



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Carlo De Cristofaro

Volenti et consentienti non fit iniuria.
**Per la storia di una figura giuridica
tra luci ed ombre**

Numero Speciale Anno 2022

Ombre del diritto

(a cura di F. Mancuso e V. Giordano)

Materiali dai seminari del PRIN 2017

‘The Dark Side of Law’

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), 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), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007
Provider Aruba S.p.A
Piazza Garibaldi, 8
52010 Soci AR
Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482
P.I 01573850616 – C.F. 04552920482.

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



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

I saggi che compongono questo numero speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.

In Redazione per questo numero speciale: M. Luciano (Univ. Salerno), P. Pasquino (Univ. Salerno).

Volenti et consentienti non fit iniuria.
Per la storia di una figura giuridica tra luci ed ombre

SOMMARIO: 1. Il consenso dell'avente diritto e il recupero della prospettiva storica – 2. *Nulla iniuria est, quae in volentem fiat* – 3. *Si quidem solius eius esse putavi*: errore, consenso e *iniuria* – 4. Consenso dell'offeso e *damnum iniuria datum* – 5. *Si aliquis domino volente id fiat, dicitur furtum non fieri* – 6. *Nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt* – 7. La falsificazione *inter praesentes et convenientes* – 8. *Si quis volentem retineat, non videtur dolo malo retinere* – 9. Il consenso del marito nel *crimen adulterii*, nel *crimen raptus* e nell'evirazione – 10. L'omicidio del consenziente – 11. Valutazioni conclusive.

1. *Il consenso dell'avente diritto e il recupero della prospettiva storica*

Il tema del consenso dell'avente diritto occupa una posizione centrale, e di rilievo progressivamente crescente, nella cornice del dibattito scientifico contemporaneo. La trasversalità delle implicazioni di tale figura giuridica, oggi cristallizzata, per quanto concerne l'ordinamento italiano, nell'art. 50 cod. pen.¹ come causa di non punibilità (o di esclusione dell'antigiuridicità²), ne determina la costante messa in discussione con riguardo a molteplici materie su cui – anche sulla scorta di taluni eclatanti episodi di cronaca e dei correlati pronunciamenti giurisprudenziali – l'attenzione dei giuristi viene

¹ L'articolo in questione, rubricato 'Consenso dell'avente diritto', recita così: «Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne».

² Sul punto, Pedrazzi: «[...] il consenso del titolare di un diritto disponibile non capovolge soltanto la valutazione penale, ma neutralizza qualunque norma da cui possa derivare al fatto lesivo una nota di illiceità. È causa di giustificazione, di esclusione dell'antigiuridicità senza aggettivi» (C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 141). Cfr. anche l'ulteriore voce istituzionale di G. MARINI, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *NNDI*, Appendice II, Torino, 1981, 402 ss.

sollecitata a concentrarsi: dalle lesioni e la violenza (specialmente sessuale)³ al fine vita⁴, dai ‘cyber-crimes’⁵ alla responsabilità professionale (in particolare, nell’ambito sanitario)⁶.

³ La letteratura in materia è sterminata, pertanto (così come per le successive ntt. 4-6) ci limiteremo a minimi riferimenti bibliografici, tratti dai contributi più recenti: A.M. NOOR, *Rape: A Problem of Crime Classification in Islamic Law*, in *Arab Law Quarterly*, 24, 2010, 417 ss. (spec. sul problema del consenso presunto, su cui v. anche, ma in una più ampia prospettiva, M. SCHULTZ-KNUDSEN, R. MEHDI, *Marital Rape in Denmark and Pakistan: Minorities, Culture and Law*, in *NNJLSR*, 10, 2020, 145 ss.); G. FORNASARI, *Mutilazioni genitali e pratiche rituali nel diritto penale*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Il governo del corpo*, I, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, 715 ss., spec. 720 s. (sul medesimo tema, v. anche D. SCIUTTERI, *Reati culturalmente motivati e ‘ignorantia legis’: a margine della prima sentenza di legittimità sulle mutilazioni genitali femminili [nota a Cass. pen., sez. V, 2 luglio 2021, n. 37422]*, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, 2022/VII, 49 ss.); N. ZEEGERS, *What Epistemology Would Serve Criminal Law Best in Finding the Truth about Rape?*, in *Recht Meth. onderz. onderw.*, 2, 2012, 60 ss.; M. UBERONE, *L’evoluzione del concetto di malattia e l’art. 582 del codice penale italiano*, in *BioLaw Journal*, 2014/I, 145 ss.; A.M. DELL’OSSO, *Gli assensi artificiali: abuso di sostanze psicotrope e capacità di autodeterminazione nel prisma della violenza sessuale*, in *Riv. Med. Leg. Dir. San.*, 2021/II, 409 ss.; A. BIONDI, *Il consenso nella violenza sessuale secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Cammino Diritto*, 4, 2022, 1 ss.

⁴ V. F.B. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997/I, 74 ss.; S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007/XII, 1561 ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un ‘diritto a essere lasciati morire in pace’? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. Pen. Proc.*, s.n., 2007, 3 ss.; P. CAPITELLI, *Bioethics and Sources of Law*, in *Global Bioethics*, 21, 2008, 37 ss.; C. CUPELLI, *Il diritto del paziente (di rifiutare) e il ‘dovere’ del medico ‘di non perseverare’*, in *Cass. Pen.*, 48/V, 2008, 1807 ss.; ID., *La disattivazione di un sostegno artificiale tra agire ed omettere*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009/III, 1145 ss.; D. TASSINARI, *Note a margine dei recenti disegni di legge relativi al ‘testamento biologico’*, in *La vita prima della fine. Lo stato vegetativo tra etica, religione e diritto*, a cura di M. Galletti e S. Zullo, Firenze, 2008, 129 ss., con copia di ulteriore bibliografia citata, spec. 129 nt. 2; A. VENCIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, in *Giur. Civ. Comm.*, 24, 2008, 83 ss., spec. 101 ss.; G. FERRANDO, *Fine vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, II, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Milano, 2011, 1865 ss.; D. FALCINELLI, *Il consenso dell’avente diritto nei percorsi del diritto penale ‘umano’*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3-4, 2014, 289 ss.; K.L. CERMINARA, F.G. PIZZETTI, W.H. PHOTANGTHAM, *Schiavo Revisited? The Struggle for Autonomy at the End of Life in Italy*, in *Marq. Eld. Adv.*, 12, 2011, 301 ss., 330 ss.; G. CAROBENE, *Dilemmi del fine vita nel confronto tra approccio scientifico e prospettiva religiosa (cattolica-protestante)*, in *BioLaw Journal*, 2016/III,

I termini della discussione sembrano scanditi dalla tensione intercorrente fra l'individuazione delle 'condizioni minime' della responsabilità di ciascun uomo nei confronti dei suoi simili, da un lato, e l'ampiezza che in un dato sistema giuridico si sceglie di attribuire al principio di autodeterminazione⁷, dall'altro lato. Si tratta di caratteristiche fondamentali, suscettibili di incidere in misura significativa sul riconoscimento dei limiti e della funzione del diritto penale e delle sue implicazioni, oltre che sul piano del diritto sostanziale e processuale⁸ – rispetto al quale l'art. 50 cod. pen. si dimostra tutt'altro

105 ss.; T. SCANDROGLIO, *Diritto a morire: tesi giuridiche a confronto*, in *LP*, 8 marzo 2017, online, 1 ss.; E. BATTELLI, *Fine vita e consenso informato*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2020/IV, 561 ss.; i contributi presenti nel volume *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p. Atti del Seminario (Ferrara, 26 novembre 2021)*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiottio, P. Veronesi, online, 2022.

⁵ R. BELVEDERI, A. DI MAIO, *Stalking e cyber crime tra nuove insidie dei social network e consenso della vittima*, in *Riv. Pen.*, 7-8, 2020, 735 ss.,

⁶ P. CAPITELLI, *Bioethics*, cit., 33 ss., spec. 37 ss.; P. BORSELLINO, *Bioetica tra morali e diritto*, Milano, 2009, 111 ss., 151 ss.; D. VANNI, *La responsabilità professionale del medico e dell'avvocato: una ricerca di diritto comparato*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di P. Cerami e M. Serio, Torino, 2013, 331 ss., spec. 336 s.

⁷ Tale ultimo profilo determina molteplici livelli di riflessione cui, nell'esame dei singoli casi specifici, può ricorrersi per valutare il peso dell'assenso (e della consapevolezza) della vittima in ordine alla realizzazione della fattispecie criminosa, rispetto al quale il ricorso all'istituto del consenso dell'avente diritto costituisce la chiave interpretativa prevalente, come osservato in J.E.X. TAVARES, *O consentimento do ofendido no direito penal*, in *Rev. Fac. Dir. UFPR*, 12, 1969, 257 ss.; v. anche M. CANCIO MELIÁ, *Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective*, in *Buffalo Criminal Review*, 7.2, 2004, 513 ss., spec. 520 ss. e nt. 20, con copia di ulteriore bibliografia; P. DE STEFANI, *Dimensioni del biodiritto nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani. Aspetti penalistici*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano, 2010, 657 ss., spec. 678 ss.; G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion Pratica*, 38, 2012, 75 ss. (ora in ID., *Nomofanie. Esercizi di filosofia del diritto?*, Torino, 2018, 233 ss.).

⁸ Sul punto v. le considerazioni espresse da H.M. HART JR., *The Aims of the Criminal Law*, in *Law and Cont. Prob.*, 23, 1958, 410 ss. circa il rapporto fra il diritto penale e la «capacity for effectual and responsible decision» di ciascun essere umano, la cui crescita è direttamente proporzionale allo spettro di «enlargement» che vi viene consentito dal legislatore. Sul rapporto fra il principio di auto-responsabilità e la figura del consenso dell'avente diritto, si rimanda (oltre che ai fondamentali studi di F. GRISPIGNI, *Il consenso*

che risolutivo, tanto da essersi affermato che di tale norma «l’unica cosa certa è l’incerto»⁹ –, anche nell’ambito della teoria generale del diritto e della (bio)etica¹⁰.

Nella cornice dell’animato e complesso dibattito circa le implicazioni e le conseguenze della tendenziale attribuzione, da parte dell’ordinamento giuridico, di un valore scriminante al consenso prestato dal soggetto passivo di una condotta illecita, ricorre di frequente l’uso del brocardo¹¹ ‘*volenti et consentienti non fit iniuria*’. Tale massima è di solito

dell’offeso, Roma, 1924, e di T. DELOGU, *Teoria del consenso dell’avente diritto*, Milano, 1936) a S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, Bologna, 2008, spec. 273 ss., con copia di bibliografia indicata. Cfr. anche M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell’accertamento penale*, Torino, 2004, spec. 13 ss. in ordine alla progressiva individualizzazione e ‘soggettivizzazione’ dei moduli repressivi; G. MARINI, *Il consenso*, in *Trattato di biodiritto, Ambito*, cit., 361 ss.; S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di biodiritto, Il governo*, I, cit., spec. 194 ss., 209 ss.; S. RODOTÀ, *Il nuovo ‘habeas corpus’: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di biodiritto, Ambito*, cit., 169 ss., spec. 204 ss. in ordine al problema del consenso; V. PLANTAMURA, *Consenso dell’avente diritto*, in *Trattato di Diritto Penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Parte generale*, II. *Il reato*, Milano, 2013, 238 ss., con copiosa letteratura citata; D. FALCINELLI, *Il consenso*, cit., 291 ss.; M. UBERONE, *L’evoluzione*, cit., 152 ss.; G.B. CHERCHI, *Suicidio medicalmente assistito e teoria del reato*, in *Giur. Pen. Web*, 2021/XII, 1 ss., spec. 8 ss.; M. BRUCALE, *Il consenso dell’avente diritto. Quando la vita è un bene disponibile*, in *Giur. Pen. Web*, 2022/I-bis, 1 ss.; in parte v. anche M. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione/evento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 45, 2022/I, 25 ss., spec. 30 ss., 49 ss.

⁹ R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo, Art. 5*, estratto da *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Delle persone Fisiche, art. 1-10*, Bologna-Roma, 1988, 225.

¹⁰ V., anche in termini generali circa il rapporto intercorrente fra diritto e bioetica (oltre alla bibliografia citata nelle ntt. precedenti), F. D’AGOSTINO, *Bioetica. Nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1998; F. MACIOCE, *Il corpo. Prospettive di filosofia del diritto*, Roma, 2001, 23 ss.; P. CAPITELLI, *Bioethics*, cit., 33 ss.; G. RESTA, *La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione*, in *Trattato di biodiritto, Il governo*, I, cit., 805 ss.; M.C. BARBIERI, *I casi Englaro e Welby: diritto e fine della vita fuori dei ‘casi di scuola’*, in *Riv. Sc. Comun.*, 2, 2010/I, 106 ss.; S. RODOTÀ, *Il corpo ‘giuridificato’*, in *Trattato di biodiritto, Il governo*, I, cit., 51 ss.; P. BORSELLINO, *Bioetica*, cit., 21 ss., 67 ss.

¹¹ Sulla varietà dei termini adoperati in letteratura per indicare tale locuzione (regola, principio, brocardo, massima), v. E. CALORE, ‘*Volenti non fit iniuria*’: una ‘regula’ romana?, in *RIDA*, 62, 2015, 223 nt. 1 (e, fra le fonti ivi indicate, in particolare, C. MASI DORIA, *Principi e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in *Tra retorica e diritto*.

evocata per giustificare le antiche origini del principio e la sua diffusa portata anche presso gli antichi Romani, senza, tuttavia, tenere in considerazione la molteplicità di ipotesi applicative trādite dalle fonti giuridiche. Tanto vero che, in un recente studio, ci si è domandati se la *regula* in questione possa assurgere a principio generale oppure costituisca il «risultato di una generalizzazione che tradisce il diritto romano»¹².

La fondatezza di tale interrogativo risulta avvalorata dalla formulazione letterale del famoso brocardo (probabile parafrasi di un testo ulpiano¹³), nel quale la fattispecie a cui si opera esclusivo riferimento è quella dell'*iniuria*¹⁴, senza che – pur potendo la *regula* «con semplicità assumere un significato più generale»¹⁵ – vengano forniti ulteriori elementi utili a ritenere che l'efficacia scriminante del consenso ivi predicata si estenda a tutte le ipotesi di illecito. Né, come osserveremo¹⁶, dalle fonti sembra emergere alcun richiamo ad una figura giuridica tipica, determinante l'esclusione della punibilità ogni qualvolta la potenziale vittima presti il proprio consenso alla commissione dell'atto illegittimo. Ma la forte suggestività del principio in esame – particolarmente adeguato a descrivere la categoria del 'consenso dell'avente diritto' elaborata dalla dogmatica moderna, lasciandone peraltro intatti i contorni non del tutto nitidi – si riverbera anche

Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Atti di un incontro di studio [Trani, 22-23 maggio 2009], a cura di A. Lovato, Bari, 2011, 40).

¹² E. CALORE, '*Volenti?*', cit., 223.

¹³ Il passo in questione è Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.5 ove, nella parte finale, Ulpiano enuncia il principio '*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*' (sul brano, v. *infra* § 2); il collegamento fra il moderno brocardo e il testo ulpiano viene attestato da numerosi autori, fra cui H. LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, II, Göttingen, 1840, 412; C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto*, cit., 140.

¹⁴ Sull'*iniuria*, oltre ai riferimenti di cui *infra* § 2, v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, spec. 60 ss. e 150 ss.

¹⁵ E. CALORE, '*Volenti?*', cit., 249. Ad esempio, ne ricorda l'utilizzo trasversale in tema di *culpaе compensatio* S. GALEOTTI, *Colpa della vittima e risarcibilità del danno ingiusto*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 8, 2018, 394 e nt. 4.

¹⁶ V. *infra* §§ 2 ss.

nell’indagine romanistica sul tema, in cui appare rivestito di un valore centrale.

Una certa sensibilità verso l’argomento si avverte già in una trattazione di Luden¹⁷ (cui si riferisce anche Köstlin¹⁸, con uno studio di poco successivo) nella quale viene sollevato il problema circa la portata del principio ‘*volenti et consentienti non fit iniuria*’. Mediante una ricognizione dei fondamentali spunti forniti in argomento dalla letteratura dell’epoca¹⁹, lo Studioso conclude per la non estensibilità della regola in esame all’intero sistema degli illeciti romani²⁰; in particolare ne esclude l’applicazione alle ipotesi in cui – per la indisponibilità del bene giuridico al suo titolare, oppure per la speciale risonanza dell’illecito – essa si mostra inidonea ad alterare il meccanismo della punibilità di talune fattispecie criminali²¹. Tale impostazione viene *ex professo* ricalcata anche da Rein²², il quale dedica all’argomento una apposita sezione – rubricata ‘Der Berechtigte giebt tein Recht selbst auf (*volenti non fit iniuria*)’ – del suo studio sul diritto criminale romano, ove ripropone una sintesi degli approdi di Luden.

Pernice si occupa organicamente del tema nella sua celebre ricerca sul ‘*Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*’²³. Fin dall’esordio,

¹⁷ H. LUDEN, *Abhandlungen*, II, cit., 412 ss.

¹⁸ R. KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil*, Lübingen, 1855, 105 ss.

¹⁹ Richiamando, specialmente, il ponderoso studio in due parti di Carl Ferdinand Theodor Hepp sul principio ‘*volenti et consentienti non fit iniuria*’, nel quale abbondano i riferimenti al diritto romano, v. C.F.TH. HEPP, *Ueber den Rechtssatz: ‘Volenti non fit iniuria’, auf Veranlassung eines in Frankreich entschiedenen merkwürdigen Straffalles*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, hrsg. von G.A. Kleinschrod, C.G. Konopak und C.J.A. Mittermaier, 11, 1830, 65 ss., nonché ID., *Ueber den Rechtssatz: ‘Volenti non fit iniuria’, auf Veranlassung eines in Frankreich entschiedenen merkwürdigen Straffalles (Fortsetzung)*, *ibidem*, 239 ss. Cenni a questo studio e all’argomento sono presenti anche in A.W. HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, Halle, 1833, 53 s. e nt. 1.

²⁰ V. H. LUDEN, *Abhandlungen*, II, cit., 426 s.

²¹ V., in particolare, H. LUDEN, *Abhandlungen*, II, cit., 428 s.

²² W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*, Leipzig, 1844, 133 ss.

²³ A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.12, Halle, 1895, 82 ss.

l'impostazione non generalizzante dello Studioso risulta manifesta: la massima ‘*volenti non fit iniuria*’, sostiene Pernice, ha una portata circoscritta al singolo caso, eppure «muss man die Worte geradezu aus dem Zusammen hange der Quellen reissen, wenn man ihnen eine grössere Tragweite über die Entscheidung der Einzelfälle hinaus beimessen will»²⁴. Mediante la rassegna delle più significative fonti sull'argomento, Pernice tenta di verificare se sia possibile rintracciare, presso i Romani, l'esistenza di un principio scriminante generale da attribuire al consenso dell'offeso, giungendo a risultati parzialmente affermativi.

Mommsen non si mostra incline ad un approccio organico al tema, tanto vero che non ci sembra di scorgere un luogo dello ‘*Strafrecht*’²⁵ destinato all'esame del consenso dell'avente diritto quale categoria giuridica autonoma. Infatti nel paragrafo dedicato all'elencazione delle ‘*Rechtshandlungen*’²⁶ trovano spazio solamente le ‘altre’ scriminanti dell'adempimento di un dovere o di un ordine²⁷, della legittima difesa²⁸, dello stato di necessità²⁹. Viceversa, nella sezione dedicata alle cause di esclusione dell'*actio iniuriarum*, Mommsen riporta il consenso dell'avente diritto – richiamando il passo ulpiano, tratto dal cinquantaseiesimo dei *libri ad edictum* e trascritto in D. 47.10.1.5, ove viene sancita la regola secondo cui ‘*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*’³⁰ – senza, apparentemente, riconoscerne una applicazione estesa oltre detto specifico perimetro.

²⁴ A. PERNICE, *Labeo*, II.12, cit., 82.

²⁵ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899.

²⁶ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 77 ss.

²⁷ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 77: «Handlungen auf Grund einer für den Handelnden verbindlichen Pflicht oder eines den Handelnden bindenden Befehls».

²⁸ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 78: «Abwehr eines Unrechts können an sich delictische Handlungen, Tödtung, Vergewaltigung, Injurie, Sachbeschädigung, gerechtfertigt erscheinen».

²⁹ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 78: «Abwehr einer Nothlage kann zwar nicht jedes Delict».

³⁰ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 798 e nt. 5.

L'originale solco di indagine tracciato da Ferrini³¹ deriva dalla premessa secondo cui non sarebbe ravvisabile, nel diritto dei Romani, un principio di rilevanza generale relativo al consenso scriminante dell'avente diritto. Tuttavia lo Studioso, nel tentativo di elaborare un criterio per la sistemazione dei casi riportati nelle fonti, ritiene indubbio che «dove oltre l'offesa individuale non vi sia una diretta offesa sociale, l'assenso della vittima scrimini il fatto»³², con ciò evidenziando la «piena coerenza» adoperata dalla giurisprudenza romana in materia. Dunque, nella costruzione di Ferrini, il *discrimen* attributivo o meno di una funzione escludente la punibilità all'assenso della vittima è rappresentato dalla maggiore o minore attitudine, di cui è munita la singola fattispecie illecita, ad offendere la collettività. Egli, infatti, organizza i contenuti della sua riflessione all'interno di due categorie, calibrate in base al «prevalente interesse sociale, a che il fatto non sia commesso in verun modo»³³. Ma la difficoltà che incontra tale assetto è quella di non fornire spunti per una agevole classificazione di fattispecie le quali, pur essendo connotate da un particolare rilievo sociale (come l'uccisione del consenziente), non consentono di «ricavare alcuna conclusione sicura»³⁴ a causa degli oscillanti o non chiari orientamenti espressi nelle fonti.

