

Sul quasi incendiarius¹

Luciano MINIERI
(*Université de Naples 2*)

1. L'espressione *quasi incendiarius* usata da Ulpiano nel diciottesimo libro del suo commento all'editto a proposito dell'incendio doloso di una *insula* rappresenta un *unicum* e non è riportata, almeno a giudicare da quanto è a nostra conoscenza, in nessun altro passo del giurista severiano né in quelli di altri giuristi né ancora in fonti di produzione imperiale.

Ci è pervenuta in due versioni diverse, una per il tramite dei *Digesta* giustiniane, inserita nel titolo relativo alla *lex Cornelia de sicariis et veneficis* (*Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis*), l'altra attraverso la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, all'interno del titolo *de incendiariis*.

Il frammento inserito nei *Digesta* è molto breve:

D.48.8.10: (Ulp. 18 *ad ed.*):

Si quis dolo insulam meam exusserit, capitis poena plectetur, quasi incendiarius.

Il brano non offre molti spunti di indagine² al di là della informazione della irrogazione della pena capitale, pena tipicamente *extra ordinem*.

¹ Il presente contributo riprende, ampliandolo e con il corredo delle note, il testo di una relazione dal titolo "Il risarcimento del danno procurato da incendio in diritto romano", tenuta (insieme al prof. Francesco Lucrezi, che però ha svolto una sua autonoma parte iniziale) il 20 settembre 2011 a Liegi nell'ambito della sessantacinquesima sessione della Société Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité (SIHDA) su "L'obligation dans les droits de l'Antiquité, de la source à l'exécution".

² Sull' utilizzo di *exurere*, al posto di *urere* (usato anche in Coll.12.7.1), con il significato rafforzato di "incenerire" – e sugli altri due verbi riportati solo nel brano della *Collatio*: *adurere* e *incendiare* – A.TRAINA, G.BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*⁶, Bologna 1998, p.215s.; Cfr. anche R.FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova 2008, p.76 nt.110.

Più articolata è la versione del passo ulpiano che ci è giunta ad opera dell'anonimo estensore della tarda *Collatio*:

Coll.12.7.1-3

ULPIANUS libro XVIII ad edictum, sub titulo si fatebitur iniuria occisum esse in simplum et cum diceret : Item si insulam meam adusseris vel incenderis, Aquiliae actionem habeo, idemque est, et si arbustum meum vel villam meam. 2. Quod si dolo quis insulam exusserit, etiam capitis poena plectitur, quasi incendiarius. 3. Item si quis insulam voluerit exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur lege vicino etiam, non minus inquilinis ob res eorum exustas, et ita Labeo libro XV responsorum refert.

La citazione del *quasi incendiarius* viene riportata in modo più ampio e in questo contesto l'espressione sarebbe stata utilizzata non in relazione alla *lex Cornelia de sicariis*, bensì a proposito del terzo *caput* della *lex Aquilia de damno* e riportata come esempio per meglio far comprendere il funzionamento della legge.

L'esistenza di due versioni dello stesso frammento - che inseriscono il passo in differenti contesti, rendendo così più complessa, ma anche più interessante, l'indagine e la esatta comprensione dell'espressione *quasi incendiarius* - avrebbe dovuto spingere gli studiosi a dedicarsi a questa indagine. Ma ciò non è avvenuto e non sono stati prodotti finora contributi apprezzabili. Solo pochissimi studiosi hanno tentato di identificare il significato di queste parole. Il passo - o meglio i due passi - sono certamente citati negli studi sulla repressione degli incendi ma non ci si è soffermati su di essi e soprattutto non si è tentato di spiegare cosa Ulpiano volesse intendere con *quasi incendiarius*³.

³ Cfr., ad es., H.J.WOLFF, *Ulpian XVIII ad edictum in Collatio and Digest and the Problem of postclassical Editions of classical Works*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione* 4, Milano 1949, p.79 e 81; A.SCOBIE, *Slums, sanitation and mortality in the Roman World*, in *Klio* 68 (1986)432 nt. 256; R.VAN DEN BERGH, *The plight of the poor urban tenant*, in *RIDA* 50 (2003) p.457 nt.72; B.SITEK, *Criminal liability "incendiarii" in ancient Roman Law*, in *Diritto e storia* 6 (2007) p.10 a cui adde gli aa. riportati a nt.4. Si v. anche U.BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sulla evoluzione dell'omicidio*, in *SDHI* 42 (1976) p.262; O.ROBINSON, *The criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore 1995, p.35 e 123 nt.169.

A quanto ho potuto constatare solo due autori si sono espressamente interessati a questa espressione⁴.

Il primo è Francesco Antonio Mori, uno studioso interessato al diritto romano ma non certamente un romanista, titolare alla metà dell'Ottocento della cattedra di Diritto criminale presso l'Università di Pisa⁵ il quale, in un'opera dedicata al commento della contemporanea dottrina tedesca⁶, ipotizzava che colui che avesse dolosamente bruciato una *insula* dovesse essere definito *quasi incendiarius* e non *incendiarius* perché questa condotta criminale, compiuta "solamente per dolo" e non allo scopo di compromettere "la sicurezza di Roma"⁷, come previsto dalla legge di Silla, non costituiva una fattispecie

⁴ Oltre alle due ipotesi riferite nel testo vi è quella proposta da G.MACCORMACK (*Criminal Liability for fire in Early and Classical Roman Law*, in Index 3, 1972, p.387) che riporto in nota perché non risulta molto chiara. L'a. sostiene che Ulpiano distingue tra *incendiarius* e *quasi incendiarius*, intendendo quest'ultimo come " a person who deliberately sets fire to someone else's house" e ritiene che alla prima distinzione si aggiungerebbe quella riportata da altri testi tra coloro che appiccano il fuoco per ottenere bottino e quelli che incendiano le case di altri per inimicizia. I primi sarebbero stati considerati come *incendiarii*, forse ricadenti sotto le *leges Iuliae de vi*, i secondi come *quasi incendiarii*, sanzionati dalla *lex Cornelia*. Ma queste ipotesi non mi sembra possano essere accolte perché di tali distinzioni non v'è traccia nelle fonti. Certo si fa riferimento, soprattutto nelle fonti postclassiche, ad una sorta di dolo qualificato, aggravato dall'intenzione di far preda o per inimicizia, ma ciò non comporta una dualità di soggetti responsabili come sostiene il MacCormack. Su questi temi v. il mio contributo, in corso di pubbl., su *L'incendio nelle Leges Barbarorum*. In senso adesivo all'a. inglese, invece, C.LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509 – 149 av. J.C.)*, Paris 1999, p.141ss.

⁵ Su Francesco Antonio Mori, successore di Giovanni Carmignani sulla cattedra di Istituzioni criminali nell'Ateneo pisano e autore di un progetto di codificazione di un codice di diritto penale nel 1847, v. F.COLAO, *Le lezioni di Celso Marzucchi, docente di istituzioni civili, dagli applausi degli studenti alla destituzione da parte del governo (1829-1832)*, in *Annali di Storia delle Università italiane* 10 (2006) a cui adde F.CARRARA, *Giuseppe Puccioni e la scienza penale*, in *Nuova Antologia* 3 (1866) p.693ss.

⁶ F.A.MORI, *Scritti germanici di diritto criminale* 1 (1846) p.299ss., in part. p.306s. Si tratta del dodicesimo saggio dal titolo *Del delitto di incendio*, a proposito della dissertazione di Hofacker.

⁷ Preciso che dalle parole di Mori sembra che la sanzione dell'incendio possa dipendere da un dato oggettivo (la tutela della sicurezza in città) e/o anche da un dato soggettivo (la volontà di fare bottino o la inimicizia: *praedae causa* o *inimicitiarum causa*). Per questo quando parla di incendio compiuto con il solo dolo (il caso del *quasi incendiarius*) non appare con chiarezza se voglia riferirsi al dato oggettivo o a quello soggettivo.

direttamente regolata dalla *lex* ma soltanto un ampliamento di essa in via analogica⁸.

