

Misericordia ductus (*)

di Arrigo D. MANFREDINI

(Ferrara)

1. - Qualcuno commette consapevolmente un delitto privato o non adempie ad una obbligazione (1) perché spinto da sentimenti di compassione e di umana pietà: *misericordia ductus*.

Il problema dell'incidenza della motivazione misericordiosa sulla valutazione della responsabilità da delitto e da contratto è stato presente nel pensiero giurisprudenziale classico? O deve configurarsi come il riflesso di più tarde concezioni, onde assumere il carattere insitico delle testimonianze dalle quali sembra trarre argomento? Quale risposta è stata data a tale quesito?

La letteratura più antica non ha, si può dire, dubitato. In tre passi attribuiti ad Ulpiano e in un luogo delle Istituzioni di

*) Il presente contributo comparirà anche in *Ann. Univ. Ferrara, Sc. Giur.* 5 (1991).

1) Non consideriamo il riflesso della motivazione misericordiosa nella sfera criminale, di cui, tra l'altro, è menzione in D. 48,3,14,2; PS 2,24,10 = D. 25,3,4.

Misericordia ductus (*)

di Arrigo D. MANFREDINI

(Ferrara)

1. - Qualcuno commette consapevolmente un delitto privato o non adempie ad una obbligazione (1) perché spinto da sentimenti di compassione e di umana pietà: *misericordia ductus*.

Il problema dell'incidenza della motivazione misericordiosa sulla valutazione della responsabilità da delitto e da contratto è stato presente nel pensiero giurisprudenziale classico? O deve configurarsi come il riflesso di più tarde concezioni, onde assumere il carattere insitico delle testimonianze dalle quali sembra trarre argomento? Quale risposta è stata data a tale quesito?

La letteratura più antica non ha, si può dire, dubitato. In tre passi attribuiti ad Ulpiano e in un luogo delle Istituzioni di

*) Il presente contributo comparirà anche in *Ann. Univ. Ferrara, Sc. Giur.* 5 (1991).

1) Non consideriamo il riflesso della motivazione misericordiosa nella sfera criminale, di cui, tra l'altro, è menzione in D. 48,3,14,2; PS 2,24,10 = D. 25,3,4.

Giustiniano (2) essa ha individuato l'esistenza del problema, dandone una interpretazione che ha radici assai lontane: per i giuristi la misericordia escludeva il dolo, produceva una sorta di derubricazione da dolo a colpa, magari colpa grave, che comunque comportava un affievolimento della responsabilità.

Dicevamo, radici lontane. Questa idea è presente nella Glossa (3). EINECCIO (4), per tacere d'altri, seguendo il tradizionale schema: delitti = illeciti dolosi, quasi delitti = illeciti non dolosi, considerava tra questi ultimi, più precisamente tra i quasi delitti commessi con colpa, la *intempestiva misericordia*. BINDING (5), con la sua tesi che la concezione romana del dolo, oltre alla volontà di commettere il torto, richiedeva un impulso pravo e malvagio, sosteneva che la misericordia era ricondotta nell'ambito della colpa, e non del dolo, proprio perchè, pur

2) D. 4,3,7,7 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 16,3,7 *pr.* (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 11,3,5 *pr.* (Ulp. 23 *ad ed.*); *Iust. inst.* 4,3,16.

3) GLOSSA, *ad D.* 4,3,7,7.

4) EINECCIO, *Elementi di gius civile*, trad. it., II, Venezia 1833, p. 109.

5) BINDING. *Die Normen und Ihre Übertretung*, II,2, Leipzig 1916², p. 730 ss. V. anche HASSE, *Die Culpa des römischen Rechts*, Bonn 1838, p. 37 nt. 1; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, in *BIDR* 17 (1905), p. 26 e in *BIDR* 18 (1906), p. 282 s. Più recentemente, anche VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio*, in *Mélanges Meylan*, I, Lausanne 1963, p. 214. Così per LITEWSKI, *Dolus et misericordia dans le droit romain classique*, in *Arch. Iur. Cracoviense* 5 (1972), p. 91 ss. (di questo contributo conosciamo solo il riassunto in *Iura* 24 (1973), p. 494 s.) la motivazione della misericordia escludeva il dolo. Pur non parlando di colpa, intende i motivi encomiabili come escludenti il *Schädigungsvorsatz* in cui consisteva il dolo, WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in *ZSS* 94 (1977), p. 227 con nt. 193.

Giustiniano (2) essa ha individuato l'esistenza del problema, dandone una interpretazione che ha radici assai lontane: per i giuristi la misericordia escludeva il dolo, produceva una sorta di derubricazione da dolo a colpa, magari colpa grave, che comunque comportava un affievolimento della responsabilità.

Dicevamo, radici lontane. Questa idea è presente nella Glossa (3). EINECCIO (4), per tacere d'altri, seguendo il tradizionale schema: delitti = illeciti dolosi, quasi delitti = illeciti non dolosi, considerava tra questi ultimi, più precisamente tra i quasi delitti commessi con colpa, la *intempestiva misericordia*. BINDING (5), con la sua tesi che la concezione romana del dolo, oltre alla volontà di commettere il torto, richiedeva un impulso pravo e malvagio, sosteneva che la misericordia era ricondotta nell'ambito della colpa, e non del dolo, proprio perchè, pur

2) D. 4,3,7,7 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 16,3,7 *pr.* (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 11,3,5 *pr.* (Ulp. 23 *ad ed.*); *Iust. inst.* 4,3,16.

3) GLOSSA, *ad D.* 4,3,7,7.

4) EINECCIO, *Elementi di gius civile*, trad. it., II, Venezia 1833, p. 109.

5) BINDING. *Die Normen und Ihre Übertretung*, II,2, Leipzig 1916², p. 730 ss. V. anche HASSE, *Die Culpa des römischen Rechts*, Bonn 1838, p. 37 nt. 1; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, in *BIDR* 17 (1905), p. 26 e in *BIDR* 18 (1906), p. 282 s. Più recentemente, anche VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio*, in *Mélanges Meylan*, I, Lausanne 1963, p. 214. Così per LITEWSKI, *Dolus et misericordia dans le droit romain classique*, in *Arch. Jur. Cracoviense* 5 (1972), p. 91 ss. (di questo contributo conosciamo solo il riassunto in *Iura* 24 (1973), p. 494 s.) la motivazione della misericordia escludeva il dolo. Pur non parlando di colpa, intende i motivi encomiabili come escludenti il *Schädigungsvorsatz* in cui consisteva il dolo, WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in *ZSS* 94 (1977), p. 227 con nt. 193.

essendoci, nel *miser cordia ductus*, la volontà del torto, mancava l'intento malvagio, escluso dalla misericordia.

La moderna critica interpolazionistica ha invece rimstato abbondantemente le carte e registra la tendenza a marginalizzare la problematica della misericordia negandone la derivazione classica.

Crediamo opportuna una riconsiderazione dell'argomento per sostenere anzitutto che esso aveva effettivamente appartenuto al dibattito dei giuristi classici. Inoltre ci sembra ragionevole assumere, contro l'opinione di cui si è detto sopra (6), che -per Ulpiano così come per i Giustiniane- la motivazione della misericordia, nella provocazione consapevole di un evento delittuoso o nel deliberato inadempimento di una obbligazione, non facesse venir meno il dolo (7): tutt'al più, essa poteva agire come attenuante, e limitatamente alla sfera del torto extra-contrattuale.

In altri termini, quel che troviamo espresso in uno scolio dei Basilici (8): la *intempestiva misericordia* è simile al dolo (ὁ ἄκαιρος οἴκτος δόλῳ ἔοικεν), era, secondo noi, principio già

6) Autori citati alle ntt. 3, 4 e 5.

7) Tesi già affacciata in PERNICE, *Labeo*, II,2, Halle 1878, p. 409; FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano 1899, p. 115 s.; *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*. Estratto dalla *Enc. di diritto penale diretta da Pessina*, Roma 1976, p. 56 s.

8) Schol. ἔοικε δόλῳ τὸ γεγονός, *ad B.* 13,2,17 (HEIMB. II, p. 42).

presente, ancorché discusso, nella tradizione giurisprudenziale classica.

2. - Vediamo il primo passo.

D. 4,3,7,7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*

Labeone si chiede se deve essere accordata l'*a. de dolo* contro chi abbia sciolto i legami del servo altrui per consentirgli di fuggire. Fa seguito l'opinione di Quintus, non meglio precisato giurista, il quale, *apud eum notans* (l'*eum* non può essere che Labeone) sostiene che l'agente sarà tenuto all'azione di furto se non ha agito con misericordia; se indotto da misericordia, deve essere data azione *in factum*.

Passo notissimo, al centro di nodi storiografici assai disputati (la storia delle *actiones in factum* e *ad exemplum legis Aquiliae*, la storia della nozione di *furtum* e di *dolus malus*, la sussidiarietà dell'*a. de dolo* anche rispetto ad *actiones in factum* decretali, ed altro).

Dal punto di vista del motivo della misericordia, possiamo senz'altro distinguere, nella letteratura che ha studiato il passo, l'indirizzo conservativo e l'indirizzo interpolazionistico.

presente, ancorché discusso, nella tradizione giurisprudenziale classica.

2. - Vediamo il primo passo.

D. 4,3,7,7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*

Labeone si chiede se deve essere accordata l'*a. de dolo* contro chi abbia sciolto i legami del servo altrui per consentirgli di fuggire. Fa seguito l'opinione di Quintus, non meglio precisato giurista, il quale, *apud eum notans* (l'*eum* non può essere che Labeone) sostiene che l'agente sarà tenuto all'azione di furto se non ha agito con misericordia; se indotto da misericordia, deve essere data azione *in factum*.

Passo notissimo, al centro di nodi storiografici assai disputati (la storia delle *actiones in factum* e *ad exemplum legis Aquiliae*, la storia della nozione di *furtum* e di *dolus malus*, la sussidiarietà dell'*a. de dolo* anche rispetto ad *actiones in factum* decretali, ed altro).

