

## Matteo MARRONE

### Sul concorso tra azione ‘in solido’ e azione nossale: a proposito di D.9.4.4.3 (Paul. 3 *ad ed.*)

1. È certamente singolare ? pure se trova facile spiegazione nella collocazione della materia nossale nell’editto pretorio e nelle opere dei classici<sup>1</sup> ? che buona parte dei passi di giuristi classici accolti nel titolo 9.4 *de noxalibus actionibus* del Digesto riguarda direttamente due azioni che non erano nossali, e che anzi alle nossali si contrapponevano nettamente per ciò che in queste era più caratterizzante: la possibilità, per il convenuto, di evitare la condanna al pagamento della pena pecuniaria dando a noxa il colpevole soggetto a potestà. Si trattava di azioni tra loro assai diverse per natura e presupposti, pure se tutte azioni penali e tutte afferenti a delitti commessi da soggetti a potestà.

Ho parlato di due azioni: in realtà, a venire in considerazione erano, da un lato, effettivamente, un’azione, l’azione pretoria che si dava contro il *dominus* che falsamente negasse di avere in potestà il colpevole di un delitto, o che non l’avesse in potestà per suo dolo<sup>2</sup>; dall’altro, non tanto un’azione, quanto l’applicazione di talune azioni ? soprattutto dell’*actio legis Aquiliae* ? all’ipotesi del *dominus* che fosse stato *sciens* del delitto commesso dal servo soggetto alla sua potestà<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La rubrica edittole che, secondo Lenel (O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, 159 ss.), era intitolata ‘*de noxalibus actionibus*’ riguardava un’azione (pretoria) che non era nossale (l’azione contro il *dominus* che avesse falsamente negato di avere il servo in potestà, o che non l’avesse in potestà per suo dolo: v. più avanti). La clausola ‘*si ex noxali causa agatur quemadmodum caveatur*’ della rubrica edittole ‘*de vadimoniis*’ (cfr. LENEL, *Ed.*<sup>3</sup>, cit., 82) faceva riferimento solo a un particolare aspetto procedurale. Cosicché le opere dei classici, nel punto in cui commentavano le relative clausole edittole, erano ben lungi dall’esaurire la materia nossale: questa era ulteriormente trattata dai giuristi a proposito di *actio de albo corrupto* (*infra*, § 5), legge Aquilia e furto. Su ciò, e sulla composizione del titolo 9.4 del Digesto: O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, in *ZSS*, 47 (1927), 4; F. DE VISSCHER, *Le régime romaine de la noxalité* (Bruxelles 1947), 566 ss.; G. L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo* (Milano 1976), 71 ss.; T. GIMENEZ CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal* (Pamplona 1981), 140 ss.

<sup>2</sup> Cfr. D.9.4.21.2 (Ulp. 23 *ad ed.*); LENEL, *Ed.*<sup>3</sup>, cit., 159 ss.; sull’argomento, tra gli ultimi: GIMENEZ CANDELA, *El régimen pretorio*, cit., 231 ss.

<sup>3</sup> Sul tema: E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918, 158 ss., 339 ss., 351 ss., 493 ss.; B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del «dominus sciens» per i delitti del servo*, in *BIDR*, 70 (1967), 119 ss. [ora anche in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 481 ss.]; FALCHI, *Ricerche*, cit., 74 ss.; G. TILLI, *Dominus sciens e servus agens*, in *Labeo* 23 (1977), 16 ss.; H.-P. BENHÖR, *Zur Haftung für Sklavendelikte*, *ZSS*, 97 (1980), 275 ss.; T. GIMENEZ CANDELA, *Sobre la “scientia domini” y la acción de la ley Aquilia*, in *IVRA*, 31 (1980), 119 ss. Il primo caso di azione penale senza dazione a noxa contro il *dominus sciens* fu certamente quello dell’azione della legge Aquilia, molto verosimilmente stabilito dalla stessa legge (cfr. ALBANESE, *op. cit.*, 127 ss.), e poi esteso all’*actio de albo corrupto* (v. *infra*, § 5) e alle azioni di cui in D.9.3.1 pr. (*de effusis vel deiectis*), D. 9.3.5.6 (*de positis aut suspensis*), D.2.7 (*ne*

Nei due casi, come si vede, i presupposti erano del tutto diversi: nel secondo di essi ? che è quello cui si riferiscono alcuni tra i frammenti più ampi e problematici del titolo (2 e 4; ma anche i frammenti 3 e 5, 6 e 17 pr.) ? si rimproverava all'avente potestà, in sostanza, un suo più o meno diretto coinvolgimento nel delitto: quanto meno, di non averlo impedito pur essendo nelle condizioni di poterlo impedire (vi rientrava, ovviamente, il caso del *dominus iubens*, del padrone che avesse cioè ordinato al servo di commettere il delitto), sì che l'avente potestà era chiamato a rispondere direttamente del comportamento delittuoso del servo come se l'avesse tenuto egli stesso. Contro di lui si dava pertanto l'azione penale propria di quel delitto: nel caso di *damnum iniuria datum*, un'azione civile, l'*actio legis Aquiliae*. Contro il *dominus sciens* l'azione era, come si è accennato, *sine noxae deditio*<sup>4</sup>; o, come si preferisce dire in qualche passo, '*deducta noxae deditio*'<sup>5</sup>; o anche '*suo nomine* (scil. *domini*, in contrapposizione all'azione nossale, che era '*servi nomine*')<sup>6</sup>. Nelle fonti si parla pure, al riguardo, di azione, o responsabilità *in solidum*, in contrapposizione ad azione, o responsabilità nossale<sup>7</sup>. Ché il convenuto rispondeva per l'intera pena, e quindi anche, eventualmente, oltre il valore del servo colpevole. In proposito gli studiosi, con espressione mutuata da testi riguardanti casi analoghi, sono usi parlare pure di azione 'diretta' (intendendo 'non nossale').

---

*quis eum qui in ius vocabitur vi eximat*). La stessa estensione, sino a tutta l'età classica, non ebbe luogo per le altre azioni penali, alle quali continuò ad applicarsi in ogni caso il regime decemvirale delle azioni nossali: in tal senso, affatto persuasive le deduzioni di ALBANESE, *op. cit.*, 170, e *passim*; cfr. C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, 122, e ivi nt. 29; contro TILLI, *op. cit.*, 22 ss., 28; v. pure FALCHI e BENHÖR citati *infra*, nt. 15. In favore della tesi circa la limitata estensione della diretta responsabilità del *dominus sciens*, non può essere priva di rilievo la seguente osservazione (eventualmente da aggiungere ai già solidi argomenti esegetici di Albanese): ciò che in sostanza si rimproverava al *dominus* che, consapevole del proposito del servo di commettere delitto, non l'avesse impedito, era un comportamento negligente, colposo. È in armonia con ciò il fatto che esso sia stato sanzionato in quei delitti nei quali il grado di responsabilità del colpevole era esteso alla *culpa*, o comunque andava oltre il dolo, come il danno aquiliano e i delitti pretori *de effusis vel deiectis* e *de positis aut suspensis*; e che invece, sino a tutta l'età classica, non sia stato generalmente sanzionato nei delitti solo dolosi (qual era, ad esempio, il furto). Si fece eccezione, già in età classica ? ed è facile comprenderne le ragioni ?, per taluni illeciti (corruzione dell'albo ed '*eximere vi eum qui in ius vocabitur*') che particolarmente interessavano l'amministrazione della giustizia. Analogamente, nella sostanza, il punto di vista di GIMENEZ CANDELA, *Sobre la "scientia domini"*, cit., 119 ss., la quale distingue tra *scientia* colposa e *scientia* dolosa: la prima sarebbe bastata sufficiente a fondare la responsabilità diretta del *dominus* nel delitto di danneggiamento (che era in sé sanzionato anche se colposo); invece, nel furto e in altri delitti dove si richiedeva il dolo, il *dominus sciens* sarebbe stato responsabile con l'azione diretta solo se la sua fosse stata una *scientia* dolosa (era certamente tale nel caso di delitto commesso dal servo *iussu domini*).

<sup>4</sup> Cfr. D.2.7.1 (Ulp. 5 *ad ed.*).

<sup>5</sup> Così, ad es., in D.9.4.4.3 (Paul. 3 *ad ed.*), 5 pr. (Ulp. 3 *ad ed.*).

<sup>6</sup> Così, ad es., in D.9.4.2.1 (Ulp. 18 *ad ed.*); v. anche D.9.4.4.2 (Paul. 3 *ad ed.*), D.9.4.11 (Ulp. 7 *ad ed.*), D.9.4.19.2 (Paul. 22 *ad ed.*), D.9.4.28 (Afr. 6 *quaest.*).

