

14-C-408

UGO BAGLIVO

SUL REATO PERMANENTE
NEL
DIRITTO PENALE ROMANO

Inv. čis.: 489

Signa: 377

SEMINÁRNÍ
Hist.-práv.



KNIHOVNA
oddělení

R O M A

SUPERGRAFICHE SILVIO ABETE

1943

B

OSTŘEDNÍ KNIHOVNA
PRÁVNICKÉ FAKULTY
STARÝ FOND 04630
C. inv.:

Koupil od *Libreria Forense*
Darem od
v *Roma* *140 Lira*
Inv. čís: *32.821*
Sign

AVVERTENZA

Questo breve studio doveva far parte della introduzione storica di un lavoro monografico sul reato permanente, che avevo intrapreso qualche anno fa e che particolari vicende e la guerra sopraggiunta mi hanno impedito di completare. Mi rendo conto che, così presentato, il lavoro può sembrare mutilato e incompleto; ma i numerosi e pregevoli studi che sono comparsi sul reato permanente in questi ultimi anni mi sconsigliano di riprendere un lavoro che, almeno per ora, non potrebbe essere che il rifacimento di concetti già noti, senza alcun apporto, da parte mia, di idee originali e di un vero contributo costruttivo.

Invece, anche dopo questi studi, le ricerche storiche sul reato permanente sono rimaste nell'ombra; sicchè non mi è sembrato inutile dare alle stampe queste pagine, che in parte colmerebbero tale lacuna.

Oso sperare che questo scritto non sia del tutto privo di interesse; comunque, mi riterrò pago se mi si vorrà riconoscere l'accuratezza della indagine e la serietà dei propositi.

L'AUTORE

Roma, Agosto 1943.

Sul reato permanente nel diritto penale romano.

SOMMARIO

I.

1° - Necessità dell'indagine storica. — 2° - Stato della dottrina. Opinione originaria del Ferrini sull'esistenza del reato permanente nel dir. romano. — 3° - Continuazione. — 4° - Critica del Pampaloni e sue conclusioni. — 5° - Definitiva opinione positiva del Ferrini. — 6° - Opinione del Franchi. — 7° Opinioni del Mommsen, del Campus, del Manzini e di altri.

II.

8° - Teoria: esame dei testi. Il furto come reato permanente nel diritto romano. Particolare terminologia del Digesto. — 9° - La « continuatio furti » e le sue speciali conseguenze nel diritto sostanziale. — 10° — - ... e nel diritto processuale. — 11° - La complicità, il favoreggiamento e la ricettazione in relazione con la permanenza del reato di furto. Conclusioni su tale reato. — 12° - Speciali forme di complicità nei reati di rapina, peculato, diserzione, contubernio, violenta usurpazione dei predi, « factum immisum habere »: si tratta di reati permanenti. — 13° - Altre caratteristiche in tema di reato permanente. In ispecie, della prescrizione e della permanenza dei reati di supposizione di stato, di apostasia, ecc. — 14° - Conclusione.

I

1. — Non mi è ignoto che le ricerche sull'origine e sullo svolgimento storico degli istituti giuridici sono spesso attualmente considerate come un facile sfoggio di erudi-

zione, sotto molti aspetti, ingombrante; specialmente nel diritto penale, che può dirsi, sopra ogn'altro, figlio del nostro tempo e più svincolato da tradizioni remote, il metodo storico è stato abbandonato dalla maggior parte degli autori contemporanei, che ad esso preferiscono la viva ricerca dommatica, che trae dal quotidiano lavoro della giurisprudenza gli elementi di costruzione. Certamente, questa ultima maniera di indagine è più conforme alle finalità pratiche del diritto, e di essa si vedono ogni giorno nuovi e molteplici vantaggi; ma non mi pare che la storia degli istituti debba essere trascurata, se si parte da un'idea fondamentale che, figlia delle correnti filosofiche che dominarono le scienze sulla fine del secolo scorso, è stata posta in rilievo nel campo del diritto da quei giuristi che, per i loro studi sullo svolgimento delle idee sociali e giuridiche dei popoli antichi, potettero meglio riscontrarne la giustezza sostanziale.

Intendo parlare di quella « teoria organica » degli istituti giuridici che può considerarsi una applicazione delle teorie biologiche del Darwin e del Lamarck (1), e che ha trovato nel campo delle scienze morali nell'opera del Bonfante una brillante formulazione (2).

(1) LAMARCK: *Philosophie zoologique*, Paris 1809; DARWIN: *On the Origin of Species*, London 1859; ARDIGO': *La formazione naturale nel fatto del sistema solare*, Padova 1877; WERNDT: *System der Philosophie*, Leipzig 1879; DE VRIES: *Die Mutations Theorie*, Leipzig 1901.

(2) BONFANTE: *Corso di diritto romano*, Vol. II. La proprietà, Sez. prima, pag. 190 e segg., Roma, Sampaolesi editore, 1926. Anche l'altra opera del Bonfante « *Res mancipi et nec man-*

Se si parte dall'idea che le norme giuridiche, in quanto sono la manifestazione di determinati bisogni, si dirigono al raggiungimento di uno scopo (3), è facile concepire che un determinato istituto giuridico altro non è che il nucleo intorno al quale si aggirano tali norme che hanno un intento comune, costituendo nel loro insieme un organismo che risponde, in quel momento in cui nasce, ad un determinato bisogno giuridico o ad un gruppo di bisogni giuridici della stessa natura. Pertanto, la fenomenologia giuridica, sia nella fase di inizio, che in quella della manifestazione legislativa, non è l'espressione di una qualunque veduta del legislatore (nel qual caso, che potrebbe per avventura verificarsi solo per anomalia, avremmo un organismo destinato a perire o a modificarsi), ma invece il fenomeno, sia nella sua origine che nella sua concretizzazione, quando non intervengano cause estranee di turbamento, non ha alcun carattere di arbitrarietà (4). Nella sua origine, esso è l'espressione di naturali bisogni; nella sua espressione, la manifestazione di questi ultimi, che trovano la loro interpretazione nella parola del legislatore.

Non è dubbio che, così concepito, l'ordinamento giuridico può considerarsi come un organismo vivente che,

cipi » ha alla sua base questo concetto fondamentale, benchè soltanto in un modo intuitivo; FILOMUZI GUELFI: *Enciclopedia giuridica*, VII edizione, Jovene, Napoli 1917, pagg. 33 e segg.

(3) ROCCO ARTURO: *L'oggetto del reato*, pag. 582-584.

(4) VANNI: *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, Zanichelli, 1908, pagg. 167, 236.

nei suoi vari istituti, ritrae le caratteristiche essenziali dei fini cui deve servire e che l'hanno originato. La legge che lo governa non è legge di immutabilità, ma di trasformazione, nella quale la critica può considerarsi come un rapporto logico costante (5); man mano che gli scopi di una società vengono a trasformarsi, l'istituto giuridico, che è rimasto superato dal progresso del diritto, è destinato a perire o, qualora le esigenze dell'adattamento glielo permettano, a trasformarsi (6). Ma, nel concetto giuridico che si è rivelato attraverso una simile gestazione, noi possiamo riscontrare tutti gli elementi che ne hanno prodotto la creazione; intorno al nucleo essenziale noi potremo distinguere tutte le sovrastrutture che, ad una prima analisi, potrebbero ingannarci sulla natura dell'istituto; e, se questi elementi accessori siano poi divenuti di tale importanza da soppiantare il concetto antico, è ad essi che bisogna fare ricorso nella costruzione dommatica, e non a questo che non è altro che un moncone di un organo distrutto, che non ha ormai alcuna destinazione funzionale.

Sotto questo aspetto, l'indagine storica si serve di un materiale altrettanto importante per la costruzione dei teoremi giuridici quanto quello giurisprudenziale attuale; essa assume, poi, un ruolo di prim'ordine per quegli istituti che non hanno una definizione nella legge, sicchè per es-

(5) VANNI: *Gli studi di Henry Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, § 7, nei *Saggi di Filosofia sociale e giuridica* editi a cura del prof. Giovanni Marabelli, P. II^a, Bologna, Zanichelli 1911.

(6) SPENCER: *Principii di sociologia*; SCHAEFFLE: *Bau und Leben des socialen Körpers*, Tübingen, 1875.

si, nella dottrina come nella pratica, si deve far ricorso ai loro concetti tradizionali (7).

Per quello che riguarda il reato permanente, tutte queste ragioni hanno un valore pieno e legittimano l'indagine che ci proponiamo: concetto dommatico di difficile comprensione, tale figura di reato non è stata studiata, dal punto di vista storico, come avrebbe meritato. Anche i lavori più recenti, infatti, risentono di questa lacuna, che appare ben più rilevante se si tien presente che il reato permanente è accoppiato di solito, nella trattazione scientifica, con concetti affini, quali il reato continuato e quello abituale, che hanno ricevuto invece, dal punto di vista storico, una sistemazione quasi definitiva.

Così ad esempio, abbondanti ricerche sull'origine del reato continuato sono state eseguite dagli autori della seconda metà del secolo scorso; già il Carrara aveva attribuito ai nostri pratici medioevali il concetto della continuazione, mentre il Manzini, l'Alimena, il Maggiore, ed altri autori più moderni avevano ricercato le radici di siffatta teoria sin nel diritto romano, concludendo che tale diritto non conosceva il requisito della continuazione (8). Ul-

(7) PATETTA: *Sunto di storia del diritto italiano: introduzione*, Torino, Giappichelli, 1927.

BESTA: *Avviamento alla storia del dir. italiano*, Padova, 1926.

SCHWERIN (VON): *Einführung in das Studium der germ. Rechtsgesch.* Friburg, 1922.

MANZINI: *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova, 1931, p. 12.

(8) CARRARA: *Programma*, Parte generale, 519; idem: *Reminiscenza di cattedra e di foro* (Delitto continuato); CRIVELLARI: *Il codice penale*, Vol. IV, n. 94, p. 291; MANZINI: *Trattato*,

teriori indagini, poi, come quelle del Leone, pur confermando questa asserzione, hanno spostato la data di nascita del concetto, facendola risalire all'epoca dei glossatori e postglossatori, e non semplicemente a quella dei pratici, come aveva affermato il Carrara. Secondo queste indagini, il Bartolo e il Baldo avrebbero già conosciuto tutti gli elementi strutturali del reato continuato, che, attraverso gli statuti, sarebbe passato nella dottrina dei pratici italiani, e, da questi, nei codici moderni (9).

La ricerca storica sulle origini del reato continuato può, quindi, considerarsi ormai completa, salvo a doverne modificare, se mai, i risultati.

Lo stesso non può dirsi, invece, per il resto permanente, per il quale, benchè non manchino alcuni studi che si occupano dell'argomento, non esiste una definitiva sistemazione storica. Ciò desta una certa meraviglia, specialmente se si pensa che i concetti del reato continuato e di quello permanente sono strettamente connessi tra loro, tanto che essi sono stati spesso confusi dagli scrittori più antichi. Ma la cosa può spiegarsi col rilevare che il reato permanente è concetto giuridico alquanto più fine, che ha trovato, per ciò stesso, un più tardivo sviluppo nella dottrina e nella giurisprudenza.

Noi ci proponiamo di seguire lo svolgimento storico del concetto nel diritto romano; e limitiamo la nostra in-

Vol. II, n. 487; ALIMENA: *Principi di Diritto penale*, Napoli, Pierro, 1910, Vol. I, p. 403; MAGGIORE: *Principi*, p. 322, Zanichelli, Bologna, 1932.

(9) LEONE: *Del reato abituale, continuato e permanente*, Jovene, Napoli, 1933, pp. 177 e segg.

dagine a tale diritto per il fatto che la tecnica rudimentale dei diritti più antichi renderebbe superflua ogni ricerca, per la materia che c'interessa, in seno a tali diritti (10).

2. — La dottrina è tutt'altro che concorde sull'esistenza del reato permanente nel diritto romano.

Gli studi che si occupano dell'argomento appartengono, per lo più, a romanisti; per tale motivo essi risentono di una certa incertezza per quello che riguarda i concetti penalistici. D'altra parte, anche i penalisti che trattano del r. p. nel diritto romano rivelano alquanto disagio nell'esercizio dell'esegesi. Questi squilibri rendono particolarmente difficile anche per noi l'indagine che ci proponiamo.

Nel diritto romano la questione dell'esistenza o meno del reato permanente si fa a proposito dei reati di ricettazione, di apostasia, di supposizione di parto, ma specialmente per il reato di furto che, per molteplici sue caratteristiche, si presta particolarmente alla discussione. Infatti, tale delitto, se raffigurato come una continua violazione del possesso, deve essere ritenuto un reato permanente; se, invece, semplicemente come una lesione che viene punita

(10) Per essi cfr: ORTOLAN: *Éléments de droit pénal*, Vol. I. THONISSEN I.: *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, 1869.

DU BOYS: *Histoire du droit criminel des peuples anciens*. MAYNZ: *Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome*.

solo in quanto tale, nel suo momento iniziale, se, insomma, il furto dal punto di vista penalistico è soltanto la « amotio » violenta e non la realizzazione di uno stato di fatto antiggiuridico, in quanto il legislatore, dal punto di vista della pena, ha voluto sanzionare solo quella e non ha tenuto presente quest'ultima nella formulazione della fattispecie legislativa, il reato è un reato istantaneo che si esaurisce nel momento iniziale e per il quale nessuna rilevanza ha la situazione antiggiuridica che è stata realizzata dalla trasgressione in un momento successivo.

La discussione, sotto questo punto di vista, è tanto naturale che si perpetua tuttora, e trova posto anche nella esposizione di alcuni autorevoli scrittori moderni (11).

(11) Il CARRARA nel suo *Programma*, seguendo l'opinione del NICCOLINI, è del parere che il furto si debba annoverare tra i reati permanenti, poichè, se è vero che il furto si consuma nel momento iniziale della « contrectatio », è anche vero che esso realizza uno stato antiggiuridico continuo, che può essere interrotto in un qualunque momento del suo proseguimento dalla volontà dell'agente. Per questa sua connessione e dipendenza continua dalla volontà del reo, esso sarebbe un reato permanente. « Questi delitti (permanent) — osserva il Carrara — sono consumati con la usurpazione del possesso, con la sottrazione o con la appropriazione dell'altrui cosa, con lo incarceramento dell'uomo e simili. Ma nella natura di questi fatti vi è che il carcerato si trattiene, che il possesso si prosegue a godere, che della cosa rubata o truffata si prosegue ad usare indebitamente. Tutti gli atti positivi o negativi del colpevole, mantengono lo stato antiggiuridico che egli creò col primo fatto da lui consumato; ma tali atti non sono in ciascuno di loro nuovi delitti nè identici al primo nè diversi da quello. Il ladro con lo indossare l'abito rubato e servirsene non commette nuovo furto, nè può obietarglisi un nuovo delitto. Ma pone in essere un fatto che mantiene lo stato antiggiuridico della proprietà o possesso usurpato: e perciò il delitto dicesi permanente. Simili affermazioni si

Per quello che riguarda il diritto romano, considerato dal punto di vista che ci interessa, la materia è stata profondamente lumeggiata dagli studi del Ferrini e del Pampaloni.

Il pensiero del Ferrini, però, ha subito una interessante evoluzione, che è necessario esaminare per poterne comprendere meglio i risultati (12).

possono riscontrare in altri punti del *Programma*, Firenze, Connulli, 1924, Parte generale 479, 480, 482, 515 - Parte speciale, Vol. IV, 2018 e segg., 2242 e segg., Vol. VII 3587 e segg., 3592, 3596, con interessanti riferimenti alle conseguenze che ne derivano in tema di tentativo, complicità, favoreggiamento, ricettazione. Per quest'ultime cfr. anche *Opuscoli* Vol. I, p. 16 nota I; *Ricettazione dolosa di cose furtive* in *Opuscoli* Vol. III, XLIII, pag. 425, Lucca, Giusti, 1870; *Momento consumativo del furto* in *Lineamenti di pratica legislativa penale*, p. 229. Torino, Bocca, 1874.

Gli insegnamenti del CARRARA su questo punto, al lume della più recente dottrina, sono oramai superati; ma non sono ancora cessate del tutto le discussioni in proposito, specie di fronte alla mutata dizione dell'art. 624 c. p., che ha modificato la formula dell'art. 402 c. p. Zanardelli. Cfr.: MARCIANO: *Il titolo X del cod. pen.*, Vol. p. 33, Morano, Napoli 1927; CEVOLLOTTO: *Questioni pratiche in tema di furto*, in *Giust. pen.*, 1913, vol. 900. Su questo punto, anche per il diritto inglese, cfr.: MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Napoli, Jovene, 1934, p. 92.

