

*'Proditio' e 'crimina' militari: una prima ricostruzione***

SOMMARIO: 1. Lo *status quaestionis* sulla *res militaris*; 2. La *proditio*: da figura penale autonoma a *species* di un *genus*; 3. Le basi per l'elaborazione '*De re militari*'; 4. Da un'ampia discrezione con lo scopo di 'dare l'esempio' a una normativa 'codificata': il caso dei reati in servizio; 5. *Seditio*, disobbedienza, insubordinazione: tra lasciti repubblicani e nuove 'costruzioni' per una generale disciplina dei '*milites*'; 6. Il '*miles fugiens*': '*emansor*', '*desertor*' o '*transfuga*'? Influenze repubblicane e necessità storiche; 7. Le nuove fattispecie nel Tardoantico: il proliferare di una legislazione militare; 8. Conclusioni.

1. Il tema della *res militaris* e del diritto penale militare romano è stato oggetto di pochi studi, anche se significativi, da parte della storiografia, nonostante l'incisività che la materia militare ebbe quale fattore propulsivo nell'inarrestabile espansione del popolo romano¹.

È stata innovativa, sul tema, la monografia data alle stampe nel 1874 e redatta dall'avvocato e ufficiale dell'Esercito Regio Michele Carcani, pubblicata nuovamente nel 1981². L'opera nasce nell'ambito della revisione in quel momento in corso della legislazione militare italiana, motivo per cui la sua struttura è improntata a un confronto sistematico tra il diritto romano e quello italiano allora contemporaneo. Inoltre, la

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Foggia.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Tra i più cfr. A. MÜLLER, *Die Straffjustiz im römischen Heere*, in *Neue Jahrbücher für das klassische Altertum*, 9, 1906, pp. 506 ss.; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, pp. 183 ss.; G.F. FALCHI, *Diritto penale romano*, II. *I singoli reati*, Padova, 1932, pp. 248 ss.; C.H. BRECHT, '*Perduellio*': eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik, München, 1938, pp. 54 ss.; E. SANDER, *Das römische Militärstrafrecht*, in *Rheinisches Museum für Philologie*, 103, 1960, pp. 289 ss.; C.E. BRAND, *Roman Military Law*, Austin, 1968; G. SCIASCIA, *Frammenti di diritto penale militare romano*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, III, Milano, 1970, pp. 1939 ss.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro e la letteratura 'de re militari'*, in *Labeo*, 20, 1974, pp. 27 ss.; ID., *La letteratura «de re militari». Appunti per una storia degli ordinamenti militari*, Napoli, 1974; ID., *Tracce di una tarda raccolta di 'iura' in materia militare*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, I, Köln, 1978, pp. 25 ss.; ID., *Il 'diritto militare' dei Romani*, Bologna, 1980; ID., '*Militum disciplina*' e '*ratio militaris*', in *ANRW*, II.13, Berlin - New York, 1980, pp. 234 ss.; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung der römischen Soldaten: Ihre Entwicklung von den Anfängen Roms bis auf Diokletian*, in *ANRW*, II.14, Berlin - New York, 1982, pp. 963 ss.; V. GIUFFRÈ, *«Iura» e «Arma»: intorno al VII libro del Codice Teodosiano*³, Napoli, 1983; ID., *Testimonianze sul trattamento penale dei 'milites'*, Napoli, 1989; ID., *Lecture e ricerche sulla 'res militaris'*, I e II, Napoli, 1996, *passim*. Data la vastità del tema trattato, si rimanda anche al ragguaglio bibliografico indicato in ID., *Il 'diritto militare'*, cit., pp. 89 ss.

² M. CARCANI, *Dei reati, delle pene e dei giudizi militari presso i Romani*, Milano, 1874, ripubblicato nella collana *Antiqua* con una nota di lettura di V. GIUFFRÈ, Napoli, 1981.

sollecitazione che spinse il Carcani a scrivere fu certamente «una insoddisfazione per i due scritti che sino ad allora avevano “più specialmente trattato” della “legislazione penale militare romana”»³.

L'assenza di un'approfondita riflessione storiografica e la metodologia impiegata da Carcani permettono comunque alla sua monografia di attestarsi quale lettura fondamentale sul tema del diritto criminale militare romano. Di *res militaris*, infatti, non riuscì a occuparsi Mommsen; quest'ultimo, ormai ottantenne, non ebbe la possibilità di apportare un contributo fondamentale all'argomento nonostante la pubblicazione del *Römisches Strafrecht*⁴.

La compiuta conoscenza del tema da parte di Carcani ha dato una cospicua fama al libro: la monografia è infatti una delle opere cardine della voce *Militärstrafrecht* per la *Realencyclopädie* redatta da Taubenschlag, intorno agli anni Trenta del secolo scorso⁵. Tuttavia, gli studi di Carcani sono completamente omessi nella copiosa bibliografia del *Roman Military Law* di Brand, pubblicata nel 1968⁶. A giudizio di Giuffrè questa omissione avrebbe condannato la *res militaris* a ottenere una scarsa attenzione, perché anche una bibliografia essenziale sulla materia richiederebbe una ricostruzione attraverso consultazioni incrociate: un'operazione che è lo stesso Giuffrè a offrire, non senza omettere di specificare come il tema più approfondito sia quello della diserzione⁷.

Il lavoro di Carcani, pur offrendo un utile strumento di partenza per lo studio sul tema, appare comunque carente sotto alcuni profili, tra i quali spicca l'assenza di un'approfondita analisi della elaborazione giurisprudenziale romana sull'argomento; un'operazione, questa, che spetterà al lettore di Carcani compiere⁸. Lo stesso Giuffrè sottolinea che Carcani non indaga mai con occhio critico le fonti, trascurando di esaminare l'eventualità che il testo possa essere stato interpolato; Giuffrè, inoltre, non condivide la decisione di Carcani di trattare la materia solamente fino all'epoca di Costantino. Per Carcani, infatti, superare quel periodo storico sarebbe una 'motivazione inutile', data la decadenza degli eserciti di quell'epoca e l'assenza di un comune

³ Cfr. M. CARCANI, *Dei reati*, cit., p. VIII. Si tratta di J. VOET (J.U.D. ET ANTECESSORIS NASSOVICI), *De iure militari, in quo plurimae ad Militiae Militumque iura pertinentes controversiae, iuxta, leges, gentium mores, et rerum iudicarum exempla sunt definitae*, Francofurti et Lipsiae, 1758; G. SICHTERMAN, *Dissertatio philologico-iuridica inauguralis de poenis militaribus Romanorum*, Ludg. Batav., 1708, poi contenuta in *Thesauri Dissertationum iuridicarum selectissimarum in Academiis Belgicis habitatum*, II.1, curante G. Oerlrichs, Lipsiae, 1770, pp. 221 ss.

⁴ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pp. 27 ss.; pp. 561 ss.

⁵ R. TAUBENSCHLAG, voce 'Militärstrafrecht', in *PWRE*, XV.2, Stuttgart, 1932, coll. 1668 ss.

⁶ C.E. BRAND, *Roman Military Law*, cit., pp. 201 ss.

⁷ Si veda M. CARCANI, *Dei reati*, cit., p. XV s., nt. 40. Sulla *desertio* è fondamentale V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione in diritto romano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 10, 1919, pp. 138 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, pp. 1 ss. (da cui si cita).

⁸ Sul punto cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 61 ss.; ID., *La lettura*, cit., pp. 61 ss.; ID., *Militum disciplina*, cit., pp. 242 ss.

denominatore con le leggi della età classica, ancora debitrice di quell'antica disciplina che aveva influenzato l'espansione territoriale di Roma. Entrambi questi profili sono stati poi colmati, nel tempo e gradualmente, dalla storiografia⁹.

In ogni caso, nonostante le approfondite indagini storiografiche, lo studio della legislazione criminale militare romana sembra ancora ricoprire un ruolo ancillare. Ciò si deve, in particolare, alla mancata ricostruzione dello sviluppo dei singoli *crimina* militari, tra cui si annovera anche la *proditio*¹⁰.

Sulla *proditio*, la storiografia ha già affermato la sua separazione dalla *perduellio*¹¹. Tuttavia, risulta necessaria una ricostruzione dei profili genetici della *proditio*, volta a chiarire quali condotte siano idonee a integrare tale *crimen*. La *proditio* presenta, infatti, tratti di similarità con la *perduellio*, ma anche con il *transfugium* e il *perfugium*. Un corretto inquadramento dei singoli *crimina* permetterebbe di stabilire un punto fermo sulla loro disciplina e quindi di capire quali di questi siano propriamente da considerare *crimina* di natura militare, al fine di chiarire se, al di là di tutto, nel corso dei secoli abbiano conservato questo carattere¹².

L'analisi si dovrà concentrare poi sull'evoluzione storica e giuridica dei più rilevanti illeciti militari e, nella ricostruzione, sarà comunque necessario tenere conto di un dato, affrontato dalla storiografia, ma non ancora pienamente risolto¹³. Benché non sia certamente questa la sede opportuna per trattare quest'ultimo in modo esaustivo, in quanto il contributo si occupa di quello che, secondo le nostre categorie dogmatiche,

⁹ Cfr. i contributi raccolti in 'Civitas, Arma, Iura'. Organizzazioni militari, istituzioni giuridiche e strutture sociali alle origini dell'Europa (secc. III-VIII). Atti del seminario internazionale (Cagliari, 5-6 ottobre 2012), a cura di F. Botta e L. Loschiavo, Cagliari, 2012, e in, *Das Recht der "Soldatenkaiser". Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs*, hrsgg. von U. Babusiaux und A. Kolbe, Berlin, 2015, ove ulteriori fonti e bibliografia.

¹⁰ Cfr. principalmente C.H. BRECHT, 'Perduellio', cit., pp. 27 ss., pp. 54 ss.; H. FUHRMANN, voce 'Proditio', in PWRE, Suppl. IX, Stuttgart, 1962, coll. 1222 ss.; A. MAGDELAIN, *Remarques sur la 'perduellio'*, in 'Jus, imperium, auctoritas'. *Études de droit romain*, Rome, 1990, pp. 500 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, p. 19.

¹¹ Così C.H. BRECHT, 'Perduellio', cit., p. 31: «Und die allgemeine Bedeutung „Landesverrat“, sei es militärisch, sei es als Verbrechen außerhalb des Krieges, ist dem Wort *proditio* stets geblieben».

¹² A distanza di trent'anni dalla monografia di Brecht, H. FUHRMANN, voce 'Proditio', cit., col. 1225, si esprime così: «ist es nicht möglich, den Tatbestand der *proditio* genau zu definieren».

¹³ Questo aspetto non verrà qui approfondito e risolto poiché il contributo si occupa solo dell'aspetto sostanziale dei vari *crimina*, senza considerare quello procedurale. Nell'ambito della storiografia citata, il problema è tenuto in considerazione da R. TAUBENSCHLAG, voce 'Militärstrafrecht', cit., col. 1668, ma non approfondito. Cfr. anche C.H. BRECHT, 'Perduellio', cit., pp. 75 ss.; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'imperium nella repressione penale. A proposito della «lex Iulia de vi publica»*, Torino, 1939, pp. 25 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², II, Napoli, 1973, pp. 427 ss.; W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, p. 90 e nt. 331. Da ultimo, la questione è stata sollevata da C. PELLOSO, *Ricerche sulle assemblee quiritarie*, Napoli, 2018, p. 289 s. e nt. 79, con fonti e bibliografia. Ulteriori riferimenti anche in M.F. MEROTTO, *La bipartizione dei 'delicta militum' in 'propria' e 'communia' nel 'De re militari' di Arrio Menandro*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I.1. *Le discipline generali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2022, pp. 427 ss.

concerne i profili essenziali dei *crimina*, risulta comunque doveroso sottolineare che una modifica della disciplina dei crimini militari è debitrice dell'estensione della *provocatio ad populum*¹⁴. Poiché si tratta di *crimina* commessi da soggetti *milites* prima che *cives*, si pone una questione interpretativa per il periodo anteriore alla seconda *lex Porcia de tergo civium*, riguardante i casi in cui l'illecito sia commesso oltre la linea pomeriale, ma non oltre i mille passi dalla cinta muraria¹⁵. Nello specifico, bisogna domandarsi quale sia il potere con cui al magistrato è concesso reprimere il *crimen*, dato che si tratta di una striscia di terra dove al cittadino è concessa la *provocatio*, anche se sottoposto all'*imperium* del comandante militare; parimenti, bisogna capire chi sia l'organo giurisdizionale preposto alla repressione dell'illecito. Tale problema permane anche in seguito all'emanazione della *lex*, quando la *provocatio* è estesa in generale ai soldati nei confronti del loro comandante¹⁶.

Connessa a quest'ultimo aspetto è anche l'individuazione del sistema giurisdizionale repressivo dei singoli illeciti: dobbiamo infatti presumere che questo muti non solo in relazione al *locus commissi delicti*, ma anche in base al soggetto attivo del reato. Come il *locus*, anche il soggetto attivo di questi *crimina* subisce una modifica. In seguito alla riforma militare di Gaio Mario, comincia infatti a incrinarsi la perfetta identificazione tra il *miles* e il *civis* che caratterizzava l'epoca alto-repubblicana¹⁷: se una sovrapposizione tra *populus* ed esercito comincia a scomparire nel periodo del principato, sarà poi nel dominato che si assisterà alla totale dissoluzione di tale binomio.

In generale, ecco perché, nella riflessione, risulta utile il confronto tra le fonti letterarie, che riportano gli eventi e la percezione romana delle fattispecie nel periodo repubblicano e nel principato, e le fonti giuridiche, per lo più datate all'epoca dei Severi, che trattano dei *crimina militari*¹⁸. Attraverso questo raffronto, non solo è possibile

¹⁴ La storiografia sulla *provocatio ad populum* è sterminata. Cfr., tra i molti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., pp. 36 ss.; E. TASSI SCANDONE, 'Leges Valeriae de provocatione'. *Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, 2008; C. PELLOSO, 'Provocatio ad populum' e poteri magistratuali dal processo all'Orazio superstite alla morte di Appio Claudio decemviro, in *SDHI*, 82, 2016, pp. 219 ss. per ulteriore bibliografia.

¹⁵ Sulla seconda *lex Porcia de tergo civium* e sulle problematiche a essa connesse, cfr. G. ROTONDI, 'Leges publicae populi romani', Milano, 1912, pp. 268 s.; M. FUHRMANN, voce 'Verbera', in *PWRE*, suppl. IX, Stuttgart, 1962, coll. 1589 ss.; L. RODRIGUEZ-ENNES, *Sobre los orígenes de la prohibición legislativa de la 'verberatio Civis'*, in *Estudios en homenaje al profesor Francisco Hernandez-Tejero*, II, 1992, pp. 483 ss.; C. VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa, 1996, p. 20, nt. 14; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., pp. 72 ss.; ID., 'Longius ab urbe mille passuum': cittadini e 'provocatio' in Italia prima delle 'leges Porciae', in *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, pp. 193 ss.; C. PELLOSO, 'Provocatio ad populum', cit., p. 220, nt. 1, p. 224, nt. 9.

¹⁶ Sul punto v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., p. 73 s. che sostiene che il privilegio della *provocatio* spettasse già ai *cives*.

¹⁷ Cfr. E. GABBA, *Esercito e società nella tarda repubblica romana*, Firenze, 1973, pp. 1 ss.

¹⁸ La *res militaris* è per lo più regolamentata al titolo XVI del XLIX libro del Digesto, in cui sono principalmente raccolti passi traditi dalle opere di Tarrunteno Paterno, Arrio Menandro, Emilio Macro,

verificare l'evoluzione dei singoli illeciti, ma anche porre le basi per un futuro studio sulla modifica degli organi giurisdizionali preposti a giudicare questi crimini; nello specifico, se la repressione sia sempre affidata alla *coercitio* del magistrato, oppure sia estesa anche ai *iudicia populi* o al sistema delle *quaestiones perpetuae* della età tardo-repubblicana, a cui nel tempo si affiancano le *cognitiones extra ordinem*.

L'obiettivo di questo contributo sarà, pertanto, duplice: da un lato, ricostruire i profili genetici della *proditio*; dall'altro, illustrare l'evoluzione dei *crimina* militari, da una magmatica materia strutturata su casi di specie creata dalla libera discrezionalità dei comandanti a una uniforme 'legislazione deterministica': una *Systematisierung* imperniata sul sillogismo giuridico¹⁹.

2. La *proditio* è in generale definita come il tradimento con il nemico e può essere considerata, sin dalla fase monarchica, quale illecito idoneo a porre in pericolo l'integrità del *populus* romano inteso come organizzazione militare²⁰. I contorni di questo *crimen* restano tuttavia incerti, soprattutto nella loro delimitazione rispetto a quelli di altre figure che presentano profili comportamentali simili. È il caso, per esempio, della *perduellio*, che si configura come crimine politico e religioso contro la *civitas*²¹, o del *transfugium* e del *perfugium*, nei quali il tradimento prende forma nel passaggio volontario al nemico.

Secondo le categorie dell'odierno diritto penale, tra la *proditio* e questi illeciti vi è un'apparente identità rispetto a quelli che sono classificati come elementi oggettivi del reato, quali il bene giuridico tutelato, o i soggetti attivi del *crimen*. La nostra riflessione deve dunque partire da alcuni punti fermi. In primo luogo, può la *proditio* essere commessa da un soggetto che oggi definiremmo 'qualificato', ciò anche alla luce della distinzione tra *delicta propria* e *delicta communia* che ricorda la dogmatica differenziazione tra 'reati comuni' e 'reati propri'²²? E ancora: è possibile individuare gli elementi idonei a

Paolo e Modestino. Per maggiori informazioni, in generale, su questi giuristi cfr. rispettivamente L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 510 e nt. 29, pp. 516 s., pp. 521 ss.; V. GIUFFRÈ, *La letteratura*, cit., pp. 61 ss.; W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*², Köln, 2001, pp. 219 ss.; pp. 233 s.; pp. 244 ss.; pp. 256 s.; pp. 259 ss.

¹⁹ In questo senso J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., p. 975. V. GIUFFRÈ, 'Militum disciplina', cit., p. 265, parla, invece, di una 'canonizzazione'.

²⁰ Cfr. la nt. 10.

²¹ Sulla *perduellio* quale *crimen* contro dèi e società, v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., p. 14, e da ultimo C. PELLOSO, *Il principio di legalità penale in Roma antica: presenze in filigrana e assenze in chiaroscuro*, in *Diritto penale romano*, I.1, cit., pp. 87 ss.

²² La distinzione è riportata in Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.2 pr.: *Militum delicta sive admissa aut propria sunt aut cum ceteris communia: unde et persecutio aut propria aut communis est. proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit*. Sul frammento v. ora in generale M.F. MEROTTO, *La bipartizione*, cit., pp. 421 ss., a cui adde J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 975 s.

far sì che la condotta dell'offensore debba essere qualificata come *proditio*, dato il certo assorbimento della figura giuridica nel dettato della *lex Iulia de maiestate*²³?

La *proditio* è spesso equiparata dalla storiografia a un illecito militare²⁴; non ne condivide, però, la caratteristica principale, ossia la necessità che sia compiuto da un soggetto qualificato, quale il *miles*²⁵. La storiografia poi annovera la *proditio* tra i *crimina* assorbiti nella *lex Iulia de maiestate*, i cui commenti da parte dei giuristi sono traditi nel titolo quarto del XLVIII libro dei *Digesta*; tuttavia, se è corretto ricomprendere la *proditio* quale sfaccettatura della *maiestas* così come intesa da Augusto, la stessa *reductio ad unum* della *proditio* a *species* del *crimen laesae maiestatis* ha condotto gli studiosi a una faticosa e non precisa identificazione delle condotte idonee a integrare la *proditio* stessa²⁶. Le fattispecie desunte dal commento alla *lex* sono state infatti ritenute tipiche della *proditio*, poiché accomunate da un comune denominatore: la lesione alla sicurezza di Roma²⁷. Tale lesione può consistere sia in comportamenti tenuti nel contesto di operazioni belliche – o idonei a sfociare in queste, favorendo così i nemici di Roma – sia in azioni illecite che richiedono la pena capitale, poiché espressive di un tradimento della *fides publica*²⁸.

Questo comune denominatore, però, non permette di delineare in maniera efficiente quali siano gli elementi essenziali affinché sia possibile determinare se la condotta integri o meno la figura criminosa della *proditio*. Un punto di partenza per cercare di individuare i profili genetici del *crimen proditionis* è certamente l'analisi di alcuni esempi di *proditio* ricordati nelle fonti storiografiche.

Oltre al leggendario episodio di Tarquinia, le fonti qualificano due avvenimenti del periodo regio come casi di *proditio*. Uno è il tradimento di Mezio Fufezio, che aveva incitato i nemici di Roma ad attaccarla, assicurando che Alba Longa – anche se alleata di Roma – non si sarebbe opposta. Il secondo è invece la congiura dei Vitelli, in cui i giovani rampolli della nobiltà romana promettevano con uno scambio di missive al sovrano etrusco la consegna della città in cambio del ripristino dei precedenti privilegi²⁹.

