

Il mancato diritto al pagamento della prostituta: echi romanistici nella giurisprudenza italiana

I. Introduzione

Da sempre, l'esercizio della prostituzione dà luogo a forme di discriminazione su più fronti, naturalmente a svantaggio della donna che tale professione svolge.

Pregiudizi e stigmi sociali, ancora oggi, contribuiscono all'emarginazione delle prostitute, la cui posizione spesso non riceve adeguata protezione dalla legge: persino in quei Paesi in cui il fenomeno è regolamentato, capita infatti che esse rimangano vulnerabili a sfruttamenti e abusi, rispetto ai quali incontrano, non di rado, difficoltà ad adire le vie legali.

Nel diritto romano di epoca classica, oltre a incappare nelle incapacità proprie di tutte le donne¹, le meretrici, in quanto considerate *infames personae*²,

* Il presente contributo ha preso le mosse e si è sviluppato nell'ambito del Convegno *Gender Equality and Women's Empowerment. Strategie normative per l'eguaglianza di genere*, tenutosi a Cagliari il 22 e 23 novembre 2024, organizzato dalla prof.ssa Anna Maria Mandas, Responsabile scientifico del Progetto Start Up *Strumenti normativi per il contrasto alle discriminazioni di genere*.

¹ A fronte di una bibliografia sterminata sulla figura femminile in Roma antica, e volendo indicare qui solo alcuni riferimenti essenziali, si veda anzitutto F. Cenerini, *La donna romana. Modelli e realtà*, Bologna 2009. Tra gli scritti più prettamente giusromanistici, di recente, v. C. Masi Doria, *Roma antica. Narrazioni giuridiche al femminile*, Napoli 2023; P. GIUNTI, *I confini dell'appartenenza in Roma antica: il modello femminile*, in P. Garbarino, P. Giunti, G. Vanotti (a c. di), *Confini, circolazione, identità ed ecumenismo nel mondo antico. Atti del VII Incontro di Studi tra storici e giuristi dell'Antichità (Vercelli, 24-25 maggio 2018)*, Milano-Firenze 2020, 216-236; F. Lamberti, *'Meretricia vicinitas'. Il sesso muliebre a Roma fra rappresentazioni ideali e realtà 'alternative'*, in E. Höbenreich, V. Kuehne, R. Mentxaka, E. Osaba (a c. di), *El Cisne III. Prostitución femenina en la experiencia histórico-jurídica*, Lecce 2016, 58 ss., alla quale ultima si rinvia per un'indagine sugli stereotipi delle figure femminili e sulla loro evoluzione nella cultura romana.

² Sulla dichiarazione d'infamia come conseguenza connessa allo svolgimento della prostituzione e al suo favoreggiamento cfr. W. Formigoni Candini, *'Quod meretrici datur repeti non potest'. Ancora su D.12.5.4.3*, in *AUFE*, 5, 1991, 18; A. Guarino, *'Ineptiae iuris romani': X*, in *Labeo* 38, 1992, 331 ss.; R. Flemming, *'Quae Corpore Quaestum Facit': The Sexual Economy of Female Prostitution in the Roman Empire*, in *JRS*, 89, 1999, 50 ss. e, in particolare, 53; S. Pulatti, *'Quae ludibrio corporis sui quaestum faciunt'. Condizione femminile, prostituzione e lenocinio nelle fonti giuridiche dal periodo classico all'età giustiniana*, in U. Criscuolo (a c. di), *Da Costantino a Teodosio il Grande. Atti del convegno internazionale (Napoli 26-28 aprile 2001)*, Napoli 2003, 68 ss., in specie 69; C. Fayer, *'Meretrix'. La prostituzione femminile nell'antica Roma*, Roma 2013, 554; M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintiliane. Una nuova prospettiva per lo studio della 'lex Voconia', della 'lex Iunia Norbana' e della 'lex Iulia de adulteriis'*, Saarbrücken 2014, 123; M.F. Merotto, *Don't Ask Us for 'Lex'. Body Exhibiting and Forms of Exclusion*, in *Pólemos* 12.2, 2018, 318 ss.

erano destinatarie di una serie di ulteriori limitazioni, concernenti, ad esempio, la loro idoneità di testimoniare³, il *ius connubii*⁴, la capacità di ricevere *mortis causa*⁵. Più che su tali restrizioni, tuttavia, vorrei ora soffermarmi su di un aspetto in merito al quale, nell'ordinamento giuridico romano, diversamente da com'è nel nostro, la prostituta pare non fosse poi così penalizzata: quello inerente al pagamento del corrispettivo.

Nello specifico, l'approfondimento di un passo di Ulpiano – peraltro citato in una sentenza relativamente recente del Tribunale di Roma⁶ – potrebbe offrire al giurista odierno qualche spunto per consolidare un'interpretazione che, in effetti, appare più coerente anche con le stesse dichiarate intenzioni del legislatore italiano: potenziare la tutela della prostituta.

II. Legge Merlin: la prostituta come 'vittima' della società nel suo complesso

A regolare il fenomeno, oggi, è ancora la cd. 'Legge Merlin' del 1958⁷.

La normativa parte dal presupposto che la prostituzione sia una attività lesiva della dignità delle persone che la esercitano, le quali non avrebbero verosimilmente operato una simile scelta se si fossero trovate in diverse e più favorevoli condizioni economiche e sociali. In questo contesto – che riflette la scelta di adeguare l'ordinamento italiano a principi 'abolizionisti' – la prostituta appare

³ D. 22.5.3.5 (Call. 4 de cogn.): *Lege Iulia de vi cavetur, ne hac lege in reum testimonium dicere liceret, qui se ab eo parente eius liberaverit, quive impuberes erunt, quique iudicio publico damnatus erit qui eorum in integrum restitutus non erit, quive in vinculis custodiave publica erit, quive ad bestias ut depugnaret se locaverit, quaeve palam quaestum faciet feceritve, quive ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam acceperit iudicatus vel convictus erit. nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitae suae admittendi non sunt ad testimonii fidem.*

⁴ D. 23.2.24 (Mod. 1 reg.): *In liberae mulieris consuetudine non concubinitus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit*; D. 23.2.47 (Paul. 2 ad l. Iul. et Pap.): *Senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem ludicram fecerit aut iudicio publico damnata fuerit, impune libertino nubit: nec enim honos ei servatur, quae se in tantum foedus deduxit*; D. 25.7.3 pr. (Marc. 12 inst.): *In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit.*

⁵ D. 29.1.41.1 (Tryph. 18 disp.): *Mulier, in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut divus Hadrianus rescripsit*; D. 37.12.3 pr. (Paul. 8 ad Plaut.): *Paconius ait: si turpes personas, veluti meretricem, a parente emancipatus et manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur: aut constitutae partis, si non turpis heres esset institutus.*

⁶ Trib. Roma, 7 maggio 2014.

⁷ L. 20 febbraio 1958, n. 75.

l'unica vittima di un aggressore rappresentato dalla società nel suo complesso. Alla luce di ciò, l'obiettivo di ridurre fino ad abolire la prostituzione andrebbe perseguito non certo penalizzando la persona che la esercita (altrimenti, si è detto, «si finirebbe per colpire due volte quelle che sono in realtà vittime del sistema sociale»⁸), ma punendo le sole cd. 'condotte parallele', quali l'induzione, il lenocinio, lo sfruttamento o anche il semplice favoreggiamento.

