

COSCIENZA DELL'ILLICEITÀ TRA *PROBRA CIVILITER* E *PROBRA NATURA TURPIA*.  
ALCUNE CONSIDERAZIONI A PARTIRE DA D. 50.16.42.\*

Eugenio Ciliberti\*\*

Il progressivo allontanamento del diritto penale contemporaneo dai suoi canoni tradizionali costituisce un dato ampiamente constatato da parte della dottrina penalistica<sup>1</sup>.

Come noto, infatti, si assiste ad un continuo incremento di fattispecie di reato inserite, in maniera più o meno ordinata, nell'ambito di una legislazione penale complementare che assume sempre più le caratteristiche di una vera e propria 'decodificazione'<sup>2</sup>.

L'esito a cui potrebbe dar luogo questa proliferazione di norme incriminatrici, estremamente eterogenee per struttura e dimensione teleologica rispetto a quelle che furono alla base dello sviluppo e dell'affermazione della moderna 'teoria del reato' (o, quantomeno, del suo nucleo più caratterizzante)<sup>3</sup>, è quello di un diritto penale 'onnivoro', che minaccia continuamente la libertà personale e ha necessità di essere limitato.

È evidente, dunque, che una siffatta situazione richieda un ripensamento, che si interroghi sui fondamenti della moderna 'teoria del reato' e ne rintracci i relativi presupposti.

All'uopo, però, deve essere sottolineata l'erroneità di un approccio che prenda in considerazione soltanto il pensiero e gli ordinamenti post-illuministici.

Infatti, nonostante il rischio di fraintendimenti ed anacronismi storico-giuridici sia alquanto elevato, neanche può negarsi la presenza, in molteplici concetti ed istituti del diritto penale contemporaneo, di tracce delle teorizzazioni elaborate dai giuristi di diritto comune, i quali – è risaputo - attingevano a piene mani dalla scienza giuridica romanistica.

Del resto, è impensabile immaginare che la 'moderna' politica criminale sia frutto di una creazione slegata dalle precedenti concezioni giuridiche, che non consideri il ruolo svolto da queste ultime nell'elaborazione di ciascun elemento costituente il paradigma dell'odierna 'teoria del reato'<sup>4</sup>.

L'analisi, nello specifico, sarà sviluppata su due livelli e si concentrerà, in un primo momento, su un precedente significativo ai fini della comprensione della distinzione tra illiceità penale 'naturale' ed 'artificiale'<sup>5</sup> e poi, in una seconda fase, sugli ulteriori sviluppi di detto precedente da parte della

---

\* Il testo, opportunamente rivisto ed integrato con note esplicative, riproduce la relazione tenuta in occasione del II Seminario italo-turco di storia del diritto penale *Pena e responsabilità personale tra Oriente e Occidente. Mondo antico ed età contemporanea*, organizzato dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno nei giorni 13 e 14 novembre 2024.

\*\* Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Salerno.

<sup>1</sup> Sul punto, per tutti, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2001, 73.

<sup>2</sup> L'attuale dibattito su 'codificazione' e 'decodificazione' è stato oggetto di particolare attenzione, negli ultimi cinquant'anni, da parte della dottrina penalistica sotto molteplici punti di vista: in argomento, cfr. A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino 2003, 3s., nonché l'ampia bibliografia ivi citata in nt. 3.

<sup>3</sup> Si pensi, in particolare, al paradigma del reato doloso, causalmente orientato e univocamente connotato da disvalore, costituito dall'omicidio volontario: in merito, cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 4° ed., Bologna 2001, 172.

<sup>4</sup> In questo senso, cfr. Vallini, *Antiche e nuove tensioni* cit., 13.

<sup>5</sup> In realtà, le tracce di una apprezzabile contrapposizione tra illiceità penale 'naturale' ed 'artificiale' potrebbero essere individuate già nel diritto penale romano arcaico: si pensi, ad esempio alla distinzione tra *scelera expiabilia* e *inexpiabilia* (V. Giuffrè, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, 4° ed., Napoli 1997, 9ss.; B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2° ed., Milano 1998, 6ss.) o anche a quella tra *crimina* di carattere sacrale e *crimina* caratterizzati da una valenza prettamente politica (Santalucia, *Diritto e processo* cit. 19ss.). Tuttavia, vi è da dire anche che una differenziazione tra tipologie di illeciti in base alla loro natura, struttura ed attinenza a differenti modalità di prevenzione e repressione, con riferimento ad età così remote, implicherebbe una a dir poco prematura postulazione di un

dottrina successiva<sup>6</sup>.

