



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Giulietta Rossetti

Il concorso di azioni penali private *ex uno facto*: casistica giurisprudenziale e *ius controversum*

Numero XV Anno 2022

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Il concorso di azioni penali private *ex uno facto*: casistica giurisprudenziale e *ius controversum*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. *Plura delicta concurrentia*: in particolare la rassegna casistica riportata in Ulp. 43 *ad Sab.* D. 47.1.2. – 3. *Plures actiones ex uno delicto*: il caso emblematico del taglio furtivo di alberi e il relativo sistema sanzionatorio. – 4. ‘*Si colonus sit, qui ceciderit arbores*’: Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.2.25.5. – 5. (Segue). Sulla controversa interpretazione dell’inciso del passo gaiano ‘*ex lege duodecim tabularum*’. – 6. Il problema del valore tecnico della denominazione *actio de arboribus succisis*. – 7. Alcune *dissentiones prudentium* sul concorso tra le azioni relative al taglio di alberi e l’*actio ex lege Aquilia*: Labeone e il cumulo completo. – 8. (Segue). Trebazio, Paolo e il criterio correttivo della *deductio*. – 9. Sul concorso di *actiones poenales ex uno facto* e il cumulo limitato all’*amplius agere* in Paolo: il concorso tra rapina e *furtum nec manifestum*. – 10. (Segue). Il caso della *verberatio iniuriose* del servo altrui. – 11. Concorso di azioni penali private *ex uno facto* e *ius controversum*: considerazioni conclusive.

1. Premessa

Se anche nell’esperienza giuridica romana, come negli ordinamenti penalistici moderni, il fenomeno del concorso di reati presuppone, in linea di principio, l’attribuzione di una pluralità di fattispecie penali al medesimo soggetto, in tale esperienza giuridica, al di sotto di questa etichetta, che si considera diacronicamente il denominatore comune

della materia¹, si colloca un istituto caratterizzato da una singolare varietà tipologica e da una notevole complessità problematica, peculiarità queste che risentono non poco della circostanza che le soluzioni sul concorso di reati trãdite nelle fonti giurisprudenziali romane presentano generalmente, come avremo modo di constatare nel presente contributo, una struttura prettamente casistica e sovente una dimensione controversiale, e questi profili rendono non poco delicata la ricomposizione delle singole *rationes decidendi* in un quadro dogmaticamente unitario².

La concezione romana dell'illecito presenta, com'è noto, netti profili distintivi rispetto a quella moderna in quanto nell'ordinamento giuridico romano risulta chiaramente individuata, almeno a partire dal periodo preclassico, la distinzione fra due ordini di atti illeciti meritevoli di pena³:

¹Cfr., *ex plurimis*, ad esempio A. PAGLIARO, voce *Concorso di reati*, in *Enc. dir.*, 8, Milano, 1961, 660; S. PROSDOMICI, voce *Concorso di reati e di pene*, in *Dig. disc. pen.*, 2, Torino, 1988, 509; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, II. *Forme del reato*, Torino, 2013, 38; merita tuttavia ricordare che nella scienza penalistica moderna sono a tutt'oggi oggetto di ampio dibattito (per una sintetica rassegna dei principali orientamenti dottrinali sul punto cfr. A. PAGLIARO, *op. ult. cit.*, 660 ss.) sia la determinazione della unità o pluralità di reato sia lo studio dei riflessi dogmatici, che derivano dall'attribuzione al medesimo soggetto di una pluralità di reati.

²Sulla diversità tra la concezione romana del concorso di reati e quella moderna illuminanti, come sempre, le osservazioni di C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, diretta da E. Pessina, 1, Milano, 1905 (rist. Roma, 1976), 133: «Il concorso di più reati nella stessa persona conduce nel diritto romano a conseguenze alquanto diverse che nel moderno; né la differenza dipende solo [...] dalle diverse istituzioni processuali, ma anche dalla diversità di dottrine e di principii sostanziali. Manca intanto al diritto romano il concetto di delitto continuato; mancano norme fisse circa il cumulo delle pene; diverso è il concetto del concorso meramente formale e dipendente dalla condizione di quella legislazione punitiva. Invece è chiarissima anche in diritto romano la distinzione tra "reato permanente" e concorso di più reati».

³ Se anche in riferimento all'esperienza giuridica romana la categoria degli atti illeciti penali si ritiene generalmente comprensiva, in linea di principio, di quei comportamenti anti giuridici riprovati dall'ordinamento in via prevalente tramite la punizione (afflizione) del relativo autore (sul punto cfr., per tutti, B. ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, 20, Milano, 1970, 52 ss.), nella dottrina romanistica sono da sempre ampiamente discusse sia la stessa nozione di 'diritto penale romano' sia la sua

gli illeciti penali privati (c.d. *delicta* o meno tecnicamente *maleficia*) sanzionati con una pena privata, che è sempre pecuniaria ed è il surrogato della *vindicta*, nelle forme dell'*ordo iudiciorum privatorum* mediante l'esercizio, su iniziativa della persona offesa, di azioni penali private (*actiones ex delicto*) e gli illeciti penali pubblici (c.d. *crimina*) puniti – nell'interesse generale – con una pena pubblica, corporale o pecuniaria, tramite il regime prima dell'*ordo iudiciorum publicorum* e in seguito della *cognitio extra ordinem* criminale, previo esercizio da parte di *quivis e populo* di azioni criminali. Posto che la distinzione fra *delicta* e *crimina* deve ritenersi quindi incentrata sulla diversa forma della persecuzione processuale impiegata contro il colpevole⁴, vi è tuttavia da precisare che, considerata la particolare tendenza dei *prudentes* alla concretezza e il loro rifuggire da categorie generali e da concettualizzazioni astratte, la bipartizione in questione presenta generalmente nelle fonti

autonomia rispetto tanto ad altri rami del sapere umano quanto ad altri settori del diritto: su queste delicate questioni, la cui trattazione esula dai limiti della presente ricerca, si rinvia, anche per le relative indicazioni testuali e bibliografiche, ai recenti contributi di F. PULITANÒ, *Sull'autonomia del diritto penale romano. Prime considerazioni*, in *TSDP*, 11, 2018, consultabile on line all'indirizzo <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018ContributiPulitanò.pdf> e di L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in '*Crimina*' e '*delicta*'. *Applicazioni normative e costruzioni dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2019, 1 ss.

⁴ In tal senso la dottrina prevalente: cfr., in particolare, L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, 2.14, Berlin-New York, 1982, 682 s., ora in *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a cura di B. Cortese, S. Galeotti, G. Guida e G. Rossetti, Napoli, 2015, 217 s. (e da qui citato nel prosieguo di questo contributo); EAD., *Azioni penali 'ex delicto': pena e reintegrazione patrimoniale*, in *Il problema della pena criminale fra filosofia greca e diritto romano. Atti del Deuxième Colloque de Philosophie Pénale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, a cura di O. Diliberto, Napoli, 1993, 197, ora in *Delitti*, cit., 259 (e da qui citato nel corso di questo contributo); B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, 67; C.A. CANNATA, *Il danno risarcibile nel diritto romano*, in *Il danno risarcibile. Atti del Congresso internazionale ARISTEC (Baia delle Zagare, 14-16 giugno 2007)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, 11 s.; G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015, 26 ss.; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.2, Torino, 2017, 227 ss., nonché, della letteratura manualistica, *ex plurimis*, E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1980, 552 s.; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, 317 s.; G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, 101 s., 350 s.

giurisprudenziali classiche una certa fluttuazione e non tecnicità terminologica, in quanto nessuno dei termini, che la compongono, «raggiunge, neppure in età classica, un'applicazione tecnica ed esclusiva alle rispettive sfere indicate; né, d'altra parte, oltre le sfere indicate, raggiunge una generalità di significato tale da consentire l'assunzione quale termine equivalente, senz'altro, ad "atto illecito", in astratto»⁵.

⁵ Così B. ALBANESE, voce *Illecito*, cit., 70, ma il rilievo dell'utilizzazione 'flessibile', prevalentemente non tecnica e asistemica, che i termini *delictum* e *crimen* presentano nelle fonti giurisprudenziali classiche è ampiamente condiviso in dottrina: cfr., *ex plurimis*, U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957, 7 ss.; G. LONGO, '*Delictum*' e '*crimen*', Milano, 1976, 7 ss. e 170 ss.; C. MASI DORIA, *L'illecito e le sue sanzioni*, in *Index*, 35, 2007, 219 s.; A. ARNESE, '*Maleficium*'. *Le obbligazioni da fatto illecito nella riflessione gaiana*, Bari, 2011, 24 s. e da ultimo, con ulteriore letteratura, S. GALEOTTI, '*Delictum*' e '*crimen*': *la qualificazione dell'illecito nell'esperienza giuridica romana*, che cito nella versione on line (<http://europeanlegalroots.weebly.com/seminaripadovani.html>); per una prospettiva interpretativa minoritaria cfr., ad esempio, E. ALBERTARIO, '*Delictum*' e '*crimen*' nel diritto romano-classico e nella legislazione giustiniana, in ID., *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 141 ss., che sostiene l'impiego da parte dei *prudentes* di una rigidissima terminologia sia riguardo alla distinzione in questione sia relativamente ai termini *delictum* e *maleficium* usati esclusivamente in relazione ai delitti del *ius civile*. Peraltro, neppure il termine *illicitum*, corrispondente al nostro più generico concetto di illecito, sembra trovare nelle opere giurisprudenziali classiche un impiego sistematico, utilizzandolo i *prudentes* con «estrema sobrietà» (B. ALBANESE, voce *Illecito*, cit., 69). A questo proposito basti ricordare l'uso che di questo termine fa Ulpiano nel brano di apertura delle sue Istituzioni, nonché dell'intero Digesto giustiniano (Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1.1), quando, dopo aver precisato l'etimologia di *ius* da *iustitia* e aver riferito del *ius* l'elegante definizione celsina, sottolinea che i giuristi del *ius* sono i *sacerdotes* perché coltivano la *iustitia* e predicano il *bonum et aequum*, '*aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes [...]*'. Senza che sia opportuno addentrarsi in questa sede nell'ampio dibattito dottrinale, che il celebre passo ulpiano continua a sollevare anche per alcune sue espressioni magniloquenti e filosofeggianti – sul testo cfr., *ex plurimis*, F. GALLO, *Diritto e giustizia nel I titolo del Digesto*, in *SDHI*, 54, 1988, 619 s.; C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in '*Cunabula iuris*'. *Studi storico giuridici per G. Broggin*, Milano, 2002, 53 ss., ora in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, II, Torino, 2012, 401 ss., specialmente 404 s.; G. FALCONE, *La "vera philosophia" dei "sacerdotes iuris". Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *AUPA*, 49, 2004, 41 ss., che cito dalla versione on line (<http://www1.unipa.it/dipstdir/pub/annali/2004/articoli/Prof.Falcone.pdf>); ID., '*Ius suum cuique tribuere*', in

Alla luce di questo quadro ricostruttivo ampiamente condiviso dalla dottrina tradizionale – la cui eccessiva rigidità dogmatica tuttavia ha sollevato di recente alcune perplessità in riferimento sia al periodo antico sia all'età preclassica e classica⁶ – nell'ordinamento giuridico romano la voce 'concorso di reati' è variamente declinabile, configurandosi, a seconda della natura degli illeciti penali concorrenti, come concorso di *delicta*, concorso di *crimina* oppure concorso di *delicta* e di *crimina*, qualora il medesimo atto illecito rivesta gli estremi del delitto privato e dell'illecito pubblico; peraltro merita precisare sin d'ora che le testimonianze in argomento, coerentemente con la nota tendenza dei

Studi in onore di R. Martini, I, Milano, 2008, 999 s. e nt. 55; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino, 2013, 124 s. – sembra potersi ritenere che, sebbene nel contesto espositivo ulpiano la coppia '*licitum-illicitum*', come anche la coppia simmetrica '*aequum-iniquum*' che la precede, abbia la specifica funzione di esplicitare in quali attività consistono e come si dispiegano il '*iustitiam colere*' e il '*boni et aequi notitiam profiteri*' (G. FALCONE, *La 'vera philosophia'*, cit., 4), «tuttavia non siamo certo di fronte ad un valore che sia stato minimamente utilizzato dai Romani ai fini delle loro – del resto, assai limitate – sistematiche» (così B. ALBANESE, voce *Illecito*, cit., 69).

⁶ Infatti, da un lato, l'originaria indeterminatezza, presente ancora in età decemvirale tra sfera pubblica e sfera privata, non può non riflettersi anche sulla distinzione *delicta-crimina*, comportando notevole incertezza nella relativa linea di demarcazione: sull'argomento cfr., da ultimo, M.F. CURSI, *L'origine delle obbligazioni 'ex delicto'*, in *RIDA*, 58, 2011, 143 s.; M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, in *XII 'Tabulae'. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, II, Napoli, 2018, 482 s. e nt. 18 con letteratura; M.F. CURSI, *Gli illeciti privati*, in *XII 'Tabulae'*, II, cit., 561 ss. Da altro lato, la rigidità della ricostruzione tradizionale risulta inadeguata anche a riprodurre la complessità del rapporto tra repressione penale privata e repressione penale pubblica, che l'evoluzione preclassica e classica attesta; infatti in tale periodo le sfere di operatività delle due forme di repressione penale tendono in un primo momento a sovrapporsi per poi nuovamente distinguersi, in seguito al progressivo accentuarsi della funzione di reintegrazione patrimoniale delle *actiones ex delicto*: su questi delicati temi cfr. di recente C. CASCIONE, *Roman Delicts and Criminal Law. Theory and Practice*, in *Obligations in Roman Law. Past, Present and Future*, edited by T.A.J. McGinn, Ann Arbor, 2012, 267 ss.; C.A. CANNATA, *Corso*, II.2, cit., 227 ss.; S. GALEOTTI, '*Delictum*', cit., 29 ss. (ivi ulteriore letteratura).

prudentes a privilegiare il profilo processuale rispetto a quello sostanziale, generalmente si riferiscono al concorso delle relative azioni⁷.

In sede introduttiva occorre in primo luogo sottolineare che in riferimento al concorso di *delicta* e delle *actiones poenales* dirette a sanzionarli⁸ – oggetto specifico di questo contributo secondo un angolo

⁷ Relativamente al concorso di *delicta* cfr., ad esempio, Herm. 2 *iuris epit.* D. 44.7.32; Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34pr.; Paul. 22 *ad ed.* D. 44.7.41.1; Paul. 9 *ad Sab.* D. 47.7.1; Paul. 22 *ad ed.* D. 47.7.11; Ulp. 18 *ad ed.* D. 50.17.130.

⁸ Sul tema in generale cfr. il seguente elenco bibliografico, mentre per citazioni più puntuali si rinvia all'analisi dei singoli casi di concorso. Della dottrina più risalente restano tuttora fondamentali F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, trad. it., Torino, 1893, 271 ss.; I. ALIBRANDI, *Del concorso delle azioni*, in *Giornale di Giurisprudenza teorico-pratica*, I, 1870, 321 ss., ora in ID., *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1896, 163 ss., specialmente 198 ss.; F. EISELE, *Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz*, in *AcP*, 79, 1892, 327 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano*, in P. COGLIOLO, *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il Codice unico del Regno d'Italia*, I, Milano, 1888, 96 ss.; ID., *Esposizione*, cit., 133 ss.; ID., voce *Illecito (dir. romano e dir. intermedio)*, in *Nuovo dig. it.*, 6, Torino, 1938, 695 s.; E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918 (rist. Aalen, 1964), 462 ss.; ID., *Die Konkurrenz*, cit., II.1, Berlin, 1922 (rist. Aalen, 1964), 178 ss.; ID., *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Berlin, 1962, 23 ss.; G. SEGRÈ, *Le obbligazioni e le azioni 'ex delicto'*. *Corso di diritto romano*, I, Torino, 1925, 264 ss.; ID., *Le obbligazioni*, cit., II, Torino, 1926, 220 ss.; G.F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*, Treviso, 1930, 175 ss.; C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates' in tema di 'lex Aquilia' e di 'concursum actionum'*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, II, Palermo, 1936, *passim*; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano, 1938, 180 ss., 223 ss.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 223 ss.; E. BETTI, *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale - Atto illecito - Negozio giuridico (Anno 1958-1959)*, Roma, s.d., 253 ss.; a partire dalla seconda metà del secolo scorso sono da segnalare D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, 78 s. e 196 ss.; H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der 'lex Aquilia'*², Wien, 1980, 35 ss.; L. VACCA, *Delitti*, cit., 228 ss.; G. NEGRI, voce *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, III, Torino, 1988, 254 s. e 262 s.; B. BONFIGLIO, *'Corruptio servi'*, Milano, 1998, 147 ss.; P. VOICI, *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*, 64, 1999, 1 ss.; più di recente cfr., in particolare, M.F. CURSI, *'Iniuria cum damno'. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, 100 ss.; EAD., *'Crimina' e 'delicta' nel tardo antico*, in *Atti del Seminario di Studi (Teramo, 19-20 gennaio 2001)*, a cura di F. Lucrezi e G. Mancini, Milano, 2003, 39 ss.; C. VENTURINI, *'Bis idem exigere' e 'corruptio servi': un'ipotesi particolare*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del*

di visuale che fra breve andremo a precisare – le soluzioni giurisprudenziali tratte dalle fonti, lungi dall'assumere una portata generale, presentano un'articolata struttura casistica, alla quale si rannodano, da un lato, valutazioni differenziate in rapporto sia alla struttura della fattispecie sia alle peculiarità tecniche della *quaestio* oggetto della *responsio* giurisprudenziale, dall'altro, in alcune ipotesi di concorso, complesse dispute giurisprudenziali⁹.

L'impianto casistico delle soluzioni giurisprudenziali tuttavia non esclude la possibilità di individuare fundamentalmente due diverse serie di ipotesi riconducibili in linea di massima, adottando la terminologia penalistica moderna, l'una al c.d. concorso materiale (o reale) di delitti¹⁰, se più delitti, e quindi più azioni penali, derivano da fatti temporalmente e causalmente distinti, anche se connessi¹¹, l'altra al c.d. concorso

Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001), a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 403 ss.; L. VACCA, *Eccezione di dolo generale e delitti*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 325 ss., ora in *Delitti*, cit., 357 ss. (e da qui citato nel prosieguo di questo contributo); L. DESANTI, *Delitti privati e concorso di azioni*, Torino, 2010, 119 ss.; C.A. CANNATA, *Il danno*, cit., 13 ss.; G. ROSSETTI, *'Poena' e 'rei persecutio' nell'actio ex lege Aquilia*, Napoli, 2013, 187 ss.; V. MANNINO, *L'exceptio e la riduzione della condanna nel processo formulare*, in *Scritti per A. Corbino*, a cura di I. Piro, IV, Tricase (LE), 2016, 531 ss.

⁹ Sul punto senz'altro dimostrativi Herm. 2 *iuris epist.* D. 44.7.32 e Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34pr., passi giurisprudenziali sui quali torneremo specificamente nel prosieguo della ricerca.

¹⁰ Peraltro merita ricordare, senza che sia opportuno addentrarsi nei dettagli del problema, che l'istituto del concorso materiale (omogeneo o eterogeneo) di reati (artt. 71-80 c.p.) pone alla dottrina penalistica moderna delicati problemi già sul piano definitorio: infatti il concetto di concorso materiale, se inteso come attribuzione al medesimo soggetto di una pluralità di reati contraddistinti da una pluralità di condotte esecutive, sembra risultare privo di una chiara rilevanza, a meno che non lo si definisca negativamente, cioè facendovi rientrare tutte le ipotesi in cui i reati concorrenti non presentano tra loro quel particolare nesso, che consentirebbe di individuare un concorso formale. Sul punto cfr., *ex plurimis*, A. PAGLIARO, voce *Concorso*, cit., 669 s.; G. MARINI, voce *Concorso di reati e di pene*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, 2, Torino, 1980, 314 ss.; S. PROSDOMICI, voce *Concorso*, cit., 509 s.

¹¹ La terminologia usata nelle fonti in questa prima serie di ipotesi è infatti diretta a evidenziare la presenza di una pluralità di *delicta*: dimostrative in tal senso espressioni

formale (o ideale) di delitti¹², se da un unico fatto discendono più delitti e quindi più azioni *ex delicto*¹³.

Come avremo modo di verificare attraverso la rassegna testuale, alla quale sono dedicati i paragrafi seguenti, la casistica giurisprudenziale riconducibile al c.d. concorso formale presenta una maggiore complessità interpretativa. A questo proposito particolarmente dimostrativo è un famoso e assai discusso passo di Ermogeniano, trådito in D. 44.7.32¹⁴, a tenore del quale *'Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones'*, come accade nel caso, addotto come esempio, delle *'arbores furtim caesae'*, si sarebbero registrate *'magnae varietates'*, ossia grandi divergenze di opinioni giurisprudenziali in merito ai criteri da adottare per regolamentare il concorso delle relative azioni, finchè sarebbe prevalsa la soluzione, che ne ammetteva l'esercizio cumulativo.

Questo contributo dedicherà un'attenzione privilegiata ad alcuni passi giurisprudenziali relativi a questa ipotesi di concorso, considerata la loro notevole ricchezza problematica sul piano sia esegetico sia

del tipo *'plura delicta concurrentia'* (Ulp. 43 *ad Sab.* D. 47.1.2pr.), *'diversa maleficia'* (Ulp. 23 *ad ed.* D. 11.3.11.2), *'duo delicta'* (Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.23.1).

¹²Non meno complessi i diversi problemi sollevati dal moderno istituto del concorso formale di reati (anche in tal caso omogeneo oppure eterogeneo): ci limitiamo a ricordare, *ex plurimis*, la controversa precisazione concettuale dei requisiti strutturali dell'istituto previsti dall'art. 81, comma 1, c.p. – in particolare, *'la medesima azione od omissione'* e *'la pluralità delle violazioni'* della stessa o di diverse disposizioni di legge –, la *vexata quaestio* dei rapporti tra concorso apparente di norme e concorso formale eterogeneo di reati nonché le delicate problematiche collegate alla disciplina sanzionatoria. Su queste tematiche dalla letteratura sterminata cfr., ad esempio, l'esauriente trattazione istituzionale di G. DE FRANCESCO, *Diritto*, II, cit., 37 ss.

¹³In questa seconda serie di ipotesi le espressioni impiegate nei passi giurisprudenziali sono dirette a sottolineare, invece, la presenza di un *'unum factum'* provvisto di efficacia plurioffensiva e ciò si traduce in locuzioni, che esplicitano la derivazione di *plures actiones* o di *plura delicta 'ex uno facto'* (Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34pr.), *'ex eodem facto'* (Paul. 22 *ad ed.* D. 44.7.41.1), *'ex uno delicto'* (Herm. 2 *iuris epit.* D. 44.7.32), *'in una re'* (Mod. 3 *reg.* D. 44.7.53), *'de eadem re'* (Ulp. 18 *ad ed.* D. 50.17.130).

¹⁴Herm. 2 *iuris epit.* D. 44.7.32: *Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates optinuit.* Su questo passo cfr. *amplius* oltre, §§ 3 e 8.

storico, non senza avere prima ripercorso brevemente anche alcuni casi riconducibili al c.d. concorso materiale di *delicta*.

2. '*Plura delicta concurrentia*': in particolare la rassegna casistica riportata in Ulp. 43 ad Sab. D. 47.1.2

In riferimento al regime da applicare nell'ipotesi di '*plura delicta concurrentia*' merita tornare su un ampio squarcio del libro XLIII ad Sabinum di Ulpiano tradito in D. 47.1.2¹⁵, che il Lenel¹⁶ restituisce alla trattazione ulpiana della *condictio* e il cui *principium* recita così:

Ulp. 43 ad Sab. D. 47.1.2pr.: *Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob alium delictum minuit poenam.*

Se più delitti concorrono le relative pene, e le azioni dirette a perseguirli, si cumulano¹⁷: in altri termini, nel caso di *plura delicta* vi saranno tante *actiones poenales* e tante *aestimationes*, che si aggiungono l'una all'altra, senza che la commissione di più *delicta* determini l'impunità o diminuisca la pena di qualcuno dei delitti concorrenti.

Sebbene la formulazione alquanto generica del *principium* ulpiano possa indurre ad individuarvi l'enunciazione di una *regula* generale, valevole, quindi, per qualsiasi ipotesi di concorso di *delicta*, la nutrita rassegna esemplificativa, che possiamo leggere nei paragrafi successivi (§§ 1-6), porta la dottrina prevalente¹⁸ a ritenere fondatamente che la

¹⁵ Sul passo ulpiano, la cui analisi in questa sede risponde specialmente a fini di completezza espositiva, sia consentito rinviare, anche per più puntuali indicazioni bibliografiche, a G. ROSSETTI, '*Poenae*', cit., 190 ss.

