



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Francesca Pulitanò

**Sull'“autonomia” del diritto penale romano.
Prime considerazioni.**

Numero XI Anno 2018
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Camapania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungoglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

SULL'“AUTONOMIA” DEL DIRITTO PENALE ROMANO. PRIME CONSIDERAZIONI.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il diritto penale romano in alcune trattazioni dottrinali – 3. I diversi volti dell'autonomia del diritto penale – 4. Diritto penale e giurisprudenza romana – 5. Spunti conclusivi.

1. *Premessa*

Si intende esporre in questa sede alcune riflessioni introduttive sul tema dell'autonomia del diritto penale romano, avvio di una ricerca che rientra in un più articolato studio collettaneo¹. Lo scopo di queste note è quello di porre in evidenza i principali problemi, come punto di partenza imprescindibile per successivi, ulteriori approfondimenti.

Si ritiene opportuno, innanzi tutto, un chiarimento sull'ordine espositivo. Si comincerà con qualche notazione sulla definizione stessa di diritto penale, sulla base dell'ovvia considerazione che la prima operazione logica da compiere sia quella di delimitare i confini della nozione; rispetto a tale indagine, quella sull'autonomia rappresenta infatti, gioco forza, un momento successivo. Come meglio si ricorderà tra poco, isolare i contorni del diritto penale romano presenta evidenti difficoltà e pone

¹ Riproduco, con un corredo essenziale di note bibliografiche, la comunicazione tenuta a Bressanone, nell'ambito dei Seminari Romanistici coordinati dal Prof. Luigi Garofalo, in occasione del Seminario sulla 'parte generale' del diritto penale romano, 8-11 settembre 2017. Si tratta, evidentemente, di un tema dalla portata potenzialmente amplissima: ci si limiterà perciò, in questa sede, a qualche osservazione di carattere, per così dire, 'esterno' e necessariamente generale.

l'interprete di fronte a nodi problematici di ardua soluzione: la prima 'tentazione' è perciò quella di cercare un 'porto sicuro' nella nozione attuale. Oggi, infatti, l'identificazione del diritto penale, pur con le inevitabili sfumature di impostazione connaturate all'approccio dei singoli studiosi, si presenta come inquadrata nei confini definiti della natura della sanzione inflitta².

Come tra poco si chiarirà meglio, descrivendo i diversi possibili punti di vista dai quali si può guardare al diritto penale romano, non vi sono dubbi che la nozione di esso non sia in alcun modo sovrapponibile a quella moderna. Tuttavia, come afferma Bassanelli, in linea generale le «norme penali sono condizionate dall'essere esse accessibili e conoscibili da chiunque, non patrimonio di un ristretto numero di dotti o addirittura protette dal segreto»³; anche per questo, «gli studiosi del diritto romano, in quanto uomini partecipi della cultura e della vita sociale del loro tempo, sono stati e forse sono tuttora influenzati in qualche misura dalle concezioni sopra esposte», cioè da quelle attuali⁴.

² Ad esempio, G. DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, 12, Milano, 1964, 1095, richiama all'inizio l'attinenza del diritto penale alla pena, individuando come segno distintivo del primo la «particolarità della sanzione, o meglio la specificità delle misure che conseguono alla realizzazione delle fattispecie descritte da questo gruppo di norme». Sulla inevitabile 'personalizzazione' degli studi giuridici, cfr. quanto già sostenuto da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 13: «chiunque si accinga a qualunque indagine in campo giuridico vi porta il riflesso della propria maniera di concepire quanto intende per diritto e di come intenda anche ideologicamente i suoi svolgimenti».

³ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni di diritto penale romano*, 1996, 11. La stessa autrice si sofferma su un altro elemento importante, cioè il fatto che da sempre il reo è ritenuto punibile se consapevole del proprio comportamento.

⁴ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 35. Occorre naturalmente sempre tenere presenti gli avvertimenti di studiosi come P. DE FRANCISCI, il quale, in *ID.*, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, 9, riprova l'applicazione di schemi, concetti e categorie moderne al diritto antico, mettendo in guardia circa il rischio che

Su questa linea di ragionamento, sembra opportuno richiamare, in apertura, qualche esempio tratto dalla letteratura contemporanea. Nell’esposizione istituzionale di Marinucci e Dolcini si fa riferimento, in prima battuta, al potere dello Stato di infliggere pene anche gravi⁵. Quanto al fondamento di tale potere, ricordano i due autori come Beccaria parlasse della necessità di reprimere comportamenti generatori di ‘danno sociale’, identificandoli con quelli che ledano o pongano in pericolo le condizioni di esistenza e di sviluppo della società. Inoltre, nell’individuazione del reato viene messa particolarmente in evidenza, dagli stessi autori, la connessione al principio di offensività, cioè alla circostanza che un’azione leda un bene giuridico che rappresenta un valore per la società stessa⁶.

Padovani comincia la sua trattazione notando come le norme dell’ordinamento giuridico, in generale, si possano distinguere le une dalle altre in base alla ‘materia’ che esse regolano; fa eccezione il diritto penale, perché «le sue norme non si individuano in base alla *materia* regolata dal comando o dal divieto, bensì in base al *tipo di sanzione* comminata per la sua inosservanza»⁷.

Per Pulitanò, «il diritto penale si definisce in relazione a un particolare *modo di disciplina*, consistente nella previsione di un particolare tipo di sanzione, appunto la pena, quale conseguenza normativamente collegata al verificarsi di determinati fatti»⁸.

La rassegna potrebbe continuare, ma si preferisce in questa sede rinviare alla lettura diretta delle trattazioni moderne, nella

questi possano «deformare i lineamenti e violentare lo spirito delle istituzioni, e precludersi di penetrare la realtà degli ordinamenti primitivi».

⁵ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 5.

⁶ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 6.

⁷ T. PADOVANI, *Manuale di diritto penale*¹¹, Milano, 2017, 1 s.

⁸ D. PULITANÒ, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁷, Torino, 2017, 7.

consapevolezza che ciascuna di esse è permeata, con spazio più o meno ampio, da alcuni principi di base: oggi per diritto penale intendiamo quell’insieme di norme, che riprovano determinati comportamenti lesivi di valori di interesse collettivo e che sono caratterizzate dalla previsione di una pena⁹. Al principio di legalità, costituzionalmente garantito, si affiancano, come corollari, altri campi di riflessione: ad esempio, quelli del giudizio di costituzionalità e della funzione della pena stessa. E ancora, se, da un lato, è quasi inutile ricordare come il diritto penale odierno sia pacificamente considerato una branca del diritto pubblico, dal punto di vista del diritto romano l’inquadramento di esso presenta più di un’incertezza.

2. Il diritto penale romano in alcune trattazioni dottrinali

Il tentativo di giungere ad una definizione di diritto penale romano passa anche attraverso l’osservazione dell’impianto espositivo accolto nelle opere della dottrina che di esso si occupano. Se ne riportano, di seguito, alcuni esempi tra i più significativi.

Il *Römisches Strafrecht* di Mommsen si apre con un’affermazione di fondamentale rilevanza: «hinzu kommt die Zwischenstellung des Strafrechts zwischen Jurisprudenz und Geschichte»¹⁰. La procedura, dunque, in questa visione,

⁹ Cfr., tra gli altri, anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹⁶, Milano, 2003, 3; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁴, Torino, 2011, 14, che indica la pena come «il segno distintivo del diritto penale»; per G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2017, 3, il diritto penale è la parte del diritto pubblico che disciplina i fatti costituenti reato, ai quali viene ricollegata la sanzione caratteristica.