L'antecedente al quale si fa riferimento è costituito da un testo tratto dal 57° libro del commentario all'editto del pretore di Ulpiano<sup>7</sup>, laddove il giurista di Tiro pone l'equivalenza tra i concetti di *probrum* ed *obprobrum*, il che giustifica la collocazione del brano nel 16° capitolo del 50° libro del Digesto di Giustiniano, rubricato, come noto, *De verborum significatione*.

Ulp. 57 *ad ed.*, Dig. 50.16.42

*"Probrum" et obprobrum idem est. Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis. Ut puta furtum, adulterium natura turpe est: enimvero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.*

Il giurista di età severiana evidenzia, in particolare, come alcuni atti – e in tal senso, Ulpiano fa gli esempi dell'adulterio<sup>8</sup> e del furto – siano turpi per natura, mentre altri atti – ad esempio, l'infedeltà del tutore – sono turpi per le consuetudini della *civitas*, non essendo, tuttavia, di per sé stessi un disonore, bensì solo secondo il costume della comunità.

Ulpiano, dunque, conclude la sua riflessione affermando il principio in base al quale non è turpe per natura ciò che può accadere anche ad un *homo idoneus*, cioè ad una persona perbene.

Indipendentemente da quale sia il 'diritto naturale' che costituisce il parametro in base al quale deve essere interpretata la definizione analizzata<sup>9</sup>, con riferimento ad istituti di carattere penalistico (quali quelli espressamente menzionati nel brano citato) non risulta affatto agevole cogliere l'origine 'naturale' della *turpitudine* in un senso differente da quello *lato sensu* 'etico', appunto perché è di una 'turpitudine' che si tratta. Una siffatta lettura rinvia la propria conferma in altri testi di giuristi di età classica (e, in particolare, di Pomponio), laddove si fa riferimento ad un qualcosa di 'giusto per natura' o per diritto di natura<sup>10</sup>. Tra questi, particolarmente significativo è un noto passo ulpiano dedicato alle manomissioni, secondo il quale nonostante la schiavitù sia stata introdotta dallo *ius gentium*, essa è contraria allo *ius naturale*<sup>11</sup>: questa formulazione rappresenta una chiara espressione dell'idea di una superiorità etica del diritto naturale e della sua immutabilità, rispetto a regole di più

---

carattere sistematico ed analitico delle categorie penalogiche. Emblematica in questo senso è una riflessione operata in C. Gioffredi, *I principi del diritto penale romano*, Torino 1970, 15, in virtù della quale ciò a cui noi assegniamo la qualifica di diritto penale romano non era altro che «un complesso di atti repressivi, non di istituti o di situazioni del singolo [...] oggetto di elaborazione dottrinale e di autonomia tecnica».

<sup>6</sup> Con riferimento alla continuità tra elaborazioni dottrinali criminalistiche romane, medievali e rinascimentali, cfr., più nello specifico, L. Garofalo, *Problematiche criminalistiche tra giurisprudenza romana e diritto comune*, ora in Id. (cur.), *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova 2009, 85 ss.; Id., *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, ora in Id. (cur.), *Piccoli scritti cit.*, 95ss.

<sup>7</sup> Non solo quella romanistica, ma anche la dottrina penalistica ha riservato particolare attenzione a questo passo: a titolo meramente esemplificativo, cfr. K.E.F. Rosshirt, *In quali casi il reo si possa disculpare, mediante l'ignoranza del dritto*, in *Scritti germanici di diritto criminale*, I, Livorno 1846, 108ss., nonché T. Gatti, *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei sec. XII-XVI*, Padova 1933, 139 s.

<sup>8</sup> Per un'analisi del brano con particolare riguardo al riferimento al reato di adulterio, cfr. G. Rizzelli, *Adulterium. Immagini, etica, diritto*, in *Riv. dir. rom.* 8 (2008) 2ss., laddove l'Autore afferma altresì che la genuinità del testo non può essere seriamente revocata in dubbio.

<sup>9</sup> Sul punto, cfr. G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, 3°ed., Torino 1991, 213.

