
NOTA SUL FR. 36 § 1 D. AD LEGEM AQUILIAM IX, 2 (*)

1. — MARCELLUS, 237 lib. XXI *digestorum*: “ Si dominus servum quem Titius mortifere vulneraverat, liberum et heredem esse iusserit, eique postea Mævius extiterit heres, non habebit Mævius cum Titio legis Aquiliae actionem, scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat ad heredem actionem non trasmittere quae defuncto competere non potuit: nam sane absurdum accidet ut heres pretium quasi occisi consequatur eius cuius heres extitit. Quod si ex parte eum dominus heredem cum libertate esse iusserit, coheres eius, mortuo eo, aget lege Aquilia „

Il passo contempla l'ipotesi di uno schiavo ferito mortalmente *liber et heres esse iussus*. Alla sua morte, dice il giurista, gli eredi non avrauno l'azione aquiliana contro il feritore poichè l'ex-schiavo non potè trasmettere loro ciò che egli stesso non aveva; e, del resto, continua il passo, sarebbe ben strano che gli eredi conseguissero il prezzo *ut pro servo occiso* del corpo del *de cuius*!

Se, invece, lo schiavo liberato è erede soltanto di una parte della sostanza dell'antico *dominus*, il coerede, dopo la sua morte, potrà agire coll'*actio legis Aquiliae*.

Il passo può essere utilmente confrontato coi fr. 15 § 1 D. eod. e 16 D. eod.

Fr. 15 § 1 i. f. (Ulp. 615, lib. XVIII *ad edictum*): “ sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse iusseris, deinde decesserit, heredem eius agere Aquilia non posse „

Fr. 16 D. eod. (Marcian. 258, lib. IV *regular.*: “ quia in eum casum res pervenit a quo incipere non potest „

(*) Il presente studio fa parte degli Scritti dedicati al prof. Alfredo Ascoli in occasione del suo XLII anno d'insegnamento.

L'ipotesi contemplata è la stessa ed eguale è la soluzione: l'erede non può agire coll'*actio legis Aquiliae*, poichè questa non gli è stata trasmessa dal *de cuius*, che non l'aveva.

Quale la ragione di ciò? FABRO, nei *Rationalia in Pandectas*, ad fr. 16 D. 9, 2 così spiega: "quia res ad eum casum pervenit, ut velit quis agere lege Aquilia de se ipso occiso, quod est ridiculum cum mortuum eum esse necesse sit ut occisus dici possit. Et occisum, ut de occiso agi. Nemo autem post suam mortem potest agere ...". E, commentando il fr. 36 § 1 D. eod., esprime ancor più chiaramente lo stesso concetto: "fieri nequit ut actio de occiso competat ei ipsi qui occisus est, cum non nascatur nisi demum eo mortuo, quo tempore iam nullus est. Ergo nec... heredi competere potest ...".

Secondo lui, la ragione per cui l'azione aquiliana *de occiso* non può competere allo schiavo liberato è dunque il fatto che egli è ancor vivente.

L'azione può, invece, spettare al coerede, purchè sia intentata dopo la morte dell'ex-schiavo. Infatti, essa è acquisita al *dominus* sin dal momento della lesione e può quindi essere trasmessa al suo erede. Questi, però, non la potrà esperire se non dopo la morte dell'ex-schiavo (1).

L'interpretazione, benchè accolta dalla GLOSSA, (2) da CUIACIO (3)

(1) V. FABRO, *op. cit.*, ad fr. 36 § 1 D. 9. 2: "Qui vulneratus est et ex eo ipso vulnere quandocumque postea decessit, iam tum occisus intellegitur cum vulnerabatur... Ergo exinde nata fuit actio legis Aquiliae de occiso, *quamvis antea mortem vulnerati exerceri non potuerit*. Est enim hic casus ex eorum numero in quibus ex futuro eventu pendet ius quod in praeteritum fuit. Potuit ergo ius hoc transmitti ad heredem etiam admissa Sabini sententia: nec in persona coheredis habet locum ratio illa sive iuris sive absurditatis quam usurpavimus in vulnerato, eodemque coerede instituto. Et sane heres succedit non tantum in omne ius quod defunctum habuit agendi, sed etiam in id omne quod habuisset si diutius vixisset, id est quod habuit vel actu vel aptitudine cum ipsius personam repraesentet. Atqui si diutius vixisset dominus servi vulnerati, habuisset procul dubio actionem legis Aquiliae de occiso...".

(2) GLOSSA ad fr. 36 § 1 D. 9. 2 sub verba *competere non potuisset*: "quomodo enim vivens aestimationem sui ut mortui petet? et sic est iuris impossibilitas ...".

