

ANTICIPAZIONI ANTICHE DI UN MODERNO SISTEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE.  
DALLA LEX AQUILIA ALLA TUTELA AQUILIANA DEL CREDITO.

Sara Romano\*

SOMMARIO: 1.- Verso il superamento dei confini reali del sistema di responsabilità civile romano. Il secondo capo della *lex Aquilia*; 2.- La definitiva investitura dell'azione aquiliana come rimedio generale a tutela del danno da fatto illecito. Le azioni pretorie; 3.- L'*actio in factum generalis*.

**1.- Verso il superamento dei confini reali del sistema di responsabilità civile romano. Il secondo capo della *lex Aquilia*.**

L'art. 2043 c.c., quale norma primaria atta a tutelare qualunque danno purché ingiusto, di certo, rappresenta il fulcro del sistema della responsabilità civile italiano.

Nonostante il tenore onnicomprensivo del dettato legislativo, applicabile alla lesione di qualsiasi situazione giuridicamente rilevante, per lungo tempo si è interpretata la disposizione come riferibile solo ad un numero di ipotesi notevolmente circoscritto, rispetto a quante fattispecie di danno effettivamente potevano essere tutelate dalla medesima disciplina.

Tra le situazioni dannose escluse dalla portata del provvedimento, di certo, vi rientrava anche la lesione del diritto di credito altrui<sup>1</sup>. La violazione di un diritto relativo, infatti, si riteneva potesse concernere il solo inadempimento contrattuale. Non si aveva riguardo alla possibilità che anche un soggetto estraneo al rapporto obbligatorio potesse ledere il diritto vantato da una delle parti del rapporto stesso<sup>2</sup>. La tutela offerta dall'art. 2043 c.c., dunque, si riteneva potesse afferire alla sola violazione di un diritto assoluto.

Emblematica in tal senso fu la sentenza della Suprema Corte di Cassazione seguita alla celeberrima strage di Superga<sup>3</sup>.

Così negli anni '50, per la morte di una squadra di calcio, nel caso di specie il Torino, causata da un disastro aereo, fu ritenuto assente il nesso causale necessario affinché l'associazione, cui i giocatori stessi appartenevano, potesse ricorrere alla tutela risarcitoria delittuale<sup>4</sup>, nei confronti del vettore, ritenuto responsabile.

---

\* Laureata in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

<sup>1</sup> Prima dell'avvento della storica sentenza Meroni, fondamentale fu il contributo della dottrina con riguardo all'interpretazione estensiva della norma. In tale senso: F.D. Busnelli, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano 1964; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964.

<sup>2</sup> Il Betti aveva operato una netta distinzione tra le ipotesi di responsabilità contrattuale e aquiliana, statuendo che nel primo caso l'illecito consistesse nell'inadempimento contrapposto all'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore; nel secondo caso, invece, quello della responsabilità extracontrattuale, il torto veniva a rappresentarsi come l'indebita invasione della sfera di interessi altrui. Allo stesso tempo, tuttavia, l'Autore statuiva che non era esclusa del tutto la possibilità che anche l'aspettativa del creditore potesse essere frustata dal comportamento di un terzo estraneo al rapporto obbligatorio. E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni* 1, Milano 1953, 109.

<sup>3</sup> Si fa riferimento al disastro aereo, avvenuto agli inizi degli anni '50, che determinò la morte di tutti i giocatori, oltre che dei rispettivi accompagnatori e dell'equipaggio, della squadra del Torino calcio. Di ritorno da una partita disputata a Lisbona, l'aereo, che trasportava l'intera squadra, interruppe il proprio volo precipitando sulla collina di Superga. L'associazione, allora, convenne in giudizio il vettore affinché fosse chiamato a risarcire il danno, del quale era ritenuto responsabile.

<sup>4</sup> Cass., 04/07/1953, n. 2085, in *Foro it.* 1 (1953) 1087 ss. Bigiavi, *L'associazione Calcio Torino e il disastro di Superga*, in *Giur. ita.* 4 (1951) col.81; Redenti, *Aspetti giuridici della tragedia di Superga*, in *Giur. ita.* 4 (1951) col.49; Greco,

L'associazione Torino calcio, come individuato dalla Corte, vantava un diritto personale e relativo rispetto alla squadra, quale quello ad ottenere una data prestazione d'opera e non, di certo, un diritto reale ed assoluto, che era l'unico ritenuto tutelabile, fino a questo momento, in via delittuale.

La decisione dei Giudici, infatti, si fondava sul fatto che la ricorrente non potesse invocare la lesione di un diritto assoluto immediatamente e direttamente violato dalla morte dei calciatori, non potendo i calciatori stessi essere considerati di proprietà della squadra. L'Associazione non poteva, dunque, vantare alcun diritto rispetto alla vita e all'integrità fisica dei giocatori. Il calciatore, nonostante il vincolo di subordinazione che lo legava all'associazione sportiva, non era, di certo, un bene di proprietà della squadra ma un prestatore d'opera della stessa.

Il diritto di cui la società godeva rispetto ai giocatori era un diritto di credito, la cui lesione per opera del terzo non era passibile di essere tutelata in sede extracontrattuale.

La decisione<sup>5</sup>, negativa rispetto alla possibile tutela extracontrattuale di un diritto di credito, ebbe riguardo alla qualificazione del diritto vantato dalla ricorrente piuttosto che all'ingiustizia del danno. Un presupposto che era necessario fosse eliminato dalle menti dei Giudici, affinché potesse definitivamente compiersi una rivoluzione in materia di responsabilità civile.

La sentenza seguita alla strage di Superga, sebbene non avesse condotto al superamento dei confini giurisprudenziali imposti all'interpretazione dell'art. 2043 c.c., non poté non influenzare le successive applicazioni della medesima norma. Furono gettate le basi affinché la giurisprudenza si interrogasse sulla questione dell'astratta risarcibilità di un diritto relativo.

Com'è noto, infatti, fino al 1971<sup>6</sup>, i Giudici italiani sono stati fermi nel ritenere che soltanto la lesione di un diritto assoluto potesse legittimare il ricorso alla tutela ex art. 2043 c.c.<sup>7</sup>

Fu solo, infatti, in questi anni che si assistette, con la celeberrima sentenza Meroni<sup>8</sup>, ad un cambiamento di rotta in materia di risarcibilità extracontrattuale del credito. Gli Ermellini, avendo riguardo alla perdita patita dal soggetto che assumeva di essere stato danneggiato, e non alla qualificazione del diritto violato, risolsero positivamente la questione del possibile risarcimento del

---

*Se un'associazione calcistica ha diritto a risarcimento del danno aquiliano per la perdita della sua squadra avvenuta durante un trasporto aereo*, in *Riv. dir. comm.* 1 (1951) 422; Barbero, *Responsabilità aquiliana per la lesione di rapporto personale*, in *Foro pad.* 3 (1951) col.158.

<sup>5</sup> Trib. Torino, 19/09/1950, in *Foro ital.* 1 (1950) 1231; App. Torino, 23/01/1952, in *Foro ital.* 1 (1952) 219; Cass., 03/07/1953, n. 2085, in *Foro ital.* 1 (1953) 1087.

<sup>6</sup> Sebbene, quindi, con riferimento agli elementi dell'insostituibilità del debitore ovvero dell'irreparabilità e della definitività della perdita patita dal creditore, gli Ermellini, individuando la possibilità di risarcire in sede delittuale la violazione di un diritto relativo, operarono un cruciale "revirement" in materia di risarcimento del danno. Il limite era rappresentato dal requisito dell'insostituibilità del debitore ucciso, per cui si statuiva che chi con il suo fatto doloso o colposo avesse cagionato la morte del debitore altrui, fosse obbligato a risarcire il danno subito dal creditore, qualora quella morte avesse determinato l'estinzione del credito ed una perdita definitiva ed irreparabile per il creditore medesimo. Era definitiva ed irreparabile la perdita quando si trattava di obbligazioni di dare a titolo di mantenimento o di alimenti, sempre che non esistessero obblighi in grado eguale o posteriore, che potessero sopportare il relativo onere, ovvero di obbligazioni di fare rispetto alle quali vi fosse insostituibilità del debitore, nel senso che non fosse possibile al creditore procurarsi, se non a condizioni più onerose, prestazioni eguali o equipollenti. Cass., 26/07/1971, n. 174, in *Foro it.* 1 (1971) 342 ss.

<sup>7</sup> Solo, dunque, per ipotesi del tutto rare e circostanziate si riconosceva la possibilità che anche situazioni giuridiche differenti da quelle assolute potessero essere risarcite in via delittuale. Cass., 19/07/1935, n.2840, in *Ann. dir. comp. e st. legisl.* 13.1(1935) 49 ss.; Cass., 17/07/1940, n.2411.

<sup>8</sup> Nell'ottobre del '67 la squadra del Torino fu costretta a vivere la seconda tragedia della sua storia. Il giocatore dell'associazione calcistica torinese, Luigi Meroni, fu coinvolto in un incidente stradale, a causa del quale perse la vita. La società sportiva, quindi, convenne in giudizio il proprietario e il conducente dell'autoveicolo per ottenere il risarcimento del danno patito a causa dell'impossibilità di esigere la prestazione calcistica dal giocatore medesimo.

danno per la lesione di un diritto di credito altrui. Introdussero, dunque, una nuova *regola iuris*, secondo la quale la violazione del diritto relativo era passibile di essere tutelata in sede extracontrattuale, sempre che ricorresse l'elemento dell'insostituibilità del debitore e della relativa prestazione<sup>9</sup>.

Nonostante, quindi, almeno fino alle sentenze seguite alla strage di Superga ovvero alla morte del calciatore Luigi Meroni, in giurisprudenza si fosse radicalizzata un'accezione stringente dell'art. 2043 c.c., non bisogna ritenere che questa fosse un'interpretazione risalente all'origine del provvedimento.

Come sovente accade, sono spesso i retaggi storici e gli orientamenti culturali ad influenzare il substrato normativo di talune disposizioni. Nel caso della responsabilità delittuale e dello stringente legame tra la stessa e la logica proprietaria, in particolare, notevole autorità hanno avuto le acquisizioni della giurisprudenza giusnaturalistica e le interpretazioni delle successive codificazioni moderne<sup>10</sup>.

Le origini, infatti, di una considerazione siffatta, ossia afferente ai diritti assoluti, del sistema di responsabilità aquiliana sono da individuare, in particolar modo, nella dottrina giusnaturalistica che sancì il definitivo collegamento tra risarcimento del danno e condizione proprietaria, laddove, molti secoli prima, invece, già i Romani avevano individuato la portata generale di una simile norma<sup>11</sup>.