¹⁶ O. LENEL, '*Paltingenesia iuris civilis*', II, Leipzig, 1889 (rist. Graz, 1960 e Roma, 2000), 1174, nt. 8.

¹⁷ Già Giuliano e Celso peraltro si erano espressi in favore del cumulo nel caso in cui '*servus servum alienum subripuerit et occiderit*' (Ulp. 18 ad ed. D. 9.2.27pr.); sul punto cfr. anche Ulp. 41 ad Sab. D. 19.5.14.1.

¹⁸ Cfr., *ex plurimis*, C. FERRINI, '*Esposizione*', cit., 136; L. WENGER, '*Istituzioni*', cit., 184; G. NEGRI, voce '*Concorso*', cit., 262; B. BONFIGLIO, '*Corruptio*', cit., 148; P. VOCI, '*Azioni*', cit., 2; C. VENTURINI, '*Bis idem*', cit., 407 s.; ID., '*Der 'dominus', der 'servus' und die 'muliercula'*'. *Anmerkungen zu D. 11,3,16*, in *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht*.

trattazione ulpiana si riferisse, specificamente, al concorso materiale di *delicta*, in quanto gli esempi addotti presentano un tratto distintivo comune, che consiste nella «presenza di una pluralità di fatti lesivi realizzati dal medesimo soggetto e tra loro connessi, in quanto momenti diversi di un processo esecutivo riferibile ad una condotta unitaria»¹⁹.

Un altro tratto distintivo peraltro accomuna le fattispecie di concorso richiamate a scopo esemplificativo nel frammento ulpiano, e cioè la circostanza che il primo fatto delittuoso consiste sempre nella sottrazione di uno schiavo o di una schiava, cui segue un ulteriore *delictum* diretto a ledere variamente il bene sottratto²⁰.

Il § 1 infatti considera il caso di uno schiavo prima sottratto e poi ucciso:

Ulp. D. eod. 1: *Qui igitur hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, Aquilia tenetur, neque altera harum actionum alteram consumit.*

La fattispecie riportata al § 2 riguarda, invece, il rapimento di uno schiavo seguito dalla sua uccisione:

Ulp. D. eod. 2: *Idem dicendum, si rapuit et occidit: nam et vi bonorum raptorum et Aquilia tenebitur.*

Dato che in entrambi gli esempi addotti in questi paragrafi viene in considerazione la commissione, in momenti temporalmente successivi, di *delicta* distinti, anche se connessi, la soluzione, che disciplina il regime del concorso, risulta essere la medesima: l'esperibilità cumulativa di entrambe le azioni penali (*actio furti* e *actio ex lege Aquilia ex capite primo*,

Symposium für H.J. Wieling zum 70. Geburtstag, hrsg. von Th. Finkenauer, Berlin-Heidelberg, 2006, 248 s.; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 126. Per una interpretazione minoritaria del *principium* ulpiano diretta alla sua generalizzazione cfr., ad esempio, G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 179.

¹⁹ C. VENTURINI, *'Bis idem'*, cit., 407.

²⁰ A questo proposito L. DESANTI, *Delitti*, cit., 126, opportunamente sottolinea come di frequente accadesse che gli atti lesivi perpetrati nei confronti di un bene altrui fossero preceduti – e resi possibili – dalla sottrazione del bene stesso.

nell'esempio, di cui al § 1; *actio vi bonorum raptorum* e *actio ex lege Aquilia ex capite primo* nell'esempio, di cui al § 2), senza che l'esercizio dell'una consumi l'altra.

La *quaestio* posta al § 3²¹ riguarda il regime applicabile nel caso in cui, essendo stato il servo prima sottratto e poi ucciso, concorrano la *condictio ex causa furtiva* e l'*actio ex lege Aquilia* e il derubato abbia già reclamato il valore del servo esercitando la prima azione;

Ulp. D. eod. 3: *Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva, an nihilo minus lege Aquilia agi possit. et scripsit Pomponius agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anni plurimi fuerit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus. [...]*

Ulpiano si domanda, in particolare, se il preventivo esercizio della *condictio ex causa furtiva* non precluda al derubato la possibilità di agire anche *ex lege Aquilia* e la soluzione, che il giurista fa risalire a Pomponio, è anche questa volta favorevole al cumulo e viene motivata evidenziando che le azioni concorrenti comportano una diversa *aestimatio*: l'azione aquiliana infatti comprende una stima più ampia, in quanto rapportata al '*quanti eo anno plurimi fuerit*', mentre la *condictio ex causa furtiva* non considera il valore precedente rispetto al tempo dell'accettazione del giudizio.

Mi sembra importante chiarire, innanzitutto, che la soluzione di Pomponio, riportata da Ulpiano e favorevole, come si è appena visto,

²¹Su questo passo molto dibattuto dalla critica cfr., in particolare, F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, V, cit., 239, nt. d) e 262, nt. n); E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 27 ss.; C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 174 s.; P. VOGLI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, 123 ss.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 211 s.; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur 'lex Aquilia de damno iniuria dato'*, Berlin, 1971, 68 s.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 137 s.; H. HAUSMANINGER, *Das Schadensarzrecht*, cit., 38; L. VACCA, *Delitti*, cit., 220, nt. 4; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 127 s. A questa letteratura sia consentito aggiungere G. ROSSETTI, '*Poena*', cit., 192 ss., ove del § 3 si propone una lettura, i cui risultati, sembrando ancora condivisibili, si ripropongono nella presente ricerca.

ad ammettere il cumulo fra la *condictio ex causa furtiva* e l'azione aquiliana, due azioni dirette entrambe alla reintegrazione patrimoniale della vittima, non si pone in contrasto con gli innumerevoli passi giurisprudenziali²², che attestano la 'regola', della cui classicità non sembra potersi dubitare, di segno opposto del concorso alternativo, diretta cioè a escludere in via di consunzione pretoria o giudiziale il cumulo fra l'azione aquiliana e le azioni reipersecutorie (sia *in rem* sia *ex contractu*) concorrenti. La soluzione di Pomponio-Ulpiano è diversa perché diversi sono gli elementi qualificanti il caso in esame al § 3: si tratta del furto e della successiva uccisione di un servo altrui; dunque siamo in presenza di due *delicta* distinti, anche se connessi, derivanti da fatti distinti²³, e quindi, come si cumulerebbero, ai sensi della 'regola' enunciata nel *principium*, le relative *actiones poenales*, così si cumulano, trattandosi pur sempre di un caso di concorso materiale di delitti, l'azione reipersecutoria (la *condictio ex causa furtiva* diretta a conseguire il valore del servo sottratto) e l'azione penale privata (l'*actio ex lege Aquilia* data per sanzionarne l'uccisione) concorrente. I passi giurisprudenziali sopra richiamati sul concorso tra l'azione aquiliana e le azioni reipersecutorie sono invece incentrati su una *ratio decidendi* di segno opposto perché riguardano azioni concorrenti, che sono entrambe dirette alla reintegrazione patrimoniale della vittima – dato che anche l'azione aquiliana ha un contenuto reipersecutorio²⁴ – ma nascenti *ex*

²² Per la citazione di questi testi e l'approfondimento dei diversi problemi interpretativi sollevati dalla loro esegesi sia consentito rinviare a G. ROSSETTI, *Azioni penali private e azioni reipersecutorie: fonti giurisprudenziali classiche e costruzioni teoriche moderne*, in 'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 609 ss.; EAD., 'Poena', cit., 81 ss. e 105 ss.; EAD., *La responsabilità extracontrattuale nell'esperienza giuridica romana. L'actio ex lege Aquilia tra 'natura penale' e 'funzione reipersecutoria'*, in *Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Journées d'études Jean Beauchard - P.M. Vecchi*, dirigé par M. Boudot, M. Faure-Abbad et D. Veillon, Poitiers, 2019, 20 ss.

²³ In questo senso è la dottrina prevalente: cfr., in particolare, P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 123 ss.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 212; L. VACCA, *Delitti*, cit., 220, nt. 4, che ricollega la soluzione di Pomponio ad un'ipotesi di scuola; P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 64, 1998, 11, nt. 55; da ultimo, L. DESANTI, *Delitti*, cit., 127 s.

²⁴ A questo proposito rilevano, principalmente, due passi di Paolo – Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34.2 e Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.50 – che riportano due casi di

eodem facto, quindi si tratta di casi di *concursum actionum*, che non sono simili a quello considerato in Ulp.-Pomp. D. 47.1.2.3.

Peraltro la motivazione *quia-tempus*, che letteralmente esplicita che la possibilità per il derubato di esercitare anche l'azione aquiliana trova la sua *ratio* e anche il suo limite nella circostanza che la relativa *condemnatio* è più ampia rispetto a quella della *condictio ex causa furtiva* in quanto *'complectitur quanti eo anni plurimi fuerit'*, porta a ritenere che nel caso considerato al § 3 l'esercizio cumulativo dell'*actio ex lege Aquilia* sia da intendere limitato al *quod amplius*, cioè al di più che il derubato può conseguire *ex lege Aquilia* rispetto al semplice valore dello schiavo sottratto già reclamato tramite l'esercizio della *condictio ex causa furtiva*. Pomponio quindi, nell'ammettere il cumulo dell'azione aquiliana con la *condictio ex causa furtiva*, lo attenua²⁵, limitando l'esercizio dell'azione aquiliana all'eccedenza e questa soluzione, della cui classicità sostanziale, spesso messa in discussione dalla critica meno recente²⁶, non mi sembra

concorrenza dell'*actio ex lege Aquilia* rispettivamente con l'*actio commodati* (si fa il caso del comodatario, che ha strappato gli abiti ricevuti in comodato) e con l'*actio pro socio* (si tratta del socio, che ha danneggiato il bene comune) e in entrambi i casi il giurista giustifica l'esclusione del cumulo fra le azioni concorrenti (che, merita ricordare, a rigore non sono *de eadem re*) facendo esplicito riferimento alla loro comune funzione reipersecutoria: Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34.2: [...] *et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent*; Paul. *6 ad Sab.* D. 17.2.50: *Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat.* A proposito della chiusa del secondo passo, che contiene il significativo confronto con l'azione di furto, cfr. le recenti osservazioni di C.A. CANNATA, *Corso*, II.2, cit., 19 s., che sottolinea che essa riguarda soltanto l'azione aquiliana, dato che Paolo, affermando che questa azione è diretta alla *rei persecutio*, non intende affermare che essa sia un'azione reipersecutoria, ma che essa, pur avendo natura penale, contiene anche la *rei persecutio*.

²⁵ Peraltro E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 28, ipotizza che nella versione originale del passo ulpiano il cumulo sarebbe stato temperato tramite la concessione, in sede di consumazione giudiziale, della *exceptio doli*.

²⁶ Della dottrina passata che, sostenendo generalmente l'origine giustiniana del principio dell'*amplius agere*, ritiene interpolata la motivazione *quia-tempus*, cfr., in particolare, P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 124 s., che individua nella parte sospetta anche un errore, «in quanto il riferimento al tempo della stima, in tema di furto, non è esatto; ed è per questo che il Mommsen cerca di emendarlo, espungendo le parole *'iudicii*

che si possa dubitare²⁷, assume nel contesto del frammento ulpiano una evidente finalità correttiva, intervenendo a temperare equitativamente la ‘regola’ del cumulo completo enunciata nel *principium*. Considerata, infatti, la sostanziale funzione reipersecutoria delle azioni concorrenti, Pomponio ritiene che il derubato tramite l’esercizio cumulativo dell’azione aquiliana non possa ottenere che l’eccedenza, e quindi non più di quanto avrebbe conseguito se fin dall’inizio avesse esercitato soltanto quest’azione, che è quella che comprende l’*aestimatio* più ampia.

La rassegna esemplificativa prosegue al § 4:

Ulp. D. eod. 4: *Item si quis subreptum flagello ceciderit, duabus actionibus tenetur furti et iniuriarum: et si forte hunc eundem occiderit, tribus actionibus tenebitur.*

accipiendi tempus» (P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 125, nt. 1); ID., *Azioni penali*, cit., 11, nt. 55; ID., *Azioni*, cit., 12, nt. 39; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 68, che, eliminata la parte *quia-tempus*, e ritenendo che nella versione originaria del § 3 la motivazione del cumulo tra l’*actio ex lege Aquilia* e la *condictio furtiva* risiederebbe nella diversa natura, rispettivamente penale e reipersecutoria, delle azioni concorrenti, ricostruisce il passo così: *Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva, an nihilo minus lege Aquilia agi possit. et scripsit Pomponius agi posse, quia <actio legis Aquiliae poenalis est, condictio autem ex causa furtiva rem ipsam petat>.*

²⁷ Nell’esaminare in alcune precedenti ricerche diversi passi giurisprudenziali sul concorso dell’azione aquiliana sia con le azioni *ex contractu* sia con le azioni *ex delicto* ho avuto occasione di approfondire il principio della esperibilità dell’*actio ex lege Aquilia* nei limiti dell’eccedenza, condividendone la sostanziale origine classica (sul punto rinvio, anche per i relativi riferimenti testuali e bibliografici, a G. ROSSETTI, ‘*Poenā*’, cit., 165 ss., 220 ss., 231 ss.; EAD., ‘*Paul. lib. sing. de concurr. action. D. 44.7.34.2. Il caso del comodatario, che ha strappato gli abiti comodati, e il ‘contenuto reipersecutorio’ dell’actio ex lege Aquilia*’, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino, Torino, 2018, 249 ss.) e questa prospettiva interpretativa mi sembra che sia meritevole di essere accolta anche in riferimento alla motivazione *quia-tempus* riportata al § 3, di cui confermerei quindi la sostanziale genuinità, senza dimenticare che il principio dell’*amplius agere* trova largo impiego specie ad opera del giurista Paolo, come avremo modo di constatare nel prosieguo della ricerca, anche in diversi casi di concorso formale di *delicta*: a questo proposito cfr., ad esempio, Paul. *lib. sing. de concurr. act. D. 44.7.34pr.*; Paul. 9 *ad Sab. D. 47.7.1*; Paul. 22 *ad ed. D. 47.7.11*; Ulp. 50 *ad Sab. D. 9.2.46*; Iul. 86 *dig. D. 9.2.47*; Paul. 22 *ad ed. D. 44.7.41.1*; Paul. *lib. sing. de concurr. act. D. 47.2.89(88)*; Paul. 22 *ad ed. D. 47.8.1*, per la cui esegesi si rinvia ai paragrafi seguenti.

In questo frammento la 'regola' del cumulo risulta applicata tanto al caso del servo altrui prima sottratto e poi colpito con un flagello²⁸, quanto al caso, che integra sempre un'ipotesi di concorso materiale di delitti, del servo altrui ucciso dopo essere stato sottratto e flagellato: come nella prima ipotesi il responsabile sarà soggetto all'azione di furto e a quella d'ingiurie, così in quest'ultimo caso si cumuleranno tre azioni, l'*actio furti*, l'*actio iniuriarum* e l'*actio ex lege Aquilia (ex capite primo)*.

La soluzione del cumulo risulta parimenti applicata al concorso tra l'*actio servi corrupti* e l'*actio furti*, che viene in considerazione in riferimento al caso riportato al successivo § 5, occasione di ampio dibattito tra gli interpreti²⁹, della schiava altrui prima sottratta e poi indotta ad un rapporto sessuale:

Ulp. D. eod. 5: *Item si quis ancillam alienam subripuit et flagitaverit, utraque actione tenebitur, nam et servi corrupti agi poterit et furti.*

²⁸ La *verberatio* di un servo altrui, se compiuta *adversus bonos mores*, era sanzionata, insieme ad altre fattispecie delittuose tipiche, con l'*actio iniuriarum* ai sensi dello speciale *edictum 'de iniuriis quae servis fiunt'* ricostruito da O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*³, Leipzig, 1927, 401 ss., sulla base di Ulp. (77) <57 > *ad ed.* D. 47.10.15.34.

²⁹ Sull'interpretazione del significato e del valore temporale del *flagitaverit* la dottrina risulta divisa. La tesi prevalente (condivisa, in particolare, da M. MOLÉ, *Una 'vexata quaestio' in tema di furto*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 98 ss.; B. BONFIGLIO, *'Corruptio'*, cit., 35 s., in senso adesivo alla quale C. VENTURINI, *Recensione a B. BONFIGLIO, 'Corruptio'*, cit., in *SDHI*, 66, 2000, 474; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 129 s.) ritiene che il *flagitare* sia utilizzato al § 5 per indicare un illecito contro il buon costume: essendo la sottrazione dell'*ancilla non meretrix* seguita dall'induzione allo *stuprum*, a seguito dell'atto sessuale questa subirà un deterioramento morale, che legittimerà, appunto, l'applicazione dell'*actio servi corrupti* e quest'azione si cumulerà con l'azione di furto data a sanzione della sottrazione dell'*ancilla non meretrix* (al contrario, non rispondeva di furto chi sottraeva una schiava meretrice: sul punto cfr. Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.39). Una dottrina minoritaria (come B. ALBANESE, *'Actio servi corrupti'*, in *AUPA*, 27, 1959, 29 s.) invece individua nella fattispecie di cui al § 5 un ratto consensuale, attribuendo quindi al *flagitaverit*, interpretato come un futuro anteriore, il significato di chiedere con insistenza.

Non presenta invece particolari problemi interpretativi il paragrafo successivo, che, nel chiudere la rassegna casistica ulpiana, riporta l'esempio del ferimento di un servo altrui precedentemente sottratto:

Ulp. D. eod. 6: *Item si quis servum vulneravit, quem subripuerat, aequae duae actiones locum habebunt Aquiliae et furti.*

Trattandosi di fatti delittuosi temporalmente distinti, anche se connessi, anche questo caso di *concursum actionum* è disciplinato secondo la regola del cumulo: saranno quindi esperibili sia l'*actio furti*, a sanzione della sottrazione, sia l'*actio ex lege Aquilia (ex capite tertio)*, a causa del ferimento.

3. *'Plures actiones ex uno delicto': il caso emblematico del taglio furtivo di alberi e il relativo sistema sanzionatorio*

Le fonti giurisprudenziali classiche riportano una variegata casistica in riferimento all'ipotesi, modernamente riconducibile al c.d. concorso formale di reati, in cui *'ex uno delicto plures nascuntur actiones'*.

La individuazione del regime applicabile a questi casi di concorso tra *actiones poenales* dirette a perseguire *delicta* distinti e derivanti *ex eodem facto* ha prospettato alla dottrina romanistica non poche difficoltà, che sembrano da ricollegare principalmente al dettato delle fonti, dato che esse attestano al riguardo, come avremo modo di constatare nel procedere della ricerca, soluzioni giurisprudenziali differenziate in relazione sia alla struttura del caso oggetto della *quaestio* giurisprudenziale sia allo specifico orientamento interpretativo seguito dal giurista investito del parere.

In riferimento a quest'ultimo profilo assume un particolare rilievo il noto Herm. 2 *iuris epit.* D. 44.7.32³⁰, ove il giurista tardo classico, come

³⁰ Sul passo, per il cui testo cfr. *supra*, nt. 14, cfr., in particolare, F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, V, cit., 282 ss.; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 203 ss.; C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 171 ss.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 237 ss.; E. BETTI, *Lezioni*, cit., 257; V. POLACEK, *Zur Frage der Denegationsentscheidungen der römischen Jurisdiktionsmagistrate*, in

si è anticipato, rileva che *'cum ex uno delicto plures nascuntur actiones'*³¹, *sicut evenit cum arbores furtim caesae dicuntur* si sarebbero registrate *'magnae varietates'*³², ossia ampie controversie interpretative³³, finchè sarebbe prevalsa la soluzione favorevole al loro esercizio cumulativo.

Dato che il frammento appena citato – la cui versione attuale, secondo la migliore dottrina³⁴, sembra che abbia risentito dell'intervento decontestualizzante dei Compilatori diretto a generalizzarne il contenuto originario, che probabilmente si riferiva specificamente al concorso tra l'*actio ex lege Aquilia* e le azioni relative al taglio di alberi³⁵ – ricorda come

Studi in onore di E. Betti, III, Milano, 1962, 677 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 224 ss.; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 262; B. BONFIGLIO, *'Corruptio'*, cit., 153; P. VOCI, *Azioni*, cit., 13 s.; C. VENTURINI, *'Bis idem'*, cit., 406 e nt. 9; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 146 e 208 s.

³¹ A proposito della frase introduttiva *'Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones'* U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 238, ritiene che sia da interpretare come allusiva non solo a uno stesso fatto, ma anche a uno stesso delitto (il danneggiamento), da cui discendono appunto più azioni, nel caso delle *'arbores furtim caesae'*, che a detta dell'autore rappresenterebbe «la specie da cui Ermogeniano partiva», l'azione aquiliana e le azioni, quella civile e quella pretoria, relative al taglio di alberi altrui.

³² Ricordiamo che dall'espressione *'post magnas varietates obtinuit'*, che nell'opera di Ermogeniano ricorre soltanto un'altra volta – ovvero nel libro quinto *iuris epitomarum* in tema di *usucapio pro legato*: cfr. Herm. 5 *iuris epit.* D. 41.8.9 – e sempre allo scopo di sottolineare il raggiungimento di un punto di sintesi dopo precedenti controversie interpretative, e la cui classicità peraltro non è andata immune da sospetti (cfr. U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 237), mutua il titolo di un suo contributo Carlo Arnò, che nella premessa si sofferma sul 'valore metodologico', che tale espressione riveste nel pensiero del giurista tardo classico e più in generale nella ricostruzione e valorizzazione del carattere controversiale del pensiero giurisprudenziale classico (C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 171-173).

³³ A questo proposito F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, V, cit., 272, sottolinea infatti che questa ipotesi di concorso sollevò fra i *prudentes* «maggior controversia, che qualunque altra questione relativa alla concorrenza delle azioni».

³⁴ Cfr., in particolare, C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 171 ss.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 236 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 224 ss.; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 255.

³⁵ Questa proposta ricostruttiva si fonda principalmente sulla circostanza che O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., 268, n. 30, ha restituito questo frammento alla trattazione dedicata da Ermogeniano, appunto nel libro secondo *iuris epitomarum*, alla *lex Aquilia*.

esempio emblematico³⁶ di più azioni penali private derivanti *ex uno facto* il caso delle *'arbores furtim caesae'*, sembra opportuno che la nostra rassegna testuale prenda le mosse proprio dall'analisi di questa fattispecie di concorso, anche perché le *dissensiones prudentium* sul concorso tra azioni relative al taglio di alberi e *actio ex lege Aquilia* tradite dalle fonti rappresentano, come avremo modo di verificare a seguito dell'indagine testuale, un punto di osservazione privilegiato per approfondire l'impianto casistico e la dimensione controversiale, che caratterizzano, più in generale, la riflessione dei *prudentes* sul concorso formale di *delicta*.

Dei diversi rimedi processuali, che le fonti giuridiche romane documentano per la repressione del delitto di taglio di alberi, rilevano, innanzitutto, due azioni specifiche, l'*actio de arboribus succisis* e l'*actio arborum furtim caesarum*: la prima, stando alla lettera di una testimonianza pliniana³⁷, sarebbe stata introdotta dalle XII Tavole e avrebbe

³⁶ «Esempio trito» lo qualifica perentoriamente P. VOCI, *Azioni*, cit., 13.