<sup>7</sup> Così in D.9.4.2 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*), 5.1 (Ulp. 3 *ad ed.*); v. anche D.9.4.8 pr. (Ulp. 37 *ad ed.*).

Nel primo dei casi più su richiamati, invece ? quello del *dominus* che negava di avere il colpevole in potestà, o di non averlo per suo dolo (ad esso si riferiscono i frammenti 16, 21-27, 29, 32 e 39 di D.9.4) ?, l'azione che si dava contro l'avente potestà era anch'essa *sine noxae deditio*<sup>8</sup>, ma quel che si imputava al padrone dello schiavo (o al *pater familias* del *filius in potestate*) non era un suo qual certo coinvolgimento nel delitto (di non averlo per lo meno impedito), ma il fatto di avere ostacolato il procedimento nossale. E peraltro, non si trattava di applicazione particolare di certe azioni penali ma di azione propria, edittale e pretoria. In qualche testo è detta 'azione diretta'<sup>9</sup>.

Ho parlato sin qui soprattutto di servi e *domini*, e solo di delitti di servi e connessa responsabilità dei padroni dirò nel seguito del discorso, perché è solo di schiavi e padroni che parlano i testi che avrò modo di richiamare. Ma le azioni alle quali ho fatto riferimento riguardavano dapprima anche i delitti dei *filius familias* e delle *personae in causa mancipii* (e conseguente responsabilità di *patres* e detentori del *mancipium*)<sup>10</sup>.

2. Tra i passi direttamente riguardanti il caso del *dominus sciens* figura D.9.4.4.3, un testo di Paolo che è stato oggetto di acuta analisi da parte di Bernardo Albanese, in uno scritto esemplare per chiarezza, rigore di metodo esegetico e fecondità di risultati, dedicato appunto a 'La responsabilità del *dominus sciens* per i delitti del servo'<sup>11</sup>. L'Autore però, in quell'occasione, non ha approfondito compiutamente la questione circa il regime classico, che Paolo prospettava, del concorso, contro il *dominus sciens*, tra azione penale *detracta noxae deditio* e azione nossale: la questione restava fuori dal filo principale della sua indagine, ed Egli si è limitato a poche osservazioni e a qualche congettura<sup>12</sup>. Non mi pare che al problema sia stata data dopo alcuna convincente soluzione<sup>13</sup>. Tentare adesso, da parte mia, di riprendere il discorso del Maestro può apparire presuntuoso, e forse lo è. Mi sembra ad ogni modo una maniera possibile per renderGli omaggio. Dedico a Lui questo scritto con devozione, affetto e gratitudine.

Ecco il testo:

---

<sup>8</sup> D.9.4.16 (Iul. 22 dig.).

<sup>9</sup> D.9.4.26.2 (Paul. 18 ad ed.); v. anche il § 2, dove si parla di *directo agere*.

<sup>10</sup> Anche ai *filius familias* si riferiva espressamente l'editto *de albo corrupto*: cfr. D.2.1.7.1 (Ulp. 3 ad ed.). In D.9.4 fanno espresso riferimento ai *filius familias*: D.9.4.33 (Pomp. 14 ad Sab.), 34 (Iul. 4 ad Urseium Ferozem) e 35 (Ulp. 41 ad Sab.).

<sup>11</sup> Cfr. *supra*, nt. 3.

<sup>12</sup> Cfr. ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit. (nt. 3), 166 ss., 168 nt. 81.

<sup>13</sup> Su D.9.4.4.3, dopo Albanese: G. PUGLIESE, *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma*, in *RISG*, 16 (1972), 101 [anche in *Studi giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 557]; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht* (Göttingen 1972), 49, 60, 255; G. TILLI, *Dominus sciens*, cit. (nt. 3), 29 ss.; BENHÖR, *Zur Haftung*, cit. (nt. 3), 286; R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio*, III. *Palingenesia y reconstrucción* (Cuadernos Compostelanos de derecho romano, 7, 1995), 94 ss.

D.9.4.4.3 (Ulp. 3 *ad ed.*): *Si detracta noxae deditioe quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius: absolute facta et finito iudicio amplius agendo cum noxae deditioe exceptione rei iudicatae summovebitur, quia res in superius iudicium deducta et finita est. Donec autem prius iudicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda paeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo qui scit cum noxae deditioe actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditioe danda actio non est: in ipso autem iudicio si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus.*

Si fa il caso che taluno agisca contro il proprietario del servo colpevole di un delitto, e agisca *detracta noxae deditioe* perché convinto (o comunque sostenendo), a torto però, che il servo abbia commesso il delitto essendone consapevole il proprietario<sup>14</sup>. Questi viene assolto: ebbene l'attore non potrà, per lo stesso delitto e contro lo stesso convenuto, esercitare più l'azione nossale. Se tuttavia la esercita, sarà respinto in virtù dell'*exceptio rei iudicatae* perché ? ecco la motivazione ? *res in superius iudicium deducta et finita est.*

Per ora fermiamoci qui. Un primo punto fermo: il testo dà per scontato che, contro il *dominus* sciente del delitto del servo la vittima possa agire sia con l'azione penale *sine noxae deditioe* sia con l'azione nossale. Si può dubitare che questo sia stato il punto di vista di tutti i giuristi classici<sup>15</sup>; non vi sono però ragioni per dubitare ? e nessuno in effetti ne dubita ? che sia stato il punto di vista di Paolo.

---

<sup>14</sup> *Quasi cum conscio domino*, è detto nel testo. In realtà, il significato che più spesso *consci* assume nelle fonti giuridiche è quello di 'complice', che è più di *sciens*. Più avanti, però, nello stesso fr.4.3, senza mostrare di volere dire cosa diversa si parla di *scientia domini* e di *dominus qui scit*, così come in ogni altro passo riguardante l'argomento. Né mancano esempi, nelle stesse fonti giuridiche, dell'uso di '*consci*' nel senso di 'consapevole', '*non ignorante*': cfr. *VIR*, I, 922. I vocabolari latini non specialistici rendono il termine sia con 'complice' sia con 'inconsapevole'. Di tutto ciò non tiene conto TILLI, «*Dominus sciens*», cit., 31 ss., convinto che *consci*, nei testi giuridici, e quindi anche nel nostro fr. 4.3, significasse comunque 'complice'

<sup>15</sup> V. ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., 129 ss., 171, il quale, sulla base soprattutto di D.9.4.2 pr.-1 (Ulp. 18 *ad ed.*: ... *ipse enim videtur dominus occidisse ... nam servum nihil deliquisse ...*; con arg. e contrario: ... *servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur...*; v. anche D.9.4.5 pr. Ulp. 3 *ad ed.*: ... *quemadmodum si plures ? scil. domini ? deliquissent* ), ritiene che Ulpiano, sulle tracce di Celso, riconoscesse nel *dominus sciens* l'unico autore del delitto, e negasse pertanto, contro lo stesso, il concorso tra azione diretta e nossale: Celso e Ulpiano avrebbe ritenuto esperibile solo la prima. Diverso l'ordine di idee di FALCHI, *Ricerche*, cit. (nt. 1), 83 ss.; BENHÖR, *Zur Haftung*, cit., 275 s., 279 s.: questi Autori distinguono tra *dominus sciens* e *dominus iubens*, e ritengono che i classici, tutti i classici, contro il *dominus iubens* ammettessero solo l'azione diretta. Argomentano anche dalle parole '*nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit*' di D.9.4.2.1 (Ulp. 18 *ad ed.*). Contro ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., 140 ss., 146 s., il quale dubita, tra l'altro, della sostanziale genuinità della frase '*qui domino iubenti obtemperavit*' di D.9.4.2.1 cit. (giova però notare che, mentre Albanese sostiene che, sino a tutta l'età classica, il regime della legge Aquilia relativo al *dominus sciens* fu esteso solo ad altri pochi delitti, Falchi e Benhör credono che il regime aquiliano sul *dominus sciens* sia stato presto generalizzato: v. *supra*, nt. 3.). Sull'argomento v. pure GIMENEZ CANDELA, *Sobre la 'scientia domini'*, cit. (nt. 3), 128 ss., la quale adduce buoni argomenti di ordine pratico per ammettere in

Sembra pure certo che, per Paolo, tra le due azioni non ci fosse cumulo, e che il concorso tra esse fosse quindi alternativo. Il testo tuttavia, così come ci è pervenuto, considerata la presenza in esso delle parole *'absolutione facta et finito iudicio'*, fa dipendere la decisione non tanto dal fatto in sé che l'attore avesse già esercitato l'azione diretta ma dall'assoluzione del convenuto nel primo giudizio. L'esclusione del cumulo non sarebbe dipesa, pertanto, dall'effetto preclusivo proprio della *litis contestatio*, secondo quella che era la regola propria del processo formulare classico, ma dall'esito, sfavorevole all'attore, del primo processo; e quindi, in definitiva, dall'autorità del giudicato.