Dal punto di vista del motivo della misericordia, possiamo senz'altro distinguere, nella letteratura che ha studiato il passo, l'indirizzo conservativo e l'indirizzo interpolazionistico.

Indirizzo conservativo.

Per i sostenitori di questo indirizzo, le mende formali⁽⁹⁾ del passo non sarebbero tali da mettere in discussione la appartenenza a Quintus e a Ulpiano (che lo cita e ne accetta il pensiero) della motivazione misericordiosa e della soluzione del caso che su di essa si basa. Lasciando stare la risposta che Labeone doveva aver dato alla questione da lui posta⁽¹⁰⁾ (egli si chiedeva, è bene

9) INDEX ITP.

10) Ad esempio, per PERNICE, *Labeo*, III, 2,1, Halle 1895, p. 211, Labeone sosteneva la inapplicabilità dell'*a. de dolo* e Quintus gli rimproverava di non distinguere i motivi che potevano avere spinto l'agente a liberare lo schiavo altrui e farlo fuggire. E da Quintus in poi, per la risoluzione del caso, si sarebbe sempre attuata una distinzione sulla base dei motivi. Al contrario, secondo WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS 78 (1961), p. 393 s., Labeone, propugnatore dell'estensione dell'*a. de dolo* al di fuori della frode negoziale, sarebbe stato senz'altro per la concessione dell'*a. de dolo*, dovendosi escludere l'*a. furti* in quanto lo schiavo era lasciato andare *ut fugeret* e dovendosi comunque riconoscere l'inganno anche se ci fosse stata una motivazione buona. Il dissenso di Quintus, sfavorevole all'*a. de dolo*, si sarebbe speso sul piano della riluttanza a concedere l'*a. de dolo* al di fuori di frodi negoziali, non su quello della motivazione misericordiosa, introdotta solamente per escludere l'intenzione di profittare della liberazione dello schiavo, né su quello della inapplicabilità dell'*a. de dolo* in quanto esistente un'*a. in factum decretalis* (secondo l'a., la sussidiarietà dell'*a. de dolo* valeva solo rispetto a un'*a. in factum* editale e non decretale). Le ragioni morali, invece (*loc. cit.* nt. 5) avrebbero spinto Ulpiano ad eccedere alla tesi di Quintus. Di WATSON v. anche *Contrectatio again*, in SDHI 28 (1962), p. 340 s. Secondo MACCORMACK, *Aquilian Studies*, in SDHI 41 (1975), p. 33 s., Labeone, senza prendere in considerazione i motivi, era senz'altro favorevole alla applicazione dell'*a. de dolo*. In *Dolus in the law of the early classical period (Labeo - Celsus)*, in SDHI 52 (1986), p. 242, l'a. osserva che se Labeone era favorevole alla concessione dell'*a. de dolo*, ciò dimostrerebbe che il giurista non attribuiva al dolo il significato di inganno, frode, perché questo elemento, secondo l'a., sarebbe straneo alla fattispecie dello schiavo slegato; ma anche quando si pensasse che Labeone escludeva l'*a. de dolo* a favore di altre azioni, resterebbe il fatto che il giurista, prendendo in considerazione il caso, si

ripeterlo, se era esperibile l'*a. de dolo* nel caso di chi avesse liberato lo schiavo altrui per farlo fuggire), nessuno discute che la risposta data da Quinto (e quindi da Ulpiano) fosse nel senso che l'*a. de dolo* non era proponibile: se il liberatore aveva agito non per motivo misericordioso era tenuto con l'*a. furti*, se per motivo misericordioso, con un'*a. in factum*.

E su questa linea di pensiero, un'altra idea appare largamente seguita dagli studiosi: quando la liberazione avveniva per misericordia, non si faceva luogo all'*a. de dolo* ma a un'*a. in factum*, come dice la lettera del passo, perché la misericordia influiva sull'elemento intenzionale. Questa *a. in factum*, succedanea, versione blanda, dell'*a. de dolo*, sarebbe la prova provata che la motivazione misericordiosa escludeva il dolo (11).

dimostrava incline ad un allargamento della *a. de dolo* e della omonima nozione. V. anche nt. 14.

11) Il quadro della letteratura, in verità, è molto variegato. Il risultato complessivo a cui si giunge è comunque quello di riconoscere all'*a. in factum* di cui si tratta nel passo, la natura di azione succedanea dell'*a. de dolo* (un'azione del tipo di quelle che WESENER, *Actiones ad exemplum*, in ZSS 75 (1958), p. 236, chiama *ad exemplum actionis de dolo malo*) perché in chi slegava uno schiavo altrui *miseriordia ductus*, il dolo sfumava in colpa. Esplicitamente, POTHIER, *Le pandette di Giustiniano*, trad. it., I, Venezia 1833, p. 35; BINDING, *Normen*, II, 2, cit., p. 730; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata* (1906), cit., p. 282. Indirettamente sono pervenuti a riconoscere identica funzione all'*a. in factum* in discorso coloro che hanno principalmente teso a negare che tale *a. in factum* fosse l'*a. in factum legis Aquiliae*. V. tra gli altri, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, p. 1336 s.; ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, già in *Annali Perugia*, e poi in *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano 1922, p. 449; DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα*, II, Pavia 1913, p. 68; COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris, 1952, p. 290 ss. Anche in chi preferisce

ripeterlo, se era esperibile l'*a. de dolo* nel caso di chi avesse liberato lo schiavo altrui per farlo fuggire), nessuno discute che la risposta data da Quinto (e quindi da Ulpiano) fosse nel senso che l'*a. de dolo* non era proponibile: se il liberatore aveva agito non per motivo misericordioso era tenuto con l'*a. furti*, se per motivo misericordioso, con un'*a. in factum*.

E su questa linea di pensiero, un'altra idea appare largamente seguita dagli studiosi: quando la liberazione avveniva per misericordia, non si faceva luogo all'*a. de dolo* ma a un'*a. in factum*, come dice la lettera del passo, perché la misericordia influiva sull'elemento intenzionale. Questa *a. in factum*, succedanea, versione blanda, dell'*a. de dolo*, sarebbe la prova provata che la motivazione misericordiosa escludeva il dolo (11).

dimostrava incline ad un allargamento della *a. de dolo* e della omonima nozione. V. anche nt. 14.

11) Il quadro della letteratura, in verità, è molto variegato. Il risultato complessivo a cui si giunge è comunque quello di riconoscere all'*a. in factum* di cui si tratta nel passo, la natura di azione succedanea dell'*a. de dolo* (un'azione del tipo di quelle che WESENER, *Actiones ad exemplum*, in ZSS 75 (1958), p. 236, chiama *ad exemplum actionis de dolo malo*) perché in chi slegava uno schiavo altrui *misericordia ductus*, il dolo sfumava in colpa. Esplicitamente, POTHIER, *Le pandette di Giustiniano*, trad. it., I, Venezia 1833, p. 35; BINDING, *Normen*, II, 2, cit., p. 730; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata* (1906), cit., p. 282. Indirettamente sono pervenuti a riconoscere identica funzione all'*a. in factum* in discorso coloro che hanno principalmente teso a negare che tale *a. in factum* fosse l'*a. in factum legis Aquiliae*. V. tra gli altri, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, p. 1336 s.; ROTONDI, *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, già in *Annali Perugia*, e poi in *Scritti giuridici*, II, *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano 1922, p. 449; DE FRANCISCI, Συνοψα, II, Pavia 1913, p. 68; COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris, 1952, p. 290 ss. Anche in chi preferisce

Indirizzo interpolazionistico.

L'intervento postclassico o giustiniano non si sarebbe solo limitato a sintetizzare l'originale di Ulpiano, sacrificando l'opinione di Labeone, ma avrebbe introdotto *ex novo*, conformemente alle istanze umanitarie di matrice cristiana, il motivo della misericordia. Per taluni (12), interpolata sarebbe

parlare, sempre a proposito dell'*a. in factum* menzionata nel passo in discorso, di azione "a sè stante", di "selbständige actio in factum" [ad esempio, VOCI, *L'estensione dell'obbligazione di risarcire il danno nel diritto romano classico*, in *Scritti Ferrini*, II, Milano 1947, p. 378 s.; VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio*, cit., p. 211 ss., *Die Aktionen im Umkreis der lex Aquilia*, in *Labeo* 30 (1984), p. 320, ove, alla nt. 11, ritrae il sospetto di interpolazione avanzato a proposito del motivo della misericordia; MACCORMACK, *Aquilian Studies*, in *SDHI* 42 (1975), p. 34], è talvolta esplicitata l'idea che si trattasse pur sempre di azione che consentiva uno sconto di responsabilità al *misericordia ductus*, evitandogli quanto meno l'infamia. Parla di assenza di un giudizio moralmente sfavorevole che, par di capire, avrebbe escluso il dolo, WACKE, *Zum dolus-Begriff der actio de dolo*, in *RIDA* 27 (1980) = *Sul concetto di dolus nell'actio de dolo*, in *Iura* 28 (1977), p. 38 s. Da segnalare l'opinione di PERNICE, *Labeo*, II, 2, cit., p. 409, il quale, pur riconoscendo nell'*a. in factum*, di cui si tratta nel passo in discussione, un'azione sostitutiva dell'*a. de dolo*, vede la ragione della sostituzione non nella circostanza che la misericordia escludesse il dolo, ma nella necessità di evitare l'infamia che sarebbe derivata, come è noto, se si fosse concessa l'*a. de dolo*. Nella stessa linea di pensiero, ma con oscillazione nel concepire l'*a. in factum* come collegata alla *lex Aquilia* o surrogante l'*a. de dolo*, FERRINI, *Diritto penale romano, Sintesi storica*, cit., p. 56 e p. 294.

