



Nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse: Ulpiano e due casi di complicità senza dolo?

This is the peer reviewed (post-print) version of the following article:

Original

Nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse: Ulpiano e due casi di complicità senza dolo? / Ferretti, P.. - STAMPA. - 3:(2016), pp. 39-61.

Availability:

This version is available at: 11368/2885994 since: 2017-04-18T12:56:01Z

Publisher:

Libellula Edizioni

Published

DOI:

Terms of use:

Some rights reserved. More details in the PostPrint rights section below.

License:

Digital Rights Management not defined

Publisher copyright

--

(Article begins on next page)

Paolo Ferretti
Università di Trieste

Nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse:
Ulpiano e due casi di complicità senza dolo?

1. *Alle origini del concorso di persone nel delitto: due opposti indirizzi circa il perfezionarsi della fattispecie plurisoggettiva.* – Nella graduale elaborazione del concorso di persone nel delitto¹, elaborazione per lo più documentata in

¹ Numerosi sono gli studiosi che hanno approfondito l'argomento. Si veda, tra gli altri, M. PAMPALONI, *La complicità nel delitto di furto (furtum ope consilio)*, in *Studi Senesi* 16, 1899, 19 s. e 197 ss. (la ricerca è stata pubblicata anche in ID., *Studi sopra il delitto di furto* II, Torino-Fratelli Bocca Editori 1900); C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* (1905), ed. anast., Roma-“L’Erma” di Bretschneider 1976; P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* II, Roma-“L’Erma” di Bretschneider (rist. an. dell’ed. Lyon-Paris 1915); B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA*. 23, 1953, 5 ss.; L. CHEVAILLER, *Contribution à l’étude de la complicité en droit pénal romain*, in *RHD*. 31, 1953, 200 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in *AUPA*. 25, 1956, 85 ss.; G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano* (1958), in *Ricerche romanistiche*, Milano-Giuffrè 1966, 611 ss.; U. BRASIELLO, v. *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in *ED*. VIII, Milano-Giuffrè 1961, 561 ss.; J.A.C. THOMAS, *Contrectatio, complicity and furtum*, in *IVRA* 13, 1962, 70 ss.; G. LONGO, *Punti controversi e questioni testuali in tema di furto e di complicità*, in *Studi in memoria di O. Condorelli* II, Milano-Giuffrè 1974, 787 ss.; G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, in *TR*. 51, 1983, 271 ss.; R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere*, Napoli-Esi 1990; M.D. FLORIA HIDALGO, *La Casuística del Furtum en la Jurisprudencia Romana*, Madrid-Publicaciones UNED 1991; L. WINKEL, <Sciens dolo malo> et <ope consilio>: *ancêtres des conceptions modernes?*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg-Editions Universitaires 1993, 571 ss.; V.M. AMAYA GARCIA, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid-Dykinson 1993; R. ZIMMERMANN, «Furtum», in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Madrid-Editorial Centro de Estudios Ramón Areces 1994, 753 ss.; B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 11–12 maggio 1995, in *onore di A. Dell’Oro*, Milano-LED 1998, 185 ss.; P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano-

materia di furto², due diversi indirizzi inizialmente si contrappongono. Alcuni giuristi, infatti, sembrano propendere per un concetto di complicità ‘a base oggettiva’, vale a dire per un concetto di complicità connotato dal solo nesso causale tra la condotta atipica del concorrente e la consumazione del delitto da parte dell’autore³. Altri giuristi, invece, non appagati da una visione prettamente ‘meccanica’ della fattispecie plurisoggettiva, appaiono individuare nel dolo un requisito costitutivo della medesima.

Di questi opposti indirizzi è opportuno tratteggiare, a causa del loro stretto rapporto con l’argomento del presente saggio, le linee essenziali.

2. *Pomponio e l’irrelevanza del dolo.* – Tra coloro che concepiscono la fattispecie plurisoggettiva in termini meramente ‘oggettivi’ figura Pomponio:

D. 47.2.37 (Pomp. 19 *ad Sab.*): *Si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus sis, quoad is perit, agere tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit.*

Un soggetto, messosi a rincorrere un pavone altrui, ne determina l’allontanamento e la successiva scomparsa. Contro l’inseguitore, afferma il giurista, il proprietario può esperire l’azione di furto, a condizione che un terzo abbia iniziato a possedere l’animale.

Dal punto di vista terminologico non emerge alcun indizio che possa far pensare ad un previo accordo tra il complice e

Giuffré 2005; R. ASTOLFI, *Sabino e la complicità nel furto*, in *IVRA* 55, 2004-2005, 111 ss.

² Cfr., per tutti, FERRETTI, *Complicità* cit. (nt. 1), 114 ss. Tuttavia, la locuzione *ope consilio*, locuzione impiegata in tema di furto per indicare la complicità, si rinviene anche in altre materie: si veda, ad esempio, PS. 5.4.20; PS. 5.29.1; D. 48.4.10 (Hermog. 5 *iuris epit.*); D. 48.5.15 (14) (Scaev. 4 *reg.*).

³ Questa idea di concorso di persone nel delitto rimaneva pertanto connotata dalla totale astrazione da ogni riferimento all’elemento soggettivo del compartecipe.

l'autore dell'illecito⁴. Al contrario, la costruzione della proposizione finale, caratterizzata dalla congiunzione ipotetica *si* e dal pronome indefinito *aliquis*, induce a supporre che Pomponio richiedesse, per il sorgere di una ipotesi di complicità, soltanto la materiale presa di possesso del volatile da parte di qualsiasi terzo⁵.

Dunque, sembrerebbe che il giurista ritenesse del tutto influente l'elemento soggettivo: per il perfezionarsi del concorso di persone sarebbe bastato che la condotta del compartecipe esplicasse una efficacia causale sulla successiva realizzazione dell'illecito.

Questa particolare idea di complicità traspare anche da un altro testo, in cui Pomponio è citato da Ulpiano:

D. 47.2.36 pr.⁶ (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est: nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit, non magis quam si ei persuasit, ut se praecipitet aut manus sibi inferret: haec enim furti non admittunt actionem. sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit. plus Pomponius scripsit eum, qui persuasit, quamvis interim*

⁴ Né ad una intenzione del complice di porre in essere una condotta volta a determinare il furto del pavone da parte di un terzo, di cui egli ben conosceva l'indole delittuosa.

⁵ Così, tra gli altri, FERRINI, *Diritto penale romano* cit. (nt. 1), 120; A. WATSON, *Contrectatio as an essential of furtum*, in *LQR.* 77, 1961, 526 ss.; IDEM, 'Contrectatio' again, in *SDHL.* 28, 1962, 331 ss. *Contra*, THOMAS, *Contrectatio* cit. (nt. 1), 85 s., secondo cui il giurista avrebbe richiesto l'accordo tra l'inseguitore del pavone e *aliquis eum habere coeperit*.

