

SEMINARIOS COMPLUTENSES
DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL
DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

XXVI

SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

Publicación de la Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Álvarez»

Presidente de honor: Juan Iglesias (†)

Miembros de honor: Mario Bretone, Alberto Burdese (†), Juan de Churruca (†),
Jean Gaudemet (†), Antonio Guarino, Dieter Nörr, Bernardo Santalucia

Presidente: Javier Paricio

Vicepresidente: Jaime Roset (†)

Administradora: Mercedes López-Amor

Secretario: Juan Iglesias-Redondo

Comité científico

Hans Ankum (Amsterdam), Carlo Augusto Cannata (Genova), Francisco Cuenca (Cantabria), Wolfgang Ernst (Zürich), Alejandro Fernández Barreiro (La Coruña), Teresa Giménez Candela (Barcelona Aut.), Vincenzo Giuffrè (Napoli), Fernando Gómez-Carbajo (Alcalá), Michel Humbert (Paris II), Rolf Knütel (Bonn), Arrigo Diego Manfredini (Ferrara), Ulrich Manthe (Passau), Dario Mantovani (Pavia), Matteo Marrone (Palermo), Rosa Mentxaka (P. Vasco), J. Javier de los Mozos (Valladolid), J. Michael Rainer (Salzburg), Giuseppe Valditara (Torino), Carlo Venturini (Pisa), Andreas Wacke (Köln), Reinhard Zimmermann (Hamburg)

Comité asesor externo

Cosimo Cascione (Napoli), Amelia Castresana (Salamanca), Lucetta Desanti (Ferrara), Giovanni Finazzi (Roma TV), Julio García Camiñas (La Coruña), Luigi Garofalo (Padova), Patricia Giunti (Firenze), Amparo González (Madrid Aut.), Gustavo de las Heras (Castilla LM), Peter Gröschler (Mainz), Francesca Lamberti (Lecce), Carla Masi Doria (Napoli), Ingo Reichard (Bielefeld), M.^a Victoria Sansón (La Laguna), Gianni Santucci (Trento), Emanuele Stolfi (Siena), Carmen Velasco (Sevilla PO)

Comité de redacción y dirección

Christian Baldus (Heidelberg), Jean Pierre Coriat (Paris II), Wojciech Dajczak (Poznań), Giuseppe Falcone (Palermo), Juan Iglesias-Redondo (UCM), Tammo Wallinga (Rotterdam)

Javier Paricio (*director*)

jparicio@der.ucm.es

Esta publicación tiene carácter
anual. El volumen XXVI
es ordinario y se vende
al precio de 130 euros

Los pedidos deben realizarse a:
MARCIAL PONS
c/ San Sotero, 6 - 28037
Madrid (91 304 33 03)

<http://www.derecho-romano.org>

SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL
DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

XXVI

2013



Publicación de la

FUNDACIÓN SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
«URSICINO ÁLVAREZ»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

ARTÍCULOS

FILIPPO GALLO: <i>La consuetudine grande sconosciuta</i>	15
GIUSEPPE VALDITARA: <i>Cittadinanza tra merito individuale e interesse pubblico</i>	43
ANDREAS WACKE: <i>La imagen del hombre en la perspectiva de los juristas romanos y modernos</i>	55
ESTUDIOS DE LEXICOGRAFÍA JURÍDICA BIZANTINA EN FUENTES DE ÉPOCA MACEDONIA (SIGLOS IX-X D. C.)	
JUAN SIGNES CODOÑER: <i>El léxico jurídico griego desde Justiniano hasta hoy</i>	83
JUAN SIGNES CODOÑER: <i>Problemas metodológicos en la confección de un diccionario jurídico bizantino a partir del Procheiron, la Eisagoge y las Novelas de León VI</i>	125
FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS: <i>El léxico jurídico-administrativo: algunos ejemplos</i>	149
JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN: <i>El campo semántico de culpa en las fuentes jurídicas bizantinas: cuestiones de lexicografía jurídica</i>	191
THOMAS ERNST VAN BOCHOVE: <i>Terminus technicus. A note on the handling of technical terms in indices titulorum of the Basilica</i>	219
FERNANDO CASTEJÓN LUQUE: <i>El léxico para instrumentos y notarios en las fuentes jurídicas bizantinas de época macedonia</i>	233
MASSIMO MIGLIETTA: <i>Trasmissione del testo e giurisprudenza bizantina: la tutela pretoria da Dig. 9.2 a Bas. 60.3 - Profili lessicali</i>	273
ABREVIATURAS	327

BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA	329
ÍNDICE DE FUENTES JURÍDICAS.....	343
VARIA	
JESÚS CASAS: <i>Intrajusticia</i>	355
LUIGI LABRUNA: <i>I Novantanove anni del Professor Guarino</i>	359
JAVIER PARICIO: <i>Sobre la esperanza como posibilidad</i>	361
JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA: <i>Testamenti factio: incertum consilium, incerta persona</i>	369
LIBROS	
FILIPPO GALLO, <i>Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto</i>	387
Recensión de Francisco Cuenca Boy.	
MIRIAM INDRA: <i>Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht</i>	396
Recensión de Salvatore Sciortino.	
ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN: <i>Cuando el hombre comienza a ser historia</i>	406
Recensión de María J. Roca.	
LUIGI MOCCIA: <i>La formación del Derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada</i>	410
Recensión de Juan Iglesias-Redondo.	
LUCIO PARENTI: « <i>In solidum obligari</i> ». <i>Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito</i>	419
Recensión de Javier Paricio.	
FEDERICO PROCCHI: « <i>Licet emptio non teneat</i> ». <i>Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. «culpa in contrabendo»</i>	427
Recensión de Rosa Mentxaka.	
JÖRG RÜPKE: <i>Aberglauben oder Individualität? Religiöse Abweichung im römischen Reich</i>	434
Recensión de Rosa Mentxaka.	

VINCENZO SCARANO USSANI: <i>Disciplina iuris e altri saperi. Studi sulla cultura di alcuni giuristi romani fra tarda repubblica e secondo secolo d. C.</i>	444
Recensión de Alfonso Castro Sáenz.	
JOSEPH GEORG WOLF (edición, introducción y traducción): <i>Die «Lex Irnitana». Ein römisches Stadrecht aus Spanien. Lateinisch und deutsch</i>	468
Recensión de Javier Paricio.	

IN MEMORIAM

<i>Antonio Díaz Bautista (1943-2013)</i> , por CONSUELO CARRASCO GARCÍA	473
<i>Franca de Marini Avonzo (1927-2012)</i> , por MARIAGRAZIA BIANCHINI.....	497

ÚLTIMA PÁGINA

<i>Eduardo García de Enterría (27/4/1923-16/9/2013)</i> , por JAVIER PARICIO.....	505
---	-----

TRASMISSIONE DEL TESTO E GIURISPRUDENZA BIZANTINA: LA TUTELA PRETORIA DA DIG. 9.2 A BAS. 60.3 - PROFILI LESSICALI *, **

P O R

MASSIMO MIGLIETTA
Università degli Studi di Trento

1. Nel volume che accoglie gli «atti» del Convegno internazionale dedicato a «The Transmission of Byzantine Texts, between Textual Criticism and Quellenforschung. Rhetoric, Philosophy, Law, Historiography»¹ è contenuta una mia ricerca relativa ai «profili dogmatici» emergenti dalla tutela pretoria in materia di danneggiamento extracontrattuale (*lex Aquilia de damno iniuria dato*)². Quella prima indagine suggerisce l'opportunità di offrire anche una panoramica di carattere lessicale, tale da mettere in evidenza le trasformazioni subite dai testi della giurisprudenza latina nella loro trasposizione all'interno delle fonti bizantine —sempre con riguar-

* Anche questo contributo è dedicato al Prof. Dr. Berthold Kupisch, nella felice occasione del Suo ottantesimo compleanno (cfr., infatti, quanto dichiarato in MIGLIETTA, 2012, in asterico). Ormai alcuni anni corrono dalla mia permanenza, nel corso del Sommersemester 1995, presso l'Institut für römisches Recht da Lui, allora, diretto presso la Westfälische Wilhelms-Universität Münster, dove ebbi l'onore di conoscerlo e l'opportunità di elaborare le idee portanti della Tesi di dottorato, il cui sviluppo diede, poi, vita alla monografia intitolata «*Servus dolo occisus*» (v. Napoli, 2001). Mi è stato riservato il privilegio di incontrare periodicamente, negli ultimi dieci anni, il Prof. KUPISCH durante i miei periodi di studio, e di docenza quale Gastprofessor, presso l'Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft e presso la Juristische Fakultät della Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, città nella quale Egli è tornato a risiedere. La raffinata cortesia e l'impeccabile ospitalità che il Prof. KUPISCH mi ha sempre riservato richiedono, almeno, un segno della mia sincera gratitudine, insieme alla testimonianza della stima che nutro verso di Lui, anche in virtù della sua attività di giurista e di docente di diritto romano e civile di riconosciuto valore.

** El presente artículo se enmarca dentro del proyecto de investigación FFI2009-07963 subvencionado por el gobierno de España.

¹ Madrid, «Centro de Ciencias Humanas y Sociales», 2-4 febbraio 2012, org.: I. PÉREZ MARTÍN e J. SIGNES CODONER.

² Cfr. MIGLIETTA, 2012b, *passim*.

do al delicato problema dell'estensione della tutela contro il danno ingiusto attraverso la concessione delle *actiones utiles* e di quelle *in factum*— quale premessa non facilmente evitabile per un ulteriore studio contenutistico³. Si tratta, in altre parole, di un primo «censimento ragionato» delle testimonianze coinvolte dal tema, tratte dai titoli di *D* 9.2 e di *C* 3.35⁴ —entrambi rubricati *de lege Aquilia*⁵— poste a confronto con *B* 60.3 (περὶ νόμου τοῦ Ἀκουιλίου

³ Il terzo studio, relativo, appunto, ai profili sostanziali, dovrebbe comparire in un volume dei «Subseciva Groningana» (programmato per il prossimo anno), destinato a raccogliere le indagini scaturite dal progetto di ricerca internazionale «Origins, forms and transmissions of the Legal Byzantine Literature» (resp.: G. FALCONE, J. H. A. LOKIN e B. H. STOLTE). *Vid.*, ora, in generale, ROTONDI, 1922, *passim*.

⁴ *Vid.* quanto chiarito più oltre, § 4.

⁵ Il profilo della tutela edittale, in materia di danno ingiusto, non è limitato, ovviamente, alle sole testimonianze racchiuse in *D* 9.2 e *C* 3.35 —e, quindi, in *B* 60.3—. Dati i confini della presente indagine, ci si è concentrati intorno a quest'ultimo titolo dei Basilici. Altre ipotesi sono conservate in passi che verranno analizzati nel contributo indicato *supra*, n. 3: cfr., infatti, 1) *D* 4.3.7.7 (Ulp. 11 ad ed.): *actio in factum* ~ *B* 10.3.7.7 (BT 540-22 = Hb. I, 499): τῆ ἰνφάκτουμ ἐνέχη. 2) *D* 7.1.17.3 (Ulp. 18 ad Sab.): *actio utilis exemplo Aquiliae* ~ *B* 16.1.17.3 (BT 804-28 = Hb. II, 185): οὐτίλιον Ἀκουϊλιον ἔχει e ~ Sch. Π 7 (BS 934-29): τὸν οὐτίλιον Ἀκουϊλιον. 3) *D* 19.5.11 (Pomp. 39 ad Q.M.): *actiones in factum accomodate legi Aquiliae* ~ *B* 20.4.11 (BT 1010-6 = Hb. II, 381): ἡ ἰνφάκτουμ. 4) *D* 19.5.14 pr. (Ulp. 41 ad Sab.): *actio in factum* ~ *B* 20.4.14 pr. (BT 1010-24): χῶρα τῆ ἰνφάκτουμ. 5) *D* eod. § 1: *actio in factum* ≠ *B* eod. § 1 (BT 1010-28): ἀγωγή εἰς τὸ διπλοῦν. 6) *D* eod. § 2: *actio in factum* ≠ *B* eod. § 2 (BT 1010-31): εἰς τὸ διπλοῦν ἢ τῶ Ἀκουϊλίῳ. 7) *D* eod. § 3: *actio in factum* ~ *B* eod. § 3 (BT 1010-33): χῶρα τῆ ἰνφάκτουμ. 8) *D* 19.5.23 (Alf. 3 dig. a Paul. epit.): *actio in factum* ~ *B* 20.4.23 (BT 1013-1): ἐνέχομαι τῆ infactum. 9) *D* 41.1.55 (Proc. 2 epist.): *actio in factum* ≠ *B* 50.1.53 (BT 2328-20 = Hb. V, 45): κατέχη μοι τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦση ἀγωγή. 10) *D* 47.2.50.4 (Ulp. 37 ad ed.): *actio in factum* ~ *B* 60.12.50.4 (BT 2836-1 = Hb. V, 496): τῆ ἀπλή ἀπειτήσει —laddove il richiamo alla domanda *in simplum* appare quale corretto sostitutivo dell'*actio in factum* (si veda anche il séguito della trattazione: §§ 3.1, concettualmente 3.22 e 4.3), come testimonia, con riferimento alle parole riportate di *B* eod. (cfr. BT 2836, «Scholia», ad h.l. «[...] ἀπλή: Pe 17»), anche lo Sch. 17§ (BS 3395-16 = Sch 11, Hb. V, 496): Τῆ ἰνφάκτουμ; ma BS 3395-4, a differenza di Hb. V, 496, fa aderire lo Sch. 11* (= Sch. 7*, Hb. cit., forse di Doroteo o di Stefano) a *B* 60.12.50 e non già, pro parte, a *B* 60.3.51 (*vid.* appena oltre), in cui si tratta di οὐτίλιος Ἀκουϊλιος. Pare preferibile, forse, la proposta di Hb. VI, 327, laddove si assegna la prima parte dello scolio a *B* 60.12.52 (che ribadisce la seguente tutela: τὴν ἰνφάκτουμ) e la seconda (εἰ δὲ - fin.) a 11) [*B* 60.12.51] *D* 47.2.51 (Gai. 13 ad ed. prov.): ivi si tratta di *utilis actio damni iniuriarum quasi ex lege Aquilia* ~ Sch. 7*, cit. (II parte), ma ≠ Sch. 2§ (BS 3395-19 = Sch. Hb. V, 296): ἡ αὐτῆ ἰνφάκτουμ (con la «classica» equiparazione tra *actio utilis* e *actio in factum* diverse volte emergente nelle fonti: *vid.* oltre). 12) *D*

περὶ ζημίας) e relativo connesso di σχόλια. Un quadro, dunque, costruito attraverso confronti testuali, coerente con la natura della pubblicazione in cui esso viene accolto, necessario per inserire alcuni dati certi in argomento⁶.

2. Prima di analizzare i testi coinvolti è opportuno premettere che si procederà indicando la fonte del Digesto, con la tipologia d'azione concessa, a confronto con la versione racchiusa nei *libri Basilicorum* e con la rilevazione degli scolii pertinenti. Va detto che la scansione dei testi, così come appena enunciata, è stata scelta per ragioni di linearità espositiva. Non bisogna dimenticare, infatti, che, di per sé, la stratificazione dei testi bizantini andrebbe analizzata a partire dai commenti più antichi (i παλαιά, che, com'è noto, si basavano sulla traduzione e sul commento del *Corpus iuris*)⁷, per proseguire con la versione dei *libri Basilicorum*, per terminare con i commenti posteriori (le cosiddette νέαι παραγραφαί)⁸, a loro volta redatti avendo quale perno gravitazionale la compilazione macedone⁹. Questa distribuzione —che sarebbe più corretta— esula, tuttavia, dalle finalità immediate di queste pagine, poiché richiederebbe un'attenta, quanto delicata, valutazione di forma e di sostanza dei commenti¹⁰, nonché della loro paternità (almeno dove ipotizzabile), valutazione che sarà affrontata nella terza ed ultima parte dell'indagine¹¹. Si cercherà, in ogni caso, di mantenere un cer-

47.8.2.20 (Ulp. 56 ad ed.): *actio utilis lege Aquilia* ~ B 60.17.2.20 (BT 2868-8 = Hb. V, 566): τῶ οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ ἐνέχεται (e cfr. Sch. 60* ad B 60.17.2.20 [BS 3484-35 = Sch. 26* ad B eod. § 21, Hb. V, 566]: τῶ οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ). *Vid.* anche oltre, nn. 63 e 70.

⁶ Considerata la natura di questo studio, l'apparato critico sarà redatto in forma essenziale.

⁷ *Vid.*, per tutti, Hb. VI, «Prolegomena», 121 e ss.

⁸ *Ibid.*

⁹ Cfr., per tutti, l'efficace sintesi di FERRARI, 1949, 146 (e mi sia permesso rinviare anche, più recentemente, a MIGLIETTA, 2007, 710, n. 63).

¹⁰ Un esempio è, però, fornito più avanti (n. 38 e testo a cui essa si riferisce), a proposito dell'espressione ἐξ ὀρθοῦ contenuta in alcuni σχόλια, attraverso la quale è possibile situare, con qual certa sicurezza, le relative testimonianze tra le νέαι παραγραφαί.

¹¹ Già in questa sede, tuttavia, deve essere inserito un importante «caveat». Con riferimento alla tutela pretoria —e all'identificazione tra *actio in factum* ed *actio utilis* ovvero alla proposta di mutamento dell'*actio directa* con una forma di tutela pretoria stessa— non sempre il cambiamento è ascrivibile in modo diretto all'autore del testo da cui è stato distillato lo σχόλιον. Talora la scelta «è» del giurista bizantino, ma, talaltra, è il risultato del luogo a cui il commento è stato

to ordine cronologico nell'esposizione degli scolii¹², e, al termine di queste pagine, sarà proposta una «tavola di sintesi» nella quale offrire un tentativo di ripristino della successione storica delle testimonianze, almeno per quanto restituibile¹³.

3.1.

D 9.2.2.2 (Gai. 7 ad ed. prov.): Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. Sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte Labeoni placet contineri. Sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in eo numero non sunt, veluti ursi leones pantherae. Elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet.

~ B 60.3.2.2 (BT 2749-8 = Hb. V, 263): οἶον βοῦν αἶγα πρόβατον μούλαν ἵππον ὄνον σὺν· ὁ δὲ κύων καὶ πολλῶ πλέον τὰ ἄγρια οὐ συναριθμεῖται τούτοις, οἶον ἄρκοι λέοντες πάνθηροι. Οἱ δὲ κάμηλοι καὶ οἱ ἐλέφαντες ὡς καὶ φύσει ἄγριοι καὶ ὑποζυγίων χρεῖαν ἐκτελοῦντες μέσης εἰσὶ φύσεως καὶ τῷ πρώτῳ κεφαλαίῳ περιέχονται. Καὶ καταδικάζεται τῷ δεσπότῃ εἰς τὴν ἀποτίμησιν τοῦ ἀναριεθέντος, ὅσῳ πλείονος ἦν ἄξιον ἐν ἐκείνῳ τῷ ἐνιαυτῷ.

Come si può notare, entrambi i passi eludono riferimenti alla tutela pretoria. Questa, invece, viene introdotta nella relativa discussione attraverso

appuntato rispetto a quello dei *libri Basilicorum*. Se, infatti, nello scolio si afferma (esplicitamente) «l'azione *in factum* “ovvero” *utilis*», l'equiparazione è dello scoliate; se, per contro, sanzioni come «(ovvero) *utilis*» sono state poste a corredo dell'espressione «azione *in factum*» che si trova nel testo commentato dei Basilici, va da sé che sia necessario interrogarsi se il senso finale sia da attribuire effettivamente al giurista autore dello *scholium* o non, per contro, a chi ne ha estrapolato il pensiero, formato il commento e appuntato a quello specifico luogo della compilazione macedone. Si tratta di considerazioni che saranno preziose in sede di costruzione del contributo di cui *supra* § 1 (e n. 3, in particolare).

¹² Quanto all'uso di segni diacritici, all'atto del censimento delle fonti, il simbolo ≠ allude ad una divergente soluzione in punto attribuzione di azioni tra il ὀητόν latino e la versione bizantina; il segno ~ la soluzione omologa (sempre in termini di azioni); il segno ≈ l'omologia di azioni unita ad una notevole corrispondenza tra il testo latino e quello bizantino. Va da sé che l'uso di tali indicazioni, in sé considerato, non costituisce presa di posizione rispetto al contenuto complessivo e sostanziale della versione bizantina rispetto al testo del Digesto.

¹³ Sempe fatto salvo quanto precisato in questo stesso paragrafo, e *vid. infra*, § 5.

≠ Sch. 7* ad *B eod.* (BS 3091-29 = Sch. 5*, Hb. V, 264):
 Ὅθεν οὐδὲ κινεῖται ἐπ’ αὐτοῖς Ἀκουίλιος ἀνααιρεθεῖσιν,
 ἀλλ’ ἰμφακτοῦμ. Ἰμφακτοῦμ δὲ ἐστὶν ἡ τὸ ἀκαινοτόμητον
 ποιούσα, οὐ μὴν ποιναλίζουσα.

Il commento bizantino riguarda tutti gli animali che non rientrano nella categoria dei quadrupedi pecudi, quindi ricompresi anche quelli feroci¹⁴. Per questi, dunque, secondo l’anonimo scoliaste, dovrà essere concessa l’*actio in factum*, di cui si precisa la natura risarcitoria (ἰμφακτοῦμ δὲ ἐστὶν ἡ τὸ ἀκαινοτόμητον ποιούσα —espressione che pare ricondurre ad un’allusione alla condanna nel semplice valore della cosa distrutta)¹⁵ e non, invece, afflittiva (οὐ μὴν ποιναλίζουσα).

3.2.

D 9.2.5.2 (Ulp. 18 ad ed.): Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax.

A similitudine del passo ulpiano —sebbene, come spesso accade, in forma alquanto contratta— si esprimono anche i *libri Basilicorum*¹⁶:

~ *B 60.3.5.2 (BT 2750-8 = Hb. V, 266):* Ἐὰν μεμηνῶς φονεύσῃ ἢ τετράποδον ἢ κερὰμις πεσοῦσα ἢ ἴμφας, ἀργεῖ ὁ Ἀκουίλιος:

¹⁴ Cfr. BT 2749, «Scholia» ad h.l.: «_ς [...] τουτοῖς: Pe 7»; Hb. V, 264 ad h.l.