12) G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova 1937, p. 258 s., sostiene l'interpolazione giustiniana del passo da *si non misericordia ductus a debere*. L'*a. in factum* attribuita a Quintus sarebbe di derivazione giustiniana, così come la distinzione basata sulla misericordia, nella quale sarebbero presenti influenze cristiane. Quintus avrebbe negato o concesso l'*a. de dolo* (o quella di furto) se nel caso concreto chi aveva liberato lo schiavo non avesse o avesse ottenuto un vantaggio.

stata anche l'*a. in factum* di cui è parola nel testo in discussione; per altri (13) la interpolazione si sarebbe limitata alla sola motivazione misericordiosa, mentre l'*a. in factum* sarebbe stata già contemplata, probabilmente da Labeone, senz'altro da Quinto e da Ulpiano.

Ecco un'ipotesi ricostruttiva di D. 4,3,7,7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit, <si non furti faciendi*

13) Particolarmente articolata è la opinione di ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, in *AUPA XXI* (1950), p. 85 ss.; *La nozione di furtum fino a Nerazio*, in *AUPA XXIII* (1953), p. 97 ss.; *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in *AUPA XXVII* (1961), p. 242 s. L'a. colloca il passo, debitamente calato nel suo luogo di provenienza - il libro XI del commentario ulpiano *ad edictum* ove era tra l'altro trattato il tema della sussidiarietà dell'*a. de dolo* -, al centro dello sviluppo storico della nozione di furto e della sua interferenza con la disciplina del danneggiamento. Labeone, professando una nozione di furto ormai basata sull'elemento della sottrazione e quindi lontana da quella precedente fondata sulla perdita, di fronte al fatto di chi slegava il servo altrui per consentirgli la fuga, fatto senz'altro compiuto con dolo malo ma non allo scopo di sottrarre, si risolveva per la concessione dell'*a. de dolo* ad esclusione dell'*a. furti* e forse indicava come possibile la appena nascente *a. in factum legis Aquiliae*. Quintus, giurista non identificabile, ma certamente precedente a Labeone, avrebbe invece inclinato per l'*a. furti* alla stregua di una nozione di furto basata sull'elemento della perdita, la quale consentiva la tutela di quelle situazioni di danneggiamento che, "rebus integris", non rientravano nella *lex Aquilia*. Ulpiano invece, in un'epoca in cui l'*a. in factum legis Aquiliae* si era ormai consolidata nella prassi, avrebbe optato, per il caso in discorso, a favore di quest'ultima azione. I Giustiniani avrebbero fuso insieme tutte queste opinioni con il risultato di rendere irricognoscibile il tenore originario del passo (ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 97 ss., in sintesi p. 110-112). E i Giustiniani - non Quintus e, sulla sua scia, Ulpiano - avrebbero assunto la motivazione misericordiosa quale criterio per decidere l'esperibilità dell'*a. furti* o dell'*a. in factum legis Aquiliae* al posto dell'*a. de dolo* (ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, cit., p. 90; *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 111-112. Di interventi postclassici è parola in *loc. ult. cit.*, p. 105-106).

stata anche l'*a. in factum* di cui è parola nel testo in discussione, per altri (13) la interpolazione si sarebbe limitata alla sola motivazione misericordiosa, mentre l'*a. in factum* sarebbe stata già contemplata, probabilmente da Labeone, senz'altro da Quinto e da Ulpiano.

Ecco un'ipotesi ricostruttiva di D. 4,3,7,7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit, <si non furti faciendi*

13) Particolarmente articolata è la opinione di ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, in *AUPA XXI* (1950), p. 85 ss.; *La nozione di furtum fino a Nerazio*, in *AUPA XXIII* (1953), p. 97 ss.; *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in *AUPA XXVII* (1961), p. 242 s. L'a. colloca il passo, debitamente calato nel suo luogo di provenienza - il libro XI del commentario ulpiano *ad edictum* ove era tra l'altro trattato il tema della sussidiarietà dell'*a. de dolo* -, al centro dello sviluppo storico della nozione di furto e della sua interferenza con la disciplina del danneggiamento. Labeone, professando una nozione di furto ormai basata sull'elemento della sottrazione e quindi lontana da quella precedente fondata sulla perdita, di fronte al fatto di chi slegava il servo altrui per consentirgli la fuga, fatto senz'altro compiuto con dolo malo ma non allo scopo di sottrarre, si risolveva per la concessione dell'*a. de dolo* ad esclusione dell'*a. furti* e forse indicava come possibile la appena nascente *a. in factum legis Aquiliae*. Quintus, giurista non identificabile, ma certamente precedente a Labeone, avrebbe invece inclinato per l'*a. furti* alla stregua di una nozione di furto basata sull'elemento della perdita, la quale consentiva la tutela di quelle situazioni di danneggiamento che, "rebus integris", non rientravano nella *lex Aquilia*. Ulpiano invece, in un'epoca in cui l'*a. in factum legis Aquiliae* si era ormai consolidata nella prassi, avrebbe optato, per il caso in discorso, a favore di quest'ultima azione. I Giustinianeî avrebbero fuso insieme tutte queste opinioni con il risultato di rendere irricognoscibile il tenore originario del passo (ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 97 ss., in sintesi p. 110-112). E i Giustinianeî - non Quintus e, sulla sua scia, Ulpiano - avrebbero assunto la motivazione misericordiosa quale criterio per decidere l'esperibilità dell'*a. furti* o dell'*a. in factum legis Aquiliae* al posto dell'*a. de dolo* (ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, cit., p. 90; *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 111-112. Di interventi postclassici è parola in *loc. ult. cit.*, p. 105-106).

causa feceris> ? et <putat dandam esse, cum dubitetur, an actio in factum dari possit. sed> ait Quintus (?) apud eum notans [: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris ; si misericordia,] in factum actionem dari debere <ideoque cessare de dolo actionem> (14).

Nostra opinione.

Ci sia consentito dubitare della plausibilità, non solo di questo specifico tentativo di ricostruzione, ma, più in generale, dell'idea stessa che la motivazione misericordiosa sia stata introdotta dai compilatori.

Anzitutto, Ulpiano, come dimostrano le due testimonianze (15) che leggeremo tra poco, aveva senz'altro

14) VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio*, cit., p. 211. L'a. attribuisce alla ispirazione cristiana di un rimaneggiatore postclassico il motivo della misericordia che avrebbe escluso, con il dolo, l'*actio* omonima e l'*a. furti* (p. 213 s.). La sintesi postclassica avrebbe sacrificato l'opinione di Labeone. Il giurista si sarebbe posto l'interrogativo se, per il caso di chi slegava uno schiavo altrui allo scopo di farlo fuggire, era esperibile l'*a. de dolo*, non perché il fatto non rientrasse nel dolo ma in vista della possibilità che ci fossero altre azioni le quali avrebbero escluso l'*a. de dolo* in quanto sussidiaria: non l'*a. furti* perché nel liberatore non c'era l'intenzione di arricchimento; dubbia e incerta l'esperibilità di un'*actio in factum* a sè stante (non un'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*) per casi di danno *non corpori*. Allora Labeone si sarebbe risolto per l'*a. de dolo*, quando invece i giuristi classici (Quintus, Ulpiano, consolidatis ai loro tempi l'*a. in factum* a sè stante per i casi di danno senza una violazione della sostanza della cosa, avrebbero sostenuto l'esperibilità di questa azione al posto di quella *de dolo* sussidiaria (p. 211-214). L'a., in uno studio successivo, *Die Aktionen im Umkreis der Lex Aquilia*, cit., p. 320 nt. 11, nega l'interpolazione della misericordia e ha proposto una diversa lettura di D. 4,3,7,7.

15) D. 16,3,7 *pr.* (Ulp. 30 *ad ed.*) e D. 11,3,5 *pr.* (Ulp. 23 *ad ed.*).

frequentato il tema della motivazione misericordiosa nel compimento di un fatto illecito. Possibile che tutti e tre i passi ulpianeî siano stati interpolati? E se sono plausibili i richiami alla misericordia nei primi due luoghi, perchè non anche in questo, di cui ci stiamo occupando (16)?

Secondariamente, notiamo che le testimonianze giuridiche, le quali parlano del *miser cordia ductus* (i tre passi attribuiti ad Ulpiano e un passo delle Istituzioni giustiniane), sono in qualche modo collegate a casi di schiavi d'altri cui si sono tolti i lacci, oppure schiavi scappati incautamente ospitati, cioè casi dei quali non sfugge il significato emblematico, esemplare, secondo gli usi propri di una tradizione giurisprudenziale, forse più scolastica (17) che pratica, di antica risalenza. Con questo, evidentemente, non si vuole dire che il fenomeno dei servi fuggitivi, anche ai tempi di Labeone, difettesse di attualità. Sarebbe una sciocchezza.

16) Anche ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, cit., p. 90, sulla scorta di uno solo dei due passi attribuiti ad Ulpiano, cioè D. 16,3,7 pr., e di *Iust. inst.* 4,3,16, ammette la classicità della terminologia. Ma proprio perchè in D. 16,3,7 pr. Ulpiano avrebbe sostenuto che il contegno del *miser cordia ductus* è *dolo proximus*, secondo l'a. non potrebbe essere di Ulpiano il riferimento al *miser cordia ductus* in D. 4,3,7,7 perchè qui, lascia intendere l'a., il contegno del *miser cordia ductus* non è considerato come doloso. Ma proprio in ciò sta il punto: per il caso dello schiavo altrui slegato, per misericordia, al fine di consentirgli la fuga, non è questione di non esperibilità di *a. de dolo* perchè manca il dolo, ma perchè, pur sussistendo la volontarietà del torto, l'aver agito per motivi nobili ne ha suggerito (a chi per primo non si sa) la estrapolazione dall'ambito dell'*a. de dolo* a quella dell'*a. in factum*.

17) Di esempio scolastico, a proposito di D. 4,3,7,7, parla tra gli altri anche DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano* (1906), cit., p. 282.

frequentato il tema della motivazione misericordiosa nel compimento di un fatto illecito. Possibile che tutti e tre i passi ulpiani siano stati interpolati? E se sono plausibili i richiami alla misericordia nei primi due luoghi, perchè non anche in questo, di cui ci stiamo occupando (16)?

