

FIDES HVMANITAS IVS

STUDII IN ONORE
DI LUIGI LABRUNA

estratto

EDITORIALE SCIENTIFICA

NAPOLI MMVII

Brevi note a proposito di D. 48.8.3.2 e PS. 5.23.14

In un passo del libro quattordicesimo delle sue *Institutiones*, Marciano, nel commentare la *lex Cornelia de sicariis et de veneficiis* dell'anno 81 a. C., si sofferma su alcune ipotesi di omicidio colposo causato dall'incauta somministrazione di pozioni, che sono ricondotte, grazie ad interventi estensivi, alla disciplina della *lex*¹. In particolare, un senatoconsulto avrebbe applicato il dettato della legge Cornelia anche all'ipotesi di somministrazione di *medicamentum ad conceptionem*, prevedendo che la donna che abbia propinato ad un'altra tale *medicamentum* per renderla fertile, in caso di morte di quest'ultima, debba essere condannata alla *relegatio*:

D. 48.8.3.2 Marcian. 14 *inst.* ... sed ex senatus consulto relegari iussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea quae acceperat decesserit².

È interessante porre in evidenza che, diversamente da quanto stabilito dalla *lex Cornelia*, la donna è punita nonostante l'assenza del dolo nella sua azione, in quanto il suo operato può rappresentare un cattivo esempio: *non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit*. Risulta, dunque, sanzionato il comportamento poiché si vuole soprattutto evitare che episodi analoghi si ripetano in futuro.

¹ Cfr. D. 48.8.3 pr.-5. Sull'argomento si veda, con i principali riferimenti alle fonti ed alla bibliografia, E. HÖBENREICH, *Due senatoconsulti in tema di veneficio (Marcian. 14 inst. D. 48.8.3,2 e 3)*, in AG. 208.4 (1988) 75 ss.; L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano* (Napoli 1989, rist. 1994) 66 s.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo nell'antica Roma*² (Milano 1998) 209 ss.

² Sul passo si veda E. HÖBENREICH, *Due senatoconsulti cit.* 77 ss., ivi ulteriore bibliografia.

Un discorso molto simile è anche nelle *Pauli Sententiae* a proposito, però, di un'ipotesi parzialmente diversa: si tratta di somministrazione non di *medicamentum ad conceptionem* ma di una pozione abortiva oppure di un filtro d'amore (*poculum abortionis* o *amatorium*)³. In PS. 5.23.14, infatti, nel titolo dedicato *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis* sono puniti in modo particolarmente severo coloro che somministrano una pozione abortiva o un filtro d'amore, poiché il loro operato, anche in assenza del dolo, rappresenta un cattivo esempio: *qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi id dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur: quod si ex hoc mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur*⁴.

Nella semplice ipotesi di dazione di un *poculum abortionis* aut *amatorium* si prevede, quindi, il lavoro forzato nelle miniere per gli *humiliores* e l'esilio accompagnato dalla confisca dei beni per gli *honestiores*. Inoltre, se muore una persona a causa della pozione, i responsabili sono sottoposti alla pena capitale.

È opportuno notare che la disciplina contenuta in PS. 5.23.14, per certi aspetti, è ancora più severa di quella prevista in D. 48.8.3.2 poiché già il semplice dare una pozione o un filtro è considerato un cattivo esempio degno di essere punito con la condanna *ad metallum* o con la *relegatio*. Quello che, però, colpisce, sia in D. 48.8.3.2 che in PS. 5.23.14, è l'irrelevanza del dolo ai fini della pena e ciò risulta particolarmente significativo se si osserva che «quanto all'atteggiamento psicologico dell'agente, la *lex Cornelia* richiedeva che l'omicidio fosse stato commesso con dolo»⁵, punendo, tra le varie fattispecie, la preparazione, la somministrazione e la vendita del *venenum* solo allo scopo di uccidere qualcuno, come ricorda lo stesso Marciano, proprio in D. 48.8.3 pr.-2, prima di soffermarsi sull'intervento estensivo del senato da cui abbiamo preso le mosse: *eiusdem legis Corneliae de sicariis et veneficis capite quinto, qui venenum necandi hominis causa fecerit vel vendiderit vel habuerit,*

³ Sulle differenze tra il *medicamentum ad conceptionem* ed il *poculum abortionis* aut *amatorium* si veda E. NARDI, *Il procurato aborto nel mondo greco romano* (Milano 1971) 456.