¹⁵ Vi sarà occasione per notare che, in realtà, non così avviene per tutti gli scoliasti. Quanto alla natura risarcitoria dell’azione *in factum*, *vid.* anche oltre, § 3.22, con riferimento a Sch. 51 ad *B eod.* (BS 3127-9 = Sch. 54, Hb. V, 293), che, tuttavia, fissa il principio in relazione alla condanna «nel doppio» (con le precisazioni svolte in quella sede).

¹⁶ Parimenti corrispondente, nella sostanza, a *D 9.2.5.2*, è l’interessante Sch. 10 ad *B 60.3.5.2* (BS 3093-26 = Hb. V, 266), tratto, probabilmente da un giurista antico: Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 242, ad h.l., lo assegna a Doroteo, ma potrebbe anche trattarsi di Stefano. Circa l’attendibilità delle attribuzioni a Doroteo *vid.*, tuttavia, le osservazioni di ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, 1844, 825, e cfr., ora, BRANDSMA, 1996, 70 e ss., 278 e ss.; FALCONE, 2010, 283 e ss., nonché MIGLIETTA, 2012a, 412-413 n. 23.

ἀρμόζει δὲ ἐπὶ ἀνήβου δεκτικῷ ἀδικίας· ὁ γὰρ τοιοῦτος καὶ τῇ περὶ κλοπῆς ἀγωγῇ ὑπόκειται.

Diversa è, invece, la soluzione avanzata dall'anonimo commentatore, autore di

≠ Sch. 21* ad B eod. (BS 3095-19 = Sch. 8, Hb. V, 266): Ἐπὶ τῆς κεραμίδος δίδεται ἴμφακτος κατὰ τοῦ δεσπότη τοῦ οἴκου, εἰάν ἐξ ἀμελείας αὐτοῦ ἔπεσεν, ὡς κακῶς τυχὸν κεμμένη.

Come emerge da quest'ultimo testo —laddove, sia *D* 9.2.5.2 sia *B* 60.2.5.2, nel ricomprendere l'ipotesi della caduta della tegola, non identificano esplicitamente un mezzo alternativo di tutela giurisdizionale, ma si limitano ad escludere l'applicabilità dell'*actio legis Aquiliae*— il giurista bizantino ritiene debba trovare applicazione l'*actio in factum* contro il proprietario dell'edificio dal quale la κεραμὶς è precipitata, a condizione che nel comportamento di questi sia ravvisabile una ἀμελεία (ossia una negligenza)¹⁷, nell'aver provveduto, ad esempio, ad un pessimo posizionamento dei materiali.

La tutela *in factum* è rapidamente riproposta—in forma incidentale— anche all'interno di una duplice παραπομπή:

≠ Sch. 8 ad B eod. (BS 3093-22 = Sch. 7, Hb. V, 266): Περὶ τοῦ μαινομένου ἀνάγνωθι βιβ. α'. τιτ. ιη'. διγ. ιγ'. ιδ'. Ἐπὶ δὲ τῶν τετραπόδων χώρα τῇ κουαδρουπεδαρία καὶ ἐπὶ τῆς κεραμίδος τῇ ἴμφακτούμ, ὡς τιτ. γ'. διγ. ε'. ἤτοι τιτ. δ'. κεφ. ε'. θεμ. ια'.

3.3.

D 9.2.7.2 (*Ulp. 18 ad ed.*): *Sed si quis plus iusto oneratus deiecerit onus et servum occiderit, Aquilia locum habet: fuit enim in ipsius arbitrio ita se non onerare. Nam et si lapsus aliquis servum alienum onere presserit, Pegasus ait lege Aquilia eum teneri ita demum, si vel plus iusto se oneraverit vel negligentius per lubricum transierit.*

~ *B* 60.3.7.2 (BT 2750-18 = Hb. V, 267): Ὁ δὲ βάρος πολὺ βαστάζων εἰάν ῥίψας ἢ ὀλισθήσας ἀνέλην δούλον, ὑπόκειται

¹⁷ Cfr. LEOPOLD, 1874, 45, ad h.v., e *vid.*, sul tema, SCHIPANI, 1969, 465 e ss.; MIGLIETTA, 2010-2011, 351 e ss., e, da ultimo, ampiamente RODRÍGUEZ MARTÍN (*supra*, in questo stesso volume, §§ 2-4).

τῷ Ἀκουϊλίῳ, ὥσπερ καὶ ὁ ἀμελῶς διὰ πηλοῦ παριῶν καὶ ζημιῶν.

Rinveniamo coincidenza tra il contenuto di *D* 9.2.7.2 e quello di *B* 60.3.7.2. Di indubbio interesse è, invece, lo

≠ Sch. 4 ad *B* eod. (BS 3096-7 = Sch. 6, Hb. V, 267): Τῷ οὐτιλίῳ Ἀκουϊλίῳ, ὅτι μὴ τὸ αὐτοῦ σῶμα ἔβλαψεν, ἀλλὰ τὸ ἐτέρου..., et rell¹⁸.

il quale, nel riprendere, sostanzialmente, l'eccezione di Pegaso (*eum teneri ita demum, si vel plus iusto se oneraverit vel negligentius per lubricum transierit*), introduce la legittimazione all'*actio utilis*.

3.4.

D 9.2.7.3 (Ulp. 18 ad ed.): Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit neque eum qui impulit teneri, quia non occidit, neque eum qui impulsus est, quia damnum iniuria non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum qui impulit.

≠ *B* 60.3.7.3 (BT 2751-2 = Hb. V, 268): Εἰ δὲ ὠθήσαντος αὐτὸν ἄλλου ἢ ζημία γέγονεν, ὁ ὠθήσας μόνος ὑπόκειται τῇ τοῦ διπλοῦ ἀπαιτήσει.

In questa ipotesi emerge un fenomeno piuttosto interessante relativo all'oggetto della nostra indagine. Alludo alla propensione per l'applicazione della pena (*scl.* domanda) «nel doppio» (ὑπόκειται τῇ τοῦ διπλοῦ ἀπαιτήσει) in forma generalizzata, laddove le fonti latine prevedevano, per contro, la tutela pretoria —nel caso di specie, attraverso l'*actio in factum*¹⁹—. Quest'ultima, tuttavia, era stata regolarmente registrata da uno σχόλιον che risulta essere assai fedele alla versione di Ulpiano (e, pertanto, porta a ritenere che si possa trattare di un commento tratto dall'opera di un giurista d'epoca giustiniana o, comunque, immediatamente postgiustiniana):

≈ Sch. 32* ad *B* eod. (BS 3098-5 = Sch. 8*, Hb. V, 268): Εἰ δὲ παρ' ἐτέρου ὠθηθῆις ἀνεῖλεν ἀλλότριον δοῦλον, Πρόκουλος

¹⁸ La continuazione dello scolio racchiude una παραπομπή (ζήτηι καὶ τιτ. β'. κεφ. α'. καὶ τὸ ἐκεῖ σχόλιον περὶ τοῦ ἐρεθίσαντος καὶ κεφ. θ'. τοῦ παρόντος τιτ. θεμ. α'. καὶ β'.) che, in questa sede e ai nostri fini, può essere omessa.

¹⁹ Cfr. MIGLIETTA, 2012a, 430 e ss.

ἔλεγε μήτε τὸν ὠθήσαντα κατέχεσθαι τῷ Ἀκουιλίῳ (οὐδὲ γὰρ αὐτὸς ἀνείλεν) μήτε τὸν ὠθηθέντα, ἐπειδὴ οὐ παρ' αὐτὸν ἐγένετο, ἀλλὰ παρὰ τὸν ὠθήσαντα αὐτόν. Ἰμφρακτοῦμ δὲ ὁμῶς κατέχεται ὁ ὠθήσας ὡς αἴτιος τοῦ θανάτου γενόμενος.

Diversamente si esprime l'Anonimo²⁰:

≠ Sch. 9 (BS 3096-16 = Hb. V, 268): Ὁ Ἀνώνυμος. Τῆ ἰμφρακτοῦμ, τουτέστιν οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ.

Questo giurista presenta un'altra particolarità delle fonti bizantine in materia, ossia la (più o meno perfetta) interscambiabilità tra *actio in factum* e *actio utilis* —argomento sul quale avrò modo di tornare in maniera più approfondita²¹.

3.5.

D 9.2.7.4 (Ulp. 18 ad ed.): *Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. Hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio familias vulnerato procedit. Plane si cedentem vulneraverit, erit Aquiliae locus, aut si non in certamine servum occidit, nisi si domino committente hoc factum sit: tunc enim Aquilia cessat.*

Come avviene in alcune ipotesi, il brano ora trascritto non si occupa della tutela edittale, e così pure in quello corrispondente salvato in

~ B 60.3.7.4 (BT 2751-4 = Hb. V, 268): Ὁ ἐν τῷ παλαίειν ἢ παγκρατιάζειν ἢ ἐτέρως ἐν δημοσίῳ ἀγῶνι τὸν ἀντίπαλον ἀνελῶν ἢ τραυματίσας οὐχ ὑπόκειται τῷ Ἀκουιλίῳ, εἰ μὴ ἄρα μετὰ τὸ εἶξαι ὡς ἡττηθέντα τραυματίσει. Τὸ δὲ τοῦ δημοσίου ἀγῶνος χώρον ἐπὶ δούλων οὐκ ἔχει· μόνοι γὰρ εὐγενεῖς ἀγωνίζονται δημοσίᾳ. Εἰ δὲ ἰδίᾳ καὶ μὴ ἐν ἀγῶνι δημοσίῳ τις ἀνέλη τὸν δούλον, ὑπόκειται τῷ Ἀκουιλίῳ, εἰ μὴ τοῦ δεσπότητος ἐπιτρέποντος πρὸς ἑαυτοὺς ἡγωνίζοντο.

²⁰ Cfr. SCHMINCK, 1991a, 107 e ss.

²¹ *Vid. supra*, n. 3; cfr. ROTONDI, 1922, 411 e ss. (e, ora, per linee, MIGLIETTA, 2010-2011, 363).

Tuttavia la tutela pretoria viene riaffermata, invece e per via obliqua, in

≠ Sch. 10 ad *B* eod. (BS 3096-17 = Sch. 13 cpv., Hb. V, 268):
 Ὁ γὰρ ἐλεύθερος περὶ τῆς εἰς ἑαυτὸν βλάβης οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἔχει, ὡς μετὰ λογισμοῦ διγ. ιγ'.

Si tratta, probabilmente, di una testimonianza antica, per via del richiamo, peraltro esatto²², a διγ. ιγ'.²³, ossia al *frg.* 13 [pr.] di *D* 9.2 (Ulp. 18 ad ed.)²⁴.

3.6.

D 9.2.7.6 (Ulp. 18 ad ed.): *Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. Unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.*

Alcune fonti bizantine risultano essere convergenti rispetto al pensiero ulpiano. Mi riferisco a

~ *B* 60.3.7.6 (BT 2751-10 = Hb. V, 269): Ὁ μὴ φονεύσας, ἀλλ' αἰτίαν θανάτου δεδωκώς τῇ ἰμφακτοῦμ, οὐ τῷ Ἀκουίλιῳ ὑπόκειται, ὡς ὁ δεδωκώς φάρμακον ἀντὶ ἰατρείας ἢ ξίφος τῷ μαινομένῳ.

nonché a

~ Sch. 33* ad *B* eod. (BS 3098-9 = Sch. 23*, Hb. V, 269): Ὅθεν εἴ τις ἀντὶ θεραπευτικῆς ἀντιδότου φάρμακον δέδωκέ τι, ἰμφακτοῦμ κατέχεται, ὥσπερ καὶ ὁ μεμηνότι ξίφος δεδωκώς. Ἐὰν γὰρ ὁ μεμηνῶς ἕτερον ἀνέλη, ὁ δεδωκώς αὐτῷ τὸ ξίφος οὐ τῷ Ἀκουίλιῳ, ἀλλὰ τῇ ἰμφακτοῦμ κατέχεται.

²² Spesso, invece, i rimandi non risultano essere precisi, per le ragioni illustrate da Hb. VI, «Prolegomena», 118.

²³ Secondo la nota distinzione operata da SCHELTEMA, 1962, 355 e ss., nonché SCHELTEMA, 2004, 116 ss. (ma *vid.* già, implicitamente, Hb. VI, «Prolegomena», 20 e s. e 118).

²⁴ *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Fugitivi autem nomine dominus habet.*

Si veda anche, fuori sede diretta, l'importante richiamo tematico salvato in un passo attribuito dagli editori tedeschi all'Anonimo²⁵:

~ Sch. 16 ad *B* 60.3.7.5 (BS 3097-1 = Sch. 19, Hb. V, 269): Λέγει γὰρ Λαβεών, ὅτι ἄλλο ἄλλω θανατηφόρον εἶναι δοκεῖ. Καὶ ἐνταῦθα δὲ διὰ τὴν ἀσθένειαν καὶ ἡ μικρὰ τοῦ κόσσου πληγὴ θανάτου πρόξενος γενομένη ποιεῖ τὸν πλήξαντα ἔνοχον. Εἰ δέ τις ἀντὶ θεραπευτηρίου ἀντιδότου φάρμακον δέδωκέ τι, ἰμφάκτω κατέχεται, ὥσπερ καὶ ὁ μεμνηνὸς ξίφος δεδωκώς.

Altri due *scholia*, per contro, ripropongono la già sottolineata e singolare identificazione tra *actio in factum* e *actio utilis*²⁶. Si tratta di

≠ Sch. 19 ad *B* eod. (BS 3097-8 = Sch. 22, Hb. V, 269): Τουτέστι τῶ οὐτίλιῳ Ἀκουίλιῳ, οὐ μὴν τῶ διρρέκτῳ, ὡς μὴ οἰκείαις χερσὶ πλήξας καὶ ἀνελόν

e, in forma ancora più esplicita, di

≠ Sch. 20 ad *B* eod. (BS 3097-10 = Hb. 23 cpv., Hb. V, 269): Σημείωσαι, ὅτι ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἰμφακτὸς ἐστίν²⁷.

3.7.

D 9.2.9 pr. (*Ulp.* 18 ad ed.): *Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit.*

I *libri* dei sovrani macedoni ribadiscono, nuovamente, la concessione dell'azione nel doppio:

≠ *B* 60.3.9 pr. (BT 2752-1 = Hb. V, 270): Ὑπὲρ. Ἡ ἰατρὶνα εἰ μὲν τῇ γυναικὶ δῶ φάρμακον, ἢ δὲ λαβοῦσα τελευτήσει, χώρα τῇ

²⁵ Cfr. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 242, ad h.l.

²⁶ *Vid.*, però, oltre, § 4.3, e Sch. 4* ad *B* 60.3.62, in particolare.

²⁷ Forse anche Sch. 22 ad *B* eod. (BS 3987-13 = Sch. 24, Hb. V, 269): [...] ὑπόκειται οὐτίλιῳ Ἀκουίλιῳ, tratta di questa tipologia di azioni, ma lo stato lacunoso del testo (καὶ ἀνελόντι ἑαυτὸν ἢ ἕτερον. Εἰ δὲ ἐκεῖνος διὰ τῆς χειρὸς ... 12 ... δὲ τινὸς ξίφος ἐκ ... 6 ... ὑπόκειται οὐτίλιῳ Ἀκουίλιῳ) consiglia di indicarlo semplicemente in nota.

τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση ἀγωγῆ· εἰ δὲ χερσὶν ἰδίαις ἢ ἰατρῖνα τὸ φάρμακον ὑπέβαλεν, ὁ Ἀκουίλιος ἀρμόζει [...].

Si può notare che, intanto, *B* 60.3.9 pr. invertono l'ordine dei corni della distinzione labeoniana, ma, soprattutto, si adeguano al testo originario nella concessione dell'*actio legis Aquiliae* (*directa*) nel primo caso —quello, cioè, in cui sia stata l'ostetrica a somministrare direttamente il φάρμακον, mentre nell'altro caso— al posto della concessione dell'*actio in factum* —si procede con l'attribuzione dell'azione «nel doppio».

Il corretto tenore di *D* 9.2.9 pr. si riscontra, invece, in un testo che parrebbe essere stato modellato sull'originale ulpiano (e che consente di ipotizzare, ragionevolmente, che si sia in presenza di un testo risalente²⁸, sia, appunto, per la corrispondenza sostanziale, sia per quella formale, sia, infine, per la precisa registrazione del nome del giurista Labeone e del suo parere):

≈ Sch. 1 ad *B* eod. (BS 3100-2 = Sch. 1, I pars, Hb. V, 271):
 Ἐὰν ἰατρομαῖα βοήθημα ἦτοι πόσιν ὑποβάλη γυναῖκί, ἢ δὲ τελευτήσῃ, διαστίζει ὁ Λαβεών, ἵνα εἰ μὲν ταῖς ἰδίαις χερσὶν ὑπέθηκε τὸ βοήθημα, δόξῃ αὐτῆ πεφονευκέναι τὴν γυναῖκα· εἰ δὲ τῇ γυναῖκί δέδωκεν, ἵνα ἑαυτῇ τοῦτο ὑποβάλη, τῇ ἱμφακτοῦμ κατέχεται, ἐπειδὴ αἰτίαν θανάτου δεδωκέναι πιστεύεται, οὐ μὴν ἀνηρηκέναι.

Ancora, in un altro *scholium* marginale, rinveniamo una «correzione» che si appunta alle parole τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση ἀγωγῆ di *B* 60.3.9 pr.²⁹, e che riporta la trattazione entro i confini della previsione dell'*actio in factum*:

~ Sch. 15* ad *B* eod. (BS 3101-24 = Sch. 3*, Hb. V, 271): Οὐ τῷ Ἀκουίλιῳ, ἀλλὰ τῇ ἱμφακτοῦμ ἦτοι τῇ περὶ τῆς γενομένης ζημίας τῇ κινουμένη οὐχ ὅταν ἀπὸ σώματος εἰς σῶμα γένηται βλάβη· τοῦτο γὰρ ἰδίωμα Ἀκουίλιου. Ἰσθὶ δέ, ὅτι καὶ ἡ περὶ τῆς γενομένης ζημίας ἀπὸ διαθέσεως καὶ ὁ ἀπὸ σώματος εἰς σῶμα Ἀκουίλιος ἐξ ἀρνήσεως ἀμφοτέρω τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσιν, ὡς εὐρήσεις πρὸς τῷ τέλει τοῦ τιτ. Καὶ τοῦτο δὲ γίνωσκε, ὅτι ὁ Ἀκουίλιος ἀποδείξεισιν, οὐ μὴν ὀρκωλύεται· χρῆ οὖν ἀρνούμενου τοῦ ἐναγομένου ἀποδεικνύναι

²⁸ Attribuito a Doroteo da Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 242, ad h.l.; *vid.*, tuttavia, *supra*, n. 16.

²⁹ Cfr. BT 2752, «Scholia» («₂ ἀγωγῆ: Pe 15»); Hb. V, 272, ad h.l.

τὸν ἐνάγοντα· ἐπεὶ μὴ ἀποδεικνυμένης τῆς ζημίας οὐ δίδεται ὁ περὶ συκοφαντίας καὶ ὁ ἐντελής, οὔτε ὁ ἐξ ἀντεπαγωγῆς, ὡς εὐρήσεις ὁμοίως.

3.8.

D 9.2.9.2-3 (Ulp. 18 ad ed.): 2. Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait. 3. Si servum meum equitantem concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.

I due paragrafi di *D 9.2.9* sono stati riportati congiuntamente poiché, all'interno dei *Basilici*, essi hanno subito una sorta di fusione — pur indicando, tuttavia, la stessa tipologia di azioni:

~ *B 60.3.9.2-3 (BT 2752-5 = Hb. V, 271):* Ὁ λιμῶ ἀνελὼν ἱμφάκτουμ ὑπόκειται, καὶ ὁ τὸν ἵππον ἐρεθίσας τὸν ἀνελόντα τὸν δοῦλον, καὶ ὁ δι' ἐπιβουλευομένων τόπων ἀγαγὼν τὸν ἐξ ἐτέρων ἀναιρεθέντα δοῦλον.

Il fatto che entrambi i paragrafi di *B 60.3.9* concedano l'*actio in factum* è provato dalla congiunzione καὶ che unisce logicamente (e, consequenzialmente, da un punto di vista anche di logica giuridica) il discorso. La stessa azione è riproposta da Cirillo, in

~ *Sch. 4 ad B eod. (BS 3100-11 = Hb. V, 271):* Κυρίλλου. Ὁ λιμῶ φονεύσας καὶ ἐρεθίσας ἵππον καὶ ποιήσας εἰς ποταμὸν πεσεῖν, ὡς ἀπολέσθαι τὸν ἵππότην, ἱμφάκτουμ κατέχεται, καὶ ὁ ἐπιβουλεύσας τινί, ἵνα ἄλλος αὐτὸν ἀνέλη

nonché da un altro scolio anonimo:

~ *Sch. 8 ad B eod. (BS 3101-6 = Hb. V, 271):* Ἐὰν ἵππαζόμενον τὸν ἐμὸν οἰκέτην σὺ τὸν ἵππον πλήξας παρεσκευάσας κατακρημνισθῆναι ἐν ποταμῶ, ἱμφάκτος δίδεται κατὰ σοῦ

Diversamente, invece, con riguardo al § 3, la soluzione avanzata da

≠ *Sch. 10 ad B eod. (BS 3101-9 = Hb. V, 272):* Καὶ οὗτος γὰρ τῶ οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ ὑπόκειται, καθὸ οὐκ αὐτὸς ἐφόνευσε τὸν δοῦλον, ἀλλὰ κατὰ δόλον ἤγαγεν ἔνθα ἦσαν οἱ ἐφεδρεύοντες..., et rell³⁰.

³⁰ Segue παραπομπή (ζήτητι τίτλον λθ'. κεφ. ιε').

La concessione (anche: καὶ οὗτος) dell'οὐτίλιος Ἀκουίλιος viene giustificata attraverso il profilo doloso dell'azione, consistente nell'aver condotto la vittima in un'imboscata, laddove ha trovato la morte per mano di terzi. Ma la dogmatica è gracile, poiché tale profilo non era certo escluso dalla logica interna al passo di Ulpiano: è arduo negare che l'invito proditorio sia avvenuto senza consapevolezza (ma anche laddove ciò si abbia per ingenuità dell'agente, il testo giuridico, in virtù del suo valore generalizzante, non può escludere la prima ipotesi, che è, anzi, quella statisticamente più probabile). È, dunque, possibile che il risultato della decisione dello scoliaste anonimo derivi dalla propensione dei giuristi bizantini (appartenenti alle generazioni più tarde) ad identificare *actio utilis* e *actio in factum*³¹.