Se, da un lato, il modello abolizionista perseguito dalla 'Legge Merlin' ha senz'altro consentito il superamento di una serie di discriminazioni perpetrate entro il precedente sistema della cd. 'case chiuse'⁹, dall'altro, ha però incontrato qualche difficoltà nel conseguimento degli obiettivi prefissati, posto che né la prostituzione né le condizioni di discriminazione in cui versano i soggetti che la esercitano sono parse realmente diminuite¹⁰.

A fronte di tali criticità – come ben evidenziato da una nota pronuncia della Corte Costituzionale¹¹ –, l'esperienza più recente ha visto emergere, in ambito europeo, ulteriori modelli di disciplina, ai quali pare utile far cenno, anche ai fini di una visione comparata del fenomeno.

Essi invero ricercano soluzioni in due direzioni contrapposte.

Da una parte, i tentativi di superare le ambiguità dell'abolizionismo si muovono in direzione 'liberale': la prostituzione volontaria andrebbe considerata un'attività economica lecita a tutti gli effetti (approccio 'neo-regolamentarista')¹².

Dall'altra, il soggetto debole andrebbe ulteriormente protetto, e la strategia consisterebbe nel porre sanzioni anche a colui che, attraverso la 'domanda' del servizio sessuale, ne alimenta lo sfruttamento, ossia il cliente (approccio 'neo-proibizionista')¹³.

⁸ C. Cost. n. 141/2019.

⁹ V., per i riferimenti alla legislazione precedente, artt. 2 e 3 l. n. 75/1958.

¹⁰ Tale situazione risulta posta in evidenza da C. Cost. n. 141/2019.

¹¹ C. Cost. n. 141/2019.

¹² Secondo tale approccio – alla base delle legislazioni 'neo-regolamentariste', di vario taglio, messe in campo a partire dagli anni '90 dello scorso secolo in Paesi quali l'Olanda, la Germania, l'Austria e la Svizzera – la prostituzione sarebbe «assimilabile alle altre fonti di guadagno e generatrice di ordinari diritti economici e sociali (nonché di doveri fiscali) in capo a coloro che la esercitano. L'attenzione del legislatore si dovrebbe focalizzare, in quest'ottica, essenzialmente sulle cosiddette procedure di riduzione del danno, intese a limitare le conseguenze negative che la vendita di prestazioni sessuali può comportare» (C. Cost. n. 141/2019).

¹³ Secondo tale approccio – sulla cui scia si sono sviluppate le recenti politiche 'neo-proibizioniste' – l'abolizionismo 'non farebbe abbastanza' «per tutelare la persona che si prostituisce dalla condotta vessatoria degli altri soggetti, fra i quali rientrerebbe lo stesso cliente. Andrebbe perciò eretto un argine più robusto contro l'approfittamento di una condizione di vulnerabilità, che caratterizzerebbe le persone che si prostituiscono». Di tale modello esistono una versione più 'temperata' e una più 'radicale'. Nella prima «il 'consumatore' viene punito solo quando acquisti

Così richiamati, in estrema sintesi, i due principali filoni critici dell'abolizionismo, ai nostri fini preme evidenziare che questi, benché per certi versi opposti, appaiono accomunati da un'unica esigenza: accrescere la tutela da riservare alla indiscussa parte debole del rapporto, ossia la prostituta.

Ebbene, una possibile soluzione a un quesito – del tutto privatistico – inerente al pagamento del corrispettivo dovuto alla meretrice non solo asseconda tale logica, ma anche rappresenta, in un certo senso, un punto di sintesi tra i due approcci appena descritti. Ad essa ci si dedicherà nel prossimo paragrafo.

III. *Una discriminazione nella discriminazione: il mancato diritto al pagamento del corrispettivo*

Il contratto concluso tra prostituta e cliente, come noto, è tradizionalmente considerato un caso di scuola di nullità per contrarietà al buon costume¹⁴.

Nel nostro ordinamento, la normativa di riferimento si ricava dal combinato disposto degli artt. 1343, 1418 e 2035 cod. civ., in base al quale la prostituta si vedrebbe negato il diritto a ricevere il compenso, avendo a disposizione la sola *soluti retentio* di quanto spontaneamente corrispostole dal cliente.

Come è stato notato da recente dottrina, l'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 2035 cod. civ. – per cui chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, 'anche da parte sua', costituisca offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato – suggerisce che «l'offesa al buon costume risulti realizzata 'anche' da parte del cliente: come a voler lasciare intendere che tale

servizi sessuali da una persona che sia vittima di prostituzione forzata (è la soluzione adottata nel Regno Unito con il Policing and Crime Act del 2009). Una simile tecnica d'intervento trova eco nella direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, concernente 'la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime', la quale invita specificamente gli Stati membri a impegnarsi per ridurre la 'domanda' che è alla base del traffico di esseri umani, anche valutando la possibilità di prevedere come reato l'utilizzo di servizi che sono oggetto di sfruttamento, qualora l'agente sia a conoscenza che la persona è vittima di tratta (art. 18, par. 4)». Nella seconda, più ricorrente, «si sceglie di punire il cliente *sic et simpliciter*, ossia a prescindere dalle caratteristiche della persona che offre i servizi sessuali e dalla condizione di soggiogamento o di necessità in cui essa eventualmente si trovi. Si tratta del cosiddetto 'modello nordico', essendo stata una simile strategia adottata anzitutto dalla Svezia, sul finire degli anni '90, e poi seguita da altri Paesi del Nord Europa, ai quali si è peraltro recentemente aggiunta anche la Francia» (C. Cost. n. 141/2019).

¹⁴ Per una analisi, in chiave critica, su contrarietà al buon costume della prestazione di servizi sessuali e restituzioni v. da ultimo G. Biancardi, *Prestazioni di servizi sessuali e restituzioni*, in *NGCC*. 2025, 1, 246 ss.

offesa si compia *in primis* da parte della prostituta»¹⁵, il che sarebbe dimostrato pure dall'interpretazione giurisprudenziale corrente, che «tende a porre l'accento non tanto sulla *turpitudine dantis*, quanto piuttosto sulla *turpitudine accipientis*, qualificando l'esercizio della prostituzione come in sé immorale e, benché non illecito, neppure propriamente lecito»¹⁶.

È evidente che, in tale contesto, la posizione della prostituta risulta fortemente penalizzata: non solo per quanto attiene all'aspetto più prettamente economico, ma anche, e in maniera rilevante, per quanto attiene alla salvaguardia della sua integrità, morale e fisica.

Il suddetto orientamento tradizionale, riscontrabile in una serie di sentenze penalistiche, ha infatti talvolta impedito di arginare condotte gravemente discriminatorie, di violenza o minaccia, perpetrate nei confronti della prostituta.

È stato questo, ad esempio, il caso in cui un cliente aveva puntato un'arma per costringere una ragazza a rinunciare al pagamento concordato. In una vicenda grave come questa, la Corte di Cassazione aveva negato la configurazione del reato di estorsione, data la mancanza sia di un ingiusto profitto da parte dell'agente, sia di un danno giuridicamente rilevante per la vittima (Cass. pen., sez. II, 17 gennaio 2001, n. 9348)¹⁷.

L'orientamento che inquadra come 'profitto ingiusto' il prezzo da corrispondere alla meretrice è condiviso dalla maggioritaria, e più recente, giurisprudenza, che continua a considerare il contratto concernente l'attività prostitutiva nullo

¹⁵ A. Rinaudo, 'Quod meretrici datur, repeti non potest'. La 'nova ratio' di D. 12.5.4.3 nella giurisprudenza italiana, in F. Zuccotti, M.A. Fenocchio (a c. di), A. Pierluigi Zannini. *Scritti di diritto romano e giusantichistici*, Milano 2018, 276.

