

STUDI SULL'« INCESTUM »

I. CENNI INTRODUTTIVI.

1. — Una figura di reato per molti aspetti ancora misteriosa agli occhi della dottrina romanistica moderna è l'*incestum*¹.

Incestus (o *incestum*), da *non castum*², riveste un doppio significato. In senso ampio, esso integra ogni azione contro i buoni costumi³: in senso ristretto, esso indica tanto l'unione con una vergine Vestale, quanto l'unione tra persone legate da stretti vincoli di parentela o di affinità⁴. Quest'ultimo è il significato moderno, letterario⁵ e giuridico⁶, della parola.

Le fonti letterarie e giuridiche romane sono assai scarse di notizie

* In ZSS. 63 (1943) 175 ss.

¹ Sul reato, in generale: REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* (Leipzig 1844) 869 s.; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) 682 s.; FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enc. dir. pen. it.* 1 (Milano 1905) 360 s.; KLINGMÜLLER, sv. *Incestus*, in *PWRE.* 9.2 (1916); BRASIELLO, sv. *Incestum*, in *NDI.* V. anche LOTMAR, *Lex Iulia de adulteriis und incestum*, in *Mélanges Girard* (Paris 1912) 119 s., 127 s.; VOLTERRA, *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *BIDR.* 38 (1930) 96 s.; DE MARTINO, *L'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *SDHI.* 3 (1937) 401 s.; VOCI, *L'errore nel diritto romano* (Milano 1937) 198 s. Gli scritti indicati in questa nota verranno d'ora in poi citati con la semplice designazione del nome dell'autore.

² Cfr. Paul. Diac. shv. (derivante dal greco ἀνήκεστον).

³ Questo è il senso conservato dall'aggettivo *incestus-a-um*: cfr. FORCELLINI, *Lexicon* shv.; KLOTZ, *Handwörterbuch*⁶ shv.; GEORGES, *Wörterbuch*⁸ shv.

⁴ MOMMSEN 682; REIN 869; FERRINI 360; KLINGMÜLLER; BRASIELLO. Cfr. anche i vocabolari citati alla nota 3. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*⁹, accoglie solo il significato di « unione tra persone legate da stretti vincoli di parentela e di affinità ».

⁵ FANFANI, *Dizionario italiano* shv.

⁶ Art. 564 c.p.; § 173 StGB.

sul delitto di *incestum*. Le prime, inoltre, prevalgono di numero sulle seconde, con poco vantaggio per la ricostruzione storico-giuridica della figura criminosa⁷.

La dottrina lascia generalmente da parte l'incesto della Vestale, per trattare esclusivamente dell'*incestum* nel significato corrispondente alla concezione moderna⁸.

Nell'epoca arcaica, si dice, l'incesto fu punito per le persone *alieni iuris* dal tribunale domestico; per le persone *sui iuris* dai *pontifices*, che irrogavano la pena capitale⁹.

In epoca repubblicana è incerto quale fosse il regime giuridico del delitto. Vi è stato chi ha ritenuto che, cadute le sanzioni religiose e quelle connesse all'esercizio del magistero domestico, l'*incestum* non abbia costituito titolo di *crimen*, pur esponendo alla pubblica esecrazione gli autori¹⁰. I più ritengono, tuttavia, che anche in epoca repubblicana abbia perdurato il sistema arcaico¹¹.

La massa delle questioni sull'*incestum* sorge in ordine al diritto imperiale classico, rispetto a cui le notizie si fanno più ampie e frequenti, ma non perciò più precise.

⁷ Poco, pochissimo affidamento danno le fonti letterarie, soprattutto i retori. È bene metterlo in chiaro una volta per tutte: Quintil. *Decl. min.* 286: *Si rapuisti fratris tui sponsam, non sufficit severitas; ... non est haec vulgaris libido, sed incestum ...* Quintil. *Decl. min.* 291: *... corrumpere fratris uxorem ausus es[et], istud incestum est.* Viene considerato, in queste esercitazioni oratorie, come incesto un caso che non è ancora tale. Le nozze tra affini in linea collaterale vennero vietate soltanto dagli imperatori cristiani, *infra* n. 30 *sub* F. Questo esempio metta in guardia dal prestare orecchio con troppa facilità alle fonti letterarie.