⁴ Il passo è riportato quasi identico anche in D. 48.19.38.5 Paul. 5 *sent.*

⁵ Così B. SANTALUCIA, s.v. «Omicidio», in *ED.* XXIX (Milano 1979) 890 ss. [= *Studi di diritto penale romano* (Roma 1994) 122].

plectitur ... hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet.

Quanto detto è ancora più significativo se si considera che la repressione dell'omicidio è caratterizzata, nell'ambito della storia giuridica romana, dalla distinzione tra l'omicidio volontario e quello involontario.

Sin dai primi anni dell'età regia, infatti, in base all'antica legge attribuita al re Numa, solo per il primo sarebbe prevista la controverosa sanzione *paricidas esto*, che avrebbe comportato l'uccisione del reo; per il secondo, invece, si sarebbe imposto all'omicida solamente di consegnare un ariete ai parenti dell'ucciso affinché fosse sacrificato in sua vece⁶.

Questa rilevanza dell'elemento soggettivo ai fini della punizione dell'omicidio trova conferma – come si è detto – anche nella *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, la quale, dettata molto probabilmente (più che dalla necessità di una regolamentazione esaustiva dell'omicidio) da esigenze concrete di ristabilire l'ordine e la sicurezza pubblica in un periodo così travagliato come il primo secolo a.C., pone comunque le basi per la successiva più completa riflessione sul reato⁷.

È soprattutto durante il principato di Adriano che si riconosce notevole importanza agli aspetti psicologici dei comportamenti de-

⁶ Cfr. Fest. (Paul.) s.v. «*Parrici<di> quaestores*» (L. 247). Sul tema si veda ora, con l'indicazione della principale letteratura, L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, (Padova 2005) 1 ss.; *Sul dogma della sacertà*, in AA.VV., *Tradizione romanistica e Costituzione*, diretto da L. LABRUNA, a cura di M.P. BACCARI e C. CASCIONE I (Napoli 2006) 555 ss.

⁷ Su tale *lex* e sulla rilevanza del dolo ai fini della sua applicazione si veda ad esempio, con gli ulteriori riferimenti bibliografici, B. SANTALUCIA, *Studi cit.* 118 ss.; *Diritto e processo cit.* 145 ss.; M.U. SPERANDIO, *Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo* (Napoli 1998) 110 ss., in particolare 134 ss.; M. MIGLIETTA, «*Servus dolus occisus*». *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'* (Napoli 2001) 1 ss. Di opinione diversa è G. POLARA, *Marciano e l'elemento soggettivo del reato. Delinquitur aut proposito aut impetu aut casu*, in *BIDR.* 77 (1974) 89 ss., secondo il quale in base alla legge Cornelia «mentre nel caso dell'omicidio consumato non si tiene per niente in conto la volontà dell'agente, ma rileva soltanto il fatto materiale della morte di un uomo (*qui hominem occidit*), al contrario, in altre ipotesi, estremo rilievo si dà all'elemento soggettivo, a prescindere dal venire in essere dell'atto materiale che dovrebbe provocare la morte (*quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit; qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit*)» (103 s.).

littuosi. In particolare, per quanto concerne il nostro reato, l'imperatore, stabilendo in un noto rescritto che è possibile assolvere chi ha ucciso senza l'*animus occidendi* mentre è condannato come omicida colui che ha ferito volendo uccidere, afferma la regola del primato della volontà sull'evento⁸.