(12) Il FERRINI si è occupato della questione nei seguenti studi che citiamo in ordine cronologico perchè il lettore possa meglio seguirne le modificazioni concettuali: *Furtum usus possessionisve*, pubblicato nella *Rivista penale*, vol. XXIII, 1886, pp. 5-19, ripubblicato recentemente nelle « Opere », Vol. V, a cura di Vincenzo Arangio-Ruiz, Hoepli, 1930; *Diritto penale romano*, in *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale*, pubblicato da Pietro Cogliolo, Vol. I, parte I, Milano, 1888, pagg. 130 e segg.; *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano nei suoi rapporti con la teoria del possesso*, pubblicato nell'*Archivio giuridico* Vol. 47, 1891, pp. 423-471. Una prima edizione ne era stata pubblicata, fin dal 1889, nei *Rendiconti del R. Istituto Lombardo*, serie II, Vol. 22, pp. 388-413, 452-464,

Studiando il delitto di furto, egli prende in considerazione le definizioni che di tale delitto ci danno i giuristi di Roma nei diversi tempi dello svolgimento storico del loro diritto (13). Partiti dal concetto che l'« amotio » bastasse a realizzare il furto (14), i romani ammisero ben presto che il furto potesse avvenire in altre maniere che con l'« amotio », probabilmente per influsso dello svolgersi della teoria del possesso.

Così, essi convennero che anche gli immobili potessero essere oggetto di furto, mentre il concetto dello « amotio » non poteva applicarsi che ai mobili; che di furto potesse parlarsi anche in quei casi in cui non vi fosse lesione del possesso altrui; ed, infine, che la lesione, non solo potesse intaccare il dominio, ma anche altri diritti reali. Si costruiva, così, tutta una teoria che, attraverso il « furtum rei » da una parte, e quello « usus possessionis » dall'altra, sopperiva alla mancanza del moderno concetto di appropriazione indebita, che doveva nascere e

514.526, sotto il più semplice titolo di *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano*; anche questo studio è stato ripubblicato nelle « Opere » l. cit.

Le successive trattazioni si ispirano a concezioni diverse suggerite, a quel che sembra, dagli Studi del Pampaloni sul furto. Così, il *Diritto penale romano*, teorie generali, Hoepli 1899, e l'*Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano* nel vol. I dell'*Enciclopedia del Diritto penale italiano* a cura di Enrico Pessina, Milano 1905.

(13) FERRINI: *Appunti sulla teoria del furto in diritto romano*, ecc., cit.

(14) GAI: 3, 195 « furtum autem fit non solum cum quis intercepti causa rem alienam amovet... ».

svilupparsi più tardi sotto l'influenza di successivi fattori storici, in parte germanici (15).

E', pertanto, in un secondo momento che nel linguaggio giuridico romano compaiono, ad indicare il momento più caratteristico del furto, i termini di « contrectare » e « adtrectare » (16) che si riscontrano nelle definizioni di Sabino, di Gaio, di Ulpiano, e in quella, poi, tanto disputata di Paolo (17); definizioni che rendono meglio l'idea di una lesione del possesso.

Di questi termini, molto interessanti per comprendere l'esatta portata della definizione romana, gli autori danno

(15) Per il diritto germanico antico cfr.: WÄCHTER, *Weiske's Rechtslexicon*, III, pag. 390; TEMME, *Die Lehre vom Diebstahl*, Berlin 1840, p. 64 e segg.; KAPFF, *Die Unterschlagung*, Tübingen 1879, p. 10; DOLLMANN, *Die Entwendung*, p. 72 e 79; KÖSTLIN, *Abhandl. aus dem Strafrechte*, Tübingen 1858, pag. 217-218; BINDING, *Compendio* (trad. Boretini) 1927, pagina 30.

(16) Il BONIFACIO (*De furtis* § 3, n. 1) fa derivare, secondo quanto riferisce il Carrara (cit. § 2018), la parola *contrectatio* da *contrahere*, trarre a sè: CALVINO, *Lexicon iuridicum*, verbo *contrectare*. MARCKART (*Probabilia*, lib. I, p. 11) dice trovarsi usato *contractare* per *contrectare*. Cfr. MOLL, *De natura furti ex iure romano*, Berlin 1865, cap. 2.

(17) GELL.: « Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare debetur, furti tenetur », Nott. Att. XI, 18,20.

GAIO 3, 195: « Furtum autem fit generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat ».

ULP., I ad ed. aed. cur., fr. 66 h. t., « qui ea mente alienum quid contrectavit, et lucri - faceret... fur est ».

PAOLO: « furtum est contrectatio rei fraudulosae lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve ». Ist. IV, I, 1. Quest'ultima definizione è stata oggetto dei più larghi studi in materia di furto di possesso e d'uso.

molteplici versioni. Ortolan parla di « attouchement » e, forse meglio, il Desjardins di « maniement », mentre il Ferrini, che trova soddisfacente la versione del secondo, traduce la parola semplicemente coll'italiano « contrettare » e « contrettazione » (18). I tedeschi usano il termine « ansichnehmen » e, meno bene, « Wegtragung » o « Berührung ».

Orbene, è proprio questo il punto che interessa per il nostro tema, giacchè fissare quale valore giuridico si debba attribuire al momento della « contrectatio » e chiarire se questa sia l'inizio di uno stato di fatto permanente, cui i romani ricollegavano determinati effetti giuridici, significa decidere dell'esistenza del reato permanente in diritto romano. Ed infatti, il Ferrini, studiando la contrettazione in relazione al momento consumativo del furto, osserva, nei suoi primi scritti sull'argomento, che l'apprensione del possesso, nei vari modi nei quali si può manifestare nel principio dell'azione criminosa, non esaurisce il delitto di furto in diritto romano. « Tutto quanto il possesso (del ladro) », egli dice, « è crimosamente eret-

(18) ORTOLAN: *Explication historique des Institutes, mise au courant de l'état actuel de l'enseignement du droit romain dans les facultés de France et de l'étranger*, par F. E. Labbé, 11. éd., n. 1717; DESJARDINS ALBERT, *Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité et spécialement dans le Droit Romain*, Paris, Durand 1881, p. 67 e segg.; MAYNZ, *Cours de droit romain*, 3. éd., § 354, così si esprime: « Le mot « contrectare » signifie littéralement « tirer vers soi », et n'est rendu que d'une manière incomplète par le mot français soustraire »; FERRINI, in *Cogliolo* cit. pag. 152; SCHIRMER, *Zur Lehre vom furtum*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, V. Band, Romanistische Abteilung, 1884.

to contro il dominus, e, siccome il diritto di questo è sempre suscettibile di nuove offese, così il ladro commette il furto tante volte, quante volte dispone della cosa rubata. Ogni contrettazione successiva (siccome ha luogo con gli estremi della volontà del domino e dell'« animus lucri faciendi » genera a sua volta un furto nuovo » (19).

Ed ancora: « Il ladro che, dopo consumata una prima contrettazione, continui a contrettare la cosa, ripete altrettante volte l'offesa al domino, quante volte agisce su di essa » (20); « i singoli atti con cui il ladro esercita il suo possesso sono tanti furti nuovi » (21).

Da queste frasi ed altre simili, che si incontrano facilmente negli studi del Ferrini anteriori alla pubblicazione del suo manuale Hoepli di Diritto penale romano (1899), si può facilmente arguire che egli non pensava, fino a tale epoca, che la nozione del reato permanente fosse nota ai romani. Si può pur notare nelle sue parole, è vero, qualche incertezza di natura terminologica, specialmente nel primo dei passi citati, nel quale si parla di un possesso eretto contro la volontà del domino, prospettandosi quasi il concetto della permanenza, ma la precisione dei termini con i quali egli accenna ad iterazioni di furto, lascia comprendere chiaramente che lo scrittore vuole significare col-

(19) Appunti sulla teoria del furto in « *Opere* » cit. pag. 156; cfr. pure a pag. 158 le parole.. « consumando egli continuamente un nuovo furto con ogni atto di disposizione sulla cosa ».

(20) *Dir. pen. rom.* in *Cogliolo* cit. p. 157.

(21) Questo punto è rilevato dal PAMPALONI in *Continuazione e ripetizione del furto* in *Studi senesi*, vol. IX, fascic. V, Torino 1893, p. 375, in nota.

le sue espressioni una pluralità di reati, e non un unico di natura permanente. Ogni volta che il ladro venisse ad esercitare un atto di disposizione sulla cosa rubata, egli commetterebbe un furto nuovo, individuato da una particolare contrettazione. Sicchè il furto non sarebbe, secondo tale concezione del Ferrini, una continua situazione anti-giuridica, ma il successivo realizzarsi di fatti anti-giuridici indipendenti, di cui ciascuno, per suo conto, costituirebbe reato.

Del resto, che questo fosse il pensiero originario dell'illustre romanista, non può dubitarsi dopo la lettura del manuale Hoepli, nel quale egli, correggendo tale opinione, dichiara esplicitamente che la sua argomentazione si fondeva specialmente sul fr. 6 D. De furtis, 47,2 (22).

3. — E' sicuro, pertanto, che il Ferrini, nelle sue prime pubblicazioni, non intendeva parlare dell'esistenza del concetto di permanenza del reato in diritto romano; ma, che egli avvertisse sin da principio un certo disagio nella sua costruzione, disagio che doveva portarlo ad un nuovo orientamento, si deduce facilmente dalle osservazioni che egli fa riguardo ad alcune conseguenze giuridiche del « furtum », nelle quali può già rintracciarsi il germe del suo ulteriore pensiero.

Infatti, anzitutto, egli nota che la serie delle contrettazioni non genera altrettante azioni penali, come si converrebbe ad una pluralità di reati, sibbene un'unica azione di furto.

(22) Dir. pen. rom., Hoepli, cit. p. 66.

Pomp. 6 ad Sab., fr. 9 pr. D. 47,2: « Ei qui furti actionem habet, absidua contrectazione furis non magis furti actio nasci potest.... »

Egli spiega tale particolarità con ragioni di carattere pratico e con alcune esemplificazioni che mi sembrano alquanto forzate. Egli dice: « se io, p. es., infliggo dieci ferite successive al servo di Tizio, commetto indubbiamente dieci volte il reato contemplato dalla legge Aquilia, ma l'actio legis Aquiliae non si dà contro di me che una sola volta. Se io, volendo uccidere il servo di Tizio, gli inferisco due colpi, di cui solo il secondo mortale, è certo che ho violato il capo 3° e il capo 1° della legge Aquilia, ma l'a. l. A. ha luogo una sola volta e ha luogo « de occiso » (23). Alla stessa maniera, pertanto, secondo l'autore, non si darebbe che una sola azione per una pluralità di contrettazioni nel caso di furto.

Ora non è chi non veda come questi esempi non facciano al caso dello scrittore. Secondo la concezione del Ferrini, le « contrettazioni successive » costituirebbero altrettanti furti di cui ognuno sarebbe un'azione completa sia oggettivamente che soggettivamente, atta a realizzare il delitto di furto, sicchè il ladro commetterebbe tanti furti « quante volte dispone della cosa rubata ». Si avrebbe, cioè, una pluralità di azioni punibili. I casi riportati, invece riguardano una pluralità di « atti » della stessa specie costituenti un'unica azione punibile, sicchè è del tutto naturale che ne nasca una sola azione penale, mentre tale fatto

(23) Appunti sulla teoria del furto, cit. p. 157; Diritto pen. rom. in *Cogliolo* cit. p. 157.

non è logico nel caso di furto, se si ammette, come fa il Ferrini, che ogni disposizione della cosa rubata sia, di per se stessa, un furto. In questo caso ogni contrettazione dovrebbe dar luogo ad un'azione di furto; se ciò non avviene, è segno che, in diritto romano, è altro il senso che va dato a queste contrettazioni.

Gli esempi riportati dal Ferrini riguardano una distinzione che, chiarissima nella tecnica moderna dopo le esemplificazioni che ne fece il Carrara, era pur nota ai romani: la distinzione tra più « atti » costituenti un'unica azione antigiuridica, e che, quindi, debbono essere considerati nel loro insieme come un reato unico, e più « azioni » distinte (a loro volta costituite da « atti »), realizzanti altrettanti reati (24).

(24) Questa distinzione, veramente fondamentale nella tecnica moderna, è specialmente utilizzata nella letteratura per la costruzione dommatica del reato continuato - CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1929; MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, Mariotti, 1923.

Infatti, basta tenere presenti più azioni legate tra loro da un unico « disegno criminoso » (« atto », « azione », « disegno criminoso » non sono che gli anelli di una stessa catena), per potere addivenire facilmente alla concezione del r. cont. Ma i romani, benchè possedessero, come già accennammo, tutti gli elementi di una simile costruzione, non pare vi siano giunti. Senza dubbio contribuì ad impedire lo sviluppo di questo concetto il fatto che essi non conoscevano il cumulo giuridico delle pene, affidandosi invece esclusivamente al principio: « tot delicta, tot poenae » (Ulpiano fr. 1.2, D. 47,1). Il reato continuato, invece, per quello che riguarda l'economia generale di un sistema, meglio si confà a quelle legislazioni che ammettono il cumulo giuridico, in quanto tali concetti riposano entrambi su esigenze logiche comuni.

Se io colpisco, dice il giurista romano, più volte una persona, causandole varie ferite, sono tenuto per ferimento: si tratta di un unico reato. Se io la colpisco varie volte, e finisco coll'ucciderla, sono tenuto « de occiso ». Ma se, invece, io la ferisco, e poi, a distanza di tempo, la uccido, sono tenuto per ferimento e per omicidio. Nei primi due casi vi è unica azione con pluralità di atti; nel secondo, due distinte azioni, e perciò due distinti reati (25).

Orbene, se si ammette, come fa l'autore, che ogni atto di disposizione sulla cosa fosse considerato dai romani come un'azione distinta, e, quindi, come un distinto reato, se ne dovrebbe dedurre che dalle diverse contrettazioni dovrebbero nascere diverse azioni penali; sicchè, il fatto che invece se ne origini una soltanto, che presuppone logicamente un reato unico, contrasta profondamente colla concezione del Ferrini che ammette una pluralità di reati; nè l'anomalia che ne nasce può essere attutita dagli esempi riportati dal romanista, che, come già dicemmo, hanno tutt'altro significato.

Si tratta, pertanto, di una disarmonia avvertita dall'illustre scrittore, che invano egli cerca di giustificare con esempi addotti fuor di proposito. Nè solo questo è il punto in cui si rivela una notevole incertezza nel suo pensiero; anche in altri passi la sua costruzione non persuade.

Così, nel caso del servo che ha commesso un furto e

(25) GAI, 7 ad ed. prov., D. 9,2, 32,1: « Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et ed occiso: duo enim sunt delicta. Aliter atque si quis una impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit: tunc enim erit actio de occiso.

che successivamente viene manomesso. Costui non risponde del reato mentre è soggetto alla « potestas »; ma, se continua a tenere la cosa dopo la manomissione, è tenuto per furto (26). Il Ferrini ritiene che ciò avvenga perchè egli consuma continuamente un nuovo furto con ogni atto di disposizione sulla cosa, mentre, invece, la cosa si spiega molto più chiaramente coll'ipotesi della permanenza del reato (27).

Insufficiente si rivela anche la teoria del Ferrini a chiarire perchè « l'actio furti nec manifesti » possa diventare « actio furti manifesti » in un secondo momento; se questo fenomeno dovesse attribuirsi ad una pluralità di contrettazioni, ne dovrebbero nascere più azioni, mentre, invece, come abbiamo visto, ne nasce una sola che, soltanto, non è quella originaria (28). Quindi, questo mutamento di colorazione dell'actio, più che riallacciarsi ad una diversità di momenti giuridici, si riferisce, piuttosto, ad uno stato di fatto continuo che informa di sè gli effetti

(26) ULPIANO, 39 ad Sab., fr. 17 pr. I Dig. 47,2: « Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare: idcirco nec actio ei a veteribus prodita est. Unde est quesitum, si fuerit alienatus vel manumissus, an furti actione teneatur. Et placet non teneri: neque enim actio, quae non fuerit ab initio nata, oriri potest adversus hunc furem. Plane si manumissus contrectavit, dicendum erit teneri eum furti iudicio, quia hodie furtum fecit.

(27) FERRINI, Appunti cit. pag. 158.

(28) PAOLO, 40 ad Sab. fr. 21 D. 47,2. Il FERRINI in Appunti cit. pag. 160, avverte il disagio: « ... ma naturalmente l'azione si dà, nonostante la pluralità dei furti nati dalle contrettazioni diverse, una volta sola... ».

giuridici che ne dipendono, influenzandoli a seconda del mutamento delle proprie circostanze. Nè più efficace si dimostra la concezione del Ferrini a spiegare perchè il valore della cosa rubata debba commisurarsi, ai fini dell'« actio furti » e della « condictio furtiva », secondo il maggior pregio che essa ha assunto durante il periodo della illecita detenzione da parte del ladro (« quanti unquam apud eum plurimi fuerit ») (29); perchè anche i frutti della cosa rubata, debbano ritenersi furtivi (30); perchè l'acquirente della cosa rubata, che ne conosca il vizio di origine, debba ritenersi complice del ladro (31), ecc.