⁶ Il passo continua nel seguente modo (D. 47.2.36.1-3): 1. *Item placuit eum, qui filio vel servo vel uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri, quamvis ipsi furti actione non convenientur.* 2. *Idem Pomponius ait, si cum rebus aufugerit fugitivus, posse furti actione sollicitatorem conveniri rerum nomine, quia opem consilium contrectatori tulit. quod et Sabinus significat.* 3. *Si duo servi invicem sibi persuaserunt et ambo simul aufugerunt, alter alterius fur non est. quid ergo, si invicem se celaverunt? fieri enim potest, ut invicem fures sint. et potest dici alterum alterius furem esse, quemadmodum, si alii singulos subripiissent, tenerentur, quasi alter alterius nomine opem tulisset: quemadmodum rerum quoque nomine teneri eos furti Sabinus scripsit.*

furti non teneretur, tunc tamen incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio eius furtum factum.

Ulpiano⁷ esordisce asserendo che la semplice persuasione di un servo alla fuga non è sufficiente a costituire furto, così come non basta, a perfezionare il delitto, il cattivo consiglio o l'istigazione a gettarsi da una rupe o a uccidersi⁸.

Detto questo, il giurista introduce una precisazione, in quanto la medesima attività – *qui servo persuasit, ut fugeret* – può, a certe condizioni, originare una responsabilità a titolo di complicità nel delitto. Se, infatti, un soggetto persuade un servo alla fuga ‘affinché il medesimo servo venga da un altro sottratto’⁹, allora il sollecitatore è chiamato a rispondere di concorso nel furto¹⁰.

Ulpiano continua poi nella disamina richiamando Pomponio il quale, in relazione al caso di *qui persuasit*¹¹, sembrerebbe essersi pronunciato per una soglia più ampia di responsabilità,

⁷ Il frammento è tratto dal libro quarantunesimo del commento *ad Sabinum*, in materia di furto: cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis II*, Leipzig-Tauchnitz 1889, 1164.

⁸ Su queste ipotesi, rimandiamo ad esempio a ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio* cit. (nt. 1), 174 ss.; B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milano-Giuffrè 1998, 176 s.; FERRETTI, *Complicità* cit. (nt. 1), 123 ss.

⁹ Nel testo non si fa menzione dell'effettiva sottrazione operata dal terzo, ma questa deve ritenersi implicita, poiché la consumazione del delitto era un elemento essenziale della fattispecie plurisoggettiva, come si evince ad esempio da Gai. 3.198; D. 47.2.52.13 e 19 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 47.2.67 (66). 4 (Paul. 7 *ad Plaut.*).

¹⁰ Nel testo si legge *quasi ope consilio eius furtum factum sit*. Sul termine *quasi*, che precede la locuzione *ope consilio*, ASTOLFI, *Sabino* cit. (nt. 1), 112, pensa che sia indicativo del ricorso da parte del giurista allo strumento dell'analogia, strumento necessario per parificare la collaborazione psicologica (istigazione alla fuga) alla collaborazione materiale.

¹¹ Secondo alcuni studiosi (cfr., per tutti, WATSON, *Contrectatio as an essential* cit. [nt. 5], 528; B. NICHOLAS, *Theophilus and Contrectatio*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London-Sweet & Maxwell 1983, 123) l'ipotesi rispetto alla quale si pronunciava Pomponio sarebbe stata quella di un soggetto che avesse istigato il servo alla fuga. Tuttavia, considerate le conclusioni cui perveniva Pomponio, entrambe le ipotesi – tanto il caso di colui il quale avesse persuaso un servo alla fuga, quanto il caso di colui il quale avesse persuaso un servo alla fuga affinché un altro lo sottraesse –, ci sembrano compatibili con il ragionamento del giurista.

ossia per aver abbassato i requisiti necessari al perfezionarsi della fattispecie concorsuale. Secondo il giurista antoniniano, infatti, il sollecitatore, benché non sia responsabile nella frazione di tempo intercorrente tra l'attività persuasiva e l'impossessamento del servo da parte del terzo, inizia ad esserlo nel momento in cui qualcuno si appropria dello schiavo fuggitivo¹².

Come nel passo visto sopra del *pavo mansuetus*¹³, anche in questo Pomponio fa uso del pronome indefinito *quis*, avvalorando così l'idea di essere favorevole ad ammettere complicità in tutti i casi in cui l'istigazione conduca al furto¹⁴. Altrimenti detto, la fattispecie plurisoggettiva si sarebbe perfezionata non solo nel caso in cui il concorrente e l'autore si fossero accordati sull'illecito da compiere, ma anche nel caso in cui il concorrente avesse soltanto sollecitato alla fuga il servo e di questo un terzo qualsiasi si fosse poi appropriato¹⁵.

¹² Il fatto che nel testo non sia ravvisabile l'intenzione, in capo al sollecitatore, di far sì che il servo fosse sottratto da un terzo, conduce LONGO, *La complicità* cit. (nt. 1), 668, a sostenerne l'interpolazione. Lo studioso ricostruisce il passo nel seguente modo: [Plus] <Et> *Pomponius scripsit eum qui persuasit* [quamvis interim furti non teneretur, tunc tamen incipere] <non> *teneri* [cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio eius furtum factum]. A noi sembra, invece, che il testo deponga a favore del fatto che Pomponio avesse un'idea di complicità 'a base oggettiva', ossia un'idea di complicità nella quale l'elemento soggettivo non assumeva rilevanza.

¹³ D. 47.2.37 (Pomp. 19 *ad Sab.*).

¹⁴ Cfr., tra gli altri, H.F. JOLOWICZ, *Digest XLVII. 2 De furtis*, Cambridge-University Press 1940, LXVII; WATSON, '*Contrectatio*' again cit. (nt. 5), 332.

¹⁵ Assai verosimilmente sarebbe rientrato in questa ipotesi anche il caso in cui, per uno sviluppo non previsto dell'azione, un terzo, e non il soggetto con cui il concorrente si era accordato, si fosse appropriato del servo in fuga. Ciò che appare significativo, in definitiva, è che il giurista sembri reputare essenziale, al sorgere del concorso di persone, non tanto il fatto che un soggetto abbia persuaso un servo alla fuga *ut ab alio subripiatur*, quanto il fatto che un soggetto abbia persuaso un servo alla fuga e *quis fugitivi fur esse coeperit*. Cfr., in questo senso, per tutti, WATSON, *Contrectatio as an essential* cit. (nt. 5), 529; G. LONGO, *D. 11,3* (1961), in *Ricerche romanistiche* cit. (nt. 1), 758 ss.; ID., *Punti controversi* cit. (nt. 1), 790 s. (il quale, tuttavia, riferisce ai giustinianeî il fatto di aver introdotto questa

3. *Pedio, Gaio, Ulpiano e il requisito del dolo.* – All’indirizzo giurisprudenziale appena visto, propenso a riconoscere il concorso di persone nel furto sulla base del solo nesso di causalità tra la condotta del complice e il delitto, se ne contrappone un altro, teso a valorizzare invece l’elemento soggettivo.

