

A12

*Alla mia famiglia
A Clizia, ch'è sempre con me
A tutti quelli che illuminano la Vita*

Alessandro Rosario Rizza

La lex Aquilia

Profili evolutivi della responsabilità extracontrattuale
nel diritto romano





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1594-7

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2018

Indice

- 7 *Introduzione*
- 13 **Capitolo I**
Nozioni generali e premesse esegetiche
1.1. Il concetto di *damnum* nella letteratura latina. Spunti etimologici, 13 –
1.2. Breve cronistoria delle XII Tavole, 20 – 1.3. La norma decemvirale tra
lex e *pax deorum*, 22 – 1.4. Il ruolo della giurisprudenza pretoria nel diritto
romano, 24 – 1.5. La colpa. Per un'analisi ragionata del fondamento storico, 25
- 33 **Capitolo II**
Premesse di carattere storico
2.1. La responsabilità extracontrattuale prima della *lex Aquilia*: il concetto di
rupitias sarcito nelle XII Tavole, 33 – 2.2. La *lex Aquilia* nell'ordinamento
giuridico romano e il problema della datazione, 40 – 2.3. Struttura e contenu-
ti della *lex*, 45
- 51 **Capitolo III**
La lex Aquilia: profili interni e contenutistici
3.1. Osservazioni generali. L'approccio causale: dal danneggiamento al dan-
no, 51 – 3.2. Il capo I: l'uccisione del servo o del quadrupede, 53 – 3.3. Il ca-
po II: l'*acceptilatio in fraudem creditorum*. La scelta contenutistica e la pro-
gressiva desuetudine della fattispecie tra problemi storici e giuridici, 55 –
3.4. Il capo III e le ipotesi di danneggiamento: riflessioni sulla tipicità della
condotta, 66
- 71 **Capitolo IV**
I requisiti per agire ex lege Aquilia
4.1. *Iniuria* e *culpa*: dal *facere contra ius* al requisito soggettivo, 71 – 4.1.1.
Le cause di eliminazione dell'iniuria tra ius naturale e ius civile, 78 – 4.1.2.
L'incapacità d'intendere e di volere come causa di esclusione della colpa e
altre ipotesi teorizzate, 97 – 4.1.3. *Il principio della compensazione: il con-*
corso di colpa e il difficile rapporto con il dolo, 100 – 4.1.4. *Responsabilità*
extracontrattuale e fatalità: il casus fortuitus, 107 – 4.2. La colpa e

l'esercizio della professione: l'imperizia, 109 – 4.3. Il *damnum corpore corpori datum*: la sua elaborazione giurisprudenziale e la responsabilità degli agenti, 118 – 4.4. La *damni datio rebus alienis*. Il danno arrecato al bene necessariamente altrui e criteri applicativi, 126 – 4.5. Il *damnum datum*: l'effettività del danno e la contemporaneità della lesione, 128 – 4.6. I casi particolari della condotta frazionata nel tempo e il danno indiretto, 131 – 4.7. La responsabilità oggettiva nella configurazione dei casi pratici, 139

151 Capitolo V

La stima del danno

5.1. L'*aestimatio damni*: qual è il danno risarcibile? Cenni, 151 – 5.2. Il lucro cessante e il danno emergente: le nuove frontiere del danno risarcibile, 152 – 5.3. Il *pretium doloris*: la (non) configurazione del dolore affettivo, 160 – 5.4. Ipotesi particolari: la stima del danno tra problemi pratici ed esigenze sistematiche, 162 – 5.5. La *repetitio temporis*. Il maggior valore risarcibile tra il primo e il terzo capo della legge, 166 – 5.6. La litiscrescenza: *confessio in iure* e *infittatio*. Definizione dei concetti e ipotesi particolari, 171

179 Capitolo VI

L'actio legis Aquiliae: aspetti processuali

6.1. L'azione diretta e la rigidità del disposto letterale, 179 – 6.2. L'*actio utilis* e l'*actio in factum*: verso la tutela effettiva, 184 – 6.3. La legittimazione attiva *ex lege Aquilia*, 190 – 6.4. La legittimazione attiva dell'*actio utilis* nelle ipotesi di usufrutto, possesso e pignoramento. La posizione della giurisprudenza e le divergenze dottrinali sul tema, 193

201 Capitolo VII

La tutela aquiliana nella sistematica europea

7.1. Il modello romanistico nella tradizione europea. Premesse, 201 – 7.2. Il risarcimento del danno nell'esperienza francese, 203 – 7.3. Il risarcimento del danno nell'esperienza austriaca, 205 – 7.4. Il risarcimento del danno nell'esperienza tedesca, 206 – 7.5. Il risarcimento del danno nell'esperienza italiana, 209

