

‘Quod non iure factum est, hoc est contra ius’. **Brevi note in tema di eccesso di condotta**

I. *Premesse. Il rilievo dell’iniuria*

L’individuazione dei limiti della responsabilità del soggetto agente in una prospettiva volta a superare il preteso dualismo *delicta-crimina* e a valorizzare, piuttosto, il profilo (unitario) della responsabilità del singolo sia in ambito privato che pubblico integra un’operazione non semplice¹. L’argomento di fondo è quello della repressione del fatto illecito e della sua vicenda evolutiva.

Consapevoli della straordinaria latitudine del tema dianzi menzionato, si vuole tornare a riflettere intorno a un comportamento che, a causa delle concrete modalità esecutive, rende responsabile, senza giustificare, l’autore del danno e offrire una sintesi in chiave critica delle principali testimonianze.

In via di prima approssimazione, si pensi a quelle ipotesi che possono essere ricondotte dentro l’espressione ‘eccesso di condotta’, ossia di quei contegni che,

* Il presente contributo rientra nell’attività di ricerca del Team ‘*Diritto e Azione: un atlante delle idee giuridiche della tradizione romanistica*’ nell’ambito del Progetto di Eccellenza ‘Diritto, Cambiamenti e Tecnologie’ (Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Verona).

¹ V. in termini generali C. Ferrini, *sv. Danni (azione di)*, in *Enc. giur.* 4, Milano 1911, 12 ss.; G.I. Luzzatto, *sv. Colpa penale (dir. rom.)*, in *ED.* 7, Milano 1960, 614 ss.; M. Talamanca, *sv. Colpa civile (storia)*, in *ED.* 7, Milano 1960, 517 ss.; G. Crifò, *sv. Illecito (dir. rom.)*, in *NNDI.* 8, Torino 1962, 153 ss.; U. Brasiello, *sv. Delitti (dir. rom.)*, in *ED.* 12, Milano 1964, 3 ss.; F. Gnoli, *sv. Diritto penale nel diritto romano*, in *Dig. disc. pen.* 4, Torino 1990, 43 ss.; M. Balzarini, *sv. Violenza (dir. rom.)*, in *ED.* 46, Milano 1993, 830 ss. In ambito di *crimina* v. in specie Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899; C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, estratto dall’*Enc. dir. pen. it.*, Milano 1902 (rist. an. Roma 1976); E. Albertario, ‘*Delictum*’ e ‘*crimen*’ nel diritto romano-classico e nella legislazione giustiniana, Milano 1924; U. Brasiello, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937; G.F. Falchi, *Diritto penale romano. Dottrine generali*, Padova 1937²; C. Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970; G. Carnazza-Rametta, *Studio sul diritto penale dei romani*, Roma 1972; G. Crifò, *Principi di diritto penale romano*, in *Labeo* 19, 1973, 372 ss.; G. Longo, ‘*Delictum*’ e ‘*crimen*’, Milano 1976; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, Milano 1988; Id., *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994; V. Giuffrè, *La repressione criminale nell’esperienza romana. Profili*, Napoli 1998³. Più di recente, L. Garofalo, *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2008; B. Santalucia, *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2010; C. Venturini, *Scritti di diritto penale romano*, a cura di F. Procchi, C. Terreni, Padova 2015. Sulla pretesa autonomia del diritto penale romano v. di recente F. Pulitanò, *Sull’ ‘autonomia’ del diritto penale romano. Prime considerazioni*, in *TSDP.* 11, 2018, 1 ss.; S. Galeotti, ‘*Delictum*’ e ‘*crimen*’: la qualificazione dell’illecito nell’esperienza giuridica romana, in *LR.* 7, 2018, 3 ss.

oltrepassando i confini del lecito, comportano una ri-estensione della responsabilità in capo al soggetto agente. Se, infatti, di regola è chiamato a rispondere solo chi *occidit* o (*cor*)*rupit non iure*, nelle altre situazioni il danneggiante che possa dimostrare di avere agito *iure* non potrà essere chiamato a rispondere. Questa equivalenza resta vera fintantoché il comportamento del singolo non abbia però ecceduto i limiti della propria condotta, poiché, in tal caso, la medesima condotta non sarà più *iusta* e sarà sanzionata a titolo di *iniuria/culpa*². La responsabilità dell'agente sarà valorizzata dal modello di condotta violata, ossia dalla realizzazione di quei comportamenti rimproverati sotto il concetto polivalente di *culpa*³.

² La letteratura è sterminata. Tra i molti contributi v. G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno* 1.2, *Colpa extra-contrattuale*, Torino 1903, 37 s.; G. Rotondi, *Dalla 'lex Aquilia' all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Scritti giuridici* II, Milano 1922, 479 ss.; C. Ferrini, sv. *Delitti e quasi delitti*, in *NNDI*. 9.1, Torino 1926, 754 s.; H. Siber, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung* 2, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 231 s.; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933², 226 ss.; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano* 2.1, Padova 1962, 510 s.; C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa del diritto romano classico. Corso di diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari, Anno accademico 1967-1968*, Milano 1969, 307 ss.; Id., *Sul testo della 'lex Aquilia' e la sua portata originaria*, in L. Vacca (a c. di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica (Madrid 7-10 ottobre 1993)*, Torino 1995, 40 ss.; B. Albanese, sv. *Illecito (storia)*, in *ED*. 20, Milano, 1970, 50 ss.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 1, München 1971², 161; A.D. Manfredini, *Contributi allo studio dell' 'iniuria' in età repubblicana*, Milano 1977, 95 ss.; Rh. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Johannesburg 1990, 953 ss.; P. Ziliotto, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra 'iniuria' e 'damnum corpore datum'*, Padova 2000; M.F. Cursi, *'Iniuria cum damno'. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, 3 ss. e l'ampia bibliografia citata; G. Valditara, *'Damnum iniuria datum'*, Torino 2005²; A. Corbino, *Il danno qualificato e la 'lex Aquilia'. Corso di diritto romano*, Padova 2005²; S. Schipani, *Contributi romanistica al sistema della responsabilità extra-contrattuale*, Torino 2009; L. Desanti, *La legge Aquilia. Tra 'verba legis' e interpretazione giurisprudenziale*, Torino 2015; S. Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione* 1, Napoli 2015; Ead., *Ricerche sulla nozione di 'damnum'. I criteri di imputazione del danno tra 'lex' e 'interpretatio prudentium'* 2, Napoli 2016; G. Valditara, *Riflessioni di diritto romano e diritto civile sul danno ingiusto*, in F. Zuccotti, M.A. Fenocchio (a c. di), *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici*, Milano 2018, 321 ss.; G. Santucci, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna 2018², 145 ss.; A. Torrent Ruiz, *'Ad legem Aquiliam'* 1, *Estudios sustantivos: 'culpa, damnum, causa'*, Madrid 2019; F. Mercogliano, G. Valditara, *Saggi in materia di danno ingiusto e diligenza nell'adempimento in diritto romano*, Torino 2020. Da ultimo, M.F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli 2021².

³ Cfr. D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*), nel quale Quinto Mucio evidenzia il *providere*, ossia la necessità che il soggetto agente abbia osservato una condotta adeguata a evitare danni per il terzo. Sul passo torna di recente M.F. Cursi, *Il concorso della colpa del danneggiato nel risarcimento e la rilevanza penale dell'azione aquiliana*, in *Index* 47, 2019, in specie 172 ss.

Ecco che nelle pieghe di questo complesso processo di trasformazione del delitto aquiliano – non più limitato al solo concetto di *iniuria*, ma ancorato all’emersione del criterio della *culpa* «razionalizzatrice e unificante nel campo argomentativo rotante intorno al fatto illecito»⁴ – troveranno spazio le nostre riflessioni in tema di eccesso di condotta, ricollegate, è il caso di ribadirlo, a un comportamento non giustificato in quanto deviante da una regola di condotta. Ciò non solo al fine di sanzionare un contegno ritenuto riprovevole, ma anche per tutelare l’esigenza di garantire un risarcimento in quelle ipotesi nelle quali la presenza oggettiva di una causa di giustificazione, così come delineata nel singolo caso di specie, avrebbe escluso la punibilità del fatto⁵.

II. *Uno sguardo alle orazioni: la Pro Tullio di Cicerone*

Prima di procedere all’analisi delle fonti giuridiche sul tema, sia consentito volgere lo sguardo alle fonti letterarie. Nell’ambito di queste ultime, la letteratura romanistica ha valorizzato l’apporto offerto dalla *Pro Tullio* di Cicerone, nella quale, da un lato, «emerge una nozione di *iniuria* probabilmente già influenzata dalla riflessione giurisprudenziale»⁶, dall’altro, è possibile segnalare argomenti inerenti alla legittimità della condotta⁷. In particolare, l’approfondi-

⁴ Così di recente F. Mercogliano, *Breve nota sulle prime leggi romane e su alcuni sviluppi in materia di responsabilità privata*, in *TSDP*. 13, 2020, 1 ss., in specie 10. Per i molteplici significati del termine *culpa* v. di recente R. Cardilli, *Gestione empirica della imputazione e ‘culpa adnumeratio’ nella riflessione dei giuristi romani*, in F. Milazzo (a c. di), *‘Scientia rerum’ e ‘scientia iuris’*. Fatti, linguaggio, discipline nel pensiero giurisprudenziale romano. *Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano. Copanello 8-11 giugno 2010 con l’appendice Talamanca e Copanello di Antonino Metro*, Milano 2019, 83 ss.

⁵ Cursi, *‘Iniuria cum damno’* cit. 281, la quale puntualizza, con riferimento alla struttura dell’illecito aquiliano, che «la più ampia nozione di *culpa* deve aver assorbito l’originaria nozione di dolo, identificandosi pienamente con l’*iniuria*, in tutte le sue sfumature, non solo soggettive ma anche oggettive».

