra parte, siccome la pena dell'*actio ex lege Aquilia* corrispondeva al valore della cosa, anzi – almeno al tempo della giurisprudenza classica – era calcolata sull'interesse dell'attore (*id quod interest*), e cioè nella misura del valore del danno sofferto dall'attore valutato allo stesso modo nel quale sarebbe stato valutato in un'azione contrattuale, appariva evidentemente ingiusto che il soggetto danneggiato potesse in pratica pretendere due volte dal danneggiante il risarcimento del danno sofferto⁸⁸. Sulla base di queste considerazioni, il concorso dell'*actio ex lege Aquilia* con un'azione reipersecutoria veniva dunque evitato, e ciò si era deciso precisamente sulla base della constatazione che l'azione aquiliana *rei persecutionem continet*: ciò è detto espressamente in Paul. D.44,7,34,2 per un caso di concorso fra *actio commodati*⁸⁹ e *actio legis Aquiliae* (*utraeque enim actiones rei persecutionem continent*) e in Paul. D.17,2,50 per un caso di concorso fra l'azione aquiliana e l'*actio pro socio*⁹⁰, dove Paolo motivava '*utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat*', e cioè "entrambe le azioni riguardano la *rei persecutio*, non come l'*actio furti* (che riguarda) unicamente la pena", dove la precisazione finale con l'allusione comparativa all'*actio furti* è evidentemente fatta solo con riguardo all'azione aquiliana. Proprio da quest'ultima affermazione si ricava che, affermando che

⁸⁵ Gai.4,76; cfr. I.4,8,4; Ulp. D.9,2,27,2-3; Ulp. D.9,4,2 pr.-1; LENEL, EP, 199. Sulle azioni nossali si dirà nel cap. IV di questo stesso volume.

⁸⁶ Così si usa denominare oggi, anche da parte dei civilisti, il danneggiamento corrispondente alla fattispecie sanzionata dalla *lex Aquilia*, ora da norme come quelle dell'art. 1382 CCfr; art. 2043 CCit[1942]; § 823 BGB; Art. 41 OR.

⁸⁷ La regola risaliva alle *legis actiones* (Gai.4,108); nel processo formulare, il regime relativo conobbe un'importante modifica con la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C.: su tutto ciò vedi vol. I, p. 111 ss. La regola – che si usa esprimere dicendo *bis de eadem re ne sit actio* o *bis de eadem re agere non licet* – vietava evidentemente in origine solo la replica della medesima azione fra le stesse parti e relativamente alla stessa pretesa basata sugli stessi fatti; ma la giurisprudenza la intese come un divieto a che lo stesso soggetto agisse contro un altro facendo valere la stessa pretesa sulla base degli stessi fatti, indipendentemente dal tipo di azione esercitata: quel che risulta dunque vietato nel processo formulare è semplicemente l'agire *de eadem re* (Ulp. D.44,2,5). La seconda azione – almeno dopo la *lex Iulia* – poteva risultare impedita *ipso iure* ovvero mediante opposizione, da parte del convenuto, dell'*exceptio rei iudicatae* o *rei in iudicium deductae* (vol. I, p. 113).

⁸⁸ Rinvio ancora per una trattazione più precisa dei problemi suscitati dall'applicazione della *lex Aquilia* alla prosecuzione di questo corso. Per ora cito il testo più generale in materia di concorso dell'azione aquiliana con altre azioni (Paul. D.44,7,34 pr.-2) e rinvio a CANNATA, *Sul problema*, 8 ss., in particolare il brano a p. 10 con le n. 42-45.

⁸⁹ Era l'azione, evidentemente reipersecutoria, che spettava al comodante contro il comodatario che non avesse restituito la cosa oggetto del contratto.

