

PAOLO FERRETTI

IL DELITTO ‘NON VOLUTO’ DA TALUNO DEI CONCORRENTI

ALLE RADICI DI UNA FORMA DI RESPONSABILITÀ ANOMALA

1. *Il concorso di persone nel delitto: cenni d'introduzione.*

Prima di addentrarmi nel tema dell'indagine, è opportuno, per una migliore comprensione di quanto dirò, premettere alcune considerazioni generali sul concorso di persone nel reato, il quale, come è noto, si verifica nel momento in cui una pluralità di persone compie un delitto che astrattamente può essere realizzato anche da una sola di esse¹.

È altrettanto noto che in un ordinamento a legalità formale², come quello italiano caratterizzato dalla cosiddetta concezione restrittiva dell'autore – è autore soltanto colui il quale pone in essere una condotta conforme a quella contemplata dalla fattispecie incriminatrice.

¹ Si parla al riguardo di concorso eventuale di persone, per distinguerlo dal concorso necessario di persone, che si ha quando è la stessa fattispecie incriminatrice a richiedere la presenza di più soggetti per l'integrazione del reato. Sui molti studiosi che hanno approfondito la tematica, si veda ad esempio A. R. LATAGLIATA, s. v. *Concorso di persone nel reato (diritto penale)*, in «ED», VIII, Milano, 1961, 568 ss.; G. INSOLERA, s. v. *Concorso di persone nel reato*, in «Dig. disc. pen.», II, Torino, 1988, 437 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁸, Milano, 2003, 539 ss.; M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in «Indice pen.» 7 (2004) 815 ss.; S. CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2009; M. BIANCHI, *Concorso di persone e reati accessori*, Torino, 2013; M. HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*¹⁰, Padova, 2017, 499 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁷, Milano, 2018, 478 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna, 2019, 511 ss.

minatrice –, si rende necessario prevedere una norma che consenta al medesimo ordinamento di estendersi fino al punto di punire coloro i quali, attraverso condotte atipiche, contribuiscano alla consumazione del reato. Si tratta, in ultima analisi, di una norma che permette di rendere ‘tipici’ comportamenti che, in sua assenza, non sarebbero sanzionabili. Questa funzione è assolta, nel Codice penale italiano, dall’art. 110:

«Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita...».

Dunque, come appena accennato, l’art. 110 c.p. italiano si combina con la norma incriminatrice di parte speciale e dà origine ad una nuova fattispecie di reato, i cui contorni sono costituiti da un elemento oggettivo e da un elemento soggettivo. Iniziamo dal primo, il quale risulta connotato dalla pluralità di agenti, dalla consumazione di un reato e dal contributo del concorrente.

Anzitutto la pluralità di agenti³. A differenza del Codice penale del 1889, il quale distingueva varie figure di concorrente – ad esempio, l’art. 63⁴ individuava l’esecutore, il cooperatore immediato e colui che determina altri a commettere il reato –, il Codice penale del 1930 non fa distinzioni, salvo prevedere, ai fini della commisurazione

² Agli ordinamenti a legalità formale si contrappongono gli ordinamenti a legalità sostanziale, nei quali la punibilità dei concorrenti non deve essere necessariamente prevista, ricavandosi dalla nozione materiale di reato; si può parlare di una concezione estensiva dell’autore, secondo la quale «il fondamento giuridico della punibilità risiede nel valore causale di una certa azione nei riguardi di un certo evento e non già nelle caratteristiche della sua struttura formale» (CAMAIONI, *Il concorso di persone*, cit., 2).

³ Per un’analisi di questo requisito e delle diverse modalità di partecipazione al reato, oltre agli autori citati alla nota 1, si veda ad esempio G. GRASSO, *Art. 85-149*, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*⁴, Milano, 2012, 161 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Torino, 2020, 576 ss.

⁴ Art. 63 c.p. (1889): «quando più persone concorrano nella esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all’ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trentanni, e le altre pene sono diminuite di un sesto, se l’esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi proprii».

della pena, circostanze aggravanti e attenuanti⁵. In questo modo, pertanto, la qualifica di complice può essere assunta da tutti coloro i quali cooperano alla commissione dell'illecito⁶.

Il secondo requisito è rappresentato dalla consumazione di un reato⁷. Sul punto non è significativo che questo venga attuato da uno o taluni soltanto dei concorrenti, da ciascuno di essi oppure da tutti insieme attraverso il compimento di una frazione dell'intero fatto. Ciò che rileva è che un delitto sia realizzato. Infatti, nel caso in cui non lo sia, rimane punibile il concorso nel delitto tentato, ma non il tentativo di concorso⁸.

Infine, il terzo connotato consiste nella partecipazione del concorrente, partecipazione che deve estrinsecarsi in una condotta esteriore⁹, di natura materiale o morale. Inoltre, molto si è discusso circa il *quantum* minimo che la suddetta condotta deve raggiungere per determinare il sorgere di una ipotesi di concorso. Sul punto, secondo un orientamento consolidato¹⁰, si richiede che il concorrente, sulla base di un giudizio *ex post*, abbia offerto un apporto necessario oppure quantomeno un apporto agevolatore, ossia un contributo che, pur

⁵ Le circostanze aggravanti sono elencate all'art. 112 c.p., mentre quelle attenuanti si rinvengono all'art. 114 c.p.

⁶ Si veda, per tutti, anche Cass. sez. V, 12 aprile 1983, in «Cass. penale» 24 (1984) 1402 s.

⁷ Su questo requisito, oltre agli autori citati alla nota 1, si veda tra gli altri L. RISICATO, *Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 229 ss.; S. CAMAIONI, *Riflessioni sul 'tentativo di concorso nel reato' e 'tentativo di reato in concorso'*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.» 48 (2005) 1069 ss.

⁸ Al riguardo, l'art. 115 c.p. precisa che «qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo»; e ancora il medesimo articolo prevede che le stesse disposizioni si applichino «nel caso di istigazione a commettere un reato, se l'istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso». Sempre l'art. 115 c.p. prevede, per entrambe le ipotesi – puro accordo e semplice istigazione –, la misura di sicurezza della libertà vigilata, essendo, queste, indici di pericolosità sociale.

⁹ Come è noto, l'adesione morale interna al reato da altri perpetrato è irrilevante. Per quanto concerne, invece, la condotta omissiva, questa deve integrare gli estremi di un contributo necessario o agevolatore e costituire una violazione dell'obbligo giuridico di impedire il reato.

¹⁰ Cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 511 ss.

non configurandosi come *condicio sine qua non* dell'evento, ne faciliti il compimento¹¹.

2. *Il dolo di concorso e il reato 'non voluto' da taluno dei concorrenti: l'art. 116 c.p.*

Come sopra detto, il concorso di persone si compone anche di un elemento soggettivo, il dolo. Combinandosi l'art. 110 c.p. con la norma di parte speciale e dando vita ad una 'nuova' fattispecie, il dolo consiste nella 'coscienza e volontà' di concorrere con altri alla realizzazione di un reato. Questa definizione implica diverse sfumature, che vanno dalla 'coscienza e volontà' della propria condotta¹² alla 'coscienza e volontà' di realizzare un reato nella consapevolezza delle condotte altrui¹³.

