

Colpa della vittima e risarcibilità del danno ingiusto

I. Introduzione

L'operatività della regola del 'tutto o niente' (indicata in dottrina anche come '*culpae compensatio*') nel diritto romano è stata sostenuta con vigore da autorevoli studiosi¹ sino a un'epoca relativamente recente². Sebbene, infatti, ne fosse nota l'originaria formulazione medioevale³, si riteneva che

¹ V. ex plurimis G. Demelius, *Ueber Compensation der Culpa*, in *Jherings Jahrbüchern* 5, 1861, 52 ss.; A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar 1867 58 ss.; E.B. Grüber, *The Roman Law of Damage to Property being a Commentary on the Title of the Digest Ad legem Aquilianam (IX.2) with an Introduction to the Study of the Corpus iuris civilis*, Oxford 1886, 31, 112, 128, 168 s., 229, 261 s.; G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale (Aquiliana)* 2, Torino 1887, 394 ss.; A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* 2.1, Halle 1895², 89 ss. (con attenuazione delle posizioni prima sostenute: «die römischen Juristen haben auch hier keine Konstruktion einzelnen Erscheinungen gegeben»); C.H. Monro, *Digest IX. 2. Lex Aquilia*, Cambridge 1898, 14, 48, 54, 74, 77; C. Ferrini, *Diritto penale romano: teorie generali*, Milano 1899, 219; G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale* 2, Torino 1906², 554 ss.; P. Coppa-Zuccari, *La compensazione delle colpe*, Modena 1909, 22 ss.; W.W. Buckland, A.D. McNair, F.H. Lawson, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge 1952², 370 ss.; U. von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 108, 136. Critici, però, P. Benigni, *La così detta compensazione delle colpe*, in *Rivista critica di diritto e giurisprudenza* 4, 1906, 99; G. Pacchioni, *Della così detta compensazione delle colpe*, in *Riv. dir. comm.* 8.2, 1910, 1032 s., testo in nota; F.H. Lawson, *Negligence in the Civil Law: Introduction and Select Texts*, Oxford 1950, 53 ss., che ritengono fuorviante parlare di 'compensazione delle colpe' (v. in proposito *infra* ntt. 7-9).

² Cfr., ex aliis, R. Robaye, *Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation classique de la lex Aquilia*, in *RIDA*. (3^a ser.) 38, 1991, 337; R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 1010 ss., 1047 ss. e Ph.J. Thomas, *Contributory Fault in maritime Collisions in the Law of Holland*, in *RIDA*. (3^a ser.) 48, 2001, 352 (anche se in chiave dubitativa). Abbandonata dalla dottrina romanistica (ma sul problema del 'concorso di colpe' v. ancora A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Padova 2008², 176 ss. e L. Desanti, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino 2015, 122 ss.), questa lettura riaffiora talora in studi che affrontano il tema della 'compensazione delle colpe' in chiave comparatistica, civilistica o penalistica: cfr. R.E. Cerchia, *Uno per tutti, tutti per uno. Itinerari della responsabilità solidale nel diritto comparato*, Milano 2009, 247; A. Dumery, *La faute de la victime en droit de la responsabilité civile*, Paris 2011, 23; A.P. Benedetti, *La colpa del danneggiato nell'illecito civile: un'analisi storico comparata*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2, 2012, 358 s. (in critica) e, da ultimo, G. Civello, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2017, 7 ss., le cui pagine mi sono state di particolare stimolo nella stesura di questo articolo.

³ Cfr. Benigni, *La così detta compensazione* cit. 99; Ch. Wollschläger, *Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht*, in *ZSS*. 93, 1976, 136; A. Castresana Herrero, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Salamanca 2001, 77; Thomas, *Contributory Fault* cit. 352

anche i giuristi romani vi si attenessero implicitamente nei loro *responsa*.

Diverse sono state le giustificazioni addotte a sostegno di questa tesi: c'è chi ha letto nella *culpa compensatio* un corollario del principio generale '*volenti non fit iniuria*'⁴. Altri, richiamando il contenuto di D. 50.17.203⁵, hanno inteso le parole di Pomponio⁶ come una massima di diritto positivo, introdotta dalla giurisprudenza per ovviare a un problema che «avrebbe altrimenti dato luogo a gravi quanto insuperabili difficoltà teoriche e pratiche»⁷. Una parte della romanistica ha invece spiegato l'irrisarcibilità del danno imputabile alla colpa della vittima con la logica rigorosamente binaria (*condemnatio-absolutio*)⁸ che fonda il sistema processuale romano, oppure vi ha colto una declinazione della riflessione prudenziale sulle meccaniche della causazione del danno⁹. Pur contenendo elementi di verità, ciascuna delle ipotesi ricostruttive sopra citate muove, a mio sommo avviso, da un equivoco di fondo, giacché si dà per provata l'esistenza del principio di 'Schuldkompensation' quando un esame dei frammenti del Digesto non condizionato da costruzioni dogmatiche recenziori (come il filtro dell'approccio 'all-or-nothing') mi sembra dimostrare che i *prudentes* non avessero alcun bisogno d'invocarlo per orientare i loro pareri. Almeno¹⁰ con ri-

s. nt. 30; L.C. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, Bogotá 2012, 81; E. van Dongen, *Contributory Negligence: A Historical and Comparative Study*, Leiden 2014, 105 ss.; Id., *Considerazioni storiche e comparative sulla colpa della vittima nella responsabilità da fatto illecito, con particolare riferimento all'esperienza moderna*, in *TSDP*. 10, 2017, 3.

⁴ Demelius, *Ueber Compensation* cit. 67: «Die Beschädigung erscheint, weil vom Beschädigten selbst gewollt, nicht mehr als *iniuria*»; Chironi, *La colpa* 2^a cit. 554; *Contra Pernice, Zur Lehre* cit. 69.

⁵ V. *infra* § 4.

⁶ C'è però anche chi ritiene muciana la *regula* qui enunciata: v. Benigni, *La così detta compensazione* cit. 101 e nt. 2.

⁷ Pacchioni, *Della così detta compensazione* cit. 1034 (testo in nota). L'Autore, come anticipato (v. *supra* nt. 1) assume un atteggiamento fortemente critico verso l'idea che si possa far risalire al diritto romano una teorica della *culpa compensatio* (1033).

⁸ V. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1047; Robaye, *Remarques* cit. 337; J.E. Spruit, *Nocturne: eine Auslegung von Alfenus D. 9,2,52,1 aus soziologischer Sicht*, in *RHD*. 63, 1995, 256.

⁹ È questa, in buona misura, la prima tesi sostenuta dal Pernice, con vasto e adesivo seguito della dottrina. In realtà, come già eccepito dai suoi primi critici, l'esame dei testi evidenzia da subito la principale criticità della ricostruzione: nella maggior parte dei frammenti che prevedono l'esonero da responsabilità del danneggiante per comportamento colposo della vittima non si osserva un'interruzione del nesso di causalità.

¹⁰ Il problema dell'incidenza della *culpa* del danneggiato si pone, ovviamente, anche con riguardo alla materia contrattuale. Ho tuttavia – volutamente – circoscritto la portata della mia riflessione, poiché il mio studio non ne tratta e non sarebbe corretto generalizzare osservazioni maturate dall'analisi di una precisa (e ristretta) area disciplinare. Per una disamina dei passi giurisprudenziali in cui il 'riparto di responsabilità' riguarda i contraenti, rinvio a San Martín Neira, *La carga* cit. 49-80,

guardo alla materia aquiliana, infatti, i casi in cui il comportamento colposo del soggetto leso parrebbe esonerare l'autore del danno dall'obbligo di risponderne possono essere risolti per lo più alla luce di un elemento non «immanente nel sistema»¹¹, ma esplicitamente previsto dal plebiscito: la *iniuria* che deve qualificare la condotta offensiva, affinché l'*actio ex capite primo* o *tertio* possa essere esperita con successo dal danneggiato¹².

Non mi pare vi sia, del resto, un autonomo spazio di apprezzamento del comportamento della vittima del *damnum* nella formula confessoria¹³ delle azioni aquiliane *ex capite primo* ed *ex capite tertio*¹⁴:

(I.) C. Aquilius iudex esto. Quantam pecuniam eum qui Stichum servum iniuriā occidit A. Agerio dare oportet, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato¹⁵.

85-101, 112-132; Ead., *La reducción del resarcimiento por culpa de la víctima. Reflexiones a la luz del análisis de algunas fuentes romanas*, in *Rev. Derecho Privado* 27, 2014, 46-55.

¹¹ Così Civello, *Il principio del sibi imputet* cit. 11, che riprende un'affermazione del Betti e postula l'esistenza di un canone generale di autoreponsabilità privata.

¹² Cfr. Wollschläger, *Das eigene Verschulden* cit. 125 ss., 130, 137; San Martín Neira, *La carga* cit. 82; Ead., *La reducción* cit. 59; van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 48.

¹³ Cfr. A. Corbino, *Actio in factum adversus confitentem. Quint., Declam. Maior XIII*, in C. Russo Ruggeri (a c. di), *Studi in onore di A. Metro* 1, Milano 2010, 520 s., 525.

¹⁴ E ancor meno, mi pare, ve ne sarebbe se il *modus agendi* originario previsto dalla lex Aquilia fosse stato la *manus iniectio* (pura o conseguente la *confessio* del convenuto. Sul punto la dottrina è divisa): cfr. V. Arangio-Ruiz, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici editi per cura della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari* 4, 1912, 75 ss. [= *Rariora*, Roma 1946, 45 = *Scritti di diritto romano* 1, Napoli 1974, 365]; Id., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1994¹⁴ (rist. 2006), 114; J. Paoli, *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris 1933, 95 ss.; M. Kaser, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, 132 s. (ma la *manus iniectio* sarebbe stata praticabile solo nel caso di *confessio*); F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius, II. Commentary*, Oxford 1953, 191 e 246; G. Pugliese, *Il processo civile romano 1. Le legis actiones*, Roma 1962, 152; B. Albanese, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo 1987, 50 s.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 626 ss.; R. La Rosa, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli 1990, 48 ss.; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991³, 75; G. Valditara, *Sulle origini del concetto di damnum*, Torino 1998², 40 ss.; R. Cardilli, *'Damnas esto' e 'manus iniectio' nella lex Aquilia: un indizio paleografico?*, in *Fundamina* 20.1, 2014, 110-124; Id., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli 2016, 200 s. e, da ultimo, R. Fercia, *Obbligazione senza prestazione e diritto romano: un problema aperto*, in *Rivista giuridica sarda* 32.1, 2017, 28 ss., specialmente nt. 73. Stabilendo un'interessante connessione operativa fra la *lex Vallia* e la *lex Aquilia*, quest'ultimo studioso porta anche argomenti a mio avviso molto validi a sostegno dell'ipotesi di una datazione bassa del plebiscito. *Contra*, però, v. per tutti M. Varvaro, *Gai 4.21 e la presunta manus iniectio ex lege Aquiliae*, in *AUPA*, 59, 2016, 333-347.

¹⁵ D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Como 1992, 56 (nt. 217 per lezioni testuali alternative e la bibliografia).

(III.) *C. Aquilius iudex esto. Quantam pecuniam eum qui illam insulam iniuriā ussit A. Agerio dare oportet, tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato*¹⁶.

