

LA RESPONSABILITÀ PER *EFFUSUM VEL DEIECTUM* DEI SOTTOPOSTI A POTESTÀ

Fabiana Mattioli
Universidade de Bolonia, Itália

La lettura delle fonti attesta di alcuni dubbi interpretativi che si dovettero porre circa il soggetto passivo dell'*actio de effusis vel deiectis* qualora l'*effusio* o la *deiectio* fossero avvenute da un *cenaculum* abitato da un *filius familias* - o eventualmente da uno schiavo - che rispettivamente abitassero separatamente dal padre o dal *dominus*¹. A questo proposito, anche in relazione al tema specifico del nostro Convegno, dobbiamo occuparci primariamente del caso del *filius familias*, caso che è specificamente prospettato in un frammento del commentario all'editto ulpiano:

D. 9, 3, 1, 7 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Si filius familias cenaculum conductum habuit et inde deiectum vel effusum quid sit, de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit: in ipsum itaque filium haec actio competit.*

Il giurista severiano rigettava dunque l'ipotesi che il padre potesse essere tenuto *de peculio* nel caso in cui si fosse accertato che l'*effusio* o la *deiectio* fossero appunto avvenute da un *cenaculum* abitato *in conducto* da un *filius familias*. Da ciò trae la conclusione che l'azione in questione fosse esperibile *in ipsum filium*, cioè direttamente contro il *filius habitator*².

La soluzione prospettata trova sostanziale corrispondenza nel testo di l. 4, 5, 2 nonché in D. 44, 7, 5, 5, il passo delle *res cottidianae* che costituisce la traccia utilizzata dai compilatori per la redazione dei §§ 1-2 del titolo 4, 5 delle Istituzioni imperiali³:

l. 4, 5, 2: *Si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est: Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. quod et in filio familias iudice observandum est, qui litem suam fecerit.*

D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): *... ideo si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit sive quid positum suspensumve*

¹ Il termine *cenaculum*, che in origine indicava la camera da pranzo, finì poi di norma per indicare gli alloggi posti ai piani superiori degli edifici o comunque parte di essi (cfr. Festus, s.v. *cenacula* [Lindsay, p. 47]; Varro, *de lingua latina* 5, 162), in cui potevano essere alloggiati tra l'altro gli ospiti di rango inferiore e gli schiavi: sul punto cfr. per tutti quanto a suo tempo osservato da F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, p. 229, nt. 191 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, in BIDR 73, 1970, p. 190, nt. 191).

² Il testo attribuito a Ulpiano è stato in passato spesso sospettato: per un quadro delle ipotesi interpolazionistiche cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, I, Weimar, 1929, c. 117 e Suppl., I, Weimar, 1929, c. 157. Per la possibilità che sia interpolata quantomeno la frase «*de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit*» v. nella letteratura relativamente recente G. LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectis – Actio de positis ac suspensis*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, p. 453, che ritiene che il dettato attuale ben si inquadri nel contesto giustiniano, in cui alla decadenza del sistema nossale, corrisponde il riconoscimento della capacità patrimoniale al *filius familias*. In questo senso, per l'ipotesi che il passo sia stato rimaneggiato per adeguarlo all'abolizione giustiniana del regime della nossalità, v. anche T. GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid 1990, p. 101.

³ Sul punto, per lo stretto rapporto intercorrente fra l. 4, 5, 2 e D. 44, 7, 5, 5, che pure si differenziano per il fatto che nel testo delle Istituzioni imperiali venne eliminato dai compilatori il riferimento espresso all'*actio de peculio* e all'*actio noxalis*, cfr. le osservazioni di C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in BIDR 13, 1901, p. 190 (= *Opere*, II, Milano, 1929, p. 404). Per la sostanziale classicità della parte finale del testo delle *res cottidianae* v. da ultimo R. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, 2004, pp. 432-433, nt. 41.

habuerit, cuius casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum.

Nel passo istituzionale, sulla scia appunto del testo delle *res cottidianae*, si conferma dunque che le azioni relative all'*effusum vel deiectum*, così come quella prevista per il *positum aut suspensum*⁴, non potevano essere intentate contro il *pater*, ma dovevano essere piuttosto direttamente proposte nei confronti del *filius familias* stesso⁵, sempreché quest'ultimo fosse l'autonomo *habitor* di un *cenaculum*, e quindi, appunto, non fosse convivente con il padre («*seorsum a patre habitaverit*»)⁶.