²³ Cfr. principalmente G. ROTONDI, '*Leges publicae*', cit., p. 453; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., pp. 195 ss. in cui ulteriori fonti e bibliografia.

²⁴ Cfr. sempre la nt. 10.

²⁵ V. in tal senso, per quanto riguarda l'odierna disciplina italiana, il libro quarto, titolo primo, capo primo del d.lgs. 66/2010.

²⁶ Cfr. H. FUHRMANN, voce '*Proditio*', cit., p. 1229.

²⁷ Cfr. H. FUHRMANN, voce '*Proditio*', cit., p. 1226.

²⁸ Sul rapporto tra *proditio* e *fides publica* cfr. C.H. BRECHT, '*Perduellio*', cit., pp. 33 s.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma. Origini e funzioni delle pene di morte nell'antichità classica*, Milano, 1996, pp. 238 ss.

²⁹ V., per Tarpeia, Plut. *Rom.* 17.10. Per Mezio Fufezio, cfr. Liv. 1.27-28; Dion. Hal. 3.30.7. Per i Vitelli, v. Liv. 2.3-5. La congiura dei Vitelli è ricordata come una '*coniuratio proditionis*' in Pomp. *l. s. ench.* D 1.2.2.24.

I tre eventi, della cui veridicità storica dobbiamo certamente dubitare, rivestono comunque un'utilità per la nostra analisi. All'interno della logica dell'evento leggendario come esempio 'negativo' di condotta, poiché in questa sono integrati gli estremi dell'*hostem concitare* e del *civis hostis tradere*, si conferma infatti quanto già affermato dalla storiografia sulla *proditio* letta come *crimen* che avvantaggia il nemico sul piano militare e che è sanzionato con la pena capitale. Si tratta, in buona sostanza, del dettato delle XII Tavole così come tramandato da Marciano nelle sue *Institutiones*, di cui ci si occuperà in un secondo momento³⁰.

Inoltre, dalla sommaria descrizione degli eventi si ricavano tre ulteriori elementi. In primo luogo, si conferma la nostra premessa: colui che, secondo le nostre categorie, sarebbe denominato come soggetto attivo del reato non deve essere necessariamente un militare, in quanto anche una donna o dei cittadini possono essere *proditores*. In secondo luogo, non sempre il *proditor* collabora con un nemico: il termine *hostis*, sia per il periodo delle XII Tavole, sia per quello antecedente, può indicare anche lo straniero, quindi colui che semplicemente non è *civis*, come i Fidenati o lo stesso Tarquinio (v., solo per fare qualche esempio, Tab. 6.4 [FIRA², I, 44]; Fest. voce *Hostis* [Lindsay 91]). Infine, emerge come la condotta dei *proditores* dipenda da una stretta collaborazione dettata dalla volontà di ottenere un premio o un vantaggio dalla situazione che si avvererà all'esito della condotta lesiva, come dell'oro, o il totale annientamento dell'alleato più forte, oppure uno *status* giuridico privilegiato. L'aspetto militare è quindi una conseguenza diretta del comportamento, e non un suo elemento essenziale.

Per verificare se questi tre dati abbozzati possano fornire i profili genetici del *crimen prodicionis*, risulta necessario analizzare la seguente vicenda tratta dall'opera di Livio.

Liv. 24.45.1-3: *In ea castra Dasius Altinius Arpinus clam nocte cum tribus seniis venit promittens, si sibi praemio foret, se Arpos proditurum esse. Eam rem ad consilium cum rettulisset Fabius, aliis pro transfuga verberandus necandusque videri ancipitis animi communis hostis, qui post Cannensem cladem, tamquam cum fortuna fidem stare oporteret, ad Hannibalem descisset traxissetque ad defectionem Arpos; tum, quoniam res Romana contra spem votaue eius velut resurgere ab stirpibus videatur, novam referre prodicionem proditis polliceatur, aliunde stet semper aliunde sentiat, infidus socius vanus hostis; <is> ad Faleriorum Pyrrhi<q>ue proditores tertium transfugis documentum esset.*

³⁰ Marcian. 14 inst. D. 48.4.3. pr.: *Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri*. Il passo è ricostruito in Tab 9.5 (FIRA², I, 65), su cui v., da ultimo, M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, in *XII Tabulae. Testo e commento*, a cura di M.F. Cursi, II, Napoli, 2018, pp. 527 ss.

Il fatto è ambientato durante gli anni della guerra annibalica, nello specifico l'assedio della città di Arpi (*Argos Hippium*) del 213 a.C. Mentre l'esercito cinge d'assedio la cittadella, nell'accampamento del console Q. Fabio Massimo (figlio del *Cunctator*) si introduce di notte Dasio Altinio, che promette la resa e il passaggio alla fazione romana se i Romani lo premieranno. Livio attesta che la proposta è riferita dal console al consiglio di guerra, siccome Dasio aveva in precedenza convinto i suoi concittadini a defezionare a favore di Annibale³¹.

Poiché si ritiene che Dasio voglia trarre un vantaggio dalla situazione attraverso una *proditio* a favore dei Romani (*novam proditionem proditis*), il consiglio propone di *verberare* e uccidere come *transfuga* Dasio; quale *transfuga*, egli deve subire il medesimo destino di altri *proditores*, quali il maestro di Falerii e il medico di Pirro, puniti sulla base della *coercitio* del comandante³².

Quanto descritto da Livio solleva un dubbio circa il *crimen* attribuito a Dasio: lo storico lo qualifica ora come *proditor*, ora come *transfuga*. Nello specifico, la sua proposta è una *proditio*, ma, nonostante ciò, il proponente è un *transfuga*, allo stesso modo degli altri due personaggi menzionati, anch'essi uccisi come *transfugae*, benché ricordati in questo passo come *proditores*.

Al fine di sciogliere quest'apparente incongruenza, si consideri il *Leitmotiv* che caratterizza i singoli episodi, anche se da una prospettiva diversa rispetto a quella delle vicende di età regia. Vi è un individuo (estraneo a Roma, se non addirittura un nemico) che propone ai Romani una *proditio* in cambio di un premio; tuttavia, l'offerta non è accettata e lo dimostra, per quanto riguarda Dasio, l'epilogo dell'assedio di Arpi.

Liv. 24.47.10: *Arpi sine clade ullius praeterquam unius veteris proditoris, novi perfugae, restituti ad Romanos.*

Arpi ritorna sotto il controllo romano senza vittime, tranne Dasio: egli è descritto come un *proditor*, ma trattato come *perfuga*³³. Livio afferma che Dasio è giustiziato non in

³¹ Sui diversi casi di defezione delle città alleate e federate di Roma dopo la sconfitta di Canne cfr. A.J. TOYNBEE, *Hannibal's Legacy. The Hannibalic War's Effect on Roman Life*, II. *Rome and Her Neighbours after Hannibal's Exit*, London, 1965, pp. 129 ss.; G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani, l'età delle guerre puniche*, III.2, Firenze, 1968, pp. 201 ss.; E. BADIEN, *Foreign Clientelae (264-70 b.C.)*, Oxford, 1984, pp. 141 ss. Adde A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, Oxford, 1973, pp. 119 s., per lo status delle città socie o federate. Sul rapporto tra Roma e le *coloniae Latinae*, v. da ultima F. LAMBERTI, *Riflessioni in materia di legami tra 'patria' Roma e 'coloniae Latinae'*, in *Liber amicorum et amicorum. Scritti in onore del prof. Leo Peppe*, a cura di E. Hobenreich, J.M. Rainer e G. Rizzelli, Lecce, 2021, pp. 275 ss.

³² Cfr., rispettivamente, Liv. 5.27.1-10; Plut. *Pyrr.* 21.14.

³³ Sulla non affidabilità delle fonti sull'assedio di Arpi, a partire dal resoconto di Appian. 7.31, v. G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, III.2, cit., pp. 262 s. e nt. 132. Appiano ritiene infatti che l'offerta di Dasio non venne accettata, ma che la conquista dipese dal tradimento di alcuni abitanti di Arpi.

quanto *proditor*, ma come *perfuga*, secondo una precisa *ratio*. Per comprendere più a fondo le ragioni di tale condanna, è necessario confrontare la vicenda dell'assedio di Arpi con un esercizio retorico proposto nelle *Controversiae* di Seneca il Retore.

Sen. rhet. Contr. 7.7: *Cavete Proditorem. Proditionis sit actio. Pater et filius imperium petierunt; praelatus est patri filius. Bellum commisit cum hoste; captus est. Missi sunt decem legati ad redimendum imperatorem. Euntibus illis occurrit pater cum auro; dixit filium suum crucifixum esse et sero se aurum ad redemptionem tulisse. Illi pervenerunt ad crucifixum imperatorem; quibus ille dixit: "cavete proditionem". Accusatur pater proditionis.*

E poi ripreso nell'*Institutio oratoria* di Quintiliano.

Quint. inst. orat., 7.1.30-31: *'Dux qui competitorem patrem in suffragiis vicerat captus est: euntes ad redimendum eum legati obvium habuerunt patrem revertentem ab hostibus. Is legatis dixit: sero itis. Excusserunt illi patrem et aurum in sinu eius invenerunt: ipsi perseverarunt ire quo intenderant, invenerunt ducem cruci fixum, cuius vox fuit: cavete proditorem. Reus est pater'. Quid convenit? 'Proditio nobis praedicta est et praedicta a duce': quaerimus proditorem. 'Te isse ad hostes fateris et isse clam et ab his incolumem redisse, aurum retulisse et aurum occultum habuisse'.*

Tra i vari esercizi retorici incentrati sulla dimostrazione di una *proditio*³⁴, la fattispecie proposta è utile per ricavare la *ratio* sottesa alla distinzione tra la figura del *proditor* e quella del *transfuga* (o *perfuga*), soprattutto perché i due testi sono di composizione successiva alla votazione della *lex Iulia de maiestate*. Nonostante alcune differenze tra i due frammenti, il caso presentato inizia dalla cattura da parte dei nemici di un giovane comandante. È inoltre specificato che il padre del prigioniero è stato sconfitto dal proprio figlio nelle elezioni per ottenere la carica militare; il padre poi comunica ai legati, che erano stati inviati a riscattare il prigioniero e da lui incontrati sulla via che conduce all'accampamento nemico, che ormai suo figlio è morto. L'affermazione insospettisce i legati che perquisiscono il padre e lo trovano in possesso di una somma d'oro. Alla fine i legati trovano il comandante crocifisso che, morendo, avverte dell'esistenza di un traditore.

³⁴ Per ulteriori esercizi retorici incentrati sulla *proditio*, v. F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano, 1938, pp. 432 ss., nonché, da ultima, T. WYCISK, *'Quidquid in foro fieri potest'*. *Studien zum römischem Recht bei Quintilian*, Berlin, 2008, pp. 319 ss. V. sempre F. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori*, cit., pp. 425 ss. e T. WYCISK, *'Quidquid in foro fieri potest'*, cit., pp. 314 ss., per i casi di *transfugium*.

L'insieme di questi indizi (le ultime parole del generale prigioniero, il comportamento ambiguo del padre, nonché la somma d'oro) fa ricadere i sospetti sul genitore, che è pertanto accusato di *proditio*. La controversia, infatti, nasce da uno *status coniecturalis*: la colpevolezza del padre è argomentata sulla base di forti prove indiziarie, ma non fondata su prove certe³⁵. Per questo Quintiliano specifica che il padre è interrogato e che nel corso dell'interrogatorio gli è chiesto se si sia recato segretamente presso il nemico, come sia riuscito a tornare indietro illeso, e infine perché portasse con sé una somma d'oro. Parimenti, nelle *Controversiae*, la congettura si sviluppa attraverso la ricostruzione della *ratio* sottesa al monito del generale: garantire che nessuno esca di notte senza che le guardie lo sappiano, che nessuno si rechi dal nemico all'insaputa della *res publica*, né ritorni dal campo nemico carico d'oro³⁶. Si tratta, a tutti gli effetti, della condotta tenuta dal padre, idonea a condannarlo per *proditio*.

La comparazione tra le fonti storiche e retoriche permette così di delineare alcune similarità e differenze tra la condotta del padre e quella di Dasio, utili alla individuazione dei profili genetici della *proditio*, oltre che a distinguerla da altri *crimina* che, dopo l'emanazione della *lex Iulia*, sono stati riassorbiti nel più ampio concetto di *laesio maiestatis*.

Ciò che accomuna i comportamenti dei due soggetti utilizzati come esempio è il recarsi di nascosto presso l'accampamento nemico, nonché l'avanzare una proposta volta ad avvantaggiarlo; divergente è invece l'esito delle due vicende. Se, infatti, la proposta del padre è accettata, come attesterebbe il possesso di una somma di denaro, quella di Dasio è respinta. Ne conseguirebbe che la mancata accettazione della proposta avente a oggetto il tradimento impedisce di qualificare come *proditor* il soggetto proponente; parimenti, il

³⁵ Sulla possibilità per cui il caso potesse svolgersi presso un organo di giurisdizione romano, nonché per le varie ipotesi sull'effettivo significato dell'espressione '*actio proditiōis*', cfr. H. BORNEQUE, *Les déclamations et les déclamateurs d'après Sénèque le Père*, Lille, 1901, p. 74, p. 89; S.F. BONNER, *Roman Declamation in the Late Republic and the Early Empire*, Liverpool, 1949, p. 110. Ulteriore bibliografia in T. WYCISK, '*Quidquid in foro fieri potest*', cit., p. 320, nt. 776. Tuttavia, qualora si volesse ammettere che la controversia fosse stata giudicata nelle forme della *quaestio perpetua de maiestate*, rimane irrisolta la questione se si trattasse della *quaestio* istituita nel 103 a.C. dalla *lex Appuleia* rogata dal tribuno Saturnino, oppure di quella disciplinata dalla *lex Cornelia de maiestate* (81 a.C.) oppure dalla *lex Iulia de maiestate* (27 a.C.). Poiché, sulla base delle fonti a noi giunte, la prima legge persegue solo i crimini commessi da magistrati e funzionari (e il padre non lo è nell'orazione), mentre la seconda include solo fattispecie per le quali è imprescindibile la violenza (e questa non è commessa dal soggetto attivo; cfr. Cic. in Pis. 50), per esclusione potremmo concludere che si trattasse della *lex Iulia*. In ogni caso, non vi sono nemmeno elementi idonei ad affermare che l'evento fosse represso con una *quaestio*. Per ulteriori fonti e bibliografia sulle tre *leges*, cfr. le ntt. 47 e 48.

³⁶ Sen. rhet. Contr. 7.7.7-8: *Dic quid dixerit tibi: an nihil cum patre voluit loqui? "Cavete proditiōem." Hoc dixit: videte ne quis nocte insciis custodibus exeat, ne quis ignorante re publica ad hostem perveniat, ne quis ex hostium castris gravis auro revertatur. Nihil deest indicio. Si quid de proditiōe quaeritis, imperator vobis dicet; si quid de proditore, legati.*

rifiuto dell'offerta non comporterebbe un danno effettivo all'organizzazione militare della *civitas* di appartenenza del traditore.

Il raffronto tra le due fonti permette quindi di giungere alla seguente conclusione: la fattispecie della *proditio* sarebbe integrata solo quando qualsiasi soggetto appartenente a una *civitas* propone dolosamente a qualsiasi soggetto estraneo – non necessariamente nemico o ostile – un accordo per compiere un tradimento che mira a ledere la sicurezza militare della propria *civitas*. Nel momento in cui l'accordo è perfezionato, tra le due parti nasce una stretta collaborazione, finalizzata al perseguimento di un reciproco vantaggio o interesse: per il traditore, una somma di denaro o determinati privilegi; per la controparte il compimento stesso del tradimento³⁷. Diversamente, la sola proposizione dell'offerta, alla quale non segua l'accettazione e dunque il perfezionamento dell'accordo, sarebbe sufficiente a qualificare il soggetto proponente come *transfuga* o *perfuga*.

Sul *transfugium* si ritornerà in seguito³⁸; un frammento trådito dal sedicesimo libro dei commenti *ad Sabinum* di Paolo consente, però, di trarne una definizione.

Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.4: *Transfugae nullum postliminium est: nam qui malo consilio et proditoris animo patriam reliquit, hostium numero habendus est. sed hoc in libero transfuga iuris est, sive femina sive masculus sit.*

Il *transfuga* è colui al quale non si applica il regime del *postliminium*, poiché deve essere considerato alla stregua di un nemico chi abbia abbandonato la patria con cattive intenzioni (*malum consilium*) e con l'animo di traditore (*animus proditoris*)³⁹. Questi due elementi soggettivi – il *malum consilium* e l'*animus proditoris* – contraddistinguono non solo la figura di Dasio, ma anche quelle del maestro di Falerii e del medico di Pirro⁴⁰.

³⁷ Lo dimostra la stessa radice del sostantivo che è 'pro+do', ossia 'dare in cambio di'. Sul punto cfr. la voce 'Proditio', in OLD, Oxford, 1982, p. 1472 e la voce 'Proditio', in TLL, 10.2, II, Berlin - New York, 1995-2009, coll. 1614 ss. Quanto dimostrato, ossia che la *proditio* non debba necessariamente essere compiuta con il nemico, conferma l'errore nella definizione che di *proditio* dà C.H. BRECHT, 'Perduellio', cit., p. 27: «Das Wort proditio bedeutet stets die verrätische Auslieferung der Person oder doch der Interessen eines andern, der dem Verräter heilig sein sollte, an einen diesem feindlichen Dritten». V. anche H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon, zu den Quellen des römischen Recht*¹⁰, Graz, 1958, p. 465.

³⁸ Cfr. il § 5.

³⁹ Il paragone tra *transfuga* e *hostis* è comune nelle fonti. Cfr. Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.4; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.7; Marcian. 14 *inst.* D. 48.8.3.6; Ulp. 9 *de off. procons.* D. 48.19.8.2.

⁴⁰ V. Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.8: *Transfuga autem non is solus accipiendus est, qui [aut] ad hostes [aut] in bello transfugit, sed et qui per indutiarum tempus [aut ad eos, cum quibus nulla amicitia est], fide suscepta transfugit.* Si accettano qui le interpolazioni segnalate da F. BONA, 'Postliminium in pace', in SDHI, 21, 1955, pp. 270 s. ora in 'Lectio sua'. *Studi editi e inediti di diritto romano*, I, Padova, 2003, pp. 27 s. Dalla ricostruzione originale del passo si ricava che per Paolo è *transfuga* sia chi fugge presso i nemici, sia chi compie la medesima azione concluso l'armistizio, e dopo che le parti contraenti si sono impegnate. La prima parte del frammento rievoca quanto affermato da Ulp. 8 *disp.* D. 48.4.2 pr.: *qui exercitum deseruit vel privatus ad hostes perfugit.* Il riferimento all'*amicitia* in Paolo, anche se probabilmente inserito dai compilatori, può indicare

Sulla base di un ragionamento *e contrario*, il passo dimostra che i due elementi soggettivi sopra menzionati non sono sufficienti a qualificare un soggetto come *proditor*: sono, semmai, sufficienti a ritenerlo un *transfuga*. Perché si possa parlare di *proditio*, pertanto, è necessario che tali elementi si traducano in una proposta concreta di tradimento, che venga accettata dalla controparte estranea alla *civitas* cui il futuro traditore appartiene. Quindi, l'impiego da parte di Livio del sostantivo *proditor* per descrivere i comportamenti del maestro di Falerii e del medico di Pirro non va inteso in senso tecnico-giuridico, bensì come indicazione dell'intenzione soggettiva che muove tali individui. Si tratterebbe, dunque, di un uso atecnico del termine *proditor*, volto a qualificare la volontà traditrice, ma non a identificare il *crimen* in senso stretto⁴¹.

Infine, rimane da chiarire perché Dasio sia qualificato come un *perfuga*. Se il *transfuga* è colui che passa al nemico, possiamo concludere che il *perfuga* sia invece colui che si rifugi presso il nemico. È il caso di Dasio che, dopo aver aiutato i Cartaginesi, tenta di tornare nella fazione romana, divenuta per lui ostile. In entrambi i casi ricorrono i medesimi elementi soggettivi evidenziati da Paolo⁴².

La comparazione con le fonti non giuridiche permette quindi di individuare con maggior chiarezza i profili genetici della *proditio* e di distinguerla dal *transfugium* e dal *perfugium*. Quanto ricavato dal raffronto può essere utile anche a precisare i tratti distintivi della *proditio* rispetto alla *perduellio*, intese come figure autonome del diritto criminale romano, prima della loro *reductio ad unum* nel novero degli atti lesivi della *maiestas Romae*. Sebbene sia corretto definire la *proditio* quale illecito idoneo a ledere la

che il *transfugium*, così come la *proditio*, era integrato anche quando il soggetto fuggiva presso un popolo straniero, non necessariamente ostile. Sull'*amicitia*, cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², II, cit., pp. 29 ss.; M.R. CIMMA, *Reges, socii et amici populi Romani*, Milano, 1976, *passim.*, per ulteriori fonti e bibliografia.