Un'ultima osservazione merita l'esteso brano —dalla natura dogmaticamente riassuntiva— salvato in

≠ Sch. 6 ad B eod. (BS 3100-15 = Hb. V, 271): Ζήτει ἰνοστιτ. δ'. τιτ. γ'. περὶ τοῦ πότε ὁ δίρεκτος Ἀκουίλιος ἀρμόζει καὶ πότε ὁ οὐτίλιος. Εἰδέναι χρῆ, ὅτι ὁ νόμος αὐτὸν δίδωσιν, ἐπειδὴν ἀδικηθῆ σῶμα. Ἄλλ' εἰ μὲν ἐκ σώματος ἢ βλάβη προσγένηται (τυχὸν γὰρ ψιλᾶς ταῖς ἐμαντοῦ χερσὶν ἢ μετὰ ξύλου ἢ λίθου ἢ ἐτέρου τινὸς ὄργανου πλήξας ἀνεῖλον ἢ ἐτραυμάτισα), ὁ δίρεκτος Ἀκουίλιος ἀρμόζει. Εἰ δὲ σῶμα μὲν ἠδικήθη, οὐκ ἀπὸ σώματος δὲ γέγονεν ἢ βλάβη, δίδεται ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος· οἷον τὸν ἐμὸν τις οἰκέτην ἔκλεισεν ἐπὶ χρόνον, ὥστε λιμῶ διαφθαρεῖν, ἢ τὸ ὑποζύγιον οὕτως ἤλασε σφοδρῶς, ὥστε μὴ ἐνεγκεῖν τὸ πλῆθος τοῦ διαστήματος, ἀλλὰ διαρραγεῖν, ἢ τὸ ἐμὸν πρόβατον οὕτως διετάρραξεν, ὡς ἐνεχθῆναι κατὰ κρημνοῦ καὶ ἢ ἀπολέσθαι ἢ βλαβῆναι· ἢ ἐάν τις τὸν ἀλλότριον οἰκέτην πείσῃ ἀνελθεῖν εἰς δένδρον εἰδῶς δυσχερεστάτην εἶναι καὶ ἐπικίνδυνον τὴν ἀνοδὸν ἢ τὴν κάθοδον, εἶτα ὁ οἰκέτης ἀνιών ἢ κατιών ὠλίσθησε καὶ ἢ ἐτελεύτησε ἢ περὶ τι μέρος ἐβλάβη τοῦ σώματος. Εἰ δὲ τὸν ἀλλότριόν τις οἰκέτην ἀπὸ γεφύρας ἔρριψε κατὰ ποταμοῦ καὶ ἐπνίγη, ὁ δίρεκτος δίδεται· ὅς γὰρ ὤθησε τὸν οἰκέτην οἰκείῳ σώματι τὴν ἀναίρεσιν εἰργάσατο. Εἰ δὲ μήτε τῷ σώματι τις ἐβλαψεν οὔτε σῶμά ἐστι τὸ ἀδικηθέν, ζημία δὲ τις προσγένονεν ἐμοί, ἀργοῦντος τοῦ διρεκτοῦ, ἐπειδὴ οὐκ ἀπὸ σώματος, καὶ τοῦ οὐτιλίου διὰ τὸ μὴ ἠδικῆσθαι σῶμα, ὑπόκειται τῇ ἰμφάκτουμ ὁ ζημιώσας· οἷον τὸν ἐμὸν οἰκέτην ὡς ἀμαρτήσαντα

³¹ Sul punto *vid.* ROTONDI, 1922, *passim*; CORBINO, 2007, *passim*; CORBINO, 2008, 195 e ss.; MIGLIETTA, 2010-2011, 362 e ss.

ἐδέσμευσα· τοῦτον ἕτερος φιλανθρωπευσάμενος εἰδώς, ὅτι φύγη, ἀνήκε τῶν δεσμῶν. Ζήτει κεφάλαιον καθ' ἑμ. β'.

Lo schólion testé riportato racchiude una tra le piú ampie raffigurazioni dei requisiti richiesti per la concessione dell'*actio legis Aquiliae directa*, per quella dell'*actio utilis* e per quella dell'*actio in factum*, sebbene non tocchi, direttamente, il punto trattato da *D 9.2.9.3 = B 60.3.9.3*, ma operi, nella parte centrale, un cenno all'ipotesi raffigurata dal § 2, attribuendo, però, la tutela in via utile (...δίδοται ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος· οἷον τὸν ἐμόν τις οἰκέτην ἔκλεισεν ἐπὶ χρόνον, ὥστε λιμῶ διαφθορῆναι...), e inserendo, di conseguenza, la stessa ambiguità presente nella fonti latine³². Il principio, sempre riferito al § 2, viene ancora ribadito in

≠ Sch. 7 ad *B eod.* (BS 3101-4 = Hb. V, 271): Οὐτίλιος Ἀκουίλιος, ὡς μὴ οἰκειοχείρως ἀνελῶν, ἐπειδὴ μὴ ἀπὸ σώματός ἐστιν ἡ ζημία.

3.9.

D 9.2.11.1 (Ulp. 18 ad ed.): Si alius tenuit, alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur.

Nei Basilici, per contro, riaffiora la *petitio* «nel doppio»:

≠ *B 60.3.11.1 (BT 2752-17 = Hb. V, 273):* Ἐὰν ἄλλος κρατήσῃ καὶ ἄλλος ἀνέλη, ὁ κρατήσας τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσῃ ὑπόκειται.

Ristabilisce con precisione (anche attraverso il riferimento al *causam mortis praestare*) il fraseggio ulpiano, invece, lo

≈ Sch. 42* ad *B 60.3.11. 12 (BS 3105-14 = Sch. 4*, Hb. V, 273):* Ἐὰν ἄλλος μὲν κατάσῃ τὸν ἐμόν οἰκέτην, ἕτερος δὲ ἀνέλη αὐτόν, ὁ μὲν κατασχὼν αὐτόν τῇ ἰμφοκτοῦμ κατέχεται ὡς αἴτιος τοῦ θανάτου γενόμενος, ὁ δὲ ἀνελῶν τῷ Ἀκουίλιῳ. Ἐὰν δὲ πολλοὶ τὸν ἐμόν οἰκέτην ἐτύπησαν καὶ ἐτελεύτησεν, ἴδωμεν, εἰ πάντες ὡς ἀνελόντες αὐτόν κατέχονται τῷ Ἀκουίλιῳ. Καὶ εἰ μὲν δείκνυται, ἐκ τῆς τίνος πληγῆς ἀνηρέθη,

³² Cfr., infatti, *Gai 3.219* e *I. 4.3.16* (e v. anche *PT. 4.3.16*). La testimonianza racchiusa, invece, in Sch. 6, cit. è analizzata estesamente nel lavoro indicato più sopra, § 1 (e nn. 2-3), *incipit*.

ἐκεῖνος ὡς φονεύσας κατέχεται· τούτου δὲ μὴ δεικνυμένου πάντας ὁμοίως ὡς ἀνελόντας εἶπε κατέχεσθαι ὁ Ἰουλιανός

e correttamente si esprimono anche

~ Sch. 3 ad B eod. (BS 3102-6 = Sch. 6, Hb. V, 273): Τῆ ἰμφακτοῦμ ὡς αἴτιος θανάτου γενόμενος· ὁ δὲ ἀνελῶν τῶ Ἀκουιλίῳ. Ζητητέον δέ, εἰ τοῦ ἐνὸς καταβαλόντος ὁ ἕτερος ἐνέχεται, καθὸ καὶ τὸ ν'. κεφ. τούτου τοῦ τίτλου φησὶν ἐπὶ θέματος ὁμοίου

e

~ Sch. 5 ad B eod. (BS 3102-10 = Sch. 7, Hb. V, 273): Τῆ ἰμφακτούμ..., et rell³³.

Torna, invece, alla «confusione» bizantina (ἰμφακτούμ... ἤγγουν τῶ οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ)

≠ Sch. 1 ad B eod. (BS 3102-3 = Sch. 6, Hb. V, 273): Τῆ ἰμφακτούμ ὡς αἴτιος θανάτου γενόμενος, ἤγγουν τῶ οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ· ὁ δὲ ἀνελῶν τῶ Ἀκουιλίῳ τῶ διρέκτω.

Detto per inciso, quest'ultimo brano offre l'impressione di costituire la versione «adulterata» di Sch. 3, cit., attraverso l'inserimento del tratto ἤγγουν τῶ οὐτιλίῳ..., et rell, ad opera di un giurista posteriore.

3.10.

D 9.2.11.5 (Ulp. 18 ad ed.): Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit Aquiliae actionem esse: sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum.

Anche nel presente caso, i Basilici —seguendo, in maniera indiretta, il pensiero di Giuliano (o, forse, di Ulpiano)— si richiamano

³³ Segue παραπομπή (ζήτηι τιτ. λς'. κεφ. ιθ'. καὶ τιτ. λθ'. κεφ. ιγ'.). Cfr. anche «*Collatio libri Ambrosiani*» (Hb. VII, Suppl. alterum, in FERRINI e MERCATI, 1897, 235 = ried. Miglietta, 2008, 557), ad B 60.3.11.1 (fol. 99^v): «... τῆ ἀγωγῆ IN EAC⁵m (l. *factum*) ὕπτ».

all'azione della legge Aquilia, nel primo caso, e «nel doppio», in sostituzione di quella *in factum*, nel secondo:

≠ B 60.3.11.5 (BT 2753-2 = Hb. V, 274): Εἰ μὲν τις κρατῶν κύνα παρασκευάσει αὐτὸν δακεῖν, ὑπόκειται τῷ Ἀκουίλιῳ εἰ δὲ μὴ κρατῶν ἠρέθισε, τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση.

Diversamente, un giurista d'età giustiniana³⁴, aderisce, per contro, alla linea del Digesto, e, in particolare, rispecchia il passo di Ulpiano, con un interessante commento nella parte finale, dove la menzione dell'*actio utilis* non riguarda il caso *de quo*, ma è funzionale ad evocare (soltanto) la corretta dogmatica generale in materia:

≈ Sch. 49* (BS 3106-6 = Sch. 24*, Hb. V, 274): Εἰ δὲ καὶ τις κύνα ἐρεθίσει καὶ παρασκευάσει αὐτὸν δακεῖν ἕτερον, εἰ καὶ μὴ αὐτὸς κατεῖχε τὸν κύνα, ὅμως ὁ Πρόκουλος δίδωσι τὸν Ἀκουίλιον κατ' αὐτοῦ· ὁ δὲ Ἰουλιανός, εἰ μὲν τις αὐτὸν κατέχων τὸν κύνα παρασκευάσει δηχθῆναί τινα ὑπ' αὐτοῦ, δίδωσι κατ' αὐτοῦ τὸν Ἀκουίλιον· εἰ δὲ μὴ κατασχὼν τὸν κύνα αἴτιος γένηται τοῦ βρώματος, τότε τὴν ἰμφακτοῦμ δίδωσι κατ' αὐτοῦ. Δεσπότη δὲ μόνῳ τοῦ βλαβέντος ἢ ἀναίρεθέντος πράγματος δίδεται ὁ Ἀκουίλιος ὁ δίρεκτος· ὁ γὰρ οὐτίλιος καὶ ἄλλοις ἀρμόζει.

Un commentatore tardo affianca, invece, all'«azione nel doppio» la legittimazione all'*actio utilis*³⁵:

≠ Sch. 56§ ad B eod. (BS 3106-31 = Sch. 25†, Hb. V, 274): Ἦτοι τῷ οὐτιλίῳ Ἀκουίλιῳ.

3.11.

D 9.2.11.6 (Ulp. 18 ad ed.): *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino.*

Per completezza, è opportuno notare che questo frammento ulpiano, che tratta della legittimazione «in generale» all'azione derivante dalla legge Aquilia, si ripete in versione essenziale in

³⁴ Heimbach assegna nuovamente lo scolio a Doroteo (cfr. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 242, ad h.l.).

³⁵ Certamente il commento è rivolto alle parole τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ διπλοῦν di B 60.3.11.5: cfr. BT 2753, «Scholia» ad h.l. («4 τῇ: Pe 56»).

~ B 60.3.11.6 (BT 2753-4 = Hb. V, 274): Ὁ Ἀκουίλιος δεσπότη ἀρμόζει.

Il commento alla *regula* è consegnato, invece, a

≠ Sch. 22 ad B eod. (BS 3103-15 = Sch. 26, Hb. V, 274): [...] ³⁶
 Οὐτίλιον δὲ δέδωκε κατὰ τοῦ κλάσαντος τὸ ὑδραγώγιον τῶ
 ἔχοντι τὸ δίκαιον εἰς τὸ μὴ δεσπόζειν αὐτὸν τοῦ ἐδάφους διγ.
 κζ'. πρὸ δύο θεμάτων τοῦ τέλους

il quale amplia la portata del testo originario, senza però contraddire la sostanza, richiamando la legittimazione all'azione utile da parte del titolare del diritto —ma non proprietario— contro colui che abbia distrutto l'acquedotto. Così, similmente, per l'usufruttuario, in

~ Sch. 24 ad B eod. (BS 3103-19): Τουτέστιν ὁ ἐξ ὀρθοῦ. Ὁ οὐτίλιος γὰρ ἀρμόζει καὶ οὐσουφρουκτουαρίω..., et rell ³⁷.

che, più puntualmente, illustra i termini Ὁ Ἀκουίλιος di B 60.3.11.6 attraverso l'espressione τουτέστιν ὁ ἐξ ὀρθοῦ (che allude, evidentemente, all'azione *directa*) ³⁸, e, ancora, in

~ Sch. 26 ad B eod. (BS 3103-22 = Hb. V, 275): Ὁ ἐξ ὀρθοῦ ὁ γὰρ οὐτίλιος καὶ μὴ δεσπότη..., et rell ³⁹.

³⁶ Precede una παραπομπή (Ἀνάγνωθι διγ. ιζ'. <καὶ> τιτ. α'. διγ. β').

³⁷ Segue παραπομπή (ὡς θεμ. ια', καὶ τῶ καλῆ πίστει νομεῖ, ὡς θεμ. θ').

³⁸ Probabilmente l'espressione (un autentico «exhellenismo»: cfr. VAN DER WAL, 1964, 1158 e ss.) è da ascrivere agli *scholia* più recenti: cfr., infatti, Sch. 10 ad B 60.3.27.3 (BS 3122-28 = Sch. 13, Hb. V, 288): Ἰωάννης. Ὅταν μὲν ὁ Ἀκουίλιος κινεῖται ὥστε δοθῆναι τὸ διαφέρον, κατὰ δεσπότη μόνου κινεῖται· ὅτε δὲ ἐξ ὀρθοῦ ἢ νοθαλία, κατὰ καλῆ πίστει νομεῖ. Ἐνταῦθα δὲ περὶ Ἀκουιλίου λέγει. Καὶ ζητεῖ τὸν Ἀνόνημον τοῦ ια'. κεφ. τοῦ ε'. τιτ. Ζητεῖ τιτ. ε'. κεφ. ια', ζ', κα', κη'. καὶ βιβ. ζ'. τιτ. ιε'. κεφ. β'. καὶ βιβ. μβ'. τιτ. δ'. κεφ. β', ιγ'. θεμ. τελευτ. Giovanni Nomofilatto, infatti, è giurista dell'epoca di Garida, Patzes e del Hagiotheodorito (*vid. e.g.* MIGLIETTA, 2007, 700-701, n. 30). Cfr. anche Sch. 109 ad B 60.3.27.32 (BS 3132-9 = Sch. 108, Hb. V, 299): Τοῦ κινουόντος, ἀλλὰ δημόσιον· εἰ γὰρ ἐκείνου ἦν, ὁ ὀρθὸς Ἀκουίλιος εἶχεν ἄν χώραν —nonché Sch. 1 ad B 60.3.49 (BS 3159-8 = Hb. V, 317): Εἰ γὰρ ἔκαυσε πῦρ προσαγαγών, τῶ ὀρθῶ Ἀκουιλίῳ ὑπόκειται, ὡς κεφ. κζ'. θεμ. ζ'. Per l'uso dell'espressione ἐξ ὀρθοῦ cfr. anche Sch. 139* ad B 60.3.27.28 (BS 3135-26 = Sch. 90*, Hb. V, 297: Τοῦ Ἀγιοθεοδωρίτου).

³⁹ Segue παραπομπή (ζητεῖ κεφ. κζ'. πρὸ γ'. θεμάτων τοῦ τέλους καὶ κεφ. ιζ').

il quale specifica, come già lo Sch. 22, cit., che l'*actio utilis* non compete al proprietario. Lo Sch. 24 e lo Sch. 26, cit., potrebbero essere dello stesso autore.

3.12.

D 9.2.11.8 (Ulp. 18 ad ed.): Sed si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? Et magis in factum actio erit danda.

Nuovamente i *libri Basilicorum* operano il richiamo alla *postulatio* nel doppio:

≠ *B 60.3.11.8 (BT 2753-6 = Hb. V, 275):* Ὁ καλῆ πίστει νομεύς ἔχει τὴν τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησιν

mentre due σχόλια —il primo ritenuto ancora una volta di Doroteo (ma, come già osservato, potrebbe trattarsi, in realtà, di Stefano)⁴⁰, il secondo che pare essere stato elaborato sulla base dal precedente, con alcune varianti— riprendono la tutela *in factum*:

~ Sch. 31 ad *B eod.* (BS 3103-28 = Sch. 30, Hb. V, 275): Ἐὰν ὁ ⁴¹ βοναφίδε δουλεύων μοι οἰκέτης πληγῆ ἢ ζημιωθῆ, ἢ ἴμφακτος ἀγωγή ἀρμόζει μοι, οὐχ ὁ Ἀκουίλιος, ἐπειδὴ μὴ εἶμι δεσπότης αὐτοῦ.

~ Sch. 51* ad *B eod.* (BS 3106-16 = Sch. 29*, Hb. V, 275): Ἐὰν ὁ βοναφίδε δουλεύων μοι οἰκέτης πληγῆ ἢ ζημιωθῆ, ἴμφακτος ἀγωγή ἀρμόζει μοι, ἐπειδὴ μήπω εἶμι δεσπότης αὐτοῦ, εἰ καὶ μέλλω δεσπόζειν τῷ χρόνῳ.

Altri due recuperati scilii riaffermano, per contro, l'identificazione tra tutela *in factum* e tutela in via utile:

≠ Sch. 30 ad *B eod.* (BS 3103-27): Τὴν ἴμφακτοῦμ οὐτίλιον Ἀκουίλιον· οὐ γὰρ δεσπότης ἐστίν.

≠ Sch. 32 ad *B eod.* (BS 3104-1): Ἦγουν ἴμφακτον οὐτίλιον Ἀκουίλιον.

3.13.

D 9.2.11.10 (Ulp. 18 ad ed.): An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.

⁴⁰ *Vid. supra*, n. 16, e oltre, n. 51.

⁴¹ L'articolo determinativo «ὁ» viene omesso in Hb. V, 275.

D 9.2.12 (Paul. 10 ad Sab.): Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit.

I frammenti appena trascritti si trovano «condensati» in un unico passo dei Basilici, con soluzione che riflette il pensiero dei due giuristi severiani:

~ B 60.3.11.10 (BT 2753-7 = Hb. V, 275): Ὁ τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν καὶ ὁ τὴν χρῆσιν γυμνὴν μόνην ἔχων οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἔχουσι. Καὶ κατὰ τοῦ τὴν δεσποτείαν ἔχοντος ἀνελόντος ἔχει ὁ τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν ἔχων.

Subisce probabilmente l'influenza del pensiero giuliano, ricordato in *D 9.2.11.10*, un testo assegnato da Heimbach all'Anonimo⁴²:

≠ Sch. 35 ad B 60.3.11.9 (BS 3104-5 = Sch. 31, Hb. V, 275): Οὐσουφρουκουαρίῳ δὲ καὶ οὐσουαρίῳ βλαβέντων τῶν πραγμάτων, καθ' ὧν ἔχουσι τὸν οὐσούφρουκτον ἢ τὸν οὐσον, Ἀκουίλιος δίδοται..., et rell⁴³.

Diversamente, altri tre commenti propongono, il primo, cronologicamente risalente⁴⁴, l'*actio utilis* per l'*aestimatio* dell'usufrutto; il secondo (certamente tratto dall'opera di Cirillo, poiché esplicitamente titolato), la concessione della stessa azione⁴⁵ anche contro il *dominus* —che abbia evidentemente danneggiato la *res* data in uso o concessa in usufrutto— e a vantaggio dell'usufruttuario e dell'usuario; il terzo, infine, tratta di un'*actio legis Aquiliae* «*non directa*» (ἔχω τὸν Ἀκουίλιον, εἰ καὶ μὴ ἐξ ὀρθοῦ), che sembrerebbe potersi ricondurre alla stessa tutela in via utile:

~ Sch. 39 ad B eod. (BS 3104-19 = Sch. 33, Hb. V, 276): Εἰ δὲ καὶ αὐτὸς ὁ προπριετάριος ἢ τραυματίση ἢ ἀνέλη τὸν οἰκέτην, καθ' οὗ ἔχω τὸν οὐσούφρουκτον, δίδοται μοι ὁ

⁴² Vid. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 242 (ad B 60.3.11.9).

⁴³ Segue παραπομπή (ζήτησι βιβ. γγ'. τιτ. α'. κεφ. ιθ'. καὶ βιβ. κ'. τιτ. α'. κεφ. μα'. καὶ βιβ. – τιτ. α'. κεφ. μα').

⁴⁴ L'autore sarebbe Doroteo, a parere di Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 242 (ad B 60.3. 11 f. 12), o Stefano.

⁴⁵ Coerentemente con *D 9.2.12*, che usa l'espressione *ad exemplum legis Aquiliae actio*.