<sup>10</sup> Cfr., in particolare, Pomp. 21 *ad Sab.*, Dig. 12.6.14: *Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletioem*; nonché Pomp. 9 *ex variis lection.*, Dig. 50.17.206: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*. Su questi due passi, cfr. R. Santoro, *Studi sulla condictio*, in *AUPA* 32 (1971) 392ss., nonché P. Cerami, *Riflessioni in tema di 'condictio Iuventiana' e 'iniusta locupletio'*, in *AUPA* 59 (2016) 174s.

<sup>11</sup> Ulp. 1 *inst.*, Dig. 1.1.4: *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*. Con riferimento a questo passo, cfr., per tutti, G. Nocera, *Jus naturale nell'esperienza giuridica romana*, Milano 1962, 13s.

chiara derivazione umana<sup>12</sup>.

Fatte queste doverose premesse, dalla lettura del passo oggetto di questa indagine emerge una prima fondamentale considerazione: la contrapposizione classificatoria operata da Ulpiano tra *probra natura turpia* e *(probra) civiliter (turpia) et quasi more civitatis*, nel contesto in cui viene inserita, non sembra necessariamente riflettere un'ulteriore distinzione tra atti intrinsecamente meritevoli di una risposta sanzionatoria ed altri, invece, puniti per volontà dell'autorità, fondata su scelte contingenti, 'artificiali' e talvolta arbitrarie.

Del resto, alla mentalità giuridica romana era estranea la pretesa di 'orientare', in un'ottica *de iure condendo*, il sistema normativo secondo schemi di razionalità, *extrema ratio* e meritevolezza della pena, mancando in tale contesto un'adeguata riflessione circa la necessità di limitare il potere dell'autorità nel rispetto dei diritti dell'individuo, tanto che, nell'evoluzione secolare dell'ordinamento giuridico romano, non sarà mai possibile riscontrare quel requisito minimo di una disciplina penalistica diretta a limitare gli arbitri normativi costituito dal principio di legalità<sup>13</sup>. Ciò potrebbe spiegarsi con il fatto che l'approccio romano al diritto penale, così come per il diritto privato, è stato sempre ed esclusivamente di carattere pratico-casistico<sup>14</sup>.

Una volta chiarito questo aspetto, è opportuno altresì osservare come, con riguardo al testo di Ulpiano, neanche si possa parlare di una distinzione tra reati connotati o meno da un 'disvalore sostanziale', dal momento che a venire in rilievo pare essere la differenziazione tra due diverse tipologie di immoralità<sup>15</sup>.

In questo senso, decisiva è la valorizzazione dei vocaboli *probrum* ed *obproprium*, che richiamano l'idea di una azione vergognosa, di turpitudine<sup>16</sup>.

L'idea che intende esprimere Ulpiano in questo brano consiste nella possibilità di un'origine meramente 'legale' e, dunque, 'civile' dell'immoralità.

Tale operazione viene svolta dal giurista di Tiro mediante il ricorso ad una sorta di chiasmo definitorio, con il quale si fa rientrare nel medesimo *genus* qualitativamente connotato, quello di *probrum*, da una parte, ciò che è illecito perché è turpe in senso naturale e sostanziale (nel caso di

<sup>12</sup> In sostanza, pare che il testo preso in considerazione possa essere adeguatamente compreso intendendo l'accento ora alla 'naturalità', ora alla 'laicità' di determinate qualifiche nel senso proposto, ad esempio, nelle *Institutiones* giustiniane (I. 1.2.11), laddove si legge che: *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata*. Tuttavia, ai fini della presente ricerca, interessa ben poco capire se questa concezione di un diritto naturale ricavato dalla 'divina provvidenza' e, in quanto tale, 'sempre saldo o immutabile fosse o no frutto di un'interpolazione postclassica o giustiniana: indipendentemente dalla loro genuinità o meno, è fuor di dubbio che a partire da queste fonti si sviluppò il pensiero giuscriminalistico di età medievale, embrione già ben caratterizzato di tutte le successive evoluzioni dogmatiche. In argomento, cfr. ancora Pugliese, *Istituzioni* cit., 737.

