L'IGNORANZA DEL DIRITTO PENALE ROMANO

1. — Il problema dell'*ignorantia iuris* nel diritto penale romano ha formato oggetto di amplissime discussioni nella dottrina romanistica di ieri e di oggi; non per ciò può dirsi ancora risolto.

Queste mie note dell'ultim'ora non risulteranno del tutto inutili, se riusciranno a mostrare quanto c'è di vero e quanto di falso nelle teorie sin qui formulate. Teorie molteplici e, almeno in apparenza, reciprocamente contrastanti, che sarà bene, anzi tutto, riassumere.

A) Dottrina precritica. Essa, come è ben noto, senza voler affatto prescindere da una visione storica dei problemi, ha omesso tuttavia di porsi il quesito della critica esegetica delle fonti giustinianee.

a) La dottrina tradizionale [1] aveva sempre sostenuto essere regola del diritto penale romano la inescusabilità dell'*ignorantia iuris*. Essa classificava, quindi, come « eccezioni » a questo principio tutti i casi di rilevanza dell'*error iuris* che risultano dalle fonti.

b) Contro le idee tradizionali si schierò il Binding [2], sostenendo che nel diritto penale romano la *scientia* fosse un presupposto del *dolus malus* e che, per ciò, la « regola » fosse nel senso che l'*error iuris*, esattamente come l'*error facti*, avesse efficacia discriminante. La nuova teoria non mancò di aspre opposizioni [3], ma ebbe certamente il merito di smuovere le acque e di porre il problema dell'*ignorantia iuris* nel massimo rilievo.

c) Tra le due opposte dottrine, sopra riassunte, la tesi inter-

* In *AUMA.* 15 (1942) 166 ss., col titolo: *Appunti sull'« ignorantia iuris » nel diritto penale romano.*

[1] REIN, *Criminalrecht der Römer* (Leipzig 1844) 214 s.; MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) 92 s. (con tendenza a distinguere fra delitti di evidente fondamento etico e delitti di carattere politico).

[2] *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2. *Schuld und Vorsatz* (Leipzig 1877) 310 s. V. anche, della stessa opera, vol. 2.2² (Leipzig 1916) 680 s., vol. 3 (nuovo: Leipzig 1918) 52 s.

[3] V. elenco in BINDING, *Die Normen* cit. 2.2².680 nt. 2.

media è stata sostenuta dal Pernice [4] e dal Ferrini [5], secondo i quali occorre far distinzione, nel diritto penale romano, tra « norme di mera creazione politica » e norme di cui sia invece ben chiaro ed evidente il fondamento etico. L'*ignorantia* delle prime avrebbe avuto efficacia discriminante, almeno in certi casi; l'*ignorantia* delle seconde non avrebbe, per contro, mai scusato.

B) Dottrina critica. Essa ha tentato di risolvere il problema mediante il ricorso alla critica esegetica, per distinguere dal sistema post-classico-giustinianeo l'eventuale sistema romano classico. Ma i risultati sono stati nettamente contraddittori [6].

a) Secondo il Volterra [7], il diritto classico non ammise in nessun caso la efficacia discriminante dell'*ignorantia iuris*. Furono soltanto i compilatori ad applicare, mediante interpolazioni nei testi, il criterio enunciato dal Ferrini.

b) A mente del De Martino [8], invece, la verità sarebbe esattamente il contrario di quanto sostenuto dal Volterra. L'*ignorantia iuris* scusò nel diritto classico, non scusò nel diritto giustinianeo (informato ad una repressione criminale rigidissima), salvo le circostanze personali della *venia aetatis* e dell'*infirmitas sexus* [9].

c) Da ultimo il Voci [10] ha inquadrato il nostro problema nella teoria generale dell'errore, concependo l'*error facti* e l'*error iuris* come circostanze qualificatrici dell'illecito giuridico (per l'esistenza del quale è richiesto il dolo) [11], nel senso che la presenza dell'*error* esclude il

[4] *M. A. Labeo* 2².1 (Halle 1895) 120 s.

[5] *Diritto penale romano* (Milano 1899) 144 s.

[6] Un posto intermedio fra dottrine critiche e precritiche è occupato dal PALAZZO, in *Scuola positiva* N. S. 1.301 s., secondo il quale l'*ignorantia iuris* scusava quando si risolveva (come nel diritto penale odierno: art. 47 c.p.) nella mancata conoscenza di norma giuridica diversa da quella penale.

[7] *Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *BIDR.* 38 (1930) 75 s. V. *contra* LAURIA, *Calumnia*, in *Studi Ratti* (Milano 1933) 107 nt. 7.

[8] *L'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *SDHI.* 3 (1937) 387 s.

[9] A questo risultato il De Martino, si noti, non giunge negando le interpolazioni asserite dal Volterra, ma negando che la direttiva dei compilatori possa essere stata nel senso di ammettere la efficacia discriminante della *ignorantia iuris*.

[10] *L'errore nel diritto romano* (Milano 1937) 178 s. Questo libro è apparso quasi contemporaneamente all'articolo del De Martino; rispetto al quale deve considerarsi indipendente.

[11] Bisogna ricordare che il Voci distingue tre categorie di errore: errore vizio della volontà (che infirma la volontà finale dell'azione, senza toccare la volontà strumentale, causa efficiente del negozio), errore causa di volontà (che « infirma la vo-

dolo e quindi la qualifica giuridica di illecito. L'*error facti* esclude sempre il dolo, l'*error iuris* lo esclude soltanto in ordine ai reati di mera creazione legislativa: ciò tanto in diritto classico, quanto in diritto giustinianeo [12].

d) Questo lo *status quaestionis*. Notevole, da un punto di vista concettuale, il tentativo (Ferrini, Voci) di distinguere tra reati di mera creazione legislativa e reati di evidente antisocialità. Notevoli, da un punto di vista storico, le discussioni circa il sistema classico ed il sistema postclassico. Notevoli, infine, sul piano dogmatico, il tentativo di perfetta equiparazione tra *error facti* ed *error iuris* (Binding) e quello di inquadramento della *ignorantia iuris* nell'ambito delle circostanze qualificatrici dell'atto giuridico, o antigiuridico (Voci).

Nessuna delle teorie su riportate dice, tuttavia, la parola decisiva sul nostro argomento. Esse hanno tutte indistintamente un fondo di verità ed elementi di falso; ciascuna prende in considerazione un lato del problema ed egregiamente lo sviluppa, lasciando per altro nell'ombra gli altri lati, non meno importanti; tutte poi peccano, qual piú qual meno, a mio avviso modesto, di una falsa inquadratura storica e dogmatica, la quale impedisce, senza rimedio, la formulazione di un quadro chiaro e completo dell'argomento.

Sinceramente, non so se si possa completamente riuscire a dipanare la intricata matassa dell'*ignorantia iuris* nel diritto penale romano. In particolare, non mi illudo di esservi per riuscire io stesso. Lo scopo che intendo perseguire è, comunque, il seguente:

a) tracciare il quadro ed il sistema prospettico veramente appropriato alla risoluzione del problema dell'*ignorantia iuris* nel diritto penale romano, sia nel campo storico che in quello dogmatico;

b) trarre dalla valutazione esegetica delle foni a nostra disposizione gli elementi necessari e sufficienti per la risoluzione *in concreto* del problema della *ignorantia iuris*;

lontà strumentale, vale a dire il negozio nel suo requisito subiettivo »), errore circostanza qualificatrice dell'atto giuridico. Contro questa sistemazione LAURIA, in *SDHI*. 7 (1941) 212 s., cui replica il VOCI, in *SDHI*. 8 (1942) 110 s.

[12] Tornando brevemente sull'argomento, il VOCI, in *SDHI*. 8 (1942) 109 s., ritiene di poter dire che egli e il De Martino sono giunti alle medesime conclusioni. In verità, l'unico punto di contatto tra i due autori è (come il Voci stesso riconosce) « l'argomento di ordine generale ... che il diritto postclassico non sia favorevole all'*error iuris* ». È già molto, ma è troppo poco perché si possa dire che le conclusioni del Voci e del De Martino sono le medesime.

c) apprestare gli elementi per la critica delle teorie sin qui formulate in ordine al nostro tema.

2. — L'aver distinto, nei testi tramandatici dalla compilazione giustinianea e dalle minori raccolte postclassiche, fra diritto classico e diritto postclassico, in ordine al nostro problema, è un indubbio segno di progresso. Voglio avvertire, per altro, che, nel nostro argomento, la distinzione fra sistema classico e sistema postclassico — la quale è specialmente a base delle teorie del Volterra e del De Martino — da un lato non riveste una importanza cosí spiccata come rispetto ad altri argomenti (sopra tutto di diritto privato), dall'altro lato non è sufficiente a soddisfare alla esigenza di un compiuto inquadramento storico [13].

A) La ricerca degli elementi classici, genuini, nei testi giuridici a noi pervenuti, tramite Giustiniano o non, è una ricerca di cui ormai nessuno contesta la legittimità e la necessità. Bisogna notare, tuttavia, che essa non è passibile di una valutazione identica in ogni caso: mentre in relazione al diritto privato (ed al diritto penale privato) la scoperta del vizio di forma o di logica deve far presumere che esso fosse estraneo al diritto classico romano, viceversa una presunzione analoga, o per lo meno altrettanto forte, non può essere posta di fronte al diritto penale pubblico.

Non è una scoperta che faccio, se dico — o meglio, se ricordo — che gli istituti del diritto penale pubblico romano hanno tutti qual piú qual meno, subíto una deformazione nel corso dell'epoca del principato: una deformazione non paragonabile all'organico sviluppo avuto, nella stessa epoca, dagli istituti del diritto privato o penale privato [14]. La giurisprudenza romana si è trovata a dover elaborare, in quest'epoca, elementi del tutto originali, che non erano stati posti attraverso il naturale svolgimento degli istituti, ma che erano stati imposti da princípi nuovi, introdotti prevalentemente d'autorità. Si aggiunga che con la *lex iudiciorum publicorum* di Augusto il processo penale pubblico fu regolato per la prima volta in maniera completa, ma che dopo la *lex Iulia* nessun'altra *lex*, nessun altro provvedimento prese cura dell'*ordo*, che rapidamente decadde, attraverso il I sec. d. C., di fronte all'invadenza (ben altrimenti imponente che nel campo del diritto privato) della *cognitio extra ordinem* dei magistrati.

[13] Queste osservazioni — come apparirà da quanto detto *infra*, n. 3 — valgono esclusivamente per il diritto penale pubblico.

[14] Sul punto, ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*[3] (Napoli 1942) 246 s.