Analoga previsione, secondo il testo istituzionale, sarebbe stata inoltre prevista, con le dovute differenze, nei confronti del *filius familias iudex* rispetto all'azione relativa al *litem suam facere*⁷, tema oggetto proprio in questo Convegno della comunicazione di Aránzazu Calzada González e su cui pertanto in questa sede non mi soffermerò ulteriormente⁸.

Liberato il campo da tale ultima delicata questione di cui si occupa in specie il noto testo di D. 5, 1, 15 pr. (Ulp. 21 *ad ed.*), dobbiamo dunque concentrarci sul tema che costituisce *ex professo* l'oggetto di questa mia breve comunicazione. Per quanto direttamente riguarda il nostro tema gli ultimi due testi citati permettono

4 () Non pienamente soddisfacente sul punto W. WOŁODKIEWICZ, Sulla cosiddetta responsabilità dei "quasi delitti" nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della Società italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1977, p. 1287, laddove pur correttamente rileva che, con riferimento al *positum*, non esiste nel commentario ulpiano un corrispondente di D. 9, 3, 1, 7-8 per il caso che i subalterni - *fili families* o schiavi - abitassero per conto loro: ciò tuttavia, alla luce di D. 44, 7, 5, 5 e di l. 4, 5, 2, non pare potersi ricondurre alla diversa configurazione della responsabilità per *positum* in quanto connessa non tanto alla persona che abitasse, ma a chi piuttosto avesse collocato qualcosa in modo pericoloso, ma piuttosto ad una semplice scelta espositiva del giurista severiano, che probabilmente - salvo che non si voglia immaginare un non probabile e non dimostrabile taglio operato dai compilatori - semplicemente non ritenne di riproporre la questione dopo averla risolta con riferimento all'*effusum vel deiectum*.

5 In generale sulle caratteristiche e sui limiti della *nossalità* con riferimento all'*effusum vel deiectum* e al *positum aut suspensum* v. F. MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna, 2010, in specie pp. 136-138 e pp. 165-167. Qui si può rapidamente osservare che l'esclusione della *nossalità* nel caso dell'*effusum vel deiectum* non era assoluta e che anzi, tranne il caso del *filius* o del servo che abitassero autonomamente, era di norma possibile convenire il titolare della potestà, che tuttavia si poteva liberare della propria responsabilità facendo a quanto pare ricorso alla c.d. *exceptio noxalis*.

6 La concessione delle azioni in questione contro il *filius familias* presupponeva dunque che costui vivesse in un autonomo appartamento: al proposito cfr. quanto osservato da T. PALMIRSKI, *Effusum vel deiectum*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à W. Wołodkiewicz*, II, Warszawa, 2000, p. 683 e ntt. 73-75.

7 Rimane tuttavia incerto se l'aggiunta sia di mano compilatoria o sia stata mutuata da una fonte classica diversa da D. 44, 7, 5, 5 (Gai. 3 *aur.*): a mio avviso sembrerebbe da condividersi la prima soluzione, benché la questione risulti probabilmente puramente formale in quanto è da ritenere che la possibilità di rivolgere direttamente l'azione contro il *filius familias* fosse comunque già prevista dal diritto classico: per l'ipotesi, che appare condivisibile, che l'aggiunta della frase finale di l. 4, 5, 2 sia dovuta ad «un'esigenza di completezza metodologicamente cara ai bizantini, preoccupati di conferire omogeneità al titolo relativo alle *obligationes quae quasi ex elicto nascuntur*» v. SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 445-446, nt. 51.

8 Mi riferisco a A. CALZADA GONZÁLEZ, *La comunicación de la responsabilidad quasi ex maleficio entre el paterfamilias y el filius-iudex qui litem suam facit. La responsabilidad quasi ex maleficio entre el paterfamilias y el filius-iudex qui litem suam facit. Della questione mi sono già ampiamente occupata in MATTIOLI, Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, cit., p. 68 e ss.

infatti di cogliere uno sviluppo dell'interpretazione giurisprudenziale più articolato di quanto risulti dalla lettura del più sintetico testo ulpiano da cui abbiamo preso le mosse.