¹⁶ Così Rinaudo, 'Quod meretrici datur, repeti non potest'. La 'nova ratio' di D. 12.5.4.3 nella giurisprudenza italiana cit. 276. Come è stato opportunamente notato da M.R. Marella, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in S. Rodotà, P. Zatti (a c. di), *Trattato di biodiritto II. Il governo del corpo*, Milano 2011, 887, la regola *in pari causa turpitudinis*, oggi comunemente riferibile al rapporto contrattuale tra prostituta e cliente, sottende un «meccanismo che mentre esclude dal mercato il sesso a pagamento, surrettiziamente regolandolo come eccezionale rispetto al mercato stesso, sancisce l'indifferenza del diritto nei suoi confronti e specularmente la sua opacità rispetto al diritto». In argomento v. anche P. Rescigno, 'In pari causa turpitudinis', in *Riv. dir. civ.*, 1966.1, 2 ss.

¹⁷ L'orientamento tradizionale in materia si può vedere applicato anche in Cass. civ., sez. III, 1° agosto 1986, n. 4927, che ha negato a una prostituta il diritto al risarcimento per il danno subito al proprio reddito professionale in seguito a un incidente stradale che aveva compromesso la sua capacità di svolgere l'attività. Anche in sede tributaria non pare messa in discussione la qualificazione *contra bonos mores* della prostituzione, salvo il convincimento – consolidato entro la V sezione civile (tributaria) della Suprema Corte (v. sentenze 1° ottobre 2010, n. 20528; 13 maggio 2011, n. 10578; 27 luglio 2016, n. 15596; 4 novembre 2016, n. 22413) – che il reddito da essa generato sia in ogni caso tassabile.

per illiceità della causa¹⁸, e ad affermare che nessun dubbio potrebbe esservi «sul carattere ingiusto del profitto perseguito da chi, con minacce e percosse, costringa un'altra persona a farsi consegnare una certa somma quale prezzo della prestazione illecita, e quindi sulla piena sussistenza di questo elemento costitutivo del delitto di cui all'art. 629 cod. pen.» (Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2018, n. 8051).

Come si vede, tale ultima fattispecie è opposta all'altra, sopra citata: in questo, come in molti altri casi, è la prostituta (o il suo protettore) che abbia tenuto condotte di violenza o minaccia volte a costringere il cliente a pagare la prestazione sessuale ad essere giudicata responsabile del reato di estorsione, attesa l'ingiustizia del profitto così ottenuto, in quanto non corrispondente a una pretesa tutelata dall'ordinamento¹⁹.

Tutto questo sull'assunto – ribadito da recentissima giurisprudenza – che «nel comune sentire dei cittadini nell'attuale momento storico, il meretricio, pur quando intervenga tra adulti liberamente consenzienti, e ancorché non sia in tale caso vietato dalla legge, appare ... percepito come contrario ai cosiddetti *boni mores*, tale essendo tutt'ora ritenuto, pur nella rapida evoluzione (o involuzione, a seconda dei punti di vista) della morale, prestare per denaro il proprio corpo (da parte della prostituta) e acquistare per denaro tale prestazione (da parte del cliente)» (Cass. pen., sez. II, 31 gennaio 2025, n. 4187).

IV. Trib. Roma, 7 maggio 2014: una sentenza controcorrente

All'orientamento tradizionale appena tratteggiato si era però contrapposta una sentenza del 2014 del Tribunale di Roma (Trib. Roma, 7 maggio 2014²⁰), che merita di essere presa in esame.

Il caso riguardava una giovane prostituta nigeriana, non pagata dal cliente: quest'ultimo, ricevuta la prestazione, si era rifiutato di corrispondere il prezzo confidando, in buona sostanza, sul regime privatistico per così dire 'di favore' emergente dagli artt. 1343, 1418 e 2035 cod. civ.

La ragazza, costretta dalla situazione, si era quindi rivolta al proprio protettore, il quale era riuscito ad ottenere il compenso con pressioni e minacce.

¹⁸ Cfr. Cass. pen., sez. II, 31 gennaio 2025, n. 4187; Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2018, n. 8051.

¹⁹ Cass. pen., sez. II, 31 gennaio 2025, n. 4187.

²⁰ Su cui v. il commento di G.L. Gatta, *Risponde di estorsione la prostituta che minaccia il cliente costringendolo a pagare la prestazione? A proposito del concetto di ingiustizia del profitto*, in *Dir. pen. cont.* 4.3-4, 2014, 417 ss.; Rinaudo, *'Quod meretrici datur, repeti non potest'*. La 'nova ratio' di D. 12.5.4.3 nella giurisprudenza italiana cit. 275 ss.

La questione centrale – di rilievo penalistico, ma risolvibile passando attraverso nozioni di carattere civilistico – era stabilire se la condotta del protettore integrasse il reato di estorsione che richiede, oltre all'elemento della costrizione, anche l'ottenimento di un profitto 'ingiusto'. Se così, il compenso della prostituta sarebbe stato ritenuto 'ingiusto', e quindi non dovuto, e si sarebbe avallata la consolidata concezione che nega alla prostituta un diritto a ricevere il corrispettivo.

Il Tribunale di Roma aveva però rigettato questa impostazione. Il profitto della prostituta, derivante da una prestazione liberamente concordata, rappresenterebbe un diritto pienamente esigibile; anzi, considerato il contesto di vulnerabilità della giovane donna e l'asimmetria nei rapporti con il cliente, la condotta veramente riprovevole risiederebbe nel rifiuto del cliente di corrispondere quanto pattuito.

Conseguenze di tale convincimento sono state, sul piano penalistico, di escludere la configurabilità del reato di estorsione (la richiesta di pagamento da parte della prostituta non costituendo, quindi, un profitto ingiusto); sul piano civilistico, di ribaltare l'inquadramento tradizionale, e ravvisare l'offesa al buon costume nel solo comportamento del cliente che si rifiuti di pagare.

Nel decidere così, i giudici avevano citato Ulpiano, il quale, in D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*), definiva «la prostituzione come un'attività socialmente turpe (*turpiter facere*) ma lecita»²¹.

Il passo del Digesto evocato nella sentenza del Tribunale di Roma, a ben vedere, parlerebbe di una *soluti retentio* del prezzo corrisposto alla meretrice giustificata, addirittura, da una peculiare *turpitude* del solo cliente (benché si tratti di una *turpitude* per forza di cose scollegata da un rifiuto di quest'ultimo di pagare). Anche per questo, credo che una lettura più approfondita del frammento di Ulpiano possa essere utile a consolidare l'approccio – sicuramente pregevole, nell'ottica di ridurre la condizione di discriminazione in cui versano le prostitute – seguito dal Tribunale di Roma.

V. D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 'ad ed.')

Di seguito si riporta il testo di Ulpiano:

D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*)²²: *Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo*

²¹ Trib. Roma, 7 maggio 2014: «il fondamento di detta ricostruzione giuridica risale al diritto romano che, con Ulpiano, definisce la prostituzione come un'attività socialmente turpe (*turpiter facere*) ma lecita le cui prestazioni non consentono di ripetere da parte del cliente quanto pagato».

²² Con riferimento al brano che ci si accinge a commentare, ritengono (condivisibilmente) che si tratti di prestazioni effettuate da una prostituta indipendente F. Sturm, '*Quod meretrici datur re-*

et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur; sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

Il giurista, rifacendosi nella prima parte del passo all'opinione di Labeone e Marcello, dice che ciò che si dà alla meretrice non si può ripetere, per una ragione nuova e diversa da quella – probabilmente sostenuta da una parte della dottrina – della *turpitudine* di entrambe le parti, ossia per una *solius dantis turpitudine*.