⁶ Galeotti, *Ricerche sulla nozione di ‘damnum’* 2 cit. 55 ss.

⁷ Cfr. F.L. Keller, *Semestrium ad M. Tullium Cicerone libri sex*, Turici 1842, 573 ss.; H.J. Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines* 2, Cambridge 1902, 503; F. Serrao, *La ‘iurisdictio’ del pretore peregrino*, Milano 1954, 85 nt. 32; L. Vacca, *Ricerche sulla rapina nel diritto romano 1, L’Editto di Lucullo e la ‘lex Plautia’*, in *Studi Economico-Giuridici dell’Università di Cagliari* 45, 1965-1968, Milano 1969, 524 ss. [= *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a c. di B. Cortese, S. Galeotti, G. Guida, G. Rossetti, Napoli 2015, 6 ss.]; B. Schmidlin, *Das Rekuperatorenverhoren. Eine Studie zum römischen Prozess*, Freiburg 1963, 45 ss.; G. Broggin, *L’orazione Per Marco Tullio*, in *Tutte le opere di Cicerone I, Le Orazioni*, Milano 1964, 369 ss.; M. Balzarini, *Cic. ‘Pro Tullio’ e l’editto di Lucullo*, in *Studi in onore di G. Grosso I*, Torino 1968, 323 nt. 2; U. Ebert, *Die Geschichte des Edikts ‘de hominibus armatis coactisve’*,

mento dell'argomentazione retorica svolta in chiave difensiva dall'Arpinate ci presenta una differente visuale sull'immagine del *non iure*, in relazione ai limiti delle scriminanti, coinvolgendo anche la figura dell'eccesso di condotta.

In termini generali, l'elaborazione del concetto di *iniuria/culpa* che ricorre nelle opere retoriche⁸ – le quali tecnicizzano lo studio sulle *causae* espresse nei *tópoi* – «si avvicina alla riflessione etica della causalità, nella quale campeggia l'idea dell'irresponsabilità dell'evento causato da una condotta involontaria»⁹. Allo stesso tempo, tale elaborazione delinea ipotesi di responsabilità in capo al soggetto che disattende il modello oggettivo di comportamento al quale la condotta deve uniformarsi¹⁰.

Heidelberg 1968; S. Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino 1969, 76 s.; Manfredini, *Contributi allo studio dell' 'iniuria'* cit. 110 s.; L. Vacca, *L'editto di Lucullo*, in F. Milazzo (a c. di), *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 4-7 giugno 1990)*, Napoli 1992, 221 ss. [= *Delitti privati e azioni penali* cit. 305 ss.]; Cursi, *'Iniuria cum damno'* cit. 24 ss.; R. Fiori, *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 60 ss.; G. La Bua, *'Obscuritas' e 'dissimulatio' nella 'pro Tullio' di Cicerone*, in *Rhetorica. A Journal of the History of Rhetoric* 23.3, 2005, 261 ss.; C. Venturini, *'In vi ... dolus malus inest' (Cic. 'Tull.' 29)*, in *'Fides Humanitas Ius'. Studi in onore di L. Labruna* 8, Napoli 2007, [= *Scritti di diritto penale romano II* cit. 818 ss.]; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 29; Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* II cit. 67 s.; P. Ziliotto, *Dolo e 'iniuria' nella 'Pro Tullio' di Cicerone*, in *BIDR.* 7, 2017, 133 ss.

⁸ La letteratura in tema di rapporti tra retorica e giurisprudenza è assai vasta. Tra i molti contributi v. L. Calboli Montefusco, *Logica, retorica e giurisprudenza nella dottrina degli status*, in D. Mantovani (a c. di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del Seminario di San Marino, 7-9 gennaio 1993*, Torino 1993, 209 ss. Per una visione di tale dottrina sul piano storico v. Id., *La dottrina degli 'status' nella retorica greca e romana*, Hildesheim-Zurich-New York 1986. V. inoltre H. Braet, *The Classical Doctrine of Status and the Rhetorical Theory of Argumentation*, in *Philosophy and Rhetoric* 20, 1987, 79 ss.; M. Miceli, *La prova retorica tra esperienza romanistica e moderno processo penale*, in *Index* 26, 1998, 241 ss.; G. Sposito, *Il luogo dell'oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli 2001; R. Martini, *Antica retorica giudiziaria (gli 'status causae')*, in *Diritto@storia* 3, 2004, 1 ss.; G. La Bua, *Diritto e retorica: Cicerone 'iure peritus' in Seneca retore e Quintiliano*, in *Atti del XII Colloquium Tullianum (Salamanca, 7-9 ottobre 2004)* 12, 2006, 181 ss.; C. Masi Doria, *Principi e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in A. Lovato (a c. di), *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio Trani, 22-23 maggio 2009*, Bari 2011, 19 ss.; G. Cossa, *I giuristi e la retorica*, in C. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi (a c. di), *Dogmenschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento 2012, 299 ss.; A. Traversi, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*, Milano 2014⁵; E.G.D. van Dongen, *Contributory negligence. A historical and comparative study*, Leiden-Boston 2014.

⁹ Così Cardilli, *Gestione empirica della imputazione* cit. 99.

¹⁰ Cfr. Cic. *inv.* 2.33.101: *Loci autem communes: accusatoris in confessionem, et quanta potestas peccandi relinquuntur, si semel institutum sit, ut non de facto, sed de facti causa quaeratur; defensoris conquestio est calamitatis eius, quae non culpa, sed vi maiore quadam acciderit, et de fortunae potestate et hominum infirmitate et, uti suum animum, non eventum considerent.*

Prima di porre l’attenzione sugli aspetti di natura teorico-giuridica e di strategia processuale contenuti nell’orazione difensiva, ripercorriamo brevemente i fatti di causa così come esposti dall’Arpinate¹¹.

Fabio, insieme ad Acerronio, aveva acquistato un terreno situato nella campagna di Turio e confinante con quello di Tullio. Poco soddisfatto dell’affare concluso, Fabio aveva deciso di vendere ad Acerronio sia la sua porzione del fondo che la cd. *centuria Populiana*, rispetto alla quale tuttavia si era limitato a indicarne i confini, senza trasferirne la *vacua possessio*. La centuria in questione era però rivendicata da Tullio. Il testo dell’orazione presenta a questo punto una lacuna circa gli avvenimenti a seguire; tuttavia, sembra possibile dedurre l’iniziativa intrapresa da Tullio volta a presidiare la sua centuria, al fine di impedire a Fabio il trasferimento della *vacua possessio* a favore di Acerronio. A seguito dell’accordo intercorso tra Fabio e Tullio avente per oggetto la *deductio quae moribus fit*, volta a chiedere al pretore la concessione dell’interdetto *uti possidetis*¹², si verifica ciò che nei fatti è la questione giuridica oggetto di valutazione nell’orazione ciceroniana. In specie, la notte successiva a tale accordo, numerosi schiavi di Fabio si erano recati armati nei pressi della *centuria Populiana*, avevano fatto irruzione con la forza all’interno di una costruzione ivi situata e, aggredendo di sorpresa gli schiavi di Tullio, li avevano uccisi e al contempo avevano demolito la loro casa. Soltanto Filino era scampato alla strage, riuscendo a riferire quanto avvenuto a Tullio. Quest’ultimo decideva di agire contro Fabio in base alla formula rilasciata dal pretore L. Cecilio Metello, ma creata pochi anni prima dal pretore Marco Terenzio Varrone Lucullo¹³, al fine di ottenere il pagamento di una pena pecuniaria pari al quadruplo del danno dolosamente arrecato dalla *familia*¹⁴ di Fabio, con violenza e con uomini in armi. La narrazione a questo punto si interrompe¹⁵.

¹¹ Il processo si svolse probabilmente nel 71 a.C. V. G. Nicosia, *Studi sulla ‘deiectio’* I, Milano 1965, 144 ss.; Balzarini, *Cic. ‘Pro Tullio’ e l’editto di Lucullo* cit. 323 nt. 2.

¹² Prassi testimoniata anche nella *Pro Caecina*, la quale, come riportato da Balzarini, *Cic. ‘Pro Tullio’ e l’editto di Lucullo* cit. 326, in specie nt. 13, contiene una disputa avente ad oggetto motivi di diritto, «oltre per la ragione pratica dell’avvenuta confessione dei fatti, per la novità della formula contestata». V. inoltre Vacca, *L’editto di Lucullo* cit. 305 ss.

¹³ Sulla figura di Metello v. Balzarini *Cic. ‘Pro Tullio’ e l’editto di Lucullo* cit. 323 nt. 2; Ziliotto, *Dolo e ‘iniuria’ nella ‘Pro Tullio’ di Cicerone* cit. 133 nt. 1.

¹⁴ Sul termine *familia* cfr. Balzarini, *Cic. ‘Pro Tullio’ e l’editto di Lucullo* cit. 334 ss.; L. Solidoro, *La ‘familia’ nell’editto di Lucullo*, in *La repressione della violenza nel diritto romano. Appunti dalle lezioni*, Napoli 1993, 15 ss.

¹⁵ In particolare, come evidenziato da Venturini, *‘In vi ... dolus malus inest’* cit. 818, «il giudizio era strutturato in due *actiones* (Cic. *Tull.* 5), secondo uno schema provvisto di corrispondenza con quello tipico dei coevi giudizi regolati dalla *comperendinatio* che si svolgevano dinanzi alle *quaestiones perpetuae*».

L'Arpinate, nella sua orazione difensiva, riportando il testo dell'*intentio*¹⁶, fornisce elementi fondamentali per la ricostruzione della formula completa dell'azione intentata da Tullio, nonché della clausola inserita da Lucullo nel proprio editto¹⁷. In particolare, la fattispecie edittale prevedeva un reato di evento – il danno – sanzionato in forza di due requisiti: l'attrupamento e l'uso della violenza¹⁸.