(3) CUIACIO (*Opera* ed. Prato vol. II, col. 1218) così spiega: "Liberum de se experiri si vulneratus sit; occiso libero homine, heredi eius legis Aquiliae actionem non dari., e si richiama appunto al fr. 36 § 1 D. 9. 2. Altrove (I, 1195) commenta il passo *ex professo*, ma non spiega perchè l'azione non possa spettare al liberto e si limita e negare la trasmissibilità al suo erede.

e da altri interpreti (4), non mi sembra persuasiva. Se la ragione per cui si nega l'azione all'ex-schiavo fosse solamente questa, non vi sarebbe alcun motivo per negarla al suo erede. Poichè il *dominus* acquista l'azione al momento in cui lo schiavo è ferito, fin da quel momento la può trasmettere ad altri, col solo limite che essa sia esercitata dopo la morte dello schiavo (limite che, si noti, vale anche per lui): è perciò evidente che, una volta manomesso lo schiavo, se lo istituisce erede, gliela potrà trasmettere e questi a sua volta la potrà trasmettere al suo erede (che, poichè sarà cessata la condizione sospensiva della vita del ferito, la potrà finalmente esperire).

Se, invece, la soluzione data dalle fonti è diversa, vuol dire che la ragione per cui lo schiavo liberato non può agire, non è questa.

Secondo altri scrittori, tale motivo sarebbe da ricercarsi, almeno per diritto classico, nel fatto che l'*actio legis Aquiliae* non compete per le lesioni recate al corpo dell'uomo libero (5). Lo schiavo è ormai diventato libero e non può quindi più agire *ex lege Aquilia*, perciò non potrà trasmettere tale azione ai suoi eredi.

Per diritto giustiniano, l'azione gli sarebbe concessa *utiliter* e le contrarie affermazioni delle fonti in realtà si riferirebbero soltanto all'*actio directa*, tacendo invece di quella *utilis* (6).

(4) Cfr. SUAREZ DE MENDOZA, *Comm. ad l. Aquiliam* in MEERMAN, *Novus Thesaurus iuris civilis et canonici*, Hagae Comitum 1751, vol. II lib. I, C. 4, sez. 4 n. 10: "Nam ut servus agat necesse est ut vivat, et cum agit oportet ut quasi mortuus agat „

Tra i moderni sono dello stesso avviso CASTELLARI, *Della lex Aquilia ossia del danno dato in Arch. Giur.* XXII (1879), 374 e probabilmente (l'insigne autore non si esprime molto chiaramente sul punto) anche il FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, Milano 1902, n. 304.

(5) Tra gli altri DE MEDIO *La legittimazione attiva dell'actio legis Aquiliae in diritto classico (Studi Scialoia* 1, 55 ss.). BRUNEMANNUS (*Comm. in Pandectas, Coloniae Allobrogum* 1752, lib. IX, 2 ad fr. 15 e seg. n. 3) dice: "nam moritur ut liber, cuius mortem lex Aquilia non punit, sed Cornelia „ ma diversa è la dottrina da lui sostenuta, poichè poco dopo egli continua "imo ratione curae et deficientium operum et expensarum funeris etiam de libero homine agi potest utili actione legis Aquiliae „ Egli ritiene che l'azione utile aquiliana non sia stata estesa all'ipotesi di uccisione di un uomo libero.

(6) In questo senso PAMPALONI, *Osservazioni esegetiche ad legem Aquiliam in Arch. giur.* XXXII, (1884), 395 e POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, ad leg. Aquiliam XXXVI, n. 1.

L'interpretazione è certamente suggestiva ed a prima vista sembrerebbe da accogliersi. Ma, in realtà, ad un esame più attento, i dubbi incominciano a sorgere.

Se tale fosse la ragione della soluzione data in questo caso, come si concilierebbe essa colla circostanza che, se il liberto è istituito solo *pro parte*, l'azione viene egualmente trasmessa al coerede? e cioè che al *dominus* spetta sempre l'azione, anche dopo l'alienazione o la manomissione del servo? (7). Se è negata al liberto per una ragione obiettiva, inerente ai presupposti stessi dell'azione, tale ragione impedisce anche di attribuirla a chiunque altro. Per il fatto di essere esperita dal coerede anzichè dalla vittima del fatto delittuoso l'azione non cessa di dipendere dalle lesioni corporali recate ad un uomo libero.

L'apparente contrasto fra l'appartenenza dell'azione al *dominus* e il principio vigente per diritto classico che l'*actio legis Aquiliae*

(7) Cfr., oltre al fr. 36 § I D. h. t., il fr. 15 § I D. h. t.: “ Si servus vulneratus mortifere postea ruina vel naufragio vel alio facto maturius perierit, de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato; sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse Iulianus ait: haec ita tam varie, quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit; at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus „.