In periodo preclassico<sup>12</sup>, infatti, il sistema della responsabilità civile ebbe un notevolissimo impulso allorché entrò in vigore la *lex Aquilia de damno dato*<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Rispetto al caso di specie, il Giudice di rinvio non poté fare a meno di negare il risarcimento. Non ricorreva, infatti, il requisito dell'impossibilità di sostituzione del giocatore, atteso che lo stesso potesse essere sostituito da una riserva di cui la squadra disponeva.

<sup>10</sup> Fondamentale in tale senso fu il contributo del Thomasius. Egli, infatti, ancorò la *ratio* del risarcimento del danno al *dominium*, determinando in questo modo il successivo irrigidimento del sistema di responsabilità civile. Thomasii, *Larva legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum (LX)* in *Dissertationes academicarum* 2 (1774) 849 ss. Sul tema: G. P. Massetto, *Responsabilità extracontrattuale (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.* 34 (1988) 1139 ss.; G. Valditara, *Dalla lex Aquilia all'art. 2043 del Codice civile*, in F. Milazzo (curr.), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*, Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano, Copanello 03/06/2000, Napoli 2004, 210 ss.; M. F. Cursi, *Per una storia critica della tutela Aquiliana dei diritti assoluti*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 2 (2006) 93 ss.

<sup>11</sup> Non a caso, la stessa qualificazione della responsabilità delittuale come responsabilità aquiliana deriva dal primo provvedimento in tal senso adoperato, la *Lex Aquilia de damno dato*.

<sup>12</sup> Le origini del plebiscito sono avvolte da un'aurea di incertezza. Circa il periodo storico in cui collocare la norma, infatti, l'unico dato che può affermarsi con certezza è che sicuramente il plebiscito fu adottato in un lasso di tempo compreso tra la compilazione della *Lex XII Tabularum* e la prima metà del II sec. a.C. E', in ogni caso, noto che la romanistica maggioritaria suole indicare il 286 a.C. come l'anno a cui riferire la *rogatio* della *lex*. Quindi, posto che possono essere individuati termini ante e post *quem* sufficientemente certi, appare più opportuno slegare l'origine della *lex* da qualsiasi datazione troppo precisa, in particolare quella del 286 a.C., a favore di una collocazione temporale più ampia. Tale esigenza nasce dalla circostanza che slittamenti dell'anno preciso di origine del provvedimento comportano l'attribuzione a contesti storici differenti, segnati ciascuno da propri avvenimenti. Sul tema: B. Albanese, *Studi sulla legge Aquilia*, in *Ann. Sem. Giuridico Univ. di Palermo* 21 (1950) 5 ss.; A. Biscardi, *Sulla data della lex Aquilia*, in *Scritti Giuffrè* 1 (1967) 83; S. Schipani, *Responsabilità << ex lege Aquilia >>. Criteri di imputazione e problema della << culpa >>*, Torino 1969, 2 ss.; A. Bignardi, *Theoph. Par. 4.3.15: ancora sulla data della lex Aquilia*, in *Ann. Ferrara (Sc. Giuridiche)* 3 (1989) 3 ss.; F.M. De Robertis, *Dammum iniuria datum. Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla "lex Aquilia de damno"*, Bari 2000, 12 ss.; F. Serrao, *Uomini d'affari, adstipulatores, lex Aquilia alla fine del III secolo a.C.*, in *Studi in onore di Remo Martini* (2009) 573-575; C.A. Cannata, *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzioni del primo capo* in *Scritti scelti di diritto romano* 2 (2012) 7.

<sup>13</sup> La *lex Aquilia de damno* si componeva di tre capoversi. D. 9. 2. 2 pr.; <<Lege Aquilia capite primo cavetur: ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum

La norma disciplinava il *delictum* del *damnum iniuria datum*<sup>14</sup>, comminando una *poena*<sup>15</sup> per chi avesse commesso tale illecito.

Il dettato normativo riconosceva, dunque, un rimedio particolarmente vantaggioso per il soggetto danneggiato, prevedendo, oltre alla tutela penale<sup>16</sup>, un'ipotesi di litiscrescenza nel caso di *infittatio*<sup>17</sup>.

Un dato, dunque, è necessario sia evidenziato.

Rispetto al periodo storico in cui può essere collocata la *rogatio* del provvedimento aquilano, fu di eccezionale rilevanza l'innovazione introdotta dallo stesso: l'introduzione di una prima forma di responsabilità extracontrattuale, anche con riferimento alla tutela del credito, capace di essere riferita a fattispecie di danno non tipizzate, purché a carattere patrimoniale. Con il plebiscito aquiliano fu, infatti, individuato un nuovo sistema garantistico in materia di danneggiamento, unitario rispetto a quello previgente, e fondato su elementi caratterizzanti, quali, ad esempio, l'*iniuria* o il metodo estimatorio del danno stesso<sup>18</sup>.

---

*aes dare domino damnas esto*>>. Gai. 3. 215: << *Capite secundo adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur*>>. Ulp. D. 9. 2. 27. 5: << *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto* >>.

<sup>14</sup> Al primo capoverso la norma statuiva che fosse tenuto ad una pena, pari al massimo valore raggiunto dal bene distrutto nell'anno precedente, colui che avesse ucciso il servo o il capo da bestiame altrui; al secondo capo era punito chi avesse posto in essere una remissione fraudolenta del debito, in luogo del titolare effettivo del rapporto obbligatorio; al terzo, il plebiscito prescriveva che fosse condannato ad una pena, pari al massimo valore assunto dal bene negli ultimi trenta giorni, colui che avesse bruciato, spezzato o rotto un bene di proprietà altrui. Si fece, dunque, ricorso alla definizione di *damnum iniuria datum* in ragione degli elementi essenziali richiesti dalla norma affinché potesse configurarsi il fatto tipico. In particolare, occorre che il danno fosse inferto attraverso uno sforzo muscolare del soggetto agente, direttamente gravante sul corpo del bene leso. Era, poi, necessario si trattasse di un comportamento *contra ius*, non giustificabile, dunque, alla luce di alcun esimente.

<sup>15</sup> La pena, dunque, variava a seconda del danno prodotto. Nel caso del primo capoverso si trattava di una pena pari al massimo valore assunto dal bene nell'anno precedente; nel secondo, si faceva riferimento alla restituzione di una somma pari al credito estinto; nel terzo, infine, la pena era determinata in ragione del massimo valore raggiunto dalla *res*. Interessante, dunque, è in particolare la determinazione del risarcimento rispetto al primo e terzo capo. Come è stato sostenuto, l'*aestimatio rei* fu riferita, almeno in un primo momento, al *pretium*, ovvero al valore di mercato del bene, determinato rispetto ad un arco temporale sufficientemente ampio, affinché si potesse tener conto delle variazioni di prezzo che il bene stesso avrebbe potuto assumere in relazione ai cambiamenti stagionali. Gai. 2, 214: << *Quod autem adiectum est in hac lege "quanti in eo anni plurimi ea res fuerit", illud efficit, si clodium puta aut luscum servum occidert, qui in eo anno integer fuerit, ut non quanti fuerit, cum occidretur, sed quanti in eo anno plurimi fuerit, aestimatio fiat; quo fit, ut quis plus interdum consequatur quam ei damnum datum est*>>. G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino 2005, 13 ss.

<sup>16</sup> Diversi sono i riferimenti della giurisprudenza al carattere penale dell'azione, ad esempio: D. 9. 2. 51. 2; Gai. 3. 202; D. 9. 2. 11. 2 (Ulp. 18 *ad ed*). È noto, tuttavia, che dibattuta sia anche la questione circa la natura del provvedimento. Si ritiene, in particolare, che la norma abbia seguito un processo di depenalizzazione, tanto da essere individuata da Giustiniano tra le *actiones mixtae*. I. 4. 6. 19. Cannata, *Sul testo cit.* 18; L. Desanti, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino 2015, 19 ss.; De Robertis, *Damnum cit.* 88 ss.; G. Valditara, *In tema di stima del danno aquiliano*, in *Index* 46 (2016) 215-216.

<sup>17</sup> D. 9. 2. 2. 1 (Gai *ad ed. prov*): << *Et infra deinde cavetur, ut adversus infittiatantem in duplum actio esset*>>.

<sup>18</sup> Fino, infatti, al momento della *rogatio* della *lex Aquilia*, le fattispecie di danno causate da un'azione umana alle cose altrui erano disciplinate dalla *Lex XII Tabularum*, provvedimento risalente a più di un secolo prima rispetto al periodo in cui si ritiene fosse stato adottato il plebiscito aquiliano, e da altri provvedimenti post-decemvirali, di cui si hanno solo notizie indirette. La tutela offerta dal provvedimento decemvirale si riferiva a singole fattispecie tipizzate, allorché mancava una clausola generale che sanzionasse il comportamento umano lesivo di un bene altrui. Anche i beni stessi, che ricevevano tutela dal provvedimento, erano, dunque, tassativamente individuati: i campi da foraggio, gli alberi, la casa e il grano accumulato in prossimità di essa, il bestiame e il servo. Tab. VIII.3; Tab. VIII.5; Tab. VIII.7; Tab. VIII.10; Tab. VIII.11. Sulle conseguenze dell'intervento del plebiscito aquiliano rispetto agli altri provvedimenti legislativi: Ulp. D. 9.1.1.

Con riguardo alla possibile individuazione, in un periodo tanto risalente, di una primigenia forma di tutela extracontrattuale dei diritti di credito, fondamentale è in primo luogo l'analisi del secondo capo del plebiscito.

Sebbene, infatti, il plebiscito sia conosciuto per il primo e terzo capo, tipicamente riferiti alla tutela del *dominium*, la norma, al secondo capoverso, considerava una fattispecie di danno altrettanto rilevante: << *Capite secundo adversus adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam facerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur. Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur*>><sup>19</sup>.

Era questa l'ipotesi in cui taluno, nel caso di specie l'*adstipulator*, in luogo del creditore titolare dell'obbligazione, avesse posto in essere una remissione fraudolenta del debito, determinando così una lesione al diritto del titolare del rapporto obbligatorio.

Si faceva riferimento, dunque, ad un'ipotesi di danno ben tipizzata, la cui analisi, in particolare con riguardo agli elementi essenziali della stessa, è necessaria per qualificare tale fattispecie come lesione del diritto di credito altrui<sup>20</sup>.

Protagonista del dettato normativo era l'*adstipulator*<sup>21</sup>.