D'altra parte, alcune tracce di questa regola sono ancora presenti nel tardoantico. Si pensi, ad esempio, alle leggi di Costantino in tema di punizione degli schiavi, le quali, disciplinando l'ipotesi dell'uccisione del *servus* da parte del *dominus* nell'esercizio del proprio potere punitivo, non condannano come omicida il padrone che agisce allo scopo di emendare lo schiavo, a meno che non venga dimostrato che egli abbia voluto intenzionalmente uccidere⁹. Si ricordi, inoltre, una novella di Valentiniano III del 445 d. C., dove si ribadisce la netta distinzione tra l'omicidio avvenuto per un evento accidentale (*casu*), per il quale è concesso il perdono dal sovrano, e quello volontario (*nefaria voluntate*), per il quale è prevista la pena capitale¹⁰.

Orbene, da quanto fin qui detto, risulta chiaro che D. 48.8.3.2 e PS. 5.23.14, pur nella diversità delle fattispecie previste, hanno in comune una peculiarità, sulla quale occorre indagare ulteriormente, rappresentata dalla previsione di una condanna esemplare a prescindere dal dolo: '*non quidem malo animo, sed malo exemplo*' (D. 48.8.3.2) e '*etsi id dolo non faciant tamen quia mali exempli res est*' (PS. 5.23.14).

Questa particolarità non è sfuggita soprattutto agli studiosi che si sono occupati di PS. 5.23.14, i quali hanno proposto diverse ipotesi interpretative dell'espressione '*etsi id dolo non faciant*', evidenziando ad esempio che colui che dà il *poculum abortionis* non si può disculpare adducendo di aver ignorato la natura della sostanza somministrata¹¹ o che «a parte le spiegazioni più lontane dalla lettera, la

⁸ Cfr. D. 48.8.1.3 Marcian. 14 *inst.*; Coll. 1.6.1-4 Ulpian. 7 *de off. proc.*; sull'argomento si veda, ad esempio, F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei* (Napoli 1980) 27 ss.; V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio* (Milano 1988) 27 ss.; M.U. SPERANDIO, *Dolus* cit. 105 ss.

⁹ Cfr. CTh. 9.12.1 e CTh. 9.12.2, a proposito delle quali si veda, di recente, F. LUCREZI, *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano. Studi sulla 'Collatio'* I (Torino 2001) 75 ss., ivi ulteriore bibliografia.

¹⁰ Cfr. Nov. Val. 19.

¹¹ Così, ad esempio, E. NARDI, *Il procurato aborto* cit. 438.

più plausibile, anche se non appaghi pienamente, è quella che colui che prende la bevanda sia conscio dell'effetto»¹² o, infine, che «la disposizione sia volta, in sostanza, a colpire quanti professionalmente facciano uso dei rimedi in questione»¹³.

Non è possibile, in questa sede, affrontare tale particolarità ed avere la pretesa di risolverla in poche battute; tuttavia, al fine di individuare i motivi per i quali non si dà più rilevanza all'elemento intenzionale, credo sia auspicabile una più approfondita indagine da condurre secondo due linee direttrici, affrontando, da un lato, le problematiche relative alla notevole diffusione delle arti magiche (ed alla conseguente necessità del loro controllo sociale) e, dall'altro, soprattutto quelle concernenti il dolo.

A quest'ultimo proposito, infatti, si può notare che la regolamentazione dettata da D. 48.8.3.2 e PS. 5.23.14, se risulta essere isolata nella repressione dell'omicidio, può forse essere compresa meglio alla luce della disciplina del dolo che si afferma nel principato e specialmente nella tarda antichità¹⁴.

