

14-C-488

Prof. GIOVANNI ROTONDI  
DELL' UNIVERSITÀ DI PERUGIA

TEORIE POSTCLASSICHE  
SULL' ACTIO LEGIS AQUILIAE



Inv. čís.: 565  
Sign: 445



PERUGIA  
TIPOGRAFIA GUERRIERO GUERRA  
1914

B

Estratto dagli Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia  
fasc. II. - 1914.

Koupi od	M. V. de... M. V. de...
Darem od	~
v	Pravě za Kēs 40--
Inv. čis:	33. 356
Sign	

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA  
PRÁVNICKÉ FAKULTY U  
STARÝ FOND  
C. inv.: 04723

(Litiscrescenza e lex Aquilla: a. in factum e a. in duplum: a. legis  
Aquilie utilis e a. in factum generalis).

È merito di studi recenti aver richiamato con maggior insistenza l'attenzione sui rapporti che passano tra le riforme consacrate nei codici giustiniani e lo stato del diritto nel mondo postclassico, per determinare in quale misura tali riforme rappresentino novità dei compilatori, o non piuttosto rispecchino risultati che la dottrina e la pratica avevano già da tempo raggiunti. Come sempre quando le ricerche si avviano per nuovi sentieri, molte sono le incertezze e, nella scarsità di elementi di controllo o di canoni critici provati dall'esperienza, molta prudenza è doverosa, sia nel determinare la data di tali innovazioni, sia — problema affine ma distinto — nell'attribuire a elaborazioni pregiustiniane la loro menzione nei testi che il Corpus Iuris ci ha conservati. Un punto può nondimeno ritenersi sicuro: se delle innovazioni di sostanza una parte notevole va certo riferita direttamente ai commissari di Giustiniano, le costruzioni dottrinali di tipo bizantino che qua e là fanno capolino nei testi o che da essi sono presupposte pur senza esservi formulate, non sono invenzione di Triboniano e dei suoi collaboratori, bensì il portato delle scuole <sup>(1)</sup>, di cui i compilatori si fanno semplicemente l'eco.

Preoccupati delle novità pratiche da introdurre nei testi, i compilatori non avevano nè il tempo nè lo scopo di perdersi in variazioni di carattere teoretico, mentre è ben naturale che, impregnati delle dottrine correnti nelle scuole dell'epoca, ne subissero la continua influenza. Nè sempre queste tendenze si

(1) Cf. da ultimo MITTEIS, in ZSSst. 1913, 414.

concretano testualmente in una o più interpolazioni: non è raro il caso che la formola scolastica rimanga fuori del testo, e non si riveli se non attraverso le fonti bizantine; ma bene spesso solo la conoscenza di tale dottrina permette di porre il testo nella sua vera luce, e di rilevare e spiegare le alterazioni ad esso apportate <sup>(1)</sup>. Già il Longo, nei suoi omai classici studi sulla *natura actionis*, notava che quella teoria, pur tanto importante per la comprensione della dogmatica giustiniana, non ha lasciato nel Corpus Iuris che tracce assai scarse: sono, come egli scriveva con felice immagine, le schegge volanti di un ceppo che si trova fuori del Corpus Iuris <sup>(2)</sup>. E l'importanza della teoria parallela della *natura contractus* non è tanto per gli scarsi frammenti in cui la formola si è insinuata, quanto per l'efficacia che tale dottrina, sempre presente ai compilatori, esercita sul nuovo orientamento della teoria dei *pacta* e del regime contrattuale <sup>(3)</sup>. Anche la singolare dottrina bizantina relativa alla limitata trasmissibilità delle azioni *ex contractu* nel caso di dolo <sup>(4)</sup> non ha nel Corpus Iuris che un unico accenno diretto, sfuggito a uno dei compilatori delle Istituzioni, mentre la sua diffusione nelle fonti bizantine, le manifestazioni indirette, la stessa reazione manifestatasi contro di essa, ne attestano la profonda importanza.

Io mi propongo qui di esaminare un complesso di dottrine postclassiche che rappresentano fuor d'ogni dubbio delle nette, e talvolta strane, deviazioni dai concetti genuini: le quali offrono

<sup>(1)</sup> Fu giustamente osservato (BONFANTE e BRANDILEONE, *Relaz. al Congr. giurid. di Palermo 1903*) che nelle compilazioni bizantine si possono talora saggiare le tendenze più ascose di sviluppo che animano la legislazione giustiniana.

<sup>(2)</sup> LONGO, *Natura actionis nelle fonti bizantine*, in *BIDR.* 17, p. 60, dell'estr.

<sup>(3)</sup> Cf. *Natura contractus*, in *BIDR.* 24, p. 5 e seg.: sul tema, in seguito, COLLINET, *Etudes historiques etc.* I, 195 sg.; MONNIER, in *NRH.* 1913, 625.

<sup>(4)</sup> Cf. *Dolus ex delicto etc.* in *Ann. Univ. Perugia* 1913, 287 seg.

un particolare interesse sia per la loro complessità, sia per la abbondanza delle manifestazioni, largamente diffuse nel tempo e nello spazio: hanno, come si vedrà, radici anteriori all'epoca giustiniana, si affacciano, con spunti indiretti e discreti, nello ambito stesso della compilazione <sup>(1)</sup>, pronte poi a riprendere il sopravvento, travisando ed alterando il regime genuino.

## I. Litiscrecenza e Lex Aquilia.

La *l. Aquilia* come base del regime della litiscrecenza. *A. legis Aquiliae* sempre *in duplum*: la litiscrecenza nella prassi bizantina.

1. Le dottrine postclassiche di cui mi occupo riguardano vari punti relativi all'*a. legis Aquiliae*, sia quanto al suo regime processuale, sia quanto ai presupposti obbiettivi della sua esperibilità.

È noto, anzitutto, che l'*a. legis Aquiliae* è di quelle "*quae infitiatione duplantur*":

GAI. 4. 9 ... ex his causis ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus, quod accidit per actionem iudicati, depensi, damni iniuriae legis Aquiliae, aut legatorum nomine quae per damnationem certa relicta sunt <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> La traccia più saliente è il § 16 I. 4-3, su cui v. al c. 3<sup>o</sup>. Non faccia meraviglia che anche qui, come nel caso altra volta studiato del *dolus ex delicto*, la principale traccia giustiniana della teoria bizantina sia rappresentata da un passo delle Istituzioni. I compilatori di queste, servendosi del materiale classico con assai maggiore libertà, senza neppure i vincoli delle citazioni, più facilmente possono rivestire il loro pensiero delle formole a loro famigliari: e di più le Istituzioni, avendo una destinazione prevalentemente scolastica, meglio si prestano a formulazioni e distinzioni dottrinali, alle quali del resto i due compilatori, appartenenti entrambi all'insegnamento, hanno una ben naturale propensione.

<sup>(2)</sup> Cf. GAI. 4. 171; PAUL. *Sent.* l. 19. 1, dove è a torto aggiunta l'*a. de modo agri*

Nel diritto giustiniano, sparita l'*a. depensi*, venuta meno la litiscrescenza nell'*a. iudicati* <sup>(1)</sup> e nel legato *per damnationem* — giachè il caso che gli è sostituito non ha che una corrispondenza formale — l'*a. l. Aquiliae* rimane in realtà l'unica che conservi il regime classico: si capisce quindi agevolmente, nè può far meraviglia, che i giustiniani a questa ricorrano quando occorre loro un esempio di azione " quae infitiatione crescit ", come p. es. nella l. 20 § 4 D. 5. 3 <sup>(2)</sup>.

Nelle fonti bizantine è frequente la designazione perifrastica dell'*a. l. Aquiliae* come quell'azione che è " in duplum adversus infitiantem, adversus confitentem in simplum ". Vedasi

Hb. 5. 108 [B. 52. 1. 33 = 34 pr. D. 44. 7]: και ἡ περὶ ὕβρεως ἀγωγὴ, καὶ ἡ ἐξ ὁμολογίας μὲν εἰς τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ εἰς τὸ διπλοῦν ἀγωγὴ ἀρμόζει.  
[et iniuriae. actio ed actio ex confessione quidem in simplum, ex infitiatione autem in duplum competit];

Hb. 5. 257 [B. 60. 2. 1 = 1 § 4 D. 9. 1]: μᾶλλον ὁ νόμος ὁ ἐξ ἀρνήσεως μὲν εἰς τὸ διπλοῦν ἀπαιτῶν, ἐξ ὁμολογίας δὲ εἰς τὸ ἀπλοῦν ἀρμόζει.  
[potius lex quae ex infitiatione in duplum tendit, ex confessione in simplum, competit] cf. *Synopsis Basilicorum* Z. 1. 3 [ZACHARIAE, *Ius gr. rom.* 5. 252];

Hb. 5. 260 sch. 48 a l. 1 § 16 D. 9. 1: τὴν ἐξ ἀρνήσεως μὲν εἰς τὸ διπλοῦν, ἐξ ὁμολογίας δὲ τὸ ἀπλοῦν ἀπαιτούσαν, ἦτοι τὸν Ἀκουίλιον.  
[(actionem) ex infitiatione in duplum, ex confessione autem simplum exigentem, scilicet Aquiliam];

Hb. 5. 313 [B. 60. 3. 41 = 41 § 1 D. 9. 2]: ἀλλὰ τῇ ἐξ ἀρνήσεως εἰς τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσῃ, ἐξ ὁμολογίας δὲ εἰς τὸ ἀπλοῦν, ὑπόκειται.

<sup>(1)</sup> Cf. WENGER, *Zur Lehre von der a. iudicati*, pag. 28 sg.

<sup>(2)</sup> Per l'itp. v. LONGO, *Il criterio giustiniano della natura actionis* in *St. per Scialoja*, pag. 20 e sg. dell'estr.

[sed actioni ex infitiatione duplum exigenti, ex confessione simplum, subiacet], e lo sch. 15 spiega: Τῷ Ἀκουίλιῳ [Aquiliae];

Hb. 5. 540 [B. 60. 13. 1 = 1 § 2 D. 47. 4]: ἀλλὰ λοιπὸν ἀρμόζει ἐξ ὁμολογίας τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν.  
[sed competit ex confessione simplum, ex infitiatione duplum],  
e lo sch. 6 Τοῦ Ἀγιοθεωδ. Τουτέστιν· ἀλλὰ λοιπὸν ἀρμόζει... ὁ Ἀκουίλιος.  
[HAGIOTHEOD. Hoc est: sed competit... Aquilia];

Hb. 1. 114 = Suppl. FERRINI p. 100 <sup>(1)</sup> [B. 53. 2. 4. = 27 § 24 D. 9. 2]: ὁ πλοῖον τρυπήσας ὑπόκειται τῇ ἀγωγῇ τῇ ἀπαιτούσῃ ἐξ ὁμολογίας μὲν τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν.  
[qui navem terebrat tenetur actione exigente ex confessione simplum, ex infitiatione autem duplum]; cf. anche Hb. 1. 499 [B. 10. 3. 7 = 7 § 3-4 D. 4. 3]; 1. 749 [B. 12. 1. 48 = 48 D. 17. 2]; Gloss. Labbé in OTTO, *Thes.* 3. 1710-1711 s. v. Ἀκουίλιος.

Di fronte a questa costante designazione antonomastica noi non dobbiamo dimenticare che nel diritto giustiniano il concetto d'*infittatio*, e della litiscrescenza che ne dipende, si trova applicato, sia pure con un significato nuovo ed inesatto, anche ad altri casi: quella designazione appare quindi usata dai bizantini non tanto perchè l'*a. l. Aquiliae* sia per essi la sola soggetta a quel regime, quanto perchè pensano che quel regime ha nella *l. Aquilia* la sua base esclusiva.

2. I due casi giustiniani di falsa litiscrescenza sono il legato *locis venerabilibus relictum* e il deposito necessario.

Al caso classico del legato *per damnationem* <sup>(2)</sup> Giustiniano

<sup>(1)</sup> Cf. *ibid.* p. 182 le versione del VENTURI, che dipende, com'è noto, da un ms. ora perduto d'alto valore.

<sup>(2)</sup> Su di esso v. specialmente FERRINI, nelle note a GLUECK, lib. 30-32, §§ 1528, tr. it. p. 473 sg.

ha, com'è noto, sostituito quello del legato ai luoghi pii, che egli ha regolato colla l. 45 (46) C. l. 3 del 530. Di fronte al regime positivo stabilito dall'imperatore, gli stessi compilatori delle istituzioni, nel punto in cui si occupano più d'avvicino del tema, non possono a meno di riconoscere che qui non si tratta affatto di litiscrescenza, giacchè il *duplum* consegue non all'*infittatio* ma al semplice fatto di non avere volontariamente eseguito la prestazione:

§ 26 I. 4. 6... sed illa quae relictæ venerabilibus locis sunt, non solum infittatione duplicantur, sed et si distulerit relictæ solutionem usque quo jussu magistratuum nostrorum conveniatur:

cf. anche THEOPH. *ad h. l.* e lo scolio *γ* in REITZ 2.808: οὐ μόνον ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερθέσεως ἢ δίπλωσις εἰσάγεται.

Ma poichè il concetto tecnico dell'*infittatio* non è più nettamente presente alla mente dei compilatori, in altri luoghi essi non si fanno scrupolo di appaiare *tout - court* quest'azione all'*a. l. Aquiliae*, come lo era nei testi classici l'*a. ex testamento* nel caso indicato: p. es.

§ 7 I. 3.27 ex quibus causis *infittando* lis crescit... veluti ex lege Aquilia, item ex legato: quod veteres quidem..., nostra autem constitutio....;

§ 1 I. 4. 16 at adversus *infittantes* ex quibusdam causis dupli vel tripli <sup>(1)</sup> actio constituitur, veluti si damni iniuriæ aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur <sup>(2)</sup>.

E lo stesso Giustiniano nella sua costituzione, mentre mostra di

(1) Su questo *triplum* v. LONGO, *l. cit.* p. 24 n. 2.

(2) Nel § 23 I. 4. 6 le azioni « *in multiplum* » sono confuse senza riguardo all'importanza o meno nell'*infittatio*.

aver sott'occhio il caso classico, non sembra rilevare la differenza fra il regime antico e quello instaurato da lui:

l. 45 (46) § 7 a C. l. 3: εἰ γὰρ ἐν τοῖς παλαιοῖς ἦν τινα θέματα ἐφ' ὧν ἐξ ἀρνήσεως δίπλωσις τὰ τῆς καταδίκης ἐπὶ γέγυτο, πῶς οὐ κἀνταῦθα τοὺς μηδὲ ἐκόντας, ἀλλὰ καὶ χρόνον ἀναμειναντας καὶ ὕστερον ὀχληθέντας παρὰ τῶν θεοφιλεστάτων ἐπισκόπων εἶτα μηδὲ τούτοις εὐθύς εἴξαντας, δεηθέντας δὲ καὶ ἀρχικῆς ὀχλήσεως, τῇ τοῦ δίπλωσις ἀπαιτήσῃ προσίκει σωφρονίζεσθαι;

[si enim in veteri jure quidam casus erant in quibus ex infittatione lis in duplum crescebat, quare non et in hoc casu eos qui non sponte faciant, sed et tempus terant, et postea admoniti a religiosissimis episcopis deinde ne his quidem statim oboediant, sed ad praesidalem usque exactionem veniant, dupli exactione castigari convenit?] <sup>(1)</sup>.

Il concetto della litiscrescenza quale applicavasi nel regime classico del legato *per damnationem* pare essere poco chiaro nella memoria del legislatore. Ma una preziosa attestazione ci dimostra che anche prima di lui i concetti s'erano confusi. Si veda infatti com'è svisata dell'Epitome Visigota la genuina esposizione di Gaio:

GAI. 2. 282 Item si legatum per damnationem relictum heres infittietur, in duplum cum eo agitur: fideicommissi vero nomine semper in simplum persecutio est.

GAI. VISIG. 2. 7. 8. *in fine*. Legatorum vero..... sed ex mora solutionis, si per damnationem relictæ fuerint, duplicantur.

In questo § 8 dell'Epitome si riassumono le differenze tra legato e fedecommesso esposte in Gaio 2. 268 - 283: la norma

(1) Cf. *Constit. eccl. coll.*, ed. VOELL e JUSTELL, 2.1309, ove è parafrasato il § 7 I. 3.27.

relativa alla litiscrescenza è conservata, ma la crescita *in duplum* si subordina alla *mora solutionis*, indipendentemente omai dal tecnico « *infittias ire* » (1). Nell'interpretazione volgare si era quindi, anche in occidente (2), arrivati molto vicini al regime che Giustiniano assegna ai legati pii.

L'altro caso in cui, pure a torto, si applica dai bizantini la formula dell'« *infittiatione crescere* » è l'*a. depositi* nel caso di deposito necessario.

§ 26 I. 4. 6 . . . illae, id est damni iniuriae ex lege Aquilia et interdum depositi, infittiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur.

È ormai superfluo rilevare quanto quest'affermazione contraddica alle notizie più sicure che possediamo sull'editto del deposito e la relativa azione: già altra volta, riattaccandomi a un'ipotesi dell'Huschke (3), ebbi a ravvisare qui una svista dei compilatori delle Istituzioni, traviati da un eccesso di schematicismo (4): ma solo ora è possibile valutare più intimamente questa falsa attestazione. Isolata e quasi insignificante nel Corpus Juris, essa ha una larga eco nelle fonti più tarde: se i giuristi di poco posteriori a Giustiniano mostrano ancora di meravi-

(1) Cf. CONRAT, *Der Westgot Paulus*, pag. 232.

(2) L'origine occidentale dell'Epitome gaiana pare sicura, pur persistendo le divergenze sulla ulteriore determinazione: Italia? (DERNBURG); Roma? (FITTING); Gallia? (HITZIG); cf. KRÜGER, *Gesch. der. Quellen* p. 356 n. 40.

(3) *Z. für Gesch. Rechtswiss* 13, 276 seg.

(4) V. *Contributo alla storia del contratto di deposito*, in *R. It. Sc. giur.* 45 (1903) p. 47 dell'est.: v. pure TAUBENSCHLAG, in *Grünhnt Z.* 34.722, dove però l'antitesi è mal posta. Si invocava un tempo *Coll. X. 7.11*, che allude all'azione decemvirale, e PAUL *Sent.* 1. 19.1, leggendo, prima della scoperta di Gaio, « *depositi* » in luogo di « *depensi* » Sul problema v. anche LENEL *Edictum* p. 280 n. 8.

gliarsene (1), la vediamo riprodotta poi in occidente dal Brachilogo, in oriente da quasi tutte le compilazioni.

*Brachyl.* 4.23.3 . . duplum in actione furti nec manifesti, servi corrupti, et in actione depositi ex incendio ruina naufragio, si infittietur;

4. 23.10 . . praeter actionem depositi quae competit eo nomine quod depositum sit tumultus incendii ruinae naufragii causa contra infittiantem;

*Ecloga privata aucta* 12 § 1 [ed. ZACHARIAE *Ius gr. rom.* 4. 34] ..ἐξ ἀρνήσεως καὶ ἀγνωμοσύνης: cf. § 3 *ibid.*

Ma la confusione ingeneratasi su questo punto si rivela anche nel fatto che altre fonti bizantine formolano la regola diversamente: sia che, come uno scoliaste a Teofilo, l'*Ecloga* e l'*Epanagoge*, affermino che l'*a. depositi* « *infittiano cresce* » sempre, e non nel solo caso del deposito necessario:

Sch. o ad *TEOPH.* 4. 6. 17 [ed. REITZ 2. 806]: σήμερον δὲ ἐπὶ πάσης παρακαταθήκης καὶ ἐπὶ πάσης δόσεως, εἰ μέχρι τέλους ἀρνεῖσθαι τὸ λαβεῖν ἐλεγχθῆ, εἰς τὸ διπλοῦν καταδικάζεται (2).

[hodie autem in omni deposito et in omni datione si usque ad finem negare acceptum convictus fuerit, in duplum condemnatur];

*Ecloga ad Proch. mutata* 13. 6 [ZACH. 4,97]: πᾶσα παρακαταθήκη ἐξ ἀρνήσεως διπλασιάζεται (3).

[omne depositum ex infittiatione duplatur];

(1) Cf. Hb. 2, 25 sch. 3 a 1 § 1 D. 16, 3. ENANTIOPH. — 'Εν τῷ ε' τίτ. τῆς δ.' ἰσοτιτοῦ. ἐν τῇ δ.' διακρίσει ἐξ ἀρνήσεως αὐτήν, ὡς περ τὸν Ἀκουίλιον, λέγει διπλασιάζεσθαι, οὐ μὴν καὶ χωρὶς ἀρνήσεως · καὶ ἔστιν ξένον καὶ ἀλλαχοῦ μὴ εἰρημένον.

(2) Lo sch. segue rinviando a una μετὰ τὸν κώδικα διατ. νέ: forse *vij* (Nov. 18 c. 8)?

(3) Il § 1 (cf. *Proch. auct.* 18.1; *Epit. legum* 18.15) pare conservi la limitazione al deposito necessario.