Viceversa Falchi, il quale dedica all'argomento alcune pagine della sua trattazione istituzionale in tema di diritto criminale romano³⁵, attribuisce al principio ‘*volenti et consentienti non fit iniuria*’ una portata generale, tanto da reputarlo «valevole anche nel giure privato»³⁶. Sulla base di tale premessa, lo Studioso individua due gruppi di ipotesi nelle quali al consenso dell'offeso risulta riconosciuta, in misura variabile, rilevanza giuridica: da un lato, i casi nei quali il dissenso del soggetto passivo è un elemento costitutivo dell'illecito e, di conseguenza, il suo benessere esclude la realizzazione della fattispecie tipica; da un altro lato, gli episodi in cui si verifica sì una violazione, ma per effetto del consenso della

³¹ C. FERRINI, *Diritto penale romano. Teorie generali*, Milano, 1899, 177 ss.

³² C. FERRINI, *Diritto*, cit., 178.

³³ C. FERRINI, *Diritto*, cit., 187.

³⁴ C. FERRINI, *Diritto*, cit., 189 ss.

³⁵ G.F. FALCHI, *Diritto penale romano. Dottrine generali*², Padova, 1937, 183 ss.

³⁶ G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 184 nt. 1.

vittima «i fatti sono svestiti del carattere criminoso»³⁷. A tali categorie Falchi aggiunge una terza, di carattere speciale e residuale, in cui colloca i «framm[enti]. i quali affermano la punibilità del reato non ostante il consenso del leso, per la indisponibilità dei beni giuridici penalmente garantiti»³⁸. Siffatta organizzazione, tuttavia, sembrerebbe impedire l'agevole collocazione di ulteriori ipotesi 'miste', nelle quali il consenso prestato dall'offeso esclude solamente in misura parziale la punibilità (è il caso, ad esempio, del *filius* il quale si lascia volontariamente vendere da un terzo: fattispecie in relazione alla quale, nonostante il consenso risulti validamente prestato, il *pater* potrà comunque agire in giudizio contro lo *stuprator* per l'*iniuria* indirettamente subita *suo nomine*³⁹).

Tuttavia, oltre a questi esempi, non ci sembra che il tema abbia suscitato adeguato interesse nella romanistica. Al di là della riflessione attinente agli specifici casi, infatti, i tentativi di ricerca in ordine al problema dell'esistenza di una *ratio* sottesa alle molteplici caratteristiche della *regula* sono piuttosto limitati⁴⁰ e risultano orbitanti intorno al 'pregiudizio' determinato dalla esistenza della moderna categoria dogmatica del consenso della vittima. Recuperando, in particolare, le suggestioni dello studio di Ferrini, il proposito della nostra ricerca è quello di approfondire l'indagine sulle conseguenze che l'ordinamento giuridico romano ricollega al consenso che il soggetto passivo presta – tanto esplicitamente, tanto implicitamente – alla commissione di un atto illecito lesivo di una situazione giuridica di cui egli risulta titolare e di verificare, altresì, se la varietà di soluzioni prospettate dalla giurisprudenza sia sintomatica di una riflessione matura dei Romani circa

³⁷ G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 184.

³⁸ G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 185.

³⁹ V. *infra* § 2.

⁴⁰ Ricordiamo anche una rassegna di fonti, ricondotta alla categoria denominata «principio *volenti non fit iniuria*», presente in V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*⁵, Napoli, 1998, 198; oppure il recente studio di Emanuela Calore ('*Volenti?*', cit.), nel quale viene proposto l'esame di alcuni passi ulpianei e paolini in argomento (Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.5; Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.6.9; Paul. 49 *ad ed.* D. 39.3.9.1) con il proposito di verificare la portata del principio '*volenti non fit iniuria*' presso i Romani (oltre che una indicazione di ulteriori fonti a pag. 224 nt. 2).

il valore scriminante del consenso dell’avente diritto oppure, viceversa, non rappresenti il frutto di ponderazione organica da parte dei giuristi.

L’ordine che utilizzeremo nella nostra esposizione è anticipatorio, almeno in parte, dei risultati della ricerca: le fonti più significative ai nostri fini, infatti, verranno raggruppate sulla base delle singole fattispecie illecite alle quali si riferiscono direttamente o (nell’ipotesi di testi relativi a plurime figure) in maniera prevalente, disancorandoci dall’ulteriore criterio di classificazione della rilevanza sociale del reato come filtro all’ammissibilità dell’effetto scriminante del consenso.

Sulla base degli approdi raggiunti nell’esame delle fonti relative alle singole fattispecie – e con particolare riferimento al pensiero giurisprudenziale di epoca classica – tenteremo infine di trarre le conclusioni sull’eventuale esistenza di criteri ricostruttivi di una categoria dogmatica di rilievo generale per i Romani.

2. ‘*Nulla iniuria est, quae in volentem fiat*’

Occorre innanzitutto tornare sul brocardo ‘*volenti et consentienti non fit iniuria*’, contestualizzandolo e vagliandone l’ampiezza. Come abbiamo osservato⁴¹, in letteratura la *regula* in questione viene riconosciuta quale rielaborazione icastica delle parole di Ulpiano tratte dal cinquantaseiesimo libro *ad edictum* e trascritte nei *Digesta*:

Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.5: *Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*

Il § 5 è tratto dal lungo frammento ulpiano in cui il giurista, commentando l’editto pretorio, esamina i tratti caratteristici del *delictum* di *iniuria* – infatti, nella palingenesi leneliana il passo viene collocato in apertura del titolo ‘*De iniuriis*’⁴² – ed è strettamente correlato alla regola

⁴¹ V. *supra* § 1 nt. 13.

⁴² O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1869, col. 766 s. (Ulp. n. 1335).

di portata generale trascritta nel precedente § 3, ove viene introdotta la nozione di *iniuria indirecta*:

Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.3: *Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.*

Il commento del giureconsulto prosegue con l’osservazione secondo la quale al *pater familias* l’*iniuria* può essere arrecata anche indirettamente, quando l’atto illecito viene commesso, senza autorizzazione⁴³, nei confronti di un soggetto sottoposto alla sua *potestas* o *affectio*, riverberandosi ‘*per consequentias*’⁴⁴ nella sua sfera⁴⁵. E in tal caso l’*actio iniuriarum* spetta al *pater* tanto per l’offesa direttamente arrecata al suo sottoposto, tanto in ragione del danno da lui subito, in prima persona, come riflesso della violazione principale. Si tratta di un principio indipendente dalla effettiva consapevolezza, in capo all’offensore, della condizione di subordinazione del soggetto passivo al *pater*⁴⁶, e incompressibile: infatti a ciascun offeso dalla condotta illecita (tanto

⁴³ Il valore scriminante del consenso del *dominus* nell’ipotesi, ad esempio, di offesa arrecata al servo, si evince indirettamente dall’enunciato pretorio riportato in Ulp. 77 *ad ed.* D. 47.10.15.34: *Praetor ait: “Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicitur, in eum iudicium dabo. item si quid aliud factum esse dicitur, causa cognita iudicium dabo”.*

⁴⁴ La formula va intesa come «inferenza che una serie fenomenica osservata, nella normale evoluzione del suo *ordo* naturale, porta necessariamente [...] al verificarsi di un determinato evento conoscitivo». Così M. MONTORZI, *Tra retorica ed enciclopedia. L’ontologismo linguistico del giurista medievale*, in *RG*, 9, 2006, 54 e nt. 55.

⁴⁵ Sull’*iniuria per alios*, v. M.F. CURSI, ‘*Pati iniuriam per alios*’ (*Gai.* 3, 221-222), in *BIDR*, 106, 2012, 255 ss.; S. FUSCO, ‘*Specialiter autem iniuria dicitur contumelia*’, Roma, 2020, 137 ss.

⁴⁶ Ulp. 56 *ad ed.* 47.10.1.8: *Sive autem sciat quis filium meum esse vel uxorem meam, sive ignoraverit, habere me meo nomine actionem Neratius scripsit.*

direttamente e tanto indirettamente) spetta un’autonoma *actio iniuriarum*, come ricordato da Ulpiano poco oltre, riportando il parere di Nerazio⁴⁷.

Ma torniamo al § 5, in cui il giurista prende in esame il caso di un tale, il quale vende un figlio altrui con il suo consenso. Al *pater*, precisa Ulpiano, spetta l’*actio iniuriarum* ‘*suo nomine*’ – poiché la vendita ne ha offeso il *pudor* – ma non anche ‘*fili nomine*’, in quanto l’assenso prestato dal figlio esclude la configurazione dell’*iniuria* diretta.

Il passo in questione è stato oggetto di un recente studio da parte di Emanuela Calore⁴⁸ la quale, dopo aver inquadrato il frammento nel contesto di un tipico «affare»⁴⁹ piuttosto diffuso a Roma (quello di un *filius* che si lasci vendere da un terzo, «consapevole della [sua] *ingenuitas*»⁵⁰, con lo scopo di dividere il prezzo), ha indagato la *ratio* ulpiana suggerendo la seguente spiegazione: «non c’è alcuna offesa, quindi alcun delitto di *iniuria* che si faccia a chi lo vuole, perché – si direbbe implicitamente – in seguito alla *voluntas* della vittima sarebbe assente l’*animus iniuriandi*, che invece sarebbe potenzialmente persistente nei confronti del destinatario dell’*iniuria* indiretta, il quale, infatti, continua ad avere a disposizione l’*actio iniuriarum suo nomine*»⁵¹.

Prima di vagliare tale interpretazione, occorre a nostro avviso individuare quale sia il valore attribuito al consenso dell’offeso nei due distinti snodi componenti la fattispecie illustrata da Ulpiano: la vendita

⁴⁷ Ulp. 56 *ad ed.* 47.10.1.9: *Idem ait Neratius ex una iniuria interdum tribus oriri iniuriarum actionem neque ullius actionem per alium consumi. Ut puta uxori meae filiae familias iniuria facta est: et mihi et patri eius et ipsi iniuriarum actio incipiet competere.* Cursi suggerisce di leggere questo passo in correlazione con un altro testo di Nerazio, trascritto in Ner. 5 *membr.* D. 47.10.41: *pater, cuius filio facta est iniuria, non est impediendus, quo minus duobus iudiciis et suam iniuriam persequatur et filii* (v. M.F. CURSI, ‘*Pat?*’, cit., 262 e nt. 26).

⁴⁸ E. CALORE, ‘*Volenti?*’, cit., 224 ss.

⁴⁹ E. CALORE, ‘*Volenti?*’, cit., 225 nt. 6, ove la Studiosa richiama anche altri luoghi dei *Digesta* in cui ne viene fatta menzione, segnatamente: Marc. 1 *inst.* D. 1.5.5.1; Ulp. 54 *ad ed.* D. 40.12.7.1; Ulp. 2 *de off. procons.* D. 40.13.1.1; Pomp. 11 *epist. et var. lect.* D. 40.13.3. La medesima contestualizzazione è proposta anche in M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en Derecho romano*, Madrid, 2005, 146 nt. 58, ove vengono ricordati anche Paul. 50 *ad ed.* D. 40.12.23pr.; Saturn. 1 *de off. procon.* D. 40.14.2pr.

⁵⁰ E. CALORE, ‘*Volenti?*’, cit., 225 nt. 6.

⁵¹ E. CALORE, ‘*Volenti?*’, cit., 229.

del *filius* e l’offesa indiretta al *pater*. Quanto al primo elemento, non riteniamo essenziale indugiare sulla qualificazione del tipo di *iniuria*, questione intorno alla quale risultano consolidati due orientamenti di equivalente spessore: secondo alcuni Autori⁵² si tratterebbe di *iniuria generalis* (un atto illecito e doloso, antigiuridico, la cui concretizzazione può assumere molteplici configurazioni⁵³); secondo altri studiosi, fra cui E. Calore, saremmo di fronte a una ipotesi di *iniuria specialis*, consistente in *contumelia*⁵⁴. Eppure le differenti posizioni, al di là di una diversa caratterizzazione dell’illecito, ci sembrano condividere la medesima impostazione di fondo: nella condotta suscettibile di punizione (consistente nella *venditio* di un *filius familias* e nella violazione riflessa del *pudor* del *pater*) si legge «quello che noi chiameremmo un dolo specifico: il fatto previsto costituiva *iniuria* solo se fosse stato commesso con lo scopo di recare offesa»⁵⁵.

Nonostante il giurista nulla dica in ordine alla consapevolezza effettiva, da parte del venditore, della condizione di libero (ma ‘*alieni iuris*’) del *filius*, l’elemento soggettivo si deve credere giustificato sulla base di ulteriori elementi. *In primis*, siamo certi che il dolo sia una componente essenziale, costitutiva dell’*iniuria*⁵⁶; dunque ci sembra sensato ritenere che Ulpiano attribuisca implicitamente al *reus* un certo grado di cognizione sulla condizione del soggetto passivo.

⁵² Esaustiva elencazione in E. CALORE, ‘*Volenti*’, cit., 231 nt. 20.

⁵³ V. Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1pr: *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter [...]*.

⁵⁴ E. CALORE, ‘*Volenti*’, cit., 230 s. V. Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1pr: [...] *Specialiter autem iniuria dicitur contumelia [...]*, di cui anche in S. FUSCO, ‘*Specialiter autem iniuria*’, cit., 28 ss.

⁵⁵ C.A. CANNATA, *Il danno risarcibile nel diritto romano*, in *Il danno risarcibile. Congresso internazionale ARISTEC (Baia delle Zagare 14-16 giugno 2007)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, 14.

⁵⁶ V. nt. precedente ma anche, nel quadro della sterminata letteratura in argomento, W. REIN, *Das Criminalrecht*, cit., 354 ss.; TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 784 ss.; C. FERRINI, *Diritto*, cit., 235; G.I. LUZZATTO, F. CANCELLI, voce *Dolo (Diritto Romano)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 712 ss.; C. GIOFFREDI, *L’elemento intenzionale nel Diritto Penale Romano*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970, 40 ss.; O.F. ROBINSON, *The Criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore, 1995, 49 ss. Fra i più recenti, M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria*, cit., 55 s.

Inoltre, in un diverso passo tratto dal medesimo libro *ad edictum* (e trascritto in D. 47.10.3.4⁵⁷), si legge che non è tenuto ‘*iniuriarum*’ colui il quale alieni un uomo libero reputandolo per errore un proprio schiavo: è dunque ipotizzabile che Ulpiano, nel tenere presente il valore scriminante dell’errore sullo *status* del ‘venduto’, ritenga implicita la consapevolezza – da parte dell’agente di D. 47.10.1.5 – circa la condizione del *filius*, poiché la regola ‘*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*’ viene enunciata proprio con riferimento alla congetturata *iniuria*. In questa ottica si può spiegare anche il peso marginale attribuito dal giureconsulto, nella formulazione del passo, alla sussistenza dell’elemento soggettivo: l’attenzione del iurisperito sembra concentrata, piuttosto, sull’effetto della condotta illecita e sul valore parzialmente scriminante del consenso dell’offeso, non tanto quale elemento neutralizzante l’*animus iniuriandi* quanto, piuttosto, escludente la complessiva antiggiuridicità della condotta⁵⁸. E infatti il consenso che il *filius* presta alla vendita scrimina il reo, sulla base del principio secondo il quale non sussiste *iniuria* se la condotta dell’agente ha come vittima un *volens*.

Quanto alla posizione del venditore rispetto al padre, il richiamo all’*animus iniuriandi* come elemento fondamentale della fattispecie ci sembra inidoneo a colmare il vuoto contenutistico del commento di Ulpiano all’editto pretorio: anche in questo caso, infatti, non è dato sapere se l’agente abbia o meno specifica intenzione di ledere il *pudor* del *pater familias*. Tuttavia, diversamente dal caso della *iniuria directa* – nel quale la sussistenza del dolo assume a requisito imprescindibile e dunque può essere data per presupposta –, nella *iniuria indirecta* è contemplata, almeno da Ulpiano, anche una ipotesi di ‘responsabilità oggettiva’.

⁵⁷ Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.3.4: *Si quis hominem liberum ceciderit, dum putat servum suum, in ea causa est, ne iniuriarum teneatur.*

⁵⁸ E. Calore, sebbene concentrata sul rapporto fra consenso dell’offeso e *animus iniuriandi*, non esclude una diversa lettura: «Ammettendo però che fosse venuto meno l’*animus iniuriandi*, dal tenore del testo, la mancanza di questo presupposto soggettivo – che pure il giurista doveva avere presente – non appare come “il cavallo di battaglia” della sua *ratio*» (E. CALORE, ‘*Volenti?*’, cit., 229).

Infatti, secondo il giurista – il quale richiama, a sua volta, un parere di Nerazio⁵⁹ – il *pater familias* può esperire l'*actio iniuriarum* (*indirecta*) anche in assenza dell'elemento soggettivo (coincidente con l'intenzione, da parte dell'agente, di ledere il *pudor* paterno): ‘*sive autem sciat quis filium meum esse [...], sive ignoraverit*’⁶⁰. Dunque – a differenza del caso del *filius* in cui il consenso scrimina, giacché sveste il fatto del suo disvalore –, quanto alla posizione del *pater* risultano emergere, nella *ratio* del giurista, alcuni elementi innovativi.

Innanzitutto, in tema di collegamento fra le due offese, registriamo l'indipendenza che Ulpiano, sulla scorta di Nerazio, attribuisce all'*iniuria* indiretta rispetto alla fattispecie ‘principale’ da cui trae origine. Ne consegue che gli effetti del consenso prestato dal soggetto passivo dell'atto iniziale non ricadono anche sulla seconda violazione, poiché essa presenta caratteri autonomi e incompatibili con la prima: soprattutto, una diversa vittima (il *pater*) e un differente bene giuridico su cui incide l'offesa (la *libertas* per il figlio, il *pudor* per il padre⁶¹).

Viceversa, l'elemento soggettivo deve essere da noi vagliato sulla base delle due alternative possibili. Secondo la prima ipotesi, l'offensore avrebbe il duplice intento di violare tanto il *pudor* del *pater*, tanto lo *status libertatis* del *filius*: in tal caso, il consenso del figlio è chiaramente inidoneo

⁵⁹ V. *supra* nt. 46.

⁶⁰ M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria*, cit., 136.

⁶¹ Non riteniamo che il tecnicismo delle parole di Ulpiano, il quale opera un riferimento diretto al *pudor* come bene giuridico oggetto dell'offesa indiretta, giustifichi congetture orientate a decodificare tale elemento mediante una sua identificazione nel *ius vendendi* (v. M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria*, cit., 146 s.) o nella fama del *pater* (v. D. DAUBE, ‘*Ne quid infamandi causa fiat?*’. *The Roman Law of Defamation*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto*, III, 1951, 421 ss., dove lo studioso suggerisce l'azionabilità della tutela prevista nell'editto *ne quid infamandi causa fiat*; *contra* M. MARRONE, *Considerazioni in tema di 'iniuria'*, in *Syntelesia. Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, a cura di A. Guarino e L. Labruna, Napoli, 1964, 482 e nt. 44; L. DESANTI, *Più 'iniuriae' da un'ingiuria*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, n.s., 21, 2007, 31). Del nostro medesimo avviso ci sembra M.F. CURSI, ‘*Pat?*’, cit., 266 e nt. 34. Secondo E. Calore, infine, tutte le precedenti letture «hanno ragione di esistere, dal momento in cui si ritiene scissa, relativamente all'offesa, la posizione del *pater familias* rispetto a quella del *filius familias*» (E. CALORE, ‘*Volenti?*’, cit., 227).

a valere anche per il padre – il quale, infatti, rimane titolare del diritto ad agire in giudizio *suo nomine* per *iniuria indirecta* – in quanto il disvalore del dolo dell’agente risulterebbe sì neutralizzato, ma limitatamente alla parte in cui costui intendeva vendere un uomo di condizione libera⁶².

La seconda ipotesi è che il venditore non abbia incluso, nel proprio disegno, il proposito di violare il *pudor* del *pater*. In questo caso, secondo Ulpiano, la responsabilità è – diremmo noi – di tipo oggettivo, in quanto deriva soltanto dall’*eventus damni* della vendita ed è indipendente dalla concreta esistenza di una volontà delittuosa specifica. Dunque il consenso del figlio è inefficace a valicare il confine della ‘propria’ *iniuria*, poiché non esiste un ulteriore dolo del reo da neutralizzare. Sebbene, a detta del giurista severiano, tale ultima possibilità risulti avallata anche da Nerazio – e, probabilmente, sintomatica di *ius receptum* –, la totale esclusione dell’elemento volontaristico nella commissione dell’*iniuria*, anche se *indirecta*, risulta difficile da conciliare con la necessaria sussistenza dell’elemento soggettivo, quale requisito di configurazione della fattispecie illecita.

E infatti, proprio in ordine a tale aspetto, la posizione di Paolo sull’efficacia del consenso del diretto offeso nei riguardi della vittima secondaria risulta impiantata diversamente:

Paul. 19 *ad ed. D.* 47.10.26: *Si quis servum meum vel filium ludibrio habeat licet consentientem, tamen ego iniuriam videor accipere: veluti si in popinam duxerit illum, si alea luserit. Sed hoc utcumque tunc locum habere potest, quotiens ille qui suadet animum iniuriae faciendae habet. Atquin potest malum consilium dare et qui dominum ignoret: et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse.*

In questo caso la condotta addebitata all’agente è quella di aver pubblicamente sminuito l’immagine del figlio o dello schiavo (e, di riflesso, quella del *pater familias*) spingendolo, con il suo consenso, a

⁶² Accede a questa ipotesi E. CALORE, ‘*Volenti?*’, cit., 229.

frequentare una taverna o a giocare ai dadi⁶³. Sebbene tale comportamento configuri una *iniuria*, il giurista precisa che il *dominus* può esercitare la relativa azione – chiaramente, per *iniuria indirecta* – solamente se il reo ‘*animus iniuriae faciendae habet*’. Viceversa, nel caso in cui il reo ignorasse l’esistenza del *dominus*, costui potrà adoperare l’*actio servi corrupti*.

La prima difficoltà nell’interpretazione del passo è legata al sintagma ‘*vel filium*’, di cui Levy⁶⁴, Albanese⁶⁵ e Kurylowicz⁶⁶ sospettano l’inserimento per interpolazione⁶⁷. In effetti il giurista, nel proprio *iter* argomentativo, sembra trascurare la posizione del figlio, il quale viene menzionato soltanto nell’*incipit*; Paolo si concentra poi solamente sulla soluzione da proporre per l’assenza di *animus iniuriandi* nella commissione dell’illecito ai danni del servo (segnaliamo che, anche nella palingenesia leneliana, il passo è sistemato a chiusura del titolo ‘*De servo corrupto*’⁶⁸). Il sospetto di manomissione del testo con l’inclusione del *filius*, al quale riteniamo di aderire, non ci impedisce di tentare un esame circa gli effetti del consenso prestato dall’offeso, soprattutto alla luce

⁶³ V., con riferimento a questo specifico passo, M. KURYLOWICZ, ‘*Servus aleator?*’, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, 527 ss.; ID., *Das Glücksspiel im römischen Recht*, in *ZSS*, 115, 1985, 204 nt. 86.