<sup>13</sup> Cfr. Giuffrè, *La repressione* cit., 77, laddove si legge che «non trovava spazio alcuno, in tale sistema, l'idea che, per essere perseguito, un fatto debba essere stato prima qualificato come crimine, e che la reazione ad esso sia predeterminata. Insomma, non trovava spazio il principio di legalità». Più avanti nel testo (p. 161), si osserva però come, a partire dall'età costantiniana, «la nuova concezione del potere [...] non poteva non comportare la riduzione a minimi termini dei poteri di valutazione dei tribunali: la tendenza della legislazione imperiale fu, infatti, di identificare con precisione minuziosa tutte le possibili figure criminose e di fissare per ciascuna una pena determinata, lasciando ai giudici il solo compito di accertare in fatto se l'ipotesi criminosa si fosse o non si fosse verificata».

<sup>14</sup> Cfr. Gioffredi, *I principi* cit., 26, laddove l'Autore osserva come «i giuristi conoscono gli istituti che noi oggi chiamiamo introduttivi e di parte generale, ma li trattano casisticamente non costruendovi intorno un sistema: cosa che del resto si riscontra anche nel diritto privato».

<sup>15</sup> Così Vallini, *Antiche e nuove tensioni* cit., 16.

<sup>16</sup> In merito alla valenza del concetto di turpitudine nell'ambito del diritto romano e per una sua più compiuta definizione, cfr. G. Greco, *Turpitudino. Alle origini di una categoria giuridica*, Napoli 2018.

specie, il furto e l'adulterio) e, dall'altra, ciò che è turpe perché è illecito (cioè l'infedeltà del tutore). Ulpiano pare sostenere che la differenza tra le due *species* non sia fondata sulla sussistenza o meno di una iniquità, ma sul carattere naturale o meno della medesima.

In altri termini, non può essere un *probrum natura turpe* ciò che *potest etiam in hominem idoneum incidere*.

Una siffatta classificazione consente di sviluppare ulteriormente il ragionamento sull'attributo di 'iniquità' naturale, che sembra caratterizzare soltanto quegli atti che evidenzino una 'immoralità' globale della persona dell'esecutore.

Per converso, tutte quelle fattispecie non 'eticamente connotate', essenzialmente rivolte alla stigmatizzazione di singole azioni contrarie alle finalità dell'ordinamento giuridico, non pongono in rilievo un difetto della personalità etica del loro autore, bensì la riprovevolezza, da un punto di vista prettamente 'laico' e 'civile', di una sua specifica e determinata condotta, tanto che anche gli *homines idonei*, cioè individui dotati di una soggettività tutt'altro che meritevole di biasimo, possono comunque realizzare illeciti di questo tipo e risponderne.

Nel complesso, da questo frammento sembra emergere una linea di pensiero in cui religione e valori metagiuridici sono collocati su un piano diverso rispetto al diritto in senso stretto, sia pure con il medesimo ampliamente – ma non necessariamente – collegati.

Inoltre, il passo in questione evidenzia una differenza – di particolare interesse anche per i nostri tempi – tra una legge morale che, in quanto tale, ha quali punti di riferimento l'essere umano e la sua perfezione oppure, al contrario, la sua corruttibilità, ed una scala di valori di natura meramente 'civile', in base alla quale è possibile censurare un soggetto qualificabile come *idoneum*, dal momento che essa si interessa esclusivamente al rapporto tra le sue azioni e l'ordinamento giuridico globalmente considerato e non già alla sua virtù interiore.

Come è stato poc'anzi accennato, questo testo ha goduto di grande fortuna tra gli studiosi di epoca successiva: infatti, il concetto di *probrum civiliter turpe*, alla base della moderna nozione di 'reato artificiale', ha assunto una particolare centralità sul piano dell'enucleazione dei requisiti 'soggettivi' di imputazione, soprattutto con riferimento al profilo della conoscenza o conoscibilità dell'illiceità.

Infatti, si è appena visto come l'elemento cardine della distinzione tra *probra civiliter* e *probra natura turpia* consistesse nella diversa funzione assunta dal fattore 'giuridico' dell'illiceità nell'inquadramento dello specifico disvalore della fattispecie.

Inevitabilmente, a tale eterogeneità strutturale se ne è presto accompagnata una corrispondente sul piano dell'imputazione, rispetto alla quale preponderante, ancora una volta, è stato il ruolo ricoperto dalla scienza giuridica.