Si trattava di un soggetto aggiunto all'obbligazione principale, chiamato a rendere più agevole per il creditore l'esazione del credito. Lo scopo dell'istituto era, infatti, quello di determinare un rafforzamento del rapporto obbligatorio dal lato attivo dello stesso<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Gai. 3. 215 – 216.

<sup>20</sup> Lo Zimmermann ha ritenuto che il secondo capo del plebiscito aquiliano avesse riguardo ad una prima forma di danno puramente patrimoniale. R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town – Johannesburg 1990, 958; G. Grosso, *La distinzione fra << res corporales >> e << res incorporales >> e il secondo capo della << Lex Aquilia >>* in *Syntelesia Arangio-Ruiz* 2 (1964) 790 ss.; Valditara, *Dalla lex cit.* 173 ss.; Cursi, *Per una storia cit.* 36 ss.

<sup>21</sup> Gli elementi caratterizzanti tale figura erano stati fissati da Gaio nel manuale istituzionale: «110. *Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus.* 111. *Et huic proinde actio competit proindeque ei recte solvitur ac nobis; sed quidquid consecutus erit, mandati iudicio nobis restituere cogetur.* 112. *Ceterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator, quam quibus nos uti sumus. Itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim: “dari spondes?” ille sic adstipulari potest: “idem fide tua promittis?” vel: “idem fide iubes?” vel contra.* 113. *Item minus adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra vero plus non potest. Item si ego pure stipulatus sim, ille sub condizione stipulari potest; contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.* 114. *In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur. Nam adstipulatoris heres non habet actionem. Item servus adstipulando nihil agit, qui ex ceteris omnibus causis stipulatione domino acquirit. Idem de eo, qui in mancipio est, magis placuit; nam et is servi loco est. Is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat; ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capituli diminutione exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. Eadem de filia familias et quae in manu est, dicta intellegemus.» Gai. 3. 110-114. Sul tema: G. Scherillo, *L'adstipulator* in *RIDA* 10 (1963) 16 ss.; D. Pugsley, *Comunicazione su Le deuxième chapitre de la loi Aquilienne*, letta al congresso della SIDA nel 1971, riassunta da Tomulescu, *Le trois chapitre de la 'lex Aquilia'* in *IURA* 22 (1971) 191ss.; De Robertis, *Damnum cit.* 36; Serrao, *Uomini cit.* 173 ss.; M.F. Cursi, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 182.*

<sup>22</sup> Non tutti concordano con tale ricostruzione della figura dell'*adstipulator*. Il Pugsley ha sostenuto che il riferimento di Gaio all'*adstipulator*, nel secondo capo della legge, non alluda ad un significato tecnico (quello espresso dal giurista nelle Istituzioni) quanto, invece, allo stesso *promissor*, l'unico in posizione atta a determinare l'estinzione fraudolenta dell'obbligazione del creditore. In questo caso, l'evento dannoso si sarebbe realizzato uccidendo, ad esempio, lo schiavo o l'animale dovuto. Il debitore essendo l'unico chiamato ad adempiere all'obbligazione era il solo a poter venir meno alla stessa e causare un danno al rapporto obbligatorio del creditore principale. Pugsley, *Le deuxième* 191ss. L'impossibilità

L'obbligazione che tra l'*adstipulator* e il creditore principale sorgeva era, quindi, puramente accessoria, restandovi esclusa qualsiasi autonomia. I poteri, infatti, concessi al creditore accessorio incontravano il proprio limite nella volontà e nelle decisioni dello *stipulans*. Il credito oggetto di tali poteri, per l'appunto, era quello vantato dal creditore principale nei confronti dell'obbligato. Si trattava, dunque, di un credito altrui rispetto al soggetto autore del comportamento fraudolento. L'attività anti-giuridica posta in essere, infatti, ben si differenziava dall'inadempimento del debitore. Quest'ultimo, nell'ipotesi in esame, aveva correttamente ottemperato all'obbligazione, da cui era stato, dalla propria prospettiva, lecitamente liberato. L'*acceptilatio* si rappresentava, dunque, come fraudolenta dal punto di vista del creditore, che, sebbene apparisse come *stipulans* principale, in via sostanziale continuava ad essere l'unico titolare di un interesse necessitante soddisfacimento.

Il comportamento fraudolento posto in essere, quindi, si sostanziava in un << *acceptum facere*>>.

È opportuno, dunque, esplicitare la formula legislativa per determinare con esattezza in cosa effettivamente si concretizzasse, nel caso di specie, l'*acceptilatio* fraudolenta.

In generale, con *acceptum facere* si faceva riferimento all'atto naturale di estinzione del debito contratto con *stipulatio*, conseguente allo scambio contestuale della domanda, con la quale il debitore chiedeva al creditore se il pagamento fosse stato ricevuto, e la risposta affermativa di quest'ultimo<sup>23</sup>. L'*acceptilatio*, quindi, rientrava tra le attività che il creditore accessorio era legittimato a compiere in ragione di quanto stipulato tanto con il creditore principale quanto con l'*obligatus*. La Romanistica, tuttavia, nel caso del secondo capo della legge Aquilia, non è stata concorde sul significato da attribuire all'attività individuata dalla medesima disposizione legislativa<sup>24</sup>, ossia se essa fosse consistita in una vera e propria remissione in assenza di un adempimento o in presenza di uno parziale, o in un'acquisizione indebita di quanto effettivamente pagato dal debitore.

Se, tuttavia, si ha riguardo all'interesse del creditore leso, sembra preferibile disancorare l'accezione di *acceptum facere* da un'univoca qualificazione. Con riferimento, infatti, al danno patito dallo *stipulans*, sembra preferibile associare l'attività fraudolenta ad una pluralità di comportamenti. Essi risultavano tutti accomunati dal fatto che il soggetto danneggiante, in ragione dei poteri a lui attribuiti, le avesse potute lecitamente compiere nei confronti del debitore. Ciò che, infatti, più aveva rilevanza era il fatto che il creditore avesse sofferto un danno ben più grave dell'inadempimento del soggetto passivo dell'obbligazione. Nel caso di specie, infatti, da un lato il credito era andato perduto in maniera irreparabile e dall'altro era stata violata la *fides* sottesa al rapporto fra le parti. La previsione del secondo capo, quindi, risultò probabilmente necessaria per tutelare eventuali abusi di potere da parte dell'*adstipulator*, laddove diversamente sarebbe mancata al creditore opportuna tutela.

---

di assimilare il soggetto danneggiante, considerato dalla *lex Aquilia*, con la descrizione istituzionale fornita da Gaio è stata sostenuta anche dal De Robertis. Secondo l'Autore l'*adstipulator* della fattispecie aquiliana sarebbe stato un intermediario di nomina ufficiale tra il danneggiante e il danneggiato. Egli sarebbe stato abilitato a ricevere la *summa aestimationis*, liberando in questo modo il debitore dal vincolo personale su di lui gravante. De Robertis, *Damnum* 36 ss.  
<sup>23</sup> A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001, 809.

<sup>24</sup> Il dibattito dottrinale sulla precisa individuazione di quanto sanzionato dalla norma prese le mosse nel 1958, allorché il Levy-Bruhl fornì la propria interpretazione in merito. Egli considerò che il riferimento ad *acceptum facere* non dovesse essere interpretato alla luce dei principi della giurisprudenza classica, per cui stava ad indicare la mera remissione del debito, ma come il normale e naturale modo di estinzione per le *obligationes verbis contractae* con contestuale pagamento reale. Ciò si verificava in ragione della necessità, per i Romani, che il pagamento fosse accompagnato da rigide formalità, che in questo caso si sostanziavano nell'*acceptilatio verbis*. Il pagamento, infatti, senza formalità sarebbe divenuto liberatorio solo a partire dal I secolo a.C.. H. Levy-Bruhl, *Le deuxième chapitre de la lex Aquilia* in *RIDA* 5 (1958) 507 ss.; C.S. Tomulescu, *Les trois chapitres de la "lex Aquilia"* in *IURA* 22 (1970) 191 ss.; C.A. Cannata, *Considerazioni sul testo e la portata del secondo capo della <<lex Aquilia>>*, in *Index* 12 (1994) 151 ss.

Quello che sembrerebbe essere certo, dunque, è che il danno dovesse configurarsi in una perdita irreversibile per lo *stipulans* principale. A seguito dell'*acceptilatio*, il credito, infatti, cessava di esistere e il soggetto passivo dell'obbligazione, l'*obligatus*, legittimamente doveva ritenersi liberato dal debito. E ciò poteva realizzarsi tanto nel caso in cui vi fosse stata una remissione in assenza di pagamento da parte del creditore accessorio; tanto nel caso in cui il creditore, in questo caso l'*adstipulator*, avesse accettato un adempimento parziale; tanto ancora nel caso in cui, in ipotesi di adempimento, l'oggetto dello stesso fosse stato trattenuto dall'*adiectus*.

Il debito, ad ogni modo, in ragione della distruzione del rapporto per cui i beni stessi erano dovuti e non dei beni stessi, era estinto.

Ciò che, infatti, rilevava non era la natura o il valore delle *res* oggetto di *acceptilatio*, ovvero se esse fossero consistite in somme di denaro o altri beni, ma il fatto che l'obbligazione era estinta e il debitore liberato. Oggetto del danno, per l'appunto, sarebbe potuto essere qualunque bene utile rispetto all'interesse del creditore.

Sembra difficile, infatti, possa essere individuata una qualificazione univoca dell'oggetto del rapporto obbligatorio.

A seconda del soggetto, del tempo e del luogo in cui veniva costituito il rapporto obbligatorio, l'obbligazione e quindi la *pecunia*, avrebbero potuto assumere una configurazione differente. Il riferimento alla ricchezza<sup>25</sup>, allora, poteva intendersi a beni materiali, la cui irrecuperabilità dipendeva dalla distruzione del titolo in forza del quale il recupero era possibile, piuttosto che in ragione dell'esistenza del bene medesimo<sup>26</sup>.

Rispetto, quindi, all'analisi condotta con riguardo alla possibile individuazione di una primigenia tutela extracontrattuale del credito, ciò che appare rilevante, con riferimento alla corretta qualificazione del secondo capo del plebiscito aquiliano, è che ai Romani, anche laddove ciò non sia avvenuto immediatamente, non sembrò assurdo, a differenza di quanto invece per lungo tempo ha ritenuto la giurisprudenza moderna, affiancare alla tutela della sfera proprietaria quella dei rapporti di credito.

Evidentemente la norma in esame, avendo riguardo al diritto di credito, considerava che il danno non dovesse necessariamente essere arrecato a beni materiali, ma più in generale dovesse afferire alla lesione di interessi patrimoniali.

Il diritto di credito certamente rappresentava un simile interesse.

