



УНИВЕРЗИТЕТ У ИСТОЧНОМ САРАЈЕВУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

и

ЕВРОПСКА ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА ЈАВНО ПРАВО

МЕЂУНАРОДНИ САВЕЗ ПРАВНИКА

ИНСТИТУТ ЗА УПОРЕДНО ПРАВО

СРПСКО УДРУЖЕЊЕ ЗА КРИВИЧНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

ИНСТИТУТ ЗА КРИМИНОЛОШКА И СОЦИОЛОШКА ИСТРАЖИВАЊА

ЗБОРНИК РАДОВА

„Правне празнине и пуноћа права“

Том V

COLLECTION OF PAPERS

“Legal gaps and the completeness of law“

Vol. V

XII Научни скуп поводом Дана Правног факултета,
Међународни научни скуп
одржан 28. октобра 2023. год. на Палама

УДК 34(082)

ISBN 978-99938-57-87-7

Источно Сарајево, 2024. год.



UNIVERSITY OF EAST SARAJEVO
FACULTY OF LAW

and

EUROPEAN PUBLIC LAW ORGANIZATION

INTERNATIONAL UNION OF LAWYERS

INSTITUTE FOR COMPARATIVE LAW

SERBIAN ASSOCIATION FOR CRIMINAL LEGAL THEORY AND PRACTICE

INSTITUTE OF CRIMINOLOGICAL & SOCIOLOGICAL RESEARCH

COLLECTION OF PAPERS

“Legal gaps and the completeness of law“

Vol. V

ЗБОРНИК РАДОВА

„Правне празнине и пуноћа права“

Том V

The XII Scientific conference on
The occasion of the Day of the Faculty of Law,
International scientific conference,
held in Pale, 28 October 2023

UDC 34(082)

ISBN 978-99938-57-87-7

East Sarajevo, 2024

ЗБОРНИК РАДОВА

ХII Научног скупа поводом Дана Правног факултета,
који је у организацији
Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву,
и суорганизацији
Европске организације за јавно право,
Међународног савеза правника,
Института за упоредно право,
Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, и
Института за криминолошка и социолошка истраживања,
одржан 28. октобра 2023. год. на Палама, на тему:
„ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА“

Издавач

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Алексе Шантића 3, 71420 Пале
тел. 00387 57 226 609 / факс 00387 57 226 892
<http://www.pravni.ues.rs.ba> / dekanat@pravni.ues.rs.ba

За издавача

Проф. др Горан Марковић, декан

Коуредници

Проф. др Димитрије Ђеранић
Проф. др Радислав Лале
Проф. др Свјетлана Ивановић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Проф. др Самир Аличић

Лектор и коректор за српски језик

Проф. др Нина Ђеклић

Лектор и коректор за енглески језик

Мр Нинослава Радић, наставник страног језика

Техничка припрема

Проф. др Димитрије Ђеранић
Доц. др Ђорђе Мариловић
Виши асс. Ђорђе Перишић, мр
Виши асс. Ивана Лазаревић, ма
Виши асс. Љубана Сладић, ма
Виши асс. Брано Хаџи Стевић, ма

Штампа

Графомарк, Лакташи

Тираж

60 примјерака

Зборник је реферисан у HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS и Central and Eastern European Online Library (CEEOL)

COLLECTION OF PAPERS

The XII Scientific conference on The occasion of The Day of The Faculty of Law,
on general topic „Legal gaps and the completeness of law“, which is organized
Faculty of Law, University of East Sarajevo,
in cooperation with the
European Public Law Organization,
International Union of Lawyers,
Institute for Comparative Law,
Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice,
and the Institute of Criminological & Sociological Research,
on 28. October 2023, in Pale

Publisher

Faculty of Law, University of East Sarajevo
Alekse Šantića Str. 3, 71420 Pale
phone. 00387 57 226 609 / fax 00387 57 226 892
<http://www.pravni.ues.rs.ba> / dekanat@pravni.ues.rs.ba

For the Publisher

Full Professor Goran Marković, dean

Edited by

Associate Professor Dimitrije Čeranić
Associate Professor Radislav Lale
Associate Professor Svjetlana Ivanović
Assistant Professor Đorđe Marilović
Full Professor Samir Aličić

Proofreading for the Serbian language

Associate Professor Nina Čeklić

Proofreading for the English language

Ninoslava Radić, MA (Linguistics), English language teacher

Technical preparation

Associate Professor Dimitrije Čeranić
Assistant Professor Đorđe Marilović
Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić
Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević
Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić
Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević

Printing

Grafomark, Laktaši

Circulation

60 copies

COLLECTION OF PAPERS included in base of journals and e-books:
HeinOnline, EBSCO OPEN ACCESS and Central and Eastern European Online
Library (CEEOL)

Зборник радова
ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ И ПУНОЋА ПРАВА

Научни одбор

Проф. др Миленко Крећа, бивши судија Међународног суда правде, судија *ad hoc* Европског суда за људска права, ранији члан Венецијанске комисије и Сталног арбитражног суда у Хагу, председник Научног одбора

Full Professor Spyridon Flogaitis, University of Athens, Faculty of Law, Director of the European Public Law Organization and President of the Board of Directors of EPLO, Greece

Академик проф. др Станко Бејатовић, члан Председништва Међународног савеза правника, Москва, председник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, председник Управног одбора Института за Криминолошка и социолошка истраживања у Београд, Србија

Проф. др Вид Јакулин, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Словенија

Проф. др Борче Давитковски, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија

Проф. др Елена Геннадиевна Багреева, професор Департамента правовог регулирања економическој дејателности Финансовог универзитета при Правительстве Росийске Федерацие, член исполкома Междунaродног сојуза юристов, Росийская Федерация

Проф. др Владимир Чоловић, директор Института за упоредно право у Београду, Србија

Проф. др Велимир Ракочевић, Правни факултет Универзитета Црне Горе у Подгорици, Црна Гора

Проф. др Дарко Симовић, Криминалистичко полицијски универзитет, Београд

Проф. др Јуриј Топлак, Универзитет у Марибору, Словенија

Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, БиХ, Република Српска

Проф. др Туњица Петрашевић, Правни факултет Свеучилишта

„Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку, Хрватска

Проф. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методиј“ у Скопљу, Сјеверна Македонија

Prof. dr Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary

Prof. dr Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom

Доц. др Дуња Дуић, Правни факултет Свеучилишта „Јосип Јурај Штросмајер“ у Осијеку, Хрватска

Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Senior researcher at the Human Rights Center and the Programme Human Rights in Context at Ghent University, Belgium

Организациони одбор

Проф. др Горан Марковић, председник; Академик проф. др Станко Бејатовић;

Проф. др Владимир Чоловић; Проф. др Димитрије Ђеранић; Доц. др Сања Голијанин; Проф. др

Самир Аличић; Проф. др Свјетлана Ивановић; Доц. др Сања Крешталица; Доц. др Ђорђе Мариловић; Доц. др Драгана Дамјановић; Мр Нинослава Радић; Виши асистент Ђорђе Перишић, мр;

Виши асистент Ивана Лазаревић, ма; Виши асистент Љубана Сладић, ма;

Виши асистент Брано Хаџи Стевић, ма.