⁶⁴ E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 507 nt. 6.

⁶⁵ B. ALBANESE, ‘*Actio servi corrupti?*’, Palermo, 1959, 28 e nt. 34.

⁶⁶ M. KURYLOWICZ, *Paul. D. 47.10.26 und die sittenrechtlichen Probleme der römischen Injurie*, in *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, 31.17, 1984, 275 ss. (ora, con il titolo *Paul. D. 47.10.26 und die Tatbestände der römischen Iniuria*’, in *Labeo*, 33, 1987, 301 s., da cui si cita).

⁶⁷ Per Beseler il passo risulterebbe quasi totalmente alterato [*veluti-fine*] (v. G. BESELER, *Et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque*, in *ZSS*, 45, 1925, 487), ma Albanese ritiene che espungere la quasi totalità del testo significherebbe ridurlo «ad un insignificante enunciato» (B. ALBANESE, ‘*Actio servi corrupti?*’, Palermo, 1959, 28 e nt. 34).

⁶⁸ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1869, col. 1001 (Paul. n. 308). In ordine all’originaria sistemazione del passo, Albanese osserva: «Spostato ora dai compilatori in sede di *a. iniuriarum*, il fr. – nel commento di Paolo – era dedicato alla nostra azione; e quasi certamente Paolo, in quel luogo, illustrava le differenze di applicazione, in talune ipotesi controverse, tra l’*a.s.c.* ed altre azioni» (v. B. ALBANESE, ‘*Actio*’, cit., 28).

delle conclusioni raggiunte nell’analisi del brano conservato in D. 47.10.1.5.

Nell’esordio del passo – al di là del problema relativo alla possibile interpolazione⁶⁹ – Paolo parte da un presupposto coerente con il principio enunciato da Ulpiano secondo cui ‘*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*’: sebbene non venga enunciato, possiamo ipotizzare che il quesito posto dal *dominus* al giureconsulto sia se, in caso di consenso alla condotta criminosa prestato dall’offeso (il cui effetto è di norma, abbiamo visto, scriminante) e in assenza di autorizzazione del *dominus*⁷⁰, residui ugualmente la possibilità di esperire l’*actio iniuriarum indirecta*⁷¹. E qui ci sembra che la prospettazione paolina si discosti da quella ulpiana, in quanto l’*animus iniuriandi* viene considerato un componente imprescindibile anche dell’offesa indiretta: in sua mancanza, il *dominus* dovrà ricorrere a rimedi diversi (l’*actio servi corrupti* per il servo, mentre non è dato conoscere la tutela suggerita se la vittima è il *filius*), non potendosi avvalere dell’*actio iniuriarum* per il danno indirettamente subito.

La soluzione di Paolo consente di acquisire ulteriori dati in tema di efficacia del consenso dell’offeso. Da un lato osserviamo, quanto alla posizione della vittima, che anche in questo caso la regola ‘*volenti et consentienti non fit iniuria*’ risulta operante. Dall’altro lato, il giureconsulto contempla l’estensibilità del suo effetto scriminante anche alla posizione del *pater/dominus*, qualora non risulti possibile attribuire, all’agente, il dolo specificamente orientato a ledere anche l’onore dell’avente potestà

⁶⁹ Per quanto incidente sulla contestualizzazione del brano di Paolo, l’eventuale interpolazione non pregiudica l’esame di questo passo in correlazione a quello ulpiano, in quanto l’*iniuria indirecta*, come abbiamo osservato all’inizio del paragrafo, si configura in conseguenza di una violazione commessa ai danni di molteplici soggetti (o oggetti inanimati) rientranti nella *potestas* del *pater*, fra cui anche il *filius* e il *servus* (v. M. GUERRERO LEBRÓN, *La injuria*, cit., spec. 85 ss.). Dunque, seppure ammettessimo che la formulazione corretta del testo non includa affatto la figura del figlio e si riferisca unicamente al *servus*, si rientrerebbe ugualmente nella fattispecie di consenso prestato da un subordinato del *pater*, da cui può derivare una *iniuria indirecta*.

⁷⁰ V. *supra* nt. 43.

⁷¹ Concorde ricostruzione in F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien-Köln-Graz, 1969, 139. V. anche, intorno alla prima parte del passo, C. CASCIONE, ‘*Consensus*’. *Problemi di origine, tutela processuale. Prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 36.

sulla vittima⁷². Diversamente da Nerazio (e da Ulpiano, suo seguace), Paolo non concepisce una *iniuria* indiretta priva di elemento soggettivo, anzi offre una «opinión más avanzada»⁷³ che prevede la necessaria indagine circa la sussistenza delle concrete intenzioni dell’aggressore⁷⁴.

Secondo tale prospettazione, in assenza di dolo specifico l’*iniuria indirecta* risulterebbe inesistente in quanto manchevole di uno dei suoi elementi fondamentali e, per tale ragione, la neutralizzazione dell’antigiuridicità – derivante dal consenso prestato dalla vittima dell’offesa ‘diretta’ – è idonea a svolgere il proprio effetto scriminante anche verso la posizione dell’avente potestà. La contrarietà all’ordinamento della condotta del reo, tuttavia, non viene del tutto cancellata, bensì risulta rilevante ai fini del ricorso, da parte del *pater*, a mezzi di tutela alternativi e non agganciati alla figura della *iniuria* (indiretta).

Dai frammenti esaminati – la cui indagine, invero, abbiamo cercato di restringere ai soli profili essenziali per saggiare la portata dell’efficacia scriminante del consenso dell’offeso – emerge che la massima ulpiana ‘*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*’, trasfusa nel più recente brocardo ‘*volenti et consentienti non fit iniuria*’, non assume a principio di portata generale. La regola, infatti, sembra enunciata con espresso riferimento all’*iniuria*, soprattutto con il proposito di contenere gli effetti del consenso della vittima, il quale risulterebbe operativo, secondo la prospettazione di Ulpiano, con riferimento al solo rapporto fra agente e offeso consenziente. Viceversa, le oscillanti soluzioni raggiunte dalla giurisprudenza in ordine all’effetto del consenso della vittima ci suggeriscono, allo stato, che i Romani intrapresero una riflessione in argomento, senza però raggiungere approdi sicuri.

⁷² Ampia disamina in M. GUERRERO LEBRÓN, *La iniuria*, 136 ss. e 147ss.

⁷³ M. GUERRERO LEBRÓN, *La iniuria*, 140.

⁷⁴ Tale orientamento si manifesta, ad intermittenza, nelle fonti, fra cui, altrove, anche in Gai. 3.222 e Ulp. 77 *ad ed.* D. 47.10.15.45, ove viene riportata l’opinione di Mela, secondo il quale ‘*interdum iniuria servo facta ad dominum redundat, interdum non*’. Sulla congiuntura fra questi indirizzi e la posizione di Nerazio, riportata da Ulpiano in D. 47.10.1.5, v. M. GUERRERO LEBRÓN, *La iniuria*, cit. spec. 101 ss. e 140 s.; M.F. CURSI, ‘*Pati?*’, cit., spec. 261 ss.

3. ‘*Si quidem solius eius esse putavi*’: errore, consenso e ‘*iniuria*’

Al di fuori della delicata cerchia dei rapporti fra *pater familias* e suoi sottoposti, ma ancora nel campo dell’*iniuria*, verifichiamo una ulteriore fattispecie interessante per la nostra indagine, tratta dal libro 57 *ad edictum* di Ulpiano:

Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17pr.: *Sed si unius permissu id fecero, si quidem solius eius esse putavi, nulli competit iniuriarum actio. Plane si scii plurium, ei quidem, qui permisit, non competit iniuriarum actio, ceteris competit.*

Nel passo – collocato dai compilatori giustinianeî in apertura del fr. 17, dedicato alle *iniuriae* commesse dai sottoposti del *pater familias*, e da Lenel, insieme con i successivi §§ 1 e 2, in chiusura del titolo rubricato ‘*De iniuriis quae servis fiunt*’⁷⁵ – vengono prese in considerazione due possibili questioni derivanti dal caso di *iniuria* diretta verso pi soggetti.

La prima ipotesi è quella dell’autore il quale intende perpetrare *iniuria*⁷⁶ nei confronti di un’unica vittima consenziente, mentre poi si scopre che, di fatto, la sua condotta ha colpito un gruppo pi ampio di individui, dai quali non ha per acquisito il consenso. La seconda fattispecie differisce dalla precedente in quanto l’offensore, pur essendo al corrente della pluralità di vittime, ha consapevolmente raccolto l’assenso all’atto illecito da parte soltanto di una di esse. L’orientamento di Ulpiano rispetto alla posizione dei dissenzienti conduce a due soluzioni di segno opposto: nel primo caso, costoro non avranno l’*actio iniuriarum*; viceversa, nel secondo caso, potranno esercitarla.

Sembra evidente la focalizzazione del pensiero del giureconsulto sulla valutazione dell’elemento soggettivo dell’offensore: laddove l’assenza di dolo derivasse da una errata percezione di «some centrally relevant

⁷⁵ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 774 (Ulp. n. 1359).

⁷⁶ Pernice – il quale, pur in assenza di dettagli relativi alla fattispecie concreta, ritiene decisiva la collocazione sistematica del passo – sostiene che si tratta dell’ipotesi di uno schiavo, appartenente a pi persone, che viene percosso (A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 83). Concorda Ferrini: «l’ipotesi è che io batta il servo di pi padroni» (C. FERRINI, *Diritto*, cit., 178).

fact»⁷⁷, non vi sarebbe margine di ricorso all’*actio iniuriarum* per le restanti vittime. Tale soluzione si mostra divergente da quanto il giurista riferisce in D. 47.10.1.5, in cui l’elemento soggettivo, abbiamo constatato⁷⁸, ha un rilievo marginale e risulta inidoneo a comprimere la tutela alla quale può accedere il *pater*.

Riteniamo che questo aspetto vada approfondito alla luce del prosieguo del passo, ove la soluzione, viceversa, risulta pienamente coerente con la logica ulpiana esaminata nel paragrafo precedente: ci troviamo di fronte al caso ‘fisiologico’ di un offensore armato della medesima carica dolosa nei confronti di tutte le sue potenziali vittime (della cui identità e contrarietà all’atto illecito egli è consapevole), il quale si premunisce del benessere soltanto di una di esse. L’antigiuridicità che pervade l’elemento soggettivo – rafforzata, peraltro, dalla mancanza di previo consenso da parte di tutti gli offesi – viene esclusa solo in relazione a colui il quale ha prestato la propria autorizzazione. È interessante osservare che anche Gotofredo, nelle sue glosse, riporta la postilla ‘*Quia non fit iniuria volenti*’⁷⁹ – ricollegandosi, cioè, al principio ‘*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*’ – dopo le parole ‘*non competit*’, sottolineando l’operatività della regola ‘generale’ soltanto in relazione a tale ultimo caso. Dall’altro lato, infatti, il principio risulta derogato se l’errore dell’agente sulla realtà dei fatti ‘disturba’ la crescita dell’intento delittuoso (che non viene diretto a tutti i potenziali soggetti passivi), non consentendo la realizzazione dell’*iniuria* nei riguardi di ciascuno degli offesi.

⁷⁷ D. IBBETSON, ‘*Iniuria*’, *Roman and English*, in ‘*Iniuria and the Common Law*’, edited by E. Descheemaeker and H. Scott, Oxford, 2013, 41, ove lo studioso cita, oltre al passo di nostro interesse, anche Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.3.4, nel quale pure si esclude il ricorso all’*actio iniuriarum* se l’agente ha percosso un uomo libero nell’erronea convinzione che si trattasse di un suo schiavo. Per una lettura del passo più concentrata sul profilo dell’errore, v. P. VOCI, *L’errore nel diritto romano*, Milano, 1937, 181, da leggere tenendo presenti le successive considerazioni espresse dall’autore nella voce *Errore (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 229 ss.

⁷⁸ V. *supra* § 2.

⁷⁹ La glossa continua così: ‘*l. 1 § 5 s. eod.*’, citata dalla edizione annotata del *Corpus iuris civilis romani*, III, Neapoli, 1830, 612.

Secondo Pernice, Ulpiano «aus der Billigkeit entscheidet»⁸⁰: lo studioso sostiene che il testo in esame evocherebbe – per il ricorso a criteri decisionali basati sull’equità piuttosto che sullo stretto diritto – la *ratio celsina* presente in Cels. 27 *dig.* D. 8.3.11⁸¹ laddove, per salvaguardare la servitù istituita con il consenso soltanto di alcuni dei proprietari del fondo servente, viene stabilito che ‘*eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse*’. Ferrini, al contrario, ritiene tale accostamento «fallace»⁸² in quanto la *servitus* e l’*iniuria* sono figure disomogenee e, soprattutto in termini di regime giuridico, la prima ha ad oggetto la *res*, mentre per la seconda riveste primario rilievo «l’offesa alla dignità, all’onore e questa viene appunto meno col consenso»⁸³. Inoltre, prosegue Ferrini, «i testi, parlando della deficiente *actio iniuriarum*, suppongono il consenso attuale»⁸⁴, che potrebbe sempre essere revocato e rivestire la condotta della sua antigiuridicità.

Reputiamo, viceversa, che il riferimento di Pernice sia pertinente. Sappiamo, infatti, che Ulpiano non ignora l’apertura celsina all’*aequitas* (riteniamo che, nel caso discusso in D. 47.10.17pr., si tratti di *aequitas naturalis*, in quanto invocata per risolvere problemi legati all’applicazione delle norme pretorie⁸⁵) e che, anzi, in parte la condivide⁸⁶. Lo Studioso di Halle sembra suggerire che Ulpiano si sia trovato dinanzi al problema di applicare con rigore la regola ‘*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*’, la quale, come abbiamo visto⁸⁷, prevede la delimitazione dell’effetto scriminante del consenso al solo individuo che lo ha prestato. Con la finalità di aggirare la conseguenza potenzialmente ingiusta della regola

⁸⁰ A. PERNICE, *Labeo*, II.12, cit., 83.

⁸¹ Cels. 27 *dig.* D. 8.3.11: *Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur: benignius tamen dicetur et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.*

⁸² C. FERRINI, *Diritto*, cit., 183.

⁸³ C. FERRINI, *Diritto*, cit., 183.

⁸⁴ C. FERRINI, *Diritto*, cit., 183.

⁸⁵ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell’aequitas?*. Lezioni, Torino, 2013, spec. 86 ss.

⁸⁶ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale*, cit., 92.

⁸⁷ V. *supra* § 2.

per il reo non cosciente dell'esistenza di altri comproprietari del servo, Pernice sostiene che lo spostamento della valutazione sull'effettiva consapevolezza di delinquere sia frutto di una soluzione equitativa, la cui *ratio* risuona di quella celsina in tema di servitù prediali. Anche il capovolgimento del criterio di valutazione del caso da parte di Ulpiano – il quale, invece, in D. 47.10.1.5 sembrava ritenere il sentimento dell'offensore privo di alcun valore giuridico⁸⁸ – potrebbe essere letto come il frutto di un ragionamento influenzato dal ricorso all'*aequitas*.

Questo spostamento del cono prospettico ulpiano sull'intenzione del reo (che per Pernice va decodificato in chiave equitativa), come abbiamo detto, ci impone di ritenere l'elemento soggettivo viziato da errore e di considerarlo come non formatosi affatto rispetto agli offesi non consenzienti, dei quali si ignorava l'esistenza: ragione per la quale, nei loro riguardi, non può dirsi realizzata l'*iniuria* e, di conseguenza, ad essi non spetta la relativa *actio*.

Più problematico si presenta il ragionamento di Ferrini relativo all'attualità del consenso come argomento confutante la teoria di Pernice. È vero, da un lato, che l'assenso della vittima deve essere 'attuale' nel senso di 'precedente o contemporaneo' alla commissione dell'illecito (il quale, cioè, deve venire compiuto nella consapevolezza di non agire contrariamente al volere dell'offeso), ma ci risulta difficile individuare le ragioni per cui un consenso soggettivamente parziale – che anche Ulpiano ammette, come nel caso di specie – risulterebbe inficiare la lettura di Pernice alla quale, viceversa, sembra addirsi.

4. *Consenso dell'offeso e 'damnum iniuria datum'*

Anche a proposito del delitto di danneggiamento viene contemplata l'ipotesi di *damnum* arrecato con il consenso del danneggiato (o del suo avente potestà) e molteplici implicazioni sono rese oggetto di specifica attenzione da parte di Ulpiano nel seguente testo:

⁸⁸ Falchi, viceversa, assimila la logica ulpiana del caso in esame a quella paolina in D. 47.10.26, su cui v. *supra* § 2 (G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 185).

Ulp. 18 *ad ed. D. 9.2.7.4*: *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.*

La sistemazione del passo scelta dai compilatori giustinianeï, nel titolo rubricato ‘*Ad legem Aquilianam*’, risulterebbe sostanzialmente rispettosa, secondo la ricostruzione palinogenetica di Lenel⁸⁹, dell’originaria struttura dell’opera ulpiana (del cui omonimo titolo lo studioso di Mannheim ipotizza l’organizzazione in tanti sottoparagrafi, quanti sono i *capita* della *lex*). Il testo – sulla cui genuinità già gli scolasti bizantini avevano manifestato forti perplessità, condivise e amplificate anche in tempi recenti⁹⁰ – risulta interessante ai nostri fini per quanto viene precisato nella parte finale, ‘*nisi si domino committente hoc factum sit*’, ma occorre un preliminare inquadramento della fattispecie.

⁸⁹ O. LENEL, *Palinogenesia*, II, cit., col. 523 (Ulp. n. 614).

⁹⁰ Il passo, riportato in Bas. 60.3.7.12-18 (Heimb.), è denso di annotazioni e postille, soprattutto per quel che riguarda la circoscrizione delle responsabilità per lesioni arrecate in una gara sportiva pubblica. Sul punto, v. A. MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il diritto romano*, in *BIDR*, 16, 1904, 234 e nt. 3; v. anche A. DE MEDIO, *La legittimazione attiva nell’*actio legis aquiliae* in diritto romano classico*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, I, Milano, 1905, 57; E. ALBERTARIO, *La costruzione ‘nisi... tunc enim’ ed altre somiglianti (Contributo all’esegesi del Digesto)*, in *Il Filangieri*, 36, 1911, 811, da cui si cita (ora in ID., *Studi di diritto romano*, VI. *Saggi critici e studi vari*, Milano, 1953, 55 ss.); G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, 66, 1948, 350; M. AMELOTTI, *La posizione degli atleti di fronte al diritto romano*, in *SDHI*, 21, 1955, 145; J.A.C. THOMAS, *An Aquilian Couplet*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, 179 nt. 38.

Ulpiano prende in considerazione i danni, anche mortali, riportati durante una rissa o una competizione sportiva pubblica⁹¹. Secondo il giureconsulto, non risulta esperibile l'*actio legis Aquiliae* in quanto i lottatori, agendo '*gloriae causa et virtutis*'⁹², hanno arrecato il danno in assenza di dolo⁹³: «la parità degli avversari, nella lotta, giustificava la deroga all'*alterum non laedere*»⁹⁴. Dunque nella decisione ulpiana viene consentito, in via *utilis* e analogica⁹⁵, il ricorso all'azione aquiliana (normalmente esperibile soltanto nel caso di danni arrecati a schiavi) quando ad essere ferito è un *filius familias*, le cui lesioni sono equiparate a quelle subite dallo schiavo «per l'equivalenza dell'interesse in gioco, in

⁹¹ Sul passo, v. su tutti A. WACKE, *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano e moderno*, in *Index*, 19, 1991, 368 ss.; S. GALEOTTI, *Ricerche sulla nozione di 'damnum'*, II. *I criteri d'imputazione del danno tra 'lex' e 'interpretatio prudentium'*, Napoli, 2016, 135 ss.

⁹² A. WACKE, '*Gloria' und 'virtus' als Ziel athletischer Wettkämpfe und die Unbescholtenheit der Athleten sowie die erlaubten Sportwetten nach römischen Rechtsquellen*, in *Kultur(en). Formen des Alltäglichen in der Antike. Festschrift für Ingomar Weiler zum 75. Geburtstag*, Graz, 2013, 193 ss.; S. GALEOTTI, *Ricerche*, II, cit., 136 e nt. 273.

⁹³ Per una rassegna di fonti in cui l'*iniuria* nel danneggiamento risulta neutralizzata da cause di giustificazione, v. P. PASCHALIDIS, *What did 'Iniuria' in the Lex Aquilia Actually Mean?*, in *RIDA*, 55, 2008, 323 s. La letteratura sulla nozione di *iniuria* nella *lex Aquilia* (anche con riferimento al percorso evolutivo conducente all'elaborazione del concetto di *culpa*) è sterminata. Oltre ai riferimenti bibliografici contenuti nelle note di questo §, rimandiamo a S. SCHIPANI, *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della colpa*, Torino, 1969; C.A. CANNATA, *Sul testo della 'lex Aquilia' e la sua portata originaria*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995, 40 ss. (ora in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, Torino, 2012, 162 ss.); P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano tra 'iniuria' e 'damnum corpore datum'*, Padova, 2000, 39 ss.; M.F. CURSI, *'Iniuria cum damno'. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002; G. VALDITARA, *'Damnum iniuria datum'*, Torino, 2005; L. DESANTI, *La legge Aquilia: tra 'verba legis' e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015; S. GALEOTTI, *Ricerche*, II, cit., 81 ss.

⁹⁴ A. WACKE, *Incidenti*, cit., 370.

⁹⁵ In tema, anche con riferimento a questo passo, v. C. SANFILIPPO, *Il risarcimento del danno per l'uccisione di un uomo libero nel diritto romano*, in *Ann. Sem. Giur. Catania*, 5, 1951, 118 ss.; R. WITTMANN, *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München, 1972; R. SOTTY, *Recherche sur les 'utiles actiones'. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977; A.R. MARTÍN-MINGUIJÓN, *Acción civil con carácter útil. Examen de un supuesto especial*, in *SDHI*, 64, 1998, 61 ss.

quanto entrambe pregiudicano allo stesso modo il *pater familias*, che dovrà sopportare i costi delle cure mediche e delle occasioni perdute»⁹⁶.