Non a caso va rammentato che Gaio stesso riteneva il danno genericamente considerato come la trama sottesa all'intera norma.

---

<sup>25</sup> Come più tardi testimoniato da Gaio, il termine *pecunia* aveva portata onnicomprensiva. Gai. 3.124. In riferimento alla *lex Cornelia de sponsu*, infatti, il termine *pecunia* viene specificato come comprensivo di qualsiasi bene potesse costituire oggetto di obbligazione: << *appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur; itaque ey si vinum vel frumentum aut si fundum vel hominem stipulemur, haec lex observanda est* >>. Era *pecunia* qualunque bene suscettibile di costituire oggetto di *stipulatio*.

<sup>26</sup> Sul tema: Cannata, *Considerazioni sul testo* cit. 157; A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*. Padova 2008, 49-50. L'Autore mette in luce come il termine *pecunia* fosse utilizzato per indicare beni materiali diversi dal denaro già nelle XII Tavole. Egli fa riferimento all'utilizzo che della parola ne è fatto anche in fonti successive, tra cui Catone e Gaio. Avanza, dunque, anche l'idea che per *pecunia* potesse intendersi la ricchezza costituita da schiavi e *pecudes* in ragione dell'oggetto del danno degli altri due *capita*. Oggetto dell'*acceptilatio* fraudolenta, e quindi del diritto di credito, sarebbero stati le forze lavoro del proprietario, che negli altri due capi, per la loro distruzione o deterioramento, avevano trovato una speciale tutela.

Se, quindi, si considera, che, in ragione della mera logicità di un provvedimento normativo, è necessario che lo stesso dia seguito o comunque più in generale rappresenti il tempo o meglio gli interessi a cui esso afferisce, sembra chiaro che il plebiscito aquiliano avesse riguardo oltre alle altre ipotesi anche a quella dell'*adstipulatio* in virtù di un'esigenza avvertita come tale. Si trattava della necessità di tutelare uno strumento che, evidentemente, trovava largo uso nel tempo in cui il provvedimento stesso vide la luce<sup>27</sup>. Tradizionalmente, infatti, nella *ratio legis* di una norma può sempre evincersi un motivo socio-economico-culturale che ha ispirato e determinato l'avvento e l'entrata in vigore della norma stessa. Qualora, infatti, il fenomeno dell'*adstipulatio* non fosse stato così tanto diffuso, non si sarebbe rappresentata la necessità di inserire una simile norma in un provvedimento attinente alla tutela della proprietà. La previsione di tale disciplina altrimenti sarebbe stata meramente arbitraria.

Laddove, quindi era introdotto un tipo di danno al credito, seppur in un'ipotesi specificata, punibile come *delictum* al pari di quanto previsto per i beni di proprietà del *dominus*, non può non tenersi almeno in considerazione che l'idea sottesa alla norma potrebbe essere stata quella di un danno patrimoniale arrecato al soggetto danneggiato tramite la distruzione, la perdita o il danneggiamento di beni essenziali per la sua stessa ricchezza. I crediti, infatti, al pari degli schiavi e degli animali da soma potevano essere considerati, sebbene non per la totalità dei consociati, una fondamentale fonte di guadagno (d'altronde neppure gli animali da soma e in particolar modo gli schiavi, potevano essere posseduti da chiunque).

Se un simile capo, quindi, fu inserito nel provvedimento, in un momento politico tormentato e non sereno, esso doveva necessariamente rispondere ad un'esigenza che si rappresentava come viva al tempo della *rogatio* dello stesso.

La legge, quale atto generale ed astratto, non può non considerare la realtà fattuale entro la quale essa stessa s'inserisce. Nel caso della *lex Aquilia*, può ritenersi fosse un periodo caratterizzato da profondi mutamenti del sistema socio-economico, atti ad indurre il legislatore a definire opportuni mezzi di tutela per quante nuove situazioni di danno potevano rappresentarsi in concreto. Dunque, nel nuovo assetto della società romana, il diritto del creditore sembrava essere tanto rilevante da poter ricevere la medesima tutela apprestata per la lesione al diritto di proprietà. L'uccisione o il danneggiamento di beni, quali ad esempio schiavi e animali, costituenti forze lavoro, di certo rappresentava un danno irreparabile per il *dominus*, altrettanto, però, di quanto irreparabile era l'insoddisfazione del creditore rispetto ad un debito illecitamente rimesso, dunque estinto. I rapporti obbligatori costituivano, infatti, una voce fondamentale della situazione patrimoniale del *dominus* e dei nuovi ceti sociali, che andavano affermandosi nelle città del Mediterraneo. Il plebiscito aquiliano, allora, cristallizzò la

---

<sup>27</sup> È in ragione del criterio storico che in particolare il Serrao ha tentato di spiegare come il secondo capo potesse inserirsi tra gli altri. Avendo, infatti, riguardo al periodo storico in cui si pensa possa essere collocata la norma, l'Autore identifica in una necessità economica e sociale l'inserimento del *caput II* nel dettato del plebiscito aquiliano. Il tribuno P. Aquilio, consapevole delle esigenze degli uomini d'affari, il cui numero andava fortificandosi contro quello dell'antica *nobilitas* senatoria, ed alleato con gli stessi, avvertì la necessità di prestare tutela a quanti era necessario venissero in contatto per i loro affari con *adstipulatores*. Il secondo capo sarebbe stato così una forzatura rispetto al contenuto restante ma possibile in ragione dell'appoggio politico di cui il tribuno proponente godeva. Si andava in questo modo configurando una nuova idea di danno ingiusto, non già riferito unicamente a beni materiali, quali quelli necessari al lavoro, quanto piuttosto anche al credito, strumento cardine dell'attività degli speculatori finanziari e più in generale degli uomini d'affari. Serrao, *Uomini d'affari* cit. 569 ss. Sulla congruenza del secondo capo rispetto all'interezza del dettato legislativo nel corso del tempo sono state sollevate dalla romanistica numerose questioni. Sul tema: D. Daube, *On the third chapter of "lex Aquilia"* in *LQR* 52 (1936) 253 ss.; Pringhesheim, *The origin of the Lex Aquilia* in *On. Lévy- Bruhl* (1959) 233.; Guarino, *Diritto* cit. 996; Cannata, *Considerazioni* cit. 157; Cursi, *Iniuria* cit. 209; Zimmermann, *The law* cit. 953 ss.; Corbino, *Il danno* cit. 52.



nuova concezione del patrimonio privatistico romano laddove individuava il diritto di credito quale parte essenziale dello stesso.

Com'è noto, le fonti<sup>28</sup> tramandano, piuttosto che del contenuto effettivo della norma, della desuetudine dello stesso. Sebbene non sia stato individuato un momento storico preciso, infatti, è certo che in periodo giustiniano la norma non avesse più vigenza. L'intervento di un'azione contrattuale, l'*actio mandati*, determinò, quindi, la desuetudine del secondo capo della legge<sup>29</sup>, ma non di certo permise la radicalizzazione della disciplina aquiliana con riguardo ai soli diritti assoluti<sup>30</sup>.

In quest'ottica fondamentale è quanto avvenuto in periodo classico e post classico circa l'interpretazione del dettato normativo. L'attività pretoria, infatti, condusse, con l'*actio in factum*, ad un decisivo ampliamento della fattispecie aquiliana, laddove eliminava i riferimenti, prima necessari, alla materialità del collegamento tra azione e danno e del bene stesso su cui l'azione incideva. Non a caso, il riferimento all'azione pretoria venne utilizzato in situazioni quali ad esempio la lesione del diritto di godimento altrui ovvero del credito degli eredi verso l'eredità stessa. Si trattava di situazioni meritevoli, di certo, di tutela ma non passibili di essere assoggettate alla disciplina normale del plebiscito.

## 2.- La definitiva investitura dell'azione aquiliana come rimedio generale a tutela del danno da fatto illecito. Le azioni pretorie.

La *lex Aquilia* disciplinava ipotesi di danno i cui presupposti erano tassativamente individuati.

L'*actio* diretta, qual era quella inizialmente riconosciuta dal plebiscito a tutela delle fattispecie dannose ivi disciplinate, aveva, infatti, riguardo ad un danno che era necessario fosse *corpore corpori illatum* ovvero che fosse stato posto in essere *iniuria*.

<sup>28</sup> I. 4. 3. 12: << *caput secundum legis Aquiliae in usu non est* >>; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9. 2. 27. 4: << *huius legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit* >>. Anche Gaio si espresse sull'effettività della norma, insinuando che la stessa fosse stata inutilmente votata, considerando che a tutela della medesima fattispecie vi era già un'altra azione, che poi sostituì quella aquiliana, quella dell'*actio mandati*: << *qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est; sed id caveri non fuit necessarium cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.* >>. Gai. 3. 216.

<sup>29</sup> Dalle fonti emerge con chiarezza che la desuetudine della norma fu determinata dalla preferenza accordata all'*actio mandati* a tutela delle medesime situazioni dannose, sebbene questa, a differenza dell'*actio legis Aquiliae* non permettesse di ottenere una condanna *in duplum* in caso di *infittatio*. La desuetudine non deve, tuttavia, essere riferita alla sola parte della legge Aquilia concernente l'ipotesi di un comportamento fraudolento posto in essere dal soggetto agente, quanto più in generale all'istituto cui la norma faceva riferimento, l'*adstipulatio*. In epoca giustiniana non era scomparso il solo secondo capo del provvedimento aquiliano, quanto anche l'istituto dell'*adstipulatio*, per cui alcun senso avrebbe avuto la sopravvivenza della norma in esame stessa. Non vi era, infatti, nelle fonti alcun riferimento all'*adstipulator*. Potrebbe, quindi, immaginarsi che il cessato interesse per tale istituto fosse stato determinato dall'introduzione di altri strumenti aventi la medesima funzione, per cui risultò inutile ricorrere a quello dell'*adstipulatio*. Serrao, *Uomini* cit. 581. Il quale fa riferimento ad un *adstipulator* << *desaparecido* >>. Scherillo, *L'adstipulator* cit. 16 ss. L'*actio mandati* sarebbe stata introdotta a seguito della crisi sociale ed economica intervenuta tra il I e II sec. a.C., per tutelare rapporti giuridici costruiti su valori quali *fides* e *amicitia*, che in un simile periodo si erano ormai dissolti. Se il rapporto tra *adstipulator* e *stipulans* fosse stato costruito anche esso sulla base di simili sentimenti, evidentemente anche per esso fu necessario prevedere una tutela contrattuale che implicasse uno più stretto impegno di diritto tra le parti. Prima dell'introduzione di una nuova tutela processuale potrebbe, quindi, essere mutato il rapporto sostanziale a cui era preordinata tale tutela stessa.

