‘CRIMINA’ E ‘DELICTA’

APPLICAZIONI NORMATIVE
E COSTRUZIONI DOTTRINALI

a cura di

Luigi Garofalo

Estratto

JOVENE EDITORE 2019

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI
© Copyright 2019

ISBN 978-88-243-2623-0

JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

Silvia Viaro

DANNI PUNITIVI E DIRITTO ROMANO

Sommario: 1. Premessa. – 2. La responsabilità *ex delicto*. – 3. La responsabilità *ex contractu*. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.*

È opinione comune che la dottrina dei *punitive or exemplary damages*[1] – in virtù della quale tradizionalmente si reputa consentito infliggere agli autori di illeciti extracontrattuali particolarmente riprovevoli (*torts*), commessi con dolo (*malice*), una condanna pecuniaria superiore al danno provocato – abbia fatto il proprio esordio nel *common law* nel 1763[2], allorché due celebri pronunce ebbero a dichiarare il potere della giuria di riconoscere all'offeso somme di denaro in misura maggiore rispetto alla lesione subita (normalmente ristorata dai *compensatory damages*[3]), sì da sanzionare efficacemente il colpevole e ottenere nel con-

[1] Per una definizione dell'istituto, cfr. V. Janecek, *Exemplary Damages: A Genuine Concept?*, in *European Journal of Legal Studies*, VI.2, 2013-2014, 191: «exemplary damages can briefly be described as a type of damages that are contrary to the basic principle of damages, i.e. compensation. In contrast to compensatory damages, they seek to punish and deter a defendant but not to compensate the loss. Exemplary damages are awarded for the most outrageous conduct of the defendant where he acts with a reckless disregard of the plaintiff's rights and where his behaviour is so unacceptable or even shocking that the court must show its disapproval of it».

[2] Cfr. F. Benatti, *Correggere e punire: dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, 4 e J. Taliadoros, *Thirtheen-Century Origins of Punitive or Exemplary Damages: The Statute of Westminster I (1275) and Roman Law*, in *The Journal of Legal History*, XXXIX, 2018, 278 e nt. 1: si tratta dei notissimi casi Wilkes v. Wood e Huckle v. Money. Quanto agli Stati Uniti, l'istituto dei *punitive damages* si fece largo pochi anni dopo a partire dal precedente reso nel caso Coryell v. Colbought del 1791.

[3] A loro volta, questi ultimi «vengono distinti in *special* o *general*: i primi sono liquidabili unicamente ove richiesti e provati dal danneggiato e idonei a ristorare il

tempo un effetto deterrente contro la reiterazione di condotte indesiderate.

Ciò nondimeno, altrettanto di frequente si afferma – nelle sempre più numerose trattazioni che fioriscono sul tema[4] – che i danni punitivi non furono affatto ignoti a diverse esperienze giuridiche dell'antichità: tra queste, la codificazione babilonese di Hammurabi[5], ove ad esempio si imponeva al decidente che avesse emesso una sentenza ingiusta e poi variato il proprio convincimento di pagare una somma pari a dodici volte il valore della causa affidatagli[6]; i precetti dell'Antico Te-

---

danno economico patito da quest'ultimo (danno emergente e lucro cessante), i secondi sono irrogabili anche in difetto di una specifica istanza del danneggiato, siccome presunti (sono *general damages*, ad esempio, i *damages for pain and suffering*, equiparabili al danno morale oggettivo dei sistemi di *civil law*)»: così M.G. Baratella, *Le pene private*, Milano, 2006, 202, nt. 3.

[4] Cfr. G.R. Blakey, *Of Characterization and Other Matters: Thoughts about Multiple Damages*, in *Law and Contemporary Problems*, XCVII, 1997, 99 ss.; S.P. Calandrillo, *Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics*, in *The George Washington Law Review*, LXXVIII, 2010, 774 («throughout history, punitive damages have served to punish individuals who engage in morally egregious and reckless behavior. The ancient Code of Hammurabi as well as the powerful Roman Empire viewed punitive damages as a means to express society's disapproval of certain actions by punishing the defendant well above and beyond a victim's need for compensation»); X. Seuba, *The Global Regime for the Enforcement of Intellectual Property Rights*, Cambridge, 2017, 278. Nella dottrina italiana, cfr. per tutti F. Benatti, *Correggere*, cit., Milano, 2008, 1, nt. 1.

[5] Cfr., per una panoramica del diritto penale contemplato dalla celebre raccolta del «sublime principe», i pur datati ma ancora attuali studi di V. Manzini, *Il diritto criminale nella più antica legge conosciuta. Disposizioni penali del Codice babilonese di Hammurabi (2250 circa a.C.)*, in *Riv. pen.*, LVII, 1903, 3 ss.; F. Schupfer, *La legge di Hammurabi Re di Babilonia e il diritto babilonese nei secoli della prima dinastia a. 2225-1926 a.C.*, in *Memorie Reale Accademia Nazionale Lincei*, *Classe Scienze morali, storiche, filologiche*, XVI, 1921, 13 ss.

[6] Cfr. in particolare, nell'edizione con traduzione e commento curata da G.R. Driver - J.C. Miles, *The Babylonian Laws*, II, Oxford, 1955, 15 s., il § 5 («if a judge has tried a suit, given a decision, caused a sealed tablet to be executed, [and] thereafter varies his judgement, they shall convict that judge of varying [his] judgement and he shall pay twelve-fold the claim in that suit») e il § 8 («if a man has stolen an ox or a sheep or an ass, or swine or a boat, if [it is the property] of a god [or] if [it is the property] of a palace, he shall replace [it] thirty-fold; if [it is the property] of a villein, he shall replace [it] ten-fold. If the thief has not the means of payment, he shall be put to death»).

[7] Per un inquadramento generale dell'elemento giuridico nella testimonianza biblica, cfr. N. Jaeger, *Il diritto nella Bibbia. Giustizia individuale e sociale nell'Antico*

stamento[7], in base ai quali chi avesse sottratto un bue e un montone per poi ucciderlo o venderlo sarebbe stato tenuto a corrispondere rispettivamente cinque capi di grosso bestiame ovvero quattro di minuto[8]; e ancora i singoli diritti[9] di cui si erano dotate le *poleis* dell'antica Grecia, specie con riguardo alla pena privata introdotta da Solone per il ladro, condannato – in assenza di circostanze aggravanti – al doppio della refurtiva in sostituzione dell'originaria messa a morte stabilita dalle leggi dracontine[10].

È, però, principalmente all'ordinamento romano che la dottrina angloamericana guarda con interesse nel ripercorrere la storia dei *punitive damages*[11], evidenziando come lo stesso *ius civile* sia precocemente

---

e nel Nuovo Testamento, Assisi, 1960, 7 ss.; un'ampia disamina delle fonti e della storia del diritto ebraico è invece recentemente offerta da A. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica*, Torino, 2002, 3 ss.