*Epanagoge aucta* 24.14 [ZACH. 4. 278]; εἰ τις δεξάμενος παρακαταθήκην ἀρνήσεται αὐτήν ... διπλὴν τούτην ἀποδόσει.

[si quis cum depositum accepisset negaverit.... duplum ipsum reddet];

sia che, come il libello *de actionibus*, affermino che l'a. depositi cresce non « infitiatione » ma se il convenuto è colpevole di dolo:

*Lib. de actionibus* § 21 [ed. ZACHARIAE in Z.S.St. 1893. 88 sg.]: ἐπὶ παραθήκην τὴν depositi, ἀγωγὴν περὶ παραθήκην, ἥτις ἀπὸ δόλου διπλασιάζεται

[ex deposito actionem depositi, quae ex dolo duplatur];

sia che, come Psello, sembrino considerare l'a. depositi *in duplum* senz'altro:

PSELL. *Synops.* 810: διπλὴν δ' ἔχουσιν εἰσπραξίν ἢ τοῦ Ἀκουίλου — ἢ ἀφανῆς ἀφαίρεσις, ἢ παρακαταθήκη<sup>(1)</sup>.

[duplam habent repetitionem (actio) legis Aquiliae, furtum non manifestum, depositum].

Le prime due tendenze convergono nel risultato, esplicitamente formulato da Psello, di generalizzare la condanna in *duplum* nell'a. depositi, giacchè quanto al § 21 del libello *de act.* è da tener presente che al dolo s'arresta la responsabilità del depositario sia per diritto classico che, nonostante la l. 32 D. 16. 3, per diritto giustiniano. E quelle tendenze hanno a mio avviso la loro radice in costumanze elleno-orientali, dove da un lato i papiri attestano essere normale la responsabilità *in duplum* per la mancata restituzione del deposito<sup>(2)</sup>, e, dall'al-

(<sup>1</sup>) Cf. anche *Epanag. aucta* 24. 2.

(<sup>2</sup>) La clausola con cui si pattuisce la responsabilità *in duplum* è costantemente richiamata a un νόμος τῶν παραθηκῶν, che fa supporre nel diritto indigeno un analogo ordinamento positivo (cf. le citazioni nel mio scritto sulla *Misura della resp. nell'a. dep.*, in *Arch. giur.* vol. 82, p. 34 dell'est., indi P. Hamb 2 (anno 59). I retori sogliono comminare

tro, nella generalissima figura della δίκη βλάβης il *duplum* è precisamente subordinato all'esistenza del dolo<sup>(1)</sup>.

Ma la spiegazione, e il punto di contatto tra le affermazioni formalmente discordi, sta a mio avviso nella degenerazione del concetto di infitatio, di cui è un indice altrettanto ovvio quanto sicuro l'alterarsi del significato stesso della parola. Il valore originario ed etimologico<sup>(2)</sup> di « negare », « non confessare », viene man mano intensificandosi e colorendosi per così dire nel senso di diniego doloso, disonestà, inganno, perfidia e così via. Così ad esempio già

CICERO *pro Flacco* 20: fraudatorum et infitiorum impudentiam;

poi SENECA *de ira* 2. 9: furta, fraudes, infitiationes;

SENECA *de benef.* 3.17: infitior et fraudulentus;

PRUDENT. *Psych.* v. 630: fidei fraus infitiatix;

gloss. a JUVENAL. 13.23 (in DUCANGE s. h. v.): infitiantes = homines pravi;

ISIDOR. *Orig.* 5.26: infitatio est negatio debitae rei cum a creditore deposcitur,

dove manifestamente si pensa al semplice fatto del non pagare quando se ne è richiesti<sup>(3)</sup>;

FEST. in PAUL. D. p. 112. M.: infitiani = creditum fraudare; e nei glossari greco-latini: ἀγνώμων = perfidus, fraudator, infitator<sup>(4)</sup>.

per la mancata restituzione del deposito la *poena quadrupli*: cf. Ps. QUINTIL. *declam.* 245: su queste declamazioni e il loro contenuto giuridico, per vero assai infido, cf. SPRENGER, in *Diss. philol. Halenses* 20, 209.

(<sup>1</sup>) MEIER-SCHOEMANN-LIPSIUS, *Das attische Recht etc.* p. 654; cf. *Dolus ex delicto*, cit., p. 18 n. 2.

(<sup>2</sup>) WALDE, *Latein. etymol. Wörterbuch* (Heidelberg 1910) s. h. v.

(<sup>3</sup>) Più generico in *Orig.* 10, I: infitior = negator, quia non fatetur, sed contra veritatem mendacium (sic) utitur.

(<sup>4</sup>) Cf. anche *C. Gloss. Lat.* 4. 301 (*glossae Abavus*): abneat = infidiatur, plus quam necat.

Di fronte a un così largo e non più tecnico significato di « infitiatio » scema la meraviglia del vedere i giustinianeî ricondurre sotto questo concetto sia il caso del legato *locis venerabilibus* che quello del deposito <sup>(1)</sup>: e più ancora scema quando s'arriva a constatare che nello stesso caso dell' *a. l. Aquiliae* il regime della litiscrescenza ha finito, come vedremo, per alterarsi.

3. Di fronte alla riassunzione delle due figure testè accennate sotto il concetto della litiscrescenza appar chiaro come non possa considerarsi un'innocente perifrasi quella con cui l' *a. l. Aquiliae* vien designata senz'altro come quell'azione « quae infitiatio crescit »: essa non può voler dire per i bizantini che quello è l'unico caso di litiscrescenza, bensì che essa è il caso tipico, e più precisamente che l'istituto — così frainteso — della litiscrescenza si riconduce alla lex Aquilia come a sua fonte unica e generale.

Vedasi infatti come si esprime lo stesso Giustiniano quando nella Nov. 18 intende applicare quel regime al caso del debitore che nega riconoscere la propria scrittura:

Nov. 18 c. 8 (1 marzo 536): ἡ δὲ περὶ τὴν ἀγνωμοσύνην γινομένη παρά τινων σπουδῆ ἀναγκαῖον ἡμῖν ἐποίησε τὴν τοῦ δήμου πάλαι νομοθεσίαν ἀποδέξασθαι, ἣν διὰ τινος τῶν οἰκείων ἔγραψε δημάρχων, τὴν τοῦ Ἀκουιλίου προσηγορίαν ἐξ ἐκείνου δεξαμένην, καθ' ἣν ἐξ ἀρνήσεως διπλαῖς ὑπέβαλε ταῖς εἰσπράξεσι τοὺς ἀγνωμονεῖν τε καὶ ἀρνεῖσθαι πειρωμένους · ὅπου γε δὴ καὶ ἄλλαι τινὲς ἀγωγαὶ πρὸς τὴν αὐτὴν ὥρμησαν τάξιν <sup>(2)</sup>. [malitiae vero studium quod a quibusdam exercetur necessitatem nobis imposuit antiquae legis a plebe datae

<sup>(1)</sup> Per il deposito fu già osservato l'uso non raro di *infiltari* nel senso di doloso diniego della restituzione: v. RUDORFF in *Z für GRW.* 14. 459 n. 244.

<sup>(2)</sup> Cf. la *summa* di ATANASIO in *Prochiron* 16. 12 - 13; *Epanag.* 28. 13 - 25; v. anche ZACHARIAE, *Anecdota* p. 212; *Ecloga priv. auct.* 15.21; *Ecl. ad Proch. mut.* 16.17; *Epit. legum* 12. 26.

comprobandae, quam scripsit per unum ex tribunis suis, per quam ex infitiatio duplici exactioni subiecit eos qui malitiose agere et infitiari conarentur: *ubi vero et aliae quaedam actiones ad eundem ordinem directae sunt*].

Per quanto l'espressione sia alquanto vaga, appare che il redattore della Novella è d'opinione essere stata la *L. Aquilia* a introdurre, non solo per l'azione che da essa nasce, ma anche per le altre, il regime della litiscrescenza. Più recisamente quest'opinione è formulata da Michele Attaliate, in un passo riprodotto anche nella *Synopsis minor*:

*Syn. Minor* N. 23 (ex ATTAL. 35 [55]) [ZACH. *J. gr. rom.* 2.176]: ἐν τοῖς νόμοις, (διαφόροι δὲ αἱ νόμοι), εἰσὶ τινες καὶ περὶ ζημίας διαλαμβάνοντες, καὶ τῶν περὶ ζημίας νόμων ὁ Ἀκουιλίος νόμος ἐστὶν ἀπάντων ἐπικρατέστερος, παρακελευεται δὲ οὗτος καὶ περὶ τῶν ἄλλων μὲν ζημιῶν, ἐξαιρέτως δὲ περὶ τῶν ἀποδιδόμενων εἰς τὸ διπλάσιον <sup>(1)</sup>.

[in legibus (diversae autem leges) sunt quaedam de damno sancientes, et inter leges de damno Aquilia lex est omnium validissima: praecipit vero ista et de aliis damnis praesertim vero de his quae in duplum competunt].

Se per la sua data recente questa fonte può sembrare di scarso valore, assai più esplicita, e per noi di gran lunga più preziosa, è la formulazione che la massima trova in due fonti occidentali, anteriori ed estranee alla compilazione giustiniana:

PAUL. *Sent.* 1. 19. 1 (elenco delle azioni « quae infitiatio crescut »).

*Interpretatio.* Aliquae quae quum ab iis quibus sunt debita repetuntur, si a debitore negata fuerint, duplici satisfactione redduntur... *Quae omnia superius comprehensa secundum legem Aquiliam duplicantur.*

<sup>(1)</sup> Cf. HARMENOP. 6. 1. § 1.



*Lex Romana Burgund.* 14. 8. Si quis fideiussor pro quocumque debitore aut per iudicium addictus aut per chirographum obligatus exsteterit, et constituta die ea quae fidedixit exsoluerit, et postmodum eum pro quo solvit tertio cum noticia iudicis admonuerit, ut summam soluti debiti recipiat, et ille semper distulerit, post trinam conventionem dupli redibitione pro inficiante, hoc est negante, jure damnabitur, *secundum legem Aquiliam quae negantes debitum dupli satisfactione damnat.*

*ibid.* 29. Si quis caballum ligando ei os aut scindola vel per pannum rubrum eum ita turbaverit, ut pereat, si factum suum non negaverit simpla hoc satisfactione componat; si negaverit et convictus fuerit, *dupli secundum legem Aquiliam qua infitiantes duplo tenentur.*

E' chiaro che l'autore dell' Interpretatio e con lui, sebbene in modo meno esplicito, quello della legge romana dei borgognoni pensano che la L. Aquilia contenesse sulla litiscrescenza una norma di portata generale.

Della cosa si occuparono, senza per altro andarne a fondo, alcuni romanisti e, in epoca più recente, storici del diritto: gli uni e gli altri si mostrarono per lo più troppo facilmente propensi ad accettare per vera l'affermazione contenuta in quei testi. L'Huschke<sup>(1)</sup> ammette senz'altro che quella disposizione costituisse nella legge Aquilia un quarto capitolo autonomo, di cui Gaio nelle sue Istituzioni non farebbe parola trattandosi di una norma puramente processuale; e una lacuna delle nostre cognizioni in tema di *lex Aquilia* è pure supposta dall'Haenel<sup>(2)</sup>, a cui fa adesione ultimamente il Checchini nel suo acuto

<sup>(1)</sup> *Zum vierten Buch des Gaius*, in *Z. f. G. R. W.* 13. 276 sg. Nello stesso senso già BALDUINUS, *de lege Aquilia* p. 159, cit. in GLUECK 9. 2, tr. it. p. 75: e *contra* MYLIUS, in REITZ, *Theoph. paraph.* 2. 1101.

<sup>(2)</sup> *Lex romana wisigothorum*, praef. p. 94.

studio sull' Interpretatio al Codice Teodosiano<sup>(1)</sup>. Io credo che difficilmente un romanista potrebbe oggi indursi a sottoscrivere a questa supposizione: magra è la ragione dell'Huschke sul silenzio di Gaio — il quale anzi, come appare dalle notizie sul 2° capo (3. 215-216) cerca manifestamente d'essere completo — e tutt'altro che persuasiva l'altra<sup>(2)</sup>, che cioè la L. Aquilia sarebbe stata l'ultima a introdurre un caso di litiscrescenza e avrebbe così ricapitolato in certo modo tutti i casi precedenti. E di più riesce inconcepibile che la l. Aquilia abbia regolato il regime di una categoria di azioni di natura, d'origine, di funzione affatto distinta ed au onoma, le quali appunto altro non hanno fra loro in comune che quella particolare struttura processuale la quale, secondo l'opinione generalmente accolta, spiegherebbe, almeno nella sua genesi, il regime della litiscrescenza<sup>(3)</sup>.

Parve all'Haenel inverosimile un equivoco da parte dell'interprete visigoto perchè, com'egli intravvide, la stessa dottrina appare in fonti bizantine: ma la cosa oggigiorno non può parer strana a chi tien presente che la profonda alterazione delle dottrine classiche risale, in una misura sempre più largamente documentabile, alle scuole del quinto e quarto secolo, e che le

<sup>(1)</sup> *Studi storico-critici sull'interpretatio al codice Teodosiano*, in *Scritti per Monticolo*, p. 42 dell'est.

<sup>(2)</sup> *L. cit.* p. 268. Per SELL viceversa (in *Sell Jahrb.* 2. 43) sarebbe stata la prima! Il SELL poi, seguendo una via intermedia manifestamente inaccettabile, fa dipendere dalla L. Aquilia non tutti ma alcuni dei casi di litiscrescenza, ai quali la legge avrebbe esteso il regime originariamente esclusivo dell'*a. iudicati*: *l. cit.* p. 44 sg.: *contra* RUDORFF, *Z. für G. R. W.* 14. 466.

<sup>(3)</sup> Cf. il limpido riassunto in GIRARD<sup>5</sup> p. 1021 n. 4 = tr. it. p. 1036 n. 1. Ammesso il rapporto tra crescita in *duplum* e *manus iniectio*, la tesi dell'HUSCHKE e dell'HAENEL avrebbe un non disprezzabile sussidio testuale se in GAIO 4.21 fosse stata esatta la prima lezione « per manus iniectioem aequae de his rebus agebatur de quibus ut ita ageretur lege aquilia cautum erat »: ma ora è pacifica la lezione « lege aliqua ».

dottrine postclassiche d'oriente e d'occidente presentano, come in queste stesse ricerche vien fatto più volte di constatare, numerosi e profondi parallelismi. Io non esito quindi a negare ogni valore storico alla notizia in esame, aderendo, con questi ulteriori rilievi, alla negativa assoluta che, formulata già dal Bynkershoek e dallo Schulting, fu ribadita dal più completo studioso della litiscrescenza, il Rudorff <sup>(1)</sup> e dal più erudito conoscitore delle fonti romano-barbariche, il Conrat <sup>(2)</sup>.

Volendo cercare una spiegazione del come questa falsa opinione si sia formata nelle scuole postclassiche, io credo di poterne avanzare, colle riserve che le incertezze del tema impongono, una abbastanza plausibile che ha almeno il pregio della semplicità. La giustificazione intima di quel fenomeno processuale che è la litiscrescenza, forse già difficile per i giuristi classici, era indubbiamente inafferrabile a quelli dell'età più tarda, dai quali sarebbe assurdo pretendere che nella genesi storica di ciascuna azione riuscissero a cogliere quell'elemento comune che spiega la comunanza di regime: il fatto che alcune determinate azioni, che non hanno fra loro alcuna apparente parentela, « infitiatione crescunt in duplum » non può apparire ad essi se non come il risultato di un'espressa statuizione positiva. Ora appunto la *lex Aquilia*, il più importante e più usuale dei casi di litiscrescenza, e di cui pur nella tarda età postclassica sembra non offuscarsi completamente il regime, pare menzionasse testualmente questa particolarità della crescita *in duplum* <sup>(3)</sup>, e ai testi relativi, presi isolatamente, non era difficile attribuire una portata generale. All'equivoco poi non può a meno di aver potentemente cooperato la portata sempre più larga che, come meglio si vedrà in seguito, vien gradatamente riconosciuta all'*a. l. Aquiliae* e alle sue derivazioni, come mezzi giuridici di carattere generale.

Non è senza interesse vedere, da ultimo, fino a che punto alcune tarde fonti bizantine siano arrivate procedendo per que-

<sup>(1)</sup> *Über die Litiscrescenz*, in *Z. f. GRW* 14, 392 sg.

<sup>(2)</sup> *Der westgothische Paulus*, p. 168-169.

<sup>(3)</sup> Cf. GAL. 3-216; 2 § 1 D. 9-2; 4 C. 3-35.

sta strada. Dal momento che il regime della litiscrescenza è fatto dipendere in blocco della *lex Aquilia*, si considera senz'altro come *a. legis Aquiliae* quella promossa in un caso in cui il criterio dell'*infittatio* trova una delle sue nuove applicazioni:

Gloss. LABBÉ, in OTTO *Thes.* 3, 1711: Ἀκουίλιος ἀγωγή κινουμένη κατὰ τοῦ ὑπερθεμένου δοῦναι τὸ καταληφθέν.

[*Aquilia actio mota adversus recusantem reddere legatum*];

PSSELL. *Synopsis*, v. 477. sg.: ὁ δὲ γὰρ Ἀκουίλιος ἀγωγή τις τυγχάνει — κατὰ τοῦ μὴ παρέχοντος τῷ σεβασμίῳ τόπῳ — ἔπερ ληγάτον ὤρισε σαφῶς ὁ τελευτήσας.

[*Aquilia actio competit in eum qui non praestat pio loco legatum quod definivit aperte defunctus*].

La premessa sbagliata vien così tratta ad una conseguenza assurda.

4. Ancora in tema di litiscrescenza, il regime dell'*a. legis Aquiliae* presenta, nelle fonti postclassiche, un'altra e più grave singolarità. Mentre la stessa perifrasi ora illustrata (*a. l. Aquiliae* = *a. in duplum adversus infittantem*, in *simplum adversus confitentem*) e una serie di altre attestazioni sporadiche <sup>(1)</sup> fanno sembrare che si sia sostanzialmente conservato il regime classico, e che quindi l'azione tenda al *simplum* o al *duplum* secondo i casi, una serie impressionante di testi mostra di considerare l'*a. l. Aquiliae* come sempre *in duplum*.

<sup>(1)</sup> Cf. THEOPH. *Paraph* 3-27-7 (FERRINI p. 374); Hb. 5. 324 sch. 1 THEODORI; 3. 310 sch. 1 ANONYMI; Suppl. ZACHARIAE p. 8 n. 34, STEPHANI: v. anche Hb. 5. 383 sch. 6; 263; 544 sch. 6 HAGIOTHEOD.; 555 sch. 5; 559 sch. 4; 554 sch. 3; *Synopsis Minor* T. 13 (ex ATTAL. 35 [55]); *Epanag. aucta* 52. 92; Gloss. LABBÉ p. 1710-1711; PSELL. *Synops.* v. 507. Per l'occidente v. *Except. leg. roman.* 3. 43 (si negaverit, donec sacramento testium convincatur, in duplum restituat), 3. 53; *Summa Perusina* 3. 34. 4 e 5: il BRACHYLOGUS (4. 23. 3) menziona anzi solo l'*a. l. Aq. in simplum*. La *Lex Utinensis* c. 22 parla di *duplum* per il diniego di qualunque debito.

PAUL. *Sent.* 2. 31. 23. Si, cum furtum quis quaerit, damnum alicui dederit, actione legis Aquiliae tenebitur.

*Interpretatio.* Si, quum furtum quis quaerit, damnum alicui dederit, vel iniuriam fecerit, *secundum legem Aquiliam in duplum damni illati redhibitione multatur.*

L'interprete ha premura di rilevare questa misura del *duplum* che il testo taceva, e non la subordina punto al diniego. E le varie epitome, mentre trascurano quasi tutte di specificare il nome dell'azione, non dimenticano di ribadire il *duplum* colla più assoluta generalità. (1)

*Libell. de actionibus* § 20: εἰ δὲ ζημία τις προσγένετο μοι εἰ μὲν χερσὶν οἰκείαις τὴν ζημίαν εἰργάσατο, ἢ ἀνθρώπων ἀνελῶν ἢ ζῴων, ἢ σχίσας ἢ ῥήξας, τὸν δῖρεκτον Ἀκουίλιον < ἦτοι ἀγωγὴν ἀπαιτούσαν ἐξ ὀρθοῦ, ἡγρουν ἀναμφιβόλως, τὸ διπλάσιον >

[si quod damnum mihi datum est, si quidem manibus propriis quis damnum fecit, hominem occidendo vel quadrupedem, vel rumpendo, vel frangendo, directam Aquiliam < sive actionem exigentem directo, idest sine controversia, duplum >].