La discussione tra Cicerone e Quinzio verte su due aspetti: in primo luogo, sul significato dell'espressione *dolo malo*, assente nella formula dell'*actio legis Aquiliae*¹⁹; in secondo luogo, sul valore del termine *iniuria*, assente nella formula in questione e presente invece in quella della *lex Aquilia*²⁰. Se con riguardo al profilo inerente al dolo, l'argomentazione di Cicerone si sostanzia nella dimostrazione dell'assurdità e dell'infondatezza della tesi difensiva di Quinzio, la seconda questione, quella concernente il (non) rilievo dell'*iniuria*, ossia l'antigiuridicità o meno della condotta degli schiavi di Fabio, richiede alcune precisazioni²¹.

¹⁶ Cic. Tull. 7: *Iudicium vestrum est, recuperatores, quanta pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabii vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse M. Tullio. Eius rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; iudicium datum est in quadruplum.*

¹⁷ Keller, *Semestrium ad M. Tullium Cicerone libri sex* cit. 595; O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³, 391 ss.; Serrao, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino* cit. 76 ss.; Broggin, *L'orazione Per Marco Tullio* cit. 379 ss.; Vacca, *Ricerche sulla rapina nel diritto romano* cit. 6 ss.; Balzarini, *Cic. 'Pro Tullio' e l'editto di Lucullo* cit. 329 ss., in specie 345 s.; Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 73 ss.; Vacca, *L'editto di Lucullo* cit. 305 ss.; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999², 74; Ziliotto, *Dolo e 'iniuria' nella 'Pro Tullio' di Cicerone* cit. 133 ss.

¹⁸ Va da sé che lo stesso fatto poteva trovare tutela in sede di *lex Aquilia*, con cui il danneggiato avrebbe ottenuto però solo l'ammontare del danno, o in caso di *infittatio*, il suo *duplum*. Cfr. Venturini, *In vi ... dolus malus inest'* cit. 824.

¹⁹ Tale profilo si sostanzia nel riconoscimento dei fatti di causa da parte di Fabio, il quale ha altresì aggiunto che quanto accaduto è stato realizzato dalla sua *familia*, *vi hominibus armatis e cum animo* di uccidere gli schiavi di Tullio. Come evidenziato da Ziliotto, *Dolo e 'iniuria' nella 'Pro Tullio' di Cicerone* cit. 138 ss. ntt. 24 ss., in specie 138, a venire in controluce è la fattispecie della premeditazione: «non potendo cioè dire che gli schiavi di Fabio non hanno voluto uccidere, Quinzio sostiene che non lo hanno fatto in base a un piano prestabilito, che sarebbe richiesto dalla formula là dove fa riferimento al *dolus malus* della *familia*». Cicerone si limita a replicare – sulla base dei fatti, dunque a prescindere dal precipuo significato dell'espressione *dolus malus* nella formula – l'esistenza della premeditazione e la doloosità della condotta degli schiavi.

²⁰ Cfr. E. Costa, *Le orazioni di diritto privato di Cicerone*, Bologna 1899, 55 ss.; Broggin, *L'orazione per Marco Tullio* cit. 367 ss.; Balzarini, *Cic. 'Pro Tullio' e l'editto di Lucullo* cit. 350 ss.; Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 58 ss.; E. Pólay, *'Iniuria dicitur omne, quod non iure fit'*, in *BIDR.* 88, 1985, 73 ss.; Cursi, *'Iniuria cum damno'* cit. 22 ss.; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 29 ss.; Ziliotto, *Dolo e 'iniuria' nella 'Pro Tullio' di Cicerone* cit. 141 ss. Per una ricognizione dei significati del termine *iniuria* nelle fonti letterarie v. da ultimo Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* 2 cit. 55 ss.

²¹ Cic. Tull. 36 ss. Cfr. Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 74 ss.; Ziliotto, *Dolo e 'iniuria' nella 'Pro Tullio' di Cicerone* cit. 141 ss.

Come sappiamo Quinzio, al fine di supportare la difesa di Fabio, chiede inutilmente, appellandosi ai tribuni della plebe²², l’inserimento della parola *iniuria* nella formula²³. A questo proposito l’interpretazione dominante è nel senso che il tentativo di tale integrazione fosse volto a far valere l’esistenza di una causa di giustificazione; vi è tuttavia chi ritiene che tale la strategia difensiva fosse finalizzata a escludere una qualsivoglia indagine circa un coinvolgimento consapevole del *dominus*²⁴.

Quello che appare certo è che Cicerone – attraverso il confronto tra la *lex Aquilia* e l’editto di Lucullo, nonché tra l’interdetto *unde vi* e il *de vi armata* – non intende negare la possibilità di far valere all’interno di un processo una scusante della condotta. Egli vuole piuttosto mettere in evidenza che ciò, ossia il ricorso a una causa di giustificazione, è ammissibile soltanto là ove la formula lo consenta tramite l’esplicito richiamo al concetto di *iniuria*; nel caso di specie, la formula concessa dal pretore Metello, in base all’editto di Lucullo, non contiene la menzione dell’*iniuria*, dunque deve negarsi tale possibilità.

Nonostante le numerose lacune del testo a nostra disposizione, pare ragionevole pensare che l’Arpinate abbia ritenuto necessario chiarire la sua posizione in merito all’uccisione *iure* o *iniuria*, in quanto paventava l’eventuale rilievo, da parte di Quinzio, di una provocazione da parte degli schiavi di Tullio²⁵.

Riferirsi alla provocazione è l’occasione per precisare i confini di una condotta che possa definirsi lecita: Cicerone, infatti, si chiede retoricamente se il

²² Ziliotto, *Dolo e ‘iniuria’ nella ‘Pro Tullio’ di Cicerone* cit. in specie nt. 12.

²³ Come noto infatti l’omissione di *iniuria* corrispondeva all’esigenza di impostare la formula così da evitare che coloro che *armis quam iure agere maluissent de iure et iniuria disputare*. Ciò aveva condotto all’utilizzo, come modello, dell’interdetto *unde vi*, il quale era interamente incentrato sul ricorrere o meno di un *vi deicere*, dunque sulla violenza in sede di acquisto e spoglio del possesso. Sul punto v. G. Falcone, *Ricerche sull’origine dell’interdetto ‘uti possidetis’*, Palermo 1996, 226 ss. Come messo in luce da Venturini, *‘In vi ... dolus malus inest’* cit. 821, «l’oratore perviene in tal modo a valorizzare la presenza di *vi* così nell’interdetto come nelle formula, in entrambi i casi assegnando alla paroletta il medesimo valore di ablativo strumentale e considerandola, quindi, diretta a designare un’identica qualità dell’azione».

²⁴ In questo senso Vacca, *L’editto di Lucullo* cit. 245 s.; Cursi, *‘Iniuria cum damno’* cit. 24 ss. *Contra*, Venturini, *‘In vi ... dolus malus inest’* cit. 823 s., il quale puntualizza che non vi sono elementi testuali a sostegno di tale interpretazione.

²⁵ Sul punto Ziliotto, *Dolo e ‘iniuria’ nella ‘Pro Tullio’ di Cicerone* cit. 145 s., mette bene in evidenza che due sono gli indizi dai quali verificare la provocazione. In primo luogo, con riguardo all’*excursus* che precede la *narratio* (Cic. *Tull.* 8), nonché nella *argumentatio* (Cic. *Tull.* 42), dove Cicerone specifica che la finalità della formula è quella di indurre la gente a tenere a freno i propri schiavi, affinché, anche laddove fossero provocati, si difendano con gli strumenti del diritto e non con le armi. Il secondo, sempre contenuto nella *argumentatio* (Cic. *Tull.* 54) consiste nel fatto che l’azione posta in essere dagli schiavi di Fabio sia stata una conseguenza della condotta degli schiavi di Tullio, i quali avrebbero ucciso uno schiavo di Fabio e incendiato casa sua.

massacro di tutti gli schiavi di Tullio, insieme alle ulteriori condotte di violenza, di uomini armati, di strage e di sangue si fossero rese necessarie. Cicerone stima che così in verità non fosse; anzi, sarebbe stato sufficiente il ricorso alle vie legali, ossia alla *lex Aquilia*²⁶.

In definitiva, anche là ove il comportamento degli schiavi di Fabio non integri un'ipotesi di legittima difesa, il richiamo di tale scusante è usato da Cicerone per tutelare interamente la posizione del suo cliente²⁷. L'Arpinate respinge

²⁶ Ziliotto, *Dolo e 'iniuria' nella 'Pro Tullio' di Cicerone* cit. 145.