Secondariamente, notiamo che le testimonianze giuridiche, le quali parlano del *miser cordia ductus* (i tre passi attribuiti ad Ulpiano e un passo delle Istituzioni giustiniane), sono in qualche modo collegate a casi di schiavi d'altri cui si sono tolti i lacci, oppure schiavi scappati incautamente ospitati, cioè casi dei quali non sfugge il significato emblematico, esemplare, secondo gli usi propri di una tradizione giurisprudenziale, forse più scolastica (17) che pratica, di antica risalenza. Con questo, evidentemente, non si vuole dire che il fenomeno dei servi fuggitivi, anche ai tempi di Labeone, difettesse di attualità. Sarebbe una sciocchezza.

16) Anche ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, cit., p. 90, sulla scorta di uno solo dei due passi attribuiti ad Ulpiano, cioè D. 16,3,7 pr., e di *Iust. inst.* 4,3,16, ammette la classicità della terminologia. Ma proprio perché in D. 16,3,7 pr. Ulpiano avrebbe sostenuto che il contegno del *miser cordia ductus* è *dolo proximus*, secondo l'a. non potrebbe essere di Ulpiano il riferimento al *miser cordia ductus* in D. 4,3,7,7 perché qui, lascia intendere l'a., il contegno del *miser cordia ductus* non è considerato come doloso. Ma proprio in ciò sta il punto: per il caso dello schiavo altrui slegato, per misericordia, al fine di consentirgli la fuga, non è questione di non esperibilità di *a. de dolo* perché manca il dolo, ma perché, pur sussistendo la volontarietà del torto, l'aver agito per motivi nobili ne ha suggerito (a chi per primo non si sa) la estrapolazione dall'ambito dell'*a. de dolo* a quella dell'*a. in factum*.

17) Di esempio scolastico, a proposito di D. 4,3,7,7, parla tra gli altri anche DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano* (1906), cit., p. 282.

E nello stesso tempo non sfugge quanto questi casi si prestassero ad essere valutati sotto il profilo della motivazione misericordiosa da parte dell'autore, e dell'incidenza di essa sulla loro qualificazione giuridica e sulla scelta delle azioni.

Criterio discretivo, quindi, quello del *miser cordia ductus*, anch'esso esemplare, e partecipe, con la casistica cui si riferiva, della natura di topos di derivazione veterogiurisprudenziale. Ma in comune con essa aveva anche una sua giustificazione nella realtà delle fughe degli schiavi. Ancora nella LEX WISIGOTHORUM si distingue, nella disciplina del fatto di *concedere, impendere humanitatem* (18) a un servo altrui, che l'agente sapesse o non sapesse trattarsi di servo fuggitivo.

La stessa locuzione *miser cordia ductus*, riportata invariabilmente, rappresenta, nella sua fissità, un fenomeno di tipizzazione linguistica e concettuale dalle radici profonde.

Non va anche taciuta una tendenza di Ulpiano alla soluzione umanitaria, che altri ha già rilevato (19).

Ma torniamo al passo in discussione. È fuor di dubbio che si tratti di un passo abbondantemente ritoccato, e appiattito, ove il pensiero di Labeone è destinato a restare incognito, così come la identità di Quintus, se giurista precedente o successivo a

18) LEX WISIGOTH. 9,1,4,5 (WALTER, *Corpus iuris Germanici antiqui*, I, Berolini 1824, p. 598 s.).

19) WATSON, *Actio de dolo*, cit., p. 393 nt. 5.

Labeone (20). Non mancano tuttavia elementi che si possono dire sicuri, ma non sempre valutati appropriatamente dagli studiosi.

Anzitutto il quadro di riferimento della discussione giurisprudenziale, come ci apprende il contesto in cui si situa il frammento: la sussidiarietà dell'*a. de dolo* e l'esperibilità di questa azione solo nel caso in cui *alia actio non sit* o *si dubitatur an alia sit* (21). Onde il caso proposto da Labeone: se qualcuno slegava uno schiavo altrui perché fuggisse, doveva essere data l'azione di dolo?

L'interrogativo posto da Labeone, su cui si apre la discussione dei giuristi, non nasceva dal dubbio che il fatto di liberare uno schiavo altrui per consentirgli la fuga potesse, in talune circostanze, non essere un *dolo malo factum* e come tale non passibile dell'*a. de dolo*. L'interrogativo riguardava (lo si ricava dal contesto in cui si situa il passo) se, per tale fatto, l'*a. de dolo* dovesse fare luogo, in quanto sussidiaria, ad altra azione. E pare scontato, nel pensiero di questi giuristi (proprio perché la discussione verteva sull'ultimo punto e non sul primo) che

20) Come in passato non si discuteva che si trattasse di Quinto Mucio, oggi si può dire opinione comune che si tratti di un commentatore di Labeone, quindi successivo a questo giurista. Per tutti, KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, Leipzig 1912, p. 157 nt. 24, p. 200; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, p. 181 nt. 321. Riprende molto acutamente l'idea di Quintus giurista precedente a Labeone e da quest'ultimo menzionato, ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 108-110. Critiche in WATSON, *Contractatio again*, cit., p. 340.

21) Così anche gli autori citati alle ntt. 13 e 14.

Labeone (20). Non mancano tuttavia elementi che si possono dire sicuri, ma non sempre valutati appropriatamente dagli studiosi.

Anzitutto il quadro di riferimento della discussione giurisprudenziale, come ci apprende il contesto in cui si situa il frammento: la sussidiarietà dell'*a. de dolo* e l'esperibilità di questa azione solo nel caso in cui *alia actio non sit o si dubitatur an alia sit* (21). Onde il caso proposto da Labeone: se qualcuno slegava uno schiavo altrui perché fuggisse, doveva essere data l'azione di dolo?

L'interrogativo posto da Labeone, su cui si apre la discussione dei giuristi, non nasceva dal dubbio che il fatto di liberare uno schiavo altrui per consentirgli la fuga potesse, in talune circostanze, non essere un *dolo malo factum* e come tale non passibile dell'*a. de dolo*. L'interrogativo riguardava (lo si ricava dal contesto in cui si situa il passo) se, per tale fatto, l'*a. de dolo* dovesse fare luogo, in quanto sussidiaria, ad altra azione. E pare scontato, nel pensiero di questi giuristi (proprio perché la discussione verteva sull'ultimo punto e non sul primo) che

20) Come in passato non si discuteva che si trattasse di Quinto Mucio, oggi si può dire opinione comune che si tratti di un commentatore di Labeone, quindi successivo a questo giurista. Per tutti, KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, Leipzig 1912, p. 157 nt. 24, p. 200; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, p. 181 nt. 321. Riprende molto acutamente l'idea di Quintus giurista precedente a Labeone e da quest'ultimo menzionato, ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 108-110. Critiche in WATSON, *Contractatio again*, cit., p. 340.

21) Così anche gli autori citati alle ntt. 13 e 14.

sempre, il fatto di liberare un servo altrui per consentirgli la fuga, costituiva un *dolo malo factum*, e quindi astrattamente sanzionabile con l'*a. de dolo*, indipendentemente dai motivi, anche se il liberatore aveva agito per misericordia.

Anzi, è corretto assumere che, in assenza di un'*alia actio*, proprio l'*a. de dolo* si sarebbe dovuta concedere, ci fosse stata o non ci fosse stata la motivazione misericordiosa; segno che, nel pensiero di Labeone, Quinto e Ulpiano, la motivazione misericordiosa, in chi lasciava libero lo schiavo altrui per consentirgli di fuggire, non escludeva il dolo.

La misericordia escludeva non il dolo, bensì, almeno per Quinto e Ulpiano, l'*actio de dolo* (e l'*a. furti*), perché, in presenza della motivazione misericordiosa, vi era un'*alia actio*, un'*actio in factum* non infamante, giudicata dalla giurisprudenza più opportuna in vista del nobile slancio dell'agente (22).

Ci pare quindi, anche per questo, più plausibile che l'*a. in factum*, di cui è parola nel passo, non fosse un surrogato dell'*a. de dolo* alla cui concessione, secondo l'opinione della quale abbiamo già dato conto (23), i giuristi sarebbero pervenuti

22) Per il problema della sussidiarietà dell'*a. de dolo* anche rispetto a rimedi decretali, come l'*a. in factum* di cui si tratta, rinviamo a BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, p. 617 ss., il quale, con argomenti del tutto convincenti, prospetta la soluzione favorevole e respinge l'opinione contraria di WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, cit., p. 392 ss. Si dichiara contro, per il caso in discussione, anche VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven*, cit., p. 213, ma a favore in *Die Aktionen im Umkreis der Lex Aquilia*, cit., p. 320.

23) Cfr. retro, nt. 11.

ragionando in termini di dolo che sfumava in colpa se c'era il motivo misericordioso, bensì un'*a. in factum legis Aquiliae* (24) o un'azione a sé stante di danno (25).

A questo proposito si legga

Iust. inst. 4,3,16 : Sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri : veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

24) Questa opinione, già espressa nella GLOSSA ad D. 4,3,7,7 : *in factum actio, quia dolo non fecisti, dic in factum agitur, scilicet subsidiaria vel Aquilia*, qua e là ripresa successivamente (HASSE, *Die Culpa des römischen Rechts*, cit., p. 37 nt. 1 ; FERRINI, *Esposizione storica*, cit., p. 54 ; ARNÒ, *Actio in factum accomodata legi Aquiliae*, in *Atti Roma*, II, Pavia 1935, p. 223 ss.), è stata riproposta, con plausibilità, da ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia*, p. 85 ss. Sul percorso classico dell'*a. in factum* aquiliana per il danno *rebus integris*, con un esitante avvio ad opera di Labeone e piena affermazione nell'età di Ulpiano, v. ALBANESE, *Studi sull'actio legis Aquiliae*, I, cit., p. 50 ss. ; *Studi sul furtum fino a Nerazio*, cit., p. 111 s.