L' avere o no il libello *de actionibus* uu nucleo pregiustiniano (2) non ha qui per me importanza, giacchè l'inciso interessante (ἦτοι — διπλάσιον) è di quelli che lo Zachariae dimostrò

(1) *Epit. Monachi*: « secundum legem Aquiliam duplum damni restituat »; *Epit. S. Galli*: « ipsum damnum duplo restituat »; *Epit. Guelph.*: « duplum damni »; *Epit. Aegid.*: « in duplum ».

(2) Contro gli argomenti della dottrina dominante v. SEGRÉ in *Mél. Girard* 2, a p. 34 dell' est.; *contra* ora PARTSCH, *Negotiorum gestio* 1, p. 28 n. 1, 48, il quale argomenta dall' assenza dell' *a. tutelae contraria*, in rapporto alla dottrina da lui sostenuta sulle *a. contrariae*. Rimetto al seguito l' esame dell' antitesi, formulata pure nel § 20, tra *a. directa* e *utile*.

aggiunte posteriori. Ma a provare l' origine pregiustiniana della formola basta il passo dell' *Interpretatio*: la diffusione poi in oriente nel periodo postgiustiniano è confermata da un gruppo cospicuo di testi, riferibili a tutti i vari periodi di sviluppo della storia del diritto bizantino.

Hb. 5. 694 sch. 1 a l. 11 C. 9. 11 Θεοδώρου · ... εἰ δὲ ἀκούσιος τοῦτο ποιήσῃ, τῷ Ἀκουίλιῳ εὐθύνεται, ἀπαιτούμενος ἐν διπλῷ τὴν ζημίαν ἢ τὸ διαφέρον  
[THEODORI . . . si vero non data opera id fecerit, Aquilia tenetur, exigens in duplum damnum vel id quod interest];

Suppl. ZACHARIAE p. 8 n. 34, *index* STEPHANI a l. 13-14 D. 6. 1;

*Νόμος γεωργικός* [ed. FERRINI in *Byz. Z.* 7. 558]. Le attestazioni di questa fonte hanno speciale interesse in quanto essa, nella sua parte genuina, è quasi immune da tracce di diritto giustiniano, e sembra quindi rispecchiare più schiettamente le tendenze locali.

§ 53. εἴν τις χοῖρον ἐγκλείσας ἢ κύνα καὶ διαφθεῖρη, ἐν διπλῇ ποσότητι ἀπαιτηθίσεται αὐτόν (1)  
[si quis suam inclusit vel canem et corrumpat in duplam quantitatem exiget eum];

§ 56 ὁ καίων ὄρος ἀλλότριον ἢ κόπτων ὄρος ἀλλότριον εἰς τὸ διπλάσιον καταδικάζεται (2)  
[qui urit terminum alienum vel caedit terminum alienum in duplum condemnatur];

§ 62 ὁ καίων ἄμαξαν ἀλλοτρίαν ἢ κλέπτων, ἐν διπλῇ ποσότητι παρεχέτω αὐτήν

(1) Cf. *Ecl. ad Proch. Mut.* 26 11.

(2) La lezione di codici seriori « σφραγιζέσθω ἡ χεὶρ αὐτοῦ καὶ ζημιούσθω τὴν βλάβην διπλῆν » rispecchia l' innesto di una pena corporale tipica nel sistema penale dell' età bizantina più bassa.

[qui urit plaustrum alienum vel subtrahit, in duplam quantitatem ipsum praestet];

§ 35 εἴ τις βοῦν ἢ ὄνον ἢ ἄλλο τι οἰονοῦν κτήνος λάθρα τοῦ κυρίου αὐτοῦ ἄρῃ καὶ ἐν πραγματεία ἀπέλθῃ, δότω τὸν μισθὸν αὐτοῦ ἐν διπλῇ ποσότητι. εἰ δὲ τελευτήσῃ ἐν τῇ ὁδῷ, ἀνθ' ἐνὸς δύο δοσάτω, εἴ τι ἂν τὸ τοιοῦτόν ἐστιν.

[si quis bovem vel asinum vel aliud quodvis pecus in-sciente domino eius abstulerit et ad negotium abierit, det mercedem eius in duplam quantitatem: si autem perierit in itinere, pro uno duos dato, si quid simile est.] (1).

Hb. 5 540 sch. 3 a l. 1 § 2 D. 47-4 τοῦ Ἀγιοθεοδ., con riferimento all' *a. l. Aquiliae utilis*;

M. ATTALIAE tit. 58 [ed. LEUNCLAVII] cf. Hb. 5 257 n. p. [a B. 60 2. 1 = 1 § 4 D. 9. 1] εἰ μὲν ὁμολογήσῃ ἀπραγμόνως, δίδωσι τὸ ἀπλοῦν τῆς ζημίας· εἰ δὲ ἀρνούμενος ἀπελεγχθῆναι δίδωσι τὸ διπλοῦν κατὰ τὸν Ἀκουίλιον νόμον.

[si quidem confessus fuerit de plano, dat simplum damni si vero negans convictus fuerit, dat duplum secundum legem Aquiliam].

Il confronto col testo dei Basilici fa supporre che l'Attaliate consideri come un caso di *lex Aquilia* soltanto il secondo dei due disgiuntivamente esaminati. All'Attaliate infatti vanno riferite altre più esplicite dichiarazioni della Sinossi:

*Synopsis Minor* A. 43 [ZACH 2 21: ex ATTAL. 35 (55)]: Ἀκουίλιος νόμος ἐστὶν ὁ περὶ τῆς ζημίας, τῆς ἐπὶ τὸ διπλάσιον ἀντιστροφόμενης διαταττόμενος.

[Aquila lex est lex de damno, quod in duplum sarcitur, disponens];

(1) Per altri casi di condanna al *duplum*, ma riferibili ad altri concetti, v. § 6, 14, 19.

*ibid* Z. 8 [ZACH 2 103]: καὶ τῷ Ἀκουίλιῳ ὑπόκειται, ἧγουν τῷ εἰς τὸ διπλοῦν ζημιῶνται αὐτόν (1).

[Aquiliae subiacet, scilicet (actioni) in duplum punienti eum];

*ibid* N. 23, già parzialmente riferito. Dopo aver detto che *lex Aquilia* παρακελεύεται... ἐξαιρέτως... περὶ τῶν ἀποδομένων εἰς τὸ διπλάσιον, segue:

καὶ διὰ τοῦτο, ὅταν ζημίαν παρ' ἄλλου τινὸς ὑπομείνας τις δύναται κατὰ τοῦ ζημιώσαντος ἐγκαλεῖν καὶ ἀπαιτεῖν τὸ ζημιωσθὲν αὐτοῦ πρᾶγμα εἰς τὸ διπλάσιον, τότε κατὰ τὸν Ἀκουίλιον νόμον κινεῖσθαι τὴν ὑπόθεσιν λέγουσιν, ὡς εἴ τις εἶπη κατὰ τὴν εἰς τὸ διπλάσιον διεκδίκησιν. καλεῖται δὲ Ἀκουίλιος.

[et per hoc quando damno ab alio accepto quis potest eum qui damnum dederit convenire, et exigere rem damno affectam in duplum, tunc secundum legem Aquiliam moveri petitionem dicunt, veluti si quis dicat secundum petitionem in duplum. Vocatur vero Aquilia]:

*A. in duplum e a. l. Aquiliae* non potrebbero essere più energicamente identificate.

Quasi colle identiche parole troviamo gli stessi concetti nelle glosse di LABBÈ (*l. cit.* p. 1711) e nell'ARMENOPULO (6, 1, 1-3), che attinge evidentemente alla medesima fonte e che mi dispenso quindi dal riferire. Vedasi anche

*Epitome legum* 39. 91 [ZACH. 7-147]: εἴ τις τὰς θυρίδας τοῦ ἐμοῦ οἴκου κατακλάσῃ ἢ αὐτὸν τὸν οἶκον καταλύσῃ, κατέχεται μοι Ἀκουίλιῳ, ἧγουν τῇ διπλῇ ἐπαγούσῃ καταδίκην.

[si qui fores domus meae fregerit, vel domum ipsam diruerit, tenetur mihi Aquilia, scilicet (actione) duplam condemnationem inducente]:

nel Digesto (27 § 31 D. 9. 2) come nei Basilici (Hb. 5. 299

(1) Cf. 1. 7 § 8 D. 9. 2 « ex lege Aquilia »: Hb. 5 270 [B. 60 3. 7] τῷ Ἀκουίλιῳ.

[B. 60. 3. 27]) era detto semplicemente « lege Aquilia », « τῷ Ἀκουλίῳ ».

Nello stesso ordine d' idee troviamo finalmente

PSSELL. *Synops.* v. 317: τὴν φούρτην διπλασίαζε σὺν τῷ Ἀκουλίῳ.

[(actionem) furti duplica cum (lege) Aquilia];

v. 810: διπλὴν δ' ἔχουσιν εἰσπραξίν ἢ τοῦ Ἀκουλίῳ ...

[duplam habent exactionem (actio legis) Aquiliae...].

5. Che tutte queste affermazioni siano assolutamente incompatibili col regime classico dell' *a. l. Aquiliae* è quasi superfluo dirlo. Il pretore sotto la rubrica « ad legem Aquiliam » propone anzitutto due formole, quella *confessoria in simplum* <sup>(1)</sup> e quella *in duplum adversus infitiantem*. L' *infittatio* o meno del convenuto avviene nella prima fase del processo, *in jure*, e il pretore pertanto concederà secondo i casi l' una o l' altra delle due formole, colla quale l' attore otterrà dal giudice la condanna da esse variamente ma univocamente determinata: L' *a. l. Aquiliae* comprende quindi le ipotesi del *simplum* e del *duplum*, ma la formola è o *in simplum* o *in duplum*. Che un classico chiami senz' altro l' *a. l. Aquiliae* « *a. in duplum* » è assurdo, tanto più se dalla rubrica parzialmente conservataci nella *Collatio* <sup>(2)</sup> si argomenta col Lenel che l' *a. in simplum* figurasse nell' albo per la prima.

<sup>(1)</sup> Sulla formola confessoria dell' *a. l. Aquiliae* cf. DEMELIUS, *Confessio*, p. 181 sg.; LENEL, *Edictum* <sup>2</sup> p. 194 sg.; e da ultimo i rilievi di ARANGIO RUIZ, *Formole con demonstratio* p. 42 dell' est. Il problema della condanna *in simplum* nelle azioni litis crescenti ha sempre più d' un lato oscuro: cf. SEGRÉ in *Mél. Girard.* p. 45 dell' est.: per l' *a. judicati* v., contro l' opinione dominante di una condanna sempre *in duplum*, WENGER, *A. judicati*, p. 41 sg.; per le altre THOMAS, in *NRH.* 1903, 579.

<sup>(2)</sup> *Coll.* 2. 4 e 12. 7 R. cf. LENEL l. cit. e sull' enigmatica parte finale SEGRÉ, l. cit. p. 1 e seg.

Per conseguenza io non posso a meno di ritenere alterati quei testi del Corpus Iuris in cui, sia pure indirettamente, sembra affacciarsi questa concezione.

14 D. 6 1, PAUL. l. 20 *ad Ed.* Quod si malit actor potius legis Aquiliae actione uti, absolvendus est possessor. < Itaque electio actori danda est non ut triplum sed duplum consequatur >.

L' Eisele, che ha rilevato l' interpolazione <sup>(1)</sup> non ha fermato l' attenzione sul punto che per me, dopo quanto son venuto esponendo, riesce la più sicura conferma dell' intervento triboniano. Solo un giurista abituato a qualificare l' *a. l. Aquiliae* come ἀγωγὴ εἰς τὸ διπλῶν per antonomasia può scrivere una tale dichiarazione.

55, D. 5, 3, IULIANUS l. 60 *dig.* Evicta hereditate bonae fidei possessor quod lege Aquilia exegisset < non simplum sed duplum > restituet: lucrum enim ex eo quod propter hereditatem acceperit facere non debet.

La menzione del *duplum* potrebbe qui, a rigore, difendersi pensando che nella fattispecie l' azione sia stata *adversus infitiantem*, ma l' ipotesi di una interpolazione mi sembra imporsi per varie ragioni. Di forma anzitutto: per essere chiaro e corretto, il testo avrebbe dovuto dire « quod l. A. in duplum exegisset » o qualcosa di simile, mentre così com' è pare che ordini di restituire « il doppio di ciò che si è esatto coll' *a. l. Aq.* »! Quanto alla sostanza, anche non credendo di ravvisare una contraddizione colla l. 20 § 4 *h. t.* <sup>(2)</sup>, io penso che Giuliano si limitasse a constatare che il possessore deve restituire il risarcimento che ha conseguito per il perimento o danneggiamento della cosa ereditaria: la giustificazione « *lucrum etc.* » può ben essere

<sup>(1)</sup> *Z.S.St.* 13 135.

<sup>(2)</sup> Cf. BYNKERSHOEK, *Observ.* 7, 8; GLUECK *Comm. al tit.* 5, 3 § 539, tr. it. p. 326: ammettendo l' itp. della l. 55 il rapporto dei testi rimane più chiaro.

classica - giacchè è precisamente questo il tema in cui, anche secondo gli scrittori più radicali, il diritto classico avrebbe dato peso al criterio dell'arricchimento; ma conserva tutto il suo valore anche sopprimendo l' inciso « non — duplum »; giacchè il lucro pel possessore sarebbe precisamente il trattenere il risarcimento per lo schiavo o l' animale che è stato ucciso.

5 C. 3. 35, DIOCL. ET MAX. (a 291). De pecoribus tuis quae per iniuriam inclusa fame necata sunt < vel interfecta >, legis Aquiliae actione < in duplum > agere potes.

Qui, dove l' azione non è stata ancora proposta, è assurdo che gli imperatori la potessero senz' altro chiamare « in duplum ». Già lo Zachariae <sup>(1)</sup> dal confronto col κατὰ πόδας di Taleleo, — che avremo occasione d' esaminare più oltre — ha sospettato d' interpolazione i due incisi « vel interfecta », con cui si cumula all' ipotesi originaria del « causam mortis praestare » quella della uccisione diretta, e « in duplum ». A parte l' inammissibilità della spiegazione che lo Zachariae dà di questa aggiunta, la discussione che sul testo fa Taleleo rende a mio avviso forse più probabile l' ipotesi di un glossema marginale o interlineare al testo pregiustiniano, in cui si avvertisse, colla consueta simpatia bizantina, che l' actio era in duplum, e passato poi nel testo. Comunque è sicuro che il rescritto non poté uscire in questa forma dalla cancelleria diocleziana.

Nel processo giustiniano, la distinzione delle due ipotesi (a. in simplum e a. in duplum) si presenta con delle diversità. Infatti le basi e i limiti della controversia non son più fissati nella formola che, rilasciata al momento della litis contestatio, tien conto dell' essersi o no verificata l' infitatio, bensì già nel libellus conventionis, ossia in una fase in cui l' infitatio tecnica non può ancora essersi verificata. E nel libello — che per ogni singola figura d' azione doveva essere nella prassi giudiziale stillato in modo uniforme — non sarebbe inverosimile

<sup>(1)</sup> Zsst. 8, 227.

supporre che chi promuove l' a. legis Aquiliae deva far menzione della condanna in duplum, sia pure come eventualità subordinata all' infitatio successiva <sup>(1)</sup>. Con questa ipotesi (a. l. Aquiliae qualificata sempre nel libello come eventualmente in duplum <sup>(2)</sup>) potrebbe salvarsi la sostanza del regime classico conciliandola colle dichiarazioni delle fonti, le quali potrebbero apparire praticamente tanto meno singolari ove si pensi che, di fatto, nella maggior parte dei casi la contestazione del convenuto non si limita al « quantum debeatur » ma, nel libellus contradictionis, <sup>(3)</sup> investe il fondamento stesso della pretesa avversaria.

<sup>(1)</sup> Proprio in questo senso è concepito il libello dell' a. l. Aquiliae dalla Glossa (al § 19 I. 4, 6): ... et si neget se ipsum occidisse, proponendo contra eum actionem legis Aquiliae peto eundem... in duplum.

TEOFILO 4, 6, 19, ove parla di « κινεῖσθαι εἰς τὸ διπλάσιον... τὴν ἐναγωγὴν » pensa alla formulazione del libello. Giacchè se nella formola classica non l' intentio ma la condemnatio fa menzione del duplum (LENEL, Edictum<sup>2</sup>, p. 196: contra KARLOWA, ERG. 2, 804), i bizantini quando parlano di ἐναγωγὴ per lo più pensano alla formulazione della pretesa che l' attore fa nel libello: cf. per l' uso di intentio in questo significato nelle fonti postclassiche WIEDING, Der Inst. Libellprozess p. 137. Ciò contribuisce, a mio avviso, a spiegare come, pur tramontato da un pezzo il regime formulare, si possa conservare per lo più a ἐναγωγὴ il suo significato tipico. Si raffigura al solito l' azione nel suo momento dinamico, ossia in quanto è messa in moto (cf. ἀγωγὴν κινεῖσθαι) col libello e precisamente si dà risalto a quella parte del libello in cui, come già nella formola, l' attore esprime la sua pretesa. Ricordati a questo punto di vista, non è difficile rendersi ragione di quei passi della Parafraasi, oggetto di recente polemica (BIDR. XXVI) in cui ἐναγωγὴ non è nè l' azione, da cui anzi vien distinta, nè l' intentio del regime classico.

<sup>(2)</sup> Per TRIBONIANO (cf. l. 20 § 4 D. 5. 3 itp.) la litiserescenza è un incrementum actionis, che ne completa in certo modo la natura, pur essendo fuori della natura normale (Hb. 3, 10 sch. 2): il duplum non è imposto ab initio (f. l. 23 § 4 D. 12, 6; GAI 4, 173) ma è sempre virtualmente incluso.

<sup>(3)</sup> V. BETHMANN HOLLWEG, 3, 249.

Ma se questa via di mezzo può riuscir tollerabile di fronte al diritto delle pandette, nel quale troppi indizi sembrano attestare che per l' a. l. Aquiliae il regime classico sopravvive, io penso che per la pratica bizantina, e forse non soltanto posteriore, si deve essere più radicali, e ammettere che pur di fronte all' a. legis Aquiliae si siano introdotte quelle alterazioni che già per altri casi abbiamo riscontrato nello stesso diritto giustiniano. Oltre all'alterarsi del significato della *infiltatio* tecnica, si deve a mio avviso tener presente la mutata struttura del processo: il momento della *litiscontestatio*, che era decisivo per la litiscrescenza classica, perde ormai la sua importanza, la quale ora si posticipa al momento della *condemnatio* o addirittura della *solutio*, ora invece si anticipa al momento della *conventio* (1). Può senza dubbio sembrar strano che si sia potuto considerare come *infiltians* il convenuto fino dal momento iniziale della lite; ma la meraviglia scema ove si pensi all' istituto della *editio actionis* che precede la notifica del libello, istituto di cui la l. 1 D. 2, 13, largamente alterata, attesta l' esistenza assai meglio per diritto giustiniano che per diritto classico (2). Il convenuto è messo in grado, coll' editio, di conoscere la pretesa avversaria e, eventualmente, di riconoscerla fondata e soddisfarla prima che l'attore rimetta al magistrato il libello da notificare: se non si mette in regola e si lascia convenire, non è poi tanto

(1) Per un caso cf. MESSINA V, in *BIDR.* 20.230: v. anche p. es. l. 26 e 33 D. 44. 7e sul tema i rilievi di WIEDING, *op. cit.* pag. 352 sg.

(2) Cf. da ultimo, giustamente, v. MAYR, *REG.* 2. 1. 129. Per il diritto classico resta argomento fondamentale la sede dell' editto *de edendo*: cf. LENEL, *ZSSst.* 15. 385; *Edictum* 2 p. 60; WENGER, in *Pauly-Wissowa* 5. 1960 e bibliogr. ivi. Un accenno all' *editio actionis* anche nel processo giustiniano per rescritto è forse in P. Cair. 67032 (PARTSCH in *Nachr. d. Ges. d. Wiss. zu Göttingen* 1911. 250; THOMAS, in *Et. off. à Girard* 1. 384): assai netta è la menzione dell' istituto nel Brachilogo (4. 9. 2) il quale appunto fa dipendere da esso la scelta dell' avversario « *utrum solvere quod ab eo petatur malit an reluctandum existimet* ».

strano che lo si consideri dai bizantini come *infiltians* e l' azione sia senz'altro *in duplum*. Dopo tutto, è precisamente il momento della *conventio* quello che determina la crescita *in duplum* nel caso di legato pio, e non diverso è il senso in cui si parla di litiscrescenza nel caso di deposito necessario (1).

In favore dell' applicazione di questo concetto volgare di litiscrescenza anche all' a. l. Aquiliae nella pratica bizantina stanno indubbiamente le attestazioni energiche che abbiamo incontrato di preferenza proprio in quelle fonti che, come il Νόμος γεωργικός e la *Synopsis minor*, sono, per la loro genesi o per l'epoca, in più scarso contatto coi testi giustiniani e, per converso, più vivacemente influenzate dalle tendenze del diritto volgare (2). Le quali tendenze si riscontrano in questo campo già *ab antiquo* (3), e non solo in oriente, come ci dimostra la preziosa attestazione dell' *Interpretatio* al Paolo Visigoto.