Tra i sostenitori di quest’ultimo indirizzo, destinato a prevalere, troviamo ad esempio¹⁶ Pedio, Gaio e Ulpiano, cui appartengono i passi più significativi:

D. 47.2.50.2 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse*¹⁷.

Pedio, citato da Ulpiano, asserisce che come nessuno compie un furto *sine dolo malo*¹⁸, così nessuno, *sine dolo malo*, può essere complice¹⁹. Dunque, in assenza di una deliberata

particolare nozione di complicità); R. LAMBERTINI, *Plagium*, Milano-Giuffrè 1980, 102 s.

¹⁶ Cfr., tra gli altri, anche Paolo in D. 50.16.53 (Paul. 59 *ad ed.*).

¹⁷ In relazione alle espressioni *consilium vel ops*, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio* cit. (nt. 1), 96 s., pensa, sulla base della dipendenza di *consilium vel ops* dal medesimo verbo *ferre* e della mancanza di soggetto nella proposizione conclusiva, che si sia verificato un intervento dei compilatori, intervento che, tuttavia, non avrebbe riguardato l’aspetto sostanziale del passo, che riferirebbe concetti classici.

¹⁸ Sul dolo quale elemento soggettivo del furto, si veda, ad esempio, anche Gai. 2.50; Gai. 3.197; PS. 2.31.35; D. 47.2.33 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 47.2.50.4 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 47.2.91 (90).1 (Iav. 9 *ex post Lab.*). Su questo requisito e sulle espressioni *consilium furandi*, *animus furandi*, *adfectus furandi*, *animus furti faciendi*, si veda, tra gli altri e con differenti opinioni, E. ALBERTARIO, *Animus furandi* (1922), in *Studi di diritto romano* III, Milano-Giuffrè 1936, 209 ss.; ALBERTARIO, *La definizione del furto in D. 47.2.1* (1936), in *Studi* VI cit. (nt. 18), 432 ss.; J.A.C. THOMAS, *Animus furandi*, in *IVRA* 19, 1968, 1 ss.; D. PUGSLEY, “*Animus furandi*” (1984), in *Americans are aliens and other essays on Roman Law*, Exeter-University of Exeter 1989, 104 ss.; M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli-Jovene 2008.

¹⁹ Sul significato di *consilium vel ops* si legga il noto D. 47.2.50.3 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Consilium autem dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebebat.*

volontà di cooperare nella realizzazione del delitto, la fattispecie plurisoggettiva non si configura.

Maggiori dettagli in ordine al dolo si rinvencono poi in un noto testo delle Istituzioni di Gaio:

Gai. 3.202: *Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est. In quo numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi, ut alius subriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid per lasciviam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit, vedebimus, an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam quae de damno lata <est> etiam culpa puniatur.*

Gaio esordisce con una nitida e precisa definizione di complice: ‘talvolta è responsabile di furto colui il quale non ha commesso l’illecito personalmente, ma *cuius ope consilio* un furto è stato perpetrato’.

Segue una triplice esemplificazione, da cui non sembrano nascere dubbi sul fatto che Gaio concepisse il concorso di persone nel furto soltanto come concorso doloso²⁰: è complice colui il quale abbia fatto cadere le monete, affinché un altro le sottragga, oppure colui il quale si sia parato all’improvviso davanti ad una persona, affinché un altro si appropri delle medesime monete, oppure ancora colui il quale abbia messo in fuga pecore e buoi, affinché un altro se ne impossessi.

Infine, il periodo conclusivo, nel quale si rinviene una ulteriore conferma a favore del dolo quale requisito essenziale della fattispecie plurisoggettiva. Il giurista afferma che se le sopra dette condotte siano tenute, non con l’intenzione che un terzo realizzi l’illecito, bensì *per lasciviam*, occorre vedere se sia possibile agire con un’azione utile²¹, in quanto secondo la

²⁰ L’impiego della congiunzione *ut*, la quale lega significativamente la condotta del complice a quella dell’autore del delitto, depone per una concezione della fattispecie plurisoggettiva nella quale non si sarebbe potuto prescindere dall’elemento soggettivo.

²¹ In I. 4.1.11 è invece menzionata un’azione *in factum*: ... *sed si quid eorum per lasciviam et non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in*

legge Aquilia²² anche la colpa è punita. Nessuno spazio, dunque, per un concorso colposo nel furto e, a maggior ragione, per un concorso che prescindendo da qualsiasi elemento soggettivo²³.

La contrapposizione tra una condotta dolosa ed una colposa è ribadita da Ulpiano che cita Labeone:

factum actio dari debeat. In relazione all'*actio utilis* di Gai. 3.202, B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in *AUPA*. 21, 1950, 52 ss., pensa, richiamando D. 47.2.51 (Gai. 13 *ad ed. prov.*), che Gaio non fosse favorevole alla concessione di una simile azione, bensì di una *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*.

²² Il riferimento alla *lex Aquilia* non rende condivisibile l'opinione di HUVELIN, *Études sur le furtum* cit. (nt. 1), II, 799, secondo cui l'azione utile menzionata sarebbe «une action *furti ope consilio facti* utile». Sul punto, si veda, per tutti, G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano-Giuffrè 1992, 502 s.

²³ Sempre in relazione all'elemento soggettivo del concorso di persone, si legga un altro testo di Gaio, riportato in D. 47.2.55 (54).4 (Gai. 13 *ad ed. prov.*): *Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum: licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur.* Il giurista afferma che contro colui il quale, in maniera consapevole, abbia comodato degli arnesi ad un terzo allo scopo di aprire porte e armadi oppure abbia comodato una scala al fine di permettere l'ascensione, è possibile esperire l'azione di furto, *licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit*. Queste ultime espressioni – *nullum consilium principaliter* –, lungi dal negare rilevanza al dolo di concorso, ne mettono piuttosto in luce una sfumatura diversa: Gaio sembra dire che per rispondere a titolo di concorso era sufficiente che il complice, pur non volendo 'principalmente' il furto, lo avesse accettato come conseguenza della propria condotta. Il termine *sciens*, ripetuto due volte, avvalorava questa interpretazione e suggerisce che Gaio individuasse la soglia minima del dolo nella mera consapevolezza di concorrere. In altri termini, colui il quale avesse comodato gli arnesi e la scala era punibile come complice, in quanto il medesimo soggetto, a conoscenza dell'uso che il comodatario avrebbe fatto di quegli oggetti, non solo si era prospettato la verifica del furto, ma, decidendo di consegnare le cose, aveva altresì accettato di concorrere nel compimento dell'illecito. Secondo C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furtum in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso* (1891), in *Opere* V, Milano-Hoepli 1930, 151, Gaio avrebbe voluto precisare che si poteva avere concorso con dolo generico nel furto, delitto a dolo specifico. Così anche BONFIGLIO, *Spunti di riflessione* cit. (nt. 1), 205.

D. 47.2.50.4 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.*

A proposito di colui il quale, sventolando un panno rosso, abbia spinto il bestiame altrui nelle mani dei ladri, Ulpiano distingue tra il caso in cui questo comportamento sia posto in essere *dolo malo* e il caso in cui il medesimo comportamento sia posto in essere *non furti faciendi causa*. Nella prima ipotesi, l'offeso può esperire l'azione di furto, mentre nella seconda, poiché 'un gioco tanto pericoloso non deve restare impunito', l'offeso può agire con un'azione nel fatto²⁴, cosa che suggeriva Labeone.