οὔτιλιος Ἀκουίλιος κατ' αὐτοῦ πρὸς τὴν τοῦ οὐσοῦφρουκτου διατίμησιν καὶ ἀνακλῶ ἑμαυτὸν εἰς τοῦπίσω ἐνιαυτὸν ἀπὸ τῆς πληγῆς καὶ εἰς ἐκείνον τὸν χρόνον ἀναφέρω τὴν διατίμησιν, ἐν ᾧ μήπω ἤρμοζέ μοι ὁ οὐσοῦφρουκτος.

~ Sch. 40 ad B eod. (BS 3104-24 = Sch. 33 cpr., Hb. V, 276): Κυρίλλου. Ὁ οὐσοῦφρουκτουάριος καὶ ὁ <οὔ>σουάριος κινεῖ οὔτιλιον καὶ κατὰ τοῦ τὴν προπριεταρίαν ἔχοντος. Ὁ δὲ ἐνιαυτὸς ἀνακλᾶται καὶ εἰς τὸν χρόνον, καθ' ὃν οὐπω ἦν ἀρμόσας ὁ οὐσοῦφρουκτος..., et rell⁴⁶.

~ Sch. 52* ad B 60.3.11.10 (BS 3106-19 = Sch. 32*, Hb. V, 275): Ἄλλο τὸ δοθῆναί μοι τι κατὰ χρῆσιν καὶ ἄλλο τὸ ληγατευθῆναί μοι χρῆσιν καρπῶν ἢ χρῆσιν μόνην. Ἐπὶ γὰρ τοῦ ληγάτου καὶ ἄκοντος τοῦ κληρονόμου τοῦ καὶ δεσπότη τοῦ πράγματος τὴν χρῆσιν ἔχω καὶ οὐκ ἀποσπᾶται ἀπ' ἐμοῦ, μόνον δὲ σβέννυται θανάτῳ· καὶ διὰ τοῦτο ὥσπερ δεσπότης εἶναι δοκῶ τῆς χρήσεως καὶ ἔχω τὸν Ἀκουίλιον, εἰ καὶ μὴ ἐξ ὀρθοῦ, ἐπεὶ μοὶ διαφέρει· καὶ τοσοῦτον, ὥστε κινῶ καὶ κατὰ τοῦ δεσπότη βλάψαντος τὸν δοῦλον, οὔπερ αὐτὸς τὴν χρῆσιν ἔλαβον ἢ τὸ ληγάτον· ἐμοὶ γὰρ μᾶλλον διέφερον εἶναι τὸν δοῦλον ὑγιῆ ἢ τῷ δεσπότη. Ἐπὶ δὲ τοῦ κατὰ παράκλησιν δοθέντος μοι ἐκεῖνῳ νόμομαι, οὐκ ἑμαυτῷ, καὶ παρ' ἐκείνου ὁ Ἀκουίλιος κινεῖται.

3.14.

D9.2.13 pr. (Ulp. 18 ad ed.): *Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Fugitivi autem nomine dominus habet.*

~ B 60.3.13 pr. (BT 2753-14 = Hb. V, 276): Ὁ ἐλεύθερος περὶ τῆς εἰς αὐτὸν βλάβης οὔτιλιον Ἀκουίλιον ἔχει· δεσπότης γὰρ οὐκ ἔστι τῶν ἰδίων μελῶν. Ὀνόματι τοῦ φυγάδος οἰκέτου ἔχει ὁ δεσπότης τὸν Ἀκουίλιον.

Non sono presenti *scholia* di rilievo, salvo osservare che un'*adnotatio*, probabilmente antica, ribadisce il concetto secondo cui l'*actio directa* compete «esclusivamente» al *dominus*:

~ Sch. 3 ad B eod. (BS 3107-13 = Sch. 1, Hb. V, 276): Σημεῖωσαι, ὅτι ὁ δίρεκτος Ἀκουίλιος μόνῳ τῷ δεσπότη ἀρμόζει, ὡς καὶ ἐν κεφ. ια'. θεμ. ζ'⁴⁷. ἐν ῥητῷ τοῦτό φησιν.

⁴⁶ Segue παραπομπή (ζήτηι βιβ. ι'. τιτ. γ'. κεφ. ζ'. θεμ. γ'. δ'. ε'. καὶ βιβ. ις'. τιτ. α'. κεφ. ιζ'. τὸ τέλος).

⁴⁷ In realtà il ῥητόν (ovverosia il testo originale latino: SCHELTEMA, 1970, 10 ss. [a 10, si parla di «texte de base»], nonché PIELER, 1978, 405) richiamato è quel-

3.15.

D 9.2.13.3 (Ulp. 18 ad ed.): Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem legatario, si non post mortem servi adgnovit legatum: quod si repudiavit, consequens esse ait Iulianus dicere heredi competere.

~ B 60.3.13.3 (BT 2753-19 = Hb. V, 277): Ἐὰν ὁ ληγατευθεὶς ἀναιρεθῆ μετὰ τὸ ὑπεισελευσθῆναι τὴν κληρονομίαν, ὁ ληγατάριος ἔχει τὸν Ἀκουίλιον, εἰ μὴ ἄρα μετὰ τὴν ἀναίρεσιν κατεδέξατο· εἰ δὲ παρητήσατο, τῷ κληρονόμῳ ἀρμόζει.

Interessante quanto soggiunge un'ulteriore chiosa alle parole εἰ μὴ ἄρα μετὰ τὴν ἀναίρεσιν κατεδέξατο (che fungono da commento, potremmo dire, «manipolativo additivo» del tratto che in *D 9.2.13.3* suonava nei seguenti termini: *si non post mortem servi adgnovit legatum*), e che sembra presupporre la «possibilità» di esperire l'*actio in factum* (τότε γὰρ...):

≠ Sch. 16§ ad B eod. (BS 3108-11 = Sch. 12†, Hb. V, 277): Τότε γὰρ ἴμφακτος ἀρμόζει..., et rell⁴⁸.

3.16.

D 9.2.14 (Paul. 22 ad ed.): Sed si ipse heres eum occiderit, dictum est dandam [= a.l.A., vd. § preced.] in eum legatario actionem.

~ B 60.3.14 (BT 2754-3 = Hb. V, 277): Παύλ. Εἰ δὲ ὁ κληρονόμος ἀνεῖλεν, ἐνάγεται παρὰ τοῦ ληγαταρίου.

Originale il seguente σχόλιον:

≠ Sch. 4§ ad B eod. (BS 3108-21 = Sch. 3†, Hb. V, 277): Τῷ Ἀκουίλιῳ ἢ τῇ ἴμφακτοῦ ἢ τῇ ἐκ τεσταμέντου.

3.17.

D 9.2.17 (Ulp. 18 ad ed.): Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.

~ B 60.3.17 (BT 2754-15 = Hb. V, 280): Ὑπὶ. Ἐὰν ὁ δεσπότης τὸν ἴδιον δούλον φονεύσῃ, κινεῖ κατ' αὐτοῦ τὴν ἴμφακτοῦ ὁ καλῆ πίστει νομεύς καὶ ὁ λαβῶν αὐτὸν εἰς ἐνέχρον.

lo di *D 9.2.11.6* (e non § 7). Lo Sch. 3, cit., dovrebbe essere stato tratto dall'opera di giuristi del VI secolo (cfr., infatti, Hb. VI, «Prolegomena», 29).

⁴⁸ Segue παραπομπή (ζήτηει κεφ. λγ'. θεμ. ιη').

Variegata appare la tradizione degli *scholia*:

≠ Sch. 3 ad *B* eod. (BS 3112-1 = Hb. V, 280): Σημείωσαι, ὅτι καὶ κατὰ δεσπότην ὁ Ἀκουίλιος δίδεται..., et rell⁴⁹.

Il seguente testo, invece, non è scorretto, poiché, con riferimento al creditore pignoratizio⁵⁰, afferma che sia in facoltà di questi esperire l'*actio directa*, come se fosse proprietario, contro i terzi, ma non contro il *dominus* vero e proprio, poiché quest'ultimo ha un titolo maggiore. Ciò non esclude, pertanto, in via di deduzione logica, che sia possibile esercitare contro il proprietario danneggiante la tutela *in factum*, sebbene una tale regola non sia esplicitamente affermata (e, pertanto, la fonte deve essere, comunque, classificata tra quelle introdotte dal simbolo ≠):

≠ Sch. 4 ad *B* eod. (BS 3112-3 = Hb. V, 280): Κατὰ μὲν γὰρ ἄλλου παντὸς κινεῖ τὸν δίκρεκτον ὡς τρόπον τινὰ καὶ αὐτὸς δεσπότης ὢν· κατὰ δὲ τοῦ δεσπότηου οὐ δύναται τοῦτο ποιεῖν ὡς αὐτοῦ πλεῖόν τι δίκαιον ἐπὶ τῷ πράγματι ἔχοντος αὐτῷ.

Un'ulteriore testimonianza, sempre appartenente alle παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν⁵¹, propende, nel caso di specie, per la concessione dell'*actio directa* «onverro» di quella *in factum* (ὁ δεσπότης ἐνάγεται τῷ Ἀκουίλιῳ ἤτοι τῇ ἰμφάκτῃ):

≠ Sch. 5* ad *B* eod. (BS 3112-6 = Sch. 1*, Hb. V. 280): Ἔσθ' ὅτε καὶ ὁ δεσπότης ἐνάγεται τῷ Ἀκουίλιῳ ἤτοι τῇ ἰμφάκτῃ. Ἐὰν γὰρ τις τὸν ἴδιον οἰκέτην ἀνέλη, δύναται ὁ βοναφίδε νεμόμενος αὐτὸν ἢ ὁ ἔχων αὐτὸν εἰς ἐνέχυρον τὸν Ἀκουίλιον ἤτοι τὴν πιγνερατικίαν κινεῖν

mentre un ultimo commento sembra equiparare —ancora una volta— l'azione *in factum* alla tutela in via utile⁵²:

⁴⁹ *Idem* c.s. (καὶ ζητεῖ βιβ. νη'. τιτ. κγ'. κεφ. ιγ').

⁵⁰ Cfr. BT 2754, «Scholia», ad h.l. («₁₇ ἐνέχυρον: Pe 4»); Hb. V, 280, ad h.l. (ad v. καὶ ὁ λαβῶν αὐτὸν εἰς ἐνέχυρον).

⁵¹ Ancora una volta Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 243 ad h.l., assegna lo *scholium* a Doroteo. È, in ogni caso, probabilmente risalente (cfr., infatti, espressioni tecniche traslitterate come ὁ βοναφίδε νεμόμενος ο, ancora, come τὴν πιγνερατικίαν, sott. ἀγωγὴν: cfr., infatti, in materia FERRINI, 1888-1889, 232; FERRINI, 1930, 436, anche se non mancano eccezioni: *vid. supra*, n. 38, Sch. 10 ad B 60.3.27.3, testo del secolo XI).

⁵² L'equiparazione si desume dal luogo relativamente al quale lo scolio è appuntato: «₁₆ τὴν: Pe 7» (BT. 2754, «Scholia» ad h.l.) e «τὴν ἰμφακτοῦμ]» (Hb. V, 280, ad h.l.).

Sch. 7§ ad B eod. (BS 3112-10 = Sch. 2†, Hb. V, 280): Τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον..., et rell⁵³.

3.18.

D 9.2.25.1 (Ulp. 18 ad ed.): *Si procurator aut tutor aut curator aut quivis alius confiteatur aut absentem vulnerasse, confessoria in eos utilis actio danda est.*

La complicata soluzione ulpiana, tesa a superare il fatto che possa aversi azione diretta soltanto se l'eventuale «*confessio* che la legge prevede (per evitare le conseguenze della *infitiatio*) venga dall'autore materiale del comportamento lesivo»⁵⁴, trova riverbero nelle fonti bizantine:

~B 60.3.25.1 (BT 2756-15 = Hb. V, 286): Ὑλπι. Ἐὰν ὁ ἐπίτροπός μου ἢ ὁ κουράτωρ ἢ ὁ προκουράτωρ μου ἢ ἄλλος τις ὁμολογήσῃ με πεφονεύκῃναι, αὐτοὶ οὐτιλίως ἐνάγονται.

e così, ancora, in un primo σχόλιον —molto probabilmente dovuto al lavoro di giuristi della prima stagione⁵⁵—

~Sch. 1 ad B eod. (BS 3121-8 = Hb. V, 286): Ὅτε προκουράτωρ ἢ ἐπίτροπος ἢ κουράτωρ ἢ ἄλλος τις ὁμολογήσῃ, ὡς ἐτραυμάτισεν ὁ τοῦ προκουράτωρος δεσπότης τινὰ ἢ ὁ πούπιλλος ἢ ὁ κουρατωρευόμενος, ἢ κομφεσορία οὐτιλίως δίδοται κατ' αὐτῶν, ἕως ὅτε εἰσὶν ἐπίτροποι ἢ κουράτωρες. Ταύτης δὲ τῆς κομφεσορίας κινουμένης οὐκ ἔτι κρίνει τὴν ὑπόθεσιν ὁ δικάζων, ἀλλὰ μόνον διατιμᾶται· ποίας γὰρ ἐξετάσεως χρεῖα κατὰ τοῦ ὁμολογοῦντος; Ἀλλ' ἴσως ἐρεῖς· τίς οὖν χρεῖα δικαστηρίου, εἰ μηδὲν κρίνει; Ἀλλὰ λέγω σοι, ὅτι ἐὰν ὁ μὲν ἐναγόμενος ὁμολογῇ πεφονυκῃναι καὶ ἔτοιμός ἐστι καταβαλεῖν τὴν διατίμησιν, χρεῖα πάντως τοῦ δικαστοῦ, ἵνα τὴν δικαίαν ποιήσῃται διατίμησιν..., et rell⁵⁶.

⁵³ Segue παραπομπή (ζήτει βιβ. ιε'. τιτ. α'. κεφ. ις').

⁵⁴ Così CORBINO, 2008, 153.

⁵⁵ Cfr. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 243, ad h.l. (sempre Doroteo).

⁵⁶ Segue παραπομπή (ζήτει βιβ. μβ'. τιτ. δ'. κεφ. θ'. θεμ. β'). Il testo è attribuito da Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 243 ad h.l., a Doroteo —dal principio e fino alle parole κατὰ τοῦ ὁμολογοῦντος— la parte che segue, infatti, potrebbe essere una aggiunta posteriore. Lo σχόλιον offre l'impressione di essere antico: cfr., tra altre, espressioni quali ὁ πούπιλλος e κομφεσορία.

e in un secondo, per contro, adespota:

~ Sch. 3 ad B eod. (BS 3121-18 = Sch. 6, Hb. V, 287): Οὐτιλίως δέ, ὅτι οὐχ ὑπὲρ ἑαυτῶν ἐνάγονται. Οὐκ ἔχουσι δὲ κατ' ἐμοῦ καταβαλόντες..., et rell⁵⁷.

Da notare che tutte e tre le fonti esaminate non trattano di *actio utilis*, ma impiegano l'avverbio οὐτιλίως, e che il testo più antico (Sch. 1, cit.) ricalca D 9.2.25.1 in rapporto all'essere l'azione (la cui menzione è sottintesa) κομφεσορία (e sempre οὐτιλίως).

3.19.

D 9.2.27.9 (Ulp. 18 ad ed.): *Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis fuit: ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius negligenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? Nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit: quid ergo est? Puto utilem competere actionem tam in eum qui ad fornacem obdormivit quam in eum qui negligenter custodit, nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munire, ne evagetur.*

Il brano, che coinvolge il pensiero di Nerazio con le rettifiche ulpiane, viene fortemente contratto all'interno dei *libri Basilicorum*, dove si eclissa il riferimento alla tutela in via utile.

≠ B 60.3.27.9 (BT 2757-13 = Hb. V, 290): Ἐὰν ὁ φουρνάριος δούλος τοῦ ἐνοίκου ἀποκοιμηθῆ καὶ καυθῆ ὁ οἶκος, χώρα τῆ μισθώσει, ἐὰν ἀμελῶς τοὺς ὑπηρέτας ἐξελέξατο· εἰ δὲ ἄλλος ὑπέβαλε τὸ πῦρ, ἐκάτερος ἐνέχεται.

Al contrario, un importante escerto —attribuibile, forse, come altri in precedenza visti, a Doroteo ovvero all'ἀντικέσωρ Stefano⁵⁸— ripercorre il brano originario (con l'aggiunta di una *infirmatio rationis* assai efficace: καὶ μηδεὶς λεγέτω, ὡς οὐδὲν ἡμαρτεν φυσικῶς τῷ ὑπνω βαρηθῆεις ὡς ἀνθρωπος —ossia che, sebbe-

⁵⁷ Segue παραπομπή (ζήτησι βιβ. η'. τιτ. β'. κεφ. λθ'. καὶ τὸν ἐκεῖ Ἀνώνυμον, καὶ βιβ. θ'. τιτ. δ'. κεφ. ζ'. θεμ. γ'.).

⁵⁸ Cfr. DE JONG, 2008, 81 e n. 248 (e *vid. supra*, n. 16).

ne il sonno sia fenomeno umano, questo non è idoneo a costituire causa di giustificazione per alcuna forma di negligenza):

≈ Sch. 30 ad *B eod.* (3125-13 = Sch. 29, Hb. V, 291): Ὁ Ἰνδιξ. Ἀρτοκοπεῖον ἐμισθώσατό τις παρ' ἐμοῦ καὶ ὁ τούτου φουρνάριος ἐκοιμήθη κατὰ τοῦ φούρνου καὶ τὸ πῦρ ἐξαφθὲν ἔκαυσε τὸ ἀρτοκοπεῖον ἢ τὴν κώμην. Ἐλεγε Νεράτιος κατέχεσθαι τὸν μισθωσάμενον τῇ λοκάτι, ἐὰν ῥαθύμως ἐπελέξατο τὸν τοιοῦτον φουρνάριον. Τὸ δὲ ζητούμενον, εἰ ὁ βαλὼν τὸ πῦρ ἢ <ὁ> ἀποκοιμηθεὶς κατέχεται τῷ διρέκτω. Ὁ μὲν γὰρ κοιμηθεὶς οὐκ αὐτὸς ἐνέπρησεν, ἀλλ' οὐδὲ ὁ ὑποβαλὼν τὸ πῦρ ἤμαρτεν· ἔδει γὰρ αὐτὸν ἐκπυρῶσαι τὸν φούρνον. Τί οὖν; Ἦρεσεν οὐτιλίαν ἀρμόζειν ἀγωγὴν κατὰ τοῦ ἀποκοιμηθέντος ὡς ῥαθυμήσαντος περὶ τὴν φυλακὴν τοῦ πυρός. Καὶ μηδεὶς λεγέτω, ὡς οὐδὲν ἤμαρτεν φυσικῶς τῷ ὕπνῳ βαρηθεὶς ὡς ἄνθρωπος· ἔδει γὰρ αὐτὸν νυστάξαντα σβέσαι τὸ πῦρ καὶ τότε κοιμηθῆναι, ἢ οὕτω φυλάξαι τὸ πῦρ, ἵνα μὴ ἔξω τοῦ φούρνου ῥέμβηται, τουτέστιν ἵνα μὴ παρεξέρχεται τὸν φούρνον τὸ πῦρ..., et rell⁵⁹.

3.20.

D 9.2.27.10 (Ulp. 18 ad ed.): Si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria tenearis? Et ait Proculus agi non posse, quia nec cum eo qui focum haberet: et ideo aequius puto in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit: sin autem nondum mihi damnum dederis, sed ita ignem habeas, ut metuam, ne mihi damnum des, damni infecti puto sufficere cautionem.

~ *B 60.3.27.10 (BT 2757-15 = Hb. V, 291):* Ἐὰν πλησίον τοῦ κοινοῦ τοίχου φούρνον ἔχης, οὐ χώρα τῷ Ἀκουιλίῳ, ὥσπερ οὔτε ἐπὶ ἐστίας· εἰ δὲ καυθῆ ὁ τοίχος, ἰμφακτοῦμ ἀρμόζει. Πρὸ δὲ τῆς ζημίας ὁ εὐλαβούμενος αὐτὴν ἐπερωτᾷ τὴν ἀγωγὴν τὴν περὶ μελλούσης ζημίας.

Il brano non è corredato da commenti significativi —salvo la παραπομπή racchiusa in Sch. 35 ad *B eod.* (BS 3125-30 = Sch. 37, Hb. V, 291), che l'edizione tedesca appunta all'espressione ἰμφακτοῦμ⁶⁰, e parrebbe, quindi pertinente rispetto al tema trattato. In realtà, Scheltema lo pone —a ragione— a corredo del termi-

⁵⁹ Segue classica παραπομπή (ζήτει βιβ. κ'. τιτ. α'. κεφ[.] ια').

⁶⁰ *Vid.* Hb. V, 291, ad h.l.

ne iniziale (ἐάν) ⁶¹, costituendo, infatti, un richiamo tematico (a *B* 58.5.8.6-7), e non già una testimonianza in merito alla concessione della tutela pretoria ⁶².

3.21.

D 9.2.27.12 (Ulp. 18 ad ed.): Si, cum apes meae ad tuas advolasent, tu eas exusseris, legis Aquiliae actionem competere Celsus ait.

Non molto differentemente si esprimono

~ *B 60.3.27.12 (BT 2758-3 = Hb. V,)*: Ἐὰν τὰς μελίσσας μου πρὸς τὰς σὰς πετασθείσας καύσης, χάρα τῶ Ἀκουιλίῳ.

Uno *scholium* affronta, invece, l'ipotesi in cui le api siano state soltanto costrette alla migrazione per mezzo della loro affumicatura. In questo caso, il giurista bizantino ritiene si possa attribuire la tutela in via utile:

≠ Sch. 44 ad *B* eod. (BS 3126-13 = Sch. 48, Hb. V, 292): [...] ⁶³.
 Εἰ δὲ διὰ καπνοῦ φυγαδεύσεις, χάρα τῶ οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ...,
 et rell ⁶⁴.

3.22.

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 muta-

⁶¹ Vid. BT 2757, «Scholia», ad h.l. («₁₅ [...] ἐάν: Pe 35»).

⁶² Peraltro le due edizioni non coincidono (cfr. BS cit.: ζήτει βιβ. νη'. τιτ. ε'. κεφ. η'. θεμ. τελευτ. - Hb. V, cit.: ζήτει βιβ. νη'. τιτ. ε'. κεφ. ιη'. ιθ'). È sicuramente preferibile la ricostruzione di Groningen.