¹⁰ Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, rist. Aalen, 1990, VII. Si veda anche, nello stesso senso, U. BRASIELLO, voce *Diritto penale (Diritto*

rappresenta un elemento distintivo del diritto penale stesso. Ciò è coerente con la distinzione tra *delicta* e *crimina*: da un lato l’illecito privato, così definito proprio dalla circostanza che la sua repressione avviene con procedura formulare, dall’altra il diritto criminale, che di fatto coincide con l’area del processo pubblico. In questa prospettiva, si potrebbe affermare che, volendo far derivare l’aggettivo ‘penale’ da *poena*, il diritto penale romano dovrebbe restare circoscritto all’ambito delle azioni *quibus poena persequimur*, secondo la notissima affermazione gaiana¹¹. Si tratterebbe, tuttavia, di una valutazione semplicistica: che questo non sia vero lo dimostra il fatto che, nel divenire cronologico del diritto romano, in realtà il termine *poena* ha rivestito una pluralità di significati¹².

Vediamo, allora, qualche riflessione dello stesso Mommsen¹³: egli parte dalla premessa secondo cui il diritto penale, in generale, si basa sulla nozione morale di dovere, in tanto in quanto lo Stato si fa carico di assicurarne la realizzazione. In questa visione, un dovere morale, di cui lo stato prescrive l’osservanza, è una legge penale; la violazione di una tale prescrizione è l’illecito; il male che lo Stato infligge a chi viola la prescrizione è la pena. E ancora¹⁴: il diritto penale comprende in una unità tutte le obbligazioni morali

romano), in *Noviss. dig. it.*, 5, 1960, 961 («lo sviluppo del diritto penale è in collegamento, se non addirittura in rapporto di dipendenza, con lo sviluppo della procedura»). Quest’ultimo autore mette in luce come la repressione di un fatto, per i Romani, avesse importanza preminente rispetto alla sua qualificazione giuridica, con la conseguenza che essi cominciavano a vedere quel fatto come illecito solo dopo che era stata istituita la sanzione, analogamente a quanto accadeva nell’ambito del diritto privato.

¹¹ In questo contesto si colloca l’altrettanto famosa contrapposizione tra *res* e *poena* descritta nel medesimo passo gaiano (Gai 4.6 ss.).

¹² Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 7 ss. e ancora *infra*, in questo stesso §.

¹³ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 4.

¹⁴ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 2 s.

dell’uomo, sia nei riguardi dello Stato a cui appartiene sia nei riguardi di altri uomini. Ma questa unità, sottolinea Mommsen, non è conosciuta né lo può essere da parte della scienza romana del diritto; egli distingue poi tra procedura penale, che si svolge davanti ai magistrati e ai comizi e che attiene al diritto pubblico, e la procedura relativa ai delitti, che gravita nell’ambito del diritto privato.

Tuttavia, egli avverte che, da un altro punto di vista, non si deve rinunciare a considerare il diritto penale nel suo insieme, e ciò perché la violazione della legge morale e la repressione da parte dello Stato che questa reclama sono nozioni fondamentali, che uniscono intimamente i due ambiti del diritto penale stesso. In questa prospettiva, «die Unterscheidung, ob diese Vergeltung im syaatlichen oder im privatrechtlichen Verfahren bewikt wird, erscheint daneben als äusserlich und zufällig»¹⁵.

Mommsen articola la materia in cinque gruppi tematici, così ripartiti¹⁶: 1) essenza e limiti del diritto penale (personali, territoriali, di competenza); 2) autorità repressive; 3) procedura penale; 4) i diversi illeciti; 5) le diverse pene (in questa sede si fa riferimento anche alla nozione di delitto).

Tra queste aree di indagine, ci si vuole qui soffermare brevemente sulla quarta, cioè quella che raccoglie l’elenco degli illeciti penalmente rilevanti, elenco che risulta emblematico per comprendere le convinzioni di Mommsen¹⁷. È contenuta, in esso, l’indicazione delle più antiche fattispecie, secondo il seguente ordine: I. *Perduellio*; II. *Parricidium*; III. *Furtum*; IV. *Iniuria*.

¹⁵ Aggiunge Mommsen che se l’unità nell’amministrazione della giustizia fosse rimasta così com’era all’epoca delle XII tavole, e non fosse invece sparita un’ottantina di anni dopo, lo sviluppo della scienza del diritto sarebbe stato tutt’altro. Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 4 nt. 3.

¹⁶ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 7.

¹⁷ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 527.

Mommsen non le intende però come singole figure, ma come nozioni da considerarsi in senso ampio¹⁸: così, ad esempio, il furto comprende anche il *sacrilegium* e il peculato; nell’*iniuria* ricadono sia l’offesa personale, sia il *damnum iniuria datum*¹⁹. Nel corso del tempo, poi, si verifica progressivamente un’attrazione dei comportamenti riprovati dalla morale nell’ambito dei delitti in senso ampio («es wurde der Begriff des Delicts auf ethische Gebiete erstreckt, welche bis dahin entweder nur vermögensrechtlich oder überhaupt nicht gerichtlich behandelt worden waren»²⁰).

Peraltro, nota lo stesso studioso come talvolta sia perfino dubbio se la denominazione faccia riferimento alla fattispecie sostanziale oppure direttamente alla procedura repressiva. In altri termini, non appare semplice distinguere la formazione del diritto penale sostanziale dall’evoluzione determinata dalla procedura, poiché alcune figure sono repressate in tanto in quanto esse rappresentano l’oggetto dell’attività di corti giudicanti, istituite in momenti storici contingenti. Man mano che si procede nel tempo, alla ripresa, nel Dominato, dell’attività legislativa, non corrisponde altrettanto vigore creativo, con la conseguenza che le uniche fattispecie che si aggiungono – fatta salva la determinazione dei confini di illeciti già esistenti – sono quelle dell’eresia e del ratto.

Mommsen esplicita, a questo punto, lo schema espositivo nel quale è inquadrata, nella sua opera, la descrizione di ciascun

¹⁸ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 527: «... wobei allerdings nur die Grundbegriffe einheitlich sind, die Bezeichnungen vielfalt variiren, der Diebstahl zum Beispiel auftritt als *furtum* oder *sacrilegium* oder *peculatus*».

¹⁹ Sulla relazione tra *damnum* e *iniuria* si vedano M.F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002 e, da ultimo, i due contributi di S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di ‘damnum’. I. Il danno nel diritto romano tra semantica e interpretazione*, Napoli, 2015 e *Ricerche sulla nozione di ‘damnum’. II. I criteri di imputazione del ‘damnum’ tra ‘lex’ e ‘interpretatio prudentium’*, Napoli, 2016.

²⁰ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 528 s.

illecito: 1. Crimini di Stato. 2. Eresia. 3. Omicidio e simili. 4. Violenza. 5. Falso e dolo. 6. Crimini sessuali. 7. Accettazione di liberalità e richieste di denaro da parte di avvocati e di magistrati (*repetundae*). 8. Furto. 9. Attentati alla personalità. 10. Danni causati alle cose altrui. 11. Abuso dei diritti.