È a tutti evidente che Ulpiano eleva l'elemento soggettivo a criterio differenziatore della medesima condotta: da una parte, si perfeziona un'ipotesi di concorso nel furto e *qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus* è tenuto con l'azione nascente dal delitto²⁵; dall'altra, invece, non si integra un'ipotesi di concorso per mancanza di dolo e *qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus* è tenuto con un'azione *in factum*²⁶.

Da ultimo, il requisito della volontà di concorrere con altri nel compimento di un furto emerge con estrema lucidità da un ulteriore passo ulpiano:

D. 47.2.52.13 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Si quis de manu alicuius nummos aureos vel argenteos vel aliam rem excusserit, ita furti tenetur, si ideo fecit, ut alius tolleret, isque sustulerit.*

Un soggetto ha fatto cadere dalle mani di un altro alcune monete d'oro o d'argento oppure una cosa diversa. Se lo ha

²⁴ Nota VALDITARA, *Superamento* cit. (nt. 22), 145, che, laddove il danno si fosse verificato *neque corpore neque corpori*, «la giurisprudenza suggeriva ormai da tempo l'impiego di *actiones in factum*».

²⁵ Vale a dire con l'*actio furti*.

²⁶ Cfr. nota 24.

fatto, precisa Ulpiano, *ut alius tolleret*, allora è tenuto di furto²⁷.

4. Ulpiano: *'et fures non ab eo inducti, sed alias ingressi'*. – Abbiamo fin qui visto che secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente si rendeva necessario, per il configurarsi di una ipotesi di concorso di persone nel furto, il dolo: *sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse*, sintetizza Pedio²⁸.

Tuttavia, in una particolare situazione, Ulpiano, che di questo indirizzo faceva certamente parte²⁹, sembra prescindere dall'elemento soggettivo in questione:

D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit quis vel celavit, furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi: causa autem faciendi libido fuit, non furtum. et ideo etiam eum, qui fores meretricis effregit libidinis causa, et fures non ab eo inducti, sed alias ingressi meretricis res egresserunt, furti non teneri. an tamen vel Fabia teneatur, qui subpressit scortum libidinis causa? et non puto teneri, et ita etiam ex facto, cum incidisset, dixi: hic enim turpius facit, quam qui subripit, sed secum facti ignominiam compensat, certe fur non est.*

Ulpiano esclude il furto nel caso in cui un soggetto abbia rapito o celato, *causa libidinis*, una prostituta serva di altri³⁰.

²⁷ Nel testo, Ulpiano precisava poi che la responsabilità a titolo di concorso era altresì subordinata all'effettiva consumazione dell'illecito: *isque sustulerit*.

²⁸ D. 47.2.50.2 (Ulp. 37 *ad ed.*).

²⁹ Par. 3.

³⁰ Cfr. anche PS. 2.31.12; PS. 2.31.31; D. 47.2.83 (82).2 (Paul. 2 *sent.*). Sulla problematica, si veda, tra gli altri, FERRINI, *Appunti sulla teoria del furtum* cit. (nt. 23), 136 s.; P. HUVELIN, *L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol*, in *NRHD*. 42, 1918, 96 ss.; E. VOLTERRA, *Sull'uso delle Sententiae di Paolo presso i compilatori del Breviarium e presso i compilatori giustiniane* (1934), in *Scritti giuridici IV*, Napoli-Jovene 1993, 244 ss.; JOLOWICZ, *Digest XLVII*. 2 cit. (nt. 14), 49 s.; G. LONGO, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto* (1956), in *Ricerche romanistiche* cit. (nt. 1),

Al fine dell'individuazione dell'illecito, infatti, assume rilevanza non tanto la condotta tenuta, quanto la causa che ha spinto il medesimo soggetto a compiere quella condotta. Pertanto, continua il giurista³¹, se un soggetto abbatte la porta di casa di una prostituta a causa del desiderio e i ladri, *non ab eo inducti sed alias ingressi*, sottraggono alcuni beni, *qui fores meretricis effregit* non è tenuto di furto, non risponde cioè a titolo di concorso nel delitto consumato da altri, in quanto in lui fa difetto il dolo di concorso, avendo egli agito *libidinis causa*.

Questa lettura trova sostegno in un testo di Paolo, testo in cui viene descritta una ipotesi analoga:

D. 47.2.54(53) pr. (Paul. 39 *ad ed.*): *Qui iniuriae causa ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.*

Un individuo ha abbattuto la porta di una abitazione altrui a causa di ingiuria. *Inde*, altri entrano nella casa e sottraggono alcuni beni. Paolo esclude che colui il quale abbia infranto l'ingresso sia soggetto all'azione di furto³².

La ragione, anche in questo caso, va ricercata nell'assenza di dolo. *Qui ianuam effregit* ha agito infatti a causa di ingiuria, non a causa di furto: la volontà e l'intenzione, chiosa il giurista, distinguono i delitti.

Poniamo ora a confronto il passo di Ulpiano con quello di Paolo³³:

598 ss.; THOMAS, *Animus furandi* cit. (nt. 18), 13 ss.; M. MOLÉ, *Una 'vexata quaestio' in tema di furto*, in *Studi in onore di E. Volterra* III, Milano-Giuffrè 1971, 69 ss.; LONGO, *Punti controversi* cit. (nt. 1), 814 s.

³¹ Secondo ASTOLFI, *Sabino* cit. (nt. 1), 121 s., il tratto *Et ideo – non teneri* rifletterebe il pensiero di Sabino, pensiero che sarebbe stato condiviso da Ulpiano.

³² FERRINI, *Diritto penale romano* cit. (nt. 1), 120, precisa che colui il quale avesse abbattuto la porta di casa della prostituta *iniuriae causa*, benché non fosse responsabile a titolo di concorso nel furto, avrebbe risposto a titolo di danneggiamento.

³³ Secondo Glossa *Non teneri, ad l. Verum est, de furtis* (D. 47.2.39) vi

D. 47.2.54 (53) pr. (Paul. 39 *ad ed.*): *Qui iniuriae causa ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.*

D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *... et ideo etiam eum, qui fores meretricis effregit libidinis causa, et fures non ab eo inducti, sed alias ingressi meretricis res egesserunt, furti non teneri...*

Entrambi i giuristi prospettano l'ipotesi in cui un soggetto abbia infranto, *iniuriae causa*³⁴ o *libidinis causa*³⁵, la porta di una abitazione altrui. Accade poi che altri, giovandosi del passaggio creato, entrino nella casa e sottraggano alcuni beni.

Ma, archiviato questo nucleo comune, Ulpiano precisa un particolare lasciato verosimilmente implicito da Paolo³⁶: egli subordina l'esclusione della responsabilità a titolo di concorso al fatto che *qui fores meretricis effregit* 'non abbia introdotto' i ladri, ma questi *alias ingressi*.