25) Da ultimo VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio*, cit., p. 213, con ricostruzione della formula. BARDON, *The Lex Aquilia and Decretal Actions*, in *Daube noster*, Edinburgh 1974, p. 15, si limita a dire che l'*a. in factum* in discorso, nel periodo classico, non era intesa come un'estensione della *lex Aquilia* per i casi di danno *sine lesione corporis*.

ragionando in termini di dolo che sfumava in colpa se c'era il motivo misericordioso, bensì un'*a. in factum legis Aquiliae* (24) o un'azione a sé stante di danno (25).

A questo proposito si legga

Iust. inst. 4,3,16: *Sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

24) Questa opinione, già espressa nella GLOSSA ad D. 4,3,7,7: *in factum actio, quia dolo non fecisti, dic in factum agitur, scilicet subsidiaria vel Aquilia*, qua e là ripresa successivamente (HASSE, *Die Culpa des römischen Rechts*, cit., p. 37 nt. 1; FERRINI, *Esposizione storica*, cit., p. 54; ARNO, *Actio in factum accomodata legi Aquiliae*, in *Atti Roma*, II, Pavia 1935, p. 223 ss.), è stata riproposta, con plausibilità, da ALBANESE, *Studi sulla lex Aquilia*, p. 85 ss. Sul percorso classico dell'*a. in factum* aquiliana per il danno *rebus integris*, con un esitante avvio ad opera di Labeone e piena affermazione nell'età di Ulpiano, v. ALBANESE, *Studi sull'actio legis Aquiliae*, I, cit., p. 50 ss.; *Studi sul furtum fino a Nerazio*, cit., p. 111 s.

25) Da ultimo VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende Actio*, cit., p. 213, con ricostruzione della formula. BARDON, *The Lex Aquilia and Decretal Actions*, in *Daube noster*, Edinburgh 1974, p. 15, si limita a dire che l'*a. in factum* in discorso, nel periodo classico, non era intesa come un'estensione della *lex Aquilia* per i casi di danno *sine lesione corporis*.

Nel quadro delle concezioni probabilmente bizantine (26) riflesse nel brano (27), non è mancato chi ha sostenuto la classicità dell'*a. in factum* qui citata, fosse un'*a. in factum legis Aquiliae* o 'a sè stante'; nè si è mancato di sottolineare la derivazione da Ulpiano D. 4,3,7,7 del caso del servo cui si sono sciolti i legami per consentirgli di fuggire.

26) Dubita VAN WARMELO, *Les actions autour de la loi Aquilia*, in *Studi Biscardi*, III, Milano 1982, p. 360.

27) La asserita derivazione bizantina di *Iust. inst.* 4,3,16, che ha il suo punto di forza nell'attribuzione ai Giustinianeî dell'*a. in factum generalis legis Aquiliae* per il danno *non corpore neque corpori illatum* (per tutti, ALIBRANDI, *Opere*, I, cit., p. 159; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., p. 1336; ROTONDI, *Teorie postclassiche*, cit., p. 448 ss.; COLLINET, *La genèse du Digeste*, cit., p. 290 ss. Per la letteratura, sterminata, sul tema generale delle azioni *ad exemplum* e *in factum legis Aquiliae*, v.: THIELMANN, *Actio utilis und actio in factum zu den Klagen im Umfeld der lex Aquilia*, in *Studi Biscardi*, II, Milano 1982, p. 295; VAN WARMELO, *Les actions autour de la loi Aquilia*, cit., p. 315 ss.; VON LÜBTOW, *Die Aktionen im Umkreis der Lex Aquilia*, cit., p. 317 ss.) non ha impedito di segnalare la, del resto ovvia, provenienza da Ulpiano D. 4,3,7,7 del caso dello schiavo slegato (ad esempio, ROTONDI e COLLINET, *loc. cit.*), ma per sottolinearne, in quest'ultimo luogo, la disciplina classica attraverso un'*actio in factum* sostitutiva dell'*a. de dolo*, che sarebbe diventata nelle Istituzioni l'*a. in factum legis Aquiliae*. BARTON, *The lex Aquilia*, cit., p. 15, proteso anch'egli a sostenere che l'*a. in factum ex lege Aquilia* prevista nelle Istituzioni sarebbe di invenzione giustiniana, nega addirittura, contro ogni evidenza, la identità dell'esempio affermando che solo nel passo di Ulpiano il liberatore dello schiavo avrebbe volontariamente causato la perdita della proprietà sullo schiavo, come se *ut fugeret* non significasse la stessa cosa nelle Istituzioni e nel Digesto. Invece ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, cit., p. 86-88, giocando sulla evidente disarmonia tra la prima parte del passo delle Istituzioni dove è teorizzata effettivamente l'*a. in factum generalis legis Aquiliae* per ogni caso di danno *non corpore neque corpori illatum* e il caso dello schiavo ove è evidente trattarsi di *damnum solo non corpori illatum*, recupera la classicità del caso e dell'*a. in factum (legis Aquiliae)* per esso prevista.

Ma nel luogo del Digesto, come in questo delle Istituzioni, l'*a. in factum* è limitata alla sola circostanza che lo scioglimento fosse avvenuto per misericordia.

Da qui la scarsa plausibilità dell'idea che Quintus e Ulpiano fossero inclini a concedere l'*a. in factum* (al posto di quella *de dolo o furti*) in generale, indipendentemente dalla motivazione misericordiosa. A questa idea si può obiettare che, scollegando l'*a. in factum* dalla motivazione misericordiosa, si viene a prospettare un trattamento inspiegabilmente blando per chi liberava uno schiavo altrui allo scopo di farlo fuggire. Se questi commetteva una frode senza un motivo valido (e la commetteva se toglieva i lacci ad uno schiavo d'altri per consentirgli la fuga senza che vi fosse spinto da compassione), perché i giuristi gli avrebbero risparmiato l'*a. de dolo* con relativa infamia, suggerendo, al posto dell'*a. de dolo*, un'*a. in factum* non infamante? L'atteggiamento complessivo, tutt'altro che blando, di leggi e giuristi di fronte alla fuga dello schiavo e relative complicità e favoreggiamenti, esclude questa possibilità.

Lo stretto collegamento tra *a. in factum* e motivazione misericordiosa stabilito dalle Istituzioni di Giustiniano coincide perfettamente, avvalorandone l'autenticità, con l'opinione di Quintus alla quale -altro elemento non seriamente dubitabile- aderiva Ulpiano.

Qual era, dunque, l'opinione di Quintus e, sulla sua scia, di Ulpiano?

Ma nel luogo del Digesto, come in questo delle Istituzioni, l'*a. in factum* è limitata alla sola circostanza che lo scioglimento fosse avvenuto per misericordia.

Da qui la scarsa plausibilità dell'idea che Quintus e Ulpiano fossero inclini a concedere l'*a. in factum* (al posto di quella *de dolo* o *furti*) in generale, indipendentemente dalla motivazione misericordiosa. A questa idea si può obiettare che, scollegando l'*a. in factum* dalla motivazione misericordiosa, si viene a prospettare un trattamento inspiegabilmente blando per chi liberava uno schiavo altrui allo scopo di farlo fuggire. Se questi commetteva una frode senza un motivo valido (e la commetteva se toglieva i lacci ad uno schiavo d'altri per consentirgli la fuga senza che vi fosse spinto da compassione), perché i giuristi gli avrebbero risparmiato l'*a. de dolo* con relativa infamia, suggerendo, al posto dell'*a. de dolo*, un'*a. in factum* non infamante? L'atteggiamento complessivo, tutt'altro che blando, di leggi e giuristi di fronte alla fuga dello schiavo e relative complicità e favoreggiamenti, esclude questa possibilità.

Lo stretto collegamento tra *a. in factum* e motivazione misericordiosa stabilito dalle Istituzioni di Giustiniano coincide perfettamente, avvalorandone l'autenticità, con l'opinione di Quintus alla quale -altro elemento non seriamente dubitabile- aderiva Ulpiano.

Qual era, dunque, l'opinione di Quintus e, sulla sua scia, di Ulpiano?

Il fatto di chi slegava lo schiavo d'altri per farlo fuggire era anche un caso di furto o di danno, e questo impediva che venisse in considerazione l'*a. de dolo*. Quanto poi al rapporto tra l'azione di furto e di danno, il criterio discretivo era rappresentato dalla misericordia. Se nello sciogliere i lacci l'agente era stato spinto da misericordia, rispondeva per danno, altrimenti per furto.

Un caso tipico di furto, se non c'era la misericordia. E forse aveva ragione Accursio⁽²⁸⁾ chiosando: *Furti teneris quia opem tulisti servo qui fecit furtum sui* (29).

Un caso tipico di danno *non corpore* (?) nè *corpori illatum*, assunto stabilmente, con il tempo, nella sfera dell'*a. in factum* (*legis Aquiliae* ?) se c'era la misericordia.

In conclusione, alla luce di queste riflessioni, non sembra ci sia niente che urti contro l'integrità sostanziale di D. 4,3,7,7 e l'attribuzione a Quintus e ad Ulpiano -non ai Giustinianei- del criterio discretivo della misericordia, concepita non come escludente il dolo ma semplicemente come attenuante che, attraverso la *a. in factum*, consentiva di evitare l'infamia.

28) GLOSSA ad D. 4,3,7,7.

29) Un *furtum ope consilio factum*, con presunzione di complicità e l'elemento della sottrazione rappresentato dallo schiavo che sottrae se stesso: forse in questo modo si può rispondere ai dubbi avanzati da ALBANESE, *Studi sul furtum fino a Nerazio*, cit., p. 106. Differenti valutazioni in WATSON, *Contractatio again*, cit., p. 340 s.

3. - Con questa acquisizione, che ci sembra molto importante, veniamo al secondo passo.