Come si evince dall'articolazione della formula, la *condemnatio* del convenuto è subordinata all'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità sostanziale fra la condotta, da questi tenuta senza una valida giustificazione giuridica (*iniuriā*), e la lesione inferta alla *res* altrui (*occisio* del *servus* o della *pecus*, *ustio*, *fractio*, *ruptio* delle *ceterae res*). L'*interpretatio prudentium* della lex Aquilia si orienta di conseguenza: da un lato i giuristi si preoccupano di precisare il significato tecnico dei *verba legis*, costruendo una topica dei danni ingiusti¹⁷, dall'altro definiscono modelli di condotta cui parametrare i comportamenti lesivi, per verificare se essi siano o meno qualificati dalla *iniuria*¹⁸. In tale quadro, pertanto, la *culpa* della vittima non costituisce un elemento unitario e costante di esclusione della responsabilità del danneggiante, ma viene in conto solo ove essa interrompa, ad esempio, la relazione causale fra la condotta di questi e l'evento lesivo – ammesso poi che chi lede non abbia agito con l'intenzione di nuocere –, oppure quando conferisca giustificazione a un comportamento altrimenti '*iniuriōsus*', esonerando l'autore dall'obbligo di rispondere del danno conseguente.

Questo studio si propone allora, da un lato, di ribadire l'estraneità al diritto romano classico di una nozione giuridica specifica di *culpa* del danneggiato; dall'altro, di verificarne l'incidenza sul piano della legittimazione ad agire e del vittorioso esperimento dell'azione aquiliana.

II. Culpae compensatio in materia di lex Aquilia: a proposito di D. 9.2.52 pr. e D. 9.2.30.4

Come già anticipato – e come recenti pubblicazioni, di grande sensibilità storica, dedicate al tema della 'contributory negligence'¹⁹ hanno ben evidenziato –

¹⁶ Mantovani, *Le formule* cit. 57.

¹⁷ Mi permetto di rinviare a S. Galeotti, *Ricerche sulla nozione di damnum 1. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli 2015 e alla letteratura ivi citata per la ricostruzione dell'*interpretatio prudentium* dei *verba legis*.

¹⁸ Ho approfondito il tema in *Ricerche sulla nozione di 'damnum' 2. I criteri d'imputazione del danno tra 'lex' e 'interpretatio prudentium'*, Napoli 2016, alle cui pagine e repertorio bibliografico rimando. Sulla costruzione dei modelli di condotta e le molteplici declinazioni della *culpa*, v. anche C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura*, 43, 1992, 1-82; R. Cardilli, *Gestione empirica dell'imputazione e 'culpa adnumeratio' nella riflessione dei giuristi romani*, in *Index* 42, 2014, 299-330.

¹⁹ Mi riferisco, in particolare, ai già citati studi di Lilian C. San Martín Neira ed Emanuel van Dongen, che al tema hanno dedicato ampio spazio nelle loro pagine.

il comportamento della vittima non costituisce per i giuristi romani un elemento da analizzare di per sé, ma solo un ulteriore dato di cui tener conto ai fini della valutazione della condotta dannosa²⁰. Impostata in questi termini la lettura dei frammenti di D. 9.2, verrebbe dunque meno la necessità di chiamare in conto un principio generale di ‘bilanciamento delle colpe’ (per altro difficilmente praticabile nell’economia dell’azione aquiliana confessoria)²¹ per spiegare le soluzioni offerte dai *prudentes* nelle ipotesi in cui a essere negligente sia chi soffre il danno, anziché l’autore della lesione.

Si veda, ad esempio, quanto scrive Alfeno a proposito della morte di un servo seguita al suo ferimento:

D. 9.2.52 pr. (Alf. 2 dig.): *Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.*

Il frammento presenta molteplici profili d’interesse, alcuni dei quali ho già avuto modo di approfondire in precedenti studi²². Il caso sottoposto all’attenzione del giurista, infatti, si differenzia dalle ipotesi in cui la condotta lesiva produca immediatamente l’evento perseguibile *ex capite primo* in ragione dell’intervallo di tempo che intercorre fra il comportamento tenuto dall’aggressore e l’evento morte²³. Interrogandosi su quest’ultimo, Alfeno valuta se le ferite continuino a esserne la causa, o non siano piuttosto intervenuti altri fattori in grado di modificare, peggiorandole, le già precarie condizioni di salute dello schiavo.

A dispetto della scarna formulazione, che ha la forma sintetica di una regola

²⁰ Cfr. Wollschläger, *Das eigene Verschulden* cit. 130; E. van Dongen, H. Verdam, *The Development of the Concept of Contributory Negligence in Civil and Common Law. A Comparison*, in *Hungarian Journal of Legal Studies* 57, 2016, 326; Van Dongen, *Considerazioni* cit. 3.

²¹ V. *supra* nel testo e nt. 13.

²² Galeotti, *Ricerche* 1 cit. 204 e *Ricerche* 2 cit. 184, 191.

²³ In materia di ‘überholende Kausalität’ e riflessione prudenziale sulle meccaniche della causazione, cfr. *ex plurimis* K.-H. Schindler, *Ein Streit zwischen Julian und Celsus*, in *ZSS.* 74, 1957, 201 ss.; D.F. Pugsley, *Causation and Confessions in the lex Aquilia*, in *RHD.* 38, 1970, 163 ss.; von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia* cit. 59 ss.; G. MacCormack, *Aquilian studies*, in *SDHI.* 41, 1975, 26 ss.; K. Visky, *Die Frage der Kausalität aufgrund des D. 9,2 (ad legem Aquilianam)*, in *RIDA.* (3^a ser.) 26, 1979, 486 ss.; H. Ankum, *Das Problem der überholenden Kausalität bei der Anwendung der lex Aquilia im klassischen römischen Recht*, in M. Harder, G. Thielmann (a c. di), *De iustitia et iure. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin, 1989, 325 ss.; H. Hausmaninger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wien 1996⁵, 19 s. e 88-90; J.S. Kortmann, *Ab alio ictu(s). Misconceptions about Julian’s View of Causation*, in *Journal of Legal History* 20, 1999, 95 ss.; Corbino, *Il danno* cit. 120 ss.; A.J.B. Sirks, *The Slave Who Was Slain Twice: Causality and the lex Aquilia (Julian. 86 dig. D. 9, 2, 51 pr.)*, in *RHD.* 79, 2011, 313 ss.; Galeotti, *Ricerche* 1 cit. 193 ss., in particolare 201 ss.

casistica²⁴, il passo riflette appieno la consapevolezza che il *prudens* romano ha della complessità delle vicende umane. *In causa ius esse positum*, ricorda Alfeno in un altro suo responso²⁵, ma è questa anche la prospettiva da cui guarda il caso in esame, sicché, se prende in considerazione la condotta del *dominus*, è per individuare, nella catena causale che ha prodotto la morte dello schiavo, un momento di rilievo ai fini dell'imputazione della stessa.

Alla domanda posta dal consultante – «Tizio ha colpito il mio schiavo Stico, che dopo una settimana ne è morto. Posso agire contro di lui con l'*actio directa de occiso* o solo *de vulnerato*?»²⁶ – egli risponde profilando tre scenari²⁷:

- a. il servo è morto in conseguenza delle ferite che gli sono state inferte;
- b. le ferite non sarebbero state mortali, ma il servo è stato curato male;
- c. il servo non sarebbe morto per le lesioni riportate, ma il *dominus* ha trascurato di farlo curare o si è attivato troppo tardi.

Nell'ipotesi *sub a*), il padrone dello schiavo avrà la legittimazione ad agire *ex capite primo* contro il feritore (... *recte de iniuria occiso agere*), avendo questi, senza diritto, danneggiato in modo irreparabile una sua proprietà²⁸.

Sub b), il *dominus* potrà agire *ex capite tertio* nei confronti dell'aggressore²⁹,

²⁴ V. L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976, 108 [= *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a c. di G. Rossetti, Torino 2017, 111]; C.A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea 1. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, 283 s.

²⁵ D. 9.2.52.2 (Alf. 2 dig.).

²⁶ Si tratta, naturalmente, di una mia ricostruzione. Il passo non contiene, infatti, alcuna indicazione in merito al tempo trascorso fra il ferimento e la morte dello schiavo.

²⁷ Sulla tecnica del responso in Alfeno (e nella scuola serviana), v. *ex aliis* F. Schulz, G. Nocerà (trad.), *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, 119 ss., 23 ss., in particolare 120, 123, 131 s.; M. Bretonne, *La tecnica del responso serviano*, in *Labeo* 16, 1970, 7-16; M. Talamanca, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio italo-francese: la filosofia greca e il diritto romano (Roma 14-17 aprile 1973)* 2, Roma 1977; Vacca, *Contributo cit.* 107 ss. [110 ss.]; F. Casavola, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 131 ss.; Cannata, *Per una storia* 1 cit. 279 ss.; H.-J. Roth, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin 1999; M. Miglietta, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana 1. Prolegomena*, Trento 2010, 38 ss.; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, Torino 2012², 64 ss.

²⁸ Cfr. anche D. 9.2.32.1 (Gai. 7 ad ed. prov.); D. 9.2.46 (Ulp. 50 ad Sab.); D. 9.2.47 (Iul. 86 dig.), sui quali cfr. da ultimo G. Rossetti, «*Poena* e «*rei persecutio*» nell'*actio ex lege Aquilia*, Napoli 2013, 229 ss. Sul significato di «*recte agere*», v. M. Miglietta, *Giurisprudenza romana tardo-repubblicana e formazione della 'regula iuris'*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 25, 2012, 190 ss. nt. 6 (con riguardo a questo passo di Alfeno, in particolare 193 s.).

²⁹ Al tempo di Alfeno, con ogni probabilità, l'*interpretatio prudentium* aveva già esteso la sfera operativa del *rumpere* aquiliano, portandola a coincidere con quella del verbo *corrumpere*

giacché è venuto meno il rapporto diretto tra le ferite e l'*occisio*, ma potrà esperire l'azione contrattuale contro il medico, o chiamarlo in giudizio *ex capite primo legis Aquiliae*, sussistendo una relazione diretta tra l'*imperitia* di chi ha prestato le cure e l'esito dannoso.

Sub c), ferma restando la possibilità di agire contro il feritore *ex capite tertio*, il *dominus* non avrà azione contro nessun altro per la morte dello schiavo, essendone egli stesso la causa. La *neglegentia* con cui ha operato, quindi, interromperebbe di fatto la relazione causale fra la condotta dell'aggressore e la morte del *servus*.

Quest'ultima soluzione è esplicitata in un noto frammento paolino:

D. 9.2.30.4 (Paul. 22 *ad ed.*): *Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.*

Il richiamo alla *neglegentia* – presente altresì nel frammento di Alfeno – come fattore d'interruzione³⁰ del nesso causale riverbera forse³¹ la distinzione stoica fra *aitia prokatartika* e *aitia sunhektika*³², cioè fra le *causae* che hanno valore preliminare, non di per sé sufficiente a determinare gli effetti previsti, e quelle che, al contrario, sono intimamente e necessariamente legate al loro effetto. La *causa anteposita* (il ferimento) risulterebbe in questo caso 'non necessitante', poiché 'condizionata' dalla prestazione o dall'omissione di un adeguato soccorso³³. L'inattività del *dominus*, conseguente alla sua *neglegentia*, è, invece, *id, quod cum accessit, id, cuius est causa, efficit necessario*³⁴, cioè quanto conduce materialmente alla morte dello schiavo. Nell'indicare al danneggiato quale azione gli convenga esperire, il giurista si sofferma quindi sulle caratteristiche dell'attività dannosa, di cui valuta l'offensività (il *servus*

(v. da ultimo Galeotti, *Ricerche* 1 cit. 243 ss. con discussione della letteratura). Di conseguenza, il ferimento del servo sarebbe stato inteso alla stregua di una *ruptio* e avrebbe reso esperibile un'*actio directa de vulnerato*.

³⁰ V. Corbino, *Il danno* cit. 147 s.; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 53.

³¹ Credo sia preferibile, sul tema, evitare affermazioni troppo nette: da un lato, infatti, la nostra conoscenza della teoria causale stoica non è diretta, ma mediata da fonti che, come Cicerone, ne riferiscono i contenuti, interpretandoli; dall'altro la riflessione sulla causalità, che fortemente connota il pensiero stoico, ha un ruolo centrale anche nel sistema ermagoreo, modello retorico di grande successo nella Roma della tarda repubblica: cfr. Cardilli, *Gestione empirica* cit. 309 ss.