La precisazione ulpiana – *et fures non ab eo inducti sed alias ingressi* – si rivela preziosa, in quanto consente di ricavare, argomentando *a contrario*, una fondamentale distinzione: *qui fores meretricis effregit* non risponde a titolo di concorso nel furto perpetrato dai *fures*, se questi non siano stati *ab eo inducti*, mentre risponde, se i *fures* siano stati *ab eo inducti*³⁷. Sull'identità di questi ultimi occorre interrogarsi. La terminologia fa pensare a soggetti che arrivano sul luogo dell'illecito insieme allo scassinatore, in quanto dallo stesso introdotti in forza di un precedente accordo³⁸.

sarebbe perfetta coincidenza tra il pensiero di Ulpiano (D. 47.2.39) e quello di Paolo [D. 47.2.54 (53) pr.].

³⁴ D. 47.2.54 (53) pr. (Paul. 39 *ad ed.*).

³⁵ D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

³⁶ Paolo [D. 47.2.54 (53) pr. (Paul. 39 *ad ed.*)] si limita, infatti, a negare il sorgere del concorso *quamvis inde per alios res amotae sint*. Secondo THOMAS, *Contrectatio* cit. (nt. 1), 72, il termine *alii* evoca l'assenza di ogni legame, precedente o concomitante all'azione, tra colui il quale abbia abbattuto la porta *iniuriae causa* e coloro i quali si siano poi impossessati dei beni.

³⁷ Cfr., per tutti, ASTOLFI, *Sabino* cit. (nt. 1), 123.

³⁸ In questo senso depone anche la proposizione successiva: *sed alias ingressi meretricis res egesserunt*.

Tuttavia, fatta questa prima ed essenziale identificazione, è possibile operare ulteriori precisazioni, mettendo a profitto ancora un testo ulpiano:

D. 47.2.50.1 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Ope consilio furtum factum Celsus ait non solum, si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed et si non, ut socii furarentur, inimicitarum tamen causa fecerit.*

Celso riconosce la fattispecie plurisoggettiva non soltanto nel caso in cui il complice collabori *ut socii furarentur*, ma anche nel caso in cui collabori non *ut socii furarentur*, ad esempio per causa di inimicizia.

La distinzione tra un agire *ut socii furarentur* ed un agire non *ut socii furarentur* – *inimicitarum tamen causa* –, anziché suggerire l'adesione del giurista a forme di complicità che prescindono dal dolo³⁹, indica probabilmente l'attenzione del medesimo verso limiti e forme dell'elemento soggettivo. A nostro avviso, Celso sta puntualizzato che, ai fini del sorgere di una ipotesi di complicità, non è necessario indagare il motivo dell'agire doloso⁴⁰: un soggetto deve essere sanzionato tanto nel caso in cui abbia offerto la propria collaborazione *ut socii furarentur*, quanto nel caso in cui abbia offerto la propria collaborazione al delitto⁴¹ per uno scopo differente, ad esempio perché spinto da sentimenti di avversione nei confronti

³⁹ Sulla base di queste espressioni – una complicità *ut socii furarentur* ed una complicità non *ut socii furarentur* – alcuni studiosi (cfr., per tutti, WATSON, *Contrectatio as an essential* cit. [nt. 5], 529 s.; ID., '*Contrectatio*' again cit. [nt. 5], 335) pensano che Celso fosse favorevole ad una nozione di complicità nella quale il dolo non sarebbe stato rilevante: affinché si configurasse una ipotesi di concorso nel furto sarebbe stato sufficiente che la condotta del complice avesse obiettivamente agevolato la realizzazione del delitto da parte di terzi.

⁴⁰ Cfr., in questo senso, tra gli altri, FERRINI, *Appunti sulla teoria del furtum* cit. (nt. 23), 151; HUVELIN, *L'animus lucri faciendi* cit. (nt. 30), 94 s.; THOMAS, *Contrectatio* cit. (nt. 1), 80; ID., *Animus furandi* cit. (nt. 18), 25; MACCORMACK, *Ope consilio* cit. (nt. 1), 284; BONFIGLIO, *Spunti di riflessione* cit. (nt. 1), 204.

⁴¹ Delitto di cui tuttavia doveva ben conoscere i dettagli, essendo *socius*.

dell'offeso⁴².

Alla luce di questa interpretazione, ci sembra possibile individuare i ladri *ab eo inducti*⁴³ proprio nei *socii* di cui parla Celso: *qui fores meretricis effregit* e gli *inducti* sono *socii*, hanno cioè stretto un accordo per commettere un furto, ma lo scassinatore, pur nella piena consapevolezza del piano criminoso, ha deciso di partecipare per un'altra causa, *inimicitiarum causa* secondo Celso⁴⁴, *libidinis causa* secondo Ulpiano⁴⁵.

Ma l'inciso 'i ladri da lui introdotti' si presta anche ad un'altra lettura, potendo rimandare ad un diverso tipo di accordo tra lo scassinatore e i ladri. Non si può infatti escludere che il patto vertesse in maniera esclusiva sull'effrazione della porta e sul successivo aiuto nel rapimento della prostituta: *qui fores meretricis effregit* assolda un gruppo di uomini allo scopo di ricevere il supporto necessario a penetrare nell'abitazione e a raggiungere il risultato prefissatosi⁴⁶; sennonché, questi, una volta che il varco è aperto, si introducono con lui all'interno della casa e decidono di sottrarre i beni della donna: «... quos secum ipse duxit ut fores effrangerent, ii furtum fecerint», suppone autorevolmente Cuiacio⁴⁷.

Tuttavia, seguendo quest'ultima interpretazione, emergerebbe una situazione del tutto particolare, in quanto secondo Ulpiano, che ricordiamo era contrario ad ammettere un'idea di complicità

⁴² A favore di questa lettura milita l'impiego del termine *socii* a connotare non soltanto la prima ipotesi (*ut socii furarentur*), ma anche la seconda (non *ut socii furarentur*). Il termine *socii*, cioè, veicolando l'idea di un precedente accordo tra tutti i partecipanti in vista dell'illecito da compiere, induce a credere che in entrambe le ipotesi Celso presupponesse la volontà di concorrere con altri nella realizzazione del furto.

⁴³ D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁴⁴ D. 47.2.50.1 (Ulp. 37 *ad ed.*).

⁴⁵ D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁴⁶ Possiamo ad esempio pensare che *qui fores meretricis effregit* fosse ricorso all'aiuto di altri soggetti, in quanto dubitava, a causa della sua inesperienza o del possibile presentarsi di situazioni impreviste, di poter raggiungere il risultato voluto.

⁴⁷ Cfr. J. CUJACIUS, *In Lib. XXXIX Pauli ad edictum, Recitationes solemnes. Ad L. LIII de Furt.*, in *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem* V, Prati 1838, 944.

‘a base oggettiva’⁴⁸, lo scassinatore avrebbe finito per rispondere di un furto non voluto.

5. *Ulpiano, Pomponio e Sabino: ‘si cum rebus aufugerit fugitivus, posse furti actione sollicitatorem conveniri rerum nomine’*. – Il dubbio appena manifestato induce a chiederli, nonostante l’autorevole opinione di Cuiacio in argomento, se Ulpiano potesse configurare una situazione simile a quella da noi immaginata ed ammettere un’ipotesi di concorso in assenza di dolo.