Tuttavia, ai fini del perfezionarsi della fattispecie plurisoggettiva non è essenziale che tutti i partecipanti si siano accordati in ordine al delitto da compiere – il cosiddetto previo concerto¹⁴ –, cosicché ogni concorrente sappia dell'altrui contributo, potendo l'opera di coordinamento o la consapevolezza dell'intero piano criminoso provenire da uno solo dei complici¹⁵. Resta il fatto che in assenza dell'atteggiamento soggettivo¹⁶, l'agente non risponde a titolo di concorso, ma

¹¹ In altri termini, il reato sarebbe stato comunque portato a termine, benché con maggiori difficoltà e incertezze.

¹² Art. 41 co. 1 c.p.: «nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà».

¹³ Infatti, in forza dell'art. 27 Cost., che sancisce il principio della responsabilità personale, è necessario che al concorrente sia attribuibile psicologicamente tanto la propria condotta quanto il reato commesso attraverso la cooperazione di altri soggetti.

¹⁴ Cfr., ad esempio, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 521, con indicazione della giurisprudenza più recente.

¹⁵ Si tratta del cosiddetto concorso unilaterale. Non si configura la fattispecie plurisoggettiva quando più soggetti, uno all'insaputa dell'altro, pongano in essere l'azione criminosa.

¹⁶ Il presente lavoro non prende in considerazione il concorso colposo, disciplinato dall'art. 113 c.p.: «nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso. La pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto,

semmai del reato monosoggettivo, se il comportamento tenuto ne integri gli estremi.

Sennonché, può accadere che nel dare esecuzione al piano concordato, un concorrente commetta, di propria iniziativa e ad insaputa degli altri, un reato ‘diverso’ oppure ‘ulteriore’ rispetto a quello deciso. In questa prospettiva, sorge il problema di capire se anche il reato ‘diverso’ o ‘ulteriore’ possa essere attribuito agli altri concorrenti e a quale titolo, dal momento che essi non l’hanno voluto.

Tra le molteplici soluzioni¹⁷, il Codice penale italiano sembra accogliere quella oggettivistica – probabilmente riconducibile alle istanze general preventive che muovevano il legislatore del 1930, secondo cui la criminalità associata rappresentava il «simbolo del crimine, la forma più eclatante e temibile della delinquenza»¹⁸ e, come tale, suscettibile di una risposta normativa forte –, consistente «nell’imputare l’evento, per lo stesso titolo, a tutti i concorrenti sulla base del solo contributo causale materiale»¹⁹:

Art. 116 c.p.: «Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l’evento è conseguenza della sua azione od omissione. Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave».

L’articolo in esame fu da subito assai contrastato, in quanto in esso si scorgeva una deviazione dai principi generali in tema di responsabilità. In questa ottica, si comprendono i tentativi di dottrina e di giurisprudenza di individuare soluzioni interpretative che potessero in parte correggere il rigore della disposizione²⁰, fino al momento

quando concorrono le condizioni stabilite nell’articolo 111 e nei numeri 3 e 4 dell’articolo 112».

¹⁷ Cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 529.

¹⁸ Così M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in «Riv. it. dir. proc. pen.» 27 (1984) 184. Sul punto, preziosa si rivela la lettura della Relazione al Re del Ministro Guardasigilli per l’approvazione del testo definitivo del Codice penale, nella parte di nostro interesse.

¹⁹ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 529.

²⁰ Cfr., per tutti, F. BASILE, *Commento all’art. 116. Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, I⁴, Milano, 2015, 1839 ss.

in cui la Corte di Assise di Roma promosse un giudizio di legittimità costituzionale.

3. *Dalla sentenza della Corte costituzionale del 13 maggio 1965 ad una forma di responsabilità anomala.*

Come appena accennato, il 20 ottobre 1964 la Corte di Assise di Roma promuove un giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 116 c.p. Secondo l'ordinanza della medesima Corte, infatti, l'articolo, prevedendo una «ipotesi di concorso a titolo di responsabilità obiettiva per il mero rapporto di causalità materiale tra l'evento non voluto e l'azione od omissione dell'imputato»²¹, sancirebbe una sorta di responsabilità 'per fatto non proprio' e, come tale, in contrasto con il principio sancito dall'art. 27 co. 1 Cost., secondo cui la responsabilità penale è personale.

La Corte costituzionale, il 13 maggio 1965, respinge l'eccezione di incostituzionalità con una sentenza interpretativa di rigetto²². Nel provvedimento si nega che la norma in oggetto contempri una ipotesi di responsabilità oggettiva²³, in quanto, secondo la Corte, la responsabilità *ex art. 116* si fonda sulla «la sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza».

Tuttavia, la Corte, se da un lato 'salva' l'art. 116, negando che in esso possa intravedersi una ipotesi di responsabilità oggettiva, dall'altro afferma la propria incompetenza ad individuare la natura e gli aspetti del coefficiente di colpevolezza che ricorre nella fattispecie in

²¹ Così si legge in Corte cost. 31 maggio 1965 n. 42, in «Giurispr. Cost.» 10 (1965) 640.

²² Corte cost. 31 maggio 1965 n. 42, cit., 639 ss.

²³ La Corte costituzionale precisa altresì che «la responsabilità oggettiva non è responsabilità per fatto altrui».

questione²⁴ e, in particolare, non precisa se tale coefficiente equivalga, nella sostanza, alla colpa²⁵.

A chiarire il significato del pronunciamento sono alcuni indirizzi interpretativi successivi. Il primo, avanzato dalla Cassazione²⁶, specifica che il concetto di prevedibilità debba essere inteso 'in astratto'. Si tratta, dunque, di una sorta di procedimento *in vitro*, nel quale due fattispecie vengono accostate, quella del 'reato voluto' e quella del 'reato diverso', allo scopo di comprendere, senza alcun approfondimento delle modalità con cui si sono svolti i fatti, se dalla commissione del primo – il reato voluto – si possa 'scivolare' nel secondo – il reato diverso –.

Senonché, questo indirizzo è oggetto di decise critiche, in quanto reputato inidoneo a consentire il superamento della responsabilità oggettiva. L'assenza di una valutazione delle circostanze concrete, infatti, finirebbe per condurre ad un giudizio fondato sull'*id quod plerunque accidit*, senza entrare nel merito della questione e senza poter verificare se sia effettivamente possibile rimproverare all'imputato di non aver previsto il reato diverso realizzato dai complici²⁷.

Si affianca così un secondo indirizzo²⁸, propenso alla cosiddetta 'prevedibilità in concreto', prevedibilità che, valutata secondo l'*homo*

²⁴ Corte cost. 31 maggio 1965 n. 42, cit., 644: «... non è compito di questa Corte il delimitare particolarmente la natura e gli aspetti del coefficiente di colpevolezza che ricorre nella fattispecie dell'art. 116 ...».

²⁵ Cfr., per tutti, BASILE, *Commento all'art. 116*, cit., 1846 ss.