³² Chrys. *SVF* 2.351 [= Clem. Al. *Strom.* 8.9.33]; Cic. *fat.* 41. Per il commento dei testi rinvio a A.M. Ioppolo, *Il concetto di causa nella filosofia ellenistica e romana*, in W. Haase e H. Temporini (a c. di), *ANRW* 36, 7, II, Berlin-New York 1994, 4491-4545.

³³ Cfr. Benigni, *La così detta compensazione* cit. 19 ss.; Coppa, Zuccari, *La compensazione* cit. 37-39; Corbino, *Il danno* cit. 124; A.J.B. Sirks, *Delicts*, in D. Johnston (a c. di), *The Cambridge Companion to Roman Law*, New York 2015, 263.

³⁴ Cic. *fat.* 36.

è stato ferito *mortifere* o *non mortifere*?)³⁵. Se è possibile escludere che le lesioni inflitte avrebbero portato, come inevitabile conseguenza, alla morte dello schiavo, dice Paolo, il padrone non potrebbe sostanziale su tale evento la propria pretesa.

Mi sembra evidente, allora, come non sia un meccanismo ‘compensatorio’³⁶ a determinare la moderazione del *quantum* dovuto a titolo di indennizzo e a giustificare la minore soddisfazione che trarrebbe il *dominus* del *servus* dalla condanna del danneggiante. Tutto può essere al contrario spiegato ragionando in termini di *verba legis* e formula, poiché la struttura delle azioni nascenti dal plebiscito, direttamente incidente sul contenuto della pena, permetterebbe di per sé una ‘ripartizione’ della responsabilità secondo il danno causalmente connesso alla condotta commissiva del feritore e a quella omisiva del padrone³⁷.

Se il *dominus* negligente deve accontentarsi di domandare un risarcimento pari al maggior valore dello schiavo calcolato nell’ultimo mese, anziché nell’anno, infatti, non è perché il pretore, ritenendone biasimevole l’inerzia, possa negargli il diritto a un ristoro adeguato con la diminuzione del *quantum debeatur* dovuto dal danneggiante³⁸, ma perché la legittimazione ad agire *ex capite primo* presuppone che la condotta tenuta dal feritore integri un *occidere* (l’evento morte dev’essere cioè certa conseguenza della condotta lesiva)³⁹. In caso contrario, evidenzia Ulpiano, il terzo danneggiante non potrebbe essere tenuto *de mortuo* neppure in presenza di una *confessio*:

D. 9.2.25 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *Proinde si occisus quidem non sit, mortuus autem sit, magis est, ut non teneatur in mortuo, licet fassus sit.*

L’erronea qualificazione giuridica del fatto dedotto in giudizio (lo schiavo *mortuus*, *non occisus* è perito per cause diverse da quelle pure ipotizzate dal convenuto) priverà del suo fondamento la pretesa dell’attore, con conseguente assoluzione dell’offensore⁴⁰. Nelle vesti di consulente del danneggiato, quindi,

³⁵ V. anche D. 9.2.15.1 (Ulp. 18 *ad ed.*), su cui Desanti, *La legge Aquilia* cit. 51 ss.

³⁶ Per una lettura in chiave di ‘contributory negligence’ v. però Pernice, *Zur Lehre* cit. 61; Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 127 s.

³⁷ Cfr. San Martín Neira, *La carga* cit. 111 s.

³⁸ Sebbene il termine *neglegentia* esprima di per sé una critica alla condotta del *dominus*, il quale non si è conformato al modello dell’*homo diligens* (v. San Martín Neira, *La carga* cit. 107 ss.), ritengo che l’eventuale negazione dell’*actio directa de occiso* possa – e debba – essere spiegata in termini rigorosamente processualistici. Cfr. anche Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 230 e, da ultimo, van Dongen, Verdám, *The Development* cit. 327.

³⁹ Cfr. Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 168 s.

⁴⁰ Si veda, in proposito, quanto afferma Giuliano: D. 9.2.23.11 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si quis hominem vivum falsum falso confiteatur occidisse et postea paratus sit ostendere hominem vivum esse,*

il giurista non potrà che indirizzare quest'ultimo verso la richiesta della tutela processuale che avrà maggiori possibilità, da un lato, d'essere accolta dal pretore, dall'altro, d'essere vittoriosamente esperita⁴¹. Se, infatti, il *dominus* del servo domandasse di agire *ex capite primo*, finirebbe col vedersi negata l'azione, oppure perdere la causa, giacché al danneggiante sarebbe imputabile, nei casi esaminati, solo la (*cor*)*ruptio* dello schiavo, non anche la morte, che costituirebbe, se mai, un'ipotesi di 'uberholende Kausalität'⁴².

Qualora conseguente alla condotta del padrone, per altro, l'*occisio* dello schiavo non sarebbe nemmeno qualificabile come *damnum*, giacché mancherebbe una delle condizioni essenziali poste dal plebiscito per la risarcibilità del detrimento patrimoniale subito: l'alterità della mano che ha procurato la morte⁴³.

L'inerzia della vittima (cioè il *dominus* del servo) non diminuisce comunque in alcun caso la responsabilità del feritore, tenuto *ex capite tertio* per le lesioni cagionate, o del medico, qualora questi abbia operato *imperite*.

Mi pare interessante osservare, a tal proposito, come Alfeno scelga la congiunzione disgiuntiva *aut* per introdurre le due cause di morte sopravvenute al ferimento (*medici inscientia aut domini neglegentia*), quasi a escluderne la possibile coesistenza.

Il giurista ragiona, ancora una volta, guardando a una realtà tradotta nella

Iulianus scribit cessare Aquiliam, quamvis confessus sit se occidisse: hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere eum occidisse: ceterum occisum esse hominem a quocumque oportet. Cfr. Pernice, Zur Lehre cit. 109 s., 112 s.; Grüber, The Roman Law of Damage cit. 72-75; Corbino, Il danno cit. 152 s.; Id., Actio cit. 522 e ntt. 55-58, 525.

⁴¹ Leggo considerazioni analoghe in Miglietta, *Giurisprudenza* cit. 194 nt. 6 (prosegue da pagina 190).

⁴² V. *supra* nt. 23.

⁴³ In termini più generali lo notava già Pacchioni, *Della così detta compensazione* cit. 1032 s. (testo in nota). Il plebiscito sanziona, d'altra parte, il *damnum alteri factum*: è il dativo a esplicitare il senso del sintagma, proiettando l'effetto pregiudizievole della condotta tenuta (*damnum facere*) nella sfera giuridica di un soggetto diverso dall'agente (*alteri*). Diversamente B. Albanese, *Una congettura sul significato di «iniuria» in XII Tab. 8.4*, in *Iura* 31, 1980, 35 s. [= *Scritti giuridici* 2, a c. di M. Marrone, Palermo 1991, 1549 s.] propone *aliter* (o *alteras*) in luogo di *alteri*, ritenendo superfluo e fuorviante un richiamo all'*alter* nel terzo *caput* della legge. La correzione è considerata plausibile, *ex aliis*, da G. Valditara, *Dall'aestimatio rei all'id quod interest. Evoluzione del criterio di stima del danno aquiliano*, Pavia, 1995, 11 nt. 12; M. Miglietta, «*Servus dolo occisus*». *Contributo allo studio del concorso tra actio legis Aquiliae e iudicium ex lege Cornelia de Sicariis*, Napoli 2001, 70 nt. 155; Castresana Herrero, *Nuevas lecturas* cit. 22 nt. 48. Non è questa, tuttavia, la sede per ragionare sulle implicazioni di una simile congettura ai fini della ricostruzione testuale della *lex Aquilia*, tema del quale mi sono occupata in Galeotti, *Ricerche* 1 cit. 169 ss., cui rinvio per la discussione della letteratura.

dialettica delle parti nel processo⁴⁴. Se, infatti, l'entità delle ferite riportate dal servo fosse stata tale da richiedere cure urgenti e il *dominus* fosse ricorso troppo tardi al medico, quest'ultimo avrebbe potuto difendersi dall'accusa d'incompetenza indicando nell'inerzia del padrone – e non nella sua attività – la causa di morte dello schiavo, a meno che non avesse commesso errori grossolani nell'assisterlo⁴⁵. Ma se le ferite fossero state lievi, tali dunque da spiegare il ritardo con cui era stato chiamato, il medico non avrebbe potuto contestare altrettanto facilmente l'esistenza di una relazione diretta fra l'inedoneità delle cure prestate e la morte del servo. Egli avrebbe dovuto allora rispondere *ex capite primo legis Aquiliae* del danno procurato: la causa che giustifica, infatti, il suo intervento sul corpo dello schiavo è la particolare competenza professionale riconosciutagli; competenza che, qualora operi *imperite*, verrebbe meno, 'restituendo' al suo *facere* l'*iniuria* che il contratto gli aveva tolto⁴⁶.

III. *Culpa del soggetto leso e valutazione della condotta dannosa: il caso del tabernarius*

Appartiene ancora ad Alfeno (2 *dig.*) un altro frammento richiamato dai sostenitori dell'operatività del principio della *culpa compensatio* in diritto romano⁴⁷: D. 9.2.52.1.

Anche in questo caso, tuttavia, come meglio si vedrà analizzando il passo, la soluzione prospettata dal *prudens* muove dalla valutazione della liceità/illiceità della condotta dannosa, rispetto alla quale il comportamento del soggetto leso può – eventualmente – fungere da causa di giustificazione.

⁴⁴ Cfr. per tutti Cannata, *Per una storia* 1 cit. 284. V. anche le considerazioni di Miglietta, *Giurisprudenza* cit. 190 ss. nt. 6 (in particolare 192-195).

⁴⁵ Cfr., da ultimo, M. Genovese, *Responsabilità aquiliana nell'occidere tramite medicamentum dare dell'ostetrica e/o di altri: notazioni critico-propositive su D. 9.2.9 pr. (Ulp. 18 ad ed.)*, in *Scritti per A. Corbino* 3, a c. di I. Piro, Tricase 2016, 339-358.

⁴⁶ Galeotti, *Ricerche* 2 cit. 190 ss. Un'interessante testimonianza di *mors immatura* conseguente a un errore medico ci viene da *CIL*. VI 37337 [= *ILS*. 9441 = *CLE*. 2140 = *EDR*. 72450 (I. Grossi, 26-06-2017)]: *D(is) M(anibus)/Euhelpisti lib(erti) qui et/Manes; vixit annis XXVII./ mens(ibus) IIII, dieb(us) XI. Floren=tes annos mors subita/eripuit anima inno=centissima quem/ medici secarunt/et occiderunt*.

⁴⁷ Cfr. *ex aliis* Pernice, *Zur Lehre* cit. 63; Chironi, *La colpa* 2 cit. 394 nt. 3; Pernice, *Labeo* 2.1 cit. 98; Chironi, *La colpa* 2² cit. 554 nt. 2; Coppa, Zuccari, *La compensazione* cit. 22; B.E. Rossi Masella, *La lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyeccion en el derecho civil uruguayo*, Montevideo 1951, 190; von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia* cit. 108, 136.

La vicenda portata all'attenzione del giurista è narrata con una ricchezza di dettagli tale da far pensare quasi a una cronaca giornalistica⁴⁸:

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 dolor⁴⁹ inerat, verberare tabernarium coeperat, ut se mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, 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.

Nel cuore della notte, un oste pone in un vicolo una lanterna su di una pietra, forse per rischiarare il cammino dei clienti, oppure per segnalare la presenza del proprio esercizio. Un viandante, con ogni probabilità *servus*⁵⁰, la solleva e la rimuove da tale posizione, sollecitando l'intervento del bottegaio, che, ritenendo il passante se ne voglia appropriare, lo insegue e tenta di trattenerlo. Al fine di sottrarsi al *tabernarius*, il viandante lo percuote con un bastone armato di pungolo⁵¹ che reca con sé. A questo punto, la colluttazione fra i due degenera in una vera e propria rissa, nel corso della quale il proprietario della lanterna cava un

⁴⁸ V. M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Bari 1989³, 202; Cannata, *Per una storia* 1 cit. 284.