<sup>30</sup> In generale, infatti, non è mancato chi, come il Corbino, ha escluso del tutto la possibilità che la responsabilità aquiliana, per i Romani, potesse essere estesa a tutela di situazioni dannose sottratte alla logica proprietaria, come quelle riguardanti i diritti di credito. Corbino, *Il danno* cit. 87. Un assunto generale di tal genere non può, tuttavia, essere accolto. Non può, infatti, aprioristicamente escludersi qualunque forma di apertura delle regole della responsabilità aquiliana, già per i Romani, a situazioni concernenti ipotesi obbligatorie. Tale elusione dovrebbe essere rifiutata *in primis* per la già definita formulazione del secondo capo della legge; *in secundis*, rispetto alle assolutamente composite ipotesi di danno che furono tutelate in via pretoria.

Il comportamento del soggetto agente doveva concretizzarsi in un'attività direttamente lesiva di un bene altrui, anch'esso puntualmente individuato dalla norma. Era necessario che esso corrispondesse a quanto rappresentato dai *verba legis*.

La condotta qualificata, infatti, occorre fosse quella di <<*occidere*>><sup>31</sup>, per le ipotesi disciplinate dal primo capo del dettato legislativo; quella di <<*urere*>>, <<*frangere*>> o <<*rumpere*>><sup>32</sup> per le fattispecie individuate dal terzo capoverso; quella di <<*pecuniam in fraudem stipulatoris facere*>><sup>33</sup>, per il caso individuato dalla seconda parte della norma.

Anche nell'ipotesi della tutela accordata al rapporto obbligatorio del creditore, quindi, il secondo capo aveva comunque riguardo ad una condotta del tutto tipizzata. Il caso, infatti, cui la norma apprestava tutela, era solo quello afferente ad un'*acceptilatio* fraudolenta.

Dunque, in ragione di un'interpretazione restrittiva del dettato legislativo, affinché una data situazione potesse in esso trovare tutela, era necessario ricorrere a tutti gli elementi previsti dal capo cui la fattispecie concreta afferiva. Il fatto tipico, infatti, si intendeva realizzato solo laddove vi fosse stata una stretta corrispondenza rispetto a quanto statuito dal legislatore aquiliano.

Dunque, l'ambito materiale di applicazione della norma, in questo modo individuato, appariva assai ristretto rispetto alle possibili ipotesi di danno che venivano a rappresentarsi nella realtà fattuale.

Se, tuttavia, si ha riguardo alla norma quale struttura generale ed astratta, si vedrà come nessuna in via ipotetica sia in grado di prevedere, e quindi apprestare tutela alla totalità di situazioni che potrebbero venire a realizzarsi in concreto. Innumerevoli sono, infatti, i casi che, sebbene non coincidano in tutti i loro elementi con quelli contemplati dal dispositivo legislativo, in realtà appaiono porsi in un rapporto di similarità tale da esigere un ampliamento della disposizione originariamente prevista.

Si venivano e vengono a creare, nell'ordinamento giuridico, lacune e vuoti normativi che è necessario siano in qualche modo colmati.

Affinché, dunque, alcuna situazione giuridicamente rilevante possa essere privata di opportuna tutela, si fa ricorso a mezzi ed espedienti che provvedano a tale scopo.

Talvolta, può farsi ricorso all'attività dottrinale od anche giurisprudenziale, che dall'interpretazione della norma è in grado di individuare meccanismi atti a sopperire alle mancanze del dispositivo legislativo; talaltre, invece, si necessita dell'attività legislativa come tradizionalmente considerata.

Non poche furono, allora, proprio rispetto alla lettura stringente del dettato normativo, le questioni su cui la giurisprudenza fu chiamata ad interrogarsi. Era necessario che l'attività giurisprudenziale mitigasse i rigidi limiti imposti dal legislatore, affinché più eventi lesivi non rimanessero privi di tutela.

La *lex Aquilia*, infatti, come detto, sebbene prevedesse una disciplina in grado di abbracciare una notevole quantità di ipotesi di responsabilità di terzi, in realtà, imponendo stringenti requisiti affinché il fatto tipico si realizzasse, ne lasciava escluse altrettante.

---

<sup>31</sup> D. 9. 2. 2pr.

<sup>32</sup> Ulp. D. 9. 2. 27. 5.

<sup>33</sup> Gai. 3. 215.

Questa restrizione, tuttavia, proprio grazie all'attività di interpreti e giuristi, mai meccanica nell'applicazione della norma, non si radicalizzò. Attraverso, infatti, diversi espedienti si tentò di ampliarne ugualmente la portata<sup>34</sup>.

In tale ottica, fondamentale fu il contributo dell'attività del pretore. La tutela pretoria, infatti, fu introdotta affinché fattispecie dannose, non rientranti nella fattispecie aquiliana come tradizionalmente considerata, fossero ugualmente sottoposte a puntuale disciplina.

L'esigenza da cui originavano le azioni pretorie era, dunque, quella di apprestare tutela a situazioni che, in ragione della mancanza di uno o più elementi definiti dalla norma, non potevano essere direttamente riguardate dalla stessa, sebbene fossero rilevanti sotto il profilo patrimoniale ovvero, più in generale, rispetto all'interesse del soggetto leso stesso.

L'attività del pretore era il sistema che meglio poteva rispondere a tali differenti fattispecie che si concretizzavano nella realtà fattuale. Egli, dunque, assunse il ruolo di protagonista rispetto all'ampliamento della tutela aquiliana. Fu, infatti, concessa tutela, attraverso l'adattamento della norma al caso concreto, ad ipotesi di danno scaturenti da un comportamento che appariva diverso per uno o più requisiti previsti dal dettato originario del plebiscito, mutando, così, la concezione generale di danno aquilano stesso. È certo che, dunque, questo costituì il primo effettivo passo verso una concezione più ampia della responsabilità civile, aperta a situazioni diverse dalla lesione qualificata di beni tipizzati di proprietà del *dominus*.

Essa si rappresentò come tutela di un interesse patrimoniale del soggetto leso. Si trattava di un danno che, solo in tempi moderni, sarà definito come puramente patrimoniale. Potrebbe immaginarsi, infatti, che, affinché tale opera di adattamento fosse compiuta, fosse necessario che si ampliasse la concezione stessa di danno. Non a caso, si è visto che, a qualunque periodo storico la legge Aquilia venga ascritta, essa può sostenersi dovesse rispondere ad effettive esigenze della società che si apprestava a regolare. Allo scopo, per quel periodo, soprattutto se di tumulti, sarebbero bastate le ipotesi individuate dal plebiscito. Con il modificarsi dei tempi, del substrato sociale e dello stesso ordinamento giuridico, è probabile che la legge di danno non fosse più sufficiente. La tutela pretoria, allora, si inserì in un simile processo.

Le fonti tramandano l'esistenza di più fattispecie plasmate dal modello aquiliano.

---

<sup>34</sup> Ben presto, dunque, la giurisprudenza avviò un'opera di ampliamento del plebiscito aquiliano più incisiva, con riferimento a fattispecie, tuttavia, solo in parte differenti da quelle originariamente considerate. L'estensione del dettato legislativo si ebbe attraverso un adattamento per lo più semantico ad ipotesi diverse da quelle cui sembrava afferire, in via restrittiva, la norma. In primo luogo, la determinazione di nuove fattispecie, cui riferire la disciplina, fu così ottenuta con un'estensione limitata alla mera riqualificazione delle attività considerate dannose. Si ebbe, dunque, riguardo all'interpretazione estensiva dei *verba legis*. Albanese, *Studi* cit. 182 ss.; Desanti, *La legge* cit. 60 ss. In secondo luogo, si ebbe una differente interpretazione dell'elemento soggettivo, inizialmente non individuato dal dettato legislativo. Si fece riferimento ad una nuova accezione di *iniuria*. Tra gli altri, Schipani, *Responsabilità* cit. 2 ss.; Cursi, *Iniuria* cit. 167 ss. Attraverso, quindi, tali strumenti, ancora non completamente disancorati dal dettato originario della legge, fu ottenuta una tutela più ampia rispetto ad un'interpretazione restrittiva della stessa. Continuavano, tuttavia, a rimanere ferme le medesime caratteristiche generali. Per questi motivi fu, dunque, necessario l'intervento dell'attività pretoria.

Si parlava al riguardo di *actio utilis*<sup>35</sup>; di *actio in factum*<sup>36</sup>; di *actio ad exemplum legis Aquiliae*<sup>37</sup>; di *actiones in factum accomodatae legis Aquiliae*<sup>38</sup>.

Tali ipotesi, tutte accomunate dal modello originario da cui essere traevano ispirazione, quello dell'azione concessa dal plebiscito aquiliano, non erano definite nei loro confini in maniera precisa. I *prudentes*, infatti, non ebbero ben chiara e delineata la distinzione tra le rispettive fattispecie, tanto da accordare, talvolta, azioni differenti per situazioni quanto mai similari<sup>39</sup>.

Una concreta sistemazione dei nuovi rimedi processuali, dunque, si ebbe solo più tardi, con l'avvento della giurisprudenza giustiniana. I compilatori definirono un preciso ambito di applicazione, individuando i requisiti necessari affinché, a seconda dei casi, fosse esperita l'*actio utilis* ovvero quella *in factum*<sup>40</sup>.

Fu chiara, dunque, la differenza tra le due azioni.

Mentre quella utile aveva riguardo a comportamenti attivi del soggetto agente per cui, tuttavia, non poteva rappresentarsi un legame diretto tra il corpo del responsabile dell'attività lesiva e quello del bene danneggiato; quella *in factum* era individuata in via residuale rispetto ad ipotesi che non potevano essere fatte rientrare né nella tutela accordata dall'azione utile né tantomeno in quella diretta.

Dunque, l'azione utile era concessa a tutela del danno che fosse stato arrecato *corpori* e non *corpore*. Quella *in factum*, invece, veniva accordata per fattispecie di danno caratterizzate dall'assenza di entrambi i requisiti chiesti per l'azione diretta.

<sup>35</sup> Gai. 3. 219.

<sup>36</sup> Paul. 2 *ad Plaut.* D. 9. 2. 33. 1: << *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*>>.

<sup>37</sup> Nerat. 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. si aveva riguardo all'ipotesi di animali costretti in luoghi angusti*>>.