⁹⁰ Era l'azione, anch'essa chiaramente reipersecutoria, che sanzionava i rapporti fra le parti di un contratto di società.

l'azione aquiliana tende alla *rei persecutio*, il giurista non voleva affermare che essa fosse da considerarsi un'azione reipersecutoria, ma che essa, pur essendo un'azione penale, conteneva anche la *rei persecutio*. Ciò risulta pure, del resto, dalla struttura del meccanismo tecnico impiegato per evitare il concorso che, per il caso di concorso fra azione aquiliana e *actio ex locato*, si desume da Gai. D.19,2,25,5 e Paul. D.19,2,43⁹¹. Consideriamo, come esempio, il caso dell'ultimo di questi testi: AA ha dato in locazione il proprio schiavo Stico a NN, e durante la locazione NN ha ferito lo schiavo; se AA avesse esercitato per prima l'azione aquiliana ottenendovi la condanna di NN al valore del danno sofferto, e poi esercitasse l'azione contrattuale *ex locato*, da quest'ultima azione NN uscirebbe assolto, non sulla base della considerazione processuale che AA agiva *de eadem re*, bensì in base alla considerazione sostanziale che AA, avendo ottenuto con la prima azione quel che NN gli avrebbe dovuto, in forza del contratto di locazione, alla stregua del principio di buona fede, nulla più NN doveva ad AA⁹²; se invece AA avesse esercitato per prima l'azione *ex locato*, nel corso del giudizio di questa il giudice, una volta stabilito che NN doveva ad AA una certa somma di denaro corrispondente alla diminuzione di valore dello schiavo in quanto ferito da NN, prima di condannare NN nella misura di tale somma, avrebbe – naturalmente, su richiesta da parte di NN stesso – imposto ad AA l'onere di prestare a NN una *cautio*⁹³, garantendogli che non avrebbe agito contro di lui con l'*actio ex lege Aquilia* per gli stessi fatti. Come si vede, il concorso cumulativo viene così evitato senza negarne la possibilità giuridica in sé, cioè senza negare che le due azioni (*ex locato* e *ex lege Aquilia*) sarebbero in se stesse cumulabili per la loro diversa natura. Appare dunque ben chiaro che l'*actio ex lege Aquilia* risulta bensì essere un'azione nella quale sono considerati presenti tanto il carattere penale quanto quello reipersecutorio, ma ciò per ragioni che non hanno nulla a che fare con quel che nella stessa azione ravvisava Gai.4,9: la litiscrescenza (esperibilità *in duplum adversus infitiantem*), sulla quale nelle Istituzioni era basato il carattere misto dell'azione, qui non viene per nulla in considerazione. Anzi, accettando il modo di vedere adottato da Gaio nelle Istituzioni, e cioè limitando il carattere penale dell'azione aquiliana a quel *duplum* proveniente dalla litiscrescenza, si verrebbe a negare del tutto il carattere di pena alla sanzione prevista dalla legge aquilia, in contrasto con le fonti giurisprudenziali (ne abbiamo viste diverse, come Ulp. Iul. D.9,2,11,2; *eod.* 51,2; Paul. D.17,2,50): del resto, se il *dulpum* da litiscrescenza può essere considerato una pena, si tratta evidentemente di una pena processuale e non sostanziale. Riprendiamo ora in discorso che avevamo interrotto con questo lungo chiarimento.

Al secondo livello – lo abbiamo già constatato – c'è una sola diairesi: quella delle obbligazioni da contratto perché, posto che quelle da delitto appartengo-

⁹¹ Vedi già CANNATA, *Sul problema*, 10 n. 44 (che si trova a p. 37).

⁹² L'*actio ex locato* era infatti un *iudicium bonae fidei*, secondo l'*intentio* formulare del quale il giudice doveva stabilire che cosa, in forza del contratto, il convenuto doveva ancora – al momento del processo – dare o fare *ex fide bona* a favore dell'attore, per condannarlo poi ad una somma di denaro equivalente. Nel nostro caso, essendo il convenuto già stato condannato al risarcimento dovuto, la somma alla quale condannarlo sarebbe stata nulla. Anche se il convenuto non avesse ancora pagato la somma alla quale era stato condannato con l'azione aquiliana, questa somma egli non la doveva all'attore in forza del contratto attualmente dedotto in giudizio, ma in forza del giudicato dell'azione (aquiliana) precedente.

⁹³ Si trattava di una *stipulatio* giudiziale: vedi nel vol. II,1, p. 109 ss.