²⁷ Cic. Tull. 48. ... *tamen verum factum esset, [non modo servos] tamen in eo ipso loco, qui tuus esset, non modo servos M. Tulli occidere iure non potuisti, verum etiam si tectum hoc insciente aut per vim demolitus esses, quod hic in tuo aedificasset et suum esse defenderet, id vi[m] aut clam factum iudicaretur. tu ipse iam statue quam verum sit, cum paucas tegulas deicere inpune familia tua non potuerit, maximam caedem sine fraude facere potuisse[t]. ego ipse tecto illo disturbato si hodie postulem, quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum restituas aut sponsione condemneris necesse est: nunc hoc probabis viris talibus, cum aedificium tuo iure disturbare non potueris, quod esset quem ad modum tu vis in tuo, homines, qui in eo aedificio fuerint, te tuo iure potuisse occidere?* 49. *'at servus meus non comparet, qui visus est cum tuis: at casa mea est incensa a tuis'. quid ad haec respondeam? ostendi falsa esse: verum tamen confitebor. quid postea? hoc sequitur, ut familia<m> M. Tulli concidi oportuerit? vix mehercule ut corium peti, vix ut gravius expostulari; verum ut esses durissimus, agi quidem usitato iure et cotidiana actione potuit. quid opus fuit vi, quid armatis hominibus, quid caede, quid sanguine?* 50. *'at enim oppugnatum me fortasse venissent'. haec est illorum in causa perdita extrema non oratio neque defensio, sed coniectura et quasi divinatio. illi oppugnatum venturi erant? quem? Fabium. quo consilio? ut occiderent. quam ob causam? quid ut proficerent? qui comperisti? et, ut rem perspicuam quam paucissimis verbis agam, dubitari hoc potest, recuperatores, utri oppugnasse videantur, qui ad villam venerunt an qui in villa[m] manserunt? qui occisi sunt an ii ex quorum numero sauc[c]ius factus est nemo? qui cur facerent, causa non fuit an ii qui fecisse se confitentur?* 51. *verum ut hoc tibi credam metuisse te ne obpugnare, quis hoc statuit umquam aut cui concedi sine summo omnium periculo potest, ut eum <iure potuerit occidere, a quo metuisse se dicat ne ipse posterius occideretur?>* 52. ... *boni debent dicere. atque ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit, ut furem noctu liceat occidere et luci, si se telo defendat, et legem antiquam de legibus sacratis, quae iubeat inpune occidi eum, qui tribunum plebi pulsaverit. nihil, ut opinor, praeterea de legibus.* 53. *qua in re hoc primum quaero, quid ad hoc iudicium recitari istas leges pertinuerit. num quem tribunum plebi servi M. Tulli pulsaverunt? non opinor. num furatum domum P. Fabi noctu venerunt? ne id quidem. num luce furatum venerunt et se telo defenderunt? dici non potest. ergo istis legibus quas recitasti certe non potuit istius familia servos M. Tulli occidere.* 54. *'non' inquit 'ad eam rem recitavi, sed ut hoc intellegeres non visum esse maioribus nostris tam indignum istuc nescio quid quam tu putas hominem occidi'. at primum istae ipsae leges quas recitas, ut mittam cetera, significant, quam noluerint maiores nostri, nisi cum perneccesse esset, hominem occidi. primum ista lex sacrata est, quam rogarunt armati ut inermes sine periculo possent esse. quare non iniuria, quo magistratu munitae leges sunt, eius magistratus corpus legibus vallatum esse voluerunt.* Sul concetto di legittima difesa più ampiamente L. Aru, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *AUPA*. 15, 1936, 113 ss.; di recente, M. Varvaro, *Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone*, in *AUPA*. 56, 2013, 215 ss.

come punto di partenza un’indagine impostata sulla prospettiva della legittimità o meno della condotta – dandovi ampio spazio –, poiché tale argomento potrebbe essere il più pericoloso per la posizione del suo cliente, «in quanto dovrebbe venire allora dimostrato che da Fabio è stato superato il limite di ciò che poteva essere giustificato. D’altra parte egli contesta l’argomentazione che doveva essere la più forte, imperniata sulla legittima difesa (...) mostrando che anche questa aveva dei limiti entro cui doveva svolgersi, ed al di là dei quali si ricade nell’*iniuria occidere*»²⁸. In altri termini, l’intera struttura giuridica dell’argomentazione di Cicerone è indirizzata a chiarire i confini di una regola di condotta, ossia a sottolineare che là ove questi ultimi fossero ecceduti, il comportamento dell’agente non potrebbe andare esente da responsabilità, non potendo in alcun modo essere giustificato.

III. *La giurisprudenza repubblicana: Quinto Mucio e D. 9.2.39 pr.-1. La rilevanza dell’espressione ‘si percussisset aut consulto vehementius egisset’*

Venendo ora alle fonti giuridiche in tema di *lex Aquilia*, numerosissime sono le testimonianze che la letteratura romanistica ha studiato al fine di dipanare la complessa relazione tra il danno e la responsabilità extracontrattuale. In un tale ambito di studio, saranno preferite quelle più significative al fine di evidenziare in quali casi il soggetto agente è chiamato a rispondere del danno cagionato a causa di un eccesso di condotta, a partire da un frammento di Quinto Mucio, contenuto in D. 9.2.39 pr.-1 (Pomp. 17 *ad Q. Muc.*), che si pone come punto di riferimento per una corretta interpretazione del concetto di *iniuria*.

La formulazione letterale del passo appare piuttosto agevole:

D. 9.2.39 pr.-1 (Pomp. 17 *ad Q. Muc.*): *Quintus Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur; in cogendo quod praegnas erat eiecit: quaerebatur; dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo ruperat. Si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse. 1. Pomponius. Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnus cepit, habet proprias actiones. itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat*²⁹.

²⁸ Schipani, *Responsabilità ‘ex lege Aquilia’* cit. 77 s. ntt. 85 e 86. V. anche Balzarini, *Cic. ‘Pro Tullio’ e l’editto di Lucullo* cit. 356 nt. 101.

²⁹ Sul passo v. D. Nörr, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München 1986, 124 ss.; S. Schipani, ‘*Lex Aquilia*’, ‘*culpa*’ responsabilità, in *Illicito e pena privata in età repub-*

Una cavalla gravida che pascola in un campo altrui viene scacciata dal campo e, nell'essere allontanata, abortisce; ci si domanda quindi se al padrone della cavalla sia concessa o meno l'azione della legge Aquilia contro chi l'ha scacciata, per averla *rupta*. Quinto Mucio ritiene che si possa agire *ex lege Aquilia* là ove l'animale sia stato percosso, ovvero allontanato con eccessiva violenza. Lo stesso afferma Pomponio, il quale sostiene che colui che trova il bestiame altrui nel suo campo deve scacciarlo come scaccerebbe il suo, perché se dal fatto dovesse derivare un danno, il proprietario potrebbe agire con le relative azioni. Quindi colui che trova nel suo campo il bestiame altrui non ha il diritto di rinchiuderlo e, allo stesso tempo, non deve agire diversamente da come agirebbe se fosse suo, ma deve allontanarlo senza arrecargli danno, ovvero avvertire il padrone perché lo venga a prendere.

La testimonianza prospetta un'ipotesi di esercizio di un'attività lecita. Secondo il commento di Pomponio, tale esercizio – nel caso di specie la difesa del proprio fondo dalle invasioni di animali altrui – può costituire esimente dal danno eventualmente cagionato, purché il soggetto agente non abbia trasmodato nell'esecuzione del proprio diritto, come appunto sarebbe stato il percuotere la bestia, o il cacciarla con speciale violenza.

Per una corretta interpretazione della fattispecie occorre focalizzarsi sull'espressione *si percussit aut consulto vehementius egisset*. Il problema sotteso al caso, infatti, non riguarda specificamente la qualificazione della condotta tipica in quanto integrativa del terzo capo della *lex Aquilia*³⁰, ossia il *rumpere*, né il nesso causale tra la condotta e l'evento lesivo, ma il profilo della modalità esecutiva della condotta medesima³¹. In altri termini, nel caso esaminato ci si

blicana cit. 138 ss., in specie 144 ss.; A. Bignardi, 'Frangere' e 'rumpere' nel lessico normativo e nella 'interpretatio prudentium', in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, Napoli 1997, 11 ss., in specie 51 ss.; Corbino, *Il danno qualificato* cit. 170 s.; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 28; Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* 2 cit. 141; Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit. 70 nt. 3.

³⁰ Cfr. D. 9.2.27.5 (Ulp. 18 *ad ed.*): *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'.*

³¹ In dottrina vi è chi ha ritenuto di interpretare il passo come indice, in ambito delittuale, della *diligentia quam in suis*. A questo proposito v. F. Mercogliano, 'Diligentia quam in suis' per i giuristi romani classici, in *Index* 19, 1991, in specie 393 ss., il quale ritiene che *quasi suum* si riferisca al comportamento che si dovrebbe tenere nella situazione di chi sorprenda sul suo terreno bestiame estraneo e debba quindi cacciarlo, *quomodo suum deprehendisset*. Infatti, «Pomponio delinea concretamente una responsabilità per *culpa* intesa nel senso che nei confronti delle cose altrui viene richiesto, in ogni caso, un trattamento che le conservi e le protegga, al pari di come si farebbe con le proprie». *Contra*, G. Santucci, 'Diligentia quam in suis', Trento 2008, 31 ss.,

domanda se il *cogere* del *dominus fundi* possa o meno considerarsi un *rumpere iniuria*, sì da essere sanzionato *ex lege Aquiliae*; infatti, la condotta di *cogere* non si qualifica come illecita in quanto tale, né individua un atto tipicamente assunto come tale. Da ciò si deduce che è il profilo dell’*iniuria* a essere oggetto di valutazione, a tal punto da condurre il giurista a riconoscere la concessione dell’azione guardando al modo attraverso il quale l’iniziativa del soggetto è stata attuata, nel caso di specie, la coazione³².

Vale la pena di ribadirlo. Nel caso in esame, al fine dell’integrarsi la responsabilità aquiliana, l’attenzione viene posta sulle modalità esecutive della condotta: in particolare, non solo sul *percutere*, ossia sulla violenza del contegno come parametro a cui riferire l’insorgere della responsabilità, ma anche sul *consulto vehementius agere*. Secondo Quinto Mucio sarà responsabile colui che abbia agito *iniuria*, ossia in modo più veemente del necessario³³. In sostanza, possiamo ritenere che «non si faccia riferimento ad un eccesso di energia dovuto a mera trascuratezza, ma ad un maltrattamento volontario, anche se non diretto alla realizzazione di quello specifico evento dannoso che può essersi realizzato al di là della intenzione»³⁴.