La *soluti retentio* a vantaggio della prostituta sarebbe giustificata, quindi, dalla turpitudine del solo cliente. La spiegazione è la seguente: per quanto la prima si comporti in modo turpe (*turpiter facere*), non sarebbe turpe che essa riceva il prezzo della sua attività (*non turpiter accipere*).

Prima di addentrarsi nell'esegesi del passo, è bene evidenziare che – così come è, in generale, per l'esercizio della prostituzione nel mondo romano²³ – non pare possibile ricondurre la fattispecie a un qualche tipo contrattuale. Cionondimeno va detto che, per i Romani, quella delle meretrici era un'attività lecita. È vero, infatti, che il diritto prevedeva molte misure negative e penalizzanti a svantaggio delle prostitute, tutte connesse al loro *status* di *infames personae*; ma è anche vero che il loro era un mestiere inquadrato tra quelli consentiti nell'età del principato.

Il dato più rilevante, a tal proposito, risale ai tempi di Caligola (37-41 d.C.): in un brano tratto dal *de vita Caesarum*, Svetonio²⁴ narra della nuova politica di tassazione²⁵ introdotta dall'imperatore e delle imposte che si iniziarono in quel

peti non potest, in H.P. Benöhr, K. Hackl, R. Knütel, A. Wack (hrsg.), *'Iuris professio'. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986, 283; L. Solidoro Maruotti, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico II*, Torino 2014, 19. *Contra*, v. Formigoni Candini, *'Quod meretrici datur repeti non potest'*. Ancora su D.12,5,4,3 cit. 23 ss., per il quale il passo presupporrebbe una situazione di esercizio del meretricio alle dipendenze di un lenone e che, pertanto, il *dans* sia quest'ultimo nella sua veste di datore di lavoro della prostituta. Per una critica di questa tesi v. Guarino, *'Ineptiae iuris romani'*: X cit. 333 s.

²³ Benché nelle fonti, letterarie e giuridiche, esista qualche indizio che rimanda alla locazione, considerare il meretricio un'ipotesi di *locatio conductio* pare senz'altro azzardato, dato che né nei *Digesta* (titolo 19.2) né nelle *Institutiones* imperiali (3.24) essa mai viene accostata a una simile pratica.

²⁴ Svet. Calig. 40: *Vectigalia nova atque inaudita primum per publicanos, deinde, quia lucrum exuberabat, per centuriones tribunosque praetorianos exercuit, nullo rerum aut hominum genere omisso, cui non tributis aliquid imponeret. pro edulibus, quae tota urbe venirent, certum statumque exigebatur; pro litibus ac iudiciis ubicumque conceptis quadragesima summae, de qua litigaretur; nec sine poena, si quis composuisse vel donasse negotium convinceretur; ex gerulorum diurnis quaestibus pars octava; ex captivis prostituerum quantum quaeque uno concubitu mereret; additumque ad caput legis, ut tenerentur publico et quae meretricium quive lenocinium fecissent, nec non et matrimonia obnoxia essent.*

²⁵ Al proposito si noti come anche in Grecia fosse prevista un'imposta sul reddito delle prostitute (sul punto cfr., *ex pluribus*, E. Cantarella, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano 2010, 82 s.); diversamente rispetto al mondo

periodo a riscuotere, tra cui compaiono quelle a carico delle prostitute, che dovevano versare nelle casse imperiali *quantum quaeque uno concubitu mereret*²⁶.

È quindi plausibile che il diritto al compenso fosse riconosciuto a questa categoria di donne ma che, di ciò, le testimonianze scarseggino: vuoi perché, nella maggior parte dei casi, questo era riscosso dal *dominus* o dal *leno*, vuoi perché – come notava Biggi –, in generale, si riscontra un silenzio delle fonti circa queste donne dell'antichità, «non citate mai per se stesse, ma solo in stretta relazione al mondo maschile ed alla loro funzione per così dire sociale»²⁷.

Proprio il frammento di Ulpiano ora in commento, tuttavia, potrebbe essere riguardato come una rara attestazione di tale diritto, quantomeno in adesione a una delle letture del passo che mi accingo ad esporre²⁸.

ellenico, invece, come notato da Fayer, *'Meretrix'. La prostituzione femminile nell'antica Roma* cit. 19, la cultura romana non conosceva un fenomeno analogo a quello – presumibilmente sorto in Oriente e assai diffuso anche in Grecia – delle prostitute sacre (sulla connessione tra la religione e la condizione di prostitute e lenoni a Roma cfr. T.A.J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome*, New York-Oxford 1998, 23 ss.). In Grecia queste donne, un tempo schiave, con la consacrazione alla divinità (tramite ciò che per A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano 1982, 94, costituiva un'offerta votiva) acquistavano la libertà, ma rimanevano strettamente legate alla divinità (che si considerava averle manomesse): dovevano vivere nel tempio e devolvere quanto ricavano dal commercio del proprio corpo. Sul punto cfr. H. Licht, *Sexual Life in Ancient Greece*, New York 1974, 388 ss.; E. Cantarella, voce *Prostituzione (diritto greco)*, in *NNDI*. 14, Torino 1967, 225, e, più di recente, S.L. Budin, *Sacred Prostitution in the First Person*, in A. Faraone, L.K. McClure, (ed. by), *Prostitutes and Courtesans in the Ancient World*, Wisconsin 2006, 77 ss.; C. Keesling, *Heavenly Bodies. Monuments to Prostitutes in Greek Sanctuaries*, in *Prostitutes and Courtesans in the Ancient World* cit. 59 ss.

²⁶ Per un approfondimento sulla tassazione della prostituzione cfr. Fayer, *'Meretrix'. La prostituzione femminile nell'antica Roma* cit. 619 ss.; per una ricostruzione di un probabile tariffario cfr. T.A.J. McGinn, *The Economy of Prostitution in the Roman World. A Study of Social History and the Brothel*, Ann Arbor 2004, 40 ss.

²⁷ Così E. Biggi, *Venere a Roma: la prostituta italica*, in N. Criniti (a c. di), *Gli affanni del vivere e del morire. Schiavi, soldati, donne, bambini nella Roma imperiale*, Brescia 1991, 76.

²⁸ Sul frammento v. G. Grosso, *Il prezzo del meretricio*, in *SDHI*. 9, 1943, 289 s.; G. Sciascia, *A paga à meretriz no direito romano*, in *Varietà giuridiche. Scritti brasiliani di diritto romano e moderno*, Milano 1956, 19 ss.; Sturm, *'Quod meretrici datur repeti non potest'* cit. 281 ss.; I. Mereu, voce *Prostituzione (Storia)*, in *ED*. 37, Milano 1988, 447; W. Dajczak, A. Sokala, *Ulp. D. 12,5,4,3. Ein Beitrag zur Klärung der 'nova ratio'*, in *TR*. 58, 1990, 129 ss.; Formigoni Candini, *'Quod meretrici datur repeti non potest'. Ancora su D. 12,5,4,3* cit. 17 ss.; Guarino, *'Ineptiae iuris romani': X* cit. 331 ss.; S.A. Fusco, *'Adulescens luxuriosus'. Ulp. D. 17.1.12.11 – ein Mandat 'contra bonos mores'?*, in D. Nörr, S. Nishimura (hrsg.), *'Mandatum' und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg 1993, 394 ss.; McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome* cit. 323; S. Randazzo, *'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 171; P.G. Guzzo, V. Scarano Ussani, *'Ex corpore lucrum facere'. La prostituzione nell'antica Pompei*, Roma 2009, 16 s.; A.R. Jurewicz, *'Condictio ob turpem vel iniustam causam' im Licht des Polnischen Zivilge-*

Si tratta di letture in parte convergenti tra loro, che – se così si può dire – rappresenterebbero una sorta di antesignani degli orientamenti ‘neo-proibizionisti’ e ‘neo-regolamentaristi’ che abbiamo citato sopra²⁹.