Quasi un secolo dopo, anche il Costa ha ritenuto che l'incendio doloso di una *insula* costituiva una fattispecie non prevista direttamente dalla *lex Cornelia* ma punita soltanto in via analogica. Per lo studioso l'incendio doloso, sanzionato inizialmente dalle XII Tavole e dalla legge Cornelia "come attentato all'esistenza dei cittadini dimoranti nella *domus* alla quale sia ... appiccato", si sarebbe spostato nel corso dell'impero "dalla sua base originaria", e sarebbe stato considerato "come attentato al patrimonio altrui, passabile di pubblica sanzione a cagione dell'allarme che ne deriva e del danno sociale che vi concorre col privato detrimento". E' sulla base di questo cambiamento di prospettiva che, per il Costa, "è punito (anche) l'incendio dell'edificio destinato a casa di affitto ... , indipendentemente, sembra, da ogni riguardo all'esser questa abitata o meno". Sarebbe, insomma, questo ampliamento, questa modifica a permettere di sanzionare in via analogica un tale comportamento e a far considerare l'autore di questo *crimen* un *quasi incendiarius*⁹.

Le due ipotesi, per quanto non prive di interesse, non mi pare siano condivisibili perché non si basano su alcun riscontro testuale e presentano degli elementi non accettabili (quale la presunta diversa natura della *insula* rispetto alla *domus* in città e la *villa* o la *casa* in

⁸ Lo studioso propone anche un'altra ipotesi basata sulla considerazione che l'*insula* sia una "fabbrica isolata", cosa che contrasterebbe con il fatto "che le leggi ... diano il nome di *incendiarius* a chiunque suscitò un incendio *intra oppidum*, e poi intendano di contemplare solamente colui, che appiccò il fuoco a case continuate" ma la rigetta da solo preferendole quella riportata nel testo. In realtà però l'a. affermando che l'*insula* sia una casa isolata fraintende il relativo passo di Festo che attesta sì la natura di abitazione separata da altre ma non la considera come un edificio non inserito in un contesto urbano (Fest.-Paul. sv. *Insulae*, L. 98s. :*Insulae dictae propriae, quae non iunguntur communibus parietibus cum vicinis, circumituque publico aut privato cinguntur; a similitudine videlicet earum terrarum, quae in fluminibus ac mari eminent, suntque in salo*). Per ult. fonti e bibl. sulle *insulae* v. L.HOMO, *Roma imperiale e l'urbanesimo nell'antichità*, tr. Milano 1976, p.427ss.; A.B.ZAERA GARCÍA, *El negocio de las rentas inmobiliarias en Roma: la explotación de la insula*, in REHJ 24 (2002) p.43ss.; M.A.LIGIOS, *Il problema della distruzione e della alienazione del bene oggetto di legato nelle riflessioni di Cervidio Scevola: a proposito di D.33.7.7 (Scaev. 22 Dig.)*, in Philia. Scritti per Gennaro Franciosi 2, Napoli 2007, p.1389ss. (1392ss.); da ultimo R.FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari*, cit., p.129ss.

⁹ E.COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921, p.170s.

campagna, particolare su cui si tornerà più avanti), ma soprattutto perché entrambe partono dalla considerazione che Ulpiano abbia scritto del *quasi incendiarius* a proposito della *lex Cornelia*, privilegiando in modo esclusivo quanto si ricava dal Digesto e ignorando completamente le indicazioni fornite dalla *Collatio*.

Ritengo, invece, sia necessario prendere in considerazione entrambe le versioni, tentando anche di determinare se una delle due sia da preferire. Si tratta, in altre parole, di provare ad identificare il contesto in cui Ulpiano ha inserito l'espressione. Solo così sarà possibile comprendere appieno il pensiero del giurista severiano.

Credo che, anche alla luce di quanto suggerito dalla ricostruzione del passo ulpiano compiuta da Lenel nella sua *Palingenesia*¹⁰, sia da preferire la versione della *Collatio*, soprattutto se la si confronta con un altro luogo dei *Digesta* in cui compare gran parte del passo ulpiano riportato nel tardo scritto provinciale: si tratta del famoso brano relativo alla *lex Aquilia de damno dato*, sempre tratto dal diciottesimo libro del commento all'editto e giustamente inserito dai commissari giustinianeî nella sua esatta *sedes materiae*, il titolo 9.2 specificatamente dedicato alla legge Aquilia:

D.9.2.27.5-8 (Ulp. 18 *ad ed.*)

Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: "Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto". 6. Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit fregerit ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde si facem servo meo obieceris et eum adusseris, teneberis mihi. 7. Item si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliae actione habebis. 8. Si quis insulam voluerit meam exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur etiam vicino: non minus etiam inquilinis tenebitur ob res eorum exustas.

Il brano, notissimo e oggetto di svariate indagini ad opera di numerosi studiosi¹¹, riporta quasi integralmente il passo della *Collatio*

¹⁰ O.LENEL, *Palingenesia iuris civilis* 2, Lipsiae 1889, r. Roma 2000, p.527s., n.623.

¹¹ La bibliografia su questo frammento è immensa e non può essere riportata con alcuna pretesa di completezza: mi limito, perciò, a citare solo qualche specifico contributo: S.SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia»*. *Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino 1969, p.334ss.; G.MACCORMACK, *On the third chapter of the lex Aquilia*, in *The Irish Jurist* 5 (1970) p.164s.; F.GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*. *Lezioni di diritto romano*, Torino 1993,

con la sola esclusione del frammento del *quasi incendiarius*. Frammento che, invece, mi sembra si inserisca benissimo nella catena di esempi riportata da Ulpiano di casi in cui si può utilizzare l'*actio ex lege Aquilia* perché costituisce il principale e più frequente caso di incendio doloso¹². Ad esso fanno seguito, per così dire, in modo quasi ovvio gli analoghi esempi di incendi (egualmente dolosi) di una fattoria e di arbusti e, ancora, dell'incinerimento della *insula* di un vicino, con relativa ammissibilità dell'*actio* da parte di questi e da parte degli *inquilini* per le masserizie distrutte dalle fiamme.

Mi sembra che il frammento si inserisca alla perfezione nel contesto di questo passo ulpiano e che l'accenno al *quasi incendiarius* rappresenti un'ulteriore riflessione che il giurista

p.73ss.; A.BIGNARDI, 'Frangere' e 'rumpere' nel lessico normativo e nella 'interpretatio prudentium', in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo* 1, Torino 1997, p.11ss., in part. p.27ss.; C.A.CANNATA, *Il terzo capo della 'Lex Aquilia'*, in BIDR 37-38 (1995-1996) p.111ss., ma dello stesso a., *Delitto e obbligazione*, in F.MILAZZO (a cura di), *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti Copanello 1990*, Napoli 1992, p.32ss.; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in IVRA 43 (1992) p.1ss.; ID., *Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo*, in SDHI 58 (1992) p.194ss.; ID., *Considerazioni sul testo e la portata del secondo capo della lex Aquilia*, in Index 22 (1994) p.151ss.; ID., *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, in L.VACCA (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva comparatistica. Atti Aristec 1993*, Torino 1995, p.25ss.; A.CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*, Padova 2005, p.151ss. = ID., *Il danno qualificato 2*, cit., Padova 2008, p.195ss.; M.MIGLIETTA, *Servus dolo occisus. Contributo allo studio del concorso tra «actio legis Aquiliae» e «iudicium ex lege Cornelia de sicariis»*, Napoli 2001, p.53ss.; ID., *Reflexion en torno al título III, libro IV, de la Paràfrasis de Teófilo en materia de daño extracontractual —«Lex Aquilia de danno iniuria dato»—*, in SC. 23-24 (2010-2011) p.355; M.F.CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano 2002, p.185ss.