Ebbene, da un altro testo in parte già sopra visto⁴⁹, lo stesso Ulpiano sembra accettare un caso di complicità ‘senza dolo’:

D. 47.2.36 pr.-2 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est: nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit, non magis quam si ei persuasit, ut se praecipitet aut manus sibi inferret: haec enim furti non admittunt actionem. sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit. plus Pomponius scripsit eum, qui persuasit, quamvis interim furti non teneretur, tunc tamen incipere teneri, cum quis fugitivi fur esse coeperit, quasi videatur ope consilio eius furtum factum.*

1. *Item placuit eum, qui filio vel servo vel uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri, quamvis ipsi furti actione non convenientur.* 2. *Idem Pomponius ait, si cum rebus aufugerit fugitivus, posse furti actione sollicitatorem conveniri rerum nomine, quia opem consilium contrectatori tulit. quod et Sabinus significat*⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. par. 2 e 3.

⁴⁹ Par. 2.

⁵⁰ Si legga il par. 3 di D. 47.2.36 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si duo servi invicem sibi persuaserunt et ambo simul aufugerunt, alter alterius fur non est. quid ergo, si invicem se celaverunt? fieri enim potest, ut invicem fures sint. et potest dici alterum alterius furem esse, quemadmodum, si alii singulos subripuissent, tenerentur, quasi alter alterius nomine opem tulisset: quemadmodum rerum quoque nomine teneri eos furti Sabinus scripsit.*

L'interesse verte sul par. 2⁵¹, nel quale Pomponio descrive un'ipotesi che, ad una prima lettura, non appare del tutto chiara, in quanto non viene specificato l'oggetto dell'attività persuasiva. Si legge che se il fuggitivo si sia allontanato con delle cose, verosimilmente appartenenti al padrone, l'istigatore possa essere convenuto con l'azione di furto, *quia opem consilium tulit* al ladro. La stessa cosa pure Sabino affermava⁵².

In mancanza di informazioni contrarie, è probabile che Ulpiano, attraverso la citazione di Pomponio, continuasse a trattare l'argomento del principio, ossia di *qui servo persuasit ut fugeret*. Dopo il caso dell'istigazione di un servo alla fuga e quello dell'istigazione di un servo alla fuga affinché un altro se ne impossessasse, ne verrebbe presentato un terzo: se il servo, istigato alla fuga, si è allontanato portando con sé alcune cose del padrone, il *sollicitator* è responsabile del furto a titolo di concorso.

Dunque, secondo Pomponio l'atteggiamento doloso del compartecipe pare non rilevare⁵³: colui il quale sollecita alla fuga il servo risponde del furto di quest'ultimo, benché non voluto. Niente di cui stupirsi, dato che secondo il giurista

⁵¹ Nel par. 1 Ulpiano informava che colui il quale avesse cooperato al furto posto in essere da un figlio nei confronti del padre, da un servo nei confronti del padrone o da una donna nei confronti del marito, era responsabile a titolo di concorso, benché gli autori dell'illecito non potessero essere convenuti con l'azione di furto.

⁵² Sabino è citato anche nel par. 3 (vedi nota 50). Sembrerebbe di capire che i due servi fossero considerati commettere furto non solo quando uno avesse aiutato l'altro a nascondersi, ma anche quando fossero fuggiti dopo aver sottratto alcuni beni al padrone.

⁵³ Nel passo non ci sono elementi testuali dai quali dedurre l'esistenza di una possibile intenzione del sollecitatore affinché il servo fuggisse con i beni del padrone. L'attenzione è posta unicamente sulla fuga avvenuta con beni altrui. Cfr., per tutti, ASTOLFI, *Sabino* cit. (nt. 1), 113 s.: «L'istigatore è d'accordo con lo schiavo nella progettazione della fuga. Il complice vuole che il ladro fugga e il ladro intende farlo. Non sono però d'accordo sulla finalità della fuga. Il complice vuole che con essa il ladro si sottragga alla disponibilità del padrone. Il ladro vuole non solo questo, ma anche profittare della fuga per rubare al padrone. Sabino, Pomponio e Ulpiano ritengono l'accordo sul presupposto del furto, cioè sulla fuga, e non sulla perpetrazione del furto, un elemento sufficiente per concretizzare una ipotesi di complicità, sia pur diversa da quella costituita dall'accordo sulla perpetrazione del furto».

antoniniano⁵⁴, come abbiamo visto sopra⁵⁵, il perfezionarsi della fattispecie plurisoggettiva dipendeva soltanto dall'efficacia causale esplicita dalla condotta del complice sulla consumazione dell'illecito.

Lo stupore semmai riguarda Ulpiano il quale, pur non condividendo di certo questo concetto di complicità⁵⁶, sembra approvare la soluzione avanzata da Pomponio⁵⁷ e, così facendo, accettare casi di concorso 'senza dolo'.

6. *Ulpiano: verso una forma di responsabilità anomala.* – La situazione immaginata a proposito del passo di Ulpiano⁵⁸, che pensa a 'ladri *ab eo* introdotti', e soprattutto il caso descritto da Pomponio richiamato dallo stesso Ulpiano⁵⁹, in tema di servo istigato alla fuga, sembrano lasciare spazio ad ipotesi nelle quali il giurista severiano configurava la fattispecie plurisoggettiva rinunciando al requisito soggettivo del dolo.

Tuttavia, come è possibile conciliare tutto questo con la teorica che Ulpiano aveva della complicità? È possibile leggere questi casi come eccezioni alla regola? In altri termini, il giurista, in queste ipotesi, avrebbe vincolato la responsabilità del complice al solo nesso causale tra il suo apporto e la consumazione del delitto, pervenendo così a costruire la fattispecie concorsuale in termini meramente oggettivi? Oppure possono intravedersi ulteriori spiegazioni?

Autorevoli studiosi⁶⁰ hanno avanzato l'ipotesi che Ulpiano

⁵⁴ Invece, per quanto riguarda Sabino, non è facile prendere posizione. Secondo ASTOLFI, *Sabino* cit. (nt. 1), 111 ss., Sabino avrebbe avuto un concetto di complicità a base soggettiva, vale a dire un concetto di complicità in cui non si sarebbe potuto prescindere dal dolo.

⁵⁵ Par. 2.

⁵⁶ Cfr., ad esempio, D. 47.2.50.2-4 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 47.2.52.13 (Ulp. 37 *ad ed.*).

⁵⁷ Così ASTOLFI, *Sabino* cit. (nt. 1), 113: «Di questo parere era già Sabino (*quod et Sabinus significat*) ed è da ritenere che lo sia anche Ulpiano, tenendo conto del modo in cui egli si esprime».