(1) Cf. THEOPH. 4. 6. 17: l' a. è *in duplum* se ἀπαιτούμενος.. ὑπερετίθετο ποιέσθαι τὴν ἀπόδοσιν. Qui il soddisfacimento *ante sententiam* libera dalla condanna: cosa che il tenore della disposizione giustiniana a favore delle *piae causae* sembra far escludere per l' altro caso.

(2) A parte possibili influenze della δικη βλάβης, che era *in duplum* per dolo, la natura penale dell' a. l. Aquiliae portava quasi istintivamente i bizantini a raffigurare una responsabilità che vada oltre il *simplum*: essi infatti hanno sentito a più riprese il bisogno di invocare il particolare criterio di valutazione del danno per spiegare come l' azione sia penale (§ 9 I. 4. 3) o, per loro più precisamente, mista (§ 19 I. 4. 6) anche nel caso di *confessio*: sui due § § cf. FERRINI, *BIDR.* 13. 188, 192; *Dir. pen. rom.* p. 285, che pensa a Gaio, *res cott.*: ma v. DE FRANCISCI, *St. sulle az. penali* p. 68 · 69. Che nei bizantini poi il *duplum* sia la misura tipica del risarcimento penale appare anche da testi in cui lo inseriscono *ex novo*, o lo sostituiscono a misure diverse. cf. 6 pr. C. 1. 11 = 24 Th. 16. 10; 1 pr. C. 10. 20 = 2 Th. 11. 8.

(3) Che, del resto, pure fra i contemporanei di Giustiniano, quella concezione si facesse strada potrebbe forse argomentarsi da TEOFILO 4. 6 § 19, dov' è dichiarato che l' a. l. Aquiliae è *mixta* « οὐ μόνον ἤντικα κατὰ τοῦ ἀρνούμενου κινεῖται εἰς τὸ διπλάσιον, ἀλλ' ἐσθ' ὅτε καὶ ἤντικα εἰς τὸ ἁ-

## II. — Actio in factum e actio in duplum.

L' equazione ἰμφάκτουμ = εἰς τὸ διπλοῦν e la tarda reazione.

L' ἰμφάκτουμ γενική e i suoi rapporti coll' a. l. *Aquiliae*.

1. L' aver rilevato con larga documentazione la simpatia delle fonti bizantine a chiamare l' a. l. *Aquiliae* « *in duplum* » non solo ci illumina sull' alterazione del concetto di litiscrescenza ma ci dà la spiegazione di un altro singolare fenomeno che le medesime fonti presentano: che anzi i due fenomeni fra loro coordinati gettano una luce decisiva su una delle costruzioni processuali bizantine più caratteristiche e che finora non è stata se non vagamente intuita, quella cioè dell' a. *in factum generalis*.

Nelle fonti bizantine troviamo assai spesso scambiate, come se fossero perfettamente sinonime, le due espressioni « a. *in factum* » e « a. *in duplum* » <sup>(1)</sup>. Vedasi infatti

Hb. 1, 500 [B. 10, 3, 11 = 11 § 1 D. 4, 3]: ἐπὶ τούτων οὖν ἡ ἰμφάκτουμ ἀρμόζει.

[de his igitur *in factum* (actio) competit],

e un' annotazione marginale segnata da LEUNCLAVIO: ἀγωγή εἰς τὸ διπλοῦν [a. *in duplum*];

Hb. 1, 796 [B. 12, 2, 6 = 6 § 6 D. 10, 3] sch. 7; ἰμφάκτουμ ἐστὶν ἀγωγή καὶ διπλὴν ἐπάγουσα καταδίκην <sup>(2)</sup>.

πλοῦν ποιεῖται τὴν ἐναγωγήν»: dove sembra alludersi a due ἐναγωγαί tra loro ab *initio* distinte, quelle *in duplum* e quella *in simplum*: l' attore formula l' una o l' altra secondo che, in seguito all' *editio*, il reo ha o no riconosciuto la sua responsabilità. Non intendo, comunque, dare a questo rilievo se non il valore di semplice congettura, di cui le dubbiezze del tema consentono la formulazione.

<sup>(1)</sup> V. per un accenno *Dolus ex delicto* cit., p. 38 n. 1.

<sup>(2)</sup> Resta però dubbio che intenda dire lo scoliaste, giacchè si tratta di una pena di 50 aurei.

[in factum est actio et *duplam inducens condemnationem*]

Hb. 2, 381 [B. 20, 4, 14 = 14 § 1 D. 19, 5: de servo vero *in factum agendum*]: ἐπὶ δὲ τῷ δοῦλῳ ἢ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις.

[de servo vero *dupli exactio*];

Hb. 5, 45 [B. 50, 1, 53 = 55 D. 41, 1: a *in factum*]: οὐ δὲ κατέχη μοι τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσῃ ἀγωγῇ.

[tu autem teneris mihi *actione duplum exigente*];

Hb. 5 115 = Suppl. FERRINI p. 100 [B. 53, 2, 5 = 29 § 5 D. 9, 2 *in factum agendum*]: ἐὰν τὸν στοίχον, εἰς ὃν ἐδέδετο τὸ πλοῖον, κόψῃ τις, καὶ ἀπώλεται, εἰς τὸ διπλάσιον καταδίκιζεται.

[si quis funem, quo navis alligata erat, praeciderit, et perierit, *in duplum condemnatur*] <sup>(1)</sup>.

Hb. 5. 230 [B. 60. 1. 5 = 5 § 1. D. 3. 6. a *in factum post annum*]: ..δοῦναι μετὰ τὸν ἐνιαυτὸν τὴν τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσαν ἀγωγήν.

[... dari post annum *actionem duplum exigentem*].

Hb. 5, 268 [B. 60. 3. 7 = 7 § 3 D. 9. 2: *in factum actio*]: μόνον ὑπόκειται τῇ τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησι.

[... tantum subiacet *dupli petitioni*]

e lo sch. τοῦ Ἀνωνύμου · τῇ ἰμφάκτουμ, τουτέστιν οὐτιλίφ Ἀκουίλιφ.

[ANONYMI. *in factum*, id. est. (utili) *Aquiliae*];

Hb. 5. 273 [B. 60. 3. 11 = 11 § 1 D. *ht.*]: τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσῃ ὑπόκειται.

[*actioni duplum exigenti subiacet*]

e gli sch. 6 e 7: τῇ ἰμφάκτουμ;

<sup>(1)</sup> Cf. *ibid* p. 182 la versione del VENTURI.



Hb. 5 - 274 [B. 60. 3. 11 = 11 § 4 D. *ht.*]: è posta un' antitesi tra l'esser soggetto τῷ Ἀκουιλίῳ oppure « τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσῃ »;

Hb. 5.275 [B. 60. 3. 11 = 11 § 8 D. *ht.*]: ὁ καλῶ πίστει νομεῦς ἔχει τὴν τοῦ διπλοῦ ἀπαιτήσιν.  
[bonae fidei possessor habet *dupli exactionem*],

e lo sch. 30: ἱμφάκτουμ ἀγωγῇ ἀρμόζει.  
[*in factum actio competit*];

Hb. 5.292 [B. 60. 3. 27 = 27 § 14 D. *ht.*]: ἀλλὰ καὶ ἡ ἀγωγῇ ἢ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσα.  
[sed et actio *duplum exigens*],

e lo sch. 50... ἀλλὰ καὶ τῇ ἱμφάκτουμ.  
[sed et (actioni) *in factum*];

Hb. 5.300 [B. 60. 3. 27 = 27 § 35 *ht.*]: ἀρμόζει ἡ ἀγωγῇ ἢ εἰς τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσα.  
[competit actio *duplum exigens*],

e lo sch. 121: ἐν φάκτουμ, ἤγγουν οὐτιλίον Ἀκουιλίον.  
[*in factum*, sive utilis Aquilia];

Hb. 5. 312 [B. 60. 3. 41 = 41 pr. *h. t.*: *a in factum*]: ἐνάγεται τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσῃ.  
[agit actione *duplum exigente*];

Hb. 5. 317 [B. 60. 3. 49 = 49 pr. *h. t. in factum*]: ὑπόκειται τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσῃ ἀγωγῇ  
[subiacet actioni *duplum exigenti*]: cf. *Synops. Maior* Z. 12 [ZACH. 5. 354]; *Syn. Minor* Z. 11 [ZACH. 2. 104];

Hb. 5. 334 sch. 43 a l. 5 § 11 D. 9. 3: *a. in factum*: ἡ εἰς τὸ διπλοῦν [*in duplum*];

Hb. 5. 345 [B. 60. 5. 10 = 10 D. 9. 4: *in factum*]: ἡ τὴν ἀγωγῇ τὴν τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσαν.  
[vel actionem *duplum exigentem*];

Hb. 5. 418 [B. 60. 9. 1 = 1 pr. D. 11. 6: *in factum a.*]:

ὑπόκειται τῇ τοῦ διπλοῦ ἀπαιτήσῃ.  
[subiacet *dupli petitioni*].

Contro questa equiparazione sorse nelle stesse scuole bizantine una vivace reazione, che lo stato di conservazione delle fonti permette di precisare solo in parte, ma che sembra avere il suo più energico rappresentante nell' Agioteodorita, ed è per avventura un indice di quel rifiorimento temporaneo di cultura giuridica che seguì alla riforma scolastica di Costantino Monomaco <sup>(1)</sup>.

L' Agioteodorita, di cui il libro 60 dei Basilici conserva un copioso materiale, non perde occasione per censurare l' equivoco in cui è caduto il testo greco (τὸ ἐξελληνισμὸν) e per rilevare che l' *a. in factum* non è affatto sempre *in duplum*, bensì secondo i casi ora *in simplum*, ora *in duplum*, ora in un altro multiplo.

Si veda infatti Hb. 5. 583 sch. 2 a l. 1 § 48 — 2 D. 43. 16. Uno scoliaste ignoto <sup>(2)</sup>, ma che appare recente, nota:

Μὴ ἐξ τούτων νόμιζε ὅτι εἰς τὸ διπλοῦν οἱ κληρονόμοι ἐνέχονται · πᾶς γὰρ διάδοχος εἰς τὸ περιελθὼν εἰς αὐτὸν μόνον κτερίζεται · ἀλλὰ... κινεῖται κατὰ τῶν κληρονόμων ἱμφάκτουμ, ἥτις ἐν τῷ ἐξελληνισμῷ εἰς τὸ δίπλάσιον γέγραπται.

[ne ex hoc putes quod in *duplum* heredes teneantur: omnis enim successor in id quod pervenit ad eum tantum tenetur: sed... movetur adversus heredes (actio) *in factum* quae in versione graeca « in *duplum* » inscribitur],

<sup>(1)</sup> Su essa v. da ultimo LABORDE, *Les écoles de droit dans l'empire d'Orient*, p. 169 sg.: assai deboli però sono gli argomenti addotti (p. 200 sg.) contro l'opinione (FERRINI, *Arch. giur.* 33. 428; PATETTA, in *St. per Schupfer* (1898) 2. 119 n. 2) che tale rifiorimento abbia avuto breve durata: il L. stesso deve ammettere (p. 207) che la designazione di νομοφύλαξ, data ancora all' Armenopulo, si era ridotta a mero titolo onorifico.

<sup>(2)</sup> In *Dolus ex delicto ecc.*, p. 38 n. 1 attribuiti per equivoco questa dichiarazione a Doroteo, a cui invece risale solo lo sch. 1, e non tutto.

e L'AGIOTEODORITA :

τουτέστιν τῇ ἱμφάκτουμ εἰς τὸ ἀπλοῦν · μὴ γὰρ προσχῆς τῷ ἐξελληνισμῷ · πολλακοῦ γὰρ τοῦτο ἐπὶ τῆς ἱμφάκτουμ καὶ εἶδες καὶ ἤκουσας.

[hoc est actione in factum in simplum: *noli enim attendere ad graecam versionem*: nam multis locis hoc de actione in factum et vidisti et audisti]:

vedasi infatti lo stesso in

Hb. 5. 502 sch. 48 a l. 52 § 20 D. 47. 2, ove specifica: τῇ ἱμφακτουμ εἰς τὸ ἀπλοῦν.  
[in factum in simplum],

e in Hb. 5. 540 sch. 3 a l. 1 § 2 D. 47. 4, osserva: πᾶσα γὰρ ἱμφακτος ἢ ἀπλοῦν ἀπαιτεῖ ἢ διπλοῦν ἢ τετραπλοῦν <sup>(1)</sup>.  
[omnis enim in factum (actio) aut simplum exigit aut triplum aut quadruplum).

Uno scoliaste ignoto in Hb. 5. 231 sch. 18, al testo (p. 230 = 5 § 1 D. 3. 6) che parlava di un' azione « τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσα », osserva:

ἤγουν τὸ ἀπλοῦν ἱμφακτουμ ὤφειλεν εἰπεῖν.  
[in simplum in factum debuit dicere],

e cerca spiegare l'errore del testo col dire che spesso l'a. in factum è davvero in duplum:

οὐχ ὅτι ἐνταῦθα ἢ ἱμφακτος ἦτοι ἢ περὶ καλουμένης εἰς τὸ διπλοῦν ἀρμόζει; εἴρηται γὰρ ὅτι εἰς τὸ τετραπλοῦν · ἀλλ' ἐπεὶ πολλακίς ἢ ἱμφάκτουμ καὶ εἰς τὸ διπλοῦν κινεῖται, ὡς ἐπὶ τοῦ δένδρα τέμνοντος, ἢ ἀμπέλους ἐκρίζουντος, ὁ ἐξελληνίζων, ἀντὶ τοῦ εἰπεῖν « τὴν ἱμφακτον » εἶπε « τὴν τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσαν ».

(1) Cf. *Gloss* LABBÉ, *l. cit.* p. 1748: αἱ ἱμφάκτουμ ἀγωγαί, πολλαὶ οὖσαι τῷ πλήθει, καὶ ἐπὶ διαφόρων φάκτων ἀρμόζουσαι, διαφόρους ἔχουσι καὶ τὰς καταδικίας; e PSELL. *Synops.* v. 570 sg. (αἱ ἱμφ. ἀγ.) αἱ μὲν ἀπλοῦν, αἱ δὲ διπλοῦν, αἱ δὲ τὸ διαφέρον — αἱ δὲ τὸ τετραπλάσιον τοῦ χρέους ἀπαιτοῦσιν.

[non quod hic in factum sive de calumnia actio in duplum competat: dictum est enim quod (est) in quadruplum: sed quia saepe (actio) in factum etiam in duplum movetur, ut adversus eum qui arbores caedit vel vites evellit, is qui graece vertit, pro « in factum » dixit « duplum exigentem »].

E uno scolio aggiunto di mano recente allo sch. 11 [ANONYMI] in Hb. 5. 312 (a l. 41 pr. D. 9. 2):

ὅρα πῶς ἐνταῦθα ἐναντιωθῆ ὁ Βασιλικὸς τῷ Παλαιῷ · ὁ μὲν γὰρ τὴν τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσαν ἀγωγὴν ἐνταῦθα λέγων δηλὸς ἐστὶν ὡς τὴν περὶ κλοπῆς λέγει, ὡς ἀπὸ τοῦ ἐπαγομένου « ἔσθ' ὅτε » Ὁ δὲ Παλαιὸς φανερώς ἱμφάκτουμ ἔγραψεν.

[vide ut hic repugnet Basilicus Antiquo: ille enim « actionem duplum exigentem » hic dicens palam est quod (actionem) furti dicit, ut ex eo quod sequitur « interdum »: Antiquus vero aperte « in factum » scripsit].

Se nel testo dei Basilici l'erronea equazione *a. in factum* = *a. in duplum* non ci appare omai se non sporadicamente, ciò dipende dalla revisione a cui il testo medesimo andò soggetto in seguito alle critiche. Ci è dato infatti constatare che in molti casi il testo conservato nei mss. dei Basilici e quello delle Sinossi offrono due redazioni diverse, ovvero che mentre gli scoliasti censurano l'errore, nel testo troviamo già la dizione corretta, secondo l'espressione dell'originale latino <sup>(1)</sup>. Ecco alcuni esempi:

(1) Le stesse fonti bizantine non mancano talora di avvisare alla necessità di ricorrere alle fonti giustinianee: veramente notevole è la dichiarazione formulata in proposito dall'ignoto autore della *Meditatio de nudis pactis* — modellata sullo STEFANO — che esalta il valore dei Digesti di fronte alle imperfezioni dei Basilici: tit. 6 § 6 (ediz. MONNIER e PLATON in *NRH.* 1913): ἐπαίνησον οὖν, εἴπερ μοι πείθη, μᾶλλον τὰ Δίγιστα. Ἐχουσι γὰρ τι τῶν Βασιλικῶν περισσότερον. Οἱ μὲν γὰρ ἐκεῖνα μετιόντες καὶ τῆς ἐκείνων εὐφραδείας καὶ πλατύτητος ἐμποροῦμενοι, εὐκόλως καὶ τοῖς Βασιλικῶς ἐπι-

Hb. 5. 269 [B. 60. 3. 7 = 7 § 6 D. 9. 2]: τῆ ἰμφάκτουμ: la Sinossi *ad h. l.* ha τῆ τοῦ διπλοῦ ἀπαιτήσαι;

Hb. 5. 647 sch. 1 a 1. 3 pr. D. 47.12: ἰμφάκτουμ ἀγωγῆν: il testo (*ibid.*), desunto dalla Sinossi: τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση ἀγωγῆ.

E viceversa Hb. 5. 273 [B. 60. 3. 11 = 11 § 1 D. 9. 2]: τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση, ma la Sinossi: ἀπλοῦν. E l'*a in factum* della l. 14 § 2 D. 19. 5. è resa nei Basilici [20. 4. 14] e nella *Synopsis minor* Z. 3 (ZACH. 2. 102): εἰς τὸ διπλοῦν, mentre la *Synopsis maior* Z. 1. 2 [ZACH. 5. 351] ha: εἰς τὸ ἀπλοῦν.

In Hb. 5. 230 [B. 60. 1. 5 = 5 § 1 D. 3. 6], dove il testo da noi posseduto dice « ἰμφάκτουμ ἀρμόζει ἀπαιτήσαις, lo sch. 10 avverte:

ἐν τοῖς πλείοσιν τῶν ἀντιγράφων κεῖται τὴν τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσαν... Καὶ ἐστὶ σφάλμα τοῦ ἐξελληνισμοῦ

[in pluribus exemplaribus stat « duplum exigentem... »  
Et est error graecae versionis].

Vedasi anche la nota marginale di Leunclavio in Hb. 1.500, già riferita, e la versione di Cuiacio a B. 60. 4. 5 sch. 41 (Hb. 5. 333 n. y) « *in duplum* » invece che « *in factum* » <sup>(1)</sup>. Verosimilmente corretto fu pure il testo in Hb. 5. 496 [B. 60. 12. 50 = 50 § 4 D. 47. 2]: τῆ ἀπλῆ ἀπαιτήσαι; 5. 501 [B. 60. 12. 52 = 52 § 20 D. 47. 2]: εἰς τὸ ἀπλοῦν; 5. 583 [B. 60. 17. 8 = 1 § 48 — 2. D. 43. 16]: τῆ ἰμφάκτουμ ἐνάγονται, come fanno sup-

βάλλουσι, καὶ ἀμφοτέρων ἴσασι τὰς δυνάμεις § 7 οἱ δὲ τοῖς Βασιλικοῖς ἐνεσχολημένοι καὶ μόνοις οὐ ταῦτα σχεδὸν καλῶς κατορθοῦσι τὰ σπουδαζόμενα, καὶ ἀνάγκη πάντως αὐτοὺς τῆς ἐκείνων ἐκπίπτειν γνώσεως.

<sup>(1)</sup> E' noto (cf. FERRINI, *Praef. ad Suppl. Basil.* p. X) che il codice, ora perduto, di cui si valse Cuiacio era assai antico e autorevole: forse l'archetipo del Paris. gr. 1357. Anche la Sinossi rappresenta per lo più una lezione più antica di quella dei mss. che stanno a base dell'edizione heimbachiana dei Basilici.

porre gli scoli dianzi riferiti, diretti appunto a rettificare l'errore <sup>(1)</sup>.

La revisione fu dunque profonda, ma — fortunatamente per noi — non sufficientemente accurata, sicchè le tracce dell'antico errore sono rimaste abbastanza cospicue. Non è possibile precisare l'epoca in cui l'equiparazione si introdusse <sup>(2)</sup>, ma la sua larghissima diffusione depone per una origine assai remota: io credo probabile che l'equivoco incriminato esistesse già in alcune delle *Summae* dei maestri postgiustiniani, se non proprio in quella rielaborazione che, giusta la recente ipotesi del Peters, <sup>(3)</sup> l'Anonimo avrebbe posto a base della sua « catena ».