D. 16,3,7 *pr.* (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.*

Passo ostico, per la difficoltà di comprendere il caso contemplato e per i pesanti sospetti di interpolazione⁽³⁰⁾ avanzati dalla letteratura più disparata⁽³¹⁾, in particolare da quella che ha studiato la dottrina della *culpa*⁽³²⁾.

Vediamone il testo alla lettera : "se un sequestratario, spinto da misericordia, abbia slegato uno schiavo depositato presso di lui perché fosse sottoposto a *quaestio* e perciò legato o teso *ad malam mansionem*, ritengo che ciò che è stato fatto sia prossimo al dolo perché, pur sapendo a quale cosa ci si preparasse, usò intempestivamente misericordia, potendo non accettare tale causa piuttosto che ingannare".

30) INDEX ITP.

31) ALBERTARIO, *La involuzione del possesso del precarista del creditore pignoratizio e del sequestratario nel diritto postclassico giustiniano*, in *Studi di diritto romano*, II, Milano 1941, p. 155 s. nt. 1.

32) DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano* (1905), *cit.*, p. 26 ; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1946, p. 27.

3. - Con questa acquisizione, che ci sembra molto importante, veniamo al secondo passo.

D. 16,3,7 pr. (Ulp. 30 ad ed.): *Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere.*

Passo ostico, per la difficoltà di comprendere il caso contemplato e per i pesanti sospetti di interpolazione⁽³⁰⁾ avanzati dalla letteratura più disparata⁽³¹⁾, in particolare da quella che ha studiato la dottrina della *culpa*⁽³²⁾.

Vediamone il testo alla lettera: "se un sequestrario, spinto da misericordia, abbia slegato uno schiavo depositato presso di lui perché fosse sottoposto a *quaestio* e perciò legato o teso *ad malam mansionem*, ritengo che ciò che è stato fatto sia prossimo al dolo perché, pur sapendo a quale cosa ci si preparasse, usò intempestivamente misericordia, potendo non accettare tale causa piuttosto che ingannare".

30) INDEX ITP.

31) ALBERTARIO, *La involuzione del possesso del precarista del creditore pignoratizio e del sequestrario nel diritto postclassico giustiniano*, in *Studi di diritto romano*, II, Milano 1941, p. 155 s. nt. 1.

32) DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata in diritto romano* (1905), cit., p. 26; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1946, p. 27.

Anzitutto si disputa se si tratti di un vero sequestro⁽³³⁾ o di un normale caso di deposito assumendo, i sostenitori di questa ultima idea, l'uso figurato e atecnico del termine *sequester*⁽³⁴⁾. L'uno e l'altro dei punti di vista sono autorizzati da uno scolio dei Basilici⁽³⁵⁾ ove si accenna al senso improprio della parola *sequester* ma nello stesso tempo è ipotizzato un caso di sequestro: due persone si contendono una eredità e prima che sia provato chi dei due è erede, decidono di affidare a un sequestrario lo schiavo ereditario perché questi, costretto dai *tormenta*, dica dove si trovano le cose ereditarie.

Dal nostro punto di vista, questo problema non desta interesse, anche se siamo più inclini all'idea che il riferimento fosse ad un sequestro in senso tecnico⁽³⁶⁾.

33) MUTHER, *Sequestration und Arrest*, Leipzig 1856, p. 90 ss.; BROGGINI, *Introduction au sequester*, in *Mélanges Meylan*, I, Lausanne 1963, p. 6.

34) ARANGIO-RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro*, in AG 76 (1906), successivamente in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, p. 62 s.; ARICÒ ANSELMO, *Sequestro omittendae possessionis causa*, in AUPA 40 (1988), p. 225 nt. 18.

35) *Schol. ἐὰν ὁ μεσεγγυητής ad B. 13,2,7* (HEIMB. 2, p. 42, trad. lat.): *Abusus hoc loco verbo est. Ut tamen non in quovis depositario tantum, verum etiam in sequestre locum habeat, quod dicitur, finge, duos de hereditate contendere, et quemvis se heredem dicere: et interim, cum quaestio haec ventilaretur, eos servum hereditarium, per quem quaestione habita res hereditariae patefierent, probato antea, quis heres sit, apud aliquem deposuisse.*

36) LENEL, EP³, p. 290.

Si discute pure, ed il quesito è assai più importante, se al sequestratario fosse affidata la sola custodia dello schiavo (37) o anche la esecuzione della *quaestio* (38). A favore di questa seconda ipotesi si fa osservare che il testo dice che lo schiavo era stato depositato *ut quaestio de eo haberetur* (39). Ciò è vero, ma non si dice che dovesse essere il sequestratario a procedere materialmente all'esecuzione della tortura. Se così fosse stato, ci sorprenderebbe la mancanza di riferimento, nel passo, ad altro rapporto giuridico che a quello di sequestro, perché questo contratto, come è noto, esclude obblighi che non siano quelli di custodire e di restituire.

Noi vediamo nel passo il caso di uno schiavo il quale è messo a tortura da persone che hanno il diritto di farlo, *ad eruendam veritatem* (40), per strappargli cioè quella verità da cui poteva dipendere la composizione di un loro conflitto di interessi. Per il

37) J. VOIGT, *Der Besitz des Sequester*, Freiburg i.B. 1885, p. 21.

38) MUTHER, *Sequestration, cit.*, p. 92 s.: controversia circa la proprietà dello schiavo destinato a tortura, affidato alla custodia di un sequestratario; BROGGINI, *Introduction, cit.*, p. 6: depositare *apud sequestrem* uno schiavo per sottometterlo a tortura e ottenere delle confessioni utili in un processo; sequestro in vista di assicurare un mezzo di prova.

39) ARANGIO-RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro, cit.*, p. 61, il quale, teso a sostenere che si trattasse di un caso di deposito e non di sequestro in senso tecnico, non ha notato che con l'assunzione dell'obbligo di torturare si sarebbe concluso un contratto di deposito piuttosto anomalo. L'a. più esattamente si prospetta il caso in *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958³, p. 35: un servo che doveva essere sottoposto a tortura, è stato prima legato e poi affidato alla custodia di un guardiano.

40) D. 47,10,15,41 (Ulp. 77 (57?)) *ad ed.*: '*quaestionem*' *intelligere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem* ...

Si discute pure, ed il quesito è assai più importante, se al sequestratario fosse affidata la sola custodia dello schiavo (37) o anche la esecuzione della *quaestio* (38). A favore di questa seconda ipotesi si fa osservare che il testo dice che lo schiavo era stato depositato *ut quaestio de eo haberetur* (39). Ciò è vero, ma non si dice che dovesse essere il sequestratario a procedere materialmente all'esecuzione della tortura. Se così fosse stato, ci sorprenderebbe la mancanza di riferimento, nel passo, ad altro rapporto giuridico che a quello di sequestro, perché questo contratto, come è noto, esclude obblighi che non siano quelli di custodire e di restituire.

Noi vediamo nel passo il caso di uno schiavo il quale è messo a tortura da persone che hanno il diritto di farlo, *ad eruendam veritatem* (40), per strappargli cioè quella verità da cui poteva dipendere la composizione di un loro conflitto di interessi. Per il

37) J. VOIGT, *Der Besitz des Sequester*, Freiburg i.B. 1885, p. 21.

38) MUTHER, *Sequestration*, cit., p. 92 s.: controversia circa la proprietà dello schiavo destinato a tortura, affidato alla custodia di un sequestratario; BROGGINI, *Introduction*, cit., p. 6: depositare *apud sequestrem* uno schiavo per sottometterlo a tortura e ottenere delle confessioni utili in un processo; sequestro in vista di assicurare un mezzo di prova.

39) ARANGIO-RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro*, cit., p. 61, il quale, teso a sostenere che si trattasse di un caso di deposito e non di sequestro in senso tecnico, non ha notato che con l'assunzione dell'obbligo di torturare si sarebbe concluso un contratto di deposito piuttosto anomalo. L'a. più esattamente si prospetta il caso in *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli 1958³, p. 35: un servo che doveva essere sottoposto a tortura, è stato prima legato e poi affidato alla custodia di un guardiano.

40) D. 47,10,15,41 (Ulp. 77 (57?) *ad ed.*): '*quaestionem*' *intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem* ...

tipo di tortura che forse esigeva tempi di esecuzione lunghi (41) e perché tutto di svolgesse nella più assoluta imparzialità, lo schiavo è affidato alla custodia di un sequestratario. Questi, che assume l'obbligo di custodire uno schiavo legato, mentre è lì che custodisce ed aspetta che si decida a parlare, *miser cordia ductus*, lo slega per lenirgli i tormenti. E slegandolo viene meno a un suo obbligo contrattuale, che è quello di custodire uno schiavo legato.

Facciamo questa osservazione perché non è mancato chi ha inteso il fatto come un illecito extracontrattuale (42). Quindi, non di inadempienza da contratto si sarebbe reso responsabile il sequestratario.

Opinione che, seppur plausibile, non ci sentiamo di accogliere (43). La collocazione del passo nel titolo *depositi vel contra*, la sua derivazione da un luogo ulpiano ove ampio risalto è dato alla trattazione del dolo quale criterio di imputazione della responsabilità del depositario nell'editto del pretore, inducono a credere che Ulpiano abbia posto il caso del *miser cordia ductus*

41) Sulla incertezza del tipo di *quaestio* cui si rinvia con la locuzione *ad malam mansionem*, che figura solo in un altro luogo del Digesto, v. TAUBENSCHLAG, sv. *Mansio mala*, in *RE XIV*, 1, col. 1251 s. In letteratura ricorre l'idea di una tavola, di un "bancone" su cui era steso, legato, il malcapitato schiavo.

42) PERNICE, *Labeo*, II, 2, cit., p. 409 sembra muoversi nell'idea di una responsabilità extracontrattuale del depositario ove l'a. *de dolo* sarebbe sostituita da un'a. *in factum* non certo perché gli sia mancato il dolo ma in vista dei motivi lodevoli che lo avevano spinto all'azione.

