

JEAN-FRANÇOIS GERKENS
Università di Liegi

Regole e pratiche in caso di stato di necessità nell'età romana classica*

Nel Digesto, tre passi (D. 43.24.7.4; D. 9.2.49.1; D. 47.9.3.7) riguardano direttamente il problema del *damnum incendii arcendi causa datum*. Si tratta di tre testi dello stesso giurista (Ulpiano), che però differiscono dal punto di vista del mezzo processuale usato. Il primo testo tratta essenzialmente dell'interdetto *quod vi aut clam*; il secondo dell'*actio legis Aquiliae*; il terzo dell'*actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*. Lo studio di questi testi consente di affermare che i Romani non hanno conosciuto la categoria dogmatica dello stato di necessità, nel senso in cui questa viene usata al giorno d'oggi. Infatti, il semplice fatto di aver agito allo scopo di proteggersi dalla furia di un incendio, non era necessariamente in grado di costituire una causa esimente dalla sopportazione del danno causato. La fattispecie variava a seconda del mezzo processuale usato. È possibile comunque affermare che già i giuristi classici tendessero a considerare rilevante la particolare situazione nella quale si trovava colui che aveva agito *incendii arcendi causa*.

Le pratiche giuridiche romane in caso di stato di necessità ci sono note soprattutto attraverso il caso del *damnum incendii arcendi causa datum*. Tre testi del Digesto si occupano di questo caso. Ecco di cosa si tratta. Scoppia un incendio a Roma; Tizio, che teme che questo incendio raggiunga la sua abitazione, decide di abbattere la casa di un suo vicino – Mucio – situata tra il fuoco e la sua casa.

Oggi, una tale fattispecie verrebbe analizzata in termini di stato di necessità. Perché abbia senso usare un tale linguaggio, bisognerebbe accertarsi di poter parlare di stato di necessità per il diritto romano. In realtà, è ben noto che questa categoria dogmatica è frutto della scienza giuridica tedesca dell'Ottocento¹. Cosicché, non si dovrebbe mai parlare di «stato

* Ringrazio il dr. Antonio Saccoccio per la revisione del testo italiano del presente articolo.

¹ V. in tale senso: ORMANNI, *Necessità (stato di)*, in *ED*. 27 (Milano, 1977) p. 822 ss. V. anche: MAYER-MALY, *Das Notverkaufsrecht des Hausvaters*, in *ZSS.75* (1958) p. 129 s.;

di necessità» per il diritto romano, senza usare le virgolette. La domanda appropriata è dunque: cosa facevano i romani, nei casi che noi chiamiamo di stato di necessità? Ed in particolare: come risolvevano il caso del *damnum incendii arcendi causa datum*? Proverò a rispondere – almeno in parte – a queste domande.

Vediamo prima i testi² in questione:

D. 43.24.7.4 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercedi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret: «Quod incendii defendendi causa factum non sit?» Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam: si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.*

In questo primo testo, Servio ritiene necessaria una doppia distinzione. Innanzi tutto bisogna vedere se la persona che ha distrutto la casa era un magistrato o un privato. Se era un privato, bisogna ulteriormente distinguere, a seconda che il fuoco si sia fermato prima di raggiungere la casa di Mucio o meno. Questa seconda distinzione può risultare un po' sorprendente, nel senso che se si fosse veramente trattato di un caso di stato di necessità, non ci sarebbe stato alcun bisogno di distinguere. Ecco appunto quanto dice quest'altro testo di Ulpiano:

D. 9.2.49.1 (Ulp., 9 *Disp.*): *Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, ut videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit; nisi magna vi cogente fuerit*

ASCHERI, *Note per la storia dello stato di necessità*, in *St. Senesi* 87.1 (1975) p. 25 ss.; GIARO, «Excusatio Necessitatis» nel diritto romano (Warszawa, 1982) p. 89 s.

² Per una esegesi più completa di questi testi, v. il mio «*Aequae perituris...*», *une approche de la causalité dépassante en droit romain classique* (Liège, 1997) p. 33-114.

factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit: nam hic scribit cessare legis Aquiliae actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenit ignis sive ante extinctus est, existimat legis Aquiliae actionem cessare.

La contraddizione è lampante. Nei due testi troviamo Tizio che abbatte la casa del vicino per fermare un incendio. In entrambi i casi si fa la stessa distinzione a seconda che il fuoco raggiunga la casa distrutta o si spenga prima. Ma nel primo testo si dice che se il fuoco si è spento prima, Tizio deve essere condannato; nel secondo, che Tizio deve essere invece assolto.

Tre tipi di soluzioni sono state immaginate dalla dottrina.

La prima soluzione è quella della glossa³. Secondo questa, se il secondo testo prevede l'assoluzione, è perché Tizio ha agito «*iusto metu ductus*», ed ha dunque creduto che il fuoco avrebbe raggiunto la casa distrutta. L'importante sarebbe dunque che il timore sia giustificato, ed uno dei metodi per provare ciò sarebbe quello di verificare se il fuoco avrebbe ragionevolmente potuto «*pervenire*»⁴.

Questo tentativo di soluzione deve però essere respinto. Nella distinzione che ci propone Servio nel primo testo, non c'è posto per l'applicazione di un «*iustus metus*» il quale cancelli l'*iniuria*. Infatti, la distinzione riguarda in ogni caso anche l'ipotesi dell'interdetto *quod vi aut clam*, e, come si sa, per quest'ultimo la presenza o meno di un'*iniuria* è indifferente⁵. D'altronde, Servio non sembra essersi chiesto se Tizio abbia abbattuto la casa spinto da un giusto timore o meno... Quel che importa è il risultato: il fuoco si è spento prima di raggiungere la casa distrutta o no.

La seconda soluzione proposta spiega la contraddizione immaginando una controversia tra Servio e Celso sul contenuto dello stato di ne-

³ V. la Glossa «*Extinctus*» ad D. 9.2.49.1, in GOTHOFREDUS, *Digestum vetus* (Lugduni, 1604).

⁴ Questa soluzione è stata adottata ancora recentemente da: MACCORMACK, «*Aquilian Studies*», in *SDHI*. 41 (1975) p. 55: «A person who had reasonable grounds for thinking that a fire would reach his own house cannot be deemed to be at fault if he pulls down a neighbour's house in order to check the spread of the fire».

⁵ V. Ulp. 71 ad ed. (D. 43.24.1.2): *Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non: sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: Tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci.*

cessità. Come si può facilmente immaginare, questa soluzione è nata insieme alla categoria dogmatica stessa, cioè nella scienza giuridica tedesca dell'Ottocento⁶.

