

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE



Tesi di dottorato in “*Scienze giuridiche*”.

Indirizzo: “*Filosofico-Storico-Giuridico*”

XXXII CICLO

Coordinatore: Prof. Germiniello Preterossi

Titolo Tesi di dottorato  
“*La funzione della pena*”

Vol. I

Tutor

Prof.ssa Laura Solidoro

Dottorando

Giulio Durante

Matricola 8800600027

A.A. 2018/2019

## Capitolo I

### *La pena nel diritto contemporaneo*

1. <i>Nozione di pena</i> .....	4-13
2. <i>Le teorie della pena: la retribuzione come concetto 'obsoleto'</i> .....	13-22
3. <i>La funzione preventiva della pena</i> .....	22-35
4. <i>Teorie preventive e 'funzione' retributiva</i> .....	35-38
5. <i>Il rapporto tra etica e funzione retributiva</i> .....	38-42
6. <i>La natura della pena e la sua funzione coincidono?</i> .....	42-49
7. <i>La teoria della corresponsabilità</i> .....	49-53
8. <i>La funzione rieducativa nella Costituzione</i> .....	53-55
9. <i>La funzione della pena nel diritto penale minimo e la teoria riconciliativa</i> .....	55-64
10. <i>La teoria dello scopo secondo Liszt</i> .....	64-72
11. <i>La pena dell'ergastolo e i suoi profili di incompatibilità costituzionale</i> .....	72-89

## Capitolo II

### *La pena nel diritto romano arcaico*

1. <i>Una breve premessa</i> .....	89-95
2. <i>La funzione della pena individuata dall'analisi delle 'leges regiae'</i> .....	95-135

## Capitolo III

### *La pena nel diritto repubblicano e imperiale*

1. <i>La pena nell'età repubblicana</i> .....	135-139
2. <i>Definizione del concetto di carcere</i> .....	139-146
3. <i>Il carcere: funzione punitiva o cautelare?</i> .....	146-158
4. <i>Il carcere come 'pena': l'episodio di Appio Claudio</i> .....	158-164
5. <i>Il 'crimen calumniae'</i> .....	164-177
6. <i>Il 'crimen repetundarum' nell'età Repubblicana</i> .....	177-186
7. <i>'Crimen ambitu' nell'età repubblicana</i> .....	186-194
8. <i>La funzione emendatrice della pena nel diritto romano repubblicano</i> .....	194-200
9. <i>La funzione dell'emenda nel mondo precristiano</i> .....	200-207
10. <i>La funzione della pena nell'età imperiale</i> .....	207-211
11. <i>La funzione della pena nell'età giustiniana</i> .....	211-232
12. <i>Conclusioni</i> .....	232-235
<b>Indice delle fonti</b> .....	236-238
<b>Bibliografia</b> .....	239-264

## Capitolo Primo

### *La pena nel diritto contemporaneo*

#### 1. *Nozione di pena*

Con il termine pena<sup>1</sup> si fa riferimento alla sanzione che viene comminata dall'Autorità Giudiziaria competente di un determinato Stato nei confronti di chi abbia violato una fattispecie astratta che prevedeva quel fatto umano come reato.

---

<sup>1</sup> M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990, 7 ss.; H.L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, trad. it, Milano, 1978, 383 ss. «La sanzione penale è, allo stesso tempo, la principale garanzia e la principale minaccia della libertà umana»; F. CAVALLA, *La pena come riparazione*, a cura di F. Cavalla e F.-Todescan, Padova, 2000, 100 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, 1996, 326 ss.: «la pena serve sia a prevenire i reati ma anche a prevenire le ingiuste punizioni e la vendetta: tutela sia la persona offesa dal reato che il reo da reazioni informali pubbliche o private. Persegue anche il “fine della minimizzazione della reazione violenta al delitto»; ID., *Il diritto penale minimo*, in AA.VV *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1985, 493 ss.; M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 185 ss.; G. RUSCHE – O. KRICHEIMER, *Pena e struttura sociale*, trad. it., Bologna, 1978, *passim*; M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*<sup>17</sup>, trad. it., Torino, 2010. In particolare l'A. sostiene che la pena sia assolutamente funzionale al potere; egli la considera come una forma a sé stante di potere che si manifesta come controllo. La pena per Foucault tende a sottomettere e regolare le relazioni sociali. Tale regolamentazione avviene mediante i meccanismi di ‘fabbricazione’ dei comportamenti come la deterrenza e le ‘discipline’ che rappresentano la predisposizione dei rapporti tra chi esercita il potere e chi lo subisce; R.A. DUFF, PUNISHMENT, *Communication and Community*, New York, 2001, 27, 26, 89 ss., attribuisce alla pena una funzione di carattere morale.

La pena, dunque, interviene nella fase patologica del rapporto giuridico. Quest'ultima rappresenta la punizione per un comportamento umano che doveva o non doveva essere tenuto. È da sottolineare che il concetto di pena si presenta notevolmente ampio poichè rappresenta il *genus* delle varie *species* rappresentate dalle sanzioni<sup>2</sup>. Queste ultime possono essere di varia natura: amministrativa, penale e civile.

La pena è per sua natura afflittiva<sup>3</sup> e provoca sofferenza nei confronti del reo; tale sofferenza può essere definita 'costo'<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> M.J. FALCÓN Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire?*, Milano, 2008, 143 ss.

<sup>3</sup> Sull'intimidazione e sull'afflittività della pena si vd. V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 4 ss.; D. PULITANÒ, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 59, 2016, 654 ss., fa notare come l'idea della rieducazione in ambito costituzionale abbia come fondamento una struttura penale di tipo 'sanzionatorio'.

<sup>4</sup> Secondo G. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo*, in *Rass. parl.*, 42, 1999, 559 ss., «è certo che sono enormi i costi della difesa, specie quando ad essa, come è giusto, è assicurata la disponibilità e l'uso degli stessi mezzi di cui è dotata la pubblica accusa. È anche certo che sono altissimi i costi del dibattimento. E se ne conoscono le conseguenze. È a tutti noto che nei Paesi di common law, ove l'esperienza del sistema accusatorie è secolare, i processi che si concludono con il dibattimento costituiscono una esigua minoranza e prevalgono ampiamente i riti abbreviati e con essi quelli del patteggiamento della pena. La prevalenza dei riti abbreviati e del patteggiamento della pena (come esito tante volte obbligato dell'accusa anche dell'innocente) è nell'alto costo dei processi "ordinari", del tutto impraticabili per gli imputati indigenti il cui destino diventa fatalmente quello di affollare le carceri».

Come è stato sapientemente sottolineato<sup>5</sup> il ‘costo’ non viene sostenuto solo dal reo ma anche dai cittadini innocenti (si pensi al costo dei processi o al costo del sistema penale in genere). L’applicazione della pena, pertanto, rappresenta un momento conflittuale nel quale vengono in rilievo i diritti dei singoli contrapposti al potere pubblico e in particolare, viene in rilievo il rapporto tra lo Stato e il cittadino.

La questione, in realtà, riguarda la legittimazione del potere dello Stato a punire<sup>6</sup> o comunque a limitare i diritti dei singoli. Il concetto di legittimazione diventa centrale per comprendere se e in che misura lo Stato possa limitare la libertà del cittadino per assicurare la sicurezza e la pace sociale. A tal riguardo possiamo parlare di giustificazione interna ed esterna<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, 1996, 193 s.

<sup>6</sup> F. FORMATI, voce *Pena*, in *Enciclopedia legale*, Venezia, 1839, 93 ss., definisce il diritto di punire come «una parte del diritto di sovranità, e siccome il fondamento giuridico e l’ultimo scopo della medesima è la giustizia, la sicurezza del diritto, e col loro mezzo il conseguimento del completo fine sociale (...) lo scopo principale del diritto di punire, nell’applicazione della pena, consiste nel dimostrare praticamente l’efficacia della minaccia della pena. È prossimo, poiché è l’effetto immediato dell’applicazione della pena».

<sup>7</sup> O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 62 ss., fa riferimento alla giustificazione interna come «una struttura logica del ragionamento giuridico» e alla giustificazione esterna come «la ricerca delle premesse del ragionamento»; v. anche J. WROBLEWKI, *Legal Syllogism and the Rationality of Judicial Decision*, In *Rechtstheorie*, 1974, 33 ss.

Il carattere principale che possiamo attribuire alla pena è senza dubbio quello dell'afflittività. In questo senso la pena rappresenta una sofferenza, fisica prima, psicologica poi, attraverso la quale viene inflitto al reo lo stesso male arrecato.

In realtà la pena non può essere intesa in senso puramente afflittivo. Oggi il nostro sistema penale non di rado prevede delle vere e proprie sanzioni con una funzione rieducativa<sup>8</sup> e risocializzante: si pensi ad esempio all'affidamento in prova previsto dall'art. 47 della legge 354 del 1975. In questi casi si la sanzione si può definire come un 'sollevio' più che come una sofferenza.

Appare dunque assai riduttivo definire, oggi, la pena come meramente afflittiva. Potremmo invece definirla come limitazione totale o parziale di un bene patrimoniale o personale.

La pena è polifunzionale e tra le funzioni principali, secondo un autorevole dottrina, emergono sia quella retributiva sia quella preventiva<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale: Quinta edizione*, Torino, 2013, 23 ss., afferma: «Solo laddove altre ragioni o necessità fanno sorgere il problema di un (eventuale) ricorso al diritto penale, entra in gioco l'idea della rieducazione del reo attraverso la pena od altra sanzione.»; D. GARLAND, *Pena e società moderna*, trad. it., Milano, 1999; G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione, Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 10 ss.; E. DOLCINI, *La rieducazione*, cit., 472 ss.; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 483 ss.

<sup>9</sup> B. PETROCELLI, *I limiti della scienza del diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 84 ss. v. nt. 1.; G. FIANDACA, *Commento art. 27 commi 3 e 4*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, 1991,

Lo scopo principale della pena per tale corrente di pensiero è «l'assicurazione, anzi, meglio, il mantenimento delle condizioni fondamentali e indispensabili della vita in comune»<sup>10</sup>. Tuttavia, nello scopo di prevenzione risultano essere assorbite altre finalità come la soddisfazione del sentimento di giustizia e la soddisfazione sociale, che, pur non rientranti nel concetto in senso stretto di prevenzione, rappresentano certamente i suoi effetti immediati.

È importante ricordare, com'è stato osservato<sup>11</sup>, che, se si vuole efficacemente individuare e conoscere la funzione della pena all'interno delle varie società che si sono susseguite nei secoli, bisogna necessariamente osservare la coscienza sociale. Il substrato culturale di una determinata società si pone come direttrice dello scopo, nonché della funzione, che la pena intende realizzare.

In particolare, il legislatore esprime la volontà popolare e proprio la cultura e le esigenze storiche del popolo dettano di volta in volta gli interessi da tutelare.

---

5 ss.: «Prevenzione generale e prevenzione speciale costituiscono, dunque, gli scopi razionali e socialmente utili assegnabili al sistema sanzionatorio... In altri termini: la prevenzione generale e la prevenzione speciale si giustificano come funzioni della pena, nella misura in cui siano in grado di fungere da tecniche a loro volta finalizzate alla protezione dei beni giuridici».

<sup>10</sup> B. PETROCELLI, *I limiti*, cit., 85 s.

<sup>11</sup> B. PETROCELLI, *I limiti*, cit., 90.



La funzione penale, dunque, non viene riconosciuta da una norma universale e naturale che si rifà al sentimento umano più alto di giustizia, ma si tratta di un costrutto in parte artificiale delineato dai sentimenti dei consociati che in esso si cristallizzano.

Storicamente i due istinti determinanti che hanno mosso l'esigenza del 'punire' sono stati (e sono) la vendetta<sup>12</sup> e la difesa. L'evoluzione di questi sentimenti in senso positivo e negativo hanno sicuramente determinato la metamorfosi della funzione penale. Il sentimento di vendetta rappresentava la prima forma di reazione alla realizzazione di un illecito. Successivamente con l'evoluzione della società i mezzi di reazione ai reati si sono perfezionati.

Anticamente il senso di giustizia veniva appagato esclusivamente con una reazione di carattere personale. Ancora oggi alcuni istituti come la legittima difesa<sup>13</sup> attribuiscono il potere di reazione/difesa al cittadino

---

<sup>12</sup> E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta pena di morte: giustizia o assassinio?*, Milano, 2007; J.J. HAUS, *Principi generali di diritto penale*, trad. it., Napoli, 1877, 38 ss., afferma «La parola vendetta ha in effetti un doppio significato. In senso subiettivo, la vendetta è il male che si reca all'offensore, per avere la soddisfazione di vederlo a sua volta soffrire. (...) nel senso obiettivo, la vendetta consiste nel fare espiare al colpevole il male che ha cagionato col male che in ricambio gli viene inflitto (...) Questo diritto esercitato dalla Società, è la vendetta pubblica che si oppone alla vendetta privata, a quale non è conciliabile con la morale e con la esistenza della Società».

<sup>13</sup> F. SARNO – M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa, in teoria e pratica del diritto*, 3, Milano, 2008; M. TALANI, *Legittima difesa e stato di necessità*, Frosinone,

che si trovi in uno stato di pericolo. Infatti, quando non vi è possibilità di un immediato intervento delle autorità statali, è lo stesso cittadino che può ‘tutelare’ la propria sfera giuridica e far sì che non venga lesa. Si può notare come la pena assolva anche un’altra funzione e cioè quella di regolare le reazioni dei cittadini ai reati commessi.

Quindi la sete di giustizia e il senso di vendetta possono essere regolati e mitigati da una ‘corretta azione’ da parte dello Stato. È possibile ‘giustificare’ la pena per la difesa del cittadino nei confronti del delinquente, mentre si considera un istinto assai riprovevole il semplice sentimento di vendetta<sup>14</sup>.

A ben vedere, i significati di difesa e di vendetta sono profondamente differenti: la difesa rappresenta la necessità di scongiurare un’offesa che provochi un danno; la vendetta porta con sé un sentimento che deriva dall’arrecare al soggetto che ha prodotto un danno lo stesso male o addirittura una sofferenza superiore. È singolare osservare come la vendetta a differenza della difesa sia un istinto esclusivamente umano non presente neanche nel mondo animale<sup>15</sup>.

---

2014, 13 ss.; E. ALTAVILLA, voce *Difesa legittima*, in *Noviss. dig. it.*, 5, Torino, 1960; G. CIOPPA, *In tema di legittima difesa putativa*, in *Giust. pen.*, 2003; C.F. GROSSO, *L’errore sulle scriminanti*, Milano, 1961; ID., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964; ID. voce *Legittima difesa*, in *Enc. dir.*, 24, Milano, 1974.

<sup>14</sup> E. CANTARELLA, *Il ritorno*, cit., 39 ss.

<sup>15</sup> B. PETROCELLI, *I limiti*, cit., 92 s.

Un' ulteriore distinzione rilevante è che la difesa mira a tutelare il soggetto da un pericolo imminente e immediato: la reazione dunque ha lo scopo di scoraggiare l'azione offensiva<sup>16</sup>. La vendetta è invece un'attività compiuta *ex post* rispetto alla condotta lesiva che non trova agganci in nessuna giustificazione di sopravvivenza o di tutela del proprio corpo; Come afferma Petrocelli: «La reazione difensiva ha per oggetto il danno e il pericolo attuale, da chiunque provenga (...). Pellegrino Rossi considerava in proposito il caso della violenza contro l'individuo perpetrata da un pazzo e il caso della violenza contro la società perpetrata da una folla in tumulto. L'individuo aggredito non si sofferma a considerare il grado di imputabilità dell'aggressore, le circostanze dell'azione, la moralità dell'agente. Se questi è un pazzo tanto peggio, ma la difesa è ugualmente legittima. Nella folla in tumulto vi saranno probabilmente dei bambini incoscienti o individui che vorrebbero allontanarsi e non possono: non importa. La società si difende ugualmente contro il pericolo (...). Non così la vendetta. Questa prende di mira non il danno ma soprattutto l'autore, e l'autore responsabile di un torto (...). Contro l'animale, contro il bambino, contro il pazzo l'uomo normale si

---

<sup>16</sup> D. DAWAN, *I nuovi confini dell'imputabilità nel processo penale*, in *Teoria e pratica del diritto*, 148, Milano, 2006.; in senso critico si veda G. MARINI, voce *Imputabilità*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, vol. 17, 4 ss., il quale ritiene che la tradizione culturale giuridica si prospetti fondamentale per dare senso al concetto di imputabilità la libertà del soggetto.

difende, se il pericolo è attuale, ma non si vendica, se il danno si è già subito»<sup>17</sup>.

Possiamo inoltre fare un'osservazione: il reato commesso da un soggetto non colpisce esclusivamente il singolo ma anche lo Stato.

Quest'ultimo ha interesse a che si mantenga la pace tra i consociati. In alcuni casi (si pensi ai delitti contro la personalità dello Stato)<sup>18</sup> emerge anche l'interesse alla sussistenza dello Stato stesso. Dunque la tutela del singolo non sempre è preminente rispetto alla tutela dell'organizzazione statale: si pensi alle ipotesi di cui all'art. 244 c.p.<sup>19</sup> nelle quali la tutela dello Stato è sicuramente primaria rispetto a quella dei singoli.

---

<sup>17</sup> B. PETROCELLI, *I limiti*, cit., 93 s.

<sup>18</sup> A. CLEMENTE, *Reati di opinione*, in *Giur. merito*, 2007, 26 e 33; G. MARCONI, *Stato (Delitti contro la personalità internazionale dello Stato)*, in *Digesto penale*, Torino, 1997, 13, 603 ss.; T. PADOVANI, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro lo Stato*, in AA.VV. *Il delitto politico dalla fine dell'ottocento ai giorni nostri*, Milano, 1984; ID., *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida dir.*, 2006, 14, 23 ss.; si vd. anche G. MARCONI, *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici*, Milano, 1984.

<sup>19</sup> La norma fa riferimento agli «Atti ostili verso uno Stato estero, che espongono lo Stato italiano al pericolo di guerra. Chiunque, senza l'approvazione del Governo, fa arruolamenti o compie altri atti ostili contro uno Stato estero, in modo da esporre lo Stato italiano al pericolo di una guerra, è punito con la reclusione da sei a diciotto anni; se la guerra avviene, è punito con l'ergastolo. Qualora gli atti ostili siano tali da turbare soltanto le relazioni con un Governo estero, ovvero da esporre lo Stato italiano o i suoi cittadini, ovunque residenti, al pericolo di rappresaglie o di ritorsioni, la pena è della reclusione da tre a dodici anni. Se segue la rottura delle relazioni diplomatiche, o se

## 2. *Le teorie della pena: la retribuzione come concetto 'obsoleto'*

Come abbiamo avuto modo di constatare, la pena è polifunzionale e in riferimento ad essa gravitano diverse teorie. In particolare: la teoria assoluta fa riferimento alla sanzione penale fine a sè stessa intesa come semplice retribuzione<sup>20</sup> del male commesso; la teoria relativa<sup>21</sup> considera la pena come un mezzo per raggiungere obiettivi di utilità sociale e di prevenzione di ulteriori reati; infine la teoria mista<sup>22</sup> richiama esigenze di giustizia accostandole alle esigenze di utilità sociale.

---

avvengono le rappresaglie o le ritorsioni, la pena è della reclusione da cinque a quindici anni».

<sup>20</sup> R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale parte generale*, Milano, 2008, 1099 ss.; A.M. COVELLI, *Diritto penale parte generale e parte speciale*, 2011, Avellino, 11 s., «La teoria retribuzionistica si fonda sull'assunto per cui lo scopo della inflizione della sanzione nei confronti dell'autore di un reato è di compensare il male da quest'ultimo commesso».

<sup>21</sup> F.F. GUELF, *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni per l'avvocato*, Napoli, 1873, 184 ss.: «Le teorie relative, considerando lo scopo della pena fuori di sé stessa, o lo ripropongono nella società (nel tutto) o nell'individuo come singolo. Di qui una doppia direzione nelle teorie relative, l'intimidazione e l'emenda».

<sup>22</sup> F.F. GUELF, *Enciclopedia*, cit., 185 ss.: «Le teorie miste, ammettendo da un lato la giustizia, dall'altro l'interesse sociale, rilevano l'esigenza di completare la teoria assoluta (...) se si compenetrasse con essa in quanto esprime un bisogno sociale, e come tale, un bisogno etico, poiché la società giuridica è un organismo etico».

Che la teoria assoluta appaia essere la più ‘estrema’ lo si deduce già dal concetto di commisurazione della pena. Secondo tale teoria la gradazione della sanzione tende proporzionalmente in modo ‘esclusivo’ alla retribuzione del male arrecato. Le idee di efficienza e utilità risultano completamente inidonee a soddisfare l’esigenza di giustizia.

Il concetto di commisurazione della pena in senso retributivo garantisce la perfetta corrispondenza tra il realizzato (*malum actionis*) e l’infliggendo (*malum passionis*). Pertanto la ricomposizione dell’ordine morale e giuridico costituisce l’unico scopo ammesso<sup>23</sup>.

Alla luce di questi primi rilievi si può osservare che una funzione penale in ottica prevalentemente retributiva non può essere oggi compatibile con la nostra Carta costituzionale e con un ordinamento nel quale sia rilevante la personalità dell’individuo (si pensi all’art. 2 Cost.).

Si può ancora affermare che la teoria assoluta sia intimamente connessa alla funzione retributiva e trovi particolare resistenza anche nelle istanze sociali, che sono ispirate oggi da valori e principi come quello della chiesa cattolica che non può ammettere una ‘pena’<sup>24</sup> che si basi esclusivamente sulla semplice punizione del colpevole.

---

<sup>23</sup> L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 5 s.

<sup>24</sup> Senza pretesa di esaustività si sottolinea la marcata differenza tra la pena intesa in senso canonico e quella intesa in senso laico, in quanto la prima si ispira oltre che all’*aequitas* canonica anche a particolari principi di umanità, benevolenza e

Appare poi assai difficile che una visione prettamente retributiva possa fondersi, senza drammatici risvolti, nel panorama europeo dove la tutela dei diritti umani<sup>25</sup> è senza dubbio in primo piano.

La funzione della pena sembra abbandonare il fine retributivo<sup>26</sup> per approdare a scopi rappresentati dall'utilità sociale, dall'esigenza rieducativa, dall'efficienza e dal bisogno di prevenzione.

L'idea retributiva sembra cedere il passo all'idea di 'scopo'. L'interesse a raggiungere non solo finalità retributive ma anche rieducative e preventive ha permesso la cd. depenalizzazione<sup>27</sup> di alcune fattispecie penali. L'istituto della depenalizzazione sulla scorta di fattispecie ritenute non più penalmente rilevanti<sup>28</sup> ha soddisfatto l'esigenza oltre che di una

---

misericordia emergenti dal codice di diritto canonico agli art. 1345 e 1346, in riferimento alle cd. 'pene precettive' (in cui si può notare lo spirito di benevolenza e misericordia che permea tutta la struttura della funzione penale nel diritto canonico). La pena in senso laico invece non tende alla redenzione del condannato e alla salvezza della sua anima ma semplicemente alla sua rieducazione.

<sup>25</sup> Si parla in tal caso anche di umanizzazione della pena sottolineando come quest'ultima sia subordinata ai diritti della persona.

<sup>26</sup> R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto, passim*; A.M. COVELLI, *Diritto penale, passim*.

<sup>27</sup> G. NAPOLITANO – F. PICCIONI, *Depenalizzazione e Decriminalizzazione, Analisi ragionata dei Decreti Legislativi n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016*, Rimini, 2016.

<sup>28</sup> A. DI MARTINO, *D.lg. 30 dicembre 1999, n. 507. Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'art. 1 della l. 25 giugno 1999, n. 205*, in *Leg. pen.*, 3, 2, 2001, 854 ss.; P. PISA, *Attuata la depenalizzazione dei reati minori e la riforma del sistema sanzionatorio (d.lg. 30 dicembre 1999, n. 507). Reati previsti dal codice penale e da leggi speciali*, in *Dir. pen. e proc.*, 5, 2000, 535 ss.

sanzione funzionalmente efficace anche di una sanzione funzionalmente efficiente, cioè in grado di snellire le prassi giudiziarie abbandonate sempre più spesso a casi di prescrizione dei reati.

Appare, quindi, uscita di scena l'idea della pena in senso retributivo per lasciare spazio all'idea di pena come 'fine', più vicina alle condizioni economico-sociali- individuali<sup>29</sup>. In relazione alla teoria della pena come scopo, assume un significato diverso anche il concetto di commisurazione della pena, che in questo caso, non è più diretta a garantire la mera applicazione della sanzione intesa come restituzione del male arrecato, ma mira altresì ad assicurare la tutela di quelle esigenze politico/sociali che nel panorama moderno assumono particolare rilievo.

Di stampo retribuzionistico risulta essere la teoria della pena di Kant, secondo cui la pena non può essere applicata «come strumento, per far favorire un altro bene»<sup>30</sup>; al contrario, la pena deve «essere inflitta al reo, per il solo fatto che ha commesso il delitto»<sup>31</sup>. La retribuzione deve essere cioè intesa come una 'controazione verso chi ha causato il male'.

---

<sup>29</sup> L. MONACO, *Prospettive*, cit., 18 s.

<sup>30</sup> I. KANT, *Del diritto di punizione e grazia*, in *La metafisica dei costumi*, trad. it., Bari, 1983, 164 ss.; sul pensiero di Kant si veda ancora U. KLUG, *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, trad. it., a cura di L. Eusebi, Milano, 1989, 4 s.

<sup>31</sup> I. KANT, *Del diritto di punizione*, cit., 170 ss.; U. KLUG, *La funzione della pena*, cit., 4 s.



Una siffatta teoria porta alla conclusione che nei reati particolarmente gravi, come l'omicidio, l'unica commisurazione possibile è l'inflizione della pena di morte<sup>32</sup>. Per Kant l'idea di retribuzione è talmente permeante che, nell'ipotesi in cui lo Stato non infligga al reo la pena che merita per i reati commessi (il cd. debito di sangue<sup>33</sup>), l'onta potrebbe ricadere sul popolo stesso, il quale potrebbe essere addirittura considerato complice del reo.

A nostro parere il fine retributivo in realtà non è 'la funzione della pena' ma rappresenta il suo carattere, il modo di essere.

Il concetto di funzione è da ricercarsi al di fuori della norma cioè in elementi estranei alla sua struttura. Il fine retributivo invece connota la pena nel suo aspetto strutturale<sup>34</sup>. In altre parole il fine retributivo non va ricompreso all'interno della funzione della pena ma inserito tra i suoi caratteri.

Se noi attribuiamo alla pena la funzione di ripristino del senso di giustizia, sicurezza, ripristino e tutela dello stato morale, si può notare

---

<sup>32</sup> P. BECCHI, *Kant diverso: pena, natura, dignità*, Brescia, 2011, 3 ss., il quale chiarisce come Kant cerchi una 'giustificazione alla pena che ritrova esclusivamente in ambito retribuzionistico; U. VINCENTI, *diritti e dignità umana*, Bari, 2015; M.A. CATTANEO, *dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, 1981; ID., *Diritto e dignità: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1988; G. GONNELLI, *La filosofia politica di Kant*, Roma-Bari, 1996.

<sup>33</sup> U. KLUG, *La funzione della pena*, cit., 5 s.

<sup>34</sup> B. PETROCELLI, *I limiti*, cit., 110 s.

come tali finalità siano esterne alla norma. Tutti gli altri componenti dovranno essere considerati secondari, certamente non trascurabili; non rappresentano cioè lo scopo della norma penale, ma più propriamente i suoi caratteri<sup>35</sup>. È importante a questo punto operare una differenza tra i caratteri e la funzione della pena.

Per funzione della pena deve essere inteso il risvolto applicativo in riferimento allo scopo che la pena stessa intende perseguire; essa rappresenta il fine al quale protende la sanzione penale e quindi i beni giuridici che intende tutelare e proteggere: si pensi alla teoria general preventiva<sup>36</sup> e special preventiva<sup>37</sup>. I caratteri invece costituiscono gli elementi che connotano la struttura della pena, come, ad esempio, la inderogabilità<sup>38</sup>, la personalità, la legalità, la proporzionalità.

---

<sup>35</sup> V. MUSACCHIO, *Diritto penale*, a cura di V. Musacchio, Frosinone, 2017, 20 ss., il quale individua specificamente i caratteri della norma penale: «(...) la statualità, poiché il monopolio della sua creazione è riservato allo Stato (...) l'imperatività. Non appena essa entra in vigore nei modi e nei termini di legge, la norma diventa obbligatoria per chiunque si trovi nel territorio dello Stato (...) la sua effettività (...) è un attributo di 'funzione', in quanto, tendente a raggiungere il risultato preposto».

<sup>36</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 25 ss.; D. PULITANÒ, *Significato e funzioni*, cit., 72 ss.; F. BRICOLA, *Teoria*, 5 ss.; L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., 811 ss.

<sup>37</sup> G. CIVELLO, *Il principio del 'sibi imputet' nella teoria del reato*, *Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, in *Anima Juris Ratio*, Torino, 2017, 337 ss.

<sup>38</sup> Bisogna osservare tuttavia che spesso questo carattere viene 'compresso', si pensi alla liberazione condizionale di cui all'art. 176 c.p. e alla sospensione condizionale della pena di cui all'art. 163 c.p.

Volendo anche accettare una lettura del concetto di retribuzione come ‘scopo’ della pena, la teoria di Kant corre il rischio di alterare l’istituto e i suoi valori morali, amputando l’aspetto polifunzionale.

Sostenitore della teoria assoluta risulta essere anche Hegel, secondo il quale «la violenza viene annullata dalla violenza»<sup>39</sup>.

Analizzando il pensiero hegeliano è possibile sottolineare alcune differenze con la teoria della pena kantiana. Per Hegel la commisurazione tra il male arrecato e la pena deve essere effettuata da un punto di vista valoriale e non semplicemente quantitativo.

Una corretta commisurazione sanzionatoria non può prescindere dai criteri quantitativi e qualitativi che inevitabilmente vanno a delineare il valore del reato e il valore della pena.

Le valutazioni eziologiche prima esposte non possono trovare applicazione secondo Hegel nel caso in cui, nella scelta della pena da applicare vengano adottate finalità rieducative o preventive, in quanto queste ultime potrebbero in qualche modo alterare la retribuzione del reato.

Diverse critiche<sup>40</sup> sono state mosse verso le teorie retribuzionistiche di Hegel e Kant. Tra le più rilevanti possiamo ricordare l’obiezione relativa

---

<sup>39</sup> G.W.F. HEGEL, *Delitto e diritto*, in *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., a cura di G. Marini, Bari, 1987, 84 ss.; U. KLUG, *La funzione della pena*, cit., 5 s.

<sup>40</sup> L. EUSEBI, *La pena in crisi*, Brescia, 1989, 54 ss.: «Liberata la pena dal compito di motivare con la sua afflittività la condotta dei cittadini, verrebbe, meno, innanzitutto, l’ostacolo principale che si frappone ad una reale diversificazione delle risposte

alla impossibilità per i due filosofi teorici di dimostrare ciò che essi stessi affermano, cioè che pena e retribuzione siano due concetti essenzialmente complementari<sup>41</sup>.

Inoltre secondo noi se si applicasse una pena con finalità meramente risocializzante oppure che mirasse soltanto al reinserimento sociale del reo; la pena non sarebbe iniqua o non proporzionata<sup>42</sup>. Il problema non è riferito alla proporzionalità o all'iniquità della funzione penale bensì alla scelta di una finalità rispetto all'altra.

Alcuni autori sostengono che le teorie di Hegel e di Kant sono costruzioni puramente filosofiche in quanto prive oggettività. L' assunto di Kant, che sintetizza la teoria retributiva «La negazione della negazione» risulta essere una costruzione verbale priva di concretezza oggettiva<sup>43</sup>.

---

sanzionatorie e ad una conseguente utilizzazione del carcere, entro l'ambito di tali risposte, come effettiva *extrema ratio*».

<sup>41</sup> U. KLUG, *La funzione della pena*, cit., 7 s.

<sup>42</sup> Mi riferisco alle sanzioni alternative come l'affidamento in prova per fini terapeutici. Qui la sanzione non ha lo scopo di creare sofferenza per infliggere al reo lo stesso male arrecato. In questi casi la funzione della pena ha l'unico scopo di riabilitare il delinquente al fine di un suo reinserimento sociale, A. FOTI, *Detenuto tossicodipendente: quali presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale?*, in *Diritto&Giustizia*, 47, 2015, 34 ss.

<sup>43</sup> I. KANT, *Del diritto di punizione*, cit., 172 ss.; U. KLUG, *La funzione della pena*, cit., 8 s.

Infine, come prima accennato, la costruzione dell'ordinamento europeo sui principi della dignità umana<sup>44</sup> porta ad escludere che siffatte teorie possano essere oggi applicate.

Secondo noi la pena risulta essere il mezzo<sup>45</sup> attraverso il quale si vuole raggiungere lo scopo che è quello di volta in volta determinato dal 'sovrano' sia esso un monarca o uno Stato democratico. È impossibile escludere dall'analisi della pena la compagine sociale nella quale essa deve eventualmente trovare applicazione.

Nel formulare una norma penale e nel valutare il suo grado di assorbimento nell'ambiente sociale, soprattutto se lo scopo della norma stessa sia effettivamente realizzato, rileva in particolar modo il momento sociale e soprattutto in che misura il substrato culturale di quella determinata società sia compatibile con lo scopo che la norma vuole realizzare.

---

<sup>44</sup> V. BUONOMO – A. CAPECCI, *L'europa e la dignità dell'uomo. Diritti umani e filosofia*, Roma, 2015; A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Osservazioni di diritto comparato a margine dell'art. 52*, Padova, 2004; D. MESSINEO, *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2007, 67 e ss.

<sup>45</sup> Si pensi alla sanzione dell'affidamento in prova, quest'ultima mira alla risocializzazione del reo, infatti quest'ultimo non ha più rapporti con l'istituto penitenziario di riferimento ma soltanto verso l'istituto esterno al quale viene affidato.

### 3. *La funzione preventiva della pena*

La pena realizza indirettamente anche una funzione preventiva generale<sup>46</sup>, intesa alla stregua di una vera e propria coazione di ‘carattere psicologico’<sup>47</sup>.

Affinchè la funzione preventiva possa essere efficace la sanzione prevista deve essere di entità nettamente superiore rispetto al danno arrecato, in modo tale da dissuadere il reo dal provocarlo. L’ordinamento giuridico attraverso l’intimidazione riesce a difendere beni ritenuti giuridicamente rilevanti.

La coazione psicologica realizza la funzione preventiva attraverso la creazione nella mente del potenziale delinquente di subire l’applicazione della pena<sup>48</sup> nel caso in cui commettesse un reato.

---

<sup>46</sup> Accanto alle teorie preventive possiamo citare anche le c.d. teorie ‘puramente’ preventive che si riferiscono esclusivamente al fine della difesa sociale.

<sup>47</sup> P.J.A FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it., a cura di M.A. Cattaneo, Milano, 1972, 108 s.

<sup>48</sup> Tale problematica era stata già avvertita in epoca illuministica, si pensi a Beccaria: «Quelle pene dunque e quel metodo d’infliggerle deve essere prescelto che, serbata la proporzione, farà una impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo», (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di R. Fabietti, Milano, 1973, 31 s.); ancora Beccaria «quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile(...) più giusta, perché la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede(...) In generale il peso della pena e la conseguenza

A nostro avviso la validità e l'efficienza della norma penale è legata alla sua veloce e rapida applicazione, se la pena non è certa e celere nell'essere applicata quest'ultima risulta inefficace nel raggiungimento della funzione qualsiasi essa sia.

Le lungaggini processuali e le scarse risorse a favore della giustizia pongono dei seri problemi in tema di certezza della pena, senza contare la 'ghigliottina' della prescrizione del reato<sup>49</sup> che implacabile pone nel nulla ogni tipo di risposta al male arrecato.

---

di un delitto dev'essere la più efficace per gli altri e la meno dura che sia possibile per chi la soffre, perché non si può chiamare legittima società quella dove non sia principio infallibile che gli uomini si sian voluti assoggettare ai minori mali possibili. Ho detto che la prontezza delle pene è più utile, perché quanto è minore la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee, delitto e pena, talchè insensibilmente si considerano uno come cagione e l'altra come effetto necessario immancabile», (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 50 ss.).

<sup>49</sup> Sulla natura della prescrizione si v. A. PAGLIARO, *Prescrizione del reato e 'nuova' estinzione del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 403 ss., «la prescrizione del reato, comunemente considerata una causa di estinzione del reato, è in realtà una causa di improcedibilità sopravvenuta, legata al passare del tempo al momento in cui è stato consumato (o tentato) il reato. Di questa sua natura processuale vi sono alcuni segni indubitabili. Già un sintomo ne è l'aspetto testuale di alcune disposizioni di legge (in particolare, dell'art. 531 c.p.p., che definisce la dichiarazione di estinzione del reato come sentenza "di non doversi procedere"). Ma, soprattutto, malgrado la prescrizione, rimane l'obbligo al risarcimento del danno non patrimoniale prodotto dal reato (si può adire il giudice civile per ottenere l'adempimento) (art. 198 c.p.), rimane la possibilità della confisca (art. 236 c.p.) e, inoltre, il giudicato sulla estinzione non fa stato su altre controversie in nessun caso, in quanto non è una "assoluzione" (v. gli artt. 651-654 c.p.p.), ma ha solo l'effetto di vietare un secondo giudizio (art. 649 c.p.p.). Se al reato,

In tema di carcerazione preventiva<sup>50</sup> o custodia cautelare in carcere art. 285 c.p.p. occorre porsi una domanda di particolare importanza: la pena può essere applicata prima di una sentenza irrevocabile? Occorre dire che l'applicazione della misura cautelare personale di cui stiamo discorrendo ha natura cautelare. Essa deve essere comprovata da gravi indizi di colpevolezza che giustificano la privazione della libertà del reo, in modo tale da evitare che l'indagato possa darsi alla fuga o reiteri il crimine per cui è indagato.

---

malgrado la prescrizione, seguitano a collegarsi gli effetti giuridici che gli sono propri come illecito penale, venendo meno soltanto quelli legati al compimento del processo (tra i quali è soprattutto la punibilità, alla quale nel nostro ordinamento non si può giungere se non per la via del processo), ciò è indice sicuro della natura processuale della prescrizione del reato, natura che, del resto, era largamente riconosciuta dalla dottrina anteriore ai codici del 1930»; V. MILITELLO, *Sulla decorrenza della prescrizione nella continuazione dei reati*, in *Foro it.*, 13, 1986, 679 e 692; V. NAPOLETANO, *Reato continuato e prescrizione*, *Scritti in memoria di U. Poletti*, Milano, 1982, 449 ss.; P. PISA, voce *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, 35, 78 e 84; A. SANTORO, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Noviss. dig. it.*, 6, 1960, 991 ss.

<sup>50</sup> F. BRICOLA, *Il principio della fungibilità della carcerazione preventiva con la misura di sicurezza detentiva: sintomo di una progressiva crisi del sistema dualistico?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 830 ss.; M.R. MARCHETTI, *Sulle condizioni applicative del principio di fungibilità fra la carcerazione preventiva e la carcerazione per esecuzione di pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 1535 ss.; ID., *Termini massimi di custodia cautelare e detenzione subita all'estero ai fini estradizionali*, in *Giur. it.*, 2, 1988, 105 ss.; A. MARUCCI, *Polemiche vecchie e nuove sulla custodia preventiva*, in *Giur. it.*, 2, 1971, 145 ss.



La problematica a mio avviso sorge in riferimento ai termini di carcerazione massima previsti all'art. 303 c.p.p. che non impediscono, alla scadenza, al giudice di riapplicare la misura superando la ragionevolezza dei tempi di carcerazione<sup>51</sup> richiamati anche dall'art. 5 comma 3 della CEDU facendo in questo modo scontare di fatto all'indagato una pena che non gli è stata legittimamente inflitta<sup>52</sup>.

Da questa breve disamina si può osservare come per realizzare una vera e propria prevenzione non è sufficiente attribuire rilevanza alla sola deterrenza. Nella maggior parte dei casi l'osservanza della legge è legata all'accettazione da parte dei consociati dei valori e principi che quella

---

<sup>51</sup> L. MEZZETTI, *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 1 ss.: «La durata dei termini della custodia cautelare deve essere, quindi, disciplinata nel rispetto dei principi di adeguatezza – ovvero l'idoneità di ciascuna singola misura rispetto alle esigenze cautelare che la legittimano – e di proporzionalità tra la durata della custodia e la gravità della pena per il reato contestato».

<sup>52</sup> *Libertà dal carcere Libertà nel carcere Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, in *Atti del Quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, a cura di A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto e M. Serraino, 2012, 202 ss., «Orbene, risolvendosi l'imputazione appunto in un giudizio, ben possibile sarà sempre la sua reversione; ma quando la misura cautelare è carcerazione preventiva, se il processo si chiuderà poi con l'accertamento negativo del fatto, non si potrà, giammai, rimuovere il male ingiustamente provocato»; in questo caso la problematica non sussisterebbe se l'imputato venisse condannato. Infatti il tempo trascorso in carcerazione preventiva verrebbe detratto dalla pena. Viceversa se l'imputato venisse assolto non esisterebbero possibilità per restituire il tempo trascorso in carcerazione preventiva violando così il diritto della libertà personale art. 13 Cost.

norma tende a tutelare. Quindi è proprio quella condivisione di valori a far sì che il cittadino si astenga dal commettere il reato e non la semplice minaccia o paura della sanzione.

Questo si spiega perché la norma penale racchiude in sé tutti i valori che sono ritenuti rilevanti in un dato momento storico all'interno di una determinata società.

In questo senso e su questa base sono state costruite le c.d. teorie della prevenzione generale positiva<sup>53</sup>. Secondo tali teorie la pena e la norma penale vengono concepite e inserite all'interno di un concetto più ampio di educazione collettiva e socializzazione non finalizzato soltanto alla semplice deterrenza.

Possiamo sottolineare come in queste teorie l'ipotetico uso della forza da parte dell'Autorità serve soltanto ad affermare i valori già acquisiti e radicati nei processi di socializzazione degli individui<sup>54</sup>.

La prevenzione generale può essere distinta in negativa e positiva. La prevenzione negativa affonda le sue ragioni nel potere dissuasivo delle pene previste dalla legge (deterrenza). L'intimidazione rappresenta il più

---

<sup>53</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 25 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 19, 1973, 5 ss.;

<sup>54</sup> H.L. PACKER, *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978, 383 ss.

efficace mezzo per porre ostacoli psicologici alla realizzazione del fatto criminoso<sup>55</sup>.

In questo senso la minaccia da parte dello Stato di una ‘violenza controllata’ nei confronti di chi dovesse commettere un reato ha un carattere dissuadente dal punto di vista psicologico nei confronti del potenziale reo. Dunque la prevenzione generale negativa opera in senso preventivo e cioè prima che venga commesso il fatto criminoso.

La prevenzione generale positiva ha come destinatari non la minoranza dei cittadini, ma l’accettazione da parte della maggioranza dei consociati delle leggi e la fedeltà a queste ultime<sup>56</sup>.

A nostro avviso, anche riconoscendo come funzione principale della pena la deterrenza<sup>57</sup>, la sanzione penale non può prescindere da fattori

---

<sup>55</sup> P.J.A FEUERBACH, *Anti Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972, 112.

<sup>56</sup> Restando sempre nel tema della prevenzione generale vorrei sottolineare come i diversi concetti sono stati già analizzati da Francesco Carrara. Egli sottolineava come il fine principale della pena fosse il ristabilimento dell’ordine esterno della società, di guisa la pena difende i diritti dell’uomo e la giustizia rappresenta il suo limite: «Il concetto di riparazione, col quale esprimiamo il male della pena, ha implicite in sé le tre risultanti di correzione del colpevole, incoraggiamento dei buoni, ammonizione dei male inclinati» F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Dei delitti, della pena*, Bologna, 1993, 615, 611 ss.

<sup>57</sup> N. CHRISTIE, *I limiti al dolore: il ruolo della punizione nella politica penale*, San Pietroburgo, 2011, 47 ss.; G. SERAFIN, *L’interpretazione del crimine criminologia, devianza e controllo sociale*, Trento, 2012, 216 ss.; D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Bari-Roma, 2017.

particolarmente importanti ad esempio: la sua efficacia è legata innanzitutto al funzionamento della norma repressiva verso i trasgressori, l'accettazione dell'ordinamento da parte dei consociati, e la prontezza della risposta penale in caso di trasgressione. A tal fine l'inasprimento delle pene per aumentare la loro efficacia deterrente appare assolutamente inutile se le pene stesse non risultano certe e celeri.

Passando ad analizzare la teoria della prevenzione speciale<sup>58</sup> possiamo notare come essa abbia un carattere prettamente esecutivo. Essa assolve a una funzione contingente, vale a dire a non consentire che il reo, una volta commesso l'illecito, possa continuare a delinquere.

Le radici storiche della prevenzione speciale risultano assai remote. Possiamo ricordare la concezione della sanzione come *poena medicinalis*<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Spesso si parla anche di commisurazione special-preventiva della pena che fa riferimento alla fase applicativa delle sanzioni (sospensione condizionale, perdono giudiziale).

<sup>59</sup> Per una più approfondita disamina si v. M.J.F. Y TELLA – F.F. Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire?*, Milano, 2008, 175 ss. «Le dottrine moraliste afferenti all'emenda del delinquente correggibile sono, naturalmente, quelle che risalgono più a ritroso nel tempo e rappresentano l'esito di una concezione spiritualistica dell'uomo che trae spunto dal libero arbitrio e che svolgono l'idea, già formulata da Platone e poi ripresa da San Tommaso, della *poena medicinalis*, secondo cui lo Stato non soltanto può punire il delinquente ma può anche costringerlo a diventare buono»; si v. ancora L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 252 s.; P. BEAN, *Punishment: A Philosophical and Criminological Inquiry*, Oxford, 1981, 47 ss.

che permetteva la punizione del colpevole e contemporaneamente lo trasformava in un soggetto ossequioso delle regole e dei valori.

Ritornando al concetto di prevenzione speciale, si può sottolineare come tale teoria prospetti la necessità di applicare delle pene graduate<sup>60</sup>, commisurate non alla gravità del reato ma alla pericolosità sociale del reo<sup>61</sup>.

Per valutare la pericolosità sociale viene in rilievo anche la capacità a delinquere del condannato<sup>62</sup>. Quest'ultima rappresenta solo la mera possibilità astratta di commettere un reato.

---

<sup>60</sup> E. SORRENTINO, *Teoria*, cit., 89.

<sup>61</sup> V. LUSA – S. PASCASI, *I confini dell'imputabilità. L'influenza della genetica sulla pericolosità sociale*, *Diritto penale*, in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 7-8, 2011, 92 ss.; ID., *Dichiarazione di pericolosità sociale*, *Diritto penale*, in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 6, 2013, 82-90.; M. MONZANI – V. BANDIERA, *Pedofilia e pericolosità sociale. La psicologia di oggi e il diritto penale di ieri: nuove prospettive legislative*, Padova, 2017; *Profili criminali e psicopatologici del reo*, a cura di A.M. Casale, P. Pasquali e MS. Lembo, Rimini, 2014, 36 ss., «(...) nell'intento di definire non solo l'imputabilità del soggetto (e di conseguenza l'iter *criminis* del presunto reo si sia originato anche in virtù di causa patologiche), ma anche la reale pericolosità sociale di costui, valutabili i predetti items in un alveo giuridico e scientifico che possa tenere in considerazione sia l'aspetto mentale del reo che l'ambiente (inteso quest'ultimo come retaggio storico, culturale e sociale dell'individuo)».

<sup>62</sup> V. ADAMI, *La capacità di delinquere*, in *Giust. pen.*, 1991, 2, 537 ss.; NUVOLONE P., *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 583 ss.; TASCONE M.G., *Capacità a delinquere*, in *Enc. giur. Treccani*, 5, Roma, 1988, 1 ss.; G. GUARNIERI, *Capacità a delinquere*, in *Noviss. dig. it.*, 2, 1958, 866 ss.; A. MALINVERNI, voce *Capacità a delinquere*, in *Enc.*

Appare assai difficile individuare una differenza sostanziale tra capacità a delinquere e pericolosità sociale del soggetto: teoricamente la prima rappresenterebbe l'attitudine dell'individuo a delinquere e la seconda dovrebbe essere intesa come l'oggettiva e concreta possibilità del soggetto di commettere reati<sup>63</sup>.

La questione, dunque, va valutata in relazione alla dicotomia tra 'probabilità' e 'possibilità' di commettere illeciti. Si potrebbe sostenere che la probabilità si basa su elementi oggettivi che fanno desumere con un giudizio prognostico la probabile commissione dell'illecito; mentre la possibilità fa riferimento a un giudizio puramente soggettivo.

Qualora si accolga la teoria secondo cui la pericolosità sociale si basa sulla probabilità di delinquere del reo, allora anche la capacità a delinquere dovrà essere ricollegata al parametro della probabilità e non al parametro della 'possibilità' di commettere reati.

Inoltre, c'è da aggiungere che, nella pratica la distinzione di tali elementi appare quasi superflua in quanto il giudice nel momento in cui emette una sentenza o un'ordinanza tiene sicuramente conto di entrambi.

---

*dir.*, 6, Milano, 119 ss.; S. RAMAJOLI, *La Capacità a delinquere*, in *Arch. pen.*, 1, 1979, 258 ss.

<sup>63</sup> B. PETROCELLI, *I limiti*, cit., 122 s.

Si può notare come la prevenzione speciale abbia lo scopo non di tutelare il reo quanto piuttosto la collettività<sup>64</sup>

Il colpevole viene infatti considerato alla stregua di un soggetto deviato e degenerato<sup>65</sup> e, quindi, la legge deve necessariamente adottare tutte le misure in grado di neutralizzare, la pericolosità sociale<sup>66</sup>, anche attraverso trattamenti terapeutici riabilitanti.

L'efficienza della funzione preventiva speciale presenta un problema particolare e cioè quella relativa alla discrezionalità del giudice.

In questi casi spetterebbe al giudice decidere di volta in volta quale misura o pena applicare al caso concreto perché non esiste una norma organica che disciplini il trattamento terapeutico. L'anomalia che verrebbe

---

<sup>64</sup> Seppur brevemente mi pare opportuno far riferimento allo scopo della difesa sociale. La difesa sociale è formata da un insieme di concetti che sono assolutamente in antitesi con il concetto di pena. Se la difesa sociale riguarda tutte le azioni da compiere e quindi non ancora realizzate di converso la pena colpisce tutte le azioni illecite che sono state già compiute. Nel concetto di difesa sociale ci troviamo in una fase prodromica. Quindi affinché la difesa sociale sia realizzata l'azione non deve compiersi.

F. GRAMATICO, *Principi di difesa sociale*, Padova, 1961; R. BISI, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, 2012; L. FERRAJOLI, *Per un programma di diritto penale minimo*, in *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, 59 ss.; *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi e G. Palombarini, Roma 2002.

<sup>65</sup> E. SORRENTINO, *Teoria*, cit., 89.

<sup>66</sup> V. LUSA – S. PASCASI, cit., 92 ss.; ID., cit., 84 ss.; M. MONZANI – V. BANDIERA, *Pedofilia*, cit., *passim*.

a crearsi sarebbe enorme. Infatti, il giudice non può creare il diritto ma soltanto applicarlo.