²⁶ Mi limito a richiamare Cass. sez. I, 1 marzo 1971, in «Cass. pen.» 12 (1972) 1674 s.; Cass. sez. I, 30 gennaio 1982, in «Riv. penale» (1983) 102 s.; Cass. sez. II, 14 dicembre 1985, in «Cass. pen.» 37 (1987) 749 s.; Cass. sez. I, 4 marzo 1988, in «Cass. pen.» 30 (1990) 35 ss.; Cass. sez. I, 8 gennaio 2010, in «Studium iuris» (2010) 969 ss.; Cass. sez. VI, 15 dicembre 2015, in «Cass. pen.» 57 (2017) 157 ss.; Cass. sez. VI, 18 aprile 2016, in «Studium iuris» (2016) 1529.

²⁷ Cfr., tra gli altri, S. CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, in «Studium Iuris» (1996) 1397 ss.; F. BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, in «Dir. penale contemp.» (2014) 411 s.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., 545 s.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁸, Milano, 2019, 535 s.

²⁸ In dottrina segnaliamo, ad esempio, A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 109; ID., *Principi di diritto pe-*

eiusdem professionis et condicionis, si traduce in un giudizio di colpa²⁹. Del resto, il ‘modello di imputazione colposa’ ai fini dell’applicazione dell’art. 116 c.p. non fa che riprendere le pronunce della giurisprudenza costituzionale³⁰ sul principio di colpevolezza in relazione all’art. 27 Cost., pronunce in cui non solo si ribadisce che il principio del *versari in re illicita* contrasta con la disposizione ora richiamata, ma altresì che quantomeno la colpa è un requisito da cui non si può prescindere per l’imputazione del fatto all’agente.

Orbene, riprendendo le parole di una sentenza della Cassazione del 2014, l’art. 116 c.p. contemplerebbe «una fattispecie punita a titolo di responsabilità intenzionale rispetto alla condotta criminosa voluta e meno grave, ed a titolo di colpa rispetto al diverso e più grave reato in concreto consumato, prevedibile, facendo uso, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto ed alla personalità del concorrente, della dovuta diligenza»³¹.

Tuttavia, nonostante questo importante esito interpretativo, non sfugge che la responsabilità *ex art.116 c.p.* continui a manifestarsi come una forma di responsabilità anomala, in quanto appare evidente che il concorrente sia chiamato a rispondere di un reato doloso sulla base di un atteggiamento di natura colposa³².

nale, cit., 580; BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone*, cit., 412 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 531; MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 536. Per la giurisprudenza, si veda, per tutti, Cass., sez. II, 15 gennaio 2009, in «Giust. pen.» (2010) 583 ss.; Cass., sez. I, 15 novembre 2011, in «Rep. Foro it.» (2012) 682; Cass., sez. V, 18 giugno 2013, in «Cass. pen.» 54 (2014) 3743 ss.; Cass., sez. I, 19 novembre 2013, in «Dir. pen. contemp.» (2014) 409 ss.

²⁹ Mostrano dubbi circa l’equivalenza tra la valutazione della prevedibilità in concreto e il concetto di colpa, tra gli altri, INSOLERA, s. v. *Concorso di persone nel reato*, cit., 483 e 487; CANESTRARI *La responsabilità del partecipe*, cit., 1398; P. PIRAS, *L’elemento soggettivo del concorso anomalo*, in «Cass. pen.» 41 (2001) 2355.

³⁰ Rimando, per tutti, a BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone*, cit., 413.

³¹ Cass., sez. I, 14 marzo 2014, n. 12273, vista in BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone*, cit., 415.

³² Secondo MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 531, dell’agire colposo sono rinvenibili tutti e tre i requisiti: a) la «*non volontà del fatto* sotto il profilo del dolo sia intenzionale, eventuale o alternativo»; b) la «*inosservanza di regole di prudenza*»; c) la «*previsione o prevedibilità* come verosimile ed *evitabilità* dell’evento, accertabili *in concreto* (...) e col parametro dell’agente modello».

4. *Il concorso di persone nel diritto romano: cenni d'introduzione.*

L'individuazione di una sorta di 'responsabilità anomala' in relazione all'art. 116 c.p. ci è di sprone ad indagare le origini storiche di questa fattispecie e, in particolare, a verificare se già nella giurisprudenza romana si possano rinvenire le tracce o, ancora di più, qualche intuizione a livello interpretativo che possa rivelarsi utile nell'approccio alla complessa tematica.

Iniziamo col dire che la nozione di concorso di persone nel delitto non è estranea all'antico diritto. È noto, infatti, che i giuristi romani, riflettendo soprattutto sul *furtum*³³, sono pervenuti ad elaborare una disciplina³⁴ che per molti versi è affine a quella attuale, come dimostra:

³³ Sul furto nel diritto romano, rimandiamo ai fondamentali lavori di B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in «AUPA» 23 (1953) 5 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in «AUPA» 25 (1956) 85 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del furtum nell'elaborazione dei giuristi romani*, in «Jus» 9 (1958) ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 99 ss. Inoltre, si veda P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain* II, Roma, 1968 (rist. an. dell'ed. Lyon-Paris 1915); R. ZIMMERMANN, *Furtum*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 753 ss.; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006; M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum: genesi, sviluppi, vicende*, Napoli, 2008; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008; F. BATTAGLIA, *Furtum est contractatio. La definizione romana del furtum e la sua elaborazione moderna*, Padova, 2012.

³⁴ Numerosi sono gli studiosi che hanno approfondito l'argomento del concorso di persone nel delitto. Si veda ad esempio, oltre agli autori richiamati alla nota precedente, 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 *Studi sopra il delitto di furto*, II, Torino, 1900); C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976 (rist. anast. ed. 1905); L. CHEVAILLER, *Contribution à l'étude de la complicité en droit pénal romain*, in «RHD» 31 (1953) 200 ss.; G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano* (1958), in *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, 611 ss.; U. BRASIELLO, s. v. *Concorso di persone nel reato (diritto romano)*, in «ED» VIII, Milano, 1961, 561 ss.; J. A. C. THOMAS, *Contractatio, complicity and furtum*, in «Iura» 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, 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, 1990; M. D. FLORIA HIDALGO, *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1991; L. WINKEL, *Sciens dolo malo et ope consilio: ancêtres*

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>³⁵ etiam culpa puniatur³⁶.*

Il giurista esordisce asserendo che «talvolta risponde di furto³⁷ colui il quale non ha commesso personalmente l'illecito, quale è il soggetto per il cui *ope consilio* il furto è stato realizzato».

des conceptions modernes?, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, 571 ss.; V. M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad: estudio historico y jurisprudencial*, Madrid, 1993; B. BONFIGLIO, *Spunti di riflessione su istigazione e complicità*, in *Atti del II Congresso sulla problematica contrattuale in diritto romano in onore di A. Dell'Oro* (Milano, 11-12 maggio 1995), Milano, 1998, 185 ss.; P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005; R. ASTOLFI, *Sabino e la complicità nel furto*, in «Iura» 55 (2004-2005) 111 ss.

³⁵ Segnaliamo che nel manoscritto veronese l'ultima parte del testo riportato si rivela di non facile lettura in qualche espressione.