La controversia si spiegherebbe con il fatto che il riconoscimento di uno stato di necessità è appunto un problema di fatto⁷, sul quale sarebbe normale trovare divergenze tra i giureconsulti⁸. Questi, dunque, sarebbero d'accordo nell'ammettere la fondatezza di un possibile ricorso allo stato di necessità, ma non concorderebbero sulle condizioni richieste per il ricorrere di esso. Questa interpretazione pone però qualche problema, quando si tenga presente che ambedue i testi sono di Ulpiano, e che quest'ultimo non dichiara di contrapporsi né a Servio, né a Celso.

Davanti a questo problema, alcuni autori⁹ invocano il terzo testo di Ulpiano, che tratta dello stesso caso:

D. 47.9.3.7 (Ulp. 56 ad ed.): *Quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit: nam si dolus malus absit,*

⁶ V.: LÖHR, *Die Theorie der Culpa* (Gießen, 1806) p. 95 ss.; GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten* (Erlangen, 1808) X, p. 331; PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen* (Weimar, 1867), p. 39; STAMMLER, *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes* (Erlangen, 1878) p. 12 ss.

⁷ V. in questo senso: PERNICE, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen* (Weimar, 1867) p. 39.

⁸ Oltre agli autori già citati, altri, più recenti, hanno ancora sostenuto che la contraddizione poteva essere spiegata facendo leva sui divergenti punti di vista a proposito del contenuto dello stato di necessità e sull'apprezzamento dei fatti. V.: VON TUHR, *Der Nothstand im Civilrecht* (Heidelberg, 1888) p. 61 s. (secondo questo autore, Ulpiano avrebbe risolto la controversia adottando la soluzione di Celso. V. anche, nello stesso senso: KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II (Leipzig, 1901) p. 1237 s.); FERRINI, *Diritto penale romano* (1902) (Rist. Roma, 1976) p. 87 n. 2: «la difficoltà però di distinguere un mero pericolo da un danno imminente spiega le controversie che si ebbero in proposito fra i giuristi romani»; BONFANTE, *Corso di diritto romano* 2/1, (Roma, 1926) p. 406 s. (Rist. 1966, p. 470 s.); ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann. Palermo* 15 (1936) p. 141; DE MARTINO, *In tema di stato di necessità*, in *RISG.* 14 (1939) p. 47; VISKY, *La responsabilité en droit romain*, in *RIDA.* 3 (1949) p. 478 ss.; WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford, 1965) p. 241; TAFARO, «Causa timoris» e «migratio inquilinorum» in un responso serviano, in *Index* 5 (1974/1975) p. 57; HORAK, C.R. B.W. Frier, *The Rise of the Roman Jurists*, in *ZSS.* 105 (1988) p. 840 s., n. 20; ZIMMERMAN, *The Law of Obligations* (Cape Town, 1990) p. 1001; HONSELL, *Römisches Recht*, 3. ergänzte Aufl. (Berlin-Heidelberg, 1994) p. 148; HAUSMANINGER, *Schadenersatzrecht der Lex Aquilia*, 5. Aufl. (Wien, 1996) p. 23 s.

⁹ V. p. es.: VON TUHR, *Der Nothstand im Civilrecht* (Heidelberg, 1888) p. 62 ss.

cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod Labeo scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim, et meo nomine et familiae iudicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. Puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen lege Aquilia agi cum hoc possit? Et non puto agendum: nec enim iniuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset. Et ita Celsus scribit.

È vero che in questo testo Ulpiano richiama il pensiero di Celso, aderendo in modo esplicito alla ricostruzione di quest'ultimo. Però, questa volta, non viene precisato se sia importante verificare se il fuoco abbia raggiunto le rovine della casa distrutta, oppure no. Il terzo testo non ci permette dunque di mettere fine alla discussione.

Kaser¹⁰ – nel periodo interpolazionistico della sua attività – ha provato a risolvere il problema ricorrendo ad una interpolazione. Ulpiano avrebbe in realtà contraddetto la posizione di Servio e concesso l'eccezione in ogni caso al privato, cioè anche quando il fuoco si fosse spento prima di raggiungere le rovine della casa abbattuta. Secondo Kaser, l'eccezione era l'unico mezzo che poteva permettere al giudice di tener conto dello stato di necessità. Questa interpretazione, però, dà per scontato che Ulpiano abbia condiviso l'avviso di Celso e respinto quello di Servio... Ma è proprio questa la domanda alla quale dobbiamo rispondere e l'autore non ci dà nessun argomento né in un senso, né nell'altro. Per di più, non si riesce neanche a comprendere per quale ragione i compilatori avrebbero interpolato il testo in tale senso, introducendo così una contraddizione nel Digesto.

In realtà, come lasciava già presupporre la premessa, questa soluzione, fondata su una possibile controversia sul contenuto dello stato di necessità, non poteva convincere. Una volta ammesso che i romani non conoscevano il concetto stesso, i giureconsulti non potevano neanche discutere sul suo contenuto.

A mio avviso, la soluzione migliore è una terza, quella immaginata da Suarez de Mendoza¹¹.

¹⁰ KASER, *Quanti ea res est* (München, 1935) p. 10 n. 4.

¹¹ SUAREZ DE MENDOZA, *Commentarii ad Legem Aquilianam*, in Meermani G., *Novus Thesaurus Juris Civilis et Canonici*, II (Hagae-Comitum, 1751) p. 28 ss. V. anche: WISSENBACH, *Exercitationum ad quinquaginta libros Pandectarum* (Fraenekeræ Frisiorum,

Per questo giurista del seicento¹², le soluzioni divergenti di Servio e Celso vengono spiegate dalle differenze tra l'*actio legis Aquiliae* e l'interdetto *q.v.a.c.* L'autore parte dalla constatazione che l'eccezione viene concessa solo al magistrato e che ad esso può essere utile solo nel quadro dell'interdetto *q.v.a.c.*

Nel quadro dell'*actio legis Aquiliae*, l'eccezione non sarebbe di alcuna utilità per il magistrato, perché se egli ha distrutto la casa senza commettere un dolo o una *iniuria*, ha agito *iure potestatis* e non potrà essere condannato sulla base dell'*actio*¹³. Al contrario, se la casa è stata da lui distrutta in modo doloso o con *iniuria*, non sussiste più alcun motivo per concedergli un'eccezione.