Per fare un esempio vorrei ricordare i cosiddetti Ospedali psichiatri giudiziari (Opg)<sup>67</sup> e le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (c.d. Rems)<sup>68</sup>. In questi casi si è parlato anche di ergastolo bianco, proprio perché il confinamento dei soggetti instabili mentalmente in tali istituti di recupero e riabilitazione in realtà veniva effettuato senza un termine prefissato. Non veniva quindi stabilito un termine entro cui i soggetti destinati a tali strutture potessero essere rilasciati: come disposto dall'art. 286 c.p.p. che recita: «Se la persona da sottoporre a custodia cautelare si trova in stato di infermità di mente che ne esclude o ne diminuisce grandemente la capacità di intendere o di volere, il giudice, in luogo della custodia in carcere, può disporre il ricovero provvisorio in idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero, adottando i provvedimenti

---

<sup>67</sup> *Anatomia degli ospedali psichiatrici giudiziari italiani*, Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, a cura di V. Andreoli, Roma, 2002.; V.P. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del novecento*, Bologna, 2010; V.A. BERARDI, *I neurastenici e la responsabilità penale*, Santa Maria Capua Vetere, 1906; A. BORZACCHIELLO, *Alle origini del manicomio criminale*, in *Mi firmo per tutti. Dai manicomi criminali agli ospedali psichiatrici giudiziari. Un'inchiesta e una proposta*, a cura di G. Pugliese e G. Giorgini, Roma, 1997.

<sup>68</sup> Strutture sanitarie residenziali di competenza della regione di concerto con il Ministero della Giustizia. Tali istituti riguardano l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva e l'attivazione di attività terapeutiche ai soggetti con problemi psichici.



necessari per prevenire il pericolo di fuga. Il ricovero non può essere mantenuto quando risulta che l'imputato non è più infermo di mente».

Come si può notare spetta sempre al giudice stabilire, a sua discrezionalità, se e quando le valutazioni sull'infermità dell'imputato debbano essere effettuate. Con la nuova normativa che ha introdotto l'istituto delle Rems, oltre all'abolizione degli Opg, si è cercato di arginare il potere discrezionale del giudice fissando un termine che permette successivamente al suo scadere il reinserimento del reo all'interno della società; in particolare il D.l. n. 52 del 2014 all'art. 1 comma 1 *quater* stabilisce che: «Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo».

Questo aspetto positivo rischia di essere messo seriamente in pericolo da un recente disegno di legge 2067, già approvato in Senato, all'art. 12 lettera d dispone l'apertura delle Rems a «soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento della commissione del fatto, da cui derivi il giudizio di pericolosità sociale,

nonché dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutici riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione».

Tale disegno di legge riapre in maniera significativa le categorie dei soggetti che possono essere confinati all'interno delle Rems col rischio di mutare, seppur in parte, la precedente normativa degli Opg<sup>69</sup>.

Tuttavia la nuova normativa lascia ancora al giudice le valutazioni sull'opportunità di confinare il reo all'interno delle Rems e consente al personale sanitario di disporre il piano terapeutico. Dunque non viene offerta dalla nuova norma una disciplina organica che determini oltre il piano terapeutico anche i tempi entro i quali effettuare le valutazioni sullo stato di salute mentale del reo.

---

<sup>69</sup> P. PELLEGRINI, *Per una psichiatria senza ospedali psichiatrici giudiziari*, Milano, 2016, 10 ss., nel quale vengono sottolineate le necessità di nuovi percorsi per la cura dei pazienti con disturbi mentali autori di reato; si v. ancora A. VALERIANO, *Degenerati, pazzi morai, ree per passione: le radici culturali del manicomio criminale*, in *Il policlinico della delinquenza. Storia degli ospedali psichiatrici giudiziari italiani*, a cura di G. Grassi e C. Bombardieri, Milano, 2016, 157 ss.

#### 4. *Teorie preventive e 'funzione' retributiva*

È singolare osservare come la funzione preventiva viene perseguita non solo mediante l'irrogazione di una pena ma anche tramite l'applicazione delle misure di sicurezza.

È proprio l'efficienza e la varietà delle misure di sicurezza<sup>70</sup> a determinare un aumento della deterrenza e uno 'spostamento' (almeno in parte) dello scopo preventivo dalla pena ad altre misure.

Sovente la teoria general preventiva viene equiparata alla teoria retributiva<sup>71</sup>. Probabilmente la ragione è da ricercarsi nella molteplicità di interpretazioni alle quali si presta la teoria retributiva.

A ben vedere le due teorie si differenziano sotto un aspetto fondamentale. La retribuzione mira solo ed esclusivamente a infliggere al reo lo stesso male arrecato mentre la teoria general preventiva tende anche

---

<sup>70</sup> F. BRICOLA, *Il principio della fungibilità della carcerazione preventiva con la misura di sicurezza detentiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 830 ss., G. GUARNIERI, *Anticipazioni giurisprudenziali dell'unificazione delle pene e misure di sicurezza*, in *Foro. it.*, 1958, 147 ss.; G. MARUCCI, *Pene e misure di sicurezza: ancora un passo avanti*, in *Giust. pen.*, 1958, 481 ss.; C. PELUSO, *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. d. pen.*, 8, 1994, 145 ss.

<sup>71</sup> F. EXENER, *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, trad. it., a cura di L. Eusebi, Milano, 1989, 12 s.

a evitare che i consociati possano commettere determinati reati attraverso l'effetto deterrente.

La funzione general preventiva oltre allo scopo di ridurre le possibilità che il fatto/reato possa essere commesso ha il fine di tutelare i beni giuridici di volta in volta identificati dallo Stato. La pena dunque è polifunzionale sarebbe riduttivo attribuire alla stessa una semplice finalità retributiva.

Una discrasia che emerge dall'attribuire valore autonomo al concetto di retribuzione è rappresentata dalla possibilità di creare non pochi contrasti con la teoria special preventiva. Quest'ultima spesso si realizza e diviene efficace con l'applicazione di misure che nulla hanno a che vedere con il fine retributivo. Si pensi alla liberazione condizionale di cui all' art 176 c.p.<sup>72</sup> dove la retribuzione lascia il passo alla funzione risocializzante.

---

<sup>72</sup> Quest'ultima consente di trascorrere la residua parte della pena in libertà vigilata, tendendo a realizzare attraverso l'allontanamento dal carcere il reinserimento del reo all'interno della società civile. In questo caso, al fine di accedere a tale istituto, il reo deve aver dimostrato prova di ravvedimento, quest'ultimo viene controllato attraverso strumenti dell'osservazione e trattamento del comportamento. Come prova di ravvedimento risulta essere senza dubbio di particolare importanza il risarcimento del danno alla persona offesa. Al termine dell'esecuzione della misura viene emesso dal Tribunale di Sorveglianza competente un giudizio che qualora risulti positivo determina l'estinzione della pena detentiva e della misura di sicurezza della libertà vigilata.

In altre parole l'idea di evitare la commissione di ulteriori reati attraverso l'inflizione di un male proporzionato al male arrecato viene surrogata dall'effetto premiale che il reo può ottenere se ed in quanto non siano integrate dallo stesso le condotte di cui all'art. 177 c.p.<sup>73</sup>.

Come si può notare la finalità che si sostanzia nell'interesse dello Stato a non permettere più che il reo commetta ulteriori reati viene sostituita da una funzione che è completamente diversa dall'idea di retribuzione del male provocato. Si può parlare in questi casi di un vero e proprio effetto premiale che, a determinate condizioni, estingue la pena. Emerge accanto al concetto di retribuzione penale un altro principio di carattere eminentemente pratico: il c.d. principio utilitaristico.

La consapevolezza che il fine retributivo non riesce da solo a giustificare la pena ha fatto sì che germogliasse l'idea della pena in senso utilitaristico. Il concetto di utilità deve essere considerato come l'essenza della pena, è la giustizia penale a servirsi della retribuzione e non viceversa<sup>74</sup>. In quest'ottica la retribuzione, già intesa come funzione della

---

<sup>73</sup> Requisito essenziale è la non integrazione da parte del reo di quelle condotte che determinerebbero il fallimento della c.d. 'risocializzazione' infatti l'art. 177 del c.p. al comma 1 recita testualmente: «la liberazione condizionale è revocata se la persona liberata: commette un delitto una contravvenzione della stessa indole rispetto al reato per cui riportò una condanna, accertato con sentenza irrevocabile.»

<sup>74</sup> F. EXENER, *La funzione della pena*, cit., 20 s.

pena, persegue uno scopo ulteriore, vale a dire quello utilitaristico ponendosi dunque in senso strumentale e a servizio di quest'ultimo.

La teoria retributiva può essere rimodulata attraverso lo scopo utilitaristico. Armonizzando la funzione retributiva con la funzione utilitaristica è possibile in modo più efficace tutelare i valori e gli interessi che la stessa legge infranta intende proteggere<sup>75</sup>.

### *5. Il rapporto tra etica e funzione retributiva*

Un altro problema che viene in rilievo è senza dubbio quello relativo al fondamento etico della pena, se cioè sia possibile attribuire un potere coercitivo tanto pregnante allo Stato e soprattutto se la semplice funzione retributiva possa giustificare eticamente la pena.

---

<sup>75</sup> F. EXENER, *La funzione della pena*, cit., nt. 25: «Questo è chiarissimo in Binding. Egli differenzia nettamente il diritto penale (*Strafrecht*) dal 'dovere' di punire (*Strafpflicht*) dello Stato. Il reato dà allo Stato solo il diritto di punire, non il dovere. Poiché ora l'effettiva inflizione della pena dipende esclusivamente dall'esistenza del dovere di punire, tutto deriva da questo, e non dal diritto penale. Si deve dunque dire: non ha assolutamente alcun valore la distinzione fra diritto penale e dovere di punire, poiché Binding stesso ammette che: "La pena è un male anche per lo Stato, che non può farsene carico senza un grave motivo"»

Se la risposta a tale quesito viene lasciata ai sostenitori della teoria assoluta, il solo scopo retributivo potrebbe apparire compatibile con l'etica della pena<sup>76</sup>.

Il problema è che tali teorie ignorano che i risultati di ravvedimento del reo, raramente ottenuti con il solo fine retributivo, vengono oggi spesso realizzati anche rinunciando alla retribuzione in senso stretto e lasciando spazio a fini risocializzanti e utilitaristici.

L'incompatibilità tra le teorie assolute e l'eticizzazione della pena si manifesta nell'impossibilità per l'etica di sostanzarsi nella sola funzione retributiva. L'etica deve necessariamente confrontarsi con i valori che permeano l'ordinamento nel quale ci troviamo a operare. Sembra utile al nostro discorso effettuare una distinzione.

---

<sup>76</sup> In realtà l'etica risulta essere un concetto completamente avulso dalla funzione retributiva, I. RAGIMOV, *La moralità della pena*, Torino, 2016, 114 ss.; ID., *I presupposti del diritto e della procedura penale*, in *La Giustizia Penale, rivista critica di dottrina, giurisprudenza, legislazione*, diretta da G. Escobedo, 4, Roma, 1935, 492 ss., afferma che: «La genesi della pena può e deve dunque essere del tutto separata dall'Etica. Si può non essere entusiasti di questa separazione, certo però essa libera la scienza del diritto penale dal pericolo d'essere attratta in una lotta senza fine per il suo fondamento etico e dalla necessità di dimostrare sempre il proprio diritto all'esistenza»; Anche in Kant ed Hegel la tutela della dignità della persona risultava il minimo comune denominatore delle teorie sulla pena F. EXENER, *La funzione della pena*, cit., 31 «tanto fortemente Kant e Hegel sono da seguirsi allorchè affermano che la pena dev'essere innanzitutto giusta e deve rispettare la dignità della persona»;

Il concetto di retribuzione non va confuso con il concetto di espiazione<sup>77</sup>. L'espiazione rappresenta il rappacificamento del reo con la società e con l'ordinamento violato.

L'espiazione viene realizzata lasciando il libero arbitrio al condannato di porre in essere azioni volte a rimuovere gli effetti del reato.

In questa ottica potremmo addirittura riconoscere il concetto di espiazione equivalente a quello di socializzazione<sup>78</sup>.

Dall'analisi fin qui svolta possiamo osservare come ci sia una certa distanza tra etica e retribuzione. Il concetto di pena retributiva affonda le sue radici nell'idea di punire in nome di una giustizia 'assoluta', priva di scopi ulteriori e quindi priva di etica.

La funzione retributiva porta con sé anche la doverosità del punire, svincolata da qualsiasi utilità sociale e giustificazione morale: si crea dolore per rispondere alla sofferenza arrecata.

Secondo noi una siffatta teoria trova ragion d'essere nella pena intesa in senso 'primitivo', in quanto essa rappresenta una reazione istintiva, avulsa da qualsiasi idea di scopo e diretta esclusivamente a placare il tormento prodotto dall'offesa subita.

---

<sup>77</sup> G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, 3, a cura di G. Canzio, G. De Amicis, F. Lattanzi, P. Silvestri e P. Spagnolo, Milano, 2008, 2981 ss.; T. CANONICO, *Del reato e della pena in genere*, Torino, 1872, 277 ss.; G. GIULIANO, *Istituzioni di diritto criminale*, I, Macerata, 1840, 596 ss.

<sup>78</sup> A. NAPPI, *Guida al codice penale*<sup>2</sup>, Milano, 2008, 472 ss.



Questa idea può essere ricondotta già alla legge del taglione, la quale rappresentava una forma rudimentale di ‘giustizia’ in cui l’unico parametro da rispettare era la commisurazione della reazione al torto subito.

Inoltre la teoria retributiva non tiene conto dei casi in cui il reato sia commesso in stato di alterazione psichica<sup>79</sup>. La proporzione della sanzione in questo caso non può essere parametrata semplicemente al fatto commesso dal reo ma deve necessariamente tener conto anche dello stato mentale del soggetto che commette l’illecito.

Ancora, a sottolineare l’estremismo delle teorie retributive e la loro incompatibilità col concetto di etica penale, vorrei ricordare la concezione che queste ultime hanno della sofferenza inflitta con la pena. Nella concezione etica della pena la sanzione deve essere finalizzata a un reinserimento sociale del reo. La sofferenza inflitta deve consentire al reo di assorbire tutti quei valori che gli sono mancati.

---

<sup>79</sup> G.M.P. SURACE, *Il delitto d’impeto. Scenari psicopatologici, criminologici e forensi sul crimine efferato da impulso irresistibile*, Catanzaro, 2005, 5 ss.; *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, a cura di V. Volterra, Milano, 2010, 20 ss., «Se non in grado di incidere sull’imputabilità dell’autore di reato, lo stato emotivo e passionale è tuttavia in grado di funzionare da motivo di variazione della pena»; si veda ancora A. CRESPI, voce *Imputabilità*, in *Enc. dir.*, 20, Milano, 1970, 763 ss., F. FERRACUTI – G. GIARRIZZO, voce *Stati emotivi e passionali*, in *Enc. dir.*, Milano, 43, 190 ss.; G. MARINI, voce *Imputabilità*, in *Dig. d. pen.*, 6, 1992, 243 ss.

Nelle teorie assolute il male irrogato con la pena rappresenta un dolore fine a sé stesso cioè un male vero e proprio<sup>80</sup>.

## *6. La natura della pena e la sua funzione coincidono?*

Appare oggi difficile individuare la natura della pena, in modo da differenziare tale concetto da quello di funzione.

La natura della sanzione è da ricercarsi nella sua struttura. Essa rappresenta il motivo per il quale la norma penale viene elaborata; la funzione della pena invece rappresenta lo scopo, l'obiettivo che la norma penale vuole realizzare.

La natura della pena può essere considerata come l'essenza della sua esistenza, mentre la funzione come il suo divenire. La struttura della sanzione è costituita dai caratteri che connotano la norma penale: l'afflittività che consiste nel provocare nel reo una sofferenza di tipo economica, psicologica o fisica; la proporzionalità, che rappresenta il bilanciamento della sanzione rispetto al male arrecato; la legalità in base alla quale soltanto al Legislatore è consentito disciplinare, mediante l'emanazione della legge, la materia penale; la personalità, per cui la

---

<sup>80</sup> M. RONCO, *Il problema della pena: alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione della pena*, Torino, 1996, 15 s.

responsabilità della condotta illecita ricade esclusivamente sull'autore del reato.

Se il carattere principale della natura penale è quello afflittivo, lo scopo principale della pena è sicuramente quello rieducativo.

In particolare è stato sostenuto che il fine della pena può essere individuato soprattutto nell'emenda del reo<sup>81</sup>, vale a dire nella redenzione del delinquente. In tal senso possiamo cogliere la prima importante differenza tra natura e funzione della pena, che risiede nell'impossibilità di armonizzare la finalità (se vogliamo principale) della pena ossia la rieducazione, al carattere essenziale che connota la natura della sanzione, ovvero l'afflittività. Sovrapponendo questi due concetti potremmo assistere a una vera e propria denaturalizzazione: «si corre dietro a seducenti illusioni trascurando la protezione dei buoni per educare i malvagi»<sup>82</sup>. Secondo parte della dottrina<sup>83</sup> esiste un punto di incontro tra natura e funzione della pena.

---

<sup>81</sup> G. BETTIOL, *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964; F. FASOLINO, *Pena, amnistia, emenda: una prospettiva storico-giuridica*, Napoli, 2016.

<sup>82</sup> B. PETROCELLI, *I limiti*, cit., 481 nt. 1.

<sup>83</sup> Carnelutti ha affermato che la pena trova il suo fondamento nell'emenda del reo e che quindi in particolare la punizione deve essere vista come un atto di amore, F. CARNELUTTI, *La pena di morte nel diritto pubblico*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, Roma, 1931, 350 ss.

La pena rappresenta un provvedimento particolare che per la sua natura qualitativa e giudiziaria è ineluttabilmente collegata agli scopi che vengono prefissati dall'ordinamento.

La funzione educativa della pena ha lo scopo di guidare la condotta degli uomini. Tale scopo educativo può essere reso compatibile con la natura della sanzione penale proprio perché sia la funzione sia la natura della pena mirano a risocializzare il reo. Infatti, l'afflittività che rappresenta un carattere strutturale della norma penale è necessario anche per la realizzazione del fine educativo<sup>84</sup>.

Secondo noi se pure non fosse possibile far combaciare completamente il concetto di funzione con quello di natura per ottimizzare l'efficienza della norma penale si potrebbe cercare quantomeno di far collimare la funzione della pena con la sua struttura.

Questa armonizzazione si potrebbe realizzare affiancando al carattere dell'afflittività non la funzione rieducativa ma la funzione retributiva rimodulata in chiave risocializzante<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> G. ESCOBEDO, *I presupposti del diritto e della procedura penale*, in *La Giustizia Penale rivista critica di dottrina, giurisprudenza, legislazione*, I, 49, Roma, 1935, 866 ss.

<sup>85</sup> E. BELFIORE, *Profili della funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1999, 1 ss.; A. TOSCANO, *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 143 ss.; C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2013, 11 ss.; S. MARESCA – L. NACCIARONE, *Compendio di diritto penale*, Rimini, 2016.

In particolare il concetto di rieducazione del reo si pone come un caleidoscopio all'interno del quale vengono assorbiti sia i caratteri che le diverse funzioni della pena.

Da un'attenta analisi possiamo osservare come il principio retributivo persegua lo scopo rieducativo e allo stesso tempo realizzi anche il carattere afflittivo della sanzione. La retribuzione del male arrecato ha come effetto accessorio e principale, la redenzione del reo mediante l'afflizione; permette, quindi, che il torto subito dalla persona offesa venga riparato e che il colpevole comprenda quanto di illecito ha commesso.

A tal riguardo persino Francesco Carrara, che aveva ripudiato la visione della pena come emenda, ammetteva la possibilità che tale fine potesse essere raggiunto anche equilibrando la funzione con la natura della pena.<sup>86</sup> In tal senso possiamo assistere addirittura a una mutazione della funzione retributiva, la quale assumerebbe un carattere ibrido con infiltrazioni morali/umanistiche. In questa prospettiva retribuire non significherebbe solo punire in senso stretto. Il concetto di retribuzione, quindi, perderebbe la sua esclusività e aprirebbe la strada a teorie volte a concepire anche altre finalità della pena, accessorie e tra loro coesistenti.

---

<sup>86</sup> B. PETROCELLI, *I limiti*, cit., 484, nt. 8.

La realizzazione della retribuzione<sup>87</sup> del male arrecato verrebbe intesa come consapevolezza e comprensione del colpevole di quanto commesso. Tale consapevolezza può avvenire anche attraverso la redenzione morale del reo accompagnata, ovviamente, da percorsi riabilitativi e istituti premiali. Si pensi alla liberazione condizionale o la sospensione condizionale<sup>88</sup>, in cui le tendenze rieducative risultano essere intimamente connesse alla retribuzione. Come si può notare anche se la funzione della pena sembra nettamente distinta dalla sua natura non mancano punti di incontro che permettono di collimare, per una corretta applicazione, la struttura della pena con il suo aspetto dinamico.

Dunque il nuovo concetto retributivo può assurgere a ‘corretta funzione penale’ che sia coerente anche con la sua natura. La costruzione della funzione emenda/retributiva sembrerebbe eliminare anche le problematiche connesse al riconoscimento della pena solo come mera risocializzazione.

Se si riconoscesse come unica funzione della sanzione la rieducazione si correrebbe il rischio di espungere dalla tutela penale

---

<sup>87</sup> F. ZANUSO, *A ciascuno il suo*, cit., *passim*; G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale*, cit., *passim*.

<sup>88</sup> B. ASSUMA, *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. giur. Treccani*, 29, Roma, 1993; A. BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena. Prospettive dommatiche*, Milano, 1972, 80 ss.

determinate fattispecie: si pensi ai casi in cui la redenzione del reo non risulti possibile o necessaria.

Inoltre la pena andrebbe commisurata in riferimento al tempo necessario affinché la stessa rieducazione del reo si realizzi. In questi casi si correrebbe il rischio di creare dei vuoti di tutela e di prevenzione verso quei soggetti altamente pericolosi per i quali l'emenda non risulta essere realizzabile e quindi si correrebbe il rischio di isolare e ghettizzare tali soggetti.

Per la coesistenza della funzione emendatrice con quella retributiva quest'ultima non può essere intesa in senso estremo ma deve rispettare gli scopi di risocializzazione e redenzione del reo. La funzione retributiva deve essere sempre ispirata a trattamenti umani che non frustrino la natura stessa dell'emenda.

Tale ragionamento non esclude, tuttavia, la problematica di quei soggetti incorreggibili e recidivi<sup>89</sup>. Esistono categorie di trasgressori che risultano avere un'inclinazione al crimine non sradicabile (si pensi ai capi clan che vivono con i proventi dei reati stessi).

Alcuni sostengono che l'anomalia andrebbe risolta riconoscendo che «il bene pubblico può esigere la punizione anche quando non vi sia

---

<sup>89</sup> E. ALTAVILLA, *Appunti sulla recidiva*, in *Arch. pen.*, 1, 1965, 258 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; F. GIANNITI, *I reati della stessa indole*, Milano, 1959.

speranza di correzione dell'individuo punito»<sup>90</sup>. A nostro avviso la questione andrebbe risolta facendo leva sulla distinzione tra la pena e le misure di sicurezza<sup>91</sup> che hanno come fine quello di tutelare la società dalla pericolosità sociale del reo, le quali hanno come fine la tutela della società dalla pericolosità conclamata del reo. Nelle ipotesi di impossibilità a riabilitare il reo andrebbe applicata la misura di sicurezza più idonea al mantenimento della sicurezza sociale.

Com'è noto, infatti, la pena è una conseguenza della condotta criminosa posta in essere da un soggetto mentre le misure di sicurezza possono essere applicata in via preventiva al fine di non permettere la commissione di ulteriori reati.

Dunque occorre che vengano adoperate sanzioni in grado di assicurare accanto alla retribuzione anche la redenzione e risocializzazione del reo.

Ovviamente per la risocializzazione del colpevole sono essenziali l'idoneità degli istituti deputati alla irrogazione delle pene e soprattutto strumenti che permettano di accertare l'avvenuta rieducazione del reo.

L'accertamento dell'avvenuta redenzione è alquanto problematico.

---

<sup>90</sup> B. PETROCELLI, *I limiti*, cit., 495 nt. 25.

<sup>91</sup> E. BASSO, voce *Misure di sicurezza*, in *Dig. d. pen.*, 8, Milano, 1994, 137 ss.; P. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, in *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti*, Milano, 1962.



La funzione della pena retributiva e emendativa da sole non eliminano le problematiche inerenti all'applicazione della sanzione. Per superare gli ostacoli applicativi della pena dobbiamo riconoscere una funzione ibrida tanto retributiva quanto rieducativa. Solo in questo modo si potrà ambire al superamento di tutte le difficoltà empiriche che l'applicazione della pena comporta.

A nostro parere anche il riconoscimento di una funzione ibrida della pena non ci permette di superare il problema principale. Se lo scopo della sanzione è quello di risocializzare tale fine non potrà mai dirsi realizzato fin quando il sostrato culturale e morale dei cittadini resterà ancorato a primordiali istinti di vendetta e repressione *'fine a se stessa'*.

### *7. La teoria della corresponsabilità*

La teoria della corresponsabilità<sup>92</sup> fa riferimento al rapporto interpersonale che viene a crearsi tra il singolo individuo e i consociati. Tale teoria riconosce il 'dovere' di risocializzare chi delinque in quanto il mancato insegnamento dei valori sociali e morali rappresentano una colpa

---

<sup>92</sup> L. TUMMINELLO, *Il volto del reo: l'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 81 ss., in particolare si v. nt. 193, «La corresponsabilità è l'idea morale "in grado di sostenere l'intera fenomenologia della pena, dalla istruttoria alla condanna", e di superare la disputa fra repressione e prevenzione: la pena è entrambe e cose».

della società. È la società a non aver insegnato quei valori che hanno portato il soggetto a delinquere.

Per la teoria della corresponsabilità la pena non può essere solamente intimidatoria e afflittiva ma deve perseguire necessariamente il fine di correzione del delinquente.

I sostenitori<sup>93</sup> della corresponsabilità sottolineano come risultati più efficienti possono ottenersi anche con una rinuncia a punire: quando ad esempio ricorrano prognosi favorevoli sulla condotta del reo, oppure il reato commesso sia di particolare tenuità.

A nostro avviso è importante effettuare una riflessione. I valori e i costrutti etici che fanno parte di un determinato ordinamento sono moralmente ‘perfetti’ a differenza della morale degli uomini che per sua natura è imperfetta. Sembrerebbe quasi impossibile che l’adattamento da parte dell’individuo a principi moralmente perfetti possa realizzarsi senza ineluttabili contrasti.

Dunque la pena più che in una visione retributiva dovrebbe essere letta in chiave correttiva e risocializzante<sup>94</sup> perché il processo ‘educativo’ ed ‘eticizzante’ dell’uomo sicuramente non può considerarsi compiuto.

---

<sup>93</sup> F. LAZZARI, *Persona e corresponsabilità sociale*, Milano, 2007, 4 ss.

<sup>94</sup> G. RUSCHE E O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1 ss.; D. RONCO – G. TORRENTE, *Pena e ritorno. Una ricerca su interventi di sostegno e recidiva*, in *Quaderni del dipartimento di giurisprudenza dell’università di Torino*, Milano, 2017; *Il diritto al risarcimento educativo dei detenuti*, a cura di F. Torlone, Firenze, 2016.

In quest'ottica il male e l'onta che gravano sulle coscienze degli individui possono essere 'corrette' solo se le si accetta e si cerca di porvi rimedio con strumenti meno primitivi della pena.

Solo l'accettazione del male e non la sua completa negazione (come nell'ottica di Kant e Hegel) può portare alla scoperta di nuovi strumenti attraverso i quali è possibile ridurre e quindi prevenire il rischio della commissione dei reati.

L'accettazione dell'idea che la pena non può riparare il male apre lo scenario a nuovi orizzonti che ci permettono di prevenire e 'curare' le anomalie dell'animo umano rispetto alla perfezione dei principi e valori morali che cerchiamo di rispettare.

Il diritto penale dunque dovrebbe essere individuato come uno strumento di tutela del più debole dalle aggressioni del più forte. La tutela del più debole dovrebbe essere effettuata «monopolizzando la forza, delimitandone i presupposti e le modalità, e precludendone l'esercizio arbitrario da parte di soggetti non autorizzati – la proibizione e la minaccia penale proteggono le possibili parti offese contro i reati, mentre il giudizio e l'irrogazione della pena proteggono, per quanto la cosa possa suonare paradossale, i rei contro le vendette o altre reazioni più severe»<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 329 s.

In questo caso il diritto penale persegue un fine più alto del semplice mantenimento della pace sociale e cioè quello di tutelare la parte debole che senza il diritto penale sarebbe destinata a soccombere.

In particolare Ferrajoli fa riferimento a una vera e propria valutazione sull'opportunità di applicare la pena paragonandola a una bilancia. Bisogna valutare se i benefici della esecuzione della pena superino i relativi costi: «Un sistema penale, diremo infatti, è giustificato soltanto se la somma delle violenze - delitti, vendette e punizioni arbitrarie – che esso è in grado di prevenire è superiore a quella delle violenze costituite dai delitti non pervenuti e dalle pene per essi comminate. (...).

Si può dire però che la pena è giustificata come male minore – cioè solo se minore, ossia meno afflittivo e meno arbitrario – rispetto ad altre reazioni non giuridiche e che è lecito supporre si produrrebbero in sua assenza; e che più in generale il monopolio statale della potestà punitiva è tanto più giustificato quanto più bassi sono i costi del diritto penale rispetto ai costi dell'anarchia punitiva»<sup>96</sup>. Lo Stato non deve essere visto come il detentore del potere punitivo ma come il responsabile dell'educazione dei cittadini.

---

<sup>96</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 330 s.

## 8. *La funzione rieducativa nella Costituzione*

La funzione rieducativa della pena viene accolta anche dalla Carta Costituzionale che, all'art. 27 comma 3, stabilisce: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

A conferma di questo indirizzo possiamo ricordare la sentenza Cass. 4 febbraio 1966 n. 12, con la quale è stata trattata la delicata questione delle pene pecuniarie. Queste ultime erano state ritenute dal giudice rimettente intrinsecamente inidonee a realizzare una finalità rieducativa<sup>97</sup>.

Nel dichiarare non rilevante la questione la Suprema Corte aveva ricordato che insieme al fine rieducativo la Costituzione aveva intrinsecamente un insieme di valori che, anche se non espressamente scritti, potevano essere desunti dal testo delle norme<sup>98</sup>. Si pensi al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità, in particolare «con evidente implicito richiamo alle pene detentive e con l'intento di segnare dei limiti

---

<sup>97</sup> G. FRIGO, *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, in *Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto*, Brescia 16 e 17 ottobre, 2009, a cura di A. Calore e A. Sciumè.; V. RISPOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, Milano, 2006, 45 ss.; S. ANASTASIA - F. CORLEONE, *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma, 2009; A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della Costituzione*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di Palazzo A., Napoli, 2001, 5 ss.

<sup>98</sup> G. FRIGO, *La funzione*, cit., 186 s.

all'afflittività della sanzione penale. Se ne deve evincere che il principio rieducativo dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo assoluto e indica essenzialmente l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa della pena e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla ma ciò naturalmente laddove la pena, per la sua natura ed entità, si presti a tal fine dovendosi, d'altra parte, osservare come non è nemmeno da escludere che la pena pecuniaria possa di per sé adempiere a una funzione rieducativa in definitiva si conclude la decisione è ben vero che il legislatore costituente volle sollevare elevare a rango di precetto costituzionale, per il suo alto significato sociale e morale, il principio della rieducazione del condannato, ma senza ciò negare la esistenza e la legittimità della pena laddove essa non contenga, o non contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità e ciò evidentemente in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende l'esistenza stessa della vita sociale»<sup>99</sup>. Per una questione solo esemplificativa possiamo ricordare anche «L'assunto circa la rieducazione come requisito essenziale della sola fase esecutiva emerge chiaramente da

---

<sup>99</sup> G. FRIGO, *La funzione*, cit., 186 s.

altre pronunce: da quella del 22 novembre 1973, n. 167 ove si afferma che il fine in parola non confligge, ma si coordina con le altre finalità della pena e che anzi, attiene proprio al momento esecutivo, sicché non può trovare applicazione nei confronti di pene sospese e delle misure di sicurezza»<sup>100</sup>.

Dunque la pena, sia essa pecuniaria o detentiva, può assolvere senza dubbio alla funzione rieducativa proprio perché la ‘sofferenza’ con finalità risocializzanti può essere inflitta non solo con la privazione della libertà ma anche con l’inflizione di una pena pecuniaria che, limitando le capacità economiche del reo, realizza anche una funzione special-preventiva.

### *9. La funzione della pena nel diritto penale minimo e la teoria riconciliativa*

Insieme alle teorie richiamate vorrei ricordare una teoria dai profili particolari che individua una posizione assolutamente radicale. La teoria alla quale mi riferisco è quella del ‘diritto penale minimo’<sup>101</sup>. Quest’ultima prende spunto dal concetto antistatalista.

---

<sup>100</sup> G. FRIGO, *La funzione*, cit., 187 s.

<sup>101</sup> FERRAJOLI L., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *diritto penale minimo*, a cura di Curi U. e Palombarini G., Roma, 2001, 9 ss.

La teoria del diritto penale minimo non riconosce la predisposizione di sistemi repressivi bensì prevede l'abolizione del sistema penale nel suo insieme. Tale corrente di pensiero si oppone a ogni tipo di forma repressivo/punitiva.

In particolare si svalorza qualunque norma di diritto penale. La legge penale rappresenta l'egoismo 'a-morale'<sup>102</sup>. Dunque non è legittimo nè giusto prevenire, giudicare o punire<sup>103</sup>.

All'interno della teoria riportata possiamo isolare due filoni. Il primo meno estremo che mira a espungere esclusivamente la pena carceraria in quanto particolarmente afflittiva e auspica l'adozione di sanzioni che abbiano una carica repressiva quanto più depotenziata possibile. Il secondo di natura abolizionistica vede il diritto penale non funzionalmente connesso a un sistema di carattere sanzionatorio/afflittivo ma come un sistema terapeutico e pedagogico.<sup>104</sup>

Il problema principale è quello analizzato dal Ferrajoli che effettua una distinzione assai precisa. Al fine di decidere se sia giusto o meno adottare un sistema penale privo di sanzioni è opportuno rispondere a due interrogativi: chi ha il 'diritto di punire?'; come si giustifica la violenza

---

<sup>102</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, 1996, 235 ss.

<sup>103</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 235 s.

<sup>104</sup> E. SORRENTINO, *Teoria*, 2010, 101 s.



esercitata da una moltitudine di soggetti aggregati in una società nei confronti di un singolo individuo?

Dobbiamo scoprire se esistono o meno ragioni che rendano giusta la punizione e soprattutto se sia giusto che al male arrecato dal reato si aggiunga anche quello prodotto dalla pena. Tali interrogativi hanno avuto due risposte: una di carattere positivo e l'altra di carattere negativo<sup>105</sup>. In particolare la scuola di pensiero positivista fa richiamo alle c.d. teorie giustificazionistiche. Queste ultime condonano gli effetti negativi del diritto penale con una giustificazione morale e riconoscono gli effetti negativi della pena come necessari. La risposta negativa è sostenuta dalle teorie abolizionistiche che non giustificano nessuna azione repressiva del sistema penale anzi ne promuovono l'abolizione.

L'abolizionismo contesta la pena alla sua radice e combatte la motivazione etico-politica che la giustifica. In una valutazione tra vantaggi e svantaggi sicuramente l'applicazione della pena creerebbe più effetti negativi che positivi. Inoltre l'abolizionismo penale sostiene l'assoluta illegittimità del potere repressivo proprio perché non c'è nessuna giustificazione e nessuno scopo che possa motivare l'uso della coazione nei confronti di determinati soggetti.

---

<sup>105</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 232 ss.

La questione che qui viene in rilievo è proprio quella relativa alla legittimazione del potere repressivo. Il potere di privare un soggetto della sua libertà rappresenta la massima punizione che possa esercitarsi nei confronti del reo. Il diritto di obbligare fisicamente a rispettare o non rispettare una norma richiama il potere nella sua forma più pura: esso rappresenta il controllo del popolo.

La problematica è centrata dallo stesso Ferrajoli che afferma quanto segue: «Ciò vuol dire che il problema della legittimità politica e morale del diritto penale quale tecnica di controllo sociale mediante costrizioni sulle libertà dei cittadini, è in buona parte il problema stesso della legittimità dello Stato quale monopolio organizzato della forza»<sup>106</sup>. È facile intuire che la società auspicata dalle teorie abolizionistiche è sicuramente una società basata sull'anarchia priva di qualunque morale e ordine.

Una simile società dovrebbe essere 'teoricamente' guidata esclusivamente dalla legge del più forte. Accanto alla teoria abolizionistica e giustificazionistica troviamo la teoria sostituzionistica<sup>107</sup>, che individua un filone criminologico che, anziché riconoscere la pena in senso afflittivo la considera un trattamento di carattere terapeutico. La pena repressiva si trasforma in questo caso in pena rieducativa creando un sistema societario basato sulla 'globalizzazione' dei conflitti. In altre parole viene

---

<sup>106</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 234 s.

<sup>107</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 235 s.

interiorizzato e depotenziato ogni conflitto all'interno della stessa società con trattamenti terapeutici e scuole pedagogiche.

A nostro avviso la teoria sostituzionistica corre il rischio di mettere in gioco, in modo particolarmente problematico, il c.d. elemento psicologico del reato<sup>108</sup>. Preventivando una sottoposizione di ogni reo a un trattamento terapeutico indirettamente si andrebbe ad affermare l'assoluta incapacità di intendere e di volere di ogni delinquente.

Per evitare di ridurre tutto il sistema penale a un mero strumento di controllo politico e sociale non può essere diviso il concetto di pace sociale dal concetto di repressione criminale.

Secondo noi la pena in questo caso non rappresenta uno strumento di controllo sociale ma rappresenta uno strumento di difesa sociale<sup>109</sup>. Il fallimento di alcune sanzioni come la pena carceraria<sup>110</sup>, non più coerente

---

<sup>108</sup> D.P. TRIOLO, *L'elemento soggettivo*, in *Cenacolo giuridico casi e lezione*, Frosinone, 2017; CURATOLA P., *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. dir.*, 8, Milano, 1961, 807 ss.; F. ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, in *scritti di diritto penale*, Milano, 1955; S. ARDIZZONE, *Condotte finalisticamente orientate e forme di colpevolezza*, in *Studi in onore di G. Musotto*, 1979, 72 ss.; G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*, Padova, 1966, ora in ID. *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo*, 6, 1982, Padova, 102 ss.

<sup>109</sup> F. GRAMATICO, cit., *passim*; R. BISI, *Enrico Ferri*, cit., *passim*.

<sup>110</sup> Si pensi alla saturazione delle carceri e al livello disumano di detenzione: F. FIORENTIN, *Emergenza carceri*, Milano, 2012, 1 ss., «Il sistema penitenziario italiano ha ormai raggiunto il livello di guardia (...) che ha portato alla saturazione della capienza degli istituti(...) come testimoniano eloquentemente le reiterate condanne della Corte Europea per le condizioni detentive all'interno delle carceri italiane»; T.T.

con i sistemi moderni basati sulla concezione polifunzionale della pena, ha ingenerato la convinzione che il diritto penale sia fallito. In realtà il diritto penale non è fallito ma sta mutando. Assistiamo, come prima evidenziato, alla nascita di pene che anziché avere uno scopo repressivo assumono una forma di carattere ‘riconciliativo’<sup>111</sup>.

Il sistema penale riconciliativo offre un modello differente dal sistema penale tradizionale. Il sistema penale tradizionale bilancia gli interessi entrati in contrasto basandosi sulla convinzione che il male arrecato può essere ‘riparato’ soltanto dalla produzione di altro male.

La teoria riconciliativa invece approda a una concezione diversa: «“gettare un ponte su una frattura dolorosa”»<sup>112</sup>. In tal senso si è parlato di mediazione o di ‘altro diritto penale’ che rappresenta, seppur a piccoli passi, il superamento del sistema penale repressivo. In questo caso viene decostruita la situazione fattuale che vede da un lato l’autore del reato e dall’altro la persona offesa. Questi due soggetti cessano di giocare il ruolo predefinito nelle teorie tradizionali (persona offesa e reo) attraverso la costruzione di una situazione ideale nella quale non esiste più il reato ma uno spazio comunicativo per dirimere il conflitto.

---

CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca alternativa*, Milano, 2018; *Sovraffollamento carcerario e diritto dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli e L. Scomparin, Torino, 2015.

<sup>111</sup> V. *supra*.

<sup>112</sup> E. SORRENTINO, *Teoria*, cit., 106, vd. nt. 353.

Nella riconciliazione gli elementi predominanti sono: la vittima, il reo e il soggetto mediatore. La vittima assume in questo caso rilievo esclusivamente in ambito risarcitorio/civilistico. La teoria della mediazione penale<sup>113</sup> consente alla persona offesa di comprendere quanto accaduto non solo sul piano giuridico/fattuale ma anche su quello emozionale. In questo modo si cerca di far superare alla vittima quanto accaduto. Allo stesso modo il reo viene accompagnato alla ‘realizzazione psicologica’ di quanto commesso allo scopo di evitare che tale condotta possa essere reiterata.

Come si può osservare il reo e la persona offesa non giocano più ruoli antagonisti; anzi l’incontro tra i due viene raffigurato come un incontro di carattere emozionale e non più conflittuale<sup>114</sup>. Infine il

---

<sup>113</sup> G. SCARDACCIONE – A. BALDRY – M. SCALI, *La mediazione penale, ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Milano, 1998, 2 ss.; ID., *Nuovi modelli di giustizia: giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 1-2., 1997, 11 ss.; U. GATTI – M.I. MARUGO, *La vittima e la giustizia riparativa*, in *Marginalità e società*, 27, 1994, 17 ss.; L. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 107 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 57 ss.

<sup>114</sup> U. GATTI – M.I. MARUGO, *La vittima*, cit., 21 ss.; J.P. BONAFÉ SCMITT, *La mediation, une justice douce, Syros Alteratives*, Paris, 1992, 16 ss.; *La mediazione. Teorie e tecniche*, a cura di S. Castelli, Milano, 1996, 5 ss.; *La scommessa della mediazione*, in *La sfida della mediazione*, a cura di G.V. Pisapia, Padova, 1997, 5 ss.; L. ARNAUDO, *Mediazione e diritto penale: una proposta di conciliazione*, in *Sociologia del diritto*, 2, 1999, 127 ss.

mediatore viene individuato come un soggetto terzo al quale non viene richiesta una profonda conoscenza dell'apparato giuridico-normativo. Infatti il conciliatore non deve giudicare la questione sul piano normativo né indagare chi sia il colpevole deve solamente trovare il giusto temperamento sul piano emozionale tra le parti in causa. Il suo approccio quindi deve essere terzo ed imparziale<sup>115</sup> e deve indagare soltanto le ragioni della condotta antiggiuridica per far sì che non si ripeta: «troppo spesso, infatti la vittima e l'intera collettività si appellano a delle pene fortemente repressive ritenendo che queste siano l'unica risposta offerta dall'ordinamento per stigmatizzare il male subito, ma questo non significa che non esistano altri tipi di risposta, che meglio possano realizzare le esigenze non solo della vittima ma anche della Comunità»<sup>116</sup>.

In Italia sono diverse le fattispecie normative che assecondano la teoria riconciliativa<sup>117</sup> si pensi all'art 27 D.P.R. 448/88 che stabilisce «l'assoluzione per l'irrelevanza del fatto» su richiesta del p.m. dopo che il gip abbia sentito il minorenne, la parte esercente la potestà genitoriale e la persona offesa dal reato. In quest'ultimo caso si può notare come la

---

<sup>115</sup> *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, a cura di G. Cosi e M.A. Foddai, Milano, 2003, 78 ss.; *Lo spirito della mediazione. Prefazione di Adolfo Cerretti*, a cura di J. Morineau, Milano, 2000, 40 ss.; A. CERRETTI, *Progetto per un ufficio di mediazione penale*, in *La sfida della mediazione*, a cura di G.V. Pisapia, 94 ss.

<sup>116</sup> E. SORRENTINO, *Teoria*, cit., 108 ss., vd. nt. 361.

<sup>117</sup> E. SORRENTINO, *Teoria*, cit., 115.

mediazione operi in relazione alla valutazione del fatto commesso dal minore per tutelare gli interessi coinvolti realizzando in questo modo una vera e propria conciliazione. Ancora possiamo ricordare l'art. 28 D.P.R. 448/88 e art. 27 d.lgs. 272/89 riguardante la sospensione del processo e messa alla prova. L'istituto viene utilizzato quando il giudice non può emettere una sentenza di non luogo a procedere prevista dall'art. 425 c.p.p.

Questa misura ha un carattere conciliativo. Il minore deve partecipare ad attività previste dall'ordinanza tenendo conto dei criteri che il giudice dell'udienza preliminare ha determinato all'interno del provvedimento. Il requisito essenziale per l'applicazione della misura è l'assoluto ravvedimento del reo. L'applicabilità della messa alla prova è inoltre subordinata all'accettazione da parte dell'imputato all'addebito contestatogli.<sup>118</sup>

A nostro avviso la teoria in esame trova un grosso impasse in riferimento ai condannati recidivi. In questo caso nulla può migliorare il rapporto tra la persona offesa e il reo anzi la conoscenza delle motivazioni (art. 61 c.p.<sup>119</sup>) dell'autore del crimine potrebbero addirittura sottolineare

---

<sup>118</sup> E. SORRENTINO, *Teoria*, cit., 116; si v. anche G. ROSSI, *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, in C.R. Brutti, *mediazione, conciliazione, riparazione*, Torino, 1999, 58 ss.

<sup>119</sup> Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: 1) l'aver agito per motivi abietti o futili; 2) l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o

una inclinazione del reo alla commissione di reati. Inoltre la conoscenza da parte della persona offesa delle motivazioni che hanno portato alla realizzazione del crimine potrebbe ingenerare nella sfera emozionale della vittima una situazione più instabile di quanto non abbia fatto già la condotta criminosa.

Seppur meritevole di attenzione, tale teoria non può in linea di principio sostituire totalmente il sistema repressivo. Tuttavia, con le dovute attenzioni, si potrebbe porre su un piano accessorio ed eventuale la pena con una funzione solamente repressiva.

### *10. La teoria dello scopo secondo Liszt*

Tra le teorie sulla funzione della pena vorrei ricordare quella di Liszt<sup>120</sup>. Nella teoria di Liszt lo scopo della pena deve essere identico alla sua funzione.

In questa teoria viene in rilievo il concetto di obiettivazione della pena e cioè la trasmissione del potere di reprimere e punire dalla persona offesa a soggetti che non sono coinvolti nella fattispecie del reato.

---

assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato.

<sup>120</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., a cura di A.A. Calvi, Milano, 1962, 15 ss.



La teoria di Liszt non può essere posta nè tra le teorie relative<sup>121</sup> nè tra le teorie assolute<sup>122</sup>. Infatti la teoria dello scopo non attribuisce alla pena solo fini risocializzanti o esclusivamente retributivi ma permette di parametrare al caso concreto la sanzione.

La pena esiste ancora prima del diritto penale e si pone come reazione primitiva guidata dagli impulsi vendicativi delle persone offese. La punizione può essere definita come un'azione istintiva<sup>123</sup>. La pena non è un'elaborazione della *scientia iuris* nè un costrutto dell'età moderna. La reazione a un'offesa è impulsiva non è determinata dal raggiungimento di nessuno scopo né diretta alla realizzazione di nessuna funzione.

La pena è un corollario necessario alla commissione del reato essa rappresenta la reazione di un'animale all'attacco di un altro animale: «Alla stessa guisa dell'animale, così reagisce l'uomo primitivo contro perturbamenti provenienti dal mondo esterno; vengano essi da un essere animato, ragionevole o irragionevole, oppure trovino essi la loro origine nel dominio delle forze della Natura. Per l'uomo e per l'animale la reazione come autoaffermazione assume la forma di annientamento o lesione del tangibile autore delle azioni di disturbo.»<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> F.F. GUELF, *Enciclopedia*, cit., 107 ss.

<sup>122</sup> R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto*, cit., 1098 ss.; A.M. COVELLI, *Diritto penale*, cit. 11 ss.

<sup>123</sup> I. RAGIMOV, *La moralità*, cit., 76 ss.

<sup>124</sup> F. VON LISTZ, *La teoria*, cit., 19 ss.

L'evoluzione della società ha portato alla 'civilizzazione' della pena tuttavia non ha portato al suo mutamento. Anche se per vie indirette e velate anche oggi l'idea della pena è in senso fisico o meglio dire animale. Il sentimento sociale non è certo la rieducazione del reo ma sicuramente la sua sofferenza.

Le teorie analizzate fin qui sono costruzioni dogmatiche di pochi dotti che difficilmente vengono assorbite dalla società in quanto essa appare ancora legata agli istinti primordiali di autoconservazione e di vendetta<sup>125</sup>. Dunque la domanda non è se le teorie della pena possano o non possano essere valide. La domanda è la pena potrà mai liberarsi dalla sua funzione di vendetta e dal suo carattere principale rappresentato dalla violenza?

Abbiamo accertato che la pena è nella sua essenza una risposta primitiva e istintiva legata all'autoconservazione<sup>126</sup>. Accettando la presenza imprescindibile di questi sentimenti insiti nella natura umana possiamo cercare di creare un ponte tra tali istinti atavici e gli scopi più

---

<sup>125</sup> M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana*, cit., 7 ss.; H.L. PACKER, *I limiti*, cit., 383 ss.; F. CAVALLA, *La pena*, cit., 100 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 326 ss.; ID., *Il diritto*, cit., 493 ss.; M. RONCO, *il problema*, cit., 185 ss.

<sup>126</sup> S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale: per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, 2003.; *Encyclopedia of Crime and Justice*, a cura di S.H. Kadish, New York, 1983; *Dinamiche della volizione e libertà*, a cura di L. Eusebi, Milano, 2008; *Manuale di neuroscienze forensi*, a cura di A. Bianchi, G. Gulotta e G. Sartori, Milano, 2009.

elevati dettati dalla ragione senza però dimenticare che la compressione del sentimento primitivo della vendetta non significa la sua espunzione.

Tali considerazioni ci permettono anche di armonizzare i rapporti tra etica e pena<sup>127</sup>. La pena essendo una reazione impulsiva sembra non avere nessuna relazione con l'etica intesa come complesso di valori morali che dovrebbero ispirarla, in particolare: «La pena è però una reazione diretta a respingere; essa è azione e perciò movimento corporeo, intervento nel mondo esterno, atto diretto contro la causa delle manifestazioni perturbatrici; essa si rivolge contro il delinquente al fine di piegarne o annientarne la volontà, ledendo o distruggendo quei beni giuridici che fanno capo al titolare di quella stessa volontà: essa è in sostanza protezione dei beni giuridici attuata attraverso lesione di beni giuridici.<sup>128</sup>».

Alla luce di tali considerazioni possiamo approdare alla consapevolezza che l'applicazione di una pena giusta è condizionata dalla sua obiettivazione e dalla trasmissione del potere punitivo dal soggetto leso ad un soggetto terzo estraneo alla fattispecie.

Tale risultato è in parte realizzato con il passaggio del potere punitivo dalle mani degli offesi all'apparato statale.

---

<sup>127</sup> I. RAGIMOV, *La moralità*, cit., 114 ss.

<sup>128</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo*, cit., 22 ss.

Attraverso l'obiettivazione della pena è anche mitigato il sentimento primitivo dell'impulso della vendetta. Dunque la teoria di Liszt dipinge la pena come uno strumento posto al servizio della tutela dei beni giuridici.

La potestà dello Stato è il mezzo attraverso il quale è possibile tutelare oltre l'interesse del singolo consociato anche lo stesso ordinamento turbato dalla condotta antiggiuridica del reo. Attribuendo lo *ius puniendi* allo Stato si può raggiungere oltre l'obiettivazione della pena anche una sua più efficiente applicazione.

La teoria dello scopo permette di reagire alla condotta antiggiuridica perseguendo un fine che non sia di carattere primitivo ma che sia obiettivizzato e 'moralmente' elevato.

Possiamo cogliere un'altra sostanziale caratteristica della teoria dello scopo: per parametrare lo scopo e la funzione della pena la teoria in esame valuta esclusivamente gli obiettivi da raggiungere nell'applicazione della sanzione senza aggiungere la sofferenza prodotta in passato dal reo.