⁴¹ Tale uso ricorre frequentemente, come in Liv. 2.59.9, in cui la codardia di alcuni centurioni e soldati è qualificata come traditrice della disciplina militare. *Proditio* come tradimento politico è impiegato in Liv. 4.3.30, 4.48.16; Cic. *ad fam.* 5.12. L'utilizzo atecnico ricorre anche nelle fonti giuridiche. Ulp. 8 *de off. procons.* D. 48.18.1.26 afferma che il *latro* possa ottenere l'impunità tradendo i compagni; Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.10 definisce *proditor libertatis* chi non risponde al *dilectus*; oppure CTh. 9.6.2 (a. 376), in cui è qualificata come *honestia proditio* la delazione del servo contro il padrone, se quest'ultimo voglia ledere la *maiestas Romae*. Anche all'infuori dell'uso tecnico del diritto criminale del sostantivo, si ritrova comunque il medesimo schema comportamentale, così come emerge anche dallo stesso termine. V. *supra* la nt. 37.

⁴² Tuttavia, la definizione precisa di chi fosse *perfuga* non era univoca, come evidenzia lo stesso Festo, il quale testimonia una duplicità di opinioni sul significato del sostantivo. V. Fest. voce *Perfugam* (Lindsay 236): *Perfugam Gallus Aelius ait, qui liber, aut servus, [aut hostis] sua voluntate ad hostes transierit; qui idem dicitur transfuga. Quamquam sunt qui credant, perfugam esse non tam qui alios fugiat, quam qui ob spem commodorum ad quempiam perfugiat.* È da questo lemma che E. FORCELLINI, voce '*Perfuga*', in *Lexicon Totius Latinitatis*, III, Padova, 1965, p. 649, ricava la sua annotazione: «*Haec Fest. differt a transfuga, si vim verbi spectes, quia perfuga est respectus ad eorum, ad quos confugit: transfuga eorum, a quibus discedit: tametsi in usu loquendi id non servatur.*». Il *perfugium* è ricordato anche in riferimento al *crimen laesae maiestatis*, nello specifico in Ulp. 8 *disp.* D. 48.4.2. pr.: *vel privatus ad hostes perfugit.*

sicurezza militare della *res publica*, ciò, tuttavia, non basta a operare una netta separazione dalla *perduellio*, ossia il crimine contro gli dèi protettori della *civitas* e contro la compagine sociale, rimanendo quindi estraneo alla dimensione strettamente militare⁴³. Diverso è, infatti, quello che noi chiameremmo, con le nostre categorie giuridiche, il bene giuridico tutelato.

Ma la differenza tra le due fattispecie non riguarda solo il bene giuridico tutelato. Lo dimostra proprio la ricostruzione della vicenda del tradimento dei Vitelli, tramandata da Livio⁴⁴. Lo storico afferma che costoro non furono condannati né per *perduellio* né per *affectatio regni*. Perché si configuri *affectatio regni*, è imprescindibile il pericolo di sovvertimento dell'ordine costituito per ottenere la potestà regale; qui, però, i giovani agiscono unicamente come collaboratori di colui che aspira a questa potestà. È proprio simile loro funzione di essere collaboratori con un soggetto estraneo alla *civitas* a escludere la possibilità di qualificare la loro condotta come *perduellio*. I Vitelli sono *proditores* perché la loro proposta di tradire la *civitas* in cambio di un compenso è accettata da Tarquinio il Superbo: l'accordo che ne deriva è idoneo a porre in pericolo i Romani quale organizzazione militare⁴⁵.

Infine, oltre alla diversa pena prevista per i due *crimina*⁴⁶, un ulteriore elemento a sostegno della loro autonomia concettuale si ricava dalla legislazione in tema di *laesa maiestas*: la *proditio* non è infatti annoverata nelle leggi anteriori alla *lex Iulia de maiestate*. La *quaestio de maiestate*, istituita nel 103 a.C. dalla *lex Appuleia*, rogata dal tribuno Saturnino, configura il *crimen* di *maiestas minuta* come una generica offesa all'*amplitudo* e alla *dignitas civitatis*, perpetrata da un magistrato mentre gerisce la propria carica⁴⁷. Parimenti è da escludere la *lex Cornelia de maiestate* dell'81 a.C., in quanto le varie fattispecie da essa contemplate e tramandate in Cicerone sono represses a prescindere – come anche nel caso della *lex Appuleia* – dall'accordo tra il *civis* e lo straniero, così come con il nemico, volto a ledere la sicurezza militare⁴⁸. Cicerone, infatti, annovera l'*exire de*

⁴³ Cfr. le ntt. 11 e 21.

⁴⁴ Cfr. la nt. 29.

⁴⁵ Non è un caso che, nella ricostruzione dell'evento, Livio inserisca il ritrovamento di un rapporto epistolare tra i giovani e il re etrusco, elemento che conferma nuovamente la nostra tesi sulla *proditio*. Sulla vicenda della congiura, v. da ultimo C. PELLOSO, *Bruto, il console che fece uccidere i figli*, in *Storia mitica del diritto romano*, a cura di A. McClintock, Bologna, 2020, pp. 131 ss.

⁴⁶ La pena per la *proditio* ha carattere laico e consiste nella fustigazione e decapitazione con la scure (*virgis caedere et securi percussio*), su cui cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., p. 20; diversamente, la sanzione per la *perduellio* ha carattere sacro e prevede la *suspensio* del colpevole a un albero sterile e la sua fustigazione fino alla morte, su cui cfr. sempre ID., *Diritto e processo penale*², cit., p. 14.

⁴⁷ Su tale *lex* cfr. G. ROTONDI, '*Leges publicae*', cit., pp. 329 s., con fonti, e B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., pp. 127 s., con bibliografia.

⁴⁸ Cic. in Pis. 50: *Hic si mentis esset suae, nisi poenas patriae disque immortalibus eas, quae gravissimae sunt, furore atque insania penderet, ausus esset—mitto exire de provincia, educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in*

provincia, educere exercitum, bellum sua sponte gerere, in regnum iniussu populi Romani aut senatus accedere', che sono anzi ipotesi che si risolvono in una condotta violenta, assente nella *proditio*⁴⁹.

La mancanza della *proditio* tra le fattispecie previste da queste due leggi si spiega in quanto a quell'epoca il popolo militarmente organizzato non può essere ancora equiparato alla *maiestas Romae*, poiché a capo del popolo in assetto marziale vi è il popolo stesso. Dal confronto con le due precedenti *leges* in tema di *crimen laesae maiestatis* si può quindi concludere che l'identificazione della *proditio* quale fattispecie del *crimen laesae maiestatis* è successiva, ed è frutto di una trasformazione che coincide con il primo principato, quando il *princeps* è titolare di un *imperium proconsulare maius et infinitum* ed è allo stesso tempo rappresentante, anche se non in maniera dichiarata come nel periodo del dominato, della grandezza stessa di Roma.

La riduzione della *proditio* a una delle fattispecie del *crimen laesae maiestatis* comporta pertanto la scomparsa degli elementi genetici che la identificavano quale *crimen* autonomo. Tale trasformazione si realizza attraverso l'associazione tra la lesione all'integrità di Roma come organizzazione militare e la violazione della *maiestas* di Roma. Lo dimostrano infatti quelle fonti da cui la storiografia ricava le condotte idonee a integrare la *proditio*, accomunate dal costante riferimento alla dimensione militare.

Scaev. 4 reg. D. 48.4.4 pr.: *cuiusque dolo malo iureiurando quis adactus est, quo adversus rem publicam faciat: cuiusve dolo malo exercitus populi Romani in insidias deductus hostibusve proditus erit: factumve dolo malo cuius dicitur, quo minus hostes in potestatem populi Romani veniant: cuiusve opera dolo malo hostes populi Romani commeatu armis telis equis pecunia aliave qua re adiuti erunt.*

Hermog. 6 iuris epit. D. 48.4.10 pr.: *Maiestatis crimine accusari potest, cuius ope consilio dolo malo provincia vel civitas hostibus prodita est.*

Ulp. 7 de off. procons. D. 48.4.1.1: *... quive hostibus populi Romani nuntium litterasve miserit signumve dederit feceritve dolo malo, quo hostes populi Romani consilio iuventur adversus rem publicam*

Marcian. 14 inst. D. 48.4.3 pr.: *Lex duodecim tabularum iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri. lex autem Iulia maiestatis praecipit eum, qui maiestatem publicam laeserit, teneri:*

Paul. Sent. 5.29.1: *Lege Iulia maiestatis tenetur is, cuius ope consilio adversus imperatorem vel rem publicam arma mota sunt exercitusve eius in insidias deductus est,*

regnum iniussu populi Romani aut senatus accedere, quae cum plurimae leges veteres tum lex Cornelia maiestatis, Iulia de pecuniis repetundis planissime vetat; sed haec omitto.

⁴⁹ Cfr. G. ROTONDI, 'Leges publicae', cit., p. 360, per le fonti, e B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., p. 143, per la bibliografia.

quive iniussu imperatoris bellum gesserit dilectumve habuerit, exercitum comparaverit sollicitaverit, deseruerit imperatorem. His antea in perpetuum aqua et igni interdicebatur: nunc vero humiliores bestiis obiciuntur vel vivi exuruntur, honestiores capite puniuntur. Quod crimen non solum facto, sed et verbis impiis ac maledictis maxime exacerbat.

Nel primo passo, tratto dal quarto libro delle *Regulae* redatte da Scevola, è riportato il caso in cui qualcuno abbia condotto l'esercito romano in un agguato oppure lo abbia 'consegnato' al nemico; Ermogeniano ritiene che possa essere accusato di lesa maestà il soggetto che abbia contribuito alla caduta di una provincia o di una città nelle mani del nemico; Ulpiano poi afferma essere condannato per lo stesso crimine chi abbia inviato un messaggero o delle lettere o chi abbia comunicato un segnale segreto ai nemici di Roma, così come colui che abbia agito in modo da avvantaggiare questi ultimi⁵⁰.

Dalla lettura di queste tre fonti si evince la totale scomparsa degli elementi che contraddistinguevano la *proditio* quale *crimen* autonomo e l'impossibilità di ricostruire il profilo dogmatico della fattispecie attraverso lo spoglio delle fonti giuridiche. Diversamente, il frammento di Marciano (della cui genuinità non si dubita) dimostra, nel primo paragrafo, l'originario contorno della *proditio*, mentre nei successivi il suo assorbimento nella *lex Iulia*⁵¹. Il giurista riporta, infatti, la notizia secondo cui nelle XII Tavole si sarebbe punito con la pena capitale, attuata con molta probabilità nelle forme del *virgis caedere* e del *securi percutere*, colui che si fosse macchiato di *proditio* nella duplice forma dell'*hostem concitare* e del *civem hosti tradere*⁵². Si tratta di condotte che ricalcano la tradizione degli eventi di Mezio Fufezio e della congiura dei Vitelli; ma sono altresì comportamenti che non necessariamente coinvolgono il nemico in senso proprio, come ritiene la storiografia. Se la trascrizione del versetto delle XII Tavole è fedele, infatti, il termine *hostis*, al tempo della legislazione decemvirale, designava anche lo straniero in senso lato.

Infine, il riassorbimento della *proditio* all'interno della *laesa maiestas* è evidente dal confronto tra il passo di Marciano con quello tratto dalle *Pauli Sententiae*. Se nelle XII

⁵⁰ Si noti come il passo di Ulpiano, a differenza degli altri citati, sia estratto dal settimo libro *de officio proconsulis* che, nella ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Liepzig, 1889, coll. 973 ss., si apre con il titolo '*De disciplina publica*', incentrato sull'ordinamento provinciale. Proprio la collocazione del passo nell'opera ulpiana potrebbe presagire che la condotta riportata nel corpo del testo, oltre a quelle menzionate nel passo, potessero essere giudicate nella cornice delle *cognitiones extra ordinem*.

⁵¹ La trattazione del tema con il riferimento alla legislazione decemvirale può essere letta come un 'precedente' della legislazione sul *crimen laesae maiestatis*. Cfr. da ultimo A. LINTOTT, *Recensione a C. Lovisi, Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris, 1999, in ZSS, 119, 2002, p. 527.

⁵² Cfr. H. FUHRMANN, voce '*Proditio*', cit., col. 1227; C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris, 1999, pp. 152 s.; M. MIGLIETTA, *Le norme di diritto criminale*, cit., pp. 527 ss.

Tavole la *proditio* è punita con il *virgis caedere* e la *securi percussio*, nel momento in cui il *crimen* è equiparato a una lesione della maestà, esso è sanzionato prima con l'*interdictio aqua et igni*, e poi, al tempo di redazione delle *Sententiae*, con pene differenziate in base allo *status* del colpevole (*honestior* o *humilior*). In un primo momento, quindi, la condanna della *proditio* avviene mediante *coercitio* del comandante militare, che non dava luogo a un *iudicium publicum* in senso stretto⁵³. Solo con la *lex Iulia* il *crimen* è valutato in una *quaestio perpetua*, sebbene sotto la nuova veste di *laesa maiestas*, e infine rientra nell'ambito delle *cognitiones extra ordinem*⁵⁴.

Quanto detto conferma che la *proditio* è un *crimen* idoneo a ledere la sicurezza militare romana, ma rende evidente come sia improprio declinarlo, secondo le nostre categorie dogmatiche, come fattispecie del diritto penale militare, così come denominarlo come 'tradimento con il nemico'. Non solo, infatti, perché la collaborazione dolosa non presuppone necessariamente un nemico di Roma, ma soprattutto perché l'autore del tradimento può non essere un militare. La *proditio* è semplicemente l'accordo in cui dolosamente è previsto il tradimento in cambio di un premio, proposto da qualsiasi soggetto appartenente a una *civitas* e accettato da un soggetto estraneo alla *civitas* stessa. Nel momento in cui vi è il consenso sull'accordo, il soggetto proponente è *proditor* e la sua azione è idonea a danneggiare l'organizzazione militare della *civitas*.

Ciò non vuol dire, però, che la fattispecie non possa trovare applicazione nel campo militare in senso stretto, come il seguente frammento dimostra.

Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.4: *Exploratores, qui secreta nuntiaverunt hostibus, proditores sunt et capitis poenas luunt.*

Questa è l'unica fonte giuridica pervenutaci in cui chi compie la *proditio* è un *miles*, nello specifico un membro degli *exploratores*. Sono da considerare *proditores*, e così da punire con la pena capitale, gli esploratori che riferiscono notizie segrete ai nemici. La *ratio* sottesa all'indicazione dei soli *exploratores* quali possibili traditori si spiega se si tiene a mente lo specifico ruolo dell'unità militare e le informazioni sensibili di cui potrebbe essere delatore⁵⁵.

⁵³ Così B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., p. 21. È anche vero, però, che non è possibile negare che contro la *coercitio* del comandante si potesse opporre la *provocatio ad populum*, così da sottoporre la questione a un *publicum iudicium*, soprattutto a seguito dell'espansione del raggio territoriale in cui la *provocatio* poteva essere invocata.

⁵⁴ Basti vedere anche la definizione della *lex Iulia maiestatis* in I. 4.18.3: *lex Iulia maiestatis, quae in eos, qui contra imperatorem vel rem publicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit.*

⁵⁵ Si veda Veg. mil. 3.6, il quale consiglia di affidare la fase di esplorazione a uomini fidatissimi, visto che all'interno dell'esercito stesso vi potrebbero essere '*transfugae proditoresque*'.

Attraverso il confronto tra le fonti non giuridiche si possono, in conclusione, recuperare gli elementi genetici della *proditio* e distinguere quest'ultima dal *transfugium* e dal *perfugium* e, in ultima analisi, dalla *perduellio*; si può infine sottolineare i mutamenti che hanno investito la *proditio* a seguito dell'emanazione della *lex Iulia*, i quali hanno determinato, da una parte, l'impossibilità di qualificare l'illecito quale fattispecie autonoma e, dall'altra, lo spostamento della sua persecuzione dalla *coercitio* militare a quella delle *quaestiones perpetuae*.

È infatti nell'interesse di Ottaviano privare i generali muniti di *imperium militiae* dell'arbitrio coercitivo, accentrando sulla sua carica la possibilità di stabilire quali siano le condotte, anche connesse all'ambito militare, idonee a compiere una lesa maestà.⁵⁶ Per questo motivo il *princeps* è anche promotore di una regolamentazione della disciplina militare, denominata *disciplina Augusti* (Svet. Aug. 24, 25, 49.)⁵⁷: l'assunzione in capo al *princeps* del ruolo di legislatore della disciplina dell'esercito, a cui si collega la riduzione della *coercitio* dei comandanti, sarà il primo passo per la nascita della trattazione giuridica *de re militari*⁵⁸. Una volta riformulato il concetto di lesa maestà, ricomprendendovi la *proditio*, in quanto *crimen* che viola l'esercito di Roma di cui il *princeps* è capo assoluto, Augusto è così in grado di porre le basi per una disciplina che prefiguri *ex lege* gli illeciti in ambito militare: è questa un'esigenza dettata non solo dall'obiettivo di ridurre la *coercitio* dei propri sottoposti, ma anche dalla volontà di instillare la disciplina romana in quelle

⁵⁶ Si veda L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del 'crimen maiestatis' tra tardo antico e medioevo*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, a cura di C. Cascione, C. Masi Doria, Napoli, 2002, pp. 361 ss., la quale, anche se si focalizza sul Tardoantico, dimostra come la fattispecie della lesa maestà muti tra le varie epoche, poiché su di essa influisce la *voluntas* dell'imperatore in carica.

⁵⁷ Sulla possibilità di considerare la *disciplina Augusti* come un regolamento, si veda V. GIUFFRÈ, *Il diritto militare dei romani*, Bologna, 1983, p. 37, il quale dimostra come si trattasse di una legislazione casistica, come dimostrerebbe anche Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.13 (su cui v. *infra* § 6), in cui si ricordano gli *edicta* di un ignoto Germanicus. Su quest'ultimo punto cfr. ID., *Testimonianze*, cit., p. 39, nt. 17 e ID., *Arrio Menandro*, cit., p. 56, per il quale si tratterebbe dell'imperatore Caracalla; *contra* V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 4, che ritiene si tratti di Nerone Claudio Druso Germanico. Da ultimo v. J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 982 s.

⁵⁸ Non è un caso che il *princeps* tolga all'iniziativa diretta degli organi repubblicani le questioni che riguardano gli interessi politico-militari della *res publica*, ossia la vera e propria amministrazione dell'*imperium Romanum*; a ciò si aggiunga l'assunzione, nel 27 a.C., dell'*imperium proconsulare* sulle province non pacificate, quindi il comando quasi esclusivo sull'esercito; ulteriore tappa è il 23 a.C., anno in cui al *princeps* è riconosciuto l'*imperium proconsulare maius et infinitum*, riducendo *de facto* i proconsoli a delegati dell'imperatore. Cfr. R. SYME, *La rivoluzione romana*, Torino, 1962, pp. 323 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.1, Napoli, 1974, pp. 150 ss., pp. 173 ss.; M. MAZZA, *Le forme costituzionali del principato*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*², a cura di M. Talamanca, Milano, 1989, pp. 386 s.; A. GUARINO, *Gli aspetti costituzionali del principato*, in *Pagine di diritto romano*, III, Napoli, 1994, pp. 504 s.; P. BUONGIORNO, M. VARVARO, *Percorsi di storia del diritto romano*, Napoli, 2024, pp. 245 ss.

nuove leve che, soprattutto dopo la disfatta di Teutoburgo (9 d.C.), avrebbero costituito il nerbo dell'esercito di Roma⁵⁹.

In conclusione, la dimostrazione delle ragioni che hanno determinato la riduzione della *proditio* a fattispecie del *crimen laesae maiestatis* ha permesso di identificare il punto di partenza da cui si sviluppa la trattazione giuridica *de re militari* che verrà ora analizzata.

3. La nascita della trattazione *de re militari* al tempo del primo principato presuppone, sul piano giuridico, l'avvenuta trasformazione di una materia un tempo strutturata su casi specifici in una legislazione uniforme, nella quale – secondo una logica di tipo sillogistico – all'illecito commesso dal militare segue una pena determinata. Ne consegue che è ora demandata al potere imperiale, e in particolare alla sua cancelleria, la possibilità di innovare la *disciplina militaris*, mentre ai comandanti si richiede unicamente il rispetto della norma⁶⁰.

Come nel caso della *proditio*, l'analisi si baserà sul confronto tra fonti extragiuridiche e giuridiche, al fine di verificare la corrispondenza tra l'evento ricordato dagli storici antichi – utile a delineare i profili genetici della fattispecie – e la configurazione normativa presente nei passi del Digesto o in altre opere di carattere giuridico. Attraverso tale raffronto, saranno oggetto di indagine i *crimina* per cui il *miles* è punibile; questo tipo di indagine permetterà, inoltre, di individuare le fattispecie che non presentano un filo di continuità con la tradizione precedente e possono considerarsi di nuova creazione.

Preliminare è evidenziare come il carattere principale dei *crimina* militari emerga da questo frammento.

Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6 pr.: *Omne delictum est militis, quod aliter, quam disciplina communis exigit, committitur: veluti segnitiae crimen vel contumaciae vel desidia.*

⁵⁹ La scelta di prendere Teutoburgo come data non è casuale. Dobbiamo immaginarci, infatti, che dopo tale evento i volontari ad arruolarsi tra i cittadini fossero una rarità. Difatti, Svet. *Aug.* 25 ci testimonia che: *Libertino milite, praeterquam Romae incendiorum causa et si tumultus in graviore annona metueretur, bis usus est: semel ad praesidium coloniarum Illyricum contingentium, iterum ad tutelam ripae Rheni fluminis.* Cfr. anche Plin. *nat.* 7.45 e Cass. Dion. 56.23.3. Se, pertanto, risultò necessario avvalersi di liberti per difendere i confini del Reno oppure per presidiare l'Illirico, si presuppone che nessuno di quei liberti avesse – a differenza di qualsiasi *ingenuus* che si fosse precedentemente arruolato – una parvenza di cosa fosse la disciplina che Roma chiedeva ai propri legionari. Quella stessa *disciplina* che i figli avevano imparato dai loro padri, come la stessa radice del sostantivo (*discere*) farebbe prospettare. Sul punto, cfr. G. FORNÌ, *Il reclutamento delle legioni da Augusto a Diocleziano*, Milano - Roma, 1953, *passim*; Y. LE BOHEC, *Die römische Armee. Von August zu Konstantin dem Großen*, Stuttgart, 1993, pp. 102 ss.

⁶⁰ Una tale concezione è ricavabile anche da Macer. 1 *de re milit.* D. 49.16.12 pr., in cui il giurista riporta il principio secondo cui l'*'officium regentis exercitum'* debba consistere non nella dichiarazione, o nella delineazione e nemmeno nell'integrazione della *disciplina*, bensì nella sua osservanza.

Nella ricostruzione dell'opera di Menandro, il frammento apre il terzo libro, dedicato alla disciplina militare⁶¹. Nonostante questo passo non dia avvio all'intera trattazione sulla *res militaris*, Menandro illustra, nel corso della sua opera, che nella repressione dei comportamenti contrari alla *disciplina militum* sono qualificati come *crimina* anche quegli atteggiamenti che, pur contrari a una *disciplina communis*, non sarebbero rilevanti sul piano penale: si tratta, per esempio, dell'arroganza, della pigrizia e della codardia⁶².

Pertanto, la lettura combinata del frammento ora citato con Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.2 pr., nel quale si afferma che il *delictum* è militare solo quando è commesso da un *miles*⁶³, permette di ricavare che la particolarità del diritto criminale militare romano non dipende solo dalla qualifica del soggetto, ma anche dalla punibilità di comportamenti che sarebbero irrilevanti qualora posti in essere da chi non sia un *miles*.

Inoltre, il raffronto tra le fonti giuridiche ed extragiuridiche è necessario anche per confermare come il diritto criminale militare romano sia inestricabilmente legato al concetto di *disciplina*, la quale affonda le sue radici nella storia arcaica di Roma, ma comincia ad affermarsi definitivamente nel periodo proto-repubblicano⁶⁴; questa trova nella *coercitio* derivante dall'*imperium* – prima del re e poi del comandante militare – la propria fonte⁶⁵. L'arbitraria repressione riconosciuta ai comandanti, infatti, individua svariate fattispecie determinate dall'arroganza, dalla pigrizia e dalla codardia, per cui il cittadino-soldato del periodo repubblicano deve essere punito; è da qui che i giuristi dell'epoca classica e postclassica paiono estrapolare le condotte e delineare i precetti cui il soldato professionale dell'età imperiale è sottoposto.

⁶¹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889, col. 698, n. 10.

⁶² Sul punto v. M.F. MEROTTO, *La bipartizione*, cit., p. 425 e nt. 15, a cui *adde* J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 970 s., nonché pp. 991 ss., in cui l'autore ricollega le svariate fattispecie criminose alle tre condotte rilevanti per la disciplina militare. L'eventuale interpolazione, che comprende '*veluti*' e continua sino alla fine del frammento, non svislisce il ragionamento, in quanto vi sarà modo di verificare, dal confronto tra le fonti, come questi comportamenti contrari alla '*disciplina communis*' siano la base per la repressione della grande maggioranza dei *crimina* militari. Per l'interpolazione v. *Index interpolationum*, ad h. l. Con riferimento, invece, al concetto di *disciplina*, pare che questo si avvicini all'idea di un insieme strutturato di norme e comportamenti da osservare che, per la sua deducibile natura prescrittiva, potrebbe essere collegata anche al *mos*. Tale interpretazione trova sostegno nella traduzione di *disciplina* col tedesco '*Zucht*' in H. HEUMANN, E. SECKEL, *Handlexikon*¹⁰, cit., p. 151, num. 3, *sub a*.

⁶³ Cfr. la nt. 22.

⁶⁴ Si veda R. FIORI, *Il 'crimen' dell'Orazio superstite*, in *Iura*, 48, 2020, pp. 60 s., il quale associa, non senza omettere qualche sospetto, il proliferare degli episodi di indisciplina militare alla nascita di un primo nucleo di regole di vita e di organizzazione militare, così da creare un vero e proprio *ius criminale militaris*.

⁶⁵ Sull'*imperium*, cfr. la bibliografia citata in C. PELLOSO, *Ricerche*, cit., pp. 26 ss. e, in particolare, le ntt. 47 e 48.

Per questo motivo, si ritiene doveroso concentrare l'indagine sui vari *crimina* militari per i quali la cancelleria imperiale compie una 'sistematizzazione'⁶⁶, per poi illustrare alcune fattispecie la cui creazione dipende dal mutare degli assetti dell'esercito romano, successivamente raccolte in un apposito titolo dei codici di Teodosio e di Giustiniano⁶⁷. È inoltre opportuno premettere, già in questa sede, che, a differenza del periodo repubblicano o del primo principato, il riferimento negli *iura* alla *poena capitis* prevista per il *miles* va inteso come semplice pena di morte, tale da rendere il *miles* un *servus poenae*⁶⁸.

Infine, è opportuno anticipare che alcune fattispecie, se commesse da soggetti che ricoprono un ruolo apicale nei gradi di comando, sono qualificate come ipotesi di lesa maestà. Lo dimostra il testo di Marcian. 14 *inst. D.* 48.4.3, con riferimento al *gerere bellum* e all'organizzazione della leva militare *iniussu principis*, così come al doloso abbandono o alla dolosa cessione di un luogo fortificato⁶⁹. In tutti questi casi, infatti, il comportamento integra un danno alla grandezza di Roma, come la stessa disposizione augustea prescrive, individuando nella formula '*qui maiestatem publicam laeserit*' la propria *ratio* punitiva. Per tutte e tre le azioni, anche se non espressamente indicato dalla fonte, è richiesto l'elemento soggettivo del dolo. Tuttavia, mentre per le condotte *iniussu principis* il dolo è imprescindibile, nel caso dell'abbandono di luoghi fortificati è configurabile anche una responsabilità colposa, derivante da negligenza, imperizia, imprudenza oppure da

⁶⁶ Cfr. V. GIUFFRÈ, '*Militum disciplina*', cit., pp. 265 ss., che parla di 'canonizzazione'; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 975 ss., la definisce, invece, una '*Systematisierung*'.

⁶⁷ Cfr. CTh. 7.1 (*De re militari*) e C. 12.35 (*De re militari*). In ogni caso, entrambi libri si occupano di tematiche afferenti al diritto militare. Di *res militaris* si occupano anche le *Leges militares ex Ruffo*, su cui cfr., da ultimo, V. GIUFFRÈ, *Tracce di una tarda raccolta*, cit., pp. 25 ss.

⁶⁸ Sul punto v. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931, ora in *Gesammelte Schriften*, II, a cura di W. Kunkel e M. Kaser, Köln - Graz, 1963, pp. 358 s. (da cui si cita), per il quale «*capite punire und capitis poena ... bezeichnen ausschließlich die Todesstrafe. Die hiermit betrachtete klassische Terminologie schafft klare Grenzen. Capitalis umfaßt den Verlust des Lebens, der Freiheit, des Bürgerrechts ...*». Sul punto, v. anche U. BRASIELLO, *La repressione criminale in diritto romano*, Napoli, 1937, pp. 242 ss, pp. 262 s., e U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'*, in *SDHI*, 34, 1968, p. 97.

⁶⁹ Marcian. 14 *inst. D.* 48.4.3: *... lex autem Iulia maiestatis praecipit eum, qui maiestatem publicam laeserit, teneri: qualis est ille, qui in bellis cesserit aut arcem tenuerit aut castra concesserit. eadem lege tenetur et qui iniussu principis bellum gesserit dilectumve habuerit exercitum comparaverit* Sul testo, v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., p. 195, nt. 26, secondo cui «La menzione del *princeps* in Ulp. D. 48, 4, 1, 1 e in Marcian. D. 48, 4, 3 apparteneva, con ogni probabilità, al testo legislativo originario».

un’evidente sproporzionalità tra le forze in campo a favore del nemico⁷⁰. In tale ipotesi, la pena dell’*aqua et igni interdictio* può essere sostituita con un’altra sanzione⁷¹.

⁷⁰ Sulla *culpa*, intesa come ‘imputabilità’, cfr. Alf. 2 dig. D. 9.2.52.4; Marcian. 14 inst. 48.8.1.3; Gai 13 ad ed. prov. D. 47.7.9. Sulla *culpa*, concepita come *negligentia*, cfr. Gai. 7 ad ed. prov. D. 9.2.8.1, D. 50.17.132; Ulp. 1 opin. D. 1.18.6.7. Sul punto, v. da ultimo M. BEGHINI, *L’eccesso colposo nell’esperienza giuridica romana*, in *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*, I.2. *Le discipline generali*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2022, pp. 885 ss.

⁷¹ Cfr. Front. stratagem. 4.1.31 (*militiae mutatio*); Front. stratagem. 4.1.27 (rimanere a piedi scalzi, vestiti della sola tunica e senza cintura, nel luogo dell’accampamento chiamato *principia*); Liv. 3.29.2-3 (privazione della quota di bottino); Val. Max. 2.7.15b e Front. stratagem. 4.1.17, 4.1.24 (*militiae mutatio* e *tentorium extra vallum*, ossia l’attendere al di fuori del campo); Front. stratagem. 4.1.19 (*tentorium extra vallum*); Liv. 23.25.7-8, 25.7.2-4, Val. Max 2.7.15c, Front. stratagem. 4.1.25, 4.1.44, Plut. Marc. 13.3 (obbligo di rimanere in un determinato luogo, nel caso di specie la Sicilia); Liv. 26.1.10 (*ne in oppidis hibernarent, neve hiberna propius ullam urbem decem milibus passuum aedificarent*); Liv. 27.13.11 (porre in prima linea quei soldati che si erano dati alla fuga, anche se avevano combattuto valorosamente); Plut. Lucul. 15.7 (scavare una fossa con la sola tunica e senza cintura); Tac. ann. 13.36, Front. strategem. 4.1.21, 4.1.28 («*perstare in principiis* e *tentorium extra vallum*»); Amm. Marc. 24.5.10, 25.1.9-10 (*militiae mutatio*, *ignominiosa missio*, obbligo di marciare disarmati tra bagagli e prigionieri). Sebbene sia possibile riscontrare, tanto in età repubblicana quanto durante il principato, una diversa sanzione correlata all’elemento soggettivo del reato, l’assenza di una fonte esplicita che descriva lo svolgimento di un processo o di una disposizione legislativa che disciplini l’omissione colposa induce a ritenere tale lettura solo plausibile. Ciò anche in considerazione dei limiti imposti alla interpretazione estensiva e, soprattutto, al ricorso all’analogia nel diritto criminale romano, su cui v. Mod. 12 pand. D. 48.4.7.3. In quest’ultimo frammento, relativo all’accusa di lesa maestà, si afferma che i reati si individuano ‘*ex scriptura legis*’ e ‘*ad exemplum legis*’; sull’eventualità di una tale *modus operandi* cfr. principalmente S. SOLAZZI, *D. 48.4.7.3 e l’analogia nel diritto penale*, in *Scritti in memoria del prof. E. Massari*, Napoli, 1937, pp. 407 ss. ora in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, pp. 563 ss.; V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell’esperienza romana*, Napoli, 1998, pp. 69 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del ‘crimen maiestatis’*, cit., pp. 376 s., p. 386.

4. Principio cardine della disciplina marziale di Roma è l'obbedienza agli ordini impartiti dal comandante in battaglia: il *miles* che disobbedisce è punito con la pena capitale, anche qualora l'azione compiuta porti a un successo militare⁷².

La severità della regola non è estranea alla mentalità giuridica dei Romani: l'*imperium*, inteso come potere militare, attribuisce al suo detentore un'assoluta prerogativa nella decisione della strategia, fino al punto da esercitare la propria *coercitio* – da esso derivata – anche nei confronti di coloro che, pur avendo disobbedito agli ordini, abbiano riportato rilevanti vittorie. È questo il destino dei figli, entrambi *tribuni militum*, del *dictator* A. Postumio Tuberto e del console Manlio Torquato⁷³; così come di Q. Fabio, *magister equitum*, condannato da L. Papirio Cursore per aver combattuto contro i Sabini, malgrado il divieto, e successivamente graziato per intervento del senato e su richiesta del popolo⁷⁴. Questa fattispecie è recepita anche nel Digesto.

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.15: *In bello qui rem a duce prohibitam fecit aut mandata non servavit, capite punitur, etiamsi res bene gesserit.*

Nel quarto libro *de poenis*, dedicato – secondo la ricostruzione di Lenel⁷⁵ – alle pene militari, il giurista precisa l'infrazione della pena capitale al *miles* che, *in bello*, compia un'azione vietata dal comandante o non osservi un ordine ricevuto; secondo le nostre categorie dogmatiche, il buon esito dell'operazione compiuta in violazione del divieto non costituisce causa di non punibilità. La burocrazia imperiale riprende la struttura della fattispecie, specificando però che la condotta deve verificarsi in un periodo determinato: quello delle ostilità in atto.

⁷² Sulla possibilità di riconnettere la *ratio* al rapporto che intercorre tra *imperium* e *auspicia maxima*, cfr. F. SINI, 'Sua cuique civitati religio'. Religione e diritto pubblico in Roma antica, Torino, 2001, pp. 6 ss.; V. TOKMAKOV, *Disciplina militare e la situazione giuridica dei 'milites' nella Roma della prima età repubblicana*, in *Diritto@Storia*, 4, 2005. Per quest'ultimo, la violazione di un ordine nel periodo repubblicano non si ripercuoteva solo a livello del diritto, ma si traduceva anche in un «attentato contro il sacro *imperium* del console e contro i divini *auspicia*».

⁷³ Sul figlio di Postumio Tuberto, v. Liv. 4.29.5, anche se sulla veridicità dell'evento lo storico esprime qualche perplessità; sul figlio di Manlio Torquato, v. Liv. 8.7.20-22. Sulla necessità della condanna, cfr. Val. Max 2.7.6; Plut. *Paral.* 26; Front. *Stratagem.* 4.1.41, il quale riferisce che lo stesso figlio di Manlio «negavit tanti esse quemquam, ut propter illum disciplina corrumpetur». V. anche V. TOKMAKOV, *Disciplina militare*, cit.

⁷⁴ Cfr. Liv. 8.29-35; Front. *Stratagem.* 4.1.39; Val. Max. 2.7.8. Sulla *intercessio* nei confronti del *dictator*, v. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², I, Napoli, 1972, pp. 448 s.; O. LICANDRO, 'In magistratu damnari'. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle sue funzioni, Torino, 1999, pp. 172 ss.

⁷⁵ Si veda O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 730 s.

Non solo il subordinato deve sempre obbedire al superiore, ma non deve nemmeno darsi alla fuga, volgendo le spalle al nemico⁷⁶. Questo costituisce un ulteriore fondamento della disciplina militare romana, come dimostra il contenuto del *sacramentum militiae*: sebbene esso, dopo la sconfitta di Canne, assuma la forma di un *'legitimum iusiurandum'* e non più di un *'foedus voluntarium inter ipsos'*, il suo contenuto non muta. Questo continua infatti a prevedere il divieto di abbandonare o rompere la formazione per paura o per fuggire, salvo i casi in cui ciò sia necessario per recuperare un'arma (*teli sumendi aut petendi causa*), ferire un nemico (*hostis ferendi causa*) o salvare un concittadino (*civis servandi causa*)⁷⁷. Si comprende così la ricezione della regola da parte dei giuristi.

Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.3: *Qui in acie prior fugam fecit, spectantibus militibus propter exemplum capite puniendus est.*

Menandro specifica che chi, durante il combattimento, si dia alla fuga per primo deve essere punito *capite* dinanzi ai commilitoni, a scopo esemplare. Subisce un trattamento analogo il soldato che simuli un malore per timore del nemico⁷⁸. Alla medesima *ratio* si collegano due passi di Modestino.

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.4: *Is, qui exploratione emanet hostibus insistentibus aut qui a fossato recedit, capite puniendus est.*

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.16: *Sed qui agmen excessit, ex causa vel fustibus caeditur vel mutare militiam solet.*

Nel primo frammento, è prevista la pena capitale per colui che, con il nemico nelle vicinanze, si spinga in maniera avventata a compiere operazioni di esplorazione oppure si

⁷⁶ Vari sono gli esempi nelle fonti, ma cfr. principalmente Liv. 2.20.5; Liv. 2.59.10-11; Dion. Hal. 9.50; Front. *stratagem.* 4.1.34.

⁷⁷ V. Liv. 22.38.3-5. Sul contenuto del *sacramentum militiae*, cfr. anche Front. *stratagem.* 4.1.4; Gell. 16.4.2-4. Sul *'sacramentum militiae'*, cfr. principalmente S. TONDO, *Il 'sacramentum militiae' nell'ambiente culturale romano-italico*, SDHI, 29, 1963, pp. 3 ss.; ID., *Sul 'sacramentum militiae'*, in SDHI, 34, 1968, pp. 376 ss.; J. VENDRAND-VOYER, *Normes civiques et métier militaire à Rome sous le Principat*, Clermont, 1983, pp. 36 ss., pp. 42 ss.; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico, elementi per uno studio comparatistico*, Milano, 2000, pp. 80 ss.; ID., *'Sacramentum civitatis'. Diritto costituzionale e 'ius sacrum' nell'arcaico ordinamento giuridico romano*, Milano, 2016, pp. 79 ss. Il *sacramentum* si compiva con la mano destra, su cui v. M. MILANI, *La mano destra in Roma antica*, in *Il corpo in Roma antica*, II, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2017, pp. 28 ss.

⁷⁸ Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.5. Si accetta qui la palingenesi di Krüger, secondo la quale la successione dei paragrafi in Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6 sia: 3; 5; 4; 6. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 698, nt. 3.

ritiri dal fossato, ossia dalla prima linea difensiva dell'accampamento romano⁷⁹. Nella fonte successiva – da leggere in combinazione con il passo di Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.15⁸⁰ – è invece prevista, a seconda della circostanza (*ex causa*), per il soldato che abbandoni la colonna in marcia, la fustigazione oppure il trasferimento ad altro reparto (*militiae mutatio*): si tratta, con ogni probabilità, della violazione di un ordine superiore, come si ricava dalla lettura congiunta delle due fonti.

Di epoca repubblicana è l'ipotesi in cui un soldato venga meno al dovere di proteggere il proprio comandante⁸¹; del medesimo periodo è altresì la fattispecie della perdita delle armi o delle insegne, grave violazione di una pietra angolare della disciplina militare romana⁸². Questo principio è recepito anche nell'opera di Modestino.

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.13: *Miles, qui in bello arma amisit vel alienavit, capite punitur: [humane militiam mutat].*

Il giurista specifica che è punito con la pena capitale il *miles* che, nel corso delle ostilità, abbandoni (*amittere*⁸³) oppure ceda (*alienare*⁸⁴) le armi; solo per indulgenza può essere inflitta, in alternativa, la *militiae mutatio*⁸⁵.

⁷⁹ Per J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 684 s., questa fonte, insieme a D. 49.16.3.5 e 6, sarebbe un caso in cui il *miles* è punito come disertore.

⁸⁰ I due passi sono collegati dalla congiunzione avversativa '*sed*'. Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 731, n. 147.

⁸¹ Cfr. Front. *stratagem.* 4.1.46 e Val. Max. 2.7.15d. L'ipotesi prevede la pena capitale, come dimostra Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.22: *Qui praepositum suum protegere noluerunt vel deseruerunt, occiso eo capite puniuntur*. La fattispecie presenta profili di somiglianza con Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.9, in cui si punisce il *miles* che abbandona un prefetto di centuria circondato dai *latrones*, ipotesi delittuosa che non trova un corrispettivo nella prassi repubblicana. Cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 46, nt. 101.

⁸² Cfr. Liv. 2.59.10; Liv. 5.6.14 (*virgis caedere e securi percussio*); Polyb. 6.13. Pene minori in Liv. 10.4.4 (*tentorium extra vallum*) e 27.13.9 (razione di *hordeum* e *militiae mutatio*).

⁸³ Sul disonore connesso all'*amittere*, v. anche Marcell. 39 dig. D. 49.15.2.2, su cui cfr. M. F. CURSI, *La struttura del 'postliminium' nella repubblica e nel principato*, Napoli, 1996, p. 256.