Avverte tuttavia lo studioso che si tratta di una schematizzazione che non ha pretese sistematiche e che vale solamente ad individuare i nessi logici o storici tra le fattispecie: «diese Gliederung, durch die Zufälligkeiten der Rechtsentwicklung und der Rechtsüberlieferung bedingt, erhebt keinen Anspruch auf systematischen Werth und will lediglich für den Rechtsgelehrten wie für den geschichtsforscher das logisch oder historisch Zusammengehörige nach Möglichkeit zusammenfassen»²¹. Così come la formazione delle fattispecie rilevanti sul piano del diritto penale è avvenuta in modo alluvionale, e talvolta è stata governata da eventi casuali, allo stesso modo non è facile inquadrare il diritto penale romano in una cornice dai contorni definiti.

Tuttavia, più avanti nel tempo, l'impostazione di Ferrini, pur partendo dalle considerazioni di Mommsen sopra esposte, in una certa misura si allontana da esse e ne prescinde consapevolmente: mentre Mommsen, come si è visto, raggruppava sotto ciascuna area tematica illeciti riconducibili all'uno e all'altro gruppo della distinzione 'tradizionale', l'esposizione del diritto penale romano di Ferrini appare ispirata, come subito si vedrà, alle attuali categorie²².

²¹ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 530. Per alcune considerazioni sulla portata del termine 'sistematica' e dell'espressione 'categoria sistematica', cfr. F. ZUCCOTTI, *Furor' e 'eterodossia' come categorie sistematiche della repressione criminale romana*, in *Studi economico-giuridici*. IV. *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, a cura di O. Diliberto, Napoli, 1993, 273 ss.

²² Su questa modalità espositiva si appuntano le critiche di U. BRASIELLO, voce *Diritto penale*, cit., 961, per il quale coloro che hanno descritto il diritto penale romano partendo dagli schemi moderni «hanno fatto opera utile per

Ricorda Ferrini, innanzi tutto, come «manca in Roma una legislazione organica del diritto penale. Anche la divisione fondamentale e mantenuta sempre fra delitti pubblici e delitti privati, quelli puniti nell'interesse della società, questi repressi per soddisfazione dell'offeso (intento diverso, a cui corrisponde diversità di rimedii, di giudizi, di procedura), poneva un ostacolo alla comprensione integrale legislativa della materia»²³.

Passando al contenuto della sua opera, la parte generale è sviluppata secondo il seguente schema di matrice dogmatica: i limiti del diritto penale nello spazio²⁴, la terminologia del reato e i comportamenti commissivi e omissivi²⁵, l'elemento soggettivo²⁶, l'elemento oggettivo, la lesione giuridica²⁷; il concorso di persone, il concorso di reati²⁸, le pene in generale²⁹.

Quanto alla cosiddetta parte speciale, lo stesso Ferrini ritiene che sia molto difficile trovare un ordine soddisfacente, se lo si voglia intendere nel senso di «raggruppamento di vari reati secondo un criterio ontologico»³⁰. Egli aggiunge, poi, che «d'altra parte non sarà mai ricordato abbastanza quanto siano importanti le forme processuali, la diversa natura della pena (pubblica o privata), le diverse giurisdizioni sulla configurazione della stessa dottrina materiale delle relative figure criminose. Sotto questo aspetto la collocazione forzata in una medesima categoria di delitti

l'orientamento generale, ma non ci hanno reso il vero spirito romano in materia».

²³ C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, I, 1905, rist. Roma, 1975, 3.

²⁴ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 15 ss.

²⁵ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 18 ss.

²⁶ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 38 ss.

²⁷ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 72 ss.

²⁸ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 133 ss.

²⁹ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 143 ss.

³⁰ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 176 ss.

pubblici e privati per l’analogia delle lesioni giuridiche da essi prodotte o per l’analogia del corrispondente impulso criminoso può facilmente indurre ad errori di prospettiva. Credo quindi migliore consiglio non distaccarmi dall’esempio e dalla tradizione romana e mantenere la distinzione fondamentale fra delitti privati e pubblici».

Coerentemente con l’ordine di idee sopra indicato, Ferrini comincia l’esposizione della parte speciale descrivendo i tratti dei delitti privati e precisando che, con riferimento ai *crimina extraordinaria*, «che sono stati determinati per completare od agevolare la persecuzione o la repressione di qualche delitto pubblico o privato, ovvero per estendere a figure analoghe la repressione penale, sarà opportuno trattarne in corrispondenza colla dottrina dei delitti relativi». Nell’ambito dei delitti pubblici, invece, egli, senza ricorrere, come aveva fatto Mommsen, ad una suddivisione superiore per gruppi tematici, si occupa specificamente di ciascuno dei seguenti³¹: *perduellio*, delitti contro il buon costume, *crimen vis*, omicidio, parricidio, falso, *repetundae*, *peculatus*, *ambitus*, plagio.

Assai diverso, in tempi recenti, l’approccio di Santalucia, la cui trattazione, già nel titolo, lascia trasparire il rilievo centrale che egli, coerentemente con le caratteristiche del sistema romano, attribuisce alla procedura³². Viene così sottolineato come, in origine, il sistema punitivo fosse fondato sull’espiazione sacrale³³.

³¹ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 337 ss.

³² B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma*, Milano, 1989.

³³ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 2, precisa come, all’inizio, la comunità lasciasse spazio alla reazione dell’offeso, «talora temperata dal taglione e dalla consuetudine del riscatto». La comunità interveniva soltanto quando era violata la *pax deorum*, «e poiché della pace con gli dei è naturale custode il re, sommo sacerdote della comunità, a lui spetta l’applicazione di idonee sanzioni di natura

L’autore si occupa, innanzi tutto, delle più antiche fonti del diritto penale romano, le *leges regiae*, ricordando che l’attitudine di esse non era quella di reprimere comportamenti lesivi di particolari interessi ‘laici’: questo aspetto sarebbe stato secondario rispetto a quello, centrale, del ristabilimento del rapporto corretto tra la comunità e il mondo divino. Si potrebbe pensare, semmai, che esse regolassero, ponendovi qualche limite, sia la libera coercizione del capo (monarca), sia la persecuzione privata. In coerenza con questa funzione, anche le sanzioni avevano natura sacrale³⁴.

Nell’esposizione della materia, la prospettiva seguita da Santalucia è, appunto, quella strettamente processuale. Dopo essersi soffermato sulla legislazione decemvirale e sull’introduzione della *provocatio ad populum*, egli si volge alla descrizione dei *iudicia populi*, di natura inquisitoria, perché caratterizzati dall’iniziativa magistratuale (fino al III a.C. circa)³⁵; passa poi agli inizi del II sec., con l’introduzione delle prime *cognitiones extra ordinem* (affidate a consoli o a pretori, spesso per reati di massa: tra i casi più famosi, si annovera quello della repressione dei Baccanali, nel 186 a.C.); il principio della pubblica accusa prende invece avvio dalle *quaestiones perpetuae*, la cui origine è indicata come risultato di una evoluzione procedurale, derivante in prima battuta dal procedimento recuperatorio internazionale³⁶. Nel periodo successivo all’emanazione delle *leges Iuliae* del 17 a.C. ci si

religiosa nei confronti di chi, con il suo comportamento, ha cagionato l’esposizione dell’intero gruppo alla collera divina».

³⁴ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 4.

³⁵ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 84.