³⁷ Tab. 8.11 = Plin. *nat. hist.* 17.1.7: *cantum est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas (arbores), lueret in singulas aeris XXV*; S. RICCOBONO, FIRA I², 57; cfr. anche il notissimo Gai 4.11, ove l'*actio de arboribus succisis* è richiamata in via esemplificativa a conferma dell'eccessivo formalismo delle antiche *legis actiones*, e sul quale cfr., *ex plurimis*, G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, 14 ss. e 61 ss.; O. DILIBERTO, *La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., 'sat.' 1.3.115-117*, in *AUPA*, 55, 2012, 397 s., che cita il passo gaiano a conferma dell'origine sicuramente decemvirale dell'*actio* utilizzabile per sanzionare il taglio abusivo di alberi altrui, dimostrando con ampi riferimenti testuali (in particolare Gai. 1 *ad leg. XII tab.* D. 47.7.2; Gai. D. *eod.* 4; Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.7.3pr.-8) la notevole risalenza della discussione giurisprudenziale su quali piante potessero essere ricondotte alla nozione di *arbor*, discussione che secondo l'autore potrebbe essere sorta proprio «per via della necessità di interpretare i *verba* decemvirali (che si riferivano, genericamente, agli *arbores*)» (ID., *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, 37); sull'*interpretatio prudentium* progressivamente estensiva della nozione di *arbor* cfr. anche i recenti contributi di J.L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos sobre el derecho ambiental*, Madrid, 2003, 71 ss.; M. FIORENTINI, *Precedenti di diritto ambientale a Roma?*, II. *La tutela boschiva*, in *Index*, 35, 2007, 329 ss., che si occupa della questione nel contesto di un'ampia disamina critica della monografia spagnola da ult. cit.; L. DESANTI, *'Caedere est non solum succiderè: taglio di alberi, XII Tavole e D. 47,7,5 pr. (Paul. 9 'ad Sab.')*, in *Per il 70. compleanno di P. Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, a cura di L. Desanti, P. Ferretti ed A.D. Manfredini, Milano, 2009, 158 ss.

condannato ad una pena fissa di 25 assi per ogni albero tagliato chi avesse tagliato *iniuria* degli alberi altrui, mentre la seconda, di origine pretoria, avrebbe sanzionato con una *poena in duplum* qualsiasi condotta lesiva dell'integrità dell'albero realizzata *furtim*.

Sembra opportuno ripercorrere, sia pure limitatamente al nostro profilo d'interesse, l'ampio dibattito, che continua a dividere la dottrina relativamente alla definizione del rapporto tra queste due azioni.

Secondo una tesi largamente condivisa³⁸ già nelle XII Tavole (tab. 8.11 = Plin. *nat. hist.* 17.1.7) sarebbe esistita un'autonoma *actio de arboribus*

³⁸Cfr., tra gli altri, M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil und Kriminalrechts wie – Prozesses der XII Tafeln nebst deren fragmenten*, II, Leipzig, 1883 (rist. Aalen, 1966), 536 s.; O. LENEL, *Das 'Edictum'*³, cit., 337 ss.; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 203 ss.; A. FLINIAUX, *L'action 'de arboribus succisis'*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Milano, 1930, 525 ss.; B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano, 1938, 177 e 185 ss.; O. CARRELLI, *I delitti di taglio di alberi e di danneggiamento alle piantagioni nel diritto romano*, in *SDHI*, 5, 1939, 329 ss.; G. PUGLIESE, *Studi sull' "iniuria"*, I, Milano, 1941, 37 ss.; U. BRASIELLO, voce '*Actio de arboribus succisis*', in *Noviss. dig. it.*, 1, Torino, 1957, 258 s.; ID., *Corso*, cit., 234 s.; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 255; C.A. CANNATA, *Sul testo della 'lex Aquilia' e la sua portata originaria*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del I Congresso internazionale ARISTEC (Madrid, 7-10 ottobre 1993)*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995, 30, nt. 14, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, II, Torino, 2012, 158, nt. 14 (e da qui citato nel prosieguo di questo saggio); J.L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes*, cit., 69 ss., sia pure in un'ottica di lettura delle fonti giurisprudenziali 'sovrastrutturata', in quanto diretta a dimostrare la presenza nei *prudentes* di un interesse ambientalistico, che li porterebbe a individuare nei mezzi processuali relativi al taglio degli alberi una 'funzione pubblicistica' di tutela del patrimonio boschivo; M. FIORENTINI, *Precedenti*, cit., 328 ss. e 332 s.; M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 631 ss., con ulteriore letteratura, che ribadisce il valore tecnico, negato dai sostenitori dell'unicità dell'azione pretoria ritenuta esistente già in età decemvirale, delle fonti (in particolare Gai 4.11; Paul. 18 *ad ed.* D. 12.2.28.6; Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.7.3.3), che si riferiscono espressamente all'*actio de arboribus succisis*; G. VALDITARA, *Riflessioni di diritto romano e diritto civile sul danno ingiusto*, in *A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici*, a cura di F. Zuccotti e M.A. Fenocchio, Torino, 2018, 329 ss.

*succisis*³⁹, che avrebbe sanzionato con la pena fissa di 25 assi⁴⁰ la *succisio*⁴¹ compiuta *iniuria*⁴², cioè *non iure*, e alla quale si sarebbe affiancata in età

³⁹ Essendo oramai del tutto superata la tesi, che fa capo, in particolare, a P. HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1903 (ed. anast. Roma, 1971), 98 ss.; ID., *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain*, I. *Les sources*, p. I, Paris-Lyon, 1915 (ed. anast. Roma, 1968), 67, che riteneva che il delitto di taglio di alberi sanzionato da quest'azione fosse da configurare come una ipotesi di *iniuria* semplice perpetrata contro le cose *in patrimonio*, si ritiene generalmente che l'attività delittuosa sanzionata dall'azione decemvirale rappresenti uno dei casi particolari di *damnum iniuria datum*, disciplinati nella legge delle XII Tavole almeno fino alla emanazione della *lex Aquilia de damno*, che gradualmente li sussunse nel suo ambito applicativo. Sul punto, con ampia confutazione critica della tesi dell'Huvelin, cfr., per tutti, O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 332 s.; G. PUGLIESE, *Studi*, I, cit., 37 ss.

⁴⁰ Secondo O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 339 ss., quest'azione, considerata anche l'esiguità della pena pecuniaria comminata, risulterebbe del tutto inadeguata a tutelare la proprietà agraria a meno che non si ammetta l'esistenza, all'interno della stessa tavola VIII, di un'altra disposizione, che irrogava la pena capitale per il delitto più grave della «distruzione proditoria e sistematica delle piantagioni», e a conferma della sua proposta ricostruttiva l'autore richiama Gai. D. 47.7.2; specificamente sul frammento gaiano cfr. S. MORGESE, *Taglio di alberi e 'latrocinium'*, in *SDHI*, 49, 1983, 147 ss.

⁴¹ Sebbene la terminologia usata nelle fonti per descrivere il comportamento sanzionato dall'azione decemvirale non sia uniforme – ad esempio, *succidere* si trova in Gai. 4.11; Paul. 18 *ad ed. D.* 12.2.28.6; Ulp. 42 *ad Sab. D.* 47.7.3.3; *caedere* è presente, invece, in Paul. 9 *ad Sab. D.* 47.7.1; Paul. 22 *ad ed. D.* 47.7.11 – la maggiore ampiezza semantica del verbo *caedere* rispetto al *succidere*, espressamente attestata in Paul. 9 *ad Sab. D.* 47.7.5pr.: *Caedere non est solum succidere, sed etiam ferire caedendi causa*, porta i sostenitori della prima tesi a ritenere che l'azione civile si sarebbe limitata a sanzionare le condotte delittuose, che implicavano il taglio dell'albero alla base (infatti la dottrina prevalente legge in tab. 8.11 *succidere* al posto di *caedere*: cfr. S. RICCIBONO, *FIRA I*², cit., 57: «Succidendi voce lex ipsa usa est»), mentre quella pretoria avrebbe perseguito un più ampio numero di condotte variamente lesive dell'integrità dell'albero (*caedere, cingere e deglabrare, subsecare*: cfr. Paul. 9 *ad Sab. D.* 47.7.5pr. e Ulp. 38 *ad ed. D.* 47.7.7.4). Un percorso evolutivo opposto, cioè dal *caedere* dell'azione decemvirale al *succidere* di quella pretoria, ipotizza L. DESANTI, '*Caedere*', cit., 162 ss., ritenendo che l'originaria nozione di *caedere* «si sarebbe successivamente articolata nelle fattispecie del *succidere* e del *ferire caedendi causa*: per designare infine – in un'accezione ancor più lata – la generale ipotesi delle *arbores caesae*, oggetto dell'*actio arborum furtim caesarum*» (EAD., '*Caedere*', cit., 165).

⁴² La presenza del termine *iniuria* nella norma decemvirale, desumibile da Plin. *nat. hist.* 17.7.1, è controversa: nel senso della scarsa affidabilità della citazione pliniana cfr., in particolare, A. FLINIAUX, *L'action*, cit., 528 ss. e 537 s., che ritiene che il termine *iniuria*

successiva un'azione di creazione pretoria, appunto l'*actio arborum furtim caesarum*, sostanzialmente differente per la fattispecie sanzionata (qualsiasi forma di danneggiamento dell'integrità dell'albero), per il presupposto soggettivo della condotta (occorre che il *caedere* sia posto in essere *furtim*, e '*Furtim arborem caedit, qui clam caedit*'⁴³) e per la misura della condanna (la *condemnatio in duplum* commisurata probabilmente⁴⁴ al *quanti*

sia estraneo al precetto decemvirale e sia stato usato da Plinio solo perché egli, nella redazione del passo in questione, si sarebbe servito dell'opera di un enciclopedista (Celso o Varrone), sicché la redazione pliniana non sarebbe altro che una parafrasi necessariamente inesatta del testo decemvirale; S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino, 1969, 63 ss.; M.F. CURSI, '*Iniuria*', cit., 274, nt. 6; EAD., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, 5 e nt. 5; EAD., *Gli illeciti*, cit., 633, la quale, senza escludere che la presenza dell'espressione *iniuria* soltanto nel passo di Plinio possa alimentare delle perplessità, arriva a ipotizzare che nel caso di tab. 8.11 il legislatore può aver usato il termine *iniuria* «per sottolineare, come nel caso di tab. 8.4, un taglio realizzato ingiustamente con l'intenzione di arrecare un danno al proprietario dell'albero, configurando una condotta lesiva volontaria» (EAD., *Gli illeciti*, cit., 633); cfr. anche L. DESANTI, '*Caedere*', cit., 147 e nt. 2, 151 e nt. 21; EAD., *Delitti*, cit., 147, nt. 7, che sembra propendere con cautela per quest'ultimo orientamento interpretativo. Peraltro, nel senso dell'attendibilità del passo di Plinio si esprime la maggioranza della dottrina tradizionale, che ritiene generalmente che nella norma decemvirale l'espressione *iniuria* sia diretta a significare che il *succidere* delle *arbores alienae* costituisca un'attività non giustificata, quindi oggettivamente antiggiuridica: cfr., *ex plurimis* e salve le peculiarità delle singole impostazioni, O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 332 s. e 336 ss., ove ampia confutazione della tesi del Fliniaux; B. BIONDI, *La categoria*, cit., 175 s., che considera avvenuto *iniuria (non iure)* il taglio degli alberi compiuto in violazione dei limiti stabiliti *ex lege* circa l'immissione dei rami altrui; G. PUGLIESE, *Studi*, I, cit., 37 s.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 235; da ultimo G. VALDITARA, *Riflessioni*, cit., 330, che, a conferma dell'attendibilità della notizia pliniana, osserva che la sostituzione di *iniuria* con *furtim*, operata dalla nuova azione pretoria, «lascia intendere che il termine decemvirale non era idoneo a esprimere l'elemento intenzionale di clandestinità che invece appare specificamente richiesto dalla disciplina pretoria».

⁴³ Paul. 39 *ad ed.* D. 47.7.8.1; cfr. anche Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.7.7pr.: *Furtim caesae arbores videntur, quae ignorante domino celandique eius causa caeduntur*.

⁴⁴ Così, tra gli altri, O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 367 e nt. 94, che segue sul punto l'interpretazione di O. LENEL, *Das 'Edictum'*³, cit., 338; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 255.

ea res erit)⁴⁵. In virtù di questi tratti distintivi le due azioni sarebbero quindi coesistite durante l'età classica, finché la graduale perdita di rilevanza pratica dell'azione di origine decemvirale, dovuta alla progressiva svalutazione dell'asse decemvirale, nonché alla concorrenza dell'azione di creazione pretoria⁴⁶, ne avrebbe comportato – però probabilmente solo in epoca tarda – l'assorbimento nella sfera di applicazione dell'azione pretoria⁴⁷.

Altri autori⁴⁸ ritengono, invece, che le due azioni non sarebbero coesistite in parallelo durante l'epoca classica, ma avrebbero

⁴⁵A questo proposito M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 633, afferma infatti che il pretore, introducendo l'*actio arborum furtim caesarum*, ha operato «un riassetto pretorio dell'azione civile, superando la pena fissa, estendendo l'area della condotta lesiva e conseguentemente l'ambito di applicazione dell'azione decemvirale»; in tal senso già A. FLINIAUX, *L'action*, cit., 543.

⁴⁶ Dei sostenitori di questa tesi cfr., *ex plurimis*, E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 204, e ultimamente, in particolare, M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 634 e nt. 462, la quale parla di un naturale abbandono dell'azione civile «per ragioni di contenuto – la condotta sostanzialmente assorbita nella nuova azione pretoria – e di inadeguatezza della pena»; tuttavia, come sarà spiegato fra breve, tra le cause dell'atrofizzazione dell'azione decemvirale dovette rivestire un ruolo altrettanto significativo la concorrenza, oltre che dell'azione pretoria, dell'*actio ex lege Aquilia*, il cui presupposto soggettivo era lo stesso dell'azione decemvirale, l'*iniuria* nel senso di '*quod non iure fit*', ma che presentava rispetto all'azione decemvirale notevoli vantaggi per il proprietario. Sul punto cfr. O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 374 ss. e 387 ss., che esclude la possibilità del concorso tra l'azione civile e quella pretoria in considerazione del loro diverso fondamento, ammettendola, invece, tra l'*actio de arboribus succisis* e l'*actio ex lege Aquilia*, avendo le due azioni un fondamento comune, «essendo entrambe rivolte a reprimere il *damnum iniuria datum*, l'una limitatamente al solo caso della *succisio arborum*, l'altra per ogni ipotesi di *ustum*, di *ruptum* o di *fractum*» (ID., *I delitti*, cit., 380); vi è altresì da ricordare che questo autore, se esclude il concorso tra l'azione civile e quella pretoria per i motivi appena evidenziati, ritiene, tuttavia, che l'*actio arborum furtim caesarum* 'abbia scalzato' la disposizione decemvirale, che comminava la pena capitale per i danneggiamenti alle piantagioni operati proditoriamente (ID., *I delitti*, cit., 397).

⁴⁷ Ciò, sempre secondo i sostenitori di questa tesi, avrebbe indotto i Compilatori a eliminare dai testi raccolti nel Digesto la menzione dell'*actio de arboribus succisis*, la quale resta, essendo probabilmente sfuggita al loro intervento, soltanto in due testi: Paul. 18 *ad ed. D.* 12.2.28.6 e Ulp. 42 *ad Sab. D.* 47.7.3.3.

⁴⁸ In particolare, A. BERGER, *Le XII tavole e la codificazione giustiniana*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano - Roma I*, Pavia, 1933, 62; ID., *Vi sono nei Digesti citazioni*

rappresentato soltanto «un'azione in due fasi del suo sviluppo»⁴⁹. In altri termini, secondo questa ipotesi ricostruttiva sarebbe esistita, non già un'autonoma azione civile *de arboribus succisis*, bensì un'unica azione pretoria *arborum furtim caesarum* di origine decemvirale, la quale in seguito sarebbe stata accolta nell'editto perpetuo, con lo stesso nome, ma concepita *in factum* e con condanna diversa, cioè *in duplum*, causa la svalutazione dell'asse decemvirale; questa azione sarebbe quindi appartenuta al novero delle azioni conservate dal pretore e modellate sulla precedente normativa decemvirale⁵⁰. Questa interpretazione – che, merita sottolinearlo, allo scopo di dimostrare l'esistenza di un'unica azione per il taglio di alberi, ipotizzerebbe che l'*actio arborum furtim caesarum* sarebbe esistita già in età decemvirale, negando così valore tecnico alla denominazione *actio de arboribus succisis* utilizzata in alcuni

interpolate delle XII tavole? (intorno alle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano riguardo alle Dodici Tavole), in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, 614 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, in *AUPA*, 23, 1953, 15 ss.; M. KASER, *Das Römische Privatrecht*², I, München, 1971, 160 e nt. 52; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 199 s.; L. DESANTI, 'Caedere', cit., 149 ss.; EAD., *Delitti*, cit., 84 e 146.

⁴⁹ A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 618.

⁵⁰ Cfr., per tutti, A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 617 ss., che a proposito dell'*actio arborum furtim caesarum* parla di «una azione civile 'conservata'», che, in quanto tale, «poteva benissimo essere chiamata 'ex lege duodecim tabularum' dato che risaliva alle Dodici Tavole e che non era stata creata dal pretore. Questa denominazione era però soltanto possibile in quanto una azione era la continuazione dell'altra» (ID., *Vi sono nei Digesti*, cit., 621 s.); più di recente D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 200; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 84, nt. 28; questa parte della dottrina, a conferma della circostanza che i *prudentes* avrebbero concepito l'*actio arborum furtim caesarum* come un'azione pretoria modellata sulla precedente azione di origine decemvirale, cita anche Ulp. 38 *ad ed. D.* 47.7.7.6, evidenziando la coerenza dell'affermazione ulpianea 'Haec actio etiamsi poenalis sit perpetua est' con l'indirizzo interpretativo, attestato in Gai 110-111, che ammetteva l'esperibilità *post annum* delle azioni onorarie, che imitassero lo *ius legitimum*: su questi passaggi gaiani e il discusso problema del loro rapporto con Paul. 1 *ad ed. praet. D.* 44.7.35pr., ove è enunciato il diverso criterio classificatorio cassiano, ai sensi del quale risultano imprescrittibili le azioni onorarie 'quae rei persecutionem habeant', mi permetto di rinviare a G. ROSSETTI, 'Poena', cit., 35 s. e nt. 11 con bibliografia.

frammenti⁵¹ in riferimento all'azione decemvirale⁵² – secondo i suoi sostenitori, da un lato, permetterebbe di affermare la classicità dei diversi passi giurisprudenziali⁵³, nei quali l'*actio arborum furtim caesarum* è configurata come *actio 'ex lege duodecim tabularum'*, da altro lato, troverebbe conferma nella circostanza, sottolineata anche di recente⁵⁴, che in nessuna fonte risulta documentato il concorso tra l'azione civile e quella pretoria.

Siccome nell'ottica delle nostre osservazioni condividere l'uno o l'altro di questi orientamenti dottrinari comporta conseguenze di non poco conto – condizionando in modo significativo, come avremo occasione di constatare fra breve, la interpretazione, e quindi la ricostruzione, dei passi giurisprudenziali, che attestano casi di concorso tra le azioni relative al taglio di alberi ed altre *actiones poenales ex eodem facto* – riteniamo opportuno esprimere sin d'ora la nostra preferenza per la

⁵¹ Si tratta, in particolare, di Gai 4.11; Paul. 18 *ad ed.* D. 12.2.28.6; Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.7.3.3.

⁵² Degli autori, che escludono la tecnicità dell'espressione *actio de arboribus succisis* utilizzata in riferimento all'azione di origine decemvirale, cfr., in particolare, A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 618 ss.; B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 19 ss., e, più di recente, L. DESANTI, *'Caedere'*, cit., 152 ss., che propende per l'attendibilità dell'idea che il testo originario di tab. 8.11 abbia contemplato – come attestato in Plin. *nat. hist.* 17.1.7 – il *caedere*, anziché il *succidere*, e a sostegno di questa ipotesi ricostruttiva adduce il confronto con il testo della *lex luci Spoletina*, una legge epigrafica emanata dalla colonia di Spoleto intorno alla metà del III sec. a.C., che, nel vietare il taglio degli alberi nel bosco sacro *'neque cedito'*, avrebbe riecheggiato la normativa decemvirale. Sul punto sono condivisibili i recenti rilievi critici di M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 633 s. e nt. 460.

⁵³ Da segnalare, nell'ottica delle nostre osservazioni, Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.2.25.5; Paul. 9 *ad Sab.* D. 47.7.1; Paul. 22 *ad ed.* D. 47.7.11; a conferma della classicità dell'espressione *'ex lege duodecim tabularum'* riferita all'azione *arborum furtim caesarum* cfr., in particolare, A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 616 ss. e B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 18 s. e nt. 24. Invece coloro, che hanno optato per la coesistenza di un'autonoma *actio de arboribus succisis*, hanno ipotizzato l'interpolazione dei passi di cui sopra, vuoi considerando inesatta l'espressione *'ex lege duodecim tabularum'*, vuoi sospettando i richiami alla fattispecie delle *arbores furtim caesae*: sul punto cfr. specificamente *infra*, § 5.

⁵⁴ L. DESANTI, *Delitti*, cit., 146 s.; in tal senso già A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 622: «[...] diventa chiaro, perché mai non si parli della concorrenza delle due azioni: ve ne era soltanto [...] una sola».

prima tesi, che peraltro riscuote ad oggi un ampio seguito, in quanto la coesistenza in parallelo dell'*actio de arboribus succisis* e dell'*actio arborum furtim caesarum*, da questa sostenuta in riferimento al periodo classico, trova una significativa conferma innanzitutto nei diversi profili, che dal lato sia oggettivo sia soggettivo (il '*succidere iniuria*' tipizza, come si è detto, l'azione decemvirale, differenziandola da quella pretoria, la cui specificità è invece rappresentata dal '*caedere furtim*') differenziano le due azioni e il cui valore tecnico – che i sostenitori⁵⁵ dell'opposta teoria sono invece portati a sminuire – le fonti giurisprudenziali documentano espressamente e con sufficiente attendibilità.

4. '*Si colonus sit, qui ceciderit arbores*': *Gai. 10 ad ed. prov. D. 19.2.25.5*

Nella riflessione dei *prudentes* assume un particolare rilievo, fra i diversi rimedi processuali concorrenti con le azioni relative al taglio di alberi, l'azione aquiliana: chi tagliava abusivamente, o comunque danneggiava, degli alberi altrui commetteva, infatti, una *ruptio*⁵⁶ e quindi la sua condotta, se recava un pregiudizio al proprietario degli alberi, era sanzionabile anche *ex capite tertio legis Aquiliae*.

In riferimento a questo specifico profilo merita innanzitutto rilevare che il ricorso all'*actio ex lege Aquilia*, che '*omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit*⁵⁷', dovette contribuire in via significativa alla graduale atrofizzazione dell'*actio de arboribus succisis*. La concorrenza dell'azione aquiliana, il cui presupposto soggettivo era il medesimo dell'azione di derivazione decemvirale, cioè l'*iniuria* nel senso di '*quod non iure fit*', rappresentò, infatti, per quest'azione un reale pericolo,

⁵⁵ Particolarmente dimostrativo di quest'orientamento interpretativo è il pensiero di A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 619 ss.

⁵⁶ Com'è noto, la giurisprudenza pervenne a questo risultato probabilmente in via di *interpretatio*, facendo rientrare nella voce *rumpere*, di cui al *caput tertium legis Aquiliae*, interpretata estensivamente come *corrumpere* (cfr. Ulp. 18 *ad ed. D. 9.2.27.13*), qualsiasi atto lesivo della integrità dell'albero: sul punto cfr., ad esempio, Ulp. 38 *ad ed. D. 47.7.7.2*, ove si riconduce nella sfera del *rumpere/corrumpere* il fatto di sradicare o estirpare alberi.

⁵⁷ Ulp. 18 *ad ed. D. 9.2.1pr.*

considerati i notevoli vantaggi, che il suo esercizio procurava al proprietario degli alberi tagliati sul piano sia della quantificazione della *condemnatio*, da calcolare secondo il criterio di stima di cui al *caput tertium* (*quanti ea res in eo mense plurimi fuit*)⁵⁸, sia della determinazione della fattispecie delittuosa, dato che nel *rumpere*, interpretato estensivamente dalla giurisprudenza come *corrumpere*, era possibile ricomprendere qualsiasi atto lesivo dell'integrità dell'albero (*succidere, caedere, cingere, subsecare, evellere, extirpare* etc.), mentre l'azione decemvirale era limitata al solo caso della *succisio arborum*⁵⁹.

Vediamo, innanzitutto, alcuni passi giurisprudenziali, nei quali il concorso tra le azioni relative al taglio di alberi e l'azione aquiliana tuttavia non viene in considerazione direttamente, bensì in riferimento al caso specifico del colono, che ha tagliato gli alberi del fondo locato.

Di particolare interesse è un frammento escerpito dal libro X del commentario gaiano all'editto provinciale e tradito in D. 19.2.25.5⁶⁰:

⁵⁸Di conseguenza, il proprietario poteva avere interesse a esercitare l'azione decemvirale limitatamente a quei casi in cui il valore della pianta tagliata era inferiore ai 25 assi e, considerata l'amplissima portata che la *interpretatio prudentium* attribuì al termine *arbor*, casi simili non dovettero mancare: si pensi, ad esempio, al caso delle *ederæ*, delle *harundines* e delle *salignæ virgæ*, di cui in Ulp. 42 *ad Sab. D.* 47.7.3.1 e 2. Cfr. O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 389 s.