[8] Cfr., nella traduzione ufficiale de *La Bibbia di Gerusalemme*, Bologna, 2008, 172 e 616, Esodo, 21.37: «quando un uomo ruba un bue o un montone e poi lo sgozza o lo vende, darà come indennizzo cinque capi di grosso bestiame per il bue e quattro capi di bestiame minuto per il montone»; e altre Secondo Libro di Samuele, 12.1-6: «il Signore mandò il profeta Natan a Davide, e Natan andò da lui e gli disse: "due uomini erano nella stessa città, uno ricco e l'altro povero. Il ricco aveva bestiame minuto e grosso in gran numero, mentre il povero non aveva nulla, se non una sola pecorella piccina, che egli aveva comprato. Essa era vissuta e cresciuta insieme con lui e con i figli, mangiando del suo pane, bevendo alla sua coppa e dormendo sul suo seno. Era per lui come una figlia. Un viandante arrivò dall'uomo ricco e questi, evitando di prendere dal suo bestiame minuto e grosso quanto era da servire al viaggiatore che era venuto da lui, prese la pecorella di quell'uomo povero e la servì all'uomo che era venuto da lui". Davide si adirò contro quell'uomo e disse a Natan: "per la vita del Signore, chi ha fatto questo è degno di morte. Pagherà quattro volte il valore della pecora, per aver fatto una tal cosa e non averla evitata"». Quanto al Nuovo Testamento, viene ritenuta significativa la risposta di Zaccheo a Gesù tramandata da Luca 19.8, che sempre nella traduzione de *La Bibbia di Gerusalemme*, cit., 2485, è riportata nei termini seguenti: «ecco, Signore, io do la metà di ciò che possiedo ai poveri e, se ho rubato a qualcuno, restituisco quattro volte tanto».

[9] In tal senso, alla luce della «multiforme ed eterogenea esperienza giuridica greca», cfr. L. Garofalo, *Diritti greci e scienza giuridica romana*, in *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela, 2015, 31 ss.

[10] Cfr. Gell. 11.18.5. (*postea legibus aliis mitioribus a Solone compositis usi sunt. Is Solo e septem illis inclutis sapientibus fuit. Is sua lege in fures non, ut Draco antea, mortis, sed dupli poena vindicandum existimavit*), nonché Dem. 24.114, su cui, per tutti, C. Pelloso, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 120 ss.

[11] In particolare, cfr. J. Taliadoros, *The Roots of Punitive Damages of Common Law: A Longer History*, in *Cleveland State Law Review*, CCLI, 2016, 253 s.: «current

giunto a irrogare agli autori di taluni illeciti, qualificati come *delicta*, condanne pecuniarie quantificate – in funzione afflittiva e almeno latamente dissuasiva nei confronti dei restanti consociati[12] – in un multiplo dell'offesa arrecata dal reo: sono additate come emblematiche, a tal proposito, le azioni nel *duplum* concesse già dalla legislazione duodecimtabulare rispettivamente contro il tutore che avesse compiuto malversazioni in danno al patrimonio pupillare[13], contro l'autore del *tignum furtivum iunctum*[14] ovvero ancora contro il depositario infedele rispetto alla restituzione del bene ricevuto[15].

Alcuni autori sono così arrivati a sostenere che la più lontana origine dei *punitive or exemplary damages*, lungi dal poter essere tutt'al più

---

scholarship begins the story of punitive damages in the classical period of Roman law. From there, the story jumps to the newly emerging common law of Western Europe in the twelfth and thirteenth centuries that revived Roman law and then to the English statutes of the later thirteenth century».

[12] In tal senso è la riflessione di P. Gallo, *Punitive damages in Italy?*, *A l'Europe du troisieme millenaire. Essays in honour of G. Gandolfi*, III, Milano, 2004, 1425: «in ancient roman law the main function of tort law was punishment and deterrence. In the field of tortuous liability roman law was characterised by a plurality of remedies, such as *actio furti, rapina, injuria, damnum iniuria datum*, whose main function was punishment and deterrence rather than compensation. The wrongdoer was compelled to pay till four times as much as compensatory damages».

[13] Cfr. Tryph. 14 *disp*. D. 26.7.55.1 (= Tab. 8.20): *sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum praestiterit, nihilo minus etiam alii teneantur: nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus non est propterea ceteris poenae deprecatio, quod ab uno iam exacta est. sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur quam perfide agere: nemo denique dicet unum tutorem et duplum hac actione*. Sul tema, sia consentito rinviare all'ormai classico contributo di S. Solazzi, *Sull'actio rationibus distrahendis*, in *RIL*, L, 1917, 178 ss. nonché, per uno studio monografico sul tema più ampio del tutore infedele, aggiornato alla più recente letteratura, ad A. Spina, *I volti della 'fides' e la 'tutela impuberum'. Dal 'tutor suspectus' al 'falsus tutor'*, Roma, 2018, *passim*.

[14] Cfr. Ulp. 37 *ad ed*. D. 47.3.1 pr. (= Tab. 6.8): *lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem*.

[15] Coll. 10.7.11 (= Tab. 8.19): *ex causa depositi lege XII tab. in duplum actio datur*. Per un miglior inquadramento delle tre ipotesi citate nel testo nell'alveo della primigenia responsabilità da illecito, cfr. M.F. Cursi, *La formazione delle obbligazioni ex delicto*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 143 ss.

retrodatata a un'epoca compresa tra il XII e il XIII secolo[16], andrebbe più propriamente ricollegata addirittura alle *actiones in duplum*, *triplum*, *quadrupum conceptae* ricordate nelle Istituzioni giustinianee[17]: proprio sulla scia di queste ultime – si sostiene – si sarebbe fatta largo la possibilità di concedere alla parte lesa una somma da calcolare come multiplo della perdita sofferta, superando nei fatti l'idea di una mera compensazione del torto più consona all'istituto risarcitorio[18].

Nello stesso senso, anche la nostra dottrina si è espressa nel senso che «il modello dei *punitive* o *exemplary damages* non è nato in Inghilterra, e neppure negli Stati Uniti, ma affonda le sue radici – com'è stato osservato – già nel diritto romano delle origini, nel quale "la responsabilità civile era concepita in primo luogo come strumento sanzionatorio per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti". L'*actio furti*, l'*iniuria*, il *damnum iniuria datum* davano luogo all'irrogazione di sanzioni civili sostitutive di quelle penali, all'origine circoscritte al solo campo degli illeciti contro lo Stato e contro la pace del Regno: non ne discendeva il semplice risarcimento del danno ma l'attribuzione di una somma cal-

[16] Cfr. J. Taliadoros, *Thirtheen-Century Origins*, cit., 278 ss.

[17] Cfr. I. 4.6.21-25: *Omnes autem actiones vel in simplum conceptae sunt vel in duplum vel in triplum vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur. In simplum agitur veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato et denique ex aliis compluribus causis. In duplum agimus veluti furti nec manifesti, damni iniuriae ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus: item servi corrupti, quae competit in eum cuius hortatu consiliove servus alienus fugerit aut contumax adversus dominum factus est aut luxuriose vivere coeperit aut denique quolibet modo deterior factus sit (in qua actione etiam earum rerum quas fugiendo servus abstulit aestimatio deducitur): item ex legato quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quae supra diximus. Tripli vero, cum quidam maiorem verae aestimationis quantitatem in libello conventionis inseruit, ut ex hac causa viatores, id est exsecutores litium, ampliorem summam sportularum nomine exigerent: tunc enim quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus id triplum ab actore consequetur, ut in hoc triplo et simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. quod nostra constitutio induxit, quae in nostro codice fulget, ex qua dubio procul est ex lege condicticiam emanare. Quadrupli veluti furti manifesti, item de eo quod metus causa factum sit, deque ea pecunia quae in hoc data sit ut is cui datur calumniae causa negotium alicui faceret vel non faceret: item ex lege condicticia a nostra constitutione oritur, in quadruplum condemnationem imponens his exsecutoribus litium qui contra nostrae constitutionis normam a reis quidquam exegerint.*

[18] Cfr. F. Pollock - F.M. Maitland, *The History of English Law*, II, Cambridge, 1923, 433.

colata come multiplo, fino al quadruplo, dell'importo necessario a compensare la lesione»[19]: e qualche voce si è addirittura spinta fino a concludere che, in definitiva, sarebbe paradossalmente più vicino all'antico diritto romano l'attuale *common law of torts*, anziché la disciplina adottata in tema di illecito dagli ordinamenti dell'Europa continentale che proprio al patrimonio conservato nel *Corpus iuris civilis* dichiaratamente si ispirano[20].