Quelle parole (*absolutione facta et finito iudicio*), però, mal si armonizzano con le altre che si leggono poco più avanti *'quia res in superius iudicium deducta et finita est'*: in esse la decisione è motivata senza riferimento alcuno all'esito in un senso o nell'altro del primo giudizio: ad avere rilievo è solo che la questione sia stata dedotta in giudizio e che il giudizio sia stato definito. Dico di più: *'res in iudicium deducta'* era espressione tecnica del processo formulare, per indicare che sulla *'res qua de agitur'* aveva già avuto luogo *litis contestatio*, con conseguente preclusione di altra azione *de eadem re*<sup>16</sup>. La preclusione processuale del processo ordinario dell'età classica si realizzava, è vero, anche per effetto della *res iudicata*, ma assai più raramente<sup>17</sup>; in ogni caso, quando la preclusione dipendeva dall'avvenuta *deductio in iudicium*, la circostanza che il giudizio fosse concluso era del tutto irrilevante<sup>18</sup>. È assai improbabile, pertanto, che le parole *et finita* (del tratto *'quia res in iudicium deducta et finita est'*) siano state scritte da Paolo.

Tanto meno doveva appartenere all'originario testo classico il tratto *'absolutione facta et finito iudicio'*, dove, quale elemento della fattispecie, si fa riferimento all'ulteriore circostanza dell'assoluzione del convenuto. La vera e autentica motivazione della decisione paolina che nega l'opponibilità dell'*exceptio* doveva essere *'quia res in superius iudicium deducta est'*: lo mostra sia l'uso di *quia*

---

ogni caso il concorso tra azione diretta e nossale (per la tesi dell'A. su *dominus sciens* e *dominus iubens*, *supra*, nt. 3).

<sup>16</sup> Su ciò, specificamente: M. MARRONE, *Due interessanti testi di Pomponio: a proposito di preclusione processuale, «litis contestatio» e sentenza*, in *Mélanges Sturm*, I, Liège 1999, 369 s. [anche in *AUPA*, XLV.1, 1998, 433 s.]; Id., *Res in iudicium deducta – res iudicata*, in *BIDR*, XCVIII-XCIX, 1996, 65 ss.

<sup>17</sup> Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, 24 (1955), 245 ss., 327 ss.; Id., *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*<sup>2</sup> (Palermo 1965), 169 ss.; Id. *Dal divieto di «agere acta» all'«auctoritas rei iudicatae». Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Torino 1967, 8 ss.; v. anche M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup>, München 1996, 379, e ivi nt. 32.

<sup>18</sup> Cfr. MARRONE, *Res in iudicium deducta*, cit., 65 ss. La *deductio in iudicium*, ai fini della preclusione, era nel processo formulare alternativa rispetto alla *res iudicata*. Lo mostra, a tacer d'altro, il testo stesso dell'*exceptio rei iudicatae v e l in iudicium deductae*. Credere che la *deductio in iudicium* si realizzasse con la *res iudicata* sarebbe evidentemente contraddittorio. Su ciò, v. anche M. MARRONE, *La ripetizione della rivendica tra le stesse parti e il problema dell'«eadem res»*, in *SDHI*, LXIV (1998), 63; Id., *Due interessanti testi di Pomponio*, cit., 367 ss.;

sia l'impiego, già sottolineato, di una espressione squisitamente tecnico – formulare: *'res in iudicium deducta'*. Il fatto che il convenuto del primo giudizio fosse stato assolto non aveva, per il giurista classico, alcun rilievo.

Al contrario, nell'età giustiniana la *litis contestatio* aveva ormai da tempo perduto l'effetto preclusivo che le era proprio nel processo formulare: l'effetto preclusivo ? anzi, più spesso, al suo posto, l'effetto c. d. normativo dipendente dall'esito, favorevole al convenuto, della sentenza del primo giudizio ? anziché alla *litis contestatio* si attribuiva nel nuovo diritto alla sentenza<sup>19</sup>. Da qui la conferma che il tratto *'absolutione – iudicio'* del nostro fr. 4.3 era estraneo all'originale classico; e che ad esso non appartenevano neanche le parole *'et finita'*, che dovettero essere aggiunte al dettato originario per raccordare l'originaria motivazione paolina (*'quia res in superius iudicium deducta est'*) con il tratto insitico *'absolutione facta et finito iudicio'*<sup>20</sup>.

Da tutto ciò consegue necessariamente che l'eccezione menzionata da Paolo non era tanto l'*exceptio rei iudicatae* quanto l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*<sup>21</sup>.

La prima parte del fr. 4.3 si può pertanto così restituire:

*Si detracta noxae deditioe quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius: [absolutione facta et finito iudicio] amplius agendo cum noxae deditioe exceptione rei iudicatae <vel in iudicium deductae> summovebitur, quia res in superius iudicium deducta [et finita] est*<sup>22</sup>.

Ecco quindi che si trattò di un problema di preclusione processuale, non di autorità del giudicato. Significativo, in proposito, il fatto che D.9.4.4.3, almeno a mia

---

<sup>19</sup> Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 512 ss.; Id., *Dal divieto di «agere acta»*, cit., 24 ss.; M. KASER – K. HACKL, *Das röm. Zivilpr*<sup>2</sup>, cit., 615.

<sup>20</sup> Cfr. F. EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, Freiburg I. B. 1889, 54 ss.; T. MOMMSEN - P. KRÜGER, *Dig., ad h. t.*; LEVY, *Die Konkurrenz*, cit. (nt. 3), I, 158 ss.; E. BETTI, *D.42.1.63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* (Macerata 1922), 412; ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., 167 s. nt. 81; U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 133. Meno probabile, ma comunque possibile, è che il riferimento all'assoluzione del convenuto (e conseguente conclusione del giudizio) sia genuino, trattandosi di un elemento di fatto della fattispecie concreta discussa da Paolo, del tutto irrilevante però per la soluzione del caso.

<sup>21</sup> BETTI, EISELE e LEVY, luoghi citati nt. 18, propongono di correggere: [*rei iudicatae vel*] <*in iudicium deductae*>. Ma v. MARRONE, *Res in iudicium deducta*, cit., 69 s.

<sup>22</sup> La ricostruzione proposta riguarda la sostanza, non la forma del testo, che è molto brutta: cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen 1929, 270; LEVY, *Die Konkurrenz*, cit. (nt. 3), I, 165. Si consideri, quanto meno: *agendo* (!); *summovebitur* senza soggetto.

conoscenza, non viene richiamato da quegli studiosi che sono convinti che, in età classica, alla sentenza sia stata attribuita efficacia pregiudiziale<sup>23</sup>.

3. Ha espresso diverso avviso, nel 1977, Giuseppe Tilli<sup>24</sup>: questo Autore ha giudicato genuino il tratto '*absolutione facta et finito iudicio*' (e conseguentemente anche le parole *et finita*) di D.9.4.4.3, esprimendo ulteriormente l'idea che la fattispecie discussa dal giurista fosse quella che risulta da alcuni scholii dei Basilici<sup>25</sup>, per cui il discorso doveva vertere non tanto su una sentenza che avesse soltanto assolto il convenuto ma su una sentenza che avesse anche espressamente motivato l'assoluzione negando il comportamento delittuoso del servo. E pertanto, l'*exceptio rei iudicatae* menzionata nello stesso testo avrebbe avuto la funzione pregiudiziale, positiva, di tutelare l'autorità del precedente giudicato, non di realizzare la preclusione conseguente al fatto che la prima lite era stata *de eadem re: exceptio rei iudicatae*, quindi, non *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

Nessun dubbio che questa spiegazione del passo sia quella del diritto giustiniano e, soprattutto, del diritto bizantino. Per i motivi detti, non può essere quella del diritto classico, o quanto meno non può essere quella del contesto genuino di D.9.4.4.3. Se Tilli manifesta idea diversa è perché, evidentemente, ha letto il testo così come lo ha trascritto, saltando cioè un rigo, da *deducta est a prius iudicium* ? e quindi leggendo *quia res in superius iudicium agitatur*. L'errore sarà stato determinato dal fatto che, nell'edizione stereotipa del Digesto di Mommsen – Krüger, la parola *iudicium* ricorre allo stesso livello in due righe consecutive: Tilli è passato da *iudicium* del rigo precedente a *est* che viene subito dopo '*iudicium*' del rigo successivo. Se avesse tenuto conto del riferimento tecnico - formulare alla *deductio in iudicium* (*quia res in superius iudicium deducta ... est*), sarebbe verosimilmente pervenuto a conclusioni diverse.