⁵⁹Sul punto cfr. O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 374 ss., 380 ss., 387 ss., che, se ammette il concorso tra l'*actio de arboribus succisis* e l'*actio ex lege Aquilia*, avendo le due azioni un fondamento comune – «essendo entrambe rivolte a reprimere il *damnum iniuria datum*, l'una limitatamente al solo caso della *succisio arborum*, l'altra per ogni ipotesi di *ustum*, di *ruptum* o di *fractum*» (ID., *I delitti*, cit., 380) – invece lo esclude tra l'azione civile e quella pretoria in considerazione del loro diverso fondamento, ritenendo peraltro, alla luce di una suggestiva ricostruzione del contenuto precettivo della tavola VIII (sulla quale cfr. *supra*, nt. 46) che l'*actio arborum furtim caesarum* 'abbia scalzato', anziché la disposizione decemvirale, che comminava la pena fissa di 25 assi, quella che irrogava la pena capitale per i danneggiamenti alle piantagioni operati sistematicamente e proditoriamente (ID., *I delitti*, cit., 397).

⁶⁰Sul passo cfr., in particolare, F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, V, cit., 304, nt. h; I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 189 ss.; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 37 ss.; C. ARNÒ, *Le 'magnæ varietates'*, cit., 177 ss.; A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 614 ss.; O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 380 ss.; P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 134 ss.; E. BETTI, *Lezioni*, cit., 239 ss.; B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 18 e nt. 24; TH. MAYER-MALY, *'Locatio'. Eine*

Gai. 10 *ad ed. prov. D. 19.2.25.5: Ipse quoque si exciderit, non solum ex locato tenetur, sed etiam lege Aquilia et ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum et interdicto quod vi aut clam; sed utique iudicis, qui ex locato indicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat.*

Gaio, dopo aver affermato nel § 4⁶¹ che del taglio degli alberi del fondo locato effettuato per inimicizia dal vicino del colono risponde quest'ultimo, considera nel paragrafo seguente l'ipotesi dell'*excidere arbores* ad opera dello stesso colono e afferma che costui sarà tenuto non solo con l'*actio ex locato* – nel caso in esame infatti il taglio degli alberi innanzitutto rileva come inadempimento da parte del colono-conduttore delle obbligazioni assunte con il contratto di locazione – ma anche con alcune *actiones ex delicto*, in particolare con l'*actio ex lege Aquilia* e con l'*actio arborum furtim caesarum*, che si fa discendere, stando alla versione attuale del passo, dalla legge delle XII Tavole, nonché con l'interdetto '*quod vi aut clam*'⁶². Indicati i rimedi processuali astrattamente esperibili contro il

Untersuchung zum klassischen römischen Recht, München, 1956, 178 s. e nt. 11 con letteratura; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano*, Cagliari, 1969, 289; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 70; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 204 ss.; J.A.C. THOMAS, '*Actiones ex locato/conducto*' and *Aquilian Liability*, in *Acta Juridica (Essays in honour of B. Beinart)*, III, 1978, 130; H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht*, cit., 38; A.M. GIOMARO, "*Cautiones iudiciales*" e "*officium iudicis*", Milano, 1982, 179, nt. 9; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 261; P. VOCI, *Azioni penali*, cit., 10 s.; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 148 s. e nt. 12; R. ARAMBURU CÓRDOBA, *La evolución de la 'Lex Aquilia' Desde la Lex de las XII Tablas hasta el Digesto de Justiniano*, Edulp, 2021, 89 ss. A questi autori sia consentito aggiungere G. ROSSETTI, *Alcune considerazioni in tema di consunzione 'giudiziale' ed identificazione dell'eadem res*, in *LR on line*, 2012, 28 ss., ora in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Napoli, 2015, 202 ss. (e da qui cit. in questa sede); EAD., '*Poena*', cit., 113 ss. Ulteriore bibliografia *infra*, ntt. 76-80.

⁶¹Il giurista, dopo essersi occupato nel § 3 delle obbligazioni del conduttore, al paragrafo seguente, che alcuni autori (in particolare, TH. MAYER-MALY, '*Locatio*', cit., 178 s.; C.A. CANNATA, *Per lo studio*, cit., 289) ritengono di origine postclassica, prosegue così: *Culpae autem ipsius et illud adnumeratur, si propter inimicitias eius vicinus arbores exciderit.*

⁶²Dato che nel caso delle *arbores succisae* il legittimato passivo all'interdetto è oggettivamente impossibilitato alla ricostituzione in *pristinum statum*, una parte della dottrina – cfr., per tutti, I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto 'quod vi*

colono, il giurista ne considera il rapporto reciproco, presupponendo evidentemente che nel caso in esame il locatore abbia esercitato contro il colono prima l'azione *ex contractu*: ciò premesso, nella parte finale del passo (*sed-omittat*) si afferma che rientra certamente nell'*officium* del giudice, che è chiamato a giudicare sull'azione di locazione, non pronunciare la condanna del colono se l'attore (il locatore) non rimette tutte le altre azioni.

Sebbene l'esperimento iniziale dell'*actio ex locato* sia deducibile dal dettato letterale del § 5, e in particolare dalla circostanza che il giurista rimette all'*officium* del giudice, '*qui ex locato iudicat*', il compito di evitare il cumulo delle azioni concorrenti, tuttavia, affinché possa operare la 'consunzione giudiziale', sembra che non rilevi l'ordine cronologico delle azioni⁶³. A questo proposito vediamo un altro frammento gaiano, anch'esso tratto dai *libri ad edictum provinciale* e ancora relativo al caso del colono, '*qui ceciderit arbores*':

Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47.7.9: *Si colonus sit, qui ceciderit arbores, etiam ex locato cum eo agi potest. plane una actione contentus esse debet actor.*

In questo passo l'azione contrattuale non è esercitata per prima, eppure il cumulo delle azioni concorrenti⁶⁴ è escluso e la soluzione favorevole all'elisione attuata *officio iudicis* è sintetizzata nell'eloquente

aut clam', Milano, 1998, 119 ss. – ritiene che in tale ipotesi il *faciens*, a seguito di un'interpretazione estensiva del '*restituas*' maturata in sede giurisprudenziale, dovesse riparare le conseguenze del suo comportamento mediante il pagamento di una somma di denaro. Sull'impiego della tutela interdittale nei casi di danneggiamento alle piantagioni cfr. ampiamente O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 361 ss. con approfondita analisi testuale.

⁶³ P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 135.

⁶⁴ Sebbene il passo non menzioni espressamente le *actiones ex delicto* concorrenti con l'*actio ex locato*, la circostanza che il Lenel (O. LENEL, '*Palingenesia*', I, cit., 221, n. 277) restituisca il frammento sotto la rubrica '*Arborum furtim caesarum*' permette di ipotizzare, con sufficiente fondatezza, che il giurista stesse considerando un caso di concorso tra l'*actio ex locato* e l'*actio arborum furtim caesarum*. Sul punto cfr. anche Paul. 18 *ad ed. D.* 12.2.28.6, pur tenendo conto degli elementi distintivi, che caratterizzano il caso oggetto di questa soluzione paolina, per la cui esegesi cfr. *infra*, § 6.

locuzione *'plane una actione contentus esse debet actor'*, con la quale Gaio afferma decisamente che il locatore deve ritenersi soddisfatto dell'esercizio di una soltanto delle azioni concorrenti e il cui impiego peraltro è attestato in numerose soluzioni della giurisprudenza classica, in specie attribuite a Paolo e relative a diverse ipotesi di 'consunzione giudiziale'⁶⁵.

Ma torniamo al passo gaiano riportato in D. 19.2.25.5. Di questo testo mi sono già occupata in alcune precedenti ricerche⁶⁶ dedicate al problema del concorso dell'*actio ex lege Aquilia* con le azioni *ex contractu* e quindi in quella occasione del § 5 è stata privilegiata l'analisi della parte finale (*sed utique-omittat*), ove Gaio enuncia la soluzione del concorso tra le azioni menzionate nella parte precedente del frammento, escludendone il cumulo e rimettendo all'*officium iudicis*, *'qui ex locato iudicat'*, la produzione dell'effetto preclusivo tramite l'imposizione all'attore della *remissio* delle azioni concorrenti.

Nel tornare sull'esegesi del frammento gaiano, intendiamo approfondirne i profili problematici specificamente inerenti al tema oggetto della presente ricerca, sebbene il § 5 non contenga riferimenti testuali espressamente attinenti alla regolamentazione del concorso tra le azioni relative al taglio di alberi e l'azione aquiliana, che costituisce un'ipotesi di concorso formale di *delicta*.

Nell'ottica delle nostre osservazioni già l'esegesi della prima parte del § 5 (da *ipse a clam*) presenta alcuni profili d'indubbio interesse: da un lato, l'interpretazione dell'incipit *'ipse quoque'*, che Gaio utilizza per introdurre

⁶⁵ Dei diversi passi paolini, nei quali questa locuzione ricorre – così da potervi ravvisare «un vero e proprio stilema paolino»: P. CERAMI, *'Vulneratio vel occisio servi negotiatoris' e 'laesio societatis'*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano, 2008, 588 e nt. 25 – al fine di neutralizzare il cumulo fra azioni concorrenti, che non sono *de eadem re*, alcuni riguardano casi di concorso tra l'*actio ex lege Aquilia* e le *actiones ex contractu* (per la relativa esegesi sia consentito rinviare a G. ROSSETTI, *'Poena'*, cit., 127 ss., 171 ss., 179 ss.); cfr., in particolare, Paul. 10 *ad Sab.* D. 9.2.18 (concorso *actio ex lege Aquilia - actio pigneraticia*); Paul. 21 *ad ed.* D. 19.2.43 (concorso *actio ex lege Aquilia - actio ex locato*); Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.50 (concorso *actio ex lege Aquilia - actio pro socio*); inoltre cfr. Paul. 22 *ad ed.* D. 4.9.6.4 (concorso *actio damni adversus nautas - actio furti*) e Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.5 (concorso *actio de recepto - actio furti*).

⁶⁶ G. ROSSETTI, *Alcune considerazioni*, cit., 202 ss.; EAD., *'Poena'*, cit., 113 ss.

il caso considerato nel frammento in esame, dall'altro la controversa individuazione del tipo di azione per il taglio di alberi, alla quale avrebbe fatto riferimento l'originale gaiano.

Sebbene non sia da dubitare che l'espressione iniziale '*ipse quoque*' letteralmente venga utilizzata per raccordare la fattispecie del § 5 (ove autore dell'*excidere arbores* è il colono) a quella del § 4 (ove autore dell'*excidere arbores* è invece il vicino del colono), la sua interpretazione tuttavia si è prestata a diverse letture.

Se l'origine spuria del *quoque* iniziale e la sua conseguente espunzione, proposta da una parte della critica passata⁶⁷, non sembrano condivisibili, considerata la debolezza degli argomenti addotti, altra dottrina⁶⁸ sostiene la classicità del *quoque* e, allo scopo di dimostrare che l'originale gaiano si sarebbe riferito soltanto all'*actio arborum furtim caesarum*, e quindi non anche all'*actio de arboribus succisis*, ipotizza che l'espressione in questione collegherebbe il caso esaminato nel § 5 a quello considerato nel paragrafo precedente, sottolineando quindi che il colono *quoque* ha tagliato gli alberi *propter inimicitias* verso il *dominus*, e quindi *furtim*, similmente al suo vicino, il quale a sua volta ha operato il taglio degli alberi del fondo locato *propter inimicitias* verso il colono. In altri termini, questa ipotesi ricostruttiva, ritenendo che il *quoque* stia a significare che Gaio sarebbe partito dal presupposto che anche il taglio del colono è stato operato *propter inimicitias*, e quindi «con la prava intenzione di recar danno al *dominus* (*furtim*)»⁶⁹, giunge alla conclusione che quindi il giurista, affermata la responsabilità *ex contractu* del colono, doveva chiaramente passare a trattare della sua responsabilità *ex delicto* e a questo riguardo, ammessa la responsabilità *ex lege Aquilia*, aggiungeva che, avendo il

⁶⁷ Cfr., per tutti, TH. MOMMSEN, '*Digesta*', ad h.l.; G. VON BESELER, *Miscellanea*, in ZSS, 44, 1924, 369; TH. MAYER-MALY, '*Locatio*', cit., 179, nt. 12. Questa dottrina giustifica l'espunzione del *quoque* iniziale, rilevando che il collegamento che tale espressione instaura tra il § 5 e il § 4 risulterebbe privo di senso perché farebbe sorgere anche a carico del vicino del colono una responsabilità *ex locato*, e ciò contraddirebbe quanto Gaio espressamente afferma nel § 4.

⁶⁸ Cfr., per tutti, O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 381 ss.

⁶⁹ O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 382.

colono *quoque* operato il taglio *propter inimicitias*, egli era tenuto anche in forza dell'*actio arborum furtim caesarum*⁷⁰.

Questa lettura è indubbiamente suggestiva, tuttavia mi sembra che l'interpretazione da essa proposta dell'*ipse quoque* introduttivo, preordinata com'è a giustificare l'assenza nell'originale gaiano della menzione dell'azione per il taglio di alberi di origine decemvirale, sia basata su argomenti non privi di forzature: intendiamo alludere, innanzitutto, al presupposto che anche il caso considerato nel § 5 avrebbe come protagonista un colono, che, come il suo vicino, autore dell'*excidere arbores* di cui al § 4, avrebbe operato il taglio degli alberi *propter inimicitias*. Peraltro, sembra possibile attribuire all'*ipse quoque* iniziale un significato altrettanto attendibile senza ricorrere a simili complicazioni interpretative e ritenendo più semplicemente che Gaio impieghi questa espressione a fini meramente espositivi, cioè per passare dalla fattispecie esaminata nel § 4, ove si fa questione della responsabilità del vicino del colono '*si propter inimicitias [...] arbores exciderit*', a quella considerata nel paragrafo seguente, ove si discute della responsabilità del colono stesso '*si ipse quoque arbores exciderit*'.

Per altro verso, al fine di spiegare il mancato riferimento dell'originale gaiano all'*actio de arboribus succisis* non mi sembra che sia necessario presupporre che anche il colono abbia tagliato gli alberi *propter inimicitias* verso il locatore; Gaio menziona tra le azioni *ex delicto*, che concorrono alternativamente con l'*actio ex locato*, l'*actio ex lege Aquilia* e l'*actio arborum furtim caesarum*, perché si tratta di *actiones poenales*, la cui sostanziale

⁷⁰ O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 382 s., il quale, a ulteriore conferma della sua ipotesi interpretativa, aggiunge che la circostanza che il taglio degli alberi sia stato attuato dal colono *furtim* permette di spiegare anche il preciso significato che, nel pensiero di Gaio, doveva avere il termine *excidere*; infatti l'impiego di questa forma verbale implica da parte del colono atti di danneggiamento alle piantagioni di varia natura ed entità (*caedere, cingere, subsecare*), ma diversi dal *succidere*, dato che il taglio delle piante alla base avrebbe necessitato troppo tempo e lavoro, per poter essere attuato *furtim*. Se quindi il taglio operato dal colono *furtim* è qualificato da Gaio come un caso di *excidere* (*caedere, cingere, subsecare*), anziché come un caso di *succidere*, ne consegue – a detta di questo autore – che tale caso «poteva rientrare nel *rumpere* del *caput tertium* della *lex Aquilia*, ma non rientrava nella troppo rigida formulazione del precetto decemvirale» (O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 383).

funzione di reintegrazione patrimoniale implica che siano in rapporto di 'consunzione giudiziale' con le *actiones ex contractu*, e quindi con l'azione di locazione; una simile funzione invece non sembra che possa essere attribuita, considerata anche l'esiguità della relativa *poena* (25 assi per albero tagliato), all'*actio de arboribus succisis* di origine decemvirale, la cui natura esclusivamente penale è peraltro pacificamente ammessa in dottrina⁷¹.

5. (*Segue*). *Sulla controversa interpretazione dell'inciso del passo gaiano 'ex lege duodecim tabularum'*

Nell'ottica delle nostre osservazioni l'altra questione di particolare interesse riguarda l'individuazione del tipo di azione per il taglio di alberi a cui avrebbe fatto riferimento l'originale gaiano, dato che la versione attuale del passo riporta, tra le azioni *ex delicto* concorrenti con l'*actio ex locato*, un'*actio arborum furtim caesarum*, la cui menzione è preceduta dall'inciso '*ex lege duodecim tabularum*'.

Una parte della dottrina⁷², seguendo il Lenel⁷³, ha ritenuto che l'originale gaiano avesse menzionato, oltreché l'*actio* di origine pretoria, anche l'*actio civilis*, alla quale si sarebbero quindi riferite le parole '*ex lege duodecim tabularum*', ma che la menzione della seconda azione in seguito

⁷¹ Sul punto cfr. specificamente *infra*, § 5.

⁷² Cfr., in particolare, A. PERNICE, *Parerga VII. Der verbrecherische Vorsatz im griechisch-römischen Rechte*, in *ZSS*, 17, 1896, 215, nt. 2; B. BIONDI, *La categoria*, cit., 174 ss.; P. VOGLI, *Risarcimento*, cit., 134 ss., che così giustifica la validità della ricostruzione proposta dal Lenel: «il fondamento di questa congettura è solido: l'*a. arb. furtim caes.* non è civile, e quindi Gaio non può averla qualificata come nascente *ex XII tab.*; l'*a. de arb. succisis*, civile, esiste ancora nel diritto classico, ma non esiste più nel diritto giustiniano: quindi è assai probabile, per non dire sicuro, che l'omissione sia dovuta ai Compilatori» (ID., *Risarcimento*, cit., 136); U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 70; ancora P. VOGLI, *Azioni penali*, cit., 10, che, nel tornare sul passo gaiano, osserva che le azioni ivi menzionate in concorso elettivo con l'*actio locati* sono sì azioni penali, «ma non hanno la natura dell'*a. furti*' (cioè non sono azioni penali 'rigorose'), «e quindi ammettono l'elisione», nel senso che non si cumulano con l'azione contrattuale concorrente.

⁷³ O. LENEL, '*Palingenesia*', I, cit., 217, nt. 2, ricostruisce così l'originale gaiano: «*ex lege duodecim tabularum <de arboribus succisis et ex edicto praetoris> arborum furtim caesarum*».

fosse stata abolita dai Compilatori, data la scomparsa, in epoca giustiniana, dell'azione di derivazione decemvirale, sicchè nella versione attuale il richiamo alle XII Tavole si sarebbe impropriamente ricongiunto all'*actio arborum furtim caesarum*. Da qui la seguente ricostruzione della versione originaria del nostro inciso: *ex lege duodecim tabularum <de arboribus succisis et ex edicto praetoris>*.

Altri studiosi⁷⁴ hanno invece ipotizzato che la versione originaria facesse riferimento soltanto all'*actio arborum furtim caesarum* e che le parole '*ex lege duodecim tabularum*' quindi fossero state aggiunte dai Compilatori, che, soppressa ormai definitivamente l'azione civile, avrebbero voluto ricollegare l'azione pretoria direttamente alla tradizione decemvirale. Quest'impostazione, peraltro ampiamente condivisa, ritiene quindi che il richiamo alle XII Tavole sia il prodotto di una interpolazione giustiniana, ed in particolare una manifestazione della «archaistische Tendenz Justinians»⁷⁵, che avrebbe voluto nobilitare la superstita azione pretoria e salvare al tempo stesso il ricordo del precetto decemvirale, ricongiungendo quella a questo.

Entrambe le ricostruzioni richiamate, come si può notare, ammettono il rimaneggiamento dell'originale gaiano, tuttavia la prima ritiene che esso sia stato attuato attraverso la soppressione dell'*actio de arboribus succisis*, la seconda invece attraverso l'inserimento del richiamo alle XII Tavole.

⁷⁴Questa ricostruzione, che risale a H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der 'rei vindicatio'*, Leipzig, 1907, 176, risulta condivisa, *ex plurimis*, dai seguenti studiosi: H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in *ZSS*, 32, 1911, 259; G. VON BESELER, *Miscellanea*, cit., 369; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 204, nt. 2; F. PRINGSHEIM, *Die Archaistische Tendenz Justinian's*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, cit., 568; A. FLINIAUX, *L'action*, cit., 528; M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litis aestimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, 193; O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 381 ss.; TH. MAYER-MALY, *'Locatio'*, cit., 179.

⁷⁵F. PRINGSHEIM, *Die Archaistische Tendenz*, cit., 568, nt. 106. *Contra* O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 383 s., ipotizza che l'inciso '*ex lege duodecim tabularum*' sia «il frutto della recezione di una glossa postclassica nel testo gaiano».

Non sono tuttavia mancati autori⁷⁶, che hanno sostenuto la genuinità dell'inciso '*ex lege duodecim tabularum*', ritenendo che questo precedesse nell'originale gaiano la menzione dell'*actio arborum furtim caesarum* a conferma della connessione del rimedio pretorio con la disciplina decemvirale. In altri termini, secondo questa proposta ricostruttiva Gaio avrebbe richiamato, tra le azioni *ex delicto* concorrenti con l'*actio ex locato*, delle azioni relative al taglio di alberi soltanto l'azione pretoria, evidenziandone espressamente l'origine decemvirale.

Prima di chiarire il nostro punto di vista mi sembra che sia importante precisare che la notevole diversità, che contraddistingue le ricostruzioni proposte in dottrina delle parole '*ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum*', è una diretta conseguenza, innanzitutto, della soluzione data di volta in volta dai singoli autori al problema del rapporto tra l'*actio de arboribus succisis* e l'*actio arborum furtim caesarum*⁷⁷: infatti, se coloro, che ritengono che le due azioni siano coesistite in parallelo durante l'età classica, ipotizzano il rimaneggiamento dell'originale gaiano – che sarebbe stato attuato, secondo alcuni⁷⁸, attraverso la soppressione dell'*actio de arboribus succisis*, secondo altri⁷⁹, attraverso l'inserimento del richiamo alle XII Tavole – la dottrina, che ipotizza che le due azioni abbiano costituito un'azione unica in due fasi del suo sviluppo, esclude invece l'interpolazione dell'inciso '*ex lege duodecim tabularum*', ritenendo che Gaio l'abbia espressamente anteposto all'azione pretoria per esplicitarne la connessione alle XII Tavole⁸⁰.

Riteniamo, tuttavia, che il diverso modo di interpretare l'espressione '*ex lege duodecim tabularum*', e quindi di individuare il tipo di azione per il taglio di alberi, a cui avrebbe fatto riferimento la versione originaria del passo, sia condizionato soprattutto dalla prospettiva interpretativa, che si condivide in merito alla delicata questione del concorso tra azioni

⁷⁶ Questa ricostruzione, inaugurata da A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 616 ss., 621 s. e nt. 198, è condivisa, in particolare, da B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 18 s. e nt. 23; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 199 ss.; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 150, nt. 14.

⁷⁷ Per l'analisi di questo problema e i relativi orientamenti dottrinari cfr. *supra*, § 3.

⁷⁸ Per le relative citazioni bibliografiche cfr. *supra*, ntt. 72 e 73.

⁷⁹ Per i riferimenti bibliografici cfr. *supra*, nt. 74.

⁸⁰ Per i relativi riferimenti bibliografici cfr. *supra*, nt. 76.

penali private e azioni *ex contractu*. In particolare, gli autori, che ritengono che la ‘consunzione giudiziale’ sia attestata, nelle fonti classiche, nel caso di concorso delle azioni contrattuali con ‘tutte’ le azioni penali, a condizione che l’azione contrattuale sia arbitraria o di buona fede⁸¹, condividono l’integrazione dell’*actio de arboribus succisis* inaugurata dal Lenel, mentre la dottrina, che ammette che soltanto le azioni penali ‘qualitativamente miste’, che hanno cioè ‘natura penale’, ma ‘funzione reipersecutoria’, siano in rapporto di ‘consunzione giudiziale’ con le azioni *ex contractu*⁸², esclude la menzione nell’originale gaiano dell’azione di derivazione decemvirale, conservando soltanto quella dell’azione di origine pretoria, in considerazione della sua sostanziale ‘funzione reipersecutoria’.

Tenendo conto di queste precisazioni, riteniamo che le parole ‘*ex lege duodecim tabularum arborum furtim caesarum*’ debbano essere ricostruite ipotizzando la presenza nell’originale gaiano soltanto dell’*actio arborum furtim caesarum* e ammettendo l’interpolazione dell’inciso ‘*ex lege duodecim tabularum*’.