In tutte queste ipotesi l'ammettere che la varietà degli effetti giuridici ricordati debba riallacciarsi ad una varietà di contrettazioni, come suggerisce il Ferrini, certamente non rende il concetto giuridico che sta a fondamento di tutta la costruzione tecnica dei giuristi di Roma.

Le argomentazioni del nostro autore in proposito possono essere facilmente assoggettate, come abbiamo dimostrato con qualche esempio, ad una critica decisiva; ma non è necessario, almeno per adesso, prendere in esame tutti i casi esaminati dal Ferrini. Che, del resto, lo scrittore fosse conscio della debolezza della sua tesi, non mi pare sia dubbio, se si tengono presenti lo sforzo e la insoddisfazione teorica che circolano negli scritti esaminati, e che dovevano portare il romanista a rivedere profondamente le sue conclusioni; ma il suo argomentare, rispec-

(29) Fr. 68 (67) § 2 D. 47,2.

(30) Ulp., 42 ad Sab., fr. 48,5, D 47,2.

(31) Inst. 4, I, 4; C. 6, 2, 12.

chiando una concezione particolare, ci sarà molto utile nel decidere quale sostanza debba attribuirsi al pensiero dei romani in materia di reato permanente.

4. — Abbiamo già accennato che gli scritti del Pampaloni contribuirono efficacemente alla diversa formulazione che il Ferrini impresso alla sua dottrina in un secondo momento.

Il Pampaloni, infatti, in una serie di studi sul delitto di furto, prendeva in esame anche la questione che ci interessa, chiarendone alcuni aspetti (32). Egli, concependo il delitto di furto come continua violazione del possesso, e risolvendo, quindi, molte questioni in materia di furto sulla base delle teorie civilistiche sul possesso, in specie, di quella del Savigny, afferma che il reato di furto è un reato permanente; ciò non soltanto nel diritto

(32) Citiamo tali lavori in ordine cronologico: PAMPALONI, *Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto*, nell'Archivio Giuridico 1882, vol. 28 p. 275; *Abbozzo di un lavoro intitolato La teoria del possesso e il così detto furto improprio*, Prato 1884; tale lavoro, riveduto dall'autore e mutato in molti punti, fu poi pubblicato col titolo *Il furto improprio e la teoria del possesso* negli *Studi senesi* vol. IX, fascicolo IV e V, Torino, Bocca 1892; *Continuazione e ripetizione del furto*, negli *Studi senesi* vol. IX, fasc. V, lavoro di speciale rilievo per l'argomento che ci riguarda; *Furto di possesso e furto di uso*, negli *Studi senesi*, vol. X, 1893, fasc. I, II, vol. XI, 1894, fasc. II; *La complicità nel delitto di furto*, l. cit. vol. XVI, fasc. I, 1899, anche questo lavoro è particolarmente interessante per il vostro studio; *Sopra la condictio furtiva*, eod. fasc. III-IV; *Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto*, l. cit. vol. XVII, 1900, fasc. III, IV e V, vol. XVIII, 1901, fasc. III.

penale moderno, per il quale egli si appoggia all'autorità del Carrara (33), ma anche nel diritto romano, nel quale spesse volte i giuristi di Roma rileverebbero, a suo parere, questo speciale carattere del delitto e le conseguenze pratiche che ne derivano. Pertanto, anche secondo il Pampaloni, non sarebbe esatto quel modo di vedere del Ferrini, già da noi confutato, secondo il quale non vi sarebbe « continuazione », ma « ripetizione di furto »; « se colla continuata contrettazione », dice il Pampaloni, « il ladro potesse commettere dei nuovi furti, bisognerebbe dire che quei furti sono tanti quanti i momenti del possesso; non già tanti quanti gli atti di disposizione (alienazione, specificazione e simili) » (34). Argomentazione stringente che s'accorda pienamente colle osservazioni da noi fatte di sopra avverso il Ferrini.

Le conseguenze della permanenza del reato, secondo il Pampaloni, sarebbero varie: anzitutto la possibilità che le azioni di furto, che da principio non potettero sorgere

(33) CARRARA, *Opere* e l. cit. alla nota 8; PAMPALONI, *Continuazione e ripetizione di furto*, cit.; cfr. anche le *Aggiunte* ai vari studi.

(34) PAMPALONI, l. cit., invoca, a sostegno di tale osservazione, PAOLO, il quale nella legge 6 D. de furtis 47, 2, afferma che la continuata contrettazione fa ripetere il furto, ma « si esprime in una maniera generale senza riferirsi agli atti di disposizione »: Paulus, libro nono ad Sabinum, « Quamvis enim saepe furtum contrectando fiat, tamen initio, id est facienti furti tempore, constituere est visum, manifestus nec ne fur esset ». Soltanto nel caso di specificazione della cosa furtiva, si potrebbe dire, secondo l'autore, « in una maniera tutta formale » che il ladro commette furto anche della nuova specie; ma, in realtà, anche qui il furto sarebbe unico (« et unum tamen furtum est »; l. 68 (67) § 2 D. de furtis 47, 2).

per speciali condizioni dell'agente, possano sorgere invece in un secondo momento, quando tali condizioni vengano a mancare (l. 17 § 1 D. de furtis 47,2; l. 15 D. de cod. furt. 13,1); la diversa commisurazione del valore della cosa che venga ad aumentare di pregio nelle mani del ladro (l. 50 pr. D. de furtis 47,2; l. 68 (67) § 2 D., 47,2; Paolo I. 13 D. de cond. furt. 13,1); ed altre particolarità, da noi già in parte citate, che qui non mette conto di riportare.

Soltanto in due casi, a dire dello scrittore, il diritto romano non terrebbe conto della permanenza del reato. Il primo riguarderebbe la determinazione del furto manifesto: secondo la L. 6 D. de furtis 47,2, benchè il ladro commetta sempre furto finchè detiene la cosa, per determinare se il furto è manifesto o meno, si ha riguardo soltanto al momento iniziale del reato, e non si tiene alcun conto delle modificazioni giuridiche posteriori. Il secondo caso riguarda la complicità (« furtum ope consilio ») che, a quel che pare, non sarebbe possibile nel furto, dopo che questo è stato realizzato nel momento iniziale (35).

In questi due casi, pertanto, non si terrebbe conto della situazione antiggiuridica realizzata dal reato; ma, malgrado questi dubbi, su cui ci proponiamo di ritornare, il Pampaloni, in complesso, si pronuncia chiaramente per la permanenza del reato di furto.

(35) PAMPALONI, *Continuazione e ripetizione* cit., l. cit., pag. 377. Contra, FERRINI, *Dir. pen. romano*, manuale Hoepli cit., pag. 70.

5. — In seguito a tali chiarificazioni, il Ferrini ritornava sui suoi passi. Egli nei suoi ultimi studi in materia concepisce il reato di furto in diritto romano come un reato permanente « come quello che non si consuma in un dato momento, ma che raggiunge uno stato di perfezione, che dura e si estende per un certo periodo di tempo » (36). Il furto sarebbe una permanente usurpazione dei diritti del domino e la contrettazione consisterebbe tanto nella usurpazione primitiva del possesso, quanto nel suo successivo esercizio (« absidua contrectatio »). Secondo questo suo nuovo modo di vedere, la costruzione viene radicalmente mutata e le conseguenze giuridiche particolari del furto vengono spiegate più logicamente. Se il reato è permanente, infatti, nessuna meraviglia che le azioni di furto possano sorgere anche in un secondo momento; che il valore della cosa venga commisurato secondo il criterio « quanti unquam plurimi fuerit » durante il possesso criminoso; che, col mutarsi del dominio sulla cosa furtiva, l'azione di furto sorga pure in favore del nuovo titolare, permanendo il possesso del ladro; che la complicità sia possibile anche dopo il momento iniziale del reato ecc.

Nè soltanto il furto sarebbe, in diritto romano, reato permanente, ma anche il plagio e la ricettazione, benchè sia discutibile, per quest'ultima, se non debba essere intesa piuttosto come un caso di complicità nel furto.

(36) FERRINI, *Dir. pen. rom.*, Hoepli 1899 cit. pagg. 64 e segg., pag. 222. *Esposizione storica e dottrinale* cit. pagg. 35 e segg., pagg. 177 e segg.

Il pensiero del Ferrini, come ognuno vede, ha assunto, secondo questa formulazione, una forma molto più organica e decisa. Questo risultato si riflette perfino nella generale sistemazione della sua trattazione nella quale, mentre prima la « contrettazione » del reato di furto era stata considerata quasi « per incidens », adesso invece la permanenza del reato viene fatta rientrare in uno speciale capitolo riguardante la « forma » del reato, che ha a sua base il concetto fondamentale di azione, a seconda che questa assuma il carattere di « commissione » o di « omissione », di « istantaneità » o di « permanenza ».

6. — Alla tesi del Ferrini e del Pampaloni ha aderito più recentemente il Franchi (37). Egli ritiene, infatti, insieme con essi, che il furto in diritto romano sia un reato di natura permanente, ed osserva anzi che, rispetto al diritto moderno, la teoria romana è, sotto più aspetti, preferibile. La permanenza del reato sarebbe espressa col termine « continuatio » (D. 47,2, 68,2 prin.), benchè però tale terminologia, noi aggiungiamo, non sia, come altri ha già rilevato, di natura tecnica. A testimonianza della permanenza del reato di furto il Franchi invoca le leggi esaminate dagli autori cui egli si riallaccia; ma con la differenza che, mentre in quelli si riscontra una sistemazione organica dell'istituto, nel Franchi, invece, della permanenza del reato non si parla che

(37) G. F. FRANCHI, *Diritto penale romano* (i singoli reati), R. Zanoni editore, Padova 1932, pagg. 38.39.

a proposito del furto, mentre invano si cercherebbe una sistemazione di questa figura di reato nella parte generale della sua trattazione (38).

7. — Altri scrittori, invece, ritengono che di permanenza non possa parlarsi nel diritto romano e spiegano le particolarità tecniche dei passi esaminati dagli autori precedenti con ipotesi negative, benchè con una certa elasticità di opinioni. Così il Mommsen, il Campus, il Manzini.

Il Mommsen (39) nel suo classico trattato di diritto penale romano, dopo aver delimitato il concetto della « contrectatio », osserva che ogni nuova apprensione della cosa, che presenti i caratteri della « contrectatio », deve considerarsi come una ripetizione del furto; con ciò egli esclude il carattere della permanenza del reato. Alla particolarità di più contrettazioni distinte egli ricollega la speciale norma per la quale la commisurazione del valore della cosa, ai fini dell'« actio », deve essere fatta nel momento in cui essa cosa ha assunto il maggior pregio; ma nota come alcuni giuristi romani non considerino la ripetizione della « contrectatio » come una ripetizione del furto, ma invece fondino l'obbligazione che il ladro ha di pagare il maggior valore della cosa, sulla sua « mora » perpetua (Dig. 13, 1, 8, 1, l. 20). Questo pare allo scrit-

(38) G. F. FRANCHI, *Diritto penale romano* (dottrine generali), Treviso, A. Vianello, 1930.

(39) MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1899, pagg. 733 e segg.

tore tedesco anche più logico e naturale (40), ma non lo induce a costruire una teoria della permanenza del reato, costruzione che invano cercheremmo non soltanto nella parte della sua trattazione che riguarda il furto, ma anche in quelle relative alla prescrizione, al concorso di azioni, al plagio ed alla ricettazione, materie queste nelle quali si rivelano di solito le caratteristiche del fenomeno giuridico che ci interessa, ma che, invece, il Mommsen non pone in rilievo da questo punto di vista, confermando con ciò il suo atteggiamento negativo.

Così pure il Mittermaier. Questo scrittore, escludendo che si possa parlare dell'esistenza del reato continuato in diritto penale romano, sembra che alla stessa conclusione addivenga per quello che riguarda il reato permanente. Per ambedue queste forme di reato egli ricorre alla teoria del cumulo materiale delle pene (41). Della stessa opinione sono anche il Savigny (42), lo Scröter (43), il Dabelow (44) e il Crivellari (45).

(40) MOMMSEN, Op. cit. pag. 736 nota I: « was folgerichtiger ist und auch bei der Zufälligkeit der Contrectation wirksamer ».

(41) MITTERMAIER, *Della differenza fra i delitti continuati e reiterati*, negli Scritti germanici di diritto criminale raccolti dal Mori, vol. II, pagg. 91 e segg., Livorno 1846. Questo articolo figura come nota al § 138 del Trattato di dir. pen. del FEUERBACH.

(42) C. SAVIGNY, *De concursu delictorum form.*, pag. 9, Marburg 1900.

(43) C. A. SCRÖTER, *De concursu delictorum*, pag. 29 e 31, Leipzig 1811.

(44) DABELOW, *Compendio di diritto penale*, pag. 108, nota V.

(45) CRIVELLARI, *Il codice penale*, Torino, Utet 1892, vol. IV pagg. 290 e segg.

Più modernamente il Campus, nel suo ben noto lavoro sul reato permanente (46), pur notando lo speciale atteggiamento che la « continuatio delicti » ha nel diritto romano, non crede che in essa si debba riconoscere la figura della permanenza; neppure egli ritiene, a proposito della ricettazione di cose furtive, che si debba ravvisare nel fatto che il colpevole era tenuto coll'azione di furto, un caso di complicità posteriore, e, quindi, se ne debba dedurre la permanenza del reato principale. Secondo l'autore, dato il carattere di riparazione civile che in diritto romano viene attribuito alla pena in materia di delitti privati, lo speciale carattere di continuità che si può riscontrare in alcuni passi, deve essere interpretato, per quello che riguarda il furto, nel senso che esso si riferisca « più che alla lesione giuridica, alle sue conseguenze ». Così pure, in materia di ricettazione, il risarcimento del danno, essendo sorretto dal vincolo di solidarietà che stringe coloro che per fatto colposo hanno originato il danno, include anche la responsabilità dei ricettatori, che sono stata causa dell'impossibilità in cui il proprietario si è trovato di riacquistare la refurtiva e, pertanto, causa parziale del danno. Ed inoltre, secondo il Campus, sarebbe erroneo parlare di permanenza del reato ogni qualvolta il favoreggiatore è parificato al delinquente principale. Questa parificazione, a parere dell'autore, non può provare nulla, se non è accompagnata dalle altre conseguenze giuridiche che, di solito, si riallacciano alla per-

(46) CAMPUS, *Studio sul reato permanente*, Sassari 1902, pagg. 9 e segg.

manenza; così, per esempio, il diritto romano non conoscerebbe una delle caratteristiche più importanti del fenomeno della permanenza del reato: cioè, l'influenza della permanenza sul punto di decorso della prescrizione. Lacuna che non verrebbe riempita neppur dalle norme in materia di supposizione di parto e di apostasia (47), che il Campus considera come eccezioni e spiega con ipotesi particolari (48), ricollegandosi alle opinioni dell'Anton Mattheo e del Giuliani (il quale però ritiene che il delitto di apostasia fosse permanente).

Alla tesi del Campus si accosta quella del Manzini, che anche nelle più recenti edizioni del suo « Trattato », mantiene la sua vecchia opinione, secondo la quale la espressione « propter continuationem furti » non riguarda l'odierno concetto della continuazione delittuosa, e neppure quello della permanenza del reato, ma si riferisce semplicemente alla permanenza degli effetti del reato; egli, in tal modo, si riallaccia alla distinzione tra « reati permanenti » e « reati ad affetti permanenti », distinzione da lui accettata e svolta ampiamente nel primo volume del suo trattato, mentre, poi, per quello che riguarda il diritto romano, disconoscendo che si possa parlare di permanenza e di continuazione del reato in seno a tale diritto, lascia per tali infrazioni libero gioco alle regole del

(47) Cfr. fr. 19 § I D. XLVIII, XIX; c. 2 C. I, VII.

(48) CAMPUS, Op. cit. pagg. 12 e segg.; A. MATTHEO, *De criminibus*, lib. XLVIII D. tit XIX, Tom. II p. 214; GIULIANI, *Ist. di dir. crim.* lib. I, cap. IX, pag. 269.

concorso di reati, secondo quanto ci viene esposto dagli stessi giuristi di Roma (49).