Коуредници

Проф. др Димитрије Ђеранић; Проф. др Радислав Лале; Проф. др Свјетлана Ивановић;

Доц. др Ђорђе Мариловић; Проф. др Самир Аличић

Conference Proceedings
LEGAL GAPS AND THE COMPLETENESS OF LAW

Scientific Committee

Prof. Milenko Kreća, Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law, former judge of the International Court of Justice, ad hoc judge of the European Court for Human Rights, former member of the Venice Commission and the Permanent Court of Arbitration, Serbia, President of the Board;

Prof. Spiridon Flogaitis, Full Professor, University of Athens, Faculty of Law, Director of the European Public Law Organization and President of the Board of Directors of EPLO, Greece;

Academician Stanko Bejatović, Full Professor, member of the Presidency of the International Union of Lawyers, Moscow, President of the Serbian Association for Criminal Legal Theory and Practice, President of the Board of Directors of the Institute for Criminological and Sociological Research, Belgrade, Serbia;

Prof. Vid Jakulin, Full Professor, Faculty of Law, University of Ljubljana, Slovenia;

Prof. Borče Davitkovski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, North Macedonia;

Prof. dr Elena Gennadieвна Bagreeva, Full Professor of the Department of legal regulation of economic activity of the Financial University under the Government of the Russian Federation, member of the Executive Committee of the International Union of lawyers, member of the Association of Lawyers of Russia, academician of the Slavic Academy, Russian Federation;

Prof. Vladimir Čolović, Full Professor, Principal of the Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia;

Prof. Velimir Rakočević, Full Professor, Faculty of Law, University of Montenegro, Podgorica, Montenegro;

Prof. Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Serbia;

Prof. Jurij Toplak, Full Professor, University of Maribor, Slovenia;

Prof. Goran Marković, Full Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina;

Prof. Tunjica Petrašević, Full Professor, Faculty of Law, University "Josip Juraj Štrosmajer" in Osijek, Croatia;

Prof. Dragan Gocevski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law, Ss Cyril and Methodius University in Skopje, North Macedonia;

Prof. Péter Mezei, Associate Professor of Law, Associate Dean for International Affairs, Institute of Comparative Law, Faculty of Law, University of Szeged, Adjunct Professor (dosentti), University of Turku (Finland), Lecturer in Law, University of Toledo College of Law (USA), Visiting Professor, Université Jean Moulin Lyon III (France), Hungary;

Prof. Velimir Živković, Associate Professor and Director of LLM ICL, IEL and ICGFR programs at University of Warwick School of Law, United Kingdom;

Prof. Dunja Duić, Associate Professor, Faculty of Law, University "Josip Juraj Štrosmajer" in Osijek, Croatia;

Dr Jose Gustavo Prieto Munoz, Senior researcher at the Human Rights Center and the Programme Human Rights in Context at Ghent University, Belgium.

Organizing Committee

Full Professor Goran Marković, President; Academician Full Professor Stanko Bejatović;

Full Professor Vladimir Čolović; Associate Professor Dimitrije Čeranić; Assistant Professor Sanja Golijanin; Full Professor Samir Aličić; Associate Professor Svjetlana Ivanović;

Assistant Professor Đorđe Marilović; Assistant Professor Dragana Damjanović; Ninoslava Radić, LL.M.; Senior Teaching Assistant Đorđe Perišić, LL.M.; Senior Teaching Assistant Ivana Lazarević, LL.M.; Senior Teaching Assistant Ljubana Sladić, LL.M.; Senior Teaching Assistant Brano Hadži Stević, LL.M.

Co-editors

Associate Professor Dimitrije Čeranić; Associate Professor Radislav Lale;

Associate Professor Svjetlana Ivanović; Assistant Professor Đorđe Marilović; Full Professor Samir Aličić

Prof. ordinario Samir Aličić, PhD

Università di Sarajevo Est
Istituto di diritto comparato di Belgrado

IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE ATTIVA ALL'USO DELL'ACTIO DAMNI INIURIAE NEL CASO DELLA DISTRUZIONE O DEL DANNEGGIAMENTO DI UN BENE-OGGETTO DI PRESTAZIONE

Oggetto della presente indagine concerne principalmente il problema relativo a chi, e a quali condizioni, spetti la legittimazione attiva alla azione aquiliana (actio legis Aquiliae; actio damni iniuriae) nel caso della distruzione o del danneggiamento di una cosa-oggetto di obbligazione nel diritto romano classico. Allo scopo di offrire una possibile risposta saranno analizzate le ipotesi di distruzione di una cosa-oggetto di prestazione da parte del creditore e di una terza persona. Saranno poi analizzati i problemi connessi: il concorso dell'azione aquiliana con l'actio doli e con le azioni contrattuali e il problema della legittimazione del detentore che tiene la cosa sulla base di un contratto. Sulla base della esegesi delle fonti, l'Autore cerca di scoprire in quale modo la circostanza che la cosa distrutta o danneggiata sia oggetto di una obbligazione influisce sulla legittimazione attiva all'uso dell'azione aquiliana.

La tesi che si cercherà di provare è la seguente. L'azione aquiliana spetta sempre al debitore se la cosa è distrutta quando egli non è ancora in mora, in qualità di proprietario della cosa. Non ha importanza se essa sia distrutta dal creditore o da una terza persona, e gli viene concessa nonostante il fatto che il debitore sia liberato dall'obbligo di prestare la cosa. L'azione non gli spetta se il creditore distrugge la cosa durante la mora e se una terza persona distrugge la cosa con lo specifico intento di arrecare danno al creditore. In questo ultimo caso al creditore spetta l'actio doli. Anche nei casi in cui gli è denegata l'azione aquiliana, il debitore è liberato dall'obbligo se il bene distrutto è infungibile.

L'azione aquiliana spetta al debitore anche quando la cosa è distrutta o danneggiata da una terza persona, ma il creditore ha diritto di chiedere che

l'azione sia ceduta a lui, nel quale caso il debitore è liberato dall'obbligo di prestare la cosa quando la cosa sia stata distrutta dopo la mora.

Se un detentore distrugge o danneggia una cosa tenuta sulla base di un contratto, il proprietario può usare o l'azione contrattuale o l'azione aquiliana. Se la cosa è distrutta da una terza persona, il proprietario può chiedere, per mezzo dell'azione aquiliana, il valore della stessa cosa, mentre il detentore può chiedere il valore dei frutti tramite una actio in factum.

Parole chiave: Diritto romano; Obbligazioni; Risarcimento del danno extracontrattuale; *Damnum iniuria datum*; Legge Aquilia; Legittimazione processuale.

1. INTRODUZIONE

L'azione sulla base della legge Aquilia (*actio legis Aquiliae*; *actio damni iniuriae*), generalmente considerata alla base della responsabilità extracontrattuale nei diritti moderni, è da lungo tempo, sotto vari aspetti, al centro dell'attenzione dei romanisti. In questo articolo cercheremo di offrire un nuovo sguardo sull'azione aquiliana: analizzeremo le soluzioni della casistica classica, conservata nel Digesto di Giustiniano, sulle varie situazioni che hanno in comune il fatto che la cosa distrutta o danneggiata fosse stata oggetto di obbligazione.