43) Esattamente inquadrano il caso nell'ambito della responsabilità contrattuale (da deposito), tra gli altri, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 35 s.; C. LONGO, *Corso*, cit., p. 26 s. Così, come apprendiamo da *Iura* 24 (1973), p. 494, anche LITEWSKI, *Dolus et misericordia*, cit.

proprio perché forse vi era chi dubitava che si potesse intentare, appunto per la presenza della motivazione misericordiosa, l'*a. depositi* che richiedeva il dolo (44).

E veniamo alla risposta di Ulpiano. Lasciamo per un momento in sospeso la frase più sospettata *dolo proximum esse quod factum est*, la quale potrebbe far pensare che l'ordine di idee fosse quello della colpa; le successive parole sono chiare: nel sequestratario *miser cordia ductus* c'era il dolo.

Si dice infatti che quest'ultimo poteva non *suscipere* l'incarico piuttosto che *decipere*. Torna alla mente la celebre definizione di dolo di Servio (45) e la centralità del *decipere* nei commenti giurisprudenziali all'editto del pretore *de dolo malo*. Il sequestratario, slacciando i tormenti del servo e quindi arbitrariamente orientando gli esiti della *quaestio*, ha ingannato.

44) A prescindere dalle eventuali interpolazioni (cfr. *infra*, nt. 46), sostengono che Ulpiano riconoscesse, nel comportamento del sequestratario, il dolo, tra gli altri: ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 35; C. LONGO, *Corso*, cit., p. 27; ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 99. Per la letteratura più antica, v.: PERNICE, *Labeo*, II,1, cit., p. 409.

45) D. 4,3,1,2 (Ulp. 11 *ad ed.*); ma v. anche la precisazione di Labeone, di cui è parola nello stesso luogo. È tuttavia opinione ormai comune che, al di là di queste definizioni, il *dolus malus* abbia fondamentalmente espresso il concetto di 'volontarietà del risultato antiggiuridico': ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 29 ss. Le più recenti rimediazioni: WACKE, *Sul concetto di dolus nell'a. de dolo*, cit., p. 10 ss. = *Zum dolus-Begriff*, cit., p. 349 ss.; MACCORMACK, *Dolus in the republican law*, in *BIDR* 88 (1985), p. 1 ss.; *Dolus in the law of the early classical period*, cit., p. 236 ss.; *Aliud simulatum, aliud conceptum*, in *ZSS* 104 (1987), p. 639 ss.; BLANCH, *Nota a propósito de la «actio de dolo» y su carácter infamante*, in *Estudios Iglesias*, III, Madrid 1988, p. 1151 ss.

proprio perché forse vi era chi dubitava che si potesse intentare, appunto per la presenza della motivazione misericordiosa, l'*a. depositi* che richiedeva il dolo (44).

E veniamo alla risposta di Ulpiano. Lasciamo per un momento in sospenso la frase più sospettata *dolo proximum esse quod factum est*, la quale potrebbe far pensare che l'ordine di idee fosse quello della colpa; le successive parole sono chiare: nel sequestratario *miser cordia ductus* c'era il dolo.

Si dice infatti che quest'ultimo poteva non *suscipere* l'incarico piuttosto che *decipere*. Torna alla mente la celebre definizione di dolo di Servio (45) e la centralità del *decipere* nei commenti giurisprudenziali all'editto del pretore *de dolo malo*. Il sequestratario, slacciando i tormenti del servo e quindi arbitrariamente orientando gli esiti della *quaestio*, ha ingannato.

44) A prescindere dalle eventuali interpolazioni (cfr. *infra*, nt. 46), sostengono che Ulpiano riconoscesse, nel comportamento del sequestratario, il dolo, tra gli altri: ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 35; C. LONGO, *Corso*, cit., p. 27; ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, cit., p. 99. Per la letteratura più antica, v.: PERNICE, *Labeo*, II, 1, cit., p. 409.

45) D. 4,3,1,2 (Ulp. 11 *ad ed.*); ma v. anche la precisazione di Labeone, di cui è parola nello stesso luogo. È tuttavia opinione ormai comune che, al di là di queste definizioni, il *dolus malus* abbia fondamentalmente espresso il concetto di 'volontarietà del risultato antiggiuridico': ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 29 ss. Le più recenti rimediazioni: WACKE, *Sul concetto di dolus nell'a. de dolo*, cit., p. 10 ss. = *Zum dolus-Begriff*, cit., p. 349 ss.; MACCORMACK, *Dolus in the republican law*, in *BIDR* 88 (1985), p. 1 ss.; *Dolus in the law of the early classical period*, cit., p. 236 ss.; *Aliud simulatum, aliud conceptum*, in *ZSS* 104 (1987), p. 639 ss.; BLANCH, *Nota a propósito de la «actio de dolo» y su carácter infamante*, in *Estudios Iglesias*, III, Madrid 1988, p. 1151 ss.

Facendo leva su questa proposizione, ci sentiamo di trarre la logica conseguenza: contro il sequestratario *intempestive misericordia ductus* doveva essere data l'*a. depositi*, che, come si sa, esige il dolo (oppure, muovendosi in una prospettiva di illecito extracontrattuale, l'*a. de dolo*).

Veniamo alla locuzione *dolo proximum esse quod factum est arbitror* (46). Se una sola mano ha redatto l'intero passo da *dolo* fino a *decipere*, la presenza di quest'ultimo verbo ci assicura che il pensiero dell'estensore era in linea con l'idea del dolo e pertanto la locuzione *dolo proximum esse quod factum est arbitror* non rinviava all'idea della colpa. Se si ammette, al contrario, che l'espressione *dolo proximum ... rell.* sia stata aggiunta in epoca postclassica, in nome della dottrina della *culpa lata dolo comparatur*, allora dobbiamo concludere che il passo è stato interpolato malamente, lasciando sopravvivere con il verbo *decipere* -insanabilmente in contrasto, nel suo significato di ingannare, con l'idea della colpa anche grave- l'opinione preesistente, cioè quella ulpiana.

La quale era quindi nel senso di valutare il comportamento del sequestratario *intempestive misericordia ductus* come un comportamento doloso.

46) Sulla natura insitica della proposizione, obbediente alla nuova concezione della *culpa lata*, tra gli altri, BINDING, *Die Normen*, II, cit. p. 344 nt. 516; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata*, (1905), cit., p. 26; ALBERTARIO, *La involuzione del possesso*, cit., p. 253 s.; C. LONGO, *Corso*, cit., p. 27.

Noi siamo inclini a ritenere che sia ulpiana anche l'espressione *dolo proximum esse quod factum est arbitror* e che il giurista impiegasse questa frase, per così dire cauta, poco perentoria, non in quanto pensasse alla colpa ma perché la sua soluzione prospettata in termini di dolo poteva essere opinabile, almeno sul piano dell'equità (47).

Nel Digesto abbiamo rintracciato due altri luoghi in cui *dolo proximum* figura nella stessa costruzione con soggetto neutro, e il rinvio è, parimenti, a fatti illeciti giudicati intenzionali, forse non pacificamente. Uno di Ulpiano (48). Si fa il caso del fideiussore che paga per il debitore e, avendolo potuto fare (più sotto, si dice *sciens*), non lo avverte dell'avvenuto pagamento. Il debitore paga anche lui. Il giurista sostiene che si deve rifiutare al fideiussore l'*a. mandati* perchè è circostanza prossima al dolo se dopo il pagamento, non lo ha annunciato al debitore (*dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori*). Il secondo luogo è di Papiniano (49). È disposta per fedecommesso

47) ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale*, cit., spiega la paternità ulpiana della locuzione *dolo proximum* ... osservando che il giurista non oserebbe parlare esplicitamente di dolo in quanto impressionato dall'impulso misericordioso.

48) D. 17,1,29,3 (Ulp. 7 disp.): *Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod solvere eum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur.*

49) D. 34,3,24 (Pap. 8 resp.): *Cum heres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manserit: itaque si quid ante tabulas apertas fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit. quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem ab*

Noi siamo inclini a ritenere che sia ulpiana anche l'espressione *dolo proximum esse quod factum est arbitror* e che il giurista impiegasse questa frase, per così dire cauta, poco perentoria, non in quanto pensasse alla colpa ma perché la sua soluzione prospettata in termini di dolo poteva essere opinabile, almeno sul piano dell'equità (47).

Nel Digesto abbiamo rintracciato due altri luoghi in cui *dolo proximum* figura nella stessa costruzione con soggetto neutro, e il rinvio è, parimenti, a fatti illeciti giudicati intenzionali, forse non pacificamente. Uno di Ulpiano (48). Si fa il caso del fideiussore che paga per il debitore e, avendolo potuto fare (più sotto, si dice *sciens*), non lo avverte dell'avvenuto pagamento. Il debitore paga anche lui. Il giurista sostiene che si deve rifiutare al fideiussore l'*a. mandati* perché è circostanza prossima al dolo se dopo il pagamento, non lo ha annunciato al debitore (*dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori*). Il secondo luogo è di Papiniano (49). È disposta per fedecommesso

47) ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale, cit.*, spiega la paternità ulpiana della locuzione *dolo proximum* ... osservando che il giurista non oserebbe parlare esplicitamente di dolo in quanto impressionato dall'impulso misericordioso.

48) D. 17,1,29,3 (Ulp. 7 disp.): *Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, cum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit quod solvere eum non oportebat. et credo, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli: dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori: cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur.*

49) D. 34,3,24 (Pap. 8 resp.): *Cum heres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manserit: itaque si quid ante tabulas apertas fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit. quod autem post tabulas apertas ante aditam hereditatem ab*

la liberazione di un debito. L'erede, dopo l'apertura del testamento (e quindi non ignorando che esisteva il fedecommesso di liberazione) riceve ugualmente il pagamento da parte del debitore. Ciò *dolo proximum erit, ideoque repeti potest*.