In conclusione, questa larga corrente di opinioni negative dimostra l'incertezza della determinazione che ci proponiamo; ma è da notare che, in genere, mentre gli autori che sono favorevoli ad ammettere l'esistenza del reato permanente in diritto romano ci forniscono, come abbiamo già visto, largo materiale di sintesi e di costruzione, gli autori, invece, che sono contrari ad una simile concezione, si basano, per lo più, su considerazioni di carattere generale, cercando di giungere alla dimostrazione del loro assunto più per via di esclusione, che di rigorose ragioni tecniche. E questo, come vedremo, è il migliore indice della intrinseca debolezza delle loro tesi.

II

8. — Quale fosse effettivamente la costruzione dei romani in questa materia, risulterà meglio da una esposizione dei testi più organica.

Diremo subito che, a parer nostro, benchè dai frammenti della giurisprudenza romana, non ci sia dato di poter ricostruire una definizione del reato permanente, pure non si può negare che nel Digesto si tiene conto,

(49) MANZINI, *Trattato di dir. pen. secondo il codice del 1930*, Torino 1933, vol. I n. 233 I b, vol. II n. 487 nota I. Non esatta è l'interpretazione che il PILLITU dà al pensiero del Manzini e del Mommsen: PILLITU, *Il reato continuato*, Padova 1936, pag. 17.

almeno per via di intuizione, della speciale situazione anti-giuridica creata dalla persistenza del reato. Ciò si rivela specialmente attraverso alcune conseguenze giuridiche proprie di questa particolare figura d'infrazione.

Si può dare una dimostrazione abbastanza convincente di quanto affermiamo con argomentazioni tratte specialmente dal reato di furto, di ricettazione, di apostasia, di supposizione di parto ecc.

Infatti, anzitutto, si riscontra nelle fonti una fraseologia particolare in materia di furto. Si parla, infatti, di « *continuatio furti* », « *continuatio delicti* » in numerosi frammenti (50). Queste espressioni bene si adattano ad esprimere il concetto della permanenza, e, secondo noi, si riferiscono proprio ad esso. Il Pampaloni, in verità, ritiene che non si tratta di frasi che hanno un vero e proprio significato tecnico (51); benchè egli non riveli le ragioni che lo inducono ad una simile affermazione, questa non ci sembra inesatta, sia perchè manca nelle fonti una particolare proposizione generale cui queste frasi possano riferirsi, sia perchè questa terminologia non è costante, giacchè in molti passi la continuazione della contrettazione del furto è indicata in una maniera molto più confusa.

(50) Così, ad esempio, la L. 68 (67) § 2 D. de furtis 47, 2... « *propter continuationem furti* »... e numerosi altri passi. E' inutile, però, ricordare che questi termini non hanno nulla di comune col moderno concetto del « reato continuato », concetto estraneo, come già vedemmo, alla giurisprudenza romana. Come sinonimo di « permanente » il termine « continuato » è stato usato anche da autori relativamente moderni (ad es. « continuato per indole » in PUCIONI, *Commento al cod. pen. toscano*, art. 92), ed ha spesso generato molte confusioni.

(51) PAMPALONI, *Continuazione e ripetizione di furto* cit., l. cit., pag. 371, nota I. Contra cfr. FRANCHI, *Op. l. cit.*

Però, malgrado tutto, il fatto che in molti passi del Digesto affiorino simili termini ci conforta nella nostra idea fondamentale che i romani, benchè forse non conoscessero con precisione la nozione del reato permanente, di cui non ci danno una teoria generale, pure ne dovessero avere un'idea approssimativa che doveva essere stata più o meno precisa presso i vari giuristi nelle varie epoche della storia giuridica di Roma. Il particolare processo di formazione del Digesto, nel quale furono accolti a mo' di compilazione i frammenti dei diversi giuristi delle diverse epoche, spiegherebbe la saltuarietà e la irregolarità di simili espressioni.

Ma queste non sono le sole atte a provare la nostra tesi; accanto ad esse, inoltre, ne troviamo altre non meno significative. Così in altri passi, sempre a proposito del furto, si parla di « *absidua contractatio* » che pure è espressione che bene esprime una situazione anti-giuridica protrattesi nel tempo (52); ed infine, ad escludere che

(52) Di « *absidua contractatio* » si parla nella L. 9 pr. D. de furtis, 47, 2: « *Quamvis enim saepe furtum contractando fiat, tamen initio, id est faciendi furti tempore, constituere est visum, manifestus nec ne fur esset* ». In verità si disputa se invece di « *saepe* » si debba leggere « *semper* », oppure se il « *saepe* » si debba riferire alla parola « *contractando* ». In quest'ultimo caso il significato da attribuire alla parola « *contractando* » sarebbe quello di « *absidua contractatio* » di cui al frammento 9. Cfr. CARRARA, *Programma*, § 2281, nota 2; SCHULTING, *Notae ad Pand.*, in h. l.; POTHIER, *Pand. Inst.* 47, 2, n. 3, nota c. Del resto, da altri frammenti (come dal fram. 52 § 27 D. 47, 2) appare che i romani col termine « *contractatio* » indicavano anche la continuazione della contrettazione, e pertanto il « *saepe* » non nuocerebbe al senso del frammento, ma potrebbe essere un puro glossema. Cfr. PAMPALONI, *Continuazione* cit., l. cit., pag. 374, nota 9.

i diversi momenti della contrettazione possano raffigurare diversi reati col protrarsi nel tempo, si dice chiaramente « et unum tamen furtum est » (l. 68 (67) § 2 D. de furtis 47,2), indicandosi così un altro dei caratteri del reato permanente: l'unicità dell'azione incriminata nonostante la diversità dei momenti in cui essa viene a realizzarsi. La precisione di questa dizione non lascia adito a dubbi, sicchè è difficile spiegare, di fronte alla chiarezza di questo testo, come il Ferrini sia potuto giungere in un primo tempo ad ammettere, in tema di furto, una pluralità di reati dipendenti da una pluralità di contrettazioni. Vero che egli ritiene che il frammento di cui sopra sia interpolato; ma questa ipotesi, almeno secondo l'opinione che pare più degna di accoglimento, deve ritenersi azzardata (53).

In verità, anche queste ultime espressioni, come le prime, presentano un certo carattere di saltuarietà nelle fonti, ma tale carattere può spiegarsi anche per esse, tenendo presente il carattere compilatorio delle Pandette.

9. — Tralasciando ormai gli argomenti formali, vediamo di risolvere il problema esaminando il carattere che deve essere attribuito al furtum e le speciali conseguenze giuridiche che i romani riassociano a tale reato.

Si ritiene pacificamente che il furto, almeno per quello

(53) PAMPALONI, *Continuazione cit.*, l. cit., pag. 374; LANDSBERG, *Furtum des bösläubigen Besitzers*, pag. 185; CZYHLARZ, *Eigentumserwerbarten*, I, 371 e segg. (contin. GLUECK, *Comm. alle Pand.* Libro XLI, pag. 338).

che riguarda l'epoca più tarda della giurisprudenza romana, veniva ad essere realizzato con la « contrectatio », mentre nell'epoca classica potette essere consumato anche colla semplice « amotio » (« infitatio »). La « contrectatio » sarebbe l'apprensione del possesso da parte del ladro, mentre, considerata dal punto di vista passivo, sarebbe lo spoglio subito dal detentore per parte di colui che si impadronisce della cosa. Non è nostro compito entrare, a questo punto, sulle intricatissime dispute relative a questo momento e ai modi con cui tale « contrectatio » può essere realizzata. Per queste questioni rinviamo senz'altro agli studi dei romanisti, in ispecie del Pampaloni, che svolge e critica accuratamente le diverse opinioni; a noi basterà avere ricordato soltanto quella regola di carattere generale. Lo spoglio dell'altrui possesso, secondo i romani, realizzava il delitto di furto, lo *consumava*; ma non si può dire che lo esaurisse. Esso realizzava uno stato di fatto antiggiuridico che determinava, a sua volta, una serie di interessanti fenomeni giuridici.

D'altra parte, la contrettazione, per i romani, non era soltanto l'apprensione del possesso, ma anche la continuazione dell'illecita detenzione, e ad essa essi ricollegavano le conseguenze dell'illecito.

La teoria viene esposta limpidamente da Celso attraverso un caso pratico:

Celso, fr. 68 (67) § 2 D. de furtis 47,2:

« Infans apud furem adolevit: tam adulescentis furtum fecit ille quam infantis et unum tamen furtum est: ideoque dupli tenetur, quanti unquam apud eum plurimi fuit... ».

Nella fattispecie si tratta di un ladro che rubò un infante e lo trattenne presso di sè; divenuto l'infante adolescente, il ladro è tenuto anche per il furto dell'adolescente. Sicchè col furto dell'infante si realizzava uno stato di cose antiggiuridico che non si esauriva nel momento iniziale, ma che perdurava ininterrottamente, producendo ulteriori conseguenze giuridiche. Così, nella fattispecie, per il fatto che l'infante è diventato adolescente durante lo stato di illecita detenzione, il reo è tenuto responsabile non più di furto d'infante, ma di furto d'adolescente.

E' questo un segno evidente che nella mente di Celso, diversamente da quanto si può dire per altri giuristi di Roma, doveva essere ben chiara la teoria della permanenza del reato. Egli, infatti, nello stesso frammento avverte con grande chiarezza che i diversi momenti del reato, benchè importino differenti conseguenze giuridiche, non possono concretare che un solo reato (« et unum tamen furtum est », frase di cui già abbiamo rilevato il valore). E' lo stesso Celso, poi, che, continuando il suo ragionamento, parla precisamente di « *continuatio furti* » con una argomentazione giuridica che prenderemo più avanti in esame (54).

La permanenza del reato di furto si rivela ancora in altri passi in cui, senza che si parli esplicitamente di permanenza del reato di furto, si ricollegano a tale reato effetti particolari che non possono spiegarsi senza ricorrere alla teoria della permanenza.

(54) Cfr. pag. 53.

Così nei casi seguenti:

a) Ulpianus, 39 ad Sab., fr. 17 pr. I, D. 47,2.

« Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare: idcirco nec actio ei a veteribus prodita est. I. Unde est quaesitum, si fuerit alienatus vel manomissus, an furti actione teneatur. Et placet non teneri: neque enim actio, quae non fuit ab initio nata, oriri potest adversus hunc furem. Plane si manomissus contrectabit, dicendum erit teneri eum furti iudicio, quia hodie furtum fecit ».

E' noto, dice il giurista, come noi non abbiamo azione contro i nostri figli e i nostri servi che commettono un furto a nostro danno, in quanto essi sono soggetti alla nostra « potestas » e noi possiamo « statuere » a nostro piacere su di essi; potestà che, com'è noto, aveva un vero e proprio carattere penale, che, specialmente nell'epoca primitiva, fu amplissimo, sicchè era affatto superfluo, di fronte ad una potestà così ampia, di concedere un'azione particolare di furto (55).

Ma, aggiunge il giurista, se il colpevole viene manomesso, bisogna distinguere: se egli non continua nella contrettazione, non sorgerà contro di lui l'azione che non potette sorgere sin da principio; ma se egli *continua* a contrettare la cosa « dicendum erit teneri eum furti iudi-

(55) Su questa potestà penale cfr.: MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit.; v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Bd. I, 1925, pagg. 54 e segg.; v. LISTZ-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25 Auf., 1927, pagg. 38 e segg.; METZGER, *Strafrecht*, 1931, pag. 13.

cio », in quanto si può dire che egli commetta furto attualmente (56) (57).

In verità, questo frammento non contiene una visione giuridica così limpida come quella di Celso; la frase « quia hodie furtum fecit » può fare anche pensare che nella mente di Ulpiano vi fosse l'idea di una contrettazione distinta da quella iniziale; ed in ciò potrebbe trovarsi una qualche giustificazione alla prima interpretazione del Ferrini, già da noi criticata (58); ma, nel complesso, il passo sta chiaramente ad indicare che anche Ulpiano, come Celso, tiene conto della situazione antigiuridica creata dal furto, e ne riconosce le conseguenze in materia di azione (59).

(56) Si può pensare anche che Ulpiano voglia riferirsi al caso che il manomesso commetta furto « ex novo » dopo la manumissione, specialmente argomentando dalla frase « quia hodie furtum fecit ». Ma questa interpretazione toglierebbe al passo qualunque significato, giacchè non si capirebbe a che scopo il giurista cerchi di dimostrare in maniera così accurata ciò che non può essere dubbio, cioè, che il manomesso, come « compos sui », risponda senz'altro dei furti che commette dopo la manumissione. Sicchè, se si considera poi che col termine « contrectatio » i romani indicano anche il perseverare nella contrettazione, il significato del passo non può essere che quello esposto nel testo.

(57) Contro il servo che continua a contrettare la cosa dopo che è diventato libero, vi è, oltre l'actio furtiva, la conditio furtiva. Cfr. CELSO, I, 15 D. de cond. furt. 13, 1.

(58) Cfr. sopra § 3.

(59) Anzi, si basa su una sottile distinzione, e cioè la possibilità in cui il ladro si trova di restituire la cosa. Questa distinzione, notata dal Carrara, è stata invocata anche recentemente come atta a risolvere il problema fino a che punto il furto possa concepirsi reato permanente.

b) Abbiamo detto come la contrettazione sia costituita non soltanto dal momento iniziale, ma dal permanere dell'azione criminosa. Ogni atto che sia l'espressione di questa azione, rientra nel reato permanente e non può essere incriminato a parte. Si ha, cioè, un unico reato, quello permanente, e non un concorso di reati rappresentati dai diversi atti che realizzano l'azione.

Se taluno, ad es., cancella od altera un documento altrui, e poi lo ruba, commette due distinti reati e risponde tanto ex lege aquilia, che per furto; se, invece, egli prima ruba il documento e poi vi fa cancellazioni, non commette che il solo delitto di furto, in quanto gli atti successivi al momento iniziale, in cui il furto si è realizzato, non sono che modi di manifestazione della « contrectatio »:

Fr. 27 § 3 e fr. 28 D. 47,2.

« Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corrumpit.

28. Paulus libro nono ad Sabinum. Sed si subripuit, priusquam debeat, tanto tenetur, quanti domini interfuit non subripi: delendo enim nihil ad poenam adicit ».

c) Così pure, se un servo prima dell'adizione dell'eredità ruba una cosa e continua a contrettarla anche dopo che è diventato libero, non è esposto, in grazia della permanenza del reato di furto, che ad una sola azione di furto, mentre se egli ha danneggiato la cosa ereditaria prima e dopo la manumissione, sarà tenuto per due azioni di danneggiamento (60):

(60) FERRINI in *Enciclopedia* cit., pag. 133.

Fr. 48, D. 9,2.

« Paulus, libro trigesimo nono ad edictum. Si servus ante aditam hereditatem damnum in re hereditaria dederit et liber factus in ea re damnum det, utraque actione tenebitur, quia alterius et alterius facti hae res sunt ».

d) Del tutto simile è il caso contemplato dal fr. 3 princ. D. 25,2: non c'è azione di furto contro la moglie che sottrae qualche cosa al marito, giacchè ella è in condizione di figlia « in potestate » e non ha capacità patrimoniale; però, se, dopo il divorzio, continuerà a contrettare le cose sottratte durante il matrimonio, sarà tenuta per furto:

Fr. 3 pr. D. 25,2.

« 3 Paulus libro septimo ad Sabinum. Et ideo, si post divortium easdem res contrectat, etiam furti tenebitur ».

Quest'ultima fattispecie si riferisce più che altro alle conseguenze del reato permanente in materia di azione penale. Vedremo, infatti, più innanzi, come esse siano rilevanti e significative.

e) La permanenza del reato esplica la sua influenza anche sui frutti della cosa furtiva. Essi vengono considerati furtivi, in quanto la loro percezione non è che uno degli atti di disposizione con cui si manifesta la illecita « contrectatio ». E come sono furtivi i frutti che vengono rubati senza che venga sottratta pure la cosa madre (61), così, ed a maggior ragione, debbono considerarsi furtivi quelli che sono prodotti dalla cosa rubata (62).

(61) D. 47, 2, 25, 2. 43, 24, 7, 5 ecc.

(62) FERRINI, *Appunti* cit., pag. 161; contra LANDSBERG, *Furtum des bösgl. Bes.* cit., pag. 185 e segg.; cfr. pure C. 6,

In tal senso i testi affermano che l'ancella fuggitiva, che è ladra di se stessa, viene considerata anche ladra del proprio parto, che lei stessa ha contrettato:

Fr. 61 (60) D. 47,2.

Africanus, libro septimo quaestionum:

2, 12 pr.; sotto vari aspetti vedi: PAMPALONI, *Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto*, cit. pag. 306; WETZELL G. W., *Windicationsprozess*, Leipzig 1845, pag. 166 nota I; SCHIRMER, *Grundidee der Usucapion*, 1855, pag. 143; UNTERHOLZNER, *Die Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz*, Breslau 1875, pag. 122 osser. I; *Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre*, Leipzig 1878, vol. I, pag. 216, e note dello SCHIRMER ivi.