Verrebbe dunque da chiedersi se la condotta sanzionata nel caso di specie sia effettivamente quella di eccesso vuoi colposo vuoi anche doloso. Evidentemente, nonostante l’utilizzo dell’avverbio *consulto* il quale si riferisce all’atteggiamento psicologico di piena consapevolezza dell’agire, l’assenza di un richiamo esplicito al dolo consente di limitare la punibilità della fattispecie in questione alla sola *culpa*, la quale, nel caso di specie, deve intendersi alla stregua della mancanza consapevole della diligenza richiesta nel caso concreto, ossia nel prevedibile non previsto³⁵. È, in ogni caso, il permanere della sola *iniuria*, non giustificata, a rendere responsabile il soggetto agente.

secondo cui Pomponio, nella seconda parte del frammento, non si riferisce al «comportamento abituale e concreto del *dominus fundi*, bensì si delinea un modello di diligenza astratto costituito da alcune condotte esemplari (...), condotte che chiunque in tali situazioni deve porre in essere, indipendentemente da quali siano i suoi comportamenti abituali o il suo grado di diligenza».

³² Non è concorde Schipani, ‘*Lex Aquilia*’, ‘*culpa*’ responsabilità cit. 144 ss., il quale ritiene che l’identificazione del requisito della illiceità debba essere correlata al fatto che l’animale pascolava in un fondo altrui; dunque, anche l’elemento dell’alienità del fondo deve essere preso in considerazione al fine di valutare l’eventuale incidenza sul responso muciano.

³³ Diversamente, Bignardi, ‘*Frangere*’ e ‘*rumpere*’ cit. 55, che ricollega l’agire del soggetto agente a un profilo soggettivo di responsabilità, valorizzando un modello di comportamento consapevolmente eccessivo.

³⁴ Schipani, *Responsabilità ‘ex lege Aquilia’* cit. 138.

³⁵ Cfr. Talamanca, *sv. Colpa* cit. 517 ss. Come noto, la nozione classica di dolo quale criterio di attribuzione dell’inadempimento del debitore non era univoca, ma in ogni caso non era limitata in via esclusiva alla ‘volontà malvagia, sia sul piano della condotta che su quello dell’evento. Cfr. G.I. Luzzatto, *sv. Dolo (dir. rom.) a) dir. civ.*, in *ED*. 13, Milano 1964, 712 ss.

IV. *Alf. 2 dig. D. 9.2.52.1. La risposta di Alfeno e l'evidenza della colpa*

Ulteriore testimonianza idonea a fare emergere argomenti di eccesso di condotta si ravvisa nel frammento contenuto in D. 9.2.52.1 (*Alf. 2 dig.*), relativo a un caso di *rixa*³⁶:

D. 9.2.52.1 (*Alf. 2 dig.*): *Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulerebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse, culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere: sed si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarii culpa factum videri*³⁷.

³⁶ Sul significato di '*rixa*' v. H. Heumann - E. Seckel, sv. '*rixa*', in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1869, 542; R. Bonini, *D. 48.19.16: 'Claudius Saturninus de poenis paganorum'*, in *RISG*. 93, 1959-1962, 153 ss., in specie 156; M. Balzarini, *Appunti sulla 'rixa' nel diritto criminale romano*, in *Labeo* 28, 1982, 17 ss.

³⁷ Sul passo P. Huvelin, *Sur un texte d'Alfenus Varus (Dig. 9, 2, fr. 52, 1)*, in *Mélanges P.F. Girard. Études de droit romain dédiées à M. P.F. Girard, professeur de droit romain à l'Université de Paris à l'occasions du 60e anniversaire de sa naissance* 1, Paris 1912, 559 ss.; Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 159 ss.; J.E. Spruit, *Nocturne: eine Auslegung von Alfenus D. 9,2,52,1 aus soziologischer Sicht*, in *TR*. 63, 1995, 247 ss.; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di Diritto Romano*, Catania 1996, 112 ss.; Id., *Per una storia della scienza giuridica europea* 1, *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, 279; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1997, 202 ss.; A. Corbino, *Il danno qualificato* cit. 160 ss.; M. Miglietta, '*Servius respondit*'. *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana* 1, *Prolegomena*, Trento 2010, 16 ss.; D. Liebs, *P. Alfenus Varus. Eine Karriere in Zeiten des Umbruchs*, in *ZSS*. 127, 2010, 32 ss.; van Dongen, *Contributory negligence. A historical and comparative study* cit. 40; R. Knutel, *Neues zur 'contributory negligence'?*, in *Index* 44, 2016, 351 ss.; E.G.D. van Dongen, *Considerazioni storiche e comparative sulla colpa della vittima nella responsabilità da fatto illecito, con particolare riferimento all'esperienza moderna*, in *TSDP*. 10, 2017, 1 ss., in specie 4 nt. 11; Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* 2 cit. 98 s., in specie ntt. 62 ss.; Ead., *Alf. 2 dig. D. 9.2.52.1. Il danno 'giustificato' dalla legittima difesa*, in L. Solidoro, M. Scognamiglio, P. Pasquino (a c. di), *Il diritto romano caso per caso*, Torino 2018, 77 ss.; Ead., *Colpa della vittima e risarcibilità del danno ingiusto*, in *Quaderni Lupiensi* 8, 2018, 396 ss. Sul passo torna di recente Cursi, *Il concorso della colpa del danneggiato* cit. in specie 167 ss., la quale ipotizza, per spiegare il mancato funzionamento della scriminante, che Alfeno abbia configurato la fattispecie come un *furtum manifestum* in relazione al quale scatta la causa di giustificazione. Da ultimo, Ead., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit. 72 nt. 6.

In una stradina, nel cuore della notte, un *tabernarius* pone una lanterna su di una pietra; un viandante, con ogni probabilità un *servus*, che passava lungo la via, la rimuove dalla sua posizione. Il bottegaio si rivolge a quest’ultimo chiedendo indietro la lucerna e tentando di trattenerlo. Al fine di sottrarsi all’oste, il viandante, con un bastone armato di pungolo, lo percuote. A questo punto, la colluttazione degenera in una vera e propria rissa: il bottegaio cava un occhio al passante, che aveva spostato la lanterna e si rivolge al giurista per sapere se si consideri che abbia arrecato un danno non ingiustamente, poiché era stato prima percosso con la sferza, ossia se possa essere convenuto in giudizio dal *dominus* del servo in forza del terzo *caput* della *lex Aquilia*. Dopo la descrizione del caso e la formulazione del quesito, Alfeno dà il suo responso³⁸: se il bottegaio non aveva cavato l’occhio intenzionalmente, non si considera che abbia arrecato un danno ingiustamente; la colpa, infatti, si trova presso colui che per primo percosse con la sferza. Ma se non avesse subito colpi da quello per primo, e, volendogli strappare la lucerna, avesse provocato la rissa, il fatto si considererebbe avvenuto per colpa del bottegaio.

Come è stato sottolineato in dottrina, l’espressione *non videri damnum iniuria fecisse...videri*, data la forma verbale utilizzata, ossia l’indicativo *videtur*, conferirebbe valore pacifico³⁹: «è di fatto una litote (*iniuria* sta per *non iure*), che possiamo tradurre con ‘a buon diritto’»⁴⁰. Dato per verificato il danno prodotto, la *quaestio* relativa al caso concerne la qualificazione della condotta di lesione nei termini di legittima difesa.

Verifichiamo più da vicino le due ipotesi.

La prima riguarda la presunta innocenza dell’oste, il quale ritiene giustificata la propria condotta in quanto posta in essere come reazione all’aggressione subita. In questo caso, *damnum iniuria non videtur, quoniam prior flagello*

³⁸ Bretone, *Storia del diritto romano* cit. 204, che valorizza il profilo metodico-stilistico del responso, ossia la struttura triadica nel quale si colloca.

³⁹ Sul punto si potrebbe evidenziare che tale forma verbale non sia sinonimo di un’oggettività assoluta: il primo significato è infatti quello di sembrare, con ciò sottintendendo una rappresentazione soggettiva della realtà. Diversamente, in altri luoghi (ad esempio in D. 9.2.5 pr. [Ulp. 18 *ad ed.*]), compare l’espressione *non dubitabitur*, ovvero *non esset*, la quale esclude alla radice ogni controversialità.

⁴⁰ Così Galeotti, *Alf. 2 dig. D. 9.2.52.1* cit. 79 s., la quale sottolinea che ulteriori elementi si rinvencono: «nel comparativo assoluto *rixa maiore*, che esprime la degenerazione progressiva dello scontro, originato dalla colluttazione ch’è seguita alla sottrazione della lanterna. Nell’economia del frammento, quindi, *ex eo* non individua un complemento d’agente; il pronome neutro valorizza piuttosto la successione temporale e causale degli eventi, tra loro consequenziali. Di particolare rilievo, infine, è l’uso del verbo *residere*, il quale riflette la valutazione, operata dal giurista, della catena causale che produce il danno».

percussus esset, ossia la condotta di *effodere oculum* non si configura come antiggiuridica. Se, dunque, l'aggressore non si è posto nei confronti della vittima con l'intento di cavargli l'occhio, la colpa deve ricadere sullo stesso viandante⁴¹.

Nella seconda ipotesi, invece, opposta alla prima, è il bottegaio a colpire per primo il viandante, scatenando la rissa; la condotta violenta del bottegaio è dunque del tutto sproporzionata rispetto alla situazione nella quale viene a trovarsi. È, in altri termini, eccessiva tale da renderlo responsabile per i danni ingiustamente cagionati; la scriminante della legittima difesa non opera a tutela di chi ecceda nell'esercizio del proprio diritto di difesa.

Rilevante è la qualificazione del contegno nei termini di condotta colposa ovvero riprovevole. Infatti, benché il riferimento alla *culpa* sia ritenuto, da una parte della dottrina, interpolato⁴², la lettura del passo nel suo insieme conduce a una soluzione differente. A questo proposito, recentemente è stato evidenziato che il termine *culpa*, sostitutivo di *iniuria*, sia espressione «di un giudizio di biasimo per un comportamento che eccede i limiti del *ius*»⁴³, consentendo di valutare il problema dell'imputabilità del comportamento al servo ovvero al bottegaio. Ciò è coerente con lo stretto legame che intercorre tra *iniuria* e *culpa*, da leggersi nei termini di continuità, con la conseguenza che tanto l'una quanto l'altra situazione racchiudono una componente oggettiva di antiggiuridicità e soggettiva di imputabilità del comportamento del soggetto agente.