Lasciando da parte altri interessanti problemi che potrebbero risultare¹, cercheremo questa volta di offrire la risposta ad una sola questione: in che modo il fatto che la cosa distrutta o danneggiata fosse oggetto di obbligazione influenzava la legittimazione attiva all'uso dell'azione aquiliana? Cercheremo anche di trovare la possibile soluzione a un altro problema inseparabile dal primo: come era risolto, in tali casi, il problema del concorso dell'azione aquiliana con le azioni contrattuali?

2. LA DISTRUZIONE DELLA COSA DOVUTA DA PARTE DEL CREDITORE.

Analizziamo un frammento di Papiniano relativo al caso che il creditore abbia danneggiato o distrutto l'oggetto della prestazione:

D.9.2.54 Pap. 37 quaest. *Legis Aquiliae debitori competit actio, cum reus stipulandi ante moram promissum animal vulneravit: idem est et si occiderit animal. quod si post moram promissoris qui stipulatus fuerat oc-*

¹ Ad esempio, la stima dei danni nel caso di distruzione o danneggiamento di una cosa-oggetto della obbligazione alternativa o facoltativa o della cosa-oggetto di obbligazione protetta con una pena contrattuale (si veda ad esempio D.9.2.22pr; D.9.2.37.1; D.9.2.55), le quali questioni sono di per sé temi interessanti per una indagine.

*cidit, debitor quidem liberatur, lege autem Aquilia hoc casu non recte experietur: nam creditor ipse sibi potius quam alii iniuriam fecisse videtur*².

La situazione è la seguente. Il debitore ha promesso tramite una stipulazione di dare un certo animale. Prima che il debitore fosse costituito in mora³ il creditore ha ferito l'animale dovuto.

Papiniano sostiene che al debitore spetti l'azione aquiliana contro il creditore che ha ferito l'animale. Non è detto esplicitamente nel testo, ma dal contesto sembra essere fuori dubbio che in questo caso, dato che l'animale non è stato ucciso ma solo ferito, sia applicato il terzo capo della legge Aquilia, secondo il quale si potrà chiedere il pagamento di una somma pari al maggior valore che l'animale aveva avuto nei trenta giorni prima del ferimento⁴. Papiniano osserva che il debitore avrebbe avuto l'azione aquiliana anche nel caso in cui il creditore avesse ucciso l'animale; certo, la stima del danno, in questo caso, sarebbe stata, secondo il primo capo della legge, al maggior valore dell'animale nell'anno prima dell'uccisione⁵.

Ma se il creditore avesse ucciso l'animale dopo la mora il debitore non avrebbe potuto usare l'azione aquiliana. Sarebbe stato, comunque, liberato dall'obbligo di consegnare l'animale certamente per il fatto che lo stesso creditore aveva impedito la realizzazione della prestazione. In questo caso, rileva Papiniano, sembra che il creditore avesse fatto ingiustizia più a sé stesso che ad altri (*creditor ipse sibi potius quam alii iniuriam fecisse videtur*). In questa situazione nessuno può esercitare l'azione né sulla base di un contratto, né sulla base di un delitto. Papiniano non dice esplicitamente che cosa sarebbe successo se il creditore avesse ferito l'animale dopo la mora. Possiamo supporre che il debitore, in tal caso, avrebbe dovuto consegnare l'animale nella condizione in cui si trovava e il creditore avrebbe potuto chiedere l'animale ferito tramite l'azione contrattuale; ma nessuno avrebbe potuto usare l'azione aquiliana.

Il testo sembra essere chiaro e non pone particolari difficoltà di analisi. L'unico importante punto di contrasto, in merito alla sua interpretazione,

² Per le possibili interpolazioni in questo frammento si veda ad esempio: T. J. Gerke, "Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche der "lex Aquilia" (Mit einem vergleichenden Ausblick auf die geschichtliche Entwicklung der Ansprüche aus Furtum)", *SDHI* 23/1957, 106.

³ Si tratta probabilmente di una stipulazione con termine sospensivo (*stipulatio in diem*). K. Slapnicar: "Über die Aktivlegitimation zur actio legis Aquiliae und actio de dolo in Dreipersonenverhältnis (Bemerkungen zur Paul. D, 4, 3, 18, 5)", *De iustitia et iure (Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin 1980, 242-244.

⁴ D.9.2.27.5

⁵ D.9.2.2pr

sembra essere relativo alla questione seguente: in cosa consisteva la perdita patrimoniale (*damnum*) per il debitore se quando l'animale era stato ferito lo si doveva consegnare come se non fosse accaduto niente e quando fosse stato ucciso l'obbligazione si scioglie?

La possibilità che il creditore, nel caso in cui animale fosse stato ucciso, potesse comunque chiedere il suo valore in denaro tramite una *condictio* e che in ciò eventualmente consistesse il danno subito dal debitore, il cui risarcimento, viceversa, avrebbe potuto pretendere dal creditore, è generalmente esclusa a ragione dalla dottrina romanistica: il creditore ha provocato la perdita patrimoniale a se stesso e perciò non può usare la *condictio*⁶. Inoltre, se il creditore avesse distrutto o danneggiato la cosa dovuta con specifica intenzione di chiedere il risarcimento invece della consegna della cosa (perché probabilmente più vantaggioso per lui), contro di lui sarebbe stata usata l'*actio furti* e l'*actio damni iniuriae* solo nel caso che avesse fatto ciò per negligenza⁷. Ma Papiniano non menziona tale possibilità e parla solo dell'*actio damni iniuriae*. Si deve aggiungere che nel caso in cui il creditore avesse eventualmente potuto usare la *condictio*, la soluzione che il debitore non avesse avuto l'azione aquiliana se la cosa fosse stata distrutta o danneggiata dopo la mora non avrebbe senso. Per l'uso della *condictio* il momento di quando comincia la mora non ha importanza. Allora la possibilità che in questo caso il creditore avesse una *condictio* e che nella somma dovuta dal debitore sulla base di essa vi sia la somma che il debitore può chiedere tramite l'azione aquiliana è da escludere.

Certamente merita attenzione un'altra possibilità, prospettata da alcuni romanisti, che il caso menzionato da Ulpiano sia un esempio, che provi che l'azione aquiliana fosse stata a volte concessa anche quando l'attore non avesse subito affatto o avesse subito un insignificante danno patrimoniale. Alcuni (von Lübtow) spiegano ciò semplicemente con le caratteristiche penali della legge Aquilia⁸, mentre altri (Grueber) credono che ciò sia conseguenza della rigorosa applicazione del principio che la somma da pagare sulla base dell'azione aquiliana dovesse essere stimata al maggior valore che la cosa danneggiata o distrutta aveva avuto nell'ultimo anno o negli ultimi trenta giorni prima del delitto anche se il danno non si fosse verificato affatto⁹.

⁶ K. Slapnicar, 256.