³⁶ Il passo è stato assai studiato. Ci limitiamo a citare, tra i molti, HUVELIN, *Études*, cit., 394 ss.; B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in «AUPA» 21 (1950) 51 ss.; S. SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problemi della culpa*, Torino, 1969, 238 ss.; D. PUGSLEY, *The Roman Law of Property and Obligations*, Cape Town-Wynberg-Johannesburg, 1972, 113; G. MACCORMACK, *Culpa*, in «SDHI» 38 (1972) 173 ss.; G. MACCORMACK, *Aquilian Culpa*, in *Daube Noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edinburgh and London, 1974, 216; R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli, 1979, 25 ss.; H. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law*, in «BIDR» 85 (1982) 32; U. VON LÜBTOW, *Die Aktionem im Umkreis der lex Aquilia*, in «Labeo» 30 (1984) 326; P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*, in «SDHI» 56 (1990) 42 nt. 11; R. ROBAYE, *Responsabilité ojective ou subjective*, in «RHD» 58 (1990) 357 nt. 32; R. ROBAYE, *Remarques sur le concept de faute dans l'interprétation classique de la lex Aquilia*, in «RIDA» 38 (1991) 365 s.; FLORIA HIDALGO, *La Casuística del Furtum*, cit., 81, 103 s.; AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad*, cit., 43 ss.; BONFIGLIO, *Spunti di riflessione*, cit., 203.

³⁷ Sul concetto di furto nel pensiero di Gaio, si veda, ad esempio, Gai. 3, 195: *furtum autem fit non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.*

A questa affermazione, Gaio fa seguire tre esempi: è complice colui il quale ti abbia fatto cadere le monete, affinché un altro le sottraesse, oppure colui il quale ti si sia all'improvviso parato davanti, affinché un altro si appropriasse delle medesime monete, oppure ancora colui il quale abbia allontanato le tue pecore e i tuoi buoi, affinché un altro se ne impossessasse.

Quindi, il giurista, dopo aver informato che i *veteres* scrissero questo con riferimento a colui il quale con un panno rosso avesse messo in fuga il bestiame, accenna alla circostanza che sia da concedere un'azione utile nel caso in cui le condotte appena prospettate siano state poste in essere *per lasciviam*.

Dal testo apprendiamo anzitutto di elementi di natura oggettiva: la pluralità di soggetti, la consumazione di un furto, il contributo del complice. Il primo requisito è evidente tanto nella definizione iniziale quanto nei successivi esempi, da cui si desume che al fine di poter configurare una ipotesi di concorso nel furto, è necessaria, e sufficiente, la presenza di almeno due soggetti: uno fa cadere le monete ed un altro le sottrae, uno si para davanti ad una persona ed un altro si appropriava delle medesime monete, uno mette in fuga il bestiame ed un altro se ne impossessa.

Il secondo fattore concerne la realizzazione di un furto. Che Gaio richiedesse l'effettivo compimento del delitto si intuisce, in particolare, dal fatto che egli identifica il compartecipe in colui *cuius ope consilio furtum factum est*: il verbo *facere*, impiegato al perfetto passivo, depone a favore della circostanza che, in assenza di furto, non ci potesse essere complicità³⁸.

Infine, il terzo elemento che risulta dal testo riguarda il contributo del compartecipe. Sul punto, Gaio impiega le espressioni *ops* e

³⁸ A favore di questa lettura depone anche Gai. 3, 198: *sed et si credat aliquis invito domino se rem contractare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quaesitum [et probatum] est, cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, <et servus> id ad me pertulerit, ego, dum 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 contractaverit, servi corrupti ideo quod deterior servus factus non est.*

consilium, che sappiamo da Ulpiano³⁹ indicare rispettivamente l'apporto di natura materiale e morale, e suggerisce che tale apporto debba essere causalmente legato alla realizzazione del delitto.

5. *Il dolo di concorso.*

Rileggiamo l'ultima parte del passo gaiano:

Gai. 3, 202: *Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est... 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.*

Il giurista, dopo aver affermato che talvolta è responsabile dell'illecito il soggetto per il cui *ope consilio furtum factum est*, accenna alla circostanza che sia da concedere un'azione utile nel caso in cui la condotta agevolatrice del delitto sia stata posta in essere *per lasciviam*, «spensieratamente»⁴⁰, *et non data opera ut furtum committeretur*, in quanto secondo la legge Aquilia anche la colpa è sanzionata.

Dunque, pare che Gaio richieda il dolo per il perfezionarsi della fattispecie plurisoggettiva; in caso di colpa, infatti, egli richiama la legge Aquilia, suggerendo che l'agente fosse sanzionato, in veste di autore, laddove se ne intravedessero i presupposti, a titolo di danno.

Inoltre, dagli esempi riportati – *qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi, ut alius subriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet* – il dolo sembra assumere diverse sfumature: il concorrente si sarebbe dovuto prospettare l'azione dell'autore del furto, vuoi perché un previo accordo era intercorso vuoi perché egli era consapevole dell'altrui comportamento⁴¹.

³⁹ Ulp. 37 *ad ed. D.* 47, 2, 50, 3: *consilium autem dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebet.*

⁴⁰ E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Milano, 1973, 105. Oppure, seguendo F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, I³, Torino, 1969, s. v. *Lascivia*, si potrebbe rendere il termine con 'allegra spensieratezza'.

⁴¹ Nelle situazioni prospettate da Gaio niente si oppone al fatto che la consapevolezza dell'altrui condotta sia rintracciabile soltanto in colui che abbia determi-

Quanto all'oggetto del dolo di concorso, Gaio sembra individuarlo nella volontà di concorrere, mediante la propria condotta, al verificarsi del furto: fare cadere le monete affinché un altro le sottragga oppure mettere in fuga il bestiame affinché un altro se ne appropri, rinviano a situazioni nelle quali è ravvisabile nel complice la ferma intenzione di contribuire alla realizzazione del delitto.

Lo stesso orientamento si riscontra in altri giuristi⁴²:

Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 50, 2 e 4: *Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse*⁴³... 4. *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.*

nato la caduta delle monete o messo in fuga l'armento, e non in colui che, in un momento successivo, si sia impossessato di quelle monete e di quell'armento. Anzi, la contrapposizione tra un soggetto che abbia agito con l'intenzione che un terzo commetta il furto e un altro che, viceversa, abbia agito *per lasciviam*, potrebbe avvalorare l'idea che Gaio prescindesse dall'intesa tra autore e complice per ritenere quest'ultimo responsabile a titolo di concorso. Dunque, è verosimile credere che per aversi complicità bastasse che un soggetto, vedendo approssimarsi o sapendo che nelle vicinanze stazionava una banda di predoni, avesse spinto nella loro direzione gli animali, nella convinzione che quelli se ne sarebbero appropriati. Cfr., in questo senso, C. FERRINI, *Ottaviano e le sue dottrine*, in «RIL» 20 (1887), ora in *Id.*, *Opere*, II, Milano, 1929, 129; PAMPALONI, *La complicità*, cit., 24; FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., 119, secondo cui «alla complicità non si richiede l'accordo. Basta che chi opera intenda di arrecare un aiuto al delinquente, il quale potrebbe affatto ignorare di essere aiutato»; G. F. FALCHI, *Diritto penale romano (dottrine generali)*², Padova, 1937, 217.

⁴² Cfr., tra gli altri, anche Paul. 59 *ad ed.* D. 50, 16, 53, 2: *item dubitatum, illa verba 'ope consilio' quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniungentium aut separantium. sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit.*

⁴³ In relazione alle espressioni *consilium vel ops*, ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio*, cit., 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.