<sup>(1)</sup> Cf. anche Hb. 1 499 [B. 10. 3. 7 = 7 § 7 D. 4. 3]: il testo ha ἰμφάκτουμ, ma TEODORO εἰς τὸ ἀπλοῦν. Le Glosse di LABBÈ, traviate dalla opposte tendenze, danno dell'*a. in factum* le definizioni più disparate: cf. p. 1737 *l. cit.*: ἰμφακτοῦ = τὸ ἀπλοῦν; ἰμφάκτουμ = ζῆμία διπλῆ, ἀγωγή ἐντὸς ἐνιαυτοῦ; ἰμφ. = ἀγ. ἀπαιτούσα ἐντὸς μὲν ἐνιαυτοῦ τὸ διπλοῦν, μετὰ δὲ ἐνιαυτοῦ τὸ ἀπλοῦν; p. 1748; ἰμφ. = τῆς ἀπλῆς ἀπαιτήσεως ἀγωγή, ἤτοι προσποίησις. Più notevoli le definizioni — di cui più oltre — allusive alla funzione dell'*a. in factum*. Per l'uso dell'espressione in PSELLO cf. l'eccellente indice di RENAULD, in *Mém. de l'Acad. de Toulouse*, 1908, p. 95.

<sup>(2)</sup> Indubbiamente falsa è l'opinione del SUAREZ (*Comm. ad L. Aquiliam*, in MEERMANN, *Thes.* 2. 158) che la sostituzione sia stata operata da Taleleo come spediente energico per ribadire la tesi, che vedremo, sulla litiscrescenza: Taleleo non potè prendersi un arbitrio così grave, nè a una sua elaborazione possono riferirsi tutti i testi (riferibili, si noti, al Digesto e non al Codice) in cui l'equiparazione o la sostituzione figura. L'eruditissimo Suarez ha peraltro intuito una parte di verità quando pensò di mettere in rapporto tale equiparazione colla teoria della litiscrescenza e della *lex Aquilia*.

<sup>(3)</sup> In *Bericht. d. K. Sächs. Ges. der Wiss.* 1913 n. 1: sulla tesi v. la mia nota in *Filangieri* 1913. 653 e seg.; indi LENEL in *ZSSSt.* 1913. 373; MITTEIS *ibid.* 402; DE FRANCISCI, *Συναλλαγμα*, p. 347. In Hb. 5, 268, infatti, abbiám visto l'Anonimo esprimersi correttamente. È però sintomatico che nei Basilici l'errore figurò sempre nel testo, mai negli scoli.

Certo l'errore non può riferirsi allo Stefano, come neppure a Teodoro, giacchè l'uno e l'altro sembrano aver presente la retta dottrina (1).

2. Più assai che l'origine storica interessa ricercare la genes concettuale dell'erronea formola. Ed io sono d'avviso che questa formola « *a. in factum* » = « *a. in duplum* » abbia qui un valore identico a quello che si vide per l'*a. l. Aquiliae*, in quanto precisamente questa *actio in factum generalis* è raffigurata dai bizantini come una derivazione dell'*a. l. Aquiliae*, come il punto estremo della evoluzione che questo mezzo giuridico ha subito. Tutta una serie di indizi converge su questo punto.

È già sintomatico il fatto che la designazione « ἀγωγή εἰς τὸ διπλοῦν » e simili si trovano riferite sempre ora all'*a. l. Aquiliae* ora all'*a. in factum*, tanto che gli interpreti greci devono spiegare a quale delle due più precisamente si alluda (2): ma a questo parallelismo io non voglio dare gran peso, come pure non voglio insistere sul fatto che nei testi dianzi elencati l'*a. in factum* figura per lo più espressamente come un'applicazione dell'*a. l. Aquiliae*; io credo a che un risultato più completo e più sicuro si arrivi esaminando l'*a. in factum generalis* nei suoi caratteri e nei rapporti in cui i maestri bizantini la pongono colla *lex Aquilia*.

L'*a. in factum generalis* (γενική ἱμφάκτουμ) è l'espressione più saliente di quella simpatia bizantina per il concetto e la terminologia di *a. in factum* che studi recenti vanno sempre meglio mettendo in luce (3). Per trovarne la costruzione giuri-

(1) Hb. 5. 229 STEPH. *index* a l. 3 § 3 D. 3. 6 dove, applicando il concetto della φάσις, mostra di riconoscere che l'*a. in factum* può importare nella condanna misure diverse: v. anche sch. 1 ἢ περί; per TEODORO Hb. 1. 499, a l. 7 § 7 D. 4. 3.

(2) Cf. Hb. 5. 270 [B. 60. 3. 9 = 9 pr. D. 9. 2] χώρα τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση ἀγωγή: e lo sch. 3 (p. 271): οὐ τῷ Ἀκουίλιω, ἀλλὰ τῷ ἱμφάκτουμ, ἦτοι τῷ περί τῆς γενομένης ζημίας.

(3) Cf. ALIBRANDI, *Opp.* 1. 176; ERMAN in *Mél. Fitting* 2. 594 sg.; BRUGI in *Scritti per M. Amari* 2. 234; *Mél. Girard* 1. 143.

dica più completa dobbiamo ricorrere all'Agioteodorita, in due scoli assai notevoli.

Hb. 5. 295 sch. 65 τοῦ Ἀγιοθ. (1). Dopo una breve discussione — di cui altrove — sui rapporti tra *a. in factum* e *a. utilis l. Aquiliae*, segue:

ἡ γὰρ ἱμφάκτος γενική οὖσα καὶ καθολική κατηγορεῖται κατὰ πάσης οὐτιλίας ἀγωγῆς· ὡς καὶ ἡ καθολική συμφωνία κατηγορεῖται κατὰ πράξεως, μισθώσεως καὶ παντὸς συναλλάγματος. οὕτω γοῦν καὶ ἡ ἱμφάκτος κατὰ πάσης οὐτιλίας ἀγωγῆς κατηγορουμένη ποτὲ μὲν κινεῖται ἱμφάκτος οὐτιλίας Ἀκουίλιος, ποτὲ δὲ ἱμφάκτος τοιάδε οὐτιλία, ἡγουν πρὸς τὴν οὐτιλίαν < καθολικὴν > ἀγωγήν, ὅσα δὲ ἂν ἦ· πολλάκις δὲ θεωρεῖται καθ' ἑαυτὴν μόνην, ὡς καὶ ἡ δὲ πεκούλιο καὶ ἡ καθολική συμφωνία.

[nam actio in factum, cum generalis sit et universalis, cernitur in qualibet utili actione, sicuti consensus universalis cernitur in emptione, locatione et omni contractu. Sic igitur actio in factum, quae in qualibet utili actione cernitur, modo intenditur « in factum utilis Aquilia », modo talis in factum utilis, sive ad utilem universam actionem qualis fuerit. Saepe autem consideratur per se sola, ut et de peculio (actio) et generalis consensus];

Hb. 5. 331 sch. 17 a l. 5 § 4 D. 9. 3 Τοῦ Ἀγιοθ... σημειώσαι δὲ καὶ ἄλλο πολλάκις σοὶ καὶ ἐπ' ἄλλων σημειωθέν· μετὰ τῶν ἄλλων δὲ καὶ αὕτη ἐστὶν ἡ διαφορὰ πρὸς τὴν διρέκταν ἱμφάκτον, ὅτι ἡ μὲν οὐτιλία ἱμφάκτος συνθεωρεῖται καὶ ἄλλαις ἀγωγαῖς· ἡ δὲ διρέκτα καὶ ἀπλή καὶ ἀσύνθετος αἰεὶ καθ' ἑαυτὴν θεωρεῖται, καὶ ἐν ἀπορίᾳ πάσης ἄλλης ἀγωγῆς κινεῖται. [nota autem et aliud saepe tibi et in aliis notatum... Praeter alias et haec est differentia cum directa in

(1) Citato in COLLINET, *Études* 1. p. 200, il quale si limita a menzionare l'*a. in f. generalis* fra le altre azioni generali.

factum, quod utilis in factum consideratur et cum aliis actionibus; directa vero et simplex et non composita *semper per se consideratur et deficiente omni alia actione movetur.*]

È messo in rilievo con molta energia il carattere generale e autonomo di quest'azione, la cui caratteristica è di costituire un rimedio giuridico sussidiario che entra in campo quando manca un'azione specifica. La « generalità » dell'azione balza fuori anche in

Hb. 5. 324 sch. 3 a l. 6 C. 3. 35: ... γενικωτέρα γὰρ ἐστὶν αὕτη, ἀρμόζουσα καὶ ἐπὶ ἄλλων θεμάτων.  
[latior enim est haec (a. in factum), competens et in aliis casibus] <sup>(1)</sup>:

e pur mancando una formulazione altrettanto netta, anche in una costituzione dello stesso Giustiniano:

2 § 1 C. 1. 2: vel ad ipsa corpora vel ad pretia eorum sive per in rem sive per conditionem sive *per in factum actionem, cuius tenor in multis et variis iuris articulis saepe est admissus,*

e nel rispettivo *κατὰ πρόδας* di Taleleo

(Hb. 6. 339, dal *Nomocanon* 2. 2, ed. PITRA p. 498): ..εἶτα διὰ ἐμφάκτου ἀγωγῆς, ἥστινος ἢ ἰσχύς ἐν πολλαῖς καὶ διαφόροις δικαίαις κωλύσσει πολλάκις ἐξεφωνήθη.

Del resto, anche nelle numerose applicazioni classiche dell'« in factum agere » i bizantini sempre amano vedere non singole costruzioni autonome, ma le applicazioni svariate di un' « a. in factum » unica <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cf. PSELL. *Synops.* v. 573: ἡ χρῆσις τῶν ἐμφάκτου πολύμορφος τυγχάνει.

<sup>(2)</sup> Per la sussidiarietà come caratteristica dell' a. in factum bizantina v. BRUGI in *Mél. Girard.*, cit. e *Il Nome dell'azione ecc.*, p. 24 - 25 dell'estr. da *Ann. dell'Ist. di St. del D. Romano*, XIII, in nota.

Quest' a. in factum è un'azione sussidiaria, ossia non entra in campo se non quando manchi un rimedio specifico: anche su ciò le fonti bizantine sono esplicitate:

Hb. 5. 345 sch. 4 a l. 10 D. 9. 4: σημείωσαι καὶ ἐνταῦθα ὅτι ἐν ἀπορίᾳ πάσης ἀγωγῆς ἀρμόζει ἐμφάκτου.  
[nota et hic quod *deficiente omni actione competit (actio) in factum.*]

Hb. 5. 544 sch. 33 τοῦ Ἀγιοθεοδ.: πολλάκις ἔμαινες ὅτι ἡ ἔμφακτος ἐν ἀπορίᾳ πάσης ἄλλης ἀγωγῆς κινεῖται.  
[saepe didicisti quod *(actio) in factum deficiente omni alia actione movetur*];

e lo stesso, a proposito di una specie singola, in

Hb. 5. 571 sch. 7: ἔμφακτος γὰρ οὕσα κινεῖται ἐν ἀπορίᾳ πάσης ἄλλης ἀγωγῆς.  
[cum enim sit in factum, *movetur deficiente omni alia actione*] <sup>(1)</sup>.

Accanto a queste formule che valgono a chiarire quale funzione assegnino i giuristi d'oriente all'a. in factum generalis, giova vedere quelle che dimostrano il nesso intimo che essi scorgono tra questa e l'a. legis Aquiliae, ravvisando precisamente nell'una un'estensione o integrazione dell'altra.

L'a. in factum è designata come l'azione diretta a ottenere il risarcimento d'un danno: ἀγωγή εἰς τὸ ἀζήμιον, ζημιούση, ζημιωτική, e simili:

<sup>(1)</sup> Queste formule, colla loro generalità, mi sembrano illuminare assai bene quanto profondamente il pensiero bizantino differisca del classico nella valutazione del rapporto tra il diritto sostanziale e l'azione che lo tutela. Il classico considera innanzi tutto l'azione e solo mediamente, attraverso a questa, il diritto, il quale esiste in quanto vi è un'azione specifica, sia pure una delle singole azioni *in factum*, che gli dà vita: il bizantino parte da un punto di vista sostanziale, e dove riconosce l'esistenza d'un diritto, ivi c'è, ci dev'essere, un'azione che lo tuteli: se manca un'azione specifica, sarà la generale a. in factum.

Hb. 1. 302 [B. 7. 13. 5 = 5 § 1 - 4 D. 2. 7 a. in factum]:  
διὰ τῆς ζημιούσης ἀγωγῆς; αὕτη ἡ ζημιωτικὴ (c. Coisl.:  
τῆς ζημίας) ἀγωγή;

Gloss. LABBÈ *l. cit.* p. 1747: ἰμφάκτουμ: τὸ ἀζήμιον καὶ  
εἰς ἔργον ἀγωγῆ;  
p. 1748: ἰμφάκτουμ: ἀζήμιον ποιουμένη ἢ κατὰ τῶν βλαπτόντων  
τινας <sup>(1)</sup>;

ora appunto rivolta tipicamente κατὰ βλαπτόντων era l' a. l. Aquiliae, come precisamente la greca δίκη βλάβης che nella funzione le corrisponde a un dipresso: e anche l' a. l. Aquiliae è chiamata ἀγωγὴ περι ζημίας o simili:

Gloss. LABBÈ p. 1711: Ἀκουίλιος λέγεται ὁ ἀδικὸν ἐπιζητῶν  
ζημίαν;

PSELL. *de legum nominibus* [MIGNE, *Patrol. gr.* 122.  
1024]: Ἀκουίλιος νόμος ὁ περι ζημίας, ἀπὸ Ἀκουίλιου δη-  
μάρχου.

La tipica equazione « a in factum » = « a. in duplum » ci ha pur essa mostrato che di fronte a quest' a. in factum i bizantini pensavano a quella misura che per loro è tipica all' a. l. Aquiliae. Altre attestazioni ci confermano sempre meglio l'intimo nesso tra i due istituti, e ci mostrano che per i bizantini la portata generale dall' a. in factum è da concepire come una generalizzazione dell' a. l. Aquiliae:

Hb. 5. 271 sch. 3 a l. 9 § 2 D. 9. 2: οὐ τῷ Ἀκουίλιῳ, ἀλλὰ  
τῇ ἰμφάκτουμ ἦτοι τῇ περι τῆς γενομένης ζημίας.

(1) Poco oltre: ἰμφάκτουμ ἐστὶ ἀγωγὴ τιμωροῦσα καὶ κολάζουσα φάκτα ἢ γον πράγματα τινὸς παράλογον καὶ ἀπαιτοῦσα τὸ πρᾶγμα: qui il valore etimologico dell' espressione « in factum », perduta ogni traccia del vero significato, ha condotto ad interpretazioni aberranti: cf anche Hb. 1. 478 sch. THEODORI. Per il concetto del « punire factum » (= delictum) v. 9 § 1 D. 27.6 itp., *Dolus ex delicto* ecc. p. 27.: v. pure la l. 25 § 1 D. 44 7, che rimane sempre enigmatica; 52 § 8 *ead.*

[non Aquilia, sed in factum, scilicet actione de damno dato];

Hb. 3. 255 [B. 28. 8. 18 = 18 D. 24. 3] e sch. 9 (p. 356);

*Synopsis Minor* I. 22 [ZACH. 2. 113]: ἰμφάκτουμ οὐτις, ἢ  
περὶ τῆς γενομένης ζημίας ἀγωγῆ.  
[in factum utilis, actio de damno dato];

PSELL. *Synops.* v. 352: ἐφ' ὧν Ἀκουίλιος θεμάτων οὐχ ἀρμόζει:  
τότοις δ' ἰμφάκτουμ δίδεται, σαθρὸς δ' ὁ κανὼν οὗτος.  
[de quibus rebus Aquilia non competit, de his (actio)  
in factum datur: putrida autem est regula ista]:

quest'energica espressione mostra quanto la teoria fosse radicata nella tradizione scolastica <sup>(1)</sup>.

(1) Accostando sempre l' a. in f. generalis all' a. l. aquiliae i bizantini mostrano di attribuirle una funzione normalmente limitata al campo del delitto, inteso nel suo più largo significato, e di non identificarla con quell' a. in factum che nel campo dei contratti innominati ha omai assunto funzione contrattuale. Ecco perchè la qualifica di ἀγωγὴ εἰς τὸ διπλοῦν, così frequente per la prima, non ricorre mai per la seconda. E forse a questa diversità pensava lo STEFANO ove distingue (Hb. 1. 560) tra a. in f. pretoria e a. in f. civile = a. praescr. verbis (che sembrano invece confuse in *lib. de action.* § 20): così si illumina, a mio avviso, la strana denominazione di a. in factum civilis (su cui v. POKROWSKY, *ZSSl* 16. 80 sg. di cui è inaccettabile il punto di partenza; AUDIBERT in *Mél. Fitting* 1. 35) che è esclusiva al campo dei c. innominati: sulla qualifica di civilis che CUIACIO vuol dare all' a. in f. l. Ag. (*Opp.* 7. 417 D.; 10. 453 D) v. già MERILLIUS, in *CUIAC. Opp.* 3. 853 sg. Stefano infatti commentando (*l. cit.*) la l. 7 § 2 D. 2. 14 spiega che nel caso di contratto innominato, pur mancando uno speciale nomen contractus, il rapporto è sinallagmatico, non extracontrattuale, e per questo l'azione (in factum), che non tende al mero risarcimento ma all'adempimento, non è pretoria ma civile: ἐπὶ γὰρ τῶν συναλλαγμάτων οὐ πραιτωρία ἰμφάκτουμ, ἀλλὰ πολιτικὴ δίδεται ἀγωγῆ.

### III. La distinzione tra a. l. *Aquiliae utilis* e a. l. *Aquiliae in factum*.

§ 16 I. 4,3 di fronte alle altre fonti. Le azioni *in factum* per lesioni *non corpori* nel concetto classico e nel concetto giustiniano. Oscillazioni teoriche e risultati pratici delle dottrine bizantine.

1. Le considerazioni fin qui svolte aprono uno spiraglio di luce su un problema che ha dato luogo a infinite polemiche fra gli interpreti: la distinzione tra *a. l. Aquiliae utilis* e *a. l. Aquiliae in factum*, quale è formulata nel § 16 I. 4,3. Come è noto, dalla tripartizione ivi posta risulterebbe che compete la azione diretta quando la lesione è avvenuta *corpore* e *corpori*; l'utile quando manchi il primo requisito, la *in factum* quando manchi anche il secondo. Risparmiando un superfluo sfoggio di letteratura mi limito a constatare che i moderni si possono dire concordi nel ritenere questo § frutto di qualche malinteso <sup>(1)</sup>, giacchè non è possibile riconoscere una portata positiva e costante all'accennata distinzione, la quale ha contro di sé tutte le più sicure notizie sull'argomento. Non solo nei testi del digesto, che il Pernice <sup>(2)</sup> ha avuto cura di raccogliere, le due designazioni « *a. utilis* » e « *a. in factum* » si scambiano per indicare le medesime fattispecie, ma nelle stesse fonti bizantine — che hanno per il problema un interesse particolare — pre-

<sup>(1)</sup> SAVIGNY, *System* I. 285 = tr. it. 290; 5,96 = tr. it. 118, n. i; HASSE, *Culpa*<sup>2</sup> p. 37; VANGEROW § 681, 3 p. 584; ACCARIAS, *Instit.* 2, 513 n. 2; GIRARD, *Manuel*<sup>5</sup> p. 415 n. 3 = tr. it. p. 427 n. 3; FERRINI, *Pandette*, p. 725 n. 3; PEROZZI, *Istit.* 2,207 n. 2; e soprattutto LENEL, *Edictum*<sup>2</sup> p. 198: fra gli antichi già MEISTER, *Diss. de in factum actionibus*, cit. in GLUECK, il quale (*Comm. al tit.* 9,2, § 701, tr. it. p. 43 sg.) ammette la distinzione pur riconoscendo alle due azioni identico carattere.

<sup>(2)</sup> *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen*, p. 145 sg., 160 sg.

valgono i casi in cui i due termini vengono usati indifferentemente, oppure ne viene espressamente dichiarata la sinonimia. Mi limito a richiamarne alcuni dei più salienti:

Libello *de actionibus* § 20: τὸν ὕτιλιν Ἀκουίλιου, ἦτοι τὴν ἐν φάκτουμ <sup>(1)</sup>.