La prima, di più immediata comprensione, è quella proposta dalla dottrina tradizionale, e coincide tutto sommato col tenore letterale del brano: il pagamento del corrispettivo alla prostituta sarebbe un caso di *soluti retentio* giustificata, secondo la nuova *ratio* citata da Ulpiano, dalla *solius dantis turpitudine*.

Si troverebbe, in questo modo, una sorta di precedente degli orientamenti più radicali, ‘neo-proibizionisti’: si punisce il cliente perché la *turpitudine* sarebbe solo dalla sua parte.

La seconda, avanzata col supporto di argomenti interpolazionistici, indicherebbe invece D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*) quale precursore dei modelli ‘neo-regolamentaristi’.

Il primo dato che serve mettere in luce tiene conto della collocazione di D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*), nel titolo V del XII libro del Digesto rubricato *De conditione ob turpem vel iniustam causam*.

Si tratta di un titolo che si apre con un frammento del X libro *ad Sabinum* di Paolo, che i compilatori usano per introdurre una sorta di classificazione preliminare dei diversi possibili casi di restituzioni di dazioni per causa turpe o ingiusta: quando si dà qualcosa in relazione a un risultato turpe, può essere che la turpitudine sia solo di colui che dà o solo di colui che riceve, oppure di entrambi (D. 12.5.1 pr. [Paul. 10 *ad Sab.*]: *Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudine, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque*).

Sempre con brani estrapolati dal commento *ad Sabinum* di Paolo è poi formulato il principio generale secondo il quale ciò che fu dato per un’*honestam causam* può essere ripetuto solo se non vi sia stato l’adempimento della controparte³⁰, mentre il pagamento fatto per una turpe causa può essere reso oggetto di *condictio* per turpitudine del solo *accipiens*³¹.

La trattazione continua quindi con l’esemplificazione di vari casi (tratti però,

setzbuches. ‘Marginalia’ zu D. 12.5.4.3, in RIDA. 60, 2013, 295 ss.; Solidoro Maruotti, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico* cit. 19 s.; M.F. Merotto, *Il corpo mercificato. Per una rilettura del ‘meretricium’ nel diritto romano*, in L. Garofalo (a c. di), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche* 2, Pisa 2017, 274 ss.; Rinaudo, ‘*Quod meretrici datur; repeti non potest*’. La ‘nova ratio’ di D. 12.5.4.3 nella giurisprudenza italiana cit. 269 ss.

²⁹ Cfr. sopra, par. 2.

³⁰ D. 12.5.1.1 (Paul. 10 *ad Sab.*): *Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est*.

³¹ D. 12.5.1.2 (Paul. 10 *ad Sab.*): *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest*.

per la maggior parte, dal commentario *ad edictum* di Ulpiano) ove, in considerazione della comune turpitudine delle parti, non può avere luogo la ripetizione del pagato³², per poi passare ad altre ipotesi in cui si concede la *condictio* per la turpitudine del solo *accipiens*³³.

A seguire, in D. 12.5.4.3, Ulpiano si sofferma specificamente sul caso della meretrice, apparentemente rientrando tra le ipotesi di negozi ‘turpi’ e perciò da analizzare nel contesto delle *condictiones ob turpem causam*.

È chiara – e con ogni probabilità consolidata, dato che è conforme a quanto già scritto da Labeone e Marcello – la regola per cui non si può recuperare la somma pagata a una prostituta (*quod meretrici datur, repeti non potest*).

Ius controversum sembrerebbe invece esservi sulle ragioni di tale irripetibilità. Stando al tenore letterale del frammento, Ulpiano dissentirebbe da quanto già sostenuto da Labeone e Marcello in merito alla corretta collocazione della turpitudine: se i secondi negavano la *condictio* in considerazione dell’immoralità condivisa tra cliente e prostituta (*quod utriusque turpitudine versatur*)³⁴, per il primo³⁵, la medesima soluzione sarebbe invece derivata da una *turpitudine* tutta dalla parte del *dans*³⁶.

³² D. 12.5.2 pr. (Ulp. 26 ad ed.): *Ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dederò, ne hominem occidas, condici posse: 1. Item si tibi dederò, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes. 2. Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret, est quidem relatum condictioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit (iudicem enim corrumpere videtur) et non ita pridem imperator noster constituit litem eum perdere; D. 12.5.3 (Paul. 10 ad Sab.): Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.*

³³ D. 12.5.4.2 (Ulp. 26 ad ed.): *Quotiens autem solius accipientis turpitudine versatur, Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dederò, ne mihi iniuriam facias.*

³⁴ Così v. Sturm, ‘*Quod meretrici datur repeti non potest*’ cit. 284; Mereu, voce *Prostituzione* (Storia) cit. 447; Guarino, ‘*Ineptiae iuris romani*’: X cit. 332; Jurewicz, ‘*Condictio ob turpem vel iniustam causam*’ im *Licht des Polnischen Zivilgesetzbuches*. ‘*Marginalia*’ zu D. 12.5.4.3 cit. 297.

³⁵ Che la *nova ratio* vada ascritta a Ulpiano (o, comunque, a un giurista a lui temporalmente assai prossimo, se non addirittura coevo, e la cui opinione Ulpiano stesso mostra di condividere) è un dato ritenuto pressoché pacifico in dottrina: v. Grosso, *Il prezzo del meretricio* cit. 289; Sciascia, *A paga à meretriz no direito romano* cit. 24 ss.; Sturm, ‘*Quod meretrici datur repeti non potest*’ cit. 284; Mereu, voce *Prostituzione* (Storia) cit. 447 s.; Formigoni Candini, ‘*Quod meretrici datur repeti non potest*’. Ancora su D.12,5,4,3 cit. 21; Jurewicz, ‘*Condictio ob turpem vel iniustam causam*’ im *Licht des Polnischen Zivilgesetzbuches*. ‘*Marginalia*’ zu D. 12.5.4.3 cit. 297; Solidoro Maruotti, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico* cit. 20; Rinaudo, ‘*Quod meretrici datur, repeti non potest*’. La ‘*nova ratio*’ di D. 12.5.4.3 nella giurisprudenza italiana cit. 270.

³⁶ Tale soluzione – come notato da Solidoro Maruotti, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico* cit. 20 – ben potrebbe essere stata dettata con «l’intento di preservare la sfera economica della prostituta» e ciò in conformità al «generale atteggiamento di benevolenza per le *pornai*: giovani donne degne di commiserazione perché indotte alla turpitudine dalla miseria, ma anche molto utili alla società, in quanto solido baluardo della morale matrimoniale augustea».

Leggere, nella fattispecie, un caso di turpitudine del solo *dans* suscita però più d'una perplessità.

Non solo perché – come è stato condivisibilmente notato – questo rappresenterebbe l'unico caso, tra quelli esemplificati nel Digesto, di *turpitudinis solius dantis*³⁷. Ma anche perché il principio della *turpitudinis* del cliente riuscirebbe di difficile comprensione calato in un contesto storico-sociale – quale quello della Roma di epoca classica – in cui i giovani che frequentavano i bordelli ricevevano addirittura le lodi di Catone il censore³⁸.