Purtroppo oggi la tesi dominante è ancorata all'idea di pena proporzionata al male arrecato dal reo e non alle misure da adottare per rieducarlo.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Milano, 1979; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

La teoria dello scopo non è legata all'azione del reo ma alle azioni da compiere affinché il reo non tenga più quella condotta. Dunque in questo caso la pena avrà contenuti risocializzanti e modulabili caso per caso<sup>130</sup>.

In un certo senso scompare l'interesse per la 'quantità' della pena a favore della 'qualità' della stessa. Si tende non più a una violenza cieca per soddisfare il sentimento di vendetta ma si alla rieducazione del reo ricordando sempre che la funzione retributiva della pena non può mai scomparire può tuttavia tendere a scopi diversi.

Dunque in opposizione al principio quanto più grave è la colpa tanto più grande sarà la pena dovrebbe sostituirsi il principio 'quanto più grave è la colpa tanto più specifica dovrà essere la pena' proprio perché quest'ultima in riferimento allo scopo potrà essere modulata e graduata.

Ovviamente nella graduazione della sanzione dovrà sempre tenersi conto di due criteri essenziali: il primo è quello oggettivo e cioè il grado di lesione del bene giuridico tutelato, il secondo soggettivo relativo alla volontà dell'agente cioè al grado di colpevolezza.

Arrivati al termine dell'analisi di questa teoria possiamo affermare che secondo Liszt la pena giusta è la pena necessaria: «La pena retta, cioè giusta, è la pena necessaria. Giustizia, nel diritto penale, significa attenersi

---

<sup>130</sup> «La misura della pena risulta quindi non dall'intimo principio della stessa, bensì dall'idea dello scopo», F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo*, cit., 39 ss.

ad una misura di pena necessaria secondo l'idea dello scopo. Come la pena giuridica è sorta quale autolimitazione della forza punitiva attraverso l'obiettivazione, così essa attinge la sua più alta completezza attraverso il perfezionamento dell'obiettivazione stessa. L'assoluto legame della potestà punitiva all'idea dello scopo è l'ideale della giustizia penale»<sup>131</sup>.

Si cristallizza un utilizzo della pena solo ed esclusivamente in riferimento al suo scopo senza eccessi dettati da istinti primitivi. Si realizza l'applicazione centellinata del mezzo (la pena) per raggiungere lo scopo: «Non è pensabile maggiore oltraggio all'idea dello scopo, di un esagerato impiego della pena, quale può essere l'annientamento dell'esistenza fisica, etica, economica di un cittadino, qualora questa non sia inevitabilmente postulata dai bisogni dell'ordinamento giuridico»<sup>132</sup>.

In questo senso la pena assume una vera e propria funzione di carattere sociale che si sostanzia nella prevenzione e tutela dei beni giuridici.

Gli scopi che questa teoria attribuisce alla pena sono triplici: la risocializzazione del reo, l'intimidazione del reo, la neutralizzazione dello stesso nel caso in cui non sia possibile risocializzare.

Si parla di neutralizzazione quando siamo di fronte alla categoria dei cosiddetti irrecuperabili: si fa riferimento alla lotta della delinquenza

---

<sup>131</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo*, cit., 46 ss.

<sup>132</sup> F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo*, cit., 46 ss.

abituale e cioè quei soggetti che pur se rieducati non potrebbero comunque essere risocializzati stante la loro alta attitudine al crimine. In questi casi il Liszt propone l'isolamento a tempo indeterminato o perpetuo presso strutture lavorative per impiegare la forza lavoro in una sorta di 'servitù della pena'. Le eventuali sanzioni corporali dovrebbero essere introdotte come sanzioni disciplinari<sup>133</sup>.

Il secondo gruppo fa riferimento ai soggetti che sono privi di educazione valoriale e civica e per tale motivo commettono crimini anche per necessità per i quali c'è bisogno di un percorso rieducativo che permetta agli stessi di essere risocializzati.

Infine il terzo gruppo riguarda i delinquenti occasionali.<sup>134</sup> Qui si fa riferimento a quei soggetti che commettono reati in riferimento a semplici circostanze ambientali che influiscono sulla loro capacità di giudizio. In questi casi la pena deve raggiungere il semplice scopo di intimidazione per non permettere un'eventuale ricaduta nella condotta antiggiuridica.

---

<sup>133</sup> G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio: 'nullum crimen sine lege'*, Milano, 1970, 2, 113, 221 ss.

<sup>134</sup> *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, a cura di T. Bandini, Milano, 2003; C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*<sup>4</sup>, I, Torino, 1889, 2 ss.

## 11. *La pena dell'ergastolo e i suoi profili di incompatibilità costituzionale*

Vorrei ora trattare un complesso problema che si riferisce al rapporto tra la funzione rieducativa e la pena dell'ergastolo<sup>135</sup>. Tale tema è tutt'oggi molto dibattuto<sup>136</sup> e seppur con degli adeguamenti sembra ancora arduo far collimare la pena dell'ergastolo con un sistema come il nostro improntato alla rieducazione e alla risocializzazione del reo.

L'ergastolo rappresenta la pena detentiva perpetua che viene inflitta ai soggetti che commettono reati di particolare gravità e allarme sociale. Si pensi ai delitti contro la personalità dello Stato. Etimologicamente ergastolo rappresenta un residuo dei lavori forzati<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> M. CHIAVARO, *L'ergastolo al minorenne*, in *Foro. it.*, 2, 1980, 617 ss.; M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2016, 575 ss.; F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 1956, 1 ss.

<sup>136</sup> F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 1 ss. e *passi falsi che il legislatore non deve fare*, in *Riv. pen.*, 2001, 223 ss.

<sup>137</sup> Il termine ergastolo era riconosciuto come denominazione del luogo in cui venivano rinchiusi gli schiavi o i detenuti per debiti. L'utilizzo dell'ergastolo viene alla luce tra il settecento e l'ottocento in cui le proposte riformatrici e i valori e principi illuministici, contrari alla pena di morte, favorirono l'emersione del carcere perpetuo. In particolare anche il Beccaria favorì l'applicazione del carcere perpetuo in luogo della pena di morte: «Questa inutile prodigalità di supplici, che non ha mai resi migliori gli uomini, mi ha spinto ad esaminare se la morte sia veramente utile e giusta in un governo bene organizzato. Qual può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili? Non certamente quello da cui risulta la sovranità e le leggi. Esse non sono che



Il carcere perpetuo si afferma solo in epoca illuministica e viene inteso come la privazione della libertà a tempo indeterminato. Nel nostro codice penale attuale l'ergastolo viene richiamato dagli artt. 17<sup>138</sup> e 22<sup>139</sup>.

La problematica che ha mosso e muove ancora oggi intensi dibattiti è la compatibilità tra l'ergastolo e la funzione rieducativa e risocializzante accolta nella nostra carta costituzionale.

Il punto di attrito è facilmente intuibile, se da un lato abbiamo l'ergastolo che si erge a pena delle pene con la privazione della libertà in modo perpetuo, dall'altro troviamo il pilastro del nostro sistema penale e cioè l'art. 27 della carta costituzionale che al suo comma 3 recita: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

Alla luce di queste prime riflessioni appare difficilmente rilevabile nell'ergastolo una funzione rieducativa.

---

una somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno (...), non è dunque la pena di morte un diritto, mentre ho dimostrato che tale essere non può, ma è una guerra della nazione con un cittadino, perché giudica necessaria o utile la distruzione del suo essere. (...)» C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 69 ss.

<sup>138</sup> Le pene principali stabilite per i delitti sono: la morte, l'ergastolo, la reclusione e la multa. Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono: l'arresto e l'ammenda.

<sup>139</sup> La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli istituti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno (artt. 29, 32, 32 bis, 32 ter, 32 quater e 36). Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.

Dunque è una forzatura il voler incastonare nel nostro sistema penale una sanzione come l'ergastolo. In tale ottica potremmo rilevare come la pena perpetua sia diventata una sanzione primitiva anche a livello europeo in quanto la stessa CEDU pone al centro del suo impianto normativo la dignità della persona<sup>140</sup>.

Nella carta costituzionale l'ergastolo per i motivi sopra esposti è stato ridisegnato completamente. Le modifiche sono avvenute in particolare per consentire un adeguamento ai caratteri strutturali del nostro sistema costituzionale. Con la legge 1634 del 1962 n. 1634 si è estesa la possibilità di ottenere la liberazione condizionale anche agli ergastolani una volta che siano scontati ventotto anni di pena.

Tale modifica seppur rilevante oltre a stravolgere e a esautorare il significato dell'ergastolo non pare a nostro avviso sufficiente a smussare i punti di contrasto. In verità in questo modo non si è fatto altro che rendere una pena da perpetua a non perpetua.

A livello giurisprudenziale la corte di Cassazione si è espressa per la prima volta a sezioni unite il 16 giugno 1956<sup>141</sup> sottolineando come non

---

<sup>140</sup> S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012; P. BIAVATI, *L'efficacia diretta delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Diritto processuale costituzionale*, a cura di L. Mezzetti e E. Mac-Gregor, Padova, 2010, 55, 67 ss.

<sup>141</sup> Cass.16 giugno 1956, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1956, 485 s.

ci fosse alcun problema di compatibilità tra la pena perpetua e la carta costituzionale. Secondo la Suprema Corte la compatibilità dell'ergastolo con i valori costituzionali si basa su quattro ragioni: la prima riguardante la rieducazione del condannato che non deve essere rappresentata necessariamente dal solo recupero sociale ma anche semplicemente dalla sua 'redenzione morale'. Da tale assunto possiamo rilevare che se per la 'giustificazione' di una pena basta soltanto la redenzione morale anche la pena di morte in qualche modo potrebbe essere giustificata. In secondo luogo la Suprema Corte ha richiamato il 'dato interpretativo' affermando che se il legislatore costituzionale avesse voluto escludere la pena dell'ergastolo lo avrebbe effettuato in maniera esplicita ed espressa. Anche sotto questo aspetto la motivazione è molto debole in quanto all'interno della carta costituzionale esistono diritti e principi che anche se non espressamente previsti possono essere facilmente desunti: si pensi al diritto alla vita o ad esempio il divieto di praticare la tortura<sup>142</sup>. Infine la Corte giustifica la legittimità dell'ergastolo richiamando il concetto di polifunzionalità della pena.

---

<sup>142</sup> «Una crudeltà consacrata dall'uso nella maggior parte delle nazioni è la tortura del reo mentre si forma il processo, o per costringerlo a confessare un delitto, o per contraddizioni nelle quali incorre (...), Qual è il fine politico delle pene? Il terrore degli altri uomini (...))», C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 39 s.

Le pene possono avere una molteplicità di funzioni, in particolare l'ergastolo realizza la funzione della deterrenza e della prevenzione generale. La Cassazione giustifica l'ergastolo affermando che si tratta di una pena che non è da ritenersi sempre perpetua per via dell'esistenza della grazia e della commutazione della pena.

Lo strumento della grazia dovrebbe armonizzare l'ergastolo con il fine rieducativo. Infatti tale beneficio viene concesso quando il reo manifesti il suo ravvedimento.

A nostro avviso l'enorme anomalia è rappresentata dalla mancanza oggettiva di criteri predeterminati alla cui realizzazione la grazia possa essere concessa.

Inoltre mancherebbe la terzietà e l'equidistanza che la figura del Presidente della Repubblica dovrebbe avere rispetto alle questioni che di volta in volta si verificano. Infatti interessi politici potrebbero orientare la scelta dello strumento in questione.

La Corte costituzionale, con la storica sentenza n. 204 del 1974 ha attribuito in maniera espressa il fine rieducativo alla pena. Nella sentenza il giudice delle leggi muove la propria riflessione sulla compatibilità dell'ergastolo dall'art. 27 Cost., in particolare: «Con l'art. 27 comma terzo, della Costituzione l'istituto (della libertà condizionale) ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di

applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle.»; ancora «il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

Per la Corte Costituzionale la pena detentiva non ha altro scopo che quello rieducativo di cui all'art. 27 Cost.: «tale diritto deve trovare nella sua legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale».

La Corte conclude sottolineando come il potere di concedere la condizionale attribuito al Ministro e non al Giudice rappresenta una vera e propria asimmetria sistematica che non può essere accettata in un sistema costituzionale basato sulla separazione dei poteri specialmente in presenza della riforma del 1962 che ha esteso l'applicazione della condizionale agli ergastolani<sup>143</sup>.

La questione sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo è stata risolta dalla sentenza n. 274 del 1983<sup>144</sup> con la quale la Corte Costituzionale ha sottolineato come l'esistenza del beneficio della

---

<sup>143</sup> B. ASSUMMA, *La sospensione condizionale della pena*, Napoli, 1984; A. MARTINI, *La pena sospesa*, Torino, 2001; ID. *Una nuova tappa di un viaggio forse senza meta la legge di riforma della sospensione condizionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1333 ss.

<sup>144</sup> <http://www.giurcost.org/decisioni/1983/0274s-83.html>.

liberazione condizionale insieme a quello della liberazione anticipata rende compatibile l'ergastolo con i principi della costituzione. Infatti la liberazione anticipata diminuisce il tempo servente alla liberazione condizionale armonizzando l'ergastolo con il sistema rieducativo previsto dalla Costituzione<sup>145</sup>. Dunque la liberazione anticipata e la liberazione condizionale<sup>146</sup> hanno ridotto notevolmente i punti di attrito con la funzione rieducativa della pena. A conferma di tale indirizzo la Corte Costituzionale ha risolto un altro problema relativo alla revoca della liberazione condizionale e alla possibilità del rinnovamento della richiesta da parte dell'ergastolano.

Alla base della soluzione della questione troviamo la sentenza della n. 161 del 1997 che stabilisce l'incostituzionalità dell'art. 177 comma 1 del c.p. nella parte in cui non prevede che l'ergastolano a cui sia stata revocata la condizionale possa fruirne nuovamente ove si realizzassero nuovamente i requisiti previsti dalla norma. La Corte sottolinea come l'eventuale preclusione a tale rinnovamento della richiesta della condizionale da parte dell'ergastolano precluderebbe in maniera assoluta la sua partecipazione al processo rieducativo costruito dalla carta costituzionale.

---

<sup>145</sup> F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo*, cit., 5 ss.

<sup>146</sup> V. GREVI, *Sulla configurabilità di una liberazione condizionale 'anticipata' per i condannati all'ergastolo*, in *Foro. it.*, 1, 1984, 19 ss.

È facile intuire dalle sentenze della Corte Costituzionale come la stessa abbia collegato in modo viscerale la funzione rieducativa alla pena dell'ergastolo<sup>147</sup>. Tuttavia dovrebbe essere auspicabile la predisposizione di strumenti che assicurino la realizzazione di tale rieducazione.

Altro aspetto problematico che intendo affrontare brevemente è quello relativo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 168 del 1994 con la quale viene trattato il complesso tema dell'applicabilità dell'ergastolo ai minorenni<sup>148</sup>. Nel dispositivo della sentenza possiamo leggere «La Corte Costituzionale Dichiarò l'illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 22 del codice penale nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile; Dichiarò, in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87: a) l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, nella parte in cui prevede che nei confronti del minore imputabile sia applicabile la disposizione del primo comma dello stesso articolo 69 in caso di concorso tra la circostanza attenuante di cui all'art. 98 del codice penale e una o più circostanze aggravanti che comportano la pena dell'ergastolo, nonché nella parte in cui prevede che nei confronti del minore stesso siano applicabili le

---

<sup>147</sup> S. SANTARELLI. *La corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una 'contradictio' in 'terminis' ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza n. 161/97)*, in *Cass. pen.*, 2001, 1356 ss.

<sup>148</sup> Si veda il PEDIO, voce *Ergastolo* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, Milano, 1966, 225 ss.

disposizioni del primo e del terzo comma del citato art. 69, in caso di concorso tra la circostanza attenuante di cui all'art. 98 del codice penale e una o più circostanze aggravanti che accedono ad un reato per il quale è prevista la pena base dell'ergastolo; b) l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui, in caso di concorso di più delitti commessi da minore imputabile, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni, prevede la pena dell'ergastolo».

Il ragionamento della Corte si basa nel contrasto delle norme penali con l'art. 31 della Cost. nella parte in cui prevede la protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù e la predisposizione di strumenti per il raggiungimento di tali scopi.

La norma costituzionale pone in piena incompatibilità la pena dell'ergastolo nei confronti del minore in quanto il minore, immaturo dal punto di vista psicologico e caratteriale, potrebbe 'subire' tale pena senza nessun effetto positivo sulla sua psiche anzi l'ergastolo potrebbe essere totalmente controproducente espungendo in maniera definitiva l'effetto rieducativo.

Che la sentenza su esposta sia coerente con il sistema costituzionale è palese. Infatti il minore è particolarmente tutelato nella nostra carta



costituzionale si pensi agli art. 30, 31, 33, 34 e 37<sup>149</sup>, oltre alla costituzione non mancano norme nazionali<sup>150</sup> e internazionali<sup>151</sup> che pongono al centro della tutela il minore.

---

<sup>149</sup> Art. 30 Cost.: «È dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.»; art. 31 Cost. «La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo»; art. 33 Cost.: «L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento. La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e i gradi. Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato. La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali. È prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini di scuole o per la conclusione di essi e per la abilitazione all'esercizio professionale. Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.»; art. 34 Cost.: «La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. I capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi. La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso.»; art. 37 Cost.: «La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato. La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione.

Inoltre, l'articolo 3 stabilisce il principio di uguaglianza formale: tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzioni di alcun genere (compresi, quindi, i minori); mentre l'articolo 31 attribuisce allo Stato il compito

---

specifico di tutelare l'infanzia e la gioventù favorendo la nascita delle istituzioni necessarie a questo fine.»

<sup>150</sup> Non a titolo esaustivo si pensi alla legge 451/97 che stabilisce la fondamentale importanza per quanto concerne le attività di controllo e di indirizzo in materia di tutela dell'infanzia - la legge 285/97 che introduce disposizioni finalizzate alla promozione di diritti ed opportunità per l'infanzia e l'adolescenza - la legge 269/98 che tutela i minori contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale - la legge 148/2000 che introduce nell'ordinamento giuridico italiano la Convenzione sulla proibizione dello sfruttamento del lavoro minorile - la legge 2/2001 che tutela i minori abrogando l'articolo 3 della legge 31 maggio 1975, n. 191 in materia di arruolamento dei minorenni.

<sup>151</sup> Si pensi alle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia: (Convention on the Rights of the Child con acronimo: CRC) approvata dall'Assemblea dell'ONU il 20 novembre 1989, impegnandosi a rispettare i diritti in essa proclamati a garantirne il godimento ad ogni fanciullo, indipendentemente da ogni differenza di razza, colore, sesso, lingua, religione, origine nazionale, etnica o sociale (art. 2). La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, che riconosce al minorenne, se capace di discernimento, il diritto di essere informato e di esprimere la sua opinione nelle procedure giudiziarie che lo concernono. La Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina fatta ad Oviedo il 4/4/1997 in base alla quale, per gli atti medici, l'opinione del minorenne deve essere presa in considerazione in misura sempre più determinante in funzione della sua età e del suo grado di maturità (art. 6) e infine Regole ONU 29/11/85 sull'amministrazione della giustizia minorile (c.d. Regole di Pechino) che introducono il principio della minima offensività del processo e delle sanzioni minorili. In forza delle normative internazionali si può notare come l'Italia si sia impegnata a tutelare ogni soggetto di età inferiore ai 18 anni e indifferentemente che sia cittadino italiano o meno il nostro Stato deve garantire i seguenti diritti inviolabili: il diritto all'identità personali e familiare (artt. 7, 8, 9 CRC) il diritto all'unità familiare e al mantenimento rapporti con i genitori che vivono in stati diversi a cui corrisponde il dovere dello Stato di adottare tutte le misure necessarie a consentire il ricongiungimento familiare (art 10 CRC) il diritto di esprimere liberamente la propria opinione, se capace di discernimento

Che la funzione rieducativa sia compatibile con l'ergastolo, grazie all'individuazione di un arco temporale entro il quale poter effettuare indagini sull'avvenuta realizzazione dell'emenda del reo, appare chiaro anche nelle pronunce corte di Strasburgo.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo stabilisce l'impossibilità di applicare la pena dell'ergastolo senza la predisposizione di un termine dopo il quale si possa effettuare un'istanza di riesame. La mancata fissazione di un termine per il riesame violerebbe l'art. 3 CEDU<sup>152</sup>. Tale principio lo ritroviamo nella sentenza *Kafkaris v. Cipro* del 2008 dove viene coinvolto un cittadino cipriota condannato a tre ergastoli all'età di quarant'anni per omicidi premeditati. La questione centrale è individuata nell'assenza nel sistema normativo cipriota di una norma che regoli la liberazione condizionale.

Infatti: «Erano in vigore solo degli atti di normazione secondaria, in base ai quali l'ergastolano avrebbe dovuto scontare almeno venti anni di prigione, poi ridotti a quindici. A seguito di una declaratoria di incostituzionalità del 1996, questa normativa secondaria venne cancellata e al Parlamento sarebbe spettato il compito di riformare la materia. Il

---

nelle questioni anche di salute che lo riguardano (art. 12 CRC, Convenzione di Strasburgo e di Oviedo)

<sup>152</sup> «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» art. 4 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Parlamento decise di estendere la disciplina costituzionale in materia di grazia e di remissione, sospensione e commutazione delle pene anche alla liberazione condizionale. Si approvò pertanto, nello stesso 1996, una riforma legislativa in tale direzione: il Presidente della Repubblica, che ai sensi dell'art. 53 Cost. aveva il potere di grazia e di remissione, sospensione e commutazione delle pene, si vide riconosciuto anche quello di porre fine anticipatamente alla detenzione di qualunque persona, ergastolani compresi»<sup>153</sup>. Dunque per la Corte Edu la mancata scarcerazione di Kafkaris trascorsi i quindici anni di reclusione non rappresenta una violazione dell'art. 3 CEDU da parte del Governo perché: «pur essendo caratterizzata da un certo stato di ansia, dovuta alla modifica delle aspettative di rilascio, la situazione di Kafkaris non si poteva considerare in violazione dell'art. 3 CEDU poiché non aveva superato un certo livello di gravità»<sup>154</sup>. La Corte sottolinea che per la violazione dell'art. 3 CEDU la pena deve essere *de jure e de facto* irriducibile. Invece nel caso Kafkaris il Presidente della Repubblica poteva essere adito. Appare chiaro dunque che il requisito essenziale per la compatibilità dell'ergastolo, anche all'interno della normativa comunitaria, è l'abolizione del carattere della perpetuità della pena.

---

<sup>153</sup> D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, Milano, 2014, 20 ss.

<sup>154</sup> D. GALLIANI, *Il diritto di sperare*, cit., 40 ss.

A nostro avviso se la compatibilità tra l'ergastolo e il fine rieducativo della pena va individuata nell'utilizzo di strumenti normativi che permettano la commutazione della pena perpetua in altra pena tali strumenti non dovrebbero essere affidati al potere politico che potrebbe utilizzarli non per finalità alte come quelle previste dalla CEDU o dalla Costituzione ma per puro clientelismo.

Dunque è opportuno oltre che utilizzare strumenti che eliminino 'l'irriducibilità' della pena dell'ergastolo affidare questi ultimi a soggetti terzi e imparziali.

Concludiamo ricordando uno dei problemi principali e cioè quello relativo alla certezza della pena<sup>155</sup>. Come abbiamo notato esistono diverse teorie riguardanti la pena ma a prescindere dalla teoria alla quale si voglia protendere nulla può essere realizzato senza la certezza della pena. È proprio l'incertezza nell'applicazione della pena che comporta l'effetto inverso della deterrenza e cioè l'incoraggiamento delle condotte illecite.

In particolare «La certezza non ha a che fare colla gravità, e se, dato e non concesso, si potesse supplire al difetto dell'una coll'eccesso dell'altra, anziché minacciare pena maggiore a delitti d'investigazione e

---

<sup>155</sup> FA. PENNISI, *La valutazione della pena detentiva inflitta ai fini della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e della liberazione condizionale*, in *Giur. it.*, II, 1989, 26 ss.; F. CARRER, *Dal controllo del territorio alla certezza della pena*, a cura di F. Carrer, Milano 2010.

constatazione difficili converrebbe minacciarne minore. La speranza dell'impunità è in ragion diretta della severità della pena, specialmente poi se capitale, che niuna cosa credono i mortali più lontana della morte»<sup>156</sup>.

Sicuramente insieme ad altri elementi la crisi sulla certezza della pena è stata dettata dall'avaria delle pene detentive<sup>157</sup>.

Si pensi al problema delle carceri che ha legittimato anche l'emissione dell'indulto proprio in relazione al sovraffollamento carcerario.

La pena detentiva ha fatto sì che scomparissero pene più efferate diventando l'alternativa alle torture e alla pena di morte. Occorre tuttavia rilevare che il carcere è una pena che non presenta soltanto una privazione di carattere fisico intesa come impossibilità di gestione della propria libertà di movimento. Il regime carcerario crea anche una sofferenza psicologica: si pensi all'isolamento dal mondo esterno o comunque all'allontanamento dai propri familiari.

---

<sup>156</sup> P. ELLERO, *della pena capitale*, Venezia, 1858, 14 ss.

<sup>157</sup> R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le Regioni*, 1986, 1094 ss.; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 66 ss., «Il fenomeno delinquenziale non appare dunque influenzabile o efficacemente controllabile con la pena tradizionale e con le istituzioni carcerarie»; in senso critico si veda F. MANTOVANI, *Il vero diritto penale minimo: la riduzione della criminalità*, in *Universitas vitae homenaje a Ruperto Núñez Barbero.*, ed. F. Pérez Álvarez Salamanca, 2007, 491 ss., dove vengono analizzate sia le cause che determinano la perenne crisi del diritto penale e della pena sia le condizioni che permettono una eterna vitalità della stessa.

Nonostante ci siano attività numerose che mirino all'interno del percorso di detenzione a risocializzare il reo con programmi ricreativi e culturali è altrettanto vero che l'isolamento psicologico è particolarmente controproducente rispetto alla risocializzazione del condannato.

Inoltre è da sottolineare che le attività nel regime detentivo sono gestite e organizzate dalle autorità carcerarie e variano profondamente tra le varie strutture. Quindi l'eguaglianza nel trattamento penale non viene sicuramente rispettata anzi è frustrata proprio dall'arbitrarietà della scelta dei percorsi rieducativi e risocializzanti.<sup>158</sup> Il Ferrajoli definisce il carcere come «un'istituzione al tempo stesso illiberale, disuguale, atipica, almeno in parte extra-legale ed extra-giudiziale, lesiva della dignità della persona, penosamente e inutilmente afflittiva. Di questa istituzione sempre più povera di senso, che produce un costo di sofferenze non compensato da apprezzabili vantaggi per nessuno, risulta ormai giustificato il superamento o almeno una drastica riduzione della durata sia minima che massima»<sup>159</sup>.

Il trattamento inumano al quale vengono sottoposti i detenuti sicuramente non è coerente con i principi e valori consacrati nella carta costituzionale e nelle norme comunitarie. Oggi un detenuto mediamente ha a disposizione come spazio vitale una superficie di 2,70 mq. Si pensi

---

<sup>158</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 411 s.

<sup>159</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 411 s.

al caso Sulejmanovic- Italia ricorso n. 22635/03, dove la Corte Europea dei diritti dell'uomo il 16 luglio 2009 condannava l'Italia alla corresponsione al ricorrente della somma di euro 100 per i danni morali subiti proprio in relazione allo spazio ristretto nel quale il soggetto era destinato a 'sopravvivere'. Nel caso di specie la norma violata era l'art. 3 della CEDU che obbligava lo Stato ad assicurare a tutti i detenuti condizioni compatibili nel rispetto della dignità umana. Inoltre le modalità di esecuzione del provvedimento non dovevano provocare al soggetto un malessere o uno sconforto di intensità tale da oltrepassare il livello di sofferenza che già la detenzione determina. Pertanto le condizioni disumane nelle quali vivono i detenuti certamente non influiscono in modo positivo sulla psiche degli stessi e limitano e impediscono totalmente la realizzazione del fine rieducativo.

Si auspica la sostituzione della pena detentiva con altre pene definite 'misure alternative'<sup>160</sup> come la detenzione domiciliare, la semilibertà e la libertà vigilata. Tuttavia la eventuale riformulazione delle pene principali richiederebbe la «ridefinizione teorica e normativa delle privazioni di beni

---

<sup>160</sup> E. APRILE, *La Corte costituzionale riconosce l'applicabilità dell'istituto della detenzione domiciliare anche alla madre del figlio con handicap totalmente invalidante*, in *Il nuovo diritto*, 1, 2004, 62 ss.; L. FILIPPI, *La corte costituzionale valorizza il ruolo paterno della detenzione domiciliare*, in *Giur. Cost.*, Milano, 2003, 3634 ss.



o diritti compatibili con la salvaguardia della dignità della persona»<sup>161</sup>.  
Dunque il cambiamento, anche se lento e difficoltoso, deve partire non solo dalla sostituzione con pene alternative della pena in senso retributivo<sup>162</sup> ma anche con l'adeguamento dei sistemi e organi che devono assicurarne la corretta applicazione della pena.

## Capitolo Secondo

### *La pena nel diritto romano arcaico*

#### 1. *Una breve premessa*

Le differenze tra il sistema penale moderno e il sistema penale romano arcaico risultano sicuramente profonde: a titolo di premessa possiamo affermare che nella visione arcaica del diritto romano, in prevalenza, ogni risposta punitiva relativa ad un illecito era da qualificarsi da un punto di vista strettamente afflittivo.

---

<sup>161</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto*, cit., 418 s.

<sup>162</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1966, 82 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979; G. ZUCCALA, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano. Relazione presentata al II convegno di diritto penale di Bressanone sul problema della rieducazione del condannato, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Padova, 1963, 63 ss.

Che la concezione della pena nella Roma arcaica fosse incentrata totalmente sul concetto di afflizione lo possiamo riscontrare non solo in ambito criminale, ma anche nel processo civile; si pensi a quello *per legis actiones*. In particolare nella *legis actio sacramenti* il termine *vindicare iniuria*<sup>163</sup> sottolineava la natura prettamente afflittiva delle *actiones*. A maggiore conferma di quanto detto si può ricordare come il termine *iniuria*<sup>164</sup> venisse utilizzato anche nella descrizione dei delitti privati.

Altro dato rilevante a conferma della visione prevalentemente afflittiva persino in ambito civilistico del diritto arcaico è nella stessa formula del *sacramentum*<sup>165</sup>. Quest'ultima veniva considerata una sorta di scommessa pecuniaria. A ben vedere i funzionari preposti all'escussione della somma di danaro erano i *tresviri capitales*<sup>166</sup>. Essi venivano incaricati

---

<sup>163</sup> B. ALBANESE, voce *Illecito*, a) Storia, in *Enc. dir.*, 1, Milano, 1970, 53 ss., sottolinea come il meccanismo di applicazione del diritto privato romano risultasse identico a quello del diritto penale come appare chiaro dalla *legis actio sacramento* e da quella *per manus iniunctionem*. Queste ultime erano caratterizzate da una natura chiaramente afflittiva risultante proprio dalla terminologia usata '*vindicare iniuria*' soprattutto nelle *legis actio sacramentum*.

<sup>164</sup> L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra 'verba legis' e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015, 25 ss.; F. LUCREZI – G. MANCINI, '*Crimina*' e '*Delicta*' nel tardo antico, in *atti del seminario di studi*, Teramo, 19 – 20 gennaio, 2001.

<sup>165</sup> G. SABBATINI, *Appunti di preistoria del diritto romano*, Torino, 2014, 242 ss.; C.A. Cannata, *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, II, Torino, 2012, 82 ss.

<sup>166</sup> C. CASCIONE, '*Tresviri capitales*': storia di una magistratura minore, Napoli, 1999; B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, 131 ss.; W. NIPPEL, *public order in ancient Rome*, Cambridge, 1995, 23 ss.; F. LA ROSA, *nota sui 'tresviri*

di presiedere i processi penali e di infliggere sanzioni di carattere preminentemente fisico. Dunque, vista la competenza dei *tresviri capitales* a eseguire nella maggior parte dei casi pene di carattere corporale, la loro designazione a escutere la somma di danaro oggetto della scommessa ci porterebbe a congetturare che il *sacramentum* non contenesse soltanto una semplice promessa di pagamento, ma all'uopo anche pene di carattere fisico.

Possiamo sottolineare ancora come anche il processo *per manus iniectioem*<sup>167</sup> fosse costruito interamente sul concetto di pena corporale.

---

*capitales*', in *Labeo*, 3, 1957, 231 ss.; F. CANCELLI, *A proposito dei "tresviri capitales"*, in *Studi De Francisci*, III, Milano, 1957, 25 ss.

<sup>167</sup> V. CARRO, *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*, in *Diritto senza tempo*, diretto da A. Palma, F. de Bujan, O. Diliberto e P. Giunti, Torino, 2018, 37 ss.; A. CORBINO, *Considerazioni minime sulla 'manus iniectio'*, in *Diritto romano e attualità. La terminologia giuridica nel diritto processuale e moderno: la decisione giudiziaria e sua esecuzione*, a cura di K. Stloukalova e J. Sejdl, in *Atti del VIII Seminario internazionale in onore di H. Ankum Praga, 2-5 ottobre 2011*, Praga, 2013, 10 ss.; R. SANTORO, *'Manu(m)' conoscere*, in *AUPA*, 32, 1971, 513 ss.; in particolare vorrei ricordare il testo di una *lex* che testimonia la concezione afflittiva anche in ambito civilistico. La norma particolarmente interessante riportata nelle XII disponeva la possibilità di *partes secare* dell'*addictus* nel caso in cui non fosse stato assolto l'obbligo di soddisfare il creditore da parte del debitore. La norma sembra particolarmente dibattuta in quanto è incerto se la pena venisse inflitta dopo un procedimento giudiziale per *manus iniectioem* oppure fosse una sanzione attribuibile senza determinate formalità. A nostro avviso la soluzione appare rinvenibile all'interno del testo delle XII tavole e in particolare nella III tavola: Tab. 3.1. Il testo specifica che «in caso di riconoscimento del debito in giudizio o di condanna pronunciata, vi saranno trenta giorni fissati dalla legge». Soltanto in questo caso poteva aversi la cattura del

Sembra chiaro come la risposta dell'ordinamento arcaico rispetto agli illeciti fosse ispirata dal carattere dell'afflittività in senso fisico e non in senso patrimoniale.

---

debitore. Dunque si può ritenere che la sanzione derivasse da un processo di natura esecutiva per *manus iniectioem*. Nel caso in cui successivamente alla cattura il debitore non avesse adempiuto al giudicato o non avesse prestato un'adeguata garanzia avanti al magistrato il creditore aveva il diritto di portarlo con sé legarlo col gregge o con ceppi di quindici libbre. Il debitore poteva vivere presso la dimora del creditore a sue spese. Durante questo periodo poteva essere trovato un accordo. In caso negativo il debitore restava prigioniero del creditore per un massimo di sessanta giorni. Nelle more di tale termine era condotto al mercato per tre giorni consecutivi. Se a seguito del terzo giorno il debitore non fosse stato venduto poteva essere tagliato in pezzi. La norma decemvirale individuando soltanto come ultima *ratio* l'uccisione del debitore sembra spostare l'interesse da una semplice vendetta privata a una funzione di tutela per una maggiore certezza dei traffici. La prigionia dell'*addictus* permetteva che si potesse raggiungere un accordo tra le parti per far sì che l'affare non andasse perduto. L'uccisione del debitore seguiva soltanto in fase finale e garantiva una doppia soddisfazione; da un lato il creditore saziava la sua sete di vendetta, dall'altro soddisfaceva l'interesse della comunità a eliminare un soggetto insolvente e deleterio per il buon commercio. La norma rappresentava l'introduzione di un nuovo illecito che era appunto l'inadempimento pecuniario. Alla luce della disamina effettuata possiamo affermare che la funzione della norma fosse di natura preventiva. La minaccia della morte aveva un forte potere dissuasivo nei confronti dei debitori che intendevano non adempiere ai propri debiti; in particolare: Gell. *Noct. Att.* 20.1.41: *Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio: adimi enim putaverunt subsidium hoc inopiae temporariae, quo communis omnium vita indiget, si perfidia debitorum sine gravi poena eluderet*. La funzione preventiva e dissuasiva risulta chiara in Gellio Gell. *Noct. Att.*: «questo sussidio alla temporanea indigenza, di cui la quotidiana vita di tutti ha bisogno, sarebbe scomparso se senza una grave pena la perfidia dei debitori l'avesse ridotto ad un gioco».

Sin da tempo immemore la pena ha rappresentato il bisogno, o più propriamente la necessità, di vendetta insita nella natura umana. La punizione<sup>168</sup> dall'essere asservita semplicemente al soddisfacimento del primitivo bisogno di vendetta nella sua evoluzione si è cristallizzata in diverse funzioni. Queste ultime sono state costruite per il raggiungimento di scopi non sempre nobili; cioè coerenti con le finalità di tutela dei consociati o di mantenimento della pace sociale.

L'analisi di tali finalità parte, nel presente lavoro, dall'età romana arcaica. In questa epoca la particolare eterogeneità di opinioni sulle norme penali deriva da un'assoluta indeterminatezza del materiale da esaminare spesso particolarmente lacunoso.

Nel sistema romano arcaico, se così possiamo definirlo, troviamo un apparato penale raffigurato attraverso una dicotomia: pena pubblica e pena privata.

La pena pubblica aveva riguardo a reati che richiamassero un interesse pubblicistico. L'interesse leso in questo caso aveva una rilevanza generale; si pensi alla tutela della *pax deorum*, che, in determinate ipotesi,

---

<sup>168</sup> U. BRASIELLO, voce *Pena*, in *Nov. dig. it.*, 13, 1965, 808 ss.; B. SANTALUCIA, voce *Pena criminale*, in *Enc. del dir.*, 32, 1982, 734 ss.; J. ZABLOCKI, *La pena del taglione nel diritto romano*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, VII, Napoli 2007; A. WACKE, *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, in *Index*, 37, 2009, 137 ss.; A. CALORE, *La 'pena' e la 'storia'*, in *D@S*, 3, 2004, 1 ss.

portava il trasgressore alla *consecratio*<sup>169</sup>. La pena pubblica aveva lo scopo esclusivo di ristabilire la pace tra gli dei e gli uomini e non sembrava essere legata a nessun tipo di finalità retributiva o di vendetta<sup>170</sup>.

L'esecuzione delle pene pubbliche era affidata direttamente al *rex* il quale, sovente, veniva accompagnato dalle proprie guardie che all'occorrenza divenivano boia per la consacrazione dell'offensore al dio offeso. La pena privata era completamente lasciata all'autonomia dei singoli soggetti che la esercitavano attraverso atti di vendetta o mediante le forme del processo privato.

Vorrei ora richiamare alcune *leges* per sottolineare come le funzioni della pena precedentemente delineate si condensassero all'interno delle singole norme penali. Attraverso l'analisi di tali norme cercherò di dimostrare come e quanto la sfera del divino e della magia permeasse la cultura giuridica del tempo e in particolare la funzione penale.

---

<sup>169</sup> B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 234 ss., il quale fa riferimento all'ipotesi di «violazione di fede del patrono nei confronti del cliente e del cliente nei confronti del patrono, sanzionata da legge romulea con la *consecratio* a una divinità infernale»; vedi anche F. SALERNO, *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum'. Forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, in *Index*, 23, 1995, 405 – 411 ss.

<sup>170</sup> F.M. DE ROBERTIS, *La funzione della pena nel diritto romano*, in *Scritti vari di diritto romano, Studi in onore di S. Solazzi*, III, Bari, 1987, 10 ss.; G. DI TROLIO, *Le leges regiae' in Dionigi d'Alicarnasso*, Napoli, 2017, 10 ss.

## 2. *La funzione della pena individuata dall'analisi delle 'leges regiae'*

La punizione corporale o pecuniaria assolveva a una funzione di natura pubblicistica: in questo caso il reo si rendeva responsabile del crimine nei confronti della comunità e degli dei e pertanto doveva espiare le sue colpe con pene che placassero l'ira divina e soddisfacessero la sete di giustizia dei consociati. Tralascieremo invece i *delicta*<sup>171</sup> privati che comportavano una pena di natura privatistica.

La prima *lex* che intendo analizzare vietava al marito di separarsi dalla moglie. Questa legge che Plutarco<sup>172</sup> attribuisce a Romolo permetteva di ripudiare la consorte solo ed esclusivamente per veneficio della prole o per adulterio. Ogni altro motivo avrebbe condotto alla condanna del marito a 'sacrificare'<sup>173</sup> una parte del suo patrimonio alla dea Cerere e l'altra parte alla moglie ripudiata.

---

<sup>171</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 67 ss., in particolare i *delicta* «perseguiti dall'offeso nelle forme del processo privato e sanzionati con pena privata, sempre pecuniaria, dovuta esclusivamente alla parte lesa.». G. DI TROLIO, *Le leges regiae*, cit., 30 ss.

<sup>172</sup> Plut. *Rom.* 22.3.

<sup>173</sup> N. COMERRI, *Lo Studio del diritto romano*, Napoli, 1830, 203 ss., «La consacrazione doveva essere fatta co' riti e colle cerimonie solite a praticarsi in tal rincontro. I Romani credevano che gli dei abitassero veramente ne' templi in cui erano onorati. Facevano in essi i loro sacrifici ed ivi circoscrivevano per cos' dire l'asilo; ma bisognava che questa consacrazione fosse fatta pubblicamente».

Per i romani il ripudio da parte del marito non giustificato dai motivi indicati dalla legge turbava l'ordine divino. Nel caso di violazione della norma che comportava la *turbatio sanguinis*<sup>174</sup> il colpevole avrebbe dovuto immolare una vacca gravida.

In questi casi il patrimonio del marito veniva o concesso al dio offeso o diviso tra la moglie e la divinità.

La nostra indagine continua con l'analisi di una legge attribuibile sempre a Romolo, in particolare:

*Cic. de leg. 3.19: At mehercule ego frater quaero, de ista potestate quid sentias. Nam mihi quidem pestifera videtur, quippe quae in seditione et ad seditionem nata sit. Cuius primum ortum si recordari volumus, inter arma civium et occupatis et obsessis urbis locis procreatum videmus. Deinde quom esset cito necatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer, brevi tempore nescio IX quo pacto recreatus multoque taetrior et foedior natus est. Quae enim ille non edidit? Qui primum, ut in pio dignum fuit, patribus omnem honorem eripuit, omnia infima summis*

---

<sup>174</sup> G. HUMBERT, voce *Adulterium*, in Draemberg-Saglio, 1, 1875, 85 ss.; C. CORSANEGO, *La repressione romana dell'adulterio*, Roma, 1936, 16 ss. «È opinione concorde che nell'età repubblicana la sorpresa in flagrante desse al marito il diritto di vendetta con lo *ius vitae ac necis* sulla moglie e che tale diritto competesse pure al *pater familias* quando esercitava ancora la patria potestà sulla figlia sposata»; L. CHIAZZESE, voce *Adulterio. Diritto romano*, in *NNDI*, 1.1, 1957, 322 ss., afferma che il titolare della *manus* aveva il potere di esercitare il diritto di vendetta.



*paria fecit, turbavit, miscuit. Cum adflixisset prineipum gravitatem, numquam tamen conquievit.*

Con questa *lex* Romolo aveva stabilito che tutti i cittadini avessero il dovere di allevare i propri figli primogeniti vietando di uccidere gli infanti che avessero un'età inferiore a tre anni. L'unica eccezione era rappresentata dall'ipotesi in cui l'infante avesse un aspetto mostruoso oppure presentasse mutilazioni. In questi casi l'influsso superstizioso era rappresentato dalla convinzione che qualora il figlio avesse avuto un aspetto deforme<sup>175</sup> probabilmente tale deformità sarebbe stata da

---

<sup>175</sup> Una consuetudine ripresa nelle Dodici Tavole, legittimava la soppressione di chi soffriva di una deformità evidente Tab. 4.1-2, (FIRA, I, 35); ancora *The Oxyrinchus Papyri*, IV, a cura di B. Grenfell e A. Hunt, London, 1904, n. 744, 243 ss.; Paul. 4 *sent.* D.1.5.14.: *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur.* Il testo conferma che non erano considerati 'figli' coloro che al contrario di quanto solitamente avviene venivano procreati con un aspetto diverso da quello del genere umano. Per i romani la diversità dell'aspetto dalla normalità era considerato superstiziosamente: Ulp. 4 *ad leg. Iul. et Pap.* D.1.5.135: *Quaeret aliquis si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet.* Qui possiamo notare come persino i disabili non erano considerati esseri umani ma

interpretare come un segno degli dei che attraverso la malformazione dell'infante sottolineavano il loro dissenso all'esistenza del bambino.

Romolo non dispose alcun divieto di esposizione dei figli a condizione che il figlio venisse mostrato prima a cinque vicini per la loro approvazione. La pena prevista nel caso di trasgressione era quella della confisca dei beni nella misura del cinquanta per cento. Possiamo notare come la pena inflitta fosse di carattere 'economico'.

Dunque è plausibile ritenere che la sanzione potesse essere anche di natura diversa dalla punizione corporale qualora la violazione della *lex* non fosse di particolare gravità.

Nel caso in cui il reato fosse stato particolarmente grave il reo veniva qualificato con la formula *sacer esto*<sup>176</sup>. La qualifica di *sacer* aveva una

---

venivano equiparati agli animali proprio perché la stessa volontà divina li avrebbe voluti 'diversi'.

<sup>176</sup> L. GAROFALO, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, 13 ss.; ID., *L' 'homo liber' della 'lex Numae' sull'omicidio volontario*, in *Filia*. Scritti per G. Franciosi, II, Napoli, 2007, 1031 ss.; G. AGAMBEN, *'Homo sacer'. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, 79 ss.; L. PEPPE, *Note minime di metodo intorno alla nozione di 'Homo sacer'*, in *SDHI*, 73, 2007, 437 ss.; *Homo libero e homo sacer: due archetipi dell'appartenenza*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica nuovi saggi*, a cura di L. Garofalo, Torino, 2015, afferma: «La figura dell'*homo sacer*, già nota al più arcaico diritto romano, è permeata di straordinaria forza evocatrice: basti pensare che il filosofo richiamato nel testo, Giorgio Agamben, l'ha addirittura elevata a uno dei principali paradigmi del concetto di sovranità dominante dell'Occidente(...). L'*homo sacer* sarebbe, in definitiva, l'oggetto di una doppia esclusione: spogliato della dignità di 'persona', verrebbe ridotto a nuda e insignificante vita»; Ancora il Santalucia: «*Sacer*

valenza duplice; essa poteva indicare: «una sacralità positiva, per esempio quella della persona o della cosa investita di una potenza che deve essere venerata, ma può anche designare una sacralità negativa, e cioè la persona o cosa impura, che deve essere esclusa dalla comunità o eliminata, a meno che possa essere purificata»<sup>177</sup>.

La scelta delle fattispecie punibili con la formula '*sacer esto*' veniva lasciata al *rex*. Questo diritto/dovere permetteva al sovrano di introdurre all'interno dei fatti/reato fattispecie che consentivano di controllare sempre più il diritto di punire.

La funzione della pena di tutelare la *pax deorum*<sup>178</sup> e di soddisfare gli dèi offesi probabilmente era anche simulacro dello scopo ultimo di

---

è, per i romani, ciò che per natura o per atto consacratorio è sottratto ai rapporti umani e destinato alla divinità.» B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 11 s. nt. 22.; si v. B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 12 s.: «S'intende, pertanto, che possa essere considerato tale non solo l'oggetto che si trova in rapporto favorevole con gli dei, ma anche l'uomo che si è macchiato di un crimine, giacché in entrambi i casi, attraverso la consacrazione, la cosa è separata dal mondo profano e posta in potere del dio: nel primo caso perché la custodisca e la protegga, nel secondo perché eserciti su di essa la sua furia vendicatrice»<sup>177</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 11 s.

<sup>178</sup> M. SORDI, '*Pax deorum*' e libertà religiosa nella storia di Roma, in *La pace nel mondo antico*, Milano, 1985, 146 ss.; E. MONTANARI, *Il concetto originario di 'pax' e la 'pax deorum'*, in *Le Concezioni della pace* (Seminario del 21 aprile 1988), a cura di P. Catalano e P. Siniscalco, Roma, 2006, 39 ss.; J. RIES, *Il sacro, fondamento della religione roma*, in ID., *L'uomo e il sacro nella storia dell'umanità*, Milano, 2007, 136 ss.; P. VOCI, *Diritto sacro in età arcaica*, in *SHDI*, 19, 1953, 49 ss.; F. SINI, *Uomini e Dèi nel sistema giuridico-religioso romano: 'pax deorum', tempo degli Dèi, sacrifici*, in *D@S*, 5, 2006.

attrarre nel controllo del *rex* il potere ‘punitivo’ comprimendo sempre più la vendetta privata e quindi l’autonomia di quest’ultima.

Lo scopo era quello di non consentire che scontri privati potessero compromettere le relazioni delle famiglie più importanti. Di conseguenza l’accentramento del potere punitivo nelle mani del *rex* gli permetteva di esercitare o non esercitare l’atto punitivo sotto la ‘giustificazione’ divina.

Altra testimonianza dell’accentramento del potere punitivo nelle mani del *rex* era rappresentata dalla possibilità di messa a morte dei disertori e codardi attraverso la fustigazione (*flagellorum ictus*) alla quale seguiva la decapitazione<sup>179</sup>.

L’accettazione dei *cives* della completa detenzione da parte del re del potere di punire veniva ottenuta attraverso la convinzione psicologica da parte degli offesi che il colpevole di un reato potesse comunque essere ucciso impunemente attraverso la formula *sacer esto*.

I crimini enunciati fin ora rappresentavano il cosiddetto *scelus expiabile*<sup>180</sup>. Tali reati venivano considerati dei crimini ‘scusabili’.

---

<sup>179</sup> V. GIUFFRÈ, *La repressione*, cit., 11 s.; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 217 ss.

<sup>180</sup> F. ARCARIA – O. LICANDRO, *Diritto Romano*, I, *Storia costituzionale di roma*, Torino, 2014, 109 ss.; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 233 ss.; G. VALDITARA, *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013, 29 ss.; tra le altre norme che comportavano semplici offerte alle divinità offese possiamo annoverare ancora due leggi attribuibili a Numa: la prima Plut. *Num.* 12.3.: stabiliva che il lutto vedovile non potesse essere inferiore a dieci mesi. La legge faceva riferimento soltanto alle seconde nozze senza indicare l’ipotesi in cui fosse stato il terzo o il quarto matrimonio. Probabilmente anche nel caso

Per la loro espiazione bastava una semplice offerta definita *piaculum* che consisteva nell'immolare un animale o nel devolvere una parte del proprio patrimonio alla divinità offesa<sup>181</sup>. Le norme che prevedevano condotte di particolare gravità comportavano la pena di morte o meglio il sacrificio del reo all'ira del dio offeso. I reati contenuti in tali norme rappresentavano uno *scelus inexpiabile*<sup>182</sup>. In questo caso la condotta non poteva essere perdonata o condonata da un semplice sacrificio.