¹² Nel passo vengono riportati da Ulpiano una serie di casi che sono inseriti nei paragrafi dal 7 al 12. Oltre un primo esempio più marginale relativo ad uno schiavo scottato con torce, vanno particolarmente ricordati quelli dell'addetto alla fornace, il *fornacarius* (D.9.2.27.9 su cui da ultimo R.FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari*, cit., p.72ss., p.141ss.) e quello dello sciame d'api (D.9.2.27.12) su cui D.MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura nella Declamatio maior XIII*, in D.MANTOVANI-A.SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, pp.331ss. e E.STOLFI, *Piani di scrittura, citazioni e 'dissensiones prudentium' nella tradizione dei testi giurisprudenziali*. Lezione tenuta a Napoli presso l'Associazione di Studi Tardoantichi il 20 maggio 2008, p.3ss.

severiano offre al suo lettore, non riferibile direttamente alla *lex Aquilia* ma che comunque ha le sue radici nella esposizione del contenuto di questa legge.

Né mi pare priva di rilevanza la circostanza che quando Lenel pone il frammento all'interno della riflessione ulpiana sul terzo *caput* della legge aquiliana, lo fa preferendo la versione della *Collatio* rispetto a quella giustiniana (ed anche rispetto alla parte residua inserita in D.9.2.27.7-8), come si ricava dalla presenza del *quod*, dalla trasposizione di *dolo* con *quis*, dalla assenza del *meam* e dalla presenza dell'*etiam*, elemento quest'ultimo che, come vedremo, sarà molto significativo¹³. Altrettanto va detto per la citazione di Labeone che è presente nel testo della *Collatio* (e nella Palingenesi leneliana) e che non è riportata nei *Digesta* (*Pal. 623: Item si insulam meam adusseris vel incenderis, Aquiliae actionem habebo, idemque est, et si arbustum meum vel villam meam. 2. Quod si dolo quis insulam exusserit, etiam capitis poena plectitur, quasi incendiarius. 3. Si quis insulam voluerit exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur lege vicino etiam, non minus inquilinis ob res eorum exustas, et ita Labeo libro XV responsorum refert*)¹⁴.

Se questa ricostruzione è esatta allora si può ritenere, con molta verosimiglianza, che Ulpiano non si sia occupato dell'incendio doloso della *insula* a proposito della *lex Cornelia* ma che ne abbia trattato durante lo sviluppo di un ragionamento a proposito del contenuto del terzo *caput* della *lex Aquilia* e in particolare con riguardo ai tre comportamenti tipici sanzionati dalla legge: *urere*, *frangere* e *rumpere*¹⁵.

Naturalmente non si può essere sicuri che questo sia proprio il testo uscito dalla penna del giurista severiano perché, come è noto, non v'è alcuna certezza che le opere dei giuristi romani siano state conservate senza modificazioni durante tutta l'età postclassica. Anzi, la trasformazione di esse da *volumina* a *codices* può aver contribuito ad una loro risistemazione¹⁶.

¹³ V. infra .

¹⁴ O.LENEL, *Palingenesia* 2. cit., p.528, n. 623.

¹⁵ Sui tre verbi, indicanti (o meno) condotte tipizzate v., soprattutto, A.BIGNARDI, *'Frangere' e 'rumpere'*, cit., p.11ss., in part. nt.2 e C.A.CANNATA, *Il terzo capo della 'Lex Aquilia'*, cit., p.118s.

¹⁶ Sul passaggio da *volumina* a *codices* v., per tutti, F.WIEACKER, *Textstufen Klassischer Juristen*, Göttingen 1960, p.3ss.

Proprio i passi contenuti nel diciottesimo libro del commento ulpiano *ad edictum* (spesso giunti a noi attraverso la *Collatio* e i *Digesta*) sono da sempre alla base della discussione sulla tradizione dei testi della giurisprudenza romana. Infatti già a partire dal Niedermeyer¹⁷, dal Wolff¹⁸, dallo Schulz¹⁹, dal Wieacker²⁰ e dall'Arangio-Ruiz²¹ per giungere ai più recenti Marotta²² e Stolfi²³, tanti studiosi hanno tentato di individuare l'esatto tenore di essi.

Si tratta ovviamente di una questione molto complessa che in questo contesto non può essere presa in considerazione nemmeno *per incidens* ma, alla luce di quanto ci è pervenuto, si può con molta verosimiglianza, ritenere che, al di là, come vedremo, della scarsa precisione nel riportare i titoli da cui sono tratti i passi, la versione della *Collatio* sia da preferire.

2. Precisato, dunque, il contesto in cui ritengo vada inserito il riferimento al *quasi incendiarius*, bisogna cercare di comprendere cosa Ulpiano volesse intendere con questa espressione, se la estrapolazione operata dall'autore della *Collatio* ne abbia modificato il significato e infine quale obiettivo i giustinianeî abbiano voluto raggiungere e a quale scopo abbiano spostato il brano in un altro titolo. Si tratta, per così dire, di tentare di individuare, se vi sono tre diversi livelli di lettura dello stesso passo e (o meglio) se il suo

¹⁷ H.NIEDERMEYER, *Vorustinianische Glossen und Interpolationen und Textüberlieferung*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano 1933* 1, Pavia 1934, p.351ss.

¹⁸ H.J.WOLFF, *Ulpian XVIII ad edictum*, cit., p.64ss.

¹⁹ F.SCHULZ, *History of Roman legal Science*, Oxford 1953, p.141ss. = *Storia della giurisprudenza romana*, tr. Firenze 1968, p.250ss.

²⁰ F.WIEACKER, *Textstufen*, cit., p.233ss.

²¹ V.ARANGIO-RUIZ, *I passi di Ulpiano, 18 «ad edictum» comuni alla «Collatio» e al Digesto*, in *Studi in onore di Biondo Biondi* 2, Milano 1965, p.3ss., ora in *Scritti di diritto romano* 4, Napoli 1977, p.315ss.

²² V.MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. II. Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli 2004, p.99ss., part. p.112ss., p.116ss., p.143s.; ID., *La recitatio degli scritti giurisprudenziali tra III e IV secolo d.C.*, in *Philia. Scritti per Gennaro Franciosi* 3, Napoli 2007, p.1643ss.; ID., *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Studi Storici* 4 (2007).

²³ E.STOLFI, *Piani di scrittura, citazioni e 'dissensiones prudentium' nella tradizione dei testi giurisprudenziali*, cit., p.1ss.

inserimento in tre diversi contenitori ne abbia modificato il significato.

Quanto al primo aspetto – ossia il tentare di individuare il tenore originale del testo di Ulpiano, naturalmente nei limiti di quanto esposto prima - credo che il giurista in questa parte del diciottesimo libro del commento all'editto, dopo aver descritto il contenuto della *lex Aquilia* e dei suoi tre *capita*, intendesse illustrare una serie di casi per meglio chiarire i concetti prima esposti. Volendo in particolare riportare alcuni esempi relativi all'*urere*, Ulpiano descrive tra gli altri quello dell'incendio dell'*insula*²⁴, della piantagione di alberi e della villa rustica per i quali spetta al danneggiato la possibilità di esercitare l'*actio legis Aquiliae*²⁵. Subito dopo il giurista - spezzando un po' l'andamento dell'esposizione perché appena più avanti riprenderà l'esempio dell'*insula*, inserendo il caso dell'incendio che danneggia anche il vicino²⁶ - sente l'esigenza di precisare che nel caso di incendio doloso alla possibilità di esercitare l'azione aquiliana si aggiunge la pena capitale, come previsto dalla *cognitio* imperiale. A questo punto definisce colui a cui viene attribuita la pena capitale come *quasi incendiarius*²⁷.

La *ratio* dell'inserimento del nuovo concetto (e della corrispondente pena irrogata) mi sembra risulti con evidenza dalla presenza nel passo di un *etiam* che sta certamente ad indicare un qualcosa che si aggiunge, un inciso ulteriore che si inserisce perfettamente nel discorso che il giurista sta facendo, senza porre delle cesure eccessive e seguendo anzi l'andamento logico del suo pensiero²⁸. Si è sempre all'interno del problema della esperibilità dell'*actio* a cui si aggiunge la irrogazione di un'altra pena. Ulpiano offre un dato ulteriore al lettore, informandolo che non vi è solo la sanzione privata ma anche quella pubblica.