³⁶ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 106 ss. Esse nacquero, com’è noto, per la repressione delle *repetundae* (132 ss.) sull’incertezza delle prime fasi di istituzione delle *quaestiones perpetuae*, cfr. lo stesso autore, 144 s. Sul tema si ricordino anche i fondamentali studi di C. VENTURINI, ora raccolti in *Scritti di diritto penale romano*, a cura di F. Procchi e C. Terreni, Padova, 2015 (cfr., in particolare, la parte IV, *Crimen repetundarum e corruzione*).

comincia a porre il problema della *cognitio* di alcune fattispecie, non previste dalle *leges publicae* e avocate a sé dal *princeps*³⁷; parallelamente, si sviluppa la giurisdizione anche del senato, influenzata dal sistema accusatorio. Arrivando al Tardo Impero, non possono che essere segnalate la burocratizzazione e l’avocazione delle competenze ai funzionari³⁸, fino al verificarsi della transizione definitiva al sistema inquisitorio³⁹.

Per Bassanelli, il diritto penale coincide con diritto dei *crimina* e della corrispondente procedura: la studiosa dedica ampio spazio alle due note norme decemvirali relative alla competenza del comizio centuriato⁴⁰. La prima funzione di esso che viene in considerazione è quella di emanare norme vincolanti anche per i magistrati (Tab. 12.5: *ut quodcumque postremo populus iussisset id ius ratumque esset*); la seconda è quella di mettere a morte i cittadini romani (Tab. 9.1: *de capite civis nisi per maximum comitiatum ne feruntur*).

Bassanelli descrive il principio della pubblica accusa come perno di tutto il sistema ‘penale’, con varie vicende ma fermo – anche se sul piano concettuale più che fattuale – ancora nel Codice di Giustiniano, ove il libro 9, dedicato, appunto, al diritto penale, si apre con i titoli 9.1 *Qui accusare non possunt* e 9.2 *De accusationibus et inscriptionibus*⁴¹. Ella mette in luce, comunque, come nel principato la situazione sia ambivalente: dall’età adrianea, infatti, sembra espresso il principio della delega dei poteri dal popolo al *princeps*⁴².

³⁷ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 189 ss.

³⁸ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 269 ss.

³⁹ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 280.

⁴⁰ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 38 ss.

⁴¹ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 42 parla di «principio fondamentale, ormai superato nei fatti, ma mai negato o ripudiato concettualmente».

⁴² I famosissimi Pomp. *Lib. sing. Ench. D. 1.2.2.11*: [...] *igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset* e Gai 1.5: *constitutio principis est, quod*

Più avanti nel testo, a proposito della procedura, si dice che, comunque, non sembra possibile sovrapporre esattamente alla realtà romana le nozioni di processo accusatorio e inquisitorio, così come le intendiamo oggi: in diritto romano, infatti, occorre piuttosto guardare alla funzione di volta in volta rivestita dalla procedura stessa (ad esempio, quella della corretta applicazione di una legge o quella dell’esplicazione di un potere discrezionale punitivo, proprio del giudicante)⁴³.

In una sezione apposita l’autrice si occupa poi del ‘diritto penale privato’⁴⁴, affermando che nelle fonti non ne esiste una trattazione organica e sottolineando una volta di più che esso, rispetto a quello criminale, è caratterizzato dall’uso del processo privato. Ai fini che qui interessano, si veda, letteralmente, il seguente giudizio: «la netta separazione tra diritto penale privato e diritto criminale rischia di condizionare in modo rilevante la comprensione del diritto romano come ordinamento complessivo, vigente in un determinato momento storico, e delle linee secondo cui esso in concreto si venne formando e poi sviluppando. Inoltre una simile prospettiva non permette di cogliere appieno il significato di alcune figure di confine quali ad esempio le azioni pubbliche, previste nell’editto del pretore, al cui esercizio è legittimato qualunque cittadino secondo regole del tutto simili a quelle dettate per disciplinare la pubblica accusa avanti i tribunali criminali [...]». Tali figure sono non a caso trattate nel titolo 47.23, che precede immediatamente il libro 48, specificamente dedicato al diritto criminale. In generale, comunque, anche Bassanelli conferma come i giuristi avessero una visione unitaria dell’ordinamento vigente e considerassero come complementari le

imperator decreto vel edicto vel epistula constituit, nec unquam dubitatum est, quin id legis uicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

⁴³ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 81 s.

⁴⁴ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 48 ss.

discipline del diritto penale privato e di quello criminale (al di là del problema sistematico rappresentato dal *damnum iniuria datum* inserito nelle Pandette in D. 9.2)⁴⁵. Traspare in ogni caso, nell’esposizione del pensiero dell’autrice, l’attitudine metodologica a separare i due tipi di illecito.

Si può ulteriormente notare come, nell’individuare la materia oggetto del corso, Bassanelli ribadisca l’inesistenza di una definizione legislativa del diritto penale romano, del quale, al limite, si potrebbero isolare alcune caratteristiche peculiari⁴⁶. Posto che la tensione definitoria non appartiene alla natura della giurisprudenza romana, forse l’unico ambito in cui si coglie qualcosa di simile ad una definizione è quello delle leggi tardo repubblicane istitutive dei tribunali speciali, ma si tratta di un campo troppo ristretto per poter sostenere che in tal modo si individui una ‘categoria’.

La medesima considerazione vale per i cd. *publica iudicia*, di cui fa menzione Macro in 1 *de publ. iud.* D. 48.1.1⁴⁷. Qui la relativa nozione non assurge al rango di definizione, ma deve essere interpretata come in contrapposizione alle *cognitiones extra ordinem* oppure ai *delicta privata*.

La studiosa propone, allora, un’analisi che si volga ad applicare al diritto romano una nozione di diritto penale come catalogo dei reati e delle pene; non si tratta di un’impostazione priva di difficoltà, perché necessariamente implicante la definizione

⁴⁵ Cfr. P. CERAMI, *La responsabilità extracontrattuale dalla Compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. I Convegno Internazionale ARISTEC, Madrid, 7-10 ottobre 1993*, Torino, 1995, 103 ss.

⁴⁶ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 59 ss.

⁴⁷ Mac. 1 *de publ. iud.* D. 48.1.1: *non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus iudiciorum publicorum veniunt, ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de sicariis et veneficis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annona.*

di ciascuno dei due elementi, cioè, appunto, rispettivamente, il reato e la pena. Per il reato, varrebbe la distinzione fatta dall’Albanese⁴⁸: esistono illeciti più gravi, che portano ad una punizione, ed illeciti meno gravi, che portano al rifiuto (cioè a rimuoverne, ignorarne, modificarne gli effetti). Solo per i primi si può parlare a buon diritto di illeciti penali.

Ad ogni modo, per le fasi più risalenti del diritto romano si può affermare, secondo Bassanelli, che prevalga una generale «concezione prettamente penale dell’atto illecito», che si manifesta nel carattere affittivo di alcune figure, per poi sfumare in seguito (un esempio, tra molti, può essere quello dell’esecuzione forzata, che passa da personale a patrimoniale)⁴⁹. Per quanto riguarda la definizione di pena, nel mondo romano *poena* ha molteplici significati: quello privatistico, cui si accennava sopra, con cui si indica la somma da pagare nelle azioni, appunto, penali, oppure si fa riferimento a figure di pena convenzionale (es. *stipulatio poenae*). Viceversa, nel diritto pubblico il termine *poena* non pare rivestire un significato caratterizzante, anche se sono largamente impiegate le espressioni *poena capitis* o *poena culle*⁵⁰.