Se proprio si volesse additare, nel contesto della prostituzione, un'unica parte cui attribuire l'immoralità³⁹, a rigore, quella dovrebbe essere la meretrice, donna considerata di per sé infame e *probrosa*. Ma l'opzione della *turpitudinis* della sola *meretrix*, a ben vedere, nemmeno è menzionata.

D'altro canto, neppure convince l'altra regola, citata da Ulpiano, che pone

³⁷ In tal senso v. Fusco, 'Adulescens luxuriosus'. Ulp. D. 17.1.12.11 – ein Mandat 'contra bonos mores'? cit. 398.

³⁸ Hor. *serm.* 1.2.31-35: *Quidam notus homo cum exiret fornice, «macte virtute esto» inquit sententia dia Catonis; «nam simul ac venas inflavit taetra libido, huc iuvenes aequom est descendere, non alienas permolere uxores»*. Sul punto cfr. B. Salles, *I bassifondi dell'antichità. Prostitute, ladri, schiavi, gladiatori: dietro lo scenario eroico del mondo classico*, trad. it., Milano 1983, 187 (che però sottolinea anche il biasimo espresso in un'altra occasione dallo stesso Catone, una volta appreso che il giovanotto, prima lodato, frequentava il lupanare di continuo e non sporadicamente). Che il ricorso alla prostituzione fosse lodevole – oltre che 'conforme a quanto da sempre concesso agli antenati' – è poi ampiamente confermato anche da Cic. *Cael.* 48: *Verum si quis est, qui etiam meretriciis amoribus interdictum iuventuti putet, est ille quidem valde severus (negare non possum), sed abhorret non modo ab huius saeculi licentia, verum etiam a maiorum consuetudine atque concessis. quando enim hoc non factitatum est, quando reprehensum, quando non permissum, quando denique fuit, ut, quod licet, non liceret? hic ego iam rem definiam, mulierem nullam nominabo; tantum in medio relinquam* (per il cui commento v. E. Cantarella, *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'antica Roma*, Milano 2009, 74 s.). Fermo tutto ciò, va però sottolineato che già prima dell'avvento del cristianesimo, nei primi due secoli dopo Cristo, il sesso cominciava a essere guardato con maggiore diffidenza a seguito della nuova etica sessuale indotta dalle leggi augustee (cfr. Puliatti, 'Quae ludibrio corporis sui quaestum faciunt'. *Condizione femminile, prostituzione e lenocinio nelle fonti giuridiche dal periodo classico all'età giustinianea* cit. 31 ss.; Cantarella, *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'antica Roma* cit. 138 ss.), cui si deve l'origine del «tralaticio atteggiamento ambiguo, da parte delle pubbliche istituzioni, nei confronti delle prostitute: da un lato considerate necessarie per la preservazione dei matrimoni dall'adulterio, e perciò stesso legalmente riconosciute e sfruttate a livello tributario, ma al tempo stesso sensibilmente emarginate sul piano del diritto pubblico e privato. Esistenti per l'erario, ma ignorate quanto al resto» (così Solidoro Maruotti, *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico* cit. 22).

³⁹ Il che, comunque, risulterebbe stonato, posto che, come sottolineato anche da Guarino, 'Ineptiae iuris romani': X cit. 333, a rigor di logica, il rapporto di meretricio dovrebbe essere o turpe per ambedue o non turpe per nessuno dei due.

la turpitudine in capo a entrambe le parti, posto che a Roma la prostituzione era un'attività senz'altro tollerata.

Per queste ragioni – e per altre che a breve esporrò – mi paiono leciti i dubbi avanzati da parte della dottrina sulla completa genuinità di D. 12.5.4.3⁴⁰.

Il passo è stato infatti sottoposto a una critica interpolazionistica con argomentazioni assai condivisibili⁴¹.

Il 'corpo estraneo' sarebbe l'inciso *sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis*, espunto il quale si manifesterebbe la vera funzione del frammento che – alla stregua degli altri brani di Ulpiano in quel contesto richiamati – presumibilmente era volto a specificare la nozione di turpitudine rilevante in ambito di *condictio ob turpem causam*.

I compilatori, dopo aver posto l'iniziale tripartizione scandita dalle parole di Paolo, vollero spiegarla utilizzando le riflessioni di un altro giurista, forse più approfondite sul concetto di *turpitudine*⁴²: la regola sancita per il caso del pagamento alla prostituta andrebbe dunque letta tenendo conto del *modus procedendi* – tendenzialmente casistico – seguito da Ulpiano nel ventiseiesimo commentario all'editto del pretore (da cui D. 12.5.4.3 è escerpito), e non come un'esemplificazione della rigida sistematica (paolina) con la quale i commissari giustinianeî decisero di aprire il titolo *De condictione ob turpem vel iniustam causam*.

Un primo spunto per ritenere che il tenore originario del frammento possa essere stato *sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix* deriva dal fatto che l'intera argomentazione ulpiana – come emerge dai frammenti antecedenti – è costruita utilizzando citazioni favorevoli a supporto, e non a contrario⁴³.

⁴⁰ In senso difforme, v. invece Sturm, '*Quod meretrici datur repeti non potest*' cit. 281 ss.; Formigoni Candini, '*Quod meretrici datur repeti non potest*'. Ancora su D.12,5,4,3 cit. 17 ss. Ritieni la soluzione classica, pur ammettendo che la *nova ratio* abbia «tutta l'aria di un rimaneggiamento ... postclassico», Guarino, '*Ineptiae iuris romani*': X cit. 333.

⁴¹ Cfr. Fusco, '*Adulescens luxuriosus*'. Ulp. D. 17.1.12.11 – ein Mandat 'contra bonos mores'? cit. 395 ss. L'ipotesi interpolazionistica era già stata avanzata in passato: cfr. G. Beseler, *Lucubrationes Balticae*, in *SDHI.* 3, 1937, 377; F. Horak, '*Rationes decidendi*'. *Entscheidungsbe-gründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo I*, Aalen 1969, 238 e nt. 11.

⁴² In tal senso v. anche Fusco, '*Adulescens luxuriosus*'. Ulp. D. 17.1.12.11 – ein Mandat 'contra bonos mores'? cit. 395 ss.

⁴³ Cfr. i frammenti precedenti e, in particolare, D. 12.5.2 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 12.5.4 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*): *Idem, si ob stuprum datum sit, vel si quis, in adulterio deprehensus, redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt*; D. 12.5.4.2 (Ulp. 26 *ad ed.*). In tutti questi frammenti – che anche Lenel, *Palingenesia iuris civilis* II, Lipsiae 1889, 571 s. pone in sequenza – Ulpiano cita altri giuristi per descrivere il 'diritto vigente', il che lascia ipotizzare

In secondo luogo, la parte iniziale *sed quod meretrici datur ...* – la cui genuinità non è posta in dubbio – appare come una chiosa dei frammenti antecedenti, in cui Ulpiano ammette la *condictio* per ripetere pagamenti effettuati quando la turpitudine sta solo dalla parte dell'*accipiens*⁴⁴: D. 12.5.4.3 parrebbe cioè nulla più che una precisazione della *solius accipientis turpitudine*, concetto che non doveva essere di immediata comprensione⁴⁵.