Nei confronti dell'accennato fenomeno la giurisprudenza cosí detta classica si trovò non poco disorientata ed è merito dello Scialoja [15] di aver opportunamente fatto capo a ciò per spiegare come mai gli scritti dei giuristi romani siano, in materia penale, meno precisi e lucidi, di linguaggio e di pensiero, di quanto non lo fossero in materia di diritto privato. L'Arangio-Ruiz [16] ha preso, a sua volta, lo spunto da questa osservazione felice, per osservare, non meno felicemente, che il periodo classico del diritto penale romano non è il II sec. d. C., ma il I sec. a. C.

Di fronte a queste risultanze, mi paiono piuttosto sofismi, sebbene sottili ed eleganti, le ulteriori osservazioni recentemente formulate dal Pugliese [17]. Secondo quest'autore, sarebbe giusta la conclusione dell'Arangio-Ruiz, se un paragone fosse possibile tra il diritto penale del I sec. a. C. ed il diritto privato del II sec. d. C. Senonché, mentre il primo si profila rigidamente imperniato sul sistema delle *quaestiones* (ed, in misura minore, sulla attività dei comizi giudiziari), il secondo è invece caratterizzato da qualcosa che è assolutamente estraneo al primo: e cioè dall'« attività normativa riflessa » esplicata dal pretore attraverso il processo. Solo nell'epoca del principato il diritto penale romano subí una evoluzione paragonabile a quella subíta dal diritto privato per opera dell'attività del pretore: ma la subí per mezzo della *cognitio extra ordinem*, di una giurisdizione straordinaria che era nelle mani degli imperatori e dei loro funzionari, cioè di persone sulle quali la giurisprudenza non era in grado di esercitare una influenza analoga a quella esercitata sul pretore. Ne consegue, secondo il Pugliese, che non di una epoca classica coincidente col I sec. a. C. debba parlarsi, ma piuttosto della impossibilità di una epoca classica a causa della decadenza giurisprudenziale iniziatasi col III sec. d. C., cioè proprio con l'epoca in cui la giurisprudenza romana avrebbe potuto incominciare una fruttuosa opera di elaborazione della materia penalistica, rinnovata nei due secoli precedenti dagli imperatori.

Ora io ritengo che, nelle sue osservazioni, il Pugliese tenga soverchio conto della compartecipazione della giurisprudenza classica alla formazione del diritto privato romano, quasi che non possa parlarsi, per il diritto penale pubblico, di un'epoca classica, se di una analoga

[15] Il cui pensiero è riferito dall'ARANGIO-RUIZ, *l. u. c.*

[16] *L. u. c.*

[17] *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale*, in *Memorie Ist. Giur. Un. Torino* 2.43 (1939) 1 nt. 2.

compartecipazione alla formazione dei suoi principî non sia possibile ritrovare le tracce negli scritti dei giuristi. È indiscutibilmente esatto, e molto finemente osservato, che una compartecipazione siffatta avrebbe potuto incominciare ad esplicarsi soltanto quando (III sec. d. C.) alla giurisprudenza romana cominciarono a mancare le forze. Ma la decadenza della giurisprudenza romana non si verificò davvero perché l'Onnipotente fissò al 235, mettiamo, la fine del periodo classico: essa si verificò, invece, perché intorno a quell'epoca il prevalere del principio di autorità nel mondo del diritto, l'invadenza della *cognitio extra ordinem*, insieme con mille altre cause concomitanti riconnesse al sistema del Dominato, determinarono una svalutazione dell'opera giurisprudenziale, la quale non fu in grado di esplicarsi secondo la sua intrinseca logica, come sino allora aveva fatto e potuto fare [18]. L'osservazione del Pugliese è, dunque, vera *in abstracto*, ma è inesatta *in concreto*, perché *in concreto* è da dire che quei fenomeni che determinarono la decadenza della giurisprudenza romana in rapporto al diritto privato avevano incominciato a verificarsi, in rapporto al diritto penale pubblico, già da qualche secolo, da quando cioè la *cognitio extra ordinem* si pose, accanto all'*ordo iudiciorum publicorum*, in una posizione cosí eminente ed invadente, da rendere praticamente inapplicati gli istituti dell'*ordo*.

Nel campo del diritto penale pubblico la giurisprudenza classica si trovò, sin dai primordi dell'epoca del principato, fortemente disorientata, perché l'invadenza della *cognitio extra ordinem* (ben altrimenti notevole di quel che fosse nel campo del diritto privato, a causa del pieno rigoglio di cui ancora godevano gli istituti del diritto onorario) [19] impediva una sua libera elaborazione ed impediva altresí una chiara visione degli stessi istituti dell'*ordo*. I principii dell'*ordo* ed i principii della *cognitio extra ordinem* si mescolano e si confondono bene spesso nelle opere dei giuristi classici, di modo che è ben difficile alla critica odierna di poterli nettamente sceverare. I giuristi classici omettono non di rado, di distinguere, dogmaticamente e terminologicamente, tra gli uni e gli altri, soprattutto quando parlano di *crimina ordinaria*, cioè di delitti in ordine ai quali si verificava la possibilità pratica di una concorrenza tra

[18] Sulle cause ed i fattori del decadere della giurisprudenza romana, nel III sec. d. C., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 322 s.

[19] Sulla inesistenza di un *ius honorarium* in materia penale, cfr. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante* 2 (Milano 1929) 429, BRASIELLO, *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, in *AG*. 4.36 (1938) 72 s.

i due sistemi [20]. Ne consegue che, se mai, anziché di « impossibilità di un'epoca classica », debba parlarsi, quanto alla giurisprudenza di diritto penale romano, di una coesistenza dell'epoca classica e dell'epoca postclassica, dall'inizio del principato all'epoca di definitiva scomparsa dell'*ordo iudiciorum* (II sec. d. C.). Formulazione alquanto paradossale anche questa, ma che, forse, scolpisce meglio di quanto non abbia fatto il Pugliese il fenomeno veramente interessante di una coesistenza, attraverso due secoli, di elementi di valutazione « classici » e di elementi di prona recezione « postclassica » nell'opera della giurisprudenza romana.

Le conseguenze, che a me pare di dover trarre dalle riflessioni su esposte, sono le seguenti. La critica esegetica non deve, naturalmente, escludere dal campo delle sue ricerche gli scritti od i frammenti dei giuristi classici relativi ad argomenti di diritto penale pubblico, ma deve tener ben presente quella coesistenza di classico e di postclassico che caratterizza il pensiero di detti giuristi in materia criminale. Le conclusioni dell'indagine esegetica non saranno, pertanto, in questo campo, cosí rigide e nette come sono solitamente in materia di diritto privato romano [21]. Occorre tener conto e molto conto, invece, delle abnormità giuridiche, logiche e terminologiche implicate negli scritti della stessa giurisprudenza classica dalla speciale situazione, dianzi tratteggiata, del diritto penale pubblico.

3. — B) E non solamente la distinzione tra sistema classico e sistema postclassico non riveste, in ordine al nostro problema, una importanza cosí spiccata quale quella rivestita in ordine alle materie di diritto privato (e di diritto penale privato). Deve subito aggiungersi — sviluppando, del resto, una considerazione implicita in quanto si è detto precedentemente — che essa distinzione non è sufficiente a soddisfare alla esigenza di un compiuto inquadramento storico del tema che ci occupa.

Non bisogna mai dimenticare, di fatti, che nell'ambito del diritto classico, e piú precisamente nei primi due secoli del Principato (che son quelli di massima fioritura della giurisprudenza romana), esiste un dualismo sempre piú netto tra repressione penale ordinaria e repressione

[20] Sul punto, con ampia documentazione, LAURIA, *Accusatio - Inquisitio*, in *ANA.* 56 (1934) estr. 7 s.

[21] Giova riconoscere che a queste conclusioni perviene, sebbene per altra via, anche il PUGLIESE, *Appunti* l.c.

penale straordinaria [22]. Non che quest'ultima si contrapponga alla prima — come comunemente si dice [23] — nel senso di affidarsi ad una procedura assolutamente priva di forme e di pastoie di ogni genere; ma è certo che i principî della *cognitio* sono in gran parte diversi da quelli dell'*ordo*. Basti pensare alla possibilità della *inquisitio*, alla discrezionalità della pena, alla rilevanza delle circostanze aggravanti e scusanti, al tentativo: tutti principî formatisi esclusivamente *extra ordinem*, del tutto inconciliabili con quelli dell'*ordo iudiciorum publicorum* [24].

La repressione *extra ordinem* fu, nel diritto classico, concomitante con quella ordinaria: non solamente ne supplí le deficienze, nel senso di applicarsi a configurazioni delittuose non previste dalle leggi istitutive delle procedure ordinarie, ma la sostituí bene spesso anche nei riguardi dei *crimina* provvisti di *quaestiones*, al fine di rendere applicabile anche ad essi tutto quel sistema di temperamenti e di circostanze di cui il procedimento ordinario non poteva tener conto [25]. E la giurisprudenza classica — come ben è stato osservato [26] — si adattò a questo fenomeno, dando mostra di non considerare per nulla « eccezionale » rispetto all'*ordo* la procedura *extra ordinem*.

Da queste riflessioni consegue che è doveroso, in chi si appresti allo studio di problemi del diritto penale romano, tener conto ad ogni momento della divergenza tra la rigidità della repressione ordinaria e la scioltezza della repressione straordinaria. Ci si deve sempre chiedere, cioè, se i principî che si vedono enunciati od applicati od implicati dai frammenti dei giuristi classici sono principî compatibili col sistema dell'*ordo*, o se invece tali principî discendono dalla repressione *extra ordinem*: non solo (che è ben facile) rispetto ai *crimina extraordinaria*, ma anche (che è piú difficile) rispetto ai *crimina* sottoposti al procedimento delle *quaestiones*. E si deve sempre diffidare, aggiungo, delle testimonianze della giurisprudenza classica in proposito, nel senso che — e per l'accennato fenomeno di coesistenza di elementi « classici » ed elementi « postclassici », e per la tendenza, or ora ricordata, a non con-

[22] A questo dualismo sono informate le trattazioni del BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* (Napoli 1937), e del LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*, 1. *Die Strafzumessung*, in *BIDR.* 45 (1938) 57 s.

[23] MOMMSEN, *Strafrecht* 340 s.; LEVY, in *ZSS.* 53 (1933) 165; NIEDERMEYER, in *Studi Riccobono* 1.208. Altre citazioni in LAURIA, *Accusatio - Inquisitio* cit. 10.

[24] LAURIA, *Accusatio - Inquisitio* cit. 26 s.

[25] Cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 247 s.

[26] LAURIA, *Accusatio - Inquisitio* cit. 5 s., 9.

siderare « eccezionale » la procedura *extra ordinem* — la giurisprudenza classica non ha difficoltà alcuna ad effettuare, a proposito dei *crimina* ordinari, commistioni a volte indistinguibili tra principî dell'*ordo* e principî dell'*extra ordinem*.