Nel quadro dell'interdetto *q.v.a.c.*, Suarez ricorda che chiunque abbia agito «*vi aut clam*» sulla casa altrui sarà tenuto dall'interdetto *q.v.a.c.*, sia che abbia, sia che non abbia avuto il diritto di agire così. In questo caso, il fatto di agire *iure potestatis* non ha più alcuna rilevanza e l'eccezione diventa dunque indispensabile per evitare la condanna.

Una volta risolto il problema della contraddizione tra i due primi testi, dobbiamo rivolgerci ad un'altra contraddizione, interna al primo testo (D. 43.24.7.4). Questo testo presenta il seguente sviluppo. Dapprima, il problema della concessione dell'eccezione sembra sollevato sia per l'interdetto che per l'*actio legis Aquiliae* («... *et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria*»). Dopo, viene la doppia distinzione di Servio. Infine, Servio afferma doversi scegliere la stessa soluzione nel caso di un'*actio legis Aquiliae*, come se prima si fosse trattato solo dell'interdetto

1661) Disp. 23, Lib. 43, th. 16, col. 896; VOET, *Commentarius ad Pandectas*, I (Hagae-Comitum, 1716) p. 549; HUBER, *Eunomia Romana* (Franequeræ, 1700) p. 416; IDEM, *Praelectionum iuris civilis*, II (Lovanii, 1766) p. 322 (*Ad leg. Aquil. §1*).

¹² Suarez de Mendoza è stato giudice a Hispala ed è morto nel 1681 (v. RIVIER, *Introduction historique au droit romain* [Bruxelles, 1881] p. 620).

¹³ Suarez de Mendoza fonda queste affermazioni sui seguenti testi: Ulp. 11 *ad ed.* (D. 4.2.3.1): *Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure bonoris quem sustinet. ceterum si per iniuriam quid fecit populi Romani magistratus vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.* Ulp. 32 *ad ed.* (D. 19.2.13.8): *Si quis mensuras conduxerit easque magistratus frangi iusserit, si quidem iniquae fuerunt, Sabinus distinguit, utrum scit conductor an non: si scit, esse ex locato actionem, si minus, non. quod si aequae sunt, ita demum eum teneri, si culpa eius id fecit aedilis. Et ita Labeo et Mela scribunt.* Ulp. 57 *ad ed.* (D. 47.10.13.1): *Is, qui iure*

(«*idem ait esse, si damni iniuria actum foret*»). La domanda è dunque la seguente: le distinzioni di Servio concernono solo l'interdetto *q.v.a.c.*, oppure anche l'*actio legis Aquiliae*?

Gli autori che pensano che Servio abbia parlato dell'*actio legis Aquiliae* fin dall'inizio hanno tutti dovuto ammettere che il passo era gravemente interpolato¹⁴.

Suarez de Mendoza, conformemente a quanto ho esposto prima, pensa invece che, parlando dell'*exceptio*, Servio si rivolga solo all'interdetto *q.v.a.c.* L'opinione di Suarez viene rafforzata da Schipani¹⁵, secondo il quale le parole «*aut damni iniuria*» sono interpolate. Tale ricostruzione ha due conseguenze. Da un lato, la cancellazione di queste parole elimina anche la contraddizione. Dall'altro lato, l'opportunità di dare una «*exceptio quod incendii defendendi causa factum non sit*» non deve riferirsi necessariamente soltanto al caso dell'interdetto *q.v.a.c.* Schipani, infatti, pensa che non avrebbe avuto senso chiedersi se bisognava concedere l'*exceptio* nel quadro dell'*actio legis Aquiliae*, in quanto la formula di quest'ultima non necessita dell'inserimento di una *exceptio*. Se manca il danno o l'*iniuria*, l'*actio* non viene accordata. Sarebbe dunque molto strano immaginare che Celso abbia potuto chiedersi se fosse necessario inserire una *exceptio* nella formula dell'*actio legis Aquiliae*¹⁶. Questa interpolazione può spiegarsi col fatto che, sul finire della procedura formulare, il termine «*exceptio*» perde il suo significato tecnico, per assumerne uno più generico di argomento di difesa e che il passo intraprende più avanti un confronto con l'*actio legis Aquiliae*. Così, i compilatori non avrebbero più capito per quale motivo il confronto non fosse stato fatto sin dall'inizio del frammento.

publico utitur, non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam. Ulp. 57 ad ed. (D. 47.10.13.6): *Quae iure potestatis a magistratu fiunt, ad iniuriarum actionem non pertinent.*

¹⁴ V. p. es.: FABER, *De erroribus pragmat* (Lugduni, 1658) Decad. LXXVII, Err. V, p. 330 ss.; CANNATA, *Genesis e vicende della colpa aquiliana*, in *Laheo* 17 (1971) p. 70 s.

¹⁵ SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia»*. *Criteri di imputazione e problema della «culpa»* (Torino, 1969) p. 155 s.; concordano con Schipani: LONGO, *Sulla legittima difesa e sullo stato di necessità in diritto romano*, in *Festgabe von Lübtow* (Berlin, 1970) p. 333 n. 21; ORMANNI, *Necessità (stato di)*, in *ED*. 27 (Milano, 1977) p. 827.

¹⁶ Ciò è tanto più vero in quanto sappiamo da altri passi (D. 9.2.49. 1 e D. 47.9.3.7) che Celso era dell'avviso che, nel caso del *damnum incendii arcendi causa datum*, il convenuto non dovesse essere condannato sulla base dell'*actio legis Aquiliae*, a causa della mancanza dell'*iniuria*.

Il confronto tra l'interdetto e l'*actio* comincia dunque con le parole «*idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus*». Questa frase riguarda dunque il caso in cui il privato viene assolto (nel caso dell'interdetto *q.v.a.c.*), perché il fuoco ha raggiunto le rovine della casa distrutta. Solo in questo caso, si può dire che non c'è danno, in quanto la casa sarebbe stata comunque distrutta.

Dunque, nel caso dell'interdetto *q.v.a.c.* il magistrato dispone «del-*l'exceptio quod incendii defendendi causa factum non sit*»; il privato viene assolto solo se non c'è danno perché la casa sarebbe comunque stata distrutta. L'assoluzione in questione è quella che sopravviene nel quadro del *iudicium secutorium*.