⁷ Si veda D.9.2.41.1; D.9.2.27.21; D.47.2.50.4; G.3.202.

⁸ U. von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Duncker & Humblot, Berlin 1971, 78.

⁹ E. Grueber, *The roman law of damage to property (a commentary of the title of the Digest Ad legem Aquilianam – IX.2)*, Clarendon Press, Oxford 1886, 175-176.

Si può dubitare che l'esistenza della perdita patrimoniale (*damnum*) fosse stata una delle condizioni per l'applicazione del primo capo della legge Aquilia (cioè nel caso della uccisione di uno schiavo o di un quadrupede)¹⁰. È fuori dubbio, però, che nel caso di applicazione del terzo capo (cioè nel caso di danneggiamento o distruzione di altri tipi di cose ma anche nel caso di lesione di uno schiavo o di un quadrupede) il danno patrimoniale era una delle condizioni per poter esercitare l'azione aquiliana. Ci sono diversi esempi nel Digesto che dimostrano chiaramente che l'azione aquiliana era denegata nei casi di danneggiamento fisico di una cosa, se il valore della stessa cosa non fosse diminuito e se il proprietario non avesse subito alcun danno patrimoniale¹¹.

Si possono, comunque, accettare le conclusioni di von Lübtow e di Grueber se modificate nel senso che, anche se necessaria una perdita patrimoniale come condizione per l'uso dell'azione aquiliana, bastasse una perdita minima. Il carattere penale dell'azione aquiliana, almeno nella sua portata originaria, derivava, fra l'altro, anche dal fatto che la stima dei danni era calcolata in relazione al maggior valore della cosa distrutta, o solo danneggiata, nell'arco del tempo prescritto dalla legge¹²; è possibile, comunque, che almeno in certi casi la giurisprudenza classica limitasse la responsabilità al danno patrimoniale effettivamente subito dal proprietario (*id quod interest*).

La più accettabile sembra la interpretazione, formulata in dottrina da molto tempo, che il danno patrimoniale subito dal debitore, nel caso di dis-

¹⁰ Secondo il testo della legge Aquilia, come riportato dalle fonti, il termine *damnum* si trova soltanto nel terzo capo. Comunque, l'intera legge è stata chiamata *legge sul danno* (*lex Aquilia de damno* – D.9.2.1pr). Gaio sostiene che anche il secondo capo si riferisce al danno (*qua et ipsa (scil. secunda) parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est* – G.3.216). M. F. Cursi, *Iniuria cum damno (antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano)*, Giuffrè, Milano 2002, 210. Ad ogni modo, è importante aggiungere che la stesura originaria del primo capo presumibilmente non menzionava la perdita patrimoniale come una delle condizioni per esercitare l'azione sulla base di questo capo. Come nota Birks, nel caso della uccisione di uno schiavo o di un animale vecchi o malati o di un animale destinato ormai ad essere ucciso per la carne o la sua pelle, non esiste perdita patrimoniale (*damnum*), ma comunque esistono i presupposti per l'azione: *occisus* e *iniuria*. Si può allora esercitare l'azione, ma la stima dei danni in questo caso sarà minima o nulla. P. Birks, "Ulpian 18 ad edictum: introducing *damnum iniuria*", *Collatio ivris romani (études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65. anniversaire)* I, Amsterdam 1995, 21-22.

¹¹ Se qualcuno ferisce uno schiavo senza diminuire in questo modo il suo prezzo, la legge Aquilia non viene applicata (D.9.2.27.17=CO.2.4). Se qualcuno taglia i frutti maturi dall'albero senza rubarli (D.2.27.25) o se taglia rami di salice senza danneggiare l'albero (D.2.27.27) non è responsabile. Se castrando uno schiavo si rende lo stesso schiavo più costoso, non si può usare l'azione aquiliana, ma si può usare l'*actio iniuriarum* (D.9.2.27.28).

¹² Si veda D.9.2.23.3; D.9.2.23.5 e G.3.214.

truzione o danneggiamento di una cosa-oggetto di obbligazione, consistesse nel vantaggio che il debitore poteva avere dall'uso della cosa prima della scadenza del termine per il suo trasferimento¹³, e nel caso di ferimento dell'animale possibilmente anche nei costi di cura¹⁴. Un argomento a favore di una tale interpretazione è il fatto, notato da Grueber, che nel caso di distruzione o danneggiamento della cosa dovuta durante la mora il creditore non potesse esercitare l'azione aquiliana, perché se avesse effettuato la prestazione in tempo il creditore avrebbe distrutto la propria cosa¹⁵. Com'è ben noto, durante la mora, la cosa dovuta in qualche modo era considerata parte del patrimonio del creditore¹⁶. Allora il debitore, in un tale caso, non avrebbe subito nessun danno.

3. LA DISTRUZIONE DELLA COSA-OGGETTO DI OBBLIGAZIONE DA PARTE DI UNA TERZA PERSONA.

Oltre alla situazione di distruzione o danneggiamento di una cosa dovuta da parte del creditore, è possibile anche la situazione che la cosa fosse danneggiata da parte di una terza persona, come prospettato in questa *catena* di frammenti nel Digesto:

D.18.6.13 Paul. 3 Alf. ep. *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.*

D.18.6.14 Iul. 3 ad Urs. Fer. *eumque cum aedili, si id non iure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae: aut certe cum venditore ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret.*

Pur essendo creata dai compilatori del Digesto nel mettere in fila testi che probabilmente non si riferivano allo stesso caso, sembra che questa *catena* non abbia cambiato il significato originale dei testi. Questi frammenti di Paolo e di Giuliano sono importanti anche alla luce del fatto che derivano dai loro commenti delle opere di altri giureconsulti (Alfeno e Urseio Feroce): è una testimonianza del fatto che diversi giuristi si occupavano di questo caso o di casi simili e rappresenta un argomento a favore

¹³ N. Natali, *La legge Aquilia (ossia il damnum iniuria datum) – Studio sul lib. IX, tit. II del Digesto*, Unione cooperativa editrice, Roma 1896, 124.

¹⁴ *aestimatio vulneris* - D.9.2.24

¹⁵ E. Grueber, 176.

¹⁶ N. Natali, 178-179.

dell'autenticità delle soluzioni da loro proposte, nelle quali del resto non si vede nessuna controversia.

Nel primo testo Paolo descrive il caso seguente. Qualcuno ha lasciato i letti, che erano oggetto di compravendita, su una strada pubblica. Un edile, presumibilmente curatore delle vie pubbliche, ha ordinato loro di rimuoverli, a causa della quale attività sono andati distrutti. Al centro dell'attenzione di Paolo è la questione del passaggio del rischio nel caso della distruzione dell'oggetto della compravendita. Se la consegna è stata effettuata, il rischio è sul compratore e la soluzione è la stessa quando il compratore è in mora. Questo testo apre un'altra questione, di per sé interessante ma per l'oggetto della nostra indagine senza importanza, della responsabilità per il danno procurato nell'esercizio del dovere pubblico¹⁷.