In particolare dal passo delle *res cottidianae* emerge infatti che Giuliano si era posto non solo il problema dell'esperibilità dell'*actio de peculio*, ma anche quello dell'*actio noxalis* nei confronti del titolare della potestà e, risolvendoli entrambi negativamente, aveva forse per primo ammesso il ricorso all'azione diretta contro il *filius familias*⁹.

Non così, come abbiamo visto, Ulpiano che, dando a quanto pare per pacifica l'impossibilità di intentare l'azione *noxaliter*, si era soffermato piuttosto a dimostrare come l'azione non potesse essere concessa contro il padre neppure *de peculio* e ciò in quanto - come veniva osservato - non poteva dirsi derivata da contratto¹⁰.

Dalla lettura congiunta dei passi qui considerati sembrano comunque nel complesso potersi ricavare alcuni elementi ragionevolmente attendibili. Da un lato la probabilità che l'azione contro il *filius familias* fosse riconosciuta

⁹ Per la possibilità che già in diritto classico si concedesse di agire direttamente contro il figlio dato che nei confronti di quest'ultimo era sicuramente già riconosciuta almeno la possibilità di agire *ex contractu* cfr. in specie quanto ebbe ad osservare G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, Milano, 1963, p. 282. Che la concessione dell'azione diretta contro il figlio fosse del resto una necessaria conseguenza della accertata impossibilità di convenire il padre *noxaliter* o *de peculio* appare chiaramente dalla chiusa di D. 44, 7, 5, 5: ...*Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem, sed cum ipso filio agendum* (sul punto v. già SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 230-231 [= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., pp. 190-191]). Non pare invece condivisibile l'ipotesi secondo cui nel testo delle *res cottidianae* la frase «*cuis casus periculosus est, Iuliano placuit in patrem neque de peculio neque noxalem dandam esse actionem*» sarebbe il risultato di un rimaneggiamento giustiniano (cfr. invece in questo senso LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectionis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 453), quantomeno perché la menzione esplicita dell'impossibilità di convenire il padre *noxaliter* o *de peculio* non ricorre nel testo parallelo delle *Istituzioni*, in cui i compilatori preferiscono limitarsi a dire «*in patrem nullam esse actionem*» evidentemente per l'anacronismo dell'alternativa ai loro tempi. Diversa dunque l'ottica in cui si pongono i giustinianeî che, rovesciando in parte la prospettiva della soluzione giuliana (che ancora poneva la questione della formula *noxalis* e dell'alternativa della *conceptio verborum de peculio*), ad essa riportano essenzialmente la possibilità di intentare l'azione direttamente contro il figlio, aspetto questo che evidentemente aveva per loro un più immediato significato. Stante la regola generale enunciata in un passo ulpiano riportato in D. 5, 1, 57 (Ulp. 41 *ad Sab.*) e probabilmente rimaneggiato dai compilatori («*Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio...*») era infatti superfluo escludere nel caso specifico l'esperibilità dell'*actio de peculio* e dell'*actio noxalis*.

¹⁰ Riguardo all'esclusione della possibilità che l'azione venisse concessa come nossale può darsi che già il giurista severiano la desse come scontata: cfr. da ultimo J. M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996, p. 195, nt. 508. Sul punto, sostanzialmente nello stesso senso, v. ora anche R. FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano, 2007, pp. 334-335 e nt. 47 (quest'ultima in particolare con interessanti argomentazioni). Per quanto riguarda invece specificamente l'impossibilità di esperire *de peculio* l'*actio de effusis vel deiectionis* v. per tutti le osservazioni di SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., in specie pp. 229-230 (= *Responsabilità per fatto altrui e nossalità*, cit., in specie pp. 189-190). Sul punto, per quanto riguarda la giustificazione dell'esclusione nelle fonti bizantine, cfr. anche LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectionis – Actio de positis ac suspensis*, cit., pp. 450-451.

come ammissibile già a partire dall'epoca adrianea¹¹, dall'altro che la concessione dell'azione contro il figlio potesse costituire una sorta di rimedio eccezionale per la dichiarata impossibilità di convenire il padre *noxaliter* o *de peculio*, salvo poi il porsi dell'ulteriore problema delle conseguenze pratiche di una eventuale condanna ottenuta ai danni di un *filius familias*, con riferimento ai limiti circa la possibilità di ricorrere nei suoi confronti all'esecuzione forzata, cui si poteva eventualmente rimediare - ma a mio avviso solo nella *Geistesart* giustiniana - con la concessione dell'*actio iudicati de peculio* contro il padre¹².