Nel caso dell'*actio legis Aquiliae*, il risultato è lo stesso, ma questa volta l'assoluzione ha una doppia ragione: l'assenza del danno ma anche dell'*iniuria*. Il «*quoniam nullam iniuriam aut damnum...*» si spiega così. La stranezza dell'«*aut*» nella motivazione si chiarisce con il fatto che questa deve valere per entrambi i mezzi. Per l'interdetto, l'assoluzione si spiega con l'assenza del danno; per l'*actio*, con l'assenza del danno e dell'*iniuria*. L'«*aut*» non significa dunque che c'è un'alternativa. Non è neanche un'esitazione, come si è voluto ritenere. Secondo me, queste parole di Servio sono l'espressione sintetica del suo confronto tra l'interdetto *q.v.a.c.* e l'*actio legis Aquiliae*.

Dunque, se *ignis pervenit*, la soluzione è uguale per l'*actio* e per l'interdetto. Se, invece, *ignis non pervenit*, solo l'interdetto permette una condanna. Questa differenza fatta da Servio può sembrare strana, ma bisogna sottolineare che essa è stata mantenuta da Ulpiano, Giustiniano e anche nei Basilici¹⁷. Si potrebbe essere tentati di ritenere il diritto romano incoerente su questo punto. Bisogna prestare attenzione alle fondamentali differenze esistenti tra l'*actio legis Aquiliae* e l'interdetto *q.v.a.c.* Se ambedue

¹⁷ Bas. 60.3.49: Ulp. Ὁ διὰ καπνοῦ φονεύσας ἢ φυγαδεύσας ἀλλοτρίας μελίσσας ὑπόκειται τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση ἀγωγῇ. Ὁ Ἄκουίλιος ἀδικον ἐπιζητεῖ ζημίαν· εἰ δὲ τις ἐμπρησμοῦ γενομένου διὰ τὸ σῶσαι τὸν ἴδιον οἶκον καταστρέψῃ τὸν τοῦ γείτονος, ἀργεὶ ὁ Ἄκουίλιος, εἴτε τὸ πῦρ ἔφθασεν εἴτε προεσβέσθη. Bas. 58. 23.7. 4: Ulp. Ὁ μὲν ἄρχων καλῶς δι' ἐμπρησμὸν καταλύει τόπον, ὁ δὲ ιδιώτης ὅτε ἐλθόντος τοῦ πυρὸς ἔστρεψε· τὸ αὐτὸ κὰν Αθυλίῳ ἐναχθῆ. Εἰ δὲ πρῶτον κατέλυσε καὶ τότε γέγονεν εἰς τὸν τόπον ἐμπρησμός, ἀποδίδωσι τὴν ζημίαν.

questi strumenti possono permettere di ottenere un risarcimento per la casa distrutta, le differenze tra essi sono numerose. L'*actio* richiede un danno ed un'*iniuria*. L'interdetto *q.v.a.c.* presuppone essenzialmente che qualcuno abbia agito «*vi*» o «*clam*»¹⁸. Gli scopi sono dunque molto diversi, in quanto l'interdetto non serve in primo luogo a risarcire un danno.

In pratica, possiamo immaginare il seguente sviluppo. L'incendio avanza in direzione della casa di Tizio. Questi decide di intervenire per evitare che la sua casa venga distrutta dalle fiamme. Punta allora in direzione della casa di Mucio, con l'intenzione di abatterla. Se Mucio è presente e non tenta di impedire la distruzione della sua abitazione non potrà ricorrere all'interdetto *q.v.a.c.* contro Tizio, per ottenere la «*restitutio*» della casa. L'opposizione da parte di Mucio è indispensabile per l'esperimento dell'interdetto. Per di più, lo stesso Mucio non potrà neanche usare l'*actio legis Aquiliae* per ottenere il risarcimento nello stesso caso, perché manca l'*iniuria*. Alla luce di tale ricostruzione, mi pare che le differenze che ci possano essere tra i due mezzi procedurali appaiono meno imbarazzanti. In sostanza, la divergenza di risultato concerne un numero assai ristretto di casi, cioè essenzialmente l'ipotesi nella quale Mucio ha vanamente provato ad opporsi all'atto di Tizio, ma quest'atto si sia in seguito rivelato inutile nella lotta contro l'incendio, poiché il fuoco si è spento prima di raggiungere le rovine della casa di Mucio.

Riassumendo, possiamo dire che nel primo passo Ulpiano pone il problema dell'opportunità della concessione di una *exceptio* «*quod incendii defendendi causa factum non sit*» nel quadro dell'interdetto *q.v.a.c.* Gallo sembra essersi chiesto se bisognava concederla ogni volta che il convenuto avesse agito *incendii arcendi causa*. Molto più tardi, la stessa questione sembra esser stata sollevata di nuovo da Celso. La soluzione accolta da Ulpiano è però quella di Servio, che limitava la concessione dell'*exceptio* al magistrato (in pratica, riguarda solo i magistrati privi di *imperium*¹⁹ e probabilmente in particolare i *triumviri nocturni*, chiamati anche *triumvi-*

¹⁸ V. Ulp. 71 *ad ed.* (D. 43.24.1.5-9), e per es.: BERGER, *Interdictum*, in *RE*. 9.2, (Stuttgart, 1916) p. 1663 s. Per l'interdetto *quod vi*, si considera che il convenuto abbia commesso un atto violento quando l'attore si è opposto invano ad esso. Per l'interdetto *quod clam*, l'attore non deve essersi opposto formalmente all'atto del convenuto, ma la clandestinità di quest'ultimo si spiega con l'opposizione presupposta dell'attore (v. Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.24.3.7 s.; Venul., 2 *interdict.* D. 43.24.4).

¹⁹ Per quanto riguarda i magistrati provvisti di *imperium*, il pretore non aveva il potere di costringerli a comparire davanti a lui. Per loro, l'*exceptio* era dunque

ri incendiis arcendis)²⁰. Il privato non disponeva dunque di questa *exceptio* e all'attore era concesso l'interdetto. Però, se nel corso del *iudicium secutorium* appariva che in realtà l'attore non aveva subito nessun danno – perché la sua casa sarebbe comunque stata distrutta dalle fiamme – il convenuto era assolto²¹. Se, invece, l'incendio si era spento prima di pervenire alle rovine della casa distrutta, il convenuto doveva risarcire il danno da lui causato nell'ammontare fissato dal giudice²².

Nel caso in cui non ci sia danno, la soluzione ricalca quella dell'*actio legis Aquiliae*, in quanto l'*actio* non potrà allo stesso modo condurre alla condanna del convenuto. Ma nel caso dell'*actio*, sono due le condizioni che mancano: l'*iniuria* ed il *damnum*.

Torniamo adesso al secondo testo (D. 9.2.49.1) già ricordato. Non c'è dubbio che questo testo sia alterato: l'uso del «*nisi*» è molto sospetto²³. Davanti ad esso, manca la proposizione principale e soprattutto ci si chie-

generalmente inutile. Sulla posizione del magistrato nel quadro del danno causato *incendii arcendi causa*, v. il mio «*Aequae perituris*», cit., p. 60 ss.