Nel testo di Giuliano, il quale forse non si riferisce allo stesso caso ma a una situazione simile, cioè la distruzione di una cosa-oggetto di compravendita da parte di un edile, si dice che il compratore poteva esercitare l'azione aquiliana contro l'edile se costui si fosse comportato in modo illegittimo (*si id non iure fecisset*) oppure poteva agire contro il venditore con l'azione da compera affinché questi gli cedesse le sue azioni contro l'edile.

Risulta chiaro che, nel caso della distruzione di una cosa-oggetto della prestazione dopo la consegna oppure nella situazione della *mora creditoris*, il rischio è sul creditore: nel primo caso per il principio *res perit domino*, nel secondo perché il creditore in mora sopportava il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore. Nella prima situazione l'azione aquiliana spettava al creditore in qualità di proprietario della cosa, e nella seconda la stessa azione spettava al debitore (il quale era ancora proprietario), ma il creditore poteva chiedere la sua cessione, cioè gli spettava l'azione indirettamente¹⁸.

In effetti, nel secondo testo (quello di Giuliano) si parla delle azioni contro l'edile al plurale. Una di esse è senz'altro l'azione aquiliana e quali fossero le altre è possibile desumere indirettamente da questo testo di Ulpiano:

D.19.1.13 Ulp. 32 ad ed. § 10 *Si fructibus iam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est. § 11 Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent qui locaverat: idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur. § 12 Sed*

¹⁷ A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Cedam, Padova 2005, 117. Si veda anche D. 9.2.29.7.

¹⁸ N. Natali, 122-123. È da notare che si tratta di principi generali del diritto delle obbligazioni. Non è richiamato il principio *periculum est emptoris*. Questa volta non ci occuperemo dei possibili motivi, i quali potrebbero essere oggetto di una ricerca separata.

et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel Aquiliae vel interdicti quod vi aut clam.

In questi tre paragrafi Ulpiano si occupa della questione a chi spettino i frutti della cosa-oggetto di compravendita. Se si tratta di frutti non separati dalla cosa principale, ad esempio i frutti dell'agro non raccolti al momento del trasferimento del suolo, essi spettavano al compratore se non stipulato diversamente. I frutti civili, quali ad esempio i canoni di un agro locato, dovevano essere pagati a colui che l'avesse locato, quindi o al venditore o al compratore, di nuovo se non stipulato niente di specifico. Interessante è il fatto che Ulpiano menzioni anche le azioni penali e dice che esse, senza dubbio, dovevano essere cedute al compratore, proprio come Giuliano nel testo sopracitato D.18.6.14. Oltre all'azione aquiliana egli menziona altri mezzi processuali, specificamente: *actio damni infecti*, *aquae pluviae arcendae* e *interdictum quod vi aut clam*. Per noi ciò è importante non soltanto perché spiega come mai nel testo D.18.6.14 si dice che, se la cosa fosse stata danneggiata dopo la mora del creditore, l'azione aquiliana doveva essere ceduta al compratore (perché il pagamento sulla base di queste azioni era trattato allo stesso modo del frutto civile della cosa), ma anche perché indica che il debitore doveva sempre trasferire le azioni penali, incluso l'azione aquiliana, al creditore, (o, acquirente della cosa) se la cosa fosse stata danneggiata da una terza persona. Ciò si riferisce alla situazione quando era iniziato il processo oppure quando il processo non si era concluso prima del trasferimento della cosa.

Nessun testo suggerisce che il creditore, che abbia subito danno per la distruzione della cosa altrui, avrebbe avuto l'azione aquiliana diretta e nemmeno una azione *utilis causa ad exemplum legis Aquiliae*. C'è comunque un testo di Paolo che indica che c'era stata una discussione fra i giuriconsulti se una azione del genere poteva essere concessa o no:

D.9.2.55 Paul. 22 quaest. *Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti: stipulator Stichum ante moram occidit: quaesitum est de actione legis Aquiliae. respondi: cum viliozem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor...*

Nel resto del testo Paolo si occupa della stima dei danni nel caso di distruzione di una cosa-oggetto di obbligazione alternativa. Dato che questo problema non ha importanza per la nostra indagine ci concentreremo sulla prima parte del frammento, citata sopra.

Il debitore ha promesso di dare o lo schiavo Stico o lo schiavo Panfilo, a sua scelta. Il valore di Stico è di diecimila sesterzi, il valore di Panfilo è di ventimila. Prima dell'inizio della mora il creditore ha ucciso lo schiavo di minor valore, Stico.

Si pone la questione se si può esercitare l'azione aquiliana in questo caso o no.

La risposta di Paolo è la seguente. Dato che è stato ucciso lo schiavo meno costoso, non ha importanza se esso sia stato ucciso dal creditore o da una terza persona. Paolo sottolinea il fatto che lo schiavo ucciso è quello meno costoso, probabilmente perché, se fosse stato ucciso lo schiavo più costoso, anche in questo caso il creditore avrebbe potuto essere eventualmente considerato in qualche modo la parte danneggiata, ma l'azione aquiliana *utilis causa* verrebbe in considerazione soltanto nel caso in cui lo schiavo fosse stato ucciso da una terza persona. Questa osservazione indica che Paolo abbia probabilmente discusso il problema in qualche altro luogo che non è conservato nelle fonti¹⁹. Ma anche supponendo che ci fosse stata una discussione in merito alla questione se al creditore dovesse essere data l'azione nel caso della distruzione della cosa-oggetto di prestazione, ciò non vuol dire che la risposta a tale questione fosse positiva perché così non risulta in alcuna fonte. Sembra più probabile che gli interessi del creditore fossero protetti, come vedremo dopo, in qualche altro modo, presumibilmente tramite l'*actio doli*.

4. CONCORRENZA CON L'*ACTIO DE DOLO*.

Sulla base del principio che l'azione aquiliana spettava al proprietario della cosa distrutta o danneggiata (*Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino* D.9.2.11.6), la sola circostanza che la cosa fosse stata oggetto di obbligazione non significa che il creditore potesse esercitare quest'azione. La interpretazione della legge Aquilia da parte dei pretori e dalla giurisprudenza classica avrebbe permesso anche ai non-proprietari di esercitare l'azione aquiliana *utilis causa* in alcune situazioni quando una persona esercitava il potere sulla cosa in qualche altro modo, soprattutto sulla base di un diritto su cosa altrui. Tale protezione non spettava al detentore e tanto meno a una persona che soltanto poteva chiedere la prestazione della cosa sulla base di un diritto di obbligazione.

Nel caso in cui il creditore avesse sofferto danni a causa della distruzione di una cosa-oggetto di obbligazione, se la cosa fosse stata distrutta o danneggiata da parte dello stesso debitore, il creditore avrebbe potuto es-

¹⁹ C. A. Cannata, „In tema di „aestimatio rei“ nell'azione aquiliana“, *SDHI* 58/1992, 398-399.

esercitare una azione contrattuale. Se la cosa, invece, fosse stata distrutta da una terza persona, al creditore spetta l'*actio doli* contro l'autore del delitto:

D.4.3.18.5 Paul. 11 ad ed. *Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur.*

Paolo scrive che lo schiavo promesso è stato ucciso da una terza persona. Al creditore spetta l'*actio doli*, perché il debitore è liberato dall'obbligo visto che la cosa è perita senza colpa sua. Quindi l'*actio damni iniuriae* non spetta al debitore²⁰.

