

Giulietta Rossetti, *'Poena' e 'rei persecutio' nell' 'actio ex lege Aquilia'*, Napoli, 2013.

Con l'elaborato volume dal titolo *'Poena' e 'rei persecutio' nell'actio ex lege Aquilia'* Giulietta Rossetti analizza il tema del concorso tra *actio ex lege Aquilia* ed azioni penali private o reipersecutorie nei casi in cui una *eadem res* configuri contemporaneamente un illecito punibile sia tanto *ex lege Aquilia de damno* tanto che tramite l'apposita azione prevista per i singoli casi di specie. Attraverso l'esegesi delle fonti, arricchita da numerosi riferimenti dottrinali tratti dall'esperienza romana e da quella più recente, l'A. articola un quadro organico e capillare finalizzato a fornire un'idea precisa delle diverse soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine al tema oggetto di studio.

La Parte Prima, rubricata *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: le fonti, i problemi e lo stato della dottrina*, si articola in due capitoli.

Il primo, *La ricostruzione tradizionale della distinzione fra azioni penali private e azioni reipersecutorie*, funge da introduzione al lavoro di ricerca ed offre uno scorcio sulle elaborazioni dottrinali più autorevoli in tema di azioni penali private ed azioni reipersecutorie. Partendo da una distinzione dottrinale preliminare tra le due tipologie di azioni in base al diverso regime di

trasmissibilità della legittimazione sia attiva che passiva *iure hereditario*, l’A. ne ripercorre i più rilevanti sviluppi in un’ottica diacronica e problematica. Richiamata la tripartizione di Savigny delle *actiones in personam* in conservatrici, penali bilaterali e penali unilaterali, l’A. accenna alle posizioni della dottrina pandettistica in tema di *delictum* ed *actio poenalis*, criticandone l’eccessivo ‘schematismo teorico’ che mal si concilia con la meno rigida distinzione vigente presso i Romani tra finalità afflittiva e reipersecutoria delle *actiones poenales* ed *actiones quibus rem persequimur*. Vengono altresì menzionate elaborazioni dottrinali meno radicali e di fatto più coerenti rispetto alle fonti giustinianee, ovvero la teoria dell’azione ‘qualitativamente mista’ come costruita da Levy, nonché la posizione del Rotondi (quale emerge dal suo contributo *Dalla ‘Lex Aquilia’ all’art. 1151 Cod. Civ.*, in *riv. dir. comm.*, 1916, I, 942 ss.), maggiormente improntato ad una rilettura storico-sistematica dei predetti istituti processuali.

Il secondo capitolo, rubricato *Il contenuto patrimoniale del petitum e la distinzione fra azioni penali private e azioni reipersecutorie*, richiama una mirata selezione di fonti giustinianee da cui si evince che i *prudentes*, anziché classificare astrattamente le azioni sulla base dei criteri di ‘natura’ e ‘funzione’, puntavano piuttosto all’analisi dei risvolti pratici delle singole domande giudiziali, emergenti dalla effettiva consistenza patrimoniale dedotta nel

Il volume termina con una sezione dedicata alle *Conclusioni* (che rimarcano in maniera essenziale ma completa i risultati conseguiti dallo studio), nonché con un’accurato indice degli autori citati e delle fonti.

Lo studio di Giulietta Rossetti, nel complesso, manifesta un attento e meditato equilibrio tra l’opportunità di effettuare una ricognizione completa della materia trattata e le esigenze sperimentali, che si apprezzano soprattutto nell’impegno profuso dall’A. sul valutare l’incisività del ricorso al parametro equitativo nei casi di concorso cumulativo delle azioni. Vi risulta un quadro preciso ed esaustivo del contributo prudenziale in tema di concorso tra *actio ex lege Aquilia* ed azioni private. L’indagine si distingue anche per il suo impianto sistematico e per rigore della struttura espositiva, caratteri che conferiscono coerenza di metodo ed omogeneità di approfondimento all’intero studio [Carlo De Cristofaro].

controversi. In maniera del tutto simmetrica rispetto ai parametri espositivi dei capitoli dedicati al concorso dell'*actio ex lege Aquilia* ed azioni *ex contractu*, l'A. conclude riportando un passo, D. 44.7.34, che dà adito ad un'articolata esposizione relativa alle nozioni di *aequitas* ed *amplius agere* in tema di concorso tra azione aquiliana ed azioni *ex delictu*.