Il JHERING, *Esprit du Droit romain*, trad. O. DE MEULENAERE, pag. 2 nota 15 e pag. 87 vol. IV, ritiene che il disposto delle XII Tavole per il quale il convenuto soccombente, non importa se di buona o mala fede, deve restituire il doppio dei frutti, riposa sull'idea del furto. La legge 15 de usuris D. 22, 1 proverebbe che questo principio è passato nel nuovo diritto.

Il GOEPPERT, *Ueber die organische Erzeugnisse*, Halle 1869, pag. 201 e segg., ritiene che il ladro, percependo i frutti della cosa rubata, non possa rendersi colpevole di furto: « Il concetto del delitto di furto se anche non presuppone il togliimento di un possesso sussistente (come per es. apparirebbe dalla l. I § 15 si is qui testam. liber. D. 47, 4), presuppone nondimeno nella sua « contrectatio » un sottrarre, un levar via. L'appropriazione dei frutti, fatta dal ladro dopo commesso il furto, e dal possessore di mala fede dopo la presa di possesso, non può essere riguardata come tale, poichè i frutti non sono mai stati in possesso del proprietario della cosa principale o di un terzo. E' da notare, però, che queste difficoltà concettuali scompaiono se si fa derivare la furtività dei frutti della cosa rubata dalla permanenza del reato di furto, giacchè, in tal caso, non è necessario far dipendere la furtività di essi da una lesione dell'altrui possesso indipendentemente da quella della cosa principale, ma basterà far risalire a quest'ultima anche la furtività dei frutti stessi.

« Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intellegitur, ita partum quoque contrectando furtivum facit » (63).

Così pure, secondo Ulpiano, Fr. 48,5 D. 47,2, qualora venga sottratta una ancella che sia già incinta o che concepisca presso il ladro, il parto viene ritenuto furtivo sia che avvenga presso il ladro stesso, che presso un possessore di buona fede. Infatti, il feto è stato concepito mentre il ladro usufruiva della illecita detenzione della cosa. Qualora, invece, l'ancella abbia concepito presso il terzo, poichè il feto non è stato viziato nella sua origine dalla delittuosa contrettazione del ladro, il parto non è affetto da furtività:

Ulpianus, 42 ad Sab., 5: « Ancilla si subripiatur praegnans vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur sive apud bonae fidei possessorem: sed in hoc posteriore casu furti actio cessat. Sed si concepit apud bonae fidei possessorem ibique peperit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit ».

Questa decisione è tra quelle da cui si può desumere come i romani ritenessero permanente il reato di furto finchè la cosa rimaneva nelle mani del ladro (64); ciò che è certamente equo e che ben risponde anche al moderno

(63) Nella *Vulgata* si legge « furtum facit », ciò che è anche più significativo. Il GOEPPERT intende il passo nel senso che la schiava abbia preso con sè nella fuga il parto già parторito durante la schiavitù: GOEPPERT, *Organische Erzeugnisse* cit. pag. 199.

(64) Cfr. sopra pagg. 26.27; L. 4 § 19 de usurpationibus D. 41, 3.

spirito dell'istituto, che si spira ad un principio di reazione dell'ordinamento giuridico alla volontà delittuosa permanentemente operante, reazione che non ha più ragion d'essere ogni qual volta quest'ultima cessa di esistere.

f) Riflessi della teoria della permanenza si trovano pure in materia di specificazione: la cosa specificata, che ha origine dalla cosa furtiva, deve anche essa reputarsi furtiva:

Fr. 14 § 2 D. 13,1.

Iulianus libro vicensimo secundo digestorum:

« Bove subrepto et occiso conductio et bovis et corii et carnis domino competit, scilicet si et corium et caro contrectata fuerunt: cornua quoque condicentur...

3. Idem iuris est uvis subreptis: nam et mustum et vinacia iure condici possunt ».

In verità, è discusso se nella fattispecie si tratti di specificazione vera e propria (65); nè possiamo addentrarci in una discussione che ci porterebbe molto lontano (66). Se, però, il passo deve essere interpretato come

(65) Contra: CZYHLARZ, *Eigentumserwerbsarten* cit. I, 263 e segg. In favore: FERRINI, *Appunti* cit., pag. 164 e segg.; Idem, *Appunti sulla dottrina della specificazione* in « *Opere* » cit. vol. IV pag. 43 e segg. e nel Bull. Ist. dir. rom. 2, 1889, pagine 182-247. Cfr. pure GAI0, 2, 79.

(66) Gli autori in genere distinguono la specificazione della cosa altrui fatta in buona fede, da quella fatta in mala fede, ma generalmente ammettono che la specificazione di cosa furtiva sia viziata da furtività; invece non sono d'accordo sulla questione se debba ritenersi furtiva anche la cosa che sia stata specificata da cosa furtiva da chi non è ladro, benchè possessore di mala fede. Cfr.: PAMPALONI, *Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto*, cit. I, cit. pag. 296; WINDSCHEID, *Pandekten*, § 187, nota 3; ARNDT-SERAFINI, *Pandette*, § 155;

un caso di specificazione, è certo che la permanenza del reato di furto è quella che spiega la furtività della cosa specificata (67), e questa è pure la spiegazione che deve essere attribuita ad altri casi analoghi (68).

10. — Ho già accennato alla lettera *d*) del paragrafo precedente come la permanenza del reato di furto in diritto romano importi rilevanti conseguenze giuridiche relative all'actio.

Infatti, anzitutto, l'azione di furto che in origine non era sorta per la presenza di circostanze impedienti, può sorgere, appunto per la permanenza del reato, quando tali

BRINZ, *Pandekten*, § 149, pag. 576; SEUFFERT, *Eroerterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts*, 2. parte n. 4. GESTERING, *Lehre von Eigentum* § 35, pag. 267. Cfr. specialmente SELL W., *Versuche im Gebiete des Civilrechts*, Giessen, 1853, parte I, n. 5, pag. 194.

(67) SELL W., *Op. cit.* p. 196: « Con la contrettazione della cosa, allo scopo di formarne suo nomine una nuova species, il possessore la fa divenire una res furtiva. Preciò il caso della specificatio mala fide è in questo perfettamente uguale al caso in cui lo specificante aveva già precedentemente rubato la materia impiegata alla formazione della nuova species. E noi dobbiamo accettare che in tutti i casi di specificatio mala fide, secondo la lettera e lo spirito del diritto romano, vi sia un delitto di furto ».

Il ROSSHIRT, *Abhandlungen civilistischen und criminalistischen Inhalts*, Heidelberg 1839, vol. III, pag. 262, nota 12, ammette che quando lo specificante è al tempo stesso il ladro, si può intentare contro di lui l'actio furti, e cita la l. 52 § 14 D. de furtis 47, 2 e la l. 4 D. de rei vindicatione 6, I.

(68) L. 4 § 20 de usurpationibus D. 41, 3: « Si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva est ».

cause vengano meno. Così, il sopravvenire del divorzio nel caso di furto consumato da uno dei coniugi; della manumissione, nel caso di furto da parte dello schiavo ecc. Su queste circostanze non insisto di più, dato che già risultano dall'esposizione dei casi precedentemente esaminati. Occorre, invece, porre in particolare rilievo altri atteggiamenti che l'actio furti viene ad assumere in grazia della permanenza del reato:

a) anzitutto, dalla pluralità di atti di disposizione, attraverso i quali si estrinseca la illecita signoria del ladro sulla cosa, non nasce una pluralità di azioni, ma un'azione penale unica, che investe tutto il comportamento dell'agente:

Pomp. 6 ad Sab. fr. 9 pr. 47,2; « Ei qui furti actionem habet, absidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quos crevisset postea res subrepta ».

Se, pertanto, tutto l'illecito comportamento del ladro importa una sola actio, è segno che esso, come ho già detto (69), costituisce un'unica azione criminosa, di cui i vari momenti di disposizione non rappresentano che i singoli atti, che non realizzano, singolarmente presi, altrettanti reati. Unica è la contrectatio, unica è l'azione penale che la colpisce. Il fatto che i vari atti di disposizione non siano incriminati uno per uno con altrettante azioni penali, è l'indice più chiaro che l'azione da cui dipendono deve considerarsi unica e permanente.

(69) Cfr. sopra pag. 9 e segg.

b) che il reato sia permanente, e che questo stato di cose antiggiuridico sia continuamente rilevante pel diritto, è dimostrato anche da un'altra particolarità giuridica relativa all'actio. E' noto infatti come i romani distinguessero il furto manifesto da quello non manifesto e li colpissero con due differenti azioni penali: *l'actio furti manifesti* e *l'actio furti nec manifesti*, delle quali la prima importava una sanzione alquanto più grave (70).

Orbene, può darsi che, durante il perdurare del reato, in seguito al sopravvenire di speciali circostanze che rendano manifesto il furto che prima non era tale, l'actio furti nec manifesti si trasformi in actio furti manifesti:

Ulp. 40 ad Sab. fr. 21 pr. D. 47,2.

« Si quis armarium, quod tollere non poterat, aperuerit et omnes res, quae in eo erant, contrectaverit atque ita discesserit, deinde reversus unam ex his abstulerit et antequam se reciperet quo destinaverat deprehensus fuerit, eiusdem rei et manifestus et nec manifestus fur erit » (71).

In questo passo il furto, che nel momento d'inizio si rivela nec manifestum, diventa manifestum se il ladro viene poi colto sul fatto durante le successive apprensioni (72).

(70) MOMMSEN, Op. cit. pag. 750, 751; FERRINI, Op. cit. in Pessina pag. 177 e seg.

(71) Cfr. anche il fr. 35 § I D. 47, 2.

(72) Il frammento continua con un caso analogo: « ... sed et qui segetem luce secatur et contrectat, eius quod secatur (si partem deinde asportans deprehenditur antequam se recipiat quo

In verità, il passo limita il tempo, nel quale il furto può essere dichiarato manifesto, fino al momento in cui il ladro porta le cose nel luogo dove ha divisato di portarle. Questa limitazione si riallaccia ad una teoria che non aderì al concetto della permanenza per quanto riguarda la flagranza del reato. Riportandosi a tale teoria, si è creduto modernamente che non potrebbe parlarsi di trasformazione dell'actio a causa della permanenza del reato di furto, e si è invocato il testo seguente:

6 Paulus libro nono ad Sabinum.

« Quamvis enim saepe furtum contrectando fiat, tamen initio, id est faciendi furti tempore, constituere visum est, manifestus nec ne fur esset ».

In questo passo Paolo afferma che, benchè il ladro commetta continuamente furto col detenere la cosa, per determinare se il furto è manifesto o meno, si deve guardare soltanto ai primi momenti in cui il furto si è realizzato e non anche ai successivi; pertanto, non si terrebbe conto, ai fini della dichiarazione del furto palese, dello stato antiggiuridico posteriore posto in essere dall'azione iniziale. E di questo parere è stato il Pampaloni.

Ma, benchè non si possa negare che questa sia la dottrina che vige nel Digesto, si deve ricordare che essa non fu sempre seguita; che anzi ci risulta che altre opi-

destinaverat) manifestus et nec manifestus fur est ». Nel frammento riporto il completamento proposto dal Ferrini in *Cogliolo*, cit. pag. 158. Il Pampaloni, con un modo di vedere alquanto differente, pone il caso in relazione col concetto della reiterazione del furto, piuttosto che con quello della permanenza: PAMPALONI, *Continuazione e ripetizione* cit. I. cit. pag. 381.

nioni esistevano in materia e ad esse accenna Paolo colla frase: « *Quamvis enim furto contrectando fiat...* ». Tali opinioni differenti ci vengono esposte esplicitamente da Gaio nelle sue Istituzioni:

Gaio 3 § 184. « *Manifestum furtum quidem id esse discerunt, quod dum fit, deprehenditur: alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit: velut si in oliveto olivarum, in vineto uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse discerunt, donec perferret eo, quo perferre fur destinasset: alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit: sed et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit, quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant* ».

Secondo le parole di Gaio, per determinare se il furto era manifesto, alcuni guardavano al momento iniziale, ritenendo manifesto il furto che veniva scoperto nel momento che si commetteva; altri, spingendo più oltre la cosa, lo reputavano tale, se veniva scoperto nel luogo in cui era attuato (per es. se fossero state rubate delle olive, il furto, era manifesto finchè il ladro si trovava nell'oli-

veto); altri, specificando anche di più, dissero che il furto era manifesto finchè il ladro non ha portato la cosa là dove aveva divisato di portarla; ma questa opinione, secondo Gaio, non è accettabile, perchè non si sa se ciò si deve circoscrivere nello spazio di un giorno o di più giorni, specie quando si tratta di ladri che trasportano la refurtiva in altre città o in altre provincie. Infine, sempre secondo le parole di Gaio, altri ritenevano che il furto era manifesto ogni *qual volta il ladro « eam rem tenens visus fuerit »*. Questa opinione, cui Gaio si riferisce col suo « *quamvis* », secondo me, si riallaccerebbe alla permanenza del reato; perchè, se si poteva dichiarare manifesto il furto ogni qual volta si vedeva il ladro contrettare la cosa, è segno che per tale dichiarazione, almeno secondo una corrente giurisprudenziale, era rilevante ogni momento dello stato antiggiuridico realizzato. E' vero che questa opinione è ricordata da Gaio come disapprovata, ma il fatto stesso che essa sia esistita sta a provare che, anche per quello che riguarda la flagranza del furto, si tiene conto da parte di alcuni del carattere permanente del reato; mentre il fatto che questa corrente non sia riuscita ad affermarsi completamente non può significare altro se non questo: che il reato permanente non ebbe in Roma una completa elaborazione tecnica, cosa, del resto, ben naturale per una giurisprudenza molto antica, che non possedeva in maniera precisa un concetto dommatico, che è tuttora di difficile comprensione.

Si può anche pensare, però, che i romani abbiano limitato deliberatamente l'estensione del momento in cui il furto può dichiararsi manifesto, considerando, come po-

trebbe anche ammettersi da un certo punto di vista, che il carattere di « manifesto » non è generale della « contrectatio », ma proprio del modo con cui questa viene realizzata nel momento dell'usurpazione del possesso. Ed anche in questo caso, poichè si tratterebbe di un particolare di prospettiva, non potrebbero trarsi da esso elementi per concludere contro la tesi da me sostenuta.

Questi ragionamenti non solo tolgono ogni base logica a coloro che vorrebbero trarre dal fr. 6 D. 47,2, argomenti contro l'esistenza del reato permanente in diritto romano (73), ma provano altresì che, almeno da una parte dei giuristi di Roma, si tenne conto della situazione anti-giuridica realizzata dal reato anche per determinare la paleosità del furto, in quanto una manifestazione esteriore della contrettazione poteva venire in considerazione durante la permanenza del reato per trasformare il furto da « nec manifestum » in « manifestum »; solo esigenze pratiche o insufficienza di elaborazione tecnica dovettero impedire a questa teoria di passare nel Digesto.

c) Sempre a proposito dell'actio, si deve notare che, a causa della permanenza del reato, la commisurazione del valore della cosa, ai fini dell'actio e della condictio, si faceva secondo il maggior valore che la cosa poteva assumere presso il ladro durante l'illecita detenzione, sia che ciò avvenisse per virtù della cosa stessa che per « impensae » fatte dal ladro su di essa. Anche sotto questo aspetto, pertanto, si teneva conto dello stato antiggiuridico permanente.

(73) In tale maniera possono essere dissipati i dubbi del PAMPALONI, cfr. sopra pag. 13, nota 35; FERRINI in Pessina cit. pag. 37 e 38.

A questo proposito, in verità, sembra che ci sia stata discussione tra i giuristi di Roma. Sabino, infatti, riteneva che, poichè l'azione di furto è concessa una sola volta, malgrado i diversi atti di disposizione della cosa, essa dovesse ricollegarsi soltanto al momento iniziale e non ai successivi. Tale modo di pensare ci è riferito da Pomponio che vi aderisce:

Pomp. 6 ad Sab., fr. 9 pr. 47,2:

« Ei qui furti actionem habet, absidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod crevisset postea res subrepta ».

Abbiamo già rilevato come l'unicità dell'azione penale sia uno dei caratteri della permanenza del reato e come essa non solo non sia illogica, ma concordi pienamente col sistema romano del furto. Logicamente Celso, criticando la superiore opinione nel già citato fr. 68 § 2 D. 47,2, osserva: « nam quod semel dumtaxat furti agi cum eo potest, quid refert propositae quaestioni? » Che cosa ha a che vedere col nostro quesito il fatto che si può intentare l'actio una sola volta? Ciò non significa che essa si generi nel momento iniziale. L'ammettere il contrario, osserva il giurista, porta a risultati ridicoli: il ladro dell'infante che trattiene l'infante e se ne avvantaggia per molti anni anche quando questi è diventato adolescente, verrebbe ad essere punito meno di colui che lo rubi soltanto quando è diventato adolescente (74).