Questo testo, interessante sotto vari aspetti, ha destato l'attenzione dei romanisti ormai da tanto tempo²¹. Per la nostra indagine esso è interessante soprattutto perché indica che, nel caso in cui al creditore sia data l'*actio doli* contro una terza persona, al debitore è denegata l'azione aquiliana. Ciò è strano sia perché, come abbiamo visto prima, il debitore può subire danno in questo caso, sia perché egli è presumibilmente ancora proprietario della cosa. Perciò von Lübtow accetta la critica interpolazionistica del testo, secondo cui la parte da *ideoque* in poi è interpolata e propone la ricostruzione *sed tu nihilo minus lege Aquilia agere potes*. In breve lo studioso crede che nel diritto classico fosse possibile cumulo di *actio de dolo* e azione aquiliana²².

Esistono comunque argomenti in favore della classicità della soluzione riportata nel Digesto. L'azione aquiliana di regola non si può esercitare insieme alle altre azioni penali, come testimoniato dallo stesso Paolo in un altro frammento, dove si dice che se una persona avesse pagato il danno sulla base dell'*actio iniuriarum* non sarebbe stato giusto condannarla anche sulla base dell'azione aquiliana per lo stesso delitto²³.

Un'altra spiegazione del testo D.4.3.18.5 è offerta da Slapnicar, il quale crede che si tratti della situazione della mora del debitore. Nel caso in cui una cosa infungibile, oggetto di obbligazione, sia distrutta dopo la mora, anche senza colpa del debitore, si verifica la *perpetuatio obligationis* e il debitore è obbligato a risarcire il danno subito dal creditore. Il creditore può chiedere la somma *quanti servus erit* tramite una *condictio*. Ciò certamente non vale quando lo stesso creditore distrugge la cosa (come abbi-

²⁰ N. Natali, 124-125.

²¹ Si veda K. Slapnicar, 234-239.

²² U. von Lübtow, 76, 79-80.

²³ *quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit* - D.44.7.34pr.

amo visto nel D.9.2.54), ma Slapnicar crede che non ci sia alcuna differenza quando la cosa sia distrutta dal debitore o da una terza persona. Allora il senso di *actio doli* nel D.4.3.18.5 è quello di punire l'autore del delitto e non di risarcire un danno inesistente del creditore²⁴.

C'è una serie di argomenti contro questa interpretazione. Il testo non suggerisce che il debitore sia in mora. Non sembra logico che al creditore sia risarcito il danno due volte e al debitore non sia risarcito affatto. Poi ricordiamoci dei testi analizzati sopra, nei quali il problema del danneggiamento della cosa dopo la mora è risolto tramite cessione dell'azione aquiliana al creditore e non tramite l'*actio de dolo*.

Sembra che la ragione del perché in questo caso non sia usata l'azione aquiliana debba essere cercata altrove. Prima di tutto teniamo conto del noto fatto che l'*actio de dolo* può essere esercitata solo quando esisteva la specifica intenzione di arrecare danno. In questo senso il suo ambito di esercizio è più ristretto di quello dell'*actio damni iniuriae*, la quale può essere esercitata anche quando esiste solo negligenza. Sembra che l'azione aquiliana fosse stata in questo caso una azione sussidiaria, esercitata quando non esisteva dolo, e che riferimento a questo non fosse pervenuto a noi nella versione contenuta nel Digesto. Se la cosa fosse stata distrutta per negligenza di una terza persona, il creditore non avrebbe avuto l'*actio de dolo*, ma il debitore avrebbe avuto l'azione aquiliana contro la terza persona e se è in mora presumibilmente si poteva liberare dall'obbligo di prestare la cosa o il suo valore al creditore se gli cede l'azione. Se invece la terza persona ha distrutto la cosa intenzionalmente, l'*actio de dolo* spetta direttamente al creditore, perché per esercitare questa azione uno non deve necessariamente essere proprietario della cosa o avere un diritto su cosa altrui. In questo caso, però, il debitore, anche se proprietario della cosa, non ha diritto di esercitare l'azione aquiliana, perché l'autore del delitto non sia punito due volte, ma sia liberato dall'obbligazione (*quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aquiliae actio tibi denegabitur*).

In favore di tale interpretazione possiamo citare questo testo di Papiniano:

D.4.3.19 Pap. 37 quaest. *Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.*

²⁴ Si veda K. Slapnicar, 233-256, particolarmente 245-246.

Il fideiussore ha ucciso l'animale promesso prima che il debitore fosse in mora. L'obbligazione è diventata impossibile e sia l'obbligo del debitore, sia quello dello stesso garante sono liberati dall'obbligo. Nerazio Prisco e Giuliano non dubitano che si possa esercitare l'*actio de dolo* contro il fideiussore, ovviamente da parte del creditore. Non è detto esplicitamente, ma non c'è dubbio che il danno è stato arrecato intenzionalmente²⁵. L'azione aquiliana non è nemmeno menzionata in questo testo.

Molto probabilmente, anche nel testo D.4.3.18.5 si tratta di un danno arrecato intenzionalmente. Comunque, si deve dire che non possiamo fornire una interpretazione certa di questo testo. La teoria di Slapnicar non è contraria alle fonti e potrebbe essere vera, e, comunque stiano le cose, aggiungiamo che Paolo dice che la sua opinione è quella condivisa dalla maggioranza dei giureconsulti (*plerique recte putant*). Ovviamente, esistevano anche coloro che risolvevano questa situazione in qualche altro modo, il quale non ci è noto.

5. CONCORRENZA CON LE AZIONI CONTRATTUALI.

Non c'è dubbio che l'azione aquiliana non può essere usata cumulativamente con le azioni contrattuali e le altre azioni reipersecutorie. Soltanto quando il risarcimento completo non possa essere effettuato tramite le azioni contrattuali si può esercitare l'azione aquiliana per il resto²⁶.

Ad esempio, in un famoso testo di Ulpiano si dice che se una villa data in affitto sia bruciata in un incendio per la colpa degli schiavi del colono, il locatore può esercitare o l'*actio locati* o l'azione aquiliana, però solo una di queste due azioni²⁷.

Un altro testo di Ulpiano parla del caso descritto dal giureconsulto Me-la, in cui un servo, preso in locazione per condurre un mulo, lo ha legato con le redini al suo pollice ed essendosi l'animale lanciato di corsa ha strappato il dito del mulattiere per poi precipitare. Il conduttore può esercitare l'azione contrattuale contro il locatore se lo schiavo locato fosse inesperto. Se invece una terza persona abbia spaventato il mulo, sia il proprietario del servo sia il proprietario del mulo possono esercitare l'azione

²⁵ K. Slapnicar, 241-242.

²⁶ F. M. De Robertis, "“*Quanti ea res est – Id quod interest*” nel sistema della grande Compilazione (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano)", *SDHI* 32/1966, 121-122.