⁵⁸ D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁵⁹ D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁶⁰ Cfr., per tutti, ASTOLFI, *Sabino* cit. (nt. 1), 114 s., che associa ad Ulpiano anche Sabino.

scorgesse, in questi casi, una forma attenuata di dolo. Il requisito soggettivo sarebbe stato presente non solo nel caso in cui il complice e il ladro avessero raggiunto un accordo circa la perpetrazione del furto, ma anche nel caso in cui avessero raggiunto un accordo sulla «sola creazione dei presupposti di un furto non voluto dal complice». In particolare, con riferimento al caso del servo persuaso alla fuga⁶¹, Ulpiano avrebbe ritenuto «l'accordo sul presupposto del furto, cioè sulla fuga, e non sulla perpetrazione del furto, un elemento sufficiente per concretizzare una ipotesi di complicità», ipotesi di complicità nella quale sarebbe ravvisabile la «consapevolezza di favorire un furto benché non voluto»⁶².

Anche noi, alla luce dello sviluppo della nozione di complicità sopra ripercorso⁶³, siamo propensi ad escludere che Ulpiano potesse ragionare in termini puramente oggettivi, imputando l'evento sulla base del solo contributo causale fornito dal complice.

Riteniamo, pertanto, possibile che in questi casi Ulpiano ammettesse la fattispecie plurisoggettiva, perché intravedeva ancora, nel concorrente, un atteggiamento doloso. Forse, il giurista presumeva che, raggiunto l'accordo in relazione al primo delitto – la fuga del servo⁶⁴ e l'effrazione della porta⁶⁵ –, il complice si fosse rappresentato l'eventualità del verificarsi del secondo delitto – il furto⁶⁶ – e l'avesse accettata, finendo così per rendere anche quest'ultimo illecito, in un certo senso, 'voluto'.

Tuttavia, ci sembra parimenti possibile ipotizzare che Ulpiano ragionasse non in termini di dolo, sia sulla scorta di un collegamento avanzato da Cuiacio⁶⁷ sia sulla base del fatto che le due situazioni sopra viste⁶⁸, anche se la prima⁶⁹ costruita in

⁶¹ D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁶² ASTOLFI, *Sabino* cit. (nt. 1), 123.

⁶³ Par. 3.

⁶⁴ D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁶⁵ D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁶⁶ D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁶⁷ Cfr. par. successivo.

⁶⁸ Un soggetto, allo scopo di rapire una prostituta *libidinis causa*, si accordava con alcuni uomini per abbatte la porta di casa, ma questi, una volta che il varco è stato aperto, sottraevano alcuni beni della donna [D.

via soltanto congetturale, sembrano negare ogni riferimento al requisito soggettivo in questione. All'accordo volto alla realizzazione di un determinato illecito⁷⁰, segue, infatti, il compimento di un altro delitto, non voluto da tutti i concorrenti⁷¹, nemmeno, a quanto pare, sotto il profilo della mera consapevolezza⁷².

Ciò non significa, lo ribadiamo, ritenere il 'delitto non voluto' dal concorrente del tutto estraneo alla sua sfera psicologica. Al contrario, anche noi scorgiamo profili di colpevolezza, ma non ci sembra di intensità tale da raggiungere la soglia della volontà: la condotta del complice – non foss'altro per la circostanza di essersi affidato, per l'esecuzione del proposito criminoso, anche a soggetti diversi, il cui comportamento non poteva certo controllare – pare intrisa di sfumature più prossime alla colpa e consistenti nella violazione di regole di prudenza.

7. *Il fuoco, il vento e la mancata vigilanza.* – Un sostegno all'interpretazione sommessamente avanzata è, come appena accennato, fornito ancora una volta da Cuiacio⁷³, il quale mette in relazione il testo di Ulpiano⁷⁴ e quello di Paolo⁷⁵, sopra

47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*)); un soggetto persuadeva alla fuga un servo e questo, nell'allontanarsi, si appropriava di alcune cose appartenenti al *dominus* [D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*)].

⁶⁹ D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁷⁰ L'effrazione di un uscio [D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*)] e la fuga [D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*)].

⁷¹ *Qui fores meretricis effregit* non sembra volere il furto posto in essere dai soggetti reclutati per aiutarlo ad infrangere la porta di casa della *meretrix* [D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*)] e, allo stesso modo, il *sollicitator* non pare volere il furto realizzato dal servo, soltanto istigato a fuggire dal padrone [D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*)].

⁷² Cfr., infatti, D. 47.2.55 (54).4 (Gai. 13 *ad ed. prov.*), sopra visto (cfr. nota 23), nel quale Gaio individuava la soglia minima del dolo nella mera consapevolezza di concorrere: colui il quale avesse comodato gli arnesi e la scala al ladro sarebbe stato punibile come complice, in quanto era a conoscenza dell'uso che il comodatario avrebbe fatto di quegli oggetti.

⁷³ CUJACIUS, *In Lib. XXXIX Pauli ad edum* cit. (nt. 47), 944.

⁷⁴ D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁷⁵ D. 47.2.54 (53) pr. (Paul. 39 *ad ed.*).

visti⁷⁶, con un passo dello stesso Paolo in materia di *lex Aquilia*⁷⁷:

D. 9.2.30.3 (Paul. 22 ad ed.): *In hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut negligentia id accidit. nam si die ventoso id fecit, culpa reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur): in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. at si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.*

Il testo è incentrato sull'elemento soggettivo⁷⁸. Paolo, infatti, esordisce affermando che nell'azione *ex lege Aquilia*⁷⁹ è sanzionato il danno cagionato con dolo oppure con colpa⁸⁰.

⁷⁶ Par. 4.

⁷⁷ LENEL, *Palingenesia* I cit. (nt. 7), 1010 s.

⁷⁸ Occorre, tuttavia, dare conto del fatto che il testo è stato ritenuto interpolato da alcuni studiosi, in quanto impostato sulla colpa e non sul nesso di causalità. Si veda, ad esempio, G. ROTONDI, *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche* (1916), in *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia s.d., 490 nt. 1; E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice Civile* (1923), in *Studi* III cit. (nt. 18), 87 nt. 1; W. KUNKEL, *Diligentia*, in *ZSS.* 45, 1925, 299 s.; W. KUNKEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, in *ZSS.* 49, 1929, 164 nt. 2.

⁷⁹ Paolo sembra trattare dell'azione diretta *ex capite tertio* (*contra*, per tutti, G. MACCORMACK, *Juristic Interpretation of the lex Aquilia*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo I*, Milano-Giuffrè 1982, 281 s.), e non di un'*actio in factum*, come invece suggeriva Celso, citato da Ulpiano in Coll. 12.7.4-5 (Ulp. 18 ad ed.): *Sed si stipulam in agro tuo incenderis ignisque evagatus ad praedium vicini pervenerit et illud exusserit, Aquilia lex locum habeat an in factum actio sit, fuit quaestio. 5. Sed plerisque Aquilia lex locum habere non videtur, et ita Celsus libro XXXVII digestorum scribit. Ait enim 'si stipulam incenditis ignis effugit, Aquilia lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit'*. Dunque, Ulpiano, riguardo al caso dell'incendio propagatosi nel fondo vicino a causa del fuoco appiccato alle proprie stoppie, informava di una disputa intorno al fatto che *Aquila lex locum habeat an in factum actio sit*. Celso, richiamato dal giurista severiano, optava per il ricorso ad un'*actio in factum*.