Se, invece, le ferite vengono procurate in un *certamen* (cioè in una lotta qualificata e regolarmente organizzata) non avrà luogo l'*actio legis Aquiliae* a meno che le lesioni non ricadano – violando le regole del leale combattimento – sul *filius* dopo che costui abbia manifestato la volontà di arrendersi oppure qualora il servo venga ucciso ‘*nisi si domino committente hoc factum sit*’. Quest’ultimo tratto conferma che anche nell’illecito di danneggiamento viene contemplata la possibilità, per l’avente diritto – nel caso di specie, il *dominus* –, di prestare il consenso all’esecuzione di una attività altrimenti illecita, in cui la morte del servo esporrebbe il danneggiante, in assenza di autorizzazione del padrone, ai rischi risarcitori previsti dalla *lex Aquilia*.

Partendo da tale premessa, e riordinando le ipotesi contenute nel passo, possiamo isolare due gruppi di fattispecie: il primo, determinante l’inutilizzabilità della *lex Aquilia*, comprende le ferite procurate al servo partecipante ad uno scontro con l’autorizzazione del padrone e i danni causati agli uomini liberi nella lotta a mani nude (in quest’ultimo caso l’impiego dell’azione aquiliana è da ipotizzarsi come *utilis*⁹⁷); il secondo, viceversa, ammette il ricorso all’azione di danneggiamento nei casi di lesioni o uccisione dello schiavo concorrente nello scontro senza il benessere del *dominus* e le ferite procurate ai *filiis* nonostante la loro resa.

⁹⁶ A. WACKE, *Incidenti*, cit., 370.

⁹⁷ Cuaiacio efficacemente precisa che il ricorso all’*actio utilis* non determina l’uso degli stessi criteri valutativi del danno ai quali si ricorrerebbe nel caso dell’uccisione dello schiavo, v. J. CUJACIUS, *Commentarius in lib. LXXXVI Digestorum Sabvii Juliani*, in *Cujacij operum omnium in decem tomos distributorum*, VI, Neapoli, 1758, 447, ad § ‘*Si magister*’: *Nota etiam ex hoc loco non tantum de servo occiso, vel vulnerato competere domino actionem legis Aquiliae, sed etiam eandem actionem accommodari patri de filiofamilias vulnerato in d.l. 7. §. ‘si quis in collectatione’, vel si liber homo, qui vulneratus est, paterfamil. fuerit, ipsimet libero homini vulnerato haec actio accommodatur, ut l. 13. hoc tit. l. 52. cum duob. § ‘pen. pro soc.’ Sed hoc interest, quod in directa actione l. Aquiliae, quae de servo competit, corporis & damni aestimatio fit: in utili, quae de filiofam. vel quae de ipso libero homine datur, damni tantum aestimatio fit, non corporis: quia liberi corporis nulla aestimatio est. Item quod de servo ea actio datur vulnerato, vel occiso: de libero autem homine vulnerato tantum. Nam de occiso solum superest iudicium publicum ex l. Cornel. de sicariis, quod vindictae publicae executio est.* Per la letteratura, v. *supra* nt. 95.

Sofferamoci soltanto sul primo dei due gruppi di fattispecie. Wacke – il quale riprende, in parte, il commento degli scolasti bizantini⁹⁸ – critica l’*incipit* del passo, osservando che il riferimento alla morte ‘*gloriae causa et virtutis*’ appare «mancare di senso pratico»⁹⁹, se si considera che agli schiavi non veniva concesso di partecipare alle gare degli atleti professionisti. Lo studioso rintraccia il senso dell’affermazione ulpiana nel periodo successivo, ove il giurista precisa che l’azione aquiliana ‘*in filio familias vulnerato procedi?*’, interpretando l’esordio del testo come un preludio all’enunciazione dell’eccezione successiva e così attribuendogli l’organicità ricercata.

Tuttavia riteniamo che, alla luce di quanto fino ad ora osservato in ordine al consenso dell’avente diritto, dal parere di Ulpiano si possano ricavare ulteriori dati a noi utili. Abbiamo osservato, in relazione all’*iniuria*¹⁰⁰, che l’assenso prestato dai soggetti ‘*alieni iuris*’ non è idoneo a schermare il reo dalle rivendicazioni del *pater familias* il quale si reputi offeso dall’atto: meno che mai è ipotizzabile che lo schiavo possa autonomamente esporsi ad una attività potenzialmente dannosa, rischiando di causare un nocumento patrimoniale al suo *dominus*, anche qualora venga spinto da sentimenti nobili quali l’onore e la virtù. Queste

⁹⁸ Bas. 60.3.7.17 (Heimb.): Ὄστε, ἐὰν μὴ ἰδίᾳ, ἀλλ’ ἐν ἀγῶνι δημοσίῳ ἀνέλη, οὐχ ὑπόκειται. Καὶ πῶς ταύτην τὴν διαστολήν ἔστι παραδέξασθαι, εἰπόντος τοῦ νομοθέτου ἀνωτέρω, ὅτι μόνοι οἱ εὐγενεῖς ἀγωνίζονται δημοσίᾳ; Λύσις. Πρῶτον μὲν οὐκ ἔστιν ἀναγκαῖον ἀντιδιαστεῖλαι· οὐ πάντως γὰρ ἀντιδιαστελλεῖν ἀναγκαῖον· ἀλλὰ τὸ μὲν ἐν ἀγῶνι εἰπεῖν, οὐχ ὡς ἀντιδιαστολήν, ἀλλ’ οὕτως, ὅτι· εἰ δὲ ἰδίᾳ τις ἀνέλη τὸν δοῦλον· ὅπερ μόνον αἰεὶ δύναται συμβαίνειν, οὐ μὴν καὶ τὸ ἕτερον, ἦτοι τὸ ἐν ἀγῶνι ἀναιρεῖσθαι αὐτόν, ὡς μὴ δυνάμενον δημοσίᾳ ἀγωνίζεσθαι. Ἐπὶ τοιαύτῃ γοῦν ἐννοίᾳ τε καὶ συνθήκῃ ἀναγινώσκων τὸ ῥῆμα καλῶς ἀναγινώσκεις. Ἐν μὲν οὖν τοῦτο δύνασαι λέγειν· εἰπὲ δὲ καὶ ἄλλο, ὅτι ἐν τοῖς δημοσίοις ἀγῶσιν οὐκ ἀγωνίζονται οἱ δοῦλοι. Καὶ τοῦτο μὲν ἀπὸ τοῦ νόμου καὶ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον. Εἰ δὲ καιροῦ καλέσαντος καὶ ἀνάγκης τινὸς ἀπαιτούσης τὸν δοῦλον ἐπιτηδειότατόν τινα ὄντα εἰς τὸν ἀγῶνα διὰ πλείονα θαυμασμόν, τυχόν ἐθνῶν παρόντων καὶ μελλόντων θαυμαστόν τινα τοῦ δούλου ἰδεῖν ἀγῶνα, ὅποια πολλὰ γίνεται, βασιλεὺς ἀγωνίσασθαι ἐπιτρέψει καὶ τοῦτο κελεύσει γενέσθαι, τὶ κωλύει οὕτω καὶ δοῦλον ποτὲ καὶ σπανίως ἀγωνίσασθαι δημοσίᾳ;

⁹⁹ A. WACKE, *Incidentis*, cit., 370.

¹⁰⁰ V. *supra* § 2.

emozioni, viceversa, sono idonee a palesare l'implicito consenso di un individuo di condizione libera, il quale si presta all'attività agonistica pur cosciente di poter infliggere e ricevere danni anche mortali. La *ratio* di tale impostazione, ci sembra evidente, poggia sulla pressoché nulla attitudine del servo a disporre di sé stesso¹⁰¹.

Il concorrente di un *certamen*, dunque, rischierebbe di trovarsi dinanzi ad un paradosso. Se il suo avversario fosse un uomo di condizione libera, le lesioni a lui causate non integrerebbero *damnum iniuria datum*, in quanto è l'atto della partecipazione alla lotta a neutralizzare la potenziale antiguridicità nell'inflizione delle ferite (benché provocate con intento specifico); viceversa se il contendente fosse un *servus*, la sua volontarietà nella partecipazione alla zuffa non scriminerebbe l'offensore, sulla base della medesima *ratio* governante l'*iniuria indirecta*.

Alla luce di queste considerazioni osserviamo che, nel caso di specie, il ricorso alla scriminante del consenso del *dominus* è un espediente necessario a far sì che il concorrente di condizione libera non corra il rischio di essere convenuto in giudizio per il risarcimento dei danni causati allo schiavo altrui nel corso di una lotta.

5. ‘*Si aliquis domino volente id fiat, dicitur furtum non fieri*’

All'esame degli effetti del consenso dell'offeso sul delitto di *furtum* (o di *rapina*), riteniamo essenziale premettere la recisa osservazione di Ferrini: «che il furto o la rapina non possano coesistere col consenso di colui, al quale vien tolta la cosa, è evidente»¹⁰². Con queste parole, lo Studioso congettura la pregnante incompatibilità di fondo tra l'elemento consensuale e la fattispecie del furto laddove, a mente delle parole di Sabino – riportate da Gellio, il quale sostiene di averle escerpate dal

¹⁰¹ Sul più ampio problema della capacità di postulare degli atleti, anche con riferimento al passo in esame, v. M. PENNITZ, *Zur Postulationsfähigkeit der Athleten im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 112, 1995, 91 ss.

¹⁰² C. FERRINI, *Diritto*, cit., 181.

secondo libro *iuris civilis* –, ‘*Qui alienam rem adtrexavit, cum id se invito domino facere indicare deberet, furti tenetur*’¹⁰³.

È un tratto distintivo del furto l’assenza di accordo, da parte del proprietario, alla sottrazione della *res*: in questo caso, dunque, la valenza scriminante del consenso si esplica non soltanto per la sua incidenza sull’elemento soggettivo – una caratteristica comune anche alle altre fattispecie sino ad ora analizzate –, ma anche per la sua manifestazione quale atto uguale e di segno opposto ad uno specifico elemento costitutivo dell’illecito.

Tracce di una riflessione intorno a tali temi sembrano risalire all’età decemvirale, stando a quanto riferito da Paolo riguardo alla «assai vessata»¹⁰⁴ questione della necessaria furtività dei materiali collocati su un edificio come presupposto dell’*actio de tigno iuncto*:

Paul. 3 *ad Ner.* D. 24.1.63: *De eo, quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est, ex lege duodecim tabularum, quamvis Decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent. Paulus notat: sed in hoc solum agi potest, ut sola vindictio soluta re competat mulieri, non in duplum ex lege duodecim tabularum: neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est.*

Il passo è sistemato dai Giustinianei nel lungo titolo D. 24.1, rubricato ‘*De donationibus inter virum et uxorem*’. Dalla palingenesi di Lenel non possiamo trarre elementi tanto utili alla contestualizzazione originaria del

¹⁰³ Gell. *n. A.* 11.18.20. L’espressione è presente, in una versione pressoché identica, anche in Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.46.7, che esamineremo nel prosieguo di questo paragrafo.

¹⁰⁴ S. RICCOBONO, *Interpretazione e critica del fr. 63 D. 24-1 ‘Paulus’ III. ‘ad Neratium’ ed il requisito della furtività nell’actio de tigno iuncto*, in *AG*, 53, 1894, 33 ss. La seconda parte della ricerca è pubblicata in *AG*, 54, 1895, 265 ss. Oltre agli autori richiamati nel menzionato studio di Riccobono, v. M. KASER, *Typisierter, dolus im altrömischen Recht*, in *BIDR*, 65, 1962, 79 ss. (spec. 91 ss.); G. MELILLO, ‘*Tignum iunctum*’, Napoli, 1964, 42 ss. (e M. KASER, *Recensione a G. MELILLO, ‘Tignum Iunctum’*, Napoli, 1964, in *Labeo*, 12, 1966, spec. 106 ss.).

testo, in quanto nel terzo libro *ad Neratium* di Paolo¹⁰⁵ lo Studioso riordina – con una certa difficoltà¹⁰⁶ – argomenti vari e problematici da coordinare organicamente.

Nella prima parte del testo viene riportato il principio di diritto enunciato da Nerazio in tema di ‘*tignum iunctum*’, applicato all’ipotesi di un bene della moglie che viene spontaneamente donato al marito e da questi unito ad un proprio edificio. Il giurista si chiede se – considerato che le donazioni fra coniugi non sono ammesse¹⁰⁷ – la moglie possa avanzare qualche tipo di pretesa sul bene.

«A cose ordinarie di certo»¹⁰⁸, sostiene Nerazio, ma nel caso di specie l’*actio* – non viene specificato quale – non risulta una strada calcabile in quanto i materiali sono ancora collegati, né può agirsi mediante l’*actio de tigno iuncto* prevista dalle XII Tavole, poiché non è credibile che i Decemviri abbiano inteso accordare quel tipo di tutela nel caso in cui il «danno ha il suo motivo originario in un atto del proprietario»¹⁰⁹. Paolo,

¹⁰⁵ O. LENEL, *Palíngenesia*, I, cit., col. 1142 (Paul. n. 1040).

¹⁰⁶ Sui problemi legati all’individuazione dell’opera neraziana commentata da Paolo, al contenuto dei tre libri in argomento e ad alcune scelte palíngenetiche di Lenel, v. C. FERRINI, *I libri di Paolo ‘ad Neratium’*, in *Memorie della Regia Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Modena*, 10, 1894, 295 ss. (ora in ID., *Opere*, II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 229 ss.). Per i dubbi di Lenel sulla genuinità del passo, v. O. LENEL, *Das ‘Edictum Perpetuum’*³, Leipzig, 1927, 331 e nt. 6, e per gli altri, numerosissimi, si consultino le annotazioni dell’*Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, curaverunt E. Levy et E. Rabel, II, Weimar, 1931, col. 86 s., incluse le certosine e ponderosissime annotazioni manoscritte presenti nell’esemplare dell’opera custodito presso la Fakultätsbibliothek für Rechtswissenschaften della Universität Salzburg.

¹⁰⁷ Ci sia consentito il rinvio, sul tema, a C. DE CRISTOFARO, *Iav. 6 ‘ex post. Lab.’ D. 24.1.64. La simulazione della crisi coniugale*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di L. Solidoro, M. Scognamiglio e P. Pasquino, Torino, 2018, 207 ss.

¹⁰⁸ M. PAMPALONI, *Interpretazione della L. 63 ‘De donationibus inter virum et uxorem’*, in *AG*, 28, 1882, 157.

¹⁰⁹ M. PAMPALONI, *Interpretazione*, cit., 159. Pernice, viceversa, ritiene che le XII Tavole non contemplassero espressamente l’elemento della furtività e che l’azione *de tigno iuncto* venisse originariamente ammessa sulla base del solo accertamento dell’alterità della cosa (v. A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 319 nt. 1). Si vedano anche le integrazioni contenute nel successivo studio di M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, in *BIDR*,

commentando l’asserto neraziano, si interroga su quale sia, una volta separati i beni, l’azione che il giurista reputava esperibile, in quanto nel testo originale viene adoperata la generica espressione ‘*agi posse*’: l’ipotesi è che si tratti di *rei vindicatio* e che, in ogni caso, non sia possibile ricorrere né all’azione decemvirale *de tigno iuncto*, né alla *condictio*, in quanto l’atteggiamento psicologico del marito, donatario di un bene spontaneamente consegnatogli dalla moglie, non è qualificabile come *animus furandi*.

Lo scopo del commento di Paolo sarebbe quello di fornire una completa rassegna delle azioni riconducibili a quel troppo generico ‘*agi posse*’, rendendo così più completa ed esaustiva la riflessione di Nerazio e vagliando soprattutto l’ipotesi, apparentemente esclusa dal primo, della *condictio*¹¹⁰. Con questa finalità, e avvalorando la tesi neraziana, il giurista richiama il principio ‘*neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est*’ sulla base della convinzione che il consenso del proprietario all’unione di un suo bene con quello del consegnatario abbia l’effetto di rimuovere l’elemento del dissenso del proprietario (‘*invito domino*’) – necessario a qualificare la furtività della condotta – così privando la fattispecie dei suoi profili di illiceità.

Il parere di Nerazio (non contrastato da Paolo), secondo il quale una riflessione di questo tipo veniva in qualche modo condotta già – direttamente o indirettamente¹¹¹ – in età decemvirale, risulta, a nostro

21, 1909, 205 ss. e i più recenti R. QUADRATO, ‘*Tignum iunctum ne solvito*’ (*Dalle XII Tavole a Giustiniano*), Bari, 1967, 28 ss. e 70 ss.; F. MUSUMECI, *Vicenda storica del ‘tignum iunctum’*, in *BIDR*, 81, 1978, 201 ss.

¹¹⁰ Più diffusamente, M. PAMPALONI, *Interpretazione*, cit., 162, ma soprattutto S. RICCOBONO, *Interpretazione*, II, cit., 269 ss., ove vengono criticamente passate in rassegna le principali opinioni aggregates sul punto, in ordine alle quali non abbiamo modo di soffermarci nella presente sede.

¹¹¹ Non risulta particolarmente rilevante, ai nostri fini, decidere se l’*actio de tigno iuncto*, nella sua originaria costruzione, richiedesse o meno la furtività nell’asportazione del bene. Viceversa riteniamo più interessante che, al di là della formulazione letterale del testo decemvirale, una forma di riflessione intorno all’interazione fra il consenso della vittima e l’illiceità della condotta possa farsi risalire già almeno al V sec. a.C. anche per quelle fattispecie (come il *tignum iunctum*) non ricadenti nel *furtum* ‘tout court’.

avviso, un fondamentale preludio¹¹² all’esame dei successivi passi, nei quali effettivamente si avverte una matura e complessa evoluzione del pensiero relativo all’efficacia scriminante del consenso dell’avente diritto.

Il tema dell’eliminazione dell’antigiuridicità della condotta, per effetto del consenso dell’offeso in relazione al furto, ricorre – soprattutto in relazione ad ipotesi di particolare complessità – in varie fonti. Spunti interessanti si rinvencono nel titolo D. 47.2, dedicato alla figura del *furtum*. Viene per primo all’esame il seguente passo ulpianoo:

Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.48.2-3: [2] *Qui ex voluntate domini servum recepit, quin neque fur neque plagiarius sit, plus quam manifestum est: quis enim voluntatem domini habens fur dici potest?* [3] *Quod si dominus vetuit et ille suscepit, si quidem non celandi animo, non est fur, si celavit, tunc fur esse incipit. Qui igitur suscepit nec celavit etsi invito domino, fur non est. Vetare autem dominum accipimus etiam eum qui ignorat, hoc est eum qui non consensit.*

Il testo – composto da due frammenti escerpiti dalle numerose questioni inerenti al *furtum* esaminate da Ulpiano nel libro 42 del commentario a Sabino¹¹³ – ha ad oggetto il problema dell’accoglienza concessa al servo altrui con o senza il consenso da parte del *dominus*. La fattispecie presenta tratti comuni sia al *crimen plagii* che al *delictum* di *furtum* ma riteniamo, sulla base dell’*iter* argomentativo del giurista, che l’elemento dell’*animus furandi* sia oggetto di prevalente attenzione¹¹⁴.

Il testo si segnala soprattutto per l’individuazione di due tipi di ‘accoglienza’ del servo, definiti frutto di «sottigliezza argomentativa»¹¹⁵ e

¹¹² Il testo viene menzionato in apertura dell’esame del consenso dell’avente diritto nel delitto di furto anche in G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 184.

¹¹³ La lettura dei §§ 2-3 in modo unitario risulta preservata anche in O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 1169 (Ulp. n. 2883).

¹¹⁴ Per il rapporto fra consenso della vittima e *crimen plagii*, v. *infra* § 8.

¹¹⁵ F. REDUZZI MEROLA, ‘*Quasi secundum hominum genus?*. *Studi su schiavi e sottoposti in diritto romano*, Napoli, 2014, 53.

«lucido schematismo»¹¹⁶: la *receptio* (§ 2) e la *susceptio* (§ 3). Nel primo caso siamo di fronte ad un ricevimento genericamente connotato¹¹⁷, rispetto al quale il consenso del padrone ha valore scriminante dall’eventuale azione di furto, perché determinerebbe il venire meno proprio del dissenso del proprietario (*‘invito domino’*), quale requisito fondante la fattispecie¹¹⁸. Secondo Reduzzi Merola, infatti, il consenso del padrone non consente l’esplicazione della «attività positiva»¹¹⁹ necessaria ad integrare il reato¹²⁰.

La *susceptio*, viceversa, implica una sfumatura che «nella traduzione italiana è difficile da far emergere in maniera evidente»¹²¹, in quanto valorizzante l’aspetto, della protezione¹²² di un soggetto anche in relazione all’eventuale commissione, da parte sua, di illeciti¹²³. In questa ipotesi, il divieto del padrone (a cui viene assimilata anche la sua *ignorantia* sul fatto) non integra necessariamente il *furtum*, in quanto occorre prima verificare se la condotta della *susceptio* sia finalizzata in concreto ad occultare il servo oltre che a riceverlo presso di sé – se, cioè, vi sia

¹¹⁶ G. GRECO, *Gioco d’azzardo e deterrenza: brevi note sui ‘susceptores’*, in *Iura & Legal Systems*, 3, 2016, 50.

¹¹⁷ V. voce ‘*receptio*’, in Æ. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*⁴, IV.1, Patavii, 1864-1926 (rist. anast. 1940), 23.

¹¹⁸ L’intero frammento sarebbe interpolato, secondo P. HUVELIN, *Études sur le ‘furtum’ dans le très ancien droit romain*, I. *Les sources*, Lyon, 1915, 780, nt. 2; la posizione dello studioso viene notata anche in A. CITATI, *Recensione a P. HUVELIN, Études sur le ‘furtum’ dans le très ancien droit romain*, I. *Les sources*, Lyon, 1915, in *AUPA*, 1, 1916, 445.