⁴⁸ B. ALBANESE, voce *Illecito*, in *Enc. dir.*, 20, Milano, 1970, 53; per una visione dell’illecito focalizzata sugli aspetti negoziali, cfr. M. TALAMANCA, *Forme negoziali e illecito*, in *Poteri, ‘negotia’ e ‘actiones’ nell’esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano Copanello*, 5, 1992, 125 ss. (in particolare, 141 ss.).

⁴⁹ G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 62 s.

⁵⁰ U. BRASIELLO, voce *Pena (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, 12, 1965, 809 ricorda come, in realtà, l’antica espressione per indicare la pena capitale fosse *capital esto*. Accanto ad essa si ponevano i concetti di *in sacrum iudicare*, poi di *iudicare vel inrogare*. Ancora, più che impiegare il sostantivo *poena* si ricorreva a verbi come *coercere*, *animadvertere in*, *multare*. Si vedano le seguenti fonti: Cic. *De Or.* 1.43.194: *vitia hominum atque fraudes, damnis, ignominiis, vinclis, verberibus, exiliis, morte multantur*, Aug. *De Civ. Dei*, 21.11. Per il significato e per le diverse accezioni del termine *poena* nel tempo, cfr. M. FUHRMANN, voce *Poena*, in *RE*, suppl. 9, Stuttgart, 1962, 843 ss.; sinteticamente, cfr. anche la stessa G.

Rileva in questo senso il noto passaggio ulpiano, nel quale il giurista definisce il termine *poena* come generale, ma usa la locuzione *nomen omnium delictorum coercitio*, attribuendo al termine *poena* il significato generale che esso sarà destinato a rivestire nella cultura giuridica dei secoli a venire:

Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.* 50.16.131.1: *Inter ‘multam’ autem et ‘poenam’ multum interest, cum poena generale sit nomen omnium delictorum coercitio, multa specialis peccati, cuius animadversio hodie pecuniaria est: poena autem non tantum pecuniaria, verum capitis et existimationis irrogari solet.*

A proposito della pena, Brasiello aveva già osservato come mancasse, nel diritto romano, qualsiasi concetto di pena afflittiva o retributiva, o di risarcimento pecuniario: «diverse, e piuttosto nebuloze, dovettero essere le concezioni basilari, che troviamo *ab initio*, e che dovettero poi tendere a modificarsi»⁵¹. Sicuramente, come più avanti si esplicherà ulteriormente, il significato della pena era originariamente collegato ad istanze di tipo religioso.

3. I diversi volti dell’autonomia del diritto penale

Venendo, ora, alla questione centrale di cui ci si vuole occupare, si deve innanzi tutto precisare come la valutazione dell’autonomia del diritto penale romano possa essere intesa almeno in due accezioni diverse. La prima è quella, più generale, dell’autonomia rispetto ad ambiti diversi da quello del diritto. La

BASSANELLI SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 71: la studiosa conclude poi la parte introduttiva del suo manuale con alcuni ragguagli sulla struttura e la funzione del processo. Da ultimo, G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015.

⁵¹ U. BRASIELLO, voce *Pena (Diritto romano)*, cit., 809.

seconda è quella, inquadrata nei confini del sapere giuridico, dell’autonomia rispetto ad altre branche del diritto⁵².

Quanto al primo aspetto, la disamina di esso di fatto coincide con la questione della relazione tra il diritto ed altre aree, non soltanto del sapere ma, più ampiamente, della stessa esperienza umana. Sono evidenti infatti i molteplici collegamenti – per citare solo alcuni aspetti – con la religione, la filosofia, la storia, l’antropologia, la stessa morale⁵³, ma anche la politica⁵⁴. Poiché quello della relazione con i valori della convivenza umana rappresenta un tema che fa da sfondo, per natura, a qualsiasi studio di diritto, ci limitiamo qui a pochi, essenziali accenni, funzionali al discorso che si sta conducendo e focalizzati in particolare sulla posizione del diritto penale⁵⁵.

⁵² La distinzione che viene operata nel testo, relativa alle diverse, possibili accezioni di autonomia, è un tentativo di schematizzare, forse un po’ semplicisticamente, aspetti di teoria generale in realtà molto complessi. A tale proposito occorre avvertire che debbono essere tenute presenti, in filigrana, le osservazioni compiute a suo tempo, e ancora valide per i moderni interpreti, da R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*², Torino, 1961, 382 ss. (più recentemente, cfr. ID. *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 379 ss.), sulla definizione di ‘complessi’ come oggetto di studio storico, o sulla relazione tra ‘realtà storica del diritto’, ‘esperienza’ e ‘conoscenza giuridica’.

⁵³ Sul punto si veda, specificamente, F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit. 10 ss.

⁵⁴ La conseguenza di tale ultima connessione è il fatto che lo stesso bene giuridico tutelato talvolta può subire notevoli variazioni in base, appunto, alle scelte politiche: ciò vale sempre, ma nel mondo antico alcuni casi sono particolarmente significativi, ad esempio quello della *maiestas*.

⁵⁵ Si vedano, per citare un esempio tra tanti, gli studi di L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, 2009, a commento di quelli di G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1998. Da ultimo, per una ricognizione delle diverse teorie, cfr. R. ASTOLFI, *Annotazioni storiche sulle figure di ‘homo sacer’*, in *Scritti per A. Corbino*, I, a cura di I. Piro, Tricase (LE), 2016, 87 ss. In tempi più risalenti, F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it.,

Ricorrendo, innanzi tutto, ancora una volta all’autorità di Mommsen, si è già osservato come all’inizio del già citato *Strafrecht* egli si riferisca al diritto penale romano come disciplina collocabile in un posto intermedio tra il diritto e la storia⁵⁶.

In Santalucia⁵⁷ – ma è soltanto uno tra molti – troviamo invece particolarmente sottolineato l’imprescindibile nesso con la religione, che si manifesta in modo particolarmente spiccato nelle fasi arcaiche, ove la sola reazione prevista è quella, diretta, degli offesi, e lo Stato interviene in caso di violazione della *pax deorum*, per ristabilire l’ordine turbato.

Anche la già menzionata voce enciclopedica di Brasiello⁵⁸ esordisce con considerazioni che depongono nel senso della necessaria interdisciplinarietà del diritto penale romano: afferma infatti lo studioso che i giuristi romani non hanno mai formulato una «concezione generale ed astratta del diritto di punire», tentativo che invece è stato compiuto, semmai, dai filosofi. Quanto alla pena in sé, gli agganci con gli aspetti religioso-sacrali si coglierebbero nelle due funzioni ad essa collegate: quella della «necessità della purificazione» (da intendersi in senso ampio, come purificazione

Firenze, 1968, 134 s. indicava come limite della giurisprudenza romana dell’età cosiddetta ellenistica quello di essere impermeabile alle interazioni con la filosofia e con altri metodi di indagine mutuabili dal mondo greco, come ad esempio l’inclinazione verso la comparazione, le valutazioni sociologiche, le grandi ricostruzioni del sistema costituzionale. Più sensibili a queste istanze erano invece gli oratori. Più avanti nel tempo, si consolida sempre di più il nesso giurista-uomo di Stato, in varie forme a seconda del divenire storico (187).