Queste conclusioni, spesso tralatiziamente riportate a guisa di introduzione generale all'istituto dei *punitive damages* e all'analisi della sua compatibilità con il nostro ordine pubblico interno[21], non paiono essere state sottoposte a vaglio critico da parte della romanistica, pur tradizionalmente molto attenta a scandagliare il rapporto tra pena e risarcimento del danno[22].

Di qui le riflessioni che proverò a sviluppare nelle pagine che seguono, sollecitate, per un verso, dal progressivo venir meno dell'idea secondo cui «punishment is outside of the private law»[23], cui fa da con-

---

[19] Cfr. M. Di Marzio, *I danni punitivi, l'elemento psicologico e le impugnazioni*, in *Persona e danno*, 2015; negli stessi termini, cfr. anche C. Sartoris, *Riflessioni sulle funzioni della responsabilità aquiliana alla luce delle Sezioni Unite n. 16601/2017*, in *Persona e Mercato*, 2017, 23, nt. 5.

[20] G. Wagner, *Punitive Damages in European Private Law*, in J. Basedow, K. Hopt and R. Zimmermann (eds.), *Handbook of European Private Law*, Oxford, 2011, 2 (dell'estratto).

[21] Cfr. G. De Nova, *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages*, in *Jus civile*, 2017, 388 ss.

[22] L'osservazione, naturalmente, non deve intendersi in senso critico, ma quale mera segnalazione di una possibile lacuna nella materia scandagliata, oltre che sintomo del crescente scollamento tra studi romanistici e civilistici nel nostro Paese. Certo è che – indipendentemente da ogni discussione metodologica riferita ai primi (rispetto alla quale rinvio al saggio di L. Garofalo, *Itinerari della romanistica italiana*, in *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC Roma, 10-11 ottobre 2014*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2017, 1 ss.) – il fenomeno contribuisce al verificarsi di alcune spiacevoli sviste rinvenibili nelle premesse storiche dedicate dai secondi ai danni punitivi: emblematico, al riguardo, è il rinvio a quanto si legge in M.G. Baratella, *Le pene private*, cit., 2 ss., specie in relazione alla configurazione di un'antica «*pignoris captio*» in termini di «sanzione, probabilmente pecuniaria, connessa alla commissione di illeciti non particolarmente gravi» (2, nt. 5), alla promulgazione di una «*lex Popolia* del 326 a.C.» (3, nt. 9) e alla datazione delle XII Tavole, che si sarebbero collocate «tra il 551 e il 449 a.C.».

[23] Cfr. H. Koziol, *Punitive Damages - A European Perspective*, in *Louisiana Law Review*, LXVIII, 2008, 751: in replica a questo contributo, cfr. anche M.L. Wells,

traltare il crescente interesse legislativo per l'istituto dei danni punitivi emerso anche in Paesi estranei alla tradizione anglosassone[24] e l'introduzione, in Italia, di nuove figure di sanzioni pecuniarie civili[25]; per un altro verso, e più in generale, dal sempre più diffuso riconoscimento dell'importanza che il criterio dell'«interpretazione storica»[26] assume ineluttabilmente nell'orientare le valutazioni del giurista moderno anche sulle questioni più attuali.

2. *La responsabilità 'ex delicto'*.

Innegabile, come poc'anzi abbiamo anticipato, è che il diritto romano abbia delineato alcune fattispecie, considerate illecite e ricondotte specificamente all'ambito dei *delicta* perseguiti nel processo privato[27], rispetto alle quali la vittima era autorizzata a pretendere in giu-

---

A Common Lawyer's Perspective on the European Perspective on Punitive Damages, in *Louisiana Law Review*, LXX, 2011, 558 ss.

[24] Sottolinea M.G. Martínez Alles, *Punitive Damages: Reorienting the Debate in Civil Law Systems*, in *Journal of European Tort Law*, 10, 2019, 64 che «punitive damages have already been incorporated in the Consumer Protection Statute in Argentina (2008), in draft proposals part of recent civil code reforms (for example, the Argentinean Civil Code [2015] and the French Code Civil [2011])».

[25] Mi riferisco alla riforma, «destinata a passare alla storia del diritto penale italiano», attuata con d.lgs. 15 gennaio 2016, nn. 7 e 8: si tratta infatti non soltanto di una depenalizzazione, ma di un intervento a suo modo rivoluzionario, giacché «accanto a reati trasformati in illeciti amministrativi puniti con sanzioni pecuniarie, ve ne sono altri – come l'ingiuria – che perdono il carattere di illecito penale per assumere quello di illecito civile, sanzionato, oltre che con il risarcimento del danno (sanzione privatistica), con una sanzione pecuniaria civile (apparentata con i *punitive damages* dei sistemi di *common law*) irrogata dal giudice civile e devoluta alla Cassa delle ammende» (così G.L. Gatta, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. contemp.*, 2016, 1).

[26] Cfr. a tal riguardo le considerazioni sviluppate in Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, per stabilire se anche gli interessi convenzionali di mora soggiacciano o meno alle previsioni dettate dalla legge antiusura: la conclusione positiva, nel ragionamento della Suprema Corte, viene ritenuta «imposta da una millenaria evoluzione storica, dalla quale non può prescindere l'interprete che volesse degli istituti giuridici non già ritenere il vuoto nome, ma intenderne la *vis ac potestas*».

[27] Per la differenza tra questi e i *crimina*, cfr. per tutti G. Valditara, *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013, 137: sono questi ultimi «reati che offendono non solo il singolo soggetto, ma l'intera *civitas* e che, perciò, sono perseguiti dagli organi cittadini con una pena pubblica, corporale o pecuniaria. I *delicta* erano invece considerati

dizio l'irrogazione di una pena pecuniaria da liquidarsi in un multiplo della perdita sofferta: abbiamo, a tal riguardo, sicure attestazioni nelle fonti in rapporto all'azione esperibile contro il ladro[28], che se colto in flagrante avrebbe dovuto corrispondere addirittura il quadruplo del valore della cosa mobile sottratta[29], al pari del componente di bande che, armato o meno, avesse con violenza danneggiato o sottratto beni altrui e fosse stato convenuto entro l'anno dal fatto ai sensi del decreto emanato nel 76 a.C. dall'allora pretore Lucullo[30] e, altresì, dell'autore del *metus* pure convocato *in iure* non oltre il medesimo lasso di tempo, te-

---

dal punto di vista del torto arrecato al singolo cittadino, erano repressi nell'ambito di un processo privato intentato dall'offeso dal reato e davano luogo all'obbligo di pagare una certa pena pecuniaria in favore della vittima dell'illecito. L'evoluzione del diritto penale romano fu peraltro nel senso di una progressiva attrazione dei *delicta* nella sfera criminale, parallelamente a una riduzione della sfera di libertà e autonomia dei privati e a un accentuarsi di esigenze repressive nei confronti di reati quali certe ipotesi di furto qualificato, di lesioni personali gravi o di danneggiamento violento».

[28] Apprendiamo peraltro da Gai 3.189 che la disciplina duodecimtabulare prevedeva viceversa originariamente sanzioni afflittive consistenti nella *verberatio* e nell'*addictio* del *fur* al derubato: *Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. in servum aeque verberatum animadvertebatur. Sed postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex servi persona quam ex liberi quarupli actio praetoris edicto constituta est*. Cfr. ancora C. Pelloso, *Studi*, cit., 202 ss.