4. — Non solo sotto il profilo storico; anche sotto quello dogmatico alcune osservazioni preliminari sono necessarie.

L'avere studiato il problema dell'*ignorantia iuris* in ordine a qualsiasi categoria di illecito giuridico del diritto penale romano non è stato, a mio credere, ben fatto. Diritto penale romano è una espressione troppo vasta, che può essere pericolosamente fuorviante [27]. Occorre invece distinguere, specialmente in ordine al diritto classico, tra diritto penale privato e diritto penale pubblico: due campi nettamente distinti e differenziati.

È un fatto da tener sempre presente che il diritto penale romano, specialmente in epoca classica, non è quello che reprime con pena ogni categoria di illecito. Per ragioni di ordine storico, che sarebbe lungo e superfluo ricordare, una netta differenziazione occorre operare nell'ambito degli illeciti giuridici: vi sono illeciti del *ius civile*, illeciti del *ius honorarium*, infine illeciti del diritto penale vero e proprio [28]. Le prime due categorie (che possono unificarsi nella terminologia di « illeciti di diritto privato ») hanno la caratteristica della applicazione della procedura formulare e della repressione a beneficio del privato. La terza categoria è invece caratterizzata dal procedimento penale pubblico (accusatorio, inquisitorio) e dalla repressione negli interessi della società offesa [29].

Si ricordi ora quanto si è osservato dianzi circa il diverso sviluppo del diritto privato (e, quindi, del diritto penale privato) e del diritto penale pubblico romano [30]. Di una diversa ripartizione di epoche, di una coesistenza di « classico » e « postclassico », nel senso già accennato, può evidentemente parlarsi in ordine alla categoria degli illeciti di di-

[27] L'osservazione è comunissima, ma val la pena di ripeterla quando ci si trova in confronto di ricerche che non ne hanno tenuto conto.

[28] ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 166 s.

[29] Si parla comunemente di atti illeciti puniti con pena pubblica (v., ad esempio, ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, in *Studi di diritto romano* 3 [Milano 1936] 143 s.). Ma v., in proposito, le giuste precisazioni del LAURIA, *Contractus, Delictum, Obligatio*, in *SDHI*. 4 (1938) 186.

[30] V. *retro* n. 2.

ritto penale pubblico, non certo in corrispondenza alle categorie degli illeciti di diritto penale privato (civile, pretorio). Il diritto penale privato si inquadra, storicamente e dogmaticamente, nel diritto privato romano: non ha rapporto alcuno, sopra tutto in diritto classico, con il diritto penale pubblico; la giurisprudenza romana si è trovata, per conseguenza, nei suoi confronti, in una posizione ben diversa da quella in cui si è trovata nei confronti del diritto penale pubblico. Se, in epoca postclassica, una tendenza alla unione vi è stata, tra le due branche di sistemi repressivi dell'illecito, questa tendenza non è stata nel senso di ricondurre il diritto penale pubblico al diritto privato, ma nel senso opposto, di svincolare il diritto penale privato dal diritto privato, per farlo rientrare nel sistema delle *cognitiones* della repressione penale straordinaria [31].

La conseguenza delle osservazioni dianzi svolte è intuitiva. Non è metodo corretto e raccomandabile di indagine voler considerare indifferentemente ogni sorta di illecito, quasi che realmente valesse ad unificarli la espressione « diritto penale romano ». Se due pesi e due misure sono da adoperare, nella critica, in ordine al diritto privato ed al diritto penale pubblico romano, è evidente che lo stessissimo criterio deve soccorrere nella disamina degli illeciti giuridici, a seconda che rientrino nel diritto penale privato o nel diritto penale vero e proprio.

Corollario non meno intuitivo è il seguente. Dato che in ordine al diritto romano non è assolutamente configurabile una teoria generale (entro la quale vengano ad accomunarsi, ad esempio, il diritto privato ed il diritto penale) [32], chi voglia formulare una teoria dell'errore (di fatto o di diritto) deve nettamente distinguere tra diritto privato e diritto penale. In particolare, devesi *a priori* escludere ogni tentativo di inquadrare nella teoria privatistica dell'*error* (*iuris*, *facti*) la configurazione dogmatica dell'*ignorantia* (*iuris*, *facti*) nel diritto penale romano.

5. — Sulla base di queste premesse, è possibile, forse, segnare i confini dogmaticamente esatti della nostra ricerca e, nell'interno di questi confini, prefissare il criterio prospettico storicamente piú adeguato.

A) Circa gli illeciti di diritto privato (civile e pretorio), il problema della *ignorantia iuris* va esaminato in correlazione con la teoria

[31] Sul punto, v. per tutti ARANGIO-RUIZ, *Storia* cit. 316 s.

[32] Questa mi pare, almeno, l'opinione tradizionale, incontrastata ed incontrastabile. Di una « teoria generale », unificatrice del diritto privato e del diritto penale, si parla soltanto, e non da tutti, per diritto moderno.

dell'*error* degli atti giuridici ed è pienamente legittima, in tal caso, come per ogni ricerca di diritto privato romano, la distinzione piú netta tra epoca classica ed epoca postclassica.

B) Circa gli illeciti di diritto penale pubblico, bisogna distinguere tra delitti puniti dall'*ordo* e delitti puniti *extra ordinem* e, nell'ambito della prima categoria di delitti, tra repressione ordinaria e repressione straordinaria. È sin d'ora evidente che, mentre per i *crimina* ordinari, se repressi *iuxta ordinem*, di *ignorantia iuris*, come di ogni altra circostanza, non è nemmeno il caso di parlare, per i *crimina* repressi *extra ordinem* l'*ignorantia iuris* poté assurgere, sin dalla cosí detta epoca classica, al grado di circostanza discriminante (salvo a vedere in concreto se e quando ciò sia avvenuto).

Con queste premesse, ritengo, il problema dell'*ignorantia iuris* è già per tre quarti risolto, mentre fin d'ora può intravvedersi come e sino a che punto tutte le teorie sin oggi formulate in argomento sono nel vero, e come e sino a che punto esse sono nel falso [33].

Veniamo ora all'esame partito dei testi e delle questioni relative.

6. — Vengono anzi tutto in considerazione i frammenti relativi agli illeciti di diritto civile.

Gai 2.50 [34]: *... Sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam vendiderit aut donaverit, furtum non committit; item si is ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit ...*

Si suole interpretare il passo come se dapprima si facessero degli esempi di *error facti* (l'erede ha erroneamente ritenuto *res hereditaria* la cosa data in comodato o in locazione al defunto) e poi si passasse ad un esempio di *error iuris* (l'usufruttuario della *ancilla* ha erroneamente creduto che anche il *partus* sia, secondo il diritto, un *fructus*, mentre non lo è).

Il Volterra [35] si sbarazza di ogni peso, notando che il passo si

[33] Per una discussione piú minuta, v. *infra* n. 17 e 20. Bisogna notare sin d'ora che il VOLTERRA, *Osservazioni* cit. 92 nt. 1, rifiuta di esaminare qualche passo (es. Gai 2.50) « in quanto non si riferisce al diritto penale pubblico »; viceversa egli poi discute ampiamente su alcuni frammenti che al diritto penale pubblico certamente non si riferiscono (es. D. 47.8.2.18: cfr. 94 s.).

[34] Cfr. D. 41.3.36 pr.

[35] *Osservazioni* cit. 92 nt. 1.

riferisce ad un illecito di diritto privato. Il Ferrini [36] lo interpreta invece come esempio della regola, da lui postulata, che scusa l'errore su norma diversa da quella penale. Il Voci [37] nota, in contrario avviso, che la norma ignorata dall'usufruttuario appartiene alla stessa sfera giuridica della norma repressiva del *furtum*, che è un illecito del *ius civile*: il passo gaiano deve essere dunque spiegato secondo il principio che l'*error iuris* esclude il dolo.

Il Ferrini va indiscutibilmente troppo oltre con la fantasia, ma, a mio credere, anche il Voci trae le sue conclusioni con fretta eccessiva. Ammesso che si tratti di un *error iuris*, non va tralasciato che l'errore non verte sulla norma che dichiara illecito il furto, ma si riferisce ad un principio tutto diverso, quello per cui il *partus ancillae* non è *fructus*: tale errore ha implicato a sua volta un *error facti*, cioè la credenza da parte dell'usufruttuario che anche il *partus ancillae* sia una delle cose che egli può alienare.

Non vedo il perché della distinzione tra l'esempio dell'*heres* e quello dell'*ususfructuarius*. L'*heres* trova nell'asse cose comodate e locate al defunto, e, stimando che siano sue, le vende o le dona; l'usufruttuario dell'*ancilla* trova che questa ha dato al mondo un figlio e, stimando che anche il *partus* sia in suo possesso, lo vende o lo dona [38]. Gaio ha fatto esempi di *error facti*, non ha sottilizzato. Comunque, a voler sottilizzare, tutti gli esempi fatti da Gaio sono esempi di *error iuris*, nel senso in cui lo intende la comune dottrina. È un *error iuris*, d'accordo, ma un *error* che cade su norma diversa da quella repressiva: l'usufruttuario sa che commetterebbe furto se vendesse una *res* che non è *fructus*, ma crede che il *partus ancillae* sia *fructus*. Non è l'errore di diritto che esclude il dolo, ma l'errore di fatto da esso implicato.

7. — D. 5.3.25.6 (Ulp. 15 *ed.*): [*Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit?*] *Putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat: vel cum eum alius praecederet adgnatus sibi potius deferri.* [*et non puto hunc esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in iure erret.*]

Il testo si riferisce al SC. Giuvenziano, e piú precisamente alle parole di esso: « *eos qui bona invasissent, quae scirent ad se non per-*

[36] *Dir. pen.* cit. 152.

[37] *Errore* cit. 186 s.

[38] Per ritenere che il caso dell'usufruttuario sia un esempio di *error facti* non occorre, come pensa il Volterra, argomentare dall'*etiam*.

tinere »[39]. Già nel paragrafo 3 (testo fortissimamente sospetto)[40] esso spiega che « *ii qui bona invasissent* » sono, a' sensi del senatoconsulto, i *praedones*, cioè coloro *qui, cum scirent ad se non pertinere hereditatem, invaserunt bona.* Ora si domanda se l'*error iuris* sia da trattare alla stregua dell'*error facti*[41].

Come si vede, in tutto ciò il diritto penale non c'entra. Già il Volterra[42] ha giustamente osservato che la questione che avrebbe potuto avere importanza sarebbe stata un'altra: se cioè l'invasore abbia compiuto l'atto ritenendo erroneamente che questo non fosse represso da una norma penale.