Il capitolo secondo, rubricato *Il concorso fra l'actio ex lege Aquilia ex capite primo e l'actio ex lege Aquilia ex capite tertio*, richiama la vasta sistematica attinente alla utilizzazione dell'*exceptio doli* in funzione correttiva del *rigor iuris civilis*, ovvero come strumento equitativo atto ad evitare l'arricchimento ingiusto dell'offeso. L'A. riporta due passi ritenuti emblematici in tal senso, D. 9.2.46 e D. 9.2.47, in cui si discute il caso dello schiavo che, ferito, poi sia morto *ex eo vulnere*. Nei due brani si presentano soluzioni diverse. Rispettivamente, Ulpiano afferma che il *dominus* che abbia già agito *de vulnerato* può agire anche *de occiso*; Giuliano invece sostiene che, se nel giudizio *de vulnerato* sia stata fatta la stima del danno patito dal *dominus* e poi costui agisca anche *de occiso*, il convenuto potrà eccepire il *dolus malus* per limitare l'ammontare della condanna a quanto il *dominus* avrebbe conseguito se avesse agito fin dal primo momento *de occiso*.

*petitum*, così da poter individuare, nel caso di concorso tra azioni, la forma di tutela più adeguata in termini di ottimizzazione dei tempi processuali e di concreta esecutorietà della pronuncia. Tanto si evince, a detta dell'A. in maniera lampante, attraverso l'esame della bipartizione cassiana delle azioni penali in reipersecutorie e non reipersecutorie, riportata in D. 44.7.35. Ritenuta altrettanto meritevole di interesse è la tripartizione di cui in Gai 4.6-9 tra azioni *in personam* reipersecutorie, penali e miste, sulla cui *ratio* l'A. riflette in maniera ponderata tramite un'attenta esegesi delle fonti. La panoramica delle soluzioni classificatorie romanistiche si conclude con l'indicazione della sistematica definitiva adottata da Giustiniano in I. 4.6.16-19, con particolare attenzione ai problemi di concorso tra rimedi processuali aventi natura diversa, ovvero *actiones poenales* ed *actiones quibus rem persequimur*. È per l'avvertita necessità di chiarire in maniera più approfondita quest'ultimo aspetto che l'A. sottolinea l'importanza dell'esegesi accurata delle fonti, a cui viene rimandata la parte successiva dello studio.

La Parte Seconda, intitolata *Il concorso dell'actio ex lege Aquilia con le azioni reipersecutorie*, è strutturata in tre capitoli.

Il primo, denominato *Il concorso dell'actio ex lege Aquilia con le azioni reipersecutorie: lo status quaestionis*, è dedicato all'esame della concreta operatività sul piano giudiziale della già

richiamata analisi relativa alla portata economica del *petitum* in quei casi in cui l'*actio ex lege Aquilia* viene concessa in concorso alternativo con i rimedi reipersecutori nascenti da un dato caso concreto. Sottolineato preliminarmente il valore che l'*aequitas* ha rivestito nell'attenuazione, in sede giudiziale, delle inique conseguenze scaturenti dall'applicazione rigorosa del principio del *ne bis in idem*, l'A. riprende la già menzionata posizione dottrinale di Levy in ordine alla classificazione delle azioni, approfondendo stavolta i concetti di 'zivile Konsumption' e 'judiziale Konsumption' come criteri ordinatori nella concessione dell'*actio ex lege Aquilia* in via concorsuale (ma residuale) a quella reipersecutoria. A conclusione del capitolo, l'A. impiega i concetti richiamati al fine di elaborare una completa definizione della nozione di *eadem res*, pilastro alla base del principio del *ne bis in idem*.

Nel secondo capitolo, rubricato *Il concorso dell'actio ed lege Aquilia con le actiones in rem*, a sua volta articolato in due sezioni, esamina i distinti casi di concorso dell'*actio ex lege Aquilia* con la *rei vindicatio* e con la *hereditatis petitio*.