[29] Ovvero, in caso di mancata flagranza, il doppio: cfr. Ulp. 42 *ad Sab*. D. 47.2.46.2: *Quod dicimus dupli, sic accipere debemus etiam quadrupli competere actionem, si manifestum furtum sit.* Oltre al *furtum manifestum* e *nec manifestum*, i giuristi (cfr. Gai 3.183) conoscevano altri *genera furtorum*, sanzionati sempre in un multiplo del valore della refurtiva: il *furtum conceptum*, commesso da colui presso il quale fossero state rinvenute le cose rubate, consapevole o meno fosse di detenerle; il *furtum oblatum*, contestato a chi avesse dato i beni sottratti ad altri per renderne più difficile il rinvenimento; e infine il *furtum prohibitum*, di cui avrebbe dovuto rispondere il soggetto trovato in possesso della *res amota* a seguito di una perquisizione rituale compiuta *lance licioque*.

[30] Cfr. Cic. *Tull.* 3.7 e 13.31, su cui in particolare M. Balzarini, *Cic. pro Tullio e l'editto di Lucullo*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968, 329 ss.; L. Vacca, *Ricerche in tema di «actio vi bonorum raptorum»*, Milano, 1972, *passim*, nonché Ead, *L'editto di Lucullo*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 4-7 giugno 1990)*, Napoli, 1992, 130 ss.; da ultimo, S. Galeotti, *L'editto di Lucullo e il processo a C. Antonius Hybrida. Osservazioni in tema di «edictum de vi hominibus armatis coactisve»*, in *Riv. dir. rom.*, XVI-XVII, 2016-2017, 1 ss.

nuto in caso di soccombenza a pagare il quadruplo del vantaggio economico ricavato dalla minaccia[31].

Potrebbe, anzi, sostenersi che per le azioni penali fosse regola usuale contenere una *condemnatio* volta a infliggere al condannato una sanzione maggiore, talvolta anche di gran lunga, rispetto al valore del pregiudizio arrecato: ne è riprova che, rispetto all'*actio de dolo* – com'è noto volta all'applicazione di una sanzione da quantificare soltanto nel *simplum* della perdita sofferta, al pari dell'*actio legis Aquiliae*, la cui *condemnatio* era almeno in origine limitata a una somma corrispondente al valore della mera *aestimatio rei*[32] –, la dottrina non esiti a metterne in rilievo la penalità «notevolmente affievolita»[33], annotando che la sua introduzione abbia segnato l'inizio di quella «degradazione progressiva dell'illecito penale … verso l'illecito non penale» suscettibile di portare a «quel che potrebbe sembrare un *monstrum* concettuale: la *poena in simplum*, la pena risarcitoria»[34].

Anche a fronte di azioni concepite nel multiplo, i giuristi mantenevano comunque almeno in partenza nettamente distinte le sfere con-

---

[31] Cfr., ad esempio, Ulp. 11 *ad ed*. D. 4.2.14.4; Ulp. 11 *ad ed.* 4.2.14.15; Ulp. 31 *ad ed.* 13.7.22.1; in dottrina cfr., per tutti, E. Calore, *'Actio quod metus causa'. Tutela della vittima e azione 'in rem scripta'*, Milano, 2011, 171 ss.; M.F. Cursi, *«Actio quod metus causa» e le azioni 'miste'*, in *Index*, XLIII, 2015, 394 ss.

[32] Secondo P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, Torino, 2018, 443, proprio il fatto che l'*actio legis Aquiliae* contemplasse un danno limitato al *simplum* avrebbe contribuito a farla diventare «l'azione delittuale per antonomasia»: elemento, questo, che certo può aver contribuito a una «progressiva generalizzazione del suo campo di applicazione», benché non possa convenirsi con lo studioso sul fatto che questo rimedio fosse «l'unico che comportava una condanna *in simplum*, vale a dire pari al solo ammontare dei danni effettivamente inferti», mentre «tutte le altre azioni comportavano condanne multiple rispetto all'entità del danno».

[33] Cfr. P. Lambrini, *Raggiro colposo e 'actio de dolo malo'*, in *Tutele rimediali in tema di obbligazioni. Archetipi romani e modelli attuali*, a cura di L. Garofalo, Torino, 2015, 346 (nonché Ead., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, 111); in precedenza, nello stesso senso, cfr. L. Vacca, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in *ANRW*, II.14, Berlin - New York, 1982, 702; G. Rossetti, *Problemi e prospettive in tema di 'struttura' e 'funzione' delle azioni penali private*, in *BIDR*, XXXV-XXXVI, 1993-1994, 342 ss.

[34] Cfr. B. Albanese, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 64, ove l'insigne studioso siciliano osserva che «nel fenomeno della pena risarcitoria si rivela … una delle radici storiche fondamentali del principio, proprio delle moderne legislazioni, della risarcibilità di ogni danno ingiusto».

cettuali della punizione e del risarcimento, consentendo al diretto interessato di valersi di più azioni originate da un medesimo fatto illecito, ma reputate del tutto differenti quanto a *petitum* e *causa petendi*: da un lato le azioni penali, *in personam*, «con cui l'offeso chiedeva all'autore di un atto, tipizzato dall'ordinamento come delitto privato, il pagamento di una somma di denaro che costituiva la *poena* per tale delitto»; da un altro lato le azioni reipersecutorie, che potevano essere sia *in rem* sia *in personam*, le quali viceversa «tutelavano il diritto dell'attore alla riparazione di un detrimento patrimoniale ingiustamente subito»[35].

Proprio in ragione di questo discrimine e del diverso interesse tutelato, azioni sicuramente penali (come l'*actio furti*) potevano senza difficoltà coesistere con rimedi reipersecutori (come la *condictio ex causa furtiva*, mezzo diretto a recuperare il bene perduto o almeno il suo equivalente, stante il carattere necessariamente pecuniario dell'eventuale condanna inflitta al convenuto[36]).

In tal senso va considerato un importante squarcio ulpianeo:

> Ulp. 42 *ad Sab.* D. 13.1.7: 1. *Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam. Ea res facit, ut neque furti actio per condictionem neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem*. 2. *Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat, nec tantum si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit: sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est condictionem adversus heredem durare. Quae in herede diximus, eadem erunt et in ceteris successoribus*.

Il giurista ricorda che, dato il diverso obiettivo perseguito dall'*actio furti* (la pena) e dalla *condictio* (la stessa cosa sottratta), nessuno dei due

---

[35] Cfr. L. Vacca, *'Actiones poenales' e 'actiones quibus rem persequimur'*, in *Iura*, XL, 1989, 41.

[36] Cfr. Gai 4.48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem <aurum> argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, <sed> aestimata re pecuniam eum condemnat*. Sul testo, cfr. da ultimo M. Falcon, *'Ipsam rem condemnare' in Gai 4.48*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2015, 521 ss.

rimedi viene consumato in ragione dell'esercizio dell'altro, restando entrambi a disposizione del derubato: soggiunge che, anzi, se quest'ultimo è titolare della proprietà del bene, può giovarsi pure della *rei vindicatio*, oltre che incidentalmente dell'*actio ad exhibendum*[37]. D'altra parte – precisa ancora il frammento –, mentre la responsabilità da delitto si estingue con la morte del reo, la *condictio* obbliga invece anche l'erede del ladro: col risultato che, se ad esempio sia stato sottratto un servo, il successore dovrà rispondere dell'impossibilità della sua restituzione «dovunque lo schiavo si trovasse al momento della morte»[38].

A conclusioni conformi perviene anche l'opinione espressa nel passo che segue:

> Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47.2.55(54).3: *Cum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero et vindicatio ad rei reciperationem, apparet recepta re nihilo minus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et condictionem tolli: sicut ex diverso post solutam dupli aut quadrupli poenam salva est vindicatio et condictio*.