V. Il contributo della giurisprudenza classica: *Ulp. 18 ad ed. D. 9.2.5 pr.*

Appartiene a Ulpiano un frammento fondamentale in tema di eccesso di legittima difesa. Come oltremodo modo, infatti, l'ipotesi di uccisione dell'aggressore

⁴¹ *Culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere*. Sul significato di *residere* v. Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 174, secondo il quale «l'espressione di Alfeno si precisa ulteriormente in quanto ne emerge un legame con il fatto iniziale: la sottrazione della cosa»; Cannata, *Genesi e vicende della colpa aquiliana* cit. 71, per cui «il sorgere della contesa non è giuridicamente inquadrato in alcun modo». Più di recente, Cardilli, *Gestione empirica della imputazione* cit. 112, dove *residere* «evoca la ponderazione fatta dal giurista tra le due condotte e coglie nella catena causale che produce l'evento (perdita dell'occhio) una riprovazione maggiore nell'aver dato inizio alla rissa, piuttosto che nella condotta materiale della lesione, salvo che quest'ultima non fosse stata inferta data opera». Ulteriori riferimenti in Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* 2 cit. nt. 75.

⁴² U. von Lübtow, *Untersuchungen zur 'lex Aquilia de damno iniuria dato'*, Berlin 1971, 108 nt. 107; G. MacCormack, *Aquilian culpa*, in A. Watson (ed.), *Essays in legal history for D. Daube*, Edinburgh-London 1974, 223 nt. 37.

⁴³ Galeotti, *Alf. 2 dig. D. 9.2.52.1* cit. 82.

sore nell’ambito di un furto può integrare un’ipotesi di legittima difesa ed è con riferimento a tale ipotesi che il giurista severiano così si espone:

D. 9.2.5 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur*⁴⁴.

La testimonianza si concentra sull’ipotesi di *fur* ritenendo che si debba escludere l’applicazione della *lex Aquilia*, tranne nel caso in cui si abbia cagionato la morte del ladro, anche quando ciò non fosse necessario, in quanto era possibile procedere alla sua cattura⁴⁵. Di conseguenza, la condotta posta in essere, ossia l’*occidere* realizzato *iniuria*, risulterà punibile sia sul piano privatistico in forza del primo *caput* della *lex Aquilia*⁴⁶, che sul piano criminale trovando applicazione anche la *lex Cornelia*⁴⁷.

⁴⁴ Sul passo cfr. Ferrini, *Diritto penale romano* cit. 176; 198 s.; Aru, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano* cit. 133; Grüber, *The Roman Law of Damage to Property* cit. 11; A. Berger, *Dig. 9.2.4.1 und das endploratio der Zwölfstafeln*, in *Studi in memoria di A. Albertoni* 1, Padova 1935, 379, in specie 391 ss.; A. Watson, *Two studies in Textual History*, in *TR.* 30, 1962, 209 ss., in specie 218; Longo, *Sulla legittima difesa* cit. 323; von Lübtow, *Untersuchungen zur ‘lex Aquilia de damno iniuria dato’* cit. 91 ss.; F.M. De Robertis, ‘*Damnum iniuria datum*’. *La responsabilità extra-contrattuale nel diritto romano, con particolare riguardo alla ‘lex Aquilia de damno’* I, Bari 2000, 65; Cannata, *Sul problema della responsabilità* cit. 111 s.; Corbino, *Il danno qualificato* cit. 162 s.; Cursi, ‘*Iniuria cum damno*’ cit. 86 ss., in specie ntt. 10-11-12; G. Rossetti, ‘*Poena*’ e ‘*rei persecutio*’ nell’*actio ex lege Aquilia*’, Napoli 2013, 203 ss.; Galeotti, *Ricerche sulla nozione di ‘damnum’* 2 cit. 94 nt. 49; 107 nt. 107; Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit. 70 nt. 2.

⁴⁵ Ciò differisce dall’ipotesi di libera occidibilità assoluta. Più in particolare, il codice decemvirale ammette, ritenendola avvenuta *iure* (ossia in conformità al diritto, ovvero in ‘forza del diritto sorto in capo al derubato’, come sostenuto da C. Pelloso, *Studi sul furto nell’antichità mediterranea*, Padova 2008, 182 s., l’uccisione notturna del *fur*. In questo senso v. Cic. *pro Tull.* 20.47; Gell. *Noct. Att.* 11.18.7; Coll. 7.3.2; D. 9.2.4.1; D. 47.2.55(54).2. Diversamente, nel caso di furto diurno, il *dominus* potrà uccidere solo nel caso in cui il *fur se telo defendit* e previa *endploratio*. Cfr. Giuffrè, *La repressione criminale nell’esperienza romana* cit. 27 s.; Cursi, ‘*Iniuria cum damno*’ cit. 91; Pelloso, *Studi sul furto* cit. 139 ss., 161 nt. 72.

⁴⁶ Cfr. D. 9.2.2 pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*).

⁴⁷ B.W. Frier, *Casebook on the Roman Law of Delict*, Atlanta 1989, 97, in specie nt. 3. Sulla *lex Cornelia* cfr. in termini generali B. Santalucia, *sv. Omicidio (dir. rom.)*, in *ED.* 29, 1979, 885 ss.; Id., *sv. Processo penale (dir. rom.)*, in *ED.* 36, 1987, 318 ss. Si veda inoltre P. De Francisci, *Storia del diritto romano* 2.1, Milano 1944, 139 nt. 4; C. Gioffredi, *Su l’elemento intenzionale nel diritto penale romano*, in *Studi in onore di G. Grosso* 3, Torino, 1968, in specie 46; U. Brasiello, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sull’evoluzione dell’omicidio*, in *SDHI.* 42, 1976, 252 ss.; Balzarini, *Appunti sulla ‘rixa’ nel diritto criminale romano* cit. 20 ss.; J.L. Ferrary, ‘*Lex Cornelia de sicariis et veneficis*’, in *Athenaeum* 79, 1991, 420 ss.; Santalucia, *Diritto e processo penale nell’antica Roma* cit. 145 ss.; F. Botta, *Osservazioni in tema di criteri di imputazione soggettiva dell’‘homicidium’ in diritto romano classico*, in *Diritto@storia* 12, 2014, 1 ss.

Nel frammento è racchiuso l'esito dell'interpretazione giurisprudenziale del plebiscito volta a circoscrivere le circostanze nelle quali la condotta dell'*occidere*, quando non dipenda dalla necessità di salvare sé o altri da un pericolo, ancorata a un profilo soggettivo di volontà, è sanzionabile, in quanto non più giustificata⁴⁸.

Si tratta di una testimonianza centrale nel dibattito volto a indagare il significato di *iniuria*⁴⁹. Nel commento ulpiano alla *lex Aquilia* il problema che il giurista affronta attiene alla coincidenza dell'*iniuria* aquiliana (*sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur*⁵⁰) con la *culpa* (*quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit*⁵¹). Proprio al fine di riempire di contenuto il concetto di *iniuria*, Ulpiano utilizza due esemplificazioni in materia di legittima difesa, nelle quali, quando l'uccisione – del *servus* – è realizzata *iure*, non si applica la *lex Aquilia*: è dunque conforme – riprendendo la regola affermata nei carmina decemvirali in Tab. 8-12-13 – alla *naturalis ratio* uccidere il ladro, diurno e notturno⁵², sorpreso a rubare. Quando, invece, l'offeso, anziché reagire, può scegliere una condotta non dannosa, ma preferisce uccidere, allora sarà ritenuto responsabile. In quest'ultimo passaggio, che conclude la triplice casistica contenuta nella testimonianza ulpiana (ipotesi di legittima difesa, ipotesi di legittima difesa putativa e, infine, eccesso di legittima difesa), viene in rilievo l'apparente coincidenza di significato tra *iniuria* e *culpa*.

Si può aggiungere che Ulpiano, in D. 9.2.5.1, spiegando la differenza tra *damnum iniuria datum* e *iniuria*, precisa che per *iniuria* si deve intendere *non*

⁴⁸ Tale situazione fa dunque riferimento a un pericolo imminente. V. inoltre I. 4.3.2: '*Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. Itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest*; D. 48.8.9 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit*. Tra le fonti letterarie, v. Cic. *Mil.* 4.10. Cfr. Ferrini, *Diritto penale* cit. 199; Schipani, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'* cit. 269 s.; Longo, *Sulla legittima difesa* cit. 324, 337; Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1000; Valditara, '*Damnum iniuria datum*' cit. 34; Miglietta, '*Servus dolo occisus*' cit. 206 ss.; Corbino, *Il danno qualificato* cit. 163; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 102 s.; Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* 2 cit. 106 s.; Santucci, *Diritto romano* cit. 157.

⁴⁹ Si veda inoltre D. 19.2.13.4 (Ulp. 32 *ad ed.*).

⁵⁰ D. 9.2.5 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*).