⁴⁹ La lezione testuale è controversa. Con riguardo all'inciso e, in particolare, sull'interpretazione di *dolor*, v. gl. *inerat* l. *si ex plagis ff. ad legem Aquiliam* (D. 9.2.52.1); *Digesta seu Pandectae* 1, Norembergae 1529 (ed. Haloander), 358 (in cui leggo *dolo* – ma *dolon* nell'edizione Lugduni 1550. *Dolo* è anche la lezione preferita da H. Hausmaninger, *Das Mitverschulden des Verletzten und die Haftung aus der lex Aquilia*, in W. Ogris, W.H. Rechberger (a c. di), *Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister*, Wien 1996, 247); U. Zasius, *In primam partem Digesti veteris paratitla sive titulariae annotationes*, Basileae 1539, 246; F. Hotman, *Commentarius in quatuor libros Institutionum juris civilis*, Lugduni 1567², 442 (che correggono in *dolon*). Sul significato di *dolon*, cfr. G. Noodt, *Ad legem Aquiliam liber singularis*, in *Opera omnia* 1, Lugduni Batavorum 1724⁴, 168; Spruit, *Nocturne* cit. 255: «Möglicherweise ist *dolor* eine Entstellung des Wortes *dolon*, ein aus dem Griechischen stammendes Wort zur Bezeichnung eines Stilettts oder Stocks mit einer eisernen Spitze an der Vorderseite». Per ulteriori rilievi sulla tradizione del testo cfr. van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 32-37.

⁵⁰ Lo possiamo dedurre dalla posizione del brano nel Digesto e, soprattutto, dall'uso dell'espressione tecnica '*damnum iniuria... dedisse*'. Per altre ipotesi sullo *status* giuridico del viandante (se libero o *filius familias*), rimando a Galeotti, *Ricerche* 2 cit. 98 nt. 66 (con ampia discussione della dottrina).

⁵¹ L'arma – la tipologia utilizzata – non può non influenzare il giudizio, il che mi porta a considerare la lezione *dolon* preferibile a *dolor*. Si veda anche D. 9.2.4.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*).

occhio al passante che l'aveva rimossa: si rivolge allora al giurista⁵² per sapere se, in ragione del danno inflitto allo schiavo viandante, possa essere convenuto in giudizio dal *dominus* di questi sulla base del terzo *caput* della *lex Aquilia*⁵³.

Nel parere, esemplificativo dell'attività riflessiva casistico-problematica privilegiata da Servio Sulpicio Rufo e dalla sua scuola⁵⁴, sono ben evidenziati la *quaestio* relativa al caso e le possibili soluzioni alternative. Gli elementi giuridicamente qualificanti la fattispecie in esame sono analizzati, infatti, secondo un *distinguo*, che, prospettando due diversi scenari⁵⁵, consente di portare in evidenza quanto sarà poi appurato in giudizio, affinché il richiedente possa opporre una difesa adeguata alle pretese del padrone del servo viandante.

Constatata l'esistenza del danno (il passante ha perso l'occhio), occorre verificare se la lesione sia stata o meno inferta senza che il feritore ne avesse il diritto. La formula che riassume la *quaestio* è, dunque '(non) *videri damnum iniuria fecisse*'. *Videri*, richiamando l'idea di un'impressione soggettiva, testimonia sia l'ottica processuale in cui è letto il caso, sia l'impianto problematico del parere, poiché l'assoluzione del *tabernarius* discenderà dall'esatta individuazione delle circostanze, che dovranno essere oggetto di prova, e dall'offerta di valide giustificazioni (testimoni) a suo discarico. Occorre notare, inoltre, che il modo verbale utilizzato nel frammento è l'indicativo (*videtur*) e non il congiuntivo, come di norma in dipendenza da *consulere*, il che riverbera da un lato l'impronta paratattica del passo, perfetto esempio delle modalità con le quali il giurista presenta e discute il caso davanti ai propri *auditores*; dall'altro il valore 'normativo' che l'indicativo conferisce a quel *videtur: in iniuria non videtur* è, di fatto, una litote (*iniuriā* sta per *non iure*), che possiamo tradurre con 'a buon diritto'.

I parametri, dalla cui modulazione discenderà la soluzione del problema sottoposto all'attenzione del giurista – valutare, cioè, se la condotta del negoziante sia stata o meno legittima – sono due:

⁵² È discusso in dottrina se si tratti effettivamente di Alfeno, o non, piuttosto, di Servio: cfr. C. Ferrini, *Intorno ai Digesta di Alfeno Varo*, in *BIDR.* 4, 1891, 1-15 [= *Opere di Contardo Ferrini* 2. *Studi sulle fonti del diritto romano*, a c. di V. Arangio-Ruiz, Milano 1929, 169-180, in particolare 175 ss.]; Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 16 ss., in particolare 19 nt. 15, 194 nt. 291; van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 43 nt. 180.

⁵³ V. *supra* nt. 29.

⁵⁴ V. *supra* nt. 27.

⁵⁵ Il responso appare ben più articolato di quanto richiederebbe un consulto meramente orientato alla prassi, il che ne tradisce la probabile destinazione didattico-didascalica: cfr. Bretonne, *Storia* cit. 203 s., 207; Cannata, *Per una storia* 1 cit. 280. Diversa interpretazione ne dà van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 45 s., per il quale la risposta problematica di Alfeno rifletterebbe, da un lato, la richiesta dell'oste, dall'altro, la replica della controparte, che contesterebbe la prima ricostruzione.

- a. l'individuazione di chi per primo abbia fisicamente aggredito l'altro, procurando l'insorgere della rissa;
- b. il carattere involontario della lesione prodotta, desumibile dalla previa determinazione di chi abbia dato avvio alla colluttazione.

Appare invece del tutto irrilevante, sotto il profilo dell'imputabilità del *damnum*, se la sottrazione della lanterna configuri o meno un furto, poiché la causa di giustificazione potrà soccorrere il danneggiante solo qualora sia stato il servo viandante ad aggredire per primo. Non mi pare, d'altro canto, che il giurista descriva l'operato del passante come quello di un ladro (al contrario di quanto lascia intendere la versione dei *Basilici*)⁵⁶: in primo luogo, infatti, egli non qualifica il servo come *fur* o *latro*; in secondo luogo ne riduce l'agire a un *tollere*, suggerendo ch'egli abbia solo spostato il lume dal sasso, senza nulla dire circa la sua volontà di trattenerlo e portarlo via.

Elementi utili alla ricostruzione del ragionamento di Alfeno emergono poi dall'analisi morfosintattica del passo: il comparativo assoluto *rixa maiore* 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 (perdita dell'occhio); ponderazione dalla quale emerge che l'aver dato inizio alla rissa è considerato da Alfeno più riprovevole della condotta dalla quale discende la lesione, escluso il caso in cui quest'ultima sia stata inferta in modo deliberato (*data opera*)⁵⁷.

La prima ipotesi è dunque introdotta dalla protesta di innocenza da parte dell'oste, che rivendica la legittimità del proprio comportamento alla luce dell'aggressione subita: *damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset*. Laddove risulti dunque che il *tabernarius* ha colpito il viandante in reazione alla condotta violenta di quest'ultimo, l'*effodere oculum* non apparirà *iniustum*, poiché conseguenza di una serie di comportamenti illeciti del servo (la rimozione della lanterna, la fuga, l'uso del *dolon*) che il

⁵⁶ Cfr. G. Wesener, *Offensive Selbsthilfe im klassischen römischen Recht*, in H. Baltl (a c. di), *Festschrift für A. Steinwenter*, Graz-Köln 1958, 100-120; S. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino 1969, 172 s.; Spruit, *Nocturne* cit. 257; Cannata, *Per una storia* 1 cit. 280; B. Winiger, *La responsabilité aquilienne romaine. Damnum iniuria datum*, Basel-Frankfurt 1997, 85 e 104 s.; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 100.

⁵⁷ V. Cardilli, *Gestione empirica* cit. 320; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 100.

negoziante ha tentato di contrastare. Se non c'è stato, da parte del feritore, il deliberato intento di cavare l'occhio al passante, spiega il giurista, la colpa (del danno) sarà di chi per primo ha fatto ricorso al *flagellum*, cioè dello stesso viandante. Come affermerà più avanti Gaio⁵⁸, infatti, prospettando il caso di un *servus latro* (ipotesi per certi versi affine a quella qui esaminata), il diritto naturale riconosce all'agredito il diritto di ricorrere all'autotutela in caso di pericolo, rimanendo esente da pena anche qualora uccida il proprio aggressore per sottrarsi alla minaccia. Non mi pare, comunque, che nel caso in esame si possa parlare di *culpa* della vittima in senso proprio, poiché il padrone dello schiavo mutilato soffre le conseguenze patrimoniali di una vicenda cui resta del tutto estraneo; né credo sia corretto interpretare la soluzione prospettata da Alfeno in chiave di '*compensatio delicti*' applicata alle lesioni personali⁵⁹.

Opposto (*sed si...*) è lo scenario prospettato dal giurista laddove sia stato il *tabernarius* il primo a colpire, scatenando la rissa per riottenere la propria lanterna (*cum ei lucernam eripere vellet, rixatus esset*), senza aver precedentemente subito alcuna minaccia fisica (*ab eo non prior vapulasset*).

Il *cum* narrativo con valenza temporale indica un'azione anteriore al prodursi della colluttazione, che consegue, nella ricostruzione di Alfeno, al comportamento violento dell'oste (*eripere*⁶⁰ descrive l'atto di chi strappa di mano qualcosa a qualcun altro); comportamento del tutto sproporzionato alla situazione. Egli dovrà allora rispondere dei danni ingiustamente cagionati, giacché la condotta – colposa, ovvero riprovevole⁶¹ – di chi ecceda nell'esercizio del proprio diritto può considerarsi tenuta *non iure*, quindi illecita. Il comportamento adottato dal danneggiante funge, in ultima analisi, da parametro di valutazione per la sussistenza (o l'esclusione) della causa di giustificazione: nel momento in cui opta per la forza, il negoziante si inserisce, infatti, nella catena causale che porta all'evento lesivo.

⁵⁸ D. 9.2.4 pr. (Gai. 7 ad ed. prov.): *Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, servus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.*

⁵⁹ Come leggo in Civello, *Il principio del sibi imputet* cit. 6 s. nt. 18, il quale, tuttavia, sceglie correttamente una formula dubitativa per presentare tale ipotesi. Con riguardo al frammento, ritiene che quello descritto fosse, in realtà, un caso di *iniuria* (e fosse l'*actio iniuriarum* quella richiamata) P. Huvelin, *Sur un texte d'Alfenus Varus (Dig. 9, 2, fr. 52, 1)*, in *Mélanges P.-F. Girard* 1, Paris 1912, 565 ss, la cui posizione in dottrina è rimasta però minoritaria.

⁶⁰ Si veda la voce *ε-ρῖπιον* in C.T. Lewis, C. Short, *A Latin Dictionary*, Oxford 1879 e nel *The-saurus Linguae Latinae* 5.2, 788 (lin. 60)-795 (lin. 65).

⁶¹ V. da ultimo Galeotti, *Ricerche* 2 cit. 142, 164, 208 e letteratura ivi citata.