Il caso della meretrice potrebbe essere stato il più eclatante per spiegare come la *turpitudine* di cui si stava trattando nulla avesse a che vedere con la turpitudine propria di un particolare stile di vita: in altre parole, per il giurista severiano non v'erano dubbi che il *turpiter facere* delle prostitute non si riflettesse per così dire 'di default' sulla validità dei negozi da queste conclusi, rendendo turpe anche l'*accipere*.

Se così, non ci sarebbe spazio per il contrasto evocato nella versione del passo che si legge nel Digesto, potendosi viceversa ipotizzare che questo sia stato appositamente creato dai giustiniani per introdurre un caso – l'unico, torno a ripetere, riportato nella compilazione – di *turpitudine* del solo *dans*.

Non è semplice immaginare il motivo di tale rimaneggiamento. Il *favor mulieris* che caratterizzò la politica di Giustiniano⁴⁶ volta al contrasto alla prostituzione⁴⁷, fatta da misure assai rigide nei confronti dei lenoni da un lato, ma anche di generale rivalutazione umana, etica e giuridica della donna dall'altro, potrebbe aver avuto un suo peso.

Se, poi, si volesse recuperare un'ingegnosa ipotesi prospettata qualche decennio fa da parte della dottrina⁴⁸, per cui il pagamento di cui si parla nel testo proverrebbe da un lenone e non da un cliente, l'aggiunta dei compilatori potrebbe spiegarsi in maniera ancor più lineare.

che anche in D. 12.5.4.3 (Ulp. 26 *ad ed.*) le opinioni di Labeone e Marcello vengano richiamate non per evocare un *ius controversum*, bensì per suffragare l'opinione espressa da Ulpiano. In tal senso v. anche Fusco, 'Adulescens luxuriosus'. Ulp. D. 17.1.12.11 – ein Mandat 'contra bonos mores'? cit. 395 ss.

⁴⁴ In particolare, cfr. il paragrafo antecedente (in tema di *stipulatio*): D. 12.5.4.2 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Quotiens autem solius accipientis turpitudine versatur; Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dederò, ne mihi iniuriam facias*.

⁴⁵ È dato pensare, peraltro, che Ulpiano fosse certamente 'competente' sul concetto di *turpitudine* e di contrarietà ai *boni mores*: per una rassegna delle fonti dalle quali emerge la sua specifica riflessione sulla contrarietà ai *boni mores*, ad esempio, dei negozi *de hereditate tertii*, v. M.F. Merotto, *L'emptio venditio di eredità futura nella giurisprudenza romana*, Napoli 2022, 120 ss.

⁴⁶ Sulla politica di Giustiniano a favore delle donne v. J. Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4^e-7^e siècle)*, 1, Paris 1990, 29 ss.; R. Haase, *Justinian I. und der Frauenraub (raptus)*, in ZSS. 111, 1994, 458 ss.

⁴⁷ Su questa, nello specifico, v. E. Caliri, *La prostituzione femminile nella tarda antichità. Un caso singolare a Siracusa*, in *ὄριος. Ricerche di Storia Antica* 14, 2022, 77 ss.

⁴⁸ Formigoni Candini, 'Quod meretrici datur repeti non potest'. Ancora su D.12,5,4,3 cit. 23 ss.

Tale lettura, infatti, se è vero che non convince ove riferita alla Roma dell'epoca classica, in cui – come notava Guarino – «la libera professione notoriamente prevalse sempre e di gran lunga sul meretricio organizzato», e «la *locatio operarum* di una meretrice al lenone» non era probabilmente «meno turpe della convenzione tra meretrice e cliente»⁴⁹, appare invece persuasiva se calata nel contesto normativo giustiniano sopra tratteggiato.

In altri termini, l'interpolazione potrebbe riflettere le intenzioni del legislatore tardoantico: potenziare la tutela giuridica⁵⁰ da offrire alle meretrici, inasprendo, al contempo, le sanzioni per chi ne sfruttava la posizione di debolezza e, quindi, *in primis* per i lenoni⁵¹.

Certo è, comunque, che la lettura appena descritta non vanta forti appigli testuali.

Più attendibile rimane, allora, la versione che vede il cliente ricoprire il ruolo di *dans*.

Se così, si potrebbe ipotizzare un intento dei compilatori di enfatizzare non solo che la meretrice, per quanto persona infame, riceveva lecitamente il corrispettivo (come trovarono scritto nel passo di Ulpiano), ma anche l'esigenza di una maggiore tutela giuridica, attraverso l'indicazione del cliente quale parte turpe.

In ogni caso, che in epoca giustiniana il principale motivo dell'irripetibilità del pagato risiedesse nella liceità degli accordi tra prostituta e cliente, rispetto al quale la *turpitudine solius dantis* rappresentava un probabile rafforzamento della posizione giuridica della prostituta, parrebbe confermato dalla versione del frammento offerta dai Basilici:

B. 24.2.4.3: Τὸ διδόμενον πόρνη οὐκ ἀναδίδεται ἐπεὶδὴ γάρ ἐστι πόρνη, οὐκ ἔστιν αἰσχρὸν τὸ λαβεῖν αὐτήν, εἰ καὶ αἰσχρὸν ἐστὶ τὸ εἶναι αὐτὴν πόρνην.

Nel brano si dice soltanto che non si restituisce quanto pagato a una meretrice, giacché la turpitudine connessa al suo *status* non rende turpe il modo in cui lei guadagna.

⁴⁹ Guarino, *'Ineptiae iuris romani'*: X cit. 334.

⁵⁰ Tra le misure giustiniane volte a rafforzare la tutela giuridica delle prostitute, E. Caliri, *La prostituzione femminile nella tarda antichità. Un caso singolare a Siracusa* cit. 77 ss. (cui si rimanda per l'indicazione dei riferimenti legislativi) ricorda «il divieto di avviare forzatamente le donne all'attività teatrale e alla prostituzione e di richiedere obbligazioni a garanzia dell'impegno, da parte delle meretrici, di non abbandonare la propria occupazione». Inoltre, coloro «che, sotto violenza, fossero state costrette ad iniziare o a proseguire l'attività di *scaenica* o di prostituta avrebbero potuto ricorrere al governatore provinciale o al vescovo, ai quali era data facoltà di irrogare ai colpevoli pene quali l'esilio e la confisca dei beni», e «vennero abolite l'incapacità matrimoniale della *mulier scaenica* e le restrizioni relative allo *status* sociale dell'uomo che intendeva sposarla».

⁵¹ Sulle «misure e disposizioni assai rigide» poste in età giustiniana nei confronti dei lenoni v. E. Caliri, *La prostituzione femminile nella tarda antichità. Un caso singolare a Siracusa* cit. 77.

Degna di nota è, in specie, la premessa che regge la spiegazione οὐκ ἔστιν αἰσχροὺν τὸ λαβεῖν αὐτήν, εἰ καὶ αἰσχροὺν ἔστι τὸ εἶναι αὐτὴν πόρνην.

Particolarmente interessante pare il confronto tra il tratto ἐπειδὴ γὰρ ἔστι πόρνη e il rispondente della versione del Digesto, *cum sit meretrix*: se, nella lingua latina, la congiunzione *cum* più congiuntivo può avere indifferentemente valore concessivo ovvero esplicativo, la congiunzione greca ἐπειδὴ ha solamente valore causale. L'espressione impiegata dai Basilici è quindi traducibile come 'proprio per il fatto che/siccome/giacché è una meretrice'.