⁸⁴ Sul concetto di '*alienare*' come '*vendere*' e '*cedere*', cfr. C. PELLOSO, '*Do ut des*' e '*do ut facias*'. Archetipi labeoniani e tutele acontrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d.C., in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, pp. 117 ss.; S.A. CRISTALDI, *«In mancipio esse». Genesi e assetti di una speciale dipendenza dei liberi in età imperiale*, Napoli, 2020, *passim*. La disposizione in esame deve essere collegata a Paul. l. s. *de poen. milit.* D. 49.16.14.1, in cui il giurista differenzia la pena (*castigatio verberibus* o pena per la *desertio*) riservata al soldato in base alla parte dell'equipaggiamento venduta; inoltre, se il fatto è commesso dalle reclute (*tirones*), si individua quella che, per le nostre categorie dogmatiche, è una responsabilità oggettiva, in quanto è punito chi ha l'obbligo di custodire le armi, poiché colpevole di aver affidato l'equipaggiamento a un soldato non ancora idoneo al servizio. Sul punto cfr. J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 994 s.; J. VENDRAND-VOYER, *Normes civiles*, cit., pp. 122 ss. Se l'irrogazione della pena di morte per il soldato che abbia perso le armi risale alle origini della storia di Roma, certamente successiva è, invece, l'ipotesi della vendita dell'equipaggiamento, probabilmente elaborata a seguito dell'emanazione della *lex Sempronia militaris* del 123 a.C. Su tale *lex* cfr. G. ROTONDI, '*Leges publicae*', cit., p. 306; V. GIUFFRÈ, *I 'milites' ed il 'commune ius privatorum'*, in *The Impact of*

Nella disciplina militare romana assume rilevanza anche l'obbligo di mantenere il posto di guardia, il cui inadempimento è perseguito con la pena capitale mediante fustigazione⁸⁶. Tale sanzione è mantenuta anche da Augusto, che la applica tanto ai soldati quanto ai centurioni responsabili della violazione⁸⁷. La fattispecie è stata inoltre recepita nella successiva elaborazione giurisprudenziale, in cui il trasgressore è qualificato 'plus quam emansor', espressione che, secondo le nostre categorie dogmatiche, potrebbe essere interpretata come una forma aggravata di *emansio*⁸⁸. Sono infatti previsti elementi di carattere speciale in relazione al soggetto passivo (per esempio, il governatore della provincia)⁸⁹ o al luogo presso cui è richiesta la *statio* del *miles* (il *palatium*)⁹⁰; da ciò deriva un regime sanzionatorio differenziato, alternante tra la *militiae mutatio* e la *poena capitis*.

Il soldato può altresì venire meno all'adempimento di sorveglianza quando è incaricato della custodia di detenuti. Si tratta di una fattispecie che potrebbe risalire già al periodo repubblicano, ma che – in assenza di fonti esplicite – risulta attestata con certezza solo nel principato di Adriano.

Call. 5 de cogn. D. 48.3.12. pr: *Milites si amiserint custodias, ipsi in periculum deducuntur. nam divus Hadrianus Statilio Secundo legato rescripsit, quotiens custodia militibus evaserit, exquiri oportere, utrum nimia negligentia militum evaserit an casu, et utrum unus ex pluribus an una plures, et ita demum adficiendos supplicio milites, quibus custodiae evaserint, si culpa eorum nimia deprehendatur: alioquin pro modo culpa in eos statuendum. Salvio quoque legato Aquitaniae idem princeps rescripsit in eum, qui custodiam dimisit aut ita sciens habuit, ut possit custodia evadere, animadvertendum: si*

the Roman Army (200 B.C. – A.D. 476): Economic, Social, Political, Religious, and Cultural Aspects. Proceedings of the Sixth Workshop of the International Network Impact of Empire (Roman Empire, 200 B.C. – A.D. 476). (Capri, Italy, March 29-April 2, 2005), edited by L. de Blois and E. Lo Cascio, Leiden - Boston, 2007, p. 132. È più probabile, però, che una maggiore persecuzione di questo illecito sia coincisa con la dinastia dei Severi.

⁸⁵ Per alcuni studiosi, quest'ultima precisazione sarebbe una interpolazione. Cfr. *Index interpolationum*, ad h. l. Sull'utilizzo dell'*humanitas* da parte dei giuristi per sostenere le proprie opinioni cfr., invece, L. GAROFALO, *L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, pp. 1 ss. nonché A. BURDESE, *Recensione a L. GAROFALO, L'humanitas*, cit., in *SDHI*, 72, 2006, pp. 532 ss.

⁸⁶ Cfr. Liv. 5.6.14; Polyb. 6.35-37. Tuttavia, Livio ricomprende in generale i comportamenti del *praesidium decedere* e del *castrum deserere*, azioni che rendono colui che li compie *emansor* o *desertor*.

⁸⁷ V. Svet. Aug. 24.2.

⁸⁸ Mod. 4 de poen. D. 49.16.3.5: *Qui stationis munus relinquit, plus quam emansor est: itaque pro modo delicti aut castigatur aut gradu militiae deicitur*. *Emansor* è il soldato che, dopo essere ritenuto scomparso, ritorna all'accampamento oltre il periodo di congedo concessogli (Mod. 4 de poen. D. 49.16.3.2). Sul punto, oltre al § 5, si veda V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 6 s.

⁸⁹ Cfr. Mod. 4 de poen. D. 49.16.3.6: *Si praesidis vel cuiusvis praepositi ab excubatione quis desistat, peccatum desertionis subibit*. Il riferimento alla *desertio* impone che la previsione si coniughi con la disciplina della diserzione, su cui v. il § 5.

⁹⁰ V. Paul. l. s. reg. D. 49.16.10. pr.: *Qui excubias palatii deseruerit, capite punitur*.

tamen per vinum aut desidiam custodis id evenerit, castigandum eum et in deteriore militiam dari: si vero fortuito amiserit, nihil in eum statuendum.

Nel quinto libro *de cognitionibus*, Callistrato riporta il caso di *milites* che vengono meno all'obbligo di *custodia* di un detenuto⁹¹. La sanzione da applicare per questa fattispecie si ricava da due *rescripta* emanati dall'imperatore Adriano.⁹²

Nel primo, rivolto al legato Statilio Secondo, si illustra nel dettaglio il metodo d'indagine, a partire dall'opportunità di *exquirere*⁹³, ossia di indagare la presenza di determinate variabili che abbiano comportato il verificarsi dell'evento, introdotte dall'avverbio interrogativo '*utrum*': nello specifico, se l'evasione dalla carcerazione preventiva dipenda da una '*nimia negligentia militum*' oppure dal caso fortuito, così come se la fuga sia stata compiuta da un solo detenuto *ex pluribus* oppure se siano stati in molti a determinarla. Il *supplicium* dovrà essere inflitto ai soldati solo se l'accadimento dipende da una loro eccessiva negligenza; negli altri casi, la sanzione dovrà essere proporzionata (*pro modo*) alla gravità del comportamento⁹⁴.

Il secondo *rescriptum*, indirizzato al legato di Aquitania, Salvio, stabilisce che debba essere punito chiunque abbia permesso a un prigioniero di evadere, così come colui che abbia favorito l'evasione. Se l'evasione sia stata determinata dall'abuso di vino o

⁹¹ La *custodia*, traducibile quale atto del custodire, è una privazione della libertà di movimento del cittadino, in ottica di carcerazione preventiva. È quindi una sorveglianza cui la persona può essere soggetta per ordine di un magistrato o di un funzionario, in quanto situazione prodromica al processo cognitorio. Sul punto, cfr., in generale, A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari, 1994, *passim*.; M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva. (A proposito di D. 48,19,9,9 – Ulp. 9 De off. Proc.)* in AUPA, 61, 1991, pp. 63 ss., per ulteriori fonti e bibliografia.

⁹² Sull'attività legislativa dell'imperatore Adriano relativamente alle tematiche militari, si rimanda ad A.A. SCHILLER, *Sententiae Hadriani de re militari*, in *Sein und Werden im Recht: Festgabe für Ulrich von Lubtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, hrsgg. von W.G. Becker und L. Schnorr von Carolsfeld, Berlino, 1970, pp. 295 ss.

⁹³ Significativo l'utilizzo del verbo *oportere*, qui impiegato con l'accezione traducibile con «essere conveniente». Su tale accezione, cfr. C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di Mario Talamanca, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, pp. 218 ss.; F. ZUCCOTTI, *Per una storia dell'«oportere»*, in RDR, 20, 2020, pp. 437 ss.; R. SANTORO, *Per la storia dell'«obligatio»*, I, Palermo, 2020, pp. 238 ss.

⁹⁴ Al passo di Callistrato deve collegarsi anche Paul. Sent. 5.31.1: *Si pecunia accepta miles custodiam dimiserit, capite puniendus est. Et certe quaeritur, cuius criminis reus dimissus esse videatur*, su cui v. I. RUGGIERO, '*De poenis militum*'. Su alcuni regolamenti militari romani, in '*Civitas, Arma, Iura*', cit., pp. 262 ss.; nonché Mod. 4 poen. D. 48.3.14, su cui v. J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., 997 ss. Sulla *cognitio custodiarum* si rimanda a V. MAROTTA, '*Mandata principum*', Torino, 1991, pp. 168 ss.; ID., '*L'elogium*' nel processo criminale (secoli III e IV d.C.), in '*Crimina*' e '*delicta*' nel tardo antico. Atti del Seminario di Studi (Teramo, 19-20 gennaio 2001), a cura di F. Lucrezi e G. Mancini, Milano, 2003, pp. 69 ss.; F. BOTTA, *L'iniziativa processualcriminale delle 'personae publicae' nelle fonti di età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del convegno (Modena, 21-22 maggio 1998)*, a cura di S. Puliatti e A. Sanguinetti, Milano, 2000, pp. 301 ss.

dall’inattività del custode, questi dovrà essere sottoposto a *castigatio* nonché alla *militiae mutatio* al più infimo dei gradi dell’esercito; diversamente, quando la fuga dipenda dal caso fortuito, non dovrà essere disposta alcuna sanzione. Si riconosce così, nei termini delle nostre categorie moderne, una causa di non punibilità.

Tuttavia, da altre fonti siamo a conoscenza del fatto che se un *miles*, al quale sia stata consegnata un’arma, evade dal carcere forzandone l’uscita (*ex carcere dato gladio erupit*), la *poena capitis* si applica sia all’evaso sia al sorvegliante che abbia scelto di seguirlo, rendendosi così responsabile di *desertio*.⁹⁵ Ma se il custode è punito con la *poena capitis* per essere stato considerato disertore, la stessa pena si irroga al *miles* ‘*qui carcere effracto fugit*’ per il solo fatto dell’evasione, senza che la fattispecie integri anche gli estremi della *desertio*. Sul punto, Paolo ritiene che la *poena capitis* debba comunque essere inflitta, anche qualora l’evaso non abbia mai disertato⁹⁶.

Già in età repubblicana, tra gli illeciti sanzionati durante il servizio militare figurano il furto e l’appropriazione indebita; la commissione di uno solo di questi illeciti costituisce una violazione del *sacramentum militiae*, purché il valore della refurtiva superi un sesterzio⁹⁷. Tuttavia, se nel periodo repubblicano la pena inflitta è incerta⁹⁸, la legislazione imperiale impone il declassamento a un ordine militare inferiore per chi rubi un’arma oppure parte dell’equipaggiamento a un commilitone⁹⁹. Il passaggio dal

⁹⁵ Paul. 5 sent. D. 48.19.38.11= Paul. Sent. 5.31.5: *Miles, qui ex carcere dato gladio erupit, poena capitis punitur. eadem poena tenetur et qui cum eo, quem custodiebat, deseruit*. Si rimanda a I. RUGGIERO, ‘*De poenis militum*’, cit., p. 273, la quale sostiene che la *ratio* fosse quella di «prevenire, attraverso l’esemplarità della sanzione, la collusione fra carceriere e carcerati». Sulla *desertio* si rimanda al § 5.

⁹⁶ Macer. 2 *de re milit.* D. 49.16.13.5: *Eius fugam, qui, cum sub custodia vel in carcere esset discesserit, in numero desertorum non computandam Menander scripsit, quia custodiae refuga, non militiae desertor est. eum tamen, qui carcere effracto fugerit, etiamsi ante non deseruerit, capite puniendum Paulus scripsit*. Sul ‘*fugere effracto carcere*’, v. anche Ulp. 8 *de off. procons.* D. 47.18.1 pr., nonché cfr. I. RUGGIERO, ‘*De poenis militum*’, cit., p. 271, nt. 41; A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano*, cit., p. 145 e nt. 151. Adde anche Paul. Sent. 5.31.5, per la condotta dell’*erumpere dato gladio ex carcere*, su cui v. I. RUGGIERO, ‘*De poenis militum*’, cit., pp. 272 e nt. 43, la quale ritiene che la fattispecie riportata in Paul. Sent. 5.31.5 sia più grave rispetto a quella prevista in D. 49.16.13.5, in quanto la prima implica «l’esercizio della violenza su persone oltre che su cose». Entrambi i passi sono stati oggetto di interpretazioni divergenti, specificatamente illustrate da EAD., ‘*De poenis militum*’, cit., pp. 272 s.

⁹⁷ V. Gell. 16.4.2, che riporta la formula del *sacramentum militiae* del cittadino ai consoli. Secondo il dettato del giuramento, il cittadino-soldato non avrebbe commesso, da solo o con altri, alcun furto di cose per un valore superiore a un sesterzio; avrebbe poi dovuto consegnare ai consoli le eventuali *res* di ugual valore che avesse trovato durante il saccheggio, fatto salvo quanto ammesso di trattenere legittimamente (una lancia, della frutta, solo per fare alcuni esempi). Adde Polyb. 6.33.1-2, il quale ritiene però che si trattasse di un ulteriore *iusiurandum* compiuto dopo la costruzione dell’accampamento e non immediatamente dopo il *dilectus*; inoltre, l’atto coinvolgeva tutti i membri dell’esercito, liberi e schiavi. Per la bibliografia sul punto, si rimanda alla nt. 77.

⁹⁸ Cfr. Polyb. 6.36.9 (*fustigatio*); Front. *Stratagem.* 4.1.16 (amputazione mano destra nei casi gravi, *missio sanguinis* per quelli meno gravi). Per la *missio sanguinis* v. Gell. 10.8.

⁹⁹ V. Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.14: *Qui aliena arma subripuit, gradu militiae pellendus est*.

iusiurandum a una pena prestabilita per punire il furto è indice della decadenza delle armate romane, che raggiunge il suo apice quando si reputa necessario tutelare le proprietà dei sudditi¹⁰⁰.

Infine, azioni forse già perseguite in epoca repubblicana – sebbene manchi un riscontro diretto nelle fonti – sono l'ingresso nell'accampamento saltando la palizzata oppure scalando il bastione, entrambe punite con la *poena capitis*¹⁰¹; è prevista, invece, l'espulsione dall'esercito per chi abbia scavalcato il fossato¹⁰². Per una parte della storiografia, entrambe le disposizioni riflettono la concezione delle porte e delle mura come *sanctae* (Gai 2 *inst. D.* 1.8.1. pr.)¹⁰³; appare tuttavia più convincente l'interpretazione secondo cui queste risponderebbero a esigenze di disciplina militare¹⁰⁴.

5. Il processo di creazione di una legislazione criminale da parte della burocrazia imperiale in materia di *res militaris*, fondato sulla prassi mutuata dall'esperienza repubblicana, non si è limitato agli illeciti commessi dai militari nello svolgimento di specifiche mansioni o durante le fasi del combattimento. Si assiste, infatti, a una cristallizzazione nella forma del sillogismo anche dei fenomeni di disobbedienza, di rivolta, di ammutinamento e di insubordinazione del *miles*.

Uno dei rischi maggiori, tanto in età repubblicana quanto in epoca successiva, è rappresentato dalla rivolta (*sedition*) contro la *res publica*, che può sfociare in ammutinamento e infine in insurrezione violenta. Un esempio è costituito dalla ribellione e dall'ammutinamento della *legio Campana*, che aveva occupato la città di Reggio Calabria: una volta sconfitti, i ribelli superstiti furono tradotti a Roma e, per decreto del Senato, condannati a morte, dopo essere stati privati degli onori della sepoltura nonché della manifestazione del lutto per la loro morte¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Per un *discrimen* tra le due età, cfr. Front. *stratagem.* 4.3.13 con Hist. Aug. *Aurel.* 7.5. Più in generale, v. anche le prescrizioni tradite in CTh. 7.9, rubricate in '*De salgamo hospitibus non praebeendo*'.

¹⁰¹ Mod. 4 *de poen. D.* 49.16.3.17: *Nec non et si vallum quis transcendat aut per murum castra ingrediatur, capite punitur*. Sulla differenza tra *vallum* e *murum*, v. G. CASCARINO, *L'esercito romano. Armamento e organizzazione*, I, Rimini, 2007, p. 153.

¹⁰² Mod. 4 *de poen. D.* 49.16.3.18: *Si vero quis fossam transiluit, militia reicitur*. Sulla fossa dal punto di vista militare e sul suo concetto sacrale come momento focale della fondazione della città, cfr. A. MAGDELAİN, *Le pomerium archaïque et le mundus*, in '*Jus, imperium, auctoritas*', cit., pp. 158 s.; G. CASCARINO, *L'esercito romano*, cit., pp. 151 s.

¹⁰³ Cfr. M. CARCANI, *Dei reati*, cit., p. 64; S. SOLAZZI, *Da Gai 2,8 a D. 49,16,3,17*, in *SDHI*, 32, 1957, pp. 299 s. Sull'origine etrusca della concezione delle mura come *res sanctae*, si rimanda a A. MAGDELAİN, *Le pomerium*, cit., pp. 160 s.

¹⁰⁴ V., principalmente, C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio. Parte prima*, Villa San Giovanni, 1981, pp. 136 ss., con fonti e bibliografia.

¹⁰⁵ Cfr. Polyb. 1.7; Perioch. Liv. 15; Liv. 28.28.pr-1; Val. Max. 2.2.15f; Front. *stratagem.* 4.1.38. Sulla *cognitio* del Senato in materia penale si rimanda, anche per fini bibliografici, al contributo di T. MASIELLO, *Osservazioni sulla 'cognitio' senatoria in materia penale*, in *BIDR*, 98-99, 1995-1996, pp. 265 ss. e nt. 1. Sull'episodio, v. pure B. SANTALUCIA, '*Longius ab urbe mille passuum*', cit., pp. 193 ss., anche se lo studioso si

La tradizione giuridica successiva prevede la condanna per chi abbia istigato con successo i militari a compiere una *sedition*. Tuttavia, dal confronto tra due passi del Digesto (Ulp. 7 *de off. procons.* D. 48.4.1.1 e Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.19), si evince la non univocità della fattispecie, la quale si articola in due declinazioni, ciascuna in grado di configurare un diverso *crimen*. Infatti, se il soggetto incita i militari a compiere una rivolta (*sedition*) o una scorreria (*tumultus*) contro la *res publica*, l’istigatore è accusato di lesa maestà¹⁰⁶; se invece l’istigazione, pur violenta (*sedition atrox*), non è *adversus rem publicam* ed è compiuta da un soggetto qualificato (il *miles*), il colpevole è punito *capite*¹⁰⁷. La differenza si fonda sia sull’orientamento della rivolta sia sulla qualifica dell’autore del *crimen*¹⁰⁸.

Nel caso in cui la *sedition* si resolvesse in semplici clamori (*vociferationes*) o lamentele (*querelae*), le fonti extragiuridiche riportano come sanzione l’ignominiosa *missio* dell’istigatore e, talvolta, di tutti i soldati coinvolti nel tumulto, fino a discioglierli, in alcuni casi, l’intera legione¹⁰⁹. Per l’interpretazione giurisprudenziale successiva,

concentra sul tema della *provocatio* nei territori extraurbani, quale prassi poi trasformata dalla *lex Porcia* in una garanzia individuale. Per ulteriori esempi di *sedition*, cfr. Liv. 28.29.11; Front. *stratagem.* 4.5.2; Tac. *ann.* 1.29, 39, 44.

¹⁰⁶ Ulp. 7 *de off. procons.* D. 48.4.1.1: ... *quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo sedition tumultusve adversus rem publicam fiat*. V. anche L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del ‘crimen maiestatis’*, cit., pp. 388 ss., per ulteriori ipotesi di creazione di crimini, come la *sedition*, perseguiti a partire dal dispositivo ulpiano.

¹⁰⁷ Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.19: *Qui seditionem atrocem militum concitavit, capite punitur*. Anche se dal testo non emerge che sia necessaria la qualifica di militare in capo al soggetto violatore, possiamo comunque presumere che questa fosse indispensabile, data soprattutto la struttura dell’opera di Modestino. Il quarto libro è infatti denominato ‘*De poenis militum*’, su cui v. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 730 ss. Inoltre, a sostegno di questa interpretazione propende anche la collocazione del frammento nella compilazione giustiniana.