1. (Segue) D. 9.2.7.4, D. 9.2.52.4 e D. 9.2.9.4

Secondo parte della dottrina⁶², anche alcune delle soluzioni prospettate dai giuristi romani in materia di ‘incidenti sportivi’ documenterebbero una precoce applicazione del principio della *compensatio culpa*:

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 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.*

D. 9.2.52.4 (Alf. 2 *dig.*): *Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam 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.*

Il primo caso descrive una sorta di ‘riσα autorizzata’⁶³, giacché il *pancratio* prevedeva che i lottatori si colpissero e attaccassero reciprocamente a pugni nudi, con mani e piedi, spesso avvinghiandosi al suolo. Strangolamento, sgambetti, torsione di arti erano contemplati dal regolamento⁶⁴, sicché non era infrequente che almeno uno dei contendenti riportasse lesioni permanenti. A dispetto dei danni che potevano derivare dalla pratica di questa attività, non era di norma data azione contro chi ferisse (pure in modo grave)⁶⁵ l’avversario⁶⁶, in quanto

⁶² Cfr. ad esempio Pernice, *Zur Lehre* cit. 55, 61 ss., 72 s.; Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 21 s., 31; Chironi, *La colpa* 2² cit. 554 nt. 2; Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1010-1013 (ma solo con riguardo a D. 9.2.9.4. Negli altri casi preferisce parlare di ‘assunzione del rischio’ da parte della vittima).

⁶³ Cfr. Pernice, *Zur Lehre* cit. 41 (v. però anche 54); Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 21 s.; Pernice, *Labeo* 2.1 cit. 83 e nt. 1; Monro, *Digest IX. 2.* cit. 9 s. nt. § 4; R. Wittmann, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, 95 ss.; Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1003 s.; Castresana Herrero, *Nuevas lecturas* cit. 115 ss.

⁶⁴ A. Wacke, *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, in *Index* 19, 1991, 369 s. Sul tema cfr. anche I. Weiler, *Der Sport bei den Völkern der alten Welt. Eine Einführung*, Darmstadt 1988², 183 ss.

⁶⁵ Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1004.

⁶⁶ Se il lottatore non era un *servus*, ma un *filius familias*, al *pater* era probabilmente concessa un’azione utile. Secondo parte della dottrina, nondimeno, il richiamo all’*ingenuus* documenterebbe un intervento dei compilatori giustiniani. Sul punto v. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 320, in particolare nt. 10; Wacke, *Incidenti* cit. 370; E. Franciosi, *Gloriae et virtutis causa. Status sociale e giuridico degli atleti nel mondo romano*, in *Studi per G. Nicosia* 3, Milano 2007, 455 e ntt. 34-35.

lo scontro sportivo, se svolto secondo le regole proprie, ne escludeva l'ingiustizia⁶⁷: l'assenza di *animus iniuriandi* si deduceva, infatti, dalla cornice, che, 'giustificando' il *damnum* inferto *gloriae causa et virtutis*⁶⁸, escludeva che si dovesse investigare di volta in volta l'intenzione del singolo⁶⁹. In siffatto contesto, mi sembra allora palese come la causa di estinzione della responsabilità del danneggiante non risiedesse nella *culpa* della vittima, piuttosto nel fatto che, attenendosi alle regole della competizione, il feritore avesse agito *iure*. La scusante opera, tuttavia, nei limiti posti dalla disciplina: qualora si fosse inferito su un avversario già arreso (dunque autocollocatosi al di fuori della competizione)⁷⁰, essa non avrebbe potuto essere invocata.

Il ragionamento seguito dal giurista non differisce, in concreto, da quello apprezzato in D. 9.2.52.1 e, come nel caso discusso da Alfeno, si sostanzia di due elementi:

- a. la valutazione delle circostanze oggettive che hanno portato al fatto dannoso (in questo caso la competizione sportiva);
- b. l'analisi del contegno del danneggiante (la scelta di colpire chi si sia arreso fa venir meno la causa di giustificazione).

La risalenza al primo secolo a.C. dell'orientamento interpretativo confermato da Ulpiano emerge, altresì, da D. 9.2.52.4⁷¹, frammento nel quale vediamo l'allievo di Servio impegnato ad analizzare un'ipotesi di *servi ruptio* seguita alla pratica dell'*harpastum*⁷².

⁶⁷ Cfr. anche D. 47.10.3.3 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Quare si quis per iocum percutiat aut dum certat, iniuriarum non tenetur*. Nel caso di combattente-*servus* (era prassi comune in Roma usare gli schiavi come 'sparring partner'), solo l'autorizzazione del *dominus* avrebbe potuto però liberare il lottatore-danneggiante dalla responsabilità per le lesioni inflitte: v. Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 22; Monro, *op. loc. ult. cit.*; Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1003; Wacke, *Incidenti* cit. 371.

⁶⁸ Per il valore da ascrivere a tale locuzione, v. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 321 s.

⁶⁹ Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 321 nt. 13.

⁷⁰ G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, Torino 1996, 36; Corbino, *Il danno* cit. 170; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 109.

⁷¹ Sul passo cfr. *ex aliis* Pernice, *Zur Lehre* cit. 54; Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 174; Wacke, *Incidenti* cit. 365; Winiger, *La responsabilité* cit. 121 s.; Castresana Herrero, *Nuevas lecturas* cit. 108; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 108.

⁷² Castresana Herrero, *op. loc. ult. cit.* Secondo Harold Harris (*Sport in Greece and Rome*, Ithaca 1972, 89), si tratterebbe di un gioco «in which a player, standing between two lines of opponents, tries to intercept the catches they throw to one another». Sull'*harpastum* (e la sua pericolosità) v. anche M.A. Marchi, *Dizionario tecnico-etimologico-filologico* 1, Milano 1828, 98; A. Nibby, *Roma nell'anno MDCCCXXXVIII* 2, Roma 1838, 758; E.N. Gardiner, *Athletics in the Ancient World*, London 1930, 232-235; Harris, *Sport* cit. 88 ss. (in particolare, con riguardo al passo in esame, 95); R. Isidori Frasca, *Ludi nell'antica Roma*, Bologna 1980, 73.

Nella fattispecie sottoposta ad Alfeno non sono dubbi né l'esistenza della lesione, né il rapporto di causalità tra il comportamento tenuto dal danneggiante e la frattura della gamba dello schiavo (il *rumpere* discende direttamente dalla spinta)⁷³. Incerta, invece, è la perseguibilità della condotta produttiva dell'evento lesivo (*culpa*)⁷⁴, in quanto il danno procurato in conseguenza delle attività che contraddistinguono l'*harpastum* (e sono da esso ammesse) non è cagionato *iniuriā*.

L'*iter* diagnostico seguito dal giurista emerge dalla scarna motivazione, che richiama implicitamente il modello di comportamento cui parametrare la condotta in esame. Alfeno s'interroga, infatti, sia sulla natura dell'attività (il danneggiante avrebbe potuto/dovuto comportarsi altrimenti?), sia sulla pericolosità del contegno dei partecipanti (il danneggiante ha giocato in modo imprudente/troppo violento?) e conclude affermando come il coefficiente di rischio⁷⁵ insito nel gioco in corso debba ritenersi prevalente sulla *culpa*.

Analogamente al caso del pancrazio, non vi è pertanto alcun bisogno di chiamare in conto un qualche meccanismo compensatorio per spiegare come mai il danneggiato non possa *recte agere* con l'*actio directa de vulnerato*, giacché le disposizioni della *lex Aquilia* non hanno effetto in presenza di un danno giustificato. Detto altrimenti, il padrone che autorizzi il servo all'esercizio di una attività sportiva pericolosa, espone volontariamente il proprio bene (quindi il proprio patrimonio) al potenziale pregiudizio che può derivarne. Di conseguenza, qualora la lesione sia stata inferta dal terzo (o dallo schiavo del terzo) nel rispetto delle regole del gioco, il feritore non sarà tenuto a risarcire il danno, poiché alla sua condotta mancherà il connotato essenziale dell'antigiuridicità richiesta dal plebiscito. Se di 'autoresponsabilità della vittima' si vuol parlare, dunque, credo la si dovrebbe intendere, almeno in questo caso, alla stregua degli ordinamenti di common law, come una forma di 'assunzione del rischio', prescindente dall'eventuale comportamento negligente del danneggiato⁷⁶. Si tratterebbe, in ogni caso, di una forzatura interpretativa, poiché, come si è visto,

⁷³ Winiger, *La responsabilité* cit. 122 nt. 81.

⁷⁴ Cfr. Monro, *Digest IX. 2.* cit. 77 nt. § 4; K. Visky, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in *Mélanges Fernand De Visscher 2*, Bruxelles 1949, 458; G. MacCormack, *Aquilian culpa*, in A. Watson (a c. di), *Daube noster. Essays in legal history for D. Daube*, Edinburgh-London 1974, 215; Id., *Aquilian studies* cit. 47; Robaye, *Remarques* cit. 340 nt. 18; Miglietta, *Giurisprudenza* cit. 218 s., 228 s.

⁷⁵ Secondo il Pólay (*Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, 66 nt. 64), il *casus* richiamato da Alfeno andrebbe inquadrato «much more in the sphere of chance (accident), bordering on the limit of recklessness (negligence) than in a field adjacent to *vis maior*. Cfr. anche Visky, *La responsabilité* cit. 459.

⁷⁶ V., ad esempio, B.W. Frier, *A Casebook on the Roman Law of Delict*, Atlanta 1989, 89 s.

l'esame comparativo della posizione delle parti rispetto al prodursi dell'evento dannoso è sempre condotto dal giurista guardando agli elementi concreti del caso, non movendo da concettualizzazioni astratte.

Pur in presenza di criteri valutativi analoghi a quelli sopra descritti, diverse sono le soluzioni che Ulpiano, il cui ragionamento è completato da una chiosa di Paolo, prospetta nell'ipotesi dell'*occisio* di un servo cagionata da un giavellotto:

D. 9.2.9.4 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur:*

D. 9.2.10 (Paul. 22 *ad ed.*): *Nam lusus quoque noxius in culpa est.*

Come si evince dal testo, la vicinanza ai casi precedenti è più apparente che non sostanziale⁷⁷: qui, infatti, l'uccisione dello schiavo deriva sì dall'esercizio di un'attività sportiva, ma non perché il servo, autorizzato dal *dominus*, vi abbia partecipato come contendente⁷⁸. Manca, cioè, l'elemento dell'esposizione volontaria al rischio che connota le ipotesi di lesioni seguite alla pratica del pancrazio o dell'*harpastum*.

Il giurista severiano prende in considerazione più scenari⁷⁹:

1. gli atleti hanno deciso di esercitarsi nel lancio al di fuori degli spazi deputati⁸⁰, oppure si sono accorti del passaggio dello schiavo e non hanno preso alcuna precauzione per evitarlo o allertarlo⁸¹;
2. un servo, nell'attraversare imprudentemente lo spazio riservato al lancio del giavellotto, è stato colpito e rimane ucciso, senza che ciò sia imputabile al dolo di chi l'ha trafitto;
3. i lanciatori di giavellotto, individuato lo schiavo, l'hanno colpito intenzionalmente⁸².

⁷⁷ Preciso qui meglio quanto da me osservato in Galeotti, *Ricerche* 2 cit. 138.

⁷⁸ A meno che non si ipotizzi la pratica di un gioco particolarmente crudele: cfr. van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 61, 73.

⁷⁹ Wacke, *Incidenti* cit. 361.

⁸⁰ Dove si allude alla responsabilità dei lanciatori, si guarda probabilmente allo sport esercitato in luogo pubblico, data la pericolosità che connota il lancio del giavellotto: cfr. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1007; Wacke, *op. loc. ult. cit.*

⁸¹ van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 63.