8. — Inst. 4.2.1: *Quia tamen ita competit haec actio* (*sc.*: *vi bonorum raptorum*), *si dolo malo quisque rapuerit: qui aliquo errore inductus, suam rem esse, et imprudens iuris eo animo rapuit, quasi domino liceat rem suam etiam per vim auferre possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam: melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eandem rem existimet: sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suae dominio cadere, sin autem aliena sit, post restitutionem etiam aestimationem eiusdem rei praestare.*

Si potrebbe dire, col Ferrini[43], che il passo delle Istituzioni fornisce un esempio tipico di ignoranza della norma penale, la quale esclude la pena, se non fosse stato egregiamente osservato[44] che la norma vietante l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni non è del diritto classico. Il divieto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni fu introdotto soltanto da Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, nel 389[45]. Il testo classico parlava, dunque, e non poteva non parlare, del solo errore di fatto[46].

[39] Cfr. VOLTERRA, *Senatusconsulta*, in *NDI.*, n. 134 dell'elenco.

[40] Cfr. *Index itp.* ahl. Sicura è la terminologia di *praedones* applicata a questa fattispecie.

[41] Per la critica del testo, cfr. i dati dall'*Index itp.* ahl.

[42] *Osservazioni* cit. 93 s.

[43] *Dir. pen.* cit. 150.

[44] VOLTERRA, *Osservazioni* cit. 93 s.

[45] Cfr. CTh. 4.22.3; CI. 8.4.7.

[46] In particolare, sul carattere non genuino di *cui scilicet - rapuit*, v. BESELER, *Beiträge* 4.243.

Il problema è un altro e riguarda i compilatori. Secondo il Volterra [47] questi hanno ammesso che, di fronte al preciso divieto dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, l'*ignorantia* non sia soltanto *facti* ma possa essere anche *iuris* (« *imprudens iuris* »). Ma è stato giustamente osservato [48] che dalla seconda parte del testo risulta che i compilatori non escludevano per nulla la punibilità dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, anche se escludevano la rapina per mancanza di dolo. Essi non avevano pertanto alcun interesse ad interpolare l'accenno all'*ignorantia iuris*.

Dato che nulla ci autorizza a credere che già il diritto classico abbia conosciuto il divieto dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni [49], dobbiamo concludere pertanto che l'accenno all'*ignorantia iuris* sia piuttosto una nota completomane (dei compilatori o di glossatori precedenti), che non una interpolazione meditata [50].

9. — Gli illeciti di diritto civile portarono dunque, per quel che ne sappiamo, sempre ad una condanna, sia in diritto classico che in diritto postclassico. Nessun accenno alla efficacia discriminante dell'*ignorantia iuris*.

Passiamo agli illeciti di diritto pretorio.

D. 3.2.11.4 (Ulp. 6 *ed.*): *notatur etiam « qui eam duxit », sed si sciens: ignorantia enim excusatur* [*non iuris sed facti*].

Il testo è addotto, da ultimo, dal Volterra [51] a riprova della tesi che la *ignorantia iuris* non scusa in diritto classico. Il Voci [52] espunge, giustamente, *non iuris sed facti*, ma, non meno giustamente, aggiunge che non perciò s'ha da credere che per i compilatori la *ignorantia iuris* sia motivo di scusa nel diritto penale romano. Il frammento riguarda, invero, un punto troppo estraneo alla repressione penale: l'*infamia* non è una pena, ed infine non si può ammettere l'ignoranza di un precetto (religioso prima che giuridico) tanto ovvio, quale quello sancente il divieto di prendere moglie *non iussu eius in cuius potestate est* [53].

[47] *Osservazioni* cit. 94.

[48] VOCI, *Errore* cit. 187 s.; DE MARTINO, *Ignorantia* cit. 415 s.

[49] Sul tema, da ultimo, ARU, *Appunti sulla difesa privata in diritto romano*, in *Ann. Palermo* 15 (1936) 164 s.

[50] Accetto una delle eventualità prospettate dal DE MARTINO, *Ignorantia* cit. 416.

[51] *Osservazioni* cit. 79 s.

[52] *Errore* cit. 189 s.

[53] V. già FERRINI, *Dir. penale* cit. 146.

10. — Tralasciamo l'esame di D. 2.1.7.4 (Ulp. 3 *ed.*)[54] e di CI. 5.6.1 (Sev. Anton., a. 215)[55], che riguardano pur essi solo apparentemente il nostro tema, e passiamo a:

D. 2.5.2.1 (Paul. 1 *ed.*): *Si quis in ius vocatus non ierit, ex causa* [*a competenti iudice*] *multa pro iurisdictione* [*iudicis*] *damnabitur* [*: rusticitati enim hominis parcendum est*].

Il pretore dà un'*actio poenalis in factum* contro colui che, citato innanzi ad un magistrato municipale, non si presenti: la concessione avviene *causa cognita*[56]. È presumibile che la *causae cognitio* abbia portato sin dal diritto classico il pretore a non considerare multabile il *rusticus*, ma è fortemente improbabile che alla *rusticitas* abbia esplicitamente accennato il giurista classico[57].

La *rusticitas* è, secondo il Pringsheim[58], una causa di mitigazione del rigore giuridico cara all'etica cristiana. La tesi è esatta, ma, col Voci[59], io ritengo che di essa abbia tenuto conto, sia pure in misura molto minore e sotto un profilo diverso, già il diritto classico. Non tutti i testi in proposito son dimostrabili interpolati.

Non seguo il Voci e la comune dottrina, per altro, nell'inquadrare la *rusticitas*, come la minore età ed il *sexus*, tra le cause di eccezione al principio che *ignorantia iuris nocet*. Esse son cause di incapacità o di limitata capacità, le quali hanno giustificato (nelle varie fasi del diritto romano) questa o quella mitigazione. Il nostro problema è invece se possa essere scusato *propter ignorantiam iuris* chi è pienamente capace ed in grado di conoscere la norma giuridica che viola.

11. — D. 29.5.3.21-22 (Ulp. 50 *ed.*): *Si quis ignorans occisum aperuerit, non debet hoc edicto teneri.* [*Et si sciens, non tamen dolo aperuit, aeque non tenebitur, si forte per imperitiam vel per rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti aperuit.*]

L'editto[60] vietava l'apertura del testamento prima che fosse stata

[54] Cfr., in proposito, VOLTERRA, *Osservazioni* cit. 90; VOCI, *Errore* cit. 191 s.

[55] Cfr., in proposito, VOCI, *Errore* cit. 190 nt. 4; ma v. VOLTERRA, *Osservazioni* cit. 88.

[56] LENEL, *EP.*[3] 51.

[57] Per la critica del testo, v. *Index itp.*; ma v., tuttavia, VOCI, *Errore* cit. 192.

[58] *St. Bonfante* 1.582 s.

[59] *Errore* cit. 221 s.

[60] LENEL, *EP.*[3] 365.

esperita la *quaestio* sull'uccisione del testatore disposta dal SC. Silaniano: pena la multa di 100.000 sesterzi. Giustamente il paragrafo 21 dichiara non punibile colui che abbia aperto il testamento perché ignaro del fatto dell'omicidio.

Malgrado il Voci [61] ed il De Martino [62], ritengo tuttavia alterato il paragrafo 22. Gli indizi di forma sono parecchi e ben rilevati dal Beseler [63]. Quanto alla sostanza, è ammissibilissimo che Ulpiano abbia voluto passare a rilevare la differenza tra la scienza ed il dolo, dicendo che la condanna non si applica anche nel caso in cui ci sia la *scientia* dell'*occisum*, ma manchi il *dolus malus* [64]; ma è inammissibile che egli abbia potuto portare come esempio di carenza di dolo la *ignorantia iuris*: la *ignorantia iuris* è, sí, causa di esclusione del dolo, ma perché manca la *scientia*, che nel caso nostro, invece, esiste [65].

Ea si sciens rell. è una giunta postclassica a carattere scolastico, come buoni indizi tendono a far ritenere [66]. L'obbiezione del De Martino [67], che i bizantini non avrebbero avuto motivo di introdurre per questo caso l'efficacia dell'errore, non vale, quando si pensi che l'alterazione non è dovuta ai compilatori, ma ad un lettore postclassico meno tenuto a dimostrare coerenza e spirito di responsabilità. Si aggiunga che la *rusticitas* è, come si è detto [68], un elemento di mitigazione della rigidità delle norme giuridiche caro ai postclassici.

[61] *Errore* cit. 193: « Se non si riesce a smantellare l'*et si sciens, non tamen dolo*, vengono a cadere pure i sospetti su la restante parte del paragrafo ». Il Voci espunge pertanto solo *forte — rusticitatem*.

[62] *Ignorantia* cit. 414 s.: nulla è possibile addurre contro la frase *ignarus edicti rell.*

[63] *Beiträge* 4.242; v. anche VOLTERRA, *Osservazioni* cit. 89. La ricostruzione proposta da questi due autori è la seguente: *Si quis — occisum aperuerit,* [—] *non tenebitur* [—].

[64] In ciò hanno indubbiamente torto il Beseler e il Volterra, cit. nella nota precedente.

[65] Non vedo come possa dirsi che si abbia *ignorantia iuris* quando vi sia la *scientia*. E che la *scientia*, di cui parla Ulpiano nel paragrafo 22, sia la sola *scientia facti*, è cosa da dimostrare. Il Voci dice che Ulpiano non aveva bisogno di ripetersi, dato che aveva detto poco prima *ignorans occisum*, ma, a mio avviso, erra.

[66] *Aeque non tenebitur* per *idem dicendum est*; *si forte*; *per* invece di *propter*.

[67] *Ignorantia* cit. 414 s. Tanto meno vale l'obbiezione del De Martino, quando si pensi che questo autore ammette che il § 22 possa essere stato totalmente rimaneggiato in epoca postclassica.

[68] *Retro* n. 10. V. anche *infra* n. 19.

12. — Le conclusioni che possono formularsi circa gli illeciti di diritto penale privato, almeno attraverso le risultanze dei pochi testi esaminati, sono chiare: ad essi si applica integralmente la massima *iuris ignorantia nocet*, tanto per il diritto classico quanto per il diritto postclassico.

Nessun caso di rilevanza della *ignorantia iuris* appare, nei testi fin qui studiati, classico. I pochi testi che parlano chiaramente di *ignorantia iuris* sono alterati in periodo postclassico: tuttavia non può desumersi da ciò che il diritto postclassico o quello della compilazione abbiano mostrato tendenza ad ammettere eccezioni piú o meno vaste al principio che *iuris ignorantia non excusat*. Sugli atteggiamenti del diritto postclassico-giustinianeo nei confronti della massima *iuris ignorantia nocet* torneremo piú ampiamente in appresso [69].