Ciò consentirebbe di arguire che, in età giustiniana, la soluzione che vedeva riconosciuto alla meretrice il diritto al compenso fosse ormai del tutto consolidata; così, almeno, pare potersi ricavare dalla formulazione adottata dai compilatori bizantini, i quali affermano in maniera inequivocabile che quanto corrisposto a una prostituta non va restituito, e ciò proprio per il fatto che la donna appartiene alla categoria delle meretrici (ἐπειδὴ γὰρ ἔστι πόρνη). Evidentemente, non si poteva considerare turpe τὸ λαβεῖν αὐτήν, costituendo ciò l'attuazione di negozi conclusi nel contesto di una specifica professione consentita.

VI. Conclusiones

In ultima analisi, aderendo all'interpretazione qui proposta, è dato credere che nel frammento di Ulpiano che si è ora commentato l'irripetibilità del pagato venisse sostenuta con logiche estranee a quelle della *condictio ob turpem causam*: la *soluti retentio* derivava semplicemente dal fatto che era stata adempiuta un'obbligazione lecita⁵².

⁵² Al proposito, pare impreciso parlare – come invece fa J. Plescia, *The Development of the Doctrine of 'Boni Mores' in Roman Law*, in *RIDA*, 34, 1987, 305 – di 'obbligazione naturale' con riferimento alla prostituzione nel diritto romano: benché, a partire dalla *soluti retentio* affermata da Ulpiano in D. 12.5.4.3 in favore della prostituta, il richiamo allo schema delle obbligazioni naturali possa a prima vista apparire adeguato, la fattispecie non pare riconducibile ai due tipi di obbligazioni naturali classiche del *servus* e del *filius* (sulla nozione classica di *naturalis obligatio* cfr. anzitutto A. Burdese, *La nozione classica di 'naturalis obligatio'*, Torino 1955, 1 ss., e, più di recente, L. di Cintio, *'Natura debere'*. *Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli 2009, 1 ss.). Essa andrebbe semmai inquadrata nell'ambito della tendenza a 'naturalizzare' tutta una serie di casi di irripetibilità del pagato manifestata dai compilatori, i quali tuttavia – come opportunamente osservato da P. Bonfante, *Le obbligazioni naturali e il debito di giuoco*, in *Scritti giuridici varii*, 3. *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino 1926, 49 – non giunsero «all'estremo, cui giungono i nostri scrittori, talmente pervasi da questa tendenza da mostrar quasi di ritenere che l'esclusione dalla *condictio indebiti* senz'altro rappresenti una dichiarazione espressa di inclusione nella categoria delle obbligazioni naturali». In questo contesto, invero, il diritto romano non approdò mai a un esplicito accostamento del

Il motivo per il quale la fattispecie fu citata entro la trattazione delle restituzioni per cause turpi è presto detto: essendo le prostitute *infames personae*, ben poteva sospettarsi che la loro condizione abietta si riflettesse anche sugli accordi conclusi coi clienti. Ma il dubbio andava sciolto in senso negativo.

Riportando il caso della meretrice, Ulpiano mirava con ogni probabilità a rafforzare la netta distinzione tra l'immoralità di uno *status* sociale (traducibile in un giudizio di contrarietà ai *boni mores*) e l'irrelevanza della turpitudine sulla validità dei negozi conclusi dalle prostitute coi loro clienti⁵³.

Questo, invero, doveva essere stato l'intento anche degli stessi compilatori che, in conformità alla politica di Giustiniano – cui, verisimilmente, non fu estranea la sollecita influenza di Teodora⁵⁴ – volta a offrire maggiore tutela, non solo giuridica, alle prostitute⁵⁵, ritennero di rimarcare che gli emolumenti loro dovuti non potevano essere messi in dubbio. E che questo fosse un punto fermo della legislazione giustiniana parrebbe in effetti confermato dalla lettura dei Basilici.

Aderendo all'interpretazione qui proposta, in altri termini, il pensiero di Ulpiano apparirebbe in linea con gli approcci 'neo-regolamentaristi' che si sono sopra citati.

concetto di *naturalis obligatio* al pagamento dovuto alle prostitute (per una riprova di ciò, cfr. il panorama sulle diverse nozioni di *obligatio naturalis* risultanti dalle fonti giustiniane offerte da G.E. Longo, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Milano 1962, 19 ss.), il che suggerisce di rimanere più aderenti al linguaggio delle fonti, ed evitare di descrivere i 'rapporti obbligatori' tra prostituta e cliente in termini di obbligazione naturale.

⁵³ Si pensi, peraltro, a tutta una serie di altri lavori che, per quanto ammessi, comportavano l'*infamia* del soggetto che li praticava, così come nel caso della professione di attore o di gladiatore. In tal senso v. anche Fusco, *'Adulescens luxuriosus'*. Ulp. D. 17.1.12.11 – ein Mandat 'contra bonos mores'? cit. 398.

⁵⁴ L'influenza di Teodora sulla politica di Giustiniano, caratterizzata da un certo *favor mulieris*, è stata sottolineata da molti studiosi: v., ad esempio, J.E. Spruit, *L'influence de Theodora sur la législation de Justinien*, in *RIDA*, 24, 1977, 389 ss.; M.J. Bravo Bosch, *Teodora y el feminismo jurídico en Bizancio*, Valencia 2020, 175 ss., con altri riferimenti. In particolare, sulle misure relative alla prostituzione adottate da Giustiniano dietro influsso della moglie – che, come noto, prima di diventare imperatrice pare sia stata lei stessa una prostituta –, v. G. Arena, *Expelling the Pimps and Sheltering the Harlots: Justinian and Theodora Against Prostitution*, in M. Cassia, G. Arena (a c. di), *'Res et verba'. Scritti in onore di Claudia Giuffrida*, Milano 2022, 422 ss. e Caliri, *La prostituzione femminile nella tarda antichità. Un caso singolare a Siracusa* cit. 79 e nt. 60, la quale – pur sottolineando che «su tale azione di Teodora la testimonianza di Procopio si mostra contraddittoria» – ricorda «una serie di azioni finalizzate a sostenere, e non solo economicamente, quelle donne che avessero deciso (e fossero state messe in condizione) di abbandonare il meretricio. All'imperatrice, infatti, è attribuita la costruzione di un convento, chiamato opportunamente Μετάνοια, per accogliere le ex prostitute e prendersene cura».

⁵⁵ Caliri, *La prostituzione femminile nella tarda antichità. Un caso singolare a Siracusa* cit. 77 ss.

Ulpiano, e Giustiniano con lui, sottolineava che lo *status* di meretrice – turpe, e per questo generatore di una serie di conseguenze negative, coincidenti con discriminazioni varie in cui, *mutatis mutandis*, ancora oggi incappano le prostitute – era irrilevante per la validità dei negozi da loro conclusi.

Ed è questo, forse, un approccio che anche il legislatore moderno potrebbe seguire: ammettere che le prostitute abbiano diritto di essere pagate, per eliminare condotte ulteriormente discriminatorie e gravi come quelle dei clienti che si comportino da approfittatori negando loro il compenso.

Se poi, ferma questa impostazione, si volesse pensare a un modo per disincentivare il degradante fenomeno della prostituzione, la strada potrebbe essere quella segnata dalla *nova ratio*, di verosimile matrice giustiniana, e antesignano degli orientamenti ‘neo-proibizionisti’: indirizzare il biasimo verso il cliente. E parrebbe questo, almeno a me, un approccio comunque compatibile con l’altro, sopra descritto, che riconosce all’indiscussa ‘parte debole’ del rapporto contrattuale un vero e proprio diritto al compenso.

Maria Federica Merotto
Università di Firenze
mariafederica.merotto@unifi.it