⁸² MacCormack, *Aquilian culpa* cit. 214, secondo il quale l'espressione *lusus noxius*, che «Paul himself used ... in a situation of this kind is uncertain», potrebbe indicare un contesto «in which the players throw javelins at the slave not deliberately to kill or injure him, but to frighten

Nel primo e nel terzo caso, l'*actio directa de occiso* sarà senz'altro concessa al *dominus* dello schiavo, poiché, sebbene veicolata dall'uso del giavellotto, la morte è conseguenza certa della condotta dei lanciatori⁸³. Verificata l'esistenza di un nesso di causalità sostanziale, il comportamento dei *iaculatores* risulta poi qualificato dalla *iniuria*, giacché contraria al diritto non è solo l'uccisione volontaria del servo (*sub* 3), ma anche quella colposa (*sub* 1), procurata con un comportamento negligente (visto lo schiavo, non lo si è avvertito del pericolo) o intervenendo, mediante l'esercizio dei lanci fuori dagli spazi deputati, sulla meccanica degli eventi⁸⁴.

Nel secondo caso, al contrario, il danno risulterà giustificato e non darà luogo all'azione, in quanto i lanciatori si dedicano a un'attività lecita e la praticano nel luogo appropriato⁸⁵. In torto sarebbe piuttosto il servo, la cui condotta imprudente solleva da ogni *culpa* i *iaculatores*⁸⁶, determinando così anche il venir meno della prima condizione di procedibilità *ex lege Aquilia*, cioè l'*iniuria* della condotta lesiva.

Ancora una volta, quindi, non penso che il ragionamento del giurista sia orientato dall'applicazione del principio della *compensatio culpa*e (quale meccanismo compensatorio dovrebbe intervenire, se è stata l'imprudenza dello schiavo – e solo quella – a causare l'incidente?)⁸⁷, e ritengo fuorviante una ricostruzione in termini di 'autoresponsabilità del soggetto danneggiato', vuoi

him and provide themselves with a cruel sport». Così già Pernice, *Zur Lehre* cit. 55 nt. 30; Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 31 s.; Monro, *Digest IX*. 2. cit. 14 nt. § 10, che tuttavia eccepisce la non perfetta congruenza dei due frammenti, giacché «*per lusum* seems to be contrasted with *in campo*» (13 nt. § 4). Sul punto cfr. anche Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 361 s.

⁸³ Corbino, *Il danno* cit. 114, 116, 120 s., 179; Galeotti, *Ricerche* 1 cit. 226 e nt. 268.

⁸⁴ Con riguardo all'espressione *data opera* e alla sua interpretazione, v. J.B. Thayer, *Lex Aquilia* (*Digest IX*, 2, *Ad Legem Aquiliam*). *On Gifts between Husband and Wife* (*Digest XXIV*, 1, *De Donationibus inter Virum et Uxorem*), London-Cambridge (MA) 1929, 66 s.; MacCormack, *Aquilian culpa* cit. 208; A. Wacke, *Defence and Necessity in Aquilian Liability*, in J. Roset Esteve (a c. di), *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias* 1, Madrid 1988, 532; Id., *Incidenti* cit. 362; Castresana Herrero, *Nuevas lecturas* cit. 99; van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 59, 68.

⁸⁵ Sull'importanza del 'luogo' nella diagnosi del caso, si veda I. 4.3.4. Cfr. Thayer, *Lex Aquilia* cit. 65; B. Beinart *The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia*, in A. Vogliano (a c. di), *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz* 1, Napoli 1953, 392, in tema di *contributory negligence*; Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 334; A. Wacke, *Incidenti* cit. 362; Castresana Herrero, *Nuevas lecturas* cit. 97 s.; H. Scott, *Pits and Pruners: Culpa and Social Practice in Digest 9.2*, in A. Burrows, D. Johnston, R. Zimmermann (a c. di), *Judge and Jurist: Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, Oxford 2013, 259 s.; van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 57 s.

⁸⁶ Cfr. Pernice, *Zur Lehre* cit. 72 s.; Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 31; Pernice, *Labeo* 2.1 cit. 89 ss., Robaye, *Remarques* cit. 371 s.; Wacke, *Incidenti* cit. 361.

⁸⁷ Per una lettura in chiave di 'contributory negligence' v. però Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 32 s.

perché la vittima del *damnum* è il *dominus* del servo, probabilmente⁸⁸ estraneo all'intera vicenda, vuoi perché la condotta dello schiavo rileva, sotto il profilo processuale, solo qualora modifichi la successione causale degli eventi in assenza di un comportamento anti-giuridico del feritore. Tant'è vero che, se è provata la volontà dei lanciatori di uccidere, l'eventuale negligenza o distrazione del *servus* non varrà come scusante.

L'impianto argomentativo sopra esposto mi pare invece documentare un'evidente attenzione di Ulpiano, da un lato, per le meccaniche della causazione, dall'altro, per le variabili imputabili alle scelte umane, tra le quali non può non noverarsi anche quella del luogo di esercizio di una data attività⁸⁹: elemento, questo, che avrà un ruolo importante nei frammenti di cui si dirà al successivo paragrafo.

2. (Segue) D. 9.2.31, D. 9.2.28 pr.-1 e D. 9.2.11 pr.

Fra i passi, nei quali si è ritenuto che un'accertata *culpa* in capo al soggetto danneggiato esonerasse dalla responsabilità il danneggiante, ve n'è uno molto studiato e discusso dai romanisti⁹⁰: D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*).

Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret, cum plerumque per privata loca volgo iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Il frammento, noto soprattutto per la definizione muciana di *culpa*, giustappone i pareri non di uno, ma di tre giuristi. All'esposizione del fatto seguono, in-

⁸⁸ A meno che, come si è detto, non sia stato il *dominus* a prestarlo per un gioco crudele, bisogna immaginare che il *servus* abbia attraversato il campo volontariamente, con tutto quel che ne è derivato.

⁸⁹ Cfr. I. 4.3.4: *Itaque si quis, dum iaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur. Nam si id a milite quidem in Campo, locove ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intellegitur: si alius tale quid admisit, culpae reus est. Idem iuris est de milite, si is in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.* Per l'analisi comparata dei due passi mi permetto di rinviare a Galeotti, *Ricerche* 2 cit. 139 s.

⁹⁰ Impossibile citare qui tutta la letteratura disponibile sul passo. Mi limiterò pertanto, nelle note che seguiranno, a segnalare alcune delle riflessioni più significative.

fatti, i responsi di Sabino e Quinto Mucio, coordinati e precisati dalla conclusiva chiosa paolina⁹¹. La complessità dell'impianto, unitamente ad alcune incongruenze testuali, ha alimentato dubbi circa l'autenticità della lezione tradita. In particolare, la dottrina ritiene frutto di un'interpolazione il riferimento al *machinarius* nel responso sabiniano⁹², giacché disarmonico rispetto all'inserito *ex arbore ramum cum deiceret*, che esplicita, sotto il profilo causativo, il contenuto dell'*occidere*. Una spiegazione soddisfacente di tale incongruenza, come dimostrato dallo Schipani⁹³, viene però dai Basilici, più precisamente da uno scolio attribuito all'indice di Doroteo⁹⁴:

Schol. 1 *ad Bas.* 60.3.31 (= D. 9.2.31) [Hb. V, 305]: ἐὰν κλαδευτῆς ἢ ξυλοκόπος] Κλαδεύων τις δένδρον καὶ κλάδους ῥίπτων ἀνεΐλε τινα τῶν παρερχομένων. εἰ μὲν κατὰ δημοσίου τόπου ἔρριπτε, καὶ μὴ προεβόησε τοῖς παριοῦσι φυλάττεσθαι, κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ. ὁ δὲ Μούκιος ἔλεγεν, εἰ καὶ ἐν ἰδιωτικῷ τόπῳ τοὺς λίθους ἢ τοὺς κλάδους τῶν δένδρων ἔρριπτε, δύνασθαι τὰ περὶ τῆς ῥαθυμίας αὐτοῦ διασκοπεῖσθαι· ῥαθυμίαν δὲ αὐτοῦ νοεῖσθαι, ὅπερ ἕτερος μὲν ἐπιμελῆς ἠδύνατο παραφυλάξαι, μὴ πληγῆναί τινα, οὗτος δὲ οὐ παρεφύλαξεν (...) [Sch. e. VII. 99 sq.]⁹⁵.

Stando a questa fonte, il parere di Sabino dovrebbe essere riferito al solo caso del *putator* (o *ligni caesor*)⁹⁶ e l'opinione muciana, introdotta da δέ, par-

⁹¹ Cfr. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 141.

⁹² Cfr. G. von Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 3, Tübingen 1913, 156; W. Kunkel, *Diligentia*, in *ZSS.* 45, 1925, 266, 298 s.; Id., *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, in *ZSS.* 49, 1929, 180-182; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1933², 237 nt. 1; Lawson, *Negligence* cit. 117 nt. 31; Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 141 s. e nt. 18, 144; Cardilli, *Gestione empirica* cit. 317 e nt. 65.

⁹³ Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 142 s.

⁹⁴ Cfr. G.E. Heimbach, *Basilicorum libri LX 6. Prolegomena*, Leipzig 1870, 38 nt. 22, con il quale consente lo Schipani (*op. loc. ult. cit.*), poi ripreso dal Cardilli (*Gestione empirica* cit. 316 nt. 64). L'appartenenza dello scolio all'*Index* del maestro bizantino avrebbe grande rilievo nell'interpretazione del passo, dato il coinvolgimento di Doroteo nella stesura del Digesto. Cfr. L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 576 s. nt. 7, 602; P. van Warmelo, *À propos de la compilation du Digeste*, in *RHD.* 38, 1960, 503-529; F. Brandsma, *Dorotheus and his Digest translation*, Groningen 1996 e letteratura ivi citata.

⁹⁵ Heimbach, *Basilicorum libri LX 5* cit. 305: *si putator vel ligni caesor] Quidam cum arborem putaret et ramos deiceret, praetereuntium quendam occidit. Si quidem in publicum locum deiecit, et non proclamavit transeuntibus, ut caverent, tenetur Aquilia. Sed Mucius dixit, etiamsi in privato loco lapides vel ramos arborum deiecit, posse de culpa eius tractari: culpam autem eius esse videri, si quod alius diligens poterat praecavere, ne quis laederetur, ipse non praecaverit.*

⁹⁶ Ξυλοκόπος nello scolio. Cfr. *LSJ*, v. ξυλοκόπος: «wood-feller». V. ad esempio Strab. 16.4.11: ... ἐνταῦθα δ' ἐφειστώτες ξυλοκόποι κατακόπτουσι ...

ticella al cui valore copulativo è associata anche una sfumatura avversativa⁹⁷, non costituirebbe una riflessione sul medesimo fatto, ma un'analisi indipendente di due situazioni affini – quella del potatore che faccia cadere un ramo, appunto, e quella dell'operaio che lasci precipitare una pietra.

Nel valutare la responsabilità di un *putator qui in publicum decidad* senza assolvere l'obbligo d'informare i passanti del pericolo⁹⁸, Sabino considera giuridicamente qualificanti due elementi: da un lato il luogo in cui si esercita l'attività⁹⁹; dall'altro, una condotta omissiva da cui discendono conseguenze pregiudizievoli (nel caso, il mancato avviso della caduta del ramo)¹⁰⁰.

Diversamente Quinto Mucio, che prende in esame sia la condotta del *putator*, sia quella del *machinarius*, non assegna un rilievo particolare al luogo in cui il soggetto opera, giacché ritiene l'imputazione del *damnum* derivante, in entrambe le ipotesi, dall'omessa comunicazione del pericolo o, in ogni caso, dal non aver preso l'agente sufficienti cautele per evitare lesioni ai terzi¹⁰¹. Ciascun responso guarda quindi a una precisa situazione di fatto ed è in rapporto a quest'ultima che dev'essere interpretata la nozione di *culpa* per coglierne le esatte implicazioni. Sebbene, infatti, l'accostamento dei due pareri, operato da Paolo per ragioni di analogia sostanziale, porti a una contrazione dello spazio espositivo dedicato al *casus*, è evidente come la 'regula' muciana, che definisce colposo (dunque tenuto *iniuriā*) il contegno di chi non abbia *provisum aut tum denuntiatum, quod cum a diligente provideri poterit, cum periculum evitari non possit*¹⁰², non sia generale e astratta, ma definisca la propria portata in rapporto al soggetto danneggiante.