In questa mia convinzione sono confortato anche da un parere di Sandro Schipani che, nel volume sulla responsabilità *ex lege Aquilia*,

²⁴ Coll.12.7.1.

²⁵ Coll.12.7.1 = D.9.2.27.7 (Ulp. 18 *ad ed.*).

²⁶ Coll. 12.7.3 = D.9.2.27.8 (Ulp. 18 *ad ed.*).

²⁷ Coll. 12.7.2 = D.48.8.10 (Ulp. 18 *ad ed.*).

²⁸ Appare così confermata la migliore valenza della versione riportata nella *Collatio*. Sulla preferenza per la *Collatio* v. anche R.FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari*, cit., p.72ss., p.141ss., a proposito di un successivo frammento del medesimo passo di Ulpiano: Coll.12.7.9 e D.9.27.11.

descrive, a proposito della valutazione dell'elemento soggettivo dell'*urere*, l'andamento del passo di Ulpiano e nota che, dopo una prima ipotesi marginale relativa ad ustioni praticate allo schiavo di un altro soggetto, "si passa a considerare l'ipotesi più comune di incendio per il quale, se doloso, concorrono sanzioni criminali"²⁹.

Ma ancora non si è chiarito cosa Ulpiano intendesse con l'espressione *quasi incendiarius*. Credo che per la comprensione dell'espressione ci si debba soffermare essenzialmente sul significato di *quasi*, un avverbio che è stato impiegato dai giuristi romani in tanti svariati modi da giustificare la produzione di una amplissima letteratura sul tema³⁰ ma che in unione con *incendiarius* non è stato mai utilizzato altrove né da Ulpiano né da altri giuristi, rappresentando, come si è detto, un *unicum*.

Tra i vari significati, i più frequenti sono quello di "in quanto", volendo così intendere l'inserimento in una categoria e quello di "come se", facendo cioè riferimento all'allargamento di una fattispecie già organizzata, all'utilizzo in via analogica di un concetto già definito³¹.

²⁹ S.SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia»*, cit., p.335 e nt.3.

³⁰ Sul *quasi* e sul suo utilizzo da parte dei giuristi v. A.STEINWENTER, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie. II. Das Recht der Kaiserlichen Konstitutionen*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento* 2, Napoli 1953, p.169ss.; H.HEUMANN-E.SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz 1958, p.484s.; W.KERBER, *Die quasi-institute als methode der römischen Rechtsfindung*, Würzburg 1970, p.6ss.; G.WESENER, *Zur Denkform des «quasi» in der roemischen Jurisprudenz*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti* 3, Milano 1973, p.1387ss.; R.QUADRATO, *Sulle tracce della annullabilità. 'Quasi' nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, p.7ss., part. p.23ss.; G.GILIBERTI, *Servus quasi colonus. Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli 1981, p.91ss.; V.MANNINO, *Struttura della proprietà fondiaria e il regolamento delle acque per decorso del tempo nella riflessione della giurisprudenza di età imperiale*, in S.QUILICI GIGLI (a cura di), *Uomo acqua e paesaggio. Atti dell'incontro di studio sul tema "Irregimentazione delle acque e trasformazione del paesaggio antico"*. S.Maria Capua Vetere 22-23 novembre 1996, Roma 1997, p.26 e nt.38; L.MASTRANGELO, *Il 'peculium quasi castrense'. Privilegio dei 'palatini' in età tardo antica*, in RIDA 52 (2005) p.261ss., part. p.262s. e ntt.5 e 6.

³¹ Su questi due significati di *quasi* v. pur se riferiti ad altri frammenti dello stesso passo, in part. F.MUSUMECI, *'Molesta separatio, difficilis separatio' ed esperibilità dell'actio legis Aquiliae*, in *Studi in onore di Remo Martini* 2, Milano 2009, p.821ss. (a proposito di D.9.2.27.14 e 20); ma anche A.BIGNARDI, *'Frangere' e 'rumpere'*, cit., p.40ss. e C.A.CANNATA, *Il terzo capo della 'Lex Aquilia'*, cit., p.132s. (a proposito di D.9.2.27.22-23).

In questo caso credo che Ulpiano, parlando del soggetto che incendia dolosamente un'*insula*, non abbia voluto sostenere che questi non era per un qualche motivo un *incendarius* e che fosse, invece, da classificare come un soggetto la cui attività lo poneva in una condizione simile a quella dell'*incendarius* tipo. E ciò per due ragioni. Innanzitutto perché all'età di Ulpiano, almeno a quanto risulta dalle fonti, non era stato individuato un autonomo *crimen incendii* a cui avvicinare una fattispecie simile ma con caratteristiche differenti. Ma soprattutto perché non v'è nulla – neanche come ampliamento della fattispecie originaria - nella previsione del terzo *caput* della *lex Aquilia* (né nel testo della *lex Cornelia*) che differenzi la posizione di colui che abbia incendiato un'*insula* da colui che abbia bruciato una *domus* in città o una fattoria in campagna, cosa che mi sembri risulti ancora più chiaramente dalla molteplicità di tipi di incendi riportati da Ulpiano nel passo in questione.

Credo, perciò, che in questo caso, Ulpiano con il *quasi* voglia dire che la pena da irrogare a colui che dolosamente incendia una *insula* sia quella capitale, e cioè la sanzione propria dell'incendiario, come era previsto già in quel periodo dalla *cognitio extra ordinem*.

Il giurista non usa, ripeto, il *quasi* per intendere “come se”, facendo riferimento ad una figura simile, parallela a quella di un vero e proprio incendiario ma intende soltanto dire che gli spetta quella pena “in quanto” è un incendiario.

Quanto detto non implica che Ulpiano conoscesse già l'incendio come *crimen* autonomo, né che lo conoscessero gli altri giuristi severiani³². All'individuazione di una autonoma fattispecie criminale si giungerà, forse, solo nel secolo successivo come sembra indicare la presenza nelle *Pauli Sententiae* e nella *Collatio* di autonomi titoli *de incendiariis*³³. Nei giuristi del terzo secolo si nota, invece, un'esigenza ‘definitoria’, identificativa dell'*incendarius*, che precorre le norme, come può ricavarsi dalle fonti coeve che contengono il termine.

³² Una tale affermazione costituirebbe certamente una grave contraddizione con quanto sostenuto qualche riga più sopra.

³³ Coll.12.1-7: *de incendiariis*; Paul.Sent.5.20.1-6: *de incendiariis*. Su questi passi v. per ora U.BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, p.208; ID., *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano*, cit., p.260ss.; B.SANTALUCIA, *Diritto e processo penale in Roma antica*², Milano 1998, p.263, ma anche il mio contributo, in corso di pubbl., su *L'incendio nelle Leges Barbarorum*.

Lo stesso Ulpiano in un passo dell'ottavo libro del *de officio proconsulis*³⁴ enunciava:

Coll.12.5.1-2 (= D.47.9.12.1, Ulp. 8 *de off. proc.*)

Incendiariis lex quidem Cornelia aqua et igni interdici iussit, sed re varie sunt puniti. Nam qui data opera in civitate incendium fecerunt, si humillimo loco sunt, bestiis subici solent, si in aliquo gradu et Romae id fecerunt, capite puniuntur : aut certe... <deportazione pena> adficiendi sunt qui haec committunt. 2. Sed eis qui non data opera incendium fecerint plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta neglegentia vel lascivia fuit.

Pur collocando ancora il fatto nell'orbita della *lex Cornelia*³⁵ il giurista enumerava vari tipi di pena, distinti sulla base della appartenenza sociale del reo e del tipo di attività compiuta³⁶, giungendo quasi a distinguere tra autonomi tipi di incendio³⁷. E' poi da notare che la *Collatio* riporta l'informazione, dubitativamente accettata dal Lenel³⁸, dell'inserimento di questo passo in un autonomo titolo sui naufraghi e sugli incendiari (*libro octavo de officio proconsulis sub titulo de naufragis et incendiariis*).