⁶³ Precede παραπομπή (ζήτει κεφ. μθ').

⁶⁴ Segue replica della stessa παραπομπή (ζήτει κεφ. μθ'): vid. n. appena precedente. Il successivo Sch. 45 ad *B* eod. (3126-15 = Sch. 49, Hb. V, 292: Ὅτι καὶ ἀπὸ σώματος εἰς σῶμα καὶ κακοθελῆ γνώμην ἔσχεσ) fornisce una *ratio decidendi* della *regula* espressa nel commento precedente (Sch. 44, cit.), coinvolgendo (anche) il profilo della volontarietà dell'azione. Intorno a questo dato si veda il lavoro dedicato ai «profili dogmatici» ricordato più *supra*, § 1 (e n. 3), incipit.

re, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.

I Basilici, ancora una volta, sostituiscono l'*actio in factum* con l'azione nel doppio:

≠ B 60.3.27.14 (BT 2758-4 = Hb. V, 292): Ἐὰν ζιζάνιον ἢ ἄγρωστιν ἐμβάλῃς ἀλλοτρίῳ ληΐῳ, οὐ μόνον ἡ ἀγωγή ἢ περὶ βίας ἢ ἢ περὶ λάθρα κινουμένη ἀρμόζει τῷ δεσπότη καὶ τῷ μισθωτῷ, ἀλλὰ καὶ ἡ ἀγωγή ἢ τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσα· κινῶν δὲ ὁ μισθωτὸς ἀσφαλίζεται περὶ τοῦ μὴ κινήσει τὸν δεσπότην. Ἀκουΐλιος δὲ οὐχ ἀρμόζει, ἐπειδὴ μὴ ἐφθάρῃ ἢ ἐνηλλάγῃ τὸ πρᾶγμα, ἀλλὰ δυσχερῆς ἐστὶν ὁ χωρισμὸς τῆς μίξεως.

La trattazione del Digesto torna (≈ pro parte) in una rilevante testimonianza attribuita da Heimbach a Doroteo⁶⁵, con ampia digressione che copre i §§ 13-16 di D 9.2.27. Essa ripristina, per così esprimersi, rispetto a B 60.3.27.14⁶⁶, il tema della concessione dell'*interdictum quod vi aut clam*⁶⁷ nonché dell'*actio in factum*:

~ Sch. 46 ad B eod. (BS 3126-16 = Sch. 50, Hb. V, 292): Ἐπειδὴ εἶπεν ὁ Ἀκουΐλιος [I REPTO |] RUPERIT, πάντες οἱ παλαιοὶ ἐνόησαν διαφθεῖραι. Ὅθεν ἔλεγεν ὁ Κέλσος, ἐὰν αἴραν ἢ ζιζάνιον εἰς ἀλλότρια λήϊα ἐνέσπειρας, ὥστε ἀχρεῖῶσαι αὐτά, μὴ μόνον τῷ ἰντερδίκτῳ QUODVIAUTCLAM ἐνάγεσθαί σε παρὰ τοῦ δεσπότη ἢ τοῦ κολωνοῦ, εἴπερ μεμίσθωται ὁ ἀγρός, ἀλλὰ καὶ τῇ ἰμφακτούμ· κινῶντα δὲ ταύτην τὸν κολωνὸν ἀσφάλειαν χρῆ παρέχειν, ὡς οὐκέτι αὐτὴν κινήσει ὁ δεσπότης. Καὶ γὰρ ἄλλο μὲν εἶδος βλάβης ἐστὶ τὸ πρωτοτύπως διαφθεῖραι πρᾶγμα ἢ ἐναλλάξει τὴν τοῦ πράγματος ποιότητα, ἄλλο δὲ τὸ μίξει αὐτῷ ἕτερόν τι, οὗ δυσχερῆς ἐστὶν ὁ χωρισμὸς, ὡς ἐνταῦθα ἐποίησεν ὁ τὴν ἄγρωστιν ἢ τὸ ζιζάνιον ἀναμίξας

⁶⁵ Cfr. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 243, ad h.l. («§. 13-16.: Ἐπειδὴ V. 292 sq.»). Ma *vid. supra*, nn. 12, 16, 29 e 58.

⁶⁶ In realtà si tratta di uno scolio antico (*vid.* n. immediatamente seguente, comprovato dal mantenimento dei termini tecnici in lettere latine e dal preciso ricordo del giurista romano Celso), quindi risulta essere modellato sul ῥητόν ul-piano.

⁶⁷ A questo riguardo si veda anche l'anonimo Sch. 159 § ad B eod. (BS 3137-28 = Sch. 51†, Hb. V, 293): CUODBIATCLAMINTÉRDICTON (forse tratto da un testo antico, per via della scrittura in lettere latine e traslitterazione: *vid.* n. precedente): in Hb., cit., «Κουὸδ βι αὐτ κλάμ ἰντέρδικτον».

τῷ ἄλλοτρίῳ σπέρματι. Εἰ δὲ καί τις κόπρον ἐνέβαλεν εἰς τὸν ἄλλότριον οἶνον ἢ ἐξέχεεν αὐτὸν ἢ ὀξίσαι παρεσκεύασεν ἢ ἄλλῳ τρόπῳ χεῖρονα ἐποίησεν, ἐνάγεται τῷ Ἀκουίλιῳ, ἐπειδὴ καὶ ὁ ἐρημωθεὶς οἶνος καὶ ὀξίσας τῆ τοῦ φθαρέντος προσηγορία περιέχεται. Καὶ τὸ κλασθὲν καὶ τὸ ῥιφὲν τῆ τοῦ *corruptu* προσηγορία περιέχεται. Καὶ οὐδὲν ξένον ἐστὶ τὸ τὸν νόμον τινῶν ὀνομαστί μνημονεύσαντα μετὰ ταῦτα γενικὸν ἐπαγαγεῖν ῥῆμα, ὥστιν περιέχεται καὶ τὰ ἰδικῶς προεκφωνηθέντα, ὡς καὶ ἐνταῦθα ὁ Ἀκουίλιος ἐποίησεν ἰδικῶς μὲν μνημονεύσας τῶν κλασθέντων ἢ καυθέντων πραγμάτων, μετὰ ταῦτα δὲ γενικῶς τὸ *curuptis* ἐπαγαγῶν, ὅπερ ἐστὶ πάσης φθορᾶς σημαντικόν.

Assai complessa, sotto un rigoroso profilo dogmatico, è, invece, la seguente fonte, che individua nell'*actio in duplum* del testo dei Basilici (evidentemente intesa quale *actio in factum*) la natura del risarcimento del (puro) danno⁶⁸ — ma, in tal caso, dovremmo trovare la condanna nel *simplum* — (εἰς τὸ ἀζήμιον) e che richiama una παραγραφή τοῦ παλαιοῦ la quale tratta, per contro, di *actio utilis*, secondo la «con-fusione» più volte segnalata:

~ Sch. 51 ad *B* eod. (BS 3127-9 = Sch. 54, Hb. V, 293): Ἡ ἱμφακτος εἰς τὸ ἀζήμιον. Καὶ ζήτηι κεφ. θ'. θεμ. β'. καὶ τὴν ἐκεῖ παραγραφήν τοῦ ἰστυτουτοῦ. Ἡ δὲ β'. τοῦ παλαιοῦ παραγραφή ἢ ἐν τῷ γ'. θέματι οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἐρμηνεύει τὴν παροῦσαν ἱμφακτοῦμ.

3.23.

D 9.2.27.20 (Ulp. 18 ad ed.): Item si quis frumento barenam vel aliquid quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit.

Il testo, ora trascritto, di non immediatamente semplice interpretazione (dubbio che mi pare sia confermato anche dalle penetranti osservazioni del Hagiotheodorito)⁶⁹, pare estendere la legittimazione passiva aquiliana, *ex capite tertio*, anche a colui che abbia mischiato in maniera difficilmente separabile diverse sostanze buo-

⁶⁸ *Vid. supra*, § 3.1, Sch. 7* ad *B* 60.3.2.2 (BS 3091-29 = Sch. 5* cpv., Hb. V, 264), e cfr. MIGLIETTA, 2012a, 436, n. 74.

⁶⁹ Cfr., appena oltre, 129* ad *B* 60.3.27.20 (BS 3134-10 = Sch. 61*, Hb. V, 294).

ne con altre inquinanti (*quasi de corrupto agi poterit*)⁷⁰. A loro volta i *libri Basilicorum* affermano quanto segue:

~ B 60.3.27.20 (BT 2758-16 = Hb. V, 294)⁷¹: [Ἀρμόζει ὁ Ἀκουίλιος κατὰ...] καὶ τοῦ⁷² ψάμμον ἢ ἕτερόν τι σίτω μίξαντος.

A questo riguardo risultano di particolare interesse tre commenti. Alludo, in primo luogo, a

≠ Sch. 60 ad B eod. (BS 3128-4 = Sch. 63, Hb. V, 294): Οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἦτοι ἰμφρακτοῦμ ἀρμόζει, ὡς πρὸ β'. Θεμάτων περὶ τοῦ ἐμβαλόντος ἀλλοτρίω ληίω ζιζάνιον ἢ ἄγρωστιν, μετὰ λογισμοῦ.

Questo propone la concessione dell'*actio utilis*, ancora una volta interscambiabile rispetto all'*actio in factum*, richiamandosi alla *ratio decidendi* espressa a proposito di B 60.3.27.18: ivi, però, né il testo dei sovrani macedoni, né lo *scholium* che vi accede, si discostano dalla previsione dell'*actio legis Aquiliae*⁷³. Si veda, infatti, lo

Sch. 59 ad B 60.3.27.18 (BS 3127-31 = Sch. 61, Hb. V, 294): Ἐάν τις ἐσθῆτα σχίσῃ ἢ σπιλώσῃ, κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ ὡς διαφθείρας αὐτήν. Εἰ δὲ καὶ τις τὴν ἐμὴν κέγγρον ἢ τὸν ἐμόν σίτον ἐκχέει κατὰ τοῦ ποταμοῦ, ἀρκεῖ μοι ὁ Ἀκουίλιος. Εἰ δὲ καὶ ψάμμον ἀναμίξει τις τῷ ἐμῷ σίτω, ὡς δυσχερῆ εἶναι τὸν χωρισμὸν αὐτοῦ, καὶ οὕτω διαφθείρειν αὐτὸν δοκεῖ καὶ κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ.

Non meno interessante, per contro, risulta essere la testimonianza espressamente attribuita al Hagiotheodorito, il quale precisa

⁷⁰ Nonostante il dato letterale (*quasi de corrupto agi poterit*), che potrebbe anche far pensare ad una tutela in via utile, il confronto con la sezione costituita da D 9.2.27.14-20 (Ulp. 18 ad ed.), nel suo complesso, deve far propendere per l'applicazione dell'*actio legis Aquiliae* anche in questa ipotesi.

⁷¹ Il testo dipende dalla premessa espressa in B 60.3.27.18 (BT 2758-15 = Hb. V, 294): Ἀρμόζει ὁ Ἀκουίλιος κατὰ τοῦ..., et rell.

⁷² Il fatto che anche i Basilici ritengano applicabile la stessa azione concessa almeno con riferimento ai precedenti due paragrafi è dimostrato dalla struttura espressiva: Ἀρμόζει ὁ Ἀκουίλιος κατὰ τοῦ... καὶ τοῦ... καὶ τοῦ... *Vid.* anche *supra*, n. precedente.

⁷³ Cfr. B 60.2.37.18, e Sch. 59 ad B eod. (BS 3127-31 = Sch. 61, Hb. V, 294): [...] καὶ κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ.

la difficoltà «immediata» di comprendere quale tutela fosse accordata (se *utilis* o *directa*: οὐκ εἶπεν, ἢ ὁ δίρεκτος ἢ ὁ οὐτίλιος, ἀλλὰ ἀφῆκεν ἀνεκφώνητον, ὥστε σε νοεῖν καὶ τοῦτον καὶ ἐκεῖνον), concludendo per quella diretta (οὕτως οὖν καὶ αὐτὸς νόει ἐνταῦθα τὸν Ἀκουίλιον), quindi secondo l'interpretazione offerta da B 60.3.27.20:

~ Sch. 129* ad B 60.3.27.20 (BS 3134-10 = Sch. 61*, Hb. V, 294): Τοῦ Ἀγιοθεοδωρίτου. Οὐκ εἶπεν, ἢ ὁ δίρεκτος ἢ ὁ οὐτίλιος, ἀλλὰ ἀφῆκεν ἀνεκφώνητον, ὥστε σε νοεῖν καὶ τοῦτον καὶ ἐκεῖνον. Ἐπεὶ γὰρ ἐμελλε παρακατιῶν ἀναμίξ εἰπεῖν θέματά τινα μὴ ἐπιδεχόμενα τὸν δίρεκτον Ἀκουίλιον, ὡς τὴν ἀφαιρεθείσαν ἐσθῆτα καὶ τὸν εἰς τὸν ποταμὸν ῥιφέντα σῖτον ἢ κέγχρον· τινὰ δὲ τὸν οὐτίλιον δεχόμενα Ἀκουίλιον, ὡς τὴν ψάμμον τὴν σίτῳ μιγεῖσαν, καθὼς ἐν τῷ ἰ. θεμ. ἐπὶ ὁμοίῳ παραδείγματι εἶπε τῷ τῆς ἀγρώσιδος· διὰ τοῦτο ἐν τῇ ἀρχῇ τοῦ θέματος τὸν Ἀκουίλιον ἀφῆκέ σοι ἀνεκφώνητον, ἵνα ἔλκης αὐτὸν προσφόρος καὶ ὡς πέφυκεν, ἐφ' ἐν ἕκαστον τῶν μελλόντων ῥηθήσεται θεμάτων. Οὕτως οὖν καὶ αὐτὸς νόει ἐνταῦθα τὸν Ἀκουίλιον.

3.24.

D 9.2.27.21 (Ulp. 18 ad ed.): *Si quis de manu mihi nummos excuserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. Idem etiam in factum dari posse actionem ait.*

Non v'è dubbio che il passo corrispondente dei Basilici abbia frainteso il pensiero di Ulpiano (o l'autore del primo sia stato tratto in inganno dalla morfologia di D 9.2.27.21). Se, infatti, il testo originario distingue l'ipotesi in cui debba essere concessa l'azione diretta, da quella in cui, invece, abbia luogo l'azione di furto, recuperando il pensiero di Sabino che unisce — a questa seconda sola ipotesi — la possibilità di agire «anche» con l'*actio in factum*, B 60.3.27.21 fondono l'*actio legis Aquiliae* con l'*actio in factum*, separando la tutela contro il furto:

≠ B 60.3.27.21 (BT 2758-17 = Hb. V, 294): Ἐὰν ἐκ τῆς χειρός μου νούμμοις ἐκτινάξης ὥστε μὴ περιελθεῖν εἰς τινα, τυχὸν εἰς ποταμὸν ἢ θάλασσαν ἢ ὑπόνομον, χῶρα τῷ Ἀκουίλιῳ καὶ τῇ ἱμφακτούμ· εἰ δὲ εἰς ἄλλον περιέλθωσιν, ἀρμόζει ἢ περὶ κλοπῆς εἰς τὸ διπλάσιον ἀγωγῇ.

Numerosi, e interessanti, i commenti bizantini, a cominciare dallo Sch. 61 ad *B eod.*⁷⁴, che tuttavia omette proprio il riferimento all'*actio in factum*, per proseguire con il suggestivo brano, forse desunto dalle opere dell'Anonimo⁷⁵, che invece sembra anticipare il contenuto dispositivo di *D 9.2.27.21* (la cui parte finale —*idem* [*i. e. Sabinus*] *etiam in factum dari posse actionem ait*— risulta, come già osservato, un poco ambigua), ma con l'indicazione —più corretta (poiché non può aversi, in ogni caso, per diritto romano classico concorso tra azione diretta e azione *in factum* in tema di danneggiamento)— del concorso alternativo:

~ Sch. 62 ad *B eod.* (BS 3128-12 = Sch. 65, Hb. V, 294): Εἰ μὲν γὰρ ἐπὶ τῷ κερδᾶναι τούτους ἐξετίναξεν εἰς ποταμὸν ἢ εἰς θάλασσαν ἢ εἰς ὑπόνομον, ἐνέχεται τῇ φύρτι. Τί γάρ, ὅτι τοὺς νούμμους ἐξετίναξεν εἰς τόπον θαλάσσης ἢ ποταμοῦ, ἔνθα ἡδύνατο διανηξάμενος τούτους λαβεῖν; Εἰ δὲ μὴ ἐπὶ τῷ κερδᾶναι, ἀλλ' ἐπὶ τῷ ζημιῶσαι, χώρα τῷ Ἀκουιλίῳ ἤτοι τῇ ἰμφακτούμ. Οὐδὲ γὰρ ἐβλάβη τὸ σῶμα τῶν νομισμάτων ὑπὸ τοῦ ὕδατος.

Classica fusione tra tutela utile e tutela *in factum* si rinviene, nuovamente, in

Sch. 63 ad *B eod.* (BS 3128-17 = Sch. 66, Hb. V, 295): Τὸ 'καί' ἀντὶ τοῦ ἤτοι· ἡγουν τῷ οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ. Οὐτιλίος δὲ κινεῖται διὰ τὸ μὴ βλαβῆναι τὸ σῶμα τῶν νούμμων..., et rell⁷⁶

poiché lo scolio è aderente alle parole καὶ τῇ ἰμφακτούμ⁷⁷.

Coerente con il testo ulpiano, per contro, risulta lo Sch. 65 ad *B eod.*, nella parte finale (εἰ δὲ ὁ ἐκτινάξας - εἰς τὸ ἀζήμιον), in cui si presenta ancora una volta la soluzione secondo la quale la tutela *in factum* sia funzionale, di per sé, alla pura reintegrazione patrimoniale:

⁷⁴ Cfr. BS 3128-6 = Sch. 64, Hb. V, 294.

⁷⁵ Cfr. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 243, ad h.l.

⁷⁶ Segue παραπομπή (καὶ ζητεῖ βιβ. κ'. τιτ. δ'. κεφ. ιδ'. καὶ βιβ. ν'. τιτ. α'. κεφ. ιε').

⁷⁷ Cfr. BT 2758, «Scholia» ad h.l. («₁₈ [...] καὶ: Pe 63»); Hb. V, 295, ad h.l. («καὶ τῇ ἰμφακτούμ...»).

~ Sch. 65 ad B eod. (BS 3128-25 = Sch. 68, Hb. V, 295): Καλῶς ὁ νομοθέτης ἀπολύτως εἶπεν ἄρμόζει ἡ περὶ κλοπῆς, οὐ προσέθηκε δέ, κατὰ τίνος. Σὺ γοῦν λέγε, ὅτι εἰ μὲν ὁ ἐκτινάξας σκοπὸν εἶχεν, ἵνα κλαπῶσι καὶ κερδανθῶσι παρὰ τίνος τὰ ἐκτιναχθέντα, τότε καὶ ἀμφοτέροί εἰσι κλέπται καὶ κατὰ τῶν ἀμφοτέρων δίδοται ἡ φούρτι· κατὰ μὲν τοῦ ἐκτινάξαντος ὡς συνεργήσαντος εἰς τὴν κλοπὴν, ὡς τιτ. ιβ'. κεφ. ν'. θεμ. β'. καὶ κεφ. νβ'. θεμ. α'. καὶ ι', κατὰ δὲ τοῦ ταῦτα λαβόντος ὡς κατέχοντος καὶ ψηλαφῶντος τὸ ἀλλότριον ἐν εἰδήσει τοῦ λυπῆσαι τὸν δεσπότην, ὡς κεφ. τοῦ αὐτοῦ τιτ. μγ'. θεμ. ε'. Εἰ δὲ ὁ ἐκτινάξας οὐ κακίστη διαθέσει ἐξετίναξε τὰ νομίσματα, οὐκ ἐνέχεται τῇ περὶ κλοπῆς, ἀλλὰ τῇ ἱμφακτοῦμ εἰς τὸ ἀζήμιον. Κλοπὴ γὰρ ἄνευ κακίστης διαθέσεως οὐχ ἀμαρτάνεται.

Emerge, invece, un ulteriore problema ermeneutico in un brano, dogmaticamente assai articolato, dovuto al Hagiotheodorito, il quale corregge la menzione dell'*actio legis Aquilia* con la tutela utile —unendola a quella *in factum* (qui eloquentemente definita quale «azione generale»: ἡ γὰρ ἱμφακτος γενικῆ)⁷⁸:

≠ Sch. 130* ad B eod. (3134-19 = Sch. 65*, Hb. V, 294): Τοῦ Ἀγιοθεοδώριτου. Ἦγουν τῷ γε οὐτίλιῳ Ἀκουίλιῳ· χώρα καὶ τῇ ἱμφακτον. Ὅταν γὰρ χώραν ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος σχῆ, ἔχει χώραν καὶ ἡ ἱμφακτος, καὶ ἔξεστιν ἡμῖν τότε οἶον βουλόμεθα κινεῖν, ἢ τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἢ τὴν ἱμφακτον. Ὅτι δὲ ἄλλο τι ἔοικεν εἶναι ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος καὶ ἄλλο ἡ ἱμφακτος, ζήτηι κεφ. λ'. θεμ. γ'. καὶ τὴν ἐκεῖ παραγραφὴν τοῦ Ἀνωνύμου. Ζήτηι δὲ περὶ τῆς ἱμφακτου τούτου τοῦ κεφ. θεμ. θ'. καὶ θεμ. κβ'. καὶ τὴν ἐκεῖσε παραγραφὴν καὶ τιτ. δ'. κεφ. ε'. θεμ. ε'. καὶ τὴν ἐκεῖ παραγραφὴν. Ὅστε ἐνθα μὲν ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἔχει χώραν, ἀρμόζει ὁμολογουμένως καὶ ἡ ἱμφακτος· οὐκ ἤδη δὲ ἐνθα ἀρμόζει ἡ ἱμφακτος, ἀρμόζει ἐξ ἀνάγκης καὶ οὐτίλιος Ἀκουίλιος. Ἀνάγνωθι γὰρ καὶ κεφ. ξβ'. τούτου τοῦ τιτ. Ἦ γὰρ ἱμφακτος γενικῆ οὔσα καὶ καθολικῆ κατηγορεῖται κατὰ πάσης οὐτιλίας ἀγωγῆς· ὡς καὶ ἡ καθολικῆ συμφωνία κατηγορεῖται κατὰ πράσεως, μισθώσεως καὶ παντὸς συναλλάγματος, οὕτω γοῦν καὶ ἡ ἱμφακτος κατὰ πάσης οὐτιλίας ἀγωγῆς κατηγορουμένη ποτὲ

⁷⁸ Intorno a questo importante concetto, cfr. ALIBRANDI, 1870, 176; ERMAN, 1908, 594 e ss.; BRUGI, 1910, 289 e ss.; BRUGI, 1912, 143; ARANGIO RUIZ, 1946, 98; MIGLIETTA, 2012a, 417-418, n. 30. Cfr. anche CURSI, 2010, 89 e ss.