Tale profilo rigorosamente casistico, risulta però 'appannato' dalla lezione del Digesto che, sovrapponendo – di fatto 'fondendo' – i due *responsa*, sembra voler fare della *denuntiatio* un obbligo generico, da applicare a entrambe le figure professionali, quando è proprio sulle tipicità (e diversità) di queste

⁹⁷ Si veda δέ in G. Autenrieth, *A Homeric Dictionary for Schools and Colleges*, New York 1891.

⁹⁸ Che il *vel machinarius* sia un'aggiunta posteriore si coglie, pertanto, anche dalla generalizzazione di un parametro di diligenza accessibile al solo potatore: se quest'ultimo, infatti, possiede tutti gli strumenti per anticipare la caduta del ramo, il precipitare di un corpo contundente da un'impalcatura può ben imputarsi a un incidente non prevedibile.

⁹⁹ Scott, *Pits and Pruners* cit. 256 s.

¹⁰⁰ Il Grüber (*The Roman Law of Damage* cit. 212) tende a escludere che la condotta omissiva rilevi di per sé. La responsabilità del *putator* dipenderebbe, invece, da un «positive act improperly performed».

¹⁰¹ Cfr. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 144; Cannata, *Sul problema* cit. 51; Ro-baye, *Remarques* cit. 343; Cardilli, *Gestione empirica* cit. 317.

¹⁰² Anche questa parte del passo è stata sospettata d'interpolazione. Per una sintesi (critica) della dottrina v. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 145 nt. 23, 148 nt. 28.

ultime che è modulato il ragionamento del giurista repubblicano. La chiosa esplicativa della sintetica locuzione ‘*posse de culpa agi*’ ben lo dimostra: l’operaio è responsabile laddove *non providet, quodcunque a diligente provideri potuit*¹⁰³. Non risponde, cioè, del mancato preavviso (a meno che la situazione non sia tale da renderlo configurabile), quanto di non aver tenuto quei comportamenti che, secondo un criterio di ordinaria cura, avrebbero potuto evitare danni ai passanti¹⁰⁴.

La *diligentia* ivi richiamata non ha un preciso contenuto tecnico, né può essere letta solo nell’accezione negativa di non-negligenza, poiché l’orientamento dell’*interpretatio* testimonia come il *prudens* associ la *culpa* non solo alle condotte commissive negligenzi, ma anche all’omissione intesa come assenza di quei comportamenti dovuti, ossia quelle iniziative idonee a escludere il verificarsi dell’evento lesivo¹⁰⁵. Centrale è, infatti, l’uso del verbo *providere*¹⁰⁶, il cui profilo previsionale, richiamato dai dizionari etimologici, non è senz’altro estraneo all’accezione muciana – il *putator* non poteva ignorare le conseguenze del suo intervento sul ramo – che tuttavia ne valorizza, fra i significati, quello di ‘provvedere’, assumere, cioè, in ragione della ‘prevedibilità’ dell’evento dannoso, accorgimenti idonei a far sì ch’esso non si verifici¹⁰⁷.

Il già citato scolio di Doroteo parrebbe confermare la bontà di tale ricostruzione, giacché il maestro bizantino traduce *provideo* con *παραφυλάσσω*¹⁰⁸, scelta che configura una sorta di *unicum* nella tradizione orientale dei testi classici¹⁰⁹ e testimonierebbe, quindi, un preciso orientamento interpretativo¹¹⁰.

L’aspetto ‘preventivo’ e quello ‘attivo’ della diligenza non possono comunque essere nettamente disgiunti; nel caso del *putator*, anzi, finiscono con il sovrapporsi, giacché non gli si chiede soltanto di prevedere le conseguenze potenzialmente dannose della sua attività, ma anche di attivarsi affinché, di

¹⁰³ A. Vinnius, *In quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, Amstelodami 1665⁴, 588.

¹⁰⁴ Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 144.

¹⁰⁵ R. Cardilli, *L’obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano 1995, 194 nt. 13.

¹⁰⁶ Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 146.

¹⁰⁷ Cfr. Pernice, *Zur Lehre* cit. 66 ss.; Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 212, 223; Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 149; Robaye, *Remarques* cit. 343; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 114 s.; Cardilli, *Gestione empirica* cit. 318.

¹⁰⁸ Cfr. *LSJ*, voce *παραφυλάσσω*: «... to be guarded, be careful».

¹⁰⁹ V. sul punto Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 147, in particolare nt. 27.

¹¹⁰ *Ibidem*.

fatto, l'evento lesivo non si produca¹¹¹. Si tratta, a ben vedere, di una chiave interpretativa non dissimile da quella adottata, ad esempio, dal giurista tardo-repubblicano Mela (del cui parere, documentato in D. 9.2.11 pr., si dirà più avanti) e che ricorre nei casi in cui la *culpa* si configura quale *imperitia* professionale: la situazione concreta 'detta' un modello di comportamento che il terzo è legittimato a pretendere e la cui violazione, da parte del danneggiante, determina un giudizio di riprovevolezza della condotta da questi tenuta¹¹².

La responsabilità del *putator* è, tuttavia, diversamente parametrata secondo che si guardi al parere di Sabino o di Quinto Mucio.

Per il primo, l'elemento che consente di rilevare la *culpa* (cioè l'*iniuria* del *facere* dannoso) è il luogo. Il giurista, infatti, individua un obbligo di preavviso solo in capo a chi *in publicum decidad*: la *natura loci* parrebbe pertanto operare da causa di giustificazione¹¹³. Il ragionamento di Quinto Mucio, al contrario, sposta l'attenzione sul 'dover essere' della condotta rispetto a quello che potremmo chiamare 'costo sociale' del danno. Non è importante, allora, che il luogo sia pubblico o privato, purché esista un passaggio: l'esistenza del camminamento pone limiti a chi vi esercita un'attività potenzialmente lesiva, obbligandolo a dimostrare, nel processo, di aver fatto il necessario per evitare fatalità dannose ai passanti¹¹⁴.

La centralità dell'*iter* torna poi nella sezione finale del passo, non immune da sospetti d'interpolazione¹¹⁵, nella quale Paolo afferma che, ove d'abitudine non sia previsto il passaggio (di uomini o di animali), il danno procurato possa essere imputato solo per dolo: *nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit*¹¹⁶.

Se in un luogo, data l'assenza di un camminamento, di norma non passa nessuno, è legittimo che *putator* e operaio non segnalino il pericolo. Non devono, infatti, preoccuparsi di un evento non tanto imprevedibile, ma che proprio

¹¹¹ Robaye, *Remarques* cit. 343 nt. 21.

¹¹² Galeotti, *Ricerche* 2 cit. 175.

¹¹³ Cfr. J. Willems, *La Loi aquilienne. Théorie du dommage aux choses en droit romain*, Leuven-Paris-Berlin 1896, 39; Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 151. V. però anche le osservazioni di MacCormack, *Aquilian studies* cit. 44 s. e Scott, *Pits and Pruners* cit. 262 s.

¹¹⁴ V. sul punto, *ex aliis*, Robaye, *Remarques* cit. 343; Cannata, *Sul problema* cit. 50 s.

¹¹⁵ Cfr. Kunkel, *Exegetische Studien* cit. 181 s.

¹¹⁶ Cic. *Tusc.* 3.16.34: ... *postremo quod videt malum nullum esse nisi culpam, culpam autem nullam esse, cum id, quod ab homine non potuerit praestari, evenerit*. L'edizione citata è *M. Tulli Ciceronis scripta quae manserunt omnia* 1.4, a c. di C.F.W. Müller, Leipzig 1889, 370. Nell'edizione critica curata Pohlenz (ancora *in aedibus Teubneri*) nel 1918, al *praestari* è però affiancata la lezione alternativa *praecaveri*.

non dovrebbe darsi¹¹⁷. Di conseguenza, non potrebbero essere tenuti per *culpa*, poiché, alla luce delle circostanze in esame, la loro non sarebbe una condotta negligente, produttiva di un danno ingiusto. In questo, come nel caso dello schiavo ucciso dal giavellotto, mi sembra quindi improprio spiegare in chiave di ‘autoresponsabilità della vittima’¹¹⁸ l’impossibilità di agire *ex lege Aquilia* contro il danneggiante, giacché il comportamento imprudente del servo, che passa dove non dovrebbe, si inserisce nella catena causale che procura la lesione senza modificare il carattere lecito della condotta da cui quella deriva: e se la condotta dannosa è tenuta *iure*, le disposizioni del plebiscito non si applicano.

Diverso – e del tutto coerente con il ragionamento fin qui esposto – è invece il caso in cui *putator* e *machinarius* abbiano agito intenzionalmente: la volontà di nuocere ripristina, infatti, l’*iniuria* assente nella condotta lecita non negligente¹¹⁹, rendendo irrilevante il comportamento del soggetto ferito o ucciso.

La natura del luogo in cui si è prodotto il danno e la diligenza (o negligenza) della condotta tenuta dall’offensore sono al centro di un altro frammento del decimo libro *ad Sabinum* di Paolo:

D. 9.2.28 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *Qui foveas ursorum cervorumque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerunt eoque aliquid decidit factumque deterius est, lege Aquilia obligati sunt: at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur. 1. Haec tamen actio ex causa danda est, id est si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit: et multa huiusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum poterit.*

Il *damnum* deriva da una condotta (lo scavare fosse per catturare orsi o cervi) che non interviene direttamente sulla *res* lesa¹²⁰. Il giurista, nondimeno, reputa concedibile un’*actio directa de vulnerato* al padrone del servo o della *pecus* caduti nella *fovea* alla luce di un’attenta valutazione della condotta del danneggiante: Sabino distingue, infatti, il caso in cui le buche siano state aperte *in itineribus*¹²¹ da quello in cui siano state scavate *in aliis locis*. Il feritore dovrà quindi rispondere *ex capite tertio* laddove, accertata l’inidoneità del luogo scelto per scavare la fossa¹²², sia indubitabile la riferibilità causale del *damnum* alla caduta.

¹¹⁷ Scott, *Pits and Pruners* cit. 257.

¹¹⁸ Ancora Civello, *Il principio del sibi imputet* cit. 9-11.

¹¹⁹ Cfr. Willems, *La Loi aquilienne* cit. 39 s.

¹²⁰ V., infatti, le difficoltà ricostruttive riscontrate dal Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 111. Per il dibattito in dottrina, cfr. P. Ziliotto, *L'imputazione del danno aquiliano tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova 2000, 200 s. e nt. 46.

¹²¹ Sulla traduzione più corretta del termine v. Scott, *Pits and Pruners* cit. 257 e nt. 14.

¹²² Castresana Herrero, *Nuevas lecturas* cit. 99 s.; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 125 s.

A venire in conto, anche in questo caso, non sono tanto le scelte della vittima, ma quelle di chi danneggia: se ho scavato in un terreno destinato alla caccia, la mia condotta è *iusta*, dunque non potrò essere chiamato in giudizio con l'*actio directa de vulnerato* nel caso in cui il tuo servo cada nella fossa e si azzoppi. Diversamente, se sono intervenuto dove vi è un passaggio e non mi sono attivato adeguatamente perché il pericolo fosse noto e riconoscibile, avrò operato *iniuria*, poiché il mio contegno non troverà alcuna giustificazione nel diritto (che impone il modello dell'*homo diligens*)¹²³. Questo mi pare il senso della precisazione paolina, quando il giurista osserva che, anche nel caso delle buche scavate *in itineribus*, *actio ex causa danda est*: il luogo non basta a giustificare tout court la condanna dello scavatore *ex capite tertio*, bisogna pure dimostrare l'inevitabilità del danno secondo un criterio di diligenza ordinaria. Qualora, ad esempio, la *fovea* fosse stata segnalata, ovvero la natura del terreno la rendesse particolarmente evidente, verrebbe meno l'*iniuria* della condotta lesiva (nel primo caso perché ho fatto tutto quello ch'era in mio potere per evitare che qualcuno potesse cadervi; nel secondo, perché, essendo superflua la segnalazione, non ero tenuto a far nulla). Per tale ragione – cioè per il fatto che il danneggiante abbia operato in modo diligente (quindi *iure*) – il danneggiato vedrebbe respinta la propria pretesa risarcitoria, più che per una qualche 'funzione estintiva' della *culpa* dello schiavo ferito.