217 *Considerazioni conclusive*

227 *Bibliografia*

243 *Ringraziamenti*

Introduzione

Il risarcimento del danno è uno dei temi più affascinanti e degni di nota che la tradizione romanistica ha consegnato al mondo giuridico moderno e contemporaneo. Giuristi e addetti ai lavori, comunemente, si riferiscono al danno extracontrattuale con l'espressione "tutela aquiliana", trascurandone, talvolta, le origini storiche, culturali, nonché etimologiche. La *lex Aquilia de damno iniuria dato* rappresenta, a un tempo, punto di arrivo e di partenza dell'elaborazione giuridica romana in tema di risarcimento del danno. Punto di arrivo, perché il risarcimento conosce, sia nella tradizione romana che in quella precedente, discipline profondamente diverse, che rispondono a esigenze del tutto differenti. Punto di partenza, perché i *verba legis* non saranno altro che l'*humus*, per estendere e allargare, in via pretoria, la tutela del risarcimento del danno a ipotesi che – sebbene assimilabili a quanto contemplato dalla *lex Aquilia* – rimarrebbero, ingiustamente, prive di tutela.

La materia risarcitoria ha permesso ai giuristi romani la continua ricerca di corrispondenza tra caso concreto e fattispecie astratta, ricerca che si è tramandata nei secoli caratterizzando l'intero sistema normativo, che – come ha messo sapientemente in luce Giuseppe Marazzita – vive in un equilibrio dinamico, dove si modificano in continuazione le esigenze sociali, politiche ed economiche¹.

Il risarcimento del danno, nella sua forma più mistica e arcaica, nasce già nelle società tradizionali, società in cui i fondatori del diritto sono intermediari tra gli uomini e gli dei². Ante-

1. L'interessante e inedita ricostruzione del sistema normativo nei termini brevemente esposti in narrativa è proposta da G. MARAZZITA, *Io solo sono il tuo sovrano. Per una teoria complessa del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2015, p. 48.

2. Nelle società tribali, in cui esiste un diritto non formalmente definito, l'anziano assolve la funzione di capo-tribù: è lui, eventualmente assistito da un consiglio di an-

nata del risarcimento del danno è la *legge del taglione*, la quale prevede che al colpevole sia inflitto lo stesso danno di cui si renda autore. Questa legge è presente nelle consuetudini di vari popoli ed è riportata anche in molti codici scritti: nel codice del re babilonese Hammurabi, la legge del taglione è prevista solamente tra gli appartenenti alla medesima classe sociale, sicché, se una persona di classe inferiore sia offesa da un nobile, può pretendere solamente una compensazione monetaria³. Si deve ricordare, comunque, che le leggi di Hammurabi, incise su una stele, sono espressione di uno stato complesso e burocratizzato, in cui la sfera giuridica inizia a separarsi da quella religiosa, acquistando una propria relativa autonomia e il sovrano stesso diviene il garante della legge. Il risarcimento del danno è presente anche nelle leggi hittite, le quali sembrano, secondo quanto risulta dai frammenti pervenuti, sostituire alla più arcaica legge del taglione la più moderna compensazione pecuniaria⁴.

Sarà il mondo romano al centro di questa trattazione. Si percorrerà l'evoluzione della teoria del risarcimento del danno, cercando di comprendere il suo significato prima dell'emanazione della *lex Aquilia*, si analizzerà il contenuto della legge stessa, i suoi requisiti e presupposti, nonché la sua elaborazione in via

ziani, a dirimere le controversie e a infliggere le punizioni. Il capo-tribù è un intermediario tra gli uomini e la natura, e ciò gli attribuisce, a un tempo, carattere magico e rituale. Anche in società più complesse persiste questo modello: basterà solo ricordare in questa sede che, secondo la Bibbia, Mosè avrebbe ricevuto le leggi direttamente da Dio. Nello stesso modo, Licurgo, secondo la tradizione primo legislatore di Sparta, sembra essere ricollegato, per mezzo del suo stesso nome, al mondo mistico dei lupi e al travestitismo iniziatico. Lo stesso Numa Pompilio avrebbe concesso le sue prime leggi dopo essersi ritirato in un bosco sacro e aver interloquuto con la ninfa Egeria. Egli fu, secondo la tradizione, il primo legislatore di Roma e creatore delle sue istituzioni religiose, come ben emerge dalla chiara testimonianza di Dionigi di Alicarnasso e di Plutarco, oltre che, in modo più abbreviato, da Livio, poi epitomato in età tardoantica da Eutropio.

3. Sul taglione nel codice di Hammurabi, una buona sintesi in E. VON DASSOW, *Freedom in Ancient Near Eastern Societies*, in K. RADNER, E. ROBSON (edd.), *The Oxford Handbook of Cuneiform Culture*, Oxford 2011, p. 214-217.