È noto che la molteplicità dei termini con i quali si indica l'elemento intenzionale (*dolus, fraus, animus, consilium, sciens, prudens*) non depone, di certo, a favore della precisione dei concetti e non a caso sull'argomento molto opportunamente Vincenzo Giuffrè ha detto che: «non solo i romani non dovevano avere idee chiare in merito alle

¹² U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sulla evoluzione dell'omicidio*, in *SDHI*. 42 (1976) 260.

¹³ E. HÖBENREICH, *Due senatoconsulti* cit. 86 nt. 36.

¹⁴ Sull'elemento intenzionale si veda, con l'indicazione delle principali fonti e letteratura, F. DE MARTINO, *L'ignorantia iuris» nel diritto penale romano*, in *SDHI*. 3 (1937) 387 ss.; F. CASAVOLA, s.v. «Dolo (diritto romano)», in *NNDI*. VI (Torino 1960) 147 ss., in particolare 149; F. CANCELLI, s.v. «Dolo (Diritto romano)», in *ED*. XIII (Milano 1964) 712 ss., C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano* (Torino 1970) 63 ss.; G. POLARA, *Marciano* cit. 89 ss.; G. MUCIACCA, *Sull'uso del termine «casus» nel diritto penale romano*, in *Atti del II Seminario Romanistico Gardesiano promosso dall'Istituto milanese di diritto romano e storia dei diritti antichi, 12-14 giugno 1978* (Milano 1980) 335 ss.; G. MAC CORMACK, 'Dolus' in *republican law*, in *BIDR*. 88 (1985) 1 ss.; G. RIZZELLI, 'Ope consilio dolo malo', in *BIDR*. 96-97 (1993-1994) 293 ss.; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*⁵ (Napoli 1998) 146 ss.; M.U. SPERANDIO, *Dolus* cit. 105 ss.; K. AMIELANCZYK, *The guilt of the perpetrator*, in *Labeo* 46 (2000) 82 ss.; M. MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*» cit. 193 ss. Sull'*exceptio doli generalis* si veda, di recente, AA.VV., *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. GAROFALO (Padova 2006) 1 ss.

problematiche dell'elemento soggettivo del reato, ma, a nostra volta, anche noi non riusciamo ad avere idee chiare su quale fosse il loro pensiero generalizzato, per spaccati cronologici e per ambienti»¹⁵.

Quest'ultima riflessione si giustifica soprattutto alla luce delle testimonianze in nostro possesso, nelle quali molte volte le affermazioni fatte dai giuristi sono giunte a noi sunteggiate, rimaneggiate ed estrapolate dal loro contesto originario. Basti solo pensare all'ambigua definizione di Paolo, secondo cui *in lege Cornelia dolus pro facto accipitur*, che risulta suscettibile di varie e non sempre concordanti interpretazioni¹⁶.

Ma quello che più rileva è che il dolo (privo di una chiara definizione e del quale, di conseguenza, non è sempre agevole dare la prova) tende in alcune fattispecie delittuose, specialmente nell'età successiva a quella dei Severi, a svanire in modo definitivo¹⁷. Si pensi, ad esempio, alla disciplina tardoantica del *crimen calumniae* ed a quella relativa ad alcune ipotesi di responsabilità penale oggettiva dei funzionari imperiali.

Infatti, per quel che concerne la calunnia, mentre nell'età repubblicana e durante gran parte del principato con l'espressione *crimen calumniae* si indica la falsa accusa proposta con dolo, nel tardoantico, invece, l'elemento intenzionale tende a scomparire finendosi così per considerare, in alcuni casi, come calunniosa qualsiasi accusa destituita di prova a prescindere dal se essa sia dolosa o colposa¹⁸.

Con riferimento ai funzionari si afferma, nella tarda antichità,

¹⁵ V. GIUFFRÈ, *La repressione* cit. 147. Sulle problematiche relative all'elemento intenzionale nella penalistica dell'età intermedia si veda L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* IV (Napoli 2001) 235 ss. [= *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi* (Padova 2005) 235 ss.], in particolare 257 ss., il quale ricorda che «... il dolo, recuperata l'autonomia e la rilevanza anticamente riconosciutagli, è oggetto, al pari del complementare concetto di colpa, di analisi che non contribuiscono di certo a rendere limpida l'intricata materia dell'elemento soggettivo del reato» (259).