Questa critica fu così efficace che la teoria sostenuta

(74) « Et quid tam ridiculum est quam meliorem furis condicionem esse propter continuationem furti existimare? ».

da Celso ebbe presto il predominio, diversamente da quello che era successo per la disputa relativa al furto manifesto precedentemente esaminata.

Infatti, Ulpiano si pronuncia conformemente all'opinione di Celso nel fr. 50, pr. D. de furtis 47,2:

« ... quod si pretiosior facta sit (la cosa rubata) eius duplum, quanti tunc, cum pretiosior facta est, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse verius est ».

La soluzione di Celso fu estesa anche alla « *condictio furtiva* »:

Paolo fr. 13 D. de cond. furt. 13,1:

« ... Ergo in conditione poculorum etiam caelaturae aestimatio fiet, quae impensa furis facta est: quemadmodum si infans subreptus adoleverit, aestimatio fit adulescentis, quamvis cura et sumptibus furis crevit »; al quale passo fa poi riscontro quello di Ulpiano fr. 8 § I D. de cond. furt. 13,1:

« Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. placet tamen id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit, maxime cum deteriore rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur » (75).

(75) Il passo, però, non può intendersi che limitatamente al tempo in cui la cosa fu nelle mani del ladro: Trifonino fr. 29 D. de act. rer. amot. 25, 2; PAMPALONI, *Continuaz.* cit. pagina 372 nota 4. Da questa particolarità si possono trarre altri argomenti in favore di quanto abbiamo già detto: che, cioè, la permanenza del reato di furto in dir. rom. abbia ad intendersi limitatamente al tempo in cui la cosa è nelle mani del ladro.

Questo frammento, in verità, pone a fondamento della maggiore obbligazione del ladro, la perpetua mora nella quale egli viene a trovarsi. Cosa che al Mommsen (76) è sembrata molto ragionevole. Ma non si può dire che l'ammettere la mora perpetua del ladro escluda il carattere permanente del reato; i due concetti sono, sì, in rapporto di relazione, ma non di relazione causale. Anzi, è da rilevare che il ladro è trattato più severamente del debitore ordinario, in quanto non soltanto è in mora, ma è condannato a pagare il più alto valore della cosa. Ciò significa che nella mora del ladro si riscontrano elementi che non sono attribuibili alla comune mora del debitore, ma si riallacciano alla permanenza del reato (77).

d) In grazia della permanenza del reato, l'azione penale contro il ladro, col mutarsi del titolare del dominio sulla cosa, passa al nuovo titolare qualora il possesso del ladro continui:

fr. 47 D. 47,2 Paulus libro nono ad Sabinum:

« Si dominium rei subreptae quacumque ratione mutatum sit, domino furti actio competit, veluti heredi et bonorum possessori et patri adoptivo et legatario ».

Veramente in questo passo è data la più larga estensione al concetto della trasmissibilità dell'azione; essa, pe-

(76) MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. pag. 736, nota I.

(77) FERRINI, *Diritto romano*, Hoepli, 1898, p. 106 e seg.; MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora* (Beiträge zum Obligationenrecht, Abth. 3), 1855; KNIEP, *Die Mora des Schuldners*, 1871; SCHEY, *Begriff und Wesen der mora creditoris*, 1884; CUQ, *Voce « Mora » nel Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, sous la direction de Mm. Ch. Aremburg, Edm. Saglio et Edm. Pottier, Paris, 1904.

rò, deve essere limitata al caso che il ladro *continui* a tenere la cosa (78). Infatti, l'azione penale di furto spetta normalmente al proprietario, e, nel caso di successione universale, passa al successore universale (79). Però, quando vi è una successione a titolo particolare, l'a. passa all'erede e non al legatario (80), a meno che il ladro *continui* a contrettare la cosa. In quest'ultimo caso egli avrà direttamente l'a. in suo nome, giacchè il ladro, continuando l'illecita detenzione della cosa, viola direttamente il diritto del proprietario:

fr. 67 (66) D. 47,2, Paulus libro septimo ad Plautium:

« Si is cui res subrepta sit, dum apud furem sit, legaverat eam mihi, an, si postea fur eam contrectet, furti actionem habeam? Et secundum Octaveni sententiam *mihi soli* competit furti actio, cum heres suo nomine non habeat, [quia, quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat] ».

Del resto, il richiedere per il trapasso dell'a. furti l'attualità della detenzione da parte del ladro, si accorda perfettamente colla permanenza del reato e colle altre regole ad esso relative già precedentemente esaminate.

(78) Cfr. CUIACIO, *Notae ad lib. 47 Dig.* (Opera ed. Prati 1836, vol. III, p. 639; FERRINI, *Appunti cit.* pag. 159; PAMPALONI, *Continuazione cit.* pag. 377.

(79) Fr. 41 § I, fr. 47 D. 47, 2.

(80) Fr. 10 § 2; fr. II D. de cond. furt. 13, 1; fr. 13 § 3, fr. 14, fr. 15 pr. D. ad l. Aquiliam 9, 2.

11. — Un ultimo punto rimane ancora da chiarire in materia di furto. E' noto come tale reato non sia una figura giuridica isolata, ma sia ricollegata ad altri reati, come il favoreggiamento e la ricettazione, che, insieme colle varie forme di correatità e di complicità, rendono particolarmente difficile di determinare con precisione i lineamenti di ognuna di tali infrazioni (81). Tale preoccupazione, che si è perpetuata fino ai tempi più moderni (82), diventa veramente grave qualora si venga alla conclusione che il furto deve essere considerato come un reato permanente. In tal caso, infatti, gli atti di favoreggiamento, in quanto si esplicano non più in relazione ad un'azione compiuta, ma ad una, invece, tuttora in svolgimento, debbono essere considerati espressione di quest'ultima, e non potrebbero più rappresentare una entità giuridica indipendente, sibbene cadrebbero sotto le regole della complicità.

Sotto questo profilo, l'esaminare nei diversi frammenti del Digesto la regolamentazione giuridica del comportamento illecito di coloro che sono intervenuti in un secondo momento col loro operare nel reato di furto, ci potrà fornire nuovi lumi sulla questione che ci interessa.

(81) Anche perchè in diritto romano, benchè si distinguano i complici dai coautori soltanto quest'ultimi sono parificati ai rei principali (c. 7 C. IX, XVI; fr. I D. 48, 8 e fr. 2 D. 48, 10; GAIUS 3, 202). E poichè, se il favore prestato durante la permanenza del reato deve essere considerato partecipazione, esso può venire in considerazione sia come correatità che come complicità, ed il trattamento fatto dalle fonti a tali forme di aiuto è differente, si rende molto arduo il valutare gli argomenti tratti dai passi del Digesto: CAMPUS, *Op. cit.* pag. 12.

(82) Cfr. sopra pag. 12 nota 11.

I delitti di favoreggiamento e di ricettazione si sono distaccati dai casi di complicità attraverso una faticosa evoluzione storica; il carattere di accessorietà di tali delitti a quello di furto fu, però, notato sin dai tempi più antichi (83), ma soltanto nel secolo passato se ne riconobbe più nettamente il profilo, specialmente per opera del Nani, del Carmignani e del Sander, che partirono dal concetto della impossibilità logica di concepire una complicità « a posteriori » (84); concezione ormai completamente abbandonata (85), ma che contribuì efficacemente a facilitare l'opera di distinzione. La difficoltà della quale è ancora così sensibile che l'attuale nostro codice ha dovuto ritoccare le norme del codice Zanardelli, segnando un notevole progresso tecnico (86).

Ciò non pertanto, il diritto romano conosceva già il favoreggiamento (87) e la ricettazione come figure delittuose distinte; chè anzi notevole è l'elaborazione di esse nel Digesto. Però, almeno da quello che può desumersi

(83) PLATONE, al libro *De legibus*, dial. 12, lasciò scritto: « Si quis rem furto sublatam sciens susceperit, in eadem culpa erit quam ille qui furatus fuerit ». AULO GELLIO (lib. II c. 18) ricorda che gli antichi greci, come gli antichi romani, punivano il ricettatore alla pari del ladro.

(84) CARRARA, *Ricettazione dolosa* cit. I. cit. pag. 428; GIULIANI, *Ist. di dir. crim.*, 1840, vol. I, pag. 199.

(85) CARRARA, *Ricettazione dolosa*, cit.

(86) Cfr. art. 648 (art. 424 c. p. Zanardelli) e la Relazione del Guardasigilli p. II pag. 471 nei Lavori preparatori; art. 378 (art. 225 c. p. Zanardelli) e la Relazione del Guardasigilli p. II pag. 176 l. cit.

(87) Non è di questo parere il MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* p. 101; ma il FERRINI, *Esposizione* cit. pag. 124, 125 ne ha confutato le conclusioni.

dall'esame di alcuni testi, i romani concepirono, in grazia della permanenza del reato di furto, tutti gli aiuti prestati al ladro allo scopo di assicurare il bottino, come veri atti di complicità nel furto, lasciando al favoreggiamento e alla ricettazione il compito di colpire tutti quegli atti di adiuvamento delittuoso che non potessero riallacciarsi ad una azione perdurante.

Intanto, l'esame dei testi può servire a chiarificare il problema e può farci anche intendere quanto lunga ed elaborata sia stata la trasformazione di questa materia.

Abbiamo, infatti, accennato come nella giurisprudenza romana esistessero varie dottrine che riponevano la consumazione del reato di furto in differenti momenti dell'azione criminosa del ladro (88). Da queste varie dottrine sono sicuramente influenzate le soluzioni relative alla complicità che ci vengono tramandate dal Digesto e che hanno originato molteplici dubbi negli autori moderni.

Anzitutto, si riallaccia alla teoria che dice essere manifesto il furto finchè il ladro non porta la cosa nel luogo « quo destinaverat » (89), una serie di passi nei quali l'opera degli adiuvatori interviene precedentemente a questo momento finale. Non è dubbio che questi partecipi sono dei complici veri e propri, e che il reato di furto, nei confronti della suddetta teoria, debba reputarsi permanente almeno fino a tale momento; il che poteva importare anche uno spazio di parecchi giorni, nel caso di refurtiva tra-

(88) GAIO, III, 184.

(89) Fr. 3 § 2, fr. 4 D. de furtis 47, 2; § 3 Inst. de obli. quae ex del. nasc. 4, I.

sportata da città a città o da provincia a provincia, secondo quanto ci riferisce lo stesso Gaio.

Per questa prima distinzione, per la quale la permanenza del reato dovrebbe restringersi ad uno spazio di tempo più limitato, si confrontino i passi seguenti (90):

fr. 35 pr. D. de furtis 47,2:

Pomponius libro nono decimo ad Sabinum.

« Si quis perferendum acceperit et scierit furtivum esse, constat, si deprehendatur, ipsum, dumtaxat furem manifestum esse, si nescierit, neutrum, hunc, quia fur non sit, furem, quia deprehensus non sit ».

Se, pertanto, Tizio si offre di portare la cosa sul luogo destinato e vien sorpreso mentre la trasporta, è ritenuto colpevole di furto manifesto. Così pure, se Tizio nasconde il ladro che ha con sé la cosa rubata, prima che questi riesca a rifugiarsi nel luogo « quo destinaverat eo die manere cum eo furto », Tizio si rende complice del furto:

fr. 48 § I D. de furtis 47,2, Ulpianus, libro quadragens. secundo ad Sabinum: « Qui furem novit sive indicet eum sive non indicet, fur non est, cum multum intersit, furem quis celet an non indicet: qui novit, furti non tenetur, qui celat, hoc ipso tenetur ».

In tutti questi casi si tratta di vera e propria complicità (91); in essi l'attività del coautore interviene durante

(90) PAMPALONI, *La complicità*, ecc., cit. pag. 50 e segg.

(91) Si può, infatti, partecipare al furto « ope consilio »: fr. 50 § 3 D. 47, 2, Ulpiano: « opem fert qui ministerium atque adiutorium ad surripandas res praebet »; § 4 eod. « qui faunum rubrum ostendit fugavitque pecus »; fr. 55 § 4 eod. Gaio, « Qui ferramenta sciens commodaverit ad ascendendum »;

la permanenza del reato che, secondo la teoria fondamentale cui questi passi si riallacciano, sussisteva finché il ladro non avesse portato la cosa nel luogo « quo destinaverat »; questo modo di vedere influenza la regolamentazione della complicità nel delitto di furto nel senso che fa cadere sotto di essa soltanto gli atti di aiuto preordinato, escludendo per contro tutti quegli atti di assecondamento, che vengano a realizzarsi dopo quel momento. E' chiaro, pertanto, come, secondo questa soluzione, la permanenza del reato di furto sia di ben limitata estensione, e come molto ristretto sia lo spazio di tempo in cui possono realizzarsi, posteriormente all'inizio della « conrectatio », atti di complicità nel furto. Sotto questo aspetto, i passi esaminati non conforterebbero troppo le mie precedenti affermazioni, chè anzi sarebbero più consoni ad una concezione più ristretta della permanenza del reato di furto. Ma noi sappiamo che, secondo quanto Gaio ci riferisce (III, 184), la teoria che ritiene il furto flagrante finché il ladro non abbia nascosto la cosa nel luogo « quo destinaverat », è una soltanto delle numerose opinioni che esistettero in proposito. Per contro, vi furono di quelli che ritennero il furto perpetuamente flagrante finché il ladro detenesse la cosa. Questi giuristi concepirono la possibilità di una complicità « a posteriori » durante l'intero perdurare dell'azione criminosa, e per essi, naturalmente, ogni atto di aiuto dei terzi al ladro fu vero e proprio atto di

Gaio III, 202 « qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi, ut alius subriperet aut oves aut boves tuas fugavit... et hoc veteres scripserunt da eo qui panno rubro fugavit armentum ».

complicità, qualora tale aiuto fosse sopravvenuto finchè quegli avesse tenuto a sua disposizione la cosa. Questo modo di vedere conforta la nostra tesi che il reato di furto sia considerato permanente da alcuni dei giuristi di Roma; giacchè, se gli atti di aiuto prestati dai terzi dopo il momento iniziale della « *contrectatio* » sono considerati atti di complicità, è segno che il diritto leso dal ladro è ancora violabile da coloro che prestano la propria opera dopo il momento iniziale.

A questa concezione si riferisce Sabino per bocca di Gellio: un servo fuggitivo — che è considerato ladro di se stesso (92) — era venuto a passare casualmente davanti al padrone che, naturalmente, se se ne fosse accorto, l'avrebbe ripreso. Ma un Tizio, fingendo di ammantarsi, lo aveva coperto colla sua toga, impedendo così che il padrone ravvisasse il servo. Secondo la teoria della perpetua flagranza del reato di furto, il comportamento di Tizio deve essere ritenuto vera e propria complicità. Ed a ciò si riferisce Sabino con una forma che esprime la sua meraviglia, in quanto che egli, come risulta da altre fonti (93), non aderiva affatto a quella teoria:

Gellio, *Noct. Att.* XI, 18 § 14:

« *Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit, furem esse hominis iudicatum, qui cum fugitivus praeter oculos forte domini iret obtentu togae, tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset* ».

(92) Cfr. const. I C. de fugitivis 6, I; contra DEJARDINS, *Op. cit.* pag. 183 n. 4, ma senza serie argomentazioni.

(93) GELLIO, *Noct. Att.* XI, 18, II; fr. 4 D. 47, 2.

Ma, se Sabino rigettava una simile soluzione, altri autori, invece, la trovavano naturale e decidevano casi analoghi in conformità di essa. Si possono confrontare in tal senso diversi passi.

Anzitutto, il fr. 52 § 21 D. de furtis 47,2 di Ulpiano, che, però, pare interpolato:

Ulpianus, libro trigensimo septimo ad edictum:

« *Cum Titio honesto viro pecuniam credere vellem, subiecisti mihi alium Titium egenum, quasi ille esset locuples, et nummos acceptos cum eo divisisti: furti tenearis, (quasi ope consilioque furtum factum sit): sed et Titius furti tenebitur* ».

Da questo passo si potrebbe desumere una vera complicità « a posteriori », che risolverebbe la questione in senso a noi nettamente favorevole; ma la critica tende a togliere ogni valore a questo passo, giacchè, da una parte, si sostiene che il frammento è stato manomesso (« quasi ope tua consilioque furtum factum sit »), mentre, dall'altra, si afferma non potersi parlare nella fattispecie di un caso di complicità (94).