Qui importa rilevare un fatto di una certa importanza: che nessun artificio mai sarà bastevole perché si applichi alla materia degli illeciti di diritto privato la distinzione ferriniana tra violazione di norme di evidente fondamento etico e violazione di norme a carattere piú spiccatamente politico.

Vero è che l'ignoranza di un decreto municipale scusa [70]:

D. 50.9.6 (Scaev. 1 *dig.*): *... quaesitum est an poenam sustinere debeat, qui ignorans adversus decretum fecit. respondit et huiusmodi poenas adversus scientes paratas esse.*

Ma è ovvio che il *decretum* municipale non possa applicarsi al *civis Romanus* che lo ignora. Si tratta del resto di un argomento troppo lieve, per i seguaci della distinzione proposta dal Ferrini. A favore della quale nemmeno può dirsi che deponga la testimonianza di:

CI. 2.2.2 (Gord., a. 239): *Venia edicti non petita patronum seu patronam eorumque parentes et liberos [heredes insuper, etsi extranei sint]* [71] *a libertis seu liberis eorum non debere in ius vocari ius certissimum est [: nec in ea re rusticitati venia praebeatur, cum naturali ratione honor eiusmodi personis debeatur]. Cum igitur confitearis patroni tui filium sine permissu praesidis in ius vocasse, poenam edicto perpetuo praestitutam rescripto tibi concedi temere desideras.*

L'imperatore nega giustamente che possa essere scusato il liberto

[69] *Infra* n. 20.

[70] Cfr. FERRINI, *Dir. pen.* cit. 149; DE MARTINO, *Ignorantia* cit. 416 s.; VOCI, *Errore* cit. 194. Ma v. VOLTERRA, *Osservazioni* cit. 91.

[71] MOMMSEN - KRÜGER, *Addenda* ahl.

che abbia vocato *in ius* il patrono senza il permesso del *praetor* (o del *praeses*). Ma che il divieto di *vocare in ius* il *patronus* senza il permesso del magistrato sia una norma di evidente contenuto etico [72] non mi pare: lo sarebbe il divieto di *vocare in ius*, in ogni caso, ma il fatto di far dipendere la citabilità del patrono dal permesso del *praetor* fa piuttosto pensare che siamo di fronte ad una norma di carattere politico. In ogni caso, gli appigli che il testo giustinianeo del rescritto di Gordiano sembra fornire alla interpretazione del Voci si rivelano dovuti a rimaneggiamenti postclassici: *venia* [73] in due significati diversi, *naturali ratione*, *eiusmodi* [74].

Comunque, chi ritenesse fragili gli argomenti dianzi addotti, non potrebbe egualmente accedere alla distinzione ferriniana, sol che ponesse mente a quest'altro frammento:

D. 39.4.16.5 (Marc. *sing. de delat.*): *Licet quis se ignorasse dicat, nihilo minus eum in poenam vectigalis incidere divus Hadrianus costituit.*

L'ignoranza delle norme fiscali non scusa [75]. Benissimo: e adesso dov'è il fondamento etico, evidente per giunta, di tali norme?

13. — Restano da esaminare gli illeciti di diritto penale pubblico.

Gli unici casi di rilevanza della *ignorantia iuris* offertici dalle fonti sono l'*incestum* e il *falsum*, in una particolare ipotesi. Trattasi di due serie di testi molto discusse, che occorre esaminare, se cosí posso dire, con particolare serenità.

Dell'*incestum* mi sono ampiamente occupato in altra sede [76]. Mi basti richiamare qui le mie conclusioni di allora.

L'*incestum*, *crimen publicum* perseguito con la *quaestio de adulteriis* [77], dette luogo sin dal diritto classico a particolari decisioni di

[72] VOCI, *Errore* cit. 193 s.; In., *SDHI.* 8 (1942) 110.

[73] Dubito forte, tuttavia, che possa riuscire convincente la « Wortmonographie » promessa dal DE MARTINO, *Ignorantia* cit. 392 nt. 24.

[74] GUARNERI CITATI, *Indice* shv.

[75] Il DE MARTINO, *Ignorantia* cit. 417, pensa il contrario perché, secondo lui, la necessità dell'intervento del principe dimostrerebbe che il diritto classico era orientato nel senso dell'ammissibilità dell'ignoranza; ma l'argomento *a contrario* (« *cave a consequentiariis* ») dimostra unicamente, a mio parere, che il chiaro romanista è un ottimo contribuente, altrimenti non esiterebbe a capire su quali vetri si sia capaci di arrampicarsi per sventare le richieste dell'esattore.

[76] *Studi sull'incestum*, di prossima pubblicazione.

[77] Sul punto, in confutazione della unanime dottrina, GUARINO, *Incestum* cit., cap. II (*Il regime classico dell'incestum*).

specie, prese *extra ordinem* dagli imperatori. La tendenza del diritto classico, per quanto ci è dato di capire dai testi sull'argomento, fu di rimettere la pena o dichiarare estinto il reato nel caso che la relazione incestuosa avesse avuto termine prima che avvenisse la denunzia [78]; oppure di rimettere la pena alla donna *propter aetatem* e per altre circostanze, purché avesse termine l'unione incestuosa [79] (e non sempre) [80].

Non pare, pertanto, che il diritto classico abbia tenuto conto dell'ignoranza delle parti ai fini della remissione della pena e tanto meno è da credere che esso abbia distinto, come comunemente si dice, tra *incestum iure gentium* e *incestum iure civili*, per ammettere la remissibilità della pena *propter ignorantiam iuris* nel secondo caso [81]. La *cognitio extra ordinem* tenne invece particolarmente conto del fatto che nella maggior parte di unioni incestuose la maggior colpa fosse quella dell'uomo, per natura piú prestante della donna e, generalmente, piú anziano di lei: il che determinò la duplice conseguenza di una tendenza all'inasprimento della *poena* per il *mas* e ad un alleviamento della *poena* per la *mulier* [82].

Con la *constitutio* di Antonino Caracalla del 212 d.C., estesa la cittadinanza romana alle popolazioni di Oriente, sorse il problema di politica legislativa della repressione dell'*incestum* presso quelle popolazioni, che erano per lunga consuetudine abituate a matrimonii incestuo-

[78] Cfr.: D. 48.5.39 (38) (Pap. 36 *quaest.*): 5. *Idem imperatores* (sc. *divi Fratres*) *rescripserunt post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti.* 6. *Idem Pollioni in haec verba rescripserunt: « Incestae nuptiae confirmari non solent: et ideo abstinenti tali matrimonio poenam praeteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus ».* Nel primo caso si ha estinzione del reato a seguito del *divortium bona fide*; nel secondo caso si ha estinzione della pena a seguito della cessazione dell'unione incestuosa avvenuta prima della denuncia.

[79] Cfr.: D. 48.5.39 (38).4 (Pap. 36 *quaest.*): *Fratres denique imperatores Claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt.*

[80] Cfr.: D. 23.2.57 *a* (Marcian. *in libro secundo de adulteriis Papiniani*): [*Divus*] ⟨*divi*⟩ *Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt: « Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde ac si legitime concepti fuissent ».*

[81] Sul punto, GUARINO, *Incestum* cit. n. 32 s. e citazioni ivi.

[82] Sul punto, GUARINO, *Incestum* cit. n. 43.

si. L'esame delle costituzioni del Basso Impero fa tuttavia credere che gli imperatori, piú che alla necessità di indulgere alle costumanze endogamiche dei cittadini d'Oriente, abbiano prestato orecchio agli imperativi della religione cristiana, che voleva severamente represse le unioni incestuose ed allargato, anzi, il novero delle ipotesi criminose [83]. L'accomodamento tra le due esigenze fu forse ottenuto ampliando, sí, il novero dei divieti matrimoniali, ma, nello stesso tempo, eliminando, in ordine alle nuove fattispecie di *incesta*, le pene corporali (che dall'epoca di Diocleziano si erano fatte piú gravi), per ammettere solo sanzioni pecuniarie e le conseguenze civili della nullità del matrimonio [84]. Giustiniano, reagendo a questo indirizzo dell'ultima legislazione postclassica (da lui accolto nel Codice), sancí, con la Nov. 12 (a. 535), la pena della ἐξορία (*deportatio*), valevole tanto per l'uomo che per la donna, purché quest'ultima fosse *sciens iuris* [85].

Come si è visto, il diritto classico e il diritto delle costituzioni imperiali dell'epoca postclassica prescindono, sino a tutto l'anno di ultimazione del *Corpus iuris civilis*, dalla considerazione della *ignorantia iuris* in ordine all'ipotesi delittuosa dell'*incestum*. L'*ignorantia iuris*, applicata unicamente alle donne, fa capolino per la prima volta in una novella di Giustiniano del 535 d. C.

La spiegazione di questo improvviso affioramento del principio di remissione della pena alla donna, *si ignorans iuris*, si ottiene guardando allo sviluppo dottrinario postclassico, rivelato dalle interpolazioni dei testi dei giuristi classici.

La tendenza classica a rimettere la pena alla donna, sempre che giudicata nella *cognitio extra ordinem*, diviene la regola in un testo delle sentenze di Paolo:

Paul. *sent.* 2.6.15: *Incesti poenam, quae in viro in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti: hactenus tamen, quatenus lege Iulia de adulteriis non apprehenditur* [86].

Un altro elaborato postclassico, proveniente dalla *Collatio*, esprime sostanzialmente lo stesso principio, ma giustifica la *remissio* della *poena* alla *mulier* in base al *iuris error*:

[83] GUARINO, *Incestum* cit. n. 49 s.

[84] GUARINO, *Incestum* cit. n. 53.

[85] Cfr.: Nov. 12.1: ...Καὶ τῆς γυναικός, εἰ τὸν νόμον ἐπισταμένη τούτου μὲν ἀμηλήσειν, ἀθεμίτοις δὲ ἑαυτὴν ἐπιδοίη γάμοις. ὑπὸ τὴν αὐτὴν γινομένης ποινήν.

[86] Sul testo, GUARINO, *Incestum* cit. n. 48.

Coll. 6.3.3 (Paul. 2 *sent. sub titulo de nuptiis*): *...Sed qui adfinem vel cognatum contra interdictum duxerit, remisso mulieri iuris errore, ipse poenam adulterii lege Iulia patitur, non etiam ducta*[87].

Non credo che la pena sia condonata alla donna solo se essa sia stata vittima di un *error iuris*. La pena è condonata alla donna perché essa, per antonomasia, *errat in iure*: appare qui la tipica presunzione postclassica della *infirmitas sexus*.