Hb. 5, 258 [B. 60, 2, 1 = 1 § 7 D. 9,1]: ἐνφάκτουμ ἰμφάκτουμ, e lo sch. 15: τουτέστιν οὐτίλιω Ἀκουίλιω;

Hb. 5, 268 sch. 11 Τοῦ Ἀνων., a. l. 7 § 3 D. 9,2: τῆ ἐνφάκτουμ τουτέστιν οὐτίλιω Ἀκουίλιω;

Hb. 5, 271 [B. 60, 3,9 = 9 § 2 D. 9, 2]: ἰμφάκτουμ ὑπόκειται: gli sch. 4 (CYRILLI) e 6 ripetono: ἰμφάκτουμ; gli sch. 7 e 8 parlano invece di οὐτίλιος Ἀκουίλιος;

Hb. 5, 273 sch. 6 a. l. 11 § 1 D. 9, 2: τῆ ἐν φάκτουμ, ἦτοι ἐν φάκτουμ τῶ οὐτίλιω Ἀκουίλιω;

Hb. 5, 274 sch. 24 e 25 a l. 11 § 5 D. 9, 2: per il primo è a. in factum; per il secondo ἦτοι τῶ οὐτίλιω Ἀκουίλιω;

Hb. 5, 280 [B. 60. 3, 17 = 17 D. 9, 2]: κινεῖ .. τὴν ἰμφάκτουμ; e lo sch. 2: τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον;

Hb. 5, 293 sch. 54 a l. 27 § 14 D. 9, 2: οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἐρμενεύει τὴν παροῦσαν ἐν φάκτουμ <sup>(2)</sup>;

Hb. 5, 294 sch. 63 a l. 27 § 10 D. 9,2: οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἦτοι ἐν φάκτουμ;

<sup>(1)</sup> A ragione il SEGRÉ (*l. cit.* p. 35 estr.) nega che questa equiparazione fatta in antitesi al § 16 I. 4, 3 valga a provare l'origine ante-giustiniana del libello, giacchè, come mostro nel testo, persiste anche in fonti più tarde. Sull'argomento v. anche BRUGI in *Ann. Ist. di St. del D. Rom.*, cit., p. 13-14 dell' estr.

<sup>(2)</sup> [utilem Aquiliam interpretatur hanc « in factum »]: la versione dell' HEIMBACH trae in abbaglio.

Hb. 5, 300 sch. 121, a l. 27 § 35 D. 9, 2: ἰν φάκτουμ ἡ-  
γουν οὐτίλιον Ἀκουίλιον; e rinuncia esplicitamente alla tri-  
partizione istituzionale in quanto ammette quest'azione  
quando manca *l'uno o l'altro* dei requisiti (« *corpore*  
o *corpori* ») dell'a. diretta;

Hb. 5, 321 [B. 60, 3, 53 = 53 D. 9, 2] τῆ ἰμφάκτουμ; sch.  
1 ὁ ἰνδιξ· οὐτίλιφ Ἀκουίλιφ;

Hb. 5, 330 sch. 17 a l. 5 § 4 D. 9, 3: ἡγουν τῆ ἰμφάκτουμ,  
τῶ οὐτίλιφ Ἀκουίλιφ;

Hb. 5, 496 [B. 60, 12, 51 = 51 D. 47, 2]: οὐτίλιος Ἀκουί-  
λιος; sch 13: ἡ αὐτῆ ἰμφάκτουμ;

*Synopsis Minor* I. 22 [ZACH. 2. 113: glossa nomica?] ἰμ-  
φάκτουμ οὐτίλις ἡ περὶ γενομένης ζημίας ἀγωγῆ.  
[in factum utilis actio de damno dato].

La tendenza a una netta distinzione è riferibile anche qui  
in particolare al tardo Agioteodorita: questa reazione è particolar-  
mente interessante perchè precisamente è il medesimo scoliaste  
che reagisce contro l'equazione « a. in factum » = « a. in du-  
plum », e che formola più nettamente la teoria dell' « a. in fa-  
ctum generalis »: problemi tutti che hanno fra loro un legame  
strettissimo, come abbiamo avuto agio di constatare.

Hb. 5, 331 sch. a l. 5 § 4 D. 9, 3 τοῦ Ἀγιωθεοδ. Σημείωσαι  
δὲ καὶ ἄλλο πολλάκις σοὶ καὶ ἐπ' ἄλλων σημειωθέν· ὅτι δια-  
φορὰ ἐστὶν τοῦ οὐτίλιου Ἀκουίλιου ἢ τῆς ἰμφακτου τῆς οὐτι-  
λίας.

[HAGIOTH. Nota autem et aliud saepe tibi et in aliis de-  
monstratum: quod differentia est inter utilem Aquiliam  
et in factum utilem].

In Hb. 5, 303 sch. 13 a l. 30 § 2 D. 9, 2 apparterebbe,  
secondo l'Heimbach, all'Anonimo il rilievo: τινὲς μὲν  
οὐτίλιφ Ἀκουίλιφ, ἄλλοι ἰν φάκτουμ.

[quidam utili Aquiliae, alii in factum],

ma l'attestazione esplicita e sicura in Hb. 5. 268 sch. 11, dove

l'Anonimo equipara le due cose, mostra che lo scoliaste rileva  
bensì la terminologia diversa, ma non intende desumerne una di-  
versità sostanziale.

Ed infatti è un'aggiunta — che commenta il testo dei Ba-  
silici e non del Digesto, e che forse può riferirsi all'Agioteodo  
rita — quella che segue:

ἐκεῖ γὰρ (allude alla l. 14 D. 19, 5 = B. 20, 4,14) οὔτε  
τὸν δὶρεκτον οὔτε τὸν οὐτίλιον δίδωσιν Ἀκουίλιον ἀλλὰ τὴν ἰν  
φάκτουμ.

[ibi enim neque directam neque utilem Aquiliam dat,  
sed in factum].

La distinzione riappare in

Hb. 5, 324 sch. 3 a 6 C. 3, 35: σημείωσαι καὶ ἐκ τούτου τοῦ  
κεφαλαίου ὅτι ἄλλο τί ἐστὶν ἰν φάκτουμ καὶ ἕτερον οὐτίλιος  
Ἀκουίλιος· ὁ μὲν γὰρ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἐστὶ καὶ ἰν φάκτουμ  
ἡ δὲ ἰν φάκτουμ οὐκ ἤδη ἐστὶν οὐτίλιος Ἀκουίλιος· γενικωτέρα  
γὰρ ἐστὶν αὕτη, ἀρμόζουσα καὶ ἐπὶ ἄλλων θεμάτων.

[nota etiam ex hoc capite aliud esse in factum et aliud  
utilem Aquiliam: nam utilis Aquilia est et in factum, in  
factum autem non est utilis Aquilia; latior est enim  
haec, competens et in aliis casibus].

Se in questi testi si cerca di tener ferma la distinzione, è  
chiaro però che non si riesce a tener ferma la regola troppo re-  
cisamente formulata nelle Istituzioni (1): questi scoliasti non i-  
dentificano, è vero, l'*a. in factum* coll'*a. utilis*, ma neppure  
la concepiscono come avente una sfera d'applicazione nettamente  
distinta, bensì come un rimedio di carattere più generale che

(1) Netta la ritrovo solo in Hb. 5, 271 sch. 6 a l. 9 § 2 D. 9, 2:  
.. ἀργούντος τοῦ δὶρέκτου, ἐπειδὴ οὐκ ἀπὸ σώματος, καὶ τοῦ οὐτίλιου, διὰ τὸ μὴ ἡ-  
δικησθαι τὸ σῶμα, ὑπόκειται τῆ ἰμφάκτουμ: ma il curioso è che nella specie (is  
qui fame necat) si tratta di lesione *corpori* e quindi l'applicazione esatta  
della tricotomia porterebbe a concedere l'*a. utilis*.



concorre coll' *a. utilis* e la comprende senza esserne a sua volta compresa. Esplicite in questo senso sono le dichiarazioni in

Hb. 5, 268 sch. 11, in fine: *καὶ ἔστιν εἰπεῖν ὅτι καὶ ἐνταῦθα τὴν ἰμφάκτουμ, ἤγγουν τὴν ἀζήμιον περιποιούσαν, λέγει ὁ Βασιλικὸς διὰ τοῦ εἰπεῖν « οὐτίλιαν ἀγωγὴν » καὶ γὰρ πᾶσα ἰμφάκτουμ οὐτίλια ἐστίν.*

[et licet dicere quod et hic in factum, scilicet indemnitatem servantem, dicit Basilicus cum dicit « utilem actionem »: omnis enim in factum utilis est];

Hb. 5, 294 sch. 65 a l. 27 § 21 D. 9, 2 τοῦ Ἀγιοθεοδ. Ἦτοι τῷ οὐτίλιῳ Ἀκουίλιῳ. Χώρα καὶ τῇ ἰμφάκτουμ. ἔταν γὰρ χώραν ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος σχῆ, ἔχει χώραν καὶ ἡ ἰμφάκτος, καὶ ἔξεστιν ἡμῖν τότε ὅσον βουλόμεθα κινεῖν, ἢ τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἢ τὴν ἰμφάκτον... Ὡστε ἐνθα μὲν ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἔχει χώραν, ἀρμόζει ὁμολογουμένως καὶ ἡ ἰμφάκτος · οὐκ ἦδε δὲ ἐνθα ἀρμόζει ἡ ἰμφάκτος, ἀρμόζει ἐξ ἀνάγκης καὶ οὐτίλιος Ἀκουίλιος..

[HAGIOTH. Id est utili Aquiliae. Locus et in factum (actioni). Cum enim utilis Aquilia locum habuerit, locum habet et in factum, et licet nobis tunc qualem volumus movere, seu utilem Aquiliam seu in factum.... Itaque ubi utilis Aquilia locum habet, competit procul dubio et in factum, neque vero ubi competit in factum, competit ex necessitate et utilis Aquilia]:

L' *a. in factum* come figura generale — e nessuno meglio dell' Agioteodorita illustra questo concetto — può sempre sostituirsi all' *a. l. Aqu. utilis*, ma non viceversa.

2. Se dopo questi rilievi torniamo all' esame del § 16 I. 4, 3, la sua genesi logica ci appar chiara: e, osservo subito, perfettamente confermata dalla sua origine storica.

Non è dubbio che, come ben vide l' Alibrandi <sup>(1)</sup>, i compila-

tori delle Istituzioni ebbero qui presente il passo di Ulpiano riferito nella l. 7 § 7 D. 4, 3.

§ 16 I. 4, 3 in fine. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri; veluti si quis misericordia ductus alienum servum compositum solverit, ut fugeret.

ULPIAN. l. 11 *ad Ed.* [LENEL n. 385] = 7 § 7 D. 4, 3. Idem Labeo quaerit, si compositum servum meum, ut fugeret, solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.

Il confronto, abbastanza eloquente di per sè, dà luogo a tutta una serie di quesiti.

Qual' era la natura dell' *a. in factum* che il giureconsulto classico concedeva? Qual' è la natura che le assegnano i giustiniani? La configurazione che a quest' *a. in factum* è data nel § 16 I. 4, 3 corrisponde allo sviluppo che già nel diritto classico l' *a. l. Aquiliae* aveva avuto nella sua sfera d' applicazione? Qualche scrittore s' è occupato finora della prima domanda, ma senza andare più in là. L' *a. in factum* che Quintus <sup>(1)</sup>, integrando la trattazione labeoniana, concede contro chi ha liberato

a una glossa postclassica al testo di GAI. 3, 219; FERRINI, *BIDR.* 13, 202, attribuiva genericamente la fine del § ai compilatori; in *Dir. penale*, p. 294 suppone un rifacimento di su le *res cotidianae*; il che mi pare da escludere anche perchè Gaio, come, credo, tutti i Sabiniani, come vedremo, in tema di lex Aquilia non parla mai di *a. in factum*.

<sup>(1)</sup> Chi sia questo Quintus (Saturninus o Cervidius Scaevola?) è incerto, e qui poco rileva saperlo: cf. KRUEGER, *Gech. der Quellen*, p. 157 n. 24.

<sup>(1)</sup> *Opere* l. 159; v. anche ZOCRO ROSA, *Paling. ad h. l.*: DERNBURG, *Pandette* § 131, tr. it. 2, 573 n. 4 pensa, con scarsa verosimiglianza,

lo schiavo altrui « misericordia ductus » non ha assolutamente nulla a vedere coll' a. legis Aquiliae: la sede del frammento tanto nell' opera d' Ulpiano (*l. XI<sup>o</sup> ad Ed.*) quanto ancora nel digesto, e la stessa configurazione del caso in seguito alla domanda « an de dolo actio danda sit » <sup>(1)</sup>, provano che si tratta di un' a. in factum data in sostituzione dell' a. doli; evidentemente per evitare le conseguenze gravi — in particolare l' infamia — che da questa sarebbero scaturite: in questo senso già si pronunciarono, ribattendo le contrarie affermazioni di qualche trattatista anteriore <sup>(2)</sup>, il Pernice <sup>(3)</sup>, il Karlowa <sup>(4)</sup>, il Ferrini <sup>(5)</sup>.

Ma d' altra parte è certo che il caso identico, nel § 16 I. 4, 3, ci è presentato dai compilatori come esempio di applicazione dell' a. l. Aquiliae in factum <sup>(6)</sup>: la ragione dell' alterazione — che è tutt' altro che casuale — viene virtualmente già chiarita da quanto si disse fin qui. I maestri bizantini, avendo dinanzi agli occhi la figura dell' a. in factum generalis, non avvertono — nè, per loro, ha importanza pratica avvertirlo — il carattere specifico delle singole actiones in factum concesse caso per caso dai classici: questa a. in factum sussidiaria con funzione di risarcimento (ἰμψόκτουμ εἰς τὸ ἀζήμιον) ha per essi una

<sup>(1)</sup> La scorrettezza (*furti teneris, poi dari debere*) e il fatto che la antifesi di Quintus sembra prescindere dal punto di partenza di Laebeone fa sorgere qualche sospetto: ma la portata dell' a. in factum accordata non lascia luogo a dubbi.

<sup>(2)</sup> P. es. LOEHR, *Theorie der Culpa*, p. 21; HASSE, *Culpa*<sup>2</sup> p. 37.

<sup>(3)</sup> *Labeo* 2.<sup>2</sup> 2, 211 n. 1; 227.

<sup>(4)</sup> *Röm. Rechtsgesch.* 2. 1336 n. 7.

<sup>(5)</sup> *Diritto penale*, p. 294 (formole in factum senza la *mentio doli*); *Danni*, in *Enc. giur.* 4, 1, 45: in questo senso (a. proxima actioni de dolo) già qualche antico: p. es. OSIUS AURELIUS, in ALBANENSIS *Promptuar. ad Cuiac.* 2, 2, 160.

<sup>(6)</sup> Cf. *Brachylogus* 3, 22, 8: il ms. usato dal BONIATUS è al solito più esplicito di quelli su cui è costituita l' edizione del BOECKING: per i rapporti tra le due lezioni v. *Dolus ex delicto* cit. p. 16 n. 2.

natura unica, ed è concepita — in vista appunto di questa funzione — in nesso intimo e costante coll' a. l. Aquiliae, e quasi una derivazione e uno svolgimento di essa.

Ora importa osservare come, richiamando alla categoria generale dell' a. l. Aquiliae rimedi giuridici che i classici costruivano volta per volta su basi diverse, i bizantini hanno, essi soli, riferito all' a. l. Aquiliae tutta una serie di casi di cui quello del § 16 I. 4, 3 non è che un esempio, e come per tal modo si è introdotta nel regime di quell' azione un' estensione che finora è concordemente ritenuta un portato dell' elaborazione classica. Io credo cioè che se i classici sono arrivati ad estendere l' a. legis Aquiliae, allargando i suoi presupposti strettamente materialistici, al caso di lesione non compiuta *corpore*, non siano mai arrivati ad applicare utilmente o *in factum* l' a. legis Aquiliae a danni recati *non corpori* <sup>(1)</sup>; a quei danni cioè la cui repressione, stando al § 16 I. *cit.* — che ha carattere esemplificativo, non tassativo — sarebbe l' oggetto specifico dell' a. l. Aq. in factum. Credo che di ciò il lettore potrà convincersi senza sforzo.

Si tenga presente anzitutto la promiscuità già rilevata con cui i testi parlano di a. l. Aq. utilis e *in factum*, e si noti che non avviene già — salvo un testo interpolato — di trovar chiamata a. utilis quella contro danni commessi *non corpori*, bensì sempre di trovar chiamata *in factum* quella per danni com-

<sup>(1)</sup> La classicità dell' estensione dell' a. l. Aq. anche a questo caso è pacifica, anche per coloro che riconoscono estraneo il caso fatto nelle Istituzioni: cf. PERNICE, *Zur Lehre etc.*, p. 144 sg.; 156 sg.; HASSE, *op. cit.* p. 28; UNTERHOLZNER, *Schuldverhältnisse*, 2, 693; WINDSCHEID, § 455, tr. it. 2, 2, 356; DERNBURG, § 131, tr. it. *Obbligaz.* p. 574; VANGEROW, § 681, 3 p. 582; MOMMSEN, *Droit pénal romain*, 3, 148, n. 7; v. MAYR *RRG.* 2, 2, 2, p. 15-16; GIRARD, *Manuel*<sup>3</sup> p. 415 = tr. it. p. 426; ACCARIAS, *Inst.* 2, 512; CUQ, *Inst. jur.* 2, 475 (il quale però ammette non un' estensione generica ma concessioni singole); FERRINI, *Pandette* p. 726; *Danni* in *Enc. giur. cit.* p. 44; PEROZZI, *Istit.* 2, 267; COSTA, *St. del d. rom. privato*, p. 321; BONFANTE, *Istit.*<sup>5</sup> p. 488.

messi *corpori* ma *non corpore*: il che prova che è questo solo, non quello, il campo in cui i classici reputano l' *a. l. Aquiliae* suscettibile di applicazioni estensive (1).

In secondo luogo i testi in cui si concede un' *a. in factum* per danni recati « non corpori » si devono tutti, se genuini, riferire a un campo diverso da quello della *lex Aquilia*. In parecchi di questi casi io riconosco che i classici concedevano l' *a. in factum*; ma essi, nei singoli casi, escludono nel modo più assoluto ogni riferimento alla *lex Aquilia*; mentre è chiaro che si pensassero ad azioni « accomodate legi Aquiliae » (2) non mancherebbero di rilevare gli spunti d' analogia.

Vediamo sommariamente i testi che si sogliono invocare.

1. § 16 l. 4. 3 = 7 § 7 D. 4. 3. Già s'è visto essere

(1) La differenza di terminologia rispecchia a quel che pare diversità di vedute fra i giureconsulti, riferibili forse a divergenze di scuola. Parlano infatti di *a. in factum* per lesioni *non corpore*, oltre OFILIO (9 § 3 D. 9. 2), LABEONE (9 pr.; 27 § 35), PROCULO (7 § 3; 27 § 10 = *Coll.* 12. 7. 8), CELSO (7 § 6; 27 § 14 [itp. EISELE, *ZSSt.* 13. 136]), NERAZIO (9 § 2; 53) e per lo più ULPIANO, che in questa materia attinge massimamente agli scrittori citati: GAIÒ all' incontro per casi simili parla solo di *a. utilis* (3. 219): in l. 27 § 21 *h. t.* è indubbiamente spurio il riferimento dell' *a. in factum* a SABINO. I giuristi classici concedendo l' *a. in factum* pare tendessero a raffigurarla come un' azione autonoma (cf. *Coll.* 12. 7. 8 = 27 § 10 *h. t.*; 7 § 6 *h. t.*), e quindi forse non soggetta alle norme peculiari della *lex Aquilia*: ma in processo di tempo l' accostamento all' *a. l. Aq.* si rende sempre più intimo, come prova lo scambio con « *a. utilis* » la quale, indicata talora come *a. l. Aquiliae* senz' altro (28 pr. D. *h. t.* cf. DE MEDIO, in *St. Scialoja* 1. 66), è senza dubbio soggetta alle norme dell' *a. directa*.

(2) Cf. 11 D. 19. 5. La dichiarazione generica ivi contenuta non tocca il tema in esame: comunque vari elementi formali (cf. DE MEDIO, *l. cit.* p. 49 n. 1; DE FRANCISCI, *op. cit.* p. 339 n. 2) fanno supporre una larga manipolazione, che riesce un nuovo indice della tendenza a ricondurre alla *lex Aquilia* le svariate azioni *in factum* pretorie.

omai riconosciuto trattarsi per i classici di un' *a. in factum* modellata non sull' *a. legis Aquiliae* ma sull' *a. doli* (1).

2. l. 50 § 4 D. 47. 2, ULP. l. 37 *ad Ed.* Cum eo qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.

La giustificazione alquanto ingenua < non - perniciosus > fa sospettare un intervento compilatorio nei motivi (2): ma credo che già il giurista classico desse l' *a. in factum*. Scorgere però in questa un' *a. in f. legis Aquiliae* è asserzione gratuita, come ben videro il Ferrini (3) e il Karlowa (4): dal punto vista classico, beninteso, giacchè nel sistema della compilazione questa configurazione è imposta dal rapporto in cui il framm. si trova col successivo:

51 *eod.*, GAI. l. 13 *ad E. prov.* < Nam et > si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.

È perfettamente normale qui la concessione dell' *a. damni iniuriae* (5), che Gaio al solito chiama *utilis* mentre Nerazio (l. 53 *h. t.*) la dice *in factum*: la lesione è infatti corporale: ma è ovvio che il legame tra i due testi è dovuto ai compilatori, i quali con ciò danno a vedere di considerare i due

(1) Già l' ERMAN, (*ZSSt.* 19. 307 n. 1) seguendo POKROWSKY rilevava che le classiche *a. in factum* sono « per lo più » formazioni parallele all' *a. doli*, non all' *a. l. Aquiliae*. In l. 7 pr. D. 16. 3 basta l' *a. depositi*, essendocene i presupposti.