²⁰ È il nome che dà loro Paolo, *Lib. sing. de off. praef. vig.* (D. 1.15.1): *Apud vetustiores incendiis arcendis triumviri praeerant, qui ab eo, quod excubias agebant nocturni dicti sunt: interveniebant nonnumquam et aediles et tribuni plebis. erant autem familia publica circa portam et muros disposita, unde si opus esset evocabatur: fuerant et privatae familiae, quae incendia vel mercede vel gratia extinguerent, deinde divus Augustus maluit per se huic rei consuli.*

²¹ Osserviamo che sembra inutile distinguere a seconda che le parti abbiano scelto la procedura *per sponsionem* o *per formulam arbitriam*. Per quanto riguarda il nostro caso, la soluzione è identica nelle due ipotesi. In effetti, come scrive Ubbelohde (in GLÜCK, *Ausführliche Erläuterungen der Pandekten* 43-44 (Erlangen, 1890) 2. Teil, p. 127 ss.), nel quadro della procedura *per sponsionem*, il giudizio sull'*actio ex sponsione* o *ex restipulatione* permette solo di ottenere l'ammontare della *sponsio*. Questo giudizio non permette dunque all'attore di ottenere la restituzione richiesta. Anche se egli esce vittorioso da questa prima procedura, dovrà comunque agire di nuovo con un'azione che avrà lo stesso scopo dell'*actio per formulam arbitriam*: «*quod opus vi aut clam factum est, si arbitrato tuo non restituetur, quanti ea res erit etc.*».

²² In materia di interdetto *q.v.a.c.*, quando la restituzione non sia più possibile, l'*id quod interest* può essere stimato in due modi diversi. O è l'attore a fare la valutazione sotto giuramento, o è lo stesso giudice a compierla [Ulp. 71 *ad ed.* (D. 43.24.15.9): *Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est*]. Il primo modo di valutazione è generalmente meno favorevole per il convenuto. A mio avviso, le parole «*simpli litem aestimandam*» indicano che in questo caso Servio raccomandava la stima fatta dal giudice. Per un esame più approfondito di queste parole, v. il mio «*Aequae perituris*», cit., p. 38 ss.

²³ V.: SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia»*, cit., p. 310 ss.

de quale sia l'affermazione alla quale il «*nisi*» introduce una eccezione. Dal punto di vista dell'applicazione della *lex Aquilia*, la *vis maior* non può costituire un'alternativa alla necessità che il danno sia comunque causato *iniuria*. Invece, dal punto di vista dell'analisi del requisito del danno, è comprensibile che la *vis maior* costituisca una alternativa al danno causato *iniuria*. Nel testo, Celso insiste appunto sul fatto che la presenza di un danno non basta per accordare l'*actio legis Aquiliae*. Se manca l'*iniuria*, l'*actio* non sarà accordata. Come esempio di assenza di *iniuria*, Celso invoca di nuovo il caso della casa abbattuta *incendii arcendi causa*.

Ci si potrebbe chiedere se l'assenza di *iniuria* risulti dalla mancanza di colpa oppure da una valutazione obbiettiva della fattispecie. La natura della presente ricerca non consente l'approfondimento di tale argomento²⁴. Ma in questa sede è comunque necessario sottolineare come – indipendentemente da una valutazione in senso oggettivo o soggettivo dell'*iniuria* – l'*actio* sia rifiutata sia quando *ignis pervenit*, sia quando *non pervenit*. Questo brano è stato dichiarato «irrazionale» da Giannetto Longo²⁵. A mio avviso, invece, questa precisazione è indispensabile, perché lo scopo del frammento è appunto di far vedere che affinché ci sia una *actio legis Aquiliae*, è necessario che il danno sia stato causato per *iniuria*. L'*iniuria* è una condizione indispensabile per la concessione dell'*actio* e manca in ogni caso, sia che *ignis pervenit* o meno. Sulla base di questa precisazione, Ulpiano illustra chiaramente l'autonomia del requisito dell'*iniuria* di fronte al *damnum*. Il giureconsulto rifiuta dunque di fare nel quadro dell'*actio* la distinzione che faceva nel quadro dell'interdetto, perché, se il *damnum* è un requisito comune ai due mezzi procedurali, l'*iniuria* è propria esclusivamente dell'*actio* e si ritrova solo implicitamente nell'interdetto, per via del «*vi aut clam*», i quali rimangono requisiti definiti obbiettivamente nella compilazione giustiniana.

C'è poi il terzo testo, già accennato, che tratta del *damnum incendii arcendi causa datum* (D. 47.9.3.7), nel quale incontriamo un terzo mezzo procedurale per risarcire il danno risultante dalla distruzione della casa di Mucio. È l'*actio de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*. Questa azione veniva concessa dal pretore quando qualcuno commetteva un furto, una ricettazione o causava un danno, in occasione di un incendio, del crollo di una casa o di un naufragio.

²⁴ Su questo, v. il mio «*Aequae perituris*», cit., p. 91 ss. e 95 ss.

²⁵ LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 334.

A proposito del caso del *damnum datum*, Ulpiano precisa che l'*actio*, comportante una condanna al quadruplo, sarà concessa solo se il danno sia stato causato dolosamente. Su questo punto sembra dissentire Labeone, il quale accorda l'*actio de incendio* anche quando Tizio abbia abbattuto la casa di Mucio «*incendii arcendi causa*». Secondo Ulpiano, però, in questo caso Tizio non ha agito dolosamente, visto che non poteva comportarsi diversamente. Per affermare ciò, Ulpiano si richiama all'autorità di Celso. L'assenza di *iniuria* sembra essere un argomento *a fortiori* per l'assenza di dolo nell'argomentazione di Ulpiano.

Le posizioni di Celso e Ulpiano non sorprendono, in quanto sono conformi a quelle del secondo testo (D. 9.2.49.1). Non si può dire lo stesso dell'opinione di Labeone. Come mai questo grande giureconsulto poteva ritenere di condannare al quadruplo colui che causa un danno *incendii arcendi causa*, dunque senza commettere nessuna *iniuria*? Diversi autori²⁶ hanno cercato la soluzione nell'interpolazione del testo, ma nessuno di questi è riuscito a spiegare cosa pensasse veramente Labeone, e meno ancora perché i Compilatori avrebbero interpolato il testo in tale maniera. In realtà, penso che il motivo principale perché questi autori dichiarano il testo interpolato, è che a loro pare impossibile che Labeone abbia concesso l'*actio de incendio* in assenza di dolo. Per essere d'accordo con una tale constatazione, bisogna prima vedere se era veramente così strano come può sembrare a prima vista.