Sin qui l'elaborazione dottrinaria postclassica mostra di aver sviluppato, sotto il profilo della *ignorantia iuris*, una tendenza che è già del diritto classico. Nei secoli successivi si profila la distinzione tra *incestum iure civili* ed *incestum iure gentium*: il secondo, che è tale presso ogni popolo, il primo che è tale solo per il popolo romano. L'interessante è che Giustiniano accoglie nella *sedes materiae* dei *Digesta* uno dei frammenti piú alterati, che qui riferisco:

D. 48.5.39(38) (Pap. 36 *quaest.*): 2. [*Quare mulier tunc demum eam poenam quam mares sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata*]. 4. *Fratres denique imperatores Claudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt* [*cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate. nam et mulieres in iure errantes incesti crimine non teneri supra dictum est, cum in adulterio commisso nullam possint habere excusationem*]. 7. [*Incestum autem quod per illicitam matrimonii coniunctionem admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit, utique si error allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit.*][88].

Qui la distinzione *incestum iure gentium* ed *incestum iure civili* si trova commista con il problema della scusabilità della *mulier*: la *mulier* viene scusata *si sola iuris nostri observatio interveniet*. Ma è un barlume, che rimane soffocato dalle rimanenti attestazioni dello stesso frammento, dalle quali risulta che per condonare la pena alla donna (ed allo stesso uomo) non si teneva conto, in diritto classico come in diritto postclassico, della dicotomia *incestum iure gentium - incestum iure civili*. Non credo, pertanto, che l'elaborato del paragrafo 2, pur apparendo nella *sedes materiae*, sia rappresentativo del diritto della compilazione. Il pensiero di Giustiniano è piuttosto rappresentato dal paragrafo 7, dal

[87] Sul testo, GUARINO, *Incestum* cit. n. 47.
[88] Sul testo, GUARINO, *Incestum* cit. n. 43.

quale risulta che le unioni incestuose sogliono essere scusate *sexu vel aetate* e che ad una mitigazione di pena può sempre addivenirsi, *utique si error allegetur et facilius si nemo reum postulavit.*

Possiamo dunque concludere che, nella ipotesi criminosa dell'*incestum*, l'*ignorantia iuris* affiorò in modi diversi, con contorni non sempre ben definiti, attraverso l'elaborazione dottrinaria postclassica, come causa di remissione della pena, soprattutto alle donne; che Giustiniano raccolse questi spunti forniti dal lavorío delle scuole postclassiche, ammettendo, nella Nov. 12.1 e solamente in quella, l'efficacia discriminante della *ignorantia iuris* applicata alle donne.

14. — Il *SC. Libonianum* [89], posteriormente integrato da un editto di Claudio (o di Nerone), comminò la *poena falsi* per il fatto di chi, incaricato di redigere un testamento, vi inserisse una disposizione a proprio favore [90].

Piú ampiamente ci informa sul punto il seguente testo:

D. 48.10.15 pr. (Call. 1 *quaest.*): *Divus Claudius edicto praecepit adiciendum legi Corneliae, ut, si quis, cum alterius testamentum vel codicillos scriberet, legatum sibi sua manu scripserit, proinde teneatur ac si commisisset in legem Corneliam, et ne* [*vel*] *is* ⟨*quidem*⟩ *veniam detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant.*

Il Volterra [91] è indubbiamente nel vero, quando dà a questo frammento la interpretazione richiesta dal significato letterale delle parole: la *ignorantia iuris* non scusa. Viceversa il Voci [92], seguendo il Pernice [93] ed il Ferrini [94], sostiene che il principio enunciato da Callistrato non è altro che un principio eccezionale: « se i Romani avessero sempre applicato il principio *iuris ignorantia nocet*, Claudio non avrebbe avuto bisogno di ripeterlo nel suo editto ». Le obbiezioni a questo modo di ragionare vengono spontanee alla mente. Si potrebbe rispondere, per esempio, che Claudio ha sentito il bisogno di ribadire la regola *iuris ignorantia nocet* proprio perché aveva la sensazione di introdurre un principio straordinariamente rigido; se il legislatore dovesse tacere tutto

[89] VOLTERRA, *Senatusconsulta* cit. n. 70-71 dell'elenco.

[90] Sul SC. Liboniano, cfr. DE MARTINO, in *Studi Massari* (Napoli 1938) 331 s.; SCARLATA FAZIO, in *RDC.* 30 (1938) 413 s.

[91] *Osservazioni* cit. 82.

[92] *Errore* cit. 195.

[93] *Labeo* cit. 2.1.120.

[94] *Dir. pen.* cit. 148.

quello che è ovvio, spesso non parlerebbe, ma, per buona sorte, il legislatore non è obbligato a ciò [95].

Una risposta piú radicale potrebbe essere quella fornita dal De Martino [96], che, pure, sostiene la tesi che l'*ignorantia iuris* scusa in diritto classico: *et ne—praetendant* sarebbe eccessivo. Ma, a dire il vero, gli argomenti mancano [97] e il richiamo alla *summa* di B. 60.41.15, la quale accentua la irrilevanza della *ignorantia iuris*, è tutt'altro che probante, dato che non mancano certo le prove di casi in cui la *summa* dell'Anonimo traduce i testi pregiustinianei [98]. È piú logico pensare che *et ne—praetendant* sia la trascrizione di una frase contenuta, tal quale, nell'editto di Claudio: chi abbia conoscenza dello stile delle costituzioni imperiali, classiche e postclassiche, non deve meravigliarsi di simili artifici espositivi, cui si ricorre per una sorta di abitudine di dare un tono particolarmente severo alla disposizione.

Ritengo pertanto che l'*edictum* di Claudio escludesse realmente la ammissibilità dell'*ignorantia iuris* e che, inoltre, non perciò debba credersi che la regola del diritto classico fosse: *ignorantia iuris non nocet*.

15. — Non deve escludersi *a priori*, invece, che casi concreti di ammissione della discriminante riconnessa all'*error iuris* si siano verificati nella *cognitio extra ordinem* in tema di falso, quanto alla ipotesi introdotta dall'editto di Claudio.

È interessante analizzare, anzitutto, un gruppo di rescritti imperiali, pervenutici attraverso il *Codex*:

CI. 9.23.3 (Alex. 223): *Senatusconsulto et edicto divi Claudii prohibitum est eos, qui ad scribenda testamenta adhibentur, quamvis dictan-*

[95] Voglio rilevare che altrove il Voci, di fronte a casi perfettamente analoghi, non adotta l'argomento *a contrario*. Cfr. *Errore* cit. 212: « A provare come il diritto classico, entro i limiti in cui ne fa valere la irrilevanza (dell'« *error iuris* »), sia inesorabile, basterebbe ricordare la lotta impegnata da Diocleziano contro gli usi provinciali ... *Ignorare non debes, certum est, certissimi iuris est, tibi notum est, non ignoras*, usati per ribadire a volte i principî piú elementari, si incontrano quasi in ogni rescritto dioclezianeo ». Ed ancora, a p. 213, egli porta come esempio di irrilevanza della *ignorantia iuris* un testo che ricorda molto da vicino D. 48.10.15 pr.: *...nec sub praetestu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est* (CI. 4.43.1).

[96] *Ignorantia* cit. 399 s.

[97] Non vedo proprio perché la frase sia « appiccicata in malo modo al frammento ».

[98] Cfr., da ultimo, GUARINO, in *SDHI*. 5 (1939) 273 s.

te testatore aliquid emolumentum ipsius futurum scribere, et poena legis Corneliae facienti inrogata est [: cuius veniam deprecantibus ob ignorantiam et profitentibus a relicto discedere] raro amplissimus ordo vel divi principes veniam dederunt.

L'interpolazione di *cuius—discedere* è stata indicata con buoni argomenti dal Volterra [99]. Il Voci [100] ed il De Martino [101] pensano addirittura che tutta la chiusa sia, forse, insiticia, ma il De Martino non sa decidersi per la natura sostanziale dell'interpolazione, dato che non vede l'interesse che avrebbero avuto i compilatori (se sostenitori dell'*error iuris*, come pensa il Volterra) ad inserire la menzione dell'*ignorantia iuris*. Il Voci pensa invece che anche *raro*, con quel che segue, sia dovuto ad un « malaccorto commentatore », perché, secondo lui, gli imperatori non concessero *raro*, ma spesso, spessissimo, sempre la *venia* per l'*ignorantia iuris*.

Tutte argomentazioni, ritengo, in cui l'amor di tesi soverchia la forza del ragionamento. La verità, a mio modestissimo avviso, è questa. *Cuius—discedere* è insiticio, probabilmente dovuto al malaccorto commentatore di cui parla il Voci [102]; l'inserzione non è invece dimostrabile per *raro rell.*; non è possibile sapere, infine, il tenore originario del rescritto. Rimane la testimonianza che gli imperatori, per quanto raramente, condonarono la pena per il reato dell'editto del divo Claudio: che la remissione avvenisse *ob ignorantiam iuris* o per altri (o anche per altri) motivi, non è possibile dire.

CI. 9.23.4 (Alex. 225): *Quae in testamento uxoris maritus sua manu legata sibi adscripserit, pro non scriptis habentur, et legis Corneliae poena [, si venia impetrata non est,] locum habet.*

La menzione della *venia* non ci darebbe nessun disturbo, ma vi son buoni indizi di forma per ritenerla insiticia [103]. Si noti, comunque, che la *venia* non sarebbe impetrata, esplicitamente, *ob ignorantiam iuris*.

CI. 9.23.5 (Alex. 225): *Quod adhibitus ad testamentum commili-*

[99] *Osservazioni* cit. 86 s.

[100] *Errore* cit. 197.

[101] *Ignorantia* cit. 398 s. Secondo il De Martino, *aliquid emolumentum* starebbe per *legatum*.

[102] *Profitentibus a relicto discedere* è illogico, dato che la *lex Cornelia* stabiliva che il *legatum* fosse nullo; *a relicto discedere*; l'inutile ripetizione di *venia* (DE MARTINO, *cit.*).

[103] VOLTERRA, *Osservazioni* cit. 85 nt. 1. *Contra* VOCI, *Errore* cit. 197 nt. 1.

tonis scribendum iussu eius servum tibi adscripsisti, pro non scripto habetur et ideo id legatum petere non potes. Sed secutus tenorem indulgentiae meae poenam legis Corneliae tibi remitto, in quam credo te magis errore quam malitia incidisse.

Per il Voci [104] « la correlazione posta dall'Imperatore tra mancanza di *malitia* e *ignorantia iuris* è troppo chiara per poter essere negata ». Qualcosa di simile pensa anche il De Martino [105], che però è travagliato dal contrasto tra la sua tesi che il termine *remissio* sia sintomo di interpolazione e l'altra sua tesi che gli accenni alla *ignorantia iuris* non siano interpolati.