E il fr. 51 pr.: “ Ita vulneratus est servus ut eo, ictu certum esse moriturum: medio deinde tempore heres institutus est et postea ab alio ictus decessit: quaero an cum utroque de occiso lege Aquilia agi possit. Respondit: *occidisse vulgo quidea qui mortis causam quolibet modo praebuit*.... Aquilia lege teneri existimati sunt non solum qui ita vulnerassent ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum; igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat, statuendum est utrumque eorum lege Aquilia teneri „.

Vi è antinomia tra la soluzione data nei due passi (quella del fr. 15 § I si ritrova anche nel fr. II § 3 D. h. t.) e vari furono i tentativi degli interpreti per dirimerla. Senza analizzare le varie soluzioni proposte, (poichè ciò mi porterebbe troppo fuori dal tema che mi sono fissato) osserverò come probabilmente il fr. 15 § I sia genuino, mentre la soluzione del fr. 51 pr. è dovuta alla penna dei compilatori (cfr. BESELER, *Beitraege*, III, 8 e IV, 193 s.). V. sul punto, tra gli altri, LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klass. röm. Recht*, Berlin 1918, I, 25, n. 4; VANGEROW *Pandekten* III, 681, n. 2; GRUEBER *The roman law of damage to propriety (comm. ad l. Aquiliam)*, Oxford 1886, ad h. l., p. 35; CUIACIO, *Opera* cit. V. 1048 ecc.

non compete per le ferite recate ad un uomo libero scomparire invece sol che si ponga mente ad una circostanza. Al tempo in cui il liberto fu ferito mortalmente, egli era ancor schiavo e l'azione allora nata è relativa al corpo di un servo: nulla vieta quindi che essa sia esercitata dall'ex padrone e trasmessa ai suoi eredi (8).

Perchè allora non può essere trasmessa al liberto, ove egli sia erede del *dominus*?

Evidentemente, perchè è assurdo che egli intenti un'azione riguardo alla quale figura come proprietario del proprio corpo (fr. 13 pr. D. 9. 2) e cioè allo stesso tempo come persona e come cosa (9).

Questa, e non altra è la ragione per cui l'azione non può passare a lui.

2. — Il passo non può, quindi, venire addotto in sostegno della tesi, la quale nega che spetti un'azione di risarcimento all'ucciso e ai suoi eredi (10). Per diritto classico il problema non può neppure sorgere, poichè, come ho accennato, l'*actio utilis legis Aquiliae* per danni recati al corpo della persona libera era ignota ad esso (11).

Ma neppure per diritto giustiniano, benchè ormai l'*actio legis Aquiliae* sia concessa anche per le lesioni recate al corpo dell'uomo libero, il fr. 36 § 1 può indurci a credere che tale azione non potesse sorgere a favore della vittima. L'accennata circostanza, a prima vista, sembrerebbe tale da far cadere ogni ragione, che non fosse quella addotta da Fabro, per negare l'azione al liberto; un più attento esame del punto ci persuade del contrario.

(8) L'osservazione è ancor fatta dal GRUEBER, *op. cit.* p. 139 ma a tutt'altro proposito e per ricavarne altre conseguenze.

(9) Tale pure è l'interpretazione di GRUEBER, *op. cit.*, p. 54: "he would have to claim his own value...". Egli però non dà alcuna ragione di essa nè accenna ad altre interpretazioni.

(10) V. sul punto i miei studi *La legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per la morte di una persona in Temi Emiliana*, 1930, II, 105, ss.; *Ancora in tema di legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per uccisione in Riv. di dir. priv.* 1932, II, 271 seg. e specialmente 276, n. 1, ove è preso in considerazione il fr. 7 § 4 D. h. t. largamente interpolato.

(11) Per l'origine giustiniana di questa *actio utilis* e per l'interpolazione della menzione di essa nei vari passi ed in particolare nei fr. 13 D. h. t., 5 § D. cod. v. DE MEDIO, *op. cit.*, 61 ss.; HAYMANN, *Zeitschr. d. Savigny Stiftung (Rom. Abt.)* XLI (1920), 50 n.; LENEL, *Das Edictum perpetuum*, 3^a ed. § 204. *Contra*, invece, tra gli altri, BINDING, *Die Normen*, IV, I, 41, n. 6.