In quest'ambito, non si può prescindere dall'esame della ricostruzione operata da Theodor Mommsen nel *Römisches Strafrecht*, nella quale si afferma che già nel diritto penale romano si sarebbe assistito ad una peculiare valorizzazione della 'coscienza dell'illiceità' con riferimento ai reati cc.dd. 'di mera creazione legislativa'<sup>17</sup>.

Ciò sarebbe confermato dal fatto che la dimensione puramente casistica e processuale del diritto penale romano<sup>18</sup> implicava che il dolo e le altre 'forme di manifestazione' della colpevolezza non

<sup>17</sup> In questo senso, cfr. T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 92ss.

<sup>18</sup> Caratteristica con riferimento alla quale cfr. Gioffredi, *I principi* cit., 18, laddove si evidenzia come «questa via di creare, per nuove figure di reati, appositi tribunali definendone con legge le funzioni [...] dà al diritto penale romano dell'età classica una caratteristica particolare, cioè che è preminente in esso l'aspetto processuale. Questo, del resto, avviene anche per il diritto privato che appare come un insieme di azioni giudiziarie: è un carattere che, per quanto non debba essere esagerato, è innegabile». Dalla lettura di T. Masiello, *Mommsen e il diritto penale romano*, 2<sup>o</sup> ed., Bari 1997, 35ss. e 55ss. (al quale si rinvia per una più ampia bibliografia in argomento), invece, emerge chiaramente come tale

assumessero una propria collocazione in una sfera concettuale autonoma rispetto agli aspetti materiali del reato, a differenza di quanto accade nell'analisi moderna: tali elementi, al contrario, venivano diluiti nei 'fatti', che ne costituivano gli 'elementi di prova'<sup>19</sup>.

Un simile rapporto tra dato soggettivo e dato oggettivo, che, come visto, si svolgeva secondo un processo di 'induzione' e 'coincidenza', non avrebbe potuto adeguatamente spiegarsi rispetto a comportamenti che, per definizione, si mostravano come privi di un qualsiasi significato di disvalore: in queste ipotesi, la commissione del fatto, sia pure volontaria, non poteva essere ritenuta sintomatica dell'assenza di una coscienza etica<sup>20</sup>.

Pertanto, è da individuare nel momento della richiesta di una violazione cosciente del precetto con riferimento a tali ipotesi il frangente in cui i giuspenalisti hanno collegato il profilo della 'colpevolezza' all'unico aspetto di turpitudine emergente in questi casi, vale a dire l'antigiuridicità: in questo modo, il *dolus* sarebbe stato qualificato come *malus* nella misura in cui implicava un atteggiamento di ribellione verso l'autorità, la società e le sue leggi; in altri termini, fintantoché esso fosse espressione di una scelta disubbidiente e, in quanto tale, manifestazione di una personalità deviante.

In sostanza, l'assenza nelle fattispecie penalmente rilevanti di una 'base morale' (che Mommsen definisce in termini di 'sittliche Grundlage') sarebbe stata colmata dalla valorizzazione di un disvalore morale soggettivo ('Moralität')<sup>21</sup>.

Siffatte conclusioni, tuttavia, risultano essere poco condivisibili con riferimento al diritto penale romano, in virtù della carenza delle fonti e dell'ambiguità di quelle a noi note, circostanze che, tra l'altro, sono alla base del dibattito dottrinale – peraltro mai sopito – in merito al ruolo ricoperto, in generale, dall'*error iuris* in tale esperienza giuridica<sup>22</sup>.

Nel complesso, bisogna interrogarsi sulle conseguenze che si possono trarre dall'analisi appena svolta.

In via preliminare, un dato interessante è costituito dalla mancanza, nel sistema penalistico romano, di qualsivoglia forma di attenzione verso temi di 'politica legislativa', orientata alla riduzione e razionalizzazione dell'ambito del 'penalmente rilevante'. Dalle fonti pervenuteci, infatti, è possibile ricavare un'implicita e acritica accettazione – al netto di pur raffinati adattamenti interpretativi -, da parte dei giuristi dell'epoca, del materiale normativo allora esistente.

Non costituisce un'eccezione in questo senso il testo ulpiano in precedenza esaminato, dal quale emerge come la convivenza, nel contesto dello stesso *ius criminale*, di precetti così diversi tra loro

---

peculiarità del diritto penale romano viene ad essere valorizzata, per la prima volta e in modo altamente significativo, proprio dallo storico tedesco.