Quanto all'esclusione della possibilità di concedere l'azione *noxaliter*, pare derivasse dalla circostanza che comunque poteva ben essere che il *filius nihil nocuisset* in quanto, in qualità *habitor*, lo si sarebbe dovuto considerare responsabile del danneggiamento - ai sensi dell'editto - anche se di norma non ne era materialmente il colpevole¹³. La nossalità appare del resto esplicitamente esclusa, proprio sulla base di questa eventualità, anche per lo schiavo, come ci dimostra espressamente il testo, immediatamente successivo, del commentario

11 La circostanza risulta appunto testimoniata dall'opinione giuliana ribadita nel testo delle *res cottidianae*, nonché dalla sicura presa di posizione di Ulpiano: sul punto v. per tutti le osservazioni di PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, cit., pp. 285-286 e nt. 19 (ma v. anche F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité - De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles, 1947, p. 512, nt. 51 e SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit. p. 231 e nt. 192 [= Responsabilità per fatto altrui e nossalità, cit., p. 191 e nt. 192]), che, pur non escludendo qualche rimaneggiamento dei passi in questione, ritiene che non si possa negare che l'azione diretta contro il figlio fosse stata concessa, in relazione alle *actiones de effusis vel deiectionis* nonché a quella *de positis aut suspensis*, già durante l'epoca classica. Sul punto, per la classicità dell'azione contro il figlio v. altresì COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, cit., p. 194, nonché, da ultimo, FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 334 e ss.

12 Sul punto v. ancora le osservazioni di PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, cit., p. 286, che per l'epoca classica esclude la possibilità di un'esecuzione patrimoniale della condanna attraverso la *missio in bona* e la *bonorum venditio*, salvo nel caso in cui il *filius familias* fosse titolare di un *peculio castrense*. Quanto all'esecuzione personale, favorevole - contro una opinione diffusa - S. SOLAZZI, *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio*, in *BIDR* 11, 1898, p. 115 e ss. (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, p. 2 e ss.). Per l'esclusione dell'*actio iudicati* contro il figlio v. tuttavia F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano, 1963, p. 188 e ss. Per la possibilità che nel caso di insolubilità del *filius familias* fosse tenuto in base all'*actio iudicati* il titolare della potestà cfr. D. 15, 1, 3, 11 (Ulp. 29 ad ed.): a questo proposito v. anche sch. 26, 27 e 29 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3171 = Heimbach, V, p. 327). Sul punto in dottrina cfr. W. WOŁODKIEWICZ, "*Deiectum vel effusum*" e "*positum aut suspensum*" nel diritto romano, in *RISG* 3^a s. 22, 1968, pp. 375-376 e PALMIŃSKI, *Effusum vel deiectionis*, cit., p. 682, nt. 72. Favorevole a ricondurre questa possibilità già all'epoca classica è ora anche H. ANKUM, *L'édit du préteur "de his qui deiecerint vel effuderint"*, in *Studia Iuridica* 41, 2003, pp. 21-22. Sul punto v. però, da ultimo, FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 336 e ntt. 49-51, che, anche con riferimento alle fonti bizantine, argomenta a favore dell'origine giustiniana dell'*actio iudicati de peculio*. Al proposito, nello stesso ordine di idee, in precedenza anche S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano, 2003, in specie p. 279 e ss. e p. 285, nt. 34.