---

di terze nozze il termine doveva essere di dieci mesi dalla data della morte. Altra norma la ritroviamo in Gell. *Noct. Att.* 4.3.3-5: '*Paelicem*' autem appellatam probrosamque habitam, quae iuncta consuetaque esset cum eo, in cuius manu mancipioque aia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur, quam numae regis fuisse accepimus: *Paelex* aedem Iunonis ne tangito; si tangit, Iunoni crinibus demissis agnum feminam caedito. '*Paelex*' autem quasi (...). Quest'ultima norma riguardava l'ipotesi in cui una concubina toccasse l'altare della dea Giunone. In questo caso la pena prevista era il sacrificio di un'agnella; in particolare: «era definita *Paelex*, e ritenuta infame, colei che fosse unita e intima con un individuo nella *manus* e *mancipium* del quale vi fosse un'altra donna a causa di matrimonio, e ciò si desume da un'antichissima legge che sappiamo essere stata del re Numa (...)», *Leges regiae*, a cura di G. Franciosi, Napoli, 2003, 105 s. La norma tace sulle modalità di contatto della concubina rispetto all'altare, è da ritenere che oltre al corpo della concubina considerato 'impuro' anche eventuali oggetti o indumenti che le appartenevano erano da considerarsi 'peccaminosi'. Quindi è da ritenere che anche l'aver riposto oggetti personali o indumenti senza il materiale contatto della concubina con l'altare poteva integrare la condotta prevista dalla fattispecie.

<sup>181</sup> V. GIUFFRÈ, *La repressione*, cit., 12 s.

<sup>182</sup> B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 234 ss., afferma: «Le colpe più gravi non ammettono espiazione (si parla allora di *scelus inexpiabile*), e lo stesso trasgressore è chiamato a rispondere con la sua persona, ed eventualmente con i suoi beni, alla divinità offesa»; F. ARCARIA – O. LICANDRO, *Diritto*, cit., 109 ss.; L. FASCIONE, *Manuale di diritto*

In questi casi la funzione della pena era rappresentata sempre dalla tutela della *pax deorum* ma stante la gravità della condotta la divinità offesa non poteva essere soddisfatta da un semplice sacrificio. Dunque era necessario immolare il colpevole affinché su di esso si abbattesse l'ira degli dei.

La pena che veniva inflitta nei reati di maggiore gravità (si pensi alla *perduellio* o al *parricidium*) era la *consecratio capitis*<sup>183</sup> che non consisteva soltanto nella consacrazione del patrimonio del reo alla divinità bensì si sostanziava nell'immolazione del reo stesso. La *consecratio capitis* di norma veniva accompagnata dalla *consecratio bonorum* che comportava la privazione di tutti i beni del reo a favore della plebe qualora fosse stata offesa una divinità della plebe.

Che oltre alla sfera del divino anche la sfera magica ricoprisse un ruolo fondamentale era testimoniato da una norma contenuta nelle XII tavole<sup>184</sup>.

---

*pubblico romano*<sup>2</sup>, Torino, 2013, 181 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Danni alla persona e danno morale*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano 2008, 2776 ss.

<sup>183</sup> B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 234 ss.; G. SABBATINI, *Appunti*, cit., 57 ss.; G. VALDITARA, *Diritto*, cit., 28 ss.; D.C. MOROLLI, *A brief outline of roman law*, Roma, 2012, 20 ss.; F. SALERNO, *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum': forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli, 1990, 20 ss.

<sup>184</sup> Tab. 8.8b, in *Serv. Comm. in Verg. Buc.* 8.99: *Atque satas alio vidi traducere messes magicis quibusdam atribus hoc fiebat: unde est in XII tabulis neve alienam segetem pellexeris: quod et Varro et multi scriptores fieri deprehensum adfirmant*, e Tab. 8.8 in *Sen. Quest. nat.* 4.7.: *fruges excantare, alienam segetem pellicere*, «Appare

La pena comminata era quella capitale e aveva come scopo quello di colpire quelle condotte di particolare malvagità come l'incantesimo creato al fine di far trasferire i messi dal campo del vicino al proprio<sup>185</sup>. In questa fattispecie si fa chiara la distinzione tra il mezzo e lo scopo oggetto della norma. Non era la sottrazione del raccolto mediante rituale magico (*excanto*) ad essere vietato ma la sottrazione in senso stretto.

La specificazione è importante per notare come i riti magici volti al culto delle divinità o a scopi 'leciti' erano consentiti. L'utilizzo della

---

dunque preferibile accogliere l'opinione tradizionale e scindere le due fattispecie previste nella legislazione decemvirale, intendendo con l'espressione '*qui fruges excantare*' l'operazione magica tesa unicamente allo scopo di distruggere le messi: esse, attraverso la magia, vengono liberate dalla spica e muoiono prima di giungere a maturazione», M. RAVIZZA, *In tema di iniuria*, in *Prinipi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, in scritti in onore di G. Furguele, I, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, 432 ss.; secondo noi i due frammenti (Tab 8.8 e Tab. 8.8b) devono essere letti congiuntamente. Possiamo notare come gli stessi fossero assimilabili dal lato soggettivo mentre differivano esclusivamente da quello oggettivo. La condotta nel primo caso faceva riferimento all'incantesimo realizzato sui frutti nel campo altrui, nel secondo caso si riferiva a una sottrazione delle biade mediante il rituale magico; si v. ancora M. KORNMÜLLER, '*Magica incantamenta*' manuale teorico-pratico di magia romana, Roma, 2013; M. BAISTROCCHI, '*Arcana urbis*'. Considerazioni su alcuni rituali arcaici di Roma, Genova, 1987, 251 ss.; F. ZUCCOTTI, '*Qui fruges exantassit*', in *SRG*, 1988, 3, 81 ss.; E. FORCELLINI, '*Lexicon toutius latinitatis*', voce *excanto*, Padova, 1864-1890, 333 ss.: «*Excanto est incantationibus, veneficiis, et magicis artibus elicio, evoco, exire facio, traduco, trasfero: nam incantamenta plerumque carminibus et cantionibus fiunt*».

<sup>185</sup> F. BELLINI, '*Delicta*' e '*crimina*' nel sistema quiritario, Padova, 2012, 125 ss.

magia<sup>186</sup> per scopi nefasti creava talmente sgomento nella comunità che veniva punito con la pena capitale.

Non abbiamo notizie sulle modalità di esecuzione della pena sembra possibile congetturare che il reo potesse essere ucciso con ogni mezzo senza nessuna celebrazione particolare quasi come un *sacer*<sup>187</sup>.

Tra le norme che comportavano l'attribuzione di *sacer* possiamo ricordare una *lex* attribuibile ancora a Romolo:

Paul.-Fest. voce *Plorare* (Lindsay p. 260): *Plorare, flere (inclamare) nunc significat, et cum praepositione inplorare, id est invocare: at apud antiquos plane inclamare. In regis Romuli et Tatii legibus: «si nurus..., <nurus> sacra divis parentum estod».*

In questa *lex* si può notare tutta la rilevanza sociale che ricopriva il *pater familias*. Il semplice 'gridare' contro il *pater* comportava per il trasgressore la pena capitale. Nel caso di specie la norma fa riferimento alla nuora che avesse 'gridato' contro il *pater*. La pena non aveva lo scopo

---

<sup>186</sup> M.G. MAIOLI, *Magia e superstizione*, in *Immagini divine. Devozioni e divinità nella vita quotidiana dei Romani, testimonianze archeologiche dell'Emilia Romagna*, a cura di J. Ortalli e D. Neri, Firenze, 2007.

<sup>187</sup> L. GAROFALO, *Studi*, cit., 13 ss.; ID., *L'«homo liber» della «lex Numa»*, cit., 1031 ss.; G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., 437 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 11 s.; ID., *Diritto*, cit., 12 s.



di tutelare l'integrità della sfera individuale o i diritti del singolo individuo ma quella di conservare il potere e il rispetto del *pater*.

La norma penale richiama il termine *Plorare*<sup>188</sup> che significa tecnicamente 'piangere'; mentre aggiungendo la preposizione *in(plorare)* si trasforma in 'invocare'.

Non sembra quindi del tutto chiara la definizione della condotta. Parte della dottrina sostiene<sup>189</sup> che per i romani tale termine significasse sicuramente 'gridare'.

La condotta in esame era equiparabile per gravità al parricidio<sup>190</sup>. Questa equiparazione ci testimonia quanto fossero essenziali i legami di sangue all'interno dell'organizzazione giuridica.

Per la punibilità della condotta era necessaria la presenza dei testimoni. Questi ultimi non dovevano testimoniare sull'esistenza o

---

<sup>188</sup> R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002, 369 ss., il quale afferma: «*Plorare* significa lamentarsi per il dolore causato dalle percosse e gridare ad alta voce *ut aliqui audiant et conveniant*. Gli intervenuti sono in grado di portare materialmente aiuto all'agredito, ma fungono anche da *testes e arbitri*: accertano l'offesa in atto e assistono l'agredito che si fa giustizia uccidendo il colpevole».

<sup>189</sup> G. FRANCIOSI, '*Leges regiae*', a cura di G. Franciosi, Napoli, 2003, 42 s.

<sup>190</sup> J.D. CLOUD, *Parricidium: from the 'lex Numae' to the 'lex Pompeia de parricidiis'*, in *ZRG*, 1971, 1 ss.; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 104 ss.; A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, 2017; F. ARCARIA – O. LICANDRO, *Diritto*, cit., 111 ss.

inesistenza del fatto ma semplicemente confermare l'aggressione ingiustificata nei confronti del *pater*<sup>191</sup>.

Altra norma punita con la pena di morte è attribuibile a Servio Tullio:

Paul.-Fest. (Lindsay p. 260): *In Servi Tulli haec est: si parentem puer verberit, ast olle plorassit paren<s>, puer divis parentum sacer esto.*

Anche qui osserviamo come l'interesse dei gruppi alla tutela della figura del *pater familias*<sup>192</sup> fosse particolarmente rilevante. La *lex* puniva la condotta del figlio o della nuora che avesse percosso il padre. In questo caso l'aggressore veniva dichiarato *sacer* e consacrato agli dei della famiglia. Non ci risultano attestazioni sulla modalità di esecuzione della pena. Possiamo, tuttavia, ipotizzare che non fosse eseguita attraverso il sacrificio umano<sup>193</sup>, ma attraverso *l'aqua et igni interdictio*<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> R. ASTOLFI, *Il matrimonio*, cit., 369 ss.

<sup>192</sup> F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias' in epoca arcaica*, Milano, 1954, 1 ss.

<sup>193</sup> Normalmente la sanzione che veniva applicata era l'esilio, soltanto nei casi più gravi veniva inflitta la pena di morte.

<sup>194</sup> B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 239 ss.; C. GIOFFREDI, 'L'aqua et igni interdictio' e il concorso privato alla repressione penale, in *Arch. pen.*, 3, 1947, 426 ss.; ID., *Ancora su 'l'aqua et igni interdictio'*, in *SDHI*, 12, 1946, 191 ss., ci offre una visione alternativa alla concezione originaria di *interdictio*; in particolare l'*interdictio* non era diretta a impedire all'esiliato di ritornare in patria ma rappresentava un autonomo

Quest'ultima prevedeva l'esilio del reo attraverso l'allontanamento dall'acqua e dal fuoco in senso metaforico e comportava la confisca dei beni e l'assoluto divieto di rientrare nel territorio<sup>195</sup>.

La mia indagine continua su un'altra norma rientrante nei cosiddetti casi di *scelus inexplabile* ed è attribuibile a Numa:

Paul.-Fest. (Lindsay p. 368): *de terminis agrorum legislatio: iubens unumquemque terminare agrum suum et lapides in finibus ponere, eos Ioui Termino sacrauit; si quis uero terminos sustulisset uel transtulisset, deo sacrum esse qui fecisset, sanxit.*

La legge puniva la rimozione delle pietre dai confini dei vari appezzamenti di terra. Numa aveva stabilito l'apposizione di termini lungo i vari confini delle proprietà terriere. La rimozione degli stessi comportava

---

allontanamento dalla città non comunicato al comizio giudiziario. Dunque non essendo diretta a evitare il ritorno in patria dell'esiliato non avrebbe potuto neanche portare all'uccisione dell'interdetto tornato a Roma. Per Gioffredi *l'interdictio* rappresentava semplicemente l'avvenuta separazione di un *cives* romano dalla comunità; V. DEVILLA, 'Aqua et igni interdictio', in Studi Sassaesi, 28, Sassari, 1950, 23, 339 ss.; ID., 'Exilium perpetuum', in Studi E. Albertario, I, Milano, 1953, 306 ss.

<sup>195</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 88 s.

la consacrazione al dio Giove Termine<sup>196</sup>. Riguardo al dio Termine leggiamo ancora:

Paul.-Fest. voce *Termino* (Lindsay p. 505): *Termino sacra faciebant, quod in eius tutela fines agrorum esse putabant. Denique Numa Pompilius statuit, eum, qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse.*

I riti sacri che venivano svolti dai romani in favore del Dio Termine ci inducono a ritenere che non tanto i ‘campi coltivati’ quanto i confini<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> R. TAUBENSCHLAG, voce ‘*Terminus motus*’, in *RE*, 5, A/1, Stuttgart, 1934, 784 s.; G. MACCORMACK, ‘*Terminus motus*’, in *RIDA*, 26, 1979, 239 ss.; P. VAN WARMELO, ‘*Crimen termini moti*’, in *Études offerts à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, 671 ss.

<sup>197</sup> Per una corretta identificazione del problema si v. R. LAURENDI, ‘*Leges Regiae*’. ‘*Iovi sacer esto*’ nelle ‘*leges Numaie*’, in *AUPA, Revisione ed integrazione di FIRA, Studi preparatori, I, ‘leges*’, a cura di G. Purpura, Torino, 2012, 20 ss., sottolinea «“Questa legge porta con sé una serie di problemi di difficile soluzione, in primo luogo riguardo all’identificazione dei cippi terminali tutelati dalla *lex*. L’interpretazione più ovvia fa riferimento ai cippi confinari dei fondi privati, come si ricava da Festo, quando afferma che *Termino sacra faciebant, quod in eius tutela fines agrorum esse putabant*. Ma questa si scontra con l’ostacolo costituito dal coinvolgimento della nozione di proprietà: la previsione di segnapoli di delimitazione dei lotti di terreno, secondo Dionisio, *Ant. Rom.* 2.74.2, disposta da Numa, implica necessariamente la suddivisione della terra in lotti di proprietà privata. Ma la collocazione del *dominium ex iure Quiritium* in un periodo così antico come la prima età monarchica mal si concilia con tutto quanto la critica moderna ha più o meno plausibilmente ricostruito per le età più remote della società e del diritto privato romano. in cui l’appropriazione della terra non è compiuta da singoli ma, verosimilmente, da gruppi gentilizi”. Va notato che, quale

venissero sottoposti alla tutela della divinità. Dalla norma leggiamo che «chiunque avesse passato l'aratro sui confini fosse consacrato a Giove unitamente ai buoi».<sup>198</sup> Qui possiamo notare come fosse importante il concetto di 'confine'. Il termine rappresentava, a nostro parere, non solo la delimitazione del concetto di 'proprietà' ma l'individuazione del limite in cui ogni soggetto potesse esercitare il suo dominio che non si esauriva nel semplice concetto di proprietà<sup>199</sup>.

---

che fosse lo status giuridico della terra occupata in età arcaica – *dominium quiritario o possessio dell'ager publicus* – e quali che fossero gli occupanti – clan o *gentes* oppure individui – dobbiamo credere che comunque fossero delimitati gli appezzamenti adibiti a pascolo o a coltura e che dovessero pertanto essere segnati da cippi confinari», si può notare come la rilevanza del confine fosse di centrale importanza proprio perché la tutela si estendeva al confine della proprietà che rappresentava il limite per il *dominus* di esercizi dei suoi poteri; si v. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazioni della civitas romana*, Roma, 2000, 185 ss., ancora L. MAGANZANI, 'Loca sacra' e 'terminatio agrorum' nel mondo romano: profili giuridici, in 'Finem dare'. *Il confine, tra sacro, profano e immaginario. A margine della stele bilingue del Museo Leone di Vercelli. Atti del convegno Int.*, (Vercelli 22-24 maggio 2008), 119 ss.; P. PICCA – S. BIORDI, *Il dio termine*, Roma, 1938, 26 ss.; G. PICCALUGA, *Terminus. I segni di confine nella religione romana*, Roma, 1974, 286 ss.; L. ARCELLA, *Fasti. Il lavoro e la festa. Note al calendario romano arcaico*, Roma, 1992, 20 ss.

<sup>198</sup> G. FRANCIOSI, *Leges*, cit., 114 s.

<sup>199</sup> Possiamo leggere in E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, II, Bologna, 1894, 96 ss.: «Del classico rigore assoluto della potestà del padre, come di capo e magistrato domestico, dura, nel momento di cui discorriamo, il diritto a questo di uccidere»; G. LUCCHETTI, 'Patria potestas', in *800 años de historia a través del derecho romano*, a cura di A. Castresana, Salamanca, 2018, 47 ss., «Il *ius vitae ac necis* rappresenta la massima espressione dell'intensità della *patria potestas*. (...) Unico soggetto all'interno della *familia* che potesse vantare piena capacità

In questo caso risulta plateale l'assunto sostenuto prima; cioè l'utilizzo della 'giustificazione' divina della pena per scopi di carattere politico. Era proprio l'interesse del sovrano a guidare dietro la maschera della conservazione dei rapporti divini quelli che erano in realtà indirizzi politici.

A sostegno di questo assunto posso sottolineare come lo stesso Numa Pompilio stabilì i giorni fasti e nefasti nei quali poteva essere o non essere convocato il comizio facendo in modo di non trattare tutte le

---

giuridica e d'agire, al quale spettava la facoltà di amministrare il patrimonio e il ruolo di sacerdote della sua comunità familiare, il *pater familias* era colui che aveva 'in domo dominium'»; inoltre si v. Ulp. 46 *ad ed.* D. 50.16.195.2: *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognitionis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.* In questo passo l'Arpinate utilizzava il termine *dominium* a sottolineare l'assoluto potere decisionale che *pater familias* poteva esercitare nella *domus*.

questioni eventualmente scomode.<sup>200</sup> Il concetto di *fas* e *nefas* risulta essere in età arcaica sicuramente di carattere religioso.<sup>201</sup>

Dall'indagine sin qui svolta appare palese la compenetrazione tra la pena e il concetto di espiazione divina. Tuttavia dalle fonti possiamo riscontrare l'esistenza di un reato di carattere laico avente la funzione di tutela e conservazione della comunità. Ci riferiamo al *crimen* della *perduellio*<sup>202</sup>.

Questo crimine appartenente alla categoria degli *scelus inexpiabile* rappresentava l'unica norma penale a non essere 'giustificata' da un motivo religioso. Il crimine era da considerarsi un 'delitto contro lo Stato'

---

<sup>200</sup> Liv. 1.19.7.: *Idem nefastos dies fastosque fecit, quia aliquando nihil cum populo agi utile futurum erat.*

<sup>201</sup> M. BETTINI, 'Fas', in 'Giuristi nati antropologia e diritto romano', a cura di A. McClintock, Bologna, 2016.; P. CIPRIANO, *Fas e nefas*, Roma, 1978; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 16 ss.; A. CALORE, «Per Iovem lapidem». *Alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, 182 ss., il quale ci conferma che il termine *fas* «venne ad acquistare il valore di sostantivo, indicando l'idea di un diritto divino», mentre A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*<sup>4</sup>, Napoli, 1980, 93 ss. ci fa notare che «*nefas* significò (...) ciò che non fosse possibile fare senza incorrere nella reazione della natura (...) e nell'ira degli dei».

<sup>202</sup> Sul *crimen* di *perduellio* si v. P. DE FRANCISCI, 'Primordia civitatis', Roma, 1959, 276 ss.; G. SABBATINI, *appunti*, 217 ss.; U. BRASIELLO, voce *Crimina*, in *Noviss. dig. it.*, 5, Torino, 1960, 2 ss.; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 11, 78 e 152 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., 14 e 22 ss.; ancora sulla distinzione tra *proditio* e *perduellio*, B. SANTALUCIA, *Processo penale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Milano, 36, 1987, 318 ss.; C. BRECHT, voce *Perduellio*, in *RE*, 19, 1, 615 ss.; D. BRIQUEL, *Sur le mode d'exécution en cas de parricide et en cas de 'perduellio'*, *MEFRA*, 92, 1980, 87 ss.

e la tutela di quest'ultimo era talmente importante da non dover essere giustificato neanche dalla religione.

La *perduellio* conteneva una condotta particolarmente grave. Era punito con la pena di morte il soggetto che avesse tradito la comunità.

La definizione di tale condotta risulta particolarmente ampia. Non è chiaro se si trattasse soltanto dell'ipotesi di tradimento o anche di casi di cospirazione e sedizione oppure di altre condotte che avessero posto la comunità in uno stato di pericolo. La definizione della *perduellio* la troviamo in una *lex horrendi carminis*:

Liv. 1.26.: *lex horrendi carminis. Lex horrendi carminis erat: duumviri perduellionem iudicent. Si a duumviris provocarit, provocatione certato. Si vincent, caput obnutio, infelici arbori reste suspendito, verberato vel intra pomerium vel extra pomerium.*

Dal testo citato notiamo due dati particolarmente rilevanti. Il primo rappresenta l'inserimento all'interno di una *lex* di diritto sostanziale di un innesto normativo di carattere processuale: la legge permetteva al reo di appellarsi al popolo non limitandosi a una mera descrizione della pena. Il secondo punto risulta particolarmente problematico. L'ipotesi prevista



dalla norma e ignorata dalla dottrina<sup>203</sup> ci fa approdare a una domanda: nell'ipotesi in cui i due magistrati avessero perso lo scontro con il criminale quest'ultimo poteva ritenersi sollevato dal duplice omicidio?

L'assunto '*si vincent*' sottolineava come i *duoviri perduellionis*<sup>204</sup> incaricati per l'accertamento e la persecuzione del crimine dovessero procedere ad uno scontro con il colpevole al termine del quale se avessero avuto la meglio potevano procedere all'esecuzione della pena: testualmente «gli sia velato il capo e sia appeso con una fune ad un albero infecondo; sia frustato sia dentro le mura che fuori delle mura».

La domanda risulta lecita in quanto anche parte della dottrina<sup>205</sup> acutamente sottolinea come la formula '*si vincent*' risultasse avere carattere dubitativo. Sebbene il crimine dovesse essere considerato funzionalmente laico la fase esecutiva a nostro avviso risultava di natura

---

<sup>203</sup> F. BELLINI, '*Delicta*' e '*crimina*', 109 ss., vd. anche nt. 64.

<sup>204</sup> A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary o Roman Law*, 43, 2, 1953, 446 ss.; G. SABBATINI, *appunti*, cit., 201 ss., «(...) sono giudici in caso di scontro fra pari e, più precisamente, nell'unico caso che meritava di essere considerate specificamente, ab immemorabili, degli *iura*: lo scontro armato fra un '*Puber*' e un '*Pater*'»; P. DE FRANCISCI, '*Arcana imperii*', Milano, 1948, 35, 40, 48, ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 21, 54, 76, 78 ss., afferma «(...) costituivano, come tutto fa credere, un tribunale straordinario a cui era affidato l'incarico di proclamare la responsabilità e di procedere all'immediata esecuzione capitale del reo di perduellione colto in flagranza»; ID., *Osservazioni sui 'duumviri perduellionis' e sul procedimento duumvirale*, in *Châtiment*, 439 ss.

<sup>205</sup> F. BELLINI, '*Delicta*' e '*crimina*', 109 ss.

religiosa. La problematica esposta non dovrebbe essere individuata come un vuoto normativo. L'assoluta certezza della vittoria dei *duoviri* risiedeva nella convinzione che i due magistrati fossero in qualche modo protetti dagli dèi a tal punto da escludere l'ipotesi della sconfitta.

Nella *perduellio* il senso di riprovevolezza sociale non risiedeva all'interno del timore di aver offeso la divinità. L'esecrabilità della condotta era da ricercarsi in una costruzione artificiale rappresentata dal sentimento patriottistico.

Il *crimen* in esame poteva essere considerato come il primo reato di natura laica e costituiva il primo passo verso la scissione dalla sfera religiosa.

Ora vorrei richiamare un episodio singolare che ci permette di notare come un crimine laico potesse concorrere con un crimine di carattere 'religioso'. L'esempio più eclatante risulta essere quello relativo al *parricidium*<sup>206</sup> e alla *perduellio*; mi riferisco al celebre caso degli Orazi contro i Curiazi. Come è noto al termine della battaglia l'Orazio vincente trafisse la sorella in quanto fidanzata di uno dei Curiazi.

L'Orazio veniva successivamente condannato a morte per il crimine di alto tradimento:

---

<sup>206</sup> B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 107 ss.

Liv. 1.26.: *Hac lege duumviri creati, qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse, cum condemnassent, tum atler ex iis «P.Horati, tibi perduellionem iudico» inquit. «I, lictor, conliga manus» (...)Accesserat lictor iniciebatque laqueum. Tum Horatius auctore Tullo, clemente legis interprete, «provoco» inquit. Itaque provocation certatum ad populum est.*

L'interpretazione della norma appare alquanto problematica; in realtà la condotta di Publio Orazio rientrava nel crimine del *parricidium*.

Quest'ultimo prevedeva appunto l'ipotesi di omicidio. A nostro avviso questa discrasia ci permette di effettuare una specificazione. Nel caso della *lex numana* si può assistere all'utilizzo della legge per raggiungere degli scopi non di interesse generale ma di interesse soggettivo.

Nel caso di specie non prevedendo la *lex numana* la possibilità di *provocatio* in luogo di quest'ultima veniva applicata la norma della *perduellio*. Dunque l'applicazione di una norma permetteva all'Orazio di poter provocare il popolo, sicuramente benevolo nei suoi confronti, in modo da evitare così la messa a morte.

La *lex horrendi carminis*<sup>207</sup> ci permette di esplorare anche le modalità di esecuzione delle pene e ci consente di notare lo scopo deterrente e sacrale al quale esse miravano. Le sanzioni si diversificavano in relazione al reato.

In particolare le pene afferenti a norme religiose comportavano la relativa esecuzione al di fuori delle mura cittadine proprio per eseguire una purificazione che non colpisse anche l'agglomerato urbano. Altra particolarità delle pene sacrali la ritroviamo all'interno della *poena cullei*<sup>208</sup> che veniva applicata nell'ipotesi di divulgazione dei segreti religiosi. In questo caso l'empietà del gesto gettava un'onta sul reo che non permetteva neanche la sua sepoltura in quanto i resti avrebbero contaminato anche la terra.

Altre modalità di esecuzione della pena con una funzione più distaccata da quella sacrale e purificatoria la rinveniamo nella *crematio* e nel lancio dalla Rupe di Trapeia. Inoltre in caso di violazione del voto di castità delle Vestali veniva eseguita la pena della sepoltura con la colpevole ancora viva.

---

<sup>207</sup> B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 45 ss.; G. SABBATINI, *appunti*, cit., 108 ss.; C. MASI DORIA, *'Spretum imperium'*, Napoli, 2000, 75 ss. vd. nt. 203; A. PAGLIARO, *Nota sulla 'lex horrendi carminis'*, in *Altri saggi di critica semantica*, Messina-Firenze, 1961, 9 ss.; A. LINTOTT, *The Constitution of the Roman Republic*, New York, 1999, 152 ss.

<sup>208</sup> E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, 2011.

Una legge che sicuramente va annoverata tra le più importanti e tra le più discusse in età regia è quella riguardante l'omicidio volontario.

Paul.-Fest. voce *Parrici(di)* (Lindsay. p. 247): *Parrici(di) quaestores appellabantur, qui solebant creari causa rerum capitalium quaerendarum. Nam parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem indemnatum. Ita fuisse indicat lex Numae Pompili regis his composita verbis: «Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto»*

La norma attribuibile a Numa Pompilio prevedeva l'ipotesi nella quale un soggetto avesse intenzionalmente ucciso un uomo libero. In questo caso il colpevole era qualificato con la formula *paricidas esto*<sup>209</sup>.

---

<sup>209</sup> La questione su cosa debba essere inteso con il termine *paricidas* è tutt'altro che pacifica come ci testimonia anche B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 107 ss., «Il significato del termine *paricidas* e l'interpretazione della formula *paricidas esto* sono tuttora oggetto di vivace dibattito da parte della dottrina. Pochi proseliti attirano oggi la tesi, un tempo dominante, che muovendo da un presunto valore attivo di *paricidas* e da un supposto rapporto con *parricidium* (termine che, a seconda delle diverse etimologie proposte, avrebbe originariamente indicato l'uccisore di un pater, di un parente, di un pari, o addirittura l'omicidio puro e semplice) suppone che la clausola finale della *lex Numae* fosse volta ad estendere la sanzione già esistente per il *parricidium* all'uccisore volontario di qualunque uomo libero», a favore di tale tesi P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*<sup>4</sup>, I, Milano, 1958, 216 ss.; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1943, 343 ss., che considerano il termine *paricidas* in senso attivo cioè la *lex Numana* avrebbe imposto ai parenti dell'uccisore di uccidere il reo. Ancora, su tale

Coloro i quali venivano deputati all'accertamento del *crimen* erano definiti *parrici(di) quaestores*. Questi ultimi erano i soggetti ai quali veniva attribuito il compito di effettuare indagini sui delitti capitali.

In particolare veniva definito parricida chiunque avesse tolto la vita al *pater* o a un uomo libero. Numa stabilì che chiunque avesse ucciso 'intenzionalmente' un uomo libero venisse considerato parricida. In tal modo veniva assorbito nel concetto di omicidio del *pater* qualunque altro assassinio ingiustificato.

Secondo la dottrina maggioritaria la norma doveva essere interpretata come l'imposizione nei confronti dei congiunti della vittima di uccidere l'uccisore perché la condizione di impurità creata dall'omicidio

---

corrente di pensiero O. LENEL, '*Paricidas esto*', in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 7 ss.; G. GROSSO, *Brevi note sull'antico diritto e processo penale romano*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, II, Milano, 1965, 97 ss.; D. CLOUD, *Parricidium: from the 'lex Numae' to the 'lex Pompeia de parricidiis'*, in *ZRG*, 1971, 1 ss. Altra parte della dottrina invece è tendente a valutare la formula *paricidas esto* in termini negativi e cioè di semplice definizione 'sia parimenti ucciso', si v. U. COLI, '*Paricidas esto*', in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1955, 171 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 509 ss., A. PAGLIARO, *La formula «paricidas esto»*, in *Studi in onore di L. Castiglioni*, II, Firenze, 1960, 669 ss., ora in *Altri saggi di critica semantica*, Messina-Firenze, 1961, 39 ss., infine il TONDO, '*Leges regiae e paricidas*', Firenze, 1973, 87 ss., quest'ultimo riporta il termine *paricidas* al sostantivo '*pera*' inteso come bisaccia o borsa e ritiene che la formula sanzionatoria del *crimen* in esame preveda che il reo: «sia (uno che viene) ucciso col sacco di cuoi». Tuttavia come possiamo notare siamo nel campo delle mere congetture non essendoci dati empirici capaci di propendere per l'una o l'altra teoria.

non poteva essere ‘soddisfatta’ da una semplice offerta economica ma doveva essere versato anche il sangue del colpevole per placare l’ira delle divinità<sup>210</sup>.

Tale interpretazione troverebbe conforto nella statuizione sull’omicidio involontario che obbligava il colpevole a consegnare agli agnati della vittima un ariete per essere sacrificato in sua vece<sup>211</sup>. Come accennato<sup>212</sup> il dibattito su cosa dovesse essere inteso con la formula *paricidas esto* è tutt’altro che risolto.

Parte della dottrina sostiene che il significato di *paricidas esto* fosse da intendere come ‘equivalenza’: «sia soggetto ad essere parimenti ucciso»<sup>213</sup>. Per cercare di dare un’interpretazione sulla problematica prevista dalla *lex numana* dobbiamo porre l’attenzione necessariamente al suo contenuto cioè sull’individuazione del concetto di *homo liber*<sup>214</sup>. Non era ipotizzabile che la qualifica di *homo liber* fosse del tutto analoga a quella del *pater-familias* in quanto nessuna testimonianza esclude l’incriminazione in caso di uccisione di un soggetto che non avesse la

---

<sup>210</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 15 s.

<sup>211</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 15, 17 ss. vd. nt. 30.

<sup>212</sup> Vedi nt. 47.

<sup>213</sup> L. GAROFALO, *L’‘homo liber’ della ‘lex Numa’ sull’omicidio volontario*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008, 6 s.

<sup>214</sup> G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 1 ss.; voce *Schiavitù* (diritto romano), in *Enc. dir.*, 41, Milano, 1989, 622 ss.; L. GAROFALO, *Sulla condizione di ‘homo sacer’ in età arcaica*, in *SDHI*, 64, 1990, 254 ss.

qualifica di *pater*.<sup>215</sup> Non è neanche ipotizzabile che *homo liber* fosse un soggetto residente all'interno della provincia romana in quanto l'embrionale struttura organizzativa nell'età arcaica non riconosceva come cittadini i soggetti italici.

Di conseguenza la piena rilevanza giuridica non veniva riconosciuta a soggetti che fossero *sui iuris* ma estranei al municipio romano.

Inoltre l'affermazione che *homo liber* venisse utilizzato come *discrimen* rispetto alla condizione di schiavo risulta poco probabile. Parte della dottrina sostiene che in età arcaica la schiavitù non fosse ancora radicata a Roma: «essa vi sarebbe infatti penetrata non prima della fase dei re etruschi, mantenendosi peraltro entro limiti modestissimi sino a tutti il V secolo a.C., se non anche oltre»<sup>216</sup>.

La questione diviene più complessa se osserviamo la *lex numana* in tema di omicidio involontario<sup>217</sup> dove leggiamo:

*Serv. in Verg. buc. 4.43: Sane in Numaie legibus cautum est, ut, si quis inprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in*

---

<sup>215</sup> L. GAROFALO, *Piccoli*, cit., 6 s.

<sup>216</sup> L. GAROFALO, *Piccoli*, cit., 8 s. vd. nt. 8.

<sup>217</sup> E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, 110, 220 ss.; G. FRANCIOSI, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, Torino, 2014, 50 s. nt. 85, il quale «Se l'omicidio è volontario, la pena è la morte; se involontario, l'esilio, che il colpevole può evitare ottenendo perdono da persone specificamente indicate nella legge stessa»; F. ARCARIA – O. LICANDRO, *Diritto Romano*, cit., 112 ss.;



*cautione offeret arietem. ergo hic bene videtur arieti dignitatem dare dicendo 'ipse', qui oblatus homicidam crimine homicidii possit exsolvere.*

Dal testo si può notare che la norma si riferisce all'ipotesi in cui un soggetto 'senza intenzionalità' avesse ucciso un uomo. In questo caso per placare l'ira dei parenti oltre che degli dei doveva essere offerto un ariete come vittima sacrificale per l'espiazione dell'omicidio.

A ben vedere la norma in esame si riferisce (*occidisset hominem*) all'uccisione di un uomo espungendo così la qualificazione di *liber* come invece viene specificato nella *lex* numana sull'omicidio volontario.

Secondo noi più che un'anomalia di carattere esegetico e normativo la fattispecie andrebbe risolta in termini di funzione penale in senso stretto.

Mi spiego, la norma sull'omicidio volontario (reato particolarmente grave) aveva il fine di tutelare l'ordine divino che era stato violato dall'assassinio (intenzionale). La semplice espiazione attraverso il sacrificio animale non poteva soddisfare né gli dei né tantomeno gli uomini. Dunque in caso di omicidio volontario vi era l'imposizione nei confronti dei parenti di uccidere l'uccisore.

Questione diversa l'omicidio involontario che essendo fattispecie di minore gravità permetteva il condono della condotta lesiva con l'offerta di un ariete agli agnati della vittima. Nella *lex* numana sull'omicidio involontario si parla soltanto di uomo senza la definizione di 'libero'

proprio perché venivano colpite le condotte di minore gravità che avessero provocato la morte di un uomo libero o meno<sup>218</sup>.

Inoltre l'assenza della qualifica di *liber* nella legge numana sull'omicidio involontario permetteva di punire i trasgressori e risarcire i parenti delle vittime nel caso in cui a essere ucciso fosse stato anche un soggetto *alieni iuris*.

Questi ultimi erano considerati come proprietà o comunque di valore sociale inferiore rispetto a un *pater familias* o a qualsiasi uomo libero. Quindi l'offerta dell'ariete oltre a condonare la pena risarciva gli agnati per il danno ricevuto:

Serv. in Verg. buc. 4.43: *Sane in Numae legibus cautum est, ut, si quis inprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in cautione offeret arietem.*

---

<sup>218</sup> Serv. in Verg. buc. 4.43: *Sane in Numae legibus cautum est, ut, si quis inprudens occidisset hominem, pro capite occisi agnatis eius in cautione offeret arietem.* La minore gravità era rappresentata dalla mancanza di intenzionalità nella commissione dell'omicidio 'si quis inprudens occidisset hominem' quindi l'assenza della definizione di *homo liber* nella norma sull'omicidio involontario era da ricercarsi nel diverso disvalore sociale delle due norme. Pertanto per l'applicazione della norma sull'omicidio volontario doveva trattarsi di un omicidio 'intenzionale' riguardante un uomo libero, (Fest.-Paul voce *Parrici(di)* L. 247): '*Si qui hominem liberum dolo sciens morti duit*'.

Ovviamente a creare il disvalore sociale tra omicidio volontario e involontario era soprattutto il dolo. Lo scopo della norma penale era quello di colpire in funzione di deterrenza con maggiore vigore l'omicidio volontario rispetto a quello involontario.

La disamina effettuata lascia un interrogativo: se la *lex* numana sull'omicidio volontario puniva solo chi avesse ucciso un uomo libero gli altri omicidi 'intenzionali' che coinvolgevano uomini non qualificabili come liberi restavano impuniti?

Secondo autorevole dottrina<sup>219</sup> l'uomo libero era da considerarsi una categoria di 'diritto pubblico' in senso generale. Il concetto di uomo libero conteneva al suo interno tutti i soggetti della *civitas*. Su questi ultimi gravavano sia obblighi che diritti: «dal punto di vista strettamente giuridico e teorico, in quanto limitazioni e vincoli di diritto familiare o interfamiliare ... valevano a modificar[ne] in modo alcuno lo *status*, le prerogative e i doveri ... come componente del *populus* (...) sia le varie categorie di *personae* in mancipio sia, a maggior ragione, i *nexi*, ove fra le prime non si vogliano annoverare, conservavano giuridicamente la loro posizione di *cives* e quindi, innanzitutto, di componenti del *populus* e degli organi popolari fondamentali: comizi ed *exercitus*»<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> L. GAROFALO, *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2013, 220 ss.

<sup>220</sup> L. GAROFALO, *Sacertà e repressione*, cit., 221 nt. 63.

Secondo tale dottrina l'uomo libero citato dalla legge numana non è che semplicemente l'uomo libero in senso generale<sup>221</sup>.

La stessa dottrina<sup>222</sup> fa notare ancora come la qualificazione di uomo libero all'interno della norma sull'omicidio volontario rappresentasse il distinguo tra gli uomini liberi e quelli dichiarati *sacer*<sup>223</sup>. La qualifica di *sacer* comportava la liceità dell'uccisione ad opera di chiunque. Tutti i soggetti che erano interessati alla morte dell'*homo sacer* potevano

---

<sup>221</sup> L. GAROFALO, *Sacertà e repressione*, cit., 221 nt. 64 «Il che è confermato da Dion. Hal. 2.26.3-4 Si è giustamente notato che, «se riguardo a queste persone vengono applicate la *mancipatio*, la *iniure cessio*, l'*actio furti* e la *usucapio*, ciò non costituisce motivo sufficiente per affermare che esse siano concepite come *res*. In una età più antica le situazioni giuridiche vengono immaginate rozzamente, in modo vago e approssimativo, sicché a oggetti di-versi (come sono le cose e gli schiavi da una parte, e la moglie e i figli dall'altra) possono venire applicati gli stessi mezzi giuridici. Infatti tra le posizioni di questi diversi oggetti sotto certi aspetti c'è affinità e non si pensa che possano venire creati mezzi di-versi riguardo ad entità le cui differenze non sono ancora sentite come un profondo contrasto: è il principio della 'economia dei mezzi giuridici'. È intuitivo che per quanto attiene alle persone libere si tratta piuttosto di 'signoria' che di 'proprietà': ma, lata-mente, è pur tuttavia una pertinenza. Ancora in piena età classica avviene qualcosa dissimile: colui che è in causa *macipii* è libero e cittadino ... nondimeno per uscire dal suo stato deve sottoporsi alla *manumissio* proprio come avviene per gli schiavi ... si tratta in definitiva di formalismo giuridico» (C. GIOFFREDI, *Nuovi studi di diritto greco e ro-mano*, Roma, 1980, 82 s.)».

<sup>222</sup> L. GAROFALO, *Piccoli*, cit., 8 ss.

<sup>223</sup> L. GAROFALO, *Piccoli*, cit., 16 ss.

ucciderlo senza incorrere in alcun tipo di sanzione anzi l'uccisione rimuoveva l'onta gravante sull'intera comunità.<sup>224</sup>

Oltre ad essere lecita l'uccisione dell'*homo sacer* era anche un atto dovuto perché la pace e l'equilibrio tra gli uomini e gli dei non si sarebbe ristabilito fino a quando il trasgressore non fosse stato ucciso. In particolare il colpevole era in 'proprietà' della divinità offesa come si può notare in:

Macr. *sat.* 3.3.2 e 3.3.4: *sacrum est, ut Trebatius libro primo 'de religionibus' refert, 'quicquid est quod deorum habetur'*.

come ci viene testimoniato anche da:

Tac. *ann.* 1.734: *ius iurandum perinde aestimandum quam si Iovem fefellisset: deorum iniurias dis curae.*

---

<sup>224</sup> «Il valore del sacrificio del colpevole come *placatio* della divinità offesa», R. FIORI, '*Homo sacer*'. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-regligiosa*, Napoli, 1996, 22 ss.

In questi casi le ingiurie<sup>225</sup> che venivano mosse nei confronti degli dei lasciavano a questi ultimi il potere di decidere della sorte del trasgressore.

Siccome l'esecuzione della volontà divina necessitava di norma anche dell'intervento degli uomini l'uccisione del colpevole da parte di un altro uomo non era null'altro che la realizzazione della volontà divina. Per la dottrina in esame che il termine *homo liber* presente nella *lex* numana rappresentasse la semplice distinzione tra uomini dichiarati *sacer* e uomini senza tale qualifica troverebbe conferma negli strumenti di controllo che venivano predisposti dall'ordinamento al fine di evitare che i tentativi di uccisione dell'*homo sacer* sfociassero in azioni arbitrarie e fuori controllo.

Secondo tale scuola di pensiero l'uccisione di un uomo comportava necessariamente l'incriminazione per omicidio volontario. Il colpevole poteva restare impunito e assolto soltanto nell'ipotesi in cui la vittima fosse stata dichiarata *sacer*. L'accertamento di tale qualifica era l'epilogo di un'indagine che veniva svolta dai pontefici che dovevano confermare la qualifica di *sacer*.

---

<sup>225</sup> L. GAROFALO, *Piccoli*, cit., 13 s., «secondo cui delle ingiurie contro gli dei dovevano occuparsi gli stessi dei, stabilendo dunque se e come reagire nei confronti degli autori, coerentemente banditi dalla collettività, che così scindeva la propria posizione dalla loro ed evitava perciò di condividere la responsabilità», in questo caso si può notare come fosse il reo lasciato alla volontà degli dei che dovevano decidere della relativa sorte.

Dunque l'*homo liber* presente nella legge numana dovrebbe essere riconosciuto nell'uomo non *sacer*<sup>226</sup>. Questa tesi dovrebbe essere avvalorata anche dal significato intrinseco di *liber* cioè di persona non sottoposta a nessun vincolo di soggezione sia essa divina che umana.

Altro punto a sostegno di tale teoria risulta essere presente all'interno del testo della stessa *lex*: '*sed qualemcumque hominem indemnatum*'. Il termine *hominem indemnatum* rappresenterebbe la distinzione rispetto all'*homo damnatus*. Quest'ultimo era il soggetto destinatario della pronuncia di *sacer* da parte dei comizi.

Secondo altra dottrina<sup>227</sup> la definizione di *homo sacer* è del tutto insita nella norma che non poteva definire ma solo statuire la relativa pena. Secondo tale dottrina il disvalore rappresentato dal termine *paricidas* era espressione di un'azione contro tutto ciò che venisse dichiarato sacro.

La definizione di *sacer* era una conseguenza necessaria nei confronti di chi avesse posto in essere la condotta lesiva contro gli dei e la

---

<sup>226</sup> L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo*, 20 ss.; R. FIORI, *Homo*, cit. 521 ss.; L. GAROFALO, *Sul dogma della sacertà della vita, in Tradizione romanistica e Costituzione*, I, Napoli, 2006, 556 ss.; L. PEPPE, *Note*, 429 ss.; per una considerazione più ampia si v. E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, 101 ss.; A. CARANDINI, *La nascita di Roma. Dèi, Lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, Torino, 1997, 187 ss.; B. ALBANESE, '*Sacer esto*', in *BIDR*, 91, 1988, 145 ss.;

<sup>227</sup> F. BELLINI, '*Delicta*' e '*crimina*', cit., 88 s.

comunità<sup>228</sup>. Tuttavia da sola non è sufficiente a definire il concetto sia di *homo liber* che di *pater*. A nostro avviso con l'uccisione del *pater* di cui alla *lex numana* doveva intendersi l'uccisione di ogni uomo che godesse degli stessi privilegi del *pater familias* indipendentemente da tale qualifica.

Le fonti tralasciano un ulteriore aspetto dell'esecuzione della pena. L'attribuzione di *sacer* al reo comportava l'allontanamento di quest'ultimo dalla comunità oltre la possibilità di essere ucciso impunemente. La norma tuttavia tace sull'eventualità che nessuno fosse riuscito a porre fine alla vita del criminale.

Probabilmente l'assoluta certezza dell'intervento divino dava la sicurezza che laddove gli uomini non fossero riusciti nell'uccisione del reo l'ira degli dei avrebbe sostituito la mano degli stessi ponendo fine alla vita del colpevole.

La funzione della pena veniva assolta ancora prima dell'esecuzione della sanzione a prescindere dall'uccisione o meno del reo. Vista la sua

---

<sup>228</sup> Emblematica l'affermazione di P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, 19, 1953, 38 ss., il quale «Mentre il diritto, di cui abbiamo più comune esperienza, dice all'uomo: 'ti devi comportare così, perché i tuoi simili così pretendono da te'; la norma arcaica d'origine religiosa dice: 'Ti devi comportare così, perché gli dei si vendicano di te e ti noi (responsabilità collettiva): donde il comune dovere di intervenire a punirti'; cioè l'impossibilità di concepire le conseguenze del malfatto come cose che si regolano direttamente tra la divinità e l'individuo; donde la giuridicità dell'ordinamento e della sanzione».



eventualità l'ira degli dei era da considerarsi soddisfatta anche qualora l'uomo *sacer* fosse rimasto in vita. In tale ipotesi il fatto poteva essere interpretato come un volere divino.

Infine la dottrina in esame tenta di risolvere la problematica relativa al termine *paricidas* facendo riferimento a un carattere semantico: «L'argomento è stato trattato con attenzione da Biscardi il quale correttamente opera una distinzione fra *paricidas* (dal radicale *par*) e *parricida* (la cui radice è *pat*), indicando in quest'ultima figura l'uccisore del *pater*»<sup>229</sup>. Dunque si tenta di definire una duplice condotta: una diretta all'uccisione di un uomo libero e l'altra diretta all'uccisione del *pater*. A prescindere dalla tesi che si vuole preferire il dibattito dottrinale su cosa debba essere inteso con la formula *paricidas esto* è tutt'altro che chiuso.

Da un'altra norma notiamo come per la realizzazione della funzione deterrente venissero utilizzati anche istituti premiali. Lo deduciamo da un passo di Tito Livio riguardo al reato di *proditio*<sup>230</sup>:

---

<sup>229</sup> F. BELLINI, '*Delicta*' e '*crimina*', cit., 97 ss., vd. nt. 32 e ntt. 33 e 34.; B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 107 ss P. BONFANTE, cit., 216 ss., P. DE FRANCISCI, *Storia*, cit., 343 ss.; O. LENEL, '*Paricidas esto*', cit., 7 ss.; G. GROSSO, *Brevi*, cit., 97 ss., D. CLOUD, *Parricidium*: cit., 1 ss.; U. COLI, '*Paricidas esto*', cit., 171 ss.

<sup>230</sup> B. SANTALUCIA, voce *Processo penale* (diritto romano), in *Enc. dir.*, Milano, 36, 1987, 318 ss.; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1969, 203, 206 ss.

Liv. 2.5: *Direptis bonis regum damnati proditore sumptumque supplicium, conspectus eo quod poenae capiendae minimasterium patri de liberis consulatus imposuit, et qui spectator erat amovendus, eum ipsum fortuna exactorem supplicii dedit. Stabant deligati ad paulm nobilissimi iuvenes; sed a ceteris, velut ab ignotis capitibus, consulis liberi omnium in se averterant oculos, miserebatque non poenae magis homines quam sceleris quo poenam meriti essent: illos eo potissimum anno patriam liberatam, patrem liberatorem, consulatum ortum ex domo Iunia, patres, plebem, quidquid deorum hominumque Romanorum esset, induxisse in animum ut superbo quondam regi, tum infesto exuli proderent. Consules in sedem processere suam, missique lictores ad sumendum supplicium. Nudatos virgis caedunt securique feriunt, cum inter omne tempus pater vultusque et os eius spectaculo esset, eminente animo patrio inter publicae poenae ministerium. Secundum poenam nocentium, ut in utramque partem arcendis sceleribus exemplum nobile esset, praemium indici pecunia ex aerario, libertas et civitas data. Ille primum dicitur vindicta liberatus. Quidam vindictae quoque nomen tractum ab illo putant; Vindicio ipsi nomen fuisse. Post illum observatum ut qui ita liberati essent in civitatem accepti viderentur.*

Dal frammento possiamo leggere come dopo il saccheggio dei beni di proprietà del re i colpevoli tacciati del crimine di tradimento venivano

condotti a morte. L'esecuzione della pena veniva affidata nel caso di specie al padre dei traditori a cementare l'esemplarità della sanzione. I colpevoli erano legati a un palo in funzione di esempio per tutti i presenti e la brutalità dell'esecuzione della pena fungeva da monito per i potenziali trasgressori. L'effetto premiale del frammento lo rinveniamo nella seconda parte dove leggiamo:

Liv. 2.5.: *Secundum poenam nocentium, ut in utramque partem arcendis sceleribus exemplum nobile esset, praemium indici pecunia ex aerario, libertas et civitas data.*

Qui notiamo come per l'accertamento del reato venissero elargite vere e proprie ricompense. Infatti venivano concesse al servo che avesse denunciato l'illecito<sup>231</sup> oltre a una somma di denaro anche la libertà e la

---

<sup>231</sup> Come testimoniano anche le fonti il termine *illicitus* anche se di portata generale veniva adoperato individuando diverse fattispecie di natura penale. Come sappiamo i romani per qualificare un fatto illecito facevano ricorso a diversi termini come: *crimen, delictum, peccatum, scelus*. Che il termine *illicitum* rappresentasse una figura di fatto antiggiuridico in senso generale lo possiamo notare dal passo di Ulpiano: Ulp. 1 *inst.* D.1.1.1.1.: *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*. Da questo testo si evince come oltre a dare un senso generale al termine illecito il giurista delineava le caratteristiche del giureconsulto. Ulpiano annoverava tra

---

i suoi requisiti quello di: «coltivare la giustizia e professare la cultura del buono e dell'equo (...) separando l'equo dall'iniquo e il lecito dall'illecito». Ancora, si può notare come egli legasse indissolubilmente il concetto di pena in senso afflittivo e di minaccia a quello di carattere premiale: Ulp. 1 *inst.* D.1.1.1.1.: (...) *bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*. Dal testo leggiamo come la funzione della pena non poteva essere rappresentata solo dalla minaccia della sanzione e dall'eventuale esecuzione capitale come monito per i consociati; ma poteva più efficacemente realizzarsi anche attraverso l'effetto premiale. Possiamo osservare come con il termine *illicitum* venissero delineate fattispecie di rilievo penale. Questo dato lo si può rinvenire ancora in diversi passi di Ulpiano 1 *op.* D.1.18.6. In quest'ultimo il giurista faceva riferimento ai casi di estorsione attuati attraverso intimidazione oltre ai casi delle esazioni operate con violenza. Sempre all'interno del passo ulpiano possiamo individuare tutte le esazioni a carattere illecito che venivano escuse mediante la giustificazione dei tributi. Sempre con l'utilizzo del termine di illecito, introducendo anche il concetto di pena proporzionale, Ulpiano descriveva l'ipotesi dell'estorsione diretta a fare o non fare un determinato atto: Ulp. 4 *op.* D. 3.6.8: *Si ab eo, qui innocens fuit, sub specie crimini alicuius, quod in eo probatum non est, pecuniam acceptam is cuius de ea re notio est edoctus fuerit: id quod illicite extortum est secundum edicti formam, quod de his est, qui pecuniam ut negotium facerent aut non facerent accepisse dicerentur, restitui iubeat et ei, qui id commissit, pro modo delicti poenam irroget*. Dal testo citato è possibile trovare il termine *crimen* e *delictum* utilizzato in maniera indistinta. Quest'ulteriore dato ci permette di affermare come in epoca arcaica venisse utilizzato il termine illecito per ogni fatto antiggiuridico. Tuttavia l'uso alternativo dei termini *crimen* e *delictum* potrebbe portare alla conclusione che si stesse strutturando già la convinzione dell'esistenza di due illeciti diversi che si differenziavano proprio per le modalità di esecuzione della pena. Inoltre che il concetto di illecito venisse adoperato dai giuristi attraverso un elenco di termini eterogenei testimonia la flessibilità nell'utilizzare diversi lemmi per definire il fatto antiggiuridico. Un esempio ci può essere dato sempre da Ulpiano il quale adoperava il termine *crimen* insieme a *scelus* che identificava una 'cattiva azione': Ulp. 10 *ad. ed.* D. 3.6.5 pr.: *in heredem autem competit in id quod ad eum pervenit. nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extrorqueri, licet crimina extinguantur: ut puta ob falsum vel iudici*

cittadinanza. Addirittura pare che la liberazione dello schiavo contenuta nel passo di Livio fosse il primo caso di manomissione<sup>232</sup> mediante *vindicta*.<sup>233</sup>

Per sottolineare ancora una volta quanto che la pena avesse la funzione di tutelare la sfera divina possiamo ricordare una *lex* numana che parificava il reo che avesse sottratto o manomesso cose sacre all'interno di luoghi sacri al parricida, in particolare:

Cic. *de leg.* 2.9.22.: *Sacrum sacrove commendatum qui clepsit rapsitve, parricida esto. Periurii poena divina exitium, humana dedecus.*

---

*ob gratiosam sententiam datum et heredi extorquebitur et si quid aliud scelere quaesitum. Sed etiam praeter hanc actionem condictio competit, si sola turpitudine accipientis versetur: nam si et dantis, melior causa erit possidentis. Quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? An exemplo furis et in quadruplum actionem damus et conductionem? Sed puto sufficere alterutram actionem. Ubi autem condictio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem.* In questo frammento si faceva riferimento all'ipotesi in cui i beni ereditari fossero stati sottratti in maniera fraudolenta all'erede realizzando il reato di estorsione. È dunque assai problematica l'interpretazione dei singoli testi proprio per l'utilizzo spesso atecnico di termini di portata generale.