³⁴ Sul passo U.BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p.198, p.203 e nt.16; ID., *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano*, cit., p.261ss.; G.MACCORMACK, *Criminal Liability for fire*, cit., p.386; B.SITEK, *Criminal liability "incendiarii"*, cit., p.9; R.M.FRANKS, *Compiling the Collatio Legum Mosaicarum et Romanorum in Late Antiquity*, New York 2011, p.291s., ivi ult. bibl.

³⁵ Il riferimento agli *incendiarii* e alla *lex Cornelia* è riportata solo nella *Collatio* e manca nel corrispondente luogo del Digesto, cosa che non mi sembra priva di interesse. Si v., a questo proposito, le esatte osservazioni di V.MAROTTA, *Ulpiano e l'impero 2*, cit., p.116 e nt.312.

³⁶ Sulla distinzione delle pene sulla base dell'appartenenza sociale v. P.GARNSEY, *Social status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970, p.103ss., 153, in part. p.131; R.RILINGER, *Humiliores – Honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München 1998, p.37ss.; B.SANTALUCIA, *Adriano e il rango sociale dei rei*, in *Studi in onore di Remo Martini 3*, Milano 2009, p.473ss.

³⁷ G.MACCORMACK, *Criminal Liability for fire in Early and Classical Roman Law*, cit., p.386; R.A.BAUMAN, *Human rights in ancient Rome*, London New York 2000, p.140; V.MAROTTA, *Ulpiano e l'impero 2*, cit., p.113 e 116; B.SITEK, *Criminal liability "incendiarii"*, cit., p.9ss.

³⁸ O.LENEL, *Palingenesia 2.*, cit., p.981, n.2216, che riporta il titolo come *De naufragiis et incendiariis*.

Allo stesso modo Paolo, in un brano del *de poenis paganorum liber singularis*³⁹, così definisce gli *incendiarii*:

Coll.12.6.1

Libro singulari de poenis paganorum sub titulo de abigeis dicit : Incendiarii, qui in oppido praedae causa id admiserint, capite puniantur : qui casu insulam aut villam, non ex inimicitiis incenderint, levius. Fortuita enim incendia ad forum remittenda sunt, ut damnum vicinis sarciatur

Anche Paolo sembra mosso dall'esigenza di chiarire chi siano gli incendiari e quali siano le pene che devono essere irrogate in base ai diversi comportamenti attuati⁴⁰. E' necessario notare che, pur se la *Collatio* inserisce il passo nel titolo *de abigeis*, il Lenel⁴¹ ipotizza l'esistenza di un autonomo titolo *de incendiariis*.

Meno significativo appare un altro passo, sempre di Paolo, relativo alla competenza del *praefectus vigilum*⁴². Nel brano sono elencati i soggetti su cui il funzionario ha cognizione e tra questi il giurista riporta gli *incendiarii*.

³⁹ Sul *liber singularis de poenis paganorum* di Paolo, che era forse destinato a civili, abitanti nelle provincie e che si affiancava ad un'altra opera sulle pene per i militari v., con opinioni diverse sulla sua reale attribuibilità al giurista severiano, F.SCHULZ, *History of Roman legal Science = Storia della giurisprudenza romana*, cit., p.463; D.LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, in ANRW 2. 15 (1976) p.316ss.; ID., in R.HERZOG, P.L.SCHMIDT, *Handbuch der Lateinischen Literatur der Antike. 5. Restauration und Erneuerung. Die Lateinische Literatur von 284 bis 374 n. Chr.*, München 1989, p.71; T.HONORÉ, *Justinian's Digest: the Distribution of Authors and Works to the tree Committees*, in *Roman Legal Tradition* 3 (2006) p.1ss., in part. p.4, p.21ss.

⁴⁰ G.MACCORMACK, *Criminal Liability for fire in Early and Classical Roman Law*, cit., p.391s.; O.ROBINSON, *The criminal Law of Ancient Rome*, cit., p.125; B.SITEK, *Criminal liability "incendiarii"*, cit., p.12s.

⁴¹ O. LENEL, *Palingenesia* 1, cit., p.1179, n.1259. Sul passo della *Collatio* v. infra ntt.49s.

⁴² Sul passo v. A.GUARINO, *Le notti del "praefectus vigilum"*, in *Labeo* 8 (1962) p.348s.; S. SOLAZZI, *L'eta della 'actio exercitoria*, in *Scritti di diritto romano (1938 – 1947)* 4, Napoli 1963, p.256s.; B.SANTALUCIA, *Diritto e processo penale in Roma antica*², cit., p.228; ID., *La giustizia penale*, in *Altri studi di diritto penale romano*, Milano 2009, p.79, p.100; O.ROBINSON, *Ancient Rome: City Planning and Administration*, London 2005, p.164; R.A.BAUMAN, *Crime and punishment in Ancient Rome*, London 2005, p.79; R.FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari*, cit., p.133. Per altra bibl. sul *praefectus vigilum* v. il mio art. *Normative antincendio in diritto romano tardo classico e postclassico*, in *Ius Antiquum* 1 (13) (2004) p.83ss., in part. p.89ss.

D.1.15.3.1 (Paul. *l. s. de off. praef. vigil.*)

Cognoscit praefectus vigilum de incendiariis effractoribus furibus raptoribus receptatoribus, nisi si qua tam atrox tamque famosa persona sit, ut praefecto urbi remittatur.

Infine anche Callistrato, in un lungo passo in cui indica varie categorie di soggetti autori di fatti delittuosi, inserisce svariate figure di *incendiarii*, precisando le tipologie dei loro comportamenti e i diversi tipi di pena⁴³:

D.48.19.28.12 (Call. 6 *de cogn.*)

Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias vel praedae causa incenderint intra oppidum: et plerumque vivi exuruntur. Qui vero casam aut villam, aliquo lenius. Nam fortuita incendia, si, cum vitari possent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur (ut qui iactura adfectus est, damni disceptet) vel modice vindicaretur

Dai brani dei tre giuristi si ricava l'impressione della presenza di uno sforzo – forse non ancora produttivo di effetti ma comunque esistente – di superamento delle categorie repubblicane e della necessità di adeguarsi alle nuove disposizioni della *cognitio*.

Pur con tutte le cautele del caso, credo che Ulpiano abbia voluto sottolineare come a colui che volontariamente ha appiccato un incendio debba essere irrogata la *poena capitis* in quanto questa è la pena che spetta agli incendiari.

3. Passando all'esame della seconda versione del brano del giurista severiano, quella contenuta nella *Collatio*, va rivelato che se da un lato sembra essere molto più vicina all'originale ulpiano, dall'altro non è esente da rilievi, sebbene certamente di minore gravità.

Appaiono riportati in modo più preciso i testi dei giuristi (Ulpiano, Paolo e il tardo autore delle *Sententiae*), ma più generici ed a volte inesatti i riferimenti ai titoli cui appartengono i passi.

⁴³ Sul passo di Callistrato S.SOLAZZI, *Miscellanea. Iactura*, in *Scritti di diritto romano (1925–1930)* 3, Napoli 1960, p.76, che ritiene interpolata la frase *ut qui iactura adfectus est, damni disceptet*; R.BONINI, *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, Milano 1964, p.99, p.117; R.A.BAUMAN, *Crime and punishment in Ancient Rome*, cit., p.51; B.SITEK, *Criminal liability "incendiarii"*, cit., p.7.

E' errata in Coll.12.7.1 la rubrica del titolo tratto dal diciottesimo libro del commentario all'editto (*ULPIANUS libro XVIII ad edictum, sub titulo si fatebitur iniuria occisum esse in simplum et cum diceret*) che sembra riguardare, secondo Lenel, il primo *caput* della *lex Aquilia* ed è anche riportato in Coll.2.4, a proposito di *iniura atrox*⁴⁴. Prova ulteriore della imperizia del compilatore della *Collatio* sarebbe poi costituita, secondo l'opinione dell'Arangio-Ruiz, dall'uso delle parole *et cum diceret* (presenti anche in 2.4) che sarebbero il segno, come già sostenuto dal Mommsen⁴⁵, "di una puntualizzazione del riferimento, come di chi scrivesse «Ulpiano nel libro tale e sotto tale rubrica, là dove dice etc.⁴⁶»".