⁵¹ D. 9.2.5.1 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrat et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. igitur iniuriam hic damnum accipimus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.*

⁵² A condizione che si sia difeso con le armi e che ne sia fatta adeguata denuncia. Cfr. Cursi, '*Iniuria cum damno*' cit. 88 nt. 8.

iure, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit. Infatti, prosegue il giurista severiano, *igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit*⁵³. In un tale contesto, «il termine colpa non è usato in senso stretto contrapponendolo a dolo, ma è usato in senso generico. Esso indica la consapevolezza del soggetto senza distinguere tra dolo e colpa. (...) Agisce *culpa*, cioè può essere responsabile, non solo chi vuole uccidere, ma anche chi uccide senza volerlo»⁵⁴. Se ciò non fosse, infatti, se dunque fossimo indotti ad interpretare *iniuria* nei termini di colpa in senso stretto, si tratterebbe di un salto logico troppo forte da giustificare. Inoltre, come è stato già evidenziato, il richiamo al concorso dell'azione per danni ingiusti con la *lex Cornelia*, «aggancia l'illiceità (*iniuria*) alla rimproverabilità soggettiva»⁵⁵, ma certamente «non può esservi alcuno spazio per l'ipotesi di uccisione colposa in relazione al cumulo con il *iudicium publicum*»⁵⁶.

La condotta del soggetto agente che, travalicando, gli estremi della scriminante in parola, in special modo quello della proporzione, cagiona un danno, è sanzionata a titolo di *iniuria*. Da evidenziare che, anche in questo caso, non è solo un elemento intenzionale di volontà – *maluit occidere* – a giustificare il biasimo del comportamento. La valutazione della punibilità del fatto lesivo discende anche da un giudizio oggettivo attinente alle modalità esecutive della condotta: al soggetto agente sarebbe infatti bastato catturare il ladro; la scelta di una differente modalità di reazione, che si pone in rapporto di causalità diretta e immediata rispetto all'evento lesivo, impone di non lasciare impunito il fatto.

VI. D. 9.2.7.4 (Ulp. 18 ad ed.): *l'esercizio di un'attività sportiva*

Si presti ora attenzione alla lettura di un frammento ulpiano in tema di attività sportiva:

D. 9.2.7.4 (Ulp. 18 ad ed.): *Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae*

⁵³ Miglietta, ‘*Servus dolo occisus*’ cit. 204 ss., secondo il quale «Ulpiano dà veste al concetto di *iniuria* per mezzo del termine *culpa*, diversamente da Gai 3.211 e da I. 4.3.3, che precisano i gradi della partecipazione volitiva dell'agente»; Cursi, ‘*Iniuria cum damno*’ cit. 94, la quale specifica che «Ulpiano non distingue i due profili: il danneggiamento realizzato con *culpa* è *iniuria* sia perché l'atteggiamento psicologico coincide con la *culpa*, sia perché la *culpa* crea un danno che è un' *iniuria*».

⁵⁴ Così Ziliotto, *L'imputazione* cit. 42 s.

⁵⁵ Miglietta, ‘*Servus dolo occisus*’ cit. 211.

⁵⁶ Miglietta, ‘*Servus dolo occisus*’ cit. 211.

*gratia videtur damnum datum. hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat*⁵⁷.

Il brano tratta la questione della responsabilità *de occiso* riconosciuta agli atleti, che abbiano procurato lesioni mortali all'avversario nell'esercizio del pancrazio o del pugilato.

Ciò che interessa evidenziare è il principio dell'irresponsabilità degli atleti – anche se liberi e *alieni iuris* – sia durante le gare ufficiali, che durante gli allenamenti. Tale esonero di responsabilità non riguarda i casi in cui fosse coinvolto un servo, *quoniam ingenui solent certare*, ovvero un servo *non in certamine*; ma, soprattutto, l'esimente dell'esercizio di un diritto non si applica qualora si inferisca contro l'avversario reso inoffensivo o che, alzando convenzionalmente il braccio o battendo sulla spalla del rivale, abbia riconosciuto la sconfitta.

Il passo ulpiano testimonia la liceità del danno cagionato nel corso dell'attività sportiva⁵⁸, poiché posto in essere *iure*, con il limite dell'eccesso di condotta. Più in particolare, gli atleti, nello *status* di uomini liberi e non schiavi, in quanto lottavano *gloriae et virtutis causa*, non rispondevano *ex lege Aquilia* per le lesioni anche mortali che potevano infliggere nel contesto di *certamina* violenti, nonché durante gli allenamenti. Ciò per il fatto che l'esercizio di un'attività

⁵⁷ Sul passo v. A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar 1867, 41; E. Grüber, *The Roman law of Damage to Property, Being a Commentary on the Title of the Digest 'ad legem Aquilian' (IX.2) with an Introduction to the Study of the 'Corpus Iuris Civilis'*, Oxford 1886, 21 s.; R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, 95 ss.; M. Amelotti, *La posizione degli atleti di fronte al diritto romano* in *SDHI*, 21, 1955, 123 ss., il quale ha ritenuto il testo interpolato nella frase *si quidem in publico certamine alius alium occiderit*; J. Kelly, *The Meaning of the 'lex Aquilia'*, in *Law Quarterly Review* 80, 1964, 76 s.; U. Gualazzini, *Premesse storiche al diritto sportivo*, Milano 1965, 18 s.; A. Wacke, *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, in *Index* 19, 1991, 359 ss.; Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1003 s.; Valditara, *'Damnum iniuria datum'* cit. 36; Corbino, *Il danno qualificato* cit. 169 s.; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 28, 108 s.; Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* 2 cit. 135 ss.

⁵⁸ L'orientamento interpretativo confermato da Ulpiano emerge anche in D. 9.2.52.4 (Alf. 2 dig.): *Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pila percipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus fregit: quaerebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere potest. respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum*. Ancora una volta oggetto di contestazione è la rimproverabilità della condotta lesiva. Sui *Digesta* di Alfeno Varo cfr. C. Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, in *BIDR*, 4, 1891, 1 ss.; H. Krüger, *Römische Juristen u. ihre Werke*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 2, Milano 1930, 326 s. Più di recente, V. Carro, *Su Alfeno Varo e i suoi Digesta*, in *Index* 30, 2002, 235 ss. V. inoltre Grüber, *The Roman Law of Damage to Property* cit. 174; Wacke, *Incidenti* cit. 365; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 108; Galeotti, *Colpa della vittima* cit. 393 ss., in specie 407 ss.

sportiva comportava numerosi vantaggi anche materiali⁵⁹, nonché l’esonero da responsabilità per *iniuria*⁶⁰ ed *ex lege Aquilia*.

Se, però, risulta chiaro che l’esporsi alla competizione implichi anche l’accettazione del rischio connesso, ossia il rischio di lesioni – oltre che *in primis* l’affermazione della propria superiorità al fine di ottenere fama e gloria –, altrettanto evidente è che l’assunzione di un tale rischio non può essere illimitata. Si ritiene, infatti, di doversi arrestare di fronte al comportamento dell’avversario che non rispetta le regole contemplate dall’attività in questione: colui che colpisce il rivale *cedens*, ossia che sta arrendendosi o che, in ogni caso, smette di resistere alla forza antagonista – mette in luce Ulpiano – non può in alcun modo evocare la scriminante e dunque risponde mediante un’azione in via utile. La condizione di operatività della scriminante è ancora una volta l’osservanza delle regole poste alla base della disciplina sportiva: il contegno di colui che sceglie di colpire chi si sia arreso, eccedendo nella propria condotta, esclude l’applicazione della causa di giustificazione e comporta il sorgere di una responsabilità *ex lege Aquilia*⁶¹.

VII. D. 9.2.29.7 (Ulp. 18 ad ed.): *l’esercizio di una pubblica potestà*

Da ultimo, si pensi all’esercizio della potestà municipale da parte di un *magistratus* che abbia pignorato i beni del debitore. Il caso è prospettato ancora una volta da Ulpiano:

D. 9.2.29.7 (Ulp. 18 ad ed.): *Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est. item si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquiliam locum habere: quod dicendum est et si ex lege pignus cepit. si quid tamen magistratus adversus resistantem*

⁵⁹ E. Franciosi, ‘*Gloriae et virtutis causa*’. *Status sociale e giuridico degli atleti nel mondo romano*, in *Studi per Giovanni Nicosia I*, Milano 2007, 451, la quale puntualizza le «remunerazioni gravanti (...) sull’erario della città d’origine dell’atleta, e privilegi d’altro genere, (...) cioè il diritto agli alimenti a spese pubbliche, tradotto poi in pensione vitalizia alienabile; una posizione preferenziale ai fini del conferimento della cittadinanza romana; (...) l’esonero da doveri (generale esenzione da tributi, liturgie, *munera civilia*), esenzione da oneri particolari, quali l’esecuzione personale, l’obbligo di fornire alloggio, il servizio militare, la tutela».

⁶⁰ D. 47.10.3.3 (Ulp. 56 ad ed.): *Quare si quis per iocum percutiat aut dum certat, iniuriarum non tenetur*.

⁶¹ Cfr. Valditara, ‘*Damnum iniuria datum*’ cit. 36; Corbino, *Il danno qualificato* cit. 170; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 109; Galeotti, *Ricerche sulla nozione di ‘damnum’* 2 cit. 135 ss.

*violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio*⁶².

Nella prima parte del frammento, il giurista severiano ritiene che là ove un magistrato abbia pignorato una mandria e, senza prendersene cura e impedendo al proprietario di darle da mangiare, l'abbia lasciata morire di fame, si deve concedere l'azione *in factum*. Allo stesso modo, se, credendo di pignorare in base alla legge, abbia preso illegalmente e poi restituito la *res* rotta o guasta, si reputa che si applichi la legge Aquilia. Lo scenario appena tratteggiato – evidenzia il giurista severiano – sarebbe stato tale anche quando la legge avesse permesso tale pignoramento.

Nella testimonianza di Ulpiano, la condotta del magistrato è valutata come *iniusta* non in quanto tale – poiché pignorare una mandria in sé e per sé è lecito in quanto riconosciuto dall'ordinamento –, ma nel caso in cui il titolare del diritto ecceda i limiti del suo incarico; in tal caso, infatti, l'attività del magistrato che, nell'esercizio delle proprie funzioni, cagioni un danno, sarà qualificata come *iniuriosa* e il *magistratus* sarà chiamato a rispondere.