Pertanto, continua il giurista, se un individuo ha appiccato il fuoco alle sue stoppie o ai suoi rovi allo scopo di bruciarli, e poi l'incendio si è propagato oltre i confini e ha danneggiato il campo o la vigna altrui, occorre vedere se ciò sia accaduto per imperizia o negligenza. Se il fuoco è stato acceso in un giorno caratterizzato da un forte vento, allora chi lo ha appiccato *culpa reus est*; la stessa condotta colposa può intravedersi anche in colui il quale non abbia vigilato affinché l'incendio non si estendesse più lontano⁸¹. Se, invece, tutte le precauzioni necessarie sono state adottate e soltanto un'improvvisa raffica d'aria abbia condotto il fuoco nel terreno vicino, *caret culpa*.

Dunque, *qui occasionem praestat damnum fecisse videtur*, scrive Paolo a proposito di colui il quale abbia provocato il danno attraverso l'accensione del fuoco. Lo stesso ragionamento, secondo Cuiacio, è possibile intravedere anche nel passo di Ulpiano⁸²: colui il quale ha abbattuto la porta di una casa altrui *libidinis causa*⁸³ risponde della successiva sottrazione

In argomento, si veda, tra gli altri e con diverse opinioni, ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia* cit. (nt. 21), 25 ss.; F. PUGSLEY, *Damni injuria*, in *TR.* 36, 1968, 374; ID., *On the lex Aquilia and culpa*, in *TR.* 50, 1982, 12 ss.; P. CERAMI, *La concezione celsina del "ius". Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, in *AUPA.* 38, 1985, 149 ss.; D. NÖRR, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München-Beck 1986, 171 s.; P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova-Cedam 2000, 168 ss.

⁸⁰ Sull'emergere del concetto di colpa nell'ambito del danno aquiliano, si veda, ad esempio, C.A. CANNATA, *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, in *Labeo* 17, 1971, 64 ss.; K. VISKY, *Die Frage der Kausalität aufgrund des D. 9,2 (ad legem Aquiliam)*, in *RIDA.* 26, 1979, 475 ss.; C.A. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, I Convegno Aristec, Madrid 7-10 ottobre 1993 (a cura di L. Vacca), Torino-Giappichelli 1995, 40 s.; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*², Padova-Cedam 2008, 145 ss.; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino-Giappichelli 2015, 95 ss., con altra bibliografia.

⁸¹ Sulle ipotesi di esclusione della colpa, si veda, per tutti, CORBINO, *Il danno qualificato* cit. (nt. 74), 150 ss.

⁸² D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*). Cuiacio svolge la sua disamina commentando il passo di Paolo riportato in D. 47.2.54 (53) pr. (Paul. 39 *ad ed.*) e, in questa sede, cita il testo di Ulpiano (D. 47.2.39).

⁸³ Oppure *iniuriae causa* secondo D. 47.2.54 (53) pr. (Paul. 39 *ad ed.*).

operata dai *fures*, da lui ‘assunti per scardinare l’uscio’⁸⁴, «quoniam ipse furto faciendo occasionem praebuit»⁸⁵.

Tuttavia, il confronto tra i due passi – anzi tra i tre passi, dovendo aggiungere quello del furto realizzato dal servo istigato alla fuga⁸⁶ – sembra suggerire ulteriori indicazioni. Abbiamo visto che Paolo⁸⁷ lega la responsabilità *ex lege Aquilia* ad un atteggiamento colposo. Ebbene, a noi sembra che il medesimo atteggiamento, benché non esplicitato da Ulpiano⁸⁸, sia comunque rintracciabile nel suo pensiero. Infatti, come è imprudente la condotta di colui il quale abbia dato alle fiamme i propri rovi senza curarsi del vento e del fatto che lo stesso vento potesse portare l’incendio oltre i confini del fondo, così ci pare di poter definire altrettanto imprudente la condotta di colui il quale abbia istigato un servo alla fuga, senza minimamente prevedere⁸⁹ che costui si allontanasse con i beni del padrone⁹⁰; e lo stesso può dirsi con riferimento all’altra condotta da noi soltanto supposta, ossia quella del soggetto che abbia assunto alcuni uomini per ottenere da essi l’aiuto necessario a rapire la prostituta, senza immaginare che questi poi sottraessero i beni della donna⁹¹.

⁸⁴ CUJACIUS, *In Lib. XXXIX Pauli ad edictum* cit. (nt. 47), 944, scrive di occasione di furto offerta «sociis adsumptis ad effringendum ostium alienarum aedium».

⁸⁵ CUJACIUS, *In Lib. XXXIX Pauli ad edictum* cit. (nt. 47), 944.

⁸⁶ D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁸⁷ D. 9.2.30.3 (Paul. 22 *ad ed.*).

⁸⁸ D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*); D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁸⁹ Sulla prevedibilità dell’evento, si veda, oltre a D. 9.2.30.3, ad esempio D. 9.2.8.1 (Gai. 7 *ad ed. prov.*) e D. 9.2.31 (Paul. 10 *ad Sab.*). Su tale criterio, con riferimento in particolare al frammento citato nel testo, cfr., tra gli altri, S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia». Criteri di imputazione e problemi della «culpa»*, Torino-Giappichelli 1969, 362 ss.; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano-La Goliardica 1969, 294 ss.; G. MACCORMACK, *Aquilian Culpa*, in *Daube Noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edinburgh and London-Scottish Academic Press 1974, 201 ss.; R. ROBAYE, *Remarques sur le concept de faute dans l’interprétation classique de la lex Aquilia*, in *RIDA*. 38, 1991, 360 s.; G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*², Torino-Giappichelli 2005, 36 ss.

⁹⁰ D. 47.2.36.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁹¹ D. 47.2.39 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

E ancora, come è negligente il comportamento di colui il quale, acceso un fuoco, non abbia vigilato il medesimo, accertandosi dello spegnimento delle fiamme e delle braci, così ci sembra altrettanto negligente il comportamento di colui il quale, affidandosi per l'esecuzione di una determinata azione (peraltro illecita) anche ad altri soggetti, si sia messo nelle condizioni di non poter esercitare su questi quel controllo che avrebbe invece potuto esercitare su di sé, se avesse agito da solo.

In definitiva, ci pare di dover concludere che, nei casi analizzati, Ulpiano, nell'imputare il furto in capo al concorrente per l'illecito commesso dagli altri compartecipi e dal medesimo non voluto, non abbia ommesso di considerare l'aspetto psicologico. Tuttavia, non escludiamo che i profili soggettivi valorizzati dal giurista severiano fossero di natura colposa, e non dolosa. Una sorta di responsabilità anomala, dunque⁹².

Abstract

The author examines the complicity in the theft and particularly the case in which an accomplice realizes a crime other than the one agreed. The most significant problem is the criterion of attribution of responsibility when the crime is not wanted by the accomplice.

Keywords

Concorso di persone nel delitto – furto – dolo – colpa – responsabilità oggettiva.

⁹² Responsabilità anomala, in quanto il concorrente sarebbe stato chiamato a rispondere del furto sulla base di un mero atteggiamento colposo.