μὲν κινεῖται ἴμφακτος οὐτίλιος Ἀκουίλιος, ποτὲ δὲ ἴμφακτος τοιάδε οὐτιλία, ἤγουν πρὸς τὴν οὐτιλίαν ἐκάστην ἀγωγήν, οἷα δ' ἂν ἦ. Πολλάκις δὲ θεωρεῖται καθ' ἑαυτὴν μόνον, ὡς καὶ ἡ δεπεκουλίω καὶ ἡ καθόλου συμφωνία.

3.25.

D 9.2.27.32 (Ulp. 18 ad ed.): Si quis aquae ductum meum diruerit, licet cementa mea sunt, quae diruta sunt, tamen quia terra mea non sit, qua aquam duco, melius est dicere actionem utilem dandam.

~ *B 60.3.27.32 (BT 2759-15 = Hb. V, 299):* Εἰ δὲ ὕδραγωγίον κλάσει, οὐτιλίως ἐνέχεται τῷ ἔχοντι τὸ δίκαιον, ἐπειδὴ μὴ ἔστιν αὐτοῦ τὸ ἔδαφος, εἰ καὶ τῶν καταστραφειῶν ὑλῶν δεσπότης.

Quanto ai *Basilici*, si noti l'espressione non frequentissima οὐτιλίως (ἐνέχεται), mentre per i commenti, si veda il seguente⁷⁹:

~ *Sch. 144* ad B eod. (BS 3136-20 = Sch. 105*, Hb. V, 299):* Ἐάν τις τὸ ὕδραγωγίον μου καταλύσῃ, κατέχεται μοι τῷ Ἀκουίλιῳ. Μᾶλλον δέ, ἐπειδὴ εἰ καὶ τὰ χαλκώματα, δι' ὧν ἀκοδόμηται τὸ ρεῖθρον, ἐμὰ ἔστιν, ὅμως ἡ γῆ, δι' ἧς εἴλκετο τὸ ὕδωρ, ἐμὴ οὐκ ἔστι, καὶ διὰ τοῦτο οὐκ εἰμί κυρίως δεσπότης τοῦ ὕδραγωγίου, βέλτιόν ἐστιν οὐτιλίαν ἀγωγήν διδόναι κατ' αὐτοῦ.

3.26.⁸⁰

D 9.2.27.34 (Ulp. 18 ad ed.): Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alliga-

⁷⁹ Attribuito da Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 243, ad.h.l., nuovamente a Doroteo.

⁸⁰ Cfr. anche *D 9.2.27.24 (Ulp. 18 ad ed.): Si navem venaliciarum mercium perforasset, Aquiliae actionem esse, quasi ruperit, Vivianus scribit.* Il testo trova parzialissima corrispondenza nelle fonti bizantine in *B 60.3.27.24 (BT 2758-22 = Hb. V, 295):* καὶ ὁ πλοῖον τρυπήσας. Ἔ, tuttavia, recuperato, per così dire nella sua integrità, «fuori sede», ossia in *≠ B 53.2.5 (BT VII 2445-11 = B 53.2.4, Hb. V, 114):* Ὁ λοῖον τρυπήσας ὑπόκειται τῇ ἀγωγῇ τῇ ἀπαιτούσῃ ἐξ ὁμολογίας μὲν τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλάσιον [διπλοῦν, Hb.] che tratta, appunto, di *actio in duplum*: cfr. Hb. VII, Suppl. alterum (FERRINI e MERCATI, 1897, 100 e 182 = ried. Miglietta, 2008, 422 e 504). Poiché questa testimonianza risulta esterna al titolo analizzato, mi è parso opportuno non inserirla nel censimento che si va conducendo, ma ugualmente ho avvertito la necessità di segnalarla (così come per le fonti indicate *supra*, n. 4, e oltre, n. 88).

verit 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.

Il testo ulpiano non ricomprende riferimenti alla tutela pretoria, al pari del corrispondente passo racchiuso in

~ B 60.3.27.34 (BT 2759-19 = Hb. V, 299): Ἐὰν μισθωσάμενος τὸν δούλον μου ποιήσης αὐτὸν μουλίωνα, ὁ δὲ τὸν χαλινὸν δήση περὶ τὸν ἴδιον ἀντίχειρα καὶ ταραχθεῖσα ἢ μούλα τὸν ἀντίχειρα ἀποσπάση καὶ ἑαυτὴν κατακρημνίσῃ, ἀρμόζει κατ' ἐμοῦ ὁ Ἀκουίλιος καὶ ἡ ἀγωγή ἢ περὶ μισθώσεως κινουμένη, εἴ γε ἀντὶ ἐμπείρου ἄπειρον ἐμίσθωσα· εἰ δὲ τὴν μούλαν ἄλλος ἐτάραξε, καὶ γὰρ καὶ ὁ δεσπότης αὐτοῦ ἔχομεν τὸν κατ' αὐτοῦ Ἀκουίλιον.

Al contrario, diversi *scholia* modificano l'assetto stabilito dalla fonte latina, introducendo la menzione dell' Ἀκουίλιος οὐτίλιος:

≠ Sch. 148* ad B eod. (BS 3137-1 = Sch. 114*, Hb. V, 300): Τοῦ αὐτοῦ⁸¹. Καὶ εἰκότως· ἐπεὶ γὰρ σοι μουλίωνα ἐμισθωσάμην ἐμπειρον περὶ τοῦτο αὐτό, ὁ δὲ εὐρέθη ἀμελής τε καὶ ἄπειρος καὶ ῥάθυμος καὶ μὴ κατέχων τὴν μούλαν ἀσφαλῶς μηδὲ διακυβερωῶν ταύτην ἐνδεχομένως, ἀλλὰ μόνω τῷ ἀντίχειρι τὴν τῆς μούλας καταπιστεύσας κυβένησιν, αὐτὸς ἐξ ἀμελείας ἢ ἀπειρίας τῆς μούλας γέγονεν αἴτιος τοῦ κρημνοῦ· εἰ γὰρ ἀσφαλῶς ταύτην ἐκράτει, οὐκ ἂν ἑαυτὴν κατεκρημνίσεν. Ἐκ ῥάθυμίας οὖν ἢ καὶ ἀπειρίας τοῦ ἐπ' αὐτῷ τούτῳ παρ' ἐμοῦ μισθωθέντος δούλου μουλίωνος ἀρμόζει κατ' ἐμοῦ τοῦ δεσπότη τοῦ δούλου ὁ Ἀκουίλιος οὐτίλιος· ποῦ γὰρ ἐνταῦθα δίρεκτος;

≠ Sch. 149* ad B eod. (BS 3137-9 = Sch. 117*, Hb. V, 300): Τοῦ αὐτοῦ⁸². Ἐνταῦθα οἶμαι τὸν οὐτίλιον, διότι κατὰ παντὸς ἄλογον ζῶον ἐρεθίσαντος ἢ ταράξαντος ἢ καὶ λογικόν, ἐὰν ἐκ τοῦ τοιούτου ἐρεθισμοῦ ἢ ταραγμοῦ γένηται βλάβη ἢ

⁸¹ Potrebbe, forse, trattarsi del Hagiotheodorito, poiché lo Sch. 147* (BS 3136-33 = Hb. V, 300), appena precedente, è attribuito, *expressis verbis*, in questo modo: τοῦ Ἀγιοθεοδώριτου.

⁸² *Vid. n. precedente.*

ζημία, οὐτίλιος Ἀκουΐλιος περὶ τῆς τοιαύτης βλάβης κινεῖται. Περὶ δὲ τοῦ ὠθήσαντος λογικὸν ἢ ἄλογον ζῶον ζητεῖ κεφ. ζ'. θεμ. β'. ἐν τέλει καὶ τὴν ἐν αὐτῷ παραγραφὴν, τὴν δὲ αὐτὴν καὶ περὶ τοῦ ἐρεθίσαντος..., et rell⁸³.

≠ Sch. 172§ ad B eod. (BS 3138-12 = Sch. 114†, Hb. V, 300): Οὐτίλιος. Καὶ ἀνάγνωθι τὸ ἐξῆς θεμ⁸⁴.

3.27.

D 9.2.27.35 (Ulp. 18 ad ed.): *Item si tectori locaveris laccum vino plenum curandum et ille eum pertudit, ut vinum sit effusum, Labeo scribit in factum agendum.*

L'actio in factum viene, nuovamente, sostituita con l'azione «nel doppio» in

≠ B 60.3.27.35 (BT 2760-3 = Hb. V, 300): Ἐὰν οἴνου πλήρη λάκκον μισθώσω κονιάτη ἐπὶ τῷ φιλοκαλῆσαι αὐτόν, ὁ δὲ τρυπήσῃ καὶ ἐκχυθῇ ὁ οἶνος, ἀρμόζει ἢ ἀγωγή ἢ εἰς τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσα

così come problematico si presenta anche il testo collegato al vocabolo ἀγωγή⁸⁵

≠ Sch. 117 ad B eod. (BS 3132-21 = Sch. 121, Hb. V, 300): Ἰμφακτος· ἤγουν οὐτίλιον Ἀκουΐλιον.

Ritorna, invece, alla versione originaria un commento che dovrebbe essere antico⁸⁶, anche per il ricordo espresso del nome di Labeone (λέγει ὁ Λαβεῶν...):

~ Sch. 150* ad B eod. (BS 3137-15 = Sch. 118*, Hb. V, 300): Ἐμισθωσάμην τεχνίτην ἐπὶ τῷ φροντίσαι τοῦ λάκκου μου ἤδη γέμοντος οἴνου καὶ ἐπιμελήσεσθαι αὐτοῦ· ὁ δὲ ἐτρύπησε

⁸³ Segue παραπομπή (ζητεῖ καὶ κεφ. θ'. θεμ. β'. καὶ κεφ. ια'. θεμ. ζ'. καὶ τιτ. β' κεφ. α'. περὶ τὰ τέλη).

⁸⁴ Lo scolio è appuntato al termine ὁ Ἀκουΐλιος: cfr. BT 2759, «Scholia», ad h.l. («₂₁ [...] Ἀκουΐλιος: Pe 172»); Hb. V, 300, ad h.l.

⁸⁵ Cfr. BT. 2760, «Scholia», ad h.l. («₄ ἀγωγή: Pe 116, 117).

⁸⁶ Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 243, ad h.l., lo assegna, ancora una volta, a Doroteo.

τὸν λάκκον, ὥστε τὸν ἐν αὐτῷ οἶνον ἀπολέσθαι. Λέγει ὁ Λαβεῶν κατέχεσθαι αὐτὸν τῇ ἰμφάκτῳ

nonché un altro *scholium*:

~ Sch. 151* ad B eod. (BS 3137-18 = Sch. 121*, Hb. V, 300): Ὅτε μὲν ἀπὸ σώματος εἰς σῶμα γίνεται ἡ βλάβη, τότε κινεῖται ὁ Ἀκουίλιος· ὅτε δὲ αἰτίας μεσολαβησάσης γένηται ἡ βλάβη καὶ μὴ ἀπὸ σώματος εἰς σῶμα, τότε χῶρα τῇ ἰμφάκτῳ.

Questo risulta di certo interesse anche per il profilo di (ri)definizione dogmatica circa la concessione dell'*actio in factum* — ὅτε δὲ αἰτίας μεσολαβησάσης γένηται ἡ βλάβη, che coinvolge l'ipotesi del danno causato «indirettamente»⁸⁷.

3.28.⁸⁸

D 9.2.29.7 (Ulp. 18 ad ed.): *Magistratus municipales, si damnnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. Nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est. Item si dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur legem Aquiliam locum habere: quod dicendum est et si ex lege pignus cepit. Si quid tamen magistratus adversus resistentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio*⁸⁹.

Diversamente i Basilici operano una sintesi del pensiero ulpiano, che influisce, in primo luogo, sulla caduta della tutela pretoria (peraltro legata ad un *tópos*, che è quello dell'animale di cui sia stata causata la morte per inedia):

⁸⁷ Per questo profilo, rimando nuovamente a MIGLIETTA, 2012b.

⁸⁸ Cfr. anche D 9.2.29.5 (Ulp. 18 ad ed.): *Si funem quis, quo religata navis erat, praeciderit, de nave quae periit in factum agendum*. Il testo non trova corrispondenza in B 60.3 (cfr. BS 2760 = Hb. V, 301), ma è recuperata nel «Supplementum alterum» di FERRINI e MERCATI: cfr., infatti, B 53.2.9 (BT 2446-13 = Hb. V, 115): Ἐὰν τὸν σχοῖνον, ᾧ τὸ πλοῖον ἐδέδετο, κόψη τις καὶ ἀπόληται, εἰς τὸ διπλοῦν καταδικάζεται: cfr. Hb. VII, Suppl. alterum (FERRINI e MERCATI, 1897, 100 e 182 = ried. Miglietta 2008, 422 e 504), ove l'*actio in factum* è nuovamente sostituita dall'azione nel doppio. *Vid.* anche *supra*, nn. 4 e 80.

⁸⁹ Quanto a D 9.2.39.5 (Ulp. 18 ad ed.) *vid. supra*, nt. precedente — come già anticipato, il testo non è stato considerato dalle fonti bizantine.

≠ B 60.3.29.7 (BT 2760-13 = Hb. V, 301): Καὶ ὁ στρατηγὸς ἀδίκως ζημιώσας ὑπόκειται τῷ Ἀκουιλίῳ καὶ ὁ λαβὼν εἰς ἐνέχυρον θρέμματα καὶ μὴ συγχωρήσας τῷ δεσπότη τρέφειν αὐτά, ἐὰν ἐντεῦθεν λιμῶ φθαρῶσι, καὶ ὁ συννόμως ἢ παρανόμως λαβὼν ἐνέχυρον καὶ ἀποδοὺς αὐτὸ τετριμμένον ἢ ἐφθαρμένον. Ὁ ἄρχων βίαιόν τι ποιήσας κατὰ τοῦ ἀνθισταμένου οὐκ ἐνέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ, οὔτε εἰ δούλον ἔλαβεν εἰς ἐνέχυρον καὶ ἀπήγατο.

Per contro —nel collegamento logico tra l'espressione καὶ ἐν φάκτω e quella che segnala la concessione della tutela edittale, κατ' αὐτοῦ ἱμφακτος ἀγωγή— la coerenza ritorna in un brano forse (*vid. traslitterazione ἐν φάκτω*) antico⁹⁰:

~ Sch. 2 ad Beod. (BS 3139-9 = Hb. V, 301): Εἰ δὲ καὶ στρατηγοὶ πόλεως ζημιώσουσί τινα, κατέχονται τῷ Ἀκουιλίῳ. Οὐδὲ γὰρ ὀφείλουσι κακῶς ἀποκεχρησθαι τῇ ἐξουσίᾳ τῆς δικαιοδοσίας αὐτῶν. Καὶ ἐν φάκτῳ γὰρ οἶδα, ὅτι ἐκέλευσε στρατηγὸς ἄλογα ζῶὰ τινος ἐνεχυρασθῆναι καὶ λιμῶ αὐτὰ διέφθειρε μὴ συγχωρήσας τῷ δεσπότη θρέψαι αὐτά, καὶ ἐδόθη κατ' αὐτοῦ ἱμφακτος ἀγωγή. Εἰ δὲ καὶ νομίζων στρατηγὸς κατὰ νόμον ἐνεχυράζειν τινὰ παρὰ τὸν νόμον ἐνεχυράσει αὐτὰ καὶ συντριβέντα τὰ πράγματα ἢ διαφθαρέντα ἀποδώσει, κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ. Κατέχεται δὲ αὐτῷ καὶ εἰ κατὰ νόμον ἐνέχυρα λαβὼν διέφθειρεν αὐτά. Εἰ δὲ ὁ στρατηγὸς τῆς πόλεως ἢ ἀγορανόμος κατὰ τινος οὐ δεόντως ἀνθισταμένου αὐτῷ ποιήσει τι ἐπιζήμιον, οὐ κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ. Εἰ γὰρ καὶ δούλος εἰς ἐνέχυρον αὐτῷ δεδομένος ἀγχόνη ἑαυτὸν ἀνέλη, οὐδεμίᾳ δίδοται κατὰ τοῦ στρατηγοῦ ἀγωγή..., et rell⁹¹.

Al contrario, uno σχόλιον interlineare manifesta chiara propensione, sul punto, per la tutela in via utile (sempre in relazione all'aver fatto morire di fame l'animale —situazione che presupporrebbe, invece, nella visione del Digesto, la tutela *in factum*)⁹²:

⁹⁰ Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 243, ad h.l., lo ascrive come di consueto all'opera di Doroteo.

⁹¹ Segue παραπομπή (ζήτει βιβ. ι'. τιτ. β'. κεφ. γ').

⁹² Cfr., concordemente, BT 2760, «Scholia», ad h.l. («₁₅ φθαρῶσι: Pe 18»), e Hb. V, 302, ad h.l. («ἐὰν ἐντεῦθεν λιμῶ φθαρῶσι»). Si veda, tuttavia, più *supra*, § 3.8, in ordine a D 9.2.9.2 (Ulp. 18 ad ed.), ove sia il testo delle fonti latine, sia i commenti bizantini, (ri)affermano la concessione della tutela *in factum*.

≠ Sch. 18§ ad *B* eod. (BS 3140-21 = Sch. 6, Hb. V, 302): Χώρα τῶ οὔτιλίῳ Ἀκουιλίῳ.

3.29.

D 9.2.30.2 (Paul. 22 ad ed.): *Si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda est actio*⁹³.

Similmente si esprimono

~ *B* 60.3.30.2 (BT 2761-2 = Hb. V, 303): Ὁ ἀλλότριον οἶνον ἢ σῖτον δαπανῶν οὐ δοκεῖ μὲν ἀδίκως ζημιοῦν, ὑπόκειται δὲ οὔτιλία ἀγωγῆ

e, parimenti, viene richiamata l'*actio utilis* in un testo risalente⁹⁴:

~ Sch. 11 ad *B* eod. (BS 3141-24 = Hb. V, 303): Ἐὰν ἀλλότριόν τις οἶνον ἢ σῖτον λαβὼν καταναλώσῃ αὐτόν, οὐκ ἔδοξεν ἀδίκως καταβλάπτειν τὸ πρᾶγμα, ἐπειδὴ διὰ τοῦτο γίνεται ὁ οἶνος καὶ ὁ σῖτος διὰ τὸ δαπανᾶσθαι αὐτόν. Μᾶλλον οὖν οὔτιλία δίδοται ἀγωγῆ κατὰ τοῦ πiónτος τὸν ἀλλότριον οἶνον καὶ φαγόντος τὸν ἀλλότριον σῖτον.

Più complessi risultano essere i princìpi recati da

≠ Sch. 13 ad *B* eod. (BS 3141-29 = Hb. V, 303): Τινὲς μὲν οὔτιλίῳ Ἀκουιλίῳ, ἄλλοι ἰμφρακτούμ..., et rell⁹⁵,

⁹³ Per quanto riguarda, invece, *D* 9.2.30.1 (Paul. 22 ad ed.): *Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. Nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio* — le fonti bizantine non contengono tracce della tutela pretoria.

⁹⁴ Cfr. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 243, ad h.l., lo ascrive — come di prassi — all'opera di Doroteo.

⁹⁵ Segue παραπομπή (Ἀνάγνωθι τὸ τέλος τοῦ ἰδ'. διγ. τοῦ ε'. τιτ. τοῦ ἰθ'. βιβ. ἡγουν βιβ. κ'. τιτ. δ').

nonché, soprattutto, da un testo forse generato dal pensiero dell'Enantiophanes:

≠ Sch. 14 ad *B* eod. (BS 3141-31 = Sch. 13, Hb. V, 304): [...] ⁹⁶
Ἐκεῖ γὰρ οὔτε τὸν δίρεκτον οὔτε τὸν οὐτίλιον δίδωσιν
Ἀκουίλιον, ἀλλὰ τὴν ἱμφακτούμ. Καὶ ἔστιν εἰπεῖν, ὅτι καὶ
ἐνταῦθα τὴν ἱμφακτούμ ἤγουν τὴν τὸ ἀζήμιον περιποιούσαν
λέγει ὁ βασιλικὸς διὰ τοῦ εἰπεῖν οὐτιλίαν ἀγωγὴν· καὶ γὰρ
πᾶσα ἱμφακτος οὐτιλία ἐστίν.

i quali, infatti, ribadiscono l'interscambiabilità tra *actio in factum* e *actio utilis*.

3.30.

D 9.2.33.1 (*Paul. 2 ad Plaut.*): *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

~ *B* 60.3.33.1 (BT 2762-5 = Hb. V, 307): Ἐνθα ζημίας
γενομένης οὐχ ἀρμόζει ὁ Ἀκουίλιος, χώρα τῇ ἱμφακτούμ.

Gli *σχόλια*, sul punto, non affrontano il discorso, sebbene una testimonianza sembri far riferimento indiretto alla tutela *in factum*, in virtù dell'indicazione di un passo parallelo, che, in questo caso, è opportuno riportare:

Sch. 9* ad *B* eod. (BS 3147-10 = Sch. 7*, Hb. V, 307): Ὡς
ὅταν δώσω δούλω φάρμακον καὶ δι' αὐτοῦ πίων ἀποθάνη·
ἐνταῦθα γὰρ οὐκ ἔστι κατ' ἐμοῦ ὁ Ἀκουίλιος, ὅτι μὴ διὰ τῶν
ἐμῶν χειρῶν ἔπιε τὸ φάρμακον. Τοῦτο γὰρ ἔγνωσ ἐν τῷ θ'.
κεφ. τοῦ παρόντος τιτ. θεμ. α'.