Infatti, sebbene si condivida, per le ragioni già evidenziate, la tesi, che sostiene la coesistenza in parallelo durante il periodo classico di entrambe le azioni per il taglio di alberi, non sembra credibile che Gaio abbia menzionato tra le azioni *ex delicto* concorrenti con l’*actio ex locato* (in quanto derivanti *ex eodem facto*), in aggiunta all’*actio ex lege Aquilia* e all’*actio arborum furtim caesarum*, che risultano nella versione attuale, anche l’*actio de arboribus succisis*.

La spiegazione di ciò sembra che possa essere individuata nella chiusa del § 5 (*sed utique - omittat*), ove il giurista enuncia il criterio di soluzione del concorso, rimettendo l’esclusione del cumulo tra l’azione di locazione e le altre azioni *ex delicto* con essa concorrenti all’*officium iudicis*, ‘*qui ex locato indicat*’.

⁸¹ Si tratta dell’orientamento interpretativo, che trova significativa espressione, in particolare, nelle ricerche di P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 98 ss. e 134 ss.; ID., *Azioni penali*, cit., 7 s. e 10.

⁸² La più compiuta elaborazione teorica dell’istituto della ‘consunzione giudiziale’ e del concetto di azione penale qualitativamente mista si deve, com’è noto, agli studi di E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 1 ss. e 12 ss.

Occorre precisare che Gaio, quando suggerisce, al fine di evitare il cumulo di azioni che non sono *de eadem re*, il ricorso alla *remissio* delle azioni concorrenti – tipico meccanismo di operatività della ‘consunzione giudiziale’, la cui classicità è peraltro largamente condivisa in dottrina⁸³ – assume un profilo d’interesse prettamente pratico: il cumulo tra l’azione di locazione e le azioni *ex delicto* concorrenti, in quanto derivanti *ex eodem facto*, sebbene possibile secondo i principi della ‘consunzione civile’, appare al giurista concretamente iniquo e soprattutto contrario al principio della *bona fides*, che processualmente qualifica il *iudicium locati*, perché le azioni concorrenti, sebbene formalmente non siano *de eadem re*, perseguono una comune funzione di reintegrazione patrimoniale. In altri termini, se la soluzione dell’elisione attuata *officio iudicis* porta a ipotizzare che agli occhi del giurista sia l’azione aquiliana sia l’*actio arborum furtim caesarum*, pur avendo ‘natura penale’, perseguissero una sostanziale ‘funzione reipersecutoria’, analoga quindi a quella dell’*actio ex locato* – il che probabilmente deve avere indotto Gaio ad evitarne il cumulo, ma si potrebbe andare anche oltre, ritenendo che il giurista per lo stesso motivo tendesse altresì a escludere il cumulo fra l’azione aquiliana e l’*actio arborum furtim caesarum* – la conseguenza è che non sembra verosimile che l’originale gaiano possa aver richiamato tra le azioni per il taglio di alberi anche l’azione civile *de arboribus succisis*, come invece vorrebbe la ricostruzione leneliana, in quanto quest’azione vuoi per l’esiguità della *poena* comminata (25 assi per ciascun albero tagliato), accentuata in epoca successiva dalla svalutazione dell’asse decemvirale, vuoi per la sua

⁸³ Cfr., in particolare, E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 37 ss.; TH. MAYER-MALY, *Locatio*, cit., 178 s.; C.A. CANNATA, *Per lo studio*, cit., 289; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 204 ss.; J.A.C. THOMAS, *‘Actiones’*, cit., 130; H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht*², cit., 38; A.M. GIOMARO, *“Cautiones”*, cit., 179, nt. 9; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 261; L. VACCA, *‘Actiones’*, cit., 298 s., nt. 15; G. VALDITARA, *Superamento della ‘aestimatio rei’ nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai ‘non domini’*, Milano, 1992, 125, nt. 333 e 185, nt. 547; P. VOCI, *Azioni*, cit., 10; L. VACCA, *Eccezione*, cit., 358, nt. 3; G. VALDITARA, *‘Damnum iniuria datum’*², Torino, 2005, 59, nt. 458; C.A. CANNATA, *Il danno*, cit., 13, nt. 6; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra ‘verba legis’ e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015, 143 e nt. 22; a questi contributi mi permetto di aggiungere anche G. ROSSETTI, *‘Poena’*, cit., 122 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici e approfondimenti sulla esegesi della parte finale di D. 19.2.25.5.

risalenza al testo decemvirale, è improbabile che abbia svolto in piena età classica una funzione anche reipersecutoria⁸⁴.

Alla luce di queste osservazioni veniamo alla *vexata quaestio* della classicità dell'inciso '*ex lege duodecim tabularum*'. Siccome, una volta ammessa la coesistenza in parallelo durante il periodo classico dell'azione civile *de arboribus succisis* e dell'azione pretoria *arborum furtim caesarum*, non sembra verosimile che un giurista classico possa avere collegato alla normativa decemvirale un rimedio di creazione pretoria, siamo portati a condividere la natura insitica delle parole '*ex lege duodecim tabularum*', che i Compilatori, probabilmente facendosi interpreti della «archaistische Tendenz Justinians»⁸⁵, potrebbero avere inserito nell'originale gaiano forse per nobilitare la superstite azione pretoria e salvare al tempo stesso il ricordo del precetto decemvirale, ricongiungendo quella a questo⁸⁶.

⁸⁴ Se la natura soltanto penale dell'azione di derivazione decemvirale è pacifica (cfr., *ex plurimis*, O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 359 s.), è invece controversa la natura dell'azione di creazione pretoria. Una parte della dottrina (cfr., in particolare, O. LENEL, *Das 'Edictum'*³, cit., 337 ss.; P. VOCI, *Risarcimento*, cit., 135 e 151; ID., *Azioni*, cit., 10, nt. 50) la considera un'azione esclusivamente penale, evidenziando che le fonti riferiscono a quest'azione tutte le caratteristiche tipiche del regime delle azioni penali private: in particolare, *condemnatio in duplum* (Ulp. 38 *ad ed.* D. 47.7.7.7); perpetuità, perché si tratta di un'azione pretoria creata a imitazione dell'azione civile *de arboribus succisis* (Ulp. D. *eod.* 7.6); intrasmissibilità passiva (Ulp. D. *eod.* 7.6); nossalità (Ulp. D. *eod.* 7.5); esperibilità in cumulo contro più correi (Pomp. 20 *ad Sab.* D. *eod.* 6pr. e 1). Altri autori (cfr., in particolare, H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., 175; H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, cit., 295; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 37 ss. e 204, nt. 2; M. KASER, *Quanti ea res*⁹, cit., 193) affermano invece, più correttamente, che si tratti di un'azione penale qualitativamente mista, cioè con 'natura penale', ma 'funzione reipersecutoria', e la soluzione gaiana, come si è detto, sembra deporre in tal senso.

⁸⁵ F. PRINGSHEIM, *Die Archaistische Tendenz*, cit., 568, nt. 106. *Contra* O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 383 s., ipotizza che l'inciso '*ex lege duodecim tabularum*' sia «il frutto della recezione di una glossa postclassica nel testo gaiano».

⁸⁶ Se in precedenza (G. ROSSETTI, *Poena*⁹, cit., 121) si è optato per la genuinità dell'inciso '*ex lege duodecim tabularum*', in questa sede, anche alla luce di una più approfondita analisi del problema del rapporto fra l'*actio de arboribus succisis* e l'*actio arborum furtim caesarum*, propendiamo per la tesi, risalente al Siber e al Levy, che ne ipotizza l'origine compilatoria, ritenendo non condivisibile, per le ragioni addotte nel testo, l'ipotesi ricostruttiva inaugurata dal Berger che, esclusa la coesistenza in parallelo

6. *Il problema del valore tecnico della denominazione ‘actio de arboribus succisis’*

Una conferma testuale non trascurabile della tesi da noi condivisa, che sostiene l’interpolazione delle parole ‘*ex lege duodecim tabularum*’ – infatti riteniamo che nell’ottica di un giurista classico la derivazione dalla legge delle Dodici Tavole possa trovare giustificazione soltanto in riferimento all’azione civile *de arboribus succisis* – può essere rappresentata dal seguente frammento di Paolo, riportato in D. 12.2.28.6:

Paul. 18 *ad ed.* D. 12.2.28.6: *Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, si iuraverit se non succidisse, sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis sive e lege Aquilia damni iniuria sive interdicto quod vi aut clam postea convenietur, per exceptionem iusiurandi defendi potest.*

Si tratta ancora di un caso di *succisio arborum* ad opera del colono, il quale, una volta convenuto con l’azione di locazione, ha giurato di non aver commesso il fatto addebitatogli. Paolo afferma che, se costui in seguito è convenuto con ulteriori azioni *ex delicto* (derivanti *ex eodem facto*) – si richiamano, in particolare, l’azione *de arboribus succisis* in forza della legge delle XII Tavole, l’azione di danno ingiusto ai sensi della *lex Aquilia*, cui si aggiunge l’interdetto *quod vi aut clam* –, può non di meno difendersi tramite l’eccezione di giuramento. Premesso che la *ratio decidendi*, che giustifica il parere paolino, risulta esplicitata nel precedente § 4⁸⁷, ove si enuncia il principio secondo il quale l’*exceptio iusiurandi* può essere sollevata dal convenuto non solo riguardo all’azione per la quale il giuramento è stato deferito, ma anche riguardo ad azioni ulteriori ‘*si modo eadem quaestio [...] deducatur*’, occorre innanzitutto precisare che nell’ottica delle nostre osservazioni assume un rilievo particolare la

durante l’età classica dell’azione civile e dell’azione pretoria, intende individuare nelle parole ‘*ex lege duodecim tabularum*’, ritenute indubitabilmente classiche, una significativa conferma testuale della connessione del rimedio pretorio alla normativa decemvirale.

⁸⁷ Paul. 18 *ad ed.* D. 12.2.28.4: *Exceptio iusiurandi non tantum si ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur [...].*

questione della controversa interpretazione delle parole *'e lege duodecim tabularum de arboribus succisis'*.

Dato che D. 12.2.28.6 rappresenta uno dei due passi⁸⁸, che nella Compilazione menzionano espressamente l'*actio de arboribus succisis* – probabilmente perché questi frammenti sono sfuggiti all'accurato lavoro di soppressione svolto dai Compilatori nei confronti di quest'azione, ormai completamente scomparsa in età giustiniana⁸⁹ –, si è vivamente discusso sul valore tecnico della denominazione *actio de arboribus succisis*.

Se una parte considerevole della dottrina⁹⁰ individua proprio nelle parole *'e lege duodecim tabularum de arboribus succisis'* un argomento testuale decisivo a conferma della fondatezza della tesi, che rivendica all'azione di derivazione decemvirale, oltre che una specifica denominazione tecnica, un autonomo ambito di applicazione, concernente la *succisio arborum*, che ne avrebbe comportato la coesistenza in parallelo con l'azione di creazione pretoria ancora in epoca classica avanzata, altri studiosi⁹¹ in senso contrario ritengono che, rappresentando peraltro il passo paolino una testimonianza isolata, la tecnicità di tale

⁸⁸ L'altro frammento è Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.7.3.3, che concerne il problema della possibilità di considerare *arbores* le *saliginae virgae 'antequam radices coegerint'*, e tra l'altro è l'unico testo nell'intero titolo 47.7 in cui è conservato il ricordo – «evidentemente per una svista dei compilatori» (O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 356 e nt. 16 con letteratura) – dell'*actio de arboribus succisis*; *contra* A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 619; B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 22, nt. 29.

⁸⁹ O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 330 e nt. 2.

⁹⁰ E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 204; A. FLINIAUX, *L'action*, cit., 527; O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 330 e nt. 2, 358 s., 380, che, dopo aver sottolineato che la mancanza dell'*actio arborum furtim caesarum* nell'elenco di azioni riportato da Paolo «dimostra come il taglio sia stato compiuto dal colono *iniuria* sì, ma non *furtim*» (ID., *I delitti*, cit., 380), individua nel passo paolino una evidente conferma testuale della «fortunata concorrenza» tra l'*actio de arboribus succisis* e l'*actio ex lege Aquilia*, trattandosi di azioni caratterizzate da un comune fondamento, «l'essere cioè ambedue rivolte a reprimere il *damnum iniuria datum*» (ID., *op. loc. ult. cit.*) (sulla peculiare prospettiva interpretativa di questo autore v. anche *supra*, nt. 40); C.A. CANNATA, *Sul testo*, cit., 158, nt. 14; da ultimo M.F. CURSI, *Gli illeciti*, cit., 633.

⁹¹ A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 619; B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 21; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 196, nt. 3 e 211 ss.; di recente L. DESANTI, *'Caedere'*, cit., 152 e 154; EAD., *Delitti*, cit., 149 e nt. 13.

denominazione sia da escludere, e che «si potrebbe allora, facilmente pensare ad una espressione di Paolo con valore meramente indicativo»⁹².

Abbiamo già evidenziato i motivi di carattere generale, che ci portano a non condividere quest'ultimo orientamento dottrinario; con specifico riferimento a D. 12.2.28.6 occorre aggiungere che non ci sembrano decisivi gli argomenti addotti al fine di negare il valore tecnico del riferimento paolino all'*actio de arboribus succisis*; riteniamo infatti verosimile che con le parole '*e lege duodecim tabularum de arboribus succisis*' il giurista intendesse richiamare specificamente l'azione di derivazione decemvirale con il suo nome tecnico e non già genericamente un'azione *de arboribus succisis* – come si è invece sostenuto di recente⁹³ –, in quanto la struttura sintattica del frammento consiste in una elencazione, costruita attraverso l'uso ripetuto della disgiuntiva *sive*, dei diversi rimedi processuali concorrenti *ex eodem facto* con l'*actio ex locato*, ciascuno dei quali risulta richiamato utilizzando la relativa denominazione tecnica.

In conclusione occorre ribadire che i frammenti analizzati non ci informano espressamente, come si è potuto constatare, dei criteri elaborati dai *prudentes* al fine di disciplinare il concorso tra le azioni relative al taglio di alberi e l'azione aquiliana, questione che peraltro rappresenta il *focus* delle nostre osservazioni: infatti, se il passo di Paolo, riportato in D. 12.2.28.6 e da ultimo esaminato, richiama il caso del colono '*cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato*', nonché la relativa ipotesi di *concursum actionum*, a titolo esemplificativo e allo scopo di illustrare il principio enunciato nel precedente § 4 della opponibilità

⁹²B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 21, a detta del quale quindi Paolo, alla cui epoca non risulterebbe che la denominazione di tutte le azioni fosse assolutamente univoca, si sarebbe servito dell'espressione abbreviata '*conveniri de arboribus succisis*' in luogo dell'espressione tecnica '*conveniri actione arborum furtim caesarum*'.

⁹³L. DESANTI, '*Caedere*', cit., 154: l'autrice, ricostruendo il contenuto del § 6 alla luce del principio enunciato nei precedenti §§ 4 e 5, ritiene, probabilmente non senza forzare la lettera del frammento, che «le parole *e lege duodecim tabularum de arboribus succisis* [...] *convenietur*, più che indicare il nome dell'azione esperibile nei suoi confronti, sembrerebbero avere il fine di ribadire che essa riguardava pur sempre la medesima *quaestio* oggetto del giuramento, ossia le *arbores succisae*; di modo che il convenuto, per l'appunto, avrebbe potuto sollevare la relativa *exceptio iniurandi*».

della *exceptio iniurandi* anche nei confronti di azioni ulteriori, purché concernenti la *eadem quaestio*, il frammento di Gaio trādito in D. 19.2.25.5 disciplina espressamente nella chiusa non già il concorso tra le *actiones ex delicto* (*actio ex lege Aquilia*, *actio arborum furtim caesarum*, cui si aggiunge l'*interdictum quod vi aut clam*) nascenti *ex eodem facto*, ossia dalla *succisio arborum* ad opera del colono, bensì il concorso tra queste e l'*actio ex locato*.

7. *Alcune 'dissentiones prudentium' sul concorso tra le azioni relative al taglio di alberi e l'actio ex lege Aquilia': Labeone e il cumulo completo*

In riferimento al concorso tra le azioni relative al taglio di alberi e l'*actio ex lege Aquilia* assume specifico rilievo, innanzitutto, un passo tratto dal libro IX del commentario paolino *ad Sabinum* e riportato in D. 47.7.1⁹⁴:

Paul. 9 *ad Sab.* D. 47.7.1: *Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait: sed Trebatius ita utramque dandam, ut iudex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet.*

Il frammento attesta un interessante caso di *ius controversum* configuratosi fra i *prudentes* dell'età augustea riguardo alla regolamentazione del regime del concorso tra le azioni relative al taglio di alberi e l'azione aquiliana nascenti *ex eodem facto*. Stando alla sua versione attuale, nella prima parte (da *Si furtim ad ait*), alla quale

⁹⁴ Sul passo cfr., in particolare, I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 193 s.; C. FERRINI, *Diritto*, cit., 100; ID., *Esposizione*, cit., 141; ID., voce *Illecito*, cit., 696; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 207; A. FLINIAUX, *L'action*, cit., 533 s.; C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 175 e 180; A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 620 s.; O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 353 ss. e 386; B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 18 s.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 235 ss.; E. BETTI, *Lezioni*, cit., 256; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 214 ss.; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 255; O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 34 ss.; P. VOCI, *Azioni*, cit., 8 e nt. 27; J.L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes*, cit., 72; M. FIORENTINI, *Precedenti*, cit., 331; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 150 ss.; O. DILIBERTO, *La satira*, cit., 399 e nt. 42 con bibliografia, 401 s.; R. ARAMBURU CÓRDOBA, *La evolución*, cit., 145 ss.

rivolgiamo per adesso la nostra attenzione, Paolo riferisce che nel caso degli alberi tagliati furtivamente Labeone riteneva esperibili sia l'azione *ex lege Aquilia* sia quella *ex* (sott. *lege*) *duodecim tabularum*.

Il principale problema, che ha diviso la dottrina nell'esegesi di questa parte iniziale, consiste nell'interpretazione delle parole '*ex duodecim tabularum dandam actionem*': si tratta di una questione di non poco conto, dato che la sua soluzione, diretta alla determinazione del tipo di azione per il taglio di alberi, a cui avrebbe fatto riferimento la versione originaria del passo paolino, non può non condizionare anche la individuazione della *ratio decidendi*, che fonda il parere labeoniano favorevole al concorso cumulativo tra l'azione aquiliana e l'azione diretta a sanzionare specificamente il delitto di taglio di alberi.

Se *Pincipit* del passo '*Si furtim arbores caesae sint*' potrebbe portare a ritenere che l'azione in questione sia indubbiamente da identificare con l'*actio arborum furtim caesarum* – ipotesi questa che tra l'altro potrebbe trovare conferma anche nella circostanza che il passo paolino inaugura il titolo 47.7 rubricato appunto «*Arborum furtim caesarum*» – le parole '*ex* (sott. *lege*) *duodecim tabularum*' anteposte alla menzione dell'azione concorrente in via cumulativa con l'*actio 'ex lege Aquilia'* potrebbero fare dubitare della fondatezza di questa proposta ricostruttiva.

Degli studiosi, che, argomentando, in particolare, dal tenore letterale delle parole iniziali, ritengono che la versione originaria di D. 47.7.1 tramite l'espressione '*ex duodecim tabularum dandam actionem*' avrebbe fatto riferimento all'*actio arborum furtim caesarum*, alcuni⁹⁵ sostengono la classicità della locuzione '*ex duodecim tabularum*' in base all'assunto che essa attesterebbe l'origine decemvirale dell'azione pretoria e deporrebbe, altresì, nel senso della esistenza di un'unica azione per il taglio di alberi da identificare, appunto, con l'azione di creazione pretoria, altri⁹⁶,

⁹⁵Cfr., in particolare, A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 620 s.; B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 18 s. e nt. 24; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 150 e nt. 15; condividono il riferimento all'azione pretoria, senza tuttavia soffermarsi sull'origine delle parole '*ex duodecim tabularum*', tra gli altri, C. FERRINI, voce *Illecito*, cit., 696; E. BETTI, *Lezioni*, cit., 256; P. VOGLI, *Azioni*, cit., 8.

⁹⁶In tal senso, in specie E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 207; A. FLINIAUX, *L'action*, cit., 533 s.; invece O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 337, n. 9, ritiene che l'originale avrebbe

procedendo dall'opposta opinione della coesistenza in parallelo durante il periodo classico dell'azione civile e di quella pretoria, invece ipotizzano l'interpolazione della locuzione in questione.

Un'altra parte della dottrina⁹⁷ opta, in senso contrario, per il riferimento dell'originale paolino all'*actio de arboribus succisis*, ritenendo la versione attuale ampiamente rimaneggiata già nelle parole iniziali, con la sostituzione di *caedere* a *succidere* e l'inserimento di *furtim*⁹⁸. Che il passo paolino trattasse originariamente dell'azione civile sarebbe da dedurre, secondo i sostenitori di questa tesi, da diverse circostanze ricavabili, in particolare, dalla restituzione leneliana⁹⁹, che colloca il frammento in questione nel luogo del libro IX *ad Sabinum*, nel quale Paolo doveva verosimilmente occuparsi, dopo il furto (esaminato nello stesso libro IX) e prima del *damnum iniuria datum* (esaminato nel libro X), dell'*actio de arboribus succisis*, essendo i libri *ad Sabinum* notoriamente un'opera di commento allo *ius civile*.

Questa seconda ipotesi ricostruttiva, che peraltro ha trovato ampio seguito anche nella dottrina più recente¹⁰⁰, sembra da condividere. In favore della fondatezza del riferimento dell'originale paolino all'azione civile depongono, infatti, diversi argomenti testuali ricavabili dalla

menzionato entrambe le azioni e che poi i Compilatori avrebbero cancellato l'azione pretoria, ma questa ricostruzione, ipotizzando il riferimento di Paolo a tre azioni, mi sembra difficilmente conciliabile con l'*'utramque dandam'* di Trebazio.

⁹⁷ Cfr., in particolare, I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 193 s.; O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 353 ss. e 386; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 255; O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 34 ss., ritiene che l'azione sul taglio di alberi ivi menzionata sia quella civilistica di origine decemvirale e che la citazione labeoniana potrebbe essere tratta dal commentario di Labeone alle XII Tavole (ID., *Materiali*, cit., 38); C.A. CANNATA, *Sul testo*, cit., 158, nt. 14; J.L. ZAMORA MANZANO, *Precedentes romanos*, cit., 72; M. FIORENTINI, *Precedenti*, cit., 331, sempre in critica all'impostazione ambientalistica di Zamora Manzano; O. DILIBERTO, *La satira*, cit., 399 e nt. 42 con bibliografia, 401 s.

⁹⁸ O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 354 s., va oltre, ritenendo il frammento «un raffazzonamento postclassico dell'originale paolino», considerato l'uso di *dare*, in luogo di *competere*, in riferimento a due azioni civili, e inoltre il fatto che in una trattazione dedicata al delitto di taglio di alberi Paolo avrebbe dovuto menzionare prima l'azione decemvirale, poi l'azione aquiliana.

⁹⁹ O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., 1279, n. 1803.

¹⁰⁰ Vedila citata *supra*, nt. 97.

restituzione leneliana di D. 47.7.1 poc'anzi ricordata. In particolare, la connessione, che la ricostruzione palinogenetica del frammento ipotizza con D. 47.7.5, un altro passo paolino appartenente allo stesso libro IX dei commentari *ad Sabinum*, porta a ritenere che i due frammenti dovessero essere dedicati alla trattazione della medesima materia e che questa verosimilmente dovesse essere costituita dalla disposizione decemvirale relativa all'*actio de arboribus succisis*. A conferma di ciò è da richiamare, oltre alla provenienza dei due frammenti da un'opera di commento allo *ius civile*, in specie la circostanza che in D. 47.7.5.1 si dice che '*Eius actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae*', cioè che quest'azione ha lo stesso fondamento dell'*actio legis Aquiliae*. Sembra verosimile che di *eadem causa* possa fondatamente parlarsi fra l'*actio de arboribus succisis* e l'azione aquiliana, dato che entrambe le azioni erano dirette a colpire un *damnum iniuria datum*, l'azione decemvirale un *arbores iniuria succidere*, l'azione aquiliana un *occidere* o *vulnerare iniuria hominem vel pecudem*¹⁰¹. Peraltro, un valido argomento contrario non sembra che possa essere rappresentato dal fatto che il *principium* di questo passo, occupandosi della definizione del *caedere* ('*Caedere est non solum succidere [...]*'), sia da intendere senz'altro riferito all'azione pretoria. A questo proposito infatti è stato correttamente osservato che Paolo dà questa definizione del termine *caedere* proprio al fine di evidenziarne la maggiore ampiezza semantica rispetto al *succidere*, cioè proprio in funzione del termine *succidere*, «ciò che non avrebbe probabilmente neanche pensato a fare, se il suo punto di partenza non fosse stato dato proprio dalla *succisio arborum*»¹⁰².