4. Tilli è stato mosso alla sua interpretazione di D.9.4.4.3 dalla considerazione per cui le due azioni del testo ? l'azione diretta (*sine noxae deditio*) e l'azione nossale ? essendo azioni penali, non avrebbero potuto che concorrere cumulativamente: nel caso di D.9.4.4.3 il cumulo si sarebbe evitato perché il giudice dell'azione diretta non solo aveva assolto il *dominus servi* ma aveva anche verificato che non v'era stato alcun comportamento delittuoso del servo; onde l'opponibilità, all'azione nossale, dell'*exceptio rei iudicatae*.

Ora che la regola, nel caso di concorso di più azioni penali, fosse quella del cumulo è fuori discussione<sup>26</sup>: l'esercizio di una di esse, qualunque ne fosse stato

---

<sup>23</sup> Impossibile qui richiamarli tutti: basti fare rinvio alla dottrina citata e discussa da MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale.*, cit., *passim*; Id., *L'efficacia normativa della sentenza. Corso di diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo 1965, *passim*; Id., *Dal divieto*, cit., 3 nt. 3, 9 ss.

<sup>24</sup> TILLI, *Dominus sciens*, cit. (nt. 3), 29 ss.

<sup>25</sup> Scol. 9 e 13 a Bas. 60.5.4.

<sup>26</sup> Cfr. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit. (nt. 3), I, 416 ss.; KASER- KACKL, *Das röm. Zivilpr.*, cit. (nt. 17), 305; G. NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, III, Torino 1989, 262 s.

l'esito, non avrebbe precluso che si potesse nuovamente agire con altra concorrente, che avrebbe avuto ad oggetto ? così si ritenne ? *alia res*. Che questa regola sia stata da taluno ritenuta applicabile anche al concorso tra azione penale diretta contro il *dominus sciens* e azione nossale, e che quindi contro il *dominus sciens* le due azioni ? diretta e nossale ? si cumulassero, è possibile. Non è tuttavia testimoniato in maniera esplicita in alcun luogo delle fonti. Solo che in D.9.4.2.1 (Ulp. 18 *ad ed.*), in un tratto però fortemente alterato<sup>27</sup>, si dice che all'azione aquiliana diretta contro il *dominus sciens* si sarebbe fatto ricorso non tanto per scusare il servo quanto per onerare il padrone (*ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret*); e in D.9.4.4.2 (Paul. 3 *ad ed.*) ? il passo che precede immediatamente il nostro § 3 e anch'esso, dopo '*videndum est*', profondamente alterato<sup>28</sup>, ? si fa intendere che, quando il servo delinque *domino sciente*, non debba restare impunito il dolo del servo (*ergo dolus servi impunitus erit?*).

È pertanto possibile supporre che questi brani conservino l'eco di una dottrina classica favorevole al cumulo<sup>29</sup>; una dottrina che avrebbe avuto indubbiamente fondamento nella natura penale delle due azioni in concorso, volte a punire due 'delinquenti'. Sì, perché il fatto in sé che si desse azione diretta contro il *dominus sciens* mostra già che si voleva 'punire' il suo comportamento delittuoso<sup>30</sup> (può giovare, ad ogni modo, richiamare Ulp. D.9.4.2 pr.: *Si servus sciente domino occidit ... ipse ... videtur dominus occidisse*); e, quanto ai servi, è certo che furono ritenuti capaci di *maleficia*, e che di *maleficia servorum* si parlava anche quando, per essi, si procedeva nossalmente contro il *dominus*<sup>31</sup>.

Il punto di vista che prevalse fu tuttavia quello contrario al cumulo, il solo direttamente e chiaramente testimoniato<sup>32</sup>. Si deve ritenere pertanto che i classici si siano espressi in prevalenza nel senso che il concorso tra azione diretta contro il *dominus sciens* e azione nossale fosse alternativo, avendo evidentemente ritenuto queste azioni *de eadem re*<sup>33</sup>. Ciò non deve meravigliare: gli stessi classici, al fine di stabilire se due o più azioni fossero 'identiche' ? con conseguente preclusione di una seconda azione dopo l'esercizio della prima ? non si attennero a criteri rigidi: in

---

<sup>27</sup> Cfr. ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit. (nt. 3), 146 s.

<sup>28</sup> Cfr. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., I, 158 ss.; G. BESELER, *Beiträge*, cit. (nt. 22), 268 ss.; ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., 164 s.; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, 275 s.

<sup>29</sup> Così, anche ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., 147 ss. Non rileva in proposito D.9.4.6 (Ulp. 18 *ad ed.*), che attesta il concorso, non il tipo di concorso (se alternativo o cumulativo): cfr. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., I, 170 nt. 1.

<sup>30</sup> Cfr. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., I, 168.

<sup>31</sup> Il punto è sicuro e non contestato. Cfr. D.9.4.1 (Gai. 2 *ad ed. prov.*): *Noxales actiones appellantur, quae ... ex noxa atque maleficio servorum ...*; D.9.4.2 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *... noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat*; etc.

<sup>32</sup> V., oltre D.9.4.4.3 in esame, D.9.4.7.1 (*infra*, § 8 i. f.) e D.9.4.17 pr. (*infra*, § 10). Né importa che gli ultimi due testi riguardino il caso inverso ? che si agisca prima con l'azione nossale ?, perché l'ordine delle azioni era irrilevante ai fini della preclusione: *infra*, § 8.

<sup>33</sup> Cfr. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., I, 165 ss.; PUGLIESE, *Nuove osservazioni*, cit., (nt. 13), 101 [ora in *Studi*, cit., I, 557]

piena aderenza ai metodi loro propri, essi furono naturalmente portati a considerare «il concetto di *eadem res* elastico e funzionale alla natura dei casi concreti»<sup>34</sup>.

E il nostro era un caso concreto certamente singolare<sup>35</sup>. Il servo, s'è già detto, era considerato egli stesso autore del delitto; di più: a fronte dell'azione nossale, era ritenuto essere egli stesso '*obligatus*'<sup>36</sup>. Si intendeva così fare riferimento al vincolo 'reale' che gravava sul servo 'delinquente' (analogamente, si parlava di *obligatio rei* in ordine alle cose date in pegno), e che lo seguiva presso qualsiasi possessore fino a quando non fosse stato '*noxae solutus*'. Si trattava pertanto di una responsabilità cui il servo assolveva col suo corpo, rimanendo egli esposto, una volta dato a noxa, alla vendetta della vittima del suo delitto<sup>37</sup>. Ma l'azione (nossale), ovviamente, non avrebbe potuto che essere esercitata contro il padrone, il quale, unico soggetto propriamente responsabile dal punto di vista giuridico, avrebbe così subito quanto meno la perdita dello schiavo. Cosicché, ad ammettere contro il *dominus sciens* il cumulo di azione penale e azione nossale, il proprietario dello schiavo, per il solo fatto di non avere proibito al suo servo (pur potendolo fare) di commettere il delitto, sarebbe andato incontro a una doppia perdita economica, sarebbe stato pertanto punito assai più severamente della persona libera che avesse essa stessa direttamente commesso il delitto<sup>38</sup>.

Ancora: sia il *dominus sciens* sia il servo, come si è visto, furono considerati 'delinquenti', ma al contempo si ritenne? su ciò non è possibile nutrire dubbi? che il delitto fosse uno solo<sup>39</sup>. Né poteva essere diversamente, stante che si era pensato a un solo delitto persino nei casi di partecipazione di più persone alla fase esecutiva

---

<sup>34</sup> Cfr. NEGRI, *Concorso delle azioni*, cit., 269.

<sup>35</sup> Così, in fondo, anche LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., I, 165 ss., il quale tuttavia si preoccupa di inquadrare le soluzioni di D.9.4.4.3 nei principi della preclusione: per i classici, più azioni erano ritenute *de eadem re* se erano 'identiche' in esse *personae*, *causa petendi* e *petitum* (Nerat. D.44.2.27, Paul. D.44.2.12 e 14 pr.; tra gli ultimi, in argomento, M. MARRONE, *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'«eadem res»*, in *SDHI*, LVIV, 1998, 50 ss.). Ebbene, Levy sorvola sul requisito delle *personae* (che non fu inteso dai classici con rigore); dà per certa nelle due azioni considerate l'identità della *causa* (dovendosi qui intendere per '*causa*' il fatto storico che dà fondamento all'azione); e con evidente difficoltà, attraverso una complessa e sottile analisi delle supposte diverse posizioni di Celso e Giuliano in D.9.4.4.2 (coincidenti però nei risultati quanto al *petitum*), conclude per l'identità anche del *petitum* (che identifica con lo scopo? 'das Ziel'? dell'azione).