13 Coerentemente l'ammettere il ricorso all'azione diretta anche per l'*actio de positis aut suspensis* è nel complesso a sua volta conforme alla configurazione della fattispecie. In tal caso si poteva infatti a buon diritto escludere la responsabilità in forma nossale del titolare della potestà appunto perché - in una fattispecie essenzialmente configurata come illecito di pericolo - a maggior ragione si poteva dire che colui che era tenuto responsabile in virtù delle disposizioni edituali *nihil nocuisset*. Si può qui rilevare che secondo D. STOJCEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, in *Iura* 8, 1957, p. 67, proprio il fatto che «le fondement de l'action est le risque couru par le passants, donc quand le dommage ne s'est point encore produit» avrebbe costituito il motivo specifico che determinò l'impossibilità di considerare il *positum aut suspensum* come figura di natura propriamente delittuale. Sul punto cfr. anche quanto osservato da WOŁODKIEWICZ, "*Deiectum vel effusum*" e "*positum aut suspensum*" nel diritto romano, cit., p. 379.

edittale ulpiano:

D. 9, 3, 1, 8 (Ulp. 23 ad ed.): *Cum servus habitator est, utrum noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto? an de peculio, quia non ex delicto servi venit? neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit. sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum.*

Il passo è stato in dottrina sospettato per più aspetti, ma come il precedente sembra nella sostanza essere, almeno nella prima parte (fino a *nocuerit*), espressione di idee classiche¹⁴. Il giurista vi prospetta una empassa logica in cui in ultima analisi, analogamente al caso del *filius*, la responsabilità *de peculio* si dice esclusa in quanto non derivata da un *negotium gestum*, mentre quella in forma nossale appunto perché la responsabilità del sottoposto non poteva comunque considerarsi di natura delittuale e ciò in quanto poteva ben essere che lo schiavo non fosse l'autore dell'illecito («*cum servus nihil nocuerit*»)¹⁵.

Tuttavia nel caso dello schiavo, non potendosi concedere un'azione diretta come contro il figlio, si prevedeva una repressione *extra ordinem* («...sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum»), di carattere meramente afflittivo che però da un lato certo non si armonizza in maniera pienamente soddisfacente con la *ratio* dell'intervento pretorio¹⁶, dall'altro risulta addirittura confliggere con quanto detto in precedenza a proposito dei motivi dell'esclusione della possibilità di concedere l'azione come nossale¹⁷.

¹⁴ Che quantomeno l'impostazione del passo (come del precedente §7) sia classica è sostenuto da M. TALAMANCA, Rec. a T. Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, in BIDR 94-95, 1991-1992 (ma 1994), p. 617. Sul punto v. ora anche FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 328 e ss. Per l'ipotesi invece che il passo sia frutto nella sua quasi totalità di un rimaneggiamento compilatorio cfr. LONGO, *I quasi delicta – Actio de effusis et deiectionis – Actio de positis ac suspensis*, cit., p. 455, che al più salva la frase «*neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit*». Sul punto v. anche Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur, I, cit., c. 117 e Suppl., I, cit., c. 157. Che il testo in esame sia stato sottoposto a rimaneggiamenti insieme al precedente § 7 è opinione condivisa recentemente anche dalla GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 102 e s.; si tratta in dottrina di una communis opinio: sul punto v. già G. A. PALAZZO, *Obbligazioni quasi ex delicto*, Parma 1919, in specie p. 79, nonché SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 229 e ss. (= Responsabilità per fatto altrui e nossalità, cit., p. 189 e ss.).

¹⁵ Quanto al significato della proposizione «*cum servus nihil nocuerit*» e al fatto che essa prospetti una semplice eventualità potendo il servo habitator essere o non essere il responsabile materiale dell'illecito v. FERCIA, *Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris"*, cit., p. 329, nt. 31 e p. 333, cui faccio rinvio anche per un esame in dettaglio del complesso (e per certi versi singolare) procedere del ragionamento ulpiano (cfr. ibidem, in specie pp. 328-330).

¹⁶ Per quanto riguarda i motivi di fondo dell'intervento pretorio si deve ritenere che fossero infatti essenzialmente da collegare alla publica utilitas consistente nel caso specifico nell'interesse pubblico alla tutela della sicurezza dei viandanti e, più in generale, della circolazione nella pubblica via: cfr., con particolare riferimento al testo di D. 9, 3, 1, 1 (Ulp. 23 ad ed.), quanto già rilevato in MATTIOLI, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, cit., p. 108 e ss.