¹⁰⁸ Diversa è l’ipotesi disciplinata in Paul. 5 *sent.* D. 48.19.38.2 (simile a Paul. *Sent.* 5.22.1), nella quale gli istigatori di una *sedition* o di un *tumultus* che sfoci in una rivolta popolare possono essere puniti, a seconda della loro condizione sociale, con la *furca*, o la *damnatio ad bestias* o la *deportatio in insulam*. Sull’interpolazione di *crux* con *furca*, cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., pp. 458 s.; F. BONIN, ‘*Tollit ille cruce?*’ Della presunta abolizione costantiniana della crocifissione, in *Koinonia*, 42, 2018, 225 ss.; T. BEGGIO, *Contributo allo studio della ‘servitus poenae’*, Bari, 2020, p. 98, nt. 203, nei quali ulteriori fonti e bibliografia. Sui due passi, cfr. M.A. DE DOMINICIS, *Ipotesi di un brano occidentale delle ‘Sententiae’ risalente al IV-V secolo*, in *Scritti giuridici in onore di Mario Cavalieri*, a cura di E. Allorio, Padova, 1960, pp. 393 ss.; I. RUGGIERO, *Ricerche sulle ‘Pauli Sententiae’*, Milano, 2017, pp. 272 ss. Quest’ultima sottolinea le differenze tra la fonte paolina tradata nel Digesto e quella delle *Sententiae* nonché il confine incerto tra la sedizione e il *crimen maiestatis*.

¹⁰⁹ Cfr. Svet. *Iul.* 69-70; Front. *stratagem.* 4.1.43, il quale riporta il caso della dissoluzione di una legione perché rivoltosa. Si trattava comunque di un’*extrema ratio*, applicata quando ormai la ribellione era incontenibile, come dimostrerebbe proprio la conservazione della fattispecie in Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.21. Su infamia e ignominia, cfr., da ultimo, la bibliografia citata in C. WILLEMS, *Verlust der Ehrenstellung (infamia)*, in *Handbuch des Römischen Privatrechts*, I, hrsgg. von U. Babusiaux, C. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek und T. Rübner, Tübingen, 2023, p. 731.

l'istigatore e gli eventuali istigati sono puniti con la degradazione (*militiae deiectio*), come riportato in Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.20¹¹⁰.

Già prima della sistemazione della *res militaris*, è punita con la pena capitale l'aggressione (*manus intulere*) contro un proprio superiore (*praepositus*)¹¹¹. La disciplina successiva mantiene la struttura della fattispecie, precisando che la condotta lesiva debba avvenire contro un *praepositus*; tuttavia, un atteggiamento arrogante del *miles*, idoneo a integrare il *crimen petulantiae*, è valutato con maggiore severità in base alla *dignitas* dell'offeso¹¹². La pena capitale è inoltre prevista anche in caso di aggressione del *miles* contro una sentinella¹¹³.

Diversamente dall'età precedente, è punito *capite* anche chi non abbia protetto il suo *praepositus* dalla violenza arrecata da un commilitone, come attestato dalla seguente fonte.

Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.8: *Qui praepositum suum non protexit, cum posset, in pari causa factori habendus est: [si resistere non potuit, parcendum ei].*

Se ogni soldato ha il dovere di obbedire agli ordini del comandante, ne consegue l'obbligo di difendere il proprio superiore dal *manus intulere* da parte di un commilitone. L'espressione '*cum posset*' permette di configurare l'omissione come penalmente rilevante, equiparando chi omette a chi ha agito. In ogni caso, Menandro individua, con la clausola '*resistere non potuit*', quella che secondo le nostre categorie giuridiche corrisponde a una scriminante¹¹⁴.

Appartiene, invece, a una tradizione coerente con quella repubblicana il seguente frammento.

Macer 2 *de re milit.* D. 49.16.13.4: *Inreverens miles non tantum a tribuno vel centurione, sed etiam a principali coercendus est. nam eum, qui centurioni castigare se volenti restiterit, veteres*

¹¹⁰ Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.20: *Si intra vociferationem aut levem querellam seditio mota est, tunc gradu militia deicitur.*

¹¹¹ Cfr. Liv. 4.50.51 (anche se forse i condannati evitarono la condanna suicidandosi) e Svet. Ot. 1.2-3.

¹¹² Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.1: *Qui manus intulit praeposito, capite puniendus est. augetur autem petulantiae crimen dignitate praepositi.*

¹¹³ Paul. Sent. 5.31.2: *Qui custodiam militi prosequenti magna manu excusserun capite puniuntur.* Cfr. V. GIUFFRÉ, «*Lura*» e «*Arma*», cit., p. 177; I. RUGGIERO, «*De poenis militum*», cit., p. 265. Quest'ultima ritiene che la regola sia stata estesa anche ai *pagani*, immaginando quale contesto di applicazione della disposizione quello della violenza usata contro il soldato che stesse scortando una recluta.

¹¹⁴ Cfr. V. GIUFFRÉ, *Testimonianze*, cit., p. 54, nt. 39, per cui l'ultimo periodo è da espungere perché interpolato.

notaverunt: si vitem tenuit, militiam mutat: si ex industria fregit vel manum centurioni intulit, capite punitur.

Il giurista specifica che l'*inreverens miles* deve essere punito, in primo luogo, dal *principalis*¹¹⁵, oltre che dal tribuno o dal centurione; ricorda poi il biasimo dei *veteres* nei confronti di colui che resisteva al centurione intenzionato a punirlo. In questo caso, si distinguono due ipotesi: se trattiene il sarmento di vite, egli subisce la *militiae mutatio*; se invece, di proposito (*ex industria*), lo spezza oppure percuote il centurione, deve essere punito *capite*¹¹⁶.

Infine, nell'ambito del macro-tema dell'insubordinazione e della ribellione, emergono nuove ipotesi di condotta criminale, estranee alla tradizione repubblicana e del primo principato, introdotte dal mutato contesto storico. Ne sono esempio due passi di Menandro e di Paolo.

Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.2: *Contumacia omnis adversus ducem [vel praesidem militis] capite punienda est.*

Paul. 5 *sent.* D. 49.16.16.1 (= Paul. *Sent.* 5.31.4): *Miles turbator pacis capite punitur.*

Sebbene Menandro affermi che la disobbedienza verso il *dux* o il *praeses* debba essere punita *capite* con la pena capitale, il frammento è qui riportato in quanto esprime una fattispecie di carattere generale, e non speciale, come quella contenuta in Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.15. La differenza rispetto all'età precedente è determinata non solo dalla pena più severa – laddove in passato si prevedevano sanzioni più lievi o puramente disciplinari¹¹⁷ – ma anche dalla menzione del *praeses militis*, poi espunta dal testo¹¹⁸. Completamente riconducibile alla trasformazione dell'esercito in una milizia stabile, e quindi gradualmente integratasi nella struttura sociale a partire dall'epoca del principato,

¹¹⁵ Per la figura del *principalis*, v. E. SANDER, *Zur Rangordnung des römischen Heeres: die 'gradus ex caliga'*, in *Historia*, 3.1, 1954, pp. 88 ss., pp. 98 ss.

¹¹⁶ Come è noto, il sarmento di vite è il simbolo distintivo dei centurioni e lo strumento con il quale essi potevano infliggere la *castigatio*, in quanto la legge *Porcia* proibiva di battere con le verghe un cittadino romano. Sul punto, cfr. Per. Liv. 57; Plin. *nat.* 14.3.19, Tac. *ann.* 1.23, nonché *supra* la nt. 15.

¹¹⁷ Cfr., per esempio, Val. Max. 2.9.7; Front. *stratagem.* 4.1.22. V. anche M. CARCANI, *Dei reati*, cit., pp. 66 s.

¹¹⁸ Così Giuffrè in M. CARCANI, *Dei reati* cit., XIII, ma v. anche H. HEUMANN, E. SECKEL, voce '*Praeses*', in *Handlexikon*¹⁰, cit., p. 452, num. 1, sub b. Da ultimo adde J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., p. 991, nt. 654.

è la disposizione paolina, in cui si afferma che il *miles* fomentatore di disordini è punito *capite*.¹¹⁹

Anche in questo caso, la prassi mutuata dall'esperienza repubblicana influenza l'opera dei giuristi, i quali sono sensibili alla diversa composizione degli eserciti romani, come avviene anche per i prossimi illeciti oggetto di indagine.

6. Il rifiuto dell'arruolamento e la diserzione sono fattispecie le cui origini risalgono alla prassi dell'età proto-repubblicana e che in seguito ricevono una regolamentazione più precisa, soprattutto in seguito alla maggiore diffusione di tali illeciti nel Tardoantico¹²⁰.

I profili genetici del rifiuto di adempiere al *munus militiae* sono già individuabili nel periodo proto-repubblicano, sebbene l'illecito è denominato con il termine di *infrequentia*. Quando è ordinata la leva (*dilectus*), i cittadini iscritti nelle liste censorie devono prestare il *sacramentum militiae* al console (o al *tribunus militum consulari potestate*), con cui promettono di riunirsi nel luogo indicato dal magistrato e, allo stesso tempo, di non abbandonarlo senza suo ordine (*'iussu consulum conventuros, neque iniussu abituros'*)¹²¹. La violazione del *sacramentum* comporta la condanna per *infrequentia*.

La fattispecie è illustrata da Menandro attraverso una comparazione storica tra il suo periodo e quello dei *veteres*¹²².

Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.10: *Gravius autem delictum est detrectare munus militiae quam adpetere: nam et qui ad dilectum olim non respondebant, ut proditores libertatis in servitutem redigebantur. sed mutato statu militiae recessum a capitis poena est, quia plerumque voluntario milite numeri supplentur.*

Nel primo libro del *de re militari*, nella sezione rubricata da Lenel *'si quis militiae se subtraxerit'*¹²³, Menandro afferma che sottrarsi al dovere del servizio militare costituisce un *gravius delictum* rispetto all'aspirare ad esso. Ricorda inoltre come, un tempo, coloro che

¹¹⁹ V. I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., p. 269 ss., che ritiene si tratti di una politica che si coordina con Ulp. 7 *de off. procons.* D. 1.18.13 pr., in cui sono elencati i doveri del *praeses provinciae*, tra i quali rientra il mantenimento e l'assicurazione della tranquillità e dell'ordine nella *provincia*.

¹²⁰ Per la diserzione, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 1 ss.; A. MASI, voce *'Diserzione (diritto romano)'*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 104 ss.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 40 ss.; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 977 ss.

¹²¹ Cfr. Liv. 3.20.2, 22.38.1-5; Polyb. 6.21. Il contenuto del *sacramentum* è riportato in Gell. 16.4.2-4, insieme alle cause che possono giustificare la mancata comparizione. Sul punto, cfr. le ntt. 77 e 97.

¹²² Si veda V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 39 s., che ritiene la fonte un esempio del tipico documento legislativo di età imperiale, poiché è esposto in un primo momento l'antico diritto e in seguito i motivi che hanno indotto l'imperatore a innovare la disciplina.

¹²³ V. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 697.

non rispondevano al *dilectus* fossero ridotti in schiavitù¹²⁴; la *capitis deminutio maxima* era giustificata dal fatto che l'*infrequens* era considerato un *proditor libertatis*¹²⁵. L'uso del sostantivo *proditor* rappresenta un ulteriore esempio di impiego atecnico del termine, soprattutto perché la ‘libertà tradita’ è quella del singolo *infrequens* (o, al più, di tutti i *cives*) e non della *civitas* nel suo complesso¹²⁶. Tuttavia, all'epoca di Menandro, poiché le *militiae* sono formate su base volontaria, alla *poena capitis* è stata sostituita la *militiae mutatio* del futuro soldato¹²⁷.

¹²⁴ Sulla genuinità del comparativo ‘*gravius*’, v. E. ALBERTARIO, ‘*Delictum*’ e ‘*crimen*’ nel diritto romano-classico e nella legislazione giustiniana, Milano, 1924, p. 44.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 38. Contra S. SOLAZZI, *Miscellanea*. ‘*Appetere*’, in AG, 94, 1925, p. 61, ora in *Scritti*, III, cit., pp. 55 s. L'assenza di una interpolazione all'inizio del testo fa sì che sia corretta la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, cit., I, coll. 696 s., per cui il titolo ‘*Si quis militiae se subtraxerit*’ sia successivo a quello ‘*Si is, cui non licet, militiae se dederit*’. Per ulteriori fonti e bibliografia relativamente a quest'ultimo titolo, cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 35 ss.; ID, *Testimonianze*, cit., pp. 24 ss.

¹²⁵ Si veda R. FIORI, ‘*Servire servitutem*’, in ‘*Iuris vincula*’. *Studi in onore di Mario Talamanca*, III, Napoli, 2001, pp. 355 ss. Secondo lo studioso, l'espressione ‘*in servitutem redigere*’ richiama una concezione del diritto pontificale per la quale il cittadino romano non potrebbe mai diventare schiavo a Roma, come accadrebbe invece per lo straniero (una concezione più o meno simile è riportata anche in Cic. *phil.* 10.20). Si reputa quindi necessario impiegare un costrutto terminologico per indicare una situazione che è simile, ma allo stesso tempo diversa dalla schiavitù del *ius gentium*. Simile, in quanto il soggetto non possiede più lo *status libertatis* e quello *civitatis*; diversa, poiché si tratta di una fattispecie applicabile al solo cittadino romano che, una volta liberato, ritornerà allo stato precedente, senza divenire un liberto. Nel caso di specie, non trattato da Fiori, potremmo ritenere che il soggetto che non risponda al *dilectus* sia equiparabile all'*addictus*, anche perché tale soggetto non avrebbe il diritto-dovere del cittadino di partecipare alla leva (v. Liv. 6.27.9 e 10); irrisolto, però, è di chi il soggetto diverrà *addictus*. È probabile che lo sia nei confronti del console poiché – attraverso un paragone con il processo civile – il *civis* non ha adempiuto all'onere militare e subisce tale conseguenza. È questo un profilo, compreso quello del mantenimento dei due *status*, il cui approfondimento non è possibile in questa sede.

¹²⁶ Così anche Cic. *Caec.* 34.99. Cfr. Val. Max. 6.3.4 e Per. Liv. 14 per esempi di *capitis deminutio* come sanzione. V. Liv. 2.55.4 e 7.4.2-3, in cui si irroga il *virgis caedere*, nonostante l'introduzione della *lex Valeria de provocatione*. Nella prima fonte, l'applicazione della pena si giustifica perché la *lex Valeria* del 509 a.C. è *imperfecta*, motivo per cui il *ius provocationis* da parte di un plebeo può incontrare, sul piano della effettività, degli ostruzionismi; nella seconda, invece, l'irrogazione della sanzione dipende dalla impossibilità di *provocare* contro gli atti del *dictator*. V., da ultimo, C. PELLOSO, ‘*Provocatio ad populum*’, cit., pp. 249 ss. Tuttavia, il ‘*neve verberaret*’, ricordato in Cic. *rep.* 2.53 e connesso alla *lex Valeria* del 509 a.C., si riferisce alla fustigazione che accompagni l'esecuzione capitale; esclude dunque la misura coercitiva autonoma. Si veda B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale*², cit., p. 32, nt.7. Si può ipotizzare, ma non dimostrare per assenza di fonti, che il *virgis caedere* fosse impiegato come alternativa alla *reductio in servitutem*. Adde G. PUGLIESE, *Appunti*, cit., pp. 23 ss., per cui la *lex Valeria Corvi* del 300 a.C. estende il divieto della *verberatio* solo nella forma di pena accessoria, principio poi formalmente recepito nell'ordinamento da una delle tre *leges Porciae*.

¹²⁷ La fattispecie della *subtractio* prosegue poi in Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.11 e 12. In D. 49.16.4.11, si distingue la pena inflitta al padre per la sottrazione del figlio dal servizio militare, a seconda che l'illecito si verifichi in pace o in guerra. In D. 49.16.4.12, è prevista la fattispecie del padre che mutili il proprio figlio per renderlo inabile al servizio; la fattispecie è punita già da Traiano con la *deportatio* del mutilatore (in realtà, Svet. *Aug.* 24.3 ricorda un medesimo episodio al tempo di Augusto). Cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 38 ss., con fonti e bibliografia.

La posizione del soldato che si allontana dal proprio reparto o dal campo era invece diversa, poiché tale comportamento poteva qualificarlo, a seconda dei casi, come *emansor*, *desertor* oppure *transfuga*. Lasciando da parte, per il momento, il *transfugium*, Menandro riferisce la disciplina giuridica volta a reprimere sia l'*emansio* sia la *desertio*¹²⁸.

Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.13: *Edicta Germanici Caesaris militem desertorem faciebant, qui diu afuisset, <sed postea constitutum est, si animum revertendi aliquando habuisset> ut is inter emansores haberetur. sed sive redeat quis et offerat se, sive deprehensus offeratur, poenam desertionis evitat: nec interest, cui se offerat vel a quo deprehendatur.*

Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.14: *Levius itaque delictum emansionis habetur, ut erroris in servis, desertionis gravius, ut in fugitivis.*

Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.15: *Examinantur autem causae semper emansionis et [cur et] ubi fuerit et quid egerit: et datur venia valetudini, affectioni parentum et adfinium, et si servum fugientem persecutus est vel si qua huiusmodi causa sit. sed et ignoranti adhuc disciplinam tironi ignoscitur.*

Il primo frammento, forse interpolato¹²⁹, menziona una serie di editti di un ignoto Cesare decorato dal *nomen ex virtute Germanicus*¹³⁰. Da queste *constitutiones* emerge che è considerato *desertor* il *miles* che sia rimasto lontano dall'accampamento per un periodo di tempo tale da essere annoverato tra gli *emansores*. Tuttavia, il soldato che rientra volontariamente oppure che viene arrestato evita la pena prevista per la *desertio*, indipendentemente dal soggetto presso cui si presenta oppure da chi lo abbia catturato. Il legislatore sembra così equipare disertori e assenti sulla base di una presunzione '*iuris et de iure*' calibrata sull'assenza dell'intenzione di tornare in servizio, determinata dal tempo trascorso, sia oltre il termine del permesso, sia in assenza di una giustificazione per l'allontanamento¹³¹.

¹²⁸ Sulle motivazioni alla base della repressione, cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 40 ss. V. anche N. DONADIO, *Sulla comparazione tra 'desertor' e 'fugitivus', tra 'emansor' ed 'erro' in D. 49.16.4.14*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, p. 137, nt. 1, per ulteriore bibliografia sulla distinzione tra *desertio* ed *emansio*.

¹²⁹ Cfr. *Index interpolationum*, ad h. l. L'aggiunta è di Mommsen, sulla quale cfr. A. MASI, voce '*Diserzione*', cit., p. 105; V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 6. L'accoglimento dell'integrazione comporta che nella distinzione tra *emansor* e *desertor* si tenga conto dell'*animus revertendi vel fugiendi* del *miles*.

¹³⁰ Sull'identità di questo individuo, cfr. la nt. 57.

¹³¹ Cfr. V. GIUFFRÈ, *Testimonianze*, cit., p. 39, nt. 17, secondo cui Menandro parla di una applicazione più severa in tempi a lui precedenti, giustificabile in alcuni momenti di crisi. Sulla possibilità di accordare permessi ai soldati, si veda Macer. 1 *de re milit.* D. 49.16.12.1.

L’esclusione della punibilità emerge dal secondo passo, mediante il raffronto tra la condizione del *miles* e quella del *servus* fuggitivo o vagabondo: il parallelismo dimostra la minore gravità della *emansio* rispetto alla *desertio*¹³². Per questo motivo, si deduce che, per inquadrare correttamente la fattispecie, è necessaria una *cognitio* sull’*animus* con cui il soldato si è allontanato. Nel seguire il parallelismo con il *servus fugitivus*, è *desertor* chi abbandona l’esercito senza intenzione di farvi ritorno; diversamente, come il *servus erro*, è *emansor* chi manifesta la volontà di reintegrarsi nell’esercito¹³³.

Il giurista sottolinea pertanto l’importanza dell’elemento soggettivo, che deve sempre essere indagato. Solo nel caso di *emansio* si possono considerare ulteriori elementi oggettivi, come le cause del ritardo, le azioni compiute nel periodo di assenza nonché quelle che oggi definiremmo cause attenuanti e scriminanti¹³⁴. Il frammento si chiude con l’invito alla clemenza verso i *tirones*, poiché non abituati alla disciplina militare¹³⁵.

I tre passi commentati, rubricati nel titolo ‘*De emansoribus*’, permettono quindi di fissare le modalità attraverso le quali distinguere tra il *miles emansor* e quello *desertor*. È la *desertio*, secondo la ricostruzione di Lenel, l’oggetto del secondo libro *de re militari* di Menandro, all’interno del titolo ‘*De desertoribus et transfugis*’¹³⁶. La trattazione, infatti, si apre con l’illustrazione dei criteri da adottare per valutare la *desertio*, includendo tutti gli elementi utili alla determinazione della pena, poiché non tutti i disertori sono egualmente punibili¹³⁷. L’insieme di questi elementi permette di graduare la repressione¹³⁸.

In riferimento al tempo, si distingue tra la diserzione in tempo di pace e quella in tempo di guerra: nel primo caso, gli *equites* sono espulsi dal loro ordine, mentre i fanti

¹³² Su questo paragone, cfr. V. GIUFFRÈ, *Testimonianze*, cit., p. 41, nt. 18; N. DONADIO, *Sulla comparazione*, cit, pp. 137 ss.