In relazione all'espressione οὐχ ἀρμόζει ὁ Ἀκουίλιος lo scoliaste richiama, probabilmente a fini didattici (τοῦτο γὰρ ἔγνωσ ἐν τῷ...), i concetti espressi in *D* 9.2.9 pr. (qui indicato come θεμ. α'), ossia nel testo dedicato al *medicamentum* offerto —ma non somministrato in modo diretto— dalla ostetrica alla puerpera, in ordine a cui si concludeva *in factum actionem dandam*⁹⁷.

⁹⁶ È premessa una παραπομπή (Ζήτηι βιβ. κ'. τιτ. δ'. κεφ. ιδ'. θεμ. τελευτ. ἐναντιοφανές καὶ τὸν αὐτοῦ παλαιόν).

⁹⁷ *Vid. supra*, § 3.7. In quella sede, si è notato che, mentre i libri dei sovrani macedoni sostituiscono la tutela *in factum* con quella nel doppio, gli *σχόλια* coinvolti nella discussione ribadiscono la soluzione labeoniano-ulpiana. Proba-

3.31.

D 9.2.41 pr. (Ulp. 41 ad Sab.): *Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. Et Marcellus libro quinto digestorum dubitans negat competere. Quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? Ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. Ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem. Sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit.*

I Basilici —come più volte accade e più volte osservato— sostituiscono la menzione della tutela *in factum* con l'azione con richiesta «del doppio»:

≠ B 60.3.41 pr. (BT 2763-17 = Hb. V, 311): Ὅρι. Ἐάν τις ἀπαλείψῃ διαθήκην, οὐ τῷ διαθεμένῳ, ἀλλὰ τῷ κληρονόμῳ καὶ τοῖς ληγαταρίοις ἀρμόζει ὁ Ἀκουῖλιος· αὐτῶν γὰρ εἶναι δοκεῖ ἡ διαθήκη δικαίωμα. Χειρογράφου ἀπαλιφέντος χώρα τῷ Ἀκουῖλίῳ. Ὁ τὴν παρακαταθεθεῖσαν αὐτῷ διαθήκην ἀπαλείψας ἢ πλείοσιν ἀναγνοὺς ἐνάγεται τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση καὶ τῇ περὶ ὕβρεως, ἐὰν ἐφ' ὕβρει τὰ ἀπόρρητα ἐδημοσίευσεν

mentre la versione del Digesto viene ribadita in un *fons* attribuito consuetamente da Heimbach a Doroteo⁹⁸:

~ Sch. 14* ad B eod. (BS 3153-19 = Sch. 6*, Hb. V, 312): Εἰ δὲ καὶ τις τὴν παρακαταθεθεῖσαν αὐτῷ διαθήκην ἀπαλείψῃ ἢ πολλῶν παρόντων ἀναγνῶ αὐτήν, κατέχεται τῇ ἱμφάκτῳ. Κατέχεται δὲ καὶ τῇ ἰνιουριάρῳ, ἐὰν ὕβριζων τὸν διαθεμένον τὴν ἀπόκρυφον αὐτοῦ βουλήν ἐδημοσίευσεν.

Non meno importante è lo scolio immediatamente successivo, il quale contiene importanti rilievi d'ordine testuale che dimostrano una non comune sensibilità filologica da parte del suo (peraltro ignoto ma) tardo estensore:

bilmente a questa tradizione appartiene anche lo Sch. 9* ad B 9.2.33.1, appena trascritto.

⁹⁸ Cfr. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 244, ad h.l. Ma *vid. supra*, nn. 12, 29 e 45.

~ Sch. 15* ad B eod. (3153-22 = Sch. 11*, Hb. V. 312): Ὅρα, πῶς ἐνταῦθα ἐναντιοῦται ὁ βασιλικὸς τῷ παλαιῷ. Ὁ μὲν γὰρ τὴν τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσαν ἀγωγὴν ἐνταῦθα λέγων δῆλός ἐστιν, ὡς τὴν περὶ κλοπῆς λέγει, ὡς ἀπὸ τοῦ ἐπαγομένου κεφ. τοῦ 'ἔσθ' ὅτε'. ὁ δὲ παλαιὸς φανερώς ἰμφάκτουμ ἔγραψεν.

Lo scoliaste —che a mio giudizio potrebbe essere l'Enantiophanes (vb. ἐναντιοῦται)— osserva, infatti, che il passo dei Basilici, opponendosi al «testo originario»⁹⁹, concede l'azione nel doppio —sebbene, nel prosiegua, egli identifichi tale multiplo con quello previsto dall'azione di furto (non manifesto), mentre, come abbiamo più volte potuto constatare, si tratta di una particolarità dell'opera macedonica— e ricorda, peraltro correttamente, che ὁ παλαιός «scrive palesemente *in factum*» (φανερώς ἰμφάκτουμ ἔγραψεν)¹⁰⁰.

Si veda, quindi, anche il testo successivo, che in una sintesi quanto mai impoverita (e impoverente) pare confermare, sul punto, il brano latino:

~ Sch. 16* ad B eod. (BS 3153-26 = Sch. 11*, Hb. V, 312): Τῷ μὲν διαθεμένῳ τῷ καὶ παραθεμένῳ τῇ ἰμφάκτῳ καὶ τῇ περὶ παραθήκης καὶ τῇ περὶ κλοπῆς· τῷ δὲ κληρονόμῳ καὶ τοῖς ληγαταρίοις τῷ Ἀκουιλίῳ καὶ τῇ περὶ κλοπῆς, ἐὰν κλοπιμαίῳ λογισμῷ τὴν διαθήκην ἀπήλειψεν ὁ ἀπαλείψας..., et rell¹⁰¹,

nonché, infine,

~ Sch. 22§ ad B eod. (BS 3154-5 = Sch. 11†, Hb. V, 312): Τῇ ἰμφάκτῳ¹⁰².

⁹⁹ Almeno per quanto pervenuto al giurista bizantino (cfr. Hb. VI, «Prolegomena», 29 e ss.).

¹⁰⁰ È appena il caso di sottolineare che si tratta di uno *scholium* della serie più tarda, poiché tratta dei *Basilici*. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 244, ad h.l., ritiene che la paternità sia dell'Anonimo (va da sé che, in ogni caso, si indica il giurista più recente identificato con questo nome: per indicazioni bibliografiche, *vid. MIGLIETTA*, 2007, 736, n. 165).

¹⁰¹ Segue παραπομπή (ζήτησι τὸ ἐξῆς θεμ. καὶ τὸ μβ'. κεφ.).

¹⁰² Il laconico commento interlineare è aderente alle parole τῇ ἀγωγῇ τῇ τὸ διπλοῦν: cfr. BT 2764, «Scholia», ad h.l. («₃ [...] ἀγωγῇ: Pe [...] 22»), e Hb. V, 312, ad h.l.

3.32.

D 9.2.49 pr. (Ulp. 9 disp.): *Si quis fumo facto apes alienas fugaverit vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur quam occidisse, et ideo in factum actione tenebitur.*

Ancora una volta i libri dei Basilici sostituiscono il richiamo alla tutela *in factum* con l'azione nel doppio:

≠ B 60.3.49 pr. (BT 2766-1 = Hb. V, 317): Ὑλπι. Ὁ διαὶ καπνοῦ φονεύσας ἢ φυγαδεύσας ἀλλοτρίας μελίσας ὑπόκειται τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση ἀγωγῇ.

A questo proposito —chiosando il rimando all'azione nel doppio¹⁰³— il seguente commento interviene in quest'ulteriore modo:

≠ Sch. 2 ad B eod. (BS 3159-10 = Sch. 3, Hb. V, 317): Οὐτιλίω Ἀκουίλιω, ὡς καὶ ἰνστιτ. δ'. τιτ. γ'. τὸ τέλος¹⁰⁴.

3.33.

D 9.2.53 (Nerat. 1 membr.): *Boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.*

In questo caso, i *libri Basilicorum* si adeguano al testo del Digesto:

~ B 60.3.52 (BT 2767-19 = B 60.3.53, Hb. V, 321): Νερατ. Ἀλλοτρίους βόας ἤλασας κατὰ στενωποῦ καὶ ἐκρημνίσθησαν ἐνέχη τῇ ἱμφρακτοῦμ.

¹⁰³ Cfr. BT 2766, «Scholia», ad h.l. («₂ τῇ: Pe 2, 3»), e Hb. V, 317, ad h.l. («ὑπόκειται τῇ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση ἀγωγῇ»).

¹⁰⁴ Il commento immediatamente successivo precisa il punto in questo modo: Sch. 3 ad B eod. (BS 3159-11 = Hb. V, 317): Ὡς αἴτιος τοῦ θανάτου γενόμενος, οὐχ ὡς οικεία χειρὶ φονεύσας αὐτόν —che richiama il concetto del *causam mortis praestare* (intorno a cui v., per tutti, NÖRR, 1986, *passim*). Ma, ancora una volta, il profilo è erroneo (o, meglio, prosegue nella problematica identificazione tra *actio utilis* e *actio in factum*: *vid.*, infatti, *supra*, §§ 3.6, 3.8 e 3.9, nonché il presente). In questa ipotesi, infatti, si sarebbe dovuto coerentemente trattare di *actio in factum* e non di *actio utilis*, come in Sch. 2 cit., invece, avviene.

Alla fonte bizantina si appunta un solo commento, interlineare e apparentemente adespota¹⁰⁵, che segnala, tuttavia, una soluzione differente:

≠ Sch. 1§ ad B eod. (BS 3164-6 = Sch. 1†, Hb. V, 321): Ὁ ὕψιδιξ-
οὔτιλίω Ακουλίω.

4. Poiché, come è peraltro noto, il titolo LX.3 dei Basilici coinvolge, in chiusura —come avviene in genere— i testi tratti dal *Codex giustiniano*, è opportuno che l'analisi si spinga a considerare anche le costituzioni imperiali nelle quali si tratta di tutela pretoria, in confronto con la tradizione bizantina.

4.1.

C 3.35.2 (*imp. Gordian., a. 239*): *Legis Aquiliae actione expertus adversus eum, quem domum tuam deposuisse vel incendio concremasse damnoque te adflixisse proponis, ut id damnum sarciatur, competentis iudicis auctoritate consequeris. Quin etiam, si aqua per iniuriam alio derivata est, ut in priorem statum restituatur, eiusdem iudicis cura impetrabis.*

~ B 60.3.58 (BT 2768-16 = B 60.3.59, Hb. V, 323): Ὁ καταλύσας τὴν οἰκίαν σου καὶ ἐντεῦθεν σε ζημιώσας προνοία τοῦ ἄρχοντος ποιήσει τὸ ἀζήμιον μετὰ τοῦ καὶ τὸ διαφέρον σοι δίκαιον τοῦ ὕδατος, ὅπερ μετωχέτευσεν, εἰς τὸ ἀρχαῖον σχῆμα ἀποκαταστήναι.

Le due versioni della costituzione gordiana non trattano della tutela pretoria, che viene, invece, evocata in altrettanti σχόλια, forse entrambi escertipiti dall'opera di Taleleo¹⁰⁶.

Il primo testo titolato, in particolare, contiene alcuni brani tratti dal κατὰ πόδας al Codice del giurista giustiniano, e inserisce il profilo della tipologia di tutela che possa essere concessa, laddove, tratta l'acqua dalla proprietà altrui —con evidente essicazione del fondo— si sia causata la morte di alberi o di animali. Se lo Sch. 1 —indicato come derivato da un κατὰ πόδας, ma che, in realtà, sviluppa una discretamente ampia digressione— pone il problema (evidenziando la possibile alternativa tra l'*actio directa* e

¹⁰⁵ Cfr. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 244, ad h.l. (e *vid.* Hb. VI, «Prolegomena», 5-6 e 19).

¹⁰⁶ Cfr. Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 360, ad h.l.

quella *utilis*), lo Sch. 2 identifica nell'azione utile il corretto mezzo di reazione:

≠ Sch. 1 ad B eod. (BS 3166-24 = Hb. V, 323): Θαλαλαίου. Τὸ κατὰ πόδας. Τῇ τοῦ Ἀκουιλίου ἀγωγῇ χρησάμενος κατ' ἐκείνου, ὄντινα τὸν οἶκον καταλῦσαι ἢ ἐμπρῆσαι καὶ ζημίᾳ σε περιβαλεῖν λέγεις, ἐπὶ τῷ ταύτην τὴν ζημίαν κατορθωθῆναι διὰ τῆς τοῦ ἄρχοντος αὐθεντίας ἐπιτεύξῃ. Οὐ μὴν ἀλλ' εἰ καὶ τὸ ὕδωρ ἀλλαχοῦ μετωχετεύθη, ἵνα εἰς τὴν ἀρχαίαν κατάστασιν ἀποκαταστή, τῇ τοῦ ἄρχοντος προνοίᾳ ἐπιτεύξῃ. Καὶ τὸ μὲν κατὰ πόδας οὕτως. Θεμάτισον, ὅτι ἐξ ὧν τὸ ὕδωρ ἀφείλετο ἔβλαψέ με ἢ τῶν δένδρων τῶν ἐμῶν ξηρανθέντων ἢ ἀλόγων ἐμῶν ὑπὸ δίφους ἀποθανόντων, ἵνα ἐστὶν οὐτίλιος Ἀκουίλιος, ἢ ὅτι τὸν ὄλκον κατέστρεψε, ἵνα ἐστὶ δίρεκτος Ἀκουίλιος. Εἰ γὰρ ζημίᾳ μὲν οὐκ ἐγένετο, ζητῶ δὲ τὸ τοῦ ὕδατος δίκαιον, τὴν περὶ δουλείας ἰνρῆμ δύναμαι κινῆσαι κατ' αὐτοῦ. Κατὰ δὲ τοῦ ἐμπρῆσαντος οἶκον κινεῖται καὶ ἄλλη ἀγωγῇ λεγομένη AEDIUMINCAICARUM.

≠ Sch. 2 ad B eod. (BS 3167-6 = Hb. V, 324): Εἰ μὲν τὸν ὄλκον κατέστρεψε τοῦ ὕδατος, ἔχω κατ' αὐτοῦ τὸν δίρεκτον Ἀκουίλιον· εἰ δὲ μὴ κατέστρεψεν, ἀλλ' ἐκ τοῦ μετοχετευθῆναι τὸ ὕδωρ ἀπέθανον τὰ ζῶά μου, τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον ἔχω.

4.2.

C 3.35.5 (*imp. Diocl. e Maximian., a. 293*): *De pecoribus tuis, quae per iniuriam inclusa fame necata sunt vel interfecta, legis Aquiliae actione in duplum agere potes.*

La singolare costituzione diocleziana sembra già affermare che —in generale— debba essere concessa l'*actio in duplum*. La *regula*, del resto, è ribadita dai Basilici, che offrono tale soluzione a più riprese:

~ B 60.3.61 (BT 2769-5 = B 60.3.62, Hb. V, 324): Ὁ θρόμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῶ διαφθείρας κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ. Καὶ σημειῶσαι, ὅτι καὶ ὁ ὠρισμένος Ἀκουίλιος τῶν διπλασιαζομένων ἐστὶ πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντία δόξῃ κεκράτηνται τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες.

Il passo dei sovrani macedoni chiarisce immediatamente che la previsione del *duplum* è prodotta dall'*infitiatio*, che la costituzione

di Diocleziano e Massimiano —almeno nei termini in cui ci è pervenuta— non esplicitava (sebbene possa ritenersi, forse, accennata laddove si afferma che *in duplum agere potes*, ossia che «è possibile» agire con l'azione aquiliana nel doppio, senza affermare che «si agisce (sempre)» *in duplum*), e rivolge un (severo) rimprovero, neppure tanto velato, a coloro che negano un tale effetto.

Il testo prosegue secondo una strana struttura, poiché pare aver assorbito un'*adnotatio* (che doveva costituire, per contro, uno *σχόλιον* autonomo)¹⁰⁷: καὶ σημείωσαι, ὅτι – ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες. E pure il contenuto è singolare, poiché vi si sostiene che anche l'*actio utilis* (ὁ ὠρισμένος Ἀκουίλιος)¹⁰⁸ può prevedere una condanna nel doppio.

Più complesso risulta quanto osservato in

≠ Sch. 1 ad B eod. (BS 3168-4)¹⁰⁹: Σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἤγουν ἢ ἰμφακτοῦμ ἐξ ἀρνήσεως διπλοῦν ἀπαιτεῖ.

¹⁰⁷ Secondo il mio parere, in origine le testimonianze doveva essere così scandita: B 60.3.61: Ὁ θρέματα ἀποκλείσας ἢ λιμῶ διαφθείρας κατέχεται τῷ Ἀκουίλιῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ - Sch. '1' ad B eod.: Καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὠρισμένος Ἀκουίλιος τῶν διπλασιαζομένων ἐστὶ πολλοὶ γὰρ τῇ ἐναντία δόξῃ κεκράτηνται τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διατάξεως ἀγνοοῦντες.

¹⁰⁸ Può apparire strano che, qui, si tratti di «*actio utilis*», attraverso l'uso dell'espressione ὁ ὠρισμένος Ἀκουίλιος. Se, infatti, si guarda ai normali lessici, ὠρισμένος, quale derivato dal verbo ὀρίζω, acquista il significato di *definite* (cfr. STEPHANUS, 1572, c. 2069, ad h.v.; LEOPOLD, 1852, 894, ad h.v.). In realtà, nel linguaggio giuridico tardo-bizantino, si osserva l'uso di ὠρισμένος con riferimento, ad esempio, al sostantivo χρόνος (pertanto con il significato di *tempus utile*, in altri, traslati, termini «definito»: cfr. Lexikon ἀυσεθ O1 [BURGMANN, 1990, 317]: UTILIOS οὐτιλιους· οὐτίλιος, ὠρισμένος χρόνος, e così anche in Lexikon Μαγκίπιουν O39 [STOLTE, 1990, 362]: Οὐτιλιους· ὠρισμένος χρόνος, ἀνθ' οὖν νῦν ἐστὶ συναπτὴ ἢ τῆς ἀποκαταστάσεως τετραετία —in TP. 3.9.10, e.g., compare, invece, ancora con la classica traslitterazione, come ὁ χρόνος... οὐτίλιος [ed. REITZ, 599], utiliós [ed. FERRINI, 308; ed. LOKIN, 584]; la forma οὐτίλιος et similia, del resto, in chiave processuale, riemerge numerose volte in Ῥωμαϊκαὶ ἀγωγαὶ [I 2.8-7, 2.18.32, 5.8-7, 6.13-27, 7.29-5, 7.41-21, 9.16-3 e 5, 9.22-4: cfr. MEIJERING, 1990, *passim*] e in Lexikon Hexab. aucta, I 81-3, 12 e 14, I 86-13, O 11: cfr. FÖGEN, 1990, *passim*). Tuttavia, a riprova della soluzione adottata per la forma ὁ ὠρισμένος Ἀκουίλιος, questa può acquistare il valore di quella latina *Aquila utilis*: cfr. Lexikon Μαγκίπιουν O36 [*ibid.*]: Οὐτιλιους· ὠρισμένος. Intorno a questi profili, *vid.* (più limitate, nella allegazione delle fonti, ma ugualmente) interessanti osservazioni in WIEGARD, 2009, 65 e ss.

¹⁰⁹ Non trova corrispondenza in Hb. V, 324, ad h.l.

che torna all'identificazione tra azione utile e azione *in factum*.

È opportuno sottolineare, infine, che il concetto sostanziale viene, peraltro, ribadito in un altro commento di Teodoro¹¹⁰ (riferito, tuttavia, a *B* 60.3.60 = *C* 3.35.4), che richiama espressamente il testo di Basilici di cui si sta trattando (ή ε'. διάταξις τοῦ παρόντος τίτλου):

~ Sch. 1 ad *B* 60.3.60 (BS 3167-23 = Sch. 1 ad *B* 60.3.61, Hb. V, 324): Θεοδώρου. Μετὰ τὰς ἀποδείξεις διπλασιάζεται ὁ Ἀκουίλιος ἐξ ἀρνήσεως. Τὸ αὐτὸ φησιν ἡ ε'. διάταξις τοῦ παρόντος τίτλου ἐπὶ τοῦ λιμώξαντος ἀλλότρια θρέμματα καὶ ἀρνησαμένου τοῦτο ποιῆσαι.

4.3.

C 3.35.6 (*imp. Dioclat. et Maximian., a. 294*): *De his, quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis*

≠ *B* 60.3.62 (BT 2769-9 = *B* 60.3.63, Hb. V, 324): Ἐάν τις ἀδίκως ἀλλότριον ἀγρὸν καταβοσκήση, κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ περὶ τῆς καταβοσκηθείσης γῆς· ἐπειδὴ δὲ μὴ οἰκείῳ σώματι τὴν βλάβην ἐπήγαγεν, εἰκότως οὐτίλιον Ἀκουίλιον δέδωκε. Καλῶς δὲ ἐθεμάτισα, ὅτι εἰς τὸν ἀλλότριον ἀγρὸν ἀπαγαγὼν κατεβόσκησεν· ἐὰν γὰρ καρπῶν ἀλλοτριῶν πεσόντων ἐν τῇ ἰδίᾳ γῇ ἀπαγαγὼν τὰ ἴδια θρέμματα κατεβόσκησεν, οὐκέτι ἐστὶν ὁ Ἀκουίλιος, ἀλλὰ ἡ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτοῦσα ἀγωγή κατὰ τὸ κείμενον ἐν τῷ ὀγδόῳ βιβλίῳ τῶν δεσέβους.

Secondo il parere di Heimbach, *B* 60.3.62 andrebbe idealmente suddiviso in due sezioni: la prima (che si estende dall'inizio al sostantivo γῆς) costituirebbe il testo della διάταξις, mentre il seguito — da ἐπειδὴ δὲ fino al termine — deriverebbe da una *adnotatio* di Taleleo¹¹¹. È indubbio che la parte corrispondente a *C* 3.35.6 copra il solo periodo ἐάν τις ἀδίκως ἀλλότριον ἀγρὸν καταβοσκήση, κατέχεται τῷ Ἀκουιλίῳ περὶ τῆς καταβοσκηθείσης γῆς, e che il resto appartenga ad una annotazione di un giurista. Poiché gli scolii che fanno da corteo ai testi di *B* 60.3, corrispondenti a *C* 3.35, derivano tutti dalla scrittura di

¹¹⁰ Cfr. SCHMINCK, 1991b, 2046 e ss. (con bibliografia).