Secondo il commentario gaiano, giacché l'*actio furti* riguarda l'irrogazione della pena, mentre la *condictio* e la *vindicatio* sono protese esclusivamente al recupero del bene[39], ove quest'ultimo risultato sia

---

[37] Sulla funzione di questa 'Hilfsklage', cfr. in particolare, M. Marrone, *'Actio ad exhibendum'*, in *AUPA*, XXVI, 1958, 266 ss. (su cui cfr. M. Kaser, *'Actio ad exhibendum'*, in *Labeo*, V, 1959, 218 ss., nonché M. Talamanca, *Recensione* a M. Marrone, *'Actio ad exhibendum'*, cit., in *Iura*, X, 1959, 270 ss.); J. Burillo, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico*, in *SDHI*, XXVI, 1960, 213 ss. e M. Lemosse, *'Ad exhibendum'*, in *Iura*, XXXIV, 1983, 71 (e ora in Id., *Études romanistiques*, Clermont-Ferrand, 1991, 437).

[38] Cfr. R. Santoro, *'Perpetuari obligationem'*, in *AUPA*, LVII, 2014, 201, nt. 89; sul testo anche, sotto diversa angolatura, A.L. Olde Kalter, *'Condictio ex causa furtiva' und 'dominium'*, in *TR*, XXXVIII, 1970, 128 s.

[39] Sul rapporto tra i due rimedi reipersecutori, è di particolare interesse (per quanto non esente da sospetti compilatori, sollevati in particolare da L. Chiazzese, *'Jusiurandum in litem'*, Milano, 1958, 227) Pomp. 6 *ad Sab*. D. 47.2.9.1: *Sed si eam a fure vindicassem, condictio mihi manebit. sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si condictionem petitor remitteret: quod si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor*. Sulle problematiche poste dal passo, mi permetto di rinviare a S. Viaro, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo civile romano*, Napoli, 2012, 170 ss.

conseguito resta comunque integra la possibilità di perseguire giudizialmente il responsabile del *delictum*: così come, quand'anche il ladro colto non in flagrante abbia effettivamente pagato il doppio del valore cui sia stato condannato, può nondimeno essere convenuto con i mezzi reipersecutori appena citati[40].

Questo schema, inossidabile rispetto ad azioni considerate di carattere esclusivamente penale, parrebbe tuttavia vacillare di fronte a mezzi cui le fonti di età tardoclassica riconoscevano la caratteristica di perseguire anche la *res*, o di contenere una *rei persecutio*[41]: emblematico è, in particolare, il caso dell'*actio legis Aquiliae*, cui fu negato il cumulo con l'*actio pro socio* in una notissima fattispecie relativa al ferimento, da parte di un appartenente alla compagine sociale, del *servus negotiator* in comproprietà con gli altri soci.

> Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.47 1: *Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Iulianus et Pomponius scribunt*;
> Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.48: *sed nihilo minus et pro socio tenetur*;
> Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.50: *Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat*.

A fronte della lesione arrecata da uno dei soci al *servus* che eserciti funzioni attività manageriali per conto della società[42], ricorre senz'altro un danno per quest'ultima suscettibile di essere ristorato in seno al *iudicium bonae fidei* attivabile con l'*actio pro socio*; ciò nondimeno i giuristi, a fronte della teorica cumulabilità con l'*actio legis Aquiliae* e alla conseguente ipotizzabile doppia condanna del feritore a pagare per la

---

[40] Cfr. D. Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, 92.

[41] Piuttosto particolare sembra essere, sotto il profilo qui considerato, il regime dell'*actio quod metus causa*, che la dottrina più recente ritiene presentare caratteri almeno in parte reipersecutori, anche alla luce della trasmissibilità «attiva agli eredi della vittima della violenza e passiva al terzo *ad quem res pervenit*, anche in buona fede» (così M.F. Cursi, «*Actio quod metus causa*», cit., 394). Pare infatti che il mezzo, tradizionalmente considerato penale, non fosse cumulabile con un'azione reipersecutoria: in tal senso vengono richiamati Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.9.6 e Paul. 11 *ad ed.* D. 4.2.21.6 (su cui E. Calore, '*Actio quod metus causa*', cit., 194 ss.).

[42] Sull'importanza di questa figura, cfr. A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1984, *passim*.

laesio arrecata non solo al corpo dello schiavo, ma agli stessi interessi della *societas*, ricorrono al criterio della prevenzione, giudicando corretto «impedire un secondo indennizzo nel caso in cui la parte danneggiata, dopo aver esperito vittoriosamente una delle due azioni, esperisse successivamente anche l'altra»[43].

Come ha spiegato nitidamente la miglior dottrina[44], ricorrendo anche alla testimonianza contenuta nel commentario gaiano[45], l'esclusione del concorso di alcune azioni penali che *rei persecutionem continent* con mezzi semplicemente reipersecutori non dipendeva dal fatto che la funzione delle prime si fosse spostata sul piano risarcitorio, ma dalla semplice constatazione che il *petitum* – corrispondente in ambedue i casi all'*id quod interest actoris* – era già stato corrisposto dal convenuto, che in tal modo aveva soddisfatto *in toto* ogni possibile aspettativa della vittima dell'illecito, subendo il previsto impoverimento[46].

Solamente con Giustiniano[47], quindi, si arrivò a prefigurare un'autonoma categoria di azioni miste, *quibus et rem et poenam persequimur*, ammettendo che il convenuto, «se condannato, con il pagamento della

---

[43] Così P. Cerami, *Profili storici*, cit., 459.

[44] Cfr. L. Vacca, *'Actiones poenales'*, cit., 52.

[45] Gai 4.6: *Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam.* 7. *Rem tantum persequimur velut actionibus (quibus) ex contractu agimus.* 8. *Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis competit.* 9. *Rem vero et poenam persequimur velut ex iis 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.*

[46] Cfr. C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.2, Torino, 2017, 19, il quale con la consueta limpidezza osserva: «siccome la pena dell'*actio ex lege Aquilia* corrispondeva al valore della cosa, anzi – almeno al tempo della giurisprudenza classica – era calcolata sull'interesse dell'attore (*id quod interest*), e cioè nella misura del valore del danno sofferto dall'attore valutato allo stesso modo nel quale sarebbe stato valutato in un'azione contrattuale, appariva evidentemente ingiusto che il soggetto danneggiato potesse in pratica pretendere due volte dal danneggiante il risarcimento del danno sofferto. Sulla base di queste considerazioni, il concorso dell'*actio ex lege Aquilia* con un'azione risarcitoria veniva dunque evitato, e ciò si era deciso precisamente sulla base della constatazione che l'azione aquiliana *rei persecutionem continet*» (cfr. Paul. *l. s. de conc. act.* D. 44.7.34.2). Da ultimo, ampiamente sul tema cfr. L. Desanti, *La legge Aquilia. Tra 'verba legis' e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015, 139 ss.

[47] Cfr. I. 4.6.16.

summa condemnationis si liberasse al tempo stesso della responsabilità sia per la commissione dell'illecito penale, sia per il pregiudizio patrimoniale cagionato»[48]: ma ciò in una prospettiva alquanto diversa da quella dei classici.

Corollario delle considerazioni che precedono, d'altro canto, è che – proprio in ragione dell'autonomia tra il mezzo concesso al derubato per perseguire l'irrogazione della pena e il rimedio reipersecutorio accordato per diverso fine – dovesse coerentemente essere considerata del tutto irrilevante ai fini della valutazione della responsabilità penale l'eventuale resipiscenza del reo, che ad esempio avesse restituito la *res* originariamente *amota*:

> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur*. D. 47.2.66 (65): *Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucri faceret, tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est: nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit*.