(2) V. motivazioni analoghe itp. in l. 51 § 2 D. 9. 2; 95 § 1 D. 46. 3: HEUMANN - SECKEL<sup>9</sup> s. h. v.

(3) *l. cit.*

(4) *l. cit.*

(5) < quasi - Aquilia >: aggiunta esplicativa?

casi come logicamente congiunti, mentre nel regime classico essi cadevano nell'orbita di principii diversi <sup>(1)</sup>.

3. l. 23 D. 19, 5, ALFENUS, l. 3 *dig.* Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. Respondit posse agi cum eo in factum actione.

I bizantini qui pensano senza dubbio all'*a. praescriptis verbis*, ossia alla *a. in factum civilis*, giusta la loro terminologia, non a quell'*a. in factum generalis* che abbiamo visto coincidere, per essi, coll'*a. legis Aquiliae in factum*. Per diritto classico alcuni scrittori <sup>(2)</sup> pensano che l'*a. in factum* di Alfeno vada riferita alla *lex Aquilia*. Io non lo credo.

<sup>(1)</sup> HASSE, *op. cit.* p. 78 in n. a sostegno di quest'applicazione dell'*a. l. Aquiliae* richiama GAL. 3. 202, ma a torto. Ivi è soltanto posta la questione se, mancando il dolo e con esso l'*a. furti*, sia possibile applicare *utiliter* l'*a. l. Aquiliae*, che punisce anche la semplice colpa. La decisione è rinviata (*videbimus an.*); nella trattazione dell'*a. l. Aq.* (3. 210 - 219) la risposta formale non c'è, ma l'andamento dell'esposizione fa supporre che sarebbe stata negativa: se infatti vi sono i requisiti subbiettivi dell'*a. l. Aq.*, mancano quelli obbiettivi. Le Istituzioni giustiniane (§ 11 l. 4. 1) danno invece senz'altro l'*a. in factum*. Ancora nella tarda *lex Romana Burgundionum*, si noti come in una specie identica la concessione dell'*a. l. Aq.* sia accuratamente subordinata al perimento dell'animale (cap. 29: si quis caballum ligando ei os aut scindola vel per pannum rubrum cum ita turbaverit, ut pereat, si factum suum non negaverit, simpla hoc satisfactione componat; si negaverit et convictus fuerit, dupli secundum legem aquiliam, qua infortiantes duplo tenentur).

<sup>(2)</sup> WINDSCHEID, § 455, tr. it. 2. 2. 356 - 357, n. 6; PERNICE, *Sachbeschädigung*, p. 157: così anche a quel che sembra, ACCARIAS, *Contrats innomés*, p. 348, del momento che esclude l'*a. l. Aq. utilis* pensando ai requisiti che secondo le Istituzioni distinguono l'*a. utilis* dalla *in factum*.

La sede in cui si trova il passo nell'opera di Alfeno <sup>(1)</sup> è un indizio decisivo a favore dell'ipotesi che siamo qui in presenza di una di quelle azioni *in factum* che il pretore prometteva, in fine della rubrica « *de bonae fidei iudiciis* » in ipotesi di difficile costruzione giuridica, e di cui nella redazione giuliana è tipica rappresentante l'*actio de aestimato* <sup>(2)</sup>, collocata appunto dopo le formole della compravendita e della locazione, e quasi sicuramente concepita appunto *in factum* <sup>(3)</sup>. Dal campo della *lex Aquilia* siamo quindi completamente lontani.

4. l. 53 § 13 D. 47, 2, ULPIAN. l. 37 *ad Ed.* Si quis de manu alicuius nummos aureos vel argenteos vel aliam rem excusserit, ita furti tenetur, si ideo fecit ut alius tolleret, isque sustulerit.

l. 27 § 21 D. 9, 2, ULPIAN. l. 18 *ad Ed.* Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. < Idem etiam > [?] in factum dari posse actionem ait.

Nessun dubbio quanto al caso dell'*a. furti*, su cui i due testi coincidono: ma difficilmente si vorrà credere che il secondo testo sia esatto nel riferire le opinioni di Sabino. E assurdo che Sabino concedesse contemporaneamente l'*a. damni*

<sup>(1)</sup> LENEL n. 56 [*de in factum actionibus* ?]: tra « *de emptione et venditione, de locatione et conductione* » (n. 52-55) e « *de dotibus* », (n. 57 sg.) Nel sistema dei digesti d'ALFENO epitomati da PAOLO l'*a. l. Aquiliae* dovrebbe figurare al libro 2°: cf. per l'altra epitome LENEL n. 7-9.

<sup>(2)</sup> LENEL, *Edictum*<sup>2</sup>, p. 291: *Paling. Iulian.* n. 238-239.

<sup>(3)</sup> ARANGIO RUIZ, *Le formole con demonstratio*, p. 22-23 dell'estr.: con lui DE FRANCISCI, *op. cit.* p. 92, 103, il quale, peraltro, riguardo alla l. 23 D. 19-5, sembra accedere (p. 301) al concetto dell'ACCARIAS.

*iniuriae* e l' *a. in factum*, e già è stato avanzato il dubbio assai fondato <sup>(1)</sup> che Triboniano abbia sostituito con « *idem (etiam)* » il nome di quel giurista che dava l' *a. in factum* in antitesi a Sabino: certo è, infatti, che l' *a. in factum* in tanto si concede in quanto manchi l' *a. vulgaris*, non cumulativamente con essa. Io non escluderei che in questo caso Sabino fosse veramente propenso a concedere l' *a. legis Aquiliae* senz' altro, considerando come « distruzione » la definitiva sottrazione dei *nummi* alla utilizzazione di chicchessia, quale avviene appunto nel caso di getto in mare <sup>(2)</sup>: ma chi, come appunto farebbe Pomponio commentando Sabino nel caso assai analogo della l. 14 § 2 D. 19, 5, sente il bisogno di ricorrere ad un' *a. in factum*, riconosce che, non trattandosi di vera distruzione o corruzione dell' oggetto, si esula dal campo della *lex Aquilia*. I bizantini che, mentre attribuiscono alla *lex Aquilia* un campo vastissimo, hanno però la preoccupazione sistematica di delimitare l' ambito delle azioni diretta — utile — in *factum*, ravvisano qui senz' altro l' *a. l. Aq. in factum*: perciò non scorgono più un' antitesi tra il pensiero di Sabino e quello dell' altro, ignoto, giurista, e così la dichiarazione finale, che in seguito alla soppressione finisce ad esser attribuita a Sabino, acquista il valore di una semplice rettifica all' espressione troppo generica usata nel principio. L' Anonimo infatti avverte subito:

Hb. 5, 294 sch. 65: *χώρα τῷ Ἀκουιλίῳ ἦτοι τῇ ἑμφάκτουμ. οὐδὲ γὰρ ἐβλάβη τὸ σῶμα τῶν ν'ν' ὑπὸ τοῦ ὕδατος.*  
[locus *Aquiliae*, scilicet *in factum*: neque enim aqua corruptum est corpus nummorum].

5. l. 14 § 2 D. 19, 5, ULPIAN. l. 41 *ad Sab.* Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi, Pomponius libro septimo decimo ad Sabinum scripsit neque furti

<sup>(1)</sup> DE FRANCISCI, *op. cit.* p. 337.

<sup>(2)</sup> In modo non dissimile egli riconduceva forzatamente la permuta nell' orbita della compra vendita.

neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum.

Io non ho difficoltà ad ammettere che quest' *a. in factum* sia classica, ma non credo affatto che Pomponio potesse pensare a un' azione modellata sullo stampo dell' *a. l. Aquiliae*. Si confronti infatti l' andamento di questo § col precedente §. 1. Ivi, pel caso del servo altrui spogliato e morto di freddo, si dà la *a. furti* per le vesti e l' *a. in factum* per il servo: e questa è proprio l' *a. in factum* (= *utilis*) *legis Aquiliae*, in quanto il danno non fu recato direttamente *corpore*, ma è però recato *corpori*, avendo determinato la morte. Nella specie del § 2 il giurista nega tanto l' *a. furti* quanto l' *a. damni iniuriae*, intendendo con ciò precisamente di escludere le due azioni che ha concesse nel caso precedente, e quindi anche l' *a. l. Aquiliae utilis sive in factum*. L' *a. in factum* da lui concessa sembra piuttosto paragonabile a quella del *pr.*, modellata sull' *a. doli* <sup>(1)</sup>.

l. 55 D. 41, 1 PROCULUS, l. 2 *epistol.* ...sin autem <sup>(2)</sup> aprum meum ferum [factum *edd.*] in suam naturalem laxitatem dimisisses, et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

Qui già il Pernice e il Karlowa ebbero a riconoscere che non può trattarsi di un' *a. l. Aquiliae* <sup>(3)</sup>: il richiamo esplicito alla fattispecie veduta dianzi, mentre può valere a conferma della classicità sostanziale dell' azione ivi accordata, conferma pure l' esclusione di ogni riferimento classico alla legge *Aquila*.

<sup>(1)</sup> Il riferimento all' *a. doli* non è punto escluso dal fatto che sia interpolata, come ritenne l' EISELE (*ZSSSt.* 18,33) la concessione dell' *a. doli* nell' inciso < *si dolo de dolo* >.

<sup>(2)</sup> Cf. ALBERTARIO, *Contributi alla critica del digesto*, p. 43, per qualche vago dubbio.

<sup>(3)</sup> DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα* p. 336 sembra escludere l' *a. l. Aq. directa*, richiamandosi alla tricotomia delle Istituzioni.

6. l. 14, § 3 D. 19, 5, ULP. l. 41 *ad Sabin.* Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, camque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim. nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur), neque de pauperie neque [de] damni iniuriae agi posse: < in factum itaque erit agendum > (?).

l. 30 § 2 D. 9, 2, PAUL. l. 22 *ad Ed.* Si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare < ideoque utilis danda est actio >.

Queste due decisioni, se genuine, non proverebbero se non l'indifferenza con cui i giureconsulti scambiano le due espressioni « a. utilis » e « a. in factum », attestando in Paolo una terminologia diversa da quella che è cara ad Ulpiano: nè l'ammettere che si pensi veramente all'a. l. Aquiliae in questo caso della consumazione di frutti altrui implica necessariamente l'ammetterne l'estensione generale a lesioni fatte *non corpori* (1). Ma d'altra parte non si deve dissimulare che il consumare i frutti, destinati precisamente alla consumazione, non cade sotto i concetti di « rumpere, frangere, urere » a cui si riferisce la legge, e che appunto entrambi i testi sembrano escludere ogni riferimento all'a. l. Aquiliae:

neque... damni iniuriae agi posse (Ulp.);  
non videtur damnum iniuria dare (Paul):

motivazioni così rigidamente negative non lasciano la possibilità di concessione utile della medesima azione. Si farà, infatti, luogo all'a. l. Aq. utilis quando manchino alcuni dei presupposti normali per l'esperimento dell'a. directa, sia quanto alla legittimazione che quanto ai requisiti obiettivi; ma bisogna per sempre che vi sia un « *damnum iniuria datum* » (2), ed è precisa-

(1) Cf. 6 C. 3,35 (*a. ex sententia legis Aquiliae*).

(2) Cf. GAL. 3. 219: *alio modo damno dato*.

mente questo che Paolo nega. Che poi la conseguenza del « non videri damnum iniuria datum » sia proprio (*ideoque...*) la concessione dell'azione utile, non lo poteva dire un giureconsulto classico, ma solo chi modifica legislativamente il contenuto delle decisioni senza doversi troppo preoccupare della logica: per Giustiniano concedere in questo caso l'a. l. Aquiliae *utiliter* è cosa ben naturale, ed a lui deve imputarsi l'inciso < *ideoque actio* > in cui non manca neppure un elemento non trascurabile di sospetto formale (1). Un sospetto di forma grava, a dir vero, anche sull'« *in factum - agendum* » della l. 14 § 2, giacchè, come il Beseler bene rileva (2), l'*itaque* posposto non è del buon uso classico: di più, se sostanzialmente può ammettersi che Ulpiano desse l'a. in factum, almeno ci aspetteremmo al posto dell'« *itaque* » un « *tamen* », come nel § 2, o meglio una più ragionata giustificazione. Col brusco « *in factum itaque erit agendum* » il testo ha l'aria di dire che, giacchè un'azione ci deve pur essere, se non ce n'è un'altra ci sarà quella in factum: il che, di fronte alle idee classiche è veramente eccessivo e rispecchia invece, come già ho notato, il modo di pensare bizantino.

Non è da trascurare neppure la constatazione che di tutti questi testi, quelli più sicuramente alterati sono proprio i due soli in sede di a. l. Aquiliae (27 § 21; 30 § 2 D. 9,2): ciò corrobora indirettamente la persuasione che l'a. in factum degli altri testi non ha colla l. Aquilia nessun riferimento: altrimenti i giureconsulti avrebbero preferito parlarne nella sede relativa (3).

(1) Cf. per le itp. con < *ideoque* > DI MARZO in *St. per Scialoja* 2, 58 n. 3: per l. 20 D. 8,1 v. PEROZZI, *RISG.* 23 pag. 43; ALBERTARIO, in *Filangieri*, 1912, 210 n. 2; *contra* RICCOBONO, *ZSSSt.* 1913, 251.

(2) *Beiträge* 3, 105 sg.: del testo non si occupa.

(3) Per un testo in cui i compilatori intrusero l'a. l. Aq. accanto a un'a. in factum (27 § 14 D. 9, 2) v. PAMPALONI, *BIDR.* 3, 241 sg. Che nella l. 16 § 1 D. 19, 5 l'a. in f. dubitativamente ammessa da Aristone non sia da riferire all'a. l. Aq. bensì all'a. *doli* vide già CU-

Un ultimo argomento, altrettanto grave quanto semplice, deve desumersi da

GAI. 3, 219: (*ceterum*) placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit: (ideo)que alio modo damno dato utiles actiones dantur.

Requisito caratteristico dell' a. l. Aquiliae è, dunque, il « damnum datum corpore », e perciò si ricorre alle azioni utili quando il danno è recato « alio modo », ossia « non corpore », e tali sono infatti tutti gli esempi che Gaio porta nel seguito. Di una applicazione a lesioni « non corpori » non si parla affatto, e neppure si lascia aperta la possibilità di pensarvi, giacchè il contrapposto è formulato da Gaio in modo da esaurire tutte le ipotesi. Ciò dimostra che, almeno fino a Gaio, la giurisprudenza non s'era spinta, per ciò che riguarda la natura del danno, se non a riconoscere al « rumpere » del c. 3 il valore di « corrumpere »: sicchè, anche indipendentemente dai rilievi esegetici fatti dianzi sui singoli testi, andrebbero eliminati almeno quelli pregaiani, ossia, tenuto conto delle decisioni riferite di seconda mano, proprio quasi tutti i frammenti sopra elencati (1).

IACIO: cf. LITTEN, in *Festg. für Güterbock* (1910) 275 sg. Il caso di mescolanze eterogenee (cf. FERRINI, *D. penale rom* p. 298) non fa difficoltà di sostanza, in quanto senza sforzo vi si ravvisa la *corruptio*: qualche sospetto suscita la forma (l. 27 § 20 D. *lit.: quasi de corrupto*: per un' a. *quasi damni iniuriae* itp. v. 27 D. 20, 1 BONFANTE-KRUEGER: più radicale BESELER, *Beitr.* 2, 67). L' a. *in factum* della l. 18 D. 8, 2 (POMPON. l. 10 *ad Sab.*) non risulta punto riferibile alla *lex Aquilia*: l' assenza del testo nei Basilici non permette di vedere se come tale la concepissero i bizantini.

(1) ALFENUS, 23 D. 19, 5; LABEO, 50 § 4 D. 47, 2; SABINUS, 27 § 21 D. 9, 2; PROCULUS, 55 D. 41, 1; ARISTO, 14 § 3 D. 19, 5, se pure la decisione finale, ove sia genuina nella sostanza, è riferibile a lui; POMPONIUS, 14 § 2 D. 19, 5. Sempre a lesioni *corpori* si riferiscono i casi fatti in *Coll.* 24, e 12, 7: nel caso fatto in *Coll.* 2, 4, 1 (spese

3. Rimane, con queste osservazioni, meglio ribadita la constatazione che la *lex Aquilia*, sebbene rappresenti già essa stessa un tentativo di generalizzazione rispetto al diritto anteriore (1), e sebbene sia stata dai classici estesa *utiliter* oltre i suoi confini primitivi, per tutto il diritto classico è ben lontana dal fondare un' obbligazione generale al risarcimento del danno. Per i bizantini, invece, i limiti obbiettivi all' applicazione dall' a. l. Aquiliae sono assai meno vivamente sentiti (2): per essi questa azione, applicata direttamente, o utilmente, o in factum, adempie precisamente in misura quasi completa la funzione generale di azione per il risarcimento del danno, assumendo — quanto più si scosta dalla concezione classica — una configurazione che non è gran fatto remota da quel concetto generalissimo di lesione per responsabilità extracontrattuale su cui si impernia nel diritto moderno la figura del « delitto civile ». Quando il libello *de actionibus* al § 20 (già riferito) concede l' a. l. Aquiliae utilis ἔργα in factum ove il danno sia avvenuto non coll' uccisione e la lesione materiale, ma in altro modo (ἄλλως πως) e cita il caso di dolo, di raggio e così via, mostra di essere ben lontano dai concetti classici, a cui, fuori delle singole figure di delitto, non resta, come rimedio ultimo, che la repressione del dolo come tale.

Sarebbe, del resto, strano che a una siffatta evoluzione nel mondo greco-orientale non si fosse gradatamente venuti, giac-

per la guarigione del servo che non sia peraltro deteriorato) è da rinunciare all' ipotesi del MOMMSEN (accolta anche da KRUEGER, ma facilmente abbandonata nell' ultima ediz. del Dig.) di correggere « in haec nec mihi » in « haec mihi », basandosi su l. 27 § 17 D. 9, 2, dove piuttosto il goffo « atque ideoque » (BONFANTE nell' ediz. milanese corregge « ideo aequae ») mi pare indizio di alterazione: la decisione d' Ulpiano era ancora negativa.

(1) Cf. GIRARD, *Manuel*<sup>5</sup>, p. 415 — tr. it. p. 426.

(2) Cf. in § 16 I. 4. 3 l' interpolazione di < *praecipue* > di fonte a GAI. 3. 219.

chè nel sistema del diritto greco il rimedio giuridico di natura meno remota dall' a. l. Aquiliae, la *δίκη βλάβης*, offriva un esempio che non poteva restare senz' influenza. Quest' azione infatti, a noi disgraziatamente meglio nota nelle fonti letterarie del diritto attico che non nella sua funzione pratica nell' oriente ellenizzato <sup>(1)</sup>, ha precisamente il carattere di un' azione generale di risarcimento, nè presuppone punto la materialità del fatto dannoso o della lesione arrecata: la stessa possibilità, omai generalmente ammessa <sup>(2)</sup>, del concorso coll' azione ex contractu nel caso di semplice violazione contrattuale, è un indice dei confini poco precisi assegnati a quest' istituto. Questo regime corrispondeva troppo bene alle tendenze della nuova epoca, amante delle azioni generali, ed offriva anche praticamente troppi vantaggi perchè potesse rimanere senza imitazione.

Così, la concezione sempre più larga della funzione dell' a. l. Aquiliae e la tendenza a costruire una figura unica e autonoma di a. in factum colle varie concesse dai classici danno la spiegazione logica dei nessi, già esegeticamente illustrati, tra le due figure: le quali, praticamente convergenti allo stesso risultato, sono in certo senso fra loro formalmente in antagonismo. Mentre alcuni maestri bizantini — p. es. i compilatori delle Istituzioni — conservando la designazione sabiniana di a. utilis alle estensioni classiche più limitate, configurano un' a. l. Aquiliae in factum con applicazione assai generale, altri, conser-

<sup>(1)</sup> Anche i *Δικαιώματα* alessandrini non danno su quest' azione alcuna azione alcuna notizia: lacuna tanto più dolorosa in quanto il diritto alessandrino ivi rappresentato offre spesso singolari deviazioni dal diritto attico, e contatti cogli istituti proprii dell' Asia ellenistica, proprio la regione deve maggiormente fiorì la dottrina giuridica post-classica che tanto influì sulla degenerazione degli istituti e delle teorie romane.

<sup>(2)</sup> Sui rapporti tra *δίκη βλάβης* e *δίκη συνθηκῶν παραβάσεως* cf. BEAUCHET, 4. 395; MEIER-SCHOEMANN-LIPSIUS p. 653, che ammettono il concorso: sembra negarlo THALHEIM, in PAULY-WISSOWA s. v. βλάβης δίκη, 3.552.

vando all' a. l. Aquiliae in factum (= utilis) la sua portata antica, mirano a costruire l' a. in factum generalis come istituto autonomo.