<sup>36</sup> Cfr. D.44.7.14 (Ulp. 7 *disp.*): *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent*; PUGLIESE, *Obbligazione del capofamiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I (Milano 1953), 245 s. [anche in *Studi giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 505 ss. Studi, I, 505 s.].

<sup>37</sup> Cfr. LENEL, *Die Formel der actiones noxales*, in *ZSS*, 47, 1927, 18; PUGLIESE, *loc. cit.* nt. precedente; v. anche FALCHI, *Ricerche*, cit. (nt. 1), 160 ss. In proposito è stato peraltro sottolineato che, se l'idea della vendetta fu quella originaria, col decorso del tempo si dovette pensare di più al valore venale del servo e al suo sfruttamento come forza di lavoro: cfr. BENHÖR, *Zur Haftung*, cit. (nt. 3), 274.

<sup>38</sup> Cfr. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., I, 160 nt. 3.

<sup>39</sup> Cfr. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., I, 167 s., 170 ss.

dell'atto illecito (correatà)<sup>40</sup>. A fortiori si dovette pensare a un solo delitto nell'ipotesi di complicità. Coautori e complici erano puniti con la stessa pena e, pure se il delitto era uno, la logica della penalità esigeva che le pene contro ciascuno dei coautori e dei complici si cumulassero. Ma, ecco il punto: il nostro era un caso di complicità? A parte i possibili dubbi sul piano concettuale (che qui non possono interessare perché i giuristi romani non si posero il problema), una cosa è certa, che nelle altre fattispecie che in un modo o nell'altro avrebbero potuto rientrare nell'idea della complicità, i 'complici' (*socii, conscii*) in tanto era ritenuti responsabili, e come tali passivamente legittimati all'azione penale, in quanto quella loro fosse stata una cooperazione attiva al delitto<sup>41</sup>; non anche, come invece nel caso che direttamente ci riguarda, se avessero solo saputo e, pur potendolo fare, non avessero proibito.

Se, pertanto, ammettere il cumulo di azione penale diretta contro il *dominus sciens* e azione nossale contro lo stesso era soluzione conforme alla regola propria del concorso tra più azioni penali, non mancavano argomenti per negarlo: ché non sarebbe stato equo punire il *dominus sciens* che si fosse limitato a non proibire (pur potendolo fare) alla stregua di un 'complice' che avesse avuto un ruolo attivo nel delitto, e punirlo più duramente dell'uomo libero *sui iuris* autore diretto e unico del *maleficium*. Non deve sorprendere, pertanto, che la giurisprudenza classica, quando ammetteva il concorso tra azione penale diretta contro il *dominus sciens* e azione nossale contro lo stesso, si sia orientata prevalentemente nel senso di negare l'esercizio della seconda azione una volta esercitata la prima, così riconoscendo, contro la regola, che il concorso tra esse fosse alternativo.

5. Sulla prima parte di D.9.4.4.3 (*si detracta – finita est*) rimane ancora un punto da chiarire. Lo strumento indicato per paralizzare l'azione nossale dopo l'esercizio dell'azione diretta è l'*exceptio rei iudicatae (vel in iudicium deductae)*. La preclusione pertanto, nel caso proposto, non si realizzava *ipso iure*. Doveva per essa mancare uno dei requisiti richiesti, che erano, com'è notissimo, che la prima azione fosse *iudicium legitimum, in personam, con intentio di ius civile*. Ora le azioni penali erano tutte *in personam*, e, d'altra parte, manca ogni elemento per supporre che la fattispecie proposta riguardasse un *iudicium imperio continens*. Paolo doveva fare quindi riferimento a un'azione penale che non era *in ius*<sup>42</sup>.

In effetti, il testo è tratto dal terzo libro del commentario *ad edictum* di Paolo. Come il fr. 4 di Paolo, anche i fr. 3, 5 e 7 di D.9.4 di Ulpiano furono escerpiti da un terzo libro *ad edictum*, e pure essi riguardano azioni *sine noxae deditioe* contro il *dominus sciens*. Ora le clausole edittali commentate sia dall'uno sia dall'altro giurista

---

<sup>40</sup> Cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* (Milano 1902), 108 ss.

<sup>41</sup> Cfr. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 116 s. Sulla complicità nel diritto romano, v. pure GIOFFREDI, *I principi del diritto penale*, cit. (nt. 3), 111 ss., 121 ss.; B. BONFIGLIO, *Spunti e riflessioni su istigazione e complicità*, in *Atti del II Convegno sulla Problematica Contrattuale in Diritto Romano, Milano 11-12 maggio 1995* (Milano 1998), 195 ss.; ivi, 195 nt. 31, altra letteratura.

<sup>42</sup> Non necessariamente, secondo LEVY, *Die Konkurrenz*, cit. (nt. 3), I, 62 (in dipendenza della sua tesi, per cui i tardo-classici avrebbero fatto ricorso all'*exceptio r. i. v. i. i. d.* anche in casi di preclusione *ipso iure*).

nel terzo libro *ad edictum* erano: ‘*de iurisdictione*’, ‘*de albo corrupto*’, ‘*quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*’<sup>43</sup>. E, tra queste, la sola che può avere dato lo spunto sia a Paolo sia ad Ulpiano per parlare estesamente di problemi relativi alle azioni del tipo di quelle che qui interessano non può essere stata che la clausola edittale che istituiva l’*actio de albo corrupto*<sup>44</sup>. L’azione era penale, riguardava per esplicita previsione edittale anche *servi* e *filiis familias*<sup>45</sup>, ed era esperibile se del caso pure in via nossale<sup>46</sup>. Ma contro l’avente potestà *sciens* l’azione si dava, come si deve ritenere, in via diretta (*detracta noxae deditio*)<sup>47</sup>. E poiché l’editto *de albo corrupto* era tra i primi del sistema edittale giuliano<sup>48</sup>, ecco che esso rappresentò per i giuristi che andavano commentando l’editto la prima occasione utile per trattare in termini generali appunto di azioni *ex delicto* che, contro il *dominus sciens*, si davano *detracta noxae deditio*; oltre che, in connessione con esse, delle relative azioni nossali e dei rapporti tra le une e le altre. Si deve pertanto ritenere che il contesto originario del fr. 4 di Paolo fosse quello dell’*actio de albo corrupto*: nei primi §§ del testo il giurista aveva allargato il discorso ad ogni altra azione con regime analogo, ma per la fattispecie concreta analizzata nel § 3 doveva essere tornato a fare riferimento specifico all’*actio de albo corrupto*.

Ebbene, l’azione *de albo corrupto* era pretoria e *in factum*: era quindi in virtù dell’*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* che il suo esercizio precludeva altra azione *de eadem re*. Questa eccezione, pertanto, nel contesto di D.9.4.4.3 è perfettamente al suo posto<sup>49</sup>.

6. Il testo prosegue riconoscendo all’attore ? quasi a voler attenuare il rigore della decisione precedente (che nega l’azione nossale dopo la diretta) ? la facoltà di mutare avviso nel corso del giudizio sull’azione diretta (*donec autem prius iudicium agitur*) e procedere con l’azione nossale. Nel processo formulare, però, cui con

---

<sup>43</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, 969; II, 426 ss.

<sup>44</sup> Cfr. LENEL, *Ed.*<sup>3</sup>, cit. (nt.1), 57; ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit. (nt. 3), 131 ss.; PUGLIESE, *Nuove osservazioni*, cit. (nt. 13), 101 nt. 31 [anche in *Studi*, cit., I, 557 nt. 31]; DOMINGO, *Estudios*, cit. (nt. 13), III, 91 s. Contro EISELE, *Abhandlungen*, cit. (nt. 20), 54 s.; DE VISSCHER, *Le régime romain*, cit. (nt. 1), 497 nt. 22, 569 nt. 5; GIMENEZ CANDELA, *El régimen subsidiario*, cit. (nt. 1), 142 s.; Ead., *Sobre la «scientia domini»*, cit. (nt.3), 123 nt. 12, 124 s.; i quali pensano piuttosto all’editto *de edendo*. Ma, a parte ogni altra considerazione (v. soprattutto ALBANESE, *loc. cit.*), basti qui osservare che, se è vero che Paolo trattava nel suo libro III *ad edictum* anche *de edendo*, è pure vero che il contesto di D.9.4.4 di Paolo non può essere stato diverso da quello dei fr. 3, 5 e 7 di Ulpiano, pure essi in D.9.4 e pure essi tratti da un III libro *ad edictum*; e Ulpiano trattava *de edendo* non nel III ma nel IV libro *ad edictum*: v. più in alto, nel testo.