(94) Secondo le concordi opinioni del PAMPALONI e del FER-
RINI, il passo sarebbe stato manomesso dai bizantini. Cfr. PAMPALONI, *La complicità*, ecc., cit. luogo cit. pag. 49: « ... non esito a ravvisare una interpolazione: 1) perchè nella frase « quasi ope tua consilioque furtum factum sit » l'espressione congiuntiva *ope consilioque* è affatto inesatta nell'opinione prevalente fra i classici accolta anche da Ulpiano; 2) perchè è assolutamente erroneo l'indicare il caso in questione come un caso di complicità ». L'osservazione è esatta in quanto la giurisprudenza classica, benchè dopo molte incertezze (fr. 53 § 2 de V. S. 50, 16 di Paolo), intese concordemente l'espressione « ope consilio » in modo disgiuntivo: fr. 52 pr. D. de furtis

Ma, se anche da questo passo non si dovesse desumere altro che una semplice trasformazione voluta dai bizantini, si deve notare che essa, poichè non rimane isolata nelle fonti, ma si accompagna ad altre fattispecie consimili, dovette essere l'espressione di un diffuso sentimento giuridico, che ravvisava vera e propria complicità nel comportamento di colui che partecipava all'opera del ladro per tutto il tempo nel quale questi teneva a sua disposizione la cosa.

Infatti, nella C. 14 C. de furtis 6,2, si fa il caso di colui che abbia acquistato dal ladro le cose rubate: egli sarà tenuto per il furto, benchè la sua opera non intervenga se non a posteriori »:

« Eos, qui a servo furto oblata scientes suscepit, non tantum de susceptis convenire, sed etiam poenali furti actione potes » (95).

Così pure i seguenti passi: fr. 14 D. comm. vel contra 13,6:

Ulpianus, libro quadragesimo octavo ad Sabinum.

47, 2 di Ulpiano; fr. 52 § 19 eodem di Ulpiano; fr. 91 § 1 eod. di Giavoleno; Paolo, R. S. 11, 31, 10; e tale soluzione fu accettata dallo stesso Ulpiano: fr. 6 D. de cond. furt. 13, 1; fr. 27 § 21 D. ad 1. Aquil. 9, 2; fr. 11, § 2, D. de servo corrupto 11,3; inoltre pare che nella fattispecie si debba ravvisare più un caso di correatà che di complicità, benchè il WAECHTER affermi che i romani abbiano inteso di punire come complici coloro che sono invece coautori: WAECHTER, *Rechtslexicon* di WEISKE, III, pag. 370, n. 99; FERRINI, *Esposizione* cit. I. cit. pag. 37, nota 7.

(95) FERRINI, *Dir. pen.* cit. Hoepli, pag. 71: ... « Se tali testi sono recenti non è però nuovo il concetto da essi affermato... ».

« Si servus meus rem meam tibi scienti nolle me tibi commodari commodaverit, et commodati et furti nascitur actio et praeter ea conditio ex causa furtiva »;

const. 12 § 2 C. de furtis 6,2:

« Nam extra poenam rei persecutionem esse nulla iuris quaestio est, cum etiam hi qui aliena mancipia comparaverunt, si hanc causam non ignorant, furti actione tenentur »;

const. 10 C. quod cum eo 4,26:

« Si liberam peculii administrationem habentes equas cum fetu de peculio servi venundederunt, reprobandi contractum dominus nullam habet facultatem. Quod si non habentes liberam peculii administrationem rem dominicam eo ignorante distraxerunt, neque dominium quod non habent, in alium transferre possunt neque condictionem eorum servilem scientibus possessionis iustum adferunt initium: unde non immerito nec temporis... ideoque res mobiles ementes furti actione tenentur »;

1. I pr. D. de fugitivis 11,4:

Ulpianus: « Is qui fugitivum celavit fur est... (96).

In tutti questi passi si riscontra il concetto fondamentale che ogni aiuto prestato al ladro, mentre questi detiene la cosa, deve venire punito con pena eguale a quella del furto. E' vero che, come osserva il PAMPALONI (97), i passi non dichiarano esplicitamente che l'adiuvatore è

(96) L. 36 D. de conduct. indeb. 12, 6; § 4 Inst. de oblig. 4, 1, ecc. Su questo punto conviene anche il MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit. pag. 747; cfr. anche i passi citati nella nota 4 eodem.

(97) PAMPALONI, *Complicità* cit. I. cit., pag. 48.

complice, ma è anche vero che non dicono neppure il contrario, sicchè si deve dedurre che l'equiparazione della pena di tali concorrenti a quella del ladro deve fondarsi sull'idea della complicità o di qualcosa di simile (98). Invano il Campus (99) afferma che la parificazione della pena di tutti coloro che sono intervenuti nel reato, anche in un secondo momento, a quella del reo principale non può provare nulla, se non è accompagnata dalle altre caratte-

(98) Lascia, invece, alquanto incerti il fatto che negli esempi citati si tratta quasi sempre di servi i quali, non essendo « compotes sui », non sarebbero responsabili del furto di se stessi, come di sopra abbiamo esposto, sicchè l'opera del terzo sopravvenuta potrebbe anche essere concepita come una contrettazione originaria, come una offesa diretta al domino, piuttosto che come un caso di complicità. Ma da altri passi del Digesto (p. es. C. de furtis 6, 1) risulta, però, che, benchè il servo non abbia una vera e propria capacità penale come un libero, pure, per il fatto stesso che è un uomo, è del tutto considerato come un ladro che asporti se stesso, tanto è vero che, qualora diventi libero e continui a contrettare la cosa rubata, egli è tenuto per furto (cfr. sopra). Ciò risponde pienamente alla particolare condizione giuridica che al servo venne riconosciuta, specie per influenza delle idee filosofiche greche, in riguardo della sua personalità umana. Che al padrone, dunque, non venga concessa un'actio furti contro il servo fuggitivo è un fatto che si spiega più con un principio di economia dei giudizi, che con ragioni veramente sostanziali: inutile doveva apparire ai romani l'actio furti contro il servo fuggitivo, quando il dominus poteva ricorrere, per la repressione dell'illecito, ai suoi poteri disciplinari fornitigli dalla « dominica potestas ». Ma questo non significa che il servo non fosse un vero e proprio ladro che, nella fattispecie, involava se stesso, col sottrarsi al dominio del dominus; sicchè l'opera del terzo che lo aiuti nel suo intendimento è vera e propria complicità « a posteriori ».

(99) CAMPUS, *Studio sul reato permanente* cit., pag. 12 e segg.

ristiche giuridiche che, di solito, sono l'espressione del reato permanente. Osserviamo che, anzitutto, come più avanti vedremo, in molti casi esistono anche quest'ultime caratteristiche: così, in materia di supposizione di parto e di apostasia, casi dei quali invano si pretende diminuire l'importanza; inoltre, è da notare che siffatto modo di argomentare non è legittimo, in quanto pretende di trovare tutti gli elementi di una teorica completa quando questa è ancora nella sua fase di sviluppo, mentre è ben naturale che, in fase di formazione, molti elementi di essa non possono avere ancora che un aspetto embrionale. Nessuna meraviglia, dunque, che, mentre si possono riscontrare molti aspetti della permanenza in materia di furto, difficilmente si trovano tracce di essa in altre parti del diritto romano. Ciò dipende dalle profonde differenze di sviluppo delle diverse parti di cui è composto il sistema; ed infatti mentre il furto, sulle basi del diritto civile, potette essere ampiamente sviluppato dai giureconsulti di Roma, lo stesso non può dirsi di altri istituti simili.

Ma, tralasciando di controbattere le opinioni dissenzienti, la cui confutazione è implicitamente contenuta nel testo, tiriamo la conclusione delle nostre osservazioni in materia di complicità nel delitto di furto.

Abbiamo già precedentemente affermato che, a nostro parere, le teorie sulla flagranza del reato di furto dovettero influenzare anche la costruzione dommatica dei romani in materia di complicità. Alla teoria che reputava flagrante il reato finchè il ladro non avesse portato la cosa nel luogo « quo destinaverat », si riallacciano quelle opinioni che ritengono che gli atti di adiuvamento debbono

essere ritenuti complicità solo quando essi siano intervenuti prima di quel momento finale. Ma, per coloro che ritengono flagrante il reato finchè il ladro rimaneva in possesso della cosa, è chiaro che ogni intervento adesivo che si potesse verificare durante il perdurare della illecita detenzione, fu vera e propria complicità.

Si spiega, così, perchè l'acquirente della cosa furtiva, che ne conosca il vizio di origine, è trattato alla stessa stregua del ladro:

Inst. 4, 1, 4: « cum manifestissimum est; quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperunt... furti nec manifesti obnoxii sunt ».

Così pure C. 6, 2, 12:

« Ancillae subtractae partus apud furem editi, priusquam a domino possideantur, usucapi, nequeunt: matris furem etiam horum causa furti teneri convenit actione... cum etiam hi qui aliena mancipia comparaverint, si hanc causam non ignorant, furti actione tenentur » (100).

Dal complesso delle cose sin qui dette risulta che coloro che concorrono nel reato di furto anche dopo il momento iniziale della « concrectatio », sono equiparati ai ladri veri e propri. Ciò contribuisce a provare la natura permanente del reato di furto anche dal punto di vista della complicità; è solo nei reati permanenti, infatti, che vi può essere complicità « a posteriori », in quanto l'intervento attivo del terzo contribuisce a mantenere la situa-

(100) FERRINI, *Dir. pen. rom.*, Hoepli, cit. pag. 71; *Ap. punti cit.*, pag. 166; PAMPALON¹, *La complicità, ecc.*, cit., l. cit. pag. 213; IDEM, *Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto*, cap. XII nell'Archivio giur. vol. 28 pagg. 345 e segg.

zione antigiuridica creata dall'autore, sicchè la sua azione deve essere interpretata come attività concausale del reato. Questo pare essere il pensiero di almeno una parte dei giuristi di Roma; l'esistenza di alcune discordanze in materia di complicità nel Digesto è il segno della fatica con la quale si svolse la elaborazione giuridica (del resto confessata dallo stesso Gaio), e si spiega tenendo presente ancora una volta il processo di formazione delle Pandette che, malgrado gli intenti unitari dei compilatori, non potettero non risentire, almeno in parte, dei difetti del metodo compilatorio, attraverso il quale ebbero a formarsi.

Pertanto, anche dall'esame dei testi in materia di complicità nel reato di furto, esce confortata la tesi di coloro che sostengono essere il furto in diritto romano un reato permanente.

12. Ma non soltanto il furto era per i romani un reato permanente; varie altre figure criminose rientrano in tale teoria. E' vero che per esse non troviamo termini così certi come in materia di furto, ma è anche vero che non mancano indizi abbastanza sicuri di quanto affermiamo.

Infatti, sebbene non ci sia dato di rintracciare una teoria organica del concetto che ci interessa, ciò non pertanto possiamo trovare molte caratteristiche tecniche dalle quali può facilmente desumersi il carattere permanente di alcuni reati. E poichè siamo in materia di complicità, ricorderemo che in molti reati affini a quello di furto la partecipazione posteriore al momento iniziale viene ad essere ritenuta come vera e propria complicità, a somiglianza di quanto abbiamo già rilevato nel furto.

Così nei casi di *rapina e peculato*.

Per la rapina, infatti, la c. 9 Cod. 9, 12 afferma che « crimen non dissimile est rapere et ei qui rapuit raptam rem scientem [delictum] servare » (101); con questo ragionamento si viene a trattare alla stessa stregua chi delinque e chi interviene nella fase di persistenza dell'azione. Per il peculato, poi, i ricettatori sono uguagliati ai complici: c. I Cod. 9, 28, « his quoque nihilominus qui ministerium eis ad hoc adhibuerunt vel qui subtractas res ab his scientes susceperunt eadem poena percellendis » (102).

Si tratta evidentemente, in questi casi, di reati permanenti. Ugualmente, nel caso di *plagio*, la c. 10 C. 9, 20, afferma che non è colpevole chi ha acquistato in buona fede dal plagiatario « si delicti socius non probetur ». Sicchè chi compera in mala fede dal plagiatario è considerato complice (103). Ed in modo analogo pare debba essere intesa la c. 55 [54] C. I, 3 (c. 2 C. 9, 13) la quale, a proposito del *ratto*, dice che « ceteros vero omnes qui conscii ac ministri huiusmodi crimini referti vel convicti fuerint vel eos susceperint, vel quamcumque opem eis tulerint... poenae tantummodo capitali subicimus ». Tale costituzione si riferirebbe, secondo il Ferrini, a « coloro che danno

(101) Cfr. l'originaria costituzione c. 2 C. Th. 9, 28; così pure § 8 Inst. 4, 18: « non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc adhibuerunt vel qui subtracta ab his scientes susceperunt ».

(102) MOMMSEN, Op. cit. III p. 51; FERRINI, manuale Hoepli cit. pag. 72; CARRARA, *Programma*, vol. IV, § 2151 che contiene la bibliografia più antica.

(103) MOMMSEN, *Droit pénal romain* (Duquesne), Paris 1907, vol. III, pag. 91, nota 4; FERRINI in *Pessina*, pag. 425, 35; IDEM, manuale Hoepli, pag. 72 e 307.

ricovero al rapitore perchè vi tenga o nasconda la rapita » (susceptores). Queste persone sono equiparate agli altri complici appunto a causa della permanenza del reato di ratto.

Una forma speciale di complicità, che pure denunzia la permanenza di alcuni reati, è quella che consiste nel « praeberere domum » ai colpevoli. Infatti, che questo aiuto debba considerarsi complicità quando l'azione intervenga prima della consumazione del reato, è cosa che si capisce facilmente. Ma i romani in alcuni casi consideravano complicità anche il comportamento del proprietario, che, da principio in buona fede, sia venuto in un secondo momento a conoscenza dell'uso che si fa della sua cosa, e lo abbia tollerato. Ciò avviene quando il reato consiste in un comportamento di natura continuativa, sicchè la tolleranza colpevole del dominus contribuisce ad agevolare un'azione criminosa in via di svolgimento. Allora il comportamento del padrone viene considerato alla stessa stregua di quello dei rei, come avviene di regola nei reati permanenti.

Così avviene nel *contubernio proibito*, nel quale il « praeberere domum » viene punito ugualmente sia che avvenga sin da principio che nella successiva fase di durata dell'azione (c. 3 § 3 C. 5,5); così, nella *diserzione*, nella quale il « dominus » che presta la sua casa per l'occultamento dei disertori, è chiamato *complice* (conscius) (c. I C. 12, 46); ed in altri numerosi casi, che tutti debbono essere considerati reati permanenti (104).

(104) FERRINI, in *Enciclopedia del Pessina* cit. pag. 119 e 125; IDEM, manuale Hoepli, pag. 307, 309, 310.

Infine, un altro punto in materia di complicità è assai interessante agli effetti della nostra dimostrazione: quello della *ratifica* dell'azione illecita.

E' noto, infatti, come si disputi in diritto romano se la ratifica dell'operato del delinquente da parte di un terzo debba essere intesa, nel quadro della teoria della complicità, come mandato (105). In questa materia esiste un passo nel quale genericamente si prescrive che la « *ratihabitio mandato comparatur* » (106).

Ma la dottrina tende a limitare la portata di questa regola generale, osservando che, come risulta dal confronto col fr. I § 14 D. 43, 16, la suddetta regola doveva intendersi in origine solo in riferimento alla « *deiectio* » del possessore del predio. Infatti, nel fr. I § 14 de vi D. 43, 16, Ulpiano ricorda l'opinione di Sabino e Cassio « *qui ratihabitionem mandato comparant* » e, in applicazione di tale opinione, afferma che « *si quod alius deiecit ratum habuero... me videri deiecisse interdictoque isto teneri* ». Sicchè nel caso di violenta usurpazione di fondi, la ratifica vale partecipazione. Lo stesso vien detto nel frammento 2,43 D. 43,8, per il reato consistente nel « *factum immis-*

(105) FERRINI, in *Pessina* cit. pag. 118.

(106) Fr. 152 D. 50, 17. Tale passo è del libro 69 ad edictum di Ulpiano e si riferiva in origine all'interdetto « *unde vi* »: cfr. fr. 1 § 14, D. 43, 16; CARMIGNANI, *Istituzioni di diritto criminale*, Macerata 1840, vol. I, pag. 201. Il LUDEN, *Abhandlungen* II, pag. 253, ritiene che la regola debba riferirsi semplicemente all'approvazione del piano criminoso altrui non ancora attuato, e non al delitto consumato; ma il FERRINI nel suo manuale Hoepli più volte citato, pag. 289, ha rilevato giustamente che tale interpretazione poco si accorda col significato del fr. I § 14 cit., dal quale la regola è stata tratta.

sum habere in via publica itinerve publico »; anche per esso la ratifica coinvolge il ratificante nella stessa posizione giuridica del reo.