Secondo quanto emerge dal commentario del giureconsulto di Tiro, chi si sia impadronito di una cosa altrui con l'intenzione di trarne lucro rimane qualificabile come ladro – e ovviamente assoggettato alla relativa sanzione – anche nell'ipotesi in cui, mutato il proprio intendimento, decida di ridarla al *dominus*: nessuno infatti, aggiunge la chiosa finale (pur sospetta di mano compilatoria per la sua ridondanza generalizzante)[49], va esente dal rispondere della propria precedente condotta delittuosa, per quanto pentito.

Questa regola sembra di essere stata di applicazione piuttosto ampia[50], incontrando una deroga soltanto relativamente all'azione *in du-*

---

[48] Cfr. per tutti A. Lovato - S. Puliatti - L. Solidoro Maruotti, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, 103; L. Vacca, *'Actiones poenales'*, cit., 53.

[49] Sui problemi di collocazione del passo, nonché di ricostruzione del suo genuino contenuto, cfr. P. Huvelin, *L'animus lucri faciendi' dans la théorie romaine du vol*, in *NRH*, XLII, 1918, 74 ss. (anche in rapporto a Ulp. 1 *ad ed. aed. cur*. D. 21.1.17.1).

[50] Il dubbio che la rimessione in pristino dell'offeso fosse sufficiente a evitare il processo per *delictum* cui altrimenti sarebbe andato incontro il reo doveva comunque essere stato affacciato ripetutamente nell'ambito della giurisprudenza classica, se è vero che ne troviamo traccia anche in un passo gaiano riferibile alla rapina: Gai. 21 *ad ed. prov.* D. 47.8.5: *Non prodest ei qui vi rapuit ad evitandam poenam, si ante iudicium restituat rem quam rapuit*.

plum che, entro l'anno dal compimento dell'illecito, era concessa contro il *publicanus* che, direttamente o tramite suoi ausiliari schiavi o liberti, avesse sottratto con la forza beni a un privato nell'esercizio della sua attività di riscossione delle imposte pubbliche. In tal caso, effettivamente, testimonianze pur non del tutto esenti da contrasti riferiscono che la rimessione in pristino da parte dell'appaltatore comportasse il venir meno dell'esperibilità del mezzo, malgrado al medesimo venga esplicitamente attribuita dai *prudentes* natura penale[51]:

> Gai. *ad ed. praetoris urbani de publicanis* D. 39.4.5: pr. *Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat, post acceptum vero iudicium nihilo minus poena duret. sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum iudicium restituere paratus est.* 1. *Quaerentibus autem nobis, utrum duplum totum poena sit et praeterea rei sit persecutio, an in duplo sit et rei persecutio, ut poena simpli sit, magis placuit, ut res in duplo sit.*

[51] Cfr. la clausola edittale e il relativo commento in Ulp. 55 *ad ed.* D. 39.4.1: pr. *Praetor ait: «Quod publicanus eius publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum iudicium dabo. item si damnum iniuria furtumve factum esse dicetur, iudicium dabo. Si id ad quos ea res pertinebit non exhibebitur, in dominos sine noxae deditione iudicium dabo».* 1. *Hic titulus ad publicanos pertinet. Publicani autem sunt, qui publico fruuntur (nam inde nomen habent), sive fisco vectigal pendant vel tributum consequantur: et omnes, qui quod a fisco conducunt, recte appellantur publicani.* 2. *Dixerit aliquis: quid utique hoc edictum propositum est, quasi non et alibi praetor providerit furtis damnis vi raptis? Sed e re putavit et specialiter adversus publicanos edictum proponere.* 3. *Quod quidem edictum in aliqua parte mitius est, quippe cum in duplum datur, cum vi bonorum raptorum in quadruplum sit et furti manifesti aeque in quadruplum,* 4. *Et restituendi facultas publicano vi abreptum datur, quod si fecerit, omni onere exuitur et poenali actione ex hac parte edicti liberatur. Unde quaeritur, si quis velit cum publicano non ex hoc edicto, sed ex generali vi bonorum raptorum, damni iniuriae vel furti agere, an possit? Et placet posse, idque Pomponius quoque scribit: est enim absurdum meliorem esse publicanorum causam quam ceterorum effectam opinari.* Nonostante la difforme qualificazione di D. 39.4.5.1, di cui subito dirò nel testo, l'azione è penale secondo P. Voci, *Note sulle azioni pretorie contro i 'publicani'*, in *SDHI*, LX, 1994, 292 e nt. 5, che valorizza all'uopo il caratteristico regime di intrasmissibilità passiva e, sulla base di Mod. 2 *poen*. D. 39.4.6, di solidarietà passiva; lo studioso, peraltro, ritiene che l'intervento pretorio sarebbe stato invocabile solo in presenza di un comportamento doloso (ma sul punto non vi è concordia fra gli studiosi: cfr. A. Metro, *L'esperibilità nei confronti dei 'publicani' dell''actio vi bonorum raptorum'*, in *Iura*, XVIII, 1967, 117 e 120).

Nel *principium*, il giurista antoniniano riconnette alla restituzione effettuata prima dell'inizio della lite una valenza totalmente liberatoria, di contro all'irrilevanza di un ravvedimento intervenuto nella successiva fase *apud iudicem*, insuscettibile – almeno in linea di principio – di comportare l'assoluzione del reo rispetto all'irrogazione della pena; né la critica prevalente ritiene plausibilmente classica l'aggiunta contenuta nella chiusa, secondo cui il convenuto avrebbe potuto limitarsi a dimostrare al *iudex* semplicemente la propria disponibilità a una *restitutio*[52].

Sospetto, d'altra parte, è anche il paragrafo primo, ove «il problema principale della fonte è capire se il *duplum* possa davvero contenere (senza possibilità di distinzione dalla *poena*) anche la *rei persecutio*»[53]: la risposta offerta in quest'ultimo senso non pare logicamente sostenibile, giacché dovrebbe lasciare aperta la possibilità di condannare il *publicanus* che, redento, abbia ristorato integralmente il privato solamente nel *simplum*.

Dalle ipotesi fin qui passate in rassegna mi pare emergere in modo sufficientemente chiaro che, malgrado alcune contaminazioni emerse forse in sede di *ius controversum*, il regime dell'azione da delitto con condanna nel multiplo rimane sempre saldamente ancorato alla sfera penale, senza impingere affatto quella risarcitoria[54]: sicché, lungi dal potersi parlare nel diritto romano di figure assimilabili ai moderni danni punitivi, occorrerebbe tutt'al più ravvisarvi l'esistenza di san-

---

[52] Per l'interpolazione della parte finale del testo, cfr. P. Voci, *Note*, cit., 292, nt. 9. Si esprimono decisamente per l'interpolazione del frammento gaiano E. Albertario, *Note sulle azioni penali e sulla loro trasmissibilità passiva nei limiti dell'arricchimento dell'erede*, in *BIDR*, XXVI, 1913, 101 (che evidenzia la «forma stiracchiata e sciatta di tutto il periodo»); E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 491; G. Beseler, *Textkritische Studien*, in *ZSS*, LII, 1932, 55; E. Betti, *Studi sulla 'litis aestimatio' del processo civile romano*, II, *Le 'actiones quibus et rem et poenam persequimur' del processo classico*, Città di Castello, 1915, 16, nt. 2.

[53] Così C. Baldus, *I concetti di 'res' in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del 'praetor urbanus'*, in *AUPA*, LV, 2012, 69, ove lo studioso tedesco ulteriormente annota: «la questione meriterebbe una nuova ricognizione, dato che anche autori non radicalmente interpolazionistici hanno cercato di liberarsi dal problema giudicando alterati lunghi squarci del brano».