Ulpiano richiama anzitutto Pedio, il quale asserisce che come nessuno compie un furto *sine dolo malo*⁴⁴, così nessuno, *sine dolo malo*, può essere complice. Dunque, in assenza di una deliberata volontà di cooperare nella realizzazione del delitto, la fattispecie plurisoggettiva non si configura.

Poi il giurista severiano, a proposito di colui il quale, sventolando un panno rosso, abbia spinto il bestiame altrui nelle mani dei ladri, 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 fatto⁴⁵, come suggeriva già 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 delitto⁴⁶, 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*.

⁴⁴ Sul dolo quale elemento soggettivo del furto, si veda, ad esempio, anche Gai. 2, 50; Gai. 3, 197; Paul. Sent. 2, 31, 35; Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 33; Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 50, 4; Iav. 9 *ex post Lab.* D. 47, 2, 91 (90), 1. 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, 1936, 209 ss.; E. ALBERTARIO, *La definizione del furto in D. 47,2,1* (1936), in *Studi*, cit., VI, 432 ss.; J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, in «Iura» 19 (1968) 1 ss.; D. PUGSLEY, *Animus furandi* (1984), in *Americans are aliens and other essays on Roman Law*, Exeter, 1989, 104 ss.; M. A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, cit., 2008; L. DESANTI, *Sapere di agire contro la volontà del proprietario, credere di averne il permesso. Riflessioni intorno al dolo nel furto d'uso*, in «AUFE» 24 (2010) 17 ss.; L. DESANTI, *Furtum e animus celandi nel pensiero di Ulpiano*, in «RGDR» 28 (2017) RI § 418926-1-RI § 418926-20.

⁴⁵ Nota G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, 145, che laddove il danno si fosse verificato *neque corpore neque corpori*, «la giurisprudenza suggeriva ormai da tempo l'impiego di *actiones in factum*».

⁴⁶ Vale a dire con l'*actio furti*.

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

Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 52, 13: *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 fatto, precisa Ulpiano, *ut alius tolleret*, allora è tenuto di furto⁴⁷.

6. La soglia 'minima' del dolo.

Appurata la necessità del dolo per il configurarsi della fattispecie plurisoggettiva, leggiamo un testo gaiano, da cui si desumono significative informazioni in ordine alla 'intensità' di tale elemento:

Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47, 2, 55 (54), 4: *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 antoniniano informa che contro colui il quale abbia comodato gli arnesi ad un terzo allo scopo, conosciuto, di aprire porte e armadi oppure abbia comodato una scala al fine, conosciuto, di permettere l'ascensione, si possa agire con l'azione di furto, *licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit*.

L'impiego dell'avverbio *principaliter*⁴⁸ è fondamentale per comprendere il significato del pensiero gaiano. Il giurista, affermando che

⁴⁷ Nel testo, Ulpiano precisa poi che la responsabilità a titolo di concorso è altresì subordinata all'effettiva consumazione dell'illecito: *isque sustulerit*.

⁴⁸ Il termine *principaliter* può essere tradotto con 'principalmente' (cosa che io credo), facendo riferimento al tipo di *consilium* – per tutti, H. F. JÓLOWICZ, *Digest XLVII. 2 De furtis*, Cambridge, 1940, 78 – oppure con 'inizialmente', rimandando alla fase di preparazione dell'illecito – cfr., in questo senso, *Corps de Droit Civil Romain en latin et en français*, VII, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, traduzione francese di H. HULOT, rist. dell'edizione di Metz 1805, Aalen, 1979, 221; *The Digest of Justinian*, IV, trad. inglese di A. WATSON, Philadelphia,

nullum consilium principaliter intervenerit, asserisce, da un lato, che al complice è mancato un *consilium principaliter*, ma, dall'altro, implicitamente ammette che lo stesso complice ha avuto un *consilium*⁴⁹.

Se a questo aggiungiamo l'impiego del termine *sciens*⁵⁰, ripetuto due volte nelle poche righe del brano, a connotare l'atteggiamento soggettivo del complice, si intuisce che Gaio intravedeva nella conoscenza dello scopo, per cui gli oggetti erano stati dati, l'elemento che avrebbe consentito di sanzionare il comportamento del medesimo complice.

Questo dato suggerisce, pertanto, 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 complice⁵¹, in quanto il medesimo soggetto, sapendo l'uso che il comodatario avrebbe fatto di quegli arnesi e di quella scala, non solo si era prospettato la verifica del furto, ma, decidendo di

1985, 752. La giurisprudenza classica lo impiega in entrambi i significati prospettati: si veda, ad esempio, A. FORCELLINI, *Lexicon*, III, s. v. *principaliter*, 864; *Th. ling. Lat.*, X.2, fasc. IX, s. v. *principaliter*, 1297 ss.

⁴⁹ Il termine *consilium* denota a mio avviso l'elemento soggettivo del concorrente e non il tipo di contributo offerto. Secondo Gaio, per rispondere a titolo di concorso non sarebbe necessario il dolo diretto, ma sarebbe sufficiente che il complice, pur non volendo 'principalmente' il furto, lo abbia accettato come conseguenza della propria condotta. *Contra*, per tutti, LONGO, *La complicità*, cit., 138 s., che ritiene interpolata la proposizione *licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit* e crede che Giustiniano abbia introdotto la frase in questione per sottolineare che sebbene non sia individuabile un contributo morale, «cionondimeno, poiché si ravvisa un *dare operam* per il fatto dell'apprestamento dei mezzi, tale cooperazione integra, per il nuovo diritto, atto di complicità punibile».

⁵⁰ Secondo MACCORMACK, *Ope consilio*, cit., 286 ss., il termine *sciens* implicherebbe soltanto la conoscenza della successiva realizzazione del delitto, ma non il dolo che, viceversa, sarebbe espresso dal termine *consilium*.

⁵¹ In questa prospettiva, MACCORMACK, *Ope consilio*, cit., 286, riferisce la questione sottostante alla necessità, da parte di Gaio, di individuare, nel caso in esame, una responsabilità a titolo di concorso: «as the help supplied was so 'indirect', the lender not necessarily himself taking any role in the theft, the question may have arisen whether there was even liability *ope*. More specifically the problem may have been whether there could be liability in so 'indirect' a case without proof of intention that a theft be committed (*consilium principaliter ad furtum faciendum*). Gaius in holding that there is liability to the *actio furti* does not make explicit his reasoning».

consegnare le cose, aveva altresì accettato di concorrere nel compimento dell'illecito⁵².

7. *Il dolo di concorso e il delitto 'non voluto' da taluno dei concorrenti: Paul. 39 ad ed. D. 47, 2, 54 (53) pr. e Ulp. 41 ad Sab. D. 47, 2, 39.*

Abbiamo appena visto che per il configurarsi di una fattispecie di concorso di persone nel furto, i giuristi romani richiedevano il dolo⁵³: *sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse*, afferma risoluto Pedio⁵⁴.

Tuttavia, in un caso particolare Ulpiano sembra prescindere dall'elemento soggettivo in questione:

Ulp. 41 ad Sab. D. 47, 2, 39: *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 altri⁵⁵. Al fine dell'in-

⁵² Secondo C. FERRINI, *Appunti sulla teoria del furtum in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso* (1891), in *Opere*, V, Milano, 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., 205.