<sup>45</sup> Cfr. D.2.1.7.1 (Ulp. 3 *ad ed.*).

<sup>46</sup> Cfr. LENEL, *Ed.*<sup>3</sup>, cit., 57; ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., 132, e ivi nt. 28; DOMINGO, *Estudios*, cit., 91 ss. Specificamente sull’*actio de servo corrupto* (D.2.1.7 pr. Ulp. e *ad ed.*), per ultimo, DOMINGO, *op. cit.*, 84 ss.

<sup>47</sup> Cfr. ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., 170.

<sup>48</sup> Cfr. LENEL, *Ed.*<sup>3</sup>, 56 ss.

<sup>49</sup> Cfr. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit. (nt. 13), 60 nt. 108; 255; DOMINGO, *Estudios*, cit., 95.

assai maggiore probabilità doveva fare riferimento Paolo, una *mutatio iudicii* motivata da nient'altro che da un ripensamento dell'attore, sarebbe stata impossibile dopo la *litis contestatio*; prima della *litis contestatio*, ovviamente, sì. Ma il testo attuale fa riferimento a un '*iudicium*' (*donec autem prius iudicium agitatur*), a un giudizio quindi già istituito, e pertanto a un tempo successivo alla *litis contestatio*. Credere che Paolo si riferisse a un momento processuale precedente la contestazione della lite non è giustificato dalla lettera del testo. A tutto concedere, dire che prima dell'istituzione della lite l'attore potesse mutare avviso circa la scelta formula sarebbe stato, in un'opera non istituzionale, intollerabilmente banale. Anche a prescindere quindi dagli indiscutibili rilievi formali da più parti sottolineati, si può esser certi che il tratto *donec – transire* di D.9.4.4.3 non appartenga al contesto originale<sup>50</sup>. Oltre tutto, esso esprime una soluzione del tutto in linea con i principi del processo del tempo di Giustiniano<sup>51</sup>.

7. Possiamo quindi andare oltre nell'analisi del passo, e prendere in considerazione la fattispecie contraria a quella trattata prima, che cioè la vittima dell'illecito avesse esercitato, contro il *dominus sciens*, anzitutto l'azione nossale (*contra quoque*, etc.). La soluzione che si legge nel fr. 4.3 è che l'attore non avrebbe potuto più agire, contro lo stesso *dominus*, *deducta noxae deditio*, perché l'azione diretta gli sarebbe stata denegata; gli sarebbe stato però possibile, nel corso del primo giudizio, mutare l'azione e procedere *sine noxae deditio*.

In merito a quest'ultima osservazione (*in ipso autem iudicio – fin.*) basta fare rinvio a quanto rilevato or ora a proposito dell'altra, analoga, che si legge poco prima (*donec autem – transire*). Si tratta di una annotazione che non può provenire da Paolo, e va quindi attribuita, come l'altra, a mano estranea.

8. Il tratto da *contra quoque* a *danda actio non est*, invece, non mi sembra fondamentalmente sollevare sospetti<sup>52</sup>. La soluzione corrisponde praticamente a quella della prima parte del testo, solo che lì la vittima del delitto propone prima l'azione diretta (senza dazione a noxa) e poi l'azione nossale; qui, al contrario, prima la nossale e poi la diretta. In ogni caso, la seconda azione è esclusa: niente cumulo pertanto ma, in sostanza, concorso alternativo. Lo strumento giudiziale per evitare il cumulo, però, nei due casi è diverso: nel primo l'*exceptio rei iudicatae* (*vel in iudicium deductae*), nel secondo la *denegatio actionis* (*actio danda non est*).

---

<sup>50</sup> Cfr. i numerosi Autori citati nell'*Index Interpolationum e Suppl., ad h. l.*; tra essi, soprattutto, EISELE, *Abhandlungen*, cit., 55; adde ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit. (nt. 3), 167 s.; ZILLETTI, *Studi sul processo civile*, cit. (nt. 20), 133 ss.; LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit. (nt. 13), 60; G. SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare* (Milano 1977), 37.

<sup>51</sup> Cfr. ZILLETTI, *loc. cit.*

<sup>52</sup> Ad eccezione della parola '*quoque*', che fa pensare a identità di soluzione rispetto al caso precedente. Anziché di una interpolazione giustiniana potrebbe trattarsi di una glossa scivolata nel testo, espressa da uno studioso a cui non importava più l'aspetto tecnico della contrapposizione '*exceptio-denegatio*'.

Questo diverso trattamento delle due fattispecie ha destato i sospetti di Levy<sup>53</sup>, il quale ha osservato (se ho ben capito il suo pensiero) che sarebbe stato assai strano che il giurista classico avesse dapprima pensato all'*exceptio* ? e pertanto alla non 'liquidità' del caso sì da doverne rimettere (con l'*exceptio*) la verifica al giudice ? e poi, in relazione alla seconda ipotesi, alla 'liquidità' sì da suggerire che il pretore, con la *denegatio*, direttamente decidesse di non dar luogo al processo. Il vero è che Paolo, ritiene Levy, avrebbe optato in ambedue le ipotesi per il concorso alternativo, ma sempre a mezzo dell'*exceptio*: lo stato attuale del testo ? che, in definitiva, mantiene sostanzialmente la soluzione classica ? dipenderebbe dal rimaneggiamento che esso ha certamente subito.

Sin qui i rilievi di Levy, direttamente espressi in merito al tratto '*contra quoque – danda actio non est*' di D.9.4.4.3. Ma in realtà il suo pensiero al riguardo (per quanto, almeno, credo di avere capito) è più complesso: si desume dalle posizioni che lo stesso autore assume nel corso della sua opera, ? certamente fondamentale e insuperata ?, ora in termini generali ora a proposito di altri passi<sup>54</sup>. L'idea di Levy ? che condivido ? sembra essere questa, che il ricorso alla *denegatio actionis* può fare pensare che Paolo fosse dell'idea che l'esercizio dell'azione nossale non precludeva il successivo esercizio dell'azione in solido; e che, volendo tuttavia escludere il cumulo, il giurista sia pervenuto sostanzialmente allo stesso risultato col ricorso alla *denegatio actionis*. Ma questo (deve avere pensato Levy) non è sostenibile, perché la preclusione processuale aveva luogo indipendentemente dall'ordine delle azioni e, d'altra parte, lo stesso Paolo aveva affermato, nella prima parte del fr. 4.3, che l'effetto preclusivo si verificava nel caso inverso (prima azione in solido e poi azione nossale): se l'azione *x* preclude l'azione *y* perché questa è *de eadem re* rispetto a *x*, non può non essere vero il contrario (se *x* = *y*, vuol dire che *y* = *x*).

Il ragionamento è inoppugnabile. Penso tuttavia che abbia al contempo ragione Albanese, quando scrive che doveva avere importanza «l'ordine delle azioni ... in considerazione del fatto che l'azione *sine noxae deditio* era giudicata *in solidum* (e cioè, per un 'di più' ...), mentre quella nossale non lo era. Su tal via, avrebbe avuto rilevanza l'aver chiesto prima il più, o il meno»<sup>55</sup>.

Seguiamo questa strada. Sembra certo anzitutto ? lo dice già l'uso dell'espressione '*in solidum*' per indicare l'azione diretta, o *sine noxae deditio*<sup>56</sup> ? che l'azione nossale era considerata 'meno' dell'azione 'diretta'. Coticché l'ordine delle azioni avrebbe potuto, in ipotesi, avere questo rilievo, di ammettere, se fosse stata esercitata prima la nossale, altra azione per la differenza. Ciò non sarebbe stato

---

<sup>53</sup> LEVY, *Die Konkurrenz*, cit. (nt. 3), I, 165.

<sup>54</sup> Cfr. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., I, 57, e ivi nt. 3; II (Berlin 1922), 148.

<sup>55</sup> ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit. (nt. 3), 168 nt. 81, così continua: «e Paolo, in quest'ordine di idee, potrebbe aver ammesso l'*exceptio doli* per evitare una condanna più elevata. Il testo comunque, sembra ormai indiscutibilmente guasto». In un ordine di idee analogo LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit. (nt. 13), 60, il quale afferma che, nel testo originario, Paolo faceva una questione di '*plus petitio causa*'.