⁵⁶ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., VII (cfr. sopra, § 2). Ma cfr. anche più avanti, 523, per l’inevitabile interazione del diritto penale con la morale.

⁵⁷ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 2. Su questi temi, cfr., recentemente, lo stesso B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna, 2013, 9 ss.

⁵⁸ U. BRASIELLO, voce *Diritto penale*, cit., 960.

dell’intera comunità, che il singolo aveva ‘macchiato’ con il suo atto illecito) e quella della «consacrazione alla divinità».

E ancora, particolarmente pregnanti sembrano le parole di Gioffredi, che alla questione dell’«autonomia del fatto penale nell’esperienza romana» dedica l’inizio di un testo didattico. Secondo lo studioso, occorre preliminarmente «isolare il fatto penale da altri valori che in una società primitiva si confondono con esso. Un divieto seguito da sanzione, sia pure soltanto in forma consuetudinaria, può alle origini attenere anche a materia non strettamente penale, considerata questa [...] come quella riguardante ogni grave offesa all’ordine etico-giuridico, e come tale repressa dalla comunità. Potrebbe ad esempio darsi il caso che in una società primitiva vengano repressi penalmente soprattutto certi illeciti religiosi, che in un momento storico successivo ricevono una sanzione assai più lieve o non la ricevono affatto, e che, viceversa, non siano considerati altri illeciti che in una età più evoluta appaiono invece come gravemente lesivi della comunità»⁵⁹. Ciò accade di sicuro nella primitiva comunità romana, perché in essa hanno grande importanza, come detto, i valori religiosi.

Quanto alla dottrina penalistica moderna, essa tende a studiare il diritto penale come diritto positivo, cioè come insieme di norme vigenti in una data epoca, senza occuparsi, proprio perché si tratta di aspetto la cui complessità travalicherebbe i confini della materia, del nesso tra i comportamenti che l’ordinamento ritiene penalmente rilevanti e i valori fondamentali della collettività nel momento storico a cui ci si riferisce. Ciò non esclude, ovviamente, che il nesso ci sia, ma sono talvolta gli stessi studiosi che rinunciano volontariamente ad esprimersi su di esso,

⁵⁹ C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 1.

proprio in quanto coinvolgente considerazioni di ampio respiro fondate su istanze politiche, sociali, morali⁶⁰.

Pur ragionando in questa direzione, è comunque poco appropriato interrogarsi sull’autonomia del diritto penale: esso, sia nell’esperienza antica sia, com’è logico, in quella attuale, non può che essere fortemente collegato con i valori morali che reggono il comportamento dell’individuo verso altri individui e il comportamento dei singoli quando sono riuniti in una collettività.

Diverso discorso si può invece condurre se si guarda all’autonomia del diritto penale, intesa come separazione tra diritto penale e altre branche dell’ordinamento giuridico. Su questo punto si possono compiere alcune precisazioni.

È più che nota agli studiosi la teoria di Santi Romano sulla separazione degli ordinamenti⁶¹. Essa potrebbe legittimare una considerazione autonoma del diritto penale rispetto ad altri campi. In dottrina, in effetti, non è trascurato il problema della delimitazione dell’area propria del diritto penale rispetto ad altre.

Si citi, tra gli altri, Pulitanò, per il quale il criterio che si usa per definire il diritto penale è diverso da quello adottato per le altre grandi partizioni dell’ordinamento giuridico: «il diritto civile e le sue partizioni si identificano in relazione ai *campi di materia* che ne costituiscono l’oggetto. Non così il diritto penale: non vi è una ‘materia penale’ che si giustapponga alla materia civile, commerciale ecc.; qualsiasi materia diviene materia penale, quando per la sua disciplina sia fatto ricorso (non necessariamente in via

⁶⁰ Si veda F. PALAZZO, *Corso*, cit., 64, per le considerazioni relative all’oggetto della tutela e la sequenza, storicamente individuabile, tra le diverse concezioni di tale oggetto: da tutela dei diritti individuali, a tutela dei valori culturali, per sfociare nella tutela del bene giuridico.

⁶¹ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

esclusiva) alla sanzione ‘pena’»⁶². Nella trattazione di Marinucci e Dolcini i rapporti tra il diritto penale e gli altri rami dell’ordinamento sono definiti con il ricorso ai due principi dell’accessorietà e, appunto, dell’autonomia: accessorietà, perché vi sono alcune fattispecie penalisticamente rilevanti, alla cui configurazione concorrono elementi già disciplinati da altri settori dell’ordinamento⁶³. Quanto all’autonomia, di essa si può parlare in più accezioni: esiste l’autonomia legata alla terminologia, perché vi sono alcuni termini che in ambito penalistico hanno un significato specifico, diverso da quello rivestito in altri settori⁶⁴; vi è poi l’autonomia che consiste nell’ampliare, talvolta, il raggio d’azione di una norma incriminatrice, per comprendervi anche fatti che in altri rami dell’ordinamento non troverebbero tutela; aggiungiamo i casi nei quali l’invalidità civilistica non condiziona la configurabilità del reato⁶⁵. Ciò nonostante, è da tenersi sempre presente il

⁶² D. PULITANÒ, *Manuale*, cit., 7. Cfr. anche F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 14, che, nell’inquadrare il diritto penale come ramo del diritto pubblico, parla di «delimitazione» di esso rispetto ad altri ambiti.

⁶³ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 15. Si parla in questi casi di ‘elementi normativi’ della fattispecie.

⁶⁴ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., ancora 15: si pensi alla nozione di ‘possesso’, che presenta contorni più ampi di quella civilistica.

⁶⁵ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 16; cfr. anche G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 35 s.: il principio di autonomia, inteso nel senso che «ogni condotta costituente reato sarebbe sempre e in ogni caso vietata anche da un’altra norma di diritto privato o di diritto pubblico» (si parla anche di «carattere ulteriormente sanzionatorio» del diritto penale) non è oggi ritenuto applicabile; vale invece l’idea che il ricorso al diritto penale debba rappresentare l’*extrema ratio* sanzionatoria. Per questi autori, resta ferma l’esistenza dell’autonomia del giudice penale e della ricostruzione autonoma dei concetti, anche in modo diverso da come gli stessi sono ricostruiti in altre sedi, in omaggio alle esigenze specifiche dell’imputazione penale. D’altra parte, si precisa, «nemmeno la tesi della natura autonoma del diritto penale deve, tuttavia, essere aprioristicamente enfatizzata» (37). Per T. PADOVANI, *Diritto*

principio dell’unità dell’ordinamento giuridico, cioè quell’idea di coerenza che deve comunque impedire che un fatto possa essere considerato lecito in un ambito e illecito in un altro.

Tornando, nello specifico, al diritto penale romano, è assai più difficile, per quanto sopra esposto, collocarlo in un’area autonoma. Tra le criticità fin qui rilevate si deve senz’altro annoverare la coesistenza, sotto la più ampia nozione di illecito penale, di *crimina* (pubblici) e *delicta* (privati); la distinzione porta con sé anche il tema della differente natura delle rispettive procedure; si aggiunge, poi, la questione, già sollevata, della non univocità di significato del termine *poena*. Elementi, tutti questi, che rendono di per sé molto fluida l’individuazione dei confini del diritto penale romano e la netta separazione di esso da aspetti legati al diritto privato.