[54] Non converrei, pertanto, sull'affermazione secondo cui «the Roman law of multiple damages blended compensation with punishment», leggibile in M. Rustad - T. Koenig, *The Historical Continuity*, cit., 1285.

zioni (anche, ma solo incidentalmente e in modo indiretto) ristoratorie[55].

3. *La responsabilità 'ex contracto'*.

Meno esplorata, almeno a quanto mi risulta, è la possibilità di rinvenire antecedenti all'istituto di *common law* di cui ci andiamo interessando rispetto ai rimedi elaborati dai *prudentes* per reagire all'inadempimento di un'obbligazione da parte del debitore convenuto: si tratta, tuttavia, di questione non eccentrica rispetto al tema d'indagine, dal momento che il riconoscimento dei *punitive damages* si è andato estendendo nel corso del tempo anche a ipotesi di responsabilità contrattuale, oltrepassando il confine dei *torts*, purché sempre in presenza di un intento qualificabile come *malice* (termine variamente traducibile come «intenzione illecita, mala fede, ostilità, cattivo intento, scopi fraudolenti, consapevolezza di arrecare danno, noncuranza dei diritti altrui»)[56].

Merita a mio avviso attenzione, sotto questo versante, un noto passo in tema di compravendita:

> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13 pr.: *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.*

Il pensiero di Giuliano riguarda una duplice fattispecie di cessione a titolo oneroso, avente rispettivamente a oggetto bestiame malato, che

---

[55] Calzante pare quindi al riguardo l'osservazione di G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 112, secondo cui la somma di denaro «attribuita al leso rappresentava la riprovazione della coscienza giuridica al comportamento dannoso … e quella riprovazione si materializzava in una somma di danaro che non mirava tanto a 'rendere più ricco' il danneggiato, quanto ad 'impoverire' il danneggiante».

[56] Cfr. M.G. Baratella, *Le pene private*, cit., 203, nt. 5.

provoca la morte per contagio degli altri animali già nella disponibilità dell'*emptor*, ovvero legno tarlato, che viene posto a sostegno di un edificio, sì da provocarne il crollo per inidoneità a sostenerne il peso.

Nel mentre è del tutto pacifico che, all'acquirente, competa l'esercizio dell'*actio ex empto*, degno di nota è che il giurista si interroghi – nell'interpretazione dell'*id quod interest* – sulle voci risarcibili e sugli adattamenti da apportarvi a seconda che il venditore conoscesse o meno l'esistenza del vizio di ciò che ha trasferito[57]: l'estensore dell'editto perpetuo conclude nel senso che ove il convenuto versi in una condizione d'ignoranza, debba essere condannato soltanto alla restituzione del maggior prezzo percepito rispetto a quello dovuto in presenza di una *res* ammalorata, mentre nell'opposta ipotesi di consapevolezza rimanga anche per il valore del gregge sterminato a causa del *pecus vitiosum* oppure della casa andata rovinosamente distrutta per le travi difettose.

La soluzione ha indotto taluno a individuare nel diritto classico una reazione non soltanto di maggior rigore, ma di stampo marcatamente afflittivo nei confronti di un soggetto in grado di rappresentarsi le gravose conseguenze che, con la propria consapevole condotta, avrebbe arrecato al creditore: tanto da far sorgere il dubbio che la disposizione poi recepita nel nostro art. 1225 c.c. («se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione»), sulla scorta dell'elaborazione delle fonti dovuta al Pothier[58], possa nascondere tra le proprie pieghe una finalità punitiva, da aversi quindi per latente anche nell'ambito del risarcimento del danno[59].

Non pare questa, tuttavia, un'interpretazione convincente, giacché il responso giulianeo si articola su piano del tutto diverso.

Qualora il venditore sia all'oscuro del vizio occulto del bene, il giurista ritiene impossibile ravvisare a suo carico un inadempimento, in-

---

[57] Cfr. M. Padovan, *Il danno patrimoniale nel 'iudicium empti'*, in *Il giudice privato*, III, cit., 367 ss., con ivi ampia indicazione della letteratura precedente.

[58] Sul punto, cfr. R.J. Pothier - A. Bazzarini, *Le Pandette di Giustiniano*, II, Prato, 1833, 761.

[59] Cfr. P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato*, II, cit., 571. Su questa disposizione, di recente, cfr. G. Grisi, *L'inadempimento dipendente da dolo*, in *Jus civile*, 2018, 658 ss.; G. Anzani, *La prevedibilità del danno: un dibattito aperto*, in *Resp. civile e prev.*, 2017, 606 ss.

teso quale comportamento contrario alla *bona fides* prescritta ai contraenti della vendita: conclude, perciò, che gli si potrà addebitare unicamente – in analogia a quanto stabilito nell'editto degli edili in relazione all'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*[60] concessa per i difetti dello schiavo o dell'animale ceduto – una somma corrispondente «all'interesse del creditore ad avere l'esatta prestazione dedotta in giudizio e a quanto egli sarebbe stato disposto a pagare se avesse conosciuto il reale stato della cosa»[61].

Viceversa, ove emerga una condotta animata da dolo dello stesso venditore e dunque una suo consapevole violazione della correttezza cui avrebbe dovuto essere improntata l'esecuzione del contratto, l'estensore dell'editto perpetuo precisa essere consentita una condanna dello stesso *venditor* al risarcimento dei danni che, secondo un rigoroso nesso eziologico, ne sono scaturiti: ciò perché, in questo caso, egli non andrà soggetto alla mera responsabilità oggettiva per il vizio della cosa strettamente inteso, ma risponderà effettivamente per inadempimento.

In quest'ottica, il problema da porsi è semmai quello di identificare un collegamento causale in grado di circoscrivere l'area del pregiudizio da riparare, senza porre a carico del debitore conseguenze indirette troppo distanti dal fatto generatore della responsabilità: a seguito della morte degli animali provocata dal contagio che il venditore ben era in grado di rappresentarsi, si sarebbero potuti ad esempio ipotizzare la perdita dei raccolti agricoli dovuta a carenza di bestie sane da utilizzare nei campi, e addirittura lo stato di dissesto del compratore, assoggettato a esecuzione forzata sul suo restante patrimonio.

Ma – come messo in luce da Pothier[62] – il rapporto eziologico non può spingersi così lontano: da un lato, il compratore avrebbe ragionevolmente potuto curare i propri terreni provvedendo al reperimento di altri animali sani o comunque attivandosi per raccogliere in altro modo i frutti, sicché il risarcimento dovuto è nei limiti di quanto non ha potuto evitare attivandosi in modo diligente; da un altro lato, la sua insolvenza non può in ogni caso discendere dalla vendita di un singolo

---

[60] Tenuto conto, ovviamente, delle «differenze strutturali e sostanziali» tra le due azioni: M. Padovan, *Il danno patrimoniale*, cit., 368.

[61] Cfr. ancora M. Padovan, *Il danno patrimoniale*, cit., 369.

[62] Cfr. R.J. Pothier, *Traité des obligations*, Orléans, 1761, n. 167; C.A. Cannata, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, 20 ss.

pecus morbosum, derivando semmai da condizioni di obiettiva difficoltà economica preesistenti.

Per trovare qualche spunto di finalità sanzionatoria nell'alveo contrattuale, conviene piuttosto indugiare sulle vicende che hanno interessato il deposito, il quale – per quanto riferitoci da Paolo[63] e come già anticipato innanzi – era protetto in età decemvirale da un'azione che contemplava a carico del depositario infedele il pagamento del doppio del valore della cosa ricevuta (*ex causa depositi lege XII Tabularum in duplum actio datur*), poi commutato nell'editto del pretore in una più mite condanna contenuta nel *simplum* di quanto non restituito.