<sup>56</sup> V. *supra*, nt. 7.

in contraddizione con l'affermazione che l'azione nossale precludeva l'azione diretta, in solido (così come, nel caso inverso, la diretta precludeva la nossale), perché una eventuale azione per la differenza sarebbe stata sì, pure essa, *sine noxae deditio*, ma sarebbe stata volta alla differenza: non più quindi in solido, per l'intera pena. Sarebbe stata pertanto *alia res* rispetto alla nossale perché il 'più' dell'azione in solido non era stato dedotto in giudizio con il 'meno' dell'azione nossale (analogamente, l'azione per 100 esclude che si possa tornare agire per i 90 già compresi nei 100; ed è vero il contrario: l'azione per 90 esclude che si possa agire ancora per 100; ma non esclude che si possa agire per ulteriori 10 non compresi nei primi 90<sup>57</sup>: i 10 sono *alia res* rispetto ai 90).

Ancora: l'azione nossale dava al convenuto un'alternativa ? pagare la *poena* o dare a noxa il servo ? che l'azione diretta non dava. D'altronde apprendiamo da Gaio, nella sua lucida esposizione su *plus petere* e *minus petere*, che il credito con prestazione unica era considerato 'plus' rispetto al credito d'una obbligazione alternativa<sup>58</sup>. Pure se la 'obbligazione' nossale non era propriamente obbligazione alternativa (così come tradizionalmente intesa)<sup>59</sup>, non è pertanto azzardato supporre che il 'meno' dell'azione nossale rispetto alla diretta stesse appunto nella scelta, che si dava al convenuto, tra pagare la pena e dare a noxa il servo colpevole.

Bisogna però prendere atto del fatto che, quanto meno quando si trattava di azioni penali in concorso tra loro, i classici generalmente negavano l'azione per la differenza<sup>60</sup>. È naturale pertanto che Pomponio e Ulpiano, alla domanda se il danneggiato che avesse agito in via nossale contro il compratore del servo potesse agire ancora contro il venditore *sciens* (che era *dominus* del colpevole al tempo del delitto), abbiano risposto così come leggiamo in

D.9.4.7.1 (Ulp. 3 *ad ed.*): *Pomponius ait, si emptor servi noxali conventus sit, venditorem, quo sciente factum est, conveniri iam non posse.*

Il testo è del tutto affidabile<sup>61</sup>. I due giuristi non pensarono minimamente a un'azione per la differenza ma soltanto all'azione in solido, *sine noxae deditio*, e riconoscendo (per i motivi esposti più su: § 4) che questa avesse ad oggetto *eadem res* rispetto all'azione nossale, affermarono che il venditore '*conveniri iam non posse*<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> Salvo attendere, per non incorrere nell'*exceptio litis dividuae*, nuova pretura: Gai 4.56.

<sup>58</sup> Cfr. Gai 4.53 *d.*

<sup>59</sup> Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, I (München 1971), 632.

<sup>60</sup> Cfr. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit., 241 ss., e luoghi ivi richiamati.

<sup>61</sup> Cfr. LEVY, *Die Konkurrenz*, cit. (nt. 3), 339 s.

<sup>62</sup> La preclusione aveva quindi luogo *ipso iure*. Ciò perché Ulpiano, nel l. 3 *ad edictum* (da cui il fr. 7 è tratto), pur avendo preso spunto, per dire della responsabilità del *dominus sciens*, dall'editto *de albo corrupto* (*supra*, § 5), ad un certo punto aveva preso a discorrere della responsabilità del *dominus sciens* in termini generali: cfr. D.9.4.3 (Ulp. 3 *ad ed.*).

9. La posizione di Paolo (a cui appartiene il nostro D.9.4.4.3) era però del tutto singolare: ché, a differenza degli altri classici, egli, in non pochi casi di azioni penali in concorso, ammetteva, sia pure attraverso espedienti diversi, che l'attore dell'azione di minore importo potesse tornare ad agire per la differenza<sup>63</sup>. Sta qui, a mio avviso, la chiave per intendere la decisione contenuta nel tratto '*contra quoque – danda actio non est*' di D.9.4.4.3.

Paolo non sarebbe stato del tutto alieno dall'ammettere anche nel nostro caso un'azione per la differenza tra l'intera pena e quanto dedotto in giudizio nell'azione nossale: un'azione, pertanto, per 'il più' dell'azione in solido. Ma come calcolarlo? Certamente, se si fosse trattato di azione nossale (non solo 'contestata' ma anche) definita con condanna, vi sarebbe stato spazio per distinguere fra tre ipotesi diverse: che il convenuto avesse preferito pagare la *poena*; che il convenuto avesse dato a noxa il servo e che questi fosse stato di valore pari o superiore all'importo della *poena*; che il convenuto avesse dato a noxa il servo e che questi fosse stato di valore inferiore all'importo della *poena*. Va da sé che l'idea di un'azione per la differenza sarebbe stata proponibile solo per l'ultima ipotesi<sup>64</sup>. La riprenderemo più avanti. Ma il caso proposto da Paolo ? giova ribadirlo ? non era di azione nossale definita con condanna, ma di azione nossale solo istituita, 'contestata', a prescindere dall'esito (... *cum eo qui scit cum noxae deditioe actum sit*)<sup>65</sup>.

Come stabilire allora quella differenza? In effetti, essa non avrebbe potuto consistere in altro che nel corrispondente pecuniario dell'interesse dell'attore ad agire per l'intera pena anziché *cum noxae deditioe*. Ma come stabilire questo interesse? Una via, in astratto, avrebbe potuto essere di identificarlo con la differenza tra l'intera pena e il valore venale del servo: ciò per l'eventualità che questo valore fosse inferiore alla pena, e che al contempo il *dominus* convenuto avrebbe preferito *noxae dedere*. Può darsi che qualcuno dell'ambiente dei giuristi, o dei pratici, ci abbia pensato, ma la soluzione sarebbe stata in sé poco sostenibile, perché avrebbe significato dare peso ad 'eventualità'.

Ecco perché Paolo non dovette ritenere proponibile una formula come quella ipotizzata. Da qui la *denegatio actionis* del nostro fr. 4.3. A fronte di un'azione di quel tipo, l'*exceptio rei (iudicatae vel) in iudicium deductae* non avrebbe comportato il rigetto dell'azione che, essendo volta solo alla differenza tra l'intera pena e quanto

---

<sup>63</sup> Cfr. D.44.7.34 pr. e § 2 (Paul. *l. sing. de concurrentibus actionibus*), D.44.7.41.1 (Paul. 22 *ad ed.*), D.47.7.1 (Paul. 9 *ad Sab.*) e 11 (Paul. 22 *ad ed.*), D.47.8.1 (Paul. 9 *ad Sab.*), D.47.2.89 (Paul. *l. sing. de concurrentibus actionibus*); LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*, cit. (nt. 13), 241 nt. 2, e luoghi ivi richiamati.

<sup>64</sup> Mette appena conto notare che queste e altre ipotesi, in cui si dà rilievo al valore venale del colpevole, non sarebbero state comunque proponibili se il colpevole fosse stato una persona libera *alieni iuris*. Ma i testi che qui vengono in considerazione riguardano solo *servi*: cfr. *supra*, § 1.

<sup>65</sup> Dal punto di vista adesso considerato (preclusione e azione per la differenza), è intuitivo che al caso di azione (nossale) solo contestata era assimilabile quello di azione (nossale) definita con l'assoluzione del convenuto, perché in ogni caso sarebbe mancato un parametro in qualche modo concreto per potere calcolare il 'più' dell'azione in solido. Non è peraltro impossibile che, per la prima delle fattispecie di D.9.4.4.3 (azione in solido + azione nossale), Paolo abbia avuto riguardo a un caso pratico di azione ('in solido') definita con l'assoluzione: *supra*, nt. 20.

già dedotto in giudizio nell'azione nossale, sarebbe risultata essere *de alia re*. Talché Paolo, ripeto, non giovando l'*exceptio*, pensò alla *denegatio actionis*.

In tal modo il giurista volle significare che il pretore non avrebbe potuto, né dovuto, approvare quella formula. Ma al contempo, con la *denegatio actionis*, Paolo poté additare uno strumento processuale in sé sempre idoneo ad escludere, contro il *dominus sciens* già convenuto con l'azione nossale, altra azione dipendente dallo stesso delitto dello stesso servo. Solo che, avverso un'azione che perseguisse il 'più' dell'*actio de albo corrupto* rispetto all'azione nossale, la *denegatio actionis* sarebbe stata il solo strumento idoneo ad evitare il cumulo; avverso l'*actio de albo corrupto in solidum*, la *denegatio actionis* avrebbe rappresentato una soluzione alternativa rispetto all'*exceptio (rei iudicatae vel) in iudicium deductae*.