<sup>232</sup> Liv. 2.5.: *Ille primum dicitur vindicta liberatus. Quidam vindictae quoque nomen tractum ab illo putant; Vindicio ipsi nomen fuisse. Post illum observatum ut qui ita liberati essent in civitatem accepti viderentur.* Il passo rappresenta il primo caso di *manumissio* mediante *vindicta*.

<sup>233</sup> R. MONIER, *Contribution a l'étude des rites de la 'manumissio vindicta'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, 1953, 197 ss.; C.R. RUGGERI, *Studi su Teofilo*, Torino, 2016, 138 ss.

In questo caso colui che avesse rimosso o sottratto da un luogo sacro o di culto delle *res* sacre sarebbe stato punito con la pena di morte «Dello spergiuro sia pena divina la morte, umana l'ignominia»<sup>234</sup>.

Come ho cercato di dimostrare anche se non ben definita in età regia la funzione della pena la possiamo derivare dal contenuto sostanziale delle norme criminali.

Come avremo modo di vedere nell'età repubblicana il sistema criminale arcaico incentrato sulla concezione religiosa e espiatoria della sanzione lascerà il posto a una pena di carattere laico e prevalentemente diretta alla tutela della sicurezza pubblica.

Con l'avvento dell'età repubblicana osserviamo un passaggio da un sistema penale violento e intriso di profonde convinzioni religiose (dove i crimini venivano espiati con l'immolazione del colpevole) a un sistema penale repubblicano incentrato sul concetto di pena pecuniaria dove il sacrificio del reo era semplicemente una *extrema ratio*.

---

<sup>234</sup> G. FRANCIOSI, 'Leges', cit., 113 s.

## Capitolo 3

### *La pena nel diritto repubblicano e imperiale*

#### *1. La pena nell'età repubblicana*

Nell'età repubblicana la pena assumeva sempre più un carattere laico rispetto al concetto di pena sacrale. Lo scopo pena non era più quello di tutelare il rapporto tra gli uomini e gli dei ma quello di preservare la pace sociale e la sicurezza pubblica<sup>235</sup>. La motivazione di tale mutamento era da individuarsi nella creazione della *civitas*<sup>236</sup> e dall'instaurazione di rapporti sempre più individuali. L'espansione della *civitas* comportava la necessità di prevedere nuove norme che regolassero i rapporti individuali. Attraverso la disciplina dei rapporti individuali si mirava anche a conservare la comunità evitando che quest'ultima finisse nel caos.

Il potere repressivo veniva attribuito ai magistrati i quali avevano la facoltà di reprimere i fatti illeciti applicando oltre alla sanzione tipica

---

<sup>235</sup> B. SANTALUCIA, *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, 2009, 10 ss.

<sup>236</sup> F. DE VISSCHER, *L'espansione della 'civitas' romana e la diffusione del diritto romano*, Trieste, 1957, 2 ss.; D. MANTOVANI–L. PELLECCHI, *'Eparcheia', autonomia e 'civitas' romana. Studi sulla giurisdizione criminale dei governatori di provincia (II sec. a.C., II sec.)*, Pavia, 2010, 10 ss.; U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma, 2001, 138 ss.

prevista dalla norma anche forme coattive ‘istantanee’ volte a reprimere la singola azione criminosa.

L’istituto utilizzato per la repressione immediata era quello della *castigatio*<sup>237</sup>. La natura della *castigatio* è particolarmente controversa. Alcuni studiosi la ricollegano all’interno del più ampio concetto di *coercitio* magistratuale<sup>238</sup>. Autorevole dottrina<sup>239</sup> ci permette di notare come la *castigatio* fosse una sanzione di carattere generale da potersi applicare a svariate ipotesi criminali.

Infatti come si può notare dai seguenti passi:

Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.5.3.: *Si magister in disciplina vulneraverit servum vel occiderit, an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit?*

---

237 C. FERRINI, *Diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, 1, Milano, 1902, 155 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano: teorie generali*, Milano, 1899, 46, 47, 294 ss.

238 P. MANCUSO, ‘*Dare imperium*’, in *Iura*, 52, 2001, 57 ss.; T.S. VIGORITA, ‘*Imperium mixtum*’. *Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index*, 18, 1990, 142 ss., in particolare si v. anche ‘*Lex de piratis persequendis*’ (FIRA, I, 121); ancora sull’*imperium* e la *coercitio* dei magistrati si v. M.A. MESSANA, *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva*, in *AUPA*, 1991, 9 ss., «Il fenomeno della *coercitio* magistratuale è estremamente ampio. Si può comunque rappresentare un momento in cui esiste soltanto un indifferenziato potere di *imperium*, mancando i presupposti per operare una distinzione fra pura *coercitio* e attività propriamente giurisdizionale: coercizione e pena si fondono in una generale funzione di polizia».

239 C.A. CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, III, Torino, 2014, 159 ss.



*et Iulianus scribit Aquilia teneri eum qui eluscaverat discipulum in disciplina: multo magis igitur in occisio idem erit discendum. proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio familias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderentur. dicit igitur Iulianus iniuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae iniuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa: an ex locato dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti. sed lege Aquilia posse agi non dubito.*

Ancora nel passo di Ulpiano leggiamo:

*Ulp. 32 ad ed. D.19.2.13.4.: Item Iulianus libro actagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius: quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse: sed et de Aquilia supra diximus. iniuriarum autem actionem competere Iulianus negat, quia non iniuriae faciendae causa hoc fecerit, sed praecipendi.*

Nei frammenti citati viene descritta l'ipotesi in cui un *filius* venisse concesso in 'locazione' al *sutor* per un contratto di apprendistato. Nel caso

di specie il *filius* particolarmente svogliato faceva adirare il *sutor* il quale scagliandosi contro l'apprendista lo percuoteva fino a fargli perdere un occhio: «Il giudizio sui fatti è sicuro: l'aggressione mancava del dolo specifico dell'*iniuria*, perché il *sutor* aveva agito nell'ambito della sua attività d'insegnante, dove si ammette anche che il docente possa infliggere castighi fisici ai discenti; tuttavia il *sutor* è in colpa, in quanto la *castigatio* che gli spetta è una modica *castigatio* – una “punizione che va mantenuta entro una certa misura” – mentre egli ha certamente oltrepassato i limiti.

Queste due considerazioni permettono, rispettivamente, di escludere *l'actio iniuriarum* e di ammettere *l'actio ex locato*»<sup>240</sup>. Dunque con il

---

<sup>240</sup> C.A. CANNATA, *Scritti scelti*, cit., 159 ss.; La *castigatio* aveva natura duplice era una sanzione di carattere generale che poteva essere inflitta sia in ambito criminale sia in ambito civile per la repressione dei ‘crimini’ domestici.; si veda sulla repressione dei piccoli reati nella vita notturna romana U. PAOLI, *Vita romana*<sup>10</sup>, Firenze, 1972, 101 ss.; R. LANCIANI, *L'antica Roma*, trad. it., Bari, 1981, 169 ss.; che la *castigatio* fosse una forma repressiva di carattere generale per piccoli reati lo si desume anche da Plauto Plaut. *Amph.* 153 – 158: *iuventutis mores qui sciam, qui hoc noctis solus ambulem? Quid faciam nunc, si tresviri me in carcerem compegerint? Inde cras e promptaria cella depromar ad flagrum, nec causam liceat dicere mihi, neque in ero quicquam auxilii nec quisquam sit quin me malo omnes esse dignum deputent.* Da questo frammento si può desumere come i mezzi utilizzati per la *castigatio* fossero il carcere e la fustigazione, sul tema B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, 132 ss. «I triumviri potevano dunque infliggere, d'autorità e senza giudizio, appropriate sanzioni di polizia a tutela dell'ordine pubblico. I mezzi consueti di cui si servivano, stando alla testimonianza plautina, erano gli ordinari mezzi di *castigatio*: il carcere e la frusta. E certo alla frusta dovevano ricorrere assai spesso, a giudicare dall'ironico

termine *castigatio* si faceva riferimento a una sanzione diretta a neutralizzare non solo crimini ‘minori’ ma anche illeciti di natura ‘domestica’. Inoltre possiamo attribuire all’istituto in esame anche una funzione rieducativa. La *castigatio* veniva utilizzata non solo per la repressione dei reati in senso stretto ma anche in funzione educativa per disciplinare soggetti sia nell’ambito domestico che lavorativo.

## 2. Definizione del concetto di carcere

Come ci viene suggerito dal Forcellini<sup>241</sup> il carcere era collegato al concetto di *vincula, catenae o manicae*. Come sostiene parte della dottrina<sup>242</sup> la custodia rappresentava l’azione di prevenzione rispetto a un delinquente nell’attesa che il processo avesse luogo o che la sanzione venisse irrogata.

---

accenno di Orazio a quell’ignoto liberto che, approfittando della rivoluzione politica e sociale, era riuscito a diventare cavaliere e tribuno militare, mentre in passato era stato più volte battuto, come volgare malfattore»; si veda ancora F. LA ROSA, *Note sui «tresviri capitales»*, in *Labeo*, 1957, 231 ss.

<sup>241</sup> A. FORCELLINI, voce *Carcer*, in *Lexicon Totius Latinitatis*, 6, 1858.

<sup>242</sup> M. SCOGNAMIGLIO, *Lucio Vettio e i limiti alla carcerazione preventiva*, in *Rivista di Diritto Romano*, 18, 2018, 4 s.; A. METRO, *L’obbligazione di custodire in diritto romano*, Milano, 1966.

Tale dottrina ritiene che durante l'età repubblicana la *ductio in publica vincula* non fosse annoverabile tra le sanzioni che potevano essere inflitte al privato cittadino<sup>243</sup>.

Alcuni casi ci portano a ritenere che il carcere non venisse utilizzato soltanto come luogo di detenzione nell'attesa del giudizio. A volte la detenzione era adoperata come luogo di custodia per soddisfare diverse esigenze. Infatti la carcerazione poteva essere impiegata anche in relazione alle condizioni psicofisiche di un soggetto. Ad esempio il *furiosus* completamente in stato di incapacità mentale non poteva essere liberato all'interno della compagine cittadina, in quanto poteva provocare danni a sé o ad altri. Per tali motivi l'incapace doveva essere confinato in un luogo di detenzione dove potesse essere controllato e accudito. In questi casi la custodia<sup>244</sup> e la detenzione del *furiosus* avevano una funzione oltre che preventiva anche curativa. Dunque il carcere impediva al soggetto instabile mentalmente di ledere attraverso la commissione dei reati.

---

<sup>243</sup> F. LA ROSA, *Note sulla custodia nel diritto criminale romano*, in *Synthese*, I, 1964, 310 ss.; K. HOPWOOD, *Bandits, elites and rural order*, in *Patronage in ancient society*, edited by A. Wallace-Handrill, London-New York, 1989, 179 ss.

<sup>244</sup> J.L. ZAMORA MANZANO, *La administración penitenciaria en el derecho romano: Gestión, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria*, Madrid, 2015, 72 ss.; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the roman criminal law*, Oxford, 1969, 165 ss.; tuttavia parte della dottrina sostiene che il carcere avesse un ruolo non squisitamente custodiale ma in determinati casi potesse assurgere a vera e propria pena detentiva, M. BALZARINI, *Pene detentive e cognitio extra ordinem criminale*, in *Soliditas*, Scritti in onore di A. Guarino, VI, Napoli, 1984, 2886 ss.

Ancora possiamo ricordare la detenzione dei debitori al fine di permettere l'adempimento del credito o comunque la possibilità di adempiere il credito attraverso un altro accordo. In questo caso la funzione della detenzione sembrava essere di natura soddisfattoria e non preventiva<sup>245</sup>.

Gli esempi citati ci permettono di affermare che, al fine di determinare la funzione del carcere, bisognava necessariamente far riferimento alle motivazioni che avessero portato alla custodia del soggetto.

La carcerazione aveva come scopo anche quello di screditare il soggetto a livello sociale e pubblico attraverso alcuni effetti giuridici negativi. Infatti veniva riconosciuta l'impossibilità per il carcerato di poter partecipare come testimone a un processo.

---

<sup>245</sup> Una testimonianza sull'utilizzo dei *vincula* in funzione prettamente punitiva ci viene offerta da Call. 2 *de iure fisc.* D. 49.14.2.5.: *Divus Pius Caecilio Maximo rescripsit constitutionem patris suis, qua compelleretur delator edere mandatore ac, nisi edidisset, ut in vincula deduceretur, eo pertinere, non ut delator poena subduceretur, si mandatore haberet, sed ut mandator quoque perinde atque si ips detulisset puniretur.* Qui i *vincula* vengono inflitti al *delator* per non aver utilizzato in una causa fiscale il nome del mandante. La coercizione nel caso di specie veniva effettuata per costringere il *delator* a svelare il nome del mandante. Come possiamo notare in questo caso i *vincula* non avevano una funzione preventiva ma probatoria. Infatti la carcerazione aveva lo scopo di esercitare una 'pressione' sul *delator* al fine di farlo confessare.

Persino per gli schiavi trovarsi in detenzione rappresentava una diminuzione del valore economico: in particolare «l'alienante era tenuto a dichiararne l'esistenza al compratore, il quale altrimenti, a meno che fosse stato al corrente del difetto, avrebbe potuto avvalersi dei mezzi processuali previsti nell'editto degli edili curuli»<sup>246</sup>.

Il raro utilizzo da parte dei romani del carcere come strumento punitivo era giustificato dal grande valore che essi attribuivano alla libertà. Quest'ultimo principio particolarmente rilevante ci viene attestato in diversi casi inteso come *favor libertatis*<sup>247</sup>. A proposito di quest'ultimo possiamo ricordare come la riduzione dello schiavo catene da parte del precedente proprietario non alterava o precludeva la possibilità da parte del nuovo proprietario di procedere alla *manumissio*<sup>248</sup>.

Altra attestazione in riferimento al *favor libertatis* ci viene offerta da Paolo:

*Paul. Sent. 4.12.5: Communem servum unus ex sociis vinciendo futurae libertati non nocebit: inter pares enim sententia clementior severiori praefertur: et certe humanae rationis est favere miserioribus,*

---

<sup>246</sup> E. TOMMASI, *Il sistema*, cit., 289 ss.

<sup>247</sup> A. GUARINO, *Rassegna di diritto romano*, in *Labeo*, 9, Napoli, 1963, 12 ss.

<sup>248</sup> G. FRANCIOSI, *Corso storico istituzionale di diritto romano*, Torino, 2014; O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976, 146 ss.; S.F. MARIA, *in tema di 'manumissio ex fideicommisso' e 'patronatus'*, in *Rivista di Diritto Romano*, 2015, 15, 12 ss.

*prope et innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt.*

Nel passo si evince come l'incatenamento del *servus communis* da parte di uno dei comproprietari non impediva l'acquisto della libertà da parte dello schiavo.

Che tra le varie funzioni assolte dalla pena del carcere ci fosse anche quella di screditare il reo lo si può desumere dall'applicazione della sanzione ai plebei e a soggetti che non godevano di uno *status* politico rilevante. Infatti la pena non poteva essere applicata a chi ricoprisse una carica pubblica.

Altro caso in cui abbiamo attestazione dell'applicazione del carcere<sup>249</sup> come vera e propria pena lo ritroviamo ancora in Paolo:

*Paul. Sent. 5.21.: Vaticinatores, qui se deo plenos adsimulant, idcirco civitate expelli placuit, ne humana credulitate publici mores ad spem alicuius rei corrumperentur, vel certe ex eo populares animi turbarentur. Ideoque primum fustibus caesi civitate pelluntur: perseverantes autem in vincula publica coniciuntur aut in insulam deportantur vel certe relegantur.*

---

<sup>249</sup> F. LÜBKER, voce *Vincula*, in *Lessico ragionato dell'antichità classica*, Roma, 1898, 1298 ss.

Qui la condotta punibile dei *vaticinatores* consisteva nel proclamarsi come rappresentanti della divinità al fine provocare 'l'umana credulità'. La norma tutelava l'ordine pubblico e in particolare la corruzione dei costumi.

Una volta accertata la condotta i rei venivano condannati alla fustigazione e all'espulsione dalla città. Nell'ipotesi in cui fossero stati recidivi i colpevoli venivano puniti con l'assoggettamento ai *vincula*



*publica*: in particolare con la *deportatio in insulam*<sup>250</sup> oppure con la *relegatio*<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> Sul riconoscimento della *deportatio* come pena si veda Ulp. 9 *de off. proc.* D. 48.22.6. pr.: *Inter poenas est etiam insulae deportatio, quae poena adimit civitatem Romanam.* Si veda ancora Marc. 2 *inst.* D. 48.22.4: *Relegati in insulam in potestate sua liberos retinent, quia et alia omnia iura sua retinent: tantum ei insula eis egredi non licet. et bona quoque sua retinent.* In questo passo Marciano sottolineava come i condannati alla relegazione non perdessero la potestà sui figli in quanto l'unica limitazione era non poter uscire dai confini dell'isola in modo perpetuo qualificando di fatto la *deportatio in insulam* e la *relegatio* perpetua come pena carceraria in senso stretto; A conferma della perpetuità della carcerazione insulare si veda la distinzione che opera lo stesso Arpinate tra *relegatio* e *deportatio* in Ulp. 10 *de off. proc.* D. 48.22.7.2: *Haec est differentia inter deportatos et relegatos, quod in insulam relegari et ad tempus et in perpetuum quis potest. 3. Sive ad tempus sive in perpetuum quis fuerit relegatus, et civitatem Romanam retinet et testamenti factionem non amittit.* Sulla *deportatio* e *relegatio*. Quindi la differenza risiedeva nella perpetuità della *deportatio* senza necessità di specificazione di un termine e nella perpetuità della *relegatio* solo nel caso in cui non fosse stato previsto un termine di carcerazione. Sul tema si veda anche U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 2811 e 294.

<sup>251</sup> Altra testimonianza che vede l'utilizzo dei *vincula publica* come pena ci viene offerta da Ulpiano, Ulp. 23 *ad ed.* D. 11.5.1.4.: *"In eum", inquit, "qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam."* *Haec clausula pertinet ad animadversionem eius qui compulit ludere, ut aut multa multetur aut in lautumias vel in vincula publica ducatur.* In questo caso la condotta del gioco d'azzardo veniva punita con l'infrazione al reo dei *vincula publica*. Questi esempi rendono ancora più dibattuta la questione se il carcere fosse o meno inteso come luogo di 'attesa' per il processo o come pena vera e propria.

### 3. *Il carcere: funzione punitiva o cautelare?*

Si è sostenuto che la pena carceraria non rientrasse nella categoria delle ‘sanzioni’ ma realizzasse una funzione di carattere cautelare<sup>252</sup>. L’assunto sostenuto sarebbe ancora più corroborato da un testo che risale all’età imperiale in particolare:

Ulp. 9 *de off. proc.* D.48.19.8.9:

*Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineatur: sed id eos facere non oportet. nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcere nim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.*<sup>253</sup>

Che il carcere rappresentasse una sanzione con funzioni differenti lo si può notare dall’applicabilità della punizione a seconda del caso concreto. Se la pena fosse stata inflitta prima del processo sicuramente la funzione esplicita sarebbe stata quella preventiva: «È invece opinione comune che sia il processo comiziale che le varie procedure straordinarie dell’ultimo secolo della Repubblica, le quali si ponevano come sistemi

---

<sup>252</sup> Tra gli altri si vd. M. SCOGNAMIGLIO, *Lucio Vettio*, cit., 4 s.

<sup>253</sup> M. SCOGNAMIGLIO, *Lucio Vettio*, cit., 4 s., in particolare nt. 10.

alternativi all'*ordo*, contemplassero la possibilità di incarcerare in via cautelare gli imputati. Nel corso dei *iudicia populi*, all'esito della prima informale *contio*, all'imputato si poteva richiedere la presentazione dei *vades*<sup>254</sup> che ne garantissero la comparizione in giudizio e, qualora questi non li avesse forniti, sarebbe stato possibile detenerlo fino alla conclusione del processo»<sup>255</sup>. Nel caso in cui la condanna al carcere fosse stata successiva alla sentenza, si sarebbe trattato di una vera e propria pena.

Altra dottrina<sup>256</sup> sostiene che il carcere non potesse essere inquadrato come una pena detentiva proprio perché erano rarissime le ipotesi nelle quali questa sanzione venisse inflitta in chiave punitiva.

---

<sup>254</sup> L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*<sup>3</sup>, Torino, 2006, 140 ss., «I *vades* invece dovevano garantire la comparizione di un soggetto dinanzi all'organo giudicante, ed erano utilizzati sia nelle *legis actiones*, sia nei processi penali (...) Nei processi penali invece i *vades* erano dati dall'accusato, che in tal modo garantiva la sua presenza senza dover perdere la propria libertà personale. Non sappiamo dire con certezza quale fosse il vincolo cui erano soggetti i *vades*. Si è supposto che fossero come ostaggi, poiché Livio (39.41.7) scrive che l'accusato rimasto assente, o fuggito, aveva abbandonato i *vades* nelle mani dell'accusatore», qui la carcerazione preventiva in caso di fuga del reo veniva scontata dai *vades*.

<sup>255</sup> M. SCOGNAMIGLIO, *Lucio Vettio*, cit., 5 s.

<sup>256</sup> U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., 408 ss.; M. BALZARINI, *Il problema della pena detentiva nella tarda repubblica: alcune aporie*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Studi economico-giuridici della università di Sassari*, Sassari, 1991-1992, 373 ss.

La testimonianza di questo assunto la si ritrova nella completa assenza di sentenze emanate dalle *quaestiones* nelle quali fosse prevista la pena del carcere.

Tali affermazioni sono state criticate da parte della dottrina<sup>257</sup> che richiama ipotesi nelle quali il carcere veniva utilizzato come pena: «In sostanza Cesare suggeriva che il senato decretasse per i catilinari una carcerazione preventiva temporalmente indefinita»<sup>258</sup>. In questi casi il senato autorizzava la carcerazione con funzione punitiva ma a in realtà si trattava di casi del tutto eccezionali. Non mancano tuttavia fattispecie nelle quali risultavano applicati come condanna gli *aeterna vincula*. Si pensi all'episodio di C. Vettieno<sup>259</sup> amputatosi le dita della mano al fine di essere esonerato dal servizio militare:

Val. Max. 6.3.3.: *Ne in C. quidem Vettieno, qui sibi sinistrae manus digitos, ne bello Italico militaret Abscideret, severitas senatus cessavit: publicatis enim bonis eius ipsum aeternis vinculis puniendum censuit*

---

<sup>257</sup> B. SANTALUCIA, *Dibattito, in Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Studi economico-giuridici della università di Sassari*, Sassari, 1991-1992, 417 s.; B. SANTALUCIA, *Note sulla repressione dei reati comuni in età repubblicana*, in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, a cura di A. Burdese, Padova, 1988.

<sup>258</sup> B. SANTALUCIA, *Note sulla repressione dei reati*, cit., 10 ss.

<sup>259</sup> G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015, 42 ss.

*effecitque ut quem honeste spiritum profundero in acie noluerat, turpiter in catenis consumeret.*

Da questo passo possiamo desumere come l'ipotesi di Vettieno risultava essere una vera e propria applicazione degli *aeterna vincula* come pena di carattere afflittivo e non preventivo. Come vedremo anche nel caso di Appio Claudio Decemviro il carcere veniva utilizzato come sanzione alternativa quando le altre pene risultavano poco efficienti e non adatte allo *status* del colpevole. Il caso di Vettieno è particolarmente interessante in quanto rappresentava l'unica ipotesi acclarata dove la pena del carcere venisse utilizzata espressamente con funzione sanzionatoria. Dunque ridurre il carcere a mera pena alternativa o semplice sanzione contingente sembra assai riduttivo. In particolare secondo noi il carcere rappresentava una forma di repressione penale che rispondeva all'esigenza di isolare il reo dalla comunità ora per finalità preventive e afflittive ora per finalità cautelari.

Che i casi di carcerazione indicati dalla dottrina<sup>260</sup> siano prevalentemente connotati da una funzione preventiva<sup>261</sup> non significa che

---

<sup>260</sup> U. BRASIELLO, *La repressione penale*, cit., 409 ss.

<sup>261</sup> Alcune fonti ci testimoniano addirittura un'avversione dei romani nei confronti del carcere con funzione preventiva: Cic. *in Verr.* 2.5.55.144: *In externorum hominum maleficorum sceleratorumque, in praedonum hostiumque custodias tu tantum numerum civium Romanorum includere ausus es?*, in questi casi l'essere imprigionato

la pena del carcere si esaurisse in essa. Tali affermazioni risultano corroborate da un'analisi delle fonti, in particolare:

Liv. 8.28: *Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est quod necti desierunt; mutatum autem ius ob unius feneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem. L. Papirius is fuit, cui cum se C. Publilius ob aes alienum patenum nexum dedisset, quae aetas formaque misericordiam elicere poterant, ad libidinem et contumeliam animum accenderunt. (ut) florem aetatis eius fructum adventicium creditus primo perlicere adolescentem sermone incest est conatus; dein, posquam aspernabantur flagitium aures, minis territare atque identidem admonere fortunae; postremo, cum ingenuitatis magi squam praesentis condicionis memorem videret, nudari iubet verberaque adferri. quibus lacerates iuvenis cum se in publicum proripuisset, libidinem crudelitatemque conquerens feneratoris, igens vis hominum cum aetatis miseratione atque indigne iniuriae accensa, tum suae condicionis liberumque suorum respect, in forum atque inde agmine facto ad curiam concurrat; et cum consules tumultu repentino cacti senatum vocarent, introeuntibus in curiam patribus laceratum iuvenis tergum procumbentes ad singulorum pedes ostentabant. victum eo die ob impotentem iniuriam*

---

con soggetti abietti e condannati in attesa della pena capitale era assolutamente negativo per il carcerato in via preventiva perché veniva lesa la sua 'onorabilità'.

*unius ingens vinculum fidei iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. ita nexi solute, cautumque in posterum ne necterentur.*

Il testo ricorda l'imprigionamento per debiti di Lucio Papirio che aveva ricevuto in schiavitù il giovane Gaio Publilio a causa di un debito contratto dal padre. La particolare bellezza del giovane e la sua gioventù attiravano in modo particolare il creditore accendendone la libidine. Nonostante i numerosi tentativi di corteggiamento del creditore, il ragazzo non sembrava cedere. Allora l'usuraio, abusando del suo potere, ricordava in modo vessatorio al giovane la sua condizione di schiavo. Fallito anche quest'ultimo tentativo, il creditore diede l'ordine di denudarlo e fustigarlo. Dal testo di Livio leggiamo come, a seguito dello scempio, si raccolsero numerose persone indignate. Al fine di sedare il malcontento, i Consoli presentarono una di proposta di legge al popolo che stabiliva il divieto di incarcerazione, salvo i casi in cui fosse stato commesso un delitto. Inoltre si stabiliva che soltanto i beni del debitore e non anche il debitore potesse essere preso a garanzia del credito. Ancora Livio ci ricorda come a seguito di questo evento venivano rilasciati tutti i debitori tenuti in detenzione in ragione del debito.

A nostro avviso la pena del carcere non poteva essere considerata una sanzione straordinaria ma, come abbiamo visto, essa rappresentava la normalità, in quanto poteva essere utilizzata come un'alternativa in quelle situazioni nelle quali altre sanzioni non raggiungessero il fine voluto.

Il frammento di Ulpiano:

Ulp D. 48.19.8.9 *de off. proc.*: *Solent praesides in carcere continendos damnare aut ut in vinculis contineantur: sed id eos facere non oportet. Nam huiusmodi poenae interdictae sunt: carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet.*

Il frammento definisce il carcere come il luogo in cui i colpevoli dovevano essere confinati e non puniti e ci testimonia come la carcerazione rappresentasse una misura sanzionatoria polivalente attraverso la quale si realizzavano diversi scopi.

A conferma della polifunzionalità del carcere possiamo citare un altro episodio ricordato da Livio:

Liv. 3.13.5.: *Premebat reum praeter volgatam invidiam crimen unum, quod M. Volscius Fictor, qui ante aliquot annos tribunus plebis fuerat, testis exstiterat se, haud multo post quam pestilential in urbe fuerat, in iuventutem grassantem in Subura incidisse. Ibi rixam natam esse*



*fratremque suum maiorem natu, necdum ex morbo satis validum, pugno ictum ab Caesone cecidisse; semianimem inter manus domum ablatum, mortuumque inde arbitrary, nec sibi rem exequi tam atrocem per consules superiorum annorum licuisse. Haec Volscio clamitante adeo concitati homines sunt haud multum afuerit quin impetu populi Caeso interiret. Verginius arripi iubet hominem et in vincula duci. Patricii vi contra vim resistunt. T. Quinctius clamat, cui rei capitalis dies dicta sit et de quo futurum propediem iudicium, eum indemnatum indicta causa non debere violari. Tribunus supplicium negat sumptrum se de indemnato; servaturum tamen in vinculis esse ad iudicii diem ut, qui hominem necaverit, de eo supplicii sumendi copia populo Romano fiat. Appellati tribuni medio decreto iu auxilii sui expediunt: in vincla conici vetant; sisti reum pecuniamque nisi sistatur populo promitti placere pronuntiant. Summam pecuniae quantam aequum esset promitti, veniebat in dubium; id ad senatum reicitur: reus, dum consulerentur patres, retentus in publico est. Vades dari pacuit; unum vadem tribus milibus aeris obligarunt; quot darentur permissum tribunis est. Decem finierunt; tot vadibus accusatory vadatus est reum. Hic primus vades public dedit. Dimissus e foro nocte proxima in Tusos in Exsiliium abiit. Iudicii die cum excusaretur solum vertisse exsilii causa, nihilo minus Vergino comitia habente, collegae appellati dimisere concilium. Pecunia a patre exacta crudeliter, ut*

*divenditis omnibus bonis aliquamdiu trans Tiberim veluti relegatus devio quodam tugurio viveret.*

Nel passo si ricorda l'episodio di Marco Volscio Fittore *ex tribuno della plebe*, il quale mentre tornava a casa con suo fratello si era imbattuto in un gruppo di giovani che imperversavano con violenza nella Suburra. L'incontro scatenava una colluttazione che vedeva il fratello di Volscio ferito gravemente. Successivamente il fratello di Volscio sarebbe morto per le ferite riportate. A seguito del fatto, la richiesta di giustizia di Marco Volscio infiammava gli animi popolari e Cesone, autore del pugno fatale, diveniva vittima della furia popolare. Dal testo leggiamo come il Tribuno affermasse la necessità di sottoporre Cesone al giudizio del popolo, in quanto la sua condotta era passibile della pena capitale. I tribuni della plebe, presenti in funzione di compromesso, richiesero che non fosse carcerato fino al giorno del giudizio ma che venisse versata a titolo di cauzione la somma di 3.000 assi.

Dai casi esposti, possiamo affermare che il carcere era una vera e propria pena che non veniva sostituita ma che sostituiva in determinati casi le altre sanzioni. Si pensi alla carcerazione di Appio Claudio che per il suo alto rango non poteva essere messo a morte. In realtà era proprio la pena

di morte ad essere sostituita da altre sanzioni come l'*aqua et igni interdictio*<sup>262</sup> come ci testimonia anche Ulpiano:

Ulp. D. 48.19.2.1: *post quam deportatio in locum aquae et ignis interdictionis successit.*

---

<sup>262</sup> M.V. LEDNEVA, *la confisca dei beni come effetto dell' 'aqua et ignis interdictio' in età repubblicana*, in *La repressione criminale*, 63 s.; S. SCIORTINO, *Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano*, in *AUPA*, 60, 2017, 185 ss. «(...) chi ha affermato che in assenza dell'imputato il processo comiziale si sarebbe interrotto, ma non per questo non sarebbe arrivato ad una conclusione: all'imputato assente sarebbe stata irrogata l'*aqua et ignis interdictio*, misura sostitutiva della sentenza di condanna»; V. DEVILLA, *aqua et ignis interdictio*, in *Studi Sassaesi*, 28, 1950, 23 ss.; G. CRIFÒ, *Exilica causa, quae adversus exulem agitur. Problemi dell'aqua et ignis interdictio*, in *Du Châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde organisée par l'École française de Rome avec le concours du Centre national de la recherche scientifique (Rome 9-11 novembre 1982)*, Roma, 1984, 453 ss.; C. GIOFFREDI, *'L'aqua et ignis interdictio': e il concorso privato alla repressione penale*, Cuneo, 1947; A. AZARA, *'Aqua et ignis interdictio'*, in *Nov. dig. it.*, v. 1 – 2, a cura di A. Azara e E. Eula.; A. CORBINO, *Diritto e storia: l'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, Padova, 1995; E. STOLFI, *Studi sui libri ad edictum di pomponio*, in *Collana della Rivista di Diritto Romano*, Milano, 2001, 481 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976; V. GIUFFRÈ, *la repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, Napoli, 1997, 127 s.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, 251 ss.; A. SCHIAVONE, *'Matrimonium e deportatio. Storia di un principio'*, In *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di napoli*, 78, 1967, 453 ss.

L'*aqua et igni interdictio* comportava l'allontanamento del reo dalla città e la confisca dei beni, oltre al divieto di rientrare in patria pena la condanna a morte.

Sull'applicazione dell'esilio in luogo della pena di morte si veda ancora Livio:

Liv. 43.16. 14-15: "*Prior Claudius causam dixit; et cum ex duodecim centuriis equitum octo censorem condemnassent multaeque aliae primae classis, extemplo principes civitatis in conspectus populi anulis aureis positos vestem mutarunt, ut supplices plebem circumirent. Maxime tamen sententiam vertisse dicitur Ti. Gracchus, quod, cum clamor undique plebis esset periculum Graccho non esse, conceptis verbis iuravit, si collega damnatus esset, non exspectato de se iudicio comitem exilii eius futurum*".

In questo passo viene data come scontata la condanna dell'esilio nell'ipotesi di *perduellio*<sup>263</sup> in luogo della pena di morte. Ancora l'utilizzo dell'esilio è testimoniato da Cicerone:

---

<sup>263</sup> CH.H. BRECHT, in *PW*, voce *perduellio*, col. 627; E. Gabba, *Roma arcaica storia e storiografia*, Roma, 2000, 144 ss.; E. CANTARELLA, *i supplizi capitali origine e funzioni delle pene di morte in greca e a Roma*, Milano, 2011.

Cic. dom. 78: “*Qui erant rerum capitalium condemnati non prius hanc civitatem amittebant quam erant in eam recepti quo vertendi, hoc est mutandi soli causa venerant; id autem ut esset faciundum, non ademptione civitatis, sed tecti et aquae et ignis interdictione faciebant*”.

A nostro avviso tentare di attribuire una funzione ‘unica’ alla pena del carcere appare sicuramente poco coerente con i diversi scopi che essa perseguiva. Che il carcere fosse da considerarsi come una pena con funzione anche deterrente, lo si può desumere dal suo contenuto intrinseco. La funzione deterrente del carcere era assicurata dalla minaccia della sottrazione del bene più prezioso per i romani e cioè la *libertas*<sup>264</sup>.

Che secondo i romani la libertà rappresentasse il bene più prezioso lo conferma lo stesso Livio quando in riferimento alla storia della Repubblica romana la definiva come una storia di libertà<sup>265</sup>. Da questo dato possiamo affermare come, seppur il carcere rappresentasse probabilmente

---

<sup>264</sup> *La cultura storica nei primi due secoli dell'impero romano, a cura di Lucio Troiani e Giuseppe Zecchini*, Milano, 2004, 46 s.; F. COSTABILE, *Temi e problemi dell'evoluzione storica del diritto pubblico romano*, Torino, 2016, 245 ss.; F. AMARELLI, *obbedienza e critica dell'autorità delle leggi, l'atteggiamento di Lattanzio*, in *studi per N. Nicosia*, I, Catania, 2007, 61 ss.; si veda inoltre la differenza tra l'esilio volontario e l'esilio obbligatorio coincidente con *l'aqua et igni interdictio*, G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma Repubblicana*, Torino, 2015, 56 ss.

<sup>265</sup> G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena*, cit., 39 s., si veda anche Liv. 2.1., ancora a conferma si vd. Paul. 2 ad. ed.: *Libertas inaestimabilis res est*.

la sanzione funzionalmente più complessa, sicuramente era da considerarsi la più efficace.

Secondo la dottrina che sostiene in via esclusiva la funzione cautelare del carcere, era proprio questa rilevanza della libertà come principio assoluto specialmente nell'età repubblicana, che porta a escludere la possibilità che i romani prevedessero una sanzione che limitasse il bene più prezioso<sup>266</sup>.

#### 4. *Il carcere come 'pena': l'episodio di Appio Claudio*

Come abbiamo avuto modo di vedere, il dibattito circa la funzione della pena del carcere è tutt'altro che appianato.

La funzione cautelare sostenuta da parte della dottrina<sup>267</sup> sull'assunto che la libertà<sup>268</sup> fosse troppo importante per i romani per

---

<sup>266</sup> In particolare si vd. V. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 408 s.; M. BALZARINI, *Il problema della pena detentiva nella tarda repubblica: alcune aporie*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, Cagliari, 1989, ora in *Studi economici-giuridici della università di Sassari*, 54 s.

<sup>267</sup> Vd. infra. nt 12.

<sup>268</sup> C. WIRSZUBSKI, A. MOMIGLIANO, *'Libertas': il concetto politico di libertà a Roma tra repubblica e impero*, 1957, 200 ss.; In particolare sul concetto di libertà per i romani si v. G. CRIFÒ, *Semitae et vestigia Libertatis*, in *Studi per G. Nicosia*, I, Milano, 2007, 61 ss., «... che i Romani vedessero nella libertas “un diritto civile acquisito” e che il concetto di libertà com un diritto naturale in ogni essere umano».

creare una sanzione che la limitasse, sembra relegare l'utilizzo del carcere a casi del tutto eccezionali. Secondo lo scrivente l'importanza della libertà era direttamente proporzionale all'importanza della vita. Negli anni della Repubblica assistiamo al passaggio dalle pene corporali e personali alle pene patrimoniali dove si punisce non più attraverso la coazione corporale ma attraverso la reintegrazione patrimoniale del danno arrecato.

Proprio questo rispetto della vita umana ci porta a congetturare che il carcere fosse in realtà non un'eccezione ma una vera e propria pena irrogata quando non vi fossero altre sanzioni capaci di soddisfare le esigenze punitive. Dunque a nostro avviso la tendenza dell'ordinamento Repubblicano a respingere la pena di morte portava all'utilizzo dei *vincula aeterna* come sanzione in luogo della pena capitale.

L'esempio che voglio riportare nel quale assistiamo all'applicazione del carcere in alternativa alla pena di morte è quello del tribuno della plebe Appio Claudio.

Appio era annoverato da Pomponio nella *successio auctorum* dell'*Enchiridion* come il massimo esperto di diritto<sup>269</sup>. Il Tribuno sarebbe stato eletto nel 471 a.C. assumendo un'importanza di assoluto rilievo nell'ordinamento Repubblicano gestendo la sua carica a volte anche con tirannia. La vicenda che lo riguardava era legata a una giovane plebea

---

<sup>269</sup> A. BOTTIGLIERI, *Appio Claudio Decemviro*, in corso di pubblicazione.

particolarmente bella e virtuosa, la quale non cedeva al corteggiamento di Appio. Il tribuno deciso ad averla fece dichiarare da un cliente che la giovane fosse una sua schiava e per realizzare il suo intento fece instaurare un processo nel quale Virginia venisse dichiarata schiava per poi essere sottratta alla *potestas* del padre.

La particolarità era che il giudice del processo instauratosi era lo stesso Appio Claudio smascherando di fatto la farsa posta in essere dal tribuno. All'interno del processo Appio decideva per l'attribuzione del possesso di Virginia a Marco senza ascoltare né l'attore né il convenuto, a quel punto anche per tutti i presenti era chiara l'intenzione di Appio di possedere esclusivamente la giovane. Il padre di Virginia, consapevole della impossibilità di sfuggire a tale situazione portando in disparte la figlia la pugnalava per restituirla nell'unico modo che poteva la dignità.

L'orrore del gesto diveniva particolarmente eclatante alla luce della grave infrazione della legge che aveva commesso Appio Claudio. Infatti il tribuno doveva decidere in favore della libertà temporanea di Virginia:

Liv. 3.44.12: *postulant ut rem integram in patris adventum differat, lege ab ipsolata vindicias det secundum libertatem, neu patiatur virginem adultam famae prius quam libertatis periculum adire.*



dal frammento notiamo come Appio con la sua decisione violasse la norma che egli stesso aveva provveduto a emanare. Quindi assicurando il possesso temporaneo a Marco Claudio il tribuno mescolava *fas* a *nefas*<sup>270</sup>.

---

<sup>270</sup> Pomp. *Ench. D. 1.2.2.24.*: *Et cum placuisset leges quoque ferri, latum est ad populum, uti omnes magistratu se abdicarent, quo decemviri constituti anno uno cum magistratum prorogarent sibi et cum iniuriose tractarent neque vellent deinceps sufficere magistratibus, ut ipsi et factio sua perpetuo rem publicam occupatam retineret: nimia atque aspera dominatione eo rem perduxerant, ut exercitus a re publica secederet. Initium fuisse secessionis dicitur Verginius quidam, qui cum animadvertisset Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abdixisse et secundum eum, qui in servitute ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore Virginis omne fas ac nefas miscuisse: indignatus, quod vetustissima iuris observantia in persona filiae suae defecisset (utpote cum Brutus, qui primus Romae consul fuit, vindicias secundum libertatem dixisset in persona vindicis Vitelliorum servi, qui proditionis coniurationem indicio suo detexerat) et castitatem filiae vitae quoque eius praeferendam putaret, arrepto cultro de taberna lanionis filiam interfecit in hoc scilicet, ut morte virginis contumeliam stupri arceret, ac protinus recens a caede madenteque adhuc filiae cruore ad commilitones confugit. Qui universi de Algido, ubi tunc belli gerendi causa legiones erant, relictis ducibus pristinis signa in Aventinum transtulerunt, omnisque plebs urbana mox eodem se contulit, populique consensu partim in carcere necati. Ita rursus res publica suum statum recepit.* Dal passo possiamo notare come per il giurista Pomponio il fatto accaduto fosse talmente grave da mescolare *fas* con *nefas*. Oltretutto lo stesso Appio ricopriva una carica particolarmente importante e rilevante a tal punto che una sua messa a morte avrebbe sicuramente comportato uno scandalo irreparabile. Lo spessore della sua personalità all'interno dell'ordinamento Repubblicano era tale che gli aveva permesso di architettare tutto questo stratagemma solo per possedere Virginia. Soltanto la rivolta della plebe permise di punire il tribuno e scoprire tutto il suo piano. Come vedremo questo episodio rappresenta un'ipotesi in cui la pena di morte, vista la rilevanza politica e sociale del reo, non poteva essere applicata. Come anticipato l'applicazione del carcere appariva come una pena di chiusura del sistema

Per i romani l'idea di aver dato così tanto potere a un essere così immondo gettava un'onta sulla comunità che non poteva essere cancellata se non con la morte del reo. Tuttavia, come accennato, la grande rilevanza di Appio non permetteva l'applicazione della pena di morte senza risvolti estremamente negativi, si pensi allo scandalo che una personalità così rilevante nel mondo romano avesse architettato quel terribile disegno criminoso. Siccome non poteva restare impunito il tribuno veniva condannato alla detenzione *sine die*.

In particolare leggiamo nel passo di Livio Liv. 3.58.2:

Liv. 3.58.1-2: *C. Claudius, qui perosus decemvirosum scelera et ante omnes fratris filii superbiae infestus Regillum, antiquam in patriam, se contulerat, is magno iam natu cum ad pericula eius deprecanda redisset cuius vitia fugerat, sordidatus cum gentilibus clientibusque in foro prensabat singulos orabatque 2. ne Claudiae genti eam iniustam maculam uellent ut carcere et uinculis uiderentur digni. Virum honoratissimae imaginis futurum ad posteros, legum latorem conditoremque Romani iuris, iacere uinctum inter fures nocturnos ac latrones.*

---

punitivo, cioè quando non sussistevano sanzioni capaci di poter soddisfare le esigenze penali o che comunque non potevano essere applicate senza risvolti negativi la pena detentiva assumeva una funzione prettamente sanzionatoria e afflittiva.

Nel passo notiamo come un esponente dei *Claudii* affermasse «Un uomo la cui immagine sarebbe stata onoratissima presso i posteri, il legislatore e il fondatore del diritto romane, giace in ceppi tra i ladri notturni e briganti!». L'affermazione permette di sottolineare come Appio Claudio a seguito della grave condotta sarebbe stato posto in detenzione tra i delinquenti comuni. In seguito lo stesso tribuno sarebbe stato ritrovato morto in carcere nelle more del processo<sup>271</sup>. Gli *aeterna vincula* applicati ad Appio non avevano nessuna funzione preventiva o cautelare. La detenzione era disposta senza la fissazione di un termine in quanto non poteva essere applicata la pena di morte.

Secondo noi il caso di Appio Claudio rappresenta in modo chiaro un'ipotesi di applicazione della pena del carcere con funzione puramente afflittiva. Infatti dopo la carcerazione di Appio senza la fissazione del termine di scarcerazione si attendeva solo ed esclusivamente la sua morte.

---

<sup>271</sup> Sui casi di custodia senza la fissazione di un termine si v. F. PULITANÒ, *La morte 'in anticipo' dei condannati in attesa di esecuzione*, in *Il corpo in Roma antica*, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2015, 249-253 ss.

## 5. Il 'crimen calumniae'

Il *crimen calumniae* era disciplinato dall'*oratio Claudii de aetate recuperatorum et de accusatoribus coercendis*<sup>272</sup>, dalla *lex repetundarum Tabulae Bambinae*<sup>273</sup>, e infine dalla *lex Remmia de calumniatoribus*<sup>274</sup>. In particolare la legge *Tabulae Bambinae* prevedeva dei premi nell'ipotesi in cui fosse stata esperita in modo vittorioso l'azione processuale. Viceversa nell'ipotesi in cui l'attore avesse perso il processo sarebbero scaturiti effetti negativi:

---

<sup>272</sup> V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.)*, in *Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 2016; D.A. CENTOLA, *Il 'crimen calumniae'. Contributo allo studio del processo criminale romano*, in *pubblicazioni del dipartimento di diritto romano e storia della scienza romanistica dell'università degli studi di Napoli Federico II*, Napoli, 1999, 10 ss.

<sup>273</sup> P.L. REBECCHI, *Note sul crimen repetundarum: alle radici delle azioni recuperatorie collegate ad illeciti penali*, in [www.contabilità-pubblica.it](http://www.contabilità-pubblica.it); C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Pisa, 1979.

<sup>274</sup> A. VISCONTI, *Reputazione, dignità, onore confini penalistici e prospettive politico-criminali*, in *Itinerari di Diritto Penale*, diretta da E. Dolcini, G. Fiandaca, E. Musco, T. Padovani, F. Palazzo e F. Sgubbi, Torino, 2018, 84 ss., in particolare si vedano la nt. 291; J.G. CAMINAS, *'Lex remmia de calumniatoribus'*, Santiago de Compostela, 1984, 53 ss., È importante sottolineare che la norma emanata per la disciplina specifica del *crimen calumniae* era la *lex Remmia de Calumniatoribus* mentre le altre due la trattavano la calunnia soltanto in modo indiretto. La *lex repetundarum Tabulae Bambinae* era cronologicamente la prima a introdurre seppur indirettamente il *crimen repetundarum*. Quest'ultima prevedeva la possibilità per la vittima del reato di essere legittimata a sostenere l'accusa senza alcuna assistenza giudiziaria dei patroni, D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae*, cit., 12 s.

*Lex repet. Tab. Bemb. lin. 10 (FIRA I<sup>2</sup>. 89 s.): de nomine deferundo iudicibusque legundeis. Quei ex h. l. pecuniam ab a[r]uosario petet, ... is eum, unde petet, postquam CD-Luirei ex h. l. in e] um annum lectei erunt, ad iudicem, in eum annum quei ex h. l. [factus] erit, in ious eductio nomenque eius deferto; sei deiuraverit calumniae causa non po[stulare, is praetor nomen recipito facitoque] (...).*

Dal frammento notiamo come era avvertita la necessità di intervenire in caso di liti temerarie che in qualche modo potessero aggravare in modo irragionevole l'economia processuale.

Il *iusiurandum calumniae*<sup>275</sup> prevedeva un vero e proprio giuramento nel quale veniva confermata la veridicità di quanto detto. Rispetto alla collocazione processuale non si hanno notizie certe sembrerebbe che il giuramento dovesse essere prestato dopo la *delatio*<sup>276</sup> dell'accusatore e prima della *receptio* del pretore. Il *iusiurandum* rappresentava dunque una condizione assolutamente necessaria per il

---

<sup>275</sup> D.A. CENTOLA, *Il crimen calumnia*, cit., 13 s.; D.A. CENTOLA, *L'accusa nel sistema processuale delle 'questiones perpetuae' tra funzione civica, dimensione premiale e disciplina sanzionatoria*, in *Regole e garanzine nel processo penale criminale romano*, a cura di L. Solidoro, Torino, 2016, 18 ss.; M. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964.