<sup>19</sup> In questo senso, Giuffrè, *La repressione* cit., 148, evidenzia come «gli operatori giuridici pratici sembra ritenessero che il *crimen* dovesse essere normalmente caratterizzato da 'dolo'. Senonché, costretti in un 'letto di Procuste' da formule legislative e da decisioni imperiali incontestabili, avallarono poi l'indirizzo secondo cui 'il dolo si prova dal fatto stesso' (si finì così con il ritenere, tautologicamente, che l'autore di un fatto punibile a titolo di reato doloso avesse agito "*sciens dolo malo*" solo per averlo commesso)».

<sup>20</sup> Così Vallini, *Antiche e nuove tensioni* cit., 21.

<sup>21</sup> Una siffatta ricostruzione costituisce, con molta probabilità, l'esito di un approccio storiografico condizionato dall'intento, per quanto meritorio, di 'storicizzare' talune istanze garantistiche riconducibili alla elaborazione teorica della c.d. 'scuola classica' del diritto penale. Sul punto, Masiello, *Mommsen* cit., 95ss. e 117ss.

<sup>22</sup> Per quanto concerne l'analisi di tale questione, indubbiamente di grande interesse, in questa sede è opportuno limitarsi a rimandare *in toto* alle osservazioni svolte, nella dottrina romanistica, da Gioffredi, *I principi* cit., 88s., laddove l'Autore ammette come «più complesso è il problema dell'errore di diritto, o per meglio dire della ignoranza della norma penale. Questo problema certamente già si è posto in età repubblicana. Pare poi potersi cogliere a questo proposito in qualche testo, una diversità di tendenze tra diritto classico e postclassico». Cfr. anche, con riferimento alla dottrina penalistica, S. Piacenza, *Errore ed ignoranza di diritto in materia penale*, Torino 1960, 61ss., nonché J. De Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 4° ed., Coimbra 1995, 28ss., e M. Lanzi, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino 2018, 3ss.

sul piano strutturale, assiologico e teleologico non sia avvertita come un problema che il giurista è chiamato a risolvere, ma come un dato reale di cui prendere atto, a partire dal quale, poi, eventualmente giungere all'elaborazione di concrete soluzioni applicative.

Soltanto a partire dall'Illuminismo sarà introdotta una visione 'prescrittiva' della scienza penalistica, finalizzata non tanto all'attuazione, quanto alla critica degli ordinamenti vigenti. Prima di quel periodo, il diritto penale tendeva ad atteggiarsi come uno strumento a disposizione dell'autorità del quale il giurista era chiamato a studiare i meccanismi e non già come una categoria volta a valutare i limiti della medesima autorità<sup>23</sup>.

Una simile affermazione non implica affatto quella in base alla quale, nella riflessione pre-moderna, non si percepì come la peculiarità dei *probra civiliter turpia* e la loro distanza dai modelli 'naturali' di illecito richiedessero una revisione ed un adattamento della comune disciplina di imputazione del reato: infatti, il rapporto tra il concetto di 'colpevolezza' e tale categoria di illiceità venne affrontato in modo consapevole e problematico.

Tuttavia, una mentalità giuridica squisitamente 'pratica', quale quella romana, tentò di tematizzare tale problematicità sul piano che le era più congeniale, cioè quello applicativo. La soluzione che ne è derivata è eminentemente di carattere 'soggettivistico', consistente nella costruzione delle categorie soggettive del reato in base alla diversa fisionomia delle singole fattispecie, in considerazione dello specifico assetto dei loro profili costitutivi. L'illiceità, dunque, viene tendenzialmente inquadrata nell'ambito dell'elemento psicologico, poiché la sua consapevolezza contribuisce a qualificare l'*animus* dell'agente in modo tale da evidenziare la necessità retributiva di una sanzione.

Tale impostazione è tanto più comprensibile se si ragiona sul dato in base al quale nessun'altra 'rimproverabilità' è concepibile, in questo periodo della storia del diritto penale, se non quella *lato sensu* morale, attenta all'interiorità dell'agente.

Peraltro, questo generale bisogno di 'coscienza dell'illiceità' sovente si è prestato ad essere manipolato, contestualizzato e concretizzato, in virtù di un'elaborazione fondata sul dato processuale e finalizzata alla formulazione di una casistica paradigmatica.