¹⁷ Vale a dire con la circostanza, appunto, che il «*servus nihil nocuerit*». Quanto alla possibilità di tenerlo a sua volta responsabile per culpa in eligendo (o in vigilando) e per la conseguente legittimità della correctio extra ordinem cfr. sch. 42 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, pp. 3173-3174 = Heimbach, V, p. 328). Il rimaneggiamento del testo, con riferimento all'aggiunta della frase finale «*sed ego puto impunitum servum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum*», fu avvertito già dal Faber (cfr. A. DE MEDIO, *I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro*, in BIDR 13, 1900, p. 224) ed è in dottrina comunemente ammesso: sul punto cfr. per tutti WOŁODKIEWICZ, «*Deiectum vel effusum*» e «*positum aut suspensum*» nel diritto romano, cit., p. 374 e p. 376 e SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., pp. 234-235 (=

A parte l'incongruenza appena segnalata - che potrebbe forse anche indurre a non escludere che nell'originale il giurista severiano si soffermasse, almeno nel caso del servo, a discutere ulteriormente circa la possibilità di concedere eventualmente l'*actio de peculio* o, in alternativa, la stessa formula nossale¹⁸ - quanto riferito nel testo ulpiano di D. 9, 3, 1, 7-8 appare tuttavia a ben vedere non contraddittorio rispetto alla nossalità *sui generis* prospettata per il caso della formula contro l'*habitor* libero nella clausola finale di D. 9, 3, 1 pr.¹⁹.

Alla particolare nossalità prevista per il danneggiamento cagionato dai sottoposti corrispondeva infatti l'impossibilità di concedere un'azione in forma nossale contro il *pater* o contro il *dominus* (in diritto giustiniano ovviamente solo contro il *dominus*) nel caso in cui i primi vivessero separatamente dal titolare della potestà: in questa circostanza sarebbero stati infatti a loro volta tenuti solo in base ad una responsabilità addossata loro per ragioni di polizia urbana e quindi indipendentemente dalla loro materiale colpevolezza, circostanza questa che, per un principio generale, doveva escludere che si potesse agire in via nossale²⁰.

Responsabilità per fatto altrui e nossalità, cit., pp. 194-195), nonché da ultimo FERCIA, Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris", cit., p. 328, p. 337, nt. 52 e pp. 339-340 e nt. 62, che al proposito giustamente osserva come la *correctio extra ordinem* avrebbe forse potuto indirettamente tutelare la sicurezza della viabilità, ma non certo l'interesse della persona lesa. Diversamente, nella letteratura recente, per la sostanziale genuinità della frase finale del testo V. TURPIN, Formula, cognitio, and proceedings extra ordinem, in RIDA 3° s. 46, 1999, p. 563 e nt. 132 e recentemente ANKUM, L'édit du prêteur "de his qui deiecerint vel effuderint", cit., p. 21

18 Quanto alla possibilità che in diritto classico non mancasse chi, con un'interpretazione forzante, non escludesse del tutto una responsabilità del *dominus de peculio*, v. SERRAO, Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale, cit., pp. 232-233 (= Responsabilità per fatto altrui e nossalità, cit., pp. 192-193). Sul punto v. anche S. SCHIPANI, Il contributo dell'*edictum de his qui deiecerint vel effuderint* e dell'*edictum ne quis in suggrunda* ai principi della responsabilità civile dal *Corpus iuris* ai codici civili europei e latinoamericani, in Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla, II, Milano, 1994, p. 1106. Diversamente però ora FERCIA, Il mistero delle "formulae in dominum habitatoris", cit., p. 339 e ss., che ritiene che, dovendosi escludere la *conceptio verborum de peculio* per l'estraneità della fattispecie ad un *negotium gerere*, fosse semmai prospettabile in diritto classico la formula *noxalis* e che nel testo conservatoci sia stato eventualmente cancellato «un discorso su un complesso problema di tecnica formulare» (v. p. 340) forse anche in relazione alla possibilità di compiere la *noxae deditio* dell'*habitor* o in alternativa di un *servus* dell'*habitor*: sul punto, per alcune congetture sulla eventuale configurazione della formula in *dominum habitatoris*, cfr. ibidem, pp. 344-345 e nt. 70.