Quanto al primo, l'A. prende le mosse dal passo contenuto in D. 6.1.13 (e, più marginalmente, in D. 6.1.14), in cui emerge la problematica del concorso tra *actio ex lege Aquilia* e *rei vindicatio* nel caso del danneggiamento, ad opera del possessore convenuto in rivendica, della cosa

Altrettanto ricca di spunti è la Parte Terza, rubricata *Il concorso dell'actio ex lege Aquilia con le actiones ex delicto*, a sua volta divisa in due capitoli.

Il primo capitolo, dal titolo 'Il concorso con l'*actio iniuriarum*', si apre con un'introduzione al tema dei *plura delicta concurrentia*, con esaustivi riferimenti da parte dell'A. alle preliminari difficoltà di ricerca dettate dalla vastità della casistica giurisprudenziale e dall'altrettanta copiosità delle tesi proposte dai *prudentes* nei casi in cui *ex uno delicto plures nascuntur actiones*. L'A. precisa subito di ritenere che l'opinione più autorevole in merito sia quella di Labeone. Il primo passo esaminato è D. 47.10.15.46, che risulta illuminante rispetto a tutti gli altri passi dei *Digesta* in cui vengono riportate le soluzioni proposte nel caso in cui qualcuno percuota con i *verbera* lo schiavo altrui per arrecare *iniuria* al suo *dominus*. Tale *exemplum* è paradigmatico, a detta dell'A., in quanto il fatto commesso (la *verberatio*) concreta due distinte fattispecie delittuose, il *damnum iniuria datum* e l'*iniuria*. Secondo Labeone, non sussiste l'*eadem res* nel caso in cui il *dominus* agisca prima con l'*actio iniuriarum* e poi *damni iniuriae*, in quanto l'azione aquiliana si riferisce al danno *culpa datum* mentre l'altra *ad contumeliam* (ovvero l'offesa dolosa). Prendendo le mosse dall'originalità della riportata soluzione labeoniana, l'A. ne avalla la credibilità storica tramite la menzione del consimile caso di cui in D. 9.2.5.1, non senza prima isolarne e commentarne i punti più

impregiudicata dal concorso delle azioni reipersecutorie (*condictio ex causa furtiva* ed *actio ex locato*), le quali si escludono reciprocamente. Anche in questo caso, l’A. si profonde in un’attenta analisi dei punti più discussi del testo («*et hoc [...] finietur*» e «*post commodati [...] non habet*»), non senza esimersi dal rinnovare ed ampliare il riferimento al valore attenuante che l’*aequitas* rivestiva, in età classica, nel caso di configurabilità di un concorso cumulativo delle azioni. Viene infine esaminato il passo gaiano in D. 13.6.18.1, attinente al caso che il consegnatario abbia deteriorato la *res* consegnata: si conclude nuovamente per una ‘consumazione giudiziale’ in cui la *remissio actionis officio iudicis* costituisca il cardine mediante il quale risolvere il problema di ‘consumazione civile’ del cumulo tra *actio ex lege Aquilia* ed azioni specifiche del rapporto contrattuale sottostante alla consegna della *res*.

A completamento del capitolo, nella Sezione Terza denominata *Altri casi di concorso*, si analizza l’ipotesi del concorso tra *actio ex lege Aquilia* ed *actio pigneraticia* in D. 13.6.18.1, nonché il concorso tra la prima e l’*actio pro socio* in D. 17.2.47.1.; 48; 49 e 50, la cui analisi è completata da copiosi riferimenti dottrinali (con particolare attenzione al Levy) sia in tema di *officium iudicis* che in relazione ad eventuali proposte ricostruttive dei passi verso cui si insinuano fondati sospetti di interpolazioni.

rivendicata. La soluzione giurisprudenziale proposta, che verte sulla concessione della *rei vindicatio* ma solo nel caso in cui l’attore operi la *remissio* sull’azione concorrente, ovvero quella *ex lege Aquilia*, viene analizzata attraverso una puntuale esposizione del dibattito dottrinale relativo alla genuinità del richiamato passo dei *Digesta*, da alcuni (Beseler, Chiazzese) fortemente criticata, da altri difesa (specie da Levy, sulla base della sua teoria dell’azione ‘qualitativamente mista’).