Meno impreciso l'accenno al titolo di Ulpiano nel passo tratto dall'ottavo libro del *de officio proconsulis: sub titulo de naufragis et incendiariis* che, pur nella sua sinteticità, sembra alludere all'editto pretorio *De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*, che regolava il caso di chi approfittava del verificarsi di una delle circostanze lì indicate per commettere un furto o altri reati⁴⁷. E ciò anche perché gli stessi brani, pur se in modo parziale vengono inseriti in D.47.9, che porta lo stessa intitolazione⁴⁸.

Non esatta, invece, la rubrica del titolo indicato a proposito del passo del *de poenis paganorum liber singularis* di Paolo (Coll.12.6.1: *sub titulo de abigeis*): credo si tratti in questo caso dell'errore di un copista il quale, indotto in ciò dalla citazione della stessa opera nel titolo della *Collatio* immediatamente precedente - titolo dedicato agli *abactores*⁴⁹ -, abbia riportato il riferimento senza modificarne la rubrica⁵⁰.

⁴⁴ O.LENEL, *Palingenesia* 2. cit., p.526 e nt.2, n.618; ID., *Kritisches und Exegetisches. 1. Zur Textkritik Collatio*, in ZRG 8 (1887) p.195ss. (= *Gesammelte Schriften* 1, Napoli 1990, p.509ss.). Cfr. Pure A.WATSON, *Two Studies in Textual History. 1. The Texts of Ulpian 18 ad edictum in the Collatio*, in TR 30 (1962) p.209ss, part. p.223s.

⁴⁵ TH.MOMMSEN (ed.), *Fragmenta Vaticana. Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio*, in P.KRÜGER, TH.MOMMSEN, W.STUEMUND (eds.), *Collectio Librorum Iuris Anteiustiniani* 3, Berlin 1890.

⁴⁶ V.ARANGIO -RUIZ, *I passi di Ulpiano, 18 «ad edictum»*, cit., p.5 nt.8. (= *Scritti* 4. cit., p.317 nt.8).

⁴⁷ V. retro su nt.37.

⁴⁸ D.47.9.12.1. Sulla rubrica del titolo 47.9 (*De incendio ruina naufragio rate nave expugnata*) v. infra.

⁴⁹ Su Coll.11.6 R.M.FLAKES, *Compiling the Collatio...*, cit., p.289 e 292. Più in generale sull'abigeato v. B.SANTALUCIA, *Diritto e processo penale in Roma antica*²,

La approssimazione – se non anche l’erronea indicazione – del lavoro di stralcio compiuto dall’anonimo autore della *Collatio* mi spinge anche ad un’altra considerazione, e cioè che egli non sembra avere una esperienza, una preparazione giuridica tale da consentirgli di operare sui testi alterandoli e, se si vuole, soprattutto non ne aveva interesse alcuno⁵¹.

In altre parole, ebreo (più probabilmente) o gentile che fosse⁵², questo personaggio non aveva alcuna necessità di alterare i passi dei giuristi, essendo per lui sufficiente riportarli ai soli fini del paragone con le leggi mosaiche.

4. Dimostrato, almeno per quanto possibile, che il testo ulpiano doveva contenere sia i singoli esempi relativi all’impiego dell’azione aquiliana sia l’accenno alla condanna capitale per l’incendio doloso – dando così anche conferma di una preferenza per il passo della *Collatio* -, restano da evidenziare quali siano le ragioni che hanno

cit., p.266 e nt.309, ove ult. bibl.; ID., ‘*Crimen furti*’. *La repressione straordinaria del furto nell’età del principato*, ora in *Altri studi di diritto penale romano*, Torino 2009, p.396ss., in part. p.401 nt.37 a cui adde O.ROBINSON, *The criminal Law of Ancient Rome*, cit., p.25s., p.118 ntt. 38 e 44.

⁵⁰ In questo senso già il traduttore inglese della *Collatio* (M.HYASMSON, *Mosaicarum et Romanarum Legum Collatio*, tr. Oxford 1913, p.117). Più articolata la posizione di R.M.FRANKS, *A note on ‘Collatio’ 12.6.1 and Paulus*, in *Roman Legal Tradition* 3 (2006) p.111ss., ID., *Compiling the Collatio...*, cit., p.292, il quale esclude un errore dell’autore della *Collatio* e pensa, come me, all’errore di un copista ma crede che l’errore sia più radicale, non riferito al solo titolo, ma a tutta la citazione dell’opera. Per l’a. nel passo doveva esservi scritto, come già più volte in altri luoghi dello stesso brano, *Idem Paulus eodem libro et titulo* con un esplicito riferimento alle *Pauli Sententiae*. Ciò porterebbe anche ad una diversa ricostruzione del titolo *de incendiariis* (5.20.1–6) dell’operetta pseudopaulina. Cfr., anche, G.MACCORMACK, *Criminal Liability for fire*, cit., p.392, per il quale il passo presenterebbe le stesse informazioni delle *Sententiae* “in a summary fashion”.

⁵¹ Ciò naturalmente anche a prescindere dalle ragioni e dalle motivazioni che spesso hanno spinto gli studiosi a preferire il testo della *Collatio* rispetto a quello dei *Digesta*.

⁵² Sulla nazionalità dell’autore della *Collatio* e più in generale sulla natura dell’operetta e sulle ragioni della sua compilazione v. i vari contributi di F. LUCREZI, *Studi sulla ‘Collatio’*. *L’uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano*, Torino 2001; *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano*, Torino 2004; *La successione intestata in diritto ebraico e romano*, Torino 2005; *Magia, stregoneria e divinazione in diritto ebraico e romano*, Torino 2007; *L’asservimento abusivo in diritto ebraico e romano*, Torino 2010, ivi ampl. bibl., nonché dello stesso a., *Ancora sulla data della ‘Collatio’*, in corso di pubbl.

spinto i commissari giustinianeî a scorporare il riferimento al *quasi incendiarius*, e ad inserirlo poi nel titolo relativo alla *lex Cornelia*. Rimane anche da chiedersi se, pur spostando l'inciso, essi abbiano inteso mantenere il significato originario dell'espressione o se in qualche modo abbiano voluto modificarlo.

Per dirla con altre parole, bisogna tentare di ricostruire il percorso logico-giuridico che ha portato alla diversa collocazione e di scoprire se, data la nuova posizione, si possa attribuire al brano un diverso significato. Naturalmente non si può dire con certezza quali siano le motivazioni che hanno spinto i commissari a fare degli spostamenti, né si possono dare risposte definitive al problema, cosa che richiederebbe ben altra impostazione e indagini di più ampio respiro che esulano dall'attuale discussione, ma si può provare a formulare delle ipotesi di lavoro che possano avere qualche pretesa di veridicità.

Mi sembra che almeno le ragioni dello stralcio siano abbastanza chiare: l'irrogazione della pena di morte nel caso di colui che dolosamente causava un incendio bruciando l'*insula* di un altro soggetto rappresentava nel discorso di Ulpiano un'aggiunta, una valutazione ulteriore, una precisazione tecnica in più, ma per i commissari giustinianeî, che volevano concentrare l'attenzione su esempi che chiarissero la portata del terzo *caput* della *lex Aquilia*, il riferimento al *quasi incendiarius* costituiva sicuramente una interruzione nell'esposizione e una deviazione rispetto all'argomento trattato che conveniva eliminare da quel contesto⁵³.

Meno chiare, invece, le ragioni dell'inserimento del frammento stralciato nel titolo 48.8 dei *Digesta*, dedicato, come si è più volte detto, alla *lex Cornelia*.