Un'ulteriore significativa conferma del probabile riferimento dell'originale paolino all'*actio de arboribus succisis* mi sembra che possa individuarsi nella *ratio decidendi* del parere labeoniano riportato da Paolo e favorevole alla esperibilità cumulativa dell'*actio de arboribus succisis* e

¹⁰¹ O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 354; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 255; *contra* L. DESANTI, *Delitti*, cit., 147 e nt. 9, argomenta dalla letterale allusione del *principium* all'*actio arborum furtim caesarum* il riferimento del § 1 alla medesima azione, ritenendo che l'identità della causa riguarderebbe l'*idem factum* produttivo dell'azione pretoria e dell'azione aquiliana.

¹⁰² O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 354.

dell'*actio ex lege Aquilia*. Sebbene a questo riguardo il passo non sia esplicito, sembra fondato ritenere che il giurista augusteo ammettesse il cumulo delle due azioni in quanto riteneva che esse, sebbene derivassero *ex eodem facto*, perseguissero un diverso scopo, dato che l'azione di derivazione decemvirale era diretta a ottenere la punizione del delitto di taglio di alberi altrui in sé considerato, mentre l'azione aquiliana era diretta a perseguire il danno patrimoniale, che da un simile delitto fosse derivato al proprietario, vittima della *succisio arborum*. Ciò permette quindi di affermare, in linea con autorevole dottrina, che la *ratio*, che giustifica la soluzione labeoniana favorevole al cumulo delle azioni concorrenti, presuppone una nozione di *eadem res* dalla connotazione per così dire 'teleologica'¹⁰³, in quanto l'unità dello scopo fonda l'*eadem res*, e viceversa le azioni concorrenti non si intendono *de eadem re*¹⁰⁴ se, come nel caso in esame, pur derivando *ex eodem facto*, sono date a tutela di diverse sfere di interessi, l'*actio de arboribus succisis* per irrogare la *poena* contro il responsabile della *succisio arborum*, l'*actio ex lege Aquilia* per perseguire il pregiudizio patrimoniale, che ne fosse derivato al proprietario.

8. (Segue). Trebazio, Paolo e il criterio correttivo della 'deductio'

Nella parte che segue di D. 47.7.1 (da *sed* alla fine) Paolo riporta il

¹⁰³ G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 253 ss., ove ampia rassegna testuale, a conclusione della quale l'autore osserva: «la ricerca dell'*eadem res* come identificazione dello scopo comune alle azioni concorrenti appare dunque come una idea guida della giurisprudenza dell'età tardo-repubblicana e del primo secolo dell'Impero» (ID., voce *Concorso*, cit., 255).

¹⁰⁴ Questa nozione di *eadem res* incentrata sull'unità dello scopo perseguito dalle azioni concorrenti fonda la *ratio decidendi* anche di un altro parere labeoniano relativo sempre ad un caso di concorso di *actiones poenales ex eodem facto* e riportato in Ulp. (77) <57> *ad ed.* D. 47.10.15.46. In questo noto passo (sul quale torneremo *infra*, § 10) Labeone, il cui pensiero è citato da Ulpiano, ritiene che l'*actio iniuriarum* e l'*actio ex lege Aquilia* possano cumularsi, trattandosi di azioni, che, pur derivando *ex eodem facto* (si tratta della *verberatio iniuriöse* del servo altrui), non sono *de eadem re*, in quanto l'azione aquiliana è diretta a sanzionare il '*damnum culpa datum*', mentre l'azione di ingiurie la '*contumelia*'.

parere del giurista Trebazio Testa¹⁰⁵, il cui diverso orientamento è evidenziato già dall'uso letterale dell'avversativa *sed*: infatti, secondo il maestro dell'autorevole giurista augusteo, il cumulo delle due azioni era ammesso a condizione che il giudice della seconda azione deducesse dalla relativa *aestimatio* quanto già conseguito dall'attore tramite l'esercizio della prima azione, condannando, quindi, il convenuto soltanto all'eventuale eccedenza.

La *ratio* equitativa di questa ulteriore soluzione sembra evidente: considerato che i giuristi dell'età augustea probabilmente concepiscono le due azioni concorrenti sotto il profilo unitario del risarcimento, la soluzione di Trebazio, rimettendo all'*officium iudicis* la limitazione della seconda azione all'eventuale eccedenza, introduce, infatti, un correttivo alla tesi labeoniana del cumulo 'completo'; se l'esercizio della seconda azione, cioè dell'azione aquiliana, che è la più favorevole per l'attore, è ammesso, considerata l'esiguità della *poena* comminata dall'azione decemvirale, tuttavia ammetterlo per l'intero ammontare della condanna potrebbe comportare un eccessivo arricchimento per la vittima dell'illecito, quindi le due azioni potranno cumularsi almeno sino alla concorrenza fra l'*aestimatio* conseguita con l'azione decemvirale e il quanto di più è possibile ancora ottenere con l'azione aquiliana.

Peraltro, proprio questa parte del frammento paolino ha dato àdito a notevoli difficoltà interpretative. Se una parte della dottrina più antica¹⁰⁶,

¹⁰⁵ Sulla figura di Trebazio Testa e la sua personalità scientifica cfr., oltre al fondamentale saggio di M. TALAMANCA, *Trebazio Testa fra retorica e diritto*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, a cura di G.G. Archi, Milano, 1985, 29 ss., da ultimo C. LEHNE-GSTREINTHALER, *'Iurisperiti et oratores'. Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Köln, 2019, 264 ss. e nt. 1537 con bibliografia.

¹⁰⁶ La critica più risalente generalmente argomenta l'origine giustiniana del principio della *deductio* dalla sua conformità sia al sistema processuale della *cognitio extra ordinem* sia al regime giustiniano del *concursum actionum*, incentrato sull'efficacia preclusiva della *solutio*. In tal senso cfr. in particolare, salvo le peculiari varianti interpretative, *Index Interpolationum ad h. l.*; I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 193 s.; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 211; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 141; ID., voce *Illecito*, cit., 696; C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 175; O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 354; E. BETTI, *Lezioni*, cit., 256. Della dottrina meno recente non condivide la tesi dell'interpolazione in particolare U.

dubitando che già Trebazio potesse avere concepito una riduzione della condanna ad opera del giudice e per di più nell'ambito di un *iudicium stricti iuris*, ha sostenuto l'origine giustiniana del principio della *deductio* ivi richiamato, di recente diversi autori¹⁰⁷ sostengono correttamente la classicità della soluzione richiamata nella chiusa del passo paolino, attribuendone tuttavia la paternità piuttosto che a Trebazio, al pensiero di Paolo.

In precedenti studi¹⁰⁸ ho avuto occasione di approfondire l'utilizzazione del principio della esperibilità dell'azione concorrente nei limiti della eccedenza nelle soluzioni giurisprudenziali relative a casi di concorso dell'azione aquiliana con altre azioni sia reipersecutorie sia penali private, dimostrando che questo principio, prima di assumere una portata generale nel diritto della Compilazione, ha trovato proprio nel pensiero di Paolo la sua applicazione più esplicita e forse anche la sua più compiuta 'sistemazione teorica'¹⁰⁹.

BRASIELLO, *Corso*, cit., 236, che ritiene che Trebazio per limitare il cumulo completo potrebbe aver pensato a qualche rimedio pretorio, anziché giudiziale.

¹⁰⁷ G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 255; M. FIORENTINI, *Precedenti*, cit., 331; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 152, che, ritenendo che l'azione concorrente con l'azione aquiliana sia da identificare con l'*actio arborum furtim caesarum*, individua nella funzione anche riparatoria del rimedio pretorio la *ratio* del correttivo suggerito dal parere di Trebazio.

¹⁰⁸ G. ROSSETTI, *Poena*, cit., 165 ss., 220 ss., 231 ss.; EAD., *'Paul.'*, cit., 249 ss., ove citazioni di fonti e letteratura.

¹⁰⁹ Basti citare Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34pr., un frammento tanto noto quanto discusso, sul quale torneremo specificamente *infra*, § 10, che attesta che Paolo suggerisce di disciplinare il concorso tra l'azione aquiliana e l'azione di ingiurie derivante dalla *verberatio iniuriose* del servo altrui applicando, in una versione generalizzata, il principio dell'*amplius agere*. Tuttavia, non sono da trascurare le applicazioni casistiche, che il principio in questione trova nella giurisprudenza d'età precedente, e in particolare in alcune soluzioni di Giuliano. A questo proposito particolarmente dimostrativo è Iul. 86 *dig.* D. 9.2.47 (la cui connessione con Ulp. 50 *ad Sab.* D. 9.2.46, il passo che lo precede nella Compilazione, ha sollevato diversi problemi ricostruttivi), ove, nel caso del servo prima ferito e poi morto '*ex eo vulnere*', il giurista suggerisce il ricorso all'*exceptio doli mali* al fine di correggere l'eventuale iniquità sostanziale del cumulo completo tra *actio de vulnerato* e *actio de occiso*, così garantendo alla vittima di ottenere tramite il cumulo delle due azioni '*nihil amplius [...], quam consequi*

Verifichiamo adesso l'utilizzazione del principio dell'*amplius agere* nell'*interpretatio* paolina con specifico riferimento al caso del taglio abusivo di alberi.

Vediamo, innanzitutto, D. 44.7.41¹¹⁰, un passo di Paolo escerpito dal libro XXII *ad edictum*, che il Lenel¹¹¹ restituisce al commento paolino della *lex Aquilia*:

Paul. 22 *ad ed.* D. 44.7.41: *Quotiens lex obligationem introducit, nisi nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere. 1. Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur.*

Nel *principium* si afferma con intonazione generalizzante che, quando una legge introduce una nuova obbligazione (con relativa azione), restano in vita le precedenti azioni esperibili per il medesimo titolo, a meno che non siano state esplicitamente soppresse. Il § 1 sposta il discorso, sempre in termini generali, sul caso in cui '*ex eodem facto duae competant actiones*', precisando che in questa ipotesi spetta al giudice adito con la seconda azione fare in modo che l'attore consegua tramite il suo esercizio soltanto l'eccedenza, affinché il cumulo delle azioni concorrenti non superi quantitativamente l'*aestimatio* conseguibile esercitando soltanto l'azione più proficua; nella chiusa, sintatticamente non ineccepibile, si aggiunge infatti che, se la condanna ottenuta con la seconda azione è pari o inferiore a quella già conseguita con la prima azione, l'attore si deve limitare a quanto già ottenuto (cioè la pena minore o uguale si intende assorbita nella pena maggiore)¹¹².

deberet, si initio de occiso nomine egisset: su questi passi cfr., per tutti, L. VACCA, *Eccezione*, cit., 328 ss.

¹¹⁰ Sul passo, con specifico riguardo al § 1, cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, V, cit., 257 s.; I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 198; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 141; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 208 s. e nt. 4; P. VOICI, *Azioni*, cit., 7; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 152 s.

¹¹¹ O. LENEL, '*Palingenesia*', I, cit., 1011, n. 367.

¹¹² Sulla controversa ricostruzione dell'*'id consequatur'* finale cfr. *infra*, nt. 114.

L'intero frammento nella versione attuale ha risentito chiaramente dell'intervento generalizzante dei Compilatori, che, decontestualizzandolo dal luogo originario del commentario paolino *ad edictum*, ove era dedicato, come si è già ricordato, alla *lex Aquilia*, lo hanno inserito in D. 44.7 rubricato «*De obligationibus et actionibus*». Peraltro, il passo presenta diversi indizi testuali della generalizzazione compilatoria, che confermano che verosimilmente è stato oggetto di una importante attività di rimaneggiamento. A questo proposito sono da richiamare, innanzitutto, la formulazione generale sia della 'regola' richiamata nel *principium*, che nella versione originaria probabilmente doveva riferirsi alla *lex Aquilia* e in particolare al problema del rapporto tra le sue disposizioni e quelle preesistenti in materia di danno, sia del principio dell'*amplius agere*, cui si riferisce il § 1, che nell'originale paolino doveva trovare concreta precisazione in due ulteriori ipotesi di concorso formale di *delicta*, che la ricostruzione palinogenetica leneliana, come vedremo fra breve, restituisce nello stesso libro XXII *ad edictum* proprio di seguito a D. 44.7.41.1. Inoltre le pecche sintattiche, che inficiano l'esposizione, sono innumerevoli¹¹³: in riferimento al § 1 basti citare la chiusa '*si tantundem aut minus, id consequatur*', che vorrebbe enunciare la regola dell'assorbimento, ma la eccessiva genericità della sua formulazione letterale ne ha comportato ricostruzioni contrastanti¹¹⁴.

Sebbene una parte della dottrina tradizionale¹¹⁵, considerati i diversi profili di rimaneggiamento, che inficiano il § 1, ne abbia ipotizzato l'origine compilatoria, riteniamo, in senso contrario, che si possa

¹¹³ Per una loro puntuale rassegna si rinvia a P. VOCI, *Azioni*, cit., 7.

¹¹⁴ All'interpretazione prevalente, e da noi condivisa, che ritiene che queste parole siano da intendere nel senso che è rimesso al giudice adito con la seconda azione il potere di dare concreta attuazione alla regola dell'assorbimento, limitando l'esercizio della seconda azione all'eccedenza, si oppone una tesi minoritaria che, sulla base del rilievo che '*reliqua actione*' significherebbe non l'azione esercitata, ma quella che si lascia da parte, ipotizza che già nel primo giudizio il giudice avrebbe dovuto adoperarsi affinché l'attore ottenesse anche '*quo plus sit in reliqua actione*': così I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 198. Cfr. anche F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, V, cit., 257 s.

¹¹⁵ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, V, cit., 257 s.; I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 198; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 141; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 208 s.

sostenere con sufficiente fondatezza la sostanziale paternità paolina del principio dell'*amplius agere* ivi richiamato¹¹⁶.

Come si è già anticipato, il Lenel (Paul. 367) nel libro XXII del commentario *ad edictum* paolino restituisce dopo D. 44.7.41 due passi, D. 47.7.11 e D. 47.8.1, che riportano due ipotesi particolari di concorso di azioni penali *ex eodem facto* verosimilmente attinenti al principio dell'assorbimento, già enunciato nei suoi termini generali in D. 44.7.41.1: si tratta del concorso tra azione relativa al taglio di alberi e azione aquiliana e del concorso tra *actio furti nec manifesti* e *actio vi bonorum raptorum*.

Rivolgiamo innanzitutto la nostra attenzione alla fattispecie di concorso richiamata in D. 47.7.11¹¹⁷, considerata la sua attinenza all'oggetto di questo paragrafo:

Paul. 22 *ad ed.* D. 47.7.11: *Sed si de arboribus caesis ex lege Aquilia actum sit, interdicto quod vi aut clam reddito absolvetur, si satis prima condemnatione¹¹⁸ gravaverit reum, manente nihilo minus actione ex lege duodecim tabularum.*

Il frammento, stando alla sua versione attuale, esordisce dicendo che, se nel caso del taglio di alberi altrui si è già esercitata l'*actio ex lege Aquilia* e si è ottenuta la relativa condanna, il responsabile, ulteriormente raggiunto dall'interdetto *quod vi aut clam*, nel processo interdittale sarà assolto, rimanendo tuttavia esperibile l'azione che deriva dalla legge delle XII Tavole.

¹¹⁶ In tal senso cfr., in particolare, P. VOCI, *Azioni*, cit., 7, che, senza escludere l'interpolazione formale del passo, ritiene che la soluzione dell'assorbimento appartenga a Paolo, anche se «ebbe successo solo in diritto giustiniano» (Id., *Azioni*, cit., 14) e, da ultimo, L. DESANTI, *Delitti*, cit., 153.

¹¹⁷ Sul passo si segnalano I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 194; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 140; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 213 ss.; C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 176; A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 614; O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 355 s. e 386 s.; B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 20; E. BETTI, *Lezioni*, cit., 256 s.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 236; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 214 ss.; P. VOCI, *Azioni*, cit., 7 s.; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 153 s.; R. ARAMBURU CÓRDOBA, *La evolución*, cit., 117 ss.

¹¹⁸ TH. MOMMSEN, corr. *condemnatio*.

La ricostruzione del contenuto originale del passo ha sollevato in dottrina non poche difficoltà, dato che la sua versione attuale è verosimilmente il prodotto di una mal riuscita abbreviazione compilatoria¹¹⁹.

Il frammento è «un tessuto di emblemi»¹²⁰: dall'interpolazione, unanimemente riconosciuta¹²¹, dell'inciso '*si satis-reum*', alla espunzione dall'originale, condivisa specie dalla critica più risalente, dell'intera frase finale, da *manente in poi*¹²², oppure soltanto delle parole '*ex lege duodecim tabularum*'¹²³.

Senza escludere le diverse mende formali, che inficiano il frammento, riteniamo tuttavia che il suo contenuto sostanziale sia da attribuire al pensiero di Paolo. Come si è correttamente precisato¹²⁴, il *sed* iniziale distingue la soluzione, che prevede la possibilità di ottenere l'eccedenza con la seconda azione – enunciata in D. 44.7.41.1 – dalla soluzione riportata in D. 47.7.11, che prevede l'esclusione del cumulo tra l'azione aquiliana, esercitata per prima, e l'interdetto *quod vi aut clam*: il reo, già condannato *ex lege Aquilia*, deve essere assolto nel processo

¹¹⁹ P. VOICI, *Azioni*, cit., 8.

¹²⁰ C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 140, nt. 2.

¹²¹ Cfr., *ex plurimis*, a partire da I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 194; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 213, nt. 4 con letteratura; A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 614; B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 20, nt. 18; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 236; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 216; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 154, nt. 26.

¹²² E. BETTI, *Lezioni*, cit., 257; O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 355, che, ritenendo che la parte finale del frammento alludesse all'azione civile di derivazione decenvirale, ipotizza che la parte iniziale nell'originale recasse *succisis*, sostituito poi dai Compilatori con *caesis*; P. VOICI, *Azioni*, cit., 8, che sottolinea la difficile interpretazione del 'rimanere' dell'*actio de arboribus succisis* e lo stile compilatorio dell'ablativo assoluto posto alla fine del passo.

¹²³ L'interpolazione dell'inciso '*ex lege duodecim tabularum*' è ipotizzata, in particolare, da E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 213 s.; A. FLINIAUX, *L'action*, cit., 535 s., che suppongono che la parte finale del frammento si riferisse originariamente all'*actio arborum furtim caesarum*, alla cui menzione i Compilatori avrebbero anteposto le parole '*ex lege duodecim tabularum*' per un mero scrupolo arcaicizzante.

¹²⁴ P. VOICI, *Azioni*, cit., 7 s.

interdittale¹²⁵, ma è fatta salva per l'attore la possibilità di esercitare anche l'azione per il taglio di alberi di derivazione decemvirale.

Una parte della dottrina¹²⁶ ipotizza, anche di recente, che l'azione richiamata nella parte finale di D. 47.7.11 sarebbe verosimilmente l'*actio arborum furtim caesarum* di derivazione decemvirale e che Paolo nella parte finale del testo ne ammetterebbe l'esperibilità in via cumulativa con l'*actio ex lege Aquilia*, sia pure nei limiti dell'eventuale eccedenza, che l'attore con tale azione avrebbe potuto ottenere rispetto a quanto già conseguito tramite il preventivo esercizio dell'azione aquiliana.

Di questa ipotesi ricostruttiva non convince l'idea che l'originale paolino nella sua parte finale avrebbe richiamato l'*actio arborum furtim caesarum*, esplicitandone tramite le parole '*ex lege duodecim tabularum*' la derivazione decemvirale.

Sembra più corretto ritenere che nella versione originaria del passo le parole '*actione ex lege duodecim tabularum*' richiamassero piuttosto l'*actio de arboribus succisis* e che nella parte finale del frammento Paolo facesse quindi riferimento all'azione civile (esplicitandone la derivazione decemvirale)¹²⁷ al fine di evidenziare – stando alla lettera del testo – che quest'azione, a differenza del rimedio interdittale, poteva cumularsi con l'*actio ex lege Aquilia* preventivamente esercitata.

¹²⁵ *Contra* U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 236, ritiene che l'assoluzione del reo nel processo interdittale escludesse la condanna in base alla *lex Aquilia*, «non essendovi più il danno».

¹²⁶A. BERGER, *Vi sono nei Digesti*, cit., 614; B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 20; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 216; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 154, che peraltro sostengono la classicità della locuzione '*ex lege duodecim tabularum*', in quanto essa attesterebbe l'origine decemvirale dell'azione pretoria richiamata nella chiusa dell'originale paolino e più in generale deporrebbe nel senso dell'esistenza nel periodo classico di un'unica azione per il taglio di alberi da identificare, appunto, con l'azione di creazione pretoria.

¹²⁷ Il riferimento all'azione decemvirale è ipotizzato, salvo le diverse prospettive interpretative, da O. CARRELLI, *I delitti*, cit., 355 s.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 236; P. VOCI, *Azioni*, cit., 8; C.A. CANNATA, *Sul testo*, cit., 30, nt. 14. Peraltro, le parole iniziali '*si de arboribus caesis*' non sembrano costituire un'obiezione decisiva alla fondatezza del riferimento all'azione civile, dato che non è da escludere che i Compilatori, considerata la definitiva scomparsa in diritto giustiniano dell'azione di derivazione decemvirale, possano avere frettolosamente sostituito a '*arboribus succisis*' '*arboribus caesis*', dimenticando di inserire *furtim*: sul punto cfr. O. CARRELLI, *op. loc. ult. cit.*

Peraltro, non è da escludere che Paolo, al fine di correggere equitativamente il cumulo completo delle azioni concorrenti – soluzione probabilmente prevalsa *'post magnas varietates'* nella giurisprudenza tardo classica, a prestare fede al già ricordato¹²⁸ D. 44.7.32 e la cui versione originaria il Lenel¹²⁹ a ragione restituisce specificamente al concorso tra l'*actio ex lege Aquilia* e le azioni relative al taglio di alberi – applicasse anche al caso esaminato nel frammento 11 il principio dell'*amplius agere*, limitando quindi l'esercizio della seconda azione, l'*actio de arboribus succisis*, all'eventuale eccedenza. Sebbene il passo non contenga alcun riferimento esplicito a questo principio, una simile ricostruzione potrebbe trovare una solida conferma testuale nella circostanza che la soluzione del cumulo limitato all'eccedenza risulta attestata espressamente sia in D. 44.7.41.1 sia in D. 47.8.1, i frammenti paolini che, come abbiamo ricordato, ai sensi della restituzione leneliana rispettivamente precedono e seguono D. 47.7.11.

9. *Sul concorso di 'actiones poenales ex uno facto' e il cumulo limitato all' 'amplius agere' in Paolo: in particolare il concorso tra rapina e 'furtum nec manifestum'*

Come si è già anticipato, oltre che in materia di taglio abusivo di alberi altrui, anche in altri casi di concorso di *actiones poenales ex eodem facto* Paolo suggerisce di attenuare il cumulo delle azioni concorrenti, ammesso senza limiti da altri giuristi, limitando l'esercizio della seconda azione all'eventuale eccedenza.

Ripercorriamo brevemente i casi più significativi al fine, non soltanto di approfondire l'utilizzazione nell'*interpretatio* paolina della 'regola' dell'*amplius agere*, ma anche di verificare in via testuale la presenza fra i *prudentes*, in riferimento alla regolamentazione di queste ipotesi di concorso, di ampie divergenze interpretative.

¹²⁸ Cfr. *supra*, § 1.

¹²⁹ O. LENEL, *'Paltingenesid'*, I, cit., 268, n. 30.

Vediamo, innanzitutto, D. 47.8.1, il frammento paolino, che il Lenel¹³⁰, come abbiamo già detto, restituisce nel libro XXII *ad edictum* di seguito a D. 47.7.11:

Paul. 22 *ad ed.* D. 47.8.1: *Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum. sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti: si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur.*

In dottrina¹³¹ questo passo generalmente è esaminato unitamente a Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 47.2.89(88)¹³²:

¹³⁰ O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., 1011, n. 367.