19 Tale nossalità consisteva fra l'altro nel permettere all'*habitor* la *noxae deditio* dell'autore del fatto, benché - per la responsabilità dello stesso *habitor* - il *deictor*, anche qualora fosse stato *sui iuris*, non potesse essere chiamato a rispondere come diretto responsabile dell'illecito. Tutt'al più il *deictor* poteva essere convenuto in via di regresso qualora si dimostrasse in concreto la sua responsabilità: cfr. D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 ad ed.): *Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis tenetur merito ei, qui ob hoc condemnatus est* (MOMMSEN, ed. maior, I, p. 295, nt. 3), *quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandum esse Labeo dicit adversus deictorem, quod verum est. plane si locaverat deictori, etiam ex locato habebit actionem*.

20 Coglie dunque a mio avviso sostanzialmente nel segno WOŁODKIEWICZ, Sulla cosiddetta responsabilità dei "quasi delitti" nel diritto romano ed il suo influsso sulla responsabilità civile moderna, cit., p. 1286, quando afferma che la nossalità dell'azione risulta esclusa perché lo schiavo viveva separatamente dal *dominus* e quindi, possiamo aggiungere, perché la prospettiva era diversa rispetto a quella presa in considerazione dalla formula contro l'*habitor* libero. Ciò più esattamente avviene perché lo schiavo - come del resto anche il *filius familias* - era egli stesso *habitor* e quindi, in quanto tale, era potenzialmente tenuto indipendentemente dall'essere materialmente l'effettivo responsabile del danneggiamento (in questo senso appunto si può dire che, come ha giustamente rilevato Fercia [v. supra, nt. 101], il «*servus nihil nocuerit*»): cfr. sch. 42 a Bas. 60, 4, 1 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3173 = Heimbach, V, p. 328). A questo proposito è anzi significativo, nell'ottica bizantina, che i Basilici e gli scolii escludano che si tratti di una responsabilità per contratto o per delitto, ma piuttosto ritengano che si tratti di una responsabilità per quasi delitto: cfr. Bas. 60, 4, 1 e sch. 27 e 31 (Scheltema-Holwerda-van der Wal, B VIII, p. 3171 = Heimbach, V, p. 327).

Sotto questo profilo, già per il diritto classico, si giustificava dunque il ricorso all'azione diretta contro il figlio, mentre, per non lasciare senza sanzione il caso della *deiectio* che fosse avvenuta da un *cenaculum* abitato da uno schiavo, esclusa forse definitivamente anche in questo caso la possibilità di concedere un'*actio de peculio* o, in alternativa, la formula nossale *in dominum habitatoris* che presentava complicazioni non irrilevanti sul piano della *conceptio verborum* formulare e non indifferenti difficoltà sul piano probatorio, si pensò piuttosto di prospettare - ma forse siamo ormai già in epoca postclassica - la possibilità di ricorrere, *officio iudicis*, ad una *correctio extra ordinem*²¹.

21 PALMIRSKI, *Effusum vel deiectionum*, cit., p. 682 e nt. 71 ritiene che in diritto classico il caso rimanesse impunito, in quanto non previsto probabilmente per l'infrequenza della figura schiavo habitator. Migliore sarebbe stata quindi la condizione di chi subisse un danno da uno schiavo che dimorasse in casa del proprio dominus o anche presso altri: in tale ultimo caso avrebbe comunque potuto trovare eventualmente applicazione l'azione di regresso prevista da D. 9, 3, 5, 4 (Ulp. 23 ad ed.). L'ipotesi in effetti non convince, ma d'altra parte la congettura che in diritto classico si prospettasse la possibilità di noxaliter agere con una formula *in dominum habitatoris* si scontra contro un principio indiscutibile che è quello secondo cui è solo l'autore del fatto che può essere dato a noxa, salvo che non si voglia ritenere che in tal caso la possibilità di compiere la *noxae deditio* riguardasse esclusivamente colui (il *servus habitator* o un altro servo) che in iudicio si fosse eventualmente dimostrato essere - pur con tutte le difficoltà del caso - l'effettivo responsabile dell'illecito: tale circostanza non sarebbe in contraddizione con quanto detto in D. 9, 3, 1, 8 e in particolare con l'affermazione secondo cui la *noxae deditio* del *servus habitator* troverebbe ostacolo nell'eventualità che costui «*nihil nocuerit*».