<sup>38</sup> Pomp. 39 *ad Q. Muc.* D. 19. 5. 11. Il Valditara sostiene che possa trattarsi di una reinterpretazione già classica della natura di alcune *actiones in factum*, forse sull'influenza della funzione e della struttura dell'*actio utilis*. Ciò starebbe a denotare una progressiva attrazione dell'*actio in factum* nell'ambito aquiliano. Valditara, *Dalla lex cit.* 191 ss.

<sup>39</sup> Si pensi al caso dell'uccisione di un servo, determinata dal fatto che lo stesso fosse stato lasciato morire di fame. Nerazio (D. 9. 2. 9. 2) concedeva l'*actio in factum*, mentre Labeone un'azione utile (D. 47. 8. 2. 20). Lo stesso Nerazio, poi, mentre rispetto al caso del servo morto, perché lasciato morire di fame (D. 9. 2. 9. 2), quindi nell'ipotesi di un danno *non corpore*, accordava l'azione *in factum*, nel caso in cui lo stesso evento fosse derivato ad animali, dopo essere stati costretti in luoghi angusti, invece, prevedeva che fosse applicata l'azione utile. (D. 9. 2. 53). Albanese, *Studi cit.* 5 ss. L'Autore ha analizzato l'ambito applicativo delle azioni pretorie nel periodo classico. L'Albanese ha ritenuto che la differenza tra l'azione utile e quella *in factum* fosse rappresentata dal fatto che mentre la prima afferiva ad un'ipotesi di danno scaturente da un'azione indebita, sebbene non corporalmente e direttamente riferita al soggetto agente, l'*actio in factum* aveva, invece, riguardo al caso in cui l'azione indebita mancasse del tutto. In quest'ultimo caso, il danno derivava da un'omissione del soggetto agente. Sulle azioni pretorie: A. Corbino, *Actio diretta, actio utilis e actio in factum nella disciplina del danno aquiliano*, in *Studi per Giovanni Nicosia* 3 (2007) 7 ss.; Valditara, *Dalla lex cit.* 191.; Corbino, *Il danno cit.* 129.

<sup>40</sup> << *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 is suffocatus fuerit, eo quod proiecerit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit ideoque 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 compeditum solverit, ut fugeret*>>. I. 4, 3, 16.

Eliminati, quindi, i rigidi formalismi imposti dal dettato originario della norma, non vi erano più ostacoli affinché trovassero spazio situazioni lesive afferenti interessi diversi da quelli del *dominus*. Se, infatti, la necessità da cui le azioni pretorie originarono fu quella di apprestare tutela a casi inizialmente ignorati dal plebiscito, non può irrimediabilmente escludersi che tra esse non potessero rappresentarsi anche ipotesi che si differenziavano da quelle “normali”, non solo in ragione di elementi quali il nesso di causalità, il comportamento del soggetto agente, o l’elemento materiale, ma anche con riguardo al bene oggetto di danneggiamento. L’*actio in factum*, infatti, intesa quale azione concessa a tutela del danno patrimoniale, potrebbe aver avuto riguardo anche ad ipotesi di lesioni ai diritti obbligatori di soggetti diversi da quello agente.

D’altronde, le ipotesi stesse individuate, ad esempio, nel Digesto fungevano da meri esempi rispetto agli innumerevoli casi che, in concreto, potevano realizzarsi. Tra questi potrebbe ipotizzarsi esservi state anche fattispecie afferenti alla lesione extracontrattuale del rapporto obbligatorio.

Con riguardo, quindi, all’analisi fin qui condotta circa la possibile individuazione di un’azione tanto generale da poter essere riferita alla violazione del credito già in un’epoca tanto risalente, fondamentale è risultato lo studio di alcune fattispecie.

In primo luogo, si fa riferimento alla concessione di un’azione utile al conduttore di un fondo rispetto ai danni provocati alle proprie messi da un terzo:

*<< Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lege Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.>><sup>41</sup>.*

La questione aveva riguardo al caso di un soggetto, un *quisque de populo*, che avesse mischiato loglio o avena nel campo seminato altrui, per cui bisognava garantire tutela al proprietario del fondo, o, se il fondo era locato, al colono. Celso si interrogava, quindi, sulla possibilità di ricorrere, da un lato, con l’interdetto *vi aut clam* o, dall’altro, con l’*actio in factum*, previa garanzia che *amplius non agi*.

Il ricorso all’azione decretale trovava giustificazione, secondo il giurista, nel fatto che il danno non corrispondeva ad alcuno dei comportamenti qualificati individuati in via diretta dalla norma. Non si era verificata, nel caso di specie, alcuna *mutatio rei*, come intesa dalla disciplina legislativa.

Allo stesso tempo, tuttavia, sebbene l’evento dannoso non avesse mutato la sostanza del raccolto, si era ugualmente verificato un danno<sup>42</sup>, già in riferimento alle molestie anche solo temporali arrecate

<sup>41</sup> D. 9. 2. 27. 14 (Ulp. 18 *ad ed.*).

<sup>42</sup> L’incidenza del danno con riguardo all’interesse delle parti del rapporto obbligatorio, poi, sarebbe venuto ancora di più in evidenza, laddove i frutti percepiti dal fondo fossero stati intesi quali parte della *merces* dovuta in ragione del rapporto di locazione stesso. Il danno patrimoniale sarebbe stato inevitabile. Nel caso di *locatio conductio rei*, infatti, il conduttore era tenuto a versare al locatore una somma che, nel caso di fondi, poteva essere costituita anche dai frutti percepiti dal bene locato. La pigione poteva essere tanto costituita dall’intero utile ricavato, qualunque fosse la quantità di beni prodotti, tanto, nei casi di fondi rustici, di solo una parte di essi. Si parlava di *colonia partiaria*. In questo caso, per l’appunto, in quanto corrispettivo del rapporto di locazione, il *conductor* cedeva parte dei suoi frutti al *dominus* del fondo. Tale rapporto implicava la partecipazione dello stesso *locator* alle vicende della coltivazione posta in essere dal conduttore. In questi casi, dunque, qualora un terzo avesse danneggiato la coltivazione inevitabilmente avrebbe arrecato un danno ad entrambe le parti originarie dell’obbligazione. Si fa riferimento alla *colonia partiaria* in D. 19, 2, 25, 6, in cui emerge la compartecipazione rispetto ai frutti della cosa locata, di entrambe le parti del rapporto obbligatorio: *<<Vis maior, quam Graeci ὀ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. apparet autem de eo nos colono*

per procedere alla separazione delle *res alterate*, che bastava a legittimare l'eventuale *poena* nei confronti del responsabile dell'azione<sup>43</sup>.

Era, infatti, proprio la particolare *species damni* realizzata, ad indurre Ulpiano a riconoscere per il colono, oltre che per il proprietario, la possibilità di ricorrere alla tutela decretale. Al conduttore del fondo, l'attività del terzo impediva il corretto esercizio di un diritto a lui derivante dal rapporto di locazione. Tale rapporto, infatti, non si fondava unicamente sulla possibilità di avere a disposizione per un certo periodo di tempo un determinato bene<sup>44</sup>. Il locatario poteva godere della *res locata* e ricavare dalla stessa un utile. Il conduttore, dunque, era in grado di disporre dei frutti, al pari del proprietario del fondo, qualora lo stesso non fosse stato locato. Tale diritto, ovviamente, era riconosciuto al colono a fronte del corrispettivo versato al locatore.

Pertanto, risultava necessario proteggere il colono stesso da comportamenti dannosi di terzi che gravavano sull'oggetto del rapporto obbligatorio, in questo caso di locazione. Qualora, infatti, il terzo avesse determinato un danno, non necessariamente distruttivo, ma piuttosto anche solo temporale rispetto alla separazione dei beni, il diritto di credito del colono sarebbe stato in parte svuotato di contenuto, incidendo direttamente sul sinallagma sotteso al rapporto di locazione<sup>45</sup>.

Si trattava, inoltre, di un danno che non poteva essere ascritto all'inadempimento dell'obbligazione del locatore, non essendogli imputabile l'evento dannoso. Egli, infatti, era chiamato ad assicurare il godimento del bene da parte del conduttore, quale adempimento dell'obbligazione sottesa al rapporto di *locatio conductio* stesso. Nel caso in cui l'esercizio di tale diritto fosse stato impedito dal locatore o da un terzo, a cui il locatore stesso poteva impedire il danno, il conduttore poteva agire con l'*actio conducti*, un'azione *ex fide bona*, nei confronti del debitore<sup>46</sup>.

Nel caso di specie, invece, si aveva riguardo a soli due rimedi processuali, quali l'interdetto *vi aut clam* e l'*actio in factum ex lege Aquilia*, per entrambe le parti del rapporto obbligatorio.

---

*dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit: alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur>>. Guarino, Diritto cit. 906.*

<sup>43</sup> Il passo è stato criticato in dottrina. Dai più, infatti, esso è stato ritenuto interpolato. Da qui si è, ad esempio, sostenuto che in realtà la fattispecie non avesse determinato alcuna estensione della legittimazione attiva a favore del colono, che poteva agire, a tutela di una simile fattispecie dannosa, solo con l'interdetto *vi aut clam*. Dunque, è stato osservato che il riferimento di Ulpiano all'azione pretoria avrebbe riguardato il solo proprietario del bene. In più, si è fatto riferimento al fatto che non si spiegherebbe il motivo per cui Celso concedesse una tutela *in factum* al colono, mentre giuristi successivi ancora discutevano sulla legittimazione attiva dell'usufruttuario o del comodatario. Tale circostanza avrebbe testimoniato la chiusura del sistema giuridico rispetto a fattispecie non attinenti in via stringente al diritto di proprietà. In particolare, il Ferrini ha sostenuto che l'unica questione sottostante il passo fosse rappresentata dalla possibilità di individuare un'azione di *rumpere* in una fattispecie differente da quella a cui tradizionalmente tale attività veniva riferita. Dunque, in realtà, l'unico rimedio possibile per il colono sarebbe stato rappresentato dall'interdetto *vi aut clam*. C. Ferrini, *La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae*, in *Opere di Corrado Ferrini* 5 (1930) 210 ss.

<sup>44</sup> Gai. 3.142 -147.

<sup>45</sup> Cursi, *Per una storia* cit. 54. Allo stesso modo si esprimeva il Valditara, laddove individuava nel caso in esame il primo esempio di tutela del rapporto di credito, avverso il terzo che avesse leso il diritto di godimento altrui. Valditara, *Dalla lex* cit. 206.

<sup>46</sup> D. 19. 2. 15 – 15. 1: << *IDEM libro trigesimo secundo ad edictum. Ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur.>>.*

Il colono vantava, dunque, un diritto che era necessario fosse tutelato al pari di quello del proprietario del fondo stesso, tanto da essere chiamato a garantire che il proprietario *amplius non agi*. Sembra, dunque che entrambi i soggetti fossero stati lesi nell'esercizio dei rispettivi diritti in via similare.