¹³¹ Sui due frammenti paolini cfr., secondo la nostra prospettiva d'indagine, in particolare I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 199; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 139 e 229; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 194 ss.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 232 ss.; M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno temuto e di rapina nel diritto romano*, Padova, 1969, 437 ss.; L. VACCA, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'*, Milano, 1972, 125 ss., ora in *Delitti*, cit., 175 ss. (e da qui cit. nel prosieguo di questo contributo); EAD., *Delitti*, cit., 234 s., nt. 52; P. VOICI, *Azioni*, cit., 8; L. DESANTI, *Rapina, furto flagrante e furto non flagrante*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 22, 2008, 72 s., 75 s., 78 s.; EAD., *Delitti*, cit., 165 ss. Ulteriore letteratura nel prosieguo di questo paragrafo.

¹³² Secondo la ricostruzione palingenetica di O. LENEL, *'Palingenesia'*, I, cit., 959, nn. 54 e 55, il *liber singularis de concurrentibus actionibus* avrebbe contenuto due parti, che, nel contesto della compilazione giustiniana, avrebbero poi costituito due distinti frammenti: Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34 (O. LENEL, Paul., n. 54) e Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 47.2.89 (O. LENEL, Paul., n. 55). Il primo passo attesta una variegata casistica, nonché un articolato dibattito giurisprudenziale, sul concorso dell'*actio ex lege Aquilia* con altre azioni sia penali private – nell'ottica delle nostre osservazioni riveste un interesse prioritario la fattispecie richiamata nel *principium* del concorso tra *actio ex lege Aquilia* e *actio iniuriarum* conseguente alla *verberatio iniuriose* del servo altrui, sulla quale cfr. specificamente *infra*, § 10 – sia *ex contractu*; il secondo testo, della cui analisi si occupa il presente paragrafo, riguarda un caso di concorso formale fra la rapina e il furto discendente dalla sottrazione violenta di beni altrui. Sebbene non sia questa la sede per approfondire la questione dell'autenticità delle opere monografiche attribuite a Paolo (nello specifico, la dottrina discute se queste siano state effettivamente scritte dallo stesso giurista – così, in particolare, già U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 228 e la maggioranza della dottrina più recente – oppure costituiscano 'estrapolazioni' dalle opere maggiori fatte da anonimi dell'età postclassica – come

Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 47.2.89(88): *Si quis egerit vi bonorum raptorum, etiam furti agere non potest: quod si furti elegerit in duplum agere, potest et vi bonorum raptorum agere sic, ut non excederet quadruplum.*

Se è pacifico che in entrambi i frammenti venga in considerazione un caso di concorso formale fra il delitto di rapina e il delitto di furto, e quindi fra le relative *actiones poenales*, essendo l'*idem factum* rappresentato dalla sottrazione violenta di beni altrui¹³³, e se sembra particolarmente evidente che in D. 47.8.1 Paolo consideri un caso di concorso tra l'*actio vi bonorum raptorum* e l'*actio furti nec manifesti*, si è discusso se questa ipotesi di concorso possa ritenersi richiamata anche in D. 47.2.89, dato che in quest'ultimo passo il *raptor* non è espressamente qualificato come *fur nec manifestus*.

In riferimento a quest'ultimo problema, che peraltro interseca la *vexata quaestio* della configurabilità del *raptor* come *fur manifestus* o *fur nec*

ritiene, tra gli altri, A. GUARINO, *Appunti sull'ignorantia iuris' nel diritto penale romano*, in ZSS, 61, 1944, 214 ss.; ID., *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, 1982, 234), si è fondatamente sostenuto che il *liber singularis de concurrentibus actionibus*, se autentico, costituirebbe «una prova che, nel pensiero giuridico del terzo secolo, la problematica del concorso di azioni aveva raggiunto un'autonomia concettuale e costituiva il consapevole centro di unificazione di un'ampia e complessa casistica giurisprudenziale» (G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 257); in senso adesivo cfr., da ultimo, P. CERAMI, *'Vulneratio'*, cit., 590.

¹³³ Infatti secondo la tesi prevalente la rapina, nella concezione della giurisprudenza classica, arrivò a integrare un'ipotesi di furto aggravato, essendo la sottrazione dei beni altrui qualificata dalla violenza; a questo riguardo basti ricordare la celebre concezione, probabilmente risalente a Giuliano, del *raptor* come *fur improbius* attestata in diversi frammenti giurisprudenziali: cfr., in particolare, Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.8.2.10; Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.2.14.12; Gai 3.209. Sui complessi problemi, che l'interpretazione di questi passi solleva, nonché sulla nozione di 'violenza' come elemento qualificante della rapina – come attesta Ulp. 56 *ad ed. D.* 47.9.3.5 l'uso della violenza infatti era insito nella voce *rapi*, mentre la voce *amovere* ne poteva prescindere – e sulla delicata questione dei rapporti tra rapina e furto cfr., per tutti, L. VACCA, *Ricerche*, cit., 126 ss. e 152 ss. con approfondita discussione della letteratura.

*manifestus*¹³⁴, la dottrina prevalente¹³⁵ propende per la soluzione affermativa generalmente in base al rilievo che in entrambi i frammenti, e quindi anche in D. 47.2.89, Paolo si sarebbe occupato del caso specifico del *raptor* sfuggito alla cattura, e quindi *fur nec manifestus* in quanto *non deprehensus*, essendo questa l'ipotesi più comune nella prassi e più significativa nella riflessione giurisprudenziale.

Pur condividendo questo orientamento interpretativo nelle sue linee generali, sembra opportuno rilevare che due ulteriori e specifici argomenti testuali depongono in favore della possibilità di riferire al furto non flagrante anche il caso di concorso considerato nel frammento 89. In primo luogo vi è da osservare che Paolo, quando considera in questo passo l'ipotesi, che prevede il preventivo esercizio dell'azione di furto, afferma espressamente che l'attore ha scelto di esercitare per prima l'*actio furti in duplum* ('*quod si furti elegerit in duplum agere*'), e quest'azione era diretta a sanzionare, com'è noto, il *furtum nec manifestum*.

¹³⁴ La dottrina maggioritaria ritiene correttamente che sia probabile che il *raptor* – considerata la concezione giurisprudenziale classica della flagranza incentrata sulla *deprehensio* del *fur* e attestata, ad esempio, in Gell. *noct. Att.* 11.18.11; Gai 3.184; Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.3pr.; Coll. 7.5.3 – venisse inteso nelle fonti giurisprudenziali sia come *fur manifestus* sia come *fur nec manifestus* a seconda che fosse catturato o meno: su questi temi, dalla letteratura sterminata e il cui approfondimento esula dal nostro specifico profilo d'interesse, cfr. di recente, anche per i relativi riferimenti testuali e bibliografici, L. DESANTI, *Rapina*, cit., *passim*; M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi sviluppi vicende*, Napoli, 2008, 272 ss.

¹³⁵ Cfr., *ex plurimis*, E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 195 s., che va oltre, ipotizzando che la generale identificazione del *raptor* con il *fur nec manifestus*, di cui in D. 47.8.1, sarebbe dovuta a un successivo rimaneggiamento compilatorio, che avrebbe generalizzato il contenuto del passo, eliminando il riferimento alla mancata *deprehensio* probabilmente presente nell'originale paolino; M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 439 ss., che segue il Levy, pur dubitando della riferibilità del frammento 89 al *furtum nec manifestum* (ID., *Ricerche*, cit., 439, nt. 186); L. VACCA, *Ricerche*, cit., 175 ss., che tuttavia precisa che «il caso più comune era rappresentato dall'ipotesi in cui il soggetto passivo, proprio a causa della violenza impiegata dal *raptor*, non poteva reagire, e questi si dileguava impunito» (EAD., *Ricerche*, cit., 176); da ultimo, con ulteriore letteratura, L. DESANTI, *Rapina*, cit., 78; EAD., *Delitti*, cit., 163 e 166, che però non condivide l'interpolazione ipotizzata dal Levy della prima parte di D. 47.8.1, ritenendo che il presupposto della mancata *deprehensio* del *fur* potesse essere dato per implicito dallo stesso Paolo.

Inoltre il riferimento all'*actio furti nec manifesti* è per così dire necessitato dalla peculiare soluzione che il giurista suggerisce per disciplinare il caso di concorso riportato nel frammento 89: infatti, dato che questa soluzione consiste nella 'regola' dell'assorbimento della pena minore nella pena maggiore, la esemplificazione del relativo *modus operandi* richiedeva che venissero richiamate azioni dirette a perseguire pene di diversa entità, appunto il quadruplo e il doppio, come nel caso, rispettivamente, dell'*actio vi bonorum raptorum* e dell'*actio furti nec manifesti*¹³⁶.

Una volta chiarito che è verosimile che Paolo consideri un caso di concorso tra l'azione di rapina e l'azione di furto non flagrante anche nel frammento 89, e che una simile ipotesi interpretativa trova una conferma testuale non trascurabile proprio nella circostanza che il criterio suggerito dal giurista per disciplinare questo caso di concorso consiste nel principio dell'*amplius agere*, occupiamoci specificamente di questo principio, che peraltro è richiamato anche nel frammento 1.

Stando alla versione attuale dei due passi, la soluzione suggerita da Paolo per regolare il concorso tra *actio vi bonorum raptorum* e *actio furti nec manifesti* si differenzia a seconda dell'ordine temporale di esercizio delle azioni concorrenti: se è esercitata per prima l'azione di rapina, *in quadruplum*, l'azione di furto non flagrante, *in duplum*, '*deneganda est*'¹³⁷; se, viceversa, è l'azione di furto non flagrante ad essere esercitata per prima, può essere esperita anche l'azione di rapina, ma limitatamente all'eventuale eccedenza, che l'attore tramite il suo esercizio possa ancora conseguire (in aggiunta a quanto già ottenuto nel primo giudizio) senza però oltrepassare il quadruplo, che rappresenta il *quantum* della *aestimatio* assicurato dall'azione più favorevole. Come si può osservare, il giurista,

¹³⁶ In tal senso cfr., in particolare, L. DESANTI, *Rapina*, cit., 79, nt. 39, che evidenzia, altresì, che l'ipotesi del concorso tra azione di rapina e azione di furto flagrante, entrambe con pena nel quadruplo, avrebbe assunto scarso rilievo in vista della esemplificazione del *modus operandi* della regola dell'assorbimento richiamata nella chiusa dello stesso frammento, dato che, trattandosi di azioni entrambe con pena nel quadruplo, alla luce di questa regola l'esperimento dell'una avrebbe semplicemente precluso l'esercizio dell'altra.

¹³⁷ Così si esprime il frammento 1, mentre il frammento 89 recita: [...] *etiam furti agere non potest*. Sul punto cfr. specificamente *infra*, in questo paragrafo.

se l'azione esercitata per prima è quella con *litis aestimatio* meno vantaggiosa (quindi l'azione di furto non flagrante), ne ammette il cumulo con l'azione di rapina, ma lo attenua equitativamente, affinché tramite l'esercizio cumulativo delle azioni concorrenti l'attore non possa conseguire più di quanto avrebbe ottenuto se fin dall'inizio avesse esercitato l'azione di rapina, che è quella più favorevole.

La dottrina più antica¹³⁸ ha sostenuto generalmente l'origine giustiniana del principio dell'*amplius agere* – ritendolo espressione sia della concezione quantitativa della *poena*, d'indubbia matrice giustiniana, sia del nuovo criterio regolatore del regime giustiniano del *concursum actionum* incentrato non più sull'effetto consuntivo della *litis contestatio*, ma sull'efficacia preclusiva della *solutio* – e di conseguenza ha ipotizzato la natura insitica delle frasi finali dei due passi: '*ut tamen id quod amplius in ea est consequatur*' (frammento 1) e '*ut non excederet quadruplum*' (frammento 89). Nello specifico, secondo questa tesi più risalente, essendo l'azione di rapina e l'azione di furto non flagrante *de eadem re*, sanzionando esse la medesima lesione giuridica e configurando pur sempre la rapina un caso di furto, l'originale paolino in entrambi i passi ne avrebbe attestato il concorso alternativo indipendentemente dall'azione esercitata per prima, dato che in diritto classico l'attore, esercitando una delle azioni concorrenti, provoca necessariamente l'estinzione dell'altra per tutto il suo ammontare, operando appunto l'effetto consuntivo della *litis contestatio*, mentre sarà il diritto giustiniano a introdurre il principio dell'assorbimento della pena minore nella pena maggiore, che comporta l'estinzione dell'*actio* sino alla reale misura del concorso¹³⁹.

La tesi interpolazionistica peraltro ha trovato una puntuale confutazione critica nella magistrale analisi dedicata dal Levy¹⁴⁰ alla ricostruzione della versione originale dei nostri frammenti. In particolare, la premessa da cui parte l'insigne studioso è che l'azione di

¹³⁸ Cfr., *ex plurimis*, I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 199; F. EISELE, *Zur Lehre*, cit., 351, 379 e 391 ss.; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 139 e nt. 4, 229 e nt. 6; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927, 298, ora in *AUPA*, 12, 1929, 460; L. VACCA, *Ricerche*, cit., 180 s. e nt. 82 con letteratura.

¹³⁹ Sul punto ampiamente F. EISELE, *Zur Lehre*, cit., 320 ss.

¹⁴⁰ E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 194 ss.

rapina e l'azione di furto non manifesto non possano ritenersi *de eadem re*, in quanto, pur configurando la rapina un'ipotesi di furto qualificato, si tratta di azioni, che sanzionano la lesione di due distinte norme giuridiche. Di conseguenza Paolo non avrebbe potuto dire nel frammento 89 che chi ha esercitato l'*actio vi bonorum raptorum* 'etiam furti agere non potest', non potendo la consunzione civile operare in riferimento ad *actiones* che non sono *de eadem re*. Lo studioso propone, quindi, l'espunzione del 'non' dalla prima parte del frammento 89; Paolo, nella versione originale del passo, avrebbe pertanto ammesso l'esperibilità dell'*actio furti*, una volta esercitata l'azione di rapina, ma il pretore per motivi di equità avrebbe provveduto a impedire il cumulo delle due azioni, denegando l'azione di furto; quindi il frammento 89 andrebbe integrato – prosegue l'autore¹⁴¹ – con la frase «*sed denegatur ei furti actio*» similmente a quanto attesta espressamente il frammento 1 '*deneganda est furti*'¹⁴². In riferimento al preventivo esperimento dell'*actio furti nec manifesti* il Levy¹⁴³, pur condividendo con la dottrina maggioritaria le diverse mende formali, che inficiano la chiusa di entrambi i passi, ritiene

¹⁴¹ E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 199, che definisce questo procedimento di consunzione pretoria, nel quale l'effetto preclusivo opera a seguito della *denegatio actionis*, «nachträgliche mittelbare Konsumption» (ID., *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 200); in senso totalmente adesivo M. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 437 s.

¹⁴² Sul punto cfr. i recenti rilievi critici di S. SCIORTINO, '*Denegare iudicium*' e '*denegare actionem*', in *AUPA*, 58, 2015, 232 s., nt. 114, che, ritenendo che nelle fonti giuridiche la voce '*denegare actionem*' risulterebbe impiegata quando si vuole indicare la duplice possibilità per il pretore di rifiutare la formula all'attore o di concedere una formula munita di *exceptio* per salvaguardare la posizione del convenuto, ipotizza che questa seconda possibilità sarebbe stata richiamata da Paolo quando nel frammento 1 il giurista suggerisce la *denegatio* dell'*actio furti* ('*deneganda est furti*') dopo che è stata esercitata l'azione di rapina, aggiungendo che «da mancata attestazione dell'*exceptio* potrebbe essere al più un segnale della sua scarsa diffusione nella prassi; una volta esperita l'*actio vi bonorum raptorum*, il magistrato giudicante avrebbe di norma denegato l'*actio furti nec manifesti*».

¹⁴³ E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 199 ss., che in riferimento alla chiusa del frammento 1 nota lo strano uso di '*tamen*', la forma inusuale '*amplius in ea (actione) est*', la mancanza di soggetto, invece a proposito della parte finale del frammento 89 rileva l'errata *consecutio temporum*, il soggetto indeterminato, nonché la presenza della forma verbale '*excedere*' impiegata spesso in materia di compensazione.

che si debba riconoscere la genuinità sostanziale della regola dell'assorbimento ivi attestata e la sua riconducibilità al pensiero di Paolo: in questa ipotesi il giurista avrebbe quindi ammesso l'esercizio cumulativo dell'azione di rapina, che pertanto non sarebbe stata denegata, a condizione che l'attore si fosse impegnato a restituire quanto già ottenuto con l'azione meno lucrativa precedentemente esercitata.

Della interpretazione più risalente, che sostiene, come si è visto, che nell'originale paolino la consunzione civile tra l'*actio vi bonorum raptorum* e l'*actio furti nec manifesti* sarebbe ammessa sempre e indipendentemente dall'azione esercitata per prima, non può essere condivisa la premessa teorica, ovvero il rilievo che le azioni concorrenti, trattandosi di azioni penali *ex eodem facto*, sarebbero azioni *de eadem re*.

Sembra infatti preferibile ritenere in senso contrario che, sebbene l'*actio vi bonorum raptorum* e l'*actio furti nec manifesti* derivano *ex eodem facto*, ossia dalla sottrazione violenta di beni altrui, l'*unum factum* non comporti in tale caso la sussistenza dell'*eadem res*, dato che si tratta di *actiones poenales* dirette a tutelare due distinte sfere di interessi e pertanto a sanzionare due diverse tipologie di lesione giuridica: l'azione di rapina, oltre che la lesione della proprietà, anche la violenza personale, mentre l'azione di furto soltanto la lesione della proprietà¹⁴⁴. Trattandosi di *actiones*, che non sono *de eadem re*, probabilmente Paolo ne ammetteva quindi il cumulo, ma suggeriva, altresì, di attenuarne il rigore alla luce di una valutazione equitativa degli interessi delle parti del processo e probabilmente tramite il ricorso ai peculiari meccanismi della consunzione pretoria (*denegatio actionis*) o giudiziale (*exceptio doli*), dato che l'applicazione del cumulo completo avrebbe potuto penalizzare eccessivamente il *raptor*. Secondo le parole finali dei due frammenti, da considerare indubbiamente rimaneggiate sul piano formale, ma il cui contenuto riteniamo che possa verosimilmente essere ricondotto al pensiero di Paolo¹⁴⁵, l'azione di

¹⁴⁴ Riprendo nel testo, condividendolo, un rilievo di C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 139 e nt. 4, sebbene lo studioso propenda per l'interpolazione della chiusa del frammento 1; *contra* L. VACCA, *Ricerche*, cit., 182.

¹⁴⁵ Nel senso della classicità sostanziale delle parole finali dei due passi e della loro verosimile paternità paolina cfr. C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 176; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 194 ss.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 232 ss.; M. BALZARINI, *Ricerche*,

rapina e l'azione di furto potranno quindi cumularsi almeno sino alla concorrenza fra l'*aestimatio* conseguita con l'azione di furto e il *quod amplius*, che è ancora possibile ottenere esercitando l'azione di rapina.

10. (*Segue*). *Il caso della 'verberatio iniuriose' del servo altrui*

Un altro caso di concorso di *actiones poenales ex uno facto*, che Paolo suggerisce di disciplinare applicando il criterio dell'*amplius agere* in una versione che, come vedremo, risulta 'generalizzata', riguarda il soggetto, '*qui servum alienum iniuriose verberat*', e viene in considerazione nel *principium* di D. 44.7.34¹⁴⁶, il frammento paolino che il Lenel (Paul., nn. 54 e 55)

cit., 438 s.; L. VACCA, *Delitti*, cit., 234 s., nt. 52, che rivede l'iniziale adesione alla tesi interpolazionistica; P. VOCI, *Azioni*, cit., 8; L. DESANTI, *Rapina*, cit., 78 s.; EAD., *Delitti*, cit., 167.

¹⁴⁶ Su Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34pr. cfr., in particolare, F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, V, cit., 267, nt. b) e 276, nt. m); F. SERAFINI, *Della concorrenza dell'azione della legge Aquilia colle azioni contrattuali. Saggio di interpretazione della l. XXXIV § II Dig. 'de obligationibus et actionibus'*, in *AG*, 18, 1877, 111 ss. e 113, nt. 9; I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 195 ss.; C. FERRINI, *Esposizione*, cit., 139 s.; G. ROTONDI, *Dalla 'Lex Aquilia' all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche*, in *Scritti giuridici*, II. *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, a cura di E. Albertario, Pavia, 1922, 483, nt. 1; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 182 ss.; G. SEGRÈ, *Obbligazioni*, I, cit., 267 ss.; ID., *Obbligazioni*, II, cit., 223 ss.; G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 178 s., nt. 1; C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 175 ss.; C. FERRINI, voce *Illecito*, cit., 695 s.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 227 ss.; E. BETTI, *Lezioni*, cit., 254 ss.; F. RABER, *Grundlagen klassischer Iniurienansprüche*, Wien-Köln-Graz, 1969, 110 ss.; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 80 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 73 s. e 264; L. VACCA, *Ricerche*, cit., 132, nt. 86; R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Iniurienklage*, in *ZSS*, 91, 1974, 294 ss.; H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht*², cit., 36; L. VACCA, *Delitti*, cit., 231 s.; A.M. GIOMARO, "Cautiones", cit., 185 s., 194 e 263 ss.; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 257 e 262; B. BONFIGLIO, "Corruptio", cit., 148 ss.; P. VOCI, *Azioni*, cit., 8 ss.; M. MIGLIETTA, "Servus dolo occisus". *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'*, Napoli, 2001, 274 s. e nt. 195; M.F. CURSI, 'Iniuria', cit., 120 ss.; EAD., 'Dammum', cit., 51 ss.; C. VENTURINI, 'Bis idem', cit., 407 e nt. 12; L. VACCA, *Eccezione*, cit., 362 ss.; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 175 ss.; C.A. CANNATA, *Il danno*, cit., 16 ss.; V. MANNINO, *L'exceptio*, cit., 541 ss. Mi permetto di aggiungere anche G. ROSSETTI, 'Poena', cit., 214 ss., cui si rinvia specialmente per l'approfondimento dei problemi interpretativi

restituisce unitamente a Paul. D. 47.2.89, già esaminato nel paragrafo precedente, al contenuto originario del *liber singularis de concurrentibus actionibus*¹⁴⁷:

Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34pr.: *Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum: iniuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa et ideo possunt utraeque competere. sed quidam altera electa alteram consumi. alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi*¹⁴⁸.

Nella parte iniziale del passo (*qui-competere*)¹⁴⁹ Paolo afferma che, nel caso del servo altrui colpito con i *verbera*¹⁵⁰ al fine di arrecare *iniuria* al *dominus*¹⁵¹, la commissione di un *unum factum* integra due distinte

sollevati dal *principium* paolino non trattati in questa sede in quanto non strettamente inerenti al profilo d'interesse assunto.

¹⁴⁷ Sul punto cfr. *supra*, nt. 132.

¹⁴⁸ [*hoc exsequi*] <*postea consequi*> corr. TH. MOMMSEN, *Editio minor*: sul punto C.A. CANNATA, *Il danno*, cit., 16, nt. 12.

¹⁴⁹ La critica interpolazionistica, che si è esercitata a lungo sul *principium* paolino, ha rilevato già in questa parte iniziale varie mende, specie di tipo formale, che generalmente si sono ritenute addebitabili ad un tentativo di risistemazione complessiva del passo operato dai giustiniani: a questo proposito cfr., oltre gli autori citati nell'*Index Interpolationum sub 'iniuria enim ex affectu-competere'*, in particolare E. BETTI, *Lezioni*, cit., 255; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 228; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., 80 ss., che considera spurio, peraltro senza addurre argomentazioni convincenti, tutto il *principium*, da *iniuria enim* alla fine.

¹⁵⁰ La forma verbale *verberare*, che – come precisa C.A. CANNATA, *Il danno*, cit., 16, nt. 13 – significa 'frustare', si trova impiegata nello speciale editto '*de iniuriis quae servis fiunt*', già ricordato *supra*, nt. 31.

¹⁵¹ Si tratta di una fattispecie, che la dottrina riconduce generalmente alla c.d. *iniuria* indiretta, sulla cui definizione originaria cfr., per tutti, M.F. CURSI, '*Iniuria*', cit., 248 ss., ove approfondito esame testuale. Peraltro, nel caso in questione, sebbene vittima

fattispecie delittuose, il *damnum iniuria datum* e l'*iniuria*, sicchè il colpevole incorrerà sia nell'*actio ex lege Aquilia* sia nell'*actio iniuriarum*, dato che l'elemento soggettivo, che caratterizza i due *delicta*, è differente: infatti l'*iniuria* si perfeziona '*ex affectu*', cioè in presenza della specifica intenzione di oltraggiare il *dominus servi* (il c.d. *animus iniuriandi*), mentre il *damnum* presuppone la semplice colpevolezza¹⁵².