Si deve innanzitutto notare che manca nel Digesto – ma anche nel *Codex* – un titolo specifico, relativo alla repressione dell'incendio e

⁵³ In questo senso, ma a proposito di un altro passo, Coll.7.3.2–3 = D.9.2.5pr. (Ulp. 18 *ad ed.*), E.STOLFI, *Piani di scrittura, citazioni e 'dissensiones prudentium' nella tradizione dei testi giurisprudenziali*, cit., p.3, il quale nota: "Un dato è però innegabile, e conduce al punto per noi più significativo. La versione giustiniana è segnata da una maggiore sintesi: più che tramite inserzioni, i compilatori rielaborarono (*rectius*, reinterpretarono) attraverso tagli e omissioni, sradicando il frammento dal suo originario contesto problematico". Nello stesso senso V.MAROTTA, *Ulpiano e l'impero 2*, cit., p.113 e nt.304, p.116 e nt.312, p.143s. Cfr. anche F.WIEACKER, *Textstufen*, cit., p.239 nt.86, secondo il quale la minaccia della pena capitale per gli incendiari non è stata recepita dai compilatori verosimilmente in considerazione della disposizione delle materie nei *Digesta*.

alla sanzione di specifiche sanzioni *extra ordinem*, in cui collocare adeguatamente questo frammento.

La costituzione di un tale titolo sarebbe stata astrattamente possibile dal momento che (cosa a cui ho fatto già più volte cenno) nei secoli precedenti si era molto probabilmente verificata la creazione di un autonomo *crimen*, come sembra potersi ricavare dalle *Pauli Sententiae* e dalla *Collatio* dove sono presenti - lo si è già detto - due autonomi titoli sugli incendiari, ma una siffatta soluzione credo fosse estranea alle logiche dei giustiniani.

Infatti, come è stato sostenuto da autorevole dottrina⁵⁴, pur se con il decorso del tempo dalle leggi repubblicane o classiche si erano staccate - soprattutto a causa della istituzione di nuove pene ad opera della *cognitio* imperiale - delle fattispecie che erano divenute autonomi *crimina*, i commissari, nell'accingersi alla compilazione preferirono ricondurre tali fattispecie agli ambiti di provenienza. Il Brasiello ha, ad esempio, affermato che "nel diritto giustiniano (...), per omaggio alla tradizione e per una certa comodità di sistemazione i crimini sono raggruppati intorno alle leggi. Dove vi è uno spunto classico, i compilatori preferirono collegare il fatto alla legge più simile, cui una volta apparteneva, e sono in genere restii a creare essi delle nuove figure di crimini⁵⁵".

Questa impostazione mi sembra anche provata dalla constatazione che nel Codice giustiniano - ma già prima nel *Codex Theodosianus* - non è mai utilizzata la parola *incendiarius*, quasi a voler escludere il riferimento ad un autonomo crimine o anche solo ad una tipizzazione del termine, come invece è avvenuto - lo si è prima ricordato - nei *Digesta*.

Inoltre, a maggior prova di quanto qui affermato, si deve notare che nel Digesto, se si fa eccezione per il passo in esame, l'unico riferimento autonomo all'incendio - la norma decemvirale sull'incendio delle messi (D.47.9.9) - è contenuto in un titolo (47.9: *de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*) in cui l'incendio è solo l'occasione per commettere un altro *crimen*⁵⁶, cosa che

⁵⁴ Si v. per tutti, U.BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p.50 e nt.76, p.208s., il quale sottolinea la differenza tra il modo di citare i crimini nelle *Pauli Sententiae* e nei *Digesta*.

⁵⁵ U.BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p.208.

⁵⁶ Cfr., in questo senso, U.BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano*, cit., p.262. Sull'editto *de incendio ruina naufragio rate nave expugnata*, di

costituisce, a mio parere, una ulteriore dimostrazione della mancata volontà di creare un autonomo titolo sugli incendi.

Probabilmente i commissari, volendo inserire il frammento nella compilazione, hanno ritenuto il titolo sulla *lex Cornelia* la sede più idonea per la vicinanza dell'argomento⁵⁷ – anche la legge di Silla sanzionava l'incendio nel terzo dei suoi cinque *capita*⁵⁸ –; così facendo tuttavia snaturarono completamente il contenuto originario del passo. Infatti nella legge Cornelia, diversamente da quanto indicato nel passo ulpiano, l'incendio doloso non era punito in quanto tale ma perché metteva in pericolo l'ordine sociale; si poteva pure causare la morte di un soggetto ma il comportamento del reo era sanzionato anche se questa eventualità non si fosse verificata.

La modifica del contenuto del passo credo sia dimostrata anche dalla voluta eliminazione dell'*etiam* presente nel brano della *Collatio*

data incerta, ma con molta probabilità di età repubblicana, essendo commentato da Labeone (D.47.9.3.2-7), O.LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927 (rist. Aalen 1985), p.396s.; L.MINIERI, *Norme decemvirali in tema di incendio*, in *Ius Antiquum* 2 (7) (2000) p.40ss., con ult. bibl.

⁵⁷ Sull'incendio nella *lex Cornelia* v. infra. Questo collegamento si ricava anche da un rescritto di Filippo l'Arabo e di Filippo Cesare, emanato nel 244 (C.9.1.11: Imperator Philippus. *Data opera partis adversae res vestras incendio exarsas esse adseverantes crimen Corneliae de sicariis exsequi potestis* PHILIPP. A. ET PHILIPP. C. SATURNINO. PP. XIII K. IUL. PEREGRINO ET AEMILIANO CONSS). Per Brasiello (*La repressione penale*, cit., p.208 e nt.24) il passo costituisce un'ulteriore prova del rapporto tra la legge e il *crimen* in un'epoca in cui l'incendio era ormai "punito *extra ordinem*, con pene diverse secondo le circostanze, e secondo le persone". Per O.MILELLA (*Testimonianze liviane sulla repressione penale dell'incendio*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* 3, Milano 1983, p.486) il brano rappresenta, invece, la traccia di un intervento imperiale che dovè essere di stimolo per la riflessione giurisprudenziale sulla materia. Sul rescritto si v. pure C.KÖRNER, *Philippus Arabs. Ein Soldatenkaiser in der Tradition des antoninisch – severischen Prinzipats*, Berlin–New York 2002, p.163 e nt.29.

⁵⁸ La regolamentazione dell'incendio rientrava nel terzo capo della *lex Cornelia*, dopo il caso di colui *qui cum telo fuerit* e quello di chi *hominem occiderit*, come sembra doversi ricavare dalle fonti relative a questa legge (su cui v. infra). In questo senso v. B.SANTALUCIA, *sv. Omicidio (diritto romano)*, in *ED* 29, Milano 1979, p.892 e nt.64, ora in *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, p.122 e nt.64. U.BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano*, cit. p.253s.) ritiene, invece, che l'incendio dovette formare oggetto del secondo capitolo perché i primi due *capita* rappresentavano "un tutt'uno". Cfr. anche G.POLARA, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato. 'Delinquitur aut proposito aut impetu aut casu*, in *BIDR* 16 (1974) p.101s. che ipotizza una divisione in gruppi che riuniscono i vari casi previsti dalla legge e inserisce nel secondo gruppo le disposizioni relative agli incendi.

e ovviamente assente nel Digesto. I commissari giustinianeî cancellando l'avverbio non credo abbiano solo voluto compiere una operazione letteraria (non essendovi altro termine di paragone nel passo) ma hanno inteso modificare il significato tecnico giuridico del brano, eliminando la concorrenza dell'*actio ex lege Aquilia* con la pena della *cognitio*, cos  come voleva, invece, indicare originariamente Ulpiano, un significato che si   ora potuto recuperare solo in sede di interpretazione.