Anche questa volta non mi pare che ci siano eccessive ragioni per turbarsi. Il rescritto di Alessandro Severo tratta un caso eccezionalissimo, relativo ad un *miles*, cioè ad una persona *cui ius ignorare permissum est* [106], e per di piú la clemenza è concessa proprio a denti stretti: civilmente il lascito è invalido, solo la *poena* è condonata.

I rescritti dianzi esaminati ci hanno accertati, in conclusione, di ciò: che non solamente in tema di falso non si doveva mai invocare, in linea di principio, l'ignoranza della legge, ma che una *remissio poenae* era concessa molto di rado, né è certo che essa fosse concessa *ob ignorantiam iuris*.

16. — Ci par veramente strano che, di fronte a cosí meschine attestazioni testuali, siasi potuto affermare che « in nessun punto come in questo s'incontrano tante concessioni di grazia » [107]. Stando alle fonti sin qui esaminate, non pare che le concessioni di grazia siano poi tante, né è certo che esse siano state fatte in base alla considerazione dell'*ignorantia iuris*, e infine non sono le eccezioni a costituire la regola.

Per sostenere la sua idea, il Voci [108] fa riferimento ad alcuni testi dai quali risulterebbe che il Senato e gli imperatori rimettevano la pena al *filius* che avesse scritto la disposizione *iussu patris* o a colui che avesse fatto scrivere la disposizione dal proprio schiavo purché fosse intervenuta una *specialis subscriptio* da parte del testatore [109]. Ma tutti

[104] *Errore* cit. 197.
[105] *Ignorantia* cit. 395. V. *retro* nt. 73.
[106] Cfr. D. 22.6.9.1. V. *infra* n. 19.
[107] Voci, *Errore* cit. 195.
[108] *Errore* cit. 195 s.
[109] D. 48.10.5; D. 48.10.15.1-4.

i testi relativi sono stati dimostrati interpolati dal De Martino [110]. In ogni caso, non si vede che ci abbia a fare con essi la *ignorantia iuris*.

Sono da prendere in considerazione piú attenta, invece:

D. 48.10.15.4 (Call. 1 *quaest*): *Matri quoque, cui per servum suum dictante filio scriptum esset, veniam tribuendam legis Corneliae placuit.*

5. *Idem in filiam, quae dictante matre sua* [*per ignorantiam iuris*] *legatum sibi scripserat, Senatus censuit.*

Per ignorantiam iuris è indubbiamente insiticio. A parte l'indizio di forma [111], si pensi che la discriminante dell'*infirmitas sexus* non è classica [112] e che la spiegazione concorre con un'altra, quella che è intervenuto il *dictatum testatoris*. Già nel paragrafo 4 vediamo che la *venia* è concessa perché la disposizione testamentaria è stata scritta *dictante filio* (*sc.*: *testatore*); non si vede perché, nel caso del paragrafo 5, perfettamente identico al precedente, ci voglia qualcosa di piú.

Il Voci [113] enuncia anch'egli queste conclusioni esegetiche, ma non rinuncia ad appoggiarsi al frammento di Callistrato, che darebbe una ulteriore prova della remissività degli imperatori verso coloro che avessero violato le norme del Liboniano: una prova che non implica nessuna conseguenza, osservo, per il problema dell'*ignorantia iuris*.

Il De Martino [114] va piú in là. Egli afferma, giustamente, che « i giuristi classici ammettevano che il *iussum* del testatore elimina la responsabilità, mentre i postclassici accolsero un diverso principio, e richiesero la *subscriptio* »; tuttavia, giunto davanti al paragrafo 5, non ritiene interpolato *per ignorantiam iuris*, anzi ritiene « piú logico » che sia stato interpolato *dictante matre sua*. L'affermazione è sorprendente, né il ragionamento che dovrebbe sorreggerla ha il pregio — mi si permetta di dirlo — di convincere d'altro che del contrario. Se i compilatori hanno ammesso che il *dictatum* escluda la responsabilità, nel paragrafo 4, strano sarebbe che nel paragrafo 5 essi si lancino ad interpolare la *ignorantia iuris*: questo dice il De Martino, che aggiunge che « sino a quando non si spiegherà esaurientemente perché i compilatori adottino decisioni motivate in maniera diversa rispetto a persone le

[110] *Ignorantia* cit. 395 nt. 39.
[111] *Per* invece di *propter*: BESELER, *Beiträge* 4.242.
[112] *Infra* n. 19.
[113] *Errore* cit. 196.
[114] *Ignorantia* cit. 397 s.

quali dovevano essere trattate in egual misura, non si avrà il diritto di attribuire con sicurezza ai bizantini la paternità delle parole « *per ignorantiam iuris* ». Argomento che riterrò poco convincente sino a quando non si spiegherà esaurientemente perché l'inserzione di *per ignorantiam iuris* non possa essere derivata da mano pregiustinianea e perché il giurista classico (il quale, si badi, non « trascriveva », ma scriveva di getto il suo testo) avrebbe dovuto adottare, rispetto a casi identici, decisioni motivate in maniera diversa. In omaggio alla logica ed al buon senso, mi permetto di non aderire alla tesi che « mentre nel paragrafo 4 si escludeva la pena per il *dictatum testatoris*, nel paragrafo 5 si giocava solo sull'*ignorantia iuris* »: chi ha giocato sull'*ignorantia iuris* non è stato Callistrato, ma un lettore post-classico, ed al suo gioco non dobbiamo adattarci.

Può dirsi, in definitiva, che i testi relativi all'*edictum Claudii* non possono essere utilmente addotti né a favore della tesi che l'*ignorantia iuris* scusava in diritto classico, né a favore della tesi che l'*ignorantia iuris* scusò in diritto postclassico. I rari accenni all'*error iuris* sono, come abbiamo visto, di marca postclassica, ma non depongono certo per un indirizzo della giurisprudenza postclassica a favore della *ignorantia iuris* come motivo di scusa.

17. — Concludendo circa gli illeciti di diritto penale pubblico, può dirsi quanto segue. Resta confermata l'idea che l'*ignorantia iuris* fosse assolutamente estranea all'*ordo iudiciorum publicorum*. Che essa fosse presa in considerazione, almeno in casi particolari, *extra ordinem* sin dal diritto classico, non vi è ragione di escludere *a priori*, ma — di fronte alla assenza di testimonianze in argomento — sarebbe arrischiato affermarlo con sicurezza. Probabilmente, nemmeno *extra ordinem* si giunse, in diritto classico, ad inserire nel novero delle attenuanti la pura *ignorantia iuris* non accompagnata (ed assorbita) da ulteriori circostanze, quali l'*aetas* o il *sexus* o la *militia*.

Circa il diritto postclassico, è da dire che in esso trapela qua e là, per mano di glossatori isolati, la valutazione dell'*ignorantia iuris*, ma che di un indirizzo postclassico favorevole alla *ignorantia iuris* nemmeno è possibile parlare. L'unica volta in cui la *ignorantia iuris* si delinea nettamente come motivo di scusa autonomo è nella Nov. 12.1 [115] di Giusti-

[115] *Retro* nt. 85.

niano, dalla quale risulta che la donna viene scusata per l'*incestum* se *ignara iuris*.

Di una distinzione tra reati di evidente fondamento etico e reati di mera creazione politica nessuna traccia, né nelle fonti classiche, né in quelle postclassiche.

18. — Se bene in linea di principio io non sia contrario alla idea della classicità della discriminante della *ignorantia iuris*, almeno in relazione alla *cognitio extra ordinem*, devo dire che l'esame dei testi non mi ha dato nessuna conferma di questo punto, né in ordine agli illeciti di diritto penale privato né in ordine agli illeciti di diritto penale pubblico. La grande scarsità dei testi in materia mi fa pensare che il problema della *ignorantia iuris* non avesse grande rilevanza nell'epoca classica, ma che in ogni modo il principio sarebbe stato, in ogni campo, quello che *iuris ignorantia nocet*.

Non perciò voglio parlare di una efficacia discriminante della *ignorantia iuris* nel diritto postclassico-giustinianeo. Le alterazioni rilevate sono poche, sparpagliate un po' dovunque, né è sicuro che derivino dalla mano dei compilatori. L'*ignorantia iuris* fu ammessa solo eccezionalmente, qua e là, per ragioni varie, dai commentatori postclassici e dallo stesso Giustiniano (Nov. 12.1).

Di fronte a questi risultati, si rivela chiaramente l'arbitrarietà, non solo di impostazioni, ma di ragionamento, delle teorie sin qui formulate. La vecchia e negletta dottrina tradizionale [116], che parlava semplicemente di una regola dell'irrilevanza dell'*error iuris* e di qualche eccezione di specie alla regola stessa, si rivela la piú esatta e coerente: solo l'amore per le situazioni nette, situazioni che raramente la storia ha conosciuto, ha potuto farla mettere da parte per tanti anni.

Non insisterò sugli errori della tesi del Binding [117], già amplissimamente confutati da tempo. La stessa tesi del Ferrini [118], col suo tentativo di intermediazione tra il pensiero tradizionale e le idee del Binding, si è rivelata attraverso tutta la nostra ricerca inesatta ed arbitraria. Non deve, per conseguenza, accedersi né all'opinione del Volterra [119], che la dichiara esatta per diritto postclassico, né alla fine argomentazione del

[116] *Retro* nt. 1.
[117] *Retro* nt. 2.
[118] *Retro* nt. 5.
[119] *Retro* nt. 7.

Voci [120], cui è parso di poterla riaffermare, tanto in relazione all'epoca classica, quanto in relazione a quella postclassica.

Rimane il De Martino [121]. A lui va il merito di aver rilevato, contro il Volterra, che il diritto postclassico-giustinianeo fu, di principio, nettamente contrario alla rilevanza della *ignorantia iuris* nel diritto penale (e, aggiungo io, in ogni campo); ma questo opportunissimo rilievo di una « tendenza » lo ha, non si sa perché, fuorviato sino al punto da fargli negare, attraverso esegesi a volte impossibili, che i rari accenni alla *ignorantia iuris* che si trovano nei testi a nostra disposizione siano stati introdotti in epoca postclassica e da fargli affermare che all'*ignorantia iuris* era favorevole il diritto classico. Le scarse ipotesi di interpolazione dell'*error iuris* non avrebbero, comunque, mai scalzato la fondamentale verità enunciata dal De Martino e non la scalza nemmeno, io credo, la disposizione di Nov. Iust. 12.1, che è cosí isolata e di cui chiaramente possono rintracciarsi gli spunti specifici.