La mia è una congettura, nient'altro che una congettura, anche azzardata se si vuole, che vuole dar conto del ricorso ora all'*exceptio rei (iudicatae vel) in iudicium deductae* ora alla *denegatio actionis* nel contesto di D.9.4.4.3, sì da giustificare pure, a monte, il fatto stesso della proposizione, per esteso, dei due casi: se fosse stato del tutto indifferente che si agisse prima con l'una o l'altra azione, il giurista classico si sarebbe espresso, come di norma, assai più sinteticamente.

10. L'interpretazione proposta di D.9.4.4.3 riceve conferma dalla lettura del discusso D.9.4.17 pr., pure esso di Paolo.

D.9.4.17 pr. (Paul. 22 ad ed.): *Si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus deliquit, si ante cum altero qui nesciebat actum sit et noxae dederit servum, iniquum est vilissimi hominis deditioe alterum quoque liberari: igitur agetur et cum altero, et si quid est amplius in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti*<sup>66</sup>.

Un servo comune commette delitto di danneggiamento<sup>67</sup>. Uno soltanto dei proprietari sapeva, prima del delitto, del proposito del servo. Ma il danneggiato esercita l'azione nossale contro il proprietario 'ignorante' il quale, in esito al giudizio, dà a noxa il servo<sup>68</sup>. È iniquo, si dice, che dando a noxa uno schiavo di valore vile sia liberato anche il proprietario *sciens*.

Che cosa dedurne? Anzitutto, che il risultato della liberazione<sup>69</sup> anche del proprietario sciente appariva iniquo nella sola ipotesi che il servo già dato a noxa fosse di valore modestissimo. In ogni altro caso ? giudizio non giunto a sentenza, assoluzione, dazione a noxa di servo di valore non 'vilissimo' ? l'altro

---

<sup>66</sup> Il testo continua, e tratta dei rapporti tra il comproprietario *sciens* e il comproprietario *ignorans*.

<sup>67</sup> Il testo parla di *delinquere*, ma apparteneva a l. 22 ad edictum di Paolo, dove il giurista trattava *de lege Aquilia*. Cfr. ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit. (nt. 3), 181 s.

<sup>68</sup> La dazione a noxa ha luogo in solido, non limitatamente alla quota di pertinenza del convenuto; il che esige la partecipazione dell'altro comproprietario: cfr. D.9.4.8 (Ulp. 37 ad ed.).

<sup>69</sup> S'intende che il *dominus* non convenuto è liberato nei confronti del terzo che ha subito il delitto, non nei confronti del proprietario *ignorans* che ha dato a noxa il servo comune: v. il seguito del fr. 17 pr.; cfr. D.9.4.9 (Paul. 39 ad ed.); LEVY, *Die Konkurrenz*, cit. (nt. 3), I, 351 ss.

comproprietario era liberato. Ma era liberato anche se il servo *noxae deditus* fosse stato di modesto valore. Il risultato questa volta appariva iniquo (e, come vedremo, Paolo proponeva un rimedio) ma era conforme ai principi. Ecco quindi che la regola del concorso alternativo tra azione nossale e azione in solido ? che abbiamo già visto testimoniata in D.9.4.4.3 e D.9.4.7.1<sup>70</sup> ? è confermata dal fr. 17 pr.: essa trovava applicazione anche se lo schiavo delinquente fosse stato comune, e dei due proprietari uno fosse stato sciente e l'altro no. L'effetto liberatorio del proprietario non convenuto si verificava qualunque fosse stato l'esito del primo giudizio (e a prescindere dall'esito), per effetto quindi del fatto in sé dell'esercizio della prima azione: l'azione nossale e l'azione in solido avevano ad oggetto *eadem res*. Non si fa menzione di *exceptio (rei iudicatae) vel in iudicium deductae*: si trattava infatti (a differenza che in D.9.4.4.3) di azioni *ex lege Aquilia*<sup>71</sup>, con *intentio in ius concepta* e *in personam*, onde l'effetto consuntivo era *ipso iure*.

Paolo tuttavia ritenne iniqua l'applicazione della regola ? con conseguente liberazione del domino sciente ? all'ipotesi di dazione a noxa di un *vilissimus homo* ad opera del domino ignorante. Oltre tutto il danneggiato, nell'intraprendere l'azione nossale contro il *dominus insciens*, avrebbe potuto non sapere che l'altro *dominus* fosse *sciens*. Dovette essere anche per ciò che il giurista propose che, nel caso prospettato, l'attore potesse agire ancora contro il *dominus sciens* per la differenza tra la pena della legge Aquilia e il valore del servo<sup>72</sup>. Le ragioni erano equitative, e l'azione proposta un'azione decretale, *in factum*, sì da rimediare all'effetto preclusivo già verificato. Con essa l'attore avrebbe perseguito la differenza, e pertanto *aliud* rispetto all'azione nossale. Cosicché il testo, ripeto, diversamente da quanto ritenne Levy<sup>73</sup>, appare del tutto in linea con i principi classici circa la irripetibilità dell'azione

---

<sup>70</sup> Non ho richiamato in proposito D.9.4.9 (Paul. 39 *ad ed.*) perché riguardava il furto commesso da una *familia communis* (non anche il furto commesso da un *servus communis*: cfr. ALBANESE, *Sulla responsabilità*, cit., 180), dove la *scientia domini* rilevava non tanto per addossare allo *sciens* una responsabilità senza dazione a noxa ma per escludere l'applicazione della clausola edittale di D.47.6.1 pr. (cfr. ALBANESE, *op. cit.*, 183). Cosicché il concorso di D.9.4.9 non era tra azione in solido e azione nossale ma tra due azioni nossali.

<sup>71</sup> Cfr. *supra*, nt. 67.

<sup>72</sup> Diverso il caso di D.9.4.31 (Paul., 7 *ad Plautium*), dove non si discorre dell'eventualità di un'azione per la differenza: a proposito di furto di una *familia servorum* si invocano le autorità di Sabino e Cassio per dire che il debito del *dominus familiae (non sciens)* ? corrispondente alla *poena* quale sarebbe stata se il furto fosse stato commesso da un uomo libero (Ulp. D.47.6.1 pr.) ? va calcolato tenuto conto di quant'altro prestatato per lo stesso delitto.

<sup>73</sup> LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., I, 351 ss., il quale pertanto (come, del resto, numerosi altri autori citati nell'*Index interpolationum* e *Suppl., ad h. l.*) condanna come spurio, in D.9.4.17 pr., tutto il tratto da *iniquum est a homini noxae dediti*, ritenendo che Paolo avesse ivi trattato solo il problema dei rapporti tra comproprietari. Cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*<sup>2</sup>, II (München 1975), 429 nt. 36; Id., *Das röm. Zivilpr.*, cit. (nt. 17), 617 nt. 22; e già DE VISSCHER, *Le régime romain*, cit. (nt. 1), 458. Per la genuinità di *iniquum est a homini noxae dediti*, v. invece LIEBS, *Die Konkurrenz*, cit. (nt. 13), 249 s., il quale mette in connessione la decisione di Paolo del fr. 17 pr. con l'altra, dello stesso Paolo (e pure essa tratta dal l. 22 *ad edictum*), di D.44.7.41.1 (originariamente relativa ai rapporti tra *actio legis Aquiliae* e *actio arborum furtim caesarum*). La connessione è probabile, trattandosi comunque di azioni per la differenza: cfr. *supra*, nt. 63.

*de eadem re*; né v'è in esso alcuna concessione all'idea ? propria del diritto giustiniano ? della c. d. 'Solutionskonkurrenz' (per cui non l'esercizio dell'azione avrebbe liberato il debitore ma la effettiva soddisfazione del credito).

Il caso era diverso da quello già trattato da Paolo in D.9.4.4.3 nel terzo libro del commentario all'editto, perché adesso, nel ventiduesimo libro dello stesso commentario, in D.9.4.17 pr., il giurista prospettava l'ipotesi che l'azione nossale non fosse stata soltanto esercitata, ma conclusa con la dazione a noxa di un *vilissimus homo*, evidentemente di valore inferiore all'importo della pena *ex lege Aquilia*. Cosicché l'azione per la differenza non avrebbe comportato il calcolo, di assai difficile, e verosimilmente, a giudizio di Paolo, pressoché impossibile determinazione, dell'interesse dell'attore a proporre un'azione anziché l'altra, ma, più semplicemente, il calcolo del minore vantaggio che in concreto il danneggiato aveva realizzato per il fatto di avere esercitato l'azione nossale anziché l'azione in solido.