Data, quindi, la legittimazione ad agire avverso il terzo accordata ad un soggetto diverso dal *dominus rei*, può ritenersi che il caso di specie rappresenti un'effettiva apertura del sistema pretorile a situazioni differenti da quelle inizialmente considerate dal plebiscito, non afferenti esclusivamente alla logica proprietaria. La necessità, infatti, di riconoscere una tutela risarcitoria al soggetto diverso dal proprietario si è ritenuto potesse rappresentare una prima forma di garanzia per un rapporto obbligatorio, in questo caso tra *dominus* e colono del fondo.

Rilevante, poi, è anche l'analisi di un'ulteriore questione.

Si tratta della possibile tutela accordata agli eredi per il danno da essi patito rispetto all'eredità mancata per la distruzione delle tavole testamentarie:

*<<Si qui testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. Et Marcellus libro quinto digestorum dubitans negat competere: quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? Ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, testamenta poene chirographa sunt. Ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem. Sed et quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribuspraesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit. 1. Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit: non furti non tenebitur: cum factio enim animus furtis furtum exigit>><sup>47</sup>.*

Il fulcro della questione che qui si poneva era rappresentato dalla valutazione di un interesse di soggetti *non domini*<sup>48</sup>, cui riferire un'eventuale tutela (nel caso di specie, infatti, la *Cursi* ha ritenuto di poter individuare un'ipotesi di danno puramente patrimoniale<sup>49</sup>). Il dibattito giurisprudenziale, infatti, piuttosto che alla concessione o meno dell'azione aquiliana, fondata sull'analogia tra le tavole testamentarie e il chirografo, si poneva con riguardo alla valutazione dell'interesse dell'attore rispetto al danno che voleva essere tutelato dal rimedio aquiliano.

Va considerato, in primo luogo, che già la sola questione sulla difficoltà di quantificare lo stesso interesse del soggetto agente sottintendesse la realizzazione di un danno. Diversamente la questione non avrebbe trovato ragione di esistere.

Che il danno, infatti, si fosse in ogni caso realizzato era fuori di dubbio.

<sup>47</sup> D. 9. 2. 41 pr. Per una più dettagliata disamina della fattispecie si veda *Cursi, Per una storia* cit. 56 ss.

<sup>48</sup> Poiché a molti è sembrata difficile la possibilità che la tutela aquiliana fosse accordata a situazioni diverse da quelle afferenti al diritto di proprietà, anche per il caso di specie si è cercato un modo affinché lo stesso fosse assoggettato alla medesima logica. Il Ferrini ha sostenuto, infatti, che il passo non dicesse che l'erede o il legatario potessero in ogni caso agire con l'*actio legis Aquiliae*. Dal testo emergerebbe solo che vi potesse essere qualche ipotesi in cui tali soggetti fossero legittimati a ricorrere al rimedio aquiliano. Secondo l'Autore, dunque, sarebbe stato necessario indagare situazioni in cui gli eredi o i legatari, mentre risentivano del danno inferito alle tavole testamentarie, godevano del diritto di proprietà rispetto alle tavole stesse. È quindi a solo tali situazioni che il giureconsulto accennava, non potendo essere eliminato qualunque riferimento al diritto di proprietà. Tale ricostruzione sarebbe testimoniata, secondo il Ferrini, dal fatto che in altre circostanze, per la medesima situazione dannosa, era individuata la sola azione di dolo, quale rimedio per l'evento lesivo. Ferrini, *La legittimazione* cit. 217 ss.

<sup>49</sup> *Cursi, Per una storia* cit. 56 ss.

Non a caso, Giuliano, circa il medesimo danneggiamento alle tavole testamentarie, tra gli altri rimedi, accordava al testatore anche quello aquiliano:

<< *Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit, legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit*>><sup>50</sup>.

Se, quindi, il danno era pressoché certo, la medesima certezza non si rinveniva circa la possibile quantificazione dell'interesse del soggetto danneggiato.

Nel caso degli eredi e dei legatari, secondo Ulpiano, il problema poteva essere superato considerando che il testamento rappresentava per tali soggetti un chirografo.

I *chirografa* erano documenti atti a testimoniare l'esistenza di un vincolo obbligatorio tra le parti, che il debitore affidava al creditore come solenne impegno a adempiere all'obbligazione. In particolare, si sostiene che l'efficacia di tali documenti non dovesse essere intesa come esclusivamente costitutiva, ma piuttosto come rappresentativa del credito in essi contenuto. Il documento, dunque, provvedeva ad incorporare l'obbligazione. La distruzione del documento determinava l'estinzione del rapporto obbligatorio.

In ragione di una siffatta efficacia era chiaro l'interesse che i beneficiari del testamento vantavano rispetto allo stesso<sup>51</sup>.

Si è, tuttavia, spesso obiettato che la tutela aquiliana, apprestata in fattispecie simili di danni di riflesso arrecati a beni incorporati in altri, direttamente distrutti, non dovesse essere intesa quale tutela accordata a *res* immateriali, quali ad esempio il credito, ma al bene stesso contenente l'obbligazione, nel caso di specie le tavolette testamentarie.

Tale assunto, tuttavia, non può essere considerato come certo ed univoco.

Il sistema legislativo, infatti, aveva avuto riguardo anche a fattispecie in cui sembrava potersi avere una tutela accordata a beni immateriali<sup>52</sup>.

Basti pensare alla possibilità di risarcire il padre per le diminuite capacità lavorative, oltre che per le spese sostenute per le cure, del figlio. Si aveva in questo caso riguardo alla tutela accordata al *dominus* rispetto all'impossibilità di porre in essere determinate *operae*, oggetto esse stesse di particolare interesse, da parte del *filius*. Si ravvisava, quindi, in tali situazioni, la possibilità di risarcire il danno connesso ad una *res immaterialis*<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> D. 9. 2. 42 (Iul. 48 *dig.*).

<sup>51</sup> La distruzione del documento, che costituiva l'unica prova dell'esistenza del diritto di credito, giustificava la possibilità di ricorrere all'azione aquiliana. Secondo il Corbino, tuttavia, non si sarebbe trattato mai della tutela accordata al diritto di credito altrui. La scelta di accordare, dunque, la tutela aquiliana a fattispecie simili potrebbe trovare giustificazione, secondo l'Autore, avendo riguardo al profilo dell'*aestimatio damni*. Il riferimento al parametro di quantificazione del danno, individuato dal terzo capo della legge, sarebbe stato funzionale ad intendere non solo il danno arrecato al bene materiale, dunque il chirografo in quanto documento, ma anche ogni ulteriore interesse del suo proprietario, legato all'integrità della cosa stessa. Nel caso di specie, quindi, il danno sarebbe stato rappresentato non solo dalla distruzione delle tavole, quali bene materiale, ma da ogni altra perdita economica connessa alla distruzione della *res* in quanto tale. Corbino, *Il danno* cit. 78 – 79.

<sup>52</sup> In questo si è espresso lo stesso Corbino, ravvisando, in quella in esame, una particolare ipotesi di tutela di *res immaterialis*. Id, *Il danno* cit. 78 – 79.

<sup>53</sup> D. 9. 2. 7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): << *Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus, et impendia, quae pro eius curatione fecerit*>>. In questa fattispecie al padre, che esercitava la



Non sembrava, dunque, che fosse impossibile per i Romani prescindere dall'elemento materiale in particolari circostanze in cui era necessario apprestare tutela ad un determinato interesse patrimoniale del soggetto leso.

Così, dunque, anche per il caso della cancellazione del testamento<sup>54</sup>.

Era ovvio che l'interesse fosse valutato rispetto al contenuto incorporato nel bene distrutto.

Se, infatti, si avesse avuto riguardo alla *res* danneggiata stessa, vi sarebbe stato un risarcimento iniquo rispetto all'effettivo danno subito. L'interesse sotteso alla distruzione di un documento, dunque, in particolare un chirografo, non poteva essere rappresentato unicamente con riguardo al valore delle *tabulae* in cui esso era conservato. Una cosa, di certo, era risarcire il valore delle tavolette, altra era quantificare il valore che le stesse rappresentavano rispetto alla realizzazione del credito in esse contenuto. Ad esempio, se si considera che nella disposizione testamentaria poteva essere istituita una situazione ereditaria ben differente da quella che si sarebbe avuta, qualora l'eredità fosse stata ripartita per legge, il danno certamente si sarebbe realizzato per gli eredi e i legatari.

Tanto ciò è vero che Ulpiano, seppur in una ipotesi temporale diversamente individuata, riconosceva agli eredi la possibilità di ricorrere all'azione di dolo, nel caso in cui il testamento fosse stato distrutto dopo la morte del testatore<sup>55</sup>.

Per di più, che si avesse riguardo all'effettivo contenuto delle tavole emerge dal fatto che la determinazione dell'interesse del testatore, che secondo Marcello non poteva porsi in essere, certamente lo sarebbe stata nel caso in cui si fosse avuto riguardo al risarcimento per la distruzione della *res* in quanto tale.

L'interesse patrimoniale del soggetto leso, dunque, nel caso di specie, corrispondeva alla necessità di non vedere estinto il proprio credito, incorporato nelle tavole testamentarie, a causa di un comportamento altrui. Almeno indirettamente il diritto di credito altrui trovava in questo modo tutela<sup>56</sup>.

---

propria potestà sul figlio, era concessa la possibilità di esperire l'*actio legis Aquiliae* in ragione della diminuita capacità economica del figlio, dovuta dalla menomazione all'occhio di quest'ultimo. *Le operae*, dunque, divenivano oggetto del risarcimento in quanto suscettibili di arrecare pregiudizio economico al proprietario di esse.

<sup>54</sup> Secondo la Cursi sembra opportuno ritenere che oggetto dell'evento lesivo non fossero già le tavole testamentarie distrutte, ma l'interesse dei beneficiari rispetto al lascito testamentario. Cursi, *Per una storia* cit. 59 Al contempo, altri Autori hanno tentato di giustificare la legittimazione degli eredi e dei legatari di ricorrere con l'*actio legis Aquiliae*, in ragione di un diritto reale da essi vantato rispetto alle tavole testamentarie. Dunque, l'estensione della legittimazione attiva è stata ricondotta sempre alla necessità che il diritto fosse vantato dal *dominus*. Il Ferrini, infatti, ha ravvisato la possibilità di individuare una soluzione per tale fattispecie definendo il diritto vantato dagli eredi rispetto al testamento quale diritto di proprietà. Tale scelta era realizzata pur riconoscendo che l'interesse dei soggetti legittimati dal giurista fosse da riferire al testamento quale unico titolo per provare il diritto da essi vantato rispetto all'eredità, che al contempo costituiva la misura del danno stesso. Veniva, tuttavia, individuata la difficoltà di valutare il danno nei confronti dell'erede laddove l'eredità non fosse stata adita e le tavole testamentarie distrutte. Qualora, infatti, la successione, al momento del danneggiamento, non fosse stata aperta, gli eredi e i legatari non potevano dirsi proprietari. Ferrini, *La legittimazione* cit. 216 ss.