Altri autori hanno invece ritenuto che l'opinione di Labeone si spieghi per la sua particolare concezione dello stato di necessità²⁷. Questi autori invocano allora un quarto testo, che tratta di un problema molto diverso:

D. 9.2.29.3 (Ulp., 18 ad ed.): *Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsus esset in funes anchorarum alterius et nautae funes*

²⁶ BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS. 66 (1948) p. 350 s.; DE MARTINO, *In tema di stato di necessità*, in RISG. 14 (1939) p. 44 s.; BEINART, *The Relationship of Iniuria and Culpa in the Lex Aquilia*, in *Studi Arangio-Ruiz* (Napoli, 1953) T. 1, p. 287 n. 36; LEBIGRE, *Quelques aspects de la responsabilité pénale* (Paris, 1967) p. 87 n. 6; LONGO, *Sulla legittima difesa*, cit., p. 334 s.

²⁷ V.: LEHMANN, *Über die civilrechtlichen Wirkungen des Nothstandes*, in *Jher.Jb.* 13 (1874) p. 221 ss.; PERNICE, *Labe* (Halle, 1895) 2. 1. p. 68 s.; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*², II. 2 (Leipzig, 1916) p. 662 ss.; SEGRÈ, *Le obbligazioni e le azioni ex delicto (corso di diritto romano)* II (Torino, 1925-1926) p. 124 ss.; WATSON, *The Law of Obligations*, cit., p. 241; ORMANI A., *Necessità (stato di)*, cit., p. 828 ss.

praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.

In questo testo, Labeone ammette che quando il vento ha spinto una nave nelle reti o nelle cime di un'altra nave, non si debba concedere alcuna azione contro colui che abbia tagliato le reti o le cime per liberare la nave incagliata, purché costui non abbia versato in colpa e purché non ci sia stato nessun altro modo per liberare la nave.

Il problema – per questi autori – è che in quest'ultimo testo Labeone sembra ricorrere allo stato di necessità, mentre sembra invece averlo respinto nel passo precedente. In realtà, l'errore consiste di nuovo nell'aver posto il problema in termini di stato di necessità²⁸. Come ho detto nella premessa, non poteva essere questo il nucleo della questione.

La soluzione corretta mi pare essere quella di Andreas von Tuhr²⁹. Per questo autore, la posizione di Labeone si spiega grazie ad una lettura meticolosa dell'editto, dove l'azione *de incendio* viene concessa in caso di *rapere, recipere* e *damnum dare*. La precisazione che l'atto deve essere stato commesso «*dolo malo*» è fatta solo nel caso del *recipere*, nel quale sembra indispensabile. In effetti, l'atto di impossessarsi di cose in occasione di un naufragio o di un incendio può essere compiuto tanto in buona, quanto in cattiva fede. Invece, nel caso del *damnum datum* tale atto è generalmente, salvo casi eccezionali, conseguenza di un'intenzione illecita. Il caso del *damnum incendii arceudi causa datum* è sotto questo aspetto eccezionale. Questo può spiegare perché il pretore può avere dimenticato di precisare che anche il

²⁸ Per una discussione più approfondita dei tentativi di armonizzazione delle posizioni di Labeone, v. il mio «*Aequae perituris*», cit., p. 103 ss.

²⁹ VON TUHR, *Der Nothstand im Civilrecht* (Heidelberg, 1888) p. 64 s. Nello stesso senso, v. ancora: ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann. Palermo* 15 (1936) p. 140 s.; RÖHLE, *Zur Frage der sogenannten verdrängenden Verursachung im römischen Recht*, in *SDHI.* 31 (1965) p. 309; SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia»* cit., p. 153 ss.; MACCORMACK, *Dolus in the Law of the Early Classical Period*, in *SDHI.* 52 (1986) p. 279.

damnum datum doveva essere commesso *dolo malo*. Labeone avrebbe dunque concesso l'*actio de incendio* ogni volta che era stato causato un danno in occasione di un incendio, senza verificare la presenza o meno del dolo. Quasi due secoli dopo, Ulpiano avrebbe invece proposto una nuova interpretazione dell'editto su questo punto, richiedendo il dolo anche in caso di *damnum datum*. Con questa nuova interpretazione, Ulpiano doveva evidentemente respingere l'opinione di Labeone – che era quella risultante dalla corrente applicazione dell'editto – visto che quando Tizio abbatte la casa di Mucio per proteggere la sua non commette alcuna azione dolosa.

Un argomento supplementare in favore della ricostruzione di von Tuhr può essere trovato nella *Paligenesia* di Lenel³⁰. Questo autore mette in luce il fatto che nella *lex 3* del titolo 47.9, dalla quale è estratto il terzo testo, i paragrafi da 4 a 6 sono stati inseriti dai Compilatori. A lui pare impossibile che dopo aver spiegato in modo completo le parole «*recepisse dolo malo*»³¹, Ulpiano abbia proseguito con le parole: «*non solum autem qui rapuit, sed et qui abstulit vel amovit vel damnum dedit vel recepit, hac actione tenetur*»³². Sembra assai più logico che il giurista abbia proseguito con quello che oggi costituisce il contenuto del paragrafo 7, dove si tratta del requisito di dolo nel caso di *damnum dare*. Lenel pensa che i paragrafi 4-6 siano stati inseriti dai Compilatori e che essi all'origine rappresentavano un commento della formula, piuttosto che dell'editto stesso.

Sembra dunque che, nel testo di Ulpiano, i paragrafi 3 e 7 erano immediatamente consecutivi. Questo rafforza, secondo me, la posizione di von Tuhr, perché il paragrafo 3 mostra precisamente che il requisito del dolo è stato aggiunto appositamente per il caso del «*recipere*». In questo modo è possibile pensare che l'editto stesso non si spingesse più avanti. L'inizio del paragrafo 7 («*quod ait praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo damnum datum sit*») indica chiaramente che Ulpiano adoperava un'interpretazione dell'editto che va al di là di una semplice lettura.

³⁰ LENEL O., *Paligenesia iuris civilis* (Lipsiae, 1889) col. 766 n. 1. L'autore esplicita la sua posizione nell'*Edictum perpetuum*, 3^a ed. (Leipzig, 1927) p. 396 s.