Altri casi vengono citati dagli autori; ma in materia non essenzialmente penalistica, sicchè su di essi non si può fare grande affidamento (107). Quelli da noi riportati, invece, attinenti al diritto penale, riguardano entrambi dei reati consistenti in una azione antiggiuridica protrattesi nel tempo (per il secondo, in verità, in senso non propriamente tecnico). Tale osservazione ci porta a concludere che nella violenta usurpazione dei predi e nel « *factum immissum habere* » vi sono elementi della teoria della permanenza, giacchè la regola « *ratihabitio mandato comparatur* » non fu estesa come regola generale a tutti i reati, ma fu ricollegata soltanto a quei casi nei quali i romani notarono uno svolgimento continuo, che giustificava una simile applicazione.

In conclusione, dunque, argomentando ancora dalla materia inerente alla complicità, debbono ritenersi reati permanenti in diritto romano non solo il *furto*, ma anche la *rapina*, il *peculato*, il *plagio*, il *ratto*, la *diserzione*, il *contubernio proibito*, la *violenta usurpazione dei predi*, ed infine quella speciale forma di reato consistente nel « *factum immissum habere* ». A questi pare che debba aggiungersi ancora il « *collegium illicitum* ».

(107) Fr. 13 § 6 D. 43, 24.

13. — Oltre che dalle norme sulla complicità, la natura permanente di alcuni reati può essere desunta da altre particolarità tecniche inerenti a diverse materie.

Così la permanenza della diserzione risulta non soltanto dal trattamento che vien fatto a colui che presti la sua casa per l'occultamento dei disertori, come di sopra ho accennato, ma anche dal fatto che la durata della diserzione aggrava la pena, giacchè il diritto non è indifferente al protrarsi dell'azione dopo il momento iniziale: fr. 2 § I D. 49, 16 (108).

Ma una materia assai più importante è quella relativa alla prescrizione. Infatti, la permanenza del reato, in alcuni casi, impedisce il decorso della prescrizione. Si citano ad esempio il frammento 19 § I D. 48, 10 e la costituzione 7 pr. C. Th. XVI, 7.

Il primo riguarda il reato di supposizione di parto e suona:

« Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur, nec interest decesserit necne ea, quae partum subdidisse contenditur ».

Nello stesso senso si esprime la già citata c. 7 pr. C. Th. XVI, 7:

« Apostatarum sacrilegum nomen singulorum vox continuae accusationis incesset et nullis finita temporibus huiusmodi criminis arceatur indago ».

In verità, non si è d'accordo sulla interpretazione di questi passi.

Anzitutto, per quello che riguarda il primo, l'An-

(108) FERRINI, in *Pessina* cit. p. 129.

ton Matteo (109) affermò che esso deve intendersi nel senso che il delitto di supposizione di parto è sottratto alla prescrizione quinquennale, ed è sottoposto, invece, a quella ventennale. Egli richiama il fr. 13 Dig. XXIX, 5, di Venulejo che riporta quasi le stesse frasi di un senato consulto (Tauro et Lepido consulibus, anno p. Chr. 16) che prescriveva che la prescrizione quinquennale, introdotta da esso per la cognitio « aperti adversus senatusconsultum testamenti », valeva soltanto per gli estranei e non per coloro che « parricidii poena teneri possunt », che *sempre* potevano essere accusati a termini dello stesso senato consulto. Qui, il *sempre*, come il Ferrini nota (110), varrebbe in contrapposto alla prescrizione quinquennale più breve.

Il fr. 19 § I, secondo il Matthaëus, dovrebbe interpretarsi allo stesso modo: esso starebbe in contrapposizione alla prescrizione di 5 anni dell'adulterio, e non potrebbe, dunque, essere invocato a sostegno della permanenza del reato.

Non è chi non veda come questa spiegazione sia affatto arbitraria: non so quanto possa valere il richiamare in una maniera del tutto casuale il fr. 13 Dig. 29,5, quando il fr. 19 § I cit. non offre alcun riferimento a siffatto richiamo, nè esso può arguirsi da altre fonti. La debolezza

(109) A. MATTHAEUS, *De Criminibus*, lib. XLVIII D. tit. XIX. Tom. II p. 214.

(110) FERRINI, manuale Hoepli cit. pag. 343, ma egli ritorna sul passo nella Enciclopedia del Pessina nella quale, di solito, sviluppa e rivede i suoi concetti; GIULIANI, *Ist. di dir. crim.*, cit. vol. I p. 241; A. MATTHAEUS, l. cit. « Quamquam adulterii crimine quinquennio perimitur accusatio tamen suppositi partus perpetua est, id est durat annos viginti ».

della tesi dell'Anton Matteo non poteva sfuggire al Ferrini; ma altri autori (111) ripetono la stessa argomentazione del Matteo, senza alcuno spirito critico.

Il Giuliani, invece, ritiene che l'imprescrittibilità della accusa di parto supposto si debba intendere in riferimento al caso che tale accusa fosse diretta a recuperare l'eredità rapita mediante la supposizione (112). Ma questa spiegazione benchè più ingegnosa della prima, mostra la sua fatuità attraverso le stesse parole dell'interprete che, subito dopo, parlando dell'apostasia, riconosce a questo reato la natura di reato permanente, trovando in ciò il vero fondamento del non decorso della prescrizione.

Per l'apostasia, infatti, il Giuliani riconosce che essa « è un delitto di quelli che chiamansi *continuati* (113), come la bigamia, per cui la prescrizione a favore dell'apostata che non abjura il suo errore non potrebbe decorrere che dalla sua morte, poichè colla sola morte cessa il di lui delitto, e allora sottentra la prescrizione stabilita dalla leg. 2 Cod. de Apostatis, cioè di cinque anni decorribili dalla morte dell'apostata per l'effetto d'impugnare il testamento da lui fatto e quindi ben dissero gli imperatori Teodosio e Valente che vivo l'apostata non può mai farsi luogo ad alcuna prescrizione del di lui misfatto ». Il Campus respinge una simile interpretazione (114) osservando che « se

(111) CAMPUS, *Studio sul reato perm.* cit., pag. 12.

(112) GIULIANI, *Istituzioni* cit. vol. I, pag. 341.

(113) L'autore segue la terminologia giuridica allora corrente che indicava col termine *continuato*, il reato *permanente*, ed attribuiva al vero reato *continuato* il termine *reiterato*.

(114) Op. l. cit.; il FERRINI, però, riconosce la natura permanente del reato: manuale Hoepli cit. p. 343.

la legge in questione avesse voluto determinare il punto di decorso della prescrizione in base ai criteri che derivano dalla permanenza del reato, essa avrebbe dovuto riguardare, come a momento del cessato reato, non solo alla morte del reo ma anche alla eventuale sua conversione ». Ma questa osservazione, per voler provare troppo, non prova nulla, perchè, dal fatto che non si sia tenuto conto di ogni particolare, non può arguirsi che non si è tenuto affatto conto della permanenza del reato agli effetti della prescrizione.

Del resto, non sono solo questi i casi nei quali la permanenza del reato impedisce il decorso della prescrizione finchè dura lo stato di fatto anti-giuridico. Si può ancora richiamare quanto è dato di leggere, a proposito della bigamia, nel Fr. 11 § 4 D. 48,5: « adulterii reum intra V annos continuos a die criminis admissi, *defuncta quoque muliere*, postulari posse palam est ». Sicchè il quinquennio della prescrizione decorre soltanto dal momento della morte della moglie, o come altri autori sostengono, da quello in cui il bigamo cessò di convivere per qualunque causa colla seconda moglie ». Dunque, finchè dura l'illecita permanenza della bigamia, non è data prescrizione.

In tal senso convengono il Giuliani, il Ferrini, il Boehmer, il Cremani ed altri (115).

Ricorderò, infine, in una materia affine, che la prescrizione acquisitiva non poteva verificarsi nei confronti

(115) GIULIANI, op. cit. II, p. 378; FERRINI in *Cogliolo* cit. pag. 123; BOEHMER, *Ad Carpzov.* quaest. 66 obs. 6; CREMANI, *De Jure criminali*, libri tres, Florentiae 1848, pag. 451, 452; « quae tamen poenae cessant, si crimen praescriptum fuerit,

delle « *res furtivae* », e ciò per una antica disposizione delle XII tavole; e così pure, essa non valeva per le « *res vi possessae* » (cioè quelle che fossero frutto di rapina) per la *lex Julia et Plautia*, che aveva esteso espressamente a queste cose la norma valevole per le cose furtive, nel dubbio che le « *res vi possessae* » non si comprendessero in quelle (116).

Evidentemente, anche sotto questo profilo, il decorso del tempo non poteva avere efficacia di fronte alle cose che fossero state oggetto di contrettazione permanente.

14. In conclusione, dunque, non pare possa dubitarsi della esistenza del reato permanente nel diritto penale romano. La nozione che di tal forma di reato avevano i romani era quella di un fatto penalmente antiggiuridico che si svolgeva in maniera continuativa.

Questo fenomeno veniva da essi indicato genericamente col termine « *continuatio delicti* », « *absidua contrectatio* », e così via. Si può dubitare se tale fraseologia abbia un valore strettamente tecnico oppure soltanto esemplificativo; ma anche se a tali termini non può riconoscersi un valore tecnico eminente, è certo che essi stanno a testimoniare che i giuristi di Roma avvertirono il fenomeno, almeno dal punto

nempe si elapsum sit quinquennium computandum non a tempore, quo bigamia contracta est, sed quo quis cum secunda uxore consuescere desiit ».

(116) GAIO, *Istituzioni*, II § 45, edizione del GNEIST, Lipsia 1880, pag. 71; FERRINI, in Pessina cit. pag. 228.

di vista pratico, anche se non ne elaborarono tecnicamente la dottrina.

Tale forma continua di reato veniva considerata giustamente come l'espressione di *un'azione unica*, anche se poteva manifestarsi con una *pluralità di atti*, ciò che di fatto spesso avveniva. Questa distinzione, che risulta chiarissima specialmente dalle parole di Celso, fu tanto più facile e naturale, in quanto era estranea al diritto penale romano l'idea del reato continuato che doveva venire solo più tardi a inframmettersi nella teoria della permanenza, ritardandone forse la rielaborazione.

Nè i romani si fermarono a considerare soltanto il momento iniziale dell'azione, ma avvertirono chiaramente che la *durata* di essa faceva sì che il reato potesse considerarsi *in una fase di consumazione costante*. Tale considerazione li portò naturalmente a considerare molti fenomeni giuridici posteriori al momento iniziale in funzione di quel particolare concetto di durata. Così, se l'azione penale di furto non poteva sorgere nel momento iniziale per una causa impediante, poteva poi realizzarsi quando, cessato tale impedimento, continuava la contrettazione; gli atti criminosi successivi al momento iniziale dovevano essere considerati come l'espressione dell'azione criminosa permanente, e non potevano essere incriminati a parte; i frutti della cosa furtiva erano considerati furtivi, ecc.

In materia processuale, poi, la permanenza del reato faceva sentire ugualmente i suoi effetti. In grazia della *unicità* del reato permanente, infatti, dalla pluralità degli atti costituenti l'attività incriminata non nasceva una pluralità di azioni penali, ma soltanto un'*unica* azione; a causa

della durata del fatto, l'*actio furti manifesti* poteva trasformarsi in *actio furti nec manifesti* se intervenivano circostanze che rendevano manifesto ciò che prima manifesto non era; poichè il ladro versava *in re illicita* e non poteva aversi indulgenza per lui, la commiserazione del valore della cosa, ai fini dell'*actio*, doveva farsi secondo il maggior valore che la cosa poteva avere *durante* la illecita detenzione; e così via per le altre circostanze che abbiamo già esaminato.

La nozione della permanenza del reato fu anche utile a qualificare esattamente gli atti di intervento nel reato da parte di terzi. Infatti, quando tali atti avvenivano *durante* la permanenza del reato, essi venivano fatti rientrare nel quadro della complicità; quando essi, invece, erano *posteriori* alla fase di consumazione permanente, costituivano le figure autonome del favoreggiamento, della ricettazione o di altri reati particolari.

Ciò verificavasi non soltanto nel *furto*, che particolarmente ricevette una fine elaborazione, ma anche in altre forme di reato come la *rapina*, il *peculato*, il *plagio*, il *contubernio proibito*, la *diserzione*, ecc. Anzi, alcune di queste forme di intervento, come il « *praebere domum* » e la *ratifica*, diventavano atti di complicità solo quando si riferivano ad un reato permanente, mentre, negli altri casi, costituivano titolo di reato a sè. Ciò che denuncia anche meglio la forza di una dottrina che sottraeva a delle norme particolari di incriminazione alcune fattispecie, per farle rientrare invece, a causa della permanenza del reato, nelle norme penali della complicità.

Infine, la permanenza esplicava i suoi effetti sulla

quantità della pena, aggravandola, e sulla prescrizione, impedendone il decorso finchè perdurava l'azione illecita.

In sostanza, dunque, la teoria della permanenza pare sia stata in diritto romano non soltanto delineata, ma anche considerata particolarmente nei suoi svariati effetti giuridici.

INDICE

I

1 — Necessità dell'indagine storica	pag	4
2 — Stato della dottrina - Opinione originaria del Ferrini sull'esistenza del reato permanente nel diritto romano	»	11
3 — Continuazione	»	18
4 — Critica del Pampaloni e sue conclusioni	»	24
5 — Definitiva opinione positiva del Ferrini	»	27
6 — Opinione del Franchi	»	28
7 — Opinioni del Mommsen, del Campus, del Mannzini e di altri	»	29

II

8 — Teoria: esame dei testi. Il furto come reato permanente nel diritto romano. Particolare terminologia del Digesto	»	33
9 — La « continuatio furti » e le sue speciali conseguenze nel diritto sostanziale	»	36
10 — ... e nel diritto processuale	»	46
11 — La complicità, il favoreggiamento e la ricettazione in relazione con la permanenza del reato di furto. Conclusioni su tale reato	»	57
12 — Speciali forme di complicità nei reati di rapina, peculato, diserzione, contubernio, violenta usurpazione dei predi, « factum immisum habere »: si tratta di reati permanenti	»	69
13 — Altre caratteristiche in tema di reato permanente. In ispecie, della prescrizione e della permanenza dei reati di supposizione di stato, di apostasia, ecc.	»	74
14 — Conclusione	»	78

INDICE DEGLI AUTORI

- Alimena — 9, 10
Arangio-Ruiz — 13
Ardigò — 6
Arndt-Serafini — 45
Baldo — 10
Bartolo — 10
Besta — 9
Binding — 15
Boehmer — 77
Bonfante — 6
Bonifacio — 15
Calvino — 15
Campus — 29, 31, 32, 57, 66, 76
Carmignani — 72
Carnelutti — 20
Carrara — 9, 10, 11, 20, 25, 35, 40, 58, 70
Cevollotto — 13
Cogliolo — 13
Cremani — 77
Crivellari — 9, 30
Cuiaccio — 56
Cuq — 55
Czyhlarz — 36, 45
Dabelow — 30
Darwin — 6
Delitala — 20
De Meulenaere — 43
Desjardins — 16, 62
De Vries — 6
Delmann — 15
Du Boys — 11
Ferrini — 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27,
28, 36, 40, 41, 42, 45, 48, 49, 52, 55, 56, 58, 63, 64, 68, 70,
71, 72, 74, 75, 76, 77, 78
Filomusi-Guelfi — 7
Franchi — 28, 29, 34

Gesterding — 46
Giuliani — 32, 58, 75, 76, 77
Glueck — 36
Goepfert — 43, 44
Hippel (von) — 39
Ihering — 43
Kapff — 15
Kniep — 55
Köstlin — 15
Lamarck — 6
Landsberg — 36, 42
Leone — 10
Listz-Schmidt — 39
Luden — 72
Maggiore — 9
Manzini — 9, 10, 29, 32, 33
Marciano — 13
Marckart — 15
Massari — 13, 20
Mattheus — 32, 75, 76
Maynz — 11, 16
Metzger — 39
Mittermaier — 30
Moll — 15
Mommsen — 29, 33, 39, 48, 55, 58, 65, 70
Niccolini — 12
Ortolan — 11, 16
Pampaloni — 13, 17, 24, 25, 26, 28, 34, 35, 36, 37, 43, 45, 49,
52, 54, 56, 60, 63, 65, 68
Patetta — 9
Pessina — 14
Pillitu — 33
Platone — 58
Pothier — 35
Puccioni — 34
Rocco Art. — 7
Rosshirt — 46
Savigny — 24, 30
Sell — 46
Seuffert — 46
Scaeffle — 8
Schey — 55
Schirmer — 16, 43

Schwerin (von) — 9
Schulting — 35
Scröter — 30
Spencer — 8
Temme — 15
Thonissen — 11
Unterholzner — 43
Vanni — 7, 8
Waechter — 15, 64
Weiske — 64
Werndt — 6
Wetzell — 43
Windscheid — 45



REV15

ÚK PrF MU



3129S04630