<sup>276</sup> B. SANTALUCIA, *Cicerone e la 'nominis delatio'*, in *Labeo*, 43, 1997, 407; V. GIUFFRÈ, *'Nominis delatio' e 'nominis receptio'*, in *Labeo*, 40, 1994, 359 ss.;

prosieguo del processo. Il problema della temerarietà delle azioni accusatorie era particolarmente avvertito in quanto i casi di calunnia aumentavano per l'interesse dell'accusatore ad acquisire, anche attraverso 'accuse mirate', un momento di popolarità.

In particolare leggiamo:

Gai *inst.* 4.171: *Nunc admonendi sumus, ne facile homines ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo pecuniaria poena modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coerceri; eaque praetor quoque tuetur. Et ideo in edicto adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli action constituitur, velut si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per damnationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia.*

Dal passo leggiamo come Gaio sottolineasse una diminuzione delle liti temerarie dovuta proprio all'esistenza di mezzi diretti alla repressione delle azioni infondate da parte dell'attore. In particolare non era colpito

solo l'attore che avanzasse una pretesa infondata ma anche il convenuto che resistesse senza giusta causa alla pretesa dell'attore.

La funzione della pena non era diretta semplicemente a evitare che venissero sostenute accuse prive di fondamento ma anche a sanzionare il convenuto che senza una motivazione giuridica valida avesse compromesso il 'giusto' esito del processo.

In particolare: «(...) Nella consapevolezza della sua innocenza, l'accusatore – immediatamente o ad altra udienza prossima- era chiamato a rispondere di *calumnia* dinanzi ai giudici della stessa *questio*. Se invece l'assoluzione ottenuta in seguito a *praevaricatio*<sup>277</sup>, cioè a mezzo di un accordo fraudolento fra l'accusatore e l'accusato, l'accusa poteva essere rinnovata da un'altra persona»<sup>278</sup>. La norma criminale aveva lo scopo non solo di impedire un'ingiusta accusa nei confronti dell'imputato ma anche di evitare che vi fossero accordi per pilotare l'esito del processo. A ben vedere quindi la norma tutelava non solo i soggetti destinatari di accuse infondate ma tendeva anche a evitare che il processo fosse utilizzato quale mezzo per raggiungere scopi diversi della verità e della giustizia.

---

<sup>277</sup> S.A. CRISTALDI, *La 'praevaricatio' e la sua repressione dinanzi alle 'quaestio perpetuae'*, in *studi in onore di L. Arcidiacono*, II, Torino, 2010; per una più approfondita disamina della *praevaricatio* e *tergiversatio* si vd. M.F. PETRACCIA, *indices e delatores nell'antica roma*, Milano, 2014, 14 ss.

<sup>278</sup> B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 180 s.

Marc. *ad sen. cons. Turp.* D. 48.16.1.3: *'Sed non utique qui non robat quod intendit protinus calumniari videtur: nam eius rei inquisitio arbitrio cognoscentis committitur, qui reo absoluto de accusatoris incipit consilio quaerere, qua mente ductus ad accusationem processit, et si quidem iustum eius errorem reppererit, absolvit eum, si vero in evidenti calumnia eum deprehenderit, legitimam poenam ei irrogat. Quorum alterutrum ipsis verbis pronuntiationis manifestatur. nam si quidem ita pronuntiaverit 'non probasti', pepercit ei: sin autem pronuntiavit 'calumniatus es', condemnavit eum, et quamvis nihil de poena subiecerit, tamen legis potestas adversus eum exercebitur: nam, ut papinianus respondit, facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae ver persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur'.*

Dal testo di Marciano leggiamo come il concetto di temerarietà, seppur intimamente connesso con quello di *calumniae actoris*, venisse tenuto comunque distinto. La temerarietà era da intendersi come la volontà di intentare un'azione avventata priva di fondamento. La calunnia, invece, comportava intrinsecamente un *quid pluris* cioè un elemento psicologico ulteriore. L'attore doveva conoscere *ex ante* l'assoluta innocenza del convenuto e nonostante tale consapevolezza intentare l'azione penale.

L'elemento soggettivo della consapevolezza e dell'innocenza del convenuto ci viene confermata anche dal presupposto richiesto per



l'esperimento dei mezziprocessuali contro il reato di *calumniae*<sup>279</sup>. La calunnia doveva emergere in modo chiaro dall'azione del reo. La norma

---

<sup>279</sup> La gravità della condotta del *crimen calumniae* era rappresentata non dalle pene, al quanto blande, che si sostanziano nella pena pecuniaria nei casi del *iudicium calumniae* e il *iudicium contrarium* e nella perdita del valore sociale e morale nella società nel caso di *iusiurandum calumniae*. In realtà la gravità delle liti temerarie era testimoniata dai numerosi mezzi che venivano predisposti per smascherare la condotta del calunniatore. Infatti, i mezzi che potevano essere esperiti contro il reato di calunnia erano il *iudicium calumniae*, il *iudicium contrarium*, il giuramento, la *restipulatio*. I rimedi citati avevano carattere alternativo escludendosi la cumulatività degli stessi: Gai *inst.* 4.174: *Actoris quoque calumnia coercetur modo calumniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restipulatione*. In particolare la scelta era da effettuarsi a seconda dell'illecito commesso. Ancora qui viene in rilievo l'elemento soggettivo: Gai *inst.* 4.178: *Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio decimae partis nemo damnetur nisi qui intellegit non recte se agere sed vexandi adversarii gratia actionem iustiuit, postiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis: calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere*'. Dalla lettura del testo di Gaio possiamo effettuare un *discrimen*. Qualora l'attore avesse agito con la volontà di ledere il convenuto pur consapevole della sua innocenza poteva esperire il *iudicium calumniae*, altrimenti poteva essere intentare semplicemente il *iudicium contrarium*. Altra conferma ci viene data da Ulpiano Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.7.: *Ait praetor: eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo. 'eius rei' sic erit accipiendum, sive de tota re sive de parte sit iuratum: nam de eo quod iuratum est pollicetur se actione non daturum (...)*. Dottrina attenta osserva come un'ulteriore differenza tra il *iudicium calumniae* e il *iudicium contrarium* risiedeva nella possibilità di esperire quest'ultimo indipendentemente dalla temerarietà dell'azione dell'attore. Infatti il *iudicium contrarium* era istituito a favore del convenuto vittorioso, A.M. GIOMARO, *La scelta giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite «ex parte actoris»*, in *Rivista di diritto romano, atti del convegno processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, in memoria di A.

criminale colpiva le condotte ‘palesi’<sup>280</sup> e cioè le azioni processuali dalle quali fosse chiara la consapevolezza del reo della innocenza della controparte:

Gai 3 *reg. D. 47.10.43.:* *ui iniuriarum actionem per calumniam instituit, extra ordinem damnatur: id est exilium aut relegationem aut ordinis amotionem patiatur.*

In queste ipotesi doveva essere chiaro l’*animus calumniandi* cioè doveva rilevarsi senza un’ulteriore indagine o processo come nel caso dello *iudicium contrarium*.

Per far fronte all’azione calunniosa dell’attore il convenuto aveva a disposizione un’azione definita *iusiurandum non calumniae causa agere*<sup>281</sup>. Il *iusiurandum* consisteva in un giuramento di non agire con la consapevolezza di sostenere un’accusa priva di fondamento e ingiusta:

---

Biscardi, Siena, 2001; M. LAURIA, *Calumnia*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1932, 128.

<sup>280</sup> Tuttavia lo stesso gaio sosteneva che «*omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet alia opinione inductus crediderit se recte agere*»: la *calumnia* palese può ben essere repressa anche extra ordinem con quelle sanzioni, ma nei casi dubbi, nei casi in cui risulti mancante il *calor calumniae*, o comunque a scelta dell’interessato, l’ordinamento giuridico romano del II secolo d.C. concedeva la possibilità di agire (...)), A.M. GIOMARO, *La scelta giudiziale*, cit., 139 ss., in particolare si vd. nt. 28.

<sup>281</sup> Si tratta di un mezzo simile al *iusiurandum non calumniae causa infitias ire*. Tale mezzo veniva applicato in modo speculare al convenuto che avesse sostenuto una difesa priva di fondamento e ciò consapevole della mancanza di ragione processuale.

Gai *inst.* 4.176: *Liberum est autem ei cum quo agitur aut calumniante iudicium opponere aut iusiurandum exigere non calumniae causa agere.*

Altro strumento diretto a neutralizzare il reato di calunnia era l'*actio calumniae*<sup>282</sup>. L'*actio* era diretta a consentire, al convenuto ingiustamente accusato, di dimostrare la sua innocenza e a neutralizzare la capacità processuale del reo per evitare che desse inizio a ulteriori processi privi di fondamento giuridico. Vorrei sottolineare come anche nell'età Repubblicana le credenze religiose fossero ancora presenti: si pensi al *iusiurandum de calumnia* che si sostanziava in un giuramento attraverso il quale avveniva «invocazione della divinità come testimone e garanzia della verità/veracità di un'affermazione/dichiarazione...dell'impegno/promessa di compiere una certa azione o di mantenere un certo comportamento in futuro, invocazione con la quale il singolo accende un rapporto con il gruppo a cui appartiene, ponendo in gioco la propria vita corporale e spirituale in base a comuni credenze che attingono alla sfera della metapolitica»<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> G.G. ADELEYE – K.A. DADZIE, *World Dictionary of Foreign Expressions A Resource for Readers and Writers*, edited by T.J. Sienkewicz, Illinois, 1999, 6 s.; A.M. GIOMARO, *La scelta giudiziale*, cit., 139 ss.

<sup>283</sup> P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, 1992, 9 s.; C. BERTOLINI, *Il giuramento nel diritto romano*,

Particolarmente complessa è la questione relativa alle pene comminate per il *crimen calumniae* in quanto numerose sono le testimonianze delle sanzioni che venivano applicate<sup>284</sup>. La prima conseguenza che possiamo individuare era sicuramente quella della condizione disonorevole del colpevole. Il reo si ritrovava in una condizione sociale spregevole che comportava limitazioni e incapacità sia a livello giuridico che a livello di rapporti sociali:

Cic. *Pro Cluent.* 31.86: (...) *nec elabi alio accusatore poterat Albius nec sine ignominia calumniae relinquere accusationem Cluentius.*

Altra conseguenza negativa la si deriva sempre da Cicerone il quale affermava, schernendo i calunniatori, che questi ultimi avrebbero potuto accusare soltanto la loro ‘mala sorte’.

Cic. *Pro S. Rosc. Amerin.* 20.57: *Simillima est accusatorum ratio. Alii vestrum anseres sunt, qui tantum modo calmant, nocere non possunt, alii canes, qui et latrare et ordine possunt. Cibaria vobis praeberi*

---

Torino, 1886, 189 ss.; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano, 2000; E. BIANCHI, *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, in *SDHI*, 67, 2001, 239 – 315 s.; A.M. GIOMARO, *la scelta giudiziale*, cit., 139 ss.

<sup>284</sup> D.A. CENTOLA, *Il crimen calumnia*, cit., 13 s.; D.A. CENTOLA, *L'accusa nel sistema processuale delle 'quaestiones perpetuae'*, in *Regole e garanzie*, a cura di L. Solidoro, cit., 27.

*videmus; vos autem maxime debetis in eos impetum facere, qui merentur (...) Sin autem sic agetis, ut arguatis aliquem patrem occidisse, neque dicere possitis aut qua re aut quo modo, ac tantum modo sine suspicione latrabitis, crura quidem vobis nemo suggruet, sed si ego hos bene novi, litteram illam, cui vos usque eo inimici estis, ut etiam kalendas omnes oderitis, ita vehementer ad acaput adfigent, ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis.*

Dal passo possiamo notare come la condizione disonorevole interdive anche la facoltà di esercitare il diritto di accusare in un processo.

Che la decadenza dal diritto di accusare fosse una sanzione collegata al *crimen calumniae* si evince dall'applicazione della sanzione fino all'età del principato<sup>285</sup>.

---

<sup>285</sup> Infatti la sanzione della perdita del diritto di accusare anche in età del principato risulta chiara in Ulpiano Ulp. 2 *de adult.* D.48.2.4: *Is, qui iudicio publico damnatus est, ius accusandi non habet, nisi liberorum vel patronorum suorum morte meo iudicio vel rem suam exequatur, Sed et calumnia notatis ius accusandi ademptum est, item his, qui cum bestiis depugnandi causa in harenam intromissi sunt, quive artem ludicram vel lenocinium fecerint, quive praevaricationis calumniaeve causa quid fecisse iudicio publico pronuntiatus erit, quive ob accusandum negotiumve cui facessendum pecuniam accepisse iudicatus erit.* Quindi è palese in base alle fonti che la sottrazione dello *ius accusandi* era da considerarsi una delle sanzioni comminate in caso dell'integrazione della condotta del *crimen calumniae* a differenza di altre sanzioni come la *K* marchiata addosso al calunniatore. D.A. CENTOLA, *Il crimen calumnia*, cit., 13 s.; D.A. CENTOLA, *L'accusa nel sistema processuale delle 'quaestiones perpetuae'*, in *Regole e garanzie*, a cura di L. Solidoro, cit., 28.; D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae*, cit., 16 ss.

Tra le altre pene previste per la calunnia vi era l'infamia<sup>286</sup> intesa come perdita di onorabilità ma soprattutto come la condizione sociale di assoluta inaffidabilità che colpiva il reo. La definizione dell'infamia è particolarmente complessa perché non sussiste una fonte che la definisca nella sostanza. Sicuramente la condizione disonorevole portava limitazioni come l'impossibilità di accedere al decurionato<sup>287</sup>.

Anche se non appare possibile accedere a una definizione tecnica del termine infamia possiamo tuttavia riportarci a un editto pretorio che introduce il concetto di nota d'infamia conseguente al *crimen calumniae*. Con la nota il calunniatore veniva 'marchiato' come soggetto disonorevole con tutte le conseguenze giuridiche prima riportate. Lo stesso pretore all'interno dell'editto elencava gli *infames*:

Iul. 1 *ad ed. D. 3.2.1: Praetoris verba dicunt: 'infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potesta fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae promuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa qui fecisse iudicatus erit: qui furti,*

---

<sup>286</sup> G.F. FALCHI, *Diritto penale romano. (Singoli reati)*, Padova, 1932, 198 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *'Secta temporum meorum'. Rinnovamento politico e legislazione fiscale agli inizi del principato di Giordano*, Palermo, 1978, 132 ss.

<sup>287</sup> D.A. CENTOLA, *Il crimen calumnia*, cit., 13 s.; D.A. CENTOLA, *L'accusa nel sistema processuale delle 'quaestiones perpetuae'*, in *Regole e garanzie*, a cura di L. Solidoro, cit., 29 s.

*vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: qui ve suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit'.*

Dal passo si nota la condizione di *ignominiae* in cui versava il calunniatore dopo l'accertamento del reato. La pena aveva lo scopo di isolare a livello sociale il reo. Inoltre il colpevole veniva macchiato da un'onta divina che si scagliava sullo stesso calunniatore portandogli rovina e sciagura. Proprio per l'esigenza di identificare il reo come calunniatore era prevista una pena che si sostanzitava nell'impressione a fuoco sulla fronte del reo della lettera 'K'; in particolare:

*Cic. Pro. S. Rosc. Ame. 20.57.: Sin autem sic agetis, ut arguatis aliquem patrem occidisse, neque dicere possitis aut qua re aut quo modo, ac tantum modo sine suspicione latrabitis, crura quidem vobis nemo suggriuet, sed si ego hos bene novi, litteram illam, cui vos usque eo inimici estis, ut etiam kalendas omnes oderitis, ita vehementer ad acaput adfigent, ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis.*

Qui l'Arpinate richiamava il caso di Sesto Roscio. Sesto era stato accusato ingiustamente di parricidio «Egli, infatti, afferma che, nell'ipotesi in cui vi siano accuse di parricidio destituite di fondamento, gli accusatori, come punizione, non devono essere spezzate le gambe, ma sulla loro fronte è impressa la lettera 'K'<sup>288</sup>, affinché costoro non possano accusare più nessuno se non la loro 'mala sorte'»<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> D.A. CENTOLA, *Il crimen calumnia*, cit., 13 s.; D.A. CENTOLA, *L'accusa nel sistema processuale delle 'quaestiones perpetuae'*, in *Regole e garanzie*, a cura di L. Solidoro, cit., 23 s.; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 378 ss.; In particolare che con la lettera 'K' si intendesse identificare il calunniatore sembra derivare dalle stesse fonti; Parte della dottrina (D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae*, cit., 46) s., sottolinea come l'unica fonte in contrasto con l'attribuzione del significato di calunniatore alla lettera 'K' sia Schol. Gronov. (309, 22 Sangl): (...) Quotiescumque aliquem damnabant iudices, K litteram faciebant, A absolvebant. «Quest'interpretazione, secondo la quale la lettera 'K' sarebbe intesa come sigla di condanna e non di calumnia, non mi pare molto credibile, poiché essa non è confermata da nessun'altra fonte. È molto più probabile, invece, che la lettera vada collegata alla calumnia: ci sono pervenute, infatti, da un lato, una serie di testimonianze, a carattere più generale, dove la 'K' viene ricondotta ad un numero ristretto di parole tra le quali vi è anche il termine kalumnia; dall'altro, alcuni testi in cui è possibile ancora leggere la parola calumnia nella versione originaria di kalumnia.». Si può notare come anche le singole pene previste per il reato di calumnia fossero particolarmente controverse proprio perché non erano attestate da fonti certe ma soltanto da testi retorici e letterali.

<sup>289</sup> D.A. CENTOLA, *Il crimen calumniae*, cit., 43 s.



## 6. Il 'crimen repetundarum' nell'età Repubblicana

Sul *crimen repetundarum*<sup>290</sup> in età repubblicana sono state emanate diverse leggi che disciplinavano la materia: possiamo ricordare la *lex calpurnia*<sup>291</sup> del 149 a.C.; la *lex Iunia* del 149-123a.C.; la *lex Sempronia* del 122 a.C.; la *lex Acilia* del 111 a.C.; la *lex Serillia Caepionis* del 106 a.C.; *lex Servilia Glaucia* 100 a.C.; *lex Cornelia* 81 a.C.<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, in *Istituti di diritto romano e storia del diritto*, Milano, 1970, 9 s.

<sup>291</sup> La *lex Calpurnia*, istituiva la prima *quaestio perpetua*, attribuendone la direzione al *praetor* peregrino e nominando per la commissione giudici di rango senatorio, A. ZIOLKOWSKI, *Storia di Roma*, Milano, 2000, 175 s.; B. SANTALUCIA, *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994, 187 s.; C.A. CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano*, II, a cura di L. Vacca, Torino, 2012, 18 s.; C. VENTURINI, *Studi*, cit., 10 ss. La *lex Iunia* con la riforma graccana apportava modifiche alla procedura della *lex Calpurnia* che restava ferma nei suoi tratti essenziali, C. VENTURINI, *Studi*, cit., 9 ss. La *lex Sempronia* attribuiva la funzione giudicante agli *equites*, B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 189 s.; F. ARCARIA – O. LICANDRO, *Diritto romano*, I, *Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014, 173 ss.; la *lex Acilia* di Acilio Glabrione e prevedeva che il processo potesse essere rinviato a un secondo dibattito da svolgersi non oltre il terzo giorno dalla fine del primo. Si permetteva sia all'accusato che all'accusatore di esporre le loro ragioni due volte in base a nuovi elementi probatori. La *lex Servilia Caepionis*, proposta da Servilio Cepione reintrodusse i senatori all'interno delle corti giudicanti anche se appare poco chiaro in quale modalità. La *lex Servilia Glaucia* riportava nuovamente agli *equites* la funzione di organo giudicante.

<sup>292</sup> J.D. CLOUD, *The primary Purpose of the 'lex Cornelia de sicariis'*, in *ZSS*, 86, 1969, 261 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze, 1908, 200 ss., il quale fa riferimento all'*homo liber* anche per la *lex Cornelia*.; per una più approfondita disamina si v. S. SOLAZZI, *'Actio legis Aquiliae e acris legis Cornelia'*, in *SDHI*, 20, 1954, 321

Il *crimen repetundarum* rappresentava uno dei *crimina* previsti dalle *leges publicae* e consisteva nella malversazione operata da funzionari pubblici delle provincie nei danni sia delle comunità che dei singoli soggetti.

La condotta si sostanziava nel sottrarre illecitamente denaro (*pecuniae repetundae*) avvalendosi della propria condizione sociale e dei poteri strettamente connessi al proprio *status*. Si trattava di una vera e propria estorsione attraverso la quale un magistrato otteneva denaro o altri beni in cambio di favori giudiziari.

La funzione della norma criminale era quella di tutelare la compagine sociale dalle attività illecite dei funzionari pubblici che usufruendo del loro *status* approfittavano per trarne benefici illegittimi. Inoltre lo scopo della norma era quello di assicurare nelle posizioni di comando la presenza di funzionari pubblici integerrimi e imparziali.

Una prima problematica che viene in rilievo è sicuramente l'identificazione dei soggetti attivi del reato. La funzione penale non poteva validamente realizzarsi se tutti i soggetti che esercitassero direttamente o indirettamente le malversazioni non fossero ricompresi nei soggetti attivi del reato.

---

ss.; G. ROTONDI, *'Leges publicae populi' Romani*, Milano, 1912, 362 ss. con relativa bibliografia.

La problematica si evince ancora di più dall'analisi del testo epigrafico delle *Tabulae Bembinae*<sup>293</sup>:

*...ab eo quei dic(tator), co(n)s(ul), pr(aetor), mag(ister) eq(uitum), cens(or), aid(ilis), tr(ibunus) pl(ebei), q(uaestor), III vir cap(italis), III vir a(greis) d(andeis) ad(signandeis), tribunus mi(tum) l(egionibus) IIII primis aliqua earum fuerit, queive filius eorum quoius erit, quoius pater senator siet.*

Dal testo emerge come i soggetti attivi del reato fossero tutti coloro titolari di magistrature elettive<sup>294</sup>. Il problema nasce dall'inciso nella seconda parte dell'elenco: *primis aliqua earum fuerit queive filius eorum quoius pater neator siet.*

In particolare il testo estende la categoria dei soggetti attivi del reato anche ai figli dei senatori. La clausola *cuius pater senator siet* opera un *discrimen* rispetto ai figli dei magistrati minori o dei discendenti di coloro i quali non avessero il rango dei senatori. Se la funzione della norma era quella di evitare che funzionari corrotti facessero parte dell'apparato

---

<sup>293</sup> B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 189 s.; C. VENTURINI, 'Eorum iudicatio litisque aestimatio'. Osservazioni sui collegi giudicanti nelle leggi epigrafiche iberiche, in *Minima Epigraphica et papyrologica*, 2, Roma, 1999, 239 ss.; C. VENTURINI, *Studi*, cit., 91 ss.

<sup>294</sup> TH. MOMMSEN, *Römiches Strafrecht*, II, Leipzig, 1899.

politico e giudiziario romano l'inciso *quoius pater neator siet* creava un ostacolo insormontabile.

La funzione della norma appare irrealizzabile *ab origine*. La malversazione e la corruzione venivano realizzate a ogni livello specialmente nelle magistrature minori. Infatti se una fattispecie non fosse stata rilevata dai magistrati minori non poteva in alcun modo giungere alle cariche più alte. La punibilità era prevista solo se i fatti fossero stati commessi dai figli dei senatori o dai discendenti dei magistrati che avessero accesso alla carica di senatore.

Dunque non venivano punite neanche le corruzioni operate dai figli dei magistrati minori su incarico di senatori. In questo caso la difficoltà di provare il legame tra il mandante e l'esecutore materiale del reato rendeva l'attuazione della funzione della norma criminale soltanto apparente.

Continuando la nostra indagine possiamo notare come anche l'identificazione dei soggetti passivi del reato presenta una problematica rilevante. In particolare come leggiamo dal testo delle *Tabulae Bembinae*<sup>295</sup>:

*Quoi socium] minisve Latini exterarumve nationum, quoive in arbitrato ditione potestate amicitiaev [e populi Romani, ....*

---

<sup>295</sup> B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 189 ss.; U. LAFFI, *studi di storia romana e di diritto*, in *storia e letteratura raccolta di studi e testi*, Roma, 2001, 119 ss.; C. VENTURINI, *Eorum*, cit., 236 ss.; <sup>295</sup> C. VENTURINI, *Studi*, cit., 75 ss.;

Dalla formula si può desumere come per l'identificazione dei soggetti passivi del reato si facesse riferimento alle popolazioni esterne cioè ai *socii*<sup>296</sup> italici e gli abitanti delle province.

Appare semplice notare come l'analisi dei soggetti passivi del reato ci fornisca un ulteriore elemento per identificare la funzione della norma criminale. Lo scopo ulteriore della norma era quello di tutelare i rapporti internazionali tra Roma e le popolazioni assoggettate al suo dominio.

Come si può immaginare le malversazioni e gli abusi commessi dagli alti funzionari romani nei confronti delle città conquistate potevano mettere gravemente a rischio i relativi rapporti sia politici sia commerciali. Tuttavia è opportuno sottolineare come parte della dottrina abbia offerto un'altra lettura<sup>297</sup>.

Tale dottrina ha rappresentato la possibilità di prescindere dall'identificazione dei tre gruppi identificati come soggetti passivi (*Latinum Nomen, exterae nationes, socii*). Tali gruppi non erano identificabili con i popoli in *arbitratu ditione potestate amicitiae et populi Romani*: «Il termine *socii* divenne, da questo punto di vista, assai ambiguo, essendosi progressivamente attenuata la corrispondenza tra il suo uso per

---

<sup>296</sup> F. ARCARIA – O. LICANDRO, *Diritto*, cit., 177 ss.; V. ILARI, *Gli Italici nelle strutture militari romane*, Milano, 1974, 8 ss.

<sup>297</sup> C. VENTURINI, *Studi*, cit., 56 ss.

qualificare determinate popolazioni e la presenza di un preciso rapporto di diritto internazionale caratterizzato dalla presenza di un tratto di alleanza intercorrente tra Roma e le popolazioni stesse.

La posizione dei *socii*, pur variamente differenziata in dipendenza dalla molteplicità dei *fodera*, venne perciò a configurarsi, nella sostanza, come quella di sudditi privilegiati da un riconoscimento formale non tanto di sovranità quanto, piuttosto, di autonomia organizzativa interna»<sup>298</sup>.

Tale scuola di pensiero offre un'interpretazione di carattere estensivo alla categoria dei soggetti passivi tutelati dalla norma criminale non limitandosi a una lettura di carattere restrittivo. Si cerca di approdare alla convinzione che la categoria dei *socii* fosse di carattere più ampio.

Ne consegue che l'identificazione di queste categorie: (i *socii*, i latini, le *exterae nationes*, e i popoli in *arbitratu dicione potestate amicitiaev [e populi Romani]*), appare sicuramente complessa. Riguardo ai membri del *Latinum Nomen*<sup>299</sup> è possibile affermare che essi facessero parte dei 'latini' coloro i quali erano legati a Roma da rapporti di collaborazione militare o comunque di alleanza. Tale categoria era pressochè simile a quella dei *socii*.

---

<sup>298</sup> C. VENTURINI, *Studi*, cit., 56 ss.

<sup>299</sup> A. BERNARDI, 'Nomen Latinum', California, 1973, 9, 118 ss.; si veda ancora *Atti del convegno internazionale 'Nomen Latinum': Latini e Romani prima di Annibale*, 4, Roma, 24-26 ottobre, 1995.

Quanto all'identificazione dei *exterae nationes*<sup>300</sup> si può far riferimento a:

Cic. *Div. in Caec.* 3.7.: *Quid est quod aut populo Romano gratius esse debeat, aut sociis exterisque nationibus optatius esse possit?..... Popilatae, vexate provinciae, socii stipendiarii que populi Romani adflicti, miseri, iam non salutis spem sed solacium exiti quaerunt.*

Dal passo citato emerge come le popolazioni delle province venissero identificate con *l'exterae nationes*. In particolare questi ultimi nel primo brano venivano identificati nelle popolazioni assoggettate alla giurisdizione amministrativa. Nel secondo brano invece venivano definiti in modo tecnico e inseriti esplicitamente nell'ambito delle *provinciae*. Infine possiamo ritenere che la definizione di *in arbitratu populi Romani* identificasse una situazione di assoluto assoggettamento e che con tale accezione si facesse riferimento ai popoli vinti e dominati da Roma.

---

<sup>300</sup> J. RICHARDSON, *The Language of Empire: Rome and the Idea of Empire from the Third Century, Rome and the idea of Empire from the Third Century BC to the Second Century AD; Bibliotheca classica*<sup>2</sup>, edited by G. Long and Rev. A.J. Maclean, I, London, 1862, 454 ss.;

L'assunto finale 'amicitiav [e populi Romani' rappresentava le popolazioni legate da rapporti di alleanza con Roma<sup>301</sup>.

La condotta che veniva punita nel *crimen repetundarum* era proprio l'utilizzo da parte del funzionario dei suoi poteri. Quindi al fine di

---

<sup>301</sup> Quanto ai cittadini romani non è chiaro se fossero ricompresi all'interno del novero dei soggetti passivi. L'esclusione sarebbe secondo W. KUNKEL, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, 15 ss. testimoniata proprio da Cicerone il quale Cic. *Div. in Caec.* 5.17-18: *Reliquum est iam ut illud quaeramus, cum hoc constet, Siculos a me petisse, ecquid hanc rem apud vos animosque vestros valere oporteat, ecquid auctoritatis apud vos in suo iure repetundo socii populi Romani, supplices vestri, habere debeant. De quo quid ego plura commemorem? quasi vero dubium sit quin tota lex de pecuniis repetundis sociorum causa constituta sit; nam civibus cum sunt ereptae pecuniae, civili fere actione et privato iure repetuntur. Haec lex socialis est, hoc ius nationum exterarum est, hanc habent arcem, minus aliquanto nunc quidem munitam quam antea, verum tamen si qua reliqua spes est quae sociorum animum consolari possit, ea tota in hac lege posita est; cuius legis non modo a populo Romano, sed etiam ab ultimis nationibus iam pridem severi custodes requiruntur. Quis ergo est qui neget oportere eorum arbitrato lege agi quorum causa lex sit constituta?* A ben vedere il testo fa riferimento ai reati commessi in Apulia in un territorio italico in cui gli abitanti avevano da tempo acquisito la cittadinanza romana. Ancora c'è da sottolineare che il brano di Cicerone non rappresentava una norma di carattere giuridico piuttosto un sostegno morale ai cittadini siciliani, C. VENTURINI, *Studi*, cit., 56 ss. A questo punto possiamo sottolineare come la norma avesse lo scopo di tutelare i cittadini delle provincie in quanto parti più deboli rispetto alle condotte di concussione dei funzionari romani. Infatti a differenza dei cittadini delle provincie i *cives* romani tutelavano i loro diritti e quindi la restituzione della pecunia attraverso *civili fere actione et privato iure*. Presentando comunque profili di ambiguità il testo di Cicerone deve essere inteso in senso oratorio e non certo normativo. La *quaestio de repetundis* dunque era l'unico strumento per i cittadini delle provincie di tutelare la propria sfera giuridica nei confronti dei funzionari romani.



commettere il reato la sottrazione dei beni doveva avvenire non con violenza o raggiri ma attraverso l'utilizzo del proprio *status*.

In caso contrario si sarebbe trattato di un crimine comune. L'individuazione della pena che veniva comminata in caso di concussione è particolarmente problematica. Parte della dottrina<sup>302</sup> ritiene che alcune *quaestiones perpetuae* comportassero in partenza una pena di carattere capitale. Escluse quindi le ipotesi di pena tassativamente previste dalle *questiones* i giudici godevano di particolare discrezionalità<sup>303</sup> nel definire la sanzione da infliggere al reo<sup>304</sup>. L'esigenza di dissuadere i funzionari romani dal commettere il *crimen repetundarum*, oltre alla gravità della condotta, porta parte della dottrina a sostenere che dovesse essere prevista la pena capitale<sup>305</sup>.

Questo assunto ci fa comprendere pienamente la funzione tanto general preventiva quanto special preventiva svolta dalla pena.

---

<sup>302</sup> W. KUNKEL, *RE*, voce *Quaestio*, 24, 1963, 741 ss.

<sup>303</sup> R.A. BAUMAN, *The 'crimen Maiestatis' in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1967, 85 ss., il quale sostiene che i giudici possedevano particolare discrezionalità nella fissazione della pena esclusivamente nei giudizi de *repetundis* e de *peculatu*; in tutti gli altri crimina la loro funzione si sarebbe risolta nell'emissione della sentenza.

<sup>304</sup> E. LEVY, *Die Römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931, 14, 33, 39 ss.

<sup>305</sup> W. KUNKEL, '*Quaestio*', cit., 768; Th. MOMMSEN, *Römiches Strafrecht*, cit., 446 ss.

## 7. 'Crimen ambitu' nell'età repubblicana

Lo scopo del *crimen ambitu*<sup>306</sup> era quello di evitare la lesione della sovranità popolare che si verificava nell'ipotesi in cui un soggetto manomettendo una votazione comiziale portasse l'assemblea ad eleggere un magistrato che non fosse espressione della volontà popolare.

In particolare la necessità di reprimere le condotte di alterazione elettorale sarebbe emersa in età postdecemvirale.<sup>307</sup> Anche in questo caso le difficoltà nell'analisi della funzione del *crimen* deriva da una assoluta carenza di leggi e frammenti. Tuttavia possiamo affermare che la funzione della norma criminale fosse quella di evitare la lesione dell'interesse della comunità alla corretta formazione della maggioranza.

Infatti che i romani fossero particolarmente legati a questa forma di 'governo popolare' possiamo desumerlo già da un passo del secondo libro *de poenis*<sup>308</sup> di Modestino<sup>309</sup>:

---

<sup>306</sup> Sul significato del termine *ambitu* si vd. G.N. OLCOT, voce *ambire, ambito e ambitus*, in *Thesaurus Linguae Latinae*, 1, 2013, col. 1846.

<sup>307</sup> L. FASCIONE, '*Crimen e quaestio ambitus*' in età repubblicana, Milano, 1989, 16 ss.

<sup>308</sup> O. LENEL, '*Palingenesia Iuris Civilis*', Leipzig, 1889, 1, col. 728 ss.; sui quattro testi del *de poenis* si vd. S. BRASLOFF, voce *Herennius* n. 31, in *PWRE*, 8, col. 668 ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 436 ss.; per una disamina sulle opere di Modestino si veda W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952, 259 ss.

<sup>309</sup> Il quale si riferisce alla *lex Iulia de ambitu*, si vd. L. FASCIONE, *Crimen*, cit. 19 ss.; G. ROTONDI, '*Leges publicae populi Romani*', 1966, 443 ss.

Mod. 2 *de poen.* D. 48.14.1 pr.: *Haec lex in urbe hodie cessat, quia ad curam principis magistratuum creatio pertinet, non ad populi favorem.*

Dal frammento possiamo leggere come, a differenza dell'età del principato dove la selezione dei magistrati era divenuta prerogativa del principe, in età repubblicana la selezione dei magistrati veniva attribuita al *favor populi*.

La problematica sorgeva in riferimento all'elezione delle cariche dei *tribuni militum consulari potestate*. In questo ambito emergevano particolari contrasti tra i patrizi e i plebei in quanto nello svolgimento delle elezioni i primi risultavano continuamente vincitori.

Il contrasto tra patrizi e plebei in riferimento all'elezione delle cariche del tribunato lo si evince anche in un passo di Livio:

Liv. 4.25.9-14: *Interim Romai principes plebis, iam diu nequiquam imminentes spei maioris honoris dum foris otium esset, coetus indicere in domos tribunorum plebis; 10. ibi secreta consilia agitare; queri se a plebe adeo spreto, ut cum per tot annos tribuni militum consulari potestate creentur, nulli unquam plebeio ad eum honorem aditus fuerit: 11. multum providisse suos maiores qui caverint ne cui patricio plebeii magistratus paterent; aut patricos habendos fuisse tribunos plebei; adeo se suis etiam*

*sordere nec a plebe minus quam a patribus contemni. 12. Alii purgare plebem, culpam in patres vertere: eorum ambitione artibusque fieri ut obsaepum plebe sit ad honorem iter; si plebe respirare ab eorum mixitis precibus minisque liceat, memorem eam suorum inituram suffragia esse et parto auxilio imperium quoque adscituram. 13. Placet tolendae ambitionis causa tribunos legem promulgare ne cui album in vestimentum addere petitionis causa liceret. Parva nunc res et vi serio agenda videri possit, quae tunc ingenti certamine patres ac pleben accendit. 14. Vicere tamen tribuni ut legem perferrent; apparebatque inritatis animis plebem ad suos studia inclinatur. Quae ne libera essent, senatus consultum factum est ut consularia comitia haberentur.*

Dal testo Livio ricorda la caduta di Fidene e la guerra contro i Volsci e gli Equi nel 432 a.C. Dopo la dittatura di Marco Emilio Mamercino nel 434 sarebbero state liberate due cariche per *tribuni militum consulari potestate*. Autorevole dottrina ritiene che anche in questo episodio le cariche dei *tribuni militum* fossero state affidate ai patrizi attraverso brogli elettorali creando sempre di più contrasti tra le due categorie sociali<sup>310</sup>.

---

<sup>310</sup> L. FASCIONE, *Alle origini della legislazione 'de ambitu'*, in *Legge e società romana*, 1, Napoli, 1981, 255 ss.; T.R.S. BROUGHTON, *The magistres of the roman republic*, 1, New York, 62 ss.; F. SERRAO, *I partiti politici nella repubblica romana*, in *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974; T.H. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 866 ss.; L.M. HARTMANN, voce *Ambitus*, in *PWRE*, 1-2, col. 1801 ss.

A testimonianza della gravità dei brogli elettorali furono emanate numerose leggi nel tempo<sup>311</sup> tra cui la *lex Cornelia (Fulvia) de ambitu* del 159 a.C. che prevedeva l'interdizione perpetua dai pubblici uffici per coloro i quali si fossero macchiati del *crimen*. Ancora ricordiamo la *lex Cornelia de magistratibus*, la *lex* prevedeva un termine nella sequenza delle cariche politiche. La funzione della norma era quella di dilatare l'arco temporale per permettere agli aspiranti magistrati di poter accedere alla relativa carica più facilmente<sup>312</sup>.

Per agevolare la denuncia e la persecuzione dei reati elettorali veniva previsto per gli accusatori che dovevano intentare il processo un premio. Tale premio ovviamente aveva la funzione di incentivare la repressione del malcostume elettorale.<sup>313</sup>

L'attribuzione degli inventivi emerge chiara in Cicerone:

Cic. *Pro. Cluent.* 36.98: *Quapropter hoc Bulbi iudicium non plus huic obese causae debet quam illa quae commemoratae sunt ab accusatore duo iudicia P. Popili et Ti. Guttae, qui causam de ambitu dixerunt, qui accusati sunt ab eis qui erant ipsi ambitus condemnati; quos ego non idcirco esse arbitror in integrum restitutos quod planum fecerint illos ob*

---

<sup>311</sup> L. GADDI, *Cronologia delle leggi comiziali romane*, in *Fonti del diritto romano*, a cura di P. Cogliolo, Torino, 1887, 555, 583, 590 ss.

<sup>312</sup> E.S. GRUEN, *The last generation of the roman republic*, Berkeley, 1974, 212 ss.

<sup>313</sup> L. FASCIONE, *Crimen*, cit, 101 ss.; TH. MOMMSEN, *Römiches Strafrecht*, cit., 504 ss.

*rem iudicandam pecuniam accepisse sed quod iudicibus probarint, cum in eodem genere in quo ipsi offendissent alios reprehendissent, se ad praemia legis venire oportere.*

Il premio come si evince dal testo era rappresentato dalla riabilitazione sociale per il condannato nel caso in cui quest'ultimo avesse sostenuto vittoriosamente a sua volta un'altra accusa *de ambitu*. Altra testimonianza dell'incentivazione dell'accusa nel *crimen de ambitu* la ritroviamo in Modestino:

Mod. 2 *de poenis* D. 48. 14. 1-2: *1. Quod si in municipio contra hanc legem magistratum aut sacerdotium quis petierit, per senatus consultum centum aureis cum infamia punitur. 2. Qua lege damnatus si alium convicerit, in integrum restituitur, non tamen pecuniam recipit.*<sup>314</sup>

Nel passo possiamo notare come l'accusatore vittorioso ottenesse la *restitutio in integrum*. La funzione del premio era dunque di riportare lo *status quo ante* cioè ristabilire l'integrità patrimoniale della persona offesa.

---

<sup>314</sup> Ancora si veda la *lex Pompeia de ambitu* che riportava il tentativo di Memio condannato per il crimine *ambitu* che tentava di avere l'impunità accusando il suocero Scipione: Cass. Dio 40.52

Quanto alle pene è incerto se insieme all'applicazione delle sanzioni minori, come l'interdizione dai pubblici uffici, venisse comminata anche la pena di morte.<sup>315</sup>

Una testimonianza della pena dell'interdizione dai pubblici uffici ci viene fornita da:

(Sch. Bob. Pro Sylla 17, p 79 St.): *ut praeter haec veteribus legibus constituta etiam exilio multarentur*<sup>316</sup>.

Il problema dei brogli elettorali sembrava dunque particolarmente grave soprattutto in epoca repubblicana. La repressione del *crimen* veniva svolta con pene come l'esilio<sup>317</sup>, la pena di morte, l'interdizione dai pubblici uffici e infine dalla comminazione di pene pecuniarie.

---

<sup>315</sup> TH. MOMMSEN, *Römiches Strafrecht*, cit., 668 ss., afferma che veniva concessa al condannato la possibilità di scegliere tra esilio e pena di morte senza specificare il perché delle discordanze con il testo di Polibio:

Poli. 6.56.: παρα μὲν Καρχηδονίοις δῶρα φανερώς διδόντες λαμβάνουσι τας αρχας, παρὰ δὲ Ρωμαίοις (...). In questo caso Polibio specifica come l'accaparramento di voti venisse punito con la pena capitale.

<sup>316</sup> TH. MOMMSEN, *Römiches Strafrecht*, cit., 874 ss.

<sup>317</sup> Per quanto riguarda l'esilio possiamo leggere dal passo di Cassio Dione Cass. Dio 37.29. 1., che stimava l'esilio in 10 anni.

Non ci risultano testimonianze<sup>318</sup> delle pene comminate prima del 159 a.C. Possiamo ritenere che tali pene dovessero essere circostanziate alla gravità del fatto e non previste tassativamente. Solo a partire dal 159 a.C. le sanzioni si sarebbero tipizzate normativamente.

È importante ricordare che la norma non prevedeva delle condotte tipiche che integrassero la punibilità del fatto. Era infatti possibile che «non è condannabile di per sé la generosità dei candidati, e per converso, che è opportuno proibire che si facciano offerte al popolo di tutto ciò che possa carpirne il favore»<sup>319</sup>. Siccome il *crimen* nasceva per arginare il primato dei patrizi rispetto ai plebei (Liv. 4.25.9-149) l'emanazione delle norme relative alla repressione del *crimen* da parte del senato non permettevano la risoluzione dei conflitti tra i patrizi e plebei ma rappresentavano solo meri palliativi che non risolvevano il grave problema della gestione delle sedi elettorali delle due classi sociali. Inoltre per evitare che personaggi potenti ottenessero voti mediante la realizzazione di banchetti e feste sontuose<sup>320</sup> sarebbero state emanate delle norme recanti

---

<sup>318</sup> L. FASCIONE, *Crimen*, cit, 104 ss.

<sup>319</sup> L. FASCIONE, *Crimen*, cit, 124 ss., si vd. in particolare nt. 58.; F. SERRAO, *I partiti politici*, cit., 191 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 1984, 219 ss.

<sup>320</sup> M. BONAMENTE, *Leggi suntuarie e loro motivazioni*, in *Tra Grecia e Roma. Temi antichi e ideologie moderne. Atti del convegno Realtà politiche e sociali e mondo dei valori nella Grecia classica e nella Roma repubblicana*, Roma 15-16 maggio 1979, Roma, 1980, 67 ss.; G. CLEMENTE, *Le leggi sul lusso e la società romana tra il III e il*



diverse limitazioni: si pensi alla *lex Orchia de coenis*. Quest'ultima limitava il numero dei partecipanti al banchetto. Si pensi ancora alla *lex Aemilia* che proibiva di servire a tavola ghiri, uccelli esotici e molluschi che erano considerati particolarmente preziosi<sup>321</sup>.

La stessa funzione del *crimen ambitu* veniva svolta dal *crimen de sodaliciis*<sup>322</sup>. Tale crimine consisteva nella presenza del *sequester* e del *divisor*. Il primo rappresentava la persona di fiducia del candidato e il secondo divideva la somma di denaro tra i votanti. In questo caso assistiamo ad una fattispecie criminosa specifica. Era necessario per l'integrazione della condotta costituire un sodalizio diretto alla realizzazione del broglio elettorale.

Il *crimen ambitu* e il *crimen de sodaliciis*, benchè aventi oggetto condotte diverse, si ritiene venissero puniti con pene simili. Anche in

---

*Il secolo a.C.*, in *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, Roma-Bari, 1981, 1 ss.; P. CULHAM, *The 'lex Oppia'*, in *Latomus*, 41, 1992, 786 ss.; A. BOTTIGLIERI, *La legislazione sul lusso nella Roma repubblicana*, Napoli, 2002; C. VENTURINI, *Leges sumptuariae*, in *Index*, 32, 2004, 364 ss.

<sup>321</sup> G. CLEMENTE, *Le leggi sul lusso e la società romana tra il III e il II secolo a.C.*, in *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Bari, 1981, 8 ss.; F. CANTARELLI, *I tempi alimentari del mediterraneo cultura ed economia nella storia alimentare dell'uomo*, Milano, 2005, 164 ss.; G. ROTONDI, *'leges'*, cit., 276 ss., afferma «È la prima *lex de coenis*: pose un limite al numero dei convitati: il testo se ne conserva ancora al tempo di Macrobio “*cuius verba quia prolixa sunt pratereò*”».

<sup>322</sup> G. DE SANCTIS – A. FERRABINO, *La legislazione romana nel I secolo a.C.*, in *Scritti minori. Storia e letteratura. Raccolta di studi e testi*, I, Roma, 1990, 331 ss.

questo caso la funzione della pena era quella diretta a dissuadere i potenziali delinquenti e neutralizzare rimuovendo dal panorama politico elettorale il reo. La trattazione dei vari *crimina* previsti nell'età repubblicana, prima dell'analisi del complesso tema della funzione emendatrice della pena, è stata privilegiata per cercare di rafforzare l'assunto che la funzione emendatrice della pena fosse presente già prima del Cristianesimo in scrittori come Seneca e Gellio. Vedremo nel seguente paragrafo come la funzione emendatrice della pena si cristallizzasse già in alcune disposizioni come riporta Paul. 18 *ad. Plaut.* D. 48.19.20.

## 8. *La funzione emendatrice della pena nel diritto romano repubblicano*

La funzione emendatrice della pena ha assunto un'importanza centrale nei sistemi penali moderni. La giustificazione penale della rieducazione e socializzazione del reo sembra ispirare ogni tipo di sanzione che viene comminata negli attuali sistemi penali.<sup>323</sup>

---

<sup>323</sup> Si pensi alla nostra carta costituzionale che all'art. 27 comma 3 stabilisce: «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», si pensi ancora alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali del 1950 art. 3, ancora alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000. In tutti questi casi risulta centrale

Anche se la funzione emendatrice della pena può sembrare una costruzione moderna in realtà l'emenda del reo era perseguita già in epoca romana. In particolare in età repubblicana diverse testimonianze ci inducono a ritenere che la funzione emendatrice fosse una degli scopi principali della pena.

La prima testimonianza ci viene offerta da un commento di Paolo a Plautio nel quale viene sancita l'intrasmissibilità della pena agli eredi del condannato:

Paul. 18 *ad. Plaut.* D. 48.19.20.: *Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. Cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum: quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.*

In questo passo si può notare come la *ratio* della norma fosse quella di individuare la pena come emenda degli uomini e in particolare solo di coloro che avessero commesso il reato. Dunque la funzione della norma cessava nel momento in cui il reo fosse morto. Il frammento è collocabile

---

lo scopo della sanzione e cioè quello di recuperare il reo al fine di un suo reinserimento sociale.

all'interno delle pene criminali<sup>324</sup> dove venivano riportate le declamazioni e i principi<sup>325</sup>.

Particolarmente interessante appare poi il frammento di Ulpiano:

Ulp. 3 *ad ed.* D. 48.19.18: *Cogitationis poenam nemo patitur*

Questo principio sanciva come il semplice atto psicologico che non si trasformasse in un atto materiale non poteva essere punito. Infatti era impossibile provare l'intenzione psicologica di un soggetto. La funzione emendatrice della pena poteva attualizzarsi solo in caso di azione contraria all'ordinamento e ai costumi sociali. Viceversa un semplice 'pensiero' che fosse rimasto tale non poteva essere incriminato.

Altra traccia della tendenza del sistema penale romano all'idea di pena come emenda la possiamo ritrovare sempre in Ulpiano:

---

<sup>324</sup> Const. Tanta 8a: *Et post hoc duo terribiles libri positi sunt pro delictis privatis et extraordinariis nec non publicis criminibus, qui omnem continent severitatem poenarumque atrocitatem. Quibus permixta sunt et ea quae de audacibus hominibus cauta sunt, qui se celare conantur et contumaces existunt: et de poenis, quae condemnatis infliguntur vel conceduntur, nec non de eorum substantiis.*; Sul tema si v. J.A. GONZÁLEZ ROMANILLOS, *El liber singularis de poenis paganorum de Claudius Saturninus. Identificació datación del jurista*, Granada, 2014, 33 ss.; Ancora si veda Marc. 1 *inst.* D. 48.19.17., recante la definizione di servi della pena e apolidi.

Ulp. 57 ad ed. D. 48.19.19.: *Si non defendantur servi a dominis, non utique statim ad supplicium deducuntur, sed permittetur eis defendi vel ab alio, et qui cognoscit, debebit de innocentia eorum quaerere.*

Dal testo possiamo notare una norma richiamante l'incapacità processuale degli schiavi<sup>326</sup>. Questi ultimi erano assolutamente incapaci di stare in giudizio tuttavia la loro difesa nel processo veniva affidata ai *dominus*. L'Arpinate osserva come nel caso in cui non vi fossero i padroni a difendere gli schiavi la difesa di questi ultimi poteva essere assunta da altri. Nell'ipotesi estrema in cui non vi fosse stato nessuno a difendere gli schiavi il giudice sarebbe stato incaricato d'ufficio a indagare ai fini dell'innocenza dello schiavo.

---

<sup>326</sup> W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908 rist. 2010, 85 ss.; O. ROBINSON, *Slaves and the Criminal Law*, in *ZSS*, 98, 1981, 213 ss.; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperial*, Roma, 1992, 59 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto: gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino, 2013, 148.; J.A. LENCHMAN, *I termini greci designanti gli schiavi*, in *Schiavitù e produzione nella Roma repubblicana*, a cura di Biezunska Malowist, I, Roma, 1986; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, II, Firenze, 1980, in particolare 263 ss.; A. GIARDINA, *Gli schiavi, i coloni e i problemi di una transizione*, in *Terre, proprietari e contadini dell'impero romano. Dall'affitto agrario al colonato tardoantico*, a cura di E. Lo Cascio, Roma, 1997, 317 ss.

Lenel<sup>327</sup> ritiene che le ‘azioni’ dei frammenti esaminati<sup>328</sup> siano da collocarsi nel titolo *Quae actiones heredi et in heredem dentur*.