¹¹¹ *Vid.* Hb. VI, «Manuale Basilicorum», 360, ad h.l. (e cfr. già quanto da me osservato *supra*, § 4.2).

Teodoro e di Taleleo, la soluzione dell'editore tedesco non dev'essere lontana dalla verità. In ogni caso, per ragioni di rispetto della fonte, come a noi trādita, è preferibile, in questa sede, mantenere il testo unitariamente, come se il richiamo alla tutela onoraria fosse proprio di *B* 60.3.62 (allo stesso modo con il quale si è agito con riguardo a *B* 60.3.61).

A questa testimonianza accedono, inoltre, alcune esplicazioni di certo interesse ai fini della nostra ricerca. Mi riferisco a

≠ Sch. 1 ad *B* eod. (BS 3168-7 = Hb. V, 324): Θεοδώρου. Ὁ βόσκων ἀδίκως ἐν ἀλλοτρίᾳ γῆ θρέμματα τῷ Ἀκουίλιῳ ὑπόκειται, οὐτιλίῳ δέ

ancora a

≠ Sch. 2 ad *B* eod. (BS 3168-9 = Hb. V, 324): Ἡ ἱμφακτούμ..., et rell¹¹²,

e, finalmente, a

≠ Sch. 4* ad *B* eod. (BS 3168-12 = Sch. 3, Hb. V, 325): Σημείωσαι τέως καὶ ἐκ τούτου τοῦ κεφαλαίου, ὅτι ἄλλο τί ἐστὶν ἱμφακτος καὶ ἕτερον οὐτίλιος Ἀκουίλιος· ὁ μὲν γὰρ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἐστὶ καὶ ἱμφακτος, ἡ δὲ ἱμφακτος οὐκ ἤδη ἐστὶν οὐτίλιος Ἀκουίλιος. Γενικωτέρα γὰρ ἐστὶν αὕτη ἀρμόζουσα καὶ ἐπὶ ἄλλων θεμάτων..., et rell¹¹³.

Il primo brano —espressamente assegnato a Teodoro¹¹⁴— concede l'*actio utilis*, al posto di quella *directa*, mentre il secondo, alla luce di una specificazione (alle parole di *B* 60.3.62 ἀλλὰ ἡ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτούσα ἀγωγή), apre alla presenza dell'azione *in factum* —secondo il principio, più volte osservato, che questa sarebbe finalizzata al risarcimento del prezzo puro della *res*. Il terzoσχόλιον, quindi, opera una *distinctio* piuttosto articolata, secondo la quale l'*actio in factum* non risulta corrispondere a quella *utilis*, poiché, sebbene tutte le azioni utili (relative alla responsabilità extracontrattuale: ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος) siano «anche» *in fac-*

¹¹² Segue παραπομπή (ὡς βιβ. κ'. τιτ. δ'. κεφ. ιδ'. θεμ. δ').

¹¹³ Segue παραπομπή (ἀνάγνωθι καὶ κεφ. κζ'. θεμ. ιε'. καὶ τὴν ἐκεῖ παραγραφήν).

¹¹⁴ *Vid. supra*, § 2.

tum, l'*actio in factum* non corrisponde ad un'azione utile derivante dall'Aquilia. Sembra quasi di essere in presenza di una *regula* conclusiva del titolo in questione, che consegna una definizione dogmatica non secondaria per quanto concerne le fonti di nostro interesse, sebbene contraddetta da numerose fonti (si veda, per tutte, lo Sch. 14 ad *B* 60.3.30.2: γὰρ πᾶσα ἰμφρακτος οὐτιλία ἐστίν).

5. Segue, ora, una «Tavola di sintesi» dei risultati raggiunti, nella quale —seppure in forma congetturale— si cerca di ripristinare la successione cronologica delle testimonianze¹¹⁵, facendo precedere al testo dei Basilici gli σχόλια (probabilmente) anteriori¹¹⁶. In relazione alle fonti bizantine, verrà riportata la forma precisa —anche sintatticamente— attraverso la quale è stata espressa la concessione del mezzo di tutela giurisdizionale: questo consentirà nel prossimo studio contenutistico di verificare anche il «peso» delle variazioni morfologiche (interne alle fonti greco-romane), ai fini di più precise attribuzioni degli scolii¹¹⁷.

ΤΟ ΡΗΤΟΝ	ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ ΤΩΝ ΠΑΛΑΙΩΝ	ΤΑ ΒΑΣΙΛΙΚΑ	ΝΕΑΙ ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ
3.1. [D 9.2.2.2]		[B 60.3.2.2]	Sch. 7*: <i>a. in factum</i> (ἰμφρακτούμ)
3.2. [D 9.2.5.2]		[B 60.3.5.2]	Sch. 8: <i>a. in factum</i> (ἰμφρακτούμ) Sch. 21*: <i>a. in factum</i> (ἰμφρακτος)
3.3. [D 9.2.7.2]		[B 60.3.7.2]	Sch. 4: <i>a. utilis</i> (τῶ οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ)
3.4. D 9.2.7.3: <i>a. in factum</i>	Sch. 9, Anon.: <i>a. in factum = a. utilis</i> (τῇ ἰμφρακτούμ, τουτέστιν οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ) Sch. 32*, ?: <i>a. in factum</i> (ἰμφρακτούμ)	B 60.3.7.3: <i>a. in duplum</i> (τῇ τοῦ διπλοῦ ἀπαιτήσει)	

¹¹⁵ Vid. quanto osservato, in premessa, *supra*, § 2.

¹¹⁶ Vid. SCHMINCK, 1991b, 2046 e ss.

¹¹⁷ Vid. *supra*, § 1 (e n. 3, in particolare). I luoghi posti tra parentesi quadre indicano i passi nei quali non è considerata la tutela onoraria.

ΤΟ ΡΗΤΟΝ	ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ ΤΩΝ ΠΑΛΑΙΩΝ	ΤΑ ΒΑΣΙΛΙΚΑ	ΝΕΑΙ ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ
3.5. [D 9.2.7.4]	Sch. 10, ?: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιον Ἀκουίλιον)	[B 60.3.7.4]	
3.6. D 9.2.7.6: <i>a. in factum</i>	Cfr. Sch. 16, Anon., ad B 60.3.7.5: <i>a. in factum</i> (ἰμφάκτω)	B 60.3.7.6: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφακτούμ)	Sch. 19: <i>a. in factum</i> = <i>a. utilis</i> (ἰμφακτούμ] τουτέστι τῶ οὐτίλιῶ Ἀκουίλιῶ) Sch. 20: <i>a. in factum</i> = <i>a. utilis</i> (ἰμφακτούμ] ὅτι ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἰμφακτός) Sch. 33*: <i>a. in factum</i> (ἰμφακτούμ) Cfr. anche Sch. 22: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιῶ Ἀκουίλιῶ)
3.7. D 9.2.9 pr.: <i>a. in factum</i>	Sch. 1, Dor./Steph.: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφακτούμ)	B 60.3.9 pr.: <i>a. in duplum</i> (τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση ἀγωγῆ)	Sch. 15*: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφακτούμ)
3.8. D 9.2.9.2-3: <i>a. in factum</i>	Sch. 4, Cirillo: <i>a. in factum</i> (ἰμφακτούμ) Sch. 6, Steph. ?: <i>a. utilis</i> (ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος)	B 60.3.9.2-3: <i>a. in factum</i> (ἰμφακτούμ)	Sch. 7: <i>a. utilis</i> (Οὐτίλιος Ἀκουίλιος) Sch. 8: <i>a. in factum</i> (ἰμφακτός) Sch. 10: <i>a. utilis</i> (τῶ οὐτίλιῶ Ἀκουίλιῶ)
3.9. D 9.2.11.1: <i>a. in factum</i>	Sch. 42*, Dor./Steph.: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφακτούμ)	B 60.3.11.1: <i>a. in duplum</i> (τῆ ἀγωγῆ τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση)	Sch. 1: <i>in factum</i> = <i>a. utilis</i> (τῆ ἰμφακτούμ... ἤγουν τῶ οὐτίλιῶ Ἀκουίλιῶ) Sch. 3: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφακτούμ) Sch. 5: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφακτούμ)
3.10. D 9.2.11.5: <i>a. in factum</i>	Sch. 49*, Dor./Steph.: <i>a. in factum</i> (τῆν ἰμφακτούμ)	B 60.3.11.5: <i>a. in duplum</i> (τῆ ἀγωγῆ τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση)	Sch. 56§: <i>a. in duplum</i> = <i>a. utilis</i> (ἤτοι τῶ οὐτίλιῶ Ἀκουίλιῶ)

ΤΟ ΡΗΤΟΝ	ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ ΤΩΝ ΠΑΛΑΙΩΝ	ΤΑ ΒΑΣΙΛΙΚΑ	ΝΕΑΙ ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ
3.11. <i>D</i> 9.2.11.6: <i>a. directa</i>		<i>B</i> 60.3.11.6: <i>a. directa</i>	Cfr. Sch. 22: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιον) cfr. Sch. 24: <i>a. directa, a. utilis</i> (ὁ ἐξ ὀρθοῦ. Ὁ οὐτίλιος...) cfr. Sch. 26: <i>a. directa, a. utilis</i> (ὁ ἐξ ὀρθοῦ· ὁ γὰρ οὐτίλιος...)
3.12. <i>D</i> 9.2.11.8: <i>a. in factum</i>	Sch. 31, ?: <i>a. in factum</i> (ἡ ἱμφακτος ἀγωγὴ) Sch. 51*, ?: <i>a. in factum</i> (ἱμφακτος ἀγωγὴ)	<i>B</i> 60.3.11.8: <i>a. in duplum</i> (τὴν τοῦ διπλοῦ ἀπαίτησιν)	Sch. 30: <i>a. in factum utilis</i> (ἱμφακτοῦμ οὐτίλιον Ἀκουίλιον) Sch. 32: <i>a. in factum utilis</i> (ἱμφακτον οὐτίλιον Ἀκουίλιον)
3.13. <i>D</i> 9.2.11.10: <i>a. utilis</i> (<i>iudicium utile</i>) <i>D</i> 9.2.12: [<i>a. utilis</i>]	Sch. 39, Dor./Steph.: <i>a. utilis</i> (ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος) Sch. 35, Anon. ?: <i>a. directa</i> (Ἀκουίλιος)	<i>B</i> 60.3.11.10: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιον Ἀκουίλιον)	Sch. 52*: [<i>a. utilis</i> ?] (τὸν Ἀκουίλιον, εἰ καὶ μὴ ἐξ ὀρθοῦ)
3.13.	Sch. 40, Ciril.: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιον)		
3.14. <i>D</i> 9.2.13 pr.: <i>a. utilis</i>		<i>B</i> 60.3.13 pr.: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιον Ἀκουίλιον)	
3.15. [<i>D</i> 9.2.13.3]		[<i>B</i> 60.3.13.3]	Sch. 16§: <i>a. in factum</i> (τότε γὰρ ἱμφακτος)
3.16. [<i>D</i> 9.2.14]		[<i>B</i> 60.3.14]	Sch. 4§: <i>a.l.A. oppure a. in factum</i> (τῶ Ἀκουίλιῳ ἢ τῇ ἱμφακτοῦμ ἡ...)
3.17. <i>D</i> 9.2.17: <i>a. in factum</i>	Sch. 5*, Dor./Steph.: <i>a. directa o a. in factum</i> (τῶ Ἀκουίλιῳ ἢ τοι τῇ ἱμφάκτῃ)	<i>B</i> 60.3.17: <i>a. in factum</i> (τὴν ἱμφακτοῦμ)	Sch. 3: <i>a. directa</i> (ὁ Ἀκουίλιος) Sch. 4: [<i>a. in factum</i> ?] (τὸν δίρεκτον... κατὰ δὲ τοῦ δεσπότηου οὐ δύναται τοῦτο ποιεῖν) Sch. 7§: <i>a. in factum = a. utilis</i> (τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον)

ΤΟ ΡΗΤΟΝ	ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ ΤΩΝ ΠΑΛΑΙΩΝ	ΤΑ ΒΑΣΙΛΙΚΑ	ΝΕΑΙ ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ
3.18. D 9.2.25.1: <i>a. confessoria utilis</i>	Sch. 1, Dor./Steph.: <i>a. confessoria utiliter</i> (ή κομφεσορία ούτιλίως)	B 60.3.25.1: <i>agere utiliter</i> (ούτιλίως)	Sch. 3: <i>utiliter</i> (ούτιλίως)
3.19. D 9.2.27.9: <i>a. utilis</i>	Sch. 30, Dor./Steph.: <i>a. utilis</i> (ούτιλίαν άγωγήν)	[B 60.3.27.9]	
3.20. D 9.2.27.10: <i>a. in factum</i>		B 60.3.27.10: <i>a. in factum</i> (ιμφακτούμ)	
3.21. D 9.2.27.12: <i>a. directa</i>		B 60.3.27.12: <i>a. directa</i>	Cfr. Sch. 44: <i>a. utilis</i> (τῷ ούτιλίῳ Ἀκουίλιῳ)
3.22. D 9.2.27.14: <i>a. in factum</i>	Sch. 46, Dor./Steph.: <i>a. in factum</i> (άλλά και τῆ ιμφακτούμ)	B 60.3.27.14: <i>a. in duplum</i> (άλλά και ἡ άγωγή ἡ τὸ διπλοῦν άπαιτούσα)	Sch. 51: <i>a. in factum</i> (ή ιμφακτος - ιμφακτούμ) ma anche <i>a. in factum</i> = <i>a. utilis</i> (ούτίλιον Ἀκουίλιον έρμηνεύει τὴν παρούσαν ιμφακτούμ)
3.23. [D 9.2.27.20]		[B 60.3.27.20]	Sch. 60: <i>a. utilis</i> = <i>a. in factum</i> (ούτίλιος Ἀκουίλιον ἤτοι ιμφακτούμ) Sch. 129*, Hagioth.: (<i>a. utilis</i> —) <i>a. directa</i> (ούτως οὖν και αυτός νόει ένταῦθα τὸν Ἀκουίλιον)
3.24. D 9.2.27.21: <i>a. in factum</i>	Sch. 62, Anon.?: <i>a. directa</i> «oppure» <i>a. in factum</i> (τῷ Ἀκουίλιῳ ἤτοι τῆ ιμφακτούμ)	B 60.3.27.21: <i>a. directa</i> «e» <i>a. in factum</i> (τῷ Ἀκουίλιῳ και τῆ ιμφακτούμ)	Sch. 63: <i>a. in factum</i> = <i>a. utilis</i> (ἤγουν τῷ ούτιλίῳ Ἀκουίλιῳ. Ούτίλιος δὲ ...) Sch. 65: <i>a. in factum</i> (τῆ ιμφακτούμ) Sch. 130*, Hagioth.: <i>a. utilis</i> — <i>a. in factum</i> « <i>generalis</i> » (ἤγουν τῷ γε ούτιλίῳ Ἀκουίλιῳ· χῶρα και τῆ ιμφακτον... ἡ γάρ ιμφακτος γενική)

ΤΟ ΡΗΤΟΝ	ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ ΤΩΝ ΠΑΛΑΙΩΝ	ΤΑ ΒΑΣΙΛΙΚΑ	ΝΕΑΙ ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ
3.25. D 9.2.27.32: <i>a. utilis</i>	Sch. 144*, Dor./ Steph.: <i>a. utilis</i> (οὐτιλίαν ἀγωγὴν)	B 60.3.27.32: <i>agere utiliter</i> (οὐτιλίως)	
3.26. [D 9.2.27.34]		[B 60.3.27.34]	Sch. 148*, Hagioth.?: <i>a. utilis</i> (ὁ Ἀκουίλιος οὐτίλιος) Sch. 149*, Hagioth.?: <i>a utilis</i> (οὐτίλιος Ἀκουίλιος) Sch. 172§: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιος)
3.27. D 9.2.27.35: <i>a. in factum</i>	Sch. 150*, Dor./ Steph.: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφάκτω)	B 60.3.27.35: <i>a. in duplum</i> (ἡ ἀγωγὴ ἢ εἰς τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσα)	Sch. 117: <i>a. in factum = a. utilis</i> (ἰμφακτος· ἤγουν οὐτίλιον Ἀκουίλιον) Sch. 151*: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφάκτω)
3.28. D 9.2.29.7: <i>a. in factum</i>	Sch. 2, Dor./Steph.: <i>a. in factum</i> (ἰμφακτος ἀγωγὴ)	[B 60.3.29.7]	Sch. 18§: <i>a. utilis</i> (οὐτιλίω Ἀκουίλιω)
3.29. D 9.2.30.2: <i>a. utilis</i>	Sch. 11, Dor./Steph.: <i>a. utilis</i> (οὐτιλία ἀγωγὴ)	B 60.3.30.2: <i>a. utilis</i> (οὐτιλία ἀγωγὴ)	Sch. 13: <i>a. utilis - a. in factum</i> (οὐτιλίω Ἀκουίλιω, ἄλλοι ἰμφακτούμ) Sch. 14: <i>a. in factum = a. utilis</i> (... τὴν ἰμφακτούμ... καὶ γὰρ πᾶσα ἰμφακτος οὐτιλία ἐστίν)
3.30. D 9.2.33.1: <i>a. in factum</i>		B 60.3.33.1: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφακτούμ)	cf. Sch. 9*: [<i>a. in factum?</i>] (τοῦτο γὰρ ἔγνωσ ἐν τῷ θ'. κεφ. τοῦ παρόντος τιτ. θεμ. α'.)
3.31. D 9.2.41 pr.: <i>a. in factum</i>	Sch. 14*, Dor./Steph.: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφάκτω)	B 60.3.41 pr.: <i>a. in duplum</i> (τῆ ἀγωγὴ τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση)	Sch. 15*: <i>a. in factum</i> ([ὁ δὲ παλαιὸς φανερῶς] ἰμφακτούμ [ἔγραψεν]) Sch. 16*: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφάκτω) Sch. 22§: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφάκτω)

ΤΟ ΡΗΤΟΝ	ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ ΤΩΝ ΠΑΛΑΙΩΝ	ΤΑ ΒΑΣΙΛΙΚΑ	ΝΕΑΙ ΠΑΡΑΓΡΑΦΑΙ
3.32. D 9.2.49 pr.: <i>in factum</i>		B 60.3.49 pr.: <i>a. in duplum</i> (τῆ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούση ἀγωγή)	Sch. 2: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιω Ἀκουίλιω)
3.33. D 9.2.53: <i>a. ad exemplum legis Aquiliae in factum</i>		B 60.3.52: <i>a. in factum</i> (τῆ ἰμφακτούμ)	Sch. 1§: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιω Ἀκουίλιω)
4.1. [C 3.35.2]	Sch. 1, Talel.: <i>a. directa - a. utilis</i> (τῆ τοῦ Ἀκουίλιου ἀγωγή χρησάμενος... οὐτίλιος Ἀκουίλιος)	[B 60.3.58]	Sch. 2: <i>a. utilis</i> (τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον)
4.2. [C 3.35.5: <i>in duplum</i>]	Cfr. Sch. 1, Theod., ad B 60.3.60: <i>a. in duplum (ex infittiatione)</i> (διπλασιαζέται ὁ Ἀκουίλιος [ἐξ ἀρνήσεως])	B 60.3.61: <i>a. utilis «e» in duplum</i> (τῶ Ἀκουίλιω ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένω... ὅτι καὶ ὁ ὠρισμένος Ἀκουίλιος τῶν διπλασιαζομένων)	Sch. 1: <i>a. utilis = a. in factum, in duplum</i> (ὁ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἦγον ἢ ἰμφακτούμ ἐξ ἀρνήσεως διπλοῦν ἀπαιτεῖ)
4.3. [C 3.35.6]	Sch. 1, Theod.: <i>a. utilis</i> (τῶ Ἀκουίλιω ὑπόκειται, οὐτίλιω δέ)	B 60.3.62: <i>a. utilis</i> (οὐτίλιον Ἀκουίλιον)	Sch. 2: <i>a. in factum</i> (ἢ ἰμφακτούμ) Sch. 4*: <i>a. utilis = a. in factum;</i> <i>a. in factum ≠ a. utilis</i> (ὁ μὲν γὰρ οὐτίλιος Ἀκουίλιος ἐστι καὶ ἰμφακτος, ἢ δὲ ἰμφακτος οὐκ ἤδη ἐστὶν οὐτίλιος Ἀκουίλιος)

6. Qualche rapidissima considerazione di sintesi (seppure provvisoria, e in attesa di più approfondite analisi contenustiche)¹¹⁸ può essere proposta.

Intanto si assiste al fatto che gli σχόλια dovuti ai giuristi d'epoca giustiniana o postgiustiniana (le παραγραφαὶ τῶν παλαιῶν) tendono a seguire le orme contenutistiche del Digesto: in particolare agiscono in questo modo i testi attribuiti a Doroteo (Stefano?).

¹¹⁸ *Idem* c.s.

Diversamente i *libri Basilicorum*, e i commenti su di questi centrati, presentano una maggiore «originalità», esplicitata dall'insistenza sull'azione nel doppio, dall'identificazione tendenziale tra *actio in factum* e *actio utilis* —identificazione che già appare nella scrittura dell'Anonimo (e che pare aver influenzato, in alcune ricorrenze, la scrittura dei libri dei sovrani macedoni). Anche l'insistenza sulla natura puramente risarcitoria della tutela *in factum* è singolare, sebbene, poi, l'azione *in duplum* sia generalmente utilizzata per sostituire proprio la prima.

Sotto il profilo rigorosamente semantico può, ancora, essere oggetto di ulteriore approfondimento il fatto che, talora, si parli di «azione utile» (ὁ οὐτιλίος Ἀκουῖλιος) e, in altre ricorrenze, dell'agire «utilmente» (οὐτιλίως)¹¹⁹, così come potrebbe essere indice di diversa paternità delle testimonianze l'impiego del termine ἰμφакτούμ piuttosto che ἰμφакτος¹²⁰.

¹¹⁹ *Vid. supra*, §§ 3.18 e 3.25.

¹²⁰ Per le forme declinate *vid. supra*, §§ 3.6, 3.17, 3.24, 3.27 e 3.31 (e cfr., in generale, la «tabella» riassuntiva, *supra*, § 5).