Per vero, a che cosa è diretta l'azione che in conseguenza del ferimento dello schiavo sorge nel *dominus* e da questo viene trasmessa ai suoi eredi? Ad ottenere l'*æstimatio* del corpo dello schiavo. L'azione utile concessa agli uomini liberi per le lesioni loro inferte mira a conseguire il rimborso delle spese incontrate ed i lucri perduti in conseguenza del fatto delittuoso. Intentando la seconda, l'attore non pone come oggetto della domanda il valore del proprio corpo, se stesso considerato come una cosa, bensì un elemento a lui estraneo, il danno che gli è derivato (12).

Non vi è quindi alcuna contraddizione tra il concedere una *actio utilis* pel danno derivante da ferite ed il negare che possa esperirsi l'azione diretta ad ottenere l'*æstimatio* del proprio corpo. Anche se il liberto (e per lui il suo erede) potrà esperire l'*actio utilis* (di cui non è parola nel passo, poichè si tratta di una circostanza che non interessa la questione ivi trattata), questa sarà pur sempre da lui acquistata in quanto leso e non in quanto erede del *dominus*: nel patrimonio di questo, infatti, non può entrare che l'azione diretta all'*æstimatio*, e pertanto solo tale azione può da lui venire eventualmente trasmessa.

È quindi da ritenere che la ragione per cui si nega l'azione al liberto in diritto giustiniano sia la stessa che vale per diritto classico. E che effettivamente sia così è confermato da un lato dal fatto che questa è l'unica spiegazione che ci permette di conciliare con tale soluzione quella data nel caso di istituzione del servo *pro parte* anzichè nell'intera eredità, dall'altro dall'interpolazione (13) della frase esplicativa *nam-consequatur* (14).

Sarebbe assurdo, vi si dice, che l'erede del liberto conseguisse il prezzo del corpo del *de cuius*. Il *prezzo*: ciò mostra che l'a-

(12) D'altronde, vi è differenza tra il danno recato al *dominus* dalla lesione mortale del servo e quello offerto da chi viene leso. È evidente ad es. che la liberta non potrà essere in *delictis* di se stessa nè in genere il liberto prestare a sè le *operæ* etc.

(13) BESELER, *Beitraege*, III, 27.

(14) Cfr. Sch. 8 Bas. LX, 3, 36 § 1: Ἐνταῦθα γὰρ οὐκ ἦδύνατο ἀδελφῆ τῆς νεκεσαρίῳ πληγέντι καὶ ἴσως ἐπιζήσαντι ὁ περὶ αὐτοῦ ἀρμόζειν Ἀκουίλιος, ἀλλὰ καὶ ἀτοπὸν τι συνέβαινε, εἰ ὁ κληρονόμος τοῦ νεκεσαρίου τὴν διατίμησιν ἀπήτησε τοῦ σώματος τοῦ τεστατόρου.

zione che a lui viene negata è appunto quella (nè, d'altronde, potrebbe essere altra) che gli avrebbe dovuto trasmettere l'antico *dominus*, l'azione diretta all'*æstimatio* del servo.

E se essa può acquisiarsi dal coerede del liberto, ma non da quest'ultimo, ciò non può dipendere che dalla ragione posta in rilievo sopra.

In conclusione, quindi, neppure per diritto giustiniano il passo può costituire un argomento per negare che spetti a chi è percosso mortalmente l'*actio legis Aquiliæ* e che essa si trasmetta ai suoi eredi; anzi da quanto abbiamo detto si potrebbe argomentare in senso opposto.

Lo schiavo ferito mortalmente si considera ucciso nel momento stesso in cui è ferito, anche se sopravvive parecchi giorni e l'azione *de occiso* spetta al *dominus* (15) prima della morte di quello. Non è pertanto assurdo il concetto di un'azione *de occiso* spettante prima della morte dell'uomo colpito. Per la stessa ragione, se un uomo libero è ferito a morte, sin dal momento della percossa, entrerà nel suo patrimonio, l'*actio utilis de occiso*, che non potrà essere esercitata finchè egli è vivo, ma che non di meno sarà pur nata e quindi trasmissibile ai suoi eredi.

ALBERTO MONTEL

(15) L'azione spettante al *dominus* per la ferita mortale dello schiavo non non è un'azione *de vulnerato* che poi si trasformi in *actio de occiso* colla morte di quello, ma sin dall'inizio è *de occiso*, come si può argomentare dallo stesso fr. 36 § 1 cit. Il coerede - dice esso - potrà agire coll'*actio legis Aquiliæ* dopo la morte del servo: che ragione di dir ciò se durante la vita di questo gli fosse spettata un'azione *de vulnerato*? Se tale è invece la soluzione, ciò significa che l'*actio* nasce subito *de occiso*, col solo limite che non potrà essere esercitata prima che la morte non si sia verificata.