Altra parte della dottrina<sup>329</sup> sostiene che l’intrasmissibilità non attiene alle azioni ma alla pena. In particolare l’inciso ‘*si poena alicui irrogatur*’ indicava che la fase processuale di accertamento fosse già conclusa. Dunque deceduto il condannato la pena non poteva trasmettersi all’erede<sup>330</sup> proprio perché nei confronti di quest’ultimo non poteva realizzarsi la funzione emendativa.

Ancora altra parte della dottrina sostiene «È più probabile che il frammento (Paul. 18 *ad Plaut.* D. 48.19.20) provenisse da un titolo del

---

<sup>327</sup> O. LENAL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 1177, n. 1246.

<sup>328</sup> Ulp. *dig.* D. 48.19.21: *Ultimum supplicium esse mortem solam interpretamur*; Paul 18 *ad Plaut.* D. 45.1.92: *Si ita stipuler: "per te non fieri, quo minus mihi heredique meo vindemiam tollere liceat?"*, etiam heredi datur actio; Paul. 18 *ad Plaut.* D. 44.7.49: *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit aut is apud quem depositum est: quo casu etiam cum filius familias aut servus quid tale commisit, de peculio actio datur, non noxalis*.

<sup>329</sup> A. MANNI, ‘*Poena Constituitur in emendationem homnium*’ alle origini di una riflessione giurisprudenziale sulla pena, Napoli, 2017.

<sup>330</sup> E. LEVY – E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, Weimar, 1935, 368; P. VOCI, *Diritto ereditario romano I. Introduzione. Parte generale*<sup>2</sup>, Milano, 1967, 56 ss.; B. BIONDI, *Istituto fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano, 1946; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto romano ereditario romano: lezioni dettate nella Università di Napoli*, Napoli, 1900, 141 ss.; V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano: concetti fondamentali*, Milano, 1934, 3, 27, 149 ss.

XVIII libro *ad Pautium* dedicato alle pene (*De Poenis*) o – ancor più specificamente – alla loro intrasmissibilità (*Quae poenae ad heredes transeant?*)»<sup>331</sup>. A prescindere dalla interpretazione alla quale si protende non può negarsi che la norma penale non si trasferisse agli eredi.

Questo dato ci permette di desumere che l'intrasmissibilità fosse dovuta proprio alla funzione emendativa svolta dalla norma che una volta deceduto il reo non si avrebbe più potuto realizzare la sua funzione. Tuttavia è da ricordare che autorevole dottrina<sup>332</sup> ha sostenuto che il principio richiamato da Paul. 18 *ad Plaut.* D. 48.19.20. fosse di carattere generale e si riferisse a elementi di circostanza. Tali elementi non erano rilevanti a tal punto da poter essere considerati probanti per riconoscere nell'età repubblicana una funzione emendativa. La funzione dell'emenda secondo questa dottrina si sarebbe cristallizzata solo nel III sec. d.C.<sup>333</sup> In particolare la pena si sarebbe affermata con la sua funzione emendatrice

---

<sup>331</sup> A. MANNI, *Poena Constituitur*, cit., 3 ss.

<sup>332</sup> TH. MOMMSEN, *Römiches Strafrecht*, cit., 4 ss.; B. SANTALUCIA, 'Metu coercendos esse homines putaverunt'. Osservazioni sulla funzione della pena nell'età del principato in prospettiva storia e attuale. Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto (Brescia 16-17 ottobre 2009), Milano, 2011, 31, 32 ss., che afferma «nonostante il suo tenore generalizzante intende unicamente giustificare, e a modo tutto sommato abbastanza superficiale (...) la regola che la morte del reo estingue la pena».

<sup>333</sup> A. LOVATO, *Legittimazione del reo all'accusa e funzione emendatrice della pena*, *SDHI*, 55, 1980, 435 ss., in particolare il Lovato richiama oltre la semplice funzione dell'emenda anche valori come la *lenitas* e la *benignitas*.

sono in età postclassica dove la repressione dei crimini veniva ispirata a valori cristiani<sup>334</sup>

### 9. *La funzione dell'emenda nel mondo precristiano*

Anche se le teorie esposte nel paragrafo precedente tendono a una conclusione contraria non è possibile affermare con assoluta certezza che la funzione dell'emenda dell'reo fosse sconosciuta nel mondo precristiano.

L'assunto che la rieducazione del condannato fosse una funzione nata sotto l'influenza dei valori cristiani non prende in considerazione che

---

<sup>334</sup> C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 54 ss, ora in *Sulla concezione romana della pena*, 344 ss., «Il giurista, imbevuto di cultura superiore, abbia voluto addurre la funzione di emenda della pena come giustificazione del principio che la pena non deve gravare sull'erede, scartando altra argomentazione plausibile»; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1952, 456 s.; F.M. DE ROBERTIS, *La funzione della pena*, cit., 192 ss.; G. VALDITARA, *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013, 300 ss., «una delle novità più importanti nel campo della pena, che caratterizza l'epoca del dominato e in specie i legislatori cristiani e Giustiniano (...) con il cristianesimo che l'idea dell'emenda, e della rieducazione del reo trova la sua vera e consapevole applicazione, è il cristianesimo che porrà le basi della concezione moderna della funzione della pena»; C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale romano*, Milano, 1904, 351 ss.; G. PADELLETTI – P. COGLIOLO, *Storia del diritto romano. Manuale ad uso delle scuole*<sup>2</sup>, Firenze, 1886, 645 ss.; S. RICCOBONO, *Roma madre delle leggi*, in BIDR, 57-58, 1953, 57 ss.; Q. BIANCHI, *Dell'efficacia del cristianesimo sul diritto penale dei Romani*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, 38, 1905, 482 ss.



prima dell'affermazione del cristianesimo vi fossero già correnti di pensiero nelle quali emergeva radicato il concetto di pena come emenda<sup>335</sup>.

Si pensi a Seneca il quale accoglieva l'idea rieducativa della pena elaborata da Platone. La pena doveva essere intesa come curativa, essa doveva tendere alla rieducazione del condannato e non alla sua afflizione:

Sen. *de ira* 1.15.3: *Nil minus quam irasci punientem decet, cu meo magis ad emendationem poena proficiat, si iudicio lata est.*

Nel testo leggiamo come per Seneca il sentimento dell'ira nell'animo di chi puniva lo rendeva il meno adatto all'inflizione della pena. Ad esempio la vittima di un reato non poteva in nessun modo punire il colpevole in quanto era troppo coinvolta emotivamente nella fattispecie. L'idea di Seneca<sup>336</sup> a ben vedere richiama una funzione penale non solo

---

<sup>335</sup> F. FASOLINO, 'Poena constituitur in emendationem homnium': riflessioni sulla funzione emendatrice della pena nel tardo antico, in *KOINONIA*, 39, 157 ss., ha voluto dimostrare come la funzione dell'emenda del reo fosse risalente già nel pensiero filosofico romano citando sia Seneca che Gellio nei quali l'emenda sarebbe la prevalente funzione della pena.

<sup>336</sup> Per il filosofo la funzione emendativa era strettamente connessa a quella della deterrenza. Seneca auspicava che le sanzioni capitali fossero eseguite in pubblico per far sì che l'esecuzione si trasformasse in esempio (*nequitiae male cedentis exempla*). La morte non era fine a sè stessa ma realizzava una funzione deterrente. Sulla scorta di tale pensiero per Seneca l'esecuzione di un imputato realizzata di notte era assolutamente improduttiva: Sen. *de ira* 3.19.2: *Quid tam inauditum quam nocturnum*

emendativa ma anche rivolta alla deterrenza<sup>337</sup>. Infatti la sanzione irrogata oltre a rieducare il reo sortiva anche l'effetto di dissuadere eventuali potenziali trasgressori ergendosi a monito per il futuro<sup>338</sup>.

La formula "*Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur*" (nessun uomo avveduto punisce perché si è peccato ma perché non si pecchi più)<sup>339</sup>, risulta chiara in Seneca:

Sen. *de ira* 1.19.7.: *Hoc semper in omni animadversione servabit, ut sciat alteram adhiberi ut emendet malos, alteram ut tollat; in utroque non praeterita sed futura intuebitur (nam, ut Plato ait: «Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur») et quos volet nequitiae male cedentis exempla fieri palam occidet, non tantum ut pereant ipsi, sed ut alios pereundo deterreant.*

---

*supplicium? Cum latrocinia tenebris abscondi soleant, animadversiones, quo notiores sunt plus in exemplum emedationemque proficient.* Seneca sottolineava come fossero gli atti di brigantaggio ad essere nascosti dalle tenebre e non la repressione penale che doveva essere svolta, per la sua utilità, alla luce del sole per l'esempio dei presenti e per la correzione del colpevole.

<sup>337</sup> E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Milano, 2007, 31 ss.;

<sup>338</sup> F. FASOLINO, *Pena, amnistia, emenda*, cit., 95 ss., sottolinea come Seneca seppur tendente alla funzione della pena in senso emendativo non avrebbe escluso la funzione general preventiva e quella retributiva della pena.

<sup>339</sup> F. LUCREZI, '*Ne peccetur, quia peccatum est*': sulle ragioni della pena nel mondo antico, in *Minima de poenis*, 1, 2015, 59 ss.

Nel passo possiamo notare come le punizioni che venivano inflitte in uno stato di ira fossero infruttuose. La pena doveva essere applicata con ‘ragione’ affinché essa fosse efficace. Seneca si riferiva inoltre per la realizzazione della funzione penale al futuro e non al passato. La rieducazione del reo, se possibile, o la sua eliminazione (*ut emendet malos*), se la rieducazione non fosse realizzabile, dovevano essere paramtrate al futuro e non alla condotta cristallizzata nel passato.

La funzione emendativa della pena trovava in Seneca la sua corretta realizzazione nel futuro<sup>340</sup>.

Dunque che la pena per Seneca avesse la funzione principale dell’emenda del reo non significava che la stessa non svolgesse altre funzioni. La pena polifunzionale delineata dal filosofo risulta ancora più chiara da un passo del *De clementia*:

*Sen. de clem. 1.22.1-3: Transeamus ad alienas iniurias, in quibus vindicandis haec tria lex secuta est, quae princeps quoque sequi debet: aut ut eum, quem punit, emendet, au tut poena eius ceteros meliores reddat, au tut sublatis malis securiores ceteri vivant. Ipsos facilius emendabis minore poena; diligentius enim vivit, cui aliquid integri superest. Nemo*

---

<sup>340</sup> Sulla stessa linea di pensiero Plat. *leg.* 11.934 a-b.

*dignitati perditae parcat; impunitatis genus est iam non habere poenae locum. 2. Civitatis autem mores magis corrigit paritas animadversionum; facit enim consuetudinem peccandi multitudo peccantium, et minus gravis nota est, quam turba damnationum levat, et severitas, quod maximum remedium habet, adsiduitate amittit auctoritatem. 3. Constituit bonos mores civitati princeps et eluit vitia eius si patiens eorum est, non tamquam probet, sed tamquam invitus et cum magno tormento ad castigandum veniat. Verecundiam peccandi facit ipsa clementia regentis; gravior multo poena videtur quae miti viro constituitur.*

Dal testo possiamo leggere come Seneca ponesse tra le funzioni principali della pena quella correttiva al primo posto<sup>341</sup>.

La finalità correttiva veniva seguita dalla finalità di dissuadere rendendo migliore il senso di giustizia in coloro che non fossero stati ‘toccati’ dalla sanzione. Infine la funzione della sanzione era rappresentata dalla maggiore sicurezza della comunità dovuta all’eliminazione di quelle condotte *contra ius*.

Le metafore per meglio identificare la funzione rieducativa del reo offerte da Seneca rendevano ancora più chiara la sua idea di emenda:

---

<sup>341</sup> A. MANNI, ‘*Poenae Constituitur*’, cit., 79 ss.

Sen. *de clem.* 2.7.4-5: *Sapiens multa remittet, multos parum sani, sed sanabilis ingenii sevabit. Agricolas bonos imitabitur, qui non tantum rectas procerasque arbores colunt; illis quoque, quas aliqua depravavit causa, adminicula, quibus derigantur, adplicant; alias circumcidunt, ne proceritatem rami premant, quasdam infirmas vitio loci nutriunt, quibusdam aliena umbra laborantibus caelum aperiunt. 5. Videbit, quod ingenium qua ratione tractandum sit, quo modo in rectum prava flectantur.*

Nel testo possiamo leggere come per Seneca i bravi agricoltori non si prendessero cura soltanto degli alberi sani e dritti ma provvedevano anche a raddrizzare con sostegni quelli deviati.

La rimozione dei rami dall'albero deviato era necessaria affinché la sua crescita non ne risentisse. Inoltre il filosofo fa riferimento alla concimazione al fine di sanare la debolezza dell'albero conseguente alla piantumazione in un terreno inadatto<sup>342</sup>.

---

<sup>342</sup> G. VALDITARA, *La 'libertas' e il carcere*, in *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015, 39 ss., sottolinea come la pena dell'esilio venisse utilizzata in luogo del carcere «non era l'afflizione del reo, quanto piuttosto la sua esclusione dal contesto cittadino (...) Una volta tolto il mezzo deviante, la vita sociale poteva riprendere a scorrere tranquillamente», Sulla stessa linea di pensiero di Seneca l'A. sottolinea come per far sì che la vita sociale riprendesse normalmente doveva essere rimosso il 'mezzo deviante'.

Anche Gellio nelle sue *Noctes Atticae* attribuiva alla pena la funzione principale di emendare il reo<sup>343</sup>:

Gell. *Noc. Att.* 7.14.1-2: *Poeniendi peccatis tres esse debere causas existiamatum est. 2. Una est causa, quae Graece <vel κόλασις> vel νοθεσα dicitur, cum poena adhibetur castigandi aque emendandi gratia, ut is, qui fortuito deliquit, attentior fiat correctiorque.*

In Gellio apparivano chiare tre funzioni della pena<sup>344</sup>. La prima rappresentava la correzione e l'ammonimento, la pena veniva considerata come strumento per emendare il reo al fine di renderlo più sensibile ai valori e principi della giustizia.

La seconda funzione della pena era diretta a tutelare la dignità della persona offesa. La terza funzione era rappresentata proprio dalla deterrenza<sup>345</sup>. La pena secondo Gellio doveva necessariamente perseguire

---

<sup>343</sup> L. RUSCA, *Nella Nota all'edizione di Aulo Gellio. Le Notti Attiche libri I-X*, Milano, 1968, 5 ss.; M.L. ASTARITA, *Note di cronologia gelliana*, in *Orpheus*, 5, 1984, 422 ss.; G. MARITATI, *Aulo Gellio e le sue Notti attiche: alcuni giudizi di Gellio su eminenti autori arcaici*, Genova, 1965; A. GELLIO, *Notti attiche*, Milano, 2013.

<sup>344</sup> G. BERNARDI PERINI, *Le Notti Attiche di Aulo Gellio*, Torino, 1992, 72, 2000 ss.; H.A.S. TARRANT, *Platonic Interpretation in Aulus Gellius*, in *GRBS*, 37, 1996, 179 ss.; M.L. Lakman, *Der platoniker Taurus in der Darstellung des Aulus Gellius*, Leiden, 1995, 89 ss.;

<sup>345</sup> Gell. *Noct. Att.* 7.14.4: *Tertia ratio vindicandi est, quae παράδειγμα a Graecis nominatur, cum poenitio propter exemplum necessaria est, ut ceteri a similibus*

almeno una di queste tre funzioni. Se fosse mancata una delle funzioni indicate la pena sarebbe stata del tutto inefficace e controproducente.

### 10. *La funzione della pena nell'età imperiale*

Come abbiamo avuto modo di osservare la funzione emendatrice della pena era una costante che non ritroviamo esclusivamente nell'età tardo antica<sup>346</sup>. Il concetto di emenda appariva chiaro ai giuristi anche prima dell'età tardo imperiale (tra il I e il II sec a.C.) come si può desumere da un passo di Ulpiano:

Ulp. 8 *disp.* D. 48.1.5. pr.: *Is quis reus factus est purgare se debet nec ante potest accusare quam fuerit excusatus: constitutionibus enim observatur, ut non relatione criminum sed innocentia reus purgetur. 1.*

---

*peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deterreantur. Idcirco veteres quoque nostril 'exempla' pro maximis gravissimisque poenis dicebant. Quando igitur aut spes magna est, ut is, qui peccavit, citra poenam ipse sese ultro corrigat, aut spes contra nulla est emendari eum posse et corrigi aut iacturam dignitatis, in quem peccatum est, metui non necessum est, aut non id peccatum est, cuius exemplum necessario metu sancendum sit: tum, quicquid ita delictum est, non sane dignum esse impnendi poenae studio visum est.*

<sup>346</sup> F. FASOLINO, *Pena, amnistia, emenda*, cit., 124 ss.; TH. MOMMSEN, *Römiches Strafrecht*, cit., nt. 1.; F.M. DE ROBERTIS, 'Arbitrium iudicantis' e statuizioni imperiali. *Pena discrezionale e pena fissa nella cognitio extra ordinem*, in *ZRG*, 1939, 219 ss.; G. LUCCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiano*, Milano, 1996, 570 ss.

*Illud incertum est utrum ita demum accusare potest si fuerit liberatus, an et si poenam subierit: est enim constitutum ab imperatore nostro et divo patre eius post damnationem accusationem quem incohare non posse. Sed hoc puto ad eos demum pertinere, qui vel civitatem vel libertatem amiserunt.*

Nel testo il giurista faceva riferimento alla problematica relativa all'esercizio dell'accusa all'interno del processo penale. In particolare l'imputato non poteva esercitare l'accusa in un altro giudizio prima di essere stato scagionato nel processo che lo riguardava<sup>347</sup>. Come è stato

---

<sup>347</sup> In particolare attenta dottrina osserva come la riabilitazione per Ulpiano fosse da ricercarsi non in ragioni di interesse generale o personale ma nell'eliminazione degli effetti dell'infamia. F. FASOLINO, *Pena, amnistia, emenda*, cit., 128 ss., in particolare «Il concetto di innocentia cui fa riferimento il giurista è molto ampio e trova riscontro in fonti letterarie, benchè più tarde: esso, invero, oltre a far riferimento alla possibilità/dovere che ha l'imputato di provare la propria innocenza attraverso un'adeguata giustificazione, sta ad indicare anche la situazione del colpevole che ha scontato la sua pena. In relazione a questa duplicità di significato, il termine *purgatio* fa rinvio, tra l'altro, anche alla funzione emendatrice della pena: essa infatti, consente l'espiazione della colpa commessa, emendando il colpevole fino al punto di fargli riacquistare una facoltà legittima precedentemente perduta in forza della condanna subita», dunque come possiamo notare è proprio il diritto/dovere dell'imputato di dimostrare la propria innocenza che svolge di fatto anche una funzione emendatrice capace di redimere il reo espiano la propria colpa; sullo stesso pensiero si v. A. LOVATO, *Legittimazione del reo all'accusa e funzione emendatrice della pena*, in *SDHI*, 55, Napoli, 1994, 23 ss. e V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, II, Napoli, 2000, 17 ss.



osservato<sup>348</sup> l'interpretazione di Ulpiano mitigava la disposizione emanata da Settimio Severo e Caracalla concedendo la possibilità di sostenere l'accusa solo a chi avesse commesso reati di minore entità.

La pena dunque doveva essere inflitta non per puro spirito di vendetta ma doveva perseguire una finalità emendatrice e per questo motivo doveva essere proporzionata al fatto commesso e ispirata anche alla condizione del reo<sup>349</sup>.

Accanto alla funzione emendatrice della pena non manca un aumento della funzione deterrente al fine di affermare la forza potere imperiale. La realizzazione della funzione deterrente nell'età imperiale veniva raggiunta attraverso l'estensione delle ipotesi di reato punibili con la pena di morte<sup>350</sup>:

CTh. 2.30.1 (= C. 8.16.7: *Intercessores a rectoribus provinciarum dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios pigneris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum inlatio retardatur. Si quis igitur intercessor aut creditor vel praefectus pacis vel decurio in hac re fuerit detectus, a rectoribus*

---

<sup>348</sup> F. FASOLINO, *Pena, amnistia, emenda*, cit., 128 ss.

<sup>349</sup> Tale assunto lo si può desumere da Paul. 54 *ad ed.* D. 47.9.4.1: ... *et omnino ut in ceteris, ita huiusmodi causis ex personarum condicione et rerum qualitate diligenter sunt aestimandae, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa postulabit.* ripresa poi da Marc. 2 *de publ. iud.* D. 48.19.11 pr.

<sup>350</sup> A. McCLINTOCK, *Servi della pena: condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli, 2010, 10 e 58 ss.

*provinciarum capitali sententia subiugetur. DAT. IIII NON. IUN. SIRMIO  
CONSTANTINO A. IIII ET LICINIO CONSS.*

Da questo frammento emerge l'ordine di Costantino diretto ai governatori delle provincie di punire con la pena di morte gli *intercessores* che avessero sottoposto a pignoramento buoi e servi utilizzati per il lavoro nei campi. Il fine della norma era quella di tutelare i crediti del fisco proprio perché il pignoramento dei beni avrebbe provocato il ritardo nel pagamento dei tributi fondiari. L'utilizzo delle pene capitali ci viene anche confermato in:

I. 4.18.2: *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia, Capitalia dicimus, quae ultimo supplicio adficiunt, vel aquae et ignis interdictione vel deportatione vel metallo: cetera si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, haec publica quidem sunt, non tamen capitalia.*

Dal testo notiamo come l'applicazione della pena di morte poteva seguire sia in caso di giudizi pubblici sia in caso di giudizi non pubblici sottolineando una tendenza all'applicazione della condanna capitale.

Accanto alla pena di morte, anche per affermare ulteriormente la

forza repressiva dello Stato, venivano inflitte condanne *ad gladium* o *ad metalla*<sup>351</sup>.

Ovviamente la funzione delle condanne prima citate rispondeva ad esigenze economiche dirette ad aumentare il lavoro all'interno delle miniere e a fornire sempre più gladiatori per il divertimento del popolo.

### 11. *La funzione della pena nell'età giustiniana*

Su quale fosse la funzione della pena nell'età giustiniana la dottrina appare alquanto divisa. L'impostazione più tradizionale ritiene che la pena nell'età giustiniana perseguisse prevalentemente scopi di prevenzione<sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> Alcuni autori sostengono che la condanna *ad gladium* fosse destinata a scomparire perché: «... i compilatori cancellarono le parti del provvedimento imperiale inerente ai combattimenti gladiatori. Le ragioni di questa scelta sono sufficientemente chiare: questo tipo di manifestazioni, al tempo di Giustiniano, non soltanto era obsoleto, bensì ormai contrario al sentire dell'epoca», T. BEGGIO, *Note in tema di condanna 'ad tempus' nelle 'damnationes ad metalla'*, in *AUPA*, 60, 2017, 19 ss.; F. SALERNO, *'Ad metalla'. Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli, 2003.; A. CERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae' nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7*, in *AUPA*, 59, 209 ss.; B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale dei 'deportati in insulam'*, in *Iuris vincula, Studi in onore di M. Talamanca*, VII, Napoli, 2001, 173 ss.; D. LASSANDRO, *I 'damnati in metalla' in alcune testimonianze antiche*, in *Coercizione e mobilità umana nel mondo antico*, a cura di M. Sordi, Milano, 1995, 271 ss.

<sup>352</sup> F. BUONAMICI, *Il concetto della pena nel diritto giustiniano. Studi Pessina*, II, Napoli, 1899, 187 ss.

La romanistica contemporanea ritiene invece che la funzione della pena in età tardo antica fosse legata prevalentemente allo scopo retributivo<sup>353</sup>. Secondo altra parte della dottrina le funzioni prima citate erano da considerarsi tutte coesistenti<sup>354</sup>.

Nel tentativo di delineare un quadro sistematico rispetto alla funzione della pena in età tardo antica, non è possibile prescindere dall'analisi dei testi novellari<sup>355</sup>.

Per la concreta realizzazione della funzione preventiva generale Giustiniano si preoccupava del corretto ed efficiente esercizio del potere giurisdizionale<sup>356</sup>, atteso che il raggiungimento dello scopo preventivo avveniva solo attraverso una condanna legittima e l'esecuzione di una pena

---

<sup>353</sup> C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 55 ss.; ID., *Sulla concezione romana della pena*, *Studi Volterra*, II, Milano, 1971, 350 ss.; J. GAUDEMET, *L'Église dans l'empire romain (IV-V siècles)*, Paris, 1958, 227 ss.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 424 ss.; F. SITZIA, *Aspetti della legislazione criminale nelle Novelle di Giustiniano: il problema della giustificazione della pena*, in *Novella Constitutio. Studies in Honour of N. van der Wal*, Groningen, 1990, 1 ss.;

<sup>354</sup> F. SITZIA, *Aspetti della legislazione criminale*, cit., 211 ss.; su tale dibattito si veda ancora O. DILIBERTO, *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del 12° colloquio di filosofia penale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, Napoli, 1993, 121 ss.

<sup>355</sup> F. BUONAMICI, *Il concetto della pena nel diritto giustiniano*. *Studi Pessina*, II, Napoli, 1899, 187 ss.; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921, 45 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La funzione della pena*, cit., 187 ss., sostiene che la dottrina ecclesiastica attraverso l'attribuzione alla pena della funzione emendativa abbia influenzato in modo determinante anche la funzione preventiva.

<sup>356</sup> F. SITZIA, *Aspetti della legislazione criminale*, cit., 212 ss.

legittima<sup>357</sup>. Un indizio della prevalenza della funzione preventiva generale sarebbe da rinvenirsi nella Nov. 139.1.

In particolare: «... il legislatore si preoccupa che un provvedimento di clemenza possa indurre a delinquere. È il caso della Nov. 139.1 nella quale Giustiniano, dopo aver rimesso in alcuni casi portati alla sua cognizione le gravi pene previste per le nozze illegittime, a condizione che i rei paghino 10 libbre auree, si affretta ad affermare che ciò non è stato stabilito *ad exemplum* di altri e minaccia quindi pene severissime per coloro che incorrano nel medesimo delitto»<sup>358</sup>.

Tuttavia isolare una funzione prevalente rispetto alle altre è decisamente complesso. Infatti, specialmente in età tardo antica, lo scopo della pena non veniva individuato e schematizzato in modo tale da consentire di individuare una finalità prevalente<sup>359</sup>.

---

<sup>357</sup> Nov. 8.8.1. (a. 535), nella quale veniva disposto che il magistrato corrotto dovesse essere punito nella stessa provincia in modo che la pena fosse esemplare.

<sup>358</sup> F. SITZIA, *Aspetti della legislazione criminale*, cit., 213 ss.

<sup>359</sup> F. FASOLINO, *'Indulgentia principis' ed emenda: aspetti della repressione criminale nell'impero romano tra IV e VI sec. d.C.*, in *Vergentis*, Roma, 2017, 180 ss., «I diversi scopi assegnati alla sanzione penale in quest'epoca sono però strettamente intrecciati, il che rende impossibile il ricorso a schemi dogmatici predefiniti, anche in considerazione del fatto che, come è noto, il concetto di funzione della pena non è qualcosa di assoluto e immutabile bensì di variabile e storicamente relativo»; sulla stessa scorta si veda F. SITZIA, *Aspetti della legislazione criminale*, cit., 219 ss.; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007. Contrariamente alcuni autori sostengono che l'unica funzione della pena in via esclusiva fosse quella intimidatrice e preventiva poichè in

Accanto alla finalità deterrente si collocava la finalità di emenda. Queste due funzioni si compenetravano, perseguendo lo stesso scopo finale cioè quello di evitare che la condotta criminosa venisse realizzata<sup>360</sup>.

Appare chiaro che nell'imponente corpo normativo emanato da Giustiniano coesistevano molteplici funzioni della pena. La pena non mirava più a soddisfare il primario bisogno di vendetta della vittima ma

---

nessuna costituzione pervenutaci era presente in modo espresso e diretto il richiamo a uno scopo retributivo. Per tale dottrina in epoca postclassica non si dava valore alla teoria retributiva ma soltanto a quella preventiva, F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena*, 23 ss., l'Autore ricorda che quando si dava luogo alla variazione della pena era soltanto ed esclusivamente in relazione alla pericolosità sociale del reo e non in relazione alla gravità del reato. A tal proposito riporta un esempio riguardo alla diminuzione della pena nei confronti delle donne dovuta alla loro minore pericolosità in riferimento all'*infrimitas sexus*: CTh. 9.14.3.2: ... *mitior enim circa eas esse debet sententia, quas pro infermitate sexus minus ausuras esse confidimus...* in questo caso la sentenza doveva essere più mite nei confronti di coloro che «confidiamo saranno meno temerarie per la debolezza del sesso». Ancora, riguardo alla complessa coesistenza delle varie finalità della pena B. BIONDI, *Diritto romano*, cit., 446 ss., sostiene che non si poteva parlare di legge del taglione e quindi di funzione vendicativa della pena perché la pena stessa era eseguita dallo Stato e per tale motivo non poteva acquisire nessun carattere di vendetta. Contrariamente R. BONINI, *Alcune considerazioni sulla funzione della pena nelle Novelle giustinianee*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, Napoli, 1993, 410 ss., nella Nov. 142 del 558, prevedeva la castrazione per coloro che *eunuchos faciunt*, in tale ipotesi veniva confermata la visione secondo la quale vista la gravità della sanzione coesistevano nella pena sia la finalità retributiva sia quella intimidatrice.

<sup>360</sup> F. FASOLINO, '*Indulgentia principis*', cit., 183 ss.; A. MANNI, *Poena Constituitur*, cit., 35 ss.

poneva come obiettivi principali la difesa dei consociati e la tutela della morale pubblica.

Non mancavano esempi di pena ispirata ancora all'antico sentimento di vendetta: si pensi alla Nov. 117.15 del 542 dove veniva data la possibilità al marito di uccidere impunemente la moglie infedele. In particolare doveva essere effettuata una triplice intimazione scritta da parte del marito e, successivamente, una volta sorpresa la moglie in flagranza di adulterio quest'ultima poteva essere uccisa<sup>361</sup>.

---

<sup>361</sup> B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, cit., 476 ss., afferma che si tratta di un «residuo di difesa privata» che anche se non completamente scomparso può dirsi sicuramente molto limitato. La messa a morte della donna adultera era, sempre a determinate condizioni, rilasciata alla volontà del marito. Infatti nel caso in cui entro due anni non ci fosse stata la riconciliazione tra il marito e la moglie veniva prevista per la moglie la reclusione perpetua, si vd. ancora E. VOLTERRA, *Alcune innovazioni giustinianee al sistema classico di repressione dell'adulterio*, in *Scritti giuridici*, I, *Famiglia e successioni*, Napoli, 1991 5 ss., fa riferimento alla repressione del lenocinio richiamando il testo di Ulpiano Ulp. 4 *de adult.* D. 48.5.30.29 pr.: *Mariti lenocinium lex coeuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit adulterumque dimisit: debuit enim uxori quoque irasci, quae matrimonium eius violavit. tunc autem puniendus est maritus, cum excusare ignorantiam suam non potest vel adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis: idcirco enim lex ita locuta est 'adulterum in domo deprehensum dimiserit', quod voluerit in ipsa turpitudine prehendentem maritum coercere*. In questo caso la legge puniva il marito che avesse trattenuto a sé la moglie colta in flagranza di reato. Lo stesso Autore ritiene interpolata tutta la parte del frammento '*tunc autem-incredibilitatis*', con cui si cercava di attenuare la disposizione legislativa giustificando il reo con l'ignoranza del tradimento della moglie; si vd. ancora F. GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, Torino, 1975, 20 ss.

È già possibile rinvenire la funzione vendicativa della pena in una precedente disposizione giustiniana, avente ad oggetto il crimine di ratto di vergini:

*C. 1.3.53.: ... Qui itaque huiusmodi crimen commiserint et qui eis auxilium tempore invasionis praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina et adhuc flagrante crimine comprehensi a parentibus sanctimonialium virginum vel viduarum vel diaconissarum aut earum consanguineis vel tutoribus seu curatoribus...*

Veniva concesso sia ai consanguinei sia al curatore la facoltà di uccidere il rapitore che fosse stato colto in flagraza di reato.

Tale reato era talmente grave che veniva ricompreso tra i crimini puniti con la pena più severa, come l'adulterio e l'omicidio. La normativa sul ratto ottiene una sistemazione organica con la costituzione in C. 9.13.1, che riorganizzava e disciplinava la normativa del crimine in modo coerente ed organico. La costituzione in esame rappresentava un vero e proprio 'testo unico'. Con tale innesto normativo Giustiniano intendeva ampliare le fattispecie di ratto, modificando la definizione della condotta oggetto del reato. Infatti, nella definizione di ratto veniva ricompresa ogni sottrazione, consensuale o violenta, di vergini onorate, donne nubili



ingenue, già fidanzate o no, vedove, anche se libertine o serve altrui, vergini e vedove dedicate a Dio e donne coniugate<sup>362</sup>:

C. 9.13. 1 *De raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium*

Imperator Justinianus A. Hermogeni magistro officiorum.

*Pr. Raptores virginum honestarum vel ingenuarum, sive iam desponsatae fuerint sive non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet libertinae vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes capitis supplicio plectendos decernimus, et maxime si deo fuerint virgines vel viduae dedicatae (quod non solum ad iniuriam hominum, sed ad ipsius omnipotentis dei irreverentiam committitur, maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest): et merito mortis damnantur supplicio, cum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptores sint vacui. I Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus per hanc generalem constitutionem, ut hi, qui huiusmodi crimen commiserint et qui eis auxilium tempore invasionis praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina et adhuc flagrante crimine comprehensi a parentibus virginum vel viduarum vel ingenuarum vel quarumlibet feminarum aut earum consanguineis aut tutoribus vel curatoribus vel patronis vel dominis, convicti interficiantur. Ia Quae multo magis contra eos obtinere sancimus,*

---

<sup>362</sup> J. BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4-7 siècle)*, I, *Le droit imperial*, Paris, 1990, 118 ss.

*qui nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia duplici crimine tenentur tam adulterii quam rapinae et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adiectione puniri. Ib Quibus connumerabimus etiam eum, qui saltem sponsam suam per vim rapere ausus fuerit. Ic Sin autem post commissum tam detestabile crimen aut potentatu raptor se defendere aut fuga evadere potuerit, in hac quidem regia urbe tam viri excelsi praefecti praetorio quam vir gloriosissimus praefectus urbis, in provinciis autem tam viri eminentissimi praefecti praetorio per Illyricum et Africam quam magistri militum per diversas nostri orbis regiones nec non viri spectabiles praefectus Aegypti vel comes Orientis et vicarii et proconsules et nihilo minus omnes viri spectabiles duces et viri clarissimi rectores provinciarum nec non alii cuiuslibet ordinis iudices, qui in locis inventi fuerint, simile studium cum magna sollicitudine adhibeant, ut eos possint comprehendere et comprehensos in tali crimine post legitimas et iuri cognitatas probationes sine fori praescriptione durissimis poenis adficiant et mortis condemnent supplicio. Id Quibus et, si appellare voluerint, nullam damus licentiam secundum antiquae Constantinianae legis definitionem. Ie Et si quidem ancillae vel libertinae sint quae rapinam passae sunt, raptores tantummodo supra dicta poena plectentur, substantiis eorum nullam deminutionem passuris. If Sin autem in ingenuam personam tale facinus perpetretur, etiam omnes res mobiles seu immobiles et se moventes tam*

*raptorum quam etiam eorum, qui eis auxilium praebuerint, ad dominium raptarum mulierum liberarum transferantur providentia iudicum et cura parentum earum vel maritorum vel tutorum seu curatorum. 1g Et si non nuptae mulieres alii cuilibet praeter raptorem legitime coniungentur, in dotem liberarum mulierum easdem res vel quantas ex his voluerint procedere, sive maritum nolentes accipere in sua pudicitia remanere voluerint, pleno dominio eis sancimus applicari, nemine iudice vel alia quacumque persona haec audente contemnere. 2 Nec sit facultas raptae virgini vel viduae vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere, sed cui parentes voluerint excepto raptore, eam legitimo copulent matrimonio, quoniam nullo modo nullo tempore datur a nostra serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra re publica matrimonium student sibi coniungere. oportet etenim, ut, quicumque uxorem ducere voluerit sive ingenuam sive libertinam, secundum nostras leges et antiquam consuetudinem parentes vel alios quos decet petat et cum eorum voluntate fiat legitimum coniugium. 3 Poenas autem quas praediximus, id est mortis et bonorum amissionis, non tantum adversus raptores, sed etiam contra eos qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint constituimus. 3a Ceteros autem omnes, qui conscii et ministri huiusmodi criminis reperti et convicti fuerint vel eos susceperint vel quacumque opem eis intulerint, sive masculi sive feminae sunt, cuiuscumque condicionis vel gradus vel dignitatis, poenae*

*tantummodo capitali subicimus, ut huic poenae omnes subiaceant, sive volentibus sive nolentibus virginibus seu aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. 3b Si enim ipsi raptores metu atrocitatis poenae ab huiusmodi facinore temptaverint se, nulli mulieri sive volenti sive nolenti peccandi locus relinquatur, quia hoc ipsum velle mulieri ab insidiis nequissimi hominis qui meditatur rapinam inducitur. nisi etenim eam sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenerit, non facit eam velle in tantum dedecus sese prodere. 3c Parentibus, quorum maxime vindicta intererat, si patientiam praeberint ac dolorem remiserint, deportatione plectendis. 4 Et si quis inter haec ministeria servilis conditionis fuerit deprehensus, citra sexus discretionem eum concremari iubemus, cum hoc etiam Constantiniana lege recte fuerat prospectum. 5 Omnibus legis Iuliae capitulis, quae de raptu virginum vel viduarum seu sanctimonialium sive antiquis legum libris sive in sacris constitutionibus posita sunt, de cetero abolitis, ut haec tantummodo lex in hoc capite pro omnibus sufficiat.*

Dal testo notiamo come per l'integrazione della fattispecie criminosa fosse necessario semplicemente l'atto consumativo essendo, del tutto irrilevante il consenso eventualmente prestato dalla vittima. Inoltre, nell'ipotesi di congiunzione sessuale con una donna sposata veniva disposta la pena prevista per il *crimen adulterii*: *Quae multo magis contra eos obtinere sancimus, qui nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia duplici*

*crimine tenentur tam adulterii quam rapinae et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adiectione puniri. (C. 9.13.1.1a).*

In questo caso veniva applicato un vero concorso formale, rappresentando la fattispecie un *duplex crimen*<sup>363</sup>.

Altro crimine punito con severità nella legislazione novellare è quello dell'incesto. Tale crimine era perseguito con particolare rigore perché, probabilmente, la diffusione del Cristianesimo portava al rigetto assoluto di tale condotta<sup>364</sup>. Questa influenza cristiana a respingere le condotte incestuose possiamo rinvenirla anche in un passo di Gaio dove si rammentava l'incremento da parte degli imperatori cristiani dei divieti dei matrimoni per parentela:

---

<sup>363</sup> F. BOTTA, *'Per vim inferre'*. *Studi su 'stuprum' violento e raptus nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, 2004, 128 ss.; S. PULIATTI, *La dicotomia 'vir-mulier' e la disciplina del ratto nelle fonti legislative imperiali*, in *SDHI*, 61, 471 ss.; R. BONINI, *La legislazione giustiniana sul diritto e sul processo penale*, in *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano, 1990, 179 ss.; F. GORIA, voce *Ratto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 38, 1987, 707 ss.

<sup>364</sup> A. GUARINO, *Studi sull' 'incestum'*, in *ZSS*, 63, 1943, 175 ss.; si vd. ancora S. PULIATTI, *'Incesti crimina'*. *Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano, 2001, 195 ss.

Gai 1.58-64: *Nec tamen omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundam nuptiis abstinere debemus. 59. Inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, veluti inter patrem et filiam vel inter matrem et filium, vel inter avum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae aut neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim. 60. Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. 61. Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint sive alterutro eorum: sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil inpedimento erit nuptiis. 62. Fratris filiam uxorem ducere licet, idque primum in usum uenit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset: sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur. 63. Item amitam et materteram uxorem ducere non licet.*

*Item eam, quae mihi quondam socrus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus 'quondam', quia, si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere. 64. Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere videtur neque liberos; itaque hi, qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere videntur, patrem vero non utique, nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit: nam et hi patrem habere non intelleguntur...*

In particolare Giustiniano in tema di incesto interviene con diversi provvedimenti tra cui:

Nov. 12 *περὶ ἀθεμιτογαμιῶν*:

*αὐτοκράτωρ ἰουστινιανὸς αὐγουστος φλώρω τῷ ἐνδοξοτάτῳ κόμητι τῶν ἀπανταχοῦ θείων πριβάτων.*

*Pr. τοὺς ὑπὲρ τῶν ἀθεμίτων ἔμπροσθεν γεγραμμένους ὑπὸ τῶν βεβαλευκότων νόμους οὐκ ἐντελῶς ἔχειν ἡγούμεθα, οἷπερ τοὺς μὲν ἀθεμίτοις συμβαλόντας γάμοις ἀτιμωρήτους ἐῶσι, τὴν δὲ ἐξ αὐτῶν προελθοῦσαν γονήν, καίτοιγε ἀνεύθυνον οὖσαν, ἀφαιρουνται τῶν τοῦ*

πατρός ὡς ἀναγκαῖον ὄν τοὺς μὲν ἀμαρτάνοντας ἀνευθύνους εἶναι, τοὺς δὲ ἀνευθύνους ὡς ἀμαρτάνοντας κολάζεσθαι<sup>365</sup>.

Dal testo si può notare come anche nella legislazione giustiniana la repressione criminale fosse legata alla componente religiosa. Infatti nella prefazione del frammento della Nov. 12 Giustiniano sottolineava la sua contrarietà riguardo al crimine di incesto che offendeva oltre che la morale anche la religione<sup>366</sup>.

La coesistenza delle diverse finalità della pena derivava tanto dalla volontà dell'imperatore tanto dai costumi sociali<sup>367</sup>.

---

<sup>365</sup> Per comodità espositiva si riporta il testo latino ripreso dall'*Authenticum: Pro incestis dudum scriptas ab imperatoribus leges non perfecte habere iudicamus, quae eos quidem qui incestis copulantur nuptiis impunitos sinunt, ex eis autem procedentem sobolem utique inculpabilem existentem privant rebus patris: ut necessitas sit eos quidem qui peccant sine reatu esse, eos autem qui innoxii sunt tamquam peccantes puniri.*

<sup>366</sup> M.A. DIEGO, *La donna incestuosa*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1, Ferrara, 1987, 13 ss., sottolinea la posizione della donna riguardo al *crimen incesti* distinguendo l'incesto *cum adulterio* e *cum stupro* dall'incesto per *illicitum matrimonium*. L'*illicitum matrimonium* rappresentava l'incesto realizzato dopo la celebrazione delle nozze vietate dalla legge.

<sup>367</sup> Sul tema della polifunzionalità della pena si veda G.B. ADESI, «*Religio e polifunzionalità della pena tardo antica*», in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale. Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto (Brescia 16-17 ottobre 2009)*, a cura di A. Calore e A. Sciumè, Milano, 2011, 33 ss., «indirizzi platonici e dottrine cristiane appaiono, dunque, nel periodo convergenti in merito alla funzione della pena indirizzata, nella prospettiva cristiana, alla redenzione del



Nella novella 154 Giustiniano giustificava i colpevoli d'incesto in relazione alla loro condizione sociale disagiata dovuta oltre che alla povertà anche all'enorme flusso di stranieri presenti sul territorio della Mesopotamia<sup>368</sup>:

---

peccatore, conseguibile mediante la sua volontaria rieducazione», 33 ss.; si veda ancora F. SITZIA, *Aspetti della legislazione criminale nelle Novelle di Giustiniano*, cit., 219 ss., dove si individua l'unico tratto distintivo generale nello scopo retributivo-afflittivo, *contra*, G. LURASCHI, *Diritto premiale e sistema penale romano*, in *Atti del VII Simposio di studi di diritto e procedura penali*, Milano, 1983, 53 ss., sostiene che nell'ordinamento giuridico romano il riconoscimento premiale rappresentava uno strumento al pari della punizione e fungeva da correttivo sociale. In riferimento al tema della premialità nel diritto penale si veda F.M. DE ROBERTIS, «*La funzione della pena nel diritto romano*», in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1948, 169 ss., ora in ID., *Scritti varii di diritto romano*, III, *Diritto penale*, Bari 1987, 5 ss.; U. BRASIELLO, voce *Pena*, in *Nov. dig. it.*, 12, 1965, 808 ss.; B. SANTALUCIA, voce *Pena criminale*, in *Enc. dir.*, 32, Milano, 1982, 734 ss., ora in ID., *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, 33 ss.; E. CANTARELLA, «*La 'ulciscendi libido'*», in *Index*, 37, 2009, 132 ss. A. WACKE, *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, in *Index*, 37, 2009, 137 ss.; L. GUTIÉRREZ MASSON, *Control de las mentes, función paradigmática de la pena y función simbólica del derecho en la experiencia jurídica romana*, in *AARC.*, 19, 2013, 616 ss. Sul punto, inoltre A. CALORE, A. SCIUMÈ, *La funzione della pena in prospettiva storia e attuale*, Milano, 2013, 10 ss.

<sup>368</sup> G. LANATA, *Figure dell'altro nella legislazione giustiniana*, in *Società e diritto nel mondo tardo antico. Sei saggi sulle Novelle giustiniane*, Torino, 1994, 39 ss., afferma che la materia del matrimonio era motivo di contrasto tra il legislatore che rappresentava i valori e costumi romani e i 'barbari' che erano diffusi in Oriente. La conciliazione appariva impossibile in quanto le provincie di confine come Osroene e la Mesopotamia indipendentemente dalle leggi romane continuavano a contrarre matrimoni incestuosi.

Nov. 154: Περὶ τῶν ἐν ὄσσην ἀθμίτως συναλλαπτόνων αὐτοκράτωρ ἰουστινιανὸς αὐτοῖς φλώρω κόμητι τῶν θείων πριβάτων.  
...ὥστε καὶ ἐξερευνᾶν ταῦτα ἠβουλόμεθα, καὶ εἴ τι τοιοῦτον ὄλως πέπρακται, τοὺς ἀμαρτάνονταζ πρὸς ἐσχάτην ἄγειν τιμωρίαν...

La Novella disponeva l'irretroattività della legge penale. Giustiniano puniva le nozze incestuose che fossero state celebrate prima dell'emanazione della Nov. 12. In questi casi veniva concessa la facoltà di conservare tutti i diritti acquisiti dalla relazione coniugale illegittima.

Per la realizzazione della funzione deterrente Giustiniano aveva disposto diverse pene tra cui le sanzioni patrimoniali come l'annullamento delle nozze incestuose e la confisca del patrimonio e della dote. Per quanto riguarda le pene afflittive queste venivano comminate soltanto se il soggetto incriminato fosse stato *humiliores* mentre per gli *honestiores* la pena inflitta era rappresentata semplicemente dall'esilio<sup>369</sup>.

Anche nelle Novelle giustiniane la pena perseguiva anche una finalità emendativa. Attraverso l'applicazione di sanzioni meno gravi si tendeva alla correzione del reo e al suo ravvedimento.

---

<sup>369</sup> M. BALZARINI, *Nuove prospettive sulla dicotomia 'honestiores-humiliores'*, in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, a cura di A. Burdese, Padova, 1988, 165 ss.

Si pensi alla Nov. 134.13 del 556 disponeva l'attenuazione delle sanzioni corporali e patrimoniali<sup>370</sup> in ragione della *infirmetas humani generis*<sup>371</sup>.

Nov. 134.13 pr.: *Περὶ τοποτηρητῶν καὶ μοιχευομένων γυναικῶν καὶ ἑτέρων κεφαλαίων ἐν ὀνόματι του δεσπότη Ιησοῦ Χριστοῦ του θεοῦ ἡμῶν αὐτοκρατωρ...*

La Novella in esame vietava le pene corporali che comportavano menomazioni come l'amputazione o la frattura di arti. Giustiniano disponeva che qualora fosse prevista la pena di morte quest'ultima doveva esse inflitta secondo il tenore di legge ma se la qualità del crimine avesse

---

<sup>370</sup> D. PATLAGEAN, 'Byzance et le blason penal du corps', in *Du châtement dans la cite. Supplices corporals et peine de mort dans le monde antique*, Roma, 1984, 408 ss.

<sup>371</sup> F. FASOLINO, 'Indulgentia principis' ed emenda, cit., 185 ss., che la definisce come «fragilità morale che merita indulgenza e perdono», tale legge viene inoltre riportata per esteso anche nei Bas. 6.19.13. di contrario avviso sempre sulla Novella 134 si veda A.D. MANFREDINI, *Giustiniano e la mutilazione delle mani e dei piedi*, in *SDHI*, 61, 465 ss., afferma che l'*infirmetas* che richiama l'imperatore sia in realtà una fragilità spirituale e non fisica e che la disposizione di evitare le mutilazioni fosse da rinvenire nella necessità da non rendere il reo inabile al lavoro. Ancora sulla stessa scorta si veda G.B. ADESI, *Religio e polifunzionalità della pena tardo antica*, cit., 74 ss.

richiesto la mutilazione degli arti tale amputazione doveva essere effettuata soltanto a un arto<sup>372</sup>.

Nella Novella erano mitigate anche le sanzioni pecuniarie. In caso di confisca, i beni non erano attribuiti allo Stato ma ai discendenti del reo<sup>373</sup>. La volontà di Giustiniano tesa a ‘umanizzare’ le pene traspare anche nella Nov. 133.5.1 del 539, dove l’imperatore dichiarava: *multa sunt humana, et nullus poterit naturam sic retinere ut non peccet nihil: hoc enim proprium est solum dei*.

---

<sup>372</sup> A.D. MANFREDINI, *Giustiniano e la mutilazione delle mani e dei piedi*, cit., 465 ss., in particolare l’autore si chiede se la novella 134 fosse da interpretare come un divieto di amputazione degli arti. La risposta dell’autore è certamente positiva e per corroborare la sua teoria richiama il testo delle Novelle 17.8 e 42.1.2 nelle quali veniva disposta esclusivamente l’amputazione di una sola mano. Va ricordato che esiste nella compilazione giustiniana una fattispecie di amputazione del piede. Si tratta della pena prevista contro il servo fuggitivo da una Costituzione di Costantino pressochè inalterata C. 6.1. In quest’ultima costituzione si parla di uno schiavo e non di un soggetto libero proprio questa particolarità può spiegare la permanenza di una tale norma all’interno del *Corpus iuris civilis*. In particolare la sanzione della *truncatio* era prevista all’interno della legislazione novellare sotto varie forme: si pensi all’amputazione della mano richiamata nella Nov. 17.8 a danno degli *exactores* inadempienti nella redazione delle ricevute; si pensi ancora alla Nov. 30.8.1 che richiamava l’amputazione delle mani (entrambe), per chi rendesse noti i nomi dei debitori riportati nelle tavole. Infine la Nov. 42.1.2. prevedeva l’*abscissio manus* per i trascrittori di opere del patriarca monofisista Severo; si confronti su tale materia anche N. VAN DER WAL, *Manuale ‘Novellarum Justiniani’*. *Aperçu systématique du contenu des Nouvelles de Justinien*<sup>2</sup>, Groningue, 1998, 40 ss.; e F. GORIA, *Ricerche su impedimento da adulterio e obbligo di ripudio da Giustiniano a Leone VI*, in *SDHI*, 39, 1973, 354 ss.; A. MANNI, *Poena Constituitur*, cit., 30 ss.

<sup>373</sup> Nov. 134.13.1

Giustiniano era consapevole che nessuno uomo fosse in grado di controllare la propria natura in modo da non commettere peccato e affermava che solo solo Dio era in grado di farlo. Da tale consapevolezza della debolezza umana derivava la successiva affermazione di Giustiniano nella Nov. 129 pr. dell'anno 551, dove l'imperatore dichiarava che non esisteva delitto, anche grave, che non potesse meritare clemenza imperiale. Successivamente Giustiniano, influenzato dalla dottrina cristiana, sottolineava nella Nov. 17.5 che non poteva esserci nessun perdono per i colpevoli di reati gravissimi come l'adulterio, il ratto e l'omicidio perché contrari oltre che alla legge anche alla morale.