⁵³ Tuttavia, non è escluso che all'indirizzo giurisprudenziale che richiedeva il dolo come elemento costitutivo della complicità, si sia affiancato un altro il quale, al contrario, avrebbe ritenuto sufficiente il nesso causale tra la condotta del concorrente e la consumazione dell'illecito, proponendo così una nozione di concorso che è stata definita 'a base oggettiva'. Cfr., per tutti e con altra bibliografia, FERRETTI, *Complicità e furto*, cit., 127 ss.

⁵⁴ Ulp. 37 ad ed. D. 47, 2, 50, 2.

⁵⁵ Cfr. anche Paul. Sent. 2, 31, 12 e 31; Paul. 2 sent. D. 47, 2, 83 (82), 2. Sulla problematica, si veda, tra gli altri, FERRINI, *Appunti sulla teoria del furtum*, cit., 136 s.;

dividuazione 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 giurista⁵⁶, 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:

Paul. 39 *ad ed.* D. 47, 2, 54 (53) pr.: *Qui iniuriae causa ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenentur 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 furto⁵⁷. La ragione, anche in questo caso, va ricercata nell'assenza di dolo. *Qui ianuam effregit* ha agito a causa di ingiuria, non a causa di furto: la volontà e l'intenzione, chiosa il giurista, distinguono i delitti.

Poniamo a confronto i due passi:

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, 1993, 244 ss.; JOLOWICZ, *Digest XLVII. 2*, cit., 49 s.; G. LONGO, *L'elemento soggettivo nel delitto di furto* (1956), in *Ricerche romanistiche*, cit., 598 ss.; THOMAS, *Animus furandi*, cit., 13 ss.; M. MOLÉ, *Una vexata quaestio in tema di furto*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 69 ss.; LONGO, *Punti controversi*, cit., 814 s.

⁵⁶ Secondo ASTOLFI, *Sabino*, cit., 121 s., il tratto *et ideo ... non teneri* rifletterebbe il pensiero di Sabino – poi condiviso da Ulpiano –, al quale pertanto risalirebbe l'esclusione della fattispecie di complicità nel furto.

⁵⁷ Correttamente FERRINI, *Diritto penale romano*, cit., 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.

Paul. 39 *ad edict.* D. 47, 2, 54 (53) pr.: *Qui iniuriae causa ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenentur furti: nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.*

Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39: ... *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*⁵⁸ o *libidinis causa*⁵⁹, la porta di una abitazione altrui. Accade poi che altri, giovandosi del passaggio creato, entrino nella casa e sottraggano alcuni beni.

Archiviato questo nucleo comune⁶⁰, balza agli occhi un particolare, sottolineato da Ulpiano⁶¹ e lasciato verosimilmente implicito da Paolo⁶²: 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*⁶³. Sull'identità di questi ultimi occorre interrogarsi. La terminologia fa pensare a soggetti che arrivano sul luogo

⁵⁸ Paul. 39 *ad ed.* D. 47, 2, 54 (53) pr.

⁵⁹ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

⁶⁰ Secondo Glossa *Non teneri, ad l. Verum est, de furtis* (D. 47, 2, 39) vi sarebbe perfetta coincidenza tra il pensiero di Ulpiano (D. 47, 2, 39) e quello di Paolo (D. 47, 2, 54 [53] pr.).

⁶¹ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

⁶² Paul. 39 *ad ed.* D. 47, 2, 54 (53) pr. si limita, infatti, a negare il sorgere del concorso *quamvis inde per alios res amotae sint*. Secondo THOMAS, *Contractatio*, cit., 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.

⁶³ Cfr., per tutti, ASTOLFI, *Sabino*, cit., 123.

dell'illecito insieme allo scassinatore e dallo stesso vengono introdotti in forza di un precedente accordo⁶⁴.

Tuttavia, fatta questa prima ed essenziale identificazione, è possibile operare una ulteriore scomposizione, mettendo a profitto ancora un testo ulpiano:

Ulp. 37 *ad edict.* D. 47, 2, 50, 1: *Ope consilio furtum factum Celso ait non solum, si idcirco fuerit factum, ut socii furarentur, sed et si non, ut socii furarentur, inimicitarum tamen causa fecerit.*

Celso, richiamato da Ulpiano, riconosce la fattispecie plurisoggettiva tanto nel caso in cui il complice collabori *ut socii furarentur*, quanto nel caso in cui collabori non *ut socii furarentur*, ad esempio per causa di inimicizia.

La distinzione avanzata, anziché suggerire l'adesione del giurista a forme di complicità che prescindono dal dolo⁶⁵, indica con ogni verosimiglianza l'attenzione del medesimo verso limiti e forme dell'elemento soggettivo. A mio avviso, Celso sta puntualizzato che, ai fini del sorgere di una ipotesi di complicità, non è necessario indagare il motivo dell'agire doloso⁶⁶: un soggetto deve essere sanzionato sia nel caso in cui abbia offerto la propria collaborazione *ut socii furarentur*, sia nel caso in cui abbia offerto la propria collaborazione per uno scopo differente, ad esempio perché spinto da sentimenti di avversione nei confronti dell'offeso⁶⁷.

⁶⁴ In questo senso depone anche la proposizione successiva: *sed alias ingressi meretricis res egresserunt.*

⁶⁵ Infatti, alcuni studiosi (cfr., per tutti, A. WATSON, *Contractatio as an essential of furtum*, in «LQR» 77 [1961] 529 s.; A. WATSON, *Contractatio again*, in «SDHI» 28 [1962] 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.

⁶⁶ Cfr., in questo senso, tra gli altri, FERRINI, *Appunti sulla teoria del furtum*, cit., 151; HUVELIN, *L'animus lucri faciendi*, cit., 94 s.; THOMAS, *Contractatio*, cit., 80; THOMAS, *Animus furandi*, cit., 25; MACCORMACK, *Ope consilio*, cit., 284; BONFIGLIO, *Spunti di riflessione*, cit., 204.

⁶⁷ A favore di questa lettura milita l'impiego del termine *socius* a connotare non soltanto la prima ipotesi (*ut socii furarentur*), ma anche la seconda (non *ut socii*

Alla luce di questa interpretazione, mi sembra possibile individuare i ladri *ab eo inducti*⁶⁸ proprio nei *socii* di cui parla Celso⁶⁹: *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 Celso⁷⁰, *libidinis causa* secondo Ulpiano⁷¹.

Tuttavia, l'inciso «i ladri da lui introdotti»⁷² 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 non sul furto, ma 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 prefissatosi⁷³; sennonché questi, una volta aperto il varco, si introducono all'interno della casa e decidono di sottrarre i beni della donna: «... quos secum ipse duxit ut fores effringerent, ii furtum fecerint», suppone autorevolmente Cuiacio⁷⁴.

Seguendo quest'ultima esegesi, dunque, emerge una ipotesi del tutto particolare, connotata dal fatto che il concorrente (*qui fores meretricis effregit*) avrebbe finito per rispondere di un illecito non voluto, il furto, realizzato dai soggetti reclutati per abbattere l'uscio.

furarentur). Il termine *socius*, 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.