Peraltro, la *ratio decidendi*, che giustifica nel contesto del parere paolino la sovrapposizione delle rispettive azioni, in quanto nascenti *ex uno facto*, trova riscontro in un testo di Ulpiano, dove è richiamato Labeone, che in riferimento alla medesima fattispecie concreta, anche se con un taglio più pratico¹⁵³, aveva ammesso l'esercizio cumulativo dell'azione aquiliana e dell'azione d'ingiurie¹⁵⁴ e motivato il difetto di *eadem res* tra le

materiale dell'*iniuria* fosse il servo, soggetto passivo dell'illecito era considerato il *dominus*, che quindi era legittimato ad agire *suo nomine*, e non *nomine servi*.

¹⁵²Che Paolo giustifichi l'astratta concorrenza tra l'*actio ex lege Aquilia* e l'*actio iniuriarum* facendo riferimento al diverso elemento soggettivo, che caratterizza i relativi *delicta*, è opinione generalmente condivisa: cfr., in particolare, già G. ROTONDI, *Dalla 'Lex'*, cit., 483, nt. 1; di seguito F. RABER, *Grundlagen*, cit., 110 ss.; P. VOCI, *Azioni*, cit., 9 e nt. 30; L. VACCA, *Eccezione*, cit., 332 s.; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 183 s. e nt. 117; C.A. CANNATA, *Il danno*, cit., 16 s. La tesi, che invece ritiene che il riferimento paolino al profilo soggettivo sarebbe diretto a escludere l'*eadem res* (in tal senso, ad esempio, M.F. CURSI, *'Iniuria'*, cit., 123 ss.; EAD., *'Damnum'*, cit., 54 s.), non sembra attendibile, in quanto soltanto nel prosieguo del passo Paolo affronterà la questione dell'*eadem res* attraverso la rassegna delle diverse opinioni giurisprudenziali espresse al riguardo.

¹⁵³Favorevoli a evidenziare la maggiore aderenza alla fattispecie concreta del parere labeoniano – spiegabile forse anche alla luce della circostanza che la citazione ulpiana s'inquadra nel commento della clausola editale '*de iniuriis quae servis fiunt*' – rispetto all'impostazione più dogmatica di quello paolino, in particolare, G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 257; M.F. CURSI, *'Iniuria'*, cit., 123; EAD., *'Damnum'*, cit., 53.

¹⁵⁴Nonostante la formulazione del passo sia alquanto sintetica, riteniamo con la dottrina prevalente che Labeone, esplicitando il difetto di *eadem res* tra l'azione aquiliana e l'azione d'ingiurie, ne ammettesse il cumulo completo (nello stesso senso cfr. anche D. 47.7.1, già esaminato sopra, § 7) a differenza di Paolo, che nella parte iniziale di D. 44.7.34pr. si limita a rilevarne l'astratta sovrapposizione: sul punto cfr., in particolare, F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, V, cit., 266 s.; I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 171; G. SEGRÈ, *Obbligazioni*, II, cit., 223; C. ARNÒ, *Le 'magnae varietates'*, cit., 179; C. FERRINI, voce *Illecito*, cit., 679; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 226; S. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 217; G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 254 e 257; P. VOCI, *Azioni*, cit., 6; L. DESANTI,

azioni concorrenti, facendo espressamente riferimento alla circostanza che esse, tutelando diverse sfere d'interessi, perseguono uno 'scopo' diverso: la prima azione è diretta a sanzionare il danno causato colpevolmente ('*damnum culpa datum*'), mentre la seconda l'offesa arrecata dolosamente ('*contumelia*'). Il passo in questione recita così:

Ulp. (77) <57> *ad ed.* D. 47.10.15.46: *Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.*

Ma torniamo al *principium* di D. 44.7.34. Paolo, ammessa, dunque, l'astratta sovrapposizione dell'*actio ex lege Aquilia* e dell'*actio iniuriarum* in considerazione appunto della divaricazione concettuale assunta dal lemma *iniuria* nelle suddette azioni, nella parte seguente del passo riferisce che la questione del regime applicabile a questa ipotesi di concorso – se cioè dovesse esserci cumulo oppure elisione – aveva dato adito a opinioni giurisprudenziali diverse.

Alcuni giuristi sostenevano, infatti, che l'esercizio di una delle azioni concorrenti precludesse senz'altro l'esercizio dell'altra¹⁵⁵. Altri giuristi

Delitti, cit., 179; C.A. CANNATA, *Il danno*, cit., 16. Più cauta M.F. CURSI, '*Iniuria*', cit., 122 s. e nt. 109; EAD., '*Dammum*', cit., 53 s. e nt. 46, che non esclude *a priori* la fondatezza della proposta ricostruttiva di E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 183 s., orientata nel senso della 'consunzione processuale' di iniziativa pretoria.

¹⁵⁵ Mi sembra da condividere, in linea con una parte della dottrina più recente (G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 262; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 184), la genuinità di questa parte del passo: infatti la 'consumazione civile' fra due azioni *ex delicto* nascenti *ex uno facto* era ammessa da una parte, sia pure minoritaria, della giurisprudenza classica (dimostrativo in tal senso il tardo Mod. 3 *reg.* D. 44.7.53, che, nonostante i sospetti di rimaneggiamento alimentati dalla sua versione attuale, sembra presentare la soluzione del concorso alternativo come una *regula iuris*, frutto di un'opinione giurisprudenziale consolidata), che sosteneva che fra le azioni concorrenti sussistesse una *eadem res*, fondando la persecuzione del medesimo contegno delittuoso (*unum factum*) l'unicità dello scopo. A detta di M.F. CURSI, '*Iniuria*', cit., 129 ss. e 131 ss.; EAD., '*Dammum*', cit., 64 s., la ragione per la quale questi *prudentes* ravvisavano la *eadem res* sarebbe piuttosto da ricollegare al fatto che i delitti di *iniuria* e di danno avrebbero condiviso, per lo meno in una fase risalente della loro evoluzione storica, la medesima nozione di *iniuria*.

distinguevano, invece, a seconda dell'ordine in cui le azioni concorrenti fossero esercitate. Se l'attore avesse esercitato per prima l'*actio ex lege Aquilia*, consentire al *dominus* di esercitare anche l'*actio iniuriarum*, condannando così il convenuto a pagare, in aggiunta a quanto già pagato nel processo *ex lege Aquilia*, un'ulteriore *litis aestimatio* a titolo di *iniuria*, sarebbe stato contrario al principio di equità, a cui si ispira la *condemnatio in bonum et aequum* prevista dalla formula dell'*actio iniuriarum*¹⁵⁶; invece, nel caso in cui il *dominus* avesse esercitato per prima l'*actio iniuriarum*, restava salva la possibilità di esperire l'*actio ex lege Aquilia*. E sembra evidente che in questa seconda ipotesi la salvezza dell'azione aquiliana trovasse la sua spiegazione nei limiti rigorosi, che connotano l'*officium iudicis* in un'*actio scripti iuris*. A quest'ultima soluzione Paolo aggiunge, tuttavia, un importante correttivo, precisando che, anche qualora fosse stata esercitata per prima l'*actio iniuriarum*, sarà compito del pretore impedire l'esercizio dell'azione aquiliana, a meno che l'offeso non abbia diritto ad un '*quod amplius*' rispetto a quanto già conseguito all'esito dell'azione d'ingiurie; in tal caso il magistrato dovrà fare in modo che la condanna *ex lege Aquilia* sia determinata solo nella maggior somma che l'attore avrebbe ottenuto sperando per prima tale azione¹⁵⁷.

Nella chiusa (*rationabilis-exsequi*) è esplicitata la soluzione preferita da Paolo, ai sensi della quale sembra 'più ragionevole' ammettere che l'offeso possa esercitare per prima l'azione che vuole, ottenendo in ogni

¹⁵⁶Sebbene nel passo per indicare l'esclusione dell'azione d'ingiurie sia adoperato il verbo *consumi*, che risulta usato anche nel periodo immediatamente precedente in riferimento alla 'consumazione civile', sembra fondato ritenere che la preclusione dell'azione d'ingiurie costituisca un'ipotesi di 'consumazione giudiziale', visti gli ampi poteri discrezionali riconosciuti nel giudizio *ex iniuria* al giudice in virtù della *condemnatio in bonum et aequum*, che caratterizza la formula della relativa azione.

¹⁵⁷La classicità sostanziale del periodo *nisi-agatur*, ove è enunciato il principio dell'*amplius agere*, non sembra dubitabile, considerati i non pochi argomenti di ordine sia testuale sia tecnico-processuale idonei a dare credibilità alla tesi, peraltro condivisa da una parte della dottrina più recente, che ritiene che il suddetto principio, prima di prevalere nel diritto giustiniano, abbia trovato già in diritto classico, e in particolare ad opera della giurisprudenza severiana, una significativa applicazione, in funzione correttiva e per motivi sostanzialmente equitativi, nel campo del concorso sia tra azioni penali private nascenti *ex uno facto* sia tra azioni penali private e azioni reipersecutorie.

caso tramite l'altra azione soltanto l'eventuale eccedenza, che questa gli permette di conseguire.

Sebbene la dottrina¹⁵⁸ abbia di frequente sostenuto l'origine compilatoria di questa parte conclusiva del *principium*, considerata la sua finalità riassuntiva e generalizzante, nonché le sue diverse pecche sintattiche, è preferibile ritenere che essa, sebbene rimaneggiata sul piano sintattico e forse raccorciata, riporti nella sostanza il pensiero di Paolo¹⁵⁹. Il giurista, dopo avere suggerito l'applicazione del principio dell'*amplius agere* nel caso in cui si fosse agito innanzitutto con l'*actio iniuriarum*, così da limitare equitativamente il cumulo completo con l'*actio ex lege Aquilia*, provvede a estendere il campo applicativo di questo principio all'ipotesi inversa del preventivo esercizio dell'*actio ex lege Aquilia*, evitando così sia la consunzione giudiziale dell'azione di ingiurie sia ingiustificate disparità di trattamento fra le due situazioni.

Sembra importante sottolineare che la soluzione preferita da Paolo prospetta un'applicazione della regola del cumulo limitato all'eccedenza 'generalizzata', non più subordinata, cioè, al preventivo esperimento dell'azione con *litis aestimatio* meno ampia: il giurista infatti ammette il cumulo delle due azioni, ma «per un unico ammontare»¹⁶⁰, nel senso che l'attore, esercitata la prima azione a sua scelta (e non necessariamente quella con *aestimatio* meno ampia), può ancora esperire l'altra, ma limitatamente al *quod amplius* con questa eventualmente ottenibile.

¹⁵⁸ Sull'interpolazione della chiusa cfr., in particolare, F. EISELE, *Zur Lebre*, cit., 342 ss.; I. ALIBRANDI, *Del concorso*, cit., 196; E. LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., 190; E. BETTI, *Lezioni*, cit., 255 s.; U. BRASIELLO, *Corso*, cit., 231; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 74 e 264; L. VACCA, *Ricerche*, cit., 183, nt. 86 (ma in alcuni contributi successivi – L. VACCA, *Delitti*, cit., 231 s.; EAD, *Eccezione*, cit., 365 s. – l'autrice propende per la genuinità dell'intero *principium*); G. NEGRI, voce *Concorso*, cit., 262; B. BONFIGLIO, *'Corruptio'*, cit., 153 s.

¹⁵⁹ Condividono la sostanziale paternità paolina della chiusa, in particolare, A.M. GIOMARO, *"Cautiones"*, cit., 186; P. VOCI, *Azioni*, cit., 10; cautamente M.F. CURSI, *'Iniuria'*, cit., 128; EAD., *'Dammum'*, cit., 60; L. VACCA, *Eccezione*, cit., 366; L. DESANTI, *Delitti*, cit., 186, nt. 124; C.A. CANNATA, *Il danno*, cit., 19 s.; G. ROSSETTI, *'Poena'*, cit., 224 s.; V. MANNINO, *L'exceptio'*, cit., 542 ss.

¹⁶⁰ C.A. CANNATA, *Il danno*, cit., 19.

Sebbene nel *principium* paolino, laddove l'azione esercitata per prima sia quella meno favorevole per l'attore, non venga espressamente indicato lo specifico mezzo tecnico attraverso cui il pretore è chiamato ad applicare il principio dell'*amplius agere*, una parte della dottrina più recente¹⁶¹ ha posto in evidenza che l'*exceptio doli generalis* rappresenta, verosimilmente, lo strumento processuale più adeguato a tale scopo. Qualora, infatti, la richiesta della seconda azione fosse stata del tutto priva di fondamento, si può affermare con sufficiente fondatezza che il magistrato l'avrebbe neutralizzata, probabilmente emettendo una *denegatio actionis*¹⁶²; tuttavia, se la pretesa dell'attore fosse stata in sé giustificata, ma quantitativamente eccessiva, l'effetto assolutorio del convenuto, tipico dell'*exceptio doli*, avrebbe prodotto un risultato iniquo per l'attore. In quest'ultimo caso, dunque, non è da escludere – peraltro in piena armonia con il pensiero di Paolo, orientato a ricercare la soluzione più equilibrata e aderente alla fattispecie concreta – il ricorso alla concessione di un'*exceptio doli*, che, anziché comportare l'assoluzione del convenuto, consentisse al giudice di ridurre, da un punto di vista quantitativo, l'entità della pretesa attorea, tenendo conto della *aestimatio* già conseguita dall'attore tramite l'esercizio della prima azione¹⁶³.

11. *Concorso di azioni penali private 'ex uno facto' e 'ius controversum': considerazioni conclusive*

Terminata l'analisi testuale, è opportuno dare conto dei risultati della ricerca, evidenziandone anche la parziale divergenza rispetto agli orientamenti della dottrina tradizionale.

¹⁶¹ L. VACCA, *Eccezione*, cit., 366; V. MANNINO, *L'exceptio*, cit., 543.

¹⁶² Sul punto cfr., in particolare, P. VOICI, *Azioni*, cit., 12; V. MANNINO, *L'exceptio*, cit., 544.

¹⁶³ A questo proposito V. MANNINO, *L'exceptio*, cit., 544 ss., sottolinea come il ricorso alla concessione di un'*exceptio doli* rivesta una funzione di «ri-modulazione in senso diminutorio della condanna» peraltro decisiva da un punto di vista dell'economia del diritto, in particolare in quanto si sarebbe raggiunta la conclusione definitiva della controversia, senza ulteriori contrasti e lungaggini.

Mentre nel caso di *'plura delicta concurrentia'* abbiamo visto pacificamente ammesso il regime del cumulo, l'esame dei passi giurisprudenziali sul concorso di *actiones poenales* nascenti *ex uno facto*, limitato ad alcune fattispecie ritenute particolarmente significative secondo il nostro profilo d'interesse – il taglio furtivo di alberi altrui, il furto qualificato dalla violenza e la *verberatio iniuriose* del servo altrui – ha innanzitutto confermato che la disciplina del relativo regime processuale riceve generalmente nelle fonti soluzioni, che invece sono ampiamente differenziate in riferimento sia alla struttura del caso oggetto della *quaestio* giurisprudenziale sia all'orientamento interpretativo seguito dal giurista investito del parere.

A quest'ultimo riguardo, se procediamo a ricomporre in un sintetico quadro d'insieme i criteri, che hanno guidato i *prudentes* nella disciplina dei casi di concorrenza esaminati in questa ricerca, ispirando in linea di principio le *rationes decidendi* giustificatrici dei singoli pareri, tali ampie divergenze interpretative – le *'magnae varietates'*, cui allude il più volte menzionato Herm. 2 *iuris epit.* D. 44.7.32 – sono riconducibili a tre principali orientamenti giurisprudenziali.

Un primo indirizzo sosteneva il concorso alternativo e lo abbiamo visto condiviso da alcuni giuristi in riferimento al caso esaminato in Paul. *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34pr. del concorso tra l'*actio iniuriarum* e l'*actio ex lege Aquilia* derivante dalla *verberatio iniuriose* del servo altrui; secondo i sostenitori di questa tesi infatti le azioni concorrenti, perseguendo lo scopo comune della soddisfazione del *dominus servi* tramite l'afflizione pecuniaria del colpevole, si sarebbero consumate a vicenda.

Altri giuristi propendevano, invece, per l'opposta soluzione del concorso cumulativo. Questa linea interpretativa risulta seguita innanzitutto da Labeone, che, come si è visto, la applica, peraltro senza porre limiti al cumulo delle azioni concorrenti, sia al caso della *verberatio iniuriose* del servo altrui, di cui in Ulp. 77 *ad ed.* D. 47.10.15.46 sia a quello 'paradigmatico' delle *arbores furtim caesae* riportato in Paul. 9 *ad Sab.* D. 47.7.1. E la *ratio*, che giustifica il parere labeoniano, peraltro esplicitata nel passo ulpiano, sembra essere la medesima in entrambi i casi: le azioni concorrenti si cumulano perché non sono *de eadem re*, in quanto,

pur derivando *ex eodem facto*, perseguono uno scopo diverso. In considerazione di ciò, nel caso riportato nel frammento di Ulpiano l'azione aquiliana è quindi cumulabile con l'azione di ingiurie già esercitata, '*quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam*', e parimenti nel caso considerato nel passo di Paolo l'*actio de arboribus succisis* è cumulabile con l'*actio ex lege Aquilia*, in quanto la prima è diretta a irrogare la *poena* contro il responsabile della *succisio arborum*, mentre la seconda a perseguire il danno patrimoniale, che ne fosse derivato al proprietario.

Come è possibile notare, la *ratio*, che giustifica questo dualismo di opinioni giurisprudenziali, è incentrata sulla nozione di *eadem res*, la cui individuazione risulta strettamente correlata alla diagnosi dell'*unum factum* dotato di efficacia plurioffensiva. Infatti i giuristi, che optavano per la soluzione del concorso alternativo, procedevano dal presupposto che all'*unum factum* corrispondesse l'unicità della *poena*, sicché le azioni concorrenti erano *de eadem re* e operava *tout court* il principio della consumazione civile. L'indirizzo interpretativo favorevole al 'cumulo illimitato' invece attribuiva rilevanza, ai fini dell'esclusione dell'*eadem res*, alla duplice qualificazione giuridica dell'*unum factum*, e quindi alla diversità dello scopo perseguito dalle azioni concorrenti.

Infine si fece strada, specie nella giurisprudenza classica più matura, un terzo orientamento interpretativo che, al fine di evitare le inique conseguenze, alle quali poteva condurre la rigida applicazione della soluzione del cumulo illimitato, suggeriva in via equitativa l'adozione, su iniziativa pretoria o giudiziale, di alcuni meccanismi processuali correttivi diretti a limitare l'esercizio della seconda azione all'eventuale eccedenza, affinché la vittima, tramite il cumulo delle azioni concorrenti, non potesse ottenere più di quanto avrebbe conseguito se fin dall'inizio avesse esercitato soltanto l'azione con *litis aestimatio* più favorevole.

La soluzione del cumulo limitato all'*amplius agere* – della cui classicità sostanziale, generalmente esclusa dalla dottrina tradizionale, è sembrato non potersi dubitare – ricorre ampiamente, come si è visto, nel pensiero di Paolo. Della variegata casistica, cui il giurista applica la regola dell'assorbimento, ricordiamo, innanzitutto, il caso del taglio furtivo di alberi altrui ed in particolare il ricorso al criterio correttivo della *deductio*

richiamato nella chiusa di Paul. 9 *ad Sab.* D. 47.7.1 per attenuare la soluzione labeoniana del cumulo completo, e inoltre la enunciazione che Paul. 22 *ad ed.* D. 44.7.41.1 attesta della regola in questione, la cui formulazione generica, a prestar fede alla ricostruzione palinogenetica leneliana (Lenel, Paul. 367) della sua versione originaria, non sembra che debba portare a escluderne la sostanziale paternità paolina. Anche il concorso tra l'*actio vi bonorum raptorum* e l'*actio furti nec manifesti* nascenti dal medesimo fatto, rappresentato dalla sottrazione violenta di beni altrui, trova nel pensiero di Paolo, riportato in Paul. 22 *ad ed.* D. 47.8.1 e in Paul *lib. sing. de concurr. act.* D. 47.2.89(88), una soluzione equitativa, in quanto diretta a limitare il cumulo delle azioni concorrenti almeno sino alla reale concorrenza fra l'*aestimatio* già conseguita con l'azione di furto e il *quod amplius* ancora ottenibile esercitando l'azione di rapina.

Peraltro, è in riferimento al caso del soggetto '*qui servum alienum iniuriose verberat*', riportato in Paul *lib. sing. de concurr. act.* D. 44.7.34pr. e oggetto di *magnae varietates*, che il principio dell'*amplius agere* sembra ricevere nella riflessione di Paolo la sua più compiuta sistemazione teorica, dato che nella chiusa, in una forma probabilmente rimaneggiata sul piano sintattico, il giurista esprime la sua preferenza per un'applicazione del suddetto principio per così dire 'generalizzata', cioè non più subordinata al preventivo esercizio dell'azione con *litis aestimatio* meno ampia: l'attore può esercitare per prima l'azione che vuole e conseguire tramite l'altra azione soltanto l'eventuale eccedenza. Abbiamo altresì sostenuto, in accordo con autorevole dottrina, che qualora la seconda pretesa non sia stata limitata al *quod amplius*, verosimilmente si sarebbe rivelato decisivo il ricorso all'*exceptio doli*, allo scopo di addivenire ad una riquantificazione equitativa della *condemnatio*, che, tenendo conto della *aestimatio* già conseguita dall'offeso tramite la prima azione, ne impedisse un ingiustificato arricchimento.

Conclusivamente merita sottolineare che la frequente utilizzazione del principio dell'*amplius agere* nelle soluzioni giurisprudenziali relative a casi di concorso di *actiones poenales ex uno facto* allo scopo di correggere equitativamente la rigidità della regola civilistica del cumulo completo evidenzia il graduale prevalere nella riflessione prudenziale della tendenza a evidenziare la funzione di reintegrazione patrimoniale delle

azioni *ex delicto*, e ciò porta i giuristi a evitare che l'offeso possa conseguire una doppia *litis aestimatio* per lo stesso fatto delittuoso, sebbene le azioni penali concorrenti astrattamente tutelino sfere di interessi diverse.

ABSTRACT

Il presente contributo si propone di approfondire il tema del concorso di *actiones poenales ex uno facto* nell'esperienza giuridica romana attraverso l'esame di alcune soluzioni giurisprudenziali relative a specifici casi di concorso: il concorso tra le azioni relative al taglio di alberi e l'*actio legis Aquiliae*, il concorso tra l'*actio vi bonorum raptorum* e l'*actio furti nec manifesti* e il concorso tra l'*actio iniuriarum* e l'*actio legis Aquiliae*. L'analisi testuale intende dimostrare che nei *responsa prudentium* la disciplina dei singoli casi di concorso è notevolmente differenziata in relazione sia alla struttura del caso sia all'orientamento interpretativo seguito dal giurista investito del parere. Il saggio si propone anche di analizzare le *rationes decidendi*, che giustificano le varie *dissentiones prudentium*, verificandone le implicazioni sulla nozione di *eadem res*, la cui individuazione vedremo essere correlata alla diagnosi dell'*unum factum* produttivo di *plures delicta*.

This paper aims to deepen the theme of the concurrence of the *actiones poenales ex uno facto* in the Roman Law through the analysis of some jurisprudential solutions related to specific cases: the concurrence between the *actiones de arboribus succis* and the *actio legis Aquiliae*, the concurrence between the *actio vi bonorum raptorum* and the *actio furti nec manifesti* and the concurrence between the *actio iniuriarum* and the *actio legis Aquiliae*. The textual analysis intends to demonstrate the presence in the *responsa prudentium* of many *dissentiones*, which depends both on the structure of the case and on the interpretative guidance of the *iuris peritus*. Furthermore, the aim of the essay will be also to examine the *rationes decidendi*, which justify the *dissentiones prudentium* and their involvement in

the concept of *eadem res*, whose identification will be related to the diagnosis of the productive *unum factum* of *plures delicta*.

PAROLE CHIAVE

concursum actionum, actiones poenales, unum factum, ius controversum

GIULIETTA ROSSETTI

Email: giulietta.rossetti@uniroma3.it