La configurazione autonoma che assume in molte fonti bizantine quell' a. in factum che le Istituzioni fanno derivare dalla lex Aquilia può forse spiegare come si sia potuto dubitare se le riesca applicabile il regime della lex Aquilia quanto alla litiscrescenza <sup>(1)</sup>. L' opinione negativa era diffusa nelle scuole pregiustiniane ed è combattuta da Taleleo in base alla l. 5 C. 3. 35:

Hb. 5. 324: ὁ θρέμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῶν διαφθείρας κατέχευται τῶν Ἀκουιλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ. Καὶ σημειῶσαι ὅτι καὶ ὁ ὠρισμένος <sup>(2)</sup> Ἀκουίλιος καὶ τῶν διπλασιαζομένων ἐστὶν· πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντία δόξῃ κεκράτηνται, τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες.

[qui pecudes inclusit vel fame necavit, tenetur Aquilia ex infitiatione duplicanda. Et nota quod etiam utilis Aquilia ex his quae duplantur est: multi enim contraria opinione tenentur, jus huius constitutionis ignorantes].

Tracce dirette non ne trovo se non in Hb. 5. 258 [B. 60. 2. 1 = 1 § 7 D. 9. 1] ove credo che appunto per questa ragione si contrapponga l' a. in factum alla τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησις (cf. sch. 15 *ibid.*). Siccome l' a. l. Aquiliae a cui allude la l. 5 cit. è l' a. utilis, Taleleo ha indubbiamente ragione: quanto agli interpreti pregiustiniani non è già che ignorassero questa costituzione, la quale stava nel C. Ermogeniano <sup>(3)</sup>, ma, non essendovi

<sup>(1)</sup> Sul tema cf. SELL, in *Sell Jahrb.* 2. 239; RUDORFF, *ZGRW.* 14. 395; KARLOWA, *KRG.* 2. 1336 n. 7.

<sup>(2)</sup> ὠρισμένος per utilis è frequente in TALELEO: v. ZACHARIAE, *ZSS t.* 8. 228 n. 1: v. anche TEODORO, Hb. 1.477; altrove (l. 478 n. p) συναπτός.

<sup>(3)</sup> Cf. i miei *Studi sulle fonti del C. Giustiniano*, in *BIDR.* 26, c. I°.



espressamente detto che l'azione è utile, poterono non avvedersi che il caso qui fatto distruggeva la loro teoria. In verità per l'*a. utilis* il dubbio non doveva sorgere, nonostante il diverso avviso dello Zachariae<sup>(1)</sup>, giacchè l'*a. utilis* differisce dalla *directa* nei presupposti, non nel regime; ma esso era più che naturale per quell'*a. in factum* di cui il forzato accostamento alla *lex Aquilia* mal dissimula la natura autonoma, che erompe in alcuni testi in modo decisivo. Per questo, credo io, un ignoto scoliasta tardo si acconcia bensì all'avvertimento di Taleleo, ma ravvisa la base positiva della crescita in *duplum* dell'*a. in factum* nella costituzione a cui Taleleo si riferisce, non nei principii generali della *lex Aquilia*<sup>(2)</sup>. Staccata così nettamente dei principii — omai, del resto, per più versi osservati — della *litis crescentia*, si capisce poi come potesse prosperare la teoria che l'*a. in factum* è *a. in duplum* senz'altro.

Giunti a questo punto non è senza interesse, per una valutazione complessiva delle tendenze che animano queste riforme, mettere per un momento in rapporto questi risultati con quelli che si vanno gradatamente assodando in tema di contratti innominati. Noi vediamo che mentre da un lato coll'*a. in factum civilis* (= *praescriptis verbis*) i bizantini estendono i limiti della tutela contrattuale, dall'altro coll'*a. in factum* integratrice dell'*a. legis Aquiliae* essi garantiscono il risarcimento contro lesioni non colpite dalle singole azioni *ex delicto* del diritto clas-

(1) *l. cit.* p. 226. Il rimprovero che Taleleo muove alla dottrina mi ha indotto a ritenere che la menzione del *duplum* in quella costituzione sia pregiustiniana.

(2) Questa almeno mi pare la meno inverosimile spiegazione dello sch. 3 in Hb. 5. 271, a l. 9 pr. D. 9. 2: ἴσθι δὲ ὅτι καὶ περὶ τῆς γενομένης ζημίας (la solita perifrasi dell'*a. in f. generalis*) ἀπὸ διαθέτου, καὶ ὁ ἀπὸ σώματος εἰς σώμα Ἀκουίλιος ἐξ ἀρνήσεως ἀμφοτέρω τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσιν: a meno di correggere con ZACHARIAE, *l. cit.* p. 229, ἀπὸ διαθέτου ἀγωγῆ. Diverso è il punto di vista in *Lib. de act.* § 20.

sico<sup>(1)</sup>. Con questi due mezzi — *a. in factum civilis idest praescriptis verbis* e *a. legis Aquiliae in factum* o *in factum generalis* (in *duplum* secondo la terminologia studiata) — la scuola bizantina rompe gli schemi classici, e si avvia alla costruzione delle figure astratte e generali del contratto e del delitto<sup>(2)</sup>.

\*  
\*\*

L' esame di una serie di principii che, estranei affatto alle

(1) L' affermazione di PAOLO (33 § 1 D. 9. 2) « in damnis quae lege Aquilia non tenentur in factum datur actio » non può, se genuina, aver valore diverso di GAI. 3. 219, e gli stessi scoliasti (Hb. 5. 307 sch. 6 e 7) pensano all'*a. utilis* data per lesioni *corpori* ma *non corpore*: la generalità dell' espressione, che sembra concedere l'*a. in factum* per qualunque danno, rispecchia peraltro assai davvicino il concetto dell'*a. in f.* sussidiaria e generale, e la forma « in damnis quae... non tenentur... datur actio » è molto infelice.

Gli scrittori non hanno mancato di reagire contro la tendenza di dare a questa l. 33 § 1, come al § 16 I. 4. 3, una portata esorbitante, e di riaffermare il principio classico per cui un' obbligazione generale al risarcimento esiste solo sotto il profilo del dolo: cf. WINDSCHEID, § 451, tr. it. 2. 2. 342; § 455, 2. 2. 357 n. 6; VANGEROW, § 681, 3 p. 583; CUQ, *Inst. jur.* 2. 475. Nella l. 1 § 2 D. 47. 4 l' avvertenza che colla *lex Aquilia* si risponde « ob hoc quod damnum qualiterqualiter dederit » è quanto meno superflua, tanto più se si pensa che il danno a cui s' allude nella rubrica edittale ivi commentata difficilmente riveste i caratteri del danneggiamento aquiliano. È forse da ravvisarvi un' aggiunta, ispirata alla solita tendenza di avvertire della portata generale dell'*a. l. Aquiliae* di fonte ad altri rimedi d' applicazione più ristretta. Una assai ardita applicazione dell'*a. l. Aquiliae* per opera della prassi postgiustiniana deve forse vedersi in *P. Mun.* 102 (a. 594 p. Chr.): cf. WENGER, in *Arch. f. R. u. W. phil.* 6 (1912) 172 sg.

(2) Questa funzione sempre più generale della *lex Aquilia* spiega fors' anche come abbia facilmente attecchito la falsa concezione di ricollegare ad essa tutto il regime della *litis crescentia*.

fonti classiche e in gran parte anche alle giustinianee, appaiono rigogliosi nella produzione giuridica bizantina, ha permesso non solo di spiegarne la genesi e i rispettivi rapporti, ma di rilevarne la indiretta ripercussione sulla elaborazione giustiniana, di chiarire alcune tendenze che in questa appaiono appena abbozzate, di scoprire nei testi alcune alterazioni che lueggiano nuovi indirizzi. Le novità bizantine in questo campo sono, come forse avviene più di frequente che non lo si soglia ammettere, più di concetto che di sostanza: i maestri orientali, che non hanno omai più nessuna idea della ragione di essere di certi istituti classici, se ne servono per le loro costruzioni nelle quali il punto di vista sostanziale assume la prevalenza su quello processuale: sono infatti esigenze di diritto sostanziale, non di pura tecnica processuale, quella che la generale *a. in factum εἰς τὸ ἀζήμιον* <sup>(1)</sup> è chiamata a soddisfare: e non diversamente si dica del regime della classica litiscrescenza, svisato nel suo concetto e nelle sue applicazioni sebbene formalmente mantenuto sulle sue basi classiche.

Un secondo e, a mio avviso, non meno notevole risultato a cui portano ricerche di questo genere è la frequente constatazione dello stretto parallelismo tra le dottrine postclassiche delle fonti orientali e quelle che ci è dato di scoprire nelle fonti di occidente. L' *Interpretatio*, il Gaio visigoto, la *lex romana burgundionum*, per non dire del più tardo *Brachilogo*, da un lato, e dall'altro il libello *de actionibus*, le *summae* e gli scolii antichi e i più recenti, le due *Sinossi*, le glosse giuridiche, l'*Attaliato*, *Psello* e l'*Armenopulo*, ci hanno più volte rivelato delle concezioni dottrinali identiche, del pari estranee al diritto classico, e, almeno formalmente, allo stesso diritto giustiniano.

(1) Anche nel digesto all' *a. in factum* è assegnata questa funzione generale di conseguire l' *indemnitas* in più testi nei quali appunto l'uso di questo sostantivo fa sospettare un'alterazione: cf. 33 D. 4. 3 (LENEL *Edictum* <sup>2</sup> p. 107; BESELER, *Beitr.* 2. 113); 63 D. 31 (BESELER, *ibid.* 77 e 114); 18 § 15 D. 39. 2 (ALBERTARIO *Contributi ecc.*, in *R I S G.* 1912, p. 18 dell' est.; BESELER, 3. 102).

Già altra volta la scoperta, nei frammenti di Autun, della formola tipicamente « bizantina » della *universitas* aveva messo in luce una coincidenza che non potè a meno di parer singolare <sup>(1)</sup>; mentre, dal punto di vista formale, già il Ferrini notava <sup>(2)</sup> la stretta analogia tra questa meschina elaborazione scolastica e quelle più perfette delle scuole orientali: ora s'aggiunge questo più complesso ed organico gruppo di parallelismi, ed io sono persuaso che in altri campi nuovi studi sui materiali ancora poco sfruttati dell' *Interpretatio visigota* e delle altre fonti dell'occidente postclassico, messe in rapporto colle dottrine bizantine, non mancheranno di portare nuovi contributi nella medesima direzione. Si giunge così a poco a poco alla constatazione — storicamente d'alto valore — che nonostante le profonde diversità nell'evoluzione sostanziale degli istituti nelle due parti dell'impero, la dogmatica giuridica pur nelle sue aberrazioni più singolari è sostanzialmente uniforme: agli indirizzi del centro nuovo della coltura, rappresentato omai dalle scuole d'oriente, sembrano corrispondere i tenui focolari della decaduta coltura occidentale. Chi nel campo, sotto tanti aspetti parallelo, della coltura teologica, ricorda gli intimi nessi tra la patristica orientale e l'occidentale, e la ripercussione che ebbero in Italia, in Africa, nella Gallia, le più vitali questioni che agitarono le scuole d'Alessandria e dell'Asia minore; e ricorda d'altra parte che, nonostante le condizioni profondamente diverse, ufficialmente vigeva pur sempre in oriente e in occidente lo stesso corpo di leggi, non deve trovar strani questi nessi che attestano una corrente comune di pensiero giuridico nelle due « partes imperii » non ancora definitivamente incamminate per opposti destini.

Marzo 1914.

(1) Cf. BONFANTE, *Rend. R. Ist. Lomb.* 1906. 277; da ultimo la mia recensione a COLLINET, *Études ecc.*, in *Filangieri* 1913. 556 sg.

(2) *Sui frammenti giuridici del palinsesto d'Autun*, in *Atti R. Acc. Torino*, 35 (1899 - 1900) p. 526 sg.

## ELENCO DEI TESTI

---

Gai. 2.282	p.	9		§ 8	23
3.202		54		9 pr.	52
210 sg.		54		§ 2	52
215-216		17 sg.		§ 3	52
219		49, 52, 58,		27 § 10	52
		60, 65		§ 14	52, 59
4.9		5		§ 17 itp.	61
21		17		§ 20 itp. ?	60
171		5		§ 21 itp.	52, 55, 59, sg.
173		27		§ 31	23
Gai. Wis. 2. 7. 8		9		§ 35	52
<i>Fr. augustod.</i> § 61 sg.		67		28 pr.	52
Paul. <i>Sent.</i> 1. 10. 1		5, 10, 15		30 § 2 itp.	58 sg.
2. 21. 23		20		33 § 1 itp. ?	65
<i>interpret. ad h. l.</i>		15, 20		52 § 1	53
<i>epit. Aegid.</i>		20		53	52 sg.
» <i>Monachi</i>		20		12.6.23 § 4	27
» <i>S. Gall.</i>		20		16. 3. 7 § 1	53
» <i>Guelph.</i>		20		32	12
<i>Collatio</i> 2. 4.		24, 60		19.5.11 pr. itp.	52
10. 7. 11		10		14 § 1	57
12. 7. 1		24, 60		§ 2	56 sg., 60
8		52		§ 3 itp.	58, 60
<i>C. Theod.</i> 11. 8. 2		29		19 § 1	59
16. 10. 24		29		23	54 sg., 60
<i>L. Rom. Burg.</i> 14. 8		16		20.1.27	60
29		16, 54		27. 6. 9 § 1	42
				31. 63	66
Dig. 2. 13. 1 itp.		28		39.2.18 § 15	66
4. 3. 7 § 7		49 sg., 52		41.1.55	57, 60
33		66		44.7.25 § 1	42
5. 3. 20 § 4 itp.		6, 25, 27		26	28
55 itp.		25		33	28
6. 1. 14 itp.		25		52 § 8	42
8. 1. 20		59		46.3.95 § 1	53
8. 2. 18		60		47.2.50 § 4 itp. ?	53, 60
9. 2. 2 § 1		18		51 itp.	53
7 § 3		52		53 § 13	55
§ 6		52		47. 4. 1 § 2 itp. ?	65

Cod.	1. 1. 6 pr. itp.	29
	1. 2. 2 § 1	40
	1. 3. 45 (46)	8, 9
	3. 25. 4	18
	5 itp.	26, 63
	6	58
	10. 20. 1 pr. itp.	29
Inst.	3. 27 § 7	8
	4. 1 § 11	54
	4. 3 § 9	29
	§ 16	44 sg., 48 sg.
	6 § 19	27, 29
	§ 23	8
	§ 26	8, 10
	16 § 1	8
Nov.	18 c. 8	11, 14
<i>Brachylogus</i>	3. 22. 8	50
	4. 9. 2	28
	23. 3	11, 19
	10	11
<i>Exc. leg. Rom.</i>	3. 43	19
	53	19
<i>Summa Perus.</i>	3. 34. 4	19
	5	19
<i>L. Utinensis</i>	c. 23	19
Θεοφ.	3. 27. 7	19
	4. 6. 17	28
	19	27, 29
	26	8
	sch. o, REITZ 2.806	11
	sch. y, <i>ibid.</i> 2.808	8
<i>Basilic. ed. HEIMB.</i>		
	1.114 (B. 53. 2. 4)	7
	302 (B. 7. 13. 5)	42
	477 sch. Theod.	63
	478 sch. Theod.	42
	n. p	63
	499 (B. 10. 3. 7.)	7, 37 sg.
	500 (B. 10. 3. 11)	30, 36
	560 Steph.	43

	749 (B. 12. 1. 48)	7
	796 (B. 12. 2. 6)	30
	2. 25 sch. 3	11
	381 (B. 20. 4. 14)	31
	3. 10. sch. 2	27
	255 (B. 28. 8. 18)	43
	310 sch. 1.	19
	5. 45 (B. 50. 1. 53)	31
	108 (B. 52. 1. 33)	6
	115 (B. 53. 2. 5)	31
	229 Steph.	38
	sch. 1	38
	230 (B. 60. 1. 5.)	21, 36
	sch. 10	36
	231 sch. 18	34
	257 (B. 60. 2. 1)	6
	n. p	22
	258 (B. 60. 2. 1)	45, 63
	sch. 15	63
	260 sch. 48	6
	263	19
	268 (B. 60. 3. 7)	31
	sch. 11	37, 45 sg.
	270 (B. 60. 3. 7)	23
	(B. 60. 3. 9)	38
	271 (B. 60. 3. 9)	45
	sch. 3	38, 42, 44
	sch. 6	47
	273 (B. 60. 3. 11)	31, 36
	sch. 6, 7	31, 45
	274 (B. 60. 3. 11)	32
	sch. 24, 25	45
	275 (B. 60. 3. 11)	32
	sch. 30	32
	280 (B. 60. 3. 17)	45
	292 (B. 60. 3. 27)	32
	sch. 50	32
	293 sch. 54	45
	sch. 63	45
	294 sch. 65	48
	295 sch. 65	39
	299 (B. 60. 3. 27)	24
	300 (B. 60. 3. 27)	32

	sch. 121	32, 46
	303 sch. 13	46
	307 sch. 6, 7	65
	312 (B. 60. 3. 41)	32
	sch. 11	35
	313 (B. 60. 3. 41)	6
	317 (B. 60. 3. 49)	32
	321 (B. 60. 3. 53)	46
	324 sch. 1	19
	sch. 3	40, 47
	330 sch. 17	46
	331 sch. 17	39, 46
	333 n. y	36
	334 Thal.	63
	sch. 43	32
	335 (B. 60. 5. 10)	32
	sch. 4	41
	383 sch. 6	19
	418 (B. 60. 9. 1)	32
	496 (B. 60. 12. 51)	36, 46
	501 (B. 60. 12. 52)	36
	502 sch. 48	34
	540 (B. 60. 13. 1)	7
	sch. 3	22, 34
	sch. 6	7
	544 sch. 6	19
	sch. 33	41
	554 sch. 3	19
	559 sch. 4	19
	571 sch. 7	41
	583 (B. 60. 17. 8)	36
	sch. 1	33
	sch. 2	33
	647 sch. 1	36
	694 sch. 1	21
	6. 639 (dal <i>Nomocanon</i> )	40
	<i>Suppl. Zachariae</i> p. 8 n. 34	19, 21
	<i>Suppl. Ferrini</i> p. 100	7, 31
	p. 182	7
	<i>Zachariae Aneecdota</i> p. 212	14
	<i>Medit. de nud. pact.</i> 6 § 6-7	35

<i>Lib. de action.</i>	§ 20	20, 43, 45
		64.
	§ 21	12
<i>Νόμος γεωργικός</i>	§ 6	22
	§ 14	22
	§ 19	22
	§ 35	22
	§ 53	21
	§ 56	21
	§ 62	21
<i>Epit. legum</i>	12.26	14
	18.15	11
	18.15	11
	39.91	23
<i>Epanag. aucta</i>	24. 2	12
	24. 14	12
	28. 13 - 25	14
	52. 92	19
<i>Ecl. priv. aucta</i>	12. 1	11
	12. 3	11
	15. 21	14
<i>Ecl. ad Proch. mut.</i>	13. 1	11
	13. 6	11
	16. 17	14
	26. 1	21
<i>Prochir. auct.</i>	18. 1	11
<i>Attalitates</i>	tit. 55	14, 19
	tit. 58	22
<i>Synops. maior</i>	Z. 1. 2	36
	1. 12	32
<i>Sinops minor</i>	A. 43	22
	Z. 3	36
	8	23
	11	32
	I. 22	43, 46
	N. 23	15, 23
	T. 13	19
<i>Psell. Synops</i>	v. 317	25
	352	43
	477	19
	507	19
	570	34

573	40	<i>Seneca de benef.</i> 3. 17	13
810	12, 24	<i>de ira</i> 2. 9	13
<i>de leg. nom</i> (in Migne, P. gr. 122. 1024)	42	Prudent. <i>Psych.</i> v. 630	13
<i>Const. eccl. coll.</i> ed. Voëlle Iustell		Gloss. a Iuvenal 13, 23	13
2. 309	9	Ps. Quintil. <i>decl.</i> 245	13
Gloss. Labbè in Otto <i>Thes.</i>		Isidor. <i>Orig.</i> 5. 26	13
2 p. 1710, 1711	7, 19	10. 1	13
	23, 42	Paul. D. p. 112 M.	13
p. 1747	42	Glossar. gr. latin. (*)	13
1748	34, 37, 42	P. Cair. n. 67032	28
Harmonop. <i>Exabibl.</i> 6.1.1-3	15, 23	P. Hamb. 2	12
Cic. <i>pro Flacc.</i> 20	13	P. Mun. 102	65

SEMINÁRIUM  
filial-práv.



KNĚHOVNA  
oddělení

(\*) *Adde*: C. gloss. lat. 3, 32 *infitiatur* = ἀρνεῖται, ἀποστρεφῆ; *infitiator* = ἀποστρεφῆτης chi togliè, priva, froda.

REV15

ÚK PrF MU



3129S04723