²⁷ D.9.2.27.11 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem.*

aquiliana contro la terza persona. Il fatto che lo schiavo fosse inesperto non ha importanza in questo caso²⁸. Ulpiano aggiunge che anche qualora il mulo fosse stato ferito per colpa del mulattiere, al proprietario del mulo dovrebbe essere data, oltre all'azione contrattuale, anche l'azione aquiliana:

D.9.2.27.34 Ulp. 18 ad ed. *Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae.*

La critica interpolazionistica ha marchiato come interpolazioni le parti del testo in cui si parla dell'azione contrattuale²⁹, ma sembra che non ci sia posto per tale scetticismo. Il locatore non ha eseguito la prestazione dovuta di locare un mulattiere. Un uomo che lega il mulo al suo pollice non è solo mulattiere inesperto; non è affatto un mulattiere³⁰. Quanto al carattere dell'azione aquiliana, si tratta probabilmente dell'azione *in factum* o *ad exemplum legis Aquiliae*³¹, perché il danno non è stato arrecato *corpore*³². L'azione aquiliana contro il proprietario dello schiavo proposta da Ulpiano probabilmente non è sulla base di *culpa in eligendo*, ma sulla base della responsabilità nossale³³.

Se una parte nel contratto può esercitare sia l'azione aquiliana, sia l'azione contrattuale contro l'altra parte, può usare solo una di queste azioni, come mostra questo frammento:

D.19.2.30.2 Alf. 3 dig. a Paulo ep. *Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione.*

²⁸ P. Ziliotto, *L'imputazione del danno aquiliano (tra iniuria e damnum corpore datum)*, Cedam, Padova 2000, 123.

²⁹ J. B. Thayer, *Lex Aquilia (Digest IX, 2, Ad Legem Aquiliam-text, translation and commentary)*, Harvard University Press, Cambridge 1929, 96-97.

³⁰ R. Robaye, « Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation classique de la lex Aquilia », *RIDA* 38/ 1991, 351-352.

³¹ J. B. Thayer, *ibid.*

³² In un altro testo (D.9.2.9.3) Ulpiano cita il giureconsulto Ofilio, il quale dice che, quando qualcuno spaventa il cavallo e provoca la caduta del cavaliere, contro l'autore del delitto si può esercitare l'azione *in factum*.

³³ J. B. Thayer: *ibid.*

respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.

Il conduttore ha ferito le mule caricandole con un peso eccessivo. Il locatore può esercitare o l'azione aquiliana o l'azione contrattuale (*vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere*). Ma l'azione contrattuale si può usare anche se il mulo fosse stato affidato dal locatore a un'altra persona, mentre l'aquiliana si può usare contro lui solo se personalmente abbia condotto i muli.

6. IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE ATTIVA DEL DETTENTORE.

Come abbiamo detto prima, la protezione aquiliana *in factum* è stata estesa dalla giurisprudenza romana dal proprietario alle altre persone, incluso il *bonae fidei* possessore e il titolare di un diritto reale sulla cosa altrui³⁴. Ormai da molto tempo gli studiosi hanno notato che una persona che tiene la cosa nella qualità di detentore sulla base di un contratto, come locazione o comodato, non gode della protezione aquiliana³⁵. L'azione aquiliana spetta al proprietario della cosa e le fonti sono a questo proposito abbastanza chiare:

D.9.2.11.9 Ulp. 18 ad ed. *Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam competere.*

D.9.2.57 Iav. 6 ex post.Lab. *Equum tibi commodavi: in eo tu cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irruit in equum teque deiecit et eo casu crura equi fracta sunt. Labeo negat tecum ullam actionem esse, sed si equitis culpa factum esset, cum equite: sane non cum equi domino agi posse. verum puto*³⁶.

³⁴ D.9.2.17 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur*. Si veda anche D.9.2.11.10; D.7.1.17.3; D.4.3.7.4; D.43.24.13pr; D.9.2.12; D.4.3.18.2 e J. Iliffe, "The Usufructuary as Plaintiff under the Lex Aquilia according to the Classical Jurists", *RIDA* 3/12, 1965, 325-346.

³⁵ N. Natali, 120.

³⁶ L'assenza di riferimenti all'*actio de pauperie* ha fatto ad alcuni autori credere che il testo sia interpolato, J. B. Thayer, 121. Comunque, si deve dire che l'*actio de pauperie* era una azione sussidiaria, esercitata soltanto nel caso in cui non c'era la possibilità di usare l'azione aquiliana quando non esiste colpa umana. Sulla concorrenza fra l'*actio de pauperie* e l'*actio legis Aquiliae* si veda M. Polojac, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*, Dosije, Belgrade 2003, 183-193.

Se la cosa affidata al debitore sulla base del contratto viene distrutta da una terza persona, l'azione aquiliana spetta, allora, al proprietario; ma il debitore è liberato dall'obbligo di prestare la cosa perché non si può considerare colpevole:

D.13.6.19 Iul. 1 dig. *Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*

In dottrina vi sono stati tentativi di presentare il seguente testo come un esempio per la protezione aquiliana del detentore:

D.9.2.27.14 Ulp. 18 ad ed. *Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.*

In due articoli dedicati *ex professo* all'analisi di questo brano abbiamo espresso l'opinione che in questo caso il conduttore poteva esercitare l'azione aquiliana per il risarcimento del danno ai frutti come loro proprietario e **non il danno fatto nel suolo in qualità di detentore**³⁷.

7. CONCLUSIONE.

Se il creditore distrugge la cosa a lui dovuta, il debitore può esercitare l'azione aquiliana contro il creditore in qualità di proprietario della cosa ed è liberato dall'obbligo di prestare la cosa. Se il creditore distrugge la cosa dopo la mora, il debitore, anche in questo caso, è liberato dall'obbligo, ma non può esercitare l'azione aquiliana contro il creditore. Se il creditore danneggia una cosa prima della mora, il debitore è obbligato di arrendere

³⁷ S. Aličić, „A new possible interpretation of Digest of Justinian D.9.2.27.14. Contribution to the study of precursors of environmental law in the roman law“, *Pravni zapisi* 14/2/2023, 297–314; S. Aličić, „Улпијан, Целз и загађење земљишта коровом (D.9.2.27.14)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011, 613–633.

creditore la cosa nella condizione attuale, ma può chiedere la somma intera del danno subito tramite l'azione aquiliana. Quando il creditore danneggia la cosa dopo la mora, il debitore deve arrendere la cosa danneggiata e non può esercitare l'azione aquiliana.

Se una terza persona distrugge o danneggia la cosa dovuta con l'intenzione di arrecare danno al creditore, costui può usare l'*actio doli* contro l'autore del delitto. Se la terza persona distrugge o danneggia la cosa per negligenza, al debitore spetta l'azione aquiliana. In ambedue i casi il debitore è liberato dall'obbligo di prestare la cosa al creditore.

Se la terza persona ha distrutto o danneggiato la cosa dovuta quando il debitore fosse stato ormai in mora, anche in questo caso l'azione aquiliana spetta al debitore, ma il debitore è responsabile per il danno che il creditore ha subito, dato che il rischio per l'impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione in mora grava sul debitore. Però, esiste la possibilità della cessione dell'azione aquiliana contro l'autore del delitto al creditore, nel quale caso il debitore non è responsabile per il danno subito dal creditore.