¹³³ Ciò si ricava dal frammento di Ulp. 1 *ad ed. aed. curul.* D. 21.1.17.14, su cui v. N. DONADIO, *Sulla comparazione*, cit., pp. 157 ss.

¹³⁴ Per la non tassatività dell’elenco riportato in Menandro, cfr. Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.7; Paul. l. *s. de poen. milit.* D. 49.16.14 pr. Dall’elenco G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, V, 1931, p. 12, espunge ‘*cur et*’, in quanto non è espressione tautologica del termine ‘*causae*’. Sulla valutazione in generale di circostanze aggravanti e attenuanti nella prassi processuale romana, e nello specifico con riferimento ai passi di Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5 pr.4 (su cui v. *infra*), si rimanda al lavoro di M. MILANI, *Le circostanze nel diritto penale romano*, in *Diritto penale romano*, I.2, cit., pp. 1187 ss. e in particolare alle pp. 1212 s., per un’analisi più approfondita e per ulteriore bibliografia sui frammenti contenuti in D. 49.16.5 pr.4.

¹³⁵ Cfr. anche con Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.9; Paul. l. *s. de poen. milit.* D. 49.16.14.1.

¹³⁶ Per entrambi, v. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 698.

¹³⁷ V. Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5 pr.: *Non omnes desertores similiter puniendi sunt, sed habetur et ordinis stipendiorum ratio, gradus militiae vel loci, muneris deserti et anteaetae vitae: sed et numerus, si solus vel cum altero vel cum pluribus deseruit, aliudve quid crimen desertioni adiunxerit: item temporis, quo in desertione fuerit: et eorum, quae postea gesta fuerint. sed et si fuerit ultro reversus, non cum necessitudine, non erit eiusdem sortis.* Per le eventuali interpolazioni su questo passo, nonché sui successivi D. 49.16.5.1 e 2, che non possono essere qui approfondite, cfr. *Index interpolationum*, ad h. l.

¹³⁸ Cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 40 ss.; ID., *Testimonianze*, cit., pp. 43 ss.

subiscono la *militae mutatio*; nel secondo, si punisce *capite*¹³⁹. La situazione del reo può inoltre aggravarsi se abbia commesso altri *crimina*: un reato minore di diritto comune (come il furto) è infatti trattato come un'ulteriore diserzione ai fini sanzionatori, secondo una logica che ha spinto gli studiosi a parlare di attrazione o confluenza di più reati in un'unica fattispecie¹⁴⁰. Sebbene il diritto criminale romano neghi generalmente questo meccanismo, in tal caso l'eccezione è forse giustificata dall'interesse a non sottrarre i *milites* alla giurisdizione militare¹⁴¹.

Infine, quanto al luogo, Menandro indica la *poena capitis* per il disertore trovato in città. Diversamente, se è rintracciato in un'altra località, gli è garantita la possibilità di reintegrazione nell'esercito, purché si tratti della prima diserzione. In caso contrario – seguendo una logica analoga all'odierna categoria della recidiva – la pena sarà capitale¹⁴². Infine, si afferma che è prevista dall'imperatore la *deportatio in insulam* per il disertore che si costituisce spontaneamente¹⁴³.

¹³⁹ V. Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.1: *Qui in pace deseruit, eques gradu pellendus est, pedes militiam mutat. in bello idem admissum capite puniendum est.* Mentre la pena capitale è applicata per la diserzione in tempo di guerra già in epoca preclassica (cfr., infatti, Liv. 40.41.11; Ep. Liv. LV; Tac. *ann.* 13.35), quella in tempo di pace comincia ad applicarsi nel solo periodo storico in cui Roma comincia a intraprendere campagne belliche sempre più prolungate e in località distanti dall'Italia. Sul punto, v. M. CARCANI, *Dei reati*, cit., pp. 75 s. Di *desertio*, però, si accenna anche in riferimento alle condotte idonee a integrare il *crimen laesae maiestatis*, come testimoniato da Ulp. 8 *disp.* D. 48.4.2 pr.: *qui exercitum deseruit vel privatus ad hostes perfugit*; Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3 pr.: *quive imperium exercitumve populi Romani deseruerit*. Tuttavia, nel caso in cui la diserzione sia compiuta al nemico, su cui v. *infra* in questo paragrafo, sarebbe tecnicamente più corretto qualificare tali ipotesi come *transfugium* e non quale *desertio*.

¹⁴⁰ V. Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.2: *Qui desertioni aliud crimen adiungit, gravius puniendus est: et si furtum factum sit, veluti alia desertio habebitur: ut si plagium factum vel adgressura abigeatus vel quid simile accesserit.* Cfr., V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 9, nt. 69; V. GIUFFRÉ, *Arrio Menandro*, cit., p. 42 e nt. 79; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 986 s. Sul *furtum* in ambito militare, v. R. DÜLL, *Zum Lagerfund im römischen Recht*, in *Syntelesia Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1964, pp. 134 ss.

¹⁴¹ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 9 e J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 986 s. *Contra* A. MASI, voce 'Diserzione', cit., p. 106, per il quale all'ipotesi di Arangio-Ruiz osta Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3 pr., in cui Modestino ricorda il principio affermato in un rescritto di Severo e di Caracalla, secondo cui, nel caso di un più grave reato del disertore, egli doveva essere punito nel luogo in cui aveva commesso il *crimen*. Cfr. anche Pap. 16 *resp.* D. 48.2.22; C. 3.15.1 (a. 196). Più corretta sembra la tesi di Arangio-Ruiz, perché i passi indicati da Masi riguardano il rapporto tra *locus commissi delicti* e foro competente a irrogare la pena per *crimina* molto gravi, quali l'omicidio o la razzia; diversamente, Menandro porta l'esempio di illeciti dai profili lesivi più miti.

¹⁴² Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.3: *Desertor si in urbe inveniatur, capite puniri solet: alibi adprehensus ex prima desertione restitui potest, iterum deserendo capite puniendus est.* Sull'applicabilità del concetto di recidiva al diritto criminale romano si rimanda, quantomeno per riferimenti bibliografici, a M. BEGGIATO, *Alle origini della recidiva nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto penale romano*, I.2, cit., pp. 1235 ss.

¹⁴³ Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.4: *Qui in desertione fuit, si se optulerit, ex indulgentia imperatoris nostri in insulam deportatus est.* V. anche Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5 pr.; Macer 2 *de re milit.* D. 49.16.13.6. In quest'ultimo frammento è riportata anche l'ipotesi del disertore consegnato dal proprio padre, nel qual caso era irrogata la *militiae mutatio* al figlio e non la *poena capitis*. Sull'identità dell'*imperator noster*, cfr. V. GIUFFRÉ, *Testimonianze*, cit., pp. 36 s., nt. 16.

Se la posizione di Menandro sulla repressione assume contorni 'garantisti', differente è l'approccio di Modestino che, di lì a poco rispetto all'opera di Menandro, dà queste due definizioni.

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.2: *Emansor est, qui diu vagatus ad castra regreditur.*

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.3: *Desertor est, qui per prolixum tempus vagatus reducitur.*

Per il giurista, la differenza tra emansore e disertore riguarda non solo il diverso spazio temporale in cui il *miles* si è allontanato ('*diu vagatus*' o '*per prolixum tempus vagatus*'), ma anche il modo in cui il soldato ritorna. Se l'*emansor* si costituisce, il *desertor* è invece riaccompagnato contro la sua volontà ed è, pertanto, arrestato¹⁴⁴. Per Modestino, dunque, l'elemento oggettivo del *tempus* prevale su quello soggettivo della volontà, la quale è anzi inglobata nella totale oggettività dell'*actus*; l'elemento soggettivo della condotta è semmai considerato solo per il periodo successivo all'allontanamento e in relazione alla durata della fuga¹⁴⁵.

Tuttavia, la complessità del crimine impedisce di trattare in maniera approfondita la riflessione dei giuristi sugli aspetti sostanziali o procedurali della figura giuridica¹⁴⁶. L'obiettivo era evidenziare uno sviluppo del concetto, che si estende fino al Tardoantico, periodo in cui la fattispecie è oggetto di un apposito titolo nel codice Teodosiano, denominato de '*De desertoribus et de occultatoribus eorum*' (CTh. 7.18)¹⁴⁷.

È evidente quindi come la volontà imperiale sia indirizzata a punire anche coloro che offrono un rifugio ai disertori, prima irrogando agli *occultatores* una pena calibrata sullo *status*, per poi stabilire la pena capitale e la requisizione del fondo al proprietario¹⁴⁸; sono altresì requisiti i beni dei funzionari che abusano della propria posizione per favorire

¹⁴⁴ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., p. 6, sul recupero della distinzione tra costituzione e arresto in CTh. 7.18.4.3 (a. 379), costituzione poi trädita in C. 12.45.1.3.

¹⁴⁵ V. N. DONADIO, *Sulla comparazione*, cit., p. 139, pp. 174 ss. Sull'importanza del *tempus* per distinguere le diverse fattispecie, v. anche Saturn. l. s. *de poen. pagan.* D. 48.19.16.5.

¹⁴⁶ Secondo le nostre categorie dogmatiche, Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.9 riporta l'ipotesi di concorso di persone, insieme a quella di non punibilità per i *tirones* che disertano la prima volta (così da applicare la sanzione stabilita in base alle variabili riportate in Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5 pr.). Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3 pr.; Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.9, indicano gli aspetti processuali; Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.8; Paul. l. s. *reg.* D. 49.16.10.1; Pap. 19 *resp.* D. 49.16.15, si occupano invece del problema della corresponsione degli *stipendia* e degli *emerita* sia per il soggetto assolto, sia per quello condannato, ma reintegrato nell'esercito; v. anche C. 12.35.5 pr.-1, in relazione al duplice problema della corresponsione degli *stipendia* e degli *emerita* nonché del rapporto tra il tempo trascorso in diserzione e il termine finale del servizio, tanto per il soggetto assolto, quanto per quello condannato, ma comunque reintegrato.

¹⁴⁷ V. anche Amm. Marc. 15.10.11; 16.12.2; 18.10.1; 19.5.5; 25.6.6, 7.1 per gli innumerevoli casi di diserzione (ma anche di *transfugium* e *perfugium*) che si verificano nel IV secolo.

¹⁴⁸ Cfr. CTh. 7.18.1 pr. (a. 365); CTh. 7.18.2 pr. (a. 379).

il disertore, pena sostituita con quella capitale se il funzionario ricopre un '*officium primore*'¹⁴⁹; viene poi premiato con la libertà lo schiavo delatore, oppure è graziato chi riconsegna alle autorità il disertore a cui aveva dato ricetto¹⁵⁰. La legislazione del IV secolo d.C. non è però sufficiente per contrastare il fenomeno, fino al punto che, nel V secolo d.C., gli imperatori emanano due costituzioni attraverso cui è stabilita l'uccisione come ribelli dei disertori che oppongano resistenza una volta scoperti, così com'è concessa ai *provinciales* la facoltà di *opprimere* impunemente i disertori poiché paragonati ai *latrones*¹⁵¹.

L'ultima fattispecie che può essere integrata dal *miles fugiens* è quella del *transfugium*, ossia la diserzione al nemico. È questo un *crimen* che può essere commesso da qualsiasi individuo, senza che rilevi la qualifica di *miles* in capo all'offensore, come il caso di Dasio Altinio dimostra¹⁵². Tuttavia, il soldato che si sia macchiato di questo crimine non parrebbe punibile con alcune pene previste dall'ordinamento, come affermato da Modestino.

Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.10: *Is, qui ad hostem confugit et rediit, torquebitur ad bestiasque vel [in furcam] <in crucem> damnabitur, quamvis milites nihil eorum patiantur.*

Nel suo quarto libro sulle pene, il giurista specifica che il transfuga, in questo caso colui che fugge presso il nemico e poi ritorna, deve essere condannato, previa tortura, alla *damnatio ad bestias* o alla *furca*. Proprio la particolare posizione giuridica del transfuga, colpevole di un reato previsto da una *lex publica* (quella *de maiestate*) e perseguito nelle forme delle *cognitiones extra ordinem*, impone che egli sia colpito nella capacità giuridica, ossia che diventi un *servus poenae* e quindi soggetto alla tortura¹⁵³; la gravità del reato esclude per il processo delle *cognitiones extra ordinem* l'applicazione di *summa supplicia* che privino il condannato della sola libertà¹⁵⁴. Il giurista aggiunge poi che i soldati non sono

¹⁴⁹ CTh. 7.18.4.4 (a. 380).

¹⁵⁰ CTh. 7.18.4.1 (a. 380).

¹⁵¹ Cfr. C. 12.45.2 pr. (a. 403); C. 3.27.2 pr. (a. 403 = CTh. 7.18.14 pr.).

¹⁵² Varie sono le fonti che trattano di questo *crimen*. V. Call. 2 *ed. monit.* D. 4.6.14; Ulp. 38 *ad Sab.* D. 26.1.15; Cels. 2 *dig.* D. 41.1.51 pr.; Marcian. 14 *inst.* D. 48.8.3.6; Ulp. 9 *de off. procons.* D. 48.19.8.2; Paul. 5 *sent.* D. 48.19.38.1 = Paul. *Sent.* 5.21a.2; Tryph. 4 *disp.* D. 49.15.12.17; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.4; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.5; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.6; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.7; Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19.8. Sul *transfugium*, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 1 ss.; A. MASI, voce '*Diserzione*', cit., pp. 104 ss.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 43 s.; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 987 ss.; M.F. CURSI, *La struttura*, cit., pp. 231 ss.

¹⁵³ Farebbero infatti riferimento al *transfugium*, anche se descritto con il verbo '*deserere*', Ulp. 8 *disp.* D. 48.4.2 pr. e Marcian. 14 *inst.* D. 48.4.3 pr., i cui testi sono riportati, in parte, alla nt. 139. Sul punto, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 4 ss.; A. MASI, voce '*Diserzione*', cit., pp. 104 s.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., pp. 43 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La disciplina del 'crimen maiestatis'*, cit., p. 413. Sull'interpolazione di *crux* con *furca*, cfr. la bibliografia citata alla nt. 108.

¹⁵⁴ Sul punto, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 4 s., pp. 10 s.

soggetti alla tortura e ai *summa supplicia* della croce (in realtà della forca) e dell'arena. Questa fonte permetterebbe allora di estendere l'elenco delle pene militari che per Modestino non possono essere inflitte a un militare, tra cui figura la stessa *torquatio*¹⁵⁵.

Tuttavia, un frammento di Tarrunteno Paterno dimostrerebbe il contrario.

Tarrunt. 2 *de re milit.* D. 49.16.7 pr.: *Proditores transfugae plerumque capite puniuntur et exauctorati torquentur: nam pro hoste, non pro milite habentur.*

Il soldato transfuga o *proditor* non è più considerato un *miles*, ma un *hostis*, quindi un nemico di Roma¹⁵⁶. Secondo la dottrina maggioritaria, egli deve essere prima *exauctoratus*, ossia privato della qualifica di *miles*, in modo da poter essere sottoposto alla tortura e alla *poena capitis*¹⁵⁷. Eventualmente, al condannato potranno essere inflitti i *summa supplicia* elencati nel passo di Modestino: all'impossibilità di applicare tali pene non si oppone più la qualifica di *miles*¹⁵⁸, ma rimangono escluse la *damnatio ad metalla* e l'*opus metalli*. Una possibile *ratio* dell'inapplicabilità potrebbe ricollegarsi alle modalità con cui il *crimen* era represso quando commesso da militari nel periodo preclassico e classico¹⁵⁹. Data la ferocia delle pene, inflitte nell'ambito dell'arbitraria *coercitio* dei comandanti, si potrebbe ipotizzare che ai soldati fossero inflitti esclusivamente i *summa supplicia* più cruenti, in funzione di una 'spettacolarizzazione' a fini deterrenti: la deterrenza, infatti, è il *Leitmotiv* che emerge dalle fonti non giuridiche per motivare la

¹⁵⁵ Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.1: *Poenae militum huiusmodi sunt: castigatio, pecuniaria multa, munerum indictio, militiae mutatio, gradus deiectio, ignominiosa missio. nam in metallum aut in opus metalli non dabuntur nec torquentur.* Sulla impossibilità di infliggere l'*opus metalli* e la *damnatio ad metalla*, cfr. E. COSTA, *Crimini e pene*, cit., pp. 183 ss.; E. SANDER, *Das römische Militärstrafrecht*, cit., pp. 289 ss.; E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., pp. 375 s.; U. ZILLETI, *In tema*, cit., p. 97; V. GIUFFRÈ, *La letteratura*, cit., p. 99; I. RUGGIERO, *'De poenis militum'*, cit., p. 261, nt. 7, p. 262, nt. 13.

¹⁵⁶ Per ulteriori fonti che indicano uno stigma nei confronti di *proditores* e *transfugae*, v. la nt. 39.

¹⁵⁷ Sull'applicabilità della tortura ai *militēs*, cfr. O. DILIBERTO, *Ricerche sull' 'auctoramentum' e sulla condizione degli 'auctoritati'*, Milano, 1981, pp. 90 s.; P. CERAMI, *'Tormenta pro poena adhibita'*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Atti del deuxième colloque de philosophie pénale (Cagliari, 20-22 aprile 1989), a cura di O. Diliberto, in *Studi economico-giuridici*, 54, 1991-1992, pp. 38 s.

¹⁵⁸ La conclusione può essere ricavata, e contrario, anche da Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.11: *Et is, qui volens transfugere adprehensus est, capite punitur.* Punibile è, in ogni caso, quello che per le nostre categorie giuriche è un tentativo; tuttavia, l'irrogazione di una pena minore a chi è sorpreso nell'atto di fuggire è motivata dalla qualifica di *miles* in capo all'offensore. Sul punto, cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., p. 262; G. LONGO, *Il tentativo nel diritto penale romano*, in *Annali della facoltà di giurisprudenza*, Genova, 1977, pp. 58 s.; O. DILIBERTO, *Ricerche sull' 'auctoramentum'*, cit., pp. 92 s. Sulla possibilità di condannare i *transfugae* anche al rogo, cfr. Ulp. 9 *de off. procons.* D. 48.19.8.2; Paul. 5 *sent.* D. 48.19.38.1 = Paul. *Sent.* 5.21a.2.

¹⁵⁹ Cfr. Val. Max. 2.7.11 e Front. *stratagem.* 4.1.42 (amputazione delle mani, per Frontino solo la destra); Liv. 30.43 e Val. Max. 2.7.12 (crocefissione e *securi percussio*); Liv. *Per.* 51 (condannati sbranati dalle belve); Val. Max. 2.7.13 (condannati calpestati dagli elefanti); Vulc. *vit. Av. Cass.*, 4.5 (amputazione delle mani o rottura delle gambe).

crudeltà della sanzione e che nell'età successiva parrebbe quindi mantenuto dalla volontà imperiale. Lo dimostrerebbe non solo l'elencazione di Modestino, ma soprattutto il dato secondo cui la *poena capitis*, intesa come mera pena di morte, rende il *miles* un *servus poenae*¹⁶⁰.

Così come per la *desertio*, anche per il *transfugium* la burocrazia imperiale sviluppa una sofisticata disciplina, i cui aspetti procedurali e sostanziali non potranno essere completamente indagati¹⁶¹. Era necessario evidenziare quale diritto riguardava il *miles fugiens* e come a questo si applicasse sia una repressione speciale, propria della *res militaris*, sia una generale, derivante dalla *lex publica*, per sanzionare la sua condotta, sia dal punto di vista dei profili sostanziali sia di quelli processuali della fattispecie.

7. Quanto fino a qui esaminato è il frutto della riflessione dei giuristi dell'epoca severiana, i quali parrebbero recuperare i profili genetici della disciplina militare repubblicana al fine di creare una materia dai contorni definiti in entrambi gli elementi essenziali e processuali dei rispettivi crimini. L'obiettivo è ridurre l'arbitraria *coercitio* dei magistrati (o ufficiali imperiali) muniti di *imperium*, in quanto quest'ultimo è prerogativa del *princeps* (*'imperium proconsulare maius et infinitum'*); parimenti, si annoverano alcune fattispecie come espressione di lesa maestà (*proditio* e *transfugium*).

Nel periodo classico, ma soprattutto nel Tardoantico, l'aspetto penalistico della *res militaris* è arricchito dalla cancelleria imperiale con nuove ipotesi di *crimina*, non riscontrabili nella prassi repubblicana. Si tratta di illeciti strettamente connessi a due fattori: il primo è rappresentato dalla composizione di armate in cui non è più preponderante l'elemento romano-italico, soprattutto dopo l'estensione della cittadinanza con la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C.¹⁶², a cui si associa la perdita della mentalità

¹⁶⁰ Cfr. la nt. 68. Errata sarebbe quindi la prospettiva di V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione*, cit., pp. 4 s., pp. 10 s., secondo cui, nonostante la gravità del reato, per il transfuga non possono trovare applicazione le forme attenuate di pena capitale che, pur privandolo della libertà o della cittadinanza, lo lascino in vita; inoltre, la sentenza del comandante dell'esercito munito di *imperium militiae* non potrebbe incidere su tali *status*.