⁶⁸ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

⁶⁹ Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 50, 1.

⁷⁰ Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 50, 1.

⁷¹ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

⁷² Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

⁷³ Possiamo ad esempio pensare che *qui fores meretricis effregit* sia 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.

⁷⁴ Cfr. J. CUJACII *In Lib. XXXIX Pauli ad edictum, Recitationes solennes. Ad L. LIII de Furt.*, in *Opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem*, V, Prati, 1838, 944.

8. *Un altro caso di delitto 'non voluto' da taluno dei concorrenti: Ulp. 41 ad Sab. D. 47, 2, 36 pr.-2.*

La situazione appena vista sembra ripresentarsi in un altro passo di Ulpiano:

Ulp. 41 *ad Sab. D. 47, 2, 36 pr.-2: 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 significat⁷⁵.*

L'interesse verte sul par. 2, nel quale Pomponio, richiamato da Ulpiano, descrive un'ipotesi a prima vista non del tutto chiara, in quanto non viene specificato l'oggetto dell'attività persuasiva. Si legge che se il fuggitivo si sia allontanato con alcune 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 affermava⁷⁶.

In mancanza di informazioni contrarie, è probabile che Ulpiano, attraverso Pomponio, continuasse a trattare l'argomento del princi-

⁷⁵ Riportiamo solo in nota Ulp. 41 *ad Sab. D. 47, 2, 36, 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.*

⁷⁶ Sabino è citato anche nel par. 3, nel quale sembrerebbe di capire che due servi siano considerati commettere furto non solo quando uno aiuti l'altro a nascondersi, ma anche quando fuggano dopo aver sottratto alcuni beni del *dominus*.

pio, ossia di *qui servo persuasit ut fugeret*. Dopo il caso dell'istigazione di un servo alla fuga – *fur non est* – e quello dell'istigazione di un servo alla fuga affinché un altro se ne impossessasse – *furti tenebitur is qui persuasit* –, il giurista ne presenterebbe un terzo: se il servo, istigato alla fuga, si è allontanato portando con sé alcuni beni del padrone, il sollecitatore può *furti actione conveniri rerum nomine*, in quanto responsabile a titolo di concorso nel delitto.

Dunque, secondo Ulpiano, che richiama con toni di condivisione⁷⁷ Pomponio⁷⁸, l'atteggiamento doloso del compartecipe pare non rilevare⁷⁹: colui il quale sollecita alla fuga il sottoposto risponde del furto realizzato dal servo prima dell'allontanamento, benché egli non l'abbia voluto.

9. *Alla ricerca dell'elemento soggettivo: dolo oppure colpa?*

I due passi di Ulpiano appena visti⁸⁰, passi che prevedono la responsabilità di un soggetto a titolo di complicità per un delitto diverso da quello voluto, sembrano lasciare spazio ad ipotesi nelle quali

⁷⁷ Cfr. ASTOLFI, *Sabino*, cit., 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».

⁷⁸ Per quanto concerne Pomponio, da numerosi testi egli sembrerebbe essere favorevole, al contrario dell'indirizzo prevalente, a forme di complicità basate soltanto sull'efficacia causale esplicita dalla condotta del complice sulla consumazione dell'illecito. In questo senso, si legga ad esempio Pomp. 19 *ad Sab.* D. 47, 2, 37: *si pavonem meum mansuetum, cum de domo mea effugisset, persecutus sis, quoad is perit, agere tecum furti ita potero, si aliquis eum habere coeperit*.

⁷⁹ Nel passo non ci sono elementi testuali dai quali dedurre l'esistenza di una possibile intenzione del sollecitatore affinché il servo fugga con i beni del padrone. L'attenzione è posta unicamente sulla fuga avvenuta con beni altrui. Cfr., per tutti, ASTOLFI, *Sabino*, cit., 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».

⁸⁰ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2; Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

il giurista severiano accetta il perfezionarsi della fattispecie plurisoggettiva pur in assenza del requisito soggettivo del dolo.

Si tratta, dunque, di casi che, connotati da un insolito ed inaspettato concatenarsi di eventi, vengono affrontati dal giurista attraverso il ricorso allo strumento dell'eccezione? In altri termini, si può pensare che Ulpiano, laddove l'illecito non voluto si fosse originato dalla volontà di realizzare un illecito diverso⁸¹, vincolasse 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?

La prima cosa da chiedersi è se questa soluzione sia verosimile, se possa conciliarsi con la teorica ulpiana della complicità che, come abbiamo sopra detto, prevede in maniera espressa il dolo di concorso.

In questa ottica, autorevoli studiosi⁸² hanno avanzato l'ipotesi che, anche in queste singolari situazioni, Ulpiano non rinunciasse al dolo. Il giurista avrebbe intravvisto l'elemento soggettivo non solo nel caso in cui i concorrenti 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 fuga⁸³, 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 nella quale sarebbe ravvisabile la «consapevolezza di favorire un furto benché non voluto»⁸⁴.

Anche io, alla luce della nozione di complicità sopra vista⁸⁵, sono propenso ad escludere che Ulpiano potesse ragionare in termini puramente oggettivi, imputando l'evento sulla base del solo contributo causale fornito dal complice. Forse il giurista presumeva che, rag-

⁸¹ Un soggetto persuade un servo a fuggire e il servo, prima di allontanarsi, compie un furto (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2); un soggetto persuade altri ad assisterlo nell'abbattere il portone di casa di una serva altrui e questi, una volta entrati, sottraggono i beni trovati (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39).

⁸² Così ASTOLFI, *Sabino*, cit., 114 s., che associa ad Ulpiano anche Sabino.

⁸³ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2.

⁸⁴ ASTOLFI, *Sabino*, cit., 123.

⁸⁵ Parr. 5 e 6.

giunto l'accordo in relazione al primo delitto – la fuga del servo⁸⁶ e l'effrazione della porta⁸⁷ –, il complice si fosse rappresentato l'eventualità del verificarsi del secondo delitto – il furto⁸⁸ – e l'avesse accolta, finendo così per rendere anche quest'ultimo illecito, in un certo senso, 'voluto'.

Tuttavia, accanto a questa ricostruzione, mi sembra parimenti possibile avanzare un'altra, sulla scorta di una suggestione di Cuiacchio⁸⁹ e del fatto che nelle due situazioni sopra viste⁹⁰ non trapeli alcun riferimento al requisito soggettivo in questione. All'accordo volto alla realizzazione di un determinato illecito⁹¹, segue, infatti, il compimento di un ulteriore delitto, non voluto da tutti i concorrenti⁹², nemmeno, a quanto pare, sotto il profilo della mera previsione e successiva accettazione⁹³.

10. *Verso una forma di responsabilità anomala del concorrente per il delitto non voluto.*

Abbiamo appena suggerito che Ulpiano fosse con ogni verosimiglianza propenso a scorgere, in merito al delitto non voluto dal con-

⁸⁶ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2.

⁸⁷ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

⁸⁸ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2; Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

⁸⁹ Cfr. par. successivo.