4. A mio parere la compensazione pecuniaria, qualora avesse realmente sostituito la riparazione dell'"occhio per occhio, dente per dente", dovrebbe intendersi quale espressione di una società più evoluta e probabilmente più caratterizzata in senso commerciale. Sulla caratterizzazione commerciale delle società mediorientali dell'età del bronzo ha scritto di recente M. CIAN, *Le antiche leggi del commercio. Produzione, scambi, regole*, il Mulino, Bologna 2016.

giurisprudenziale. Solo dopo un'attenta esegesi della disciplina romana sarà possibile comprendere l'importanza che la tradizione romanistica ha svolto in tale materia, che oggi si pone quale caposaldo degli ordinamenti giuridici moderni.

Dopo avere analizzato la storia della responsabilità extracontrattuale nel contesto del diritto romano si confronteranno gli aspetti della disciplina romanistica con quella recepita dal nostro codice, facendo, per quanto possibile, delle incursioni nei principali sistemi europei, mettendone in luce continuità e discontinuità rispetto al mondo romano. Ricordiamo che nel diritto italiano vigente la materia è disciplinata dagli articoli 2043 e seguenti del Codice civile. La tutela aquiliana è esemplificata proprio dall'articolo 2043, collocato all'interno del libro IV, nel titolo IX "Dei fatti illeciti". Il legislatore del 1942 ha deciso di rubricarlo "Risarcimento per fatto illecito":

Art. 2043 c.c.: Risarcimento per fatto illecito – Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un fatto ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

La lettera dell'articolo presenta, sostanzialmente, una fattispecie aperta, fondata sull'atipicità della condotta. Si avrà modo, nel corso della trattazione, di metterne in luce affinità e divergenze rispetto alla disciplina romanistica.

Bisogna premettere che il sistema giuridico romano è caratterizzato dalla tipicità, non solo in materia di contratti, ma anche in materia d'illeciti extracontrattuali. Nel sistema giustiniano delle Istituzioni⁵, le obbligazioni sorgono, principalmente, dal *contractus*, dall'*obligatio ex quasi contractu*, dai *delicta* e dai *quasi delicta*. Ciò che più interessa, nel corso di questa ricerca, sono i delitti, all'interno dei quali si colloca il danno: al contrario dell'ordinamento positivo italiano, ispirato (almeno

5. Invece, come è altrettanto noto, il sistema del Digesto è impostato sul frammento delle *Res cottidianae* di Gaio conservato in D. 44, 7, 1 che prevede una tripartizione: *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Sul problema cfr. ad es. C.A. CANNATA, *Sulla «divisio obligationum» nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, 1970, p. 52 ss.

letteralmente) all'atipicità della condotta, il sistema giuridico romano contempla quattro figure tipizzate di delitti, che sono il *furtum*, la *rapina*, l'*iniuria* e – per l'appunto – il *damnum iniuria datum*. Mentre le prime tre figure richiedono il dolo quale elemento soggettivo, solo il danno può essere sanzionato anche a titolo di colpa. Un accenno sarà dovuto anche ai quasi-delitti, che si differenziano da quanto sopra esposto, poiché in siffatte ipotesi non sarà necessario ricercare l'elemento soggettivo, in quanto ci si trova innanzi a una sorta di responsabilità di tipo oggettivo, secondo l'ottica espressa da Ulpiano in riferimento all'*actio de effusis vel deiectis*, del cui danno era chiamato a rispondere non colui che avesse effettivamente gettato la cosa che aveva ucciso o ferito il passante, ma l'*haborator*:

Ulpiano, 23 *ad edictum*, D. 9, 3, 1, 4: Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget.

Spero che dopo un'attenta riflessione sul risarcimento del danno, in epoca romana, possa essere più chiara e limpida al lettore la comprensione ragionata del medesimo istituto ai giorni nostri. Dietro a ogni disposizione si cela la nostra più intima tradizione giuridica e – allora – non serviranno più pindariche interpretazioni, guardando – magari – ai sistemi di *common law*. Basterà guardare al nostro passato, nella speranza che, al termine di questa lettura, questo stesso passato possa sembrare più vicino ai nostri problemi e alle nostre sensibilità.

Certe volte si guarda al diritto romano come al diritto di un popolo che dominò e civilizzò il mondo in un antico passato e di cui noi dovremmo essere gli eredi, anche se spesso si dimenticano le proprie tradizioni romanistiche perché «nel mondo d'oggi dell'usa e getta non vi è più posto per ciò che non si usa e rimane», come ha notato Vittorio Chiusano⁶.

6. L'espressione, che critica la società consumistica odierna, la si ritrova nella prefazione del manuale di I. BELLINA, *Salvis iuribus. Il latino degli avvocati*, UTET, Tori-

Espressioni come *nemo damnum facit, nisi qui id facit, quod facere ius non habet* oppure *ibi sit poena, ubi et noxia est* potranno risuonare come espressione di principi attuali, che la tradizione romanistica ha voluto trasmettere, quale frutto di un lavoro e di una raffinazione continua, di un ininterrotto sforzo di adeguare il diritto vigente alle esigenze della vita quotidiana, in quel vivace ambiente, fucina delle più grandi invenzioni del diritto, che fu il mondo romano.