In questi termini, è possibile individuarsi, per quanto involontaria, una ispirazione oggettivistica: infatti, attraverso la costruzione di *tòpoi* trattati omogeneamente, si è pervenuti ad una categoria di *probra civiliter turpia* in quanto tali e, solo perché tali, in buona parte sottratti alle normali logiche di imputazione e sanzionatorie tipiche dei *probra natura turpia*.

In definitiva, nel rapido e parziale tentativo di palingenesi appena effettuato, possono individuarsi i germogli del superamento del principio di colpevolezza, che sarebbe stato operato, nella dottrina penalistica del XX secolo, da parte di Claus Roxin, il quale avrebbe fuso nella categoria unitaria di responsabilità il giudizio soggettivo alla base della colpevolezza con la funzione politico criminale di quest'ultima, consistente nella realizzazione di esigenze di prevenzione generale e speciale, che attengono, rispettivamente, alla collettività e al singolo, in tal modo coinvolgendo sia il soggetto imputabile che quello non imputabile, laddove la colpevolezza era appannaggio soltanto del soggetto imputabile<sup>24</sup>. Ulteriore dimostrazione questa di come il diritto romano possa essere utile, se non a spiegare, quantomeno a comprendere i processi evolutivi che si sono svolti all'interno di discipline – come il diritto penale – che magari si sono nettamente distanziate dalle specifiche regole previste nell'ambito dell'ordinamento romano, ma non possono fare a meno della *scientia iuris* romanistica, ancora oggi imprescindibile strumentario teorico per la ricostruzione dogmatica di concetti fondamentali per la scienza giuridica contemporanea.

<sup>23</sup> In questi termini, cfr. Vallini, *Antiche e nuove tensioni* cit., 35.

<sup>24</sup> Al riguardo, cfr., a titolo meramente esemplificativo, C. Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1984) 25ss., e Id., *Che cosa resta della colpevolezza nel diritto penale?*, in S. Moccia (cur.), *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli 2001, 149ss., nonché S. Moccia, *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Indice penale* (1981) 168ss.

**Abstract.** – Il presente contributo prende le mosse da un passo di Ulpiano riportato (nell’ambito della rubrica *De verborum significatione*) in D. 50.16.42, in cui il giurista di Tiro distingue tra gli atti turpi per natura (*probra natura turpia*) e quelli che sono tali in virtù di norme civili e secondo le consuetudini della città (*probra civiliter et quasi more civitatis*). Questa contrapposizione ha goduto di ottima fortuna nella dottrina successiva, soprattutto per quanto concerne il dibattito sulla coscienza dell’illiceità dell’azione da parte del soggetto agente: Theodor Mommsen, ad esempio, ebbe ad affermare nel suo *Römisches Strafrecht* che questa è la dimostrazione di come il diritto penale romano valorizzasse particolarmente il tema della coscienza dell’illiceità con riferimento ai reati c.d. di mera creazione legislativa. L’obiettivo della relazione è quello di indagare sulla portata del brano ulpiano e della differenziazione tra illiceità penale “naturale” ed artificiale di cui esso pare costituire un primo antecedente, al fine di comprendere quali conseguenze essa possa avere nella ricostruzione del concetto di illiceità nel contesto della scienza giuridica romanistica.

This essay starts from a text by Ulpian reported (in the context of the *De verborum significatione* section) in D. 50.16.142, in which the jurist from Tyre distinguishes between acts that are shameful by nature (*probra natura turpia*) and those that are such because of civil rules and according to the customs of the city (*probra civiliter et quasi more civitatis*). This contrast has enjoyed great success in the subsequent doctrine, especially with regards to the debate on the awareness of the unlawfulness of the action caused by the acting subject: Theodor Mommsen, for example, stated in his *Römisches Strafrecht* that this is the demonstration of how Roman Criminal Law particularly valued the theme of awareness of unlawfulness with reference to the so-called crimes of mere legislation creation. The aim of the presentation is to investigate the significance of the passage by Ulpian and the differentiation between “natural” and artificial criminal unlawfulness, of which it appears to constitute one of the first antecedents, in order to understand which consequences it may have in the reconstruction of the concept of unlawfulness in the context of the Roman legal science.