⁹⁰ La prima situazione (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39) in via soltanto congetturale: un soggetto, allo scopo di rapire una prostituta *libidinis causa*, si accorda con alcuni uomini per abbatte la porta di casa, ma questi, una volta che il varco è aperto, sottraggono alcuni beni della donna (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39); un soggetto persuade alla fuga un servo e questo, nell'allontanarsi, si appropria di alcune cose appartenenti al *dominus* (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2).

⁹¹ L'effrazione di un uscio (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39) e la fuga (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2).

⁹² *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* (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39) e, allo stesso modo, il *sollicitator* non pare volere il furto realizzato dal servo, soltanto istigato a fuggire dal padrone (Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2).

⁹³ Cfr. Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47, 2, 55 (54), 4, sopra visto, nel quale Gaio individua la soglia minima del dolo nella mera consapevolezza di concorrere: colui il quale abbia comodato gli arnesi e la scala al ladro è punibile come complice, in quanto era a conoscenza dell'uso che il comodatario avrebbe fatto di quegli oggetti.

corrente, profili di colpevolezza e non forme di responsabilità oggettiva. Tuttavia, questi profili a me non sembrano raggiungere la soglia della volontà: la condotta del complice appare intrisa di sfumature più prossime alla colpa.

Un sostegno all'interpretazione avanzata è fornito ancora una volta da Cuiacio⁹⁴, il quale sapientemente traccia un collegamento tra i testi di Ulpiano⁹⁵ e di Paolo⁹⁶, sopra visti⁹⁷, e un passo dello stesso Paolo in materia di *lex Aquilia*⁹⁸:

Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 3: *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.*

In un brano incentrato sull'elemento soggettivo⁹⁹, Paolo esordisce affermando che nell'azione *ex lege Aquilia*¹⁰⁰ è sanzionato il danno

⁹⁴ CUJACII *In Lib. XXXIX Pauli ad edictum*, cit., 944.

⁹⁵ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

⁹⁶ Paul. 39 *ad ed.* D. 47, 2, 54 (53) pr.

⁹⁷ Cfr. *supra*, § 7.

⁹⁸ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889 (rist. Graz 1960), 1010 s.

⁹⁹ 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 *Studi 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 *ID.*, *Studi*, cit., III, 87 nt. 1; W. KUNKEL, *Diligentia*, in «ZRG RA» 45 (1925) 299 s.; W. KUNKEL, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, in «ZRG RA» 49 (1929) 164 nt. 2.

¹⁰⁰ 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, 1982, 281 s.), e non di un'*actio in factum*, come invece suggerisce Celso, citato da Ulp. 18 *ad ed.* Coll. 12, 7, 4-5: *sed si stipulam in agro tuo incenderis ignisque evagatus ad praedium vicini pervenerit et illud exusserit, Aquilia lex locum*

cagionato con dolo oppure con colpa¹⁰¹. 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, 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 lontano¹⁰². 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, Paolo individua una condotta colposa in colui il quale, attraverso l'accensione del fuoco nel proprio terreno, abbia poi dan-

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, informa di una *quaestio* concernente l'applicazione della *lex Aquilia* o di un'*actio in factum*. Celso, richiamato dal giurista severiano, opta per il ricorso ad un'*actio in factum*. In argomento, si veda, tra gli altri e con diverse opinioni, ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, cit., 25 ss.; F. PUGSLEY, *Damni iniuria*, in «TR» 36 (1968) 374; F. PUGSLEY, *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, 1986, 171 s.; P. ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova, 2000, 168 ss.

¹⁰¹ Su dolo e 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 L. VACCA (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica* (I Convegno Aristec, Madrid 7-10 ottobre 1993), Torino, 1995, 40 s.; G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Torino, 1996; M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano, 2002, 167 ss.; A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*², Padova, 2008, 145 ss.; L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015, 95 ss.; M. F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*², Napoli, 2021, 1 ss., con altra bibliografia.

¹⁰² Sulle ipotesi di esclusione della colpa, si veda, per tutti, CORBINO, *Il danno qualificato*, cit., 150 ss.

neggiato il campo o la vigna altrui, in quanto risulta *damnum fecisse* anche il soggetto che si è limitato ad ‘offrire l’occasione’: *qui occasionem praestat damnum fecisse videtur*.

Lo stesso ragionamento, secondo Cuiacio, guida Ulpiano¹⁰³: colui il quale ha abbattuto la porta di una casa altrui *libidinis causa*¹⁰⁴ risponde della successiva sottrazione operata dai *fures*, da lui ‘assunti per scardinare l’uscio’¹⁰⁵, poiché ha loro ‘offerto l’occasione’ di compiere un furto, «ipse furto faciendū occasionem praebuit»¹⁰⁶.

Il confronto tra i due passi – cui si deve aggiungere il testo ulpiano sul furto realizzato dal servo istigato alla fuga¹⁰⁷ – accredita la lettura ora esposta. Nonostante il silenzio di Ulpiano¹⁰⁸, infatti, i connotati della colpa ci sembrano comunque presenti: se è imprudente la condotta del soggetto che 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, allora mi pare di poter definire altrettanto imprudente¹⁰⁹ la condotta del soggetto che abbia istigato un servo alla fuga, senza minimamente prevedere¹¹⁰ che costui si allonta-

¹⁰³ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39. Cuiacio svolge la sua disamina commentando il passo di Paolo riportato in Paul. 39 *ad ed.* D. 47, 2, 54 (53) pr. e, in questa sede, cita il testo di Ulpiano (D. 47, 2, 39).

¹⁰⁴ Oppure *iniuriae causa* secondo Paul. 39 *ad ed.* D. 47, 2, 54 (53) pr.

¹⁰⁵ CUJACII *In Lib. XXXIX Pauli ad edictum*, cit., 944, scrive di occasione di furto offerta «sociis adsumptis ad effringendum ostium alienarum aedium».

¹⁰⁶ CUJACII *In Lib. XXXIX Pauli ad edictum*, cit., 944.

¹⁰⁷ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2.

¹⁰⁸ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2; Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ Sulla prevedibilità dell’evento, si veda, oltre a Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 3, ad esempio Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9, 2, 8, 1 e Paul. 10 *ad Sab.* D. 9, 2, 31. Su tale criterio, con riferimento in particolare al frammento citato nel testo, si veda, tra gli altri, SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia*, cit., 362 ss.; C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, 294 ss.; G. MACCORMACK, *Aquilian Culpa*, cit., 201 ss.; ROBAYE, *Remarques sur le concept de faute*, cit., 360 s.; G. VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, cit., 36 ss.

nasse con i beni del padrone¹¹¹, oppure la condotta del soggetto che abbia assunto alcuni uomini per ottenere da essi l'aiuto necessario ad abbattere la porta e rapire la prostituta, senza immaginare che questi poi sottraessero i beni della donna¹¹².

In conclusione, a me non sembra così azzardato avanzare l'ipotesi che Ulpiano, nell'imputare al concorrente il furto da questo non voluto, non abbia ignorato l'elemento psicologico, limitandosi tuttavia a valorizzare profili di natura colposa e finendo, in questo modo, per attribuire ad un soggetto un illecito doloso sulla base di un mero atteggiamento colposo. Una sorta di responsabilità anomala, dunque, assai vicina alle attuali linee interpretative formulate in merito all'art. 116 c.p.

¹¹¹ Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 36, 2.

¹¹² Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47, 2, 39.