¹⁶ Cfr. D. 48.8.7 Paul. *lib. sing. de pub. iud.* Per una sintesi dei diversi orientamenti degli studiosi sul punto si veda M.U. SPERANDIO, *Dolus* cit. 145 ss.

¹⁷ In questo senso si veda già M. LAURIA, «*Calumnia*», in *Studi in memoria di U. Ratti* (Milano 1934) 97 ss. [= *Studii e ricordi* (Napoli 1983) 252 ss.].

¹⁸ Sul reato si veda, con l'indicazione delle fonti e della precedente letteratura, D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae. Contributo allo studio del processo criminale romano* (Napoli 1999) 1 ss.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calumnia. Aspetti di «deontologia» processuale in Roma antica* (Torino 2003) 9 ss.

una responsabilità obiettiva senza aver alcun bisogno di verificare l'eventuale dolo degli stessi e ciò risulta ancora più evidente quando essa diventa collettiva nelle ipotesi in cui, verificandosi l'evento che il legislatore vuole impedire, si punisce non solo il singolo funzionario, ma anche tutti gli appartenenti al suo *officium*¹⁹. È il caso di un provvedimento di Valentiniano II, in tema di corretta amministrazione della giustizia, nel quale si afferma che, qualora il litigante provi di non essere stato ascoltato dal *iudex* competente o la sua causa essere rinviata per l'arroganza o il favoritismo del giudice per l'avversario, saranno puniti sia il giudice sia i *primores* del suo *officium*: l'uno sarà condannato a pagare una somma pari al valore della causa presa in considerazione; gli altri, invece, saranno sottoposti alla deportazione²⁰.

Alla luce di quanto qui solamente accennato, è chiaro che l'argomento del dolo appare, allo stato attuale delle nostre conoscenze, ancora molto complesso e bisognoso di ulteriori indagini da condurre – a mio avviso – tenendo conto di due suggerimenti.

Innanzitutto, credo sia preferibile continuare a percorrere la strada delle ricerche parziali, come ad esempio quelle sulle fattispecie previste in D. 48.8.3.2 e PS. 5.23.14, che, sia pure più limitate, sono in grado di offrire nuovi argomenti al fine di una migliore messa a fuoco del quadro complessivo.

In secondo luogo, considerato che la regolamentazione dell'elemento intenzionale non sempre si evolve in modo lineare nelle varie epoche della storia di Roma, è opportuno focalizzare l'attenzione sulle peculiarità di ciascuna fattispecie inerente al nostro tema e sui diversi impatti che pure sul piano psicologico (come nel caso del reato di magia) ognuna di esse ha nella società, abbandonando il tentativo di proporre una concezione unitaria del problema del dolo, scandita da criteri fondati su rigidi spaccati cronologici: un preciso 'inizio' ed una determinata 'fine' caratterizzano i libri di storia più che le vicende che essi descrivono.

¹⁹ Cfr. CTh. 6.4.13; CTh. 6.10.1; CTh. 1.6.9. Sulla responsabilità penale dei funzionari si veda, di recente, D.A. CENTOLA, *In tema di responsabilità penale nella legislazione tardoimperiale*, in *SDHI*. 68 (2002) 567 ss., ivi ulteriore bibliografia.

²⁰ Cfr. CTh. 2.1.6. In questo caso si nota non solo la responsabilità sia del giudice sia del suo *officium*, ma soprattutto la maggiore severità della pena prevista a carico dei membri dell'ufficio (la deportazione) rispetto a quella del singolo giudice (il pagamento della somma di denaro).



© 2007 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai 39
80138 Napoli

Tutti i diritti sono riservati
ISBN 978-88-95152-38-7