Una ulteriore traccia della tendenza di Giustiniano a trascurare la funzione deterrente della pena, privilegiando una correzione del reo mediante l'*indulgentia*, è rappresentata sempre dalla Novella 134, in cui si prevedeva per il caso di furto senza violenza e senza armi che la pena del reo dovesse essere diversa dalla pena di morte comminata invece in caso di rapina.

Anche le modalità di esecuzione delle pene rispondevano a finalità di prevenzione e deterrenza. Si pensi alla decapitazione o *alla damnatio in crucem*<sup>374</sup>. L'applicazione della pena di morte aveva lo scopo oltre che di dissuadere i consociati dal commettere il reato anche di rimuovere alla

---

<sup>374</sup> B. SANTALUCIA, *Studi*, cit., 240 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*<sup>3</sup>, Torino, 1987, 265 ss.

radice il male che il reo aveva creato macchiandosi di reati più gravi nei quali l'estrema sanzione rappresentava l'unica possibilità.

Accanto alla pena di morte venivano applicate anche pene meno severe tra cui la *deportatio in insulam* la quale permetteva di isolare il reo e evitare che rappresentasse un pericolo per la società. Sull'applicazione della pena il giudice aveva un'ampia discrezionalità, potendo applicare la sanzione in relazione oltre che al fatto commesso anche alle qualità personali del reo<sup>375</sup>.

La sanzione penale veniva applicata anche come dimostrazione del potere imperiale. Il corpo del reo era utilizzato come veicolo per dimostrare il dominio dell'imperatore<sup>376</sup>. In particolare i tormenti fisici e le pene corporali venivano inflitte direttamente dagli organi pubblici per dimostrare la costante supremazia non solo dell'imperatore ma anche dei suoi preposti. L'effetto deterrente era legato all'atrocità dei *supplicia* che erano connaturati da una sproporzione enorme tra il reato commesso e la pena inflitta.

---

<sup>375</sup> F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, Bari, 1951, L'autore sottolinea come la variazione della pena fosse intimamente collegata con il concetto di funzione sociale a cui veniva destinata la pena stessa affermando «è la funzione della pena l'elemento che condiziona il giudizio sull'adeguatezza della pena tipica e che, di conseguenza, costituisce il criterio direttivo della variazione nei casi concreti», 23 s.; F. FASOLINO, *Osservazione in tema di certezza del diritto e della pena nell'ambito del sistema di repressione criminale tra IV e V sec. d.C.*, in *KOINONIA*, 40, 2016, 195 ss.,

Il corpo del suppliziato oppure la sua salma diventavano uno strumento fondamentale per il fine deterrente della pena. Dunque il *corpus rei* diveniva *documentum criminis* e *documentum supplicii*.

Per evitare che l'effetto dissuasivo dell'esecuzione scomparisse dopo breve tempo le condanne capitali venivano eseguite con un'atrocità straordinaria<sup>377</sup>. Inoltre la violenza dell'esecuzione veniva ricordata anche dalla retorica e storiografia antica che reiterava il ricordo come monito della particolare severità del potere imperiale. I segni delle torture, le amputazioni effettuate durante le esecuzioni non venivano cancellate proprio perché vigeva il divieto di cremazione e inumazione che accompagnava normalmente la pena capitale. Nelle esecuzioni pubbliche<sup>378</sup> veniva inscenato un vero e proprio spettacolo della morte. La violenza nell'esecuzione pubblica assolveva a due scopi principali, innanzitutto riduceva la volontà dei parenti della vittima a cercare vendetta

---

<sup>377</sup> N. DONADIO, *'Documentum supplicii' e 'documentum criminis'*. *Il corpo del reo tra precetto e sanzione nel mondo antico*, Napoli, 2017, 70 ss.; M.C. PASSERA, R. RUBISSE, *Il rapporto tra pena e corpo*, in *Il corpo in roma antica. Ricerche giuridiche I*, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2015, 217 ss.

<sup>378</sup> F. HINARD, *Spectacle des exécutions et espace urbain*, in *L'urbs. Espace urbain et histoire*, Roma-Paris, 1987, 111 ss.; N. DONADIO, *'Documentum supplicii' e 'documentum criminis'*, cit., 70 ss.; F. PULITANÒ, *La morte in anticipo dei condannati in attesa di esecuzione*, in *Il corpo in roma antica. Ricerche giuridiche I*, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2015, 251 ss.

e allo stesso tempo dissuadeva i consociati dal commettere in futuro il reato.

Quanto alla funzione della carcerazione, quest'ultima, sebbene avesse uno scopo cautelare di detenzione del reo in attesa del giudizio non di rado veniva utilizzata abusivamente per detenere per lunghi periodi i condannati in attesa dell'esecuzione della sentenza.

## 12. Conclusioni

Con questa ricerca si è tentato di delineare le diverse problematiche che gravitano sulla funzione della pena.

L'indagine condotta dimostra che già nell'antica Roma la pena perseguiva finalità differenti<sup>379</sup>. Dopo una lunga fase in cui la pena intesa a realizzare il sentimento di vendetta<sup>380</sup>, le funzioni principali ricondotte

---

<sup>379</sup> V. GIUFFRÈ, *La repressione*, cit., 20 ss.; si veda ancora N. VAN DER WAL, *La codification de Justinien et la pratique contemporaine*, in *Labeo*, 10, 1964, 233 ss., ha formulato l'ipotesi che nel tardo impero non ci fosse più una procedura criminale regolare. I delitti commessi dai soggetti appartenenti alle classi sociali più elevate venivano puniti obbligando i rei a un semplice risarcimento patrimoniale, invece i crimini delle classi sociali più umili venivano repressi attraverso giudizi formali e anche con rappresaglie ad opera degli stessi operatori di polizia.

<sup>380</sup> C.A. CANNATA, *Scritti scelti*, cit., 159 ss.; G. VALDITARA, *La 'libertas' e il carcere*, cit., 15 ss.; U. BRASIELLO, voce *Pena*, in *Nov. dig. it.*, 13, cit., 808 ss.; B. SANTALUCIA, voce *Pena criminale*, in *Enc. del dir.*, 32, cit., 734 ss.; A. WACKE, *Le finalità della*



alla pena furono sicuramente quella deterrente e preventiva<sup>381</sup>. Tuttavia abbiamo avuto modo di verificare come la pena assumesse anche scopi differenti legati a esigenze cautelari.

Ulteriore conferma della polifunzionalità della pena la ritroviamo in epoca giustiniana. Nella legislazione novellare coesistevano i diversi scopi attribuibili alla pena. La tendenza da parte dell'imperatore a punire condotte contrarie oltre che alle prescrizioni giuridiche anche alla morale e ai costumi sociali portava la sanzione a estremizzarsi attraverso l'inflizione di pene capitali in materie particolarmente sensibili come i crimini sessuali. Si pensi al *crimen raptus* che consentiva anche la difesa privata da parte dei *parentes*, dei consanguinei, tutori e *curatores* delle rapite. In questo caso la pena perseguiva uno scopo di natura satisfattiva. Infatti in alcuni casi, sempre più ristretti, la pena con funzione vendicativa era ancora presente nella legislazione giustiniana. I 'residui' della pena arcaica erano previsti in casi eccezionali ed erano giustificati dalla gravità del crimine commesso come nel caso del reato di ratto di vergini, vedove o diaconesse.

---

*sanzione penale nelle fonti romane*, in *Index*, 37, cit., 137 ss.; A. CALORE, *La 'pena' e la 'storia'*, in *D@S*, 3, cit., 1 ss.

<sup>381</sup> M. SCOGNAMIGLIO, *Lucio Vettio*, cit., 4 ss.; M.J.F. Y TELLA – F.F.Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione*, cit., 180 ss.

Per i crimini di minore gravità la pena veniva disposta per emendare il reo in considerazione dell'*infirmetas humani generis*<sup>382</sup>.

È dunque possibile affermare che con l'attenuazione dello scopo vendicativo della pena, si era affermata la convinzione che la pena in senso puramente afflittivo non poteva riparare il male realizzato. La consapevolezza che l'inflizione della pena al solo scopo di affliggere il reo non potesse ripristinare la situazione giuridicamente violata appariva già cristallizzata nell'epoca postclassica, con l'affermazione del pensiero che la pena dovesse perseguire piuttosto finalità 'medico/curative' e che l'applicazione della pena di morte dovesse essere relegata ad ipotesi marginali di irrecuperabilità del reo<sup>383</sup>.

Dunque la concezione moderna di rieducazione del reo trova, almeno in buona misura, il suo antecedente già in epoca postclassica. Si pensi alle Nov. 77 (a. 535) e Nov. 141 (a. 559) in tema di *luxuria contra naturam* e bestemmia. In questi casi la pena era finalizzata al recupero del reo. In tali ipotesi veniva affermato il principio evangelico secondo il quale Dio non avrebbe mai voluto per il peccatore la morte ma la sua salvezza e la sua conversione. In queste ipotesi la pena svolgeva una funzione purificatrice. L'*humanitas* di Giustiniano la si riscontra ancora nella Nov.

---

<sup>382</sup> F. FASOLINO, '*Indulgentia principis*', cit., 184 ss.

<sup>383</sup> G.B. ADESI, «*Religio e polifunzionalità della pena tardo antica*», cit., 33 ss.

134.13 (a. 556) dove veniva disposta l'attenuazione delle sanzioni corporali e patrimoniali in base all'*infirmetas humani generis*.

Riconoscendo in modo definitivo la polifunzionalità della pena appare necessario un'armonizzazione del sistema normativo che oltre a prevedere la pena come diretta conseguenza del reato assicuri anche una corretta e certa applicazione della stessa. Infatti la coesistenza della funzione deterrente, preventiva, cautelare e rieducativa appare sicuramente possibile<sup>384</sup>.

---

<sup>384</sup> S. SANTARELLI, *La corte costituzionale*, cit., 1357 ss.; E. BELFIORE, *Profili della funzione rieducativa*, cit., 150 ss.; S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, cit., 20 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 40 ss.

## *Indice delle fonti*

### **Cicero**

#### *Orationes*

#### *De domo sua ad Pontifices*

78: 158

#### *Divinatio in Caecilium*

3.7: 185

5.17-18: 186 nt. 302

#### *In Verrem*

2.5.55.144: 150 nt. 262

#### *Pro Cluentio*

31.86: 173

36.98: 191

#### *Pro Roscio Amerino*

20.57: 174, 177

#### *Philosophica*

#### *De legibus*

2.9.22: 134

3.19: 97

### **Codex Theodosianus**

2.30.1: 210

9.14.3.2: 215 nt. 360

### **Corpus Iuris Civilis**

#### *Codex*

1.3.53: 217

9.13.1: 217

#### *Digesta*

#### *Constitutio Tanta*

8

1.1.1.1: 132 nt. 232

1.2.2.24: 162 nt. 271

1.5.14: 98 nt. 176

1.5.135: 99 nt. 176

1.18.6: 133 nt. 232

3.2.1: 176

3.6.5: 133 nt. 232

3.6.8: 133 nt. 232

9.2.5.3: 137

11.5.1.4: 146 nt. 252

12.2.7: 170 nt. 280

19.2.13.4: 138

44.7.49: 199 nt. 329

45.1.92: 199 nt. 329

47.9.4.1: 210 nt. 350

47.10.43: 171

48.1.5: 208

48.2.4: 174 nt. 286

48.5.30.29: 216 nt. 362

48.14.1 pr.: 188

48.16.1.3: 169

48.19.2.1: 156

48.19.8.9: 147, 153

48.19.11 pr.: 210 nt. 350

48.19.17: 197 nt. 325

48.19.18: 197

48.19.19: 198

48.19.20: 199

48.19.21: 199 nt. 329

48.22.4: 146 nt. 251

48.22.6: 146 nt. 251

48.22.7.2: 146 nt. 251

49.14.2.5: 142 nt. 246

50.16.195.2: 111 nt. 200

#### *Institutiones*

4.18.2: 211

#### *Novellae*

8.8.1: 214 nt. 358

12: 224

17.8: 229 nt. 373

42.1.2: 229 nt. 373

117.15: 216

129 pr.: 230

133.5.1: 230

134.13: 234

139.1: 214

154: 227

- Dio Cassius**  
*Historiae romanae*  
 37.29.1: 192 nt. 318  
 40.52: 191 nt. 315
- Dionysius Halicarnaseus**  
*Antiquitates Romanae*  
 2.26.3-4: 125 nt. 222  
 2.74.2: 110 nt. 198
- Festus**  
*De verborum significatu*  
 (Lindsay)  
 247: 123 nt. 219  
 260: 106  
 368: 108  
 505: 109
- Gaius**  
*Institutiones*  
 1.58-64: 223  
 4.171: 167  
 4.174: 170 nt. 280  
 4.176: 172  
 4.178: 170 nt. 280
- Gellius**  
*Noctes Atticae*  
 20.1.41: 93 nt. 168  
 4.3.3-5: 102 nt. 181  
 7.14.1-2: 207
- Lex Acilia repetundarum**  
 FIRA I<sup>2</sup> n. 7  
 19.89: 166
- Lex duodecim tabularum**  
 FIRA I<sup>2</sup>  
 4.1-2: 98 nt. 176  
 8.8: 104 nt. 185
- 8.8b: 104 nt. 185  
 3.1: 93 nt. 168
- Livius**  
*Ab urbe condita*  
 1.19.7: 112 nt. 201  
 1.26: 113, 116  
 2.5: 131  
 3.13.5: 153  
 3.44.12: 161  
 3.58.2: 163  
 4.25.9-14: 188  
 4.25.9-149: 193  
 8.28: 151  
 43.16. 14-15: 157
- Macrobius**  
*Saturnalia*  
 3.3.2: 126  
 3.3.4: 126
- Pauli Sententiae**  
 4.12.5: 143  
 5.21: 144
- Plato**  
*Leges*  
 11.934 a-b: 204 nt. 341
- Plautus**  
*Amphitruo*  
 153-158: 139 nt. 241
- Plutarchus**  
*Vitae parallelae*  
*Numa*  
 12.3: 102 nt. 181  
*Romulus*  
 22.3: 96 nt. 173

## **Seneca Philosophus**

### *De clementia*

1.22.1-3: 204

2.7.4-5: 206

### *De ira*

1.15.3: 206

3.19.2: 202 nt. 337

1.19.7: 203

### *Naturales quaestiones*

4.7: 104 nt. 185

## **Servius Grammaticus**

### *In Vergilii Bucolica*

8.99: 104 nt. 185

4.43: 123 nt. 219

## **Tacitus**

### *Annales*

1.734: 126

## **Valerius Maximus**

### *Facta et dicta memorabilia*

6.3.3: 149

## ***Bibliografia***

ADAMI V., *La capacità di delinquere*, in *Giust. pen.*, 2, 1991, 537 ss.

ADELEYE G.G. – DADZIE K.A., *World Dictionary of Foreign Expressions A Resource for Readers and Writers*, ed. by Sienkewicz T.J., Illinois, 1999, 6 ss.

ALBANESE B., 'Sacer esto', in *BIDR*, 91, 1988, 145 ss.

ALBANESE B., voce *Illecito*, in *Enc. dir.*, 20, Milano, 1970, 53 ss.

ALTAVILLA E., *Appunti sulla recidiva*, in *Arch. pen.*, 1, 1965, 258 ss.

ALTAVILLA R., voce *Difesa legittima*, in *Noviss. dig. it.*, 5, Torino, 1960, 61 ss.

AMARELLI F., *Obbedienza e critica dell'autorità delle leggi, l'atteggiamento di Lattanzio*, in *Studi per G. Nicosia*, I, Catania, 2007, 61 ss.

ANASTASIA S. - CORLEONE F., *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, Roma, 2009.

ANTOLISEI F., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.

APRILE E., *La Corte costituzionale riconosce l'applicabilità dell'istituto della detenzione domiciliare anche alla madre del figlio con handicap totalmente invalidante*, in *Il nuovo diritto*, 1, 2004, 62 ss.

ARCARIA F. – LICANDRO O., *Diritto Romano, I, Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014.

ARCELLA L., *Fasti. Il lavoro e la festa. Note al calendario romano arcaico*, Roma, 1992.

- ARNAUDO L., *Mediazione e diritto penale: una proposta di conciliazione*, in *Sociologia del diritto*, a cura di L. Arnaudo, 2, Milano, 1999, 127 ss.
- ASSUMMA B., *La sospensione condizionale della pena*, Napoli, 1984.
- ASTARITA M.L., *Note di cronologia gelliana*, in *Orpheus*, 5, 1984, 427 ss.
- ASTOLFI R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*, Padova, 2002.
- BABINI V.P., *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del novecento*, Bologna, 2010.
- BAISTROCCHI M., *'Arcana urbis'. Considerazioni su alcuni rituali arcaici di Roma*, Genova, 1987.
- BALDASSARRE A., *L'interpretazione della Costituzione*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, 2001, 5 ss.
- BALZARINI M., *Il problema della pena detentiva nella tarda repubblica: alcune aporie*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Studi economico-giuridici della università di Sassari*, Sassari, 1991-1992, 373 ss.
- BALZARINI M., *Nuove prospettive sulla dicotomia 'honestiores-humiliores'*, in *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, a cura di A. Burdese, Padova, 1988, 165 ss.
- BALZARINI M., *Pene detentive e 'cognitio extra ordinem' criminale*, in *Soliditas, Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2886 ss.
- BARONE ADESI G., *«Religio e polifunzionalità della pena tardo antica»*, in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale. Atti del convegno della Società Italiana di*



- Storia del Diritto (Brescia 16-17 ottobre 2009)*, a cura di A. Calore e A. Sciumè, Milano, 2011, 33 s.
- BARTOLE S.– DE SENA P. – ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.
- BARTULLI A., *La sospensione condizionale della pena. Prospettive dommatiche*, Milano, 1972.
- BASSO E., voce *Misure di sicurezza*, in *Dig. d. pen.*, 8, Milano, 1994, 137 ss.
- BAUMAN R.A., *The 'crimen Maiestatis' in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg, 1967.
- BECCHI P., *Kant diverso: pena, natura, dignità*, Brescia, 2011.
- BEGGIO T., *Note in tema di condanna 'ad tempus' nelle 'damnationes ad metalla'*, in *AUPA*, 60, 2017, 19 s.
- BELFIORE E., *Profili della funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1999.
- BELLINI F., *'Delicta' e 'crimina' nel sistema quiritario*, Padova, 2012.
- BERARDI V.A., *I neurastenici e la responsabilità penale*, Santa Maria Capua Vetere, 1906.
- BERNARDI A., *'Nomen Latinum'*, California, 1973.
- BERTOLINI C., *Il giuramento nel diritto romano*, Torino, 1886.
- BETTINI M., *'Fas'*, in *'Giuristi nati. Antropologia e diritto romano'*, a cura di A. MCclintock, Bologna, 2016, 17 ss.
- BETTIOL G. *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo*, 6, Padova, 1982.

- BETTIOL G., *Colpevolezza normativa e pena retributiva oggi*, Padova, 1966.
- BETTIOL G., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964.
- BIANCHI E., *La temerarietà nelle Istituzioni di Gaio*, in *SDHI*, 67, 2001, 239 ss.
- BIANCHI Q., *Dell'efficacia del cristianesimo sul diritto penale dei Romani*, in *Rivista internazionale di scienze sociali*, 38, 1905, 482 ss.
- BIANCHINI M., *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano, 1964.
- BIAVATI P., *L'efficacia diretta delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Diritto processuale costituzionale*, a cura di L. Mezzetti e E. MacGregor, Padova, 2010, 67 ss.
- BIONDI B., *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1952.
- BIONDI B., *Istituto fondamentali di diritto ereditario romano*, Milano, 1946.
- BISI R., *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, 2012.
- BONAFÉ SCMITT J.P., *La mediation, une justice douce*, Syros Alteratives, Paris, 1992.
- BONAMENTE M., *Leggi suntuarie e loro motivazioni*, in *Tra Grecia e Roma. Temi antichi e ideologie moderne. Atti del convegno Realtà politiche e sociali e mondo dei valori nella Grecia classica e nella Roma repubblicana*, Roma 15-16 maggio 1979, Roma, 1980, 67 ss.
- BONINI R., *Alcune considerazioni sulla funzione della pena nelle Novelle giustinianee*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del deuxième colloque de philosophie pénale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, Napoli, 1993, 410 ss.

- BORZACCHIELLO A., *Alle origini del manicomio criminale*, in *Mi firmo per tutti. Dai manicomi criminali agli ospedali psichiatrici giudiziari. Un'inchiesta e una proposta*, a cura di G. Pugliese e G. Giorgini, Roma, 1997, 71 ss.
- BOTTIGLIERI A., *La legislazione sul lusso nella Roma repubblicana*, Napoli, 2002.
- BRASIELLO U., voce *Pena*, in *Noviss. dig. it.*, 12, Torino, 1965, 808 ss.
- BRASIELLO U., voce *Crimina*, in *Noviss. dig. it.*, 5, Torino, 1960, 2 ss.
- BRASIELLO U., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937.
- BRICOLA F., *Teoria generale del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 19, 1973, 830 ss.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.
- BRIQUEL D., *Sur le mode d'exécution en cas de parricide et en cas de 'perduellio'*, *MEFRA*, 92, 1980, 87 ss.
- BUCKLAND W.W., *The Roman Law of Slavery*, Cambridge, 1908 rist. 2010.
- BUONAMICI F., *Il concetto della pena nel diritto giustiniano. Studi Pessina*, II, Napoli, 1899.
- BUONOMO V. – CAPECCI A., *L'europa e la dignità dell'uomo. Diritti umani e filosofia*, Roma, 2015.
- CALORE A. – SCIUMÈ A., *La funzione della pena in prospettiva storia e attuale*, Milano, 2013.
- CALORE A., *La 'pena' e la 'storia'*, in *D@S*, 3, 2004, 1 ss.
- CAMIÑAS J.G., *'Lex remmia de calumniatoribus'*, Santiago de Compostela, 1984.
- CANALE D., *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Bari-Roma, 2017.

- CANCELLI F., *A proposito dei "tresviri capitales"*, in *Studi De Francisci*, III, Milano, 1957, 25 ss.
- CANNATA C.A., *Scritti scelti di diritto romano*<sup>3</sup>, a cura di L. Vacca, III, Torino, 2014, 159 ss.
- CANTARELLA E., *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*, Milano, 2011.
- CANTARELLA E., *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, MILANO, 2007.
- CANTARELLA E., *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976.
- CANTARELLI F., *I tempi alimentari del mediterraneo cultura ed economia nella storia alimentare dell'uomo*, Milano, 2005.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazioni della 'civitas' romana*, Roma, 2000.
- CARANDINI A., *La nascita di Roma. Dèi, Lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, Torino, 1997.
- CARNELUTTI F., *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 1956, 1 ss.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Dei delitti, della pena*, Bologna, 1993.
- CARRO V., *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*, in *Diritto senza tempo*, diretto da Palma A., de Bujan F., Diliberto O. e Giunti P., Torino, 2018, 37 ss.
- CASCIONE C., *'Tresviri capitales': storia di una magistratura minore*, Napoli, 1999.

- CENTOLA D.A., *L'accusa nel sistema processuale delle 'questiones perpetuae' tra funzione civica, dimensione premiale e disciplina sanzionatoria*, in *Regole e garanzine nel processo penale criminale romano*, a cura di L. Solidoro, Torino, 2016, 18 ss.
- CENTOLA D.A., *Il 'crimen calumniae'. Contributo allo studio del processo penale romano*, Napoli, 1999.
- CHIAVARO M., *L'ergastolo al minorene*, in *Forto. it.*, 2, 1980, 617 ss.
- CHIAZZESE L., voce *Adulterio. Diritto romano*, in *NNDI*, 1.1, 1957, 322 ss.
- CHRISTIE N., *I limiti al dolore: il ruolo della punizione nella politica penale*, San Pietroburgo, 2011.
- CIPRIANO P., *'Fas' e 'nefas'*, Roma, 1978.
- CLEMENTE A., *Reati di opinione*, in *Giur. merito*, 1, 2007, 26 ss.
- CLEMENTE G., *Le leggi sul lusso e la società romana tra il III e il II secolo a.C.*, in *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, Roma-Bari, 1981, 1 ss.
- CLOUD J.D., *The primary Purpose of the 'lex Cornelia de sicariis'*, in *ZSS*, 86, 1969, 268 ss.
- COLI U., *'Paricidas esto'*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1955, 171 ss.
- CORBINO A., *Considerazioni minime sulla 'manus iniectio'*, in *Diritto romano e attualità. La terminologia giuridica nel diritto processuale e moderno: la decisione giudiziaria e sua esecuzione, Atti del VIII Seminario internazionale in onore di H. Ankum Praga, 2-5 ottobre 2011*, a cura di K. Stloukalova e J. Sejdl, Praga, 2013, 10 ss.
- CORSANEGO C., *La repressione romana dell'adulterio*, Roma, 1936.
- COSTA E., *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921.

- COSTA E., *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, II, Bologna, 1894.
- COSTABILE F., *Temi e problemi dell'evoluzione storica del diritto pubblico romano*, Torino, 2016.
- CRESPI A., voce *Imputabilità*, in *Enc. dir.*, 20, Milano, 1970, 763 ss.
- CRIFÒ G., '*Exilica causa*', '*quae adversus exulem agitur*'. '*Problemi dell' 'aqua et igni interdictio*', in *Du Châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde organisée par l'École française de Rome avec le concours du Centre national de la recherche scientifique (Rome 9-11 novembre 1982)*, Roma, 1984.
- CRIFÒ G., '*Semitae et vestigia Libertatis*', in *Studi per G. Nicosia*, I, Milano, 2007, 61 ss.
- CRISTALDI S.A., *La 'praevaricatio' e la sua repressione dinanzi alle 'quaestio perpetuae*', in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, II, Torino, 2010.
- CULHAM P., *The 'lex Oppia*', in *Latomus*, 41, 1992, 786 ss.
- CURATOLA P., *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. dir.*, 8, Milano, 1961, 807 ss.
- DAWAN D., *I nuovi confini dell'imputabilità nel processo penale*, in *Teoria e pratica del diritto*, 3, Milano, 2006, 148 ss.
- DE FRANCISCI P., '*Primordia civitatis*', Roma, 1959.
- DE FRANCISCI P., '*Arcana imperii*', Milano, 1948.
- DE GIOVANNI L., *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007.
- DE MARTINO F., *Storia economica di Roma antica*, II, Firenze, 1980.

- DE ROBERTIS F.M., *La funzione della pena nel diritto romano*, in *Scritti varii di diritto romano, Studi in onore di S. Solazzi*, III, Bari, 1987, 192 ss.
- DE ROBERTIS F.M., *La variazione della pena nel diritto romano*, Bari, 1951.
- DE ROBERTIS F.M., ‘*Arbitrium iudicantis*’ e *statuizioni imperiali. Pena discrezionale e pena fissa nella ‘cognitio extra ordinem’*, in *ZRG*, 59, 1939, 219 ss.
- DE SANCTIS G. – FERRRABINO A., *La legislazione romana nel I secolo a.C.*, in *Scritti minori. Storia e letteratura. Raccolta di studi e testi*, I, Roma, 1990, 331 ss.
- DE VISSCHER F., *L’espansione della ‘civitas’ romana e la diffusione del diritto romano*, Trieste, 1957.
- DESANTI L., *La legge Aquilia. Tra ‘verba legis’ e interpretazione giurisprudenziale*, Torino, 2015.
- DEVILLA V., ‘*Aqua et igni interdictio*’, in *Studi Sassaresi*, 28, Sassari, 1950, 306 ss.
- DI GIOVINE O., *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
- DI MARTINO A., *D.lg. 30 dicembre 1999, n. 507. Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell’art. 1 della l. 25 giugno 1999, n. 205*, in *Leg. pen.*, 3, 2, 2001, 854 ss.
- DI TROLIO G., ‘*Le leges regiae*’ in *Dionigi d’Alicarnasso*, Napoli, 2017.
- DILIBERTO O., *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Atti del 12° colloquio di filosofia penale (Cagliari, 20-22 aprile 1989)*, Napoli, 1993, 121 ss.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Milano, 1979.

- DONADIO N., *'Documentum supplicii' e 'documentum criminis'. Il corpo del reo tra precetto e sanzione nel mondo antico*, Napoli, 2017.
- ELLERO P., *Della pena capitale*, Venezia, 1858.
- EUSEBI L., *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990.
- EUSEBI L., *La pena in crisi*, Brescia, 1989.
- EXENER F., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, trad. it., a cura di L. Eusebi, Milano, 1989, 12 ss.
- FADDA C., *Concetti fondamentali del diritto romano ereditario romano: lezioni dettate nella Università di Napoli*, Napoli, 1900.
- FALCHI G.F., *Diritto penale romano. (Singoli reati)*, Padova, 1932.
- FALCÓN Y TELLA M.J., *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire?*, Milano, 2008.
- FANIZZA L., *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma, 1992.
- FASCIONE L., *Manuale di diritto pubblico romano*, Torino, 2013.
- FASCIONE L., *Storia del diritto privato romano*<sup>3</sup>, Torino, 2006.
- FASCIONE L., *'Crimen e quaestio ambitus' in età repubblicana*, Milano, 1989.
- FASCIONE L., *Alle origini della legislazione 'de ambitu'*, in *Legge e società romana*, 1, Napoli, 1981, 255 ss.
- FASOLINO F., *'Indulgentia principis' ed emenda: aspetti della repressione criminale nell'impero romano tra IV e VI sec. d.C.*, in *Vergentis*, Roma, 2017, 180 ss.
- FASOLINO F., *Osservazione in tema di certezza del diritto e della pena nell'ambito del sistema di repressione criminale tra IV e V sec. d.C.*, in *KOINONIA*, 40, 2016, 157 ss.



- FASOLINO F., *Pena, amnistia, emenda: una prospettiva storico-giuridca*, Napoli, 2016.
- FERRAJOLI L., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi e G. Palombarini, Roma, 2001, 9 ss.
- FERRAJOLI L. *Diritto e ragione*, Bari, 1996.
- FERRAJOLI L., *Per un programma di diritto penale minimo*, in *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, a cura di L. Pepino, Milano, 1993.
- FERRARA G., *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo*, in *Rass. parl.*, 42, 1999, 530 ss.
- FERRINI C., *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976.
- FERRINI C., *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale romano*, Milano, 1, 1904, 351 ss.
- FERRINI C., *Diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, 1, Milano, 1902, 155 ss.
- FEUERBACH P.J.A., *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, 1798, trad. it., a cura di M.A. Cattaneo, Milano, 1972.
- FIANDACA G., *Commento art. 27 commi 3 e 4*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, 1991, 5 ss.
- FILIPPI L., *La corte costituzionale valorizza il ruolo paterno della detenzione domiciliare*, in *Giur. Cost.*, nota a sentenza Corte cost. 5 dicembre 2003, 350, Milano, 2003, 3634 ss.
- FRANCIOSI G., *Corso storico istituzionale di diritto romano*, Torino, 2014.

- FRANCIOSI G., *'Leges regiae'*, a cura di G. Franciosi, Napoli, 2003.
- FRANCIOSI G., *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961.
- GABBA E., *Roma arcaica storia e storiografia*, Roma, 2000.
- GADDI L., *Cronologia delle leggi comiziali romane*, in *Fonti del diritto romano*, a cura di P. Cogliolo, Torino, 1887.
- GALLIANI D., *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, Milano, 2014.
- GAROFALO L., *L' 'homo liber' della 'lex Numa' sull'omicidio volontario*, in *Filia. scritti per G. Franciosi*, II, Napoli, 2007, 1031 ss.
- GAROFALO L., *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI*, 64, 1990, 254 ss.
- GATTI U. – MARUGO M.I., *La vittima e la giustizia riparativa*, in *Marginalità e società*, 27, 1994, 17 ss.
- GAUDEMET J., *L'Église dans l'empire romain (IV-V siècles)*, Paris, 1958.
- GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, Milano, 1959.
- GIARDINA A., *Gli schiavi, i coloni e i problemi di una transizione*, in *Terre, proprietari e contadini dell'impero romano. Dall'affitto agrario al colonato tardoantico*, a cura di E. Lo Cascio, Roma, 1997, 317 ss.
- GIOFFREDI C., *Sulla concezione romana della pena*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Milano, 1971, 350 ss.
- GIOFFREDI C., *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970.
- GIOFFREDI C., *'L'aqua et igni interdictio' e il concorso privato alla repressione penale*, in *Arch. pen.*, 3, 1947, 426 ss.

- GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale parte generale*, Milano, 2008.
- GIUFFRÈ V., 'Nominis delatio' e 'nominis receptio', in *Labeo*, 40, 1994, 359 ss.
- GIUFFRÈ V., *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, Napoli, 1997.
- GRAMATICO F., *Principi di difesa sociale*, Padova, 1961.
- GREVI V., *Sulla configurabilità di una liberazione condizionale 'anticipata' per i condannati all'ergastolo*, in *Foro. it.*, 1, 1984, 19 ss.
- GROSSO C.F. – PELISSERO M. – PETRINI D. – PISA P., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2013.
- GRUEN E.S., *The last generation of the roman republic*, Berkeley, 1974.
- GUARINO A., *Storia del diritto romano*, Napoli, 1969.
- GUARINO A., *Rassegna di diritto romano*, in *Labeo*, 9, Napoli, 1963, 12 ss.
- GUARNIERI G., *Capacità a delinquere*, in *Noviss. dig. it.*, 2, Torino, 1958, 866 ss.
- GUASTINI R., *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le Regioni*, 14, 1986, 1094 ss.
- GUELFY, F.F. *Enciclopedia giuridica ad uso di lezioni per l'avvocato*, Napoli, 1873.
- GUTIÉRREZ MASSON L., *Control de las mentes, función paradigmática de la pena y función simbólica del derecho en la experiencia jurídica romana*, in *AARC.*, 19, 2013, 616 ss.
- HAUS J.J., *Principi generali di diritto penale*, trad. it., Napoli, 1877.
- HEGEL G.W.F., *Delitto e diritto*, in *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., a cura di G. Marini, Bari, 1987.
- HOPWOOD K., *Bandits, elites and rural order*, in *Patronage in ancient society*, ed. Wallace-Handrill A., London-New York, 1989, 19 ss.

- HUMBERT G., voce *Adulterium*, in *Draemberg-Saglio*, 1, 1875, 85 ss.
- ILARI V., *Gli Italici nelle strutture militari romane*, Milano, 1974.
- KANT I., *Del diritto di punizione e grazia*, in *La metafisica dei costumi*, 1780, trad. it., Bari, 1970.
- KLUG U., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, trad. it., a cura di L. Eusebi, Milano, 1989.
- KORNMÜLLER M., *'Magica incantamenta' manuale teorico-pratico di magia romana*, Roma, 2013.
- KUNKEL W., voce *Quaestio*, in *RE*, 24, 1963, 741 ss.
- KUNKEL W., *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962.
- KUNKEL W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952.
- LA ROSA F., *Nota sulla custodia nel diritto criminale romano*, in *Syntelesia*, I, 1964, 310 ss.
- LAFFI U., *Studi di storia romana e di diritto*, in *Storia e letteratura raccolta di studi e testi*, 206, Roma, 2001, 138 ss.
- LANATA G., *Legislazione e natura delle novelle giustinianee*, Napoli, 1984.
- LANCIANI R., *L'antica Roma*, trad. it., Bari, 1981.
- LASSANDRO D., *I 'damnati in metalla' in alcune testimonianze antiche*, in *Coercizione e mobilità umana nel mondo antico*, a cura di M. Sordi, Milano, 1995, 271 ss.

- LAURENDI R., *'Leges Regiae'. 'Iovi sacer esto' nelle 'leges Numae'*, in *AUPA, Revisione ed integrazione di FIRA, Studi preparatori*, 1, 'leges', a cura di G. Purpura, Torino, 2012, 207 ss.
- LAURIA M., *'Calumnia'*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1932.
- LAZZARI F., *Persona e corresponsabilità sociale*, Milano, 2007.
- LENAL O., *Palingenesia 'iuris civilis'*, I, Lipsiae, 1889.
- LEVY E. – E. RABEL, *'Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur'*, III, Weimar, 1935.
- LEVY E., *Die Römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931.
- LINTOTT A., *The Constitution of the Roman Republic*, New York, 1999.
- LOVATO A., *Legittimazione del reo all'accusa e funzione emendatrice della pena*, in *SDHI*, 55, 1994, 423 ss.
- LÜBKER F., voce *Vincula*, in *Lessico ragionato dell'antichità classica*, Roma, 1898, 136 ss.
- LUCHETTI G., *'Patria potestas'*, in *800 años de historia a través del derecho romano*, a cura di A. Castresana, Salamanca, 2018.
- LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustianiano*, Milano, 1996.
- LUCREZI F., *'Ne peccetur, quia peccatum est': sulle ragioni della pena nel mondo antico*, in *Minima de poenis*, Napoli, 2015.
- LUCREZI F. – MANCINI G., *'Crimina' e 'Delicta' nel tardo antico*, in *Atti del seminario di studi*, Teramo, 19 – 20 gennaio, 2001, 69 ss.

- LURASCHI G., *Diritto premiale e sistema penale romano*, in *Atti del VII Simposio di studi di diritto e procedura penali*, Milano, 1983, 53 ss.
- LUSA V.– PASCASI S., *I confini dell'imputabilità. L'influenza della genetica sulla pericolosità sociale*, *Diritto penale*, in *Ventiquattrore Avvocato*, n. 7-8, 2011, 92 ss.
- MACCORMACK G., *'Terminus motus'*, in *RIDA*, 26, 1979, 239 ss.
- MAGANZANI L., *'Loca sacra' e 'terminatio agrorum' nel mondo romano: profili giuridici*, in *'Finem dare'. Il confine, tra sacro, profano e immaginario. A margine della stele bilingue del Museo Leone di Vercelli. Atti del convegno Int.*, (Vercelli 22-24 maggio 2008).
- MANCUSO P., *'Dare imperium'*, in *Iura*, 52, 2001, 57 ss.
- MANFREDINI D.A., *La donna incestuosa*, in *Annali dell'Univerità di Ferrara*, 1, Ferrara, 1987, 13 ss.
- MANNI A., *'Poena Constituitur in emendationem homnium' alle origini di una riflessione giurisprudenziale sulla pena*, Napoli, 2017.
- MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.
- MANTOVANI D.–PELLECCHI L., *'Eparcheia', autonomia e 'civitas' romana. Studi sulla giurisdizione criminale dei governatori di provincia (II sec. a.C., II sec.)*, Pavia, 2010.
- MANTOVANI F., *Il vero diritto penale minimo: la riduzione della criminalità*, in *Universitas vitae homenaje a Ruperto Núñez Barbero.*, Ed. F. Pérez Álvarez, Salamanca, 2007, 491 ss.

- MARCONI G., *I delitti contro la personalità dello Stato. Profili storico-sistematici*, Milano, 1984.
- MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2007, 67 ss.
- MARESCA S. –NACCIARONE L., *Compendio di diritto penale*, Rimini, 2016.
- SILLA F.M., *In tema di 'manumissio ex fideicommisso' e 'patronatus'*, in *Rivista di Diritto Romano*, 15, 2015, 12 ss.
- MARINI G., voce *Imputabilità*, in *Dig. d. pen.*, 6, 1992, 243 ss.
- MARITATI G., *Aulo Gellio e le sue Notti attiche: alcuni giudizi di Gellio su eminenti autori arcaici*, Genova, 1965.
- MAROTTA V., *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV d.C.)*, in *Studi di diritto pubblico romano*, Torino, 2016.
- MARTINI A., *La pena sospesa*, Torino, 2001.
- MASI DORIA C., *'Spretum imperium'*, Napoli, 2000.
- MCCLINTOCK A., *Servi della pena: condannati a morte nella Roma imperiale*, Napoli, 2010.
- MESSANA M.A., *Riflessioni storico-comparative in tema di carcerazione preventiva*, in *AUPA*, 1991, 9 ss.
- MESSINEO D., *La garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012.
- METRO A., *L'obbligazione di custodire in diritto romano*, Milano, 1966.
- MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982.

- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MOMMSEN TH., *Römiches Strafrecht*, II, Leipzig, 1899.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984.
- MONTANARI E., *Il concetto originario di 'pax' e la 'pax deorum'*, in *Le Concezioni della pace* (Seminario del 21 aprile 1988), a cura di P. Catalano e P. Siniscalco, Roma, 2006, 39 ss.
- MONZANI M. – BANDIERA V., *Pedofilia e pericolosità sociale. La psicologia di oggi e il diritto penale di ieri: nuove prospettive legislative*, Padova, 2017.
- MOR G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio: 'nullum crimen sine lege'*, Milano, 1970.
- MOROLLI D.C., *A brief outline of roman law*, Roma, 2012.
- MUSACCHIO V., *Diritto penale*, a cura di V. Musacchio, Frosinone, 2017.
- NAPOLITANO G. – PICCIONI F., *Depenalizzazione e Decriminalizzazione, analisi ragionata dei Decreti Legislativi n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016*, Rimini, 2016.
- NIPPEL W., *Public order in ancient Rome*, Cambridge, 1995.
- NUVOLONE P., *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 583 ss.
- NUVOLONE P., *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, in *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti*, Milano, 1962, 27 ss.
- PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale*, Milano, 1978.



- PADELLETTI G. – COGLIOLO P., *Storia del diritto romano. Manuale ad uso delle scuole*<sup>2</sup>, Firenze, 1886.
- PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, Milano, 1981.
- PAGLIARO A., *Nota sulla 'lex horrendi carminis'*, in *Altri saggi di critica semantica*, Messina-Firenze, 1961, 9 ss.
- PAGLIARO A., *La formula «paricidas esto»*, in *Studi in onore di L. Castiglioni*, II, Firenze, 1960, 669 ss.
- PAOLI U., *Vita romana*, Firenze, 1972.
- PASSERA M.C. – RUBISSE R., *Il rapporto tra pena e corpo*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2015.
- PATLAGEAN D., *'Byzance et le blason penal du corps'*, in *Du châtement dans la cite. Supplices corporals et peine de mort dans le monde antique*, Roma, 1984, 604 ss.
- PELLEGRINI P., *Per una psichiatria senza ospedali psichiatrici giudiziari*, Milano, 2016.
- PENNISI A., *La valutazione della pena detentiva inflitta ai fini della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e della liberazione condizionale*, in *Giur. it.*, 2, 1989, 26 ss.
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze, 1908.
- PETRACCIA M.F., *'Indices' e 'delatores' nell'antica Roma*, Milano, 2014.
- PETROCELLI B., *I limiti della scienza del diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 84 ss.
- PETRUCCI A., *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, 2017.

- PICCA P.–BIORDI S., *Il dio Termine*, Roma, 1938.
- PICCALUGA G., *'Terminus'. I segni di confine nella religione romana*, Roma, 1974.
- PISA P., *Attuata la depenalizzazione dei reati minori e la riforma del sistema sanzionatorio (d.lg. 30 dicembre 1999, n. 507). Reati previsti dal codice penale e da leggi speciali*, in *Dir. pen. e proc.*, 5, 2000, 535 ss.
- PISANI M., *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2016, 575 ss.
- PRODI P., *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, 1992.
- PULITANÒ D., *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 59, 2016, 654 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale: Quinta edizione*, Torino, 2013.
- PULITANÒ D., *Significato e funzioni della pena nella giustizia penale internazionale*, in *Questione giustizia*, 1, 2007, 72 ss.
- PULITANÒ F., *La morte in anticipo dei condannati in attesa di esecuzione*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, a cura di L. Garofalo, Pisa, 2015, 249 ss.
- RAMAJOLI S., *La capacità a delinquere*, in *Arch. pen.*, 1, 1979, 258 s.
- RAVIZZA M., *Prinipi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, in *Scritti in onore di G. Furguele*, III, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, 432 ss.
- RICCOBONO S., *Roma madre delle leggi*, in *BIDR*, 57-58, 1953, 57 ss.

- RICHARDSON J., *The Language of Empire: Rome and the Idea of Empire from the Third Century*, *Rome and the idea of Empire from the Third Century BC to the Second Century AD*; *Bibliotheca classica*<sup>2</sup>, ed. by G. Long and A.J. Macleane, I, London, 1862.
- RISPOLI V., *L'affidamento in prova al servizio sociale*, Milano, 2006.
- ROBINSON O., *Slaves and the Criminal Law*, in *ZSS*, 98, 1981, 213 ss.
- ROBLEDA O., *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976.
- RONCO D. – TORRENTE G., *Pena e ritorno. Una ricerca su interventi di sostegno e recidiva*, in *Quaderni del dipartimento di giurisprudenza dell'università di Torino*, Milano, 2017, 15 ss.
- RONCO M., *Il problema della pena: alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione della pena*, Torino, 1996.
- ROSSI G., *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, in *Mediazione, conciliazione, riparazione*, a cura di C. Brutti e R. Brutti, Torino, 1999, 58 ss.
- RUGGIERO A., *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Osservazioni di diritto comparato a margine dell'art. 52*, Padova, 2004.
- SABBATINI G., *Appunti di preistoria del diritto romano*, Torino, 2014.
- SALERNO F., 'Ad metalla'. *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli, 2003.
- SALERNO F., *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum'. Forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, in *Index*, 23, 1995, 405 ss.
- SALERNO F., *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum': forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli, 1990.

SANTALUCIA B., *'Metu coercendos esse homines putaverunt'*. Osservazioni sulla funzione della pena nell'età del principato in prospettiva storia e attuale. Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto (Brescia 16-17 ottobre 2009), Milano, 2011.

SANTALUCIA B., *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, 2009.

SANTALUCIA B., *La situazione patrimoniale dei 'deportati in insulam'*, in *Iuris vincula, Studi in onore di M. Talamanca M.*, VII, Napoli, 2001, 173 ss.

SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998.

SANTALUCIA B., *Cicerone e la 'nominis delatio'*, in *Labeo*, 43, 1997, 407 ss.

SANTALUCIA B., *Studi di diritto penale romano*, Roma, 1994.

SANTALUCIA B., *Dibattito*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano. Studi economico-giuridici della università di Sassari*, Sassari, 1991-1992, 417 ss.

SANTALUCIA B., *Processo penale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 36, Milano, 1987, 734 ss.

SANTALUCIA B., voce *Pena criminale*, in *Enc. dir.*, 32, Milano, 1982, 734 ss.

SANTORO R., *'Manu(m)' conoscere*, in *AUPA*, 32, 1971, 513 ss.

SARNO F. – SARNO M., *L'evoluzione della legittima difesa*, in *Teoria e pratica del diritto*, 3, Milano, 2008, 6 ss.

SCARDACCIONE G. – BALDRY A. – SCALI M., *La mediazione penale, ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Milano, 1998.

SCHIAVONE A., *'Matrimonium' e 'deportatio'. Storia di un principio*, In *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di napoli*, Napoli, 78, 1967, 453 ss.

SCHULZ F., *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968.

SCIALOJA V., *Diritto ereditario romano: concetti fondamentali*, Milano, 1934.

SCIORTINO S., *Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano*, in *AUPA*, 60, 2017, 185 ss.

SCOGNAMIGLIO M., *Lucio Vettio e i limiti alla carcerazione preventiva*, in *Rivista di Diritto Romano*, 18, 2018, 4 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Danni alla persona e danno morale*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, 2776 ss.

SERAFIN G., *L'interpretazione del crimine criminologia, devianza e controllo sociale*, Trento, 2012.

SERRAO F., *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 1984.

SERRAO F., *I partiti politici nella repubblica romana*, in *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974, 216 ss.

SITZIA F., *Aspetti della legislazione criminale nelle Novelle di Giustiniano: il problema della giustificazione della pena*, in *Novella Constitutio. Studies in Honour of N. van der Wal*, Groningen, 1990, 1 ss.

SOLAZZI S., *'Actio legis Aquiliae' e 'acrio legis Cornelia'*, in *SDHI*, 20, 1954, 321 ss.

SOLIDORO MARUOTTI L., *Tra morale e diritto: gli itinerari dell'aequitas'. Lezioni*, Torino, 2013.

- SORDI M., *'Pax deorum' e libertà religiosa nella storia di Roma*, in *La pace nel mondo antico*, Milano, 1985, 146 ss.
- STOLFI E., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010.
- STOLFI E., *Studi sui libri 'ad edictum' di pomponio*, in *Collana della Rivista di Diritto Romano*, 2, Milano, 2001, 481 ss.
- SURACE G.M.P., *Il delitto d'impeto. Scenari psicopatologici, criminologici e forensi sul crimine efferato da impulso irresistibile*, Catanzaro, 2005.
- TALANI M., *Legittima difesa e stato di necessità*, Frosinone, 2014.
- TARRANT H.A.S., *Platonic Interpretation in 'Aulus Gellius'*, in *GRBS*, 37, 1996, 179 ss.
- TASCONE M.G., *Capacità a delinquere*, in *Enc. giur. Treccani*, 5, Roma, 1988, 1 ss.
- TAUBENSCHLAG R., voce *'Terminus motus'*, in *RE*, 5, A/1, Stuttgart, 1934, 784 ss.
- TOSCANO A., *La funzione della pena e le garanzie dei diritti fondamentali*, Milano, 2012.
- TUMMINELLO L., *Il volto del reo: l'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010.
- VALDITARA G., *La 'libertas' e il carcere*, in *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015.
- VALDITARA G., *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino, 2015.
- VALDITARA G., *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013.
- VAN WARMELO P., *'Crimen termini moti'*, in *Études offerts à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, 1970, 671 ss.

- VENTURINI C., *'Leges sumptuariae'*, in *Index*, 32, 2004, 364 ss.
- VENTURINI C., *'Eorum iudicatio litisque aestimatio'*. *Osservazioni sui collegi giudicanti nelle leggi epigrafiche iberiche*, in *Minima Epigraphica et papyrologica*, 2, Roma, 1999, 239 ss.
- VIGORITA T.S., *'Imperium mixtum'*. *Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index*, 18, 1990, 142 ss.
- VIGORITA T.S., *'Secta temporum meorum'*. *Rinnovamento politico e legislazione fiscale agli inizi del principato di Giordano*, Palermo, 1978.
- VISCONTI A., *Reputazione, dignità, onore confini penalistici e prospettive politico-criminali*, in *Itinerari di Diritto Penale*, diretto da E. Dolcini, G. Fiandaca, E. Musco, T. Padovani, F. Palazzo e F. Sgubbi, Torino, 2018, 84 ss.
- VOCI P., *Diritto ereditario romano, Introduzione. Parte generale*<sup>2</sup>, I, Milano, 1967.
- VOCI P., *Diritto sacro in età arcaica*, in *SHDI*, 19, 1953, 49 ss.
- VON LISTZ F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., a cura di A.A. Calvi, Milano, 1962.
- WACKE A., *Le finalità della sanzione penale nelle fonti romane*, in *Index*, 37, 2009, 137 ss.
- WIRSZUBSKI C. – MOMIGLIANO A., *'Libertas': il concetto politico di libertà a Roma tra repubblica e impero*, Bari, 1957.
- ZABLOCKI J., *La pena del taglione nel diritto romano*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, VII, Napoli 2007, 5991 ss.

ZAMORA MANZANO J.L., *La administración penitenciaria en el derecho romano: Gestion, tratamiento de los reclusos y mejora de la custodia carcelaria*, Madrid, 2015.

STRACHAN-DAVIDSON J.L., *Problems of the roman criminal law*, Oxford, 1969.

ZUCCALA G., *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano. Relazione presentata al II convegno di diritto penale di Bressanone sul problema della rieducazione del condannato, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Padova, 1963.

ZUCCOTTI F., *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano, 2000.

ZUCCOTTI F., '*Qui fruges exantassit*', in *SRG*, 3, 1988, 81 ss.