³¹ Ulp. 56 ad ed. (D. 47.9.3.3): *Non tantum autem qui rapuit, verum is quoque, qui recepit ex causis supra scriptis, tenetur, quia receptores non minus delinquant quam adgressores. Sed enim additum est «dolo malo», quia non omnis qui recipit statim etiam delinquit, sed qui dolo malo recipit. Quid enim, si ignarus recipit? aut quid, si ad hoc recepit, ut custodiret salvaque faceret ei qui amisserat? Utique non debet teneri.*

³² Tali sono le parole con cui inizia il paragrafo successivo: D. 47.9.3.4.

Il giureconsulto aggiunge un requisito che non risulta dal testo. È dunque plausibile che ai tempi di Labeone l'editto del pretore non era già stato interpretato in tale modo restrittivo.

Si potrebbe comunque trovare strano che Labeone abbia ritenuto di dover condannare al quadruplo colui che ha abbattuto una casa *incendii arcendi causa*. Tale impressione risulta però attenuata, ricordando la distinzione di Servio nel primo testo (D. 43.24.7.4). Dalla nostra interpretazione del passo, abbiamo potuto comprendere come fosse considerato esistente un danno nel caso in cui il fuoco si fosse spento prima di raggiungere le rovine della casa distrutta. In caso contrario, non c'era danno, perché la casa sarebbe stata comunque distrutta, e l'interdetto *q.v.a.c.* non poteva essere concesso, perché mancava il *damnum*. L'assenza di danno doveva naturalmente avere un effetto simile in caso di *actio de incendio*. Questa non doveva permettere la condanna di un convenuto che non aveva commesso alcun danno. Così, per Labeone³³ sarebbe stato possibile condannare Tizio sulla base dell'*actio de incendio* solo quando la distruzione della casa si era rivelata inutile, perché il fuoco si era spento prima. Questa precisazione rende, a mio parere, più facilmente comprensibile la posizione di Labeone.

Ci si potrebbe ancora chiedere come mai Ulpiano non parli più della distinzione di Servio nel frammento sull'*actio de incendio*. Bisogna però tenere presente che i due frammenti sono strutturati in modo sensibilmente diverso. Nel primo (D. 43.24.7.4), ci si chiede soltanto se bisognava condannare sulla base dell'interdetto *q.v.a.c.* colui che aveva causato un *damnum incendii arcendi causa datum*. La soluzione dipendeva dalla presenza o meno di un danno. Il frammento sull'*actio de incendio* presenta una struttura molto diversa. Questa volta il caso del *damnum incendii arcendi causa datum* è ricordato in secondo piano, come esempio per illustrare la regola spiegata da Ulpiano. Questi voleva insistere sul fatto che il dolo era un requisito indispensabile per concedere l'*actio de incendio* nel caso del *damnum dare*, come nel caso del *recipere*. L'esempio del *damnum*

³³ Che Labeone abbia concordato con Servio nell'analisi del requisito del *damnum*, mi pare confermato dal fatto che nello stesso primo testo (D. 43.24.7.4), Ulpiano riferisce un'opinione di Labeone per spiegare il contenuto del danno nella distinzione di Servio [D. 43.24.7.4: (...) *Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit nec ne, aestimari oportere Labeo ait.*]. A proposito di questo avviso di Labeone e della nozione di *damnum*, v. il mio «*Aequae perituris*», cit., p. 78 ss.

incendii arcendi causa datum era allora invocato per far risaltare gli effetti del dolo. Per potere considerare pertinente questo esempio, bisogna ammettere che il requisito del danno ricorresse in ogni caso. Del resto, come abbiamo ricordato, nel caso discusso da Ulpiano e Labeone, il requisito del *damnum* era rispettato solo se il fuoco si fosse spento prima di pervenire alle rovine della casa distrutta. Bisogna dunque ammettere che è solo in questo caso che Labeone concede l'*actio de incendio* nel quadruplo.

Concludendo, si può dire a proposito del *damnum incendii arcendi causa datum*, che, contrariamente a quello che generalmente si pensa, è vano provare ad analizzare tali fattispecie in termini di stato di necessità, nel senso che si dà oggi a questa categoria dogmatica. In ogni caso, la soluzione giuridica dipende dal mezzo procedurale usato, e mai solo dalla fattispecie, anche se quest'ultima potrebbe oggettivamente essere considerata – con un grave anacronismo – come stato di necessità.

Riassumendo, si può dire che l'*actio legis Aquiliae* non permetterà mai di condannare un convenuto che ha causato un *damnum incendii arcendi causa datum*. L'interdetto *q.v.a.c.* sfocerà in una condanna, solo se il fuoco si sia spento prima di raggiungere le rovine della casa distrutta. Per l'*actio de incendio*, c'è stata un'evoluzione durante il periodo classico. In un primo momento, questa azione permise la condanna alle stesse condizioni dell'interdetto. In seguito, alla maniera dell'*actio legis Aquiliae*, non consentì più di condannare in caso di *damnum incendii arcendi causa datum*.

Il paragrafo che precede potrebbe fungere da conclusione. Mi dispiacerebbe però di chiudere quest'articolo senza attenuare un po' l'impressione di sviluppo disomogeneo e di rigidità dell'editto del pretore, che traspare inevitabilmente dall'interpretazione proposta. Quando i romani regolano il problema del *damnum incendii arcendi causa datum*, lo fanno senza riguardo per la concreta «situazione di necessità» alla quale risponde l'atto di Tizio? Questa situazione è però globalmente la stessa, quale che sia il mezzo procedurale usato. A mio avviso, se i romani non hanno voluto tirare in ballo le formule dell'editto, non erano neanche indifferenti di fronte a questa situazione.

Mi pare di potere indicare tre indizi in questo senso.

Il primo è il fatto che i giureconsulti romani³⁴ sembrano essere stati

³⁴ Tale sembra essere stata la posizione di Servio, Celso ed Ulpiano. Per gli altri

d'accordo nel constatare che quando un danno era stato causato *incendii arcendi causa*, mancava comunque l'*iniuria*. Questo mi pare possa essere considerato già un primo passo, poiché per raggiungere un tale risultato bisognava interpretare in modo largo la nozione di *iniuria*. Ciò implica in effetti che l'*iniuria* assumesse un significato diverso da «*non iure*». La dottrina dominante³⁵ ammette che nell'applicazione giurisprudenziale della *lex Aquilia*, l'*iniuria* abbia progressivamente incluso il concetto di *culpa* fino ad essere assimilato a questa. Così, l'*iniuria* si è trasformata da un concetto oggettivo in uno soggettivo. Proprio questa evoluzione dell'*iniuria* ha permesso a Tizio di evitare la condanna sulla base dell'*actio legis Aquiliae*.