Riprendendo ancora Mommsen, si potrebbe tentare di superare la prima delle criticità sopra rilevate, definendo il diritto penale come l’insieme dei delitti pubblici e dei delitti privati, ma guardando ad esso da un’angolazione differente dalla schematica distinzione tra *crimina* e *delicta*. Mommsen, infatti, preferiva distinguere tra questioni generali e questioni casistiche: tra le prime si annoverano il dolo e la colpa, che appartengono all’insieme del diritto e che non possono essere trattate, dal punto di vista solamente penale, se non parzialmente. Nelle questioni casistiche rientrano invece, ad esempio, i delitti privati o l’adulterio, dei quali egli riteneva che si potesse tralasciare la descrizione

penale, cit., 3, occorre distinguere tra natura e funzione: si può negare la ‘natura’ sanzionatoria del diritto penale ed affermarne conseguentemente l’autonomia, ma non si può prescindere dalla ‘funzione’ di esso, che è comunque sanzionatoria. Tutti gli autori collegano, in ogni caso, le considerazioni sull’autonomia ai principi di sussidiarietà e frammentarietà.

particolareggiata, per privilegiare una osservazione più focalizzata sui principi⁶⁶.

Ferrini, più dogmaticamente impostato, individuava importanti motivazioni per cercare di ricondurre ad unità scientifica una materia di per sé difficile da isolare⁶⁷: «se il diritto punitivo romano per la mancanza di coesione, per le molteplici lacune, che sotto l'impero lasciavano larga parte all'arbitrio, per la diversa natura della procedura non ha potuto offrire materia ad un'elaborazione scientifica pari a quella del diritto privato e non ha potuto a sua volta risentire in così larga misura l'influsso benefico della scienza, esso è tuttavia tale da meritare l'attenzione e lo studio dei moderni e da offrire notevoli insegnamenti». Aggiungeva lo studioso che dall'analisi dei delitti privati, cioè quella sulla quale, a suo parere, la scienza giuridica si era maggiormente soffermata, erano scaturite dottrine importantissime, quali, ad esempio, quelle del furto e dell'*iniuria*.

La breve analisi fin qui compiuta permette di evidenziare come l'individuazione dei criteri sui quali fondare l'esistenza dell'autonomia sia un'operazione che presenta largo margine di discrezionalità interpretativa. Possiamo dire che gli studiosi hanno adottato diversi punti di vista, mettendo in luce di volta in volta gli elementi di debolezza di ciascuno, ma in linea di massima la possibilità di isolare una nozione di diritto penale romano non è stata esclusa. Prima di procedere a qualche osservazione conclusiva, resta però da compiere alcune osservazioni al dato delle fonti, che, com'è logico, riveste un'importanza fondamentale nella presente discussione.

⁶⁶ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht, Vorwort*, cit., VIII.

⁶⁷ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 9.

4. Diritto penale e giurisprudenza romana

Occorre domandarsi, infatti, se ci sia stata, e in quali termini, una elaborazione del diritto penale da parte dei giureconsulti. Ad una prima valutazione, si nota come nelle opere giurisprudenziali ad esso sia dedicato uno spazio ridotto, e raramente un’attenzione di tipo monografico.

In questa sede ci si limita, ancora una volta, a qualche accenno, sempre tenendo presenti le considerazioni di Ferrini: premesso, come già ricordato, che la considerazione del diritto penale come materia a sé cominciò piuttosto tardi⁶⁸, egli presenta un’interessante rassegna delle parti penalistiche contenute nelle opere dei giureconsulti⁶⁹, dalla quale si evince che ad esse era dedicato uno spazio relativamente esiguo e che, tendenzialmente, le materie trattate erano il contenuto delle *leges iudiciorum publicorum*, la procedura e le pene.

Quanto alle opere monografiche delle quali siamo a conoscenza, si possono citare, ad esempio, Ulpiano e la sua trattazione sull’*officium* dei magistrati; i giudizi pubblici negli approfondimenti di Meciano, Venuleio Saturnino, Marciano, Macro, Paolo; il *De poenis* di Modestino. A proposito di tali opere, lo stesso Ferrini afferma che esse traevano la struttura dalle materie contenute nel sistema dei Digesta (a propria volta derivanti dall’editto)⁷⁰.

Passando brevemente alle grandi raccolte, in età pregiustiniana il Codice Teodosiano dedicava il solo libro nono al diritto penale. Lo stesso accade nel *Codex Iustinianus* che dedica anch’esso un libro, sempre il nono, a diritto e processo penale.

⁶⁸ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 4 ss. Cfr., ID., *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899.

⁶⁹ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 5.

⁷⁰ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., 6 ss.

Nel Digesto giustiniano, i cosiddetti *libri terribiles* cominciano con la descrizione dei delitti privati, continuano con i crimini repressi *extra ordinem* e si concludono con i crimini pubblici, come risulta dalla *Tanta*⁷¹. La scansione delle materie sembrerebbe influenzata completamente dalla differenza di procedura, ma ciò non è del tutto vero, poiché, al contrario, il primo frammento di D. 48.1, sopra citato, individua come giudizi pubblici quelli che vengono richiamati da leggi pubbliche. In questo contesto deve essere nuovamente ricordata, sulla scorta di quanto osserva Bassanelli, la particolare posizione delle azioni popolari nel Digesto⁷².

Resta confermato, senz’altro, il fatto che la presenza del ‘diritto penale’, nell’elaborazione giurisprudenziale, sia quantitativamente piuttosto esigua, e questo dato rappresenta di per sé motivo di riflessione, da tenere in considerazione per successivi, più articolati, approfondimenti sul nostro tema.

⁷¹ *Const. Tanta* § 8: *et post hoc duo terribiles libro positi sunt pro delictis privatis et extraordinariis nec non publicis criminibus, qui omnem continent severitatem poenarum atrocitatem, quibus permixta sunt et ea, quae de audacibus hominibus cauta sunt, qui se celare conantur et contumaces existunt, et de poenis, quae condemnatis infliguntur vel conceduntur, nec non de eorum substantiis*. I Bizantini hanno meglio sistematizzato: essi hanno posto prima le pene pecuniarie, poi i delitti privati al completo (nel titolo *De privatis delictis*), poi i *crimina extra ordinem*, poi, dopo qualche titolo preliminare, i *crimina* rispondenti agli antichi *delicta* pubblici e alla fine i titoli sulla ricerca degli imputati, la tortura, le pene e le confische.

⁷² In un successivo contributo si prenderanno in esame anche i contenuti e lo schema espositivo accolti nelle *Pauli Sententiae*, ove il libro V appare essere la sede privilegiata per la descrizione di singoli illeciti ‘penali’, e nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, il cui unico titolo direttamente collegabile al diritto penale sembra essere il XIV, rubricato *De poena legis Iuliae*.

5. Spunti conclusivi

Nel quadro fin qui delineato, anche le brevi osservazioni conclusive, cui ci si accinge, rivestono necessariamente un carattere ancora interlocutorio. Come si è ripetutamente notato, si potrebbe davvero discutere dell’autonomia del diritto penale soltanto dopo averne individuato una nozione definita e unitaria, operazione niente affatto scontata per il diritto romano. Certamente, in generale, non si può parlare di autonomia rispetto ad altri ambiti non giuridici, cioè a quello dei valori morali (e) di convivenza.