19. — Sgombrato il campo da ogni elemento di confusione e di esagerazione, possiamo passare all'esame dei testi, cosí detti, « di carattere generale » sull'argomento della *iuris ignorantia*. Testi che non ho voluto discutere in principio di questo studio, per non esserne eventualmente fuorviato. Il loro esame servirà invece ora a confermare e chiarire i risultati raggiunti nelle pagine che precedono.

Che il diritto classico non sia stato affatto favorevole, in linea di principio, alla rilevanza dell'*error iuris*, in nessun campo, è affermazione ormai pacifica, che solo il De Martino — per quanto io sappia — pare implicitamente negare in relazione al diritto penale romano.

Non ripeterò una dimostrazione, sostanzialmente convincente, ultimamente ripresa dal Voci [122]. Le decisioni di specie contrarie alla *ignorantia iuris* sono numerosissime e provano ampiamente (ben a ragione, questa volta, il Voci non deduce *a contrario*) [123] che il diritto classico riprovava, sempre in linea di principio, l'ammissibilità dell'*error iuris* come motivo di scusa.

Un punto da chiarire è, invece, come il diritto classico intendesse il concetto di *ignorantia iuris*. Ed io ritengo che, per i giuristi classici,

[120] *Retro* nt. 10.
[121] *Retro* nt. 8.
[122] *Errore* cit. 211 s.
[123] V. *retro* nt. 95.

una vera e propria *ignorantia iuris* si avesse unicamente nel caso in cui nessun'altra circostanza attenuante concorresse con quella dell'errore di diritto o la assorbisse; in particolare, l'*ignorantia iuris* restava assorbita dal concetto della incapacità.

I testi a riprova di questa tesi non mancano, ed in nessun campo. Mi limiterò a ricordare quanto stabiliva, secondo l'attestazione di Callistrato, l'*edictum Claudii*: *et ne . . . iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant* [124]. Viceversa sono interpolate tutte le decisioni in cui la *ignorantia iuris*, pura e semplice, appaia come motivo di scusa autonomo: D. 5.3.25.6 [125], D. 48.5.39(38).7 [126], CI. 9.23.3 [127], D. 48. 10.15.5 [128].

Come, dunque, si suole vedere l'*error facti* in tutti i casi di falsa o mancata conoscenza di una circostanza di fatto, da parte di una persona pienamente capace di conoscere e di valutare quella circostanza (e la capacità del soggetto non è certo elisa dal dolo eventuale della controparte), cosí è necessario, a mio parere, identificare i casi di vera e propria *ignorantia iuris* nelle sole ipotesi in cui una norma di diritto sia sconosciuta da parte di una persona pienamente capace di conoscerla e di valutarla. Questo fu il concetto del diritto romano, sin dal diritto classico e soprattutto nel diritto classico.

Per conseguenza, non sono d'accordo col Voci [129] nel classificare come casi di rilevanza dell'*error iuris* gli interventi del pretore e degli Imperatori a favore dei minori, dei rustici, dei soldati e delle donne.

a) *Minores*. Il pretore precostituí per essi, come è noto [130], il rimedio della *restitutio in integrum*, perché la giovane età li rendeva proclivi ad errori di diritto. Altre volte, come si è visto, gli imperatori condonano le pene *propter aetatem*.

Non fu, dunque, l'*ignorantia iuris* a determinare questi rimedi preventivi e successivi, ma il riconoscimento di un particolare stato di incapacità, dal quale poteva derivare anche, facilmente, l'*error iuris*.

b) *Rustici*. Giustamente il Voci [131] ha rivendicato al diritto clas-

[124] *Retro* n. 14.
[125] *Retro* n. 7.
[126] *Retro* n. 13.
[127] *Retro* n. 16.
[128] *Retro* n. 16.
[129] *Errore* cit. 220 s.
[130] LENEL, *EP*.³ § 41.
[131] *Errore* cit. 221 s.

sico, contro l'avviso del Pringsheim [132], l'indulgenza verso i *rustici*. Indubbiamente la *rusticitas* fu cara anche al diritto postclassico, e questo spiega molti testi interpolati [133], ma vi sono frammenti la cui alterazione non è assolutamente dimostrabile [134].

Come per i minori, cosí per i *rustici* non è a dire che l'indulgenza verso di loro mostrata dal diritto sia dovuta alla *ignorantia iuris*; essa discende, invece, dalla valutazione della loro rozzezza, della loro incapacità ad essere in grado, come la generalità dei cittadini, di conoscere il diritto.

c) *Milites*. Ad essi gli imperatori fecero concessioni specialissime, di vero e proprio privilegio. Basti pensare al *testamentum militis* ed al *castrense peculium*, che sono gli esempi piú noti. Quanto ai rimedi successivi, si ricordi la disposizione eccezionale di CI. 9.23.5 [135].

Anche nel caso dei *milites* l'*ignorantia iuris* non è un motivo autonomo di indulgenza, ma una conseguenza della *simplicitas* [136] e delle cure fuorvianti cui sono sottoposti i militari.

d) *Mulieres*. Il Voci [137] nega recisamente che il diritto classico abbia visto una ragione di scusa nel *sexus*. Questo però non direi: non mancano esempi classici di indulgenza verso le donne, come i testi in tema di *incestum* dimostrano [138]. Certo è che fu il diritto postclassico a mostrare la tendenza verso una discriminante connessa alla *infirmitas sexus* [139].

Neanche nella ipotesi di indulgenza verso le *mulieres* può vedersi, comunque, la scusa dell'*ignorantia iuris* pura e semplice.

In ordine al diritto romano classico (includendo nell'accezione il diritto penale pubblico dell'epoca imperiale) può, dunque, essere formulata questa conclusione piú generale: aveva pieno vigore il principio *ignorantia iuris nocet*.

20. — È giocoforza ritenere che il diritto postclassico-giustinianeo,

[132] *St. Bonfante* 1.582 s.

[133] Cfr. D. 29.5.3.22 (*retro* n. 11); CI. 2.2.2 (*retro* n. 12).

[134] D. 2.13.1.5 (*infra* nt. 138); D. 25.4.1.15 (Voci, *Errore* cit. 221 s.).

[135] *Retro* n. 14.

[136] Cfr. D. 29.1.1 pr.

[137] *Errore* cit. 223 s.

[138] *Retro* n. 13. Si consideri inoltre: D. 2.13.1.5 (Ulp. 4 *ed.*): *Eis qui ob aetatem vel rusticitatem vel ob sexum lapsi non ediderunt* [*vel ex alia iusta causa*] *subvenitur*. (Dove l'interpolazione di *vel ob sexum lapsi*, sostenuta dal Voci, *Errore* cit. 221, non mi pare dimostrata).

[139] Guarino, *Incestum* cit. cap. IV: *La colpevolezza e la pena*.

pur ribadendo con ogni forza il principio che *ignorantia iuris nocet*, abbia peccato di inconseguenza, ammettendo in questa o in quella occasione casi di rilevanza della *ignorantia iuris*, o pure ricollegando alla *ignorantia iuris* casi di indulgenza che i classici ricollegavano ad altre cause.

a) Dell'indirizzo teorico del diritto postclassico-giustinianeo, contrario all'*error iuris*, non vi è motivo alcuno di dubitare.

Si badi ai testi qui di seguito riportati:

CTh. 1.1.2 (Val. Theod. Arcad. 391): ... *Perpensas serenitatis nostrae longa deliberatione constitutiones nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus.*

CI. 1.1.18.12.: *Constitutiones principum nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus.*

La costituzione degli imperatori riguardava, probabilmente, una questione di diritto privato [140]. Quel che interessa è, comunque, che essa, tanto nel Codice teodosiano quanto nel Codice giustinianeo, è assurta indiscutibilmente al rango di principio generale [141].

D. 22.6.2 (Nerat. 5 *membr.*): [*In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum et possit et esse debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.*]

Il testo, indiscutibilmente apocrifo [142], è *in sede materiae* (D. 22.6 *de iuris et facti ignorantia*) e della sua portata generale non è luogo a dubitare.

Lo stesso dicasi per:

D. 22.6.9 pr. (Paul. *sing. de iuris et facti ign.*): [*Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* ...]

Checché pensi in contrario il Voci [143], tutto il testo è un elaborato postclassico [144]. Apocrifa è l'opera *de iuris et facti ignorantia* attribuita a Paolo [145] e di compilazione pregiustinianea è forse tutto il tit. D. 22.6 *de iuris et facti ignorantia.*

[140] GOTOFREDO, *ad c.* 1 *CTh.* 3.1.
[141] DE MARTINO, *Ignorantia* cit. 390.
[142] DE MARTINO, *Ignorantia* cit. 392.
[143] *Errore* cit. 220 s.
[144] DE MARTINO, *Ignorantia* cit. 392 s.
[145] EBRARD, in *ZSS.* 45 (1925) 118; GUARINO, in *ZSS.* 62 (1942) 218.

Non va tralasciato, da ultimo, un testo riportato dalla *Collatio* sotto il titolo *de casualibus homicidiis* [146]:

Coll. 1.12.1 (Mod. *libro differentiarum sub tit. de scientibus et ignorantibus*): *Nonnunquam per ignorantiam deliquentibus iuris civilis venia tribui solet, si modo rem facti quis non iuris ignoret* . . .

b) Ma nemmeno è a dubitare, dopo quanto si è visto attraverso l'analisi dei testi, che il diritto postclassico-giustinianeo, peccando gravemente di inconseguenza, abbia riconosciuto in piú casi rilevanza all'*error iuris* ed abbia in altri casi raccostati all'*error iuris* casi di indulgenza derivanti da altre cause. Ciò dipende dal fatto, sfuggito forse al De Martino, che non è possibile pretendere dal diritto postclassico-giustinianeo quella coerenza con i principî informatori, che siamo soliti richiedere (forse, anche qui, talvolta esagerando) agli scritti dei giuristi classici. Troppe sono state le mani che si sono poggiate sugli scritti classici, troppi i casi di *ignorantia iuris* patente dei commentatori, troppa la fretta delle commissioni giustinianee nel mettere insieme i Digesti.

Ne è derivato, appunto, che non mancano le interpolazioni e le alterazioni favorevoli alla *ignorantia iuris* e che, anzi, il caso piú tipico e limpido di ammissione della efficacia discriminante della *ignorantia iuris* ci appaia in una costituzione di Giustiniano [147].

Ma la risposta al quesito che ci siamo proposti in principio di questo articolo non può mutare per ciò. In ogni epoca del diritto romano (anche per il diritto giustinianeo), in ogni campo (anche per la repressione penale *extra ordinem*) la regola è stata: *iuris ignorantia nocet*.

[146] De Martino, *Ignorantia* cit. 391.
[147] Cfr. *retro* nt. 85.