In secondo luogo, dobbiamo considerare l'interpretazione restrittiva dell'editto proposta da Ulpiano, a proposito dell'*actio de incendio*. Questa interpretazione impedisce da questo momento in poi di usare l'*actio de incendio* in caso di *damnum* causato non dolosamente. Io penso che questa evoluzione rifletta precisamente la volontà di tener conto della situazione particolare di colui che ha agito allo scopo di fermare un incendio, al di là dei requisiti oggettivi dell'*actio de incendio*.

Il terzo indizio risulta, a mio parere, dalla redazione stessa del primo testo (D. 43.24.7.4) relativamente all'opportunità della concessione di una *exceptio quod incendii defendendi non sit*. Mi pare che proprio la discussione su questo problema sia stata dettata da considerazioni che tengono conto della situazione particolare nella quale Tizio ha agito.

Al di là di una semplice elencazione di questi tre indizi, penso che sia possibile provare a ricostruire il filo dell'evoluzione del pensiero giuridi-

giuristi citati nei tre frammenti in questione, è più difficile ricostruire una posizione definita. Non c'è però alcun elemento che faccia propendere per l'adozione da parte di questi ultimi di una diversa impostazione.

³⁵ In questo senso, v. per es.: ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in *Ann. Palermo* 21 (1950) p. 180; BEINART, *The Relationship*, cit., p. 281 ss.; PERRIN, *Le caractère subjectif de l'iniuria aquilienne à l'époque classique*, in *Studi de Francisci* 4 (Milano, 1956) p. 263 ss. (specialmente p. 283 s.); WATSON, *The Law of Obligations*, cit., p. 236; KASER, *Das Römische Privatrecht*, 1, 2. Aufl. (München, 1971) p. 161 e 504; MACCORMACK, «*Aquilian Studies*», in *SDHI* 41 (1975) p. 56; MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana* (Milano, 1977) p. 93 s.; KUNKEL-HONSELL, *Römisches Recht*, 4. Aufl. (Berlin-Heidelberg, 1987) p. 365; FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht* (Leiden, 1990) p. 157 s.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 1004 ss.; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³ (Padova, 1991) p. 605 ss.; HAUSMANINGER, *Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, 5. Aufl. (Wien, 1996) p. 20; WINIGER, *La responsabilité Aquilienne romaine* (Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1997) p. 95 ss.

co romano sull'argomento. A mio avviso il punto di partenza deve essere necessariamente identificato nell'evoluzione della nozione d'*iniuria*. Nel momento in cui si ammette che colui che causa un danno *incendii arceudi causa* non commette alcuna *iniuria*, un passo importante risulta già compiuto. Le circostanze in cui il danno era stato causato potevano – in certi casi – permettere di evitare la condanna a risarcirlo.

In precedenza, questa soluzione si applicava soltanto all'*actio legis Aquiliae*, che era l'unico rimedio che permetteva di tener conto dell'assenza di *iniuria*. Penso però che questo cambiamento di prospettiva nel risarcimento del danno abbia avuto un impatto importante sulla concezione romana della responsabilità. È possibile che, più tardi, proprio questa diversa prospettiva abbia indotto Ulpiano (o un altro giurista posteriore a Labeone) ad adottare una interpretazione più restrittiva della parte dell'editto che tratta dell'*actio de incendio*. Diventava, infatti, imbarazzante che colui che sarebbe stato assolto sulla base dell'*actio legis Aquiliae* potesse essere, in circostanze identiche, condannato sulla base dell'*actio de incendio*.

È vero che non è stato possibile constatare la stessa evoluzione a proposito dell'interdetto *q.v.a.c.* A mio avviso, però, non mancano possibili spiegazioni.

In primo luogo, uno sviluppo evolutivo era più facilmente concretizzabile per l'*actio de incendio* che non per l'interdetto *q.v.a.c.*, in quanto per l'*actio* bastava cambiare leggermente l'interpretazione dell'editto, estendendo al caso del *damnum dare* il requisito del dolo, previsto per il *recipere*. Al contrario, per quanto riguarda l'interdetto *q.v.a.c.*, l'editto del pretore non prevedeva nessun requisito assimilabile al dolo³⁶. Di conseguenza, l'unico modo per assolvere Tizio in ogni ipotesi era quello di concedergli una «*exceptio quod incendi defendendi causa factum non sit*». Questo passo non è però stato compiuto né da Ulpiano, né da Giustiniano.

In secondo luogo, le circostanze nelle quali l'interdetto *q.v.a.c.* viene concesso sono un po' diverse da quelle delle due *actiones*. Più precisa-

³⁶ Al contrario, è pure precisato che il fatto di aver agito «*iure*» non impediva la condanna sulla base dell'interdetto. V. Ulp. 71 *ad ed.* (D. 43.24.1 pr. - 2): *Praetor ait: «Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiendi potestas est, restituas»*. 1. *Hoc interdictum restitutorium est et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliantur: iubentur enim ea restituere*. 2. *Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non: sive enim ius habuit sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci*.

mente per la concessione dell'interdetto *quod vi*, Mucio deve avere tentato vanamente di opporsi all'atto di Tizio³⁷. Si può immaginare che i giuriconsulti romani abbiano considerato che Tizio non doveva essere assolto quando egli aveva abbattuto la casa di Mucio ignorando l'opposizione di quest'ultimo, ma solo qualora questa demolizione si fosse in seguito rivelata inutile per il fatto che l'incendio si era in definitiva fermato prima di raggiungere la casa di Mucio stesso.

Comunque si analizzino le possibili ragioni del rifiuto dell'*exceptio «quod incendii defendendi causa factum non sit»*, il rifiuto stesso ci permette di confermare l'affermazione secondo la quale il diritto romano non ha conosciuto la categoria dogmatica di «stato di necessità». In caso contrario, il ricorso ad eccezioni del tipo di quelle esaminate avrebbe dovuto essere generalizzato ed esteso a tutti i casi in cui l'assenza d'*iniuria* non permetteva di assolvere colui che aveva causato un danno in una situazione di «stato di necessità».

³⁷ Per la concessione dell'interdetto *quod clam*, l'attore non deve necessariamente avere esercitato una opposizione formale, ma la clandestinità dell'atto del convenuto comporta comunque una opposizione di principio dell'attore (v. Ulp. 71 *ad ed.* D. 43. 24. 3. 7 s. e Venul. 2 *interdict.* D. 43. 24. 4).