Peraltro, anche impostare la questione in termini di autonomia di una branca dell’ordinamento rappresenta un atteggiamento troppo attualizzante; rimanendo invece fedeli all’essenza stessa del diritto romano, si può forse suggerire che la questione possa essere affrontata – anche se non risolta – con esempi concreti.

Un terreno privilegiato di indagine dovrebbe allora essere quello dei molti illeciti che, nel tempo, vengono perseguiti sia con procedura privata che con procedura pubblica. Tra tutti, uno dei casi più importanti è quello del processo per le *repetundae*, che nacque come mera restituzione del maltolto, per acquistare poi carattere marcatamente criminale⁷³; accanto ad esso ve ne sono anche parecchi altri, come dimostra, per citare un passo assai

⁷³ È la *lex Acilia repetundarum* (123-122) che segna l’attrazione della fattispecie nell’orbita del diritto penale pubblico). Si può osservare, allora, quanto segue: certamente appare assai pregnante, anche se datata, l’osservazione di Albanese, il quale, nel delineare il rapporto del diritto penale con il diritto privato (o, forse più correttamente, con quello che noi oggi definiremmo tale), nota come in età arcaica prevalesse, nel diritto in generale, l’impronta penalistica, destinata a sfumare con il tempo. Tuttavia, nel caso delle *repetundae*, sembrerebbe essersi verificato il contrario.

famoso, l’elencazione di CTh. 9.20.1⁷⁴. Esso ricorda, tra gli altri, la fattispecie dello schiavo ucciso senza cause giustificative, il cui padrone che viene considerato legittimato attivo sia all’*actio legis Aquiliae* sia all’*accusatio* per omicidio⁷⁵. Un terzo caso di interazione tra procedure di diversa natura è quello dell’impiego della *querella inofficiosi testamenti* in connessione con la falsità delle tavole (*crimen falsi*)⁷⁶. Siamo tuttavia lontani dal poter interpretare queste sovrapposizioni alla stessa stregua di quella, modernamente intesa, tra processo penale e costituzione di parte civile, e quindi siamo ulteriormente lontani dalla possibilità di determinare con certezza un ‘versante’ autonomo del diritto penale romano.

Tornando per un momento al parametro valutativo delle opere giurisprudenziali, sembra che in esse il diritto penale – come notato a suo tempo da Ferrini – non rappresenti che una costola dei commenti basati sull’editto. Ciò si riflette nel fatto che esistono, è vero, alcune opere monografiche, ma tendenzialmente il diritto penale è inserito in contesti più ampi, senza vera separazione rispetto alla trattazione del diritto privato. Tra l’altro, dal punto di vista quantitativo, esso è decisamente in minoranza: ciò si vede, per esempio, negli stessi *libri terribiles* del Digesto, che sono soltanto

⁷⁴ Cfr. M. MIGLIETTA, *Χρηματική – Έγληματική Κατάδικη. Giudizio civile e giudizio criminale nel tentativo di organizzazione sistematica della giurisprudenza bizantina*. I. Parte generale, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, a cura di L. Garofalo, tomo II, Napoli, 2015, 509 ss. che, adottando un’espressione della De Marini Avonzo, parla di ‘coesistenza e connessione’ tra giudici privati e giudizi pubblici e analizza CTh. 9.20.1 anche nella versione dei Basilici (60.62.1).

⁷⁵ Cfr. M. MIGLIETTA, *Χρηματική – Έγληματική Κατάδικη*, cit., 519 ss. per la disamina di alcune questioni: se, per esempio, quella della doppia tutela fosse una facoltà o un obbligo; e se esistesse o meno un ordine di precedenza, e quale, tra le due procedure.

⁷⁶ Cfr. M. MIGLIETTA, *Χρηματική – Έγληματική Κατάδικη*, cit., 542, per altri esempi. Cfr., da ultimo, anche L. GAGLIARDI, *Studi sulla legittimazione alla querela inofficiosi testamenti in diritto romano e bizantino*, Milano, 2017.

due, forse perché isolano fattispecie peculiari che non erano state oggetto di elaborazione complessiva da parte dei giuristi. Per tutti gli altri aspetti, come già Mommsen aveva messo in evidenza, probabilmente l’elaborazione giurisprudenziale era stata condotta in modo unitario (un esempio per tutti, il tema del dolo).

Per quanto fin qui osservato – ma, occorre ribadire, si tratta di una prima analisi ricognitiva – la ricerca di un criterio per poter definire se il diritto penale romano rappresentasse un ‘complesso’ autonomo presenta in sé elementi intrinseci di pericolosità: essa può infatti comportare, da un lato, il rischio di portare alla creazione, puramente interpretativa, di sovrastrutture assai lontane dalla mentalità romana, e risolversi, per altro verso, in una costrizione dell’interprete a ricorrere all’applicazione di categorie moderne (il reato, la pena, la stessa procedura), per inquadrare fenomeni che con esse, in realtà, hanno ben poco in comune⁷⁷.

ABSTRACT

Il saggio, che si inserisce in una più ampia ricerca collettanea, tratta il tema dell’autonomia del ‘diritto penale romano’. Attraverso una disamina della dottrina più significativa, vengono affrontate le seguenti questioni: confini della nozione di ‘diritto penale romano’

⁷⁷ Anche in questa materia si ripropone la dialettica tra metodo storico e dogmatismo, che in tempi meno recenti aveva impegnato in più riprese studiosi del calibro di E. BETTI e P. DE FRANCISCI (il dibattito tra questi due ultimi studiosi è stato riversato nella raccolta *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica moderna. Saggi di Pietro de Francisci e di Emilio Betti; appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi*, Como, 1996, cui si rinvia). Si vedano anche le considerazioni di S. MAZZARINO, *De Francisci fra storicismo e sociologia*, X, saggio che apre la seconda edizione di P. DE FRANCISCI, *‘Arcana Imperii’*, Roma, 1970.

e rapporto di quest’ultimo con la procedura e con la connessa distinzione tra *crimina* e *delicta*; autonomia del diritto penale romano rispetto ad altri ambiti del sapere umano (ad esempio, la religione, la filosofia, la storia); autonomia del diritto penale romano rispetto ad altre branche del diritto; il ‘diritto penale’ nelle opere della giurisprudenza romana. Si considera, infine, la struttura della Compilazione. In essa il diritto penale occupa uno spazio ridotto: ciò fa pensare che le fattispecie trattate siano residuali rispetto ad una preesistente elaborazione unitaria e trasversale dei concetti di base da parte dei giuristi.

The essay, which is part of a broader group research, is about the autonomy of criminal roman law. The essay, through an analysis of the most significant literature, discusses the following issues: concept of criminal roman law and its relationship with the procedure and the distinction between *crimina* and *delicta*; autonomy of criminal roman law versus other human disciplines (for instance religion, philosophy, history); autonomy of criminal roman law versus other juridical subjects; criminal law in the roman jurisprudence. In the end the essay analyses the structure of Compilation of Justinian. In the Compilation the criminal law has limited evidence: this is an indication that the cases discussed are residual versus a preexisting global and transversal analysis by the jurists of the basic concepts.

FRANCESCA PULITANÒ
Ricercatrice di Diritto Romano
Università degli Studi di Milano
E-mail: francesca.pulitano@unimi.it