⁸ Il REIN 876 s., dedica una trattazione separata all'incesto della Vestale. Gli altri autori (cit. *retro* nt. 1), dopo avervi fatto un accenno, passano a trattare esclusivamente delle unioni tra parenti ed affini.

⁹ Il FERRINI 366, pare restringere la repressione esercitata dai pontefici al solo caso delle Vestali, sulle quali il *pontifex maximus* inferiva in qualità di *pater familias*. La giurisdizione del pontefice massimo si sarebbe estesa, in via eccezionale, anche al complice della Vestale, ma non sarebbe andata più in là.

¹⁰ COSTA, *Cicerone giureconsulto*² (Bologna 1927) 129. V. *contra* DE MARTINO 404 s.

¹¹ DE MARTINO, *cit.* e, implicitamente, gli autori cit. *retro* nt. 1. V., tuttavia, FERRINI 361: « varii indizi conducono a ritenere che almeno nei casi più gravi ci fosse giudizio comiziale e pena capitale ». L'istituzione di *quaestiones* straordinarie per il giudizio in merito ai casi più gravi mi pare probabile: essa ci è attestata da Cic. *de nat. deor.* 3.30.74 per un caso di incesto di una Vestale. Cfr. sul punto anche BRASIELLO, *cit.*

Alla domanda se una *quaestio perpetua* fosse stata prevista da qualche legge per l'*incestum* si suole rispondere generalmente di no. Particolarmente combattuta è stata l'idea che dell'*incestum* si sia occupata la *lex Iulia de adulteriis*, salvo che nel caso di concorso tra adulterio e incesto¹².

L'*incestum* sarebbe dunque stato punito *extra ordinem*¹³. Secondo alcuni¹⁴, salvo il concorso con l'adulterio e lo stupro, sarebbe stato punito soltanto l'uomo¹⁵.

I piú, ammettendo che per l'incesto fossero puniti ambo i colpevoli, hanno però variamente ammesso che sin dal diritto classico fossero scusate per *ignorantia iuris* le donne¹⁶, almeno limitatamente alla ipotesi piú ristretta ed artificiosa dell'*incestum iure civili*¹⁷.

Le presenti pagine non hanno lo scopo di fornire una visione completa, in ordine alla materia e in ordine al tempo, del *crimen incesti* nel diritto romano. Ho preferito, invece, affrontare e tentar di risolvere, uno per uno, tre ordini di problemi, tra loro molto intimamente collegati, perché ritengo che soltanto da una rinnovata discussione di essi potranno trarsi gli elementi necessari per tracciare con una certa approssimazione un profilo storico del reato¹⁸.

¹² Cfr., in particolare, LOTMAR, *cit.* Conformi: LENEL-PARTSCH, *Zum sg. Gnomon des Idios Logos*, in *Sitzber. Heidelb. Ak. der Wissenschaften* (1920) 18 nt. 1; VOLTERRA 105; DE MARTINO 405 nt. 65 (il quale, tuttavia, non crede « definitivamente dimostrata » la tesi del Lotmar). FERRINI 366, ritiene anch'egli che la *lex Iulia* non si riferisse all'*incestum*, ma dichiara « verosimile che qualche disposizione legislativa dell'età repubblicana sia stata mantenuta, devolvendosi la cognizione ordinaria alla *quaestio de adulteriis* ».

¹³ DE MARTINO 405 ma, v. l'opinione singolare del FERRINI, *cit. retro* nt. 12.

¹⁴ VOLTERRA, *cit. Contra*: DE MARTINO, *cit.*

¹⁵ Secondo il VOLTERRA 112 s., l'uguaglianza tra uomo e donna sarebbe stata stabilita soltanto da una costituzione riformatrice di Diocleziano (Coll. 6.4: v. *infra* n. 46). Nel caso di concorso tra *incestum* e *adulterium*, sarebbe stata punita *ex lege Iulia* soltanto la donna (con la *relegatio*), mentre l'uomo sarebbe stato in ogni caso colpito, *extra ordinem*, con la *deportatio in insulam*.