¹⁶¹ Se si applicano le nostre categorie dogmatiche al ragionamento dei giuristi romani, abbiamo per il *transfugium*: la responsabilità oggettiva (Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.5; sul passo, cfr. J. IMBERT, *'Postliminium'*, Paris, 1945, pp. 68 s.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 43, nt. 82; ID., *Testimonianze*, cit., p. 46, nt. 28; M.F. CURSI, *La struttura*, cit., p. 233 nt. 11); le cause di giustificazione (Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.12, Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.5, Men. 2 *de re milit.* D. 49.6.5.7); le cause di non punibilità (Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.6; Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.12; Men. 2 *de re milit.* D. 49.16.5.8).

¹⁶² Per un inquadramento generale nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr., tra i più, C. SASSE, *Die Constitutio Antoniniana*, Wiesbaden, 1968; H.J. WOLFF, *Die 'Constitutio Antoniniana und Papyrus Gissensis 40 I, I – II*, Köln, 1976; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.2, Napoli, 1975, pp. 777 ss.; M. BREONE, *Storia del diritto romano*², Roma - Bari, 1987, pp. 459 ss. (ove utili riferimenti bibliografici); M. TALAMANCA, *La 'constitutio Antoniniana'*, in *Lineamenti*², cit., pp. 520 ss.; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, 2009, pp. 101 ss.; D. MATTIANGELI, «La «constitutio Antoniniana» e la sua problematica: una nuova analisi «evoluzionista» di tale provvedimento», in *Studia*

culturale che caratterizzava le legioni repubblicane; il secondo è la trasformazione da un esercito ‘mobile’, impegnato in campagne di espansione militare, a un esercito stazionario, strutturato per la difesa dei confini dell’impero¹⁶³.

Del primo fattore, legato a un ‘imbarbarimento’ dell’esercito, si enumerano quali fattispecie le lesioni arrecate da un soldato a un proprio commilitone, insieme alla mutilazione volontaria di arti al fine di rendersi inabili al servizio militare. Non si tratta di ipotesi ignote al periodo classico, ma nel Tardoantico esse sembrano divenire significativamente più frequenti¹⁶⁴; ciò potrebbe collegarsi alla graduale scomparsa di quei valori che l’esercito di età repubblicana incarnava e che, con le varie riforme subite dall’organizzazione militare romana, non sono più condivise tra i soldati¹⁶⁵. Ecco allora che si punisce con l’espulsione dall’esercito chi ferisce un proprio compagno con una pietra, mentre se il danno è compiuto con il gladio, il *miles* è punito *capite*¹⁶⁶.

Per quanto riguarda invece le ipotesi di troncamento di arti per evitare il *munus militiae*, si assiste a uno sviluppo: dalle ipotesi di mutilazione arrecate al figlio dal padre¹⁶⁷, si regolamentano ora i casi di autolesionismo. Costantino per primo prevede la destinazione del mutilato a qualsiasi altro servizio cui egli sia adatto, purché a vantaggio

Prawnoustrojowe, 12, 2010, pp. 133 ss.; O. LICANDRO, *La constitutio Antoniniana del 212 d.C. e il paradigma urbano. Una “diversa” lettura di P. Gissen 40.1*, in *Annuario della Scuola archeologica di Atene e delle missioni italiane in oriente*, 98, 2020, pp. 467 ss.; P. BUONGIORNO, M. VARVARO, *Percorsi*, cit., pp. 329 ss.

¹⁶³ Cfr. S. MAZZARINO, *Aspetti sociali del quarto secolo. Ricerche di storia tardo-romana*, Roma, 1951, pp. 271 ss.; V. GIUFFRÈ, ‘*Militum disciplina*’, cit., pp. 265 ss.; Y. LE BOHEC, *L’armée romaine sous le Bas-Empire*, Paris, 2006, *passim*; I. RUGGIERO, ‘*De poenis militum*’, cit., pp. 160, nt. 5, per ulteriore bibliografia.

¹⁶⁴ Cfr. Svet. Aug. 24.1 e Val. Max. 6.3.3c. Tuttavia, Amm. Marc. 15.12.3 ricorda come la pratica fosse molto diffusa in Italia. Sulla *truncatio digitorum* v. soprattutto G. PICCALUGA, ‘*Truncatio digitorum*’, in ‘*Sodalitas*’. *Scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, 1984, pp. 1815 ss., ove ulteriori fonti e bibliografia.

¹⁶⁵ Si veda, in tal senso, V. TOKMAKOV, *Disciplina militare*, cit., secondo cui il ‘percorso formativo’ di ogni giovane cittadino romano nell’età repubblicana era incentrato sui valori della *pietas*, della *fides* e della *virtus*. Proprio quest’ultima era associata al servizio militare, quel momento fondamentale in cui il ragazzo diviene un cittadino, in quanto inquadrato in un «unico collettivo militare e politico», connotato da unitarietà di pensiero e di interessi. Tale unità di valori comincia a incrinarsi quando nell’esercito cominciano ad arruolarsi individui che non provengono dalla medesima koinè culturale romano-italica. Ciò è affermato anche da S. PHANG, *Roman Military Service. Ideologies of Discipline in the Late Republic and Early Principate*, Cambridge, 2008, p. 32, per la quale: «many features of *disciplina militaris* appears to be cultural arbitraries». Ciò emerge anche dalla trattazione sino a qui condotta, nella quale si è svolta una comparazione tra la disciplina repubblicana, così come è descritta dalle fonti extragiuridiche, con quella dell’età successiva. Si veda, inoltre, anche la testimonianza di Plin. nat. 7.45., in cui l’autore ricorda, tra le varie disgrazie che attribuisce ad Augusto, il ‘*servitorum delectus, iuventutis penuria*’, entrambi sintomi di una crisi nel reclutamento che riflette, probabilmente, anche un indebolimento del legame tra servizio militare e valori tradizionali del cittadino romano.

¹⁶⁶ Men. 3 *de re milit.* D. 49.16.6.6: *Si quis commilitonem vulneravit, si quidem lapide, militia reicitur, si gladio, capital admittit.*

¹⁶⁷ Cfr. la nt. 127.

dell'apparato pubblico¹⁶⁸. La costituzione di Costantino è mantenuta dalla cancelleria di Valentiano e di Valente, i quali applicano la fattispecie anche alle reclute (*tirones*) che compiano l'atto con l'obiettivo di '*castra fugire*'¹⁶⁹; gli stessi imperatori, pochi anni dopo, inaspriscono il regime sanzionatorio con la previsione della vivicombustione del tiro (come previsto dal titolo in cui sono inserite entrambe le costituzioni), ma nulla esclude che la medesima pena fosse inflitta anche a chi fosse già arruolato, né che si tratti di legislazioni 'd'urgenza', considerata la diversità dei destinatari delle due costituzioni¹⁷⁰.

All'automutilazione si riconnette anche il diffondersi di una pratica sconosciuta tra i soldati nel periodo repubblicano e del principato, ma che a partire dal regno di Adriano pare divenire preponderante: il suicidio e il tentativo di suicidio del soldato¹⁷¹. La fattispecie è regolamentata da un rescritto della cancelleria dell'imperatore e prevede che sia fatta una indagine sulla legittimità o meno dei motivi (elencati in modo tassativo) che potrebbero indurre il *miles* a compiere il gesto. Se il motivo è giustificabile, il soldato è *missus cum ignominia*; diversamente, il fatto è perseguito con la pena capitale e la confisca dei beni¹⁷². Qualora, invece, il gesto derivi da un precedente stato di ebbrietà o di eccessiva spensieratezza (*lascivia*), la sanzione prevista è la *militiae mutatio*¹⁷³.

¹⁶⁸ CTh. 7.22.1 (a. 319): Imp. Const. A. ad Octavianum. *Veteranorum liberos aptos militiae, quorum quidam ut desides recusant militarium munus functionem, quidam adeo ignavi sunt, ut cum dispendio corporis militiae velint necessitatem evadere, iubemus, si ad militiam inutiles resectis digitis iudicentur, curialibus sine aliqua ambiguitate muneribus atque obsequiis adgregari.* Sulla costituzione, cfr. D. LIEBS, *Privilegien und Ständezwang in den Gesetzen Konstantins*, in RIDA, 24, 1954, pp. 297 ss., soprattutto p. 348, in cui l'autore afferma che: «die Soldaten und Veteranen unterwarf Konstantin ebenfalls früh dem Erbzwang.»; V. GIUFFRÈ, «*Iura*» e «*Arma*», cit., pp. 3 ss.; R. DELMAIRE, *Étude sur les souscriptions de quelques lois du Code Théodosien: les lois reçues à Regium*, in *Institutions, société et vie politique dans l'Empire romain au IVe siècle ap. J.-C. Actes de la table ronde autour de l'œuvre d'André Chastagnol* (Paris, 20-21 janvier 1989), Rome, 1992, pp. 315 ss.

¹⁶⁹ CTh. 7.13.4 (a. 367): Imp. Valentin. et Valens AA. ad magnum vic. urbis Romae. *Eos, qui amputatione digitorum castra fugiunt, secundum divi Constantini decretum tua sinceritas non sinat manus deformatione defendi, si quidem possint in quacumque rei publicae parte prodesse qui se sponte truncaverunt.*

¹⁷⁰ CTh. 7.13.5 (a. 368? 370? 373?): Imp. Valentin. et Valens AA. ad Viventium pp. Galliarum. *Si quis ad fugienda sacramenta militiae fuerit inventus truncatione digitorum damnum corporis expedisse, et ipse flammis ultricibus concremetur et dominus eius, qui non prohibet, gravi condemnatione feriat.* Nulla esclude che l'irrogazione di un *summum supplicium* come la vivicombustione non possa riconnettersi all'idea di una spettacolarizzazione della morte con funzione di deterrente della reiterazione dell'atto, vista anche la costante minaccia dell'invasione dei popoli confinanti, ricordata da Amm. Marc. 26.4.5.

¹⁷¹ Sul suicidio, anche del militare, v. E. VOLTERRA, *Sulla confisca dei beni dei suicidi*, in RSDI, 6, 1933, pp. 393 ss.; G. LONGO, *Il tentativo*, cit., pp. 58 s.; Y. GRISÉ, *Le suicide dans la Rome antique*, Paris, 1982, pp. 270 ss.; A. WACKE, *Il suicidio nel diritto romano e nella storia del diritto*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milano, 1983, pp. 679 ss.; TH. MAYER MALY, 'Conscientia'. *Die Begegnung von Gewissen und Jurisprudenz*, in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di Antonio Guarino*, VII, Napoli, 1984, pp. 3619 ss.; M.R. DE PASCALE, *Sul suicidio del 'miles'*, in *Labeo*, 31, 1985, pp. 57 ss.; A.D. MANFREDINI, *Il suicidio. Studi di diritto romano*, Torino, 2008, pp. 51 ss. V. GIUFFRÈ, «*Iura*» e «*Arma*», cit., p. 182, nt. 265.

¹⁷² Men. 3 de re milit. D. 49.16.6.7: *Qui se vulneravit vel alias mortem sibi conscivit, imperator Hadrianus rescripsit, ut modus eius rei statutus sit, ut, si impatientia doloris aut taedio vitae aut morbo aut furore aut pudore mori maluit, non animadvertatur in eum, sed ignominia mittatur, si nihil tale praetendat, capite puniatur. per vinum aut*

Legata invece al secondo fattore, ossia all’affermarsi di un esercito stazionato in *castra stativa* posizionati nelle vicinanze di centri abitati, è la regolamentazione dei rapporti tra abitanti e *milites*¹⁷⁴. L’eventuale tensione, che poteva crearsi a seguito di questa ‘convivenza forzata’, avrebbe spinto la cancelleria imperiale a emanare una serie di costituzioni, poi conservate nel titolo nono del settimo libro del codice teodosiano, derubricato ‘*De salgamo hospitibus non praebendo*’. Gli imperatori Costanzo e Costante, prima, Valentiniano I, Valente, Arcadio e Teodosio I, poi, emanano costituzioni di carattere generale con cui proibiscono ai militari di qualsiasi grado di esigere dai sudditi ogni genere di vettovagliamento e, complessivamente, a non vessare i provinciali, in quanto l’approvvigionamento militare è di pertinenza dell’amministrazione imperiale¹⁷⁵.

In generale, entrambi questi elementi segnano il declino delle armate di Roma nel Tardoantico. Oltre alla problematica della cessione, anche a titolo oneroso, delle armi (su cui v. il § 4), l’organizzazione militare assume i contorni di un apparato in cui i soldati, ma soprattutto gli ufficiali, cercano di arricchirsi in maniera illecita, in quanto è venuta meno la possibilità di arricchirsi con i bottini di guerra¹⁷⁶. Ecco che allora si persegue il graduato che impieghi i soldati per proprio tornaconto¹⁷⁷; parimenti, si punisce, con la perdita del grado e con la multa del quadruplo di quanto percepito, il *dux* o il *tribunus* che

lasciviam lapsis capitalis poena remittenda est et militiae mutatio irroganda. Ma si v. anche Paul Sent. 5.31.6, uguale a Paul. 5 sent. D. 48.19.38.12, su cui cfr., per quanto riguarda il profilo del tentativo, G. LONGO, *Il tentativo*, cit., pp. 58 s. Sul passo di Menandro e sulle probabili ragioni alla base della previsione legislativa, cfr. V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 45; ID., «*Iura*» e «*Arma*», cit., p. 182, nt. 265; M.R. DE PASCALE, *Sul suicidio*, cit., pp. 59 ss.; V. GIUFFRÈ, *Testimonianze*, cit., pp. 52 ss., nt. 35; J.H. JUNG, *Die Rechtsstellung*, cit., pp. 993 s.; I. RUGGIERO, «*De poenis militum*», cit., pp. 274 ss. Il suicidio del *miles* è disciplinato anche in Ulp. 10 *ad Sab.* D. 28.3.6.6 e Pap. 14 *quaest.* D. 29.1.34 pr. per quanto attiene alla validità del testamento. Sul punto, v. J. VENDRAND-VOYER, *Normes civiques*, cit., 1983, pp. 218 ss.; T. BEGGIO, *Contributo allo studio*, pp. 138 ss., pp. 240 ss.

¹⁷³ Sulla possibilità che la parte finale di D. 49.16.6.7 chiudesse in origine D. 49.16.6.6, cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 669, nt. 1.; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro*, cit., p. 45, nt. 98. Contra E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, cit., pp. 362 s.

¹⁷⁴ V. E. SANDER, *Das Recht des römischen Soldaten*, in *Rheinisches Museum für Philologie*, 101.2, 1958, pp. 209 ss.

¹⁷⁵ Cfr. CTh. 7.9.1 (a. 340); CTh. 7.9.2 (a. 340/361 = C.12.41.1); C. 12.37.3 (a. 364); CTh. 7.9.3 (a. 393).

¹⁷⁶ Basta vedere Tac. *ann.* 1.17 per capire quale fosse la situazione economica dei militari già nel I sec. d.C.

¹⁷⁷ Macer 1 *de re milit.* D. 49.16.12.1: *Paternus quoque scripsit debere eum, qui se meminerit armato praeesse, parcissime commeatum dare, equum militarem extra provinciam duci non permittere, ad opus privatum piscatum venatum militem non mittere. nam in disciplina Augusti ita cavetur: “etsi scio fabrilibus operibus exerceri milites non esse alienum, vereor tamen, si quicquam permisero, quod in usum meum aut tuum fiat, ne modus in ea re non adhibeatur, qui mihi sit tolerandus”*. La sanzione è inasprita nei secoli successivi, come dimostra il raffronto tra CTh. 7.1.15 (a. 396) e Nov. Iust. 116 (a. 542).

abbia privato, appropriandosene, i soldati dell'intera paga oppure abbia accettato donativi per accordare licenze o congedi¹⁷⁸.

8. L'analisi compiuta consente di trarre svariate conclusioni che possono fornire la base per ulteriori studi sugli aspetti sostanziali dei *crimina* militari e del *crimen proditio*. È certo, in primo luogo – ancorché ciò non sia strettamente connesso alla materia penale militare – che si possano definire determinate fattispecie, un tempo intese come 'reati qualificati', quali la *proditio* e il *transfugium*, come *crimina* la cui condotta può essere integrata da qualsiasi soggetto, senza che in quest'ultimo ricorra lo *status* di *miles*.

Inoltre, proprio un'approfondita comparazione tra le fonti giuridiche ed extragiuridiche ha permesso di ricostruire i profili genetici del *crimen proditio*: quest'ultimo è l'accordo in cui dolosamente è previsto il tradimento in cambio di un premio, proposto da qualsiasi soggetto appartenente a una *civitas* e accettato da un soggetto estraneo alla *civitas*. Insomma, in seguito a quella che da Syme è definita la 'rivoluzione romana', la fattispecie della *proditio* diviene una delle sfaccettature della *laesio maiestatis*: il *crimen* si configura quindi come una *species* del *crimen laesae maiestatis*.

Proprio in quel periodo, infatti, l'accentramento dell'*imperium militiae* in capo a una singola persona impone una 'riforma' in tema di *res militaris*: i comandanti militari (magistrati o legati imperiali) sono ora i rappresentanti del *princeps* e devono essere quindi privati di quella arbitraria *coercitio* che nell'età repubblicana permetteva loro di definire quali fossero i *crimina* militari e di decidere come sanzionarli. A ciò si collega la creazione di una disciplina della *res militaris* uniforme, quindi una *Systematisierung* delle varie fattispecie attinenti alla sfera militare che integrino una *laesa maiestatis* oppure un illecito da sanzionare nel solo ambito marziale. Tale intervento risponde anche al progressivo 'imbarbarimento' dell'esercito, in cui alle legioni composte da Romani – per tradizione educati al rispetto della *disciplina* – si sostituiscono milizie composte da stranieri o da cittadini privi di quel 'lascito' culturale che caratterizza qualsiasi *civis* dell'età della repubblica. È questa una trasformazione che non permette più che la disciplina militare sia '*tradita per manus*'¹⁷⁹: in sostanza il periodo storico è tale per cui diventa imprescindibile una sistematizzazione dell'intera *res militaris*, attuata dalla cancelleria imperiale, il cui lascito è il titolo XVI tradito nel XLIX libro del Digesto.

¹⁷⁸ C. 1.27.2.9a (a. 534): Imp. Iust. *Nam si usurpaverint memorati duces vel officia eorum seu tribuni commeatalem de militibus relinquere aut aliquod lucrum de eorum emolumentis subripere, hoc non solum in quadruplum iubemus publico dependere, sed etiam dignitate eos privari*; C. 1.27.2.9b (a. 534): Imp. Iust. *Magis enim debent duces et tribuni supra deputata sibi emolumenta secundum labores suos de nostra largitate remunerationem sperare et non de commeatis militum aut de eorum stipendiis lucrum sibi adquirere, quoniam ideo ordinati sunt milites, ut per ipsos provinciae vindicentur: praecipue cum sufficienter et ipsis ducibus et officiis eorum emolumenta praestitimus et semper providimus unumquemque secundum labores suos ad meliores gradus et maiores dignitates perducere*.

¹⁷⁹ Cfr. Liv. 9.17.10.

Il processo di *reductio ad unum* compiuto dai giuristi di questa magmatica materia è una mirabolante creazione: questi, infatti, intessono tra di loro i principi mutuati dall'esperienza repubblicana e li costituiscono come trama di quell'arazzo che è la disciplina militare postclassica. Dal patrimonio dell'età repubblicana, la cancelleria imperiale ricava e rielabora *crimina* che trovano nell'esempio delle precedenti epoche storiche la loro *ratio iuris*, ma che devono tuttavia adeguarsi alla nuova realtà storica, come nel caso della disposizione di Mod. 4 *de poen.* D. 49.16.3.13 o di Men. 1 *de re milit.* D. 49.16.4.10. Nel IV-V secolo d.C., si assiste a un punto di rottura, dettato dal proliferare di nuove condizioni storiche e giuridiche. Il riflesso di questo distacco è il massiccio intervento imperiale che, con apposite *leges*, cerca di rallentare la deriva che ormai aveva preso l'organizzazione militare romana: quest'ultima non solo soffre il problema delle defezioni ma, da esercito difensore dei confini di Roma, si riduce talvolta a forza predatrice nei confronti dei medesimi sudditi che era chiamata a difendere.

Foggia, luglio 2025

ABSTRACT

Il contributo analizza la *proditio* e i *crimina* militari, ricostruendone i profili attraverso fonti giurisprudenziali, storiografiche e retoriche. La ricerca riconsidera la classificazione della *proditio*, distinguendola da *transfugium* e *perfugium*, e mostra l'assorbimento di questi ultimi nella *lex Iulia de maiestate*. Infine, lo studio evidenzia il passaggio da una regolamentazione discrezionale a *Systematisierung* dei *crimina* militari.

This article examines *proditio* and the military offenses in Roman law through juridical, historiographical, and rhetorical sources. The research revisits the traditional classification of *proditio*, distinguishes it from *transfugium* and *perfugium*, and highlights their incorporation into the *lex Iulia de maiestate*. Finally, this study emphasizes the shift from discretionary, case-based regulation to a *Systematisierung* of military *crimina*.

KEYWORDS

Proditio – *Crimina* militari – *Res militaris* – *Transfugium* – *Perfugium*

Proditio – Military *crimina* – *res militaris* – *Transfugium* – *Perfugium*