4. - Questo orientamento ulpiano a intendere la motivazione misericordiosa come irrilevante nella valutazione del dolo, tanto nella responsabilità extracontrattuale come, assai verosimilmente, in quella contrattuale, non può dirsi di certo smentito da questo ultimo passo, pur'esso invocato a sostegno dell'idea che la motivazione religiosa escludesse il dolo.

D. 11,3,5 pr. (Ulp. 23 ad ed.): *Doli verbum etiam ad eum qui recepit referendum est, ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo recepit: ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit vel humanitate vel misericordia ductus vel alia probata atque iusta ratione, non tenebitur* (50).

eo, qui voluntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum erit ideoque repeti potest.

50) Sull'esegesi del passo, che ne salva la sostanza e accredita la paternità ulpiana sul punto del *miseriordia ductus*, v. ALBANESE, *Actio servi corrupti*, in AUPA XXVII (1959), p. 37 s. con note.

Il riferimento è all'editto *de servo corrupto* con cui si puniva *in duplum* anche il fatto di *recipere dolo malo* un servo altrui (51). Ulpiano commenta sottolineando che è tenuto solo colui che dà ricetto -dolosamente- al servo d'altri, non chi lo accoglie al fine di custodirlo per il padrone o per umanità o *misericordia ductus*.

Ed ecco a sostenere che per Ulpiano la motivazione misericordiosa escludeva il dolo (52).

Ma è un autentico abbaglio. Per il giurista, o qualcuno riceve uno schiavo d'altri con dolo - il che significa sapere che si trattava di un servo fuggitivo e dargli ricetto al fine di sottrarlo al suo padrone o facilitargli la fuga. Oppure qualcuno dà ricetto a uno schiavo pur sapendo che è fuggitivo ma lo fa per assicurarlo al padrone. Oppure ancora, qualcuno dà ospitalità a un servo senza sapere che è un servo fuggitivo, ad esempio per curarlo, per difenderlo dai briganti (53); cioè con un intento umanitario o misericordioso.

O per dolo o per misericordia. In questa prospettazione ulpiana, le due intenzioni sono alternative e la motivazione misericordiosa non può escludere quel che non c'è. La problematica che trattiamo è, all'opposto, incentrata sul comportamento doloso (cioè sul fatto di recare consapevolmente

51) Per la discussione sulla autentica previsione edittole, rinviamo senz'altro ad ALBANESE, *op. ult.cit.*, p. 4 ss.

52) BINDING, *Die Normen*, II, *cit.* p. 344; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata* (1905), *cit.*, p. 26.

53) Spunti in FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica*, *cit.*, p. 57.

Il riferimento è all'editto *de servo corrupto* con cui si puniva *in duplum* anche il fatto di *recipere dolo malo* un servo altrui (51). Ulpiano commenta sottolineando che è tenuto solo colui che dà ricetto -dolosamente- al servo d'altri, non chi lo accoglie al fine di custodirlo per il padrone o per umanità o *miser cordia ductus*.

Ed ecco a sostenere che per Ulpiano la motivazione misericordiosa escludeva il dolo (52).

Ma è un autentico abbaglio. Per il giurista, o qualcuno riceve uno schiavo d'altri con dolo - il che significa sapere che si trattava di un servo fuggitivo e dargli ricetto al fine di sottrarlo al suo padrone o facilitargli la fuga. Oppure qualcuno dà ricetto a uno schiavo pur sapendo che è fuggitivo ma lo fa per assicurarlo al padrone. Oppure ancora, qualcuno dà ospitalità a un servo senza sapere che è un servo fuggitivo, ad esempio per curarlo, per difenderlo dai briganti (53); cioè con un intento umanitario o misericordioso.

O per dolo o per misericordia. In questa prospettazione ulpiana, le due intenzioni sono alternative e la motivazione misericordiosa non può escludere quel che non c'è. La problematica che trattiamo è, all'opposto, incentrata sul comportamento doloso (cioè sul fatto di recare consapevolmente

51) Per la discussione sulla autentica previsione edittale, rinviamo senz'altro ad ALBANESE, *op. ult.cit.*, p. 4 ss.

52) BINDING, *Die Normen*, II, *cit.* p. 344; DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata* (1905), *cit.*, p. 26.

53) Spunti in FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica*, *cit.*, p. 57.

un torto a qualcuno) ma suggerito da motivi di misericordia. È, sì, configurabile in astratto il caso di chi, *sciens*, dia ricovero a uno schiavo altrui per nascondere al suo padrone, e in ciò sia mosso da intenti misericordiosi (perché, ad esempio, lo schiavo è pesantemente maltrattato; caso del tutto simile a quello schiavo slegato per farlo fuggire). E qui si potrebbe correttamente porre il problema dell'incidenza della motivazione misericordiosa nel compimento consapevole di un illecito.

Ma Ulpiano, nel passo in discorso, non si è posto niente di tutto questo. Per il giurista, colui che *recepit vel humanitate vel misericordia ductus* è, con tutta probabilità, colui che, spinto da sentimenti umanitari, ha dato ospitalità, senza saperlo, a un servo in fuga.

Anche in questa norma della LEX WISIGOTHORUM, il *suscipere fugitivum nesciens* corrisponde al *dare humanitatem*:

LEX WISIGOTH. 9,1,4: *Si nesciens quis fugitivum susceperit humanitate concessa.*

Si quis nesciens fugitivum susceperit, et ei humanitatem dederit, et non amplius ibidem fuerit quam una die vel nocte immoratus, domino quaerenti fugitivum suum praebeat sacramentum, se nescisse quod fugerit. Aut si certe potuerit approbare, quod fugitivum non celaverit, ab omni calumpnia liber abscedat. Si vero ibi biduo, aut triduo, aut quatruiduo, pro reparandis sumptibus, vel cuiuscunque occasionis causa praeteriens, moras afferre

voluerit, conventus a domino, ubi postea manserit, vel a quo humanitatem fugitivus susceperit, cogatur ostendere: et infra sex menses, aut inveniatur fugitivum, aut eos, apud quos postea fuerit, ostendat. Quod si non potuerit invenire, conscientiam suam ex hoc sacramento purgare debet: et apud quem novissime venit, aut repraesentet qui fugit, aut parisi meriti servum domino reddat. Et si servus postea fuerit inventus, illum quem pro eodem dederat recipiat, et ab omni calumpnia securus abscedat (54).

E quindi, in conclusione, il passo non smentisce l'idea che, nella sfera dei delitti, ma, con ogni probabilità, anche in quella dei contratti, la motivazione della misericordia in una consapevole lesione di un diritto altrui non faceva venir meno il dolo. Questa concezione, già presente nel pensiero di Labeone, Quintus e Ulpiano, consentirà ai Bizantini di formulare la massima, già sopra ricordata (55): ὁ ἄκαιρος οἴκτος δόλῳ ἔοικεν.

Resta da chiedersi se la misericordia abbia continuato, in età postgiustiniana, ad operare come attenuante, come nel caso dello schiavo altrui, slegato per consentirgli la fuga. In oriente non sappiamo. In occidente, almeno nella *LEX WISIGOTHORUM*,

54) WALTER, *Corpus*, I, cit., p. 598.

55) Cfr. *retro*, pp. 205-206.

voluerit, conventus a domino, ubi postea manserit, vel a quo humanitatem fugitivus susceperit, cogatur ostendere: et infra sex menses, aut inveniatur fugitivum, aut eos, apud quos postea fuerit, ostendat. Quod si non potuerit invenire, conscientiam suam ex hoc sacramento purgare debet: et apud quem novissime venit, aut repraesentet qui fugit, aut parisi meriti servum domino reddat. Et si servus postea fuerit inventus, illum quem pro eodem dederat recipiat, et ab omni calumpnia securus abscedat (54).

E quindi, in conclusione, il passo non smentisce l'idea che, nella sfera dei delitti, ma, con ogni probabilità, anche in quella dei contratti, la motivazione della misericordia in una consapevole lesione di un diritto altrui non faceva venir meno il dolo. Questa concezione, già presente nel pensiero di Labeone, Quintus e Ulpiano, consentirà ai Bizantini di formulare la massima, già sopra ricordata (55): ὁ ἄκαιρος οἴκτος δόλῳ ἔοικεν.

Resta da chiedersi se la misericordia abbia continuato, in età postgiustiniana, ad operare come attenuante, come nel caso dello schiavo altrui, slegato per consentirgli la fuga. In oriente non sappiamo. In occidente, almeno nella LEX WISIGOTHORUM,

54) WALTER, *Corpus*, I, cit., p. 598.

55) Cfr. *retro*, pp. 205-206.

sparisce qualsiasi attenuazione per chi ha commesso il fatto per motivi compassionevoli. Si legga

LEX WISIGOTH. 9,1,2: *Si fugitivus vinctus quocumque ligamine absolvatur.*

Si quis alienum servum in fuga lapsum, ferro vinctum, aut in quocumque ligamine constitutum absolverit: pro praesumptione sua, qui hoc fecerit, det domino servi solidos X. Si vero non habuerit unde componat, a iudice C. flagella suscipiat, et servum requirere ac domino restituere non moretur. Quod si eum non potuerit invenire, servum aequalis meriti domino reddere non moretur: aut si non habuerit unde componat, ipse subiaceat servituti, illi cuius servum laxaverit addicendus (56).

LEX WISIGOTH. 9,1,5: *Si alienum mancipium quis persuadeat ut fugiat, vel humanitatem impendat.*

Si quis alieno mancipio persuaserit ut fugiat, aut ei, cum sciret fugitivum, humanitatem dederit, aut forte detonderit fugientem: si fugitivum poterit invenire, duos cum eodem parisi meriti domino reformare cogatur. Si autem inventus non fuerit fugitivus, tres servos eiusdem meriti

56) WALTER, *Corpus*, I, cit., p. 597 s.

domino compellatur exsolvere. Eadem quoque et de ancillis praecipimus custodiri (57).

57) WALTER, *Corpus*, I, *cit.*, p. 598 s.