Quando un detentore distrugge o danneggia la cosa tenuta sulla base di un contratto, il creditore può esercitare contro lui o l'azione di contratto o l'azione aquiliana. Se la cosa è distrutta da una terza persona, l'azione aquiliana contro l'autore del delitto spetta al creditore, cioè al proprietario, mentre il detentore non gode di protezione in questo caso.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Letteratura

1. Aličić, Samir, „A new possible interpretation of Digest of Justinian D.9.2.27.14. Contribution to the study of precursors of environmental law in the roman law“, *Pravni zapisi* 14/2/2023.
2. Aličić, Samir, „Улпијан, Целз и загађење земљишта коровом (D.9.2.27.14)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2011.
3. Birks, Peter, „Ulpian 18 ad edictum: introducing *damnum iniuria*“, *Collatio iuris romani (études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65. anniversaire) I*, Amsterdam 1995.
4. Cannata, Carlo Augusto, „In tema di „*aestimatio rei*“ nell'azione aquiliana“, *SDHI* 58/1992.
5. Corbino, Alessandro, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*, Cedam, Padova 2005.
6. Cursi, Maria Floriana, *Iniuria cum damno (antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano)*, Giuffrè, Milano 2002.

7. De Robertis, Francesco M., ““Quanti ea res est – Id quod interest” nel sistema della grande Compilazione (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano)”, *SDHI* 32/1966.
8. Gerke, T. Joachim, “Geschichtliche Entwicklung der Bemessung der Ansprüche der “lex Aquilia” (Mit einem vergleichenden Ausblick auf die geschichtliche Entwicklung der Ansprüche aus Furtum)”, *SDHI* 23/1957.
9. Grueber, Erwin, *The roman law of damage to property (a commentary of the title of the Digest Ad legem Aquiliam – IX.2)*, Clarendon Press, Oxford 1886.
10. Iliffe, John, “The Usufructuary as Plaintiff under the Lex Aquilia according to the Classical Jurists”, *RIDA* 3/12, 1965.
11. Natali, Nunzio, *La legge Aquilia (ossia il damnum iniuria datum) – Studio sul lib. IX, tit. II del Digesto*, Unione cooperativa editrice, Roma 1896.
12. Polojac, Milena, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*; Dosije, Belgrade 2003.
13. Robaye, René, « Remarques sur le concept de faute dans l’interprétation classique de la lex Aquilia », *RIDA* 38/ 1991.
14. Slapnicar, Klaus, “Über di Aktivlegitimation zur actio legis Aquiliae und actio de dolo in Dreipersonenverhältnis (Bemerkungen zur Paul. D, 4, 3, 18, 5)“, *De iustitia et iure (Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag)*, Berlin 1980.
15. Thayer, James B., *Lex Aquilia (Digest IX, 2, Ad Legem Aquiliam-text, translation and commentary)*, Harvard University Press, Cambridge 1929.
16. Von Lübtow, Ulrich, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Duncker & Humblot, Berlin 1971.
17. Ziliotto, Paola, *L'imputazione del danno aquiliano (tra iniuria e damnum corpore datum)*, Cedam, Padova 2000.

Fonti giuridiche romane:³⁸

Digesto di Giustiniano:

- D.13.6.19
- D.18.6.13
- D.18.6.14
- D.19.1.13
- D.19.2.30.2
- D.2.27.25
- D.2.27.27
- D.4.3.18.2
- D.4.3.18.5

³⁸ Le fonti giuridiche romane in questo articolo sono citate nello stile dell’archivio elettronico *BIA – Bibliotheca iuris antiqui*.

D.4.3.19
D.4.3.7.4
D.43.24.13pr
D.44.7.34pr
D.47.2.50.4
D.7.1.17.3
D.9.2.11.10
D.9.2.11.9
D.9.2.12
D.9.2.17
D.9.2.22pr
D.9.2.23.3
D.9.2.23.5
D.9.2.24
D.9.2.27.11
D.9.2.27.14
D.9.2.27.17=CO.2.4
D.9.2.27.21
D.9.2.27.28
D.9.2.27.34
D.9.2.27.5
D.9.2.29.7
D.9.2.2pr
D.9.2.37.1
D.9.2.41.1
D.9.2.54
D.9.2.55
D.9.2.55
D.9.2.57
D.9.2.9.3

Istituzioni di Gaio :

3.202
3.214

Проф. др Самир Аличић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву
Институт за упоредно право у Београду

ПРОБЛЕМ АКТИВНЕ ЛЕГИТИМАЦИЈЕ ЗА ПОДИЗАЊЕ ТУЖБЕ ЗБОГ ПРОТИВПРАВНЕ ШТЕТЕ У СЛУЧАЈУ УНИШТЕЊА ИЛИ ОШТЕЋЕЊА ПРЕДМЕТА ПРЕСТАЦИЈЕ

Сажетак

У раду се истражује коме и под којим условима припада овлашћење за подизање тужбе из Аквилијевог закона (*actio legis Aquiliae*), односно тужбе због противправно нанете штете (*actio damni iniuriae*), у случају уништења ствари која је била предмет облигације у римском класичном праву. Анализирани су ситуације уништења дуговане ствари од стране повериоца и од стране трећег лица, као и са тиме повезани проблеми конкуренције аквилијанске тужбе са *actio doli* и контрактним тужбама, те проблем легитимације детентора који је држао ствар по основу контракта. Путем егзегезе извора, аутор покушава да утврди на који начин околност да је уништена или оштећена ствар била предмет облигационог односа има утицаја на активну легитимацију за подношење аквилијанске тужбе.

Ако је уништена ствар која је требало да буде предата по основу облигације, аквилијанска тужба припада дужнику као власнику ствари, без обзира на то да ли ју је уништио поверилац или неко треће лице, и ослобађа се обавезе. Тужба му не припада ако поверилац уништи ствар за време док је дужник у доцњи, као ни ако је треће лице уништило ствар са намером да нанесе штету повериоцу. У овом последњем случају повериоцу припада *actio doli*. И у случајевима у којима му је ускраћена аквилијанска тужба, дужник бива ослобођен обавезе из облигације уколико је индивидуално одређена ствар уништена.

Аквилијанска тужба припада дужнику и у случају оштећења ствари која је требало да буде предата, али ако је ствар оштећена од стране трећег лица поверилац има право да захтева од дужника да му се аквилијанска тужба препусти.

Ако детентор уништи или оштети ствар коју држи ствар по основу контракта поверилац може да га тужи или контрактном тужбом или тужбом због противправне штете. И ако ствар уништи треће лице, аквилијанска тужба на вредност ствари припада искључиво повериоцу као власнику ствари, док детентор може имати само право на аквилијанску тужбу на вредност плодова ствари, као њихов власник.

Кључне речи: Римско право; Облигације; Одштетно право; Противправно нанета штета; Аквилијев закон; Легитимација.