Vediamo ora l'ultimo passo comunemente citato in materia di *compensatio neglegentiae*:

D. 9.2.11 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.*

Il caso è quello di un barbiere che tagli la gola al servo mentre lo sta radendo, perché raggiunto alla mano da una palla.

Se per Proculo l'*actio* deve essere senz'altro intentata contro il barbiere, responsabile d'aver esercitato la propria attività in un luogo diverso dalla bottega¹²⁴, il giurista tardo-repubblicano Fabio Mela usa l'espressione '*in quocumque*

¹²³ Sulla costruzione del modello dell'*homo diligens*, v., da ultimo, E. Giannozzi, *L'emploi des standards en droit romain*, in *Fundamina* 22.2, 2016, 205-231.

¹²⁴ Cfr. Schipani, *Responsabilità ex lege Aquilia* cit. 331; P. Ziliotto, *L'imputazione* cit. 138.

*eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri*¹²⁵, spostando il campo d'indagine dal nesso causale alla *culpa*, poiché l'investigazione del primo «condurrebbe indifferentemente, nel caso proposto, a tutti i soggetti implicati»¹²⁶.

Analizzare la condotta dei soggetti coinvolti è qui reso necessario dalla complessa dinamica dell'evento, che costringe il giurista, di fatto, a non risolvere il problema¹²⁷. Secondo il maggiore o minore peso assunto da ciascuno degli elementi posti in evidenza da Ulpiano nel riferire i pareri degli altri *prudentes* (negligenza del barbiere senza dubbio, ma anche particolare violenza della forza impressa sulla palla e persino superficialità del cliente), infatti, sarà possibile addressare al barbiere o al giocatore la responsabilità *de occiso*¹²⁸.

La presenza di una *culpa* non esclude naturalmente che il giurista sia chiamato a indagare anche le cause dell'evento¹²⁹, poiché solo la verifica del 'momento d'origine' della dinamica dannosa consente di approdare alla riferibilità certa dell'evento lesivo; né mi pare che contrasti con tale impostazione la soluzione offerta da Proculo: il contatto diretto tra la lama del *tonsor* e la gola dello schiavo è quanto offre alla percezione sensibile la certezza dell'imputabilità del decesso¹³⁰. Più che il riconoscimento di un nesso di causalità materiale, a pesare è un dato d'esperienza che consente, nell'ipotesi in esame, d'indicare come solo responsabile sufficientemente certo chi abbia procurato sotto gli occhi di tutti la morte del servo, ferma restando la possibilità d'indagare la presenza o meno dell'*iniuria*, come nell'ipotesi in cui si accertasse che a cagionare l'evento lesivo fosse stata una spinta¹³¹. Residuale mi sembra invece il ruolo giocato dal comportamento dello schiavo: la sua superficialità, infatti, non scuserebbe la negligenza di chi rade in un luogo inidoneo, e non precluderebbe quindi al *dominus* la possibilità di agire *ex capite primo* contro il *tonsor imperitus*.

¹²⁵ Sulla diversa interpretazione dell'inciso v. Kunkel, *Exegetische Studien* cit. 177 s.; MacCormack, *Aquilian studies* cit. 48; 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, 92.

¹²⁶ Cannata, *Per una storia* 1 cit. 283 nt. 283. V. anche Piro, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁷ V. Corbino, *Il danno* cit. 177 s.; Desanti, *La legge Aquilia* cit. 124.

¹²⁸ Cfr. Pernice, *Zur Lehre* cit. 51; Grüber, *The Roman Law of Damage* cit. 33; Zimmermann, *The Law of Obligations* cit. 1008, 1011 s.

¹²⁹ Come mi sembra, al contrario, sostenere una parte della dottrina: v. G. MacCormack, *Juristic interpretation of the lex Aquilia*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo* 1, Milano 1982, 278; N.H. Andrews, *Occidere and the lex Aquilia*, in *CamLJ*. 46.2, 1987, 323 s.; A. Bignardi, *Gai. 319 ed il principio del damnum corpore datum*, in *AG*. 220, 2000, 528.

¹³⁰ Cfr. Piro, *Damnum corpore suo dare* cit. 143 s.

¹³¹ D. 9.2.7.3 (Ulp. 18 *ad ed.*).

IV. Quis ex culpa sua damnum sentit... (*Cenni su D. 50.17.203*)

Come si è detto nell'introduzione a queste pagine, secondo parte della dottrina¹³², il principio della *culpa compensatio* troverebbe una compiuta enunciazione all'interno di un assai discusso¹³³ frammento di Pomponio:

D. 50.17.203 (Pomp. 8 ad Q. Muc.): *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.*

Il passo, che la ricostruzione palinogenetica del Lenel individua quale ultimo frammento del libro VIII (*De legatis* 6) del commentario di Pomponio a Quinto Mucio Scevola¹³⁴, costituisce con ogni probabilità la formula conclusiva di un più ampio parere. È plausibile, cioè, ch'esso non fosse un canone generale dell'ordinamento, come la lezione del Digesto suggerisce, ma che i compilatori abbiano selezionato parte di un *responsum* relativo a una specifica questione di diritto per farne una *regula* astratta¹³⁵.

L'impossibilità di ricostruire l'originario contesto del frammento non permette che valutazioni congetturali circa il caso sottoposto all'attenzione del giurista¹³⁶. Come una recente dottrina ha evidenziato¹³⁷, nondimeno, è possibile formulare un'ipotesi interpretativa soddisfacente movendo proprio dalla palinogenesi leneliana. Pomponio non si occuperebbe, infatti, in astratto, del problema della condotta del soggetto danneggiato, ma della *definitio* di *damnum* (quale danno può essere considerato danno?) in una disposizione di legge relativa ai legati¹³⁸. In altre parole, il giurista chiarirebbe, con riguardo al caso sottoposto alla sua attenzione, che la perdita economica sofferta da chi l'abbia cagionata con la propria negligenza non sia giuridicamente qualificabile come '*damnum*'.

Ci è pervenuto troppo poco del testo, nondimeno, per individuare con sicurezza il caso trattato in D. 50.17.203, di conseguenza anche l'ipotetica norma interpretata da Pomponio¹³⁹.

¹³² V. per tutti E. Betti, *Diritto Romano* 1. *Parte generale*, Padova 1935, 412.

¹³³ Sulle questioni relative all'attribuzione del testo e la sua tradizione v., da ultimo, van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 16 s.

¹³⁴ O. Lenel, *Palinogenesia iuris civilis* 2, Lipsiae 1889, col. 68, pal. 6.260.

¹³⁵ Cfr. H. Lange, *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster-Köln 1955, 71; P. Aumann, *Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmenschichte*, Hamburg 1964, 6 ss. e, più recentemente, van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 21, 29.

¹³⁶ V. D. Medicus, *Id quod interest. Studien zur römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz 1962, 323.

¹³⁷ van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 21 ss.

¹³⁸ van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 23 s.

¹³⁹ Cfr. Aumann, *Das mitwirkende Verschulden* cit. 30; Wollschläger, *Das eigene Verschulden* cit. 119-122 e, da ultimo, van Dongen, *Contributory Negligence* cit. 24-29.

V. Osservazioni conclusive

Conclusioni parziali hanno già accompagnato il commento dei singoli passi. In questa sede, pertanto, mi limiterò a formulare alcune brevi considerazioni di chiusura.

La disamina delle fonti ha dimostrato – spero in maniera convincente – come il principio della ‘compensazione delle colpe’, formulato dalla dottrina medioevale a partire dai passi del Digesto in cui si allude a una *culpa* della vittima quale causa di esclusione della responsabilità dell’agente, sia estraneo alla giurisprudenza romana, né mai da questa applicato. Le soluzioni prudenziali di D. 9.2, nelle quali si è preteso di cogliere l’operatività ora del principio della *compensatio culpa*, ora dell’autoresponsabilità della vittima, infatti, possono essere ragionevolmente spiegate guardando ai *verba legis Aquiliae*, cioè alle condizioni cui il plebiscito aquiliano subordina il riconoscimento, in capo alla vittima del danno, della legittimazione ad agire per il risarcimento. Così, nel caso del servo ferito e non curato dal *dominus*, quest’ultimo ‘perde’ di fatto l’*actio directa de occiso* perché non potrebbe più dimostrare che lo schiavo è morto a causa delle ferite infertegli da un terzo – il quale resta però tenuto *de vulnerato*. Né dovrà rispondere dell’accecamiento il *tabernarius* che colpisca il servo viandante per difendersi da un’aggressione, giacché il ferimento sarebbe giustificato. Ugualmente non sarà data azione contro chi procuri una lesione nell’esercizio di un’attività lecita, della quale abbia rispettato tutte le regole, giacché anche in questo caso la condotta dell’offensore non sarebbe connotata dalla *iniuria*.

Applicare le moderne teoriche in materia di responsabilità e danno alla lettura delle fonti romane non può portare, dunque, che a risultati insoddisfacenti, se non distorsivi, soprattutto quando dal tentativo di individuare profili di omogeneità nella fenomenologia casistica esaminata dai giuristi romani deriva una rappresentazione non corretta della loro mentalità e del loro metodo. Le indagini così orientate, nei fatti, si traducono sempre in un’improbabile comparazione degli istituti del passato con quelli del presente; un accostamento che «inevitabilmente finisce con il trascurare proprio quegli elementi peculiari al mondo antico che, differenziandolo irrimediabilmente da quello moderno, rappresentano appunto la sua specifica ed irrinunciabile caratteristica»¹⁴⁰.

Con riguardo alla materia aquiliana, nei fatti, l’emersione di un astratto principio di autoresponsabilità della vittima può essere contestata alla luce

¹⁴⁰ Faccio qui mie le condivisibili parole di F. Zuccotti, ‘*Bellum iustum*’, o del buon uso del diritto romano, in *RDR*, 4, 2004, 2.

degli stessi frammenti giurisprudenziali: la condotta tenuta dal danneggiato rileva, in senso stretto, solo in D. 9.2.52 pr. e rileva in quanto, modificando la successione causale degli eventi, esclude che il feritore possa essere tenuto per quel che materialmente non è a lui imputabile (la *occisio* dello schiavo). Nei restanti casi (quello, ad esempio, del servo viandante sguerciato, o del servo che cade in una buca), il *dominus* che soffre il *damnum* è estraneo alla vicenda lesiva, quindi la sua condotta non potrebbe incidere sul riconoscimento di un'azione la cui concessione, da parte del pretore, è subordinata alla pretesa ingiustificatezza del comportamento tenuto dal danneggiante.

Nell'approcciarsi a un problema giuridico, il giureconsulto romano non ragiona 'per principi', come non risponde alla *quaestio* discettando di esistenza o inesistenza del diritto soggettivo, piuttosto discute di legittimazione attiva o passiva all'azione: la struttura del processo formulare, che connette l'ontologia del caso alla concessione dell'*actio*, mi pare allora, in ultima analisi, l'unico dato al quale occorra guardare per misurare la concreta incidenza della colpa del danneggiato sul riconoscimento di una responsabilità in capo al danneggiante, giacché è sul processo – e non su concetti astratti – che i giuristi costruiscono la loro dogmatica.

Sara Galeotti
Università di Roma Tre
sara.galeotti@uniroma3.it