¹¹⁹ F. REDUZZI MEROLA, *‘Quasi secundum hominum’*, cit., 53. Per Pampaloni si tratta di «illiceità positiva» (M. PAMPALONI, *Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto*, in *AG*, 28, 364).

¹²⁰ V., anche in relazione al passo in esame, G. LONGO, *L’elemento soggettivo nel delitto di furto*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, III, Napoli, 1956, 251 ss.

¹²¹ F. REDUZZI MEROLA, *‘Quasi secundum hominum’*, cit., 54.

¹²² F. REDUZZI MEROLA, *Aperçus sur le lexique de la ‘servi corruptio’*, in *Hommes, cultures et paysages de l’Antiquité à la période moderne. Mélanges offerts à Jean Peyras*, sous la direction de I. Pimouguet-Pédarros, M. Clavel-Levêque et F. Ouachour, Rennes, 2013, 216.

¹²³ Questa lettura è stata di recente perorata da G. GRECO, *Gioco*, cit., 50. Sul lemma, v. voce ‘*susceptio*’ in Æ. FORCELLINI, *Lexicon*⁴, IV.1, cit., 628. Sull’equiparazione fra *susceptor* e *fur* in relazione al passo in esame, v. P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, 209 nt. 140 e 241 nt. 254.

effettivamente l'*animus celandi* –, confermando il furto soltanto in presenza di un fondato proposito criminale teso a contravvenire alla mancanza di consenso del *dominus*.

La propensione ulpiana a valutare con un notevole grado di approfondimento le reali intenzioni del *susceptor* anche in caso di divieto espresso del padrone – inclinazione giudicata, da Albertario, sintomatica dell'interpolazione del passo¹²⁴ – non è però rappresentativa di un approccio omogeneo da parte della giurisprudenza. Ecco quanto riferisce Paolo, il quale si rende portavoce anche delle parole di Labeone:

Lab. 2 *pith. a Paulo epit.* D. 47.2.92: *Si quis, cum sciret quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere. Paulus. immo contra: nam si quis scit sibi rapti et, quia non potest prohibere, quievit, furti agere potest. At si potuit prohibere nec prohibuit, nibilo minus furti aget: et hoc modo patronus quoque liberto et is, cuius magna verecundia ei, quem in praesentia pudor ad resistendum impedit, furtum facere solet.*

Il passo è denso di spunti interessanti per il nostro studio, soprattutto per le informazioni che da esso si ricavano in ordine all'evoluzione del pensiero giurisprudenziale.

Labeone afferma recisamente che colui il quale, pur sapendo di essere derubato, non lo proibisce, non può '*furti agere*'¹²⁵. La portata generalizzante di tale testimonianza è manifestazione di un orientamento restrittivo e poco incline alla valutazione degli elementi concretamente caratterizzanti il singolo caso, laddove nessuna rilevanza sembrerebbe attribuita, ad esempio, alla riserva mentale o alla coartazione della

¹²⁴ Albertario non ritiene questo *iter* coerente con la logica classica di furto e, pertanto, sospetta l'interpolazione del passo: «Nel fatto dell'agire *invito domino* e, qui nella fattispecie, del *suscipere servum si dominus vetuit*, la giurisprudenza classica scorgeva il *dolus malus*. Per i Giustiniani l'usare della cosa *invito domino* non basta perché furto vi sia: ci vuole l'*animus celandi* dell'agente; se quest'*animus* manca, *non est fur*» (E. ALBERTARIO, *La crisi del metodo interpolazionistico*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, I, Milano, 1930, 657).

¹²⁵ V. D. PUGSLEY, *The Plaintiff in the 'actio furti'*, in *Acta Juridica*, 1971, 143 ss.

volontà della vittima¹²⁶. Ciascuna delle variabili che determina il silenzio dell'offeso sembra risolversi privando costui del diritto ad agire in giudizio per *furtum*.

Questa impostazione ci sembra orientata a lasciare invariato l'impianto della fattispecie di reato, piuttosto che ad introdurre una scriminante assimilabile ad un complicato 'consenso – implicito – dell'avente diritto (il quale può proibire, ma tace)'. Il silenzio della vittima, infatti, non consente di effettuare alcuna valutazione in ordine al requisito individuato con l'espressione '*invito domino*', che non sussiste affatto: se non vi è dissenso espresso, non ha luogo il furto, poiché la fattispecie difetta di uno dei suoi elementi strutturali.

Ma non è altrettanto vero che, se il disaccordo non è manifesto, allora si deve ritenere che sia stato prestato il consenso. Paolo, infatti, apporta delle limitazioni all'antico principio¹²⁷ unicamente per evitare che anche

¹²⁶ È interessante osservare che, dall'altro lato, si registra una certa sensibilità nei confronti del consenso del proprietario prestato per mero errore, quando colui che riceve la *res* ne è consapevole. Si tratta il caso, per esempio, di chi prende in consegna un sacchetto contenente più monete di quante ne aveva originariamente depositate e, in tal caso, sarà responsabile per furto limitatamente alla differenza illegittimamente incamerata (Paul. 40 *ad Sab.* D. 47.2.21.1: *Si is, qui viginti nummorum saccum deposuisset, alium saccum, in quo scit triginta esse, errante eo qui dabat acceperit, putavit autem illic sua viginti esse, teneri furti decem nomine placeat*). Oppure l'ipotesi di chi è consapevole di aver ricevuto da un terzo dei pesi maggiori e decide di utilizzarli a discapito del venditore ignaro, nella *emptio ad pondus* (Ulp. 37 *ad ed.* D. 47.2.52.22: *Maiora quis pondera tibi commodavit, cum emeret ad pondus: furti eum venditori teneri mela scribit: te quoque, si scisti: nam non enim ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere*). Così Ferrini, con riferimento ai due passi richiamati: «Ma anche l'accipiente in una tradizione può commettere furto, se scientemente riceve e se il tradente versa in un errore circa l'oggetto o la persona, il quale, togliendo ogni efficacia alla sua volontà e riducendola ad essere solo apparente, impedisce (se il tradente è *domino*) il trapasso del dominio, e ad ogni modo fa sì che si possa dire che l'accipiente apprende contro il volere del tradente il possesso» (v. C. FERRINI, *Appunti sulla dottrina del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, in *AG*, 47, 1891, 423 ss. [ora in *ID.*, *Opere*, V. *Studi vari di diritto romano e moderno (sul diritto pubblico, penale etc.)*, a cura di V. Arangio-Ruiz, Milano, 1930, 150, da cui si cita; pubblicato in una prima versione di simile impianto, con il titolo *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo*, s. 2, 22, 1889, 388 ss., 452 ss., 514 ss.]; *ID.*, *Diritto*, cit., 482).

¹²⁷ Così C. FERRINI, *Diritto*, cit., 182 nt. 2.

il silenzio possa escludere la configurazione del furto, ma a nostro avviso non specifica né avalla l'ipotesi della coincidenza fra assenza di dissenso (elemento strutturale dell'illecito) e consenso (scriminante). Nel primo caso, come abbiamo osservato, si determina la 'perdita' di una componente essenziale della fattispecie; nel secondo caso, viceversa, si inciderebbe sull'*animus furandi*, neutralizzandone l'antigiuridicità¹²⁸.

La complessità dell'intera questione trova piena conferma nel seguente testo di Ulpiano, nel quale viene riportata anche l'opinione di Pomponio:

Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.46.7-8: [7] *Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem: quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit.* [8] *Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit. Et ait Pomponius furtum me facere: verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus.*

La stretta connessione fra i due paragrafi di cui si struttura il passo impone brevi riflessioni anche riguardo all'interazione fra errore e consenso della vittima. Nella palingenesi di Lenel, il testo risulta sistemato poco prima del passo in D. 47.2.48.2-3¹²⁹, con il quale presenta affinità nel tema.

Il § 7, a nostro avviso, si mostra in sintonia con il contenuto del passo di Labeone e Paolo trascritto in D. 47.2.92, rispetto al quale abbiamo suggerito che il non-dissenso del *dominus* non necessariamente equivale al suo consenso, avendo i due atteggiamenti una incidenza ben distinta

¹²⁸ Secondo i seguenti Autori, viceversa, l'assenza di disaccordo equivale al consenso (scriminante): S. SCHLOSSMANN, *Zur Erklärung von l. 33 de a. v. o. poss. 41,2. Ein Beitrag zur Lehre vom furtum*, in *ZSS*, 18, 1897, 210 e nt. 1; C. APPLETON, *Les négations intruses ou omises dans le manuscrit des Pandectes Florentines: a propos d'un livre récent*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 39-40, 1916, 23 e nt. 1. Sulla rilevanza giuridica del consenso, v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, spec. 15 ss.

¹²⁹ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 1169 (Ulp. n. 2879).

sul piano degli elementi costitutivi/modificativi della fattispecie. Qui, Ulpiano mostra di condividere l’opinione – apparentemente diffusa – secondo cui, se qualcuno preleva una *res* ritenendo erroneamente di aver ricevuto il consenso dal *dominus*, non può dirsi *fur*, in quanto la convinzione di aver ricevuto l’approvazione del proprietario della cosa è sufficiente a non qualificare l’elemento soggettivo come *dolus malus*. Può dirsi ‘ladro’, prosegue il giureconsulto, solamente chi ha eseguito l’*adtrectatio* sapendo di agire ‘*invito domino*’¹³⁰. Nel caso esposto, ci sembra che venga compiuto il percorso inverso rispetto all’episodio presentato in D. 47.2.48.2-3: lì l’assenza di proibizione del padrone agisce, potremmo dire, dall’interno della fattispecie, privandola di uno degli elementi essenziali (il divieto espresso dal proprietario della cosa sottratta) e determinandone l’inconfigurabilità; in questo caso, viceversa, è l’errore del reo sul consenso putativo ad incidere dall’esterno sull’elemento soggettivo, eliminando i profili dolosi.

Nel § 8, il rilievo dell’elemento soggettivo viene ‘esagerato’¹³¹ al punto tale che la genuinità dell’intero periodo è stata messa in discussione¹³². Ulpiano riporta l’opinione di Pomponio secondo la quale – applicando

¹³⁰ V. M. PAMPALONI, *Il possesso*, cit., 363 s. L’asserzione ulpiana è praticamente identica a quella di Sabino tradita in Gell. *n. A.* 11.18.20 (v. *supra* nt. 103), tanto che Schulz ritiene che, con le parole ‘*Recte dictum est*’, Ulpiano sottintenda ‘*a Sabino*’, trattandosi peraltro di un passo tratto dall’omonimo commentario (v. F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar*, Halle, 1906, 83 [ora in *Labeo*, 10, 1964, 263]; seguito da P. HUVELIN, *Études*, cit., 709; R. ASTOLFI, *I ‘libri tres iuris civilis’ di Sabino*², Padova, 2001, 254 nt. 262, 257 nt. 275; per ulteriori riferimenti bibliografici v. C. CASCIONE, ‘*Consensus*’, cit., 35 nt. 145 e 188 ss.).

¹³¹ C. FERRINI, *Diritto*, cit., 182; medesima osservazione in B. ALBANESE, *La nozione del ‘furtum’ da Nerazio a Marciano*, Palermo, 1957, 56.

¹³² P. HUVELIN, *Études*, cit., 709 nt. 5; W.W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (‘De furtis’) and the Methods of the Compilers*, in *The Legal History Review*, 10, 1930, 117 ss., spec. 127; H.F. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 ‘De furtis’*, Cambridge, 1940, 56; O. MILELLA, *Il consenso del ‘dominus’ e l’elemento intenzionale del furto*, in *BIDR*, 91, 1988, 412 s. Per Albanese «la genuinità sostanziale della decisione finale di D. 47, 2, 46, 8 è confermata dall’opinione di Paolo in D. 47, 19, 6 [...], nonché dalla considerazione secondo la quale, come si vedrà, mentre si dà il caso che talvolta i compilatori si compiacciano di accentuare la rilevanza del momento subiettivo, qui tale rilevanza è equilibratamente negata, data la fattispecie presa in esame» (B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 56 nt. 128).

la regola del precedente frammento al caso inverso – commette furto anche chi ha agito con *animus furandi* e nell’erronea convinzione di non aver ricevuto l’autorizzazione del *dominus*, che nella realtà acconsente¹³³. Ulpiano non approva tale soluzione, reputando prevalente la volontà del proprietario della *res*: anche se il presunto *fur* la ignora, ciò non pregiudica la sua schermatura dall’azione per furto¹³⁴.

Falchi osserva che la posizione di Pomponio risulta isolata rispetto alla giurisprudenza maggioritaria¹³⁵, e quasi certamente smentita dall’evoluzione del pensiero giurisprudenziale in tema di furto, consenso e dissenso del *dominus*, come può ricavarsi dal seguente passo di Gaio¹³⁶, ben noto già presso i Giustiniane:

Gai. 3.198: *Sed et si credat aliquis invito domino se rem contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quaesitum est, cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, (et servus) id ad me pertulerit, ego cum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo, quasdam res ad eum perferre, utrum furti, an servi corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro. Responsum, neutro eum teneri: furti ideo, quod non invito me res contrectaret; servi corrupti ideo, quod deterior servus factus non est.*

¹³³ È interessante la lettura fornita sul punto da Desanti, la quale esamina i passi presi da noi in considerazione in questo paragrafo, ma con particolare riferimento al furto d’uso del comodatario (o del depositario) e ad un altro testo di Pomponio, 38 *ad Q. M.*, trascritto in D. 47.2.77pr., ove pure compare l’espressione ‘*si existimavit se non invito domino id facere?*’; neppure si trascuri il richiamo dell’autrice a Gai. 3.196-197 (L. DESANTI, *Sapere di agire contro la volontà del proprietario, credere di averne il permesso. Riflessioni intorno al dolo nel furto d’uso*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, n.s., 24, 2010, 22 e 24 ss.).

¹³⁴ V. O. MILELLA, *Il consenso*, cit., 407 s.

¹³⁵ C. FERRINI, *Diritto*, cit., 182 e nt. 2. Desanti individua un orientamento conforme a quello pomponiano in Paul. 1 *ad Ner.* D. 47.19.6; v. L. DESANTI, *Sapere*, cit., 35 e nt. 58, con bibliografia ivi citata.

¹³⁶ Per una ricostruzione di ampio respiro intorno alla concezione gaiana di furto, v. B. ALBANESE, *La nozione*, cit., 71 ss.

L'attenzione del giurista si concentra qui sull'elemento dell'‘*invito domino*’¹³⁷ e il ragionamento viene condotto da una prospettiva apparentemente opposta a quella di Pomponio. Nell'‘*incipit*’ del passo, infatti, Gaio enuncia il principio secondo cui se il *fur* agisce credendo di rubare, ma in realtà il *dominus* è consenziente, non si avrà *furtum*. Il caso preso in esame è senz'altro complesso: un tale chiede a un servo di rubare le cose del suo padrone e di consegnargliele¹³⁸; lo schiavo, allertato il *dominus*, viene da costui sollecitato ad adempiere l'ordine del suo committente, con il proposito di agire contro di lui *furto* o *servo corrupto*. Per Gaio nessuno dei due rimedi può essere validamente concesso: l'*actio furti* è esclusa, in quanto la fattispecie risulta manchevole del requisito costituito dal dissenso del proprietario (‘*invito domino*’); l'*actio servi corrupti* altrettanto non viene concessa, poiché lo schiavo non è stato reso ‘*deterior*’¹³⁹.

Gaio si preoccupa di giustificare le ragioni per cui nessuna delle due azioni viene concessa, precisando che la condotta del padrone – il quale si rivela l'unico orchestrante della messinscena – priva le fattispecie delittuose del loro elemento strutturale tipico (rispettivamente, l'assenza di consenso e il deterioramento morale del servo). Tuttavia, ci sembra che l'atteggiamento del *dominus* non possa essere assimilato – contrariamente alla motivazione gaiana, successivamente ripresa e stravolta dai Giustinianei con una «selva di pesanti e accavallate parole»

¹³⁷ Così B. ALBANESE, *La nozione*, 202 e nt. 444; ID., ‘*Actio*’, cit., 124 ss., con note. Sul passo, v. anche P. FERRETTI, *Complicità*, cit., 160 ss.

¹³⁸ Desanti collega il passo al precedente (Gai. 3.197), in cui il giurista si occupa del comodato e ritiene, sulla scorta della versione che del testo viene fornita nelle istituzioni giustinianee, che anche in questo caso possa trattarsi di quella figura (v. L. DESANTI, *Sapere*, cit., 33 e nt. 50).

¹³⁹ V. M. ORONZO, *Il ‘consensus’ del ‘dominus’ e l'elemento intenzionale nel furto*, in *BIDR*, 91, 1988, 392 ss.; B. BONFIGLIO, ‘*Corruptio servi*’, Milano, 1998, 55: «Il tenore delle affermazioni gaiane, infatti, non lascia dubbi sul fatto che il sobillatore, almeno per quanto concerne furto e *corruptio servi*, non risponde per la semplice istigazione: egli è punito solo se la sua condotta integra gli estremi di un reato»; M. SPERANDIO, ‘*Dolus pro facto*’. *Alle radici del problema giuridico del tentativo*, Napoli, 1998, 24 ss.

sfociante in «una specie di goffa acrobazia verbale»¹⁴⁰ – al contegno passivo di D. 47.2.92 o al consenso implicito di D. 47.2.46.7-8: lì, effettivamente, l’approvazione del padrone incide in una certa misura sul requisito del dissenso del proprietario (è questa l’area in cui si collocano le opinioni dei giuristi che abbiamo esaminato, pur se in parte divergenti).

¹⁴⁰ Le espressioni sono di B. ALBANESE, ‘Actio’, cit., 126 s. La questione prospettata da Gaio viene ripresa (e sovvertita) in una costituzione di Giustiniano del 530, trascritta in C. 6.2.20pr.-1: [pr.] *Imperator Justinianus A. Juliano P.P. Si quis servo alieno suaserit aliquam rem domini sui subripere et ad se deducere, servus autem hoc domino manifestaverit et domino concedente res eius ad iniquum huiusmodi suasionis auctorem pertulerit, et ipse inventus fuerit rem detinere, quali tenetur actione is qui res suscepit, utrumne pro occasione furti an pro servo, quia eum corrumpere voluit, ut non solum furti, sed etiam servi corrupti is obligetur, veteres dubitaverunt. [1] Nobis itaque eorum altercationes decidentibus placuit non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dare. licet enim servus deterior minime factus est, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est: et quemadmodum secundum iuris regulas furtum quidem non est commissum, quia is videtur furtum committere, qui contra domini voluntatem res eius contractat, ipse autem furti actione propter dolum suum tenetur, ita et servi corrupti contra eum actio propter suum vitium non ab re extendatur, ut sit ei poenalis actio imposita, tamquam re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex huiusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, hoc facere pertemptet. <Dat. Kal. Aug. Lampadio et Oreste VV. CC. Cons. 530>. La lex – che Albanese annovera fra le *Quinquaginta decisiones* (B. ALBANESE, ‘Actio’, cit., 125) – dà atto della controversialità della questione giuridica anche presso i Classici: per i *veteres* poteva sicuramente esperirsi l’*actio furti*, per altri forse era possibile il cumulo con l’*actio servi corrupti*. Il testo viene ripreso anche in I. 4.1.8: *Sed et si credat aliquis, invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. unde illud quaesitum est, cum Titius servum Maevii sollicitaverit, ut quasdam res domino subriperet et ad eum perferret, et servus id ad Maevium pertulerit, Maevius, dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permisit servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti iudicio teneatur Titius, an neutro? et cum nobis super hac dubitatione suggestum est et antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem praestantibus, quibusdam furti tantummodo: nos huiusmodi calliditati obviam euntes, per nostram decisionem sanximus, non solum furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dari: licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, et ideo non concurrant regulae quae servi corrupti actionem introducerent, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei poenalis actio imposita, tamquam re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex huiusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetratur. Per gli specifici profili relativi all’*actio servi corrupti*, v. B. ALBANESE, ‘Actio’, cit., 128 s. e B. BONFIGLIO, ‘Corruptio’, cit., 56 s.**

Viceversa, con riguardo alla fattispecie prospettata da Gaio risulta difficile ammettere che – in una ipotesi così delicata di concorso fra azioni delittuose eterogenee¹⁴¹ – nessun rimedio venga concesso, in quanto l’atteggiamento del *dominus* avrebbe determinato la simultanea eliminazione di tutti gli elementi tipizzanti i singoli illeciti. Anzi è proprio in questa neutralizzazione ad ampio spettro dell’antigiuridicità che, a nostro avviso, le parole di Gaio nascondono un riferimento al consenso dell’avente diritto inteso come scriminante, almeno per quel che riguarda il *furtum*¹⁴². Potremmo dire che il padrone ‘acconsente a non volere’: l’incoraggiamento rivolto allo schiavo, da parte del *dominus*, ad accondiscendere all’ordine del *fur*, infatti, non è di certo finalizzato a far sì che l’agente si appropri della *res*, quanto piuttosto a fare compiere ed a lasciare formalmente intatta la fattispecie delittuosa in tutti i suoi elementi tipici (incluso il virtuale ‘*invito domino*’) per poter agire in giudizio contro il ladro. Riteniamo che l’acquiescenza del *dominus* non faccia venir meno il suo dissenso rispetto all’asportazione della *res*, ma che, dall’altro lato, secondo la lettura da noi proposta – Gaio, viceversa, non appare consapevole della dissociazione nelle conseguenze della macchinazione del padrone tra elemento oggettivo e soggettivo –, si riveli provvista di un effetto scriminante, mediante il quale l’*animus furandi* viene privato della sua illiceità.

Questa interpretazione ci sembra, in una certa misura, in sintonia con quanto affermato da Giustiniano nella lunga costituzione in C. 6.2.20pr.-1, ove viene riportato il medesimo episodio trådito da Gaio, però giungendo ad una diversa conclusione. Si legge: ‘*et quemadmodum secundum iuris regulas furtum quidem non est commissum, quia is videtur furtum committere,*

¹⁴¹ V. *supra* nt. 139.

¹⁴² Quanto all’*actio servi corrupti* possiamo ipotizzare – ma si tratta di una lettura la quale, risultandocene impossibile un approfondimento in questa sede, non può valere più di un mero suggerimento – che l’illecito viene meno non appena lo schiavo si reca dal padrone a rivelare la richiesta ricevuta da Tizio: è in quel momento che il suo deterioramento morale diventa impossibile, perché il servo ha già fornito la prova di una inscalfibile rettitudine.