<sup>55</sup> D. 4, 3, 35 (Ulp. 30 *ad ed.*): << *Si quis tabulas testamenti apud se depositas post mortem testatoris delevit vel alio modo corruperit, heres scriptus habebit adversus eum actionem de dolo. sed et his, quibus legata data sunt, danda erit de dolo actio.*>>. Cursi, *Per una storia* cit. 62 ss.

<sup>56</sup> Tanto ciò è vero che era lo stesso Ulpiano, in un altro frammento, ad individuare, rispetto, tuttavia, all'ipotesi di furto, cosa dovesse intendersi come oggetto di risarcimento nel caso in cui venisse meno un documento incorporante un'obbligazione. Già, infatti, nell'ipotesi di furto di chirografo venivano individuati gli strumenti per la quantificazione della pena, calibrati sull'interesse del soggetto danneggiato. Per tale circostanza, si stabiliva che il furto non riguardasse il documento in quanto tale, quanto invece il bene che esso incorporava, il diritto di credito. D. 47. 2. 27 pr.: << *qui*

### 3.- *L'actio in factum generalis*.

L'attività del pretore, dunque, come può facilmente evincersi dalle suindicate questioni, attraverso la concessione di azioni modellate sul caso concreto considerato, effettivamente determinò un ampliamento della disciplina aquiliana.

Tale tutela, già fiorita in periodo classico, ebbe effettiva consacrazione quale rimedio generale al tempo di Giustiniano. In ragione delle innumerevoli fattispecie a cui i rimedi del pretore riuscirono ad apprestare tutela, fu ben presto chiara la versatilità delle stesse rispetto alle ipotesi di danno che si realizzavano nella realtà fattuale. Dato, infatti, il sempre più incisivo allontanamento di tali azioni rispetto al dettato originario del plebiscito aquiliano, soprattutto per l'*actio in factum*, non ci volle assai tempo per giungere ad una disciplina generale del fatto illecito.

È, dunque, nell'emersione delle azioni pretorie e nell'erosione degli originari confini fissati dalla legge che si sostanziava la volontà dei Romani di superare le rigide categorie cui il danno aquiliano era stato originariamente confinato.

Se, dunque, una generale apertura alla disciplina del fatto illecito si ebbe in periodo giustiniano, con l'*actio in factum*, essa fu dovuta alle acquisizioni della giurisprudenza, che ebbe riguardo alla ridefinizione delle totalità dei presupposti individuati dal plebiscito. Vennero, infatti, superati a seconda dei casi uno o più requisiti individuati dalla norma, tanto che si poté apprestare tutela a soggetti diversi dal *dominus*.

Affinché, infatti, tale processo di estensione fosse portato a compimento, era necessario che si avesse una ancora più estesa separazione rispetto a quanto individuato dalla norma in via diretta. Oltre, infatti, alla previsione di azioni, che con diversi meccanismi processuali potessero ampliare la tutela aquiliana, era necessario ricorressero ulteriori elementi.

In particolare, fu necessario, per tutelare situazioni lesive non afferenti al diritto di proprietà, l'emersione di una modalità differente di quantificazione del danno stesso. Si passò, infatti, da una stima legata al bene materiale ad una afferente all'interesse del soggetto leso<sup>57</sup>. La quantificazione

---

*tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur non tantum pretii ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit: quod ad aestimationem refertur eius summae, quae in his tabulis continentur, scilicet si tanti interfuit, ut puta si chirographa aureorum decem tabulae fuerint, dicimus hoc duplicari. quod si iam erant inanes, quia solutum proponebatur, numquid ipsarum tantum tabularum pretii videatur esse aestimatio facienda? quid enim interfuit huius? sed potest dici, quia nonnumquam debitores tabulas sibi restitui petant, quia nonnumquam calumniantur debitores quasi indebito soluto, ab his interesse creditoris tabulas habere, ne forte controversiam super ea re patiat. et generaliter dicendum est in id quod interest duplari. 1. Inde potest quaeri, si quis, cum alias probationes mensaeque scripturam haberet, chirographi furtum passus sit, an aestimari duplo chirographi quantitas debeat. Et numquid non, quasi nihil intersit? quantum enim interest, cum possit debitum aliunde probare? quemadmodum si in binis tabulis instrumentum scriptum sit: nam nihil videtur deperdere, si futurum est, ut alio chirographo salvo securior sit creditor. 2. Aepocha quoque si fuerit subrepta, aequae dicendum est furti actionem in id quod interest locum habere: sed nihil mihi videtur interesse, si sint et aliae probationes solutae pecuniae. 3. Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corruptit.>>.* Dunque, individuata già spesso la simmetria tra *actio furti* e *actio legis Aquiliae*, se per il primo caso il valore della pena era individuato in ragione dell'interesse rappresentato nel documento rubato, la stessa stima doveva aversi nell'ipotesi di danneggiamento o distruzione delle tavole testamentarie. L'azione lesiva poteva immaginarsi essere la stessa dal punto di vista delle parti del rapporto obbligatorio che, in entrambe le fattispecie, era incorporato in un documento. Sia per il furto che per la distruzione materiale del documento si aveva riguardo all'ipotesi di una *res* sottratta dal patrimonio, e quindi dalla disponibilità, del proprietario. Si configurava comunque un danno economico. D. 47. 2. 50. 4 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 41. 1. 55 (Proc. 2 *epist.*); D. 9. 2. 27. 21 (Ulp. 18 *ad ed.*).

<sup>57</sup> In questo senso Valditara. Valditara, *Dalla lex cit.* 93 ss.; Valditara, *In tema di stima cit.* 215 ss.

della pena fu determinata avendo riguardo all'insieme degli interessi del soggetto su cui l'evento dannoso si ripercuoteva.

Solo quando la stima del danno fu, quindi, in questo modo individuata, si poté avere un effettivo ampliamento della tutela aquiliana a soggetti diversi dal *dominus rei*. Affinché, infatti, trovassero garanzia ulteriori fattispecie dannose, quali ad esempio afferenti alla lesione del diritto di credito, era necessario vi fosse una considerazione più profonda sul danno ingiusto. Occorreva che fosse sostituito il criterio dell'*aestimatio damni* con quello dell'*id quod interest*. Talune eccezioni, rispetto alla logica proprietaria erano sì state comunque individuate in un tempo precedente l'età dei Severi, si pensi al secondo capo della legge Aquilia, ma mai era stato introdotto un rimedio generale.

Al tempo di Giustiniano, invece, tale processo fu portato a compimento. Con la giurisprudenza giustiniana, infatti, si ebbe la consacrazione di un processo già avviato non solo dai giuristi precedenti, ma anche dallo stesso legislatore aquiliano. L'*actio in factum*, dunque, in questo momento, fu a pieno titolo inserita tra i rimedi aquiliani, a tutela di situazioni non tassativamente individuate, come invece era necessario affinché ricorresse l'azione diretta.

Fu, quindi, questo il tempo in cui fu introdotta l'*actio in factum generalis*.

La giurisprudenza postclassica determinò, dunque, un'estensione tanto generale da aver riguardo a situazioni molto più vaste di quelle individuate in precedenza dai Romani. Si ebbe, in questo periodo, una tutela del danno extracontrattuale genericamente inteso.

Può dunque concludersi che già i Romani avevano tentato, in più occasioni di superare la logica proprietaria sottesa al rimedio aquiliano. L'elemento reale, infatti, era stato abbandonato di fronte quante situazioni di danno erano avvertite come meritevoli di tutela dalla giurisprudenza del tempo in cui esse stesse si manifestavano.

Come sovente accade, quindi, le esigenze della comunità civile e lo sviluppo di un diritto vivente sempre più in sintonia con le stesse, determinarono un mutamento dell'ordinamento giuridico romano. Si trattava delle medesime necessità che indurranno, molto tempo dopo, ad un cambiamento del sistema di responsabilità civile ex art. 2043 c.c.

**Abstract.-** La possibilità di risarcire in sede extracontrattuale la lesione di un diritto relativo ha rappresentato un punto di svolta decisivo per i moderni sviluppi del sistema di responsabilità civile italiano. L'analisi della legge Aquilia, risalente al III sec. a.C. circa, dimostra che tale acquisizione, individuata come assolutamente moderna da parte di dottrina e giurisprudenza, non sia veramente da definirsi come tale. In particolare, infatti, il *caput* II della legge già prevedeva una prima possibile tutela del diritto di credito altrui, laddove faceva riferimento alla garanzia accordata al creditore per remissione fraudolenta del debito ad opera di un soggetto differente dal titolare dell'obbligazione. Che il dettato legislativo non dovesse, quindi, riferirsi esclusivamente al diritto di proprietà, ma piuttosto alla violazione di qualunque interesse patrimoniale, emerse in maniera quanto mai chiara dall'estensione interpretativa operata dal pretore. La concessione di un'azione pretoria, infatti, al conduttore del fondo, rispetto ai danni provocati alle messi da un *quisque de populo*, ovvero agli eredi con riguardo alla distruzione delle tavole testamentarie, erano segni tangibili della versatilità dell'azione aquiliana rispetto a situazioni di danno afferenti diritti diversi da quelli assoluti.

**Abstract.-** The possibility of compensating the violation of a relative right in a non-contractual context represented a decisive turnaround for the modern developments of the Italian civil liability system. The analysis of the Aquilia law, dating back to the third century b.C., demonstrates that this result, identified as absolutely modern by scholars and case law, is not really to be perceived as such. In particular, *caput* II of the law already established a starting point for a possible non-contractual credit protection: it referred to the guarantee granted to the creditor for fraudulent debt release related to a person different from the holder of the obligation. From the interpretative extension operated by the praetor blatantly emerged that the legislative dictation should not, therefore, refer exclusively to the right of ownership, but rather to the violation of any patrimonial interest. In fact, the granting of a *pretoria* action to the tenant of the land with respect to the damage caused to the crops by a *quisque de populo*; and to the heirs, for the destruction of the testamentary tables, were tangible signs of the versatility of the Aquilian action for the protection of broader rights than absolute ones.