La soluzione con riguardo al differente rimedio individuato nella testimonianza in commento – *actio in factum* ovvero *actio ex lege Aquilia* – si giustifica sul piano dei presupposti della fattispecie sostanziale: come già anticipato, infatti, in ordine al nesso causale richiesto per l'integrazione del *damnum iniuria datum*, così come individuato nel terzo capo della *lex Aquilia*, si richiedeva la cd. causalità fisica e immediata, ovverosia l'evento lesivo doveva direttamente discendere da un'attività del soggetto agente. Di conseguenza, non rientravano nel campo di applicazione dell'*actio legis Aquiliae* edittale le ipotesi di danno cagionato da omissione, anche là ove l'agente avesse realizzato le condizioni in forza delle quali la stessa omissione avrebbe potuto produrlo. In mancanza del requisito del *damnum corpore datum*, il pretore, a partire dall'ultimo secolo della repubblica, poteva concedere le azioni decretali, denominate *actiones utiles* o *in factum*⁶³.

⁶² Sul passo v. Grüber, *The Roman Law of Damage to Property* cit. 120 s.; Ferrini, *Diritto penale romano* cit. 86; F.M. De Robertis, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari 1963, 152; Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1003; Valditara, '*Damnum iniuria datum*' cit. 33 ss., in specie 35; O. Licandro, '*In magistratu damnari*'. *Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino 1999, 71 ss.; Corbino, *Il danno qualificato* cit. 168 ss.; Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* 1 cit. 223 nt. 255; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 25 ss., in specie 28; 97 ss., in specie 107 s.; Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* 2 cit. 133 ss.

⁶³ I. Piro, '*Damnum corpore suo dare. Rem corpore possidere*'. *L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della 'possessio' nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli 2004, 15 ss.; più di recente, Mercogliano, *Breve nota* cit. 6 s.

Ciò è quanto testimoniato da Ulpiano nel caso appena analizzato, nel quale il magistrato, avendo chiuso del bestiame altrui in un recinto, lo ha lasciato morire di fame; l’attività fisica dell’agente si era di fatto esaurita nel chiudere il bestiame, per cui la morte dello stesso non era conseguenza immediata di tale condotta. Il rimedio correttamente individuato è dunque quello dell’*actio in factum*.

In definitiva, operando al di fuori di un rigido concetto di esercizio di diritto, ma riferendosi al più elastico punto di vista della giustificazione, si può valorizzare la valutazione concreta di prospettive molteplici ed articolate con riferimento a diversi concetti, quale ad esempio quello di modalità della condotta: infatti, nel caso in cui la condotta incriminatrice non sia stata posta in essere nel rispetto delle regole che disciplinano lo svolgimento dell’attività, il soggetto agente sarà chiamato a rispondere. Là ove ciò si verifici, come nell’ipotesi del magistrato che, nell’esercizio del diritto al pignoramento dei beni abbia arrecato un danno agli stessi per negligenza del suo agire, eccedendo i confini della condotta, il comportamento posto in essere risulta sanzionabile in forza del dettato della *lex Aquilia* a titolo di colpa, sul presupposto che vi sia un rapporto di causalità immediata tra la condotta e l’evento, ovvero per il tramite di un’*actio in factum*⁶⁴, quando invece manchi tale causalità.

VIII. *Riflessioni di sintesi*

Per tracciare, nella misura del possibile, i contorni dell’eccesso di condotta si è scelto di accostare tra loro alcune testimonianze, assai note, le quali sono state prevalentemente studiate dalla letteratura romanistica al fine di meglio precisare il significato della relazione *iniuria-culpa*, nella più ampia ottica della responsabilità per fatto illecito. Si tratta di un panorama solido, rispetto al quale si è cercato di offrire una sintesi nella prospettiva di valorizzare il concetto di eccesso di condotta. L’idea che il soggetto agisce *iniuria*, ossia con *culpa*, anche quando, compiendo un atto qualsiasi, non utilizzi le precauzioni necessarie a evitare che la condotta posta in essere cagioni un danno ad altri appartiene infatti all’esperienza giuridica romana nei termini in cui si è cercato di sintetizzare.

Terreno privilegiato di applicazione di tale concetto è quello individuato dalla *lex Aquilia*, al primo e al terzo *caput*, in relazione a condotte di *iniuria occidere*⁶⁵, da un lato, e *urere, frangere, (cor)rumpere, iniuria*⁶⁶, dall’altro. A ciò

⁶⁴ D. 9.2.33.1 (Paul. 2 *ad Plaut.*): *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

⁶⁵ Cfr. D. 9.2.2 pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*).

⁶⁶ Cfr. D. 9.2.27.5 (Ulp. 18 *ad ed.*).

deve aggiungersi il contributo offerto, seppur con una diversa valenza, dalla *Pro Tullio* ciceroniana.

Nelle molteplici testimonianze approfondite è stato possibile tratteggiare il confine tra condotte non giustificate e condotte giustificate facendo leva sull'apporto causativo dell'evento: infatti, «la riflessione sull'eziologia del danno, come consente di escludere l'applicazione del plebiscito in presenza di 'scusanti', così sollecita una diagnosi del caso centrata su ogni elemento che consenta di misurare quanto giustificato sia il comportamento tenuto dal danneggiante, data la lesione derivatane»⁶⁷. Più esattamente, con riferimento al nostro tema, il problema giuridico oggetto di discussione da parte dei *prudentes* implica una valutazione nei confronti di un contegno umano che risulta sanzionato, in quanto non più giustificato, qualora il soggetto agente ecceda nel proprio comportamento, violando le regole poste alla base dell'esercizio dello stesso.

A questo proposito, il giudizio richiesto, al fine di ritenere il comportamento come legittimo, era duplice. Da un lato, l'accertamento del nesso causale tra la condotta lesiva e l'evento, di regola ancorato al requisito della causalità diretta e immediata per la concessione dell'*actio legis Aquiliae*, ovvero di azioni utili o *in factum* nell'ipotesi in cui ciò mancasse. Dall'altro, l'inesistenza di una causa giustificativa. Quest'ultimo aspetto comportava, come sappiamo, la necessità di un'analisi delle circostanze tanto oggettive quanto soggettive della condotta realizzata, in quanto, ai fini della sua punibilità, non bastava che il danno cagionato ricoprisse gli estremi del delitto aquiliano, ma occorreva che fosse *iniuria datum*.

In questo margine argomentativo, racchiuso entro limiti operativi dell'area della 'giustificazione', trova spazio l'idea di un eccesso di condotta, in forza del quale il soggetto agente era chiamato a rispondere non più per un'attività direttamente anti-giuridica, ma nel caso in cui la stessa attività, lecita in quanto tale, diventasse illecita per le sue concrete modalità esecutive.

È solo il caso di soggiungere che l'ipotesi dell'eccesso di condotta, se guardata in controtuce, delinea la figura dell'eccesso colposo così come disciplinato nel codice penale vigente all'art. 55⁶⁸. Tuttavia, a differenza dell'impostazione

⁶⁷ Così Galeotti, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'* 2 cit. 142.

⁶⁸ L'istituto penalistico così come previsto all'art. 55 cod. pen. si colloca sistematicamente entro un insieme di disposizioni codicistiche dedicate alla colpa (art. 42 e 43 cod. pen.), all'errore sul fatto dovuto a colpa (art. 47, comma 1, cod. pen.), alla supposizione erronea determinata da colpa dell'esistenza di una scriminante (art. 53, comma 3, cod. pen.). Cfr. S. Malizia, *sv. Eccesso Colposo*, in *ED*. 14, Milano 1965, 117 ss.; M. Marinucci, *sv. Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.* 2, Torino 1988, 130 ss.; P. Siracusano, *sv. Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.* 4, Torino 1990, 184 ss.; C.F. Grosso, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. giur.* 12, Roma 1989, 1 ss. V. inoltre G. Azzali, *L'eccesso colposo*, Milano 1965; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2019⁸, 271 ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino 2019⁸, 203 ss., 253 ss.

del codice Rocco, nelle testimonianze dei *prudentes*, in specie quelle di Ulpiano, tale figura non assume i contorni di una fattispecie autonoma di responsabilità, ma emerge dalla riflessione giurisprudenziale che si perfeziona intorno al concetto di *culpa*. In altri termini, l'eccesso di condotta, pur non trovando un riconoscimento autonomo nelle fonti – e ciò risulta perfettamente coerente con il sistema di tutela processuale offerto dalla *lex Aquilia*⁶⁹ – viene introdotto per ovviare alle alternative estreme secondo cui o la condotta è scriminata – poiché l'attività è considerata lecita –, ovvero è punita, normalmente a titolo di dolo.

Guardare al campo della responsabilità extracontrattuale dalla prospettiva dell'eccesso di condotta così come descritto consente di rafforzare ulteriormente la lettura interconnessa della relazione tra i due concetti di *iniuria* e *culpa*. All'interno del modello generale di lettura dell'illecito aquiliano, condotta-evento-nesso causale, l'attività di riflessione giurisprudenziale ha aggiunto ulteriori fattori idonei a coprire, all'interno dei molteplici significati assunti dal concetto di *culpa*⁷⁰, tutta una serie di situazioni 'limite' che altrimenti non troverebbero tutela. In tale contesto, l'eccesso di condotta opera come 'barriera' all'applicazione di una causa di giustificazione, tale da comportare un'espansione dell'area della responsabilità in capo al soggetto agente, trovando affioramento dal profilo della legittimazione processuale all'*actio legis Aquiliae* – nelle sue differenti forme – eventualmente in cumulo con altre *actiones*.

Marta Beghini
Università di Verona
marta.beghini@univr.it

⁶⁹ Di recente Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit. 73.

⁷⁰ Cfr. Talamanca, voce *Colpa civile* cit. 517 ss., nonché Cardilli, *Gestione empirica della imputazione* cit. 83 ss.