*qui contra domini voluntatem res eius contractat, ipse autem furti actione propter dolum suum tenetur*¹⁴³.

Nello squarcio riportato, l’Imperatore enuncia un principio dichiaratamente contrario alle *regulae iuris*¹⁴⁴: Tizio è tenuto per furto in considerazione del suo dolo. I Giustinianeî hanno ben presente che l’inganno del *dominus* (configurantesi, dicevamo, come un ‘consenso al proprio dissenso’) incide sull’elemento soggettivo, ma scelgono di tenere una linea estremamente rigorosa, negandone la portata scriminante. Ne ricaviamo il consolidamento, in epoca tardoantica, della bipartizione fra consenso scriminante e mera approvazione.

6. ‘*Nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt*’

Con riferimento alla figura della *fraus*, il consenso dell’avente diritto – espresso anche mediante un contegno passivo – risulta munito di una funzione scriminante. Lo si evince chiaramente dal seguente passo ulpiano:

Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.6.9: *Praeterea illud sciendum est eum, qui consentientibus creditoribus aliquid a fraudatore vel emit vel stipulatus est vel quid aliud contraxcit, non videri in fraudem creditorum fecisse: nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt.*

Lo squarcio è escerpito dal sessantaseiesimo libro del commentario *ad edictum* di Ulpiano, in cui il giurista si occupa dell’*edictum fraudatorium* e, più nel dettaglio, dell’elemento soggettivo del terzo il quale conclude un negozio con il debitore insolvente¹⁴⁵. La fattispecie discussa dal giurista

¹⁴³ Per il testo integrale della costituzione, v. *supra* nt. 140.

¹⁴⁴ Così Ferrini: «Del resto questa arbitraria decisione, che per confessione dello stesso legislatore è *contra iuris regulas*, non ha neppure il valore di un precetto generale, ma si riferisce al solo caso in discorso» (C. FERRINI, *Diritto*, cit., 183).

¹⁴⁵ Così nella sistemazione di O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 799 (Ulp. n. 1452), che viene introdotto con il § 8: *Hoc edictum eum coeret, qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat: quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is qui cepit ignoravit, cessare videntur verba edicti.*

attiene alla delicata questione circa l’indispensabilità della coscienza, da parte del terzo contraente, dell’aggravamento che l’atto dispositivo apporterà allo stato di insolvenza del debitore che ‘*fraudandi causa fecit*’¹⁴⁶, rendendo più difficile o impossibile il soddisfacimento dei suoi creditori.

Le soluzioni indicate dai giureconsulti non sono univoche¹⁴⁷ e oscillano fra la necessità di sussistenza del ‘*consilium fraudis*’ in capo al terzo contraente¹⁴⁸ e la sua irrilevanza ai fini della configurazione della *fraus*¹⁴⁹. Si delinea, in questa seconda ipotesi, un orientamento rigoroso,

¹⁴⁶ Queste le parole dell’editto, riportate in Ulp. 73 ad ed. D. 42.8.10pr.: *Ait praetor: “quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esse oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam”*.

¹⁴⁷ Non potendo esaminare, in questa sede, le numerose questioni sottese all’argomento, ci limiteremo a cenni di carattere generale. Si rinvia ad una minima rassegna di letteratura: S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*, Napoli, 1934; G. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958; ID., voce ‘*Pauliana actio*’, in PWRE, s. XII, Stuttgart, 1970, 1008 ss.; ID., voce *Azione revocatoria nel diritto romano*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sez. civile*, II, Torino, 1988, 42 ss.; ID., ‘*Fraudatorium interdictum*’, in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 391 ss.; M. TALAMANCA, voce *Azione revocatoria (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 883 ss.; L. BOVE, voce *Frode (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 630 s.; H. ANKUM, ‘*Interdictum fraudatorium*’ et ‘*restitutio in integrum ob fraudem*’, in *Syntelexia. Vincenzo Arangio-Ruiz*, II, a cura di A. Guarino e L. Labruna, Napoli, 1964, 779 ss.; M.T. MARRONE, voce *Revoca (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 800 ss.; X. D’ORS, *El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico*, Roma-Madrid, 1974; B. BISCOTTI, ‘*Curare bona. Tutela del credito e custodia del patrimonio tra creditori e debitore*, Catania, 2008.

¹⁴⁸ Papin. 11 resp. D. 46.3.96pr.: *Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contingit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. Sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit*; Venon. 6 interd. D. 42.8.25.3: *Si procurator ignorante domino, cum sciret debitorem eius fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus*.

¹⁴⁹ Ulp. 66 ad ed. D. 42.8.6.8-9: [8] *Sciendum iulianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset*. [9] *Hoc edictum eum coeret*,

per il quale perfino «l'ignoranza del *consilium fraudis* non giova all'acquirente», in quanto «se i creditori riescono a provare che effettivamente il debitore agiva ‘*animo furandi?*, il convenuto indarno affermerà di aver ignorato cotesto ‘*animus?*, perché con la sua condotta ha preso sopra di sé anche il rischio di tale eventualità»¹⁵⁰.

In tale contesto va letto il passo conservato in D. 42.8.6.9, soprattutto al fine di apprezzarne la dirompente in confronto con la rigidità dell'orientamento giurisprudenziale dominante. Il caso illustrato da Ulpiano vede il terzo contrattare (o concludere il negozio) con il debitore decotto, ma ‘*consentientibus creditoribus?*: il giurista propende per la non operatività dell'editto fraudatorio, sintetizzando la *ratio* del suo pensiero nella *regula* ‘*nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt?*.

Il passo – pur non ritenuto totalmente genuino nella forma¹⁵¹ – si mostra coerente con l'approccio dei Romani al consenso prestato dall'offeso, il cui effetto è quello di privare la condotta della sua anti-giuridicità, con particolare riferimento all'elemento soggettivo. Anzi, ci sembra che la formulazione fortemente icastica del principio di diritto enunciato in D. 42.8.6.9 si presti, più di ‘*volenti et consentienti non fit iniuria?*¹⁵², ad assurgere a *regula iuris*, tanto vero che i compilatori giustinianeî scelgono di inserirlo nel novero dei brocardi riportati nel cinquantesimo libro dei *Digesta*, in D. 50.17.145, rubricato ‘*De diversis regulis iuris antiqui?*.

Nella decisione ulpiana riecheggia il parere di Labeone conservato in D. 47.2.92¹⁵³ – ‘*si quis, cum sciret quid sibi subripi, non prohibuit, non potest furti agere?* –, ove pure al mancato intervento da parte della vittima,

qui sciens eum in fraudem creditorum hoc facere suscepit, quod in fraudem creditorum fiebat: quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is qui cepit ignoravit, cessare videntur verba edicti.

¹⁵⁰ Entrambi i virgolettati provengono da S. SOLAZZI, *La revoca*, cit., 126.

¹⁵¹ S. SOLAZZI, *La revoca*, cit., 127 nt. 2; G. IMPALLOMENI, *Studi*, cit., 134. Ad essi aggiungiamo Beseler, il quale con persistenza diagnostica l'interpolazione (i riferimenti ai vari luoghi in cui lo studioso esprime le sue perplessità si rinvengono in *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, curaverunt E. Levy et E. Rabel, III, Weimar, 1935, col. 259).

¹⁵² V. *supra* §§ 1-2.

¹⁵³ V. *supra* § 5.

cosciente di essere in procinto di subire un illecito, viene ricondotta l'impossibilità di agire contro il reo. Questo parallelismo ci consente di avvalorare la nostra tesi secondo cui, nel caso del *furtum*, il consenso prestato dall'offeso non incide sulla fattispecie delittuosa come 'scriminante' in senso stretto (pur operando in maniera simile), quanto piuttosto come atto incompatibile con il requisito delittuoso dell'*'invito domino'*, rispetto al quale si palesa antitetico. Nel caso della *fraus*, viceversa, il consenso esplicito nel contegno passivo dei creditori fa venire meno l'illiceità dell'elemento soggettivo, non consentendo l'accesso ad alcuna forma di tutela¹⁵⁴.

7. La falsificazione '*inter praesentes et convenientes*'

Un ulteriore punto di snodo del nostro studio è costituito da un testo attribuito dai compilatori a Paolo, il quale attesta che il consenso prestato da coloro i quali risulterebbero danneggiati da una falsificazione vale a scriminarne l'autore:

Paul. 3 resp. D. 22.4.3: *Respondit repetita quidem die cautionem interponi non debuisse, sed falsi crimen quantum ad eos, qui in hoc consenserunt, contractum non videri, cum inter praesentes et convenientes res actitata sit magisque debitor quam creditor deliquerit.*

Il titolo in cui risulta sistemato il passo è rubricato '*De fide instrumentorum et amissione eorum*', il quale ha ad oggetto la valutazione, in sede processuale, degli *instrumenta*¹⁵⁵. Il caso prospettato da Paolo

¹⁵⁴ La stessa *ratio* si trova anche in Paul. 3 *ad l. Ael. Sent.* D. 38.5.11: *Non videtur patronus fraudari eo quod consentit: sic et quod volente patrono libertus donaverit, non poterit Fabiana revocari.*

¹⁵⁵ Zilletti ne ha definito il contenuto «sostanzialmente privo di vitalità» (U. ZILLETTI, *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in *BIDR*, 67, 1964, 185), seguito da Cascione, il quale condivide la riflessione dello studioso viareggino circa la sproporzione qualitativa «tra la rubrica [...] e l'effettivo complessivo contenuto dei frammenti escerpti», privi di quella solidità nell'elaborazione giurisprudenziale «che solitamente conferisce nervatura giuridica alle partizioni del *Corpus iuris* con il riempirle di esperienza teorica e pratica» (C. CASCIONE, '*Consensus*', cit., 32).

riguarda la retrodatazione, con il consenso delle parti, di un documento con cui viene stipulata la cauzione: secondo il giurista l’azione consumatasi fra soggetti consenzienti non integra il reato di falsificazione.

Il brano paolino è bersaglio di molteplici rilievi da parte della critica interpolazionista (principalmente di Volterra¹⁵⁶ e di Beseler¹⁵⁷), in particolare riguardo al pletorico riferimento ai ‘*praesentes et convenientes*’ ed alla valutazione prettamente «quantitativa»¹⁵⁸, richiamante il *modus operandi* bizantino¹⁵⁹. Tuttavia si ritiene che l’enunciato di fondo sia autentico: esso, peraltro, risulta pienamente coerente con il criterio che stiamo scorgendo formarsi intorno alla valenza scriminante del consenso.

Per concludere, resta una rapida annotazione in ordine al punto ‘*quantum ad eos, qui in hoc consenserunt*’. Lo squarcio ricorda il passo ulpiano in D. 47.10.17pr. ove, come abbiamo osservato¹⁶⁰, l’effetto scriminante del consenso – in una offesa diretta nei confronti di più vittime – varia in base alla consapevolezza del reo circa la plurilesività

¹⁵⁶ E. VOLTERRA, ‘*Delinquere*’ nelle fonti giuridiche romane, in *RISG*, 5, 1930, 117 ss. (ora in *ID.*, *Scritti giuridici*, VII. *Diritto criminale e diritti dell’antico oriente mediterraneo*, Napoli, 1999, 135 ss., spec. 144 s., da cui si cita).

¹⁵⁷ G. BESELER, *Miscellanea*, in *ZSS*, 45, 1925, 222; *ID.*, *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, 66, 1948, 602.

¹⁵⁸ E. VOLTERRA, ‘*Delinquere*’, cit., 13.

¹⁵⁹ Bas. 22.1.32.1 (Heimb.): Τοῦ Νικαέως. Σημείωσαι ἐντεῦθεν, ὅτι τὸ πλαστὸν οὐκ ἔχει χώραν, ὅταν συναινέσει τῶν μερῶν γένηται, καὶ ὅτι οὐδὲ ἀρμόζει τὸ τοῦ πλαστοῦ ἔγκλημα. Τὸ γὰρ πλαστὸν τότε λαμβάνει χώραν, ὅτε ἀπὸ δόλου καὶ κακίστης προαιρέσεως γένηται, σπουδαζούσης βλάβαι τὸν συναλλάξαντα, ἢ ἕτερον ἀγνοοῦντα τὸ πραττόμενον. Ζήτει βιβ. ξ’. τιτ. μα’. κεφ. νε’. ἐνταῦθα γὰρ ὑποτίθει, ὅτι οὐκ ἦν ἕτερός τις δανειστής προγενέστερος, ὃς ἐμελλε βλαβῆναι διὰ τοῦ πλημμεληθέντος προχρονισμοῦ συναινέσει τοῦ χρεώστου καὶ τοῦ δανειστοῦ, ἀλλ’ οὗτος μόνος, πρὸς ὃν τὸ πλαστὸν γέγονε· καὶ διότι μὴ ἦν ἄλλος ὁ βλαπτόμενος, ἀργεῖν φησὶν ὁ νομοθέτης τὸ πλαστὸν, καὶ δι’ ὃν αὐτὸς φησὶ λογισμὸν, καὶ διὰ τὸν νόμον τὸν λέγοντα, τὰ ἴσα δέλικτα κομπενσατεῦνται, καὶ τὸν ἕτερον, ὃς φησὶν, ἐν ἴσῃ αἰτία κρείττων ὁ νεμόμενος· καὶ ὅτι τὸ πλαστὸν ἀπὸ δόλου χώραν λαμβάνει, δόλος δὲ τῷ εἰδοτῇ καὶ συναινοῦντι οὐχ ἁμαρτάνεται.

¹⁶⁰ V. *supra* § 3.

della sua condotta. Nel caso del *crimen falsi* tale graduazione non emerge: Paolo decide che il reato si dia come non commesso nei soli riguardi di coloro i quali hanno acconsentito. Tale posizione, a nostro avviso, non costituisce un indicatore di *ius controversum*: a differenza dell’*iniuria*, infatti, nel caso della retrodatazione del documento certificante l’interposizione della *cautio* si presume che il debitore/falsario sia già a conoscenza dell’identità (e del numero) dei creditori e, dunque, l’esclusione di alcuni di essi dalla condotta illecita non potrebbe mai essere dettata da errore.

8. ‘*Si quis volentem retineat, non videtur dolo malo retinere*’

L’atteggiamento della scienza giuridica romana rispetto al consenso prestato dalla vittima di *plagium* muta seguendo gli itinerari che caratterizzano la regolamentazione diacronica dell’illecito. La prima articolazione nella disciplina del *crimen plagii*, rilevante ai nostri fini, è costituita da una *lex Fabia de plagiariis* (o *de plagio*), risalente al I sec. a.C.¹⁶¹, «da quale colpì con una sanzione pecuniaria la riduzione in servitù di persone libere e l’indebito esercizio della potestà dominicale su schiavi altrui»¹⁶², i cui *verba legis* ci vengono tramandati dalle famose parole di Callistrato, trascritte dai compilatori in D. 48.15.6.2:

¹⁶¹ Sulla base delle informazioni che possiamo ricavare da Cicerone (Cir. Rab. perd. 8), la legge è sicuramente anteriore al 63 a.C. (v. B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 131 nt. 87). Sulla datazione, v. TH. MOMMSEN, *Strafrecht*, cit., 781 ss.; M. MOLÈ, *Ricerche in tema di plagio*, in *AG*, 170, 1966, 116 ss., spec. 119 ss.; ID., voce *Plagio (diritto romano)*, in *Novis. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 116 ss.; R. LAMBERTINI, ‘*Plagium*’, Milano, 1980, 9 ss.

¹⁶² B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 130 s. e 131 nt. 87 per una rassegna delle teorie riguardanti i principali problemi di regolamentazione giuridica, legittimazione attiva all’azione e tipologia di repressione. Secondo Botta, il problema della natura del *iudicium ex lege Fabia* è «uno degli aspetti più controversi circa il regime di repressione del plagio presentatoci dalle fonti classiche così come – per la maggior parte – tradite dalla compilazione giustiniana» (F. BOTTA, *Per lo studio del diritto penale bizantino. Aspetti del regime repressivo del ‘plagium’ fra tradizione romana e innovazione orientale*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J.H.A. Lokin e B.H. Stolte, Pavia, 2011, 617 ss.; la citazione è tratta da pag. 623).

Call. 6 *de cogn.* D. 48.15.6.2: *Lege Fabia cavetur, ut liber, qui hominem ingenuum vel libertinum invitum celaverit invinctum habuerit emerit sciens dolo malo quive in earum qua re socius erit, quique servo alieno servaere persuaserit, ut a domino dominave fugiat, vel eum eamve invito vel insciente domino dominave celaverit, invinctum habuerit emerit sciens dolo malo quive in ea re socius erit, eius poena teneatur.*

Dal resoconto del giurista – sostanzialmente coerente con le ulteriori testimonianze in argomento, fornite da Ulpiano¹⁶³ e Paolo¹⁶⁴, ove risulta approfondita anche la struttura dei due *capita* di cui si compone la *lex* – apprendiamo che l’elemento soggettivo del *dolus malus*, sufficiente ad integrare il reato con riferimento alle vittime di condizione libera, si accosta necessariamente a quello dell’*invito/insciente domino*’ quando il *plagium* è diretto nei confronti degli schiavi¹⁶⁵. Ma ciò non deve stupirci se consideriamo che anche per gli altri illeciti sopra esaminati è previsto, quando il soggetto leso non è di *status* libero, che la condotta si ponga in violazione del volere del padrone, oppure risulti avvantaggiata dalla sua ignoranza¹⁶⁶.

¹⁶³ Ulp. 9 *de off. proc.* Coll. 14.3.4-5: [4] *Lege autem Fabia tenetur, qui civem Romanum eumve, qui in Italia liberatus sit, celaverit vinxerit vinctumve habuerit, vendiderit emerit, quive in eam rem socius fuerit: cui capite primo eiusdem legis poena iniungitur. Si servus quis sciente domino fecerit, dominus eius sestertiis quinquaginta milibus eodem capite punitur.* [5] *Eiusdem legis capite secundo tenetur, qui alieno servo persuaserit, ut dominum fugiat quive alienum servum invito domino celaverit vendiderit emerit dolo malo, quive in ea re socius fuerit: iubeturque populo sestertia quinquaginta milia dare. Et reliqua.*

¹⁶⁴ Paul. *sent.* 5.30b.1-2 (= Coll. 14.2.1-3): [1] *Lege Fabia tenetur, qui civem Romanum ingenuum, libertinum servumve alienum celaverit vendiderit vinxerit comparaverit. Et olim quidem huius legis poena nummaria fuit, sed translata est cognitio in praefectum urbis, itemque praesidis provinciae extra ordinem meruit animadversionem. Ideoque humiliores aut in metallum dantur aut in crucem tolluntur, honestiores adempta dimidia parte bonorum in perpetuum relegantur.* [2] *Si servus sciens domino alienum servum subtraxerit vendiderit celaverit, in ipsum dominum animadvertitur. Quod si id domino ignorante commiserit, in metallum datur.*

¹⁶⁵ V. F. PRINGSHEIM, ‘*Servus fugitivus sui furtum facit*’, in *Festschrift Fritz Schulz*, I, Weimar, 1951, 279 ss.; F. REDUZZI MEROLA, ‘*Quasi secundum hominum*’, cit., 47 ss.

¹⁶⁶ V. *supra* § 5.

Parzialmente alternativo¹⁶⁷ alla tutela prevista dalla *lex Fabia* – e dallo spettro meno ampio – si configura l’editto del pretore, nel quale viene previsto un rimedio di tipo interdittale, volto ad ottenere l’*exhibitio* di un uomo libero trattenuto con dolo: ‘*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*’¹⁶⁸. Anche in questo caso l’elemento soggettivo è essenziale per l’integrazione della fattispecie criminosa: l’interdetto ha, come scopo, quello di tutelare la libertà, ‘*ne homines liberi retineantur*’¹⁶⁹.

Poste queste concise premesse, procediamo con la lettura del seguente passo ulpiano, i cui contenuti gettano luce sulla valutazione dell’elemento soggettivo della condotta del reo a prescindere dal tipo di tutela che potrebbe essere attivata (*ex lege Fabia*, oppure interdittale):

Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.29.3.5: *Si quis volentem retineat, non videtur dolo malo retinere. Sed quid si volentem quidem retineat, non tamen sine calliditate circumventum vel deductum vel sollicitatum, neque bona vel probabili ratione hoc facit? Recte dicitur dolo malo retinere.*

Nel testo (collocato da Lenel nel titolo ‘*De homine libero exhibendo*’, ove viene complessivamente rispettato il medesimo ordine di esposizione scelto dai compilatori¹⁷⁰) Ulpiano esamina il valore del consenso del

¹⁶⁷ Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.29.3pr.: *Quod et lex Fabia prospexit. Neque hoc interdictum aufert legis Fabiae executionem: nam et hoc interdicto agi poterit et nibilo minus accusatio legis Fabiae institui: et versa vice qui egit Fabia, poterit nibilo minus etiam hoc interdictum habere, praesertim cum alius interdictum, alius Fabiae actionem habere possit.*

¹⁶⁸ Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.29.1pr. In letteratura, v. G.I. LUZZATTO, *Il problema d’origine del processo ‘extra ordinem’, I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori*, Bologna, 1965, 142 ss.; M. MORABITO, *Les réalités de l’esclavage d’après le Digeste*, Besançon, 1981, 66 ss.; J. RAMIN, P. VEYNE, *Droit romain et société: les hommes libres qui passent pour esclaves et l’esclavage volontaire*, in *Historia. Zeitschrift für alte Geschichte*, 30.4, 1981, 472 ss.; sul tema più generale della tutela interdittale (anche di natura esibitoria), v. G. GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano, 1955; A. BISCARDI, *La tutela interdittale ed il relativo processo. Corso di lezioni 1955-1956*, a cura di R. Martini, in *RDR*, 2, 2002, 9 ss., spec. 19 ss.

¹⁶⁹ Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.29.1.1.

¹⁷⁰ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 846 (Ulp. n. 1616).

trattenuto, prendendo in ampia considerazione il sostrato psicologico sul quale si forma la volontà della vittima.