Sappiamo nondimeno che il regime maggiormente rigoroso era rimasto in vigore per l'ipotesi di deposito definito dai moderni necessario o miserabile, giacché compiuto in concomitanza con il verificarsi di qualche calamità, di origine naturale (quale poteva essere un incendio, un naufragio, un'inondazione) o meno (ad esempio, un tumulto popolare): in tal caso, la responsabilità del debitore che dolosamente rifiutava di adempiere la propria obbligazione verso il deponente portava a liquidare a vantaggio di quest'ultimo una somma pari al doppio dell'interesse che vantava all'adempimento (*quanti ea res est eius duplum*).

Leggiamo infatti[64]:

> Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1: pr. *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*. 1. *Praetor ait: «Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in du-*

[63] Cfr. Paul. 2.12.11. Sul tema, cfr. da ultimo P. Scheibelreiter, *Zwischen 'furtum' und Litiskreszenz: Überlegungen zur 'poena dupli' der 'actio ex causa depositi'*, in *RIDA*, LVI, 2009, 131 ss.

[64] Cfr. anche Ner. 2 *membr*. D. 16.3.18: *De eo, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum et in duplum et in perpetuum datur*. Ivi il giurista, concentrando sempre la propria attenzione sul deposito effettuato in caso di incendio, rovina o naufragio, specifica che l'azione contro l'erede, nel caso in cui la mancata restituzione sia imputabile a dolo del defunto, sarà *in simplum*, nei limiti della quota ereditaria ed esperibile entro un anno; viceversa, nel caso invece sia ravvisabile un dolo direttamente in capo all'erede, la condanna andrà quantificata *in duplum*, e il rimedio sarà concesso per l'intero e *in perpetuum*.

plum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo». 2. *Merito has causas deponendi separavit praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem*. 3. *Eum tamen deponere tumultus vel incendii vel ceterarum causarum gratia intellegendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet quam imminens ex causis supra scriptis periculum*. 4. *Haec autem separatio causarum iustam rationem habet: quippe cum quis fidem elegit nec depositum redditur, contentus esse debet simplo, cum vero extante necessitate deponat, crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercenda est vindicandae rei publicae causa: est enim inutile in causis huiusmodi fidem frangere*.

Dopo aver rammentato che l'essenza del deposito risiede nella *fides* collegata all'affidamento di un bene proprio ad altri[65], il giurista trascrive e commenta la clausola edittale ove si prometteva l'azione nei confronti di chi avesse ricevuto la cosa *ex necessitate*, in una situazione dettata da pericolo imminente cagionato da circostanze eccezionali: egli mostra di approvare la scelta del pretore di disciplinare questa situazione in modo diverso e più severo rispetto all'usuale deposito compiuto *ex voluntate*, considerato che non vi è stata alcuna possibilità di scelta del depositario e che la mancata *restitutio* da parte di costui integra addirittura un *crimen perfidiae* che la *publica utilitas* esige di reprimere con una condanna al doppio del valore della cosa depositata.

Orbene, stando così le cose si potrebbe *prima facie* ravvisare un inasprimento della responsabilità contrattuale, dovuto alla particolare riprovevolezza della condotta del debitore, suscettibile di condurre a un danno di carattere punitivo: sennonché, la dottrina è incline a ricondurre la condotta del depositario infedele, in questo specifico caso, all'area della responsabilità da *delicta*, attribuendo all'azione *in duplum* carattere squisitamente penale e non risarcitorio[66], tenuto conto da un

[65] Annota L. D'Amati, *'Depositi sit actio': Ps.-Quint. decl. min. 269*, in *TSDP*, 2017, 11, nt. 25 che «il giurista severiano propone una singolare definizione di questo contratto, di stampo etimologico, dove il riferimento è alla cosa affidata ad altri e non al rapporto negoziale».

[66] Cfr. G.P. Massetto, *Ricerche sul deposito necessario nella dottrina del diritto comune*, in *SDHI*, XLIV, 1978, 229 nt. 14.

lato dell'«interesse della pubblica sicurezza»[67] espressamente richiamato dal giurista severiano e da un altro lato dell'origine della stessa tutela, accomunata nelle tavole decemvirali a quella concessa al derubato e verosimilmente estranea, almeno in origine, alla sfera contrattuale propriamente detta[68].

4. *Conclusioni*.

Le sintetiche osservazioni fin qui svolte inducono a escludere che il diritto romano, almeno fino all'età classica, conoscesse alcunché di analogo ai *punitive damages*, distinguendo invece sempre rigorosamente – almeno sotto il profilo concettuale e salva ogni soluzione casistica improntata al perseguimento della soluzione equitativa più adeguata al caso concreto – tra l'illecito penale da sanzionare e la perdita da ristorare a vantaggio dell'offeso.

Se è vero infatti che, nel *common law*, l'istituto viene utilizzato «per punire il convenuto (il soggetto danneggiante) per aver commesso, in una posizione soggettiva che potrebbe essere definita di mala fede, un fatto particolarmente grave e riprovevole (nella quasi generalità dei casi un *tort*)»[69], è altrettanto vero che la scelta dello *ius civile*, fin dall'origine, è stata di segno ben diverso: la reazione, per quanto sempre affidata all'iniziativa discrezionale dell'offeso, rimaneva saldamente ancorata ai principi della responsabilità penale, concorrendo con il rimedio reipersecutorio in via cumulativa senza mai condividerne il regime o abdicare alla propria identità.

In effetti, ai fini del risarcimento propriamente detto, non risultavano di alcun momento aspetti come la particolare odiosità del comportamento inadempiente ovvero il lucro ritratto dal suo autore ovvero ancora la necessità di calibrare il danno liquidato in relazione alle capa-

---

[67] Così F. Schupfer, *Il diritto delle obbligazioni*, Padova, 1868, 342; sul punto cfr., inoltre, R. Scevola, *'Utilitas publica'*, II, *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova, 2012, 242 ss.

[68] Cfr. E. Albertario, voce *Deposito (dir. rom.)*, in *Enc. it.*, XII (I appendice), Roma, 1938, 633; E. Manenti, *Le basi romanistiche dell'appropriazione indebita: nota di commento a Cass. 4 settembre 2012, n. 33623*, in *Diritto@Storia*, XI, 2013.

[69] Cfr. G. Ponzanelli, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 438.

cità patrimoniali del responsabile: sicché ogni accostamento alla figura di *common law* non può che risultare in ultima analisi fuorviante, in quanto dettata solo dall'esistenza di condanne nel multiplo attinenti però al piano squisitamente delittuale.

Ciò non toglie che, ai fini del riconoscimento dei danni punitivi negli ordinamenti continentali, spesso osteggiato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[70] ma più di recente ammesso dalla Corte Europea di Giustizia[71], l'analisi storica contribuisca al superamento di una concezione della responsabilità civile diretta a perseguire «il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno arrecato»[73]: l'esperienza romana in tema di *delicta* dimostra semmai come la gamma di strumenti a disposizione del legislatore sia assai più vasta, comprendendo anche pene da riscuotere nel processo privato in grado di sortire effetti, al tempo stesso, afflittivi e deterrenti[74].

[70] Ad esempio nelle pronunce 18 febbraio 1999, 24 aprile 1998 e 1° aprile 1998.

[71] Cfr. CGE 3 luglio 2006, n. 295: «se una particolare forma di risarcimento, come quello cd. «esemplare o punitivo», viene riconosciuta nell'ambito di un'azione nazionale, esso deve essere ammesso anche in collegamento alla violazione del diritto comunitario», salvo precisare che quest'ultimo «non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto».

[72] Cfr. la celebre chiosa contenuta in Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183.

[73] In questo solco si muove probabilmente la novella dell'art. 96, comma 3, c.p.c., in tema di «responsabilità aggravata»: «in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».