Ma si pu  anche ipotizzare che i compilatori abbiano inteso inserire un riferimento all'incendio tra le fattispecie previste dalla *lex Cornelia*, dal momento che nell'intero titolo sulla *lex Cornelia*, fatta eccezione per il passo iniziale, tratto dal quattordicesimo libro delle *Institutiones* di Marciano⁵⁹ (dove sono solo indicate le ipotesi previste originariamente dalla legge), manca qualsiasi altro riferimento all'incendio. E' allora possibile supporre, pur con tutte le cautele del caso, che i commissari non abbiano trovato, all'interno delle opere da loro esaminante, alcun altro brano sull'incendio che fosse possibile inserire in quel titolo e che siano stati, per cos  dire, costretti a procedere allo stralcio del passo relativo all'*insula*.

O, forse, pu  ancora ipotizzarsi che ai commissari potesse interessare indicare che la sanzione per l'incendio doloso fosse ormai la effettiva pena di morte e non pi  la *aqua et igni interdictio*, cos 

⁵⁹ D.48.8.1pr. (Marc. 14 inst.): *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit: cuiusve dolo malo incendium factum erit: quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit: quive, cum magistratus esset publicove iudicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum iudicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur*. Sul passo v. G.POLARA, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato*, cit., p.102ss.; B.SANTALUCIA, *Diritto e processo penale in Roma antica*², cit., p.147 e nt.133. Avanza dubbi sulla presenza nel brano del termine *incendium* A.WACKE (*Fahrl ssige Vergehen im römischen Strafrecht*, in RIDA 26, 1979, p.516 nt.36, ora in *Unius poena - Metus multorum. Abhandlungen zum römischen Strafrecht*, Napoli 2008, p.516 nt.36) che legge, sulla base di altre fonti *cuiusve dolo malo id factum erit*. Ma ipotesi di interpolazioni erano state avanzate gi  prima, non so quanto correttamente, da F.EBRARD, *Beamtenpflicht und Sorgfaltspflicht in Ausdruck dare operam*, in ZSS 46 (1926) p.162; G.VON BESELER, *Romanistische Studien*, in TR 10 (1930) p.198. Si v. anche U.BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p.203 e p.206 e R.A.BAUMAN, *Leges iudiciorum publicorum*, in ANRW 2.13 (1980) p.123 e V.MAROTTA, *Ulpiano e l'impero* 2. p.116 nt.312. Sul passo pure, con valutazioni pi  generali, L.DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989, p.60ss., part. p.66 e nt.167.

come indicato in Coll.12.5.1, passo per altro non riportato nel corrispondente luogo del Digesto (D.47.9.12).

Nessuna di queste ipotesi sembra più convincente in assoluto, è anche possibile che vi siano state più concause che hanno alla fine determinato l'inserimento del frammento nel titolo 48.8.

Quanto al *quasi incendiarius*, espressione dalla quale si è partiti nell'intraprendere questa indagine, mi sembra che essa mantenga anche nel contesto giustiniano lo stesso significato utilizzato da Ulpiano di "in quanto" e non di "come se", dal momento che lo spostamento dell'esiguo frammento esaminato nel titolo sulla *lex Cornelia* non mi pare modifichi il riferimento alla fattispecie dell'incendio doloso e alla figura dell'*incendiarius*. Certo i commissari giustiniani avrebbero potuto eliminarlo, come è stato fatto per l'*etiam* ma ciò non è avvenuto.

5. Per concludere, occorre tornare su un aspetto a cui si è prima accennato ma che abbisogna di una ulteriore puntualizzazione. Non mi sembra possibile che il riferimento all'incendio di un'*insula* possa rappresentare una accettabile spiegazione dell'espressione *quasi incendiarius* - nel senso che fattispecie tipica di incendio sarebbe stata solo quella del propagarsi delle fiamme alla *domus* in città e alla *casa* e alla *villa* in campagna mentre solo in via analogica sarebbe stato tutelato il caso dell'incendio di questo "isolato demografico"⁶⁰ – perché non risulta in nessun modo (e neanche nell'età di Ulpiano o più tardi presso i giustiniani), che un edificio destinato ad abitazione di più inquilini rappresenti un'ipotesi a parte o sia stata inserita solo successivamente tra le fattispecie previste dal terzo *caput* della *lex Aquilia* o dalla *lex Cornelia*.

Infatti il *caput* della legge sul *damnum iniuria datum* regola solo la distruzione (almeno originariamente) di *ceterae res* - rispetto allo schiavo altrui e a un quadrupede *quae pecudem numero sit* – che, se danneggiate, devono essere risarcite (*Ceterarum rerum <praeter hominem et pecudem occisos> si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria*)⁶¹.

⁶⁰ V. retro.

⁶¹ V. retro la bibl. riportata a nt.10, tra cui in part. G.MACCORMACK, *On the third chapter of the lex Aquilia*, cit., p.164s.; C.A.CANNATA, *Il terzo capo della 'Lex Aquilia'*, cit., p.127ss.

La *lex Cornelia*, poi, in caso di incendio non poneva clausole relative al tipo di edifici tutelati o dei limiti territoriali, distinguendo in qualche modo tra città e campagna, così come fa, invece, nel caso di chi, nell'urbe o entro un miglio da essa, si aggirasse armato a scopo di ledere le persone o l'altrui proprietà⁶². A giudicare dalle fonti che ci sono pervenute, la legge non prescriveva alcunché per la localizzazione dell'incendio né soprattutto per gli edifici che potevano essere distrutti.

Insomma, il contenuto delle due leggi non consente di indicare un originario campo di applicazione a cui vada ad aggiungersi in via di allargamento la tutela di una *insula*.

Inoltre, se il frammento sul *quasi incendiarius* potesse essere riferito alla *lex Cornelia*, cosa che – come ho più volte detto - non credo sia giusta, mi sembra che qualora i compilatori avessero voluto mettere l'accento sul particolare valore (in senso analogico) dell'*insula*, nel compiere lo spostamento al nuovo titolo non si sarebbero limitati ad uno stralcio così esiguo ma avrebbero estrapolato un brano più ampio dal momento che nel prosieguo di Coll.12.7.1-2 sono riportati - anche se naturalmente a proposito dell'*actio ex lege Aquilia* - ulteriori riferimenti a quella unità abitativa: il caso dell'incendio volontariamente appiccato ad una

⁶² La *lex Cornelia*, a giudicare dalle fonti che ci sono pervenute, vietava l'aggirarsi armati solo in città o entro un miglio dal pomerio (Coll.1.3.1: *ULPIANUS libro VII de officio proconsulis sub titulo de sicariis et veneficis : Capite primo legis Corneliae de sicariis cavetur, ut is praetor iudexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de sicariis eius quod in urbe Roma propiusve mille passus factum sit, uti quaerat cum iudicibus, qui ei ex lege sorte obvenerint de capite eius, qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa, hominemve occiderit, cuiusve id dolo malo factum erit. Et reliqua*) mentre non era prevista alcuna delimitazione territoriale per il caso degli incendi. Tra le fonti che contengono un esplicito riferimento agli incendi nella legge v., oltre a D.48.8.1pr., Coll.12.5.1 e C.9.1.11, soprattutto Cic. *parad.*4.31: *Omnes scelerati atque impii, quorum tu te ducem esse profiteris, quos leges exilio adfici volunt, exules sunt, etiamsi solum non mutarunt. An, cum omnes te leges exilem esse iubeant . . . ~appellet inimicus, qui cum telo fuerit? Ante senatum tua sica deprehensa est. Qui hominem occiderit? Plurimos occidisti. Qui incendium fecerit? Aedis Nympharum manu tua deflagavit. Qui templa occupaverit? In foro castra posuisti.* Su questi aspetti v. J-L.FERRARY, *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, in *Athenaeum* 79 (1991) p.419ss., part. p.423s.; N.D.LUISI, *Lex Cornelia de sicariis et veneficis: considerazioni sul problema del rapporto di causalità*, in *Philia. Scritti per Gennaro Franciosi* 3, Napoli 2007, p.1517ss., part. p.1523 e nt.8.

insula ma estesosi poi preterintenzionalmente all'*insula* di un vicino e della distruzione delle masserizie degli *inquilini*⁶³.

⁶³ Coll.12.7.3 = D.9.2.27.8.