L’*incipit* – la cui genuinità viene pacificamente riconosciuta in letteratura – contiene una regola coerente con il criterio elaborato dai giureconsulti: viene, infatti, attribuito valore scriminante al consenso dell’offeso, ritenuto idoneo a neutralizzare l’antigiuridicità permeante l’elemento soggettivo. Ma colpisce soprattutto la capacità di approfondimento dimostrata da Ulpiano nella valutazione delle modalità di acquisizione dell’assenso.

Se, infatti, la *voluntas* della vittima è genuina, siamo di fronte alla scriminante ormai nota. Viceversa, laddove il consenso venisse ottenuto mediante raggiri (e senza alcun motivo apprezzabile, ‘*neque bona vel probabili ratione*’¹⁷¹), allora la *retentio* risulterebbe perpetrata con dolo e potrà, dunque, ottenersi tutela giurisdizionale. La formulazione ridondante della seconda parte del testo viene diagnosticata, in letteratura, come frutto di interpolazione¹⁷², mentre Ferrini con queste parole tenta di motivare il riferimento al *dolus malus*: «Invece di ‘*dolus malus*’, cioè di un accenno all’elemento soggettivo si attenderebbe ‘*non iure*’ ‘*iniuria*’ e insomma l’accenno al deficiente elemento oggettivo. Ma l’espressione si spiega pensando che Ulpiano in quel luogo commenta le parole edittali: ‘*quem liberum dolo malo retines*’: certamente manca il dolo nel caso ordinario, in cui la volontà del libero sia nota al retinente»¹⁷³.

Questa spiegazione, che convince Ferrini solamente da un punto di vista esegetico, riteniamo sia valida anche sul piano dell’esame sistematico della fonte. Come abbiamo appena osservato, infatti, tanto la *lex Fabia* e tanto l’editto del pretore si riferiscono, coerentemente, al

¹⁷¹ V. nt. successiva.

¹⁷² V. A. PERNICE, *Labeo*, II.12, cit., 85, il quale ritiene che il passo [*vel deductum–fecit*] sia «sprachlich anstößig», tanto per l’*hoc fecit*, generico e apparentemente fuoriposto, tanto per l’eventuale apprezzabilità della circonvenzione: «Und wo soll bei *circumventio* eine *bona et probabilis ratio* herkommen?»; H. NIEDERMEYER, *Ausgewählte Introduktionen zu Ulpian und zur Rechtslehre von der ‘vis’*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, I, Palermo, 1936, 233 nt. 74; L. AMIRANTE, *Appunti per la storia della ‘redemptio ab hostibus’*, in *Labeo*, 3, 1957, 44 con note.

¹⁷³ C. FERRINI, *Diritto*, cit., 186.

dolus malus, in quanto la scriminante del consenso opera proprio sul piano dell'elemento soggettivo, attraverso il quale l'intera condotta viene travolta. Viceversa, il beneplacito dell'offeso non assume particolare incidenza sull'elemento oggettivo se non – e comunque in via molto marginale – nei casi in cui la vittima è anche l'oggetto 'mediato' di una ulteriore offesa realizzata ai danni dell'avente potestà¹⁷⁴.

9. Il consenso del marito nel ‘*crimen adulterii*’, nel ‘*crimen raptus*’ e nell’evirazione

Con il *crimen adulterii*, introduciamo l'esame di fattispecie i cui tratti peculiari sono parzialmente o totalmente incompatibili con la prestazione di assenso da parte dell'offeso, al quale l'ordinamento giuridico non riconosce un effetto scriminante.

Il tema dell'*adulterium* è di per sé vastissimo e la mole di studi in argomento è pressoché incalcolabile¹⁷⁵, dunque tenteremo di focalizzarci su alcuni aspetti di nostro interesse limitandoci ricordare che fra il 18 ed il 16 a.C. – nel quadro della politica moralizzatrice e rigorista di Augusto – venne votata la *lex Iulia de adulteriis coercendis*, con la quale l'adulterio «fu per la prima volta attratto nei crimini pubblici. La legge puniva l'unione

¹⁷⁴ Sulla base di tali considerazioni, non riteniamo particolarmente significativo l'apparente mutamento di prospettiva evincentesi dalla formulazione letterale di una *lex* del 294, trasfusa in C. 9.20.15: *Imperatores Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Pomponio. Liberum sciens condicionem eius invitum venundando plagii criminis poena tenetur. <Dat. XIII. Kal. Jan. Nicomediae, CC. Cons. 294>*. L'elemento dell'*invito*', in questo caso, non è assimilabile all'*invito domino*' del *furtum* o del *plagium* perpetrato nei confronti dello schiavo altrui: riteniamo si tratti unicamente di una *variatio* lessicale coerente con il rovesciamento di prospettiva nella costruzione del passo. Infatti mentre in D. 48.15.6.2 e D. 43.29.3.5 la descrizione della fattispecie tiene conto dell'atteggiamento del reo (dunque è d'obbligo il riferimento al 'suo' elemento soggettivo, che è il *dolus malus*), in C. 9.20.15 il *crimen* viene descritto guardando all'offeso (rendendo necessario il richiamo alla 'sua' mancanza di consenso).

¹⁷⁵ Fondamentale e per molti aspetti insuperato, fra i più recenti, è lo studio di G. RIZZELLI, ‘*Lex Iulia de adulteriis*’. *Studi sulla disciplina di ‘adulterium’, ‘lenocinium’, ‘stuprum’*, Bari, 1997. V. anche C. FAYER, *La ‘familia’ romana*, III. *Concubinato Divorzio Adulterio*, Roma, 2005, 189 ss. Entrambi gli studi sono densissimi di riferimenti bibliografici, ai quali si rimanda.

sessuale sia con donna maritata (adulterio in senso stretto), sia con donna non maritata di onesta condizione (*stuprum*), nonché lo sfruttamento e il favoreggiamento di detti crimini (*lenocinium*)»¹⁷⁶.

Il passo ulpiano che ci interessa ha ad oggetto l'ipotesi del marito il quale sia consenziente all'*adulterium* della moglie, oppure, addirittura, sfrutti la situazione per ricavarne un guadagno:

Ulp. 8 *disp.* D. 48.5.2.2-3: [2] *Lenocinii quidem crimen lege Iulia de adulteris praescriptum est, cum sit in eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit.* [3] *Ceterum qui patitur uxorem suam delinquere matrimoniumque suum contemnit quique contaminationi non indignatur, poena adulterum non infligitur.*

Il brano è tratto dall'ottavo dei *libri disputationum* il quale, come si evince dalla ricostruzione palinogenetica di Lenel¹⁷⁷, includerebbe un dettagliato esame della *lex Iulia de adulteriis*, poi riversato quasi per intero, dai Bizantini, in D. 48.5.2, con l'innesto di una piccola aggiunta nella conclusione¹⁷⁸.

Nel § 2 – tenuto indenne dalla critica interpolazionista¹⁷⁹ – Ulpiano ricorda che il *crimen lenocinii* trova la sua fonte normativa nella *lex Iulia de*

¹⁷⁶ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 202.

¹⁷⁷ O. LENEL, *Palinogenesia*, II, cit., coll. 417-418 (Ulp. n. 155).

¹⁷⁸ Lì, infatti, Lenel colloca Ulp. 8 *disp.* D. 48.5.4pr.-2, a completamento del discorso.

¹⁷⁹ Viceversa, numerosi sono i problemi di coordinamento sistematico del testo con gli altri passi nei quali viene richiamata la medesima disposizione della *lex Iulia*, fornendo però una parzialmente differente descrizione della condotta del marito idonea alla sua attivazione. V. in particolare Tryph. 3 *disp.* D. 4.4.37.1: *Sed et in sexaginta diebus praeteritis, in quibus iure mariti sine calumnia vir accusare mulierem adulterii potest, denegatur ei in integrum restitutio: quod ius omisum si nunc repetere vult, quid aliud quam delicti veniam, id est calumniae deprecatur? Et cum neque in delictis neque calumniatoribus praetorem succurrere oportere certi iuris sit, cessabit in integrum restitutio. in delictis autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus, nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam indicem produxerit. Sed ut ad legis Iuliae de adulteriis coercendis praecepta veniamus, utique nulla deprecatio adulterii poenae est, si se minor annis adulterum fateatur. Dixi, nec si quid eorum commiserit, quae pro adulterio eadem lex punit, veluti si adulterii damnatam sciens uxorem duxerit, aut in adulterio deprehensam uxorem non dimiserit, quaestumve de adulterio uxoris fecerit, pretiumve*

adulteriis e che tale condotta illecita si ascrive al marito tanto se riceve denaro in cambio dell'*adulterium* della moglie (comportandosi quindi da lenone¹⁸⁰), tanto se la ritiene presso di sé (*id est*, non la ripudia), pur avendola colta nel tradimento. Dall'altro lato il terzo, responsabile del tradimento, non può avvalersi del consenso prestato dal marito per rimanere indenne dall'accusa di adulterio ('*non est huiusmodi compensatio admissa*', preciserà Ulpiano poco più avanti¹⁸¹).

Secondo Ferrini il motivo del mancato riconoscimento al consenso del marito offeso di un valore scriminante va ricercato nello scopo della *lex Iulia*, la quale «vuol reprimere l'immoralità non solo in quanto perturba i vincoli famigliari, ma in quanto è per sé stessa un grave danno al consorzio civile»¹⁸². Falchi ritiene che «il bene giuridico della fedeltà coniugale non è nella libera disposizione del coniuge, concernendo anche l'interesse sociale»¹⁸³. La portata di tali affermazioni – a nostro avviso, in linea di principio, condivisibili – va ridimensionata.

Nel § 3, infatti, scopriamo che la generica indifferenza del marito, il quale non si cura del proprio matrimonio e dei tradimenti della moglie,

pro comperto stupro acceperit, aut domum praebuerit ad stuprum adulteriumve in eam committendum: et non sit aetatis excusatio adversus praecepta legum ei, qui dum leges invocat, contra eas committit; Ulp. 4 *de adult.* D. 48.5.30pr.: *Mariti lenocinium lex coercuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit: debuit enim uxori quoque irasci, quae matrimonium eius violavit. Tunc autem puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis: idcirco enim lex ita locuta est 'adulterum in domo deprehensum dimiserit', quod voluerit in ipsa turpitudine prebendentem maritum coercere.* V. soprattutto G. RIZZELLI, 'Lex', cit., 126 ss.; C. FAYER, *La 'familia'*, III, cit., 254 s. nt. 228.

¹⁸⁰ Sul lenocinio, v. W. FORMIGONI CANDINI, 'Ne lenones sint in ullo loco reipublicae Romanae', in *Annali dell'Università di Ferrara*, n.s., 4, 1990, 97 ss.; G. RIZZELLI, *Il 'crimen lenocinii'*, in *AG*, 210, 1990, 457 ss.; ID., 'Lex', cit., 123 ss.; I. MEREU, voce *Prostituzione (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 440 ss.; A.M. RIGGSBY, 'Lenocinium': *Scope and Consequences*, in *ZSS*, 112, 1995, 423 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 202 e 208; C. FAYER, *La 'familia'*, III, cit., 252 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, II, Torino, 2014, 3ss., spec. 44 ss.

¹⁸¹ In Ulp. 8 *disp.* D. 48.5.2.4-7 viene ribadito ed approfondito il principio secondo il quale il terzo responsabile di *adulterium* non può sfruttare il *lenocinium* del marito quale scriminante a proprio favore.

¹⁸² C. FERRINI, *Diritto*, cit., 187.

¹⁸³ G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 185.

non determina l’inflizione della medesima pena prevista per l’adulterio¹⁸⁴. Il testo è da leggere in connessione con un altro frammento in cui Ulpiano, servendosi di parole lievemente diverse, enuncia un principio pressoché identico:

Ulp. 4 *de adult* D. 48.5.30.4: *Quaestum autem ex adulterio uxoris facere videtur, qui quid accepit, ut adulteretur uxor: sive enim saepius sive semel accepit, non est eximendus: quaestum enim de adulterio uxoris facere proprie ille existimandus est, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere. quod si patiatur uxorem delinquere non ob quaestum, sed negligentiam vel culpam vel quandam patientiam vel nimiam credulitatem, extra legem positus videtur.*

In entrambi i testi (D. 48.5.2.3 e D. 48.5.30.4) Ulpiano sembra ricondurre all’inerzia del marito un valore scriminante. Avverso la coppia di passi Volterra formula la medesima ipotesi di interpolazione, basandola tanto sullo stile «gonfio e pomposo»¹⁸⁵ e ricco di espressioni triboniane, tanto sul contenuto in sé, apparentemente incompatibile con le asserzioni in D. 48.5.2.2 (dove si stigmatizzano la *retentio* della moglie adultera e il suo lenocinio) e con il regime di *accusatio* pubblica della *lex Iulia de adulteriis*. Fra i sostenitori della genuinità (quantomeno del contenuto) del passo¹⁸⁶, riteniamo che Rizzelli colga nel segno, con la seguente osservazione, soprattutto in relazione al tema di nostro interesse: «Il legislatore configura infatti il *crimen lenocinii* quando si versi in una delle fattispecie descritte da Ulpiano: se una di queste si realizza

¹⁸⁴ Rizzelli ricorda che «Per l’esatta comprensione del testo occorre tener presente che la sanzione per i *lenocinia* s’identifica con la *poena adulterii*» (G. RIZZELLI, ‘*Lex*’, cit., 139 nt. 58).

¹⁸⁵ E. VOLTERRA, *Alcune innovazioni giustiniane al sistema classico di repressione dell’adulterio*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo*, s. 2, 63, 1930, 182 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici, I. Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, 329 ss., da cui si cita). L’espressione citata è tratta da pag. 336 ed è riferita al passo D. 48.5.30.4, ma a pag. 133 lo stile in D. 48.5.2.3 viene definito «gonfio e pesante». Conforme alla lettura di Volterra, v. F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938, 445 s.

¹⁸⁶ V. C. VENTURINI, ‘*Accusatio adulterii?*’, in *SDHI*, 54, 1988, 79 nt. 43.

qualunque cittadino sarà ammesso all'accusa; se una condotta manca dei presupposti necessari per integrare un'ipotesi criminosa, non sarà ovviamente perseguibile in giudizio da alcuno»¹⁸⁷.

In questa lettura rintracciamo il criterio più idoneo a calibrare anche la portata delle riflessioni di Ferrini e Falchi sul consenso dell'avente diritto. Con riguardo al *crimen adulterii*, in particolare, non riteniamo possibile affermare che l'assenso dell'offeso sia privo di valore scriminante perché il bene giuridico sarebbe indisponibile. Viceversa potremmo dire che il matrimonio sia 'disponibile ma non negoziabile': il marito, infatti, è libero di operare sulla vita coniugale (decidendo di ripudiare o meno la moglie adultera non in flagranza), ma non può negoziare né il corpo della consorte né la propria dignità (guadagnando dall'adulterio o non reagendo dopo averlo scoperto). In queste ultime due ipotesi, dunque, il consenso del *vir* non è munito di valore scriminante in quanto assurge a elemento costitutivo di un illecito autonomo (il *lenocinium*), circostanza incompatibile con la non punibilità.

Ancora una volta – come abbiamo osservato in materia di *furtum*¹⁸⁸ – riceviamo l'impressione che il valore scriminante di cui sembra generalmente munito il consenso dell'avente diritto venga subordinato ai meccanismi regolanti la tipicità dell'illecito (l'*invito domino*' per il furto, la concorrente fattispecie di *lenocinium* per l'adulterio). Tuttavia riteniamo che l'ipotesi dell'inefficacia della scriminante per indisponibilità, alla vittima, del bene giuridico, per quanto non applicabile al caso di specie, non debba essere abbandonata.

Nelle fonti, infatti, si rinviene la descrizione di fattispecie in relazione alle quali l'ordinamento giuridico non attribuisce alcuna rilevanza al consenso prestato dalla persona offesa. È il caso, ad esempio, del *crimen raptus*, al quale viene soprattutto dedicata la lunga costituzione di Giustiniano del 528, sistemata come C. 9.13 e rubricata '*De raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium*'¹⁸⁹. La pena capitale, prevista

¹⁸⁷ G. RIZZELLI, 'Lex', cit., 139 nt. 58.

¹⁸⁸ V. *supra* § 6.

¹⁸⁹ V. R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano, 1968, 55 ss.; L. DESANTI, *Giustiniano e il ratto*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, n.s., 1, 1987, 187 ss.; F. GORIA,

dall’Imperatore, viene comminata anche in ipotesi di consenso prestato dalla vergine al rapimento, ‘*cum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit*’¹⁹⁰.

Anche in ipotesi di evirazione del consenziente, soggiacciono alla medesima pena tanto l’evirato, tanto colui il quale ha eseguito l’operazione chirurgica, come si evince dalle parole di un rescritto di Adriano, riportato da Ulpiano¹⁹¹.

In entrambi i casi, tuttavia, potremmo ugualmente ipotizzare che il particolare rigore mostrato dall’ordinamento giuridico corrisponda, più che alla giuridica indisponibilità del bene oggetto di offesa, ad esigenze di preservazione della morale sessuale e dell’integrità fisica, legate soprattutto all’irreversibilità degli effetti dell’offesa. La peculiare delimitazione di queste fattispecie non ci sembra sintomatica di una più ampia divergenza dallo schema regolamentare prevalentemente riscontrato nelle fonti.

voce *Ratto (dir. romano)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 707 ss.; R. HAASE, *Justinian I. und der Frauenraub (‘raptus’)*, in *ZSS*, 111, 1994, 458 ss.; S. PULIATTI, *La dicotomia ‘vir-mulier’ e la disciplina del ratto nelle fonti legislative tardo-imperiali*, in *SDHI*, 61, 1995, 471 ss.; M. MORELLO, *Per una ricostruzione giuridica dello stupro e della violenza sulle donne nell’età dello ‘ius commune’*, in *Studi Urbinati*, 64, 2013, 101 ss., spec. 114 ss.

¹⁹⁰ Sul punto, v. G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 186.

¹⁹¹ Ulp. 7 *off. proc.* D. 48.8.4.2: *Idem divus Hadrianus rescripsit: ‘Constitutum quidem est, ne spadones fierent, eos autem, qui hoc crimine arguerentur, corneliae legis poena teneri eorumque bona merito fisco meo vindicari debere, sed et in servos, qui spadones fecerint, ultimo supplicio animadvertendum esse: et qui hoc crimine tenentur, si non adfuerint, de absentibus quoque, tamquam lege Cornelia teneantur, pronuntiandum esse. Plane si ipsi, qui hanc iniuriam passi sunt, proclamaverint, audire eos praeses provinciae debet, qui virilitatem amiserunt: nemo enim liberum servumve invitum sinentemve castrare debet, neve quis se sponte castrandum praebere debet. At si quis adversus edictum meum fecerit, medico quidem, qui exciderit, capitale erit, item ipsi qui se sponte excidendum praebuit’*. Sul passo, v. U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sull’evoluzione dell’omicidio*, in *SDHI*, 42, 1976, 246 ss.; D. DALLA, *L’incapacità sessuale in diritto romano*, Milano, 1978, 90 ss.; tangenzialmente anche M.T. AMABILE, *Sul divieto di circoncisione nel mondo antico: l’esperienza ebraica*, in *RDR*, 18, 2018, 238; K. CRAWFORD, *Eunuchs and ‘Castrati’. Disability and Normativity in Early Modern Europe*, London-New York, 2019, 46 ss.

10. L'omicidio del consenziente

Veniamo all'esame della spinosa questione dell'omicidio del consenziente, rispetto alla quale si registra l'assenza di una disciplina giuridica specifica¹⁹². Prima di tutto, osserviamo che l'atteggiamento dei Romani verso quella che noi oggi chiameremmo 'eutanasia' (termine privo di un corrispettivo in lingua latina¹⁹³) si mostra oscillante.

Come ricorda anche Luden¹⁹⁴, sono numerose le attestazioni – provenienti, però, dalle fonti non strettamente giuridiche – di indifferenza o ammirazione verso il sostegno prestato, soprattutto dai servi¹⁹⁵, per porre fine all'esistenza di una persona desiderosa di morire¹⁹⁶.

¹⁹² P. FERRETTI, voce *Eutanasia (Parte giuridica, Diritto Romano)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, V, Napoli, 2012, 976. Per le principali coordinate in ordine al dibattito contemporaneo sull'argomento, v. *supra* § 1 e ntt. 4, 7, 10.

¹⁹³ È stato di recente osservato che «Nel mondo antico si è infatti ben lontani non solo dall'aprire un dibattito etico-morale sul tema, ma anche dall'attribuire alla parola eutanasia un significato univoco nonché inscindibile, come per lo più accade ora, dall'idea di morte volontariamente procurata» (G. LUCHETTI, D. MASINI, F. MATTIOLI, *Spunti per un'indagine sull'eutanasia nel mondo antico*, in *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, a cura di S. Canestrari, G. Cimbalo e G. Pappalardo, Torino, 2003, 26).

¹⁹⁴ H. LUDEN, *Abhandlungen*, II, cit., 441 ss.

¹⁹⁵ Per una casistica inerente al ruolo di differenti soggetti nei suicidi assistiti, v. P. FERRETTI, voce *Eutanasia*, cit., 979.