¹⁶ VOCI 198 s.

¹⁷ DE MARTINO 412 s.

¹⁸ Sulla difficoltà di distinguere nettamente i periodi (e particolarmente sulla difficoltà di distinguere tra periodo classico e periodo postclassico) in ordine agli istituti del diritto penale romano ci ha resi molto opportunamente ed acutamente avvertiti L'ARANGIO-RUIZ, *Storia del dir. rom.*³ (Napoli 1942) 259 s. Molto interessanti, inoltre, sono le osservazioni del PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'« imperium » nella repressione penale*, in *Memorie Un. Torino* 2.43 (Torino 1939)

α) Anzitutto sarà riesaminato il problema del regime classico del *crimen incesti*, cioè principalmente il problema dei rapporti della *lex de adulteriis* con l'*incestum*¹⁹.

La mia soluzione è nettamente contraria a quanto è stato sin qui unanimamente sostenuto: io credo, difatti, di poter dimostrare, e in base al sistema della *lex Iulia* e in base a numerose prove o indizi dei testi, che la *lex Iulia de adulteriis* prevede, accanto alle fattispecie dello *stuprum* e dell'*adulterium*, anche (e come autonoma figura criminosa) l'*incestum*. I corollari di questo risultato fondamentale saranno numerosi ed interessanti e varranno a lumeggiare adeguatamente molti punti attinenti alla repressione dell'*incestum*, non solamente nell'am-

1 nt. 2. In sostanza, secondo l'Arangio-Ruiz, la poca partecipazione della giurisprudenza romana allo sviluppo del diritto penale sino al II sec. d.C. spiega la minore perspicuità di forma e di sostanza rivestita dagli scritti di diritto penale: in ordine al diritto penale la giurisprudenza « classica » del principato si atteggia già come giurisprudenza postclassica, dimodoché il periodo classico del diritto penale romano sarebbe da fissare nel I sec. a.C. Rileva, a sua volta, il Pugliese che, proprio in base alle stesse considerazioni, la conclusione cui deve giungersi è l'opposta: l'impossibilità di un'epoca classica a causa della decadenza che la giurisprudenza subì a partire dal III sec. d.C. Al diritto penale romano fu estranea nel modo più assoluto una « funzione normativa riflessa » paragonabile a quella esercitata dal pretore, nel campo del diritto privato, di fronte al *ius civile* (v., da ultimo, BRASSIELLO, *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, in *AG.* 4.36 [1938] 72 s.): qualcosa di simile si verificò soltanto attraverso la *cognitio extra ordinem*, ad opera dell'imperatore e dei suoi funzionari, in un'epoca in cui la decadenza della giurisprudenza romana era per incominciare. Le osservazioni del Pugliese sono indiscutibilmente molto acute, ma peccano forse di eccessiva sottigliezza. Non vi ha dubbio, comunque, che la distinzione tra periodo classico e periodo postclassico è assai più evanescente in tema di diritto penale, che non di diritto privato romano. Cfr., *amplius*, su queste discussioni, GUARINO, *Appunti sulla « ignorantia iuris » nel diritto penale romano*, in *AUMA.* 15 (1942) 166 ss., n. 2. Riguardo al problema che qui ci occupa, voglio precisare che in appresso parlerò di « diritto classico » in due sensi: o per riferirmi al regime dell'*incestum* nella *lex Iulia de adulteriis* ed alle attestazioni della giurisprudenza classica che si rapportano alla repressione ordinaria del nostro delitto, oppure per indicare le risultanze che possono trarsi (sia in ordine alla repressione ordinaria che a quella straordinaria) dagli scritti dei giuristi classici. Il problema del regime dell'*incestum*, non soltanto in epoca arcaica, ma anche in epoca repubblicana è un problema così evanescente nei dati, che preferiamo lasciarlo da parte (quasi, cioè, che nel diritto classico romano non rientrasse, quanto alla nostra materia, il diritto degli ultimi secoli della repubblica).

¹⁹ V. *infra* cap. II.