Chiude il capitolo un secondo *exemplum* giurisprudenziale, relativo al concorso tra *actio ex lege Aquilia* ed *hereditatis petitio*, riportato in D. 5.3.36.2, tramite cui si evidenzia nuovamente come, nel caso di concorso tra *actio ex lege Aquilia* ed azione reipersecutoria, la giurisprudenza optasse per un concorso elettivo, con l’aggiunta dell’elisione delle due azioni nel caso in cui l’attore prestasse una *cautio de remittendo*.

Il terzo capitolo, *Il concorso dell’ ‘actio ex lege Aquilia’ con le ‘actiones ex contractu’*, costituisce la parte più corposa dello studio e, diviso in tre sezioni, viene dedicato all’esame di altrettante eventualità concorsuali.

La Sezione prima, rubricata *Il concorso con l’ ‘actio ex locato’*, presenta nell’esordio un responso di Alfeno Varo conservato in D. 19.2.30.2 e relativo al caso in cui il conduttore violi il limite di carico contrattualmente pattuito per la *res locata*, causandone la *ruptio*. La giurisprudenza, fin

da epoca risalente, optava per l'esclusione del cumulo di azioni concorrenti, in ossequio al principio di equità e correttezza processuale, così da precludere la configurabilità di una doppia *litis aestimatio* a favore dell'attore/locatore. Più ostico dal punto di vista interpretativo risulta, invece, il secondo passo riportato, contenuto in D. 19.2.25.5, che prende in esame il caso del colono il quale abbia reciso gli alberi del fondo locato. Nel brano vengono elencati i rimedi esperibili dal locatore a difesa della propria posizione contrattuale: costui potrà agire con l'*actio ex locato*, ma anche con l'*actio ex lege Aquilia*, con l'*actio arborum furtim caesarum* e con l'*interdictum quod vi aut clam*. Un'attenta esegesi di più punti problematici del passo (e precisamente l'*incipit* «*ipse quoque*», l'inciso «*ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum*» e la chiusa «*sed utique [...] omittat*») prelude alla conclusione dell'A., secondo cui la soluzione proposta dalla giurisprudenza, che opta per l'esclusione del cumulo delle azioni e della loro *remissio* all'*officio iudicis* quale unico valido criterio di valutazione delle azioni da concedere, abbia radice classica. Conforme alle soluzioni precedentemente prospettate risulta anche il terzo passo esaminato, D. 19.2.43, in cui Paolo conferma il concorso alternativo tra *actio ex lege Aquilia* ed *actio ex locato* nel caso della *vulneratio* del servo locato; l'analisi testuale è arricchita dalla puntuale esposizione delle posizioni dottrinali dominanti relative al concorso tra *actio ex lege*

*Aquila* ed *actio ex locato*. Quest'ultimo aspetto viene ulteriormente approfondito con l'analisi comparatistica tra Coll. 12.7.9 e D. 9.2.27.11, completata con la disamina delle diverse *opiniones* di Sabino e Proculo e di quelle più recenti relative alla 'Doppelüberlieferung' del passo ulpiano in quello della *Collatio*. A chiusura della sezione, viene riportato il parere proculiano in tema di responsabilità medica e *concursum actionum* contenuto in D. 9.2.7.8.

La Sezione seconda è destinata all'esame del concorso tra *actio ex lege Aquilia* ed *actio commodati*. Sulla scorta dello stile esegetico collaudato nella sezione precedente, l'A. esamina il passo sistemato come D. 13.6.7.1, in tema di danneggiamento arrecato alla *res commodata* dal socio del comodatario, in cui viene riportata la soluzione ulpiana secondo cui è *aequissimum* che il giudice dell'azione di comodato subordini la condanna del comodatario alla condizione che il comodante operi la remissione dell'azione aquiliana. Successivamente l'A. si sofferma sull'esegesi dei punti del passo più controversi («*nam [...] actionem*» e «*nisi forte [...] rationem*») corredati da esaustivi riferimenti dottrinali. Un'ampia esposizione viene poi dedicata al discusso brano pauliano contenuto in D. 44.7.34.2, dove viene riportato il caso di un colono, affittuario di un fondo, che abbia sottratto una cosa pertinente al fondo stesso. Secondo Paolo l'azione di furto resta