¹⁹⁶ Si vedano, in particolare, Val. Max. 6.8.2, ove viene lodata l'uccisione del console Caio Mario da parte di un suo schiavo: *cuius dexteræ tam opportunum ministerium nihil eorum pietati cedit, a quibus salus dominorum protecta est, quia eo tempore Mario non vita, sed mors in beneficio reposita erat*; Val. Max. 6.8.3, ove si narra della decapitazione di Caio Gracco, richiesta al servo Filocrate (il quale, subito dopo aver ucciso il padrone, si suicida). Con queste parole Valerio Massimo si esprime intorno al gesto compiuto dallo schiavo: *cuius si præsentiam animi generosus iuvenis imitatus foret, suo, non servi beneficio imminentia supplicia vitasset: nunc commisit ut Philocratis quam Gracchi cadaver speciosius iaceret*; Val. Max. 6.8.4, ove viene riportato l'episodio della decapitazione di Caio Cassio, su sua richiesta, da parte del liberto Pindaro; Sen. Min. *benef.* 3.23, ove il filosofo stoico – di per sé tendenzialmente contrario alla morte prematura se dettata da scopi egoistici (v. Sen. Min. *epist. ad Luc.* 104.3-4), riferisce con ammirazione dello schiavo di Vezio, pretore dei Marsi, il quale, vedendo il padrone irrimediabilmente sottomesso dal generale Cneo Pompeo Strabone, decide di ucciderlo e poi di suicidarsi (interessante è la chiosa del

La tesi dello Studioso, respinta da Köstlin¹⁹⁷, trova sostegno in Pernice, il quale osserva che i retori certamente avrebbero dato conto dell’eventuale ritorsione, da parte dell’ordinamento giuridico, verso le gesta degli schiavi collaboranti all’uccisione del padrone: «die Rhetoren hätten sich zur Ausschmückung ihrer Erzählungen schwerlich den Umstand entgehen lassen, dass die Treue der Sklaven nicht einmal von der drohenden Strafe zurückgeschreckt wurde»¹⁹⁸. Tuttavia, richiamando alcuni episodi in argomento narrati da Valerio Massimo, Seneca e Macrobio¹⁹⁹, Pernice si domanda se «das aber auch im späteren Rechte so blieb»²⁰⁰, specie considerando che da due testimonianze di Paolo e Ulpiano sembrerebbe ricavarsi un indirizzo alternativo:

Paul. *sent.* 3.5.4: *Qui occisus dicitur, si constet eum sibi quoquo modo manus intulisse, de familia eius quaestio non est habenda, nisi forte prohibere potuit nec prohibuit.*

Ulp. 50 *ad ed.* D. 29.5.1.22: *Si sibi manus quis intulit, senatus consulto quidem Silariano locus non est, sed mors eius vindicatur, scilicet ut, si in conspectu servorum hoc fecit potueruntque eum in se saevientem prohibere, poena adficiantur, si vero non potuerunt, liberentur.*

passo: ‘*Da mihi quemquam, qui magnificentius dominum servaverit!*’); Ps.-Quint. *decl.* 380, ove si nega l’antigiuridicità della condotta consistente nel *dare* un *venenum* al padrone che ne ha fatto richiesta per morire; Tac. *ann.* 16.15, ove lo storico rievoca l’episodio del suicidio di Publio Ostorio Scapula il quale, per evitare di essere ucciso da un centurione inviato da Nerone, si recide le vene e con l’ausilio di un servo si accoltella; Macr. *Sat.* 1.11.24-26, ove viene riferita l’uccisione ‘caritatevole’, da parte dei rispettivi schiavi, di vari personaggi di spicco; Oros. 5.12, ove si riporta l’ordine impartito da Gracco, al proprio servo, di ucciderlo.

¹⁹⁷ Le tesi di Luden vengono definite ‘nichtssagend’ (R. KÖSTLIN, *System*, cit., 106 nt. 4).

¹⁹⁸ A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 89.

¹⁹⁹ V. *supra* nt. 196.

²⁰⁰ A. PERNICE, *Labeo*, II.1², cit., 89 nt. 1.

I passi vengono presi in considerazione anche da Mommsen²⁰¹, il quale – meno incline, in questo caso, a fare tesoro degli episodi tramandati dalla letteratura non giuridica – osserva che «Die Einwilligung des Verletzten hebt das Delict nicht auf, da dies gegen die staatliche Ordnung sich richtet, wird aber in gleicher Weise die Strafe gemindert haben»²⁰².

In entrambi i testi si esamina il caso dello schiavo il quale assiste al suicidio del padrone, senza tuttavia impedirlo. Nel brano ulpiano²⁰³, di più solido impianto, si opera specifico riferimento al Senatoconsulto Silariano del 10 d.C.²⁰⁴, la cui applicazione è stata definita da Belloci «talmente innovativa da cambiare la stessa finalità del senatoconsulto, giacché mette a base della sua applicazione non già l’evento oggettivo, costituito dalla morte del *dominus*, ma l’elemento della pericolosità, che è data dalla corresponsabilità di quei servi i quali potendo portare aiuto ed evitare l’evento violento non lo fecero»²⁰⁵. Secondo Ferrini il passo risulta utile a rintracciare l’esistenza di un principio «comunemente ricevuto e indiscusso»²⁰⁶, rispetto al quale le fonti letterarie si limiterebbero a riportare episodi connotati da particolare eccezionalità, ma non rappresentativi della *regula* prevalente. Non riteniamo tale lettura condivisibile, per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, non ci sembra che la disposizione del *Senatus Consultum Silarianum* possa inquadrarsi nella cornice del tema di nostro interesse. Assimilare il mancato impedimento di un fatto che si ha il dovere di

²⁰¹ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 630 nt. 6.

²⁰² TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 626.

²⁰³ Per la critica interpolazionista al passo, v. G. BESELER, *Unklassische Wörter*, in *ZSS*, 57, 45.

²⁰⁴ Nella sistemazione palinogenetica di Lenel, il passo viene infatti inserito nel titolo rubricato ‘*Ad SC Silarianum et Claudianum: quorum testamenta ne aperiantur*’ (v. O. LENEL, *Palinogenesia*, II, cit., col. 734 [Ulp. n. 1236]).

²⁰⁵ N. BELLOCCI, *La tutela dell’ordine pubblico in Ulpiano ‘ex Senatoconsulto Silariano’*, in *D@S*, 3, 2004. Sul senatoconsulto Silariano, v. R. MARTINI, *Alcune osservazioni sul Senatoconsulto Silariano*, in *Jus*, 16, 1965, 363 ss.; D. DALLA, ‘*Senatus Consultum Silarianum?*’, Milano, 1980; D.V. PIACENTE, *Lo schiavo nella disciplina del senatoconsulto silariano*, Bari, 2018.

²⁰⁶ C. FERRINI, *Diritto*, cit., 190.

arrestare al consenso dell’avente diritto, infatti, costringerebbe ad ipotizzare che il contegno passivo dei servi – i quali hanno assistito inermi al suicidio del padrone – equivalga all’*occisio*, da parte loro, del *dominus* consenziente. Ma ciò non è necessariamente vero, se consideriamo che la *ratio* del senatoconsulto è soprattutto quella di tutelare la sicurezza all’interno della *domus*, che risulterebbe danneggiata dal comportamento inoperoso degli schiavi i quali abbiano lasciato il padrone in balia di sé stesso.

In secondo luogo, se pure ammettessimo che l’indifferenza dei servi verso il *dominus* suicida costituisca una manifestazione di contegno illecito, troveremmo un ostacolo di non poco conto nell’assenza di un indirizzo uniforme, da parte dei Romani, intorno al tema del suicidio. Di fronte ad un «tendenziale rifiuto etico»²⁰⁷ dell’estremo gesto, infatti, tanto la filosofia stoica, tanto l’ordinamento giuridico contemplano ipotesi nelle quali l’atto in sé non viene considerato illecito (se compiuto, cioè, ‘*taedio vitae*’ oppure ‘*impatientia doloris*’²⁰⁸), così da non comportare la sanzione della confisca del patrimonio prevista da un rescritto di Caracalla in argomento²⁰⁹. Dunque riteniamo che neanche in questo caso

²⁰⁷ G. LUCHETTI, D. MASINI, F. MATTIOLI, *Spunti*, cit., 40.

²⁰⁸ Marcian. *l. s. de delator*. D. 48.21.3.4-5: [4] *Si quis autem taedio vitae vel impatientia doloris alicuius vel alio modo vitam finierit, successorem habere divus antoninus rescripsit*. [5] *Videri autem et patrem, qui sibi manus intulisset, quod diceretur filium suum occidisse, magis dolore filii amissi mortem sibi irrogasse et ideo bona eius non esse publicanda divus Hadrianus rescripsit*. Viceversa, Falchi richiama il successivo § 6 per argomentare a favore della totale indisponibilità del bene-vita, Marcian. *l. s. de delator*. D. 48.21.3.6: *Sic autem hoc distinguitur, interesse qua ex causa quis sibi mortem conscivit: sicuti cum quaeritur, an is, qui sibi manus intulit et non perpetravit, debeat puniri, quasi de se sententiam tulit. nam omnimodo puniendus est, nisi taedio vitae vel impatientia alicuius doloris coactus est hoc facere. et merito, si sine causa sibi manus intulit, puniendus est: qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parceret* (v. G.F. FALCHI, *Diritto*, cit., 187).

²⁰⁹ Per la disciplina giuridica del suicidio, v. M. BATTAGLINI, *Aspetti giuridici del problema del suicidio nel mondo romano*, in *La giustizia penale*, 58, 1953, 129 ss.; C. ZOLTAN MEHESZ, *El hombre antiguo y el suicidio*, Cordoba, 1967; A. WACKE, *Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung*, in *ZSS*, 97, 1980, 26 ss. (pubblicato nella sua versione tradotta dall’autore in lingua italiana con il titolo *Il suicidio nel diritto romano e nella storia del diritto*, in ID., *Estudios de derecho romano y moderno en cuatro idiomas*, Madrid, 1996, 513 ss.); M.R. DE PASCALE, *Sul suicidio del ‘miles’*, in *Labeo*, 31, 1985, 57 ss.; Y. GRISÉ, voce

il passo conservato in D. 29.5.1.22 (nonché Paul. *sent.* 3.5.4) sia particolarmente significativo ai nostri fini.

Luchetti, Masini e Mattioli propongono come ulteriore aggancio per tentare un’indagine sull’argomento la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* dell’81 a.C.²¹⁰, con la quale viene sanzionato l’*“hominem occidere”*, indicando la necessaria sussistenza dell’elemento soggettivo del dolo ai fini del perfezionamento della fattispecie (e suggerendo, indirettamente, che l’assenza di dolo si verificherebbe anche in occasione del consenso prestato dal morituro)²¹¹. Ma tanto il riferimento alla *lex Cornelia*, tanto il richiamo al *SC Silanianum*, non consentono di individuare, se non per vie molto indirette e malsicure, l’esistenza di una disciplina giuridica sulla materia.

11. *Valutazioni conclusive*

A conclusione dell’indagine, riepiloghiamo i principali nodi problematici e gli approdi delle nostre riflessioni in tema di consenso dell’avente diritto ed esperienza giuridica dell’antica Roma, di cui abbiamo preventivamente, e per grandi linee, inquadrato le coordinate dell’attuale dibattito scientifico.

Partendo dall’esame del *delictum* di *iniuria*, abbiamo discusso i contenuti di Ulp. 56 *ad ed.* D. 47.10.1.5, riportante la famosa decisione ‘*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*’, di cui si è verificata la concreta portata in relazione alla fattispecie dell’*iniuria indirecta*, lì prospettata. È emerso che l’effetto scriminante del consenso dell’offeso incide sull’elemento soggettivo della condotta illecita, privandolo della sua antigiuridicità e impedendo la punizione dell’agente, ma soltanto in relazione all’avente diritto il quale rinunci all’intangibilità della propria sfera giuridica.

Suicidio, in *EV*, IV, Roma, 1988, 1065 s.; N. BELLOCCI, *Il tentato suicidio del servo. Aspetti socio-familiari nei giuristi dell’ultima epoca dei Severi*, in *SDHI*, 63, 1997, 259 ss.; A.D. MANFREDINI, *Il suicidio. Studi di diritto romano*, Torino, 2008.

²¹⁰ B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 145 ss.; V. GIUFFRÈ, *La repressione*, cit., 56 ss.

²¹¹ G. LUCHETTI, D. MASINI, F. MATTIOLI, *Spunti*, cit., 43 nt. 38, con indicazione di fonti e bibliografia in argomento.

Rimanendo nell’ambito dell’*iniuria indirecta*, ci siamo chiesti in che modo l’inefficacia del consenso dell’offeso rispetto alla posizione dell’avente potestà si configuri in relazione al *dolus malus* dell’agente, e cioè se sia necessaria una sua reale consapevolezza di danneggiare anche il *dominus/pater* oppure se il dolo venga considerato *in re ipsa*. La risposta proveniente dalle fonti – e soprattutto da Paul. 19 *ad ed.* D. 47.10.26 – è incerta: all’indirizzo rigoroso di Nerazio e Ulpiano, per i quali il danno indiretto è sempre perseguibile e insensibile al consenso dell’offeso, Paolo sembrerebbe contrapporre un esame approfondito dell’*animus iniuriandi*. Il giureconsulto, infatti, propende verso una indagine sull’effettiva cognizione del reo circa la condizione ‘*alieni iuris*’ dell’offeso, affermando l’estensione dell’effetto scriminante del consenso anche all’*iniuria indirecta*, qualora si riesca a dimostrare l’ignoranza riguardo allo *status libertatis* oppure alla condizione di ‘*sui/alien iuris*’ della vittima.

Abbiamo inoltre esaminato l’ipotesi dell’errore sul consenso prestato dall’offeso all’*iniuria* rivolta verso una pluralità di individui, considerato in Ulp. 57 *ad ed.* D. 47.10.17pr. La soluzione offerta dal giurista si segnala come parzialmente divergente rispetto al rigore manifestato in tema di *iniuria indirecta*, tanto che l’efficacia scriminante viene subordinata alla corretta formazione dell’intento delittuoso del soggetto, basato a sua volta sulla corretta coscienza della plurioffensività della condotta.

Con riferimento alla figura del danneggiamento, abbiamo valutato l’opinione espressa in Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.7.4, riguardante la partecipazione dello schiavo ad attività ‘sportive’ potenzialmente pericolose con e senza il consenso del suo padrone. È emersa l’esistenza di un orientamento coerente con i principi regolanti l’interazione fra consenso e *iniuria indirecta*, volto alla salvaguardia prevalente dell’interesse del *dominus* a disporre del proprio schiavo, mediante l’eventuale accettazione del rischio di lesioni (anche mortali) da costui riportate nel corso di un agone.

Quanto alla fattispecie del *furtum*, l’indagine ha preso le mosse da Paul. 3 *ad Ner.* D. 24.1.63, ove, in relazione all’*actio tigni iuncti*, viene sancita la *regula* ‘*neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est*’, secondo cui il consenso del titolare del bene sottratto – prestato anche

mediante contegno passivo – vale ad impedire la configurazione del furto, per la quale è necessario l’elemento dell’*‘invito domino’*. Il principio risulta declinato per gradi, in virtù di un impianto più complesso, con riferimento alle ipotesi di *receptio* e *susceptio* dei servi altrui, prevista in Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.48.2-3. Ulpiano propone una approfondita valutazione circa l’effettiva sussistenza dell’*animus celandi* del reo, al punto tale da contemplare la possibilità di scriminare colui il quale abbia agito senza il consenso del padrone, ma non mosso da un concreto proposito delittuoso. In Lab. 2 *pith. a Paulo epit.* D. 47.2.92 Paolo commenta il principio labeoniano secondo il quale alla mancata resistenza della vittima di furto viene ricondotta l’impossibilità di intentare l’*actio furti*. Ripercorrendo le correzioni apportate alla regola da Paolo – il quale si mostra sensibile all’indagine circa la spontaneità del non-dissenso della vittima – e richiamando le espressioni adoperate da Pomponio e Ulpiano come risultanti da Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.46.7-8, abbiamo ipotizzato la sostanziale divergenza fra l’effetto scriminante del consenso, operante direttamente sull’elemento dell’antigiuridicità, e il mero contegno passivo, perlopiù incidente sull’elemento dell’*‘invito domino’* come tassello costitutivo della fattispecie (e dunque avulso da una eventuale qualificazione come scriminante).

La tesi ci sembra trovare conferma in Gai. 3.198 – ove Gaio prende in esame l’ipotesi del padrone il quale trae in inganno il *fur*, facendogli credere di agire *‘invito domino’*, ma in realtà orchestrando egli stesso l’azione – anche nella sua posteriore e più rigorosa evoluzione giustiniana, rappresentata da C. 6.2.20pr.-1.

Successivamente abbiamo esaminato il consenso dell’avente diritto con riferimento alla *fraus*, analizzando il passo in Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.6.9, ove viene sancita la regola *‘nemo enim videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt’*, a nostro avviso consistente nella elaborazione del medesimo principio di fondo ispirante anche il brocardo *‘volenti et consentienti non fit iniuria’*. Leggendo un caso avente ad oggetto la retrodatazione di un documento cautelativo, descritto in Paul. 3 *resp.* D. 22.4.3, abbiamo appurato che anche in materia di *crimen falsi* sembrerebbe ricollegarsi una efficacia scriminante al consenso dell’offeso, purché risulti validamente estrinsecato.

In tema di *crimen plagii*, una volta premessi brevi cenni alla tutela prevista dalla *lex Fabia* e dal pretore, abbiamo preso in esame Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.29.3.5, nel quale Ulpiano si interroga circa la genuinità del consenso eventualmente prestato dall’offeso, giungendo ad una duplice soluzione: qualora l’assenso alla *retentio* sia genuino, esso risulterà dotato di efficacia scriminante; viceversa, nell’ipotesi in cui esso dovesse apparire come il frutto di coartazione o raggiri, non sarà idoneo a neutralizzare l’antigiuridicità della condotta.

L’esegesi di Ulp. 8 *disp.* D. 48.5.2.2-3 ci ha consentito di analizzare gli effetti del consenso prestato dal marito all’adulterio della moglie – figura espressamente prevista dalla *lex Iulia de adulteriis coercendis* del 18-16 a.C. –, rispetto ai quali la legislazione augustea non sembra manifestare un indirizzo uniforme, tanto da privilegiare ora l’integrità del consesso familiare, ora la libertà del marito nell’accettare la possibile infedeltà della moglie. La fattispecie ci è servita anche come spunto per dedicare brevi cenni a casi specifici (il rapimento e l’evirazione dei consenzienti) nei quali l’approvazione espressa dalla vittima risulta priva di efficacia scriminante, probabilmente in ragione del significativo allarme sociale collegato a fattispecie connotate da speciale pericolosità.

L’indagine si è conclusa con l’esame della figura dell’omicidio del consenziente. Appurata l’estraneità alla civiltà romana di una categoria assimilabile all’odierna ‘eutanasia’, abbiamo osservato che il tema non risulta oggetto di apposita trattazione né nelle fonti letterarie, né nei testi di settore. In riferimento alle prime, registriamo la presenza di indizi probanti l’apertura degli antichi Romani a forme di suicidio perpetrato per validi motivi, al quale sembrerebbe collegata la parziale accettazione della possibilità di collaborare al suicidio altrui senza incorrere nella sanzione prevista per l’omicidio.

Riguardo all’individuazione di una eventuale disciplina giuridica della fattispecie, abbiamo ritenuto di non spingerci oltre ai tentativi, già effettuati dalla letteratura romanistica, di discernere cenni alla questione nella *lex Cornelia de sicariis et veneficis* o nel *Senatus Consultum Silanianum*, tuttavia non rinunciando all’ipotesi che, in un’ottica di coordinamento sistematico, anche in limitati casi di collaborazione all’altrui morte il consenso della vittima potesse escludere la punibilità.

Come abbiamo tentato di dimostrare, il valore scriminante del consenso dell’avente diritto non fu oggetto di specifica elaborazione da parte dei Romani. Tuttavia l’inflazionato brocardo ‘*volenti et consentienti non fit iniuria*’ – rivelatosi privo di attitudine ad assurgere a *regula* di portata generale – sembra costituire l’espressione di un principio di più ampio respiro, secondo cui «non si fa nulla di contrario al diritto, di antigiusdittico a chi lo vuole»²¹². Ammesso che siffatta regola sia emersa nel pensiero giuridico romano, non ci risulta possibile rintracciarne l’originaria formulazione o collocazione sistematica, avendo individuato nelle fonti esclusivamente elementi, o componenti frammentarie, di una trama probabilmente mai giunta a compimento. Ordinando i tasselli a nostra disposizione, cogliamo gli spunti attestanti l’acquisita consapevolezza, in particolare nel pensiero giurisprudenziale di epoca classica, delle implicazioni del consenso prestato dalla vittima tanto con riferimento all’elemento soggettivo del dolo (nelle diverse forme in cui esso si declina), tanto in relazione all’elemento oggettivo della condotta.

Pur ricevendo l’impressione che l’elaborazione tecnico-giuridica in argomento venisse suggestionata dalle peculiarità dei casi particolari, l’esame condotto sulle fonti non consente di escludere la progressiva formazione di un principio di portata generale, uno «strumento di orientamento»²¹³, attributivo di valore scriminante al consenso dell’offeso, ma a nostro avviso non ancora coincidente con il noto brocardo ‘*volenti et consentienti non fit iniuria*’.

ABSTRACT

Il contributo ha ad oggetto l’esame della figura giuridica del consenso dell’avente diritto nell’antica Roma, specialmente nel pensiero giurisprudenziale di epoca classica. La scriminante, dai contorni molto

²¹² E. CALORE, ‘*Volenti?*’, cit., 249.

²¹³ A. CORBINO, *Caso, diritto e ‘regula’. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana*, in *RIDA*, 61, 2014, 47.

frastagliati e apparentemente priva di una disciplina di carattere generale, viene analizzata nelle sue applicazioni casistiche, con riferimento a molteplici fattispecie: l'*iniuria* (e, in particolare, l'ipotesi dell'*iniuria indirecta* e di *iniuria* rivolta verso una pluralità di individui), il danneggiamento (riportato nel corso di un'attività sportiva), il *furtum* (sia in termini generali, che con riguardo all'ipotesi di *receptio* e *susceptio* del servo altrui, che relativamente ai risvolti processuali del consenso o del contegno passivo prestato dall'avente diritto), la *fraus*, il *crimen plagii*, l'adulterio, l'omicidio del consenziente.

The purpose of the essay is to examine the legal figure of the consent of the person entitled in ancient Rome, especially in the jurisprudential thought of the classical age. The justification, with jagged contours and apparently lacking of a general discipline, is analyzed in its practical applications, with reference to multiple cases: *iniuria* (and, in particular, the hypothesis of *iniuria indirecta* and *iniuria* directed against a plurality of individuals), damage (reported in the course of a sporting activity), *furtum* (both in general terms, and with regard to the hypothesis of *receptio* and *susceptio* of other owners' slaves, and with regard to the procedural implications of the consent or passive behaviour provided by the entitled party), *fraus*, *crimen plagii*, adultery, the murder of the consenting party.

PAROLE CHIAVE

diritto romano – consenso dell'avente diritto –
volenti et consentienti non fit iniuria – scriminante

roman law – consent of the person entitled –
volenti et consentienti non fit iniuria – justification

CARLO DE CRISTOFARO